

KriPoZ

Kriminalpolitische Zeitschrift

KONTAKT

schriftleitung@kripoz.de

Herausgeber

Prof. Dr. Gunnar Duttge
Prof. Dr. Bernd Heinrich
Prof. Dr. Anja Schiemann

Schriftleitung

Wiss. Mit. Sabine Horn
Stellv.: Wiss. Mit. Jule Fischer

Redaktion (national)

Dr. Alexander Baur
Prof. Dr. Gunnar Duttge
Prof. Dr. Sabine Gless
Prof. Dr. Bernd Hecker
Prof. Dr. Martin Heger
Prof. Dr. Bernd Heinrich
Prof. Dr. Gabriele Kett-Straub
Prof. Dr. Florian Knauer
Prof. Dr. Michael Kubiciel
Prof. Dr. Otto Lagodny
Prof. Dr. Carsten Momsen
Prof. Dr. Helmut Satzger
Prof. Dr. Anja Schiemann
Prof. Dr. Edward Schramm
Prof. Dr. Dr. Markus Thiel
Prof. Dr. Mark Zöllner

Redaktion international

Prof. Dr. Wolfgang Schomburg
Prof. Dr. Dres. h.c. Makoto Ida
Prof. Neha Jain
Prof. Dr. Doaqian Liu
Prof. Dr. Dr. h.c. Francisco
Munoz-Conde
Prof. Dongyi Syn PhD
Prof. Dr. Davi Tangerino
Prof. Dr. Sheng-Wei Tsai
Prof. Dr. Merab Turava
Prof. Dr. Dr. h.c. Yener Ünver

ALLGEMEINE BEITRÄGE | 62 – 92

62 | Hinweisgeberschutz in der Warteschleife

von Prof. Dr. Anja Schiemann und Paula Schnabel

71 | Warum die „Letzte Generation“ (noch) keine kriminelle Vereinigung ist

von Prof. Dr. Dr. Milan Kuhli und Judith Papenfuß

78 | Zeugnisverweigerungsrecht für empirisch-kriminologische Forschung

von Prof. em. Dr. Arthur Kreuzer

85 | Einführung zu Frederik T. Davis „Judicial Review of Deferred Prosecution Agreements – A Comparative Study“

von Prof. Dr. Carsten Momsen

111 | Judicial Review of Deferred Prosecution Agreements – A Comparative Study

von Frederik T. Davis

89 | Die Mission der Cyberagentur in Halle – im Fokus: die Cyberresiliente Gesellschaft

von Dr. Nicole Selzer, Prof. Dr. Katja Andresen und Prof. Dr. Christian Hummert

ENTSCHEIDUNGEN/ANMERKUNGEN | 93 – 102

93 | BGH äußert sich zur Strafbarkeit des „Stealththing“

BGH, Beschl. v. 13.12.2022 – 3 StR 372/22

96 | Die Spezifität von Konsens im Sexualstrafrecht – zur Strafbarkeit von Stealththing

Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 13.12.2022 – 3 StR 372/22

von Ass. iur. Marc Bauer

101 | Manipulation des zum Geschlechtsverkehr verwendeten Kondoms als sexueller Übergriff

Anmerkung zu AG Bielefeld, Urt. v. 2.5.2022 – 10 Ls-566 Js 962/21-476/21

von Barbara Wiedmer

BUCHBESPRECHUNGEN | 103 – 107

- 103 | *Andreas Ruch und Tobias Singelnstein (Hrsg.): Auf neuen Wegen. Kriminologie, Kriminalpolitik und Polizeiwissenschaft aus interdisziplinärer Perspektive. Festschrift für Thomas Feltes zum 70. Geburtstag*
von Prof. Dr. Anja Schiemann
- 106 | *Yanik Bolender: Das neue Widerstandsstrafrecht. Eine strafrechtsdogmatische Untersuchung der §§ 113, 114, 115 und 323c Abs. 2 StGB vor dem Hintergrund des 52. StÄG*
von Prof. Dr. Anja Schiemann

TAGUNGSBERICHT | 108 – 110

- 108 | „Wenn die Strafe zweimal droht – Übertragung von Strafverfahren und Jurisdiktionskonflikte“
Tagungsbericht zum 14. EU-Strafrechtstag vom 3. September 2022 in Bonn
von Florian Fütterer

Hinweisgeberschutz in der Warteschleife

von Prof. Dr. Anja Schiemann und
Paula Schnabel*

Abstract

Kurz vor der Ziellinie hatte der Bundesrat das Hinweisgeberschutzgesetz gestoppt. Dabei hätte bereits im Dezember 2021 die EU-Richtlinie 2019/1937 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.10.2019 zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden,¹ in nationales Recht umgesetzt werden müssen. Die Länder haben nicht nur kritisiert, dass die vorliegende Fassung des Hinweisgeberschutzgesetzes weit über die EU-Vorgaben hinausgehe, sondern auch, dass auf die Unternehmen aufgrund der organisatorisch notwendigen Anpassungen zum Hinweisgeberschutz erhebliche Kosten zukommen. Jetzt wählt die Bundesregierung einen anderen Weg und splittet den Entwurf des Hinweisgeberschutzgesetzes in zwei Entwürfe auf. Der erste neu eingebrachte Entwurf ist weitgehend identisch mit dem im Bundesrat gescheiterten, nimmt allerdings ausdrücklich Beamte der Länder, Gemeinden und Gemeindeverbände sowie der sonstigen der Aufsicht eines Landes unterstehenden Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts sowie Richterinnen und Richter im Landesdienst aus dem Anwendungsbereich aus. Durch diesen Trick, so meint die Bundesregierung, sei keine Zustimmung des Bundesrats mehr erforderlich. Zudem wird der mühsame Weg der Anrufung des Vermittlungsausschusses umgangen, der zu weiteren Verzögerungen der Umsetzung der Richtlinie führen würde. Eile ist deswegen geboten, weil die EU-Kommission wegen der fehlenden Umsetzung der Richtlinie bereits vor längerer Zeit ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland eingeleitet hat und Deutschland in diesem Jahr auch vor dem EuGH verklagt hat, weil es mit der Umsetzung der Richtlinie nicht vorankommt.

Shortly before the finish line, the Federal Council had stopped the Whistleblower Protection Act. The EU Directive 2019/1937 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2019 on the protection of persons who report infringements of Union law should have been transposed into national law as early as December 2021. The Länder have not only criticised that the current version of the Whistleblower Protection Act goes far beyond the EU requirements but also that companies will incur considerable costs due to the organisational adjustments

required to protect whistleblowers. Now, the federal government is choosing a different path and is splitting the draft of the Whistleblower Protection Act into two drafts. The first newly introduced draft is largely identical to the one that failed in the Bundesrat but explicitly excludes civil servants of the Länder, municipalities and municipal associations, as well as other public corporations, institutions and foundations subject to the supervision of a Land as well as judges in the service of the Land from the scope of application. Due to this trick, according to the federal government, the act no longer requires the consent of the Bundesrat. In addition, the laborious path of appealing to the Conciliation Committee, which would lead to further delays in the implementation of the directive, could be circumvented. The reason why haste is necessary is that the EU Commission initiated infringement proceedings against Germany a long time ago because of the lack of implementation of the directive and also took Germany to the ECJ this year because it is not making progress with the implementation of the directive.

I. Einleitung

Hinweisgeber – oder auch Whistleblower² genannt – sehen sich in Deutschland nach der derzeit (noch) geltenden Rechtslage einigen Risiken ausgesetzt. Hinweisgeber im Sinne von Art. 5 Nr. 7 der EU-Richtlinie 2019/1937 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.10.2019 sind Personen, die im Zusammenhang mit ihren Arbeitstätigkeiten erlangte Kenntnisse über Verstöße melden oder offenlegen. Von der Richtlinie erfasst sind hier auch explizit solche Personen, die mit der Organisation, deren Verstöße gemeldet werden sollen, in Kontakt stehen.³ Hinweisgeber sind demnach Personen, die aus dem Inneren eines Unternehmens oder einer anderen Organisation, Fehlverhalten aufdecken, um die negativen Folgen dessen einzudämmen.⁴

Durch ihre Meldungen leisten Hinweisgeber einen entscheidenden Beitrag zur Aufdeckung und Behebung von betrieblichen Missständen und tragen dadurch sowohl zum Erhalt der Marktgleichheit als auch zum Schutz des Gemeinwohls bei.⁵ Insofern ist es der EU ein Anliegen gewesen, den Schutz dieser Personen auszuweiten. Denn aufgrund zu befürchtenden arbeitsrechtlichen oder sogar

* Beide Verfasserinnen sind am Institut für Straf- und Strafprozessrecht der Universität zu Köln tätig.

¹ Veröffentlicht im Amtsblatt der Europäischen Union L 305/17 vom 26.11.2019.

² Ins Deutsche übertragen lässt sich der Begriff allerdings nur bedingt, s. dazu *Engländer/Zimmermann*, NZWiSt 2012, 328 (329). Letztlich geht der Begriff auf eine Anspielung des Verhaltens englischer Polizisten zurück, die bei Wahrnehmung von Regel- oder Gesetzesverstößen in eine Trillerpfeife blasen, vgl. zur Begriffsherkunft *Reiter*, RIW 2005, 168 (169).

³ Richtlinie (EU) 2019/1937 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2019, S.L305/17.

⁴ BT-Drs. 20/3442, S. 56.

⁵ Vgl. *Brinkmann/Blank*, BB 2021, 2475; *Schmitt*, NZA-Beil. 3/2020, 50 (54).

strafrechtlichen Konsequenzen kann es sein, dass ein potenzieller Hinweisgeber sich scheut, einen erkannten Missstand tatsächlich durch eine entsprechende Meldung aufzudecken. Gerade in Deutschland ist der Hinweisgeberschutz aktuell eher lückenhaft. Zwar gibt es einige bereicherspezifische Normen bspw. im Wertpapierhandelsgesetz, Arbeitsschutzgesetz oder im Betriebsverfassungsgesetz, die in spezifischen Fällen den Hinweisgeber vor Benachteiligung schützen und auch § 612a BGB greift grundsätzlich in Form eines allgemeinen Maßregelungsverbots. Die praktische Relevanz des § 612a BGB ist aber gering, da den Arbeitnehmer die Beweislast einer Benachteiligung trifft.⁶

Der strafrechtliche Schutz wurde bereits durch das am 26.4.2019 in Kraft getretene Geschäftsgeheimnisgesetz erhöht. Nach § 5 Nr. 2 ist die Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen nicht verboten, sofern dies zum Schutz eines berechtigten Interesses erfolgt, insbesondere zur Aufdeckung rechtswidriger Handlungen oder eines Fehlverhaltens. Allerdings muss die Offenlegung geeignet sei, das öffentliche Interesse zu schützen.⁷

Insgesamt ist aber zu bemängeln, dass der derzeitige Hinweisgeberschutz nicht nur lückenhaft ist, sondern der Whistleblower aufgrund der einzelfallbezogenen Rechtsprechung auf erhebliche Rechtsunsicherheiten trifft, sofern er sich zu einer Meldung entschließt. Zudem sind die Meldewege an sich sowie die Voraussetzungen zulässiger externer Meldungen gesetzlich nicht geregelt.

II. Erforderliche Umsetzung der EU-Vorgaben

Die EU-Richtlinie 2019/1937 zielt nun auf die Etablierung eines Mindestschutzes für Hinweisgeber in den Mitgliedsstaaten und auf eine Förderung des Whistleblowings ab.⁸ Sie soll die Hinweisgeber, deren Verwandte und Dritte, die mit dem Hinweisgeber in Kontakt stehen, vor Vergeltungsmaßnahmen schützen. Es geht dabei nur um die Meldung von unionsrechtlichen Verstößen, wobei nach Art. 2 der Richtlinie verschiedene Rechtsbereiche, wie bspw. Verstöße gegen die Verkehrssicherheit, den Umweltschutz, den Verbraucherschutz und den Datenschutz genannt werden. Der persönliche Anwendungsbereich gem. Art. 4 der Richtlinie ist weit gefasst und bezieht sich auf alle Hinweisgeber, die „im privaten oder im öffentlichen Sektor tätig sind und im beruflichen Kontext Informationen über Verstöße erlangt haben“, wobei Arbeitnehmer, Beamte, Selbstständige, Anteilseigner, aber auch Praktikanten und Personen, die unter der Aufsicht und Leitung von Auftragnehmern, Unterauftragnehmern und Lieferanten arbeiten, erfasst sind. Dadurch ist der persönliche Anwendungsbereich sehr weit gesteckt auf alle Hinweisgeber, die „im weitesten Sinne in einer arbeitsbezogenen Verbindung mit einem Unternehmen stehen“.⁹

Anspruch auf Schutz hat ein Hinweisgeber gem. Art. 5 Abs. 1 lit. a der Richtlinie aber nur dann, wenn er „hinreichenden Grund zu der Annahme hat, dass die von ihm gemeldeten Informationen zum Zeitpunkt ihrer Übermittlung der Wahrheit entsprechen und in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen.“ Insofern genießen nur gutgläubige Hinweisgeber den Schutz und nicht solche, die wissentlich falsche oder irreführende Informationen melden. Sie müssen sogar damit rechnen, gem. Art. 23 Abs. 2 der Richtlinie bestraft und zur Schadenswiedergutmachung verpflichtet zu werden.

Als Meldewege sind drei verschiedene Berichtsarten vorgesehen, nämlich das interne und externe Whistleblowing sowie die sog. „Offenlegung“. Eine interne Meldung erfasst die mündliche oder schriftliche Mitteilung von Verstößen innerhalb des Unternehmens, wobei diese internen Meldekanäle von den Unternehmen selbst einzurichten sind, aber auch von Dritten, wie bspw. Rechtsanwälten und Wirtschaftsprüfern betrieben werden können.¹⁰ Gem. Art. 8 der Richtlinie besteht für Unternehmen ab 50 Mitarbeitern die Pflicht zur Einrichtung interner Meldekanäle und der damit verbundenen Prozesse für Folgemaßnahmen. Ob darüber hinaus auch eine gesetzliche Verpflichtung für Unternehmen unter 50 Mitarbeitern bestehen soll, obliegt den Mitgliedsstaaten. Deutschland hat von dieser Möglichkeit im Entwurf eines Hinweisgeberschutzgesetzes keinen Gebrauch gemacht, sondern ist den Mindestvorgaben der Richtlinie gefolgt.

Externe Meldungen betreffen Meldungen an eine zuständige Behörde. Wer hier zuständig ist, soll von den Mitgliedsstaaten bestimmt werden, wobei die Behörden mit ausreichenden Mitteln auszustatten sind. Interne und externe Meldewege sind grundsätzlich gleichrangig, wobei laut Richtlinie interne Meldewege bevorzugt werden, soweit damit keine Repressalien zu befürchten sind. Allerdings besteht keine Pflicht zur vorherigen Nutzung interner Meldekanäle – was durchaus zu kritischen Stellungnahmen Anlass gegeben hat.¹¹ Das von Deutschland favorisierte Drei-Stufen Modell, nachdem Hinweisgeber zunächst interne Meldewege nutzen müssen, bevor externe Meldungen möglich werden, konnte sich nicht durchsetzen.¹² Darüber hinaus besteht die Möglichkeit der sog. „Offenlegung“ nach Art. 5 Nr. 6 der Richtlinie, nach der sich direkt an Online-Plattformen, soziale oder traditionelle Medien sowie Gewerkschaften oder Berufsverbände gewandt werden darf. Die Anforderungen an geschützte Offenlegungen sind hoch, sodass sich gem. Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie nur derjenige Hinweisgeber darauf berufen kann, der zunächst eine interne oder externe Meldung erstattet hat und dennoch keine geeigneten Maßnahmen ergriffen wurden. Geschützt sind darüber hinaus auch Offenlegungen, die Verstöße einer unmittelbaren oder offenkundigen Gefährdung des öffentlichen Interesses darstellen oder soweit Repressalien zu befürchten sind.

⁶ S. *Granetzny/Markworth*, jurisPR-Compl 1/2020, Anm. 1.

⁷ Vgl. zum Geschäftsgeheimnisgesetz *Reinbacher*, KriPoZ 2019, 148; *Bildhäuser/Reinhardt*, GRUR-Prax 2020, 576; *Ohly*, GRUR 2019, 441; zu Strafbarkeitsrisiken des Hinweisgebers *Nöbel/Veljovic*, CB 2020, 34.

⁸ *Brinkmann/Blank*, BB 2021, 2475 (2476).

⁹ So *Dzida/Granetzny*, NZA 2020, 1201 (1202).

¹⁰ Zu den unterschiedlichen Meldewegen und Möglichkeiten vgl. *Brinkmann/Blank*, BB 2021, 2475 (2478).

¹¹ Vgl. *Dzida/Granetzny*, NZA 2020, 1201 (1203); zur fehlenden Stringenz *Taschke/Pielwo/Volk*, NZWiSt 2021, 85 (89).

¹² S. *Steinhauser/Kreis*, EuZA 2021, 422 (430); *Granetzny/Markworth*, jurisPR-Compl 1/2020, Anm. 1.

Die Richtlinie beinhaltet auch Schutzmaßnahmen, insbesondere das Verbot von Repressalien nach Art. 19, benannt werden bspw. Suspendierung, Kündigung und andere Disziplinar- oder Diskriminierungsmaßnahmen im Arbeitsverhältnis. Weitere Schutzmaßnahmen gem. Art. 21 der Richtlinie sind die Haftungsfreistellung und Schadenswiedergutmachung sowie eine Beweislastumkehr. Dieser kommt besondere Bedeutung zu, da zugunsten des Hinweisgebers vermutet wird, dass eine von ihm erlittene Benachteiligung auf die Meldung oder Offenlegung zurückgeht. Der Arbeitgeber hat dann zu beweisen, dass die Maßnahme auf hinreichend gerechtfertigten Gründen basiert. Weiterhin soll gem. Art. 20 der Richtlinie Hinweisgebern staatlicherseits auch Zugang zu unterstützenden Maßnahmen ermöglicht werden. Hierzu gehören u.a. kostenlose, umfassende und unabhängige Information über die bestehenden Schutzmaßnahmen sowie Prozesskosten- und Beratungshilfe. Nach Art. 23 der Richtlinie haben die Mitgliedsstaaten wirksame, angemessene und abschreckende Sanktionen gesetzlich zu verankern, die greifen, soweit Personen Meldungen behindern, Repressalien verhängen oder die Vertraulichkeit der Identität von Hinweisgebern nicht wahren. Vergleichbare Sanktionen muss es für Personen geben, die wissentlich falsche Informationen melden, wobei bei der Normierung darauf zu achten ist, dass potenzielle Hinweisgeber nicht abgeschreckt werden.

Letztlich soll nach der Richtlinie in den Mitgliedstaaten ein dreifacher Schutz des gutgläubigen Whistleblowers gewährleistet sein: Seine Vertraulichkeit ist zu wahren, Repressalien sollen nicht gefürchtet werden und der Hinweisgeber ist vor einer Haftung zu schützen.¹³

III. Der lange Weg ins nationale Recht

Die Richtlinie hätte bis zum 17.12.2021 in nationales Recht umgesetzt werden müssen. Daher ist bereits in der 19. Legislaturperiode der Referentenentwurf eines Hinweisgeberschutzgesetzes diskutiert worden.¹⁴ Auch die Fraktion Bündnis 90/Die Grünen brachte den Entwurf eines Gesetzes zur Förderung von Transparenz und zum Diskriminierungsschutz von Hinweisgeberinnen und Hinweisgebern (Whistleblower-Schutzgesetz) in den Bundestag ein.¹⁵ Innerhalb der 19. Legislaturperiode konnte sich jedoch nicht auf einen Regierungsentwurf geeinigt werden. Insofern hat das Bundesjustizministerium am 13.4.2022 erneut einen Referentenentwurf für einen besseren Schutz hinweisgebender Personen sowie zur Umset-

zung der Richtlinie zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden, veröffentlicht.¹⁶ Am 27.7.2022 hat das Kabinett das Hinweisgeberschutzgesetz beschlossen und einen entsprechenden Regierungsentwurf vorgestellt.¹⁷ Im Oktober fand im Rechtsausschuss eine öffentliche Sachverständigenanhörung statt.¹⁸ Der Rechtsausschuss hat einige Änderungen des Gesetzes vorgenommen, insbesondere wurden Meldungen zu verfassungsfeindlichen Äußerungen von Beamten in das Hinweisgeberschutzgesetz aufgenommen – auch solche unterhalb der Strafbarkeitsschwelle.¹⁹

Doch überraschenderweise stimmte der Bundesrat in seiner Plenarsitzung vom 10.2.2023 dem geänderten Gesetzentwurf nicht zu. Die Möglichkeit, den Vermittlungsausschuss anzurufen, wurde nicht genutzt. Schon kurz nach dem Scheitern im Bundesrat gab es Stimmen aus der Ampelkoalition, die das Einbringen eines neuen Gesetzentwurfs in nicht zustimmungspflichtiger Form favorisieren.²⁰ Im Bundesrat wurde primär kritisiert, dass das geplante Hinweisgeberschutzgesetz weit über die Vorgaben der EU-Richtlinie hinausgehe und die Unternehmen durch die verpflichtende Einführung von Meldesystemen zu hohen finanziellen Belastungen ausgesetzt seien.²¹

Daher schlug die Bundesregierung jetzt den Weg ein, am 17.3.2023 zwei Gesetzentwürfe einzubringen. Der erste trägt den Titel „Entwurf eines Gesetzes für einen besseren Schutz hinweisgebender Personen sowie zur Umsetzung der Richtlinie zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden“.²² Dieser Entwurf ist weitgehend identisch mit dem ersten Entwurf eines Hinweisgeberschutzgesetzes, den der Bundestag am 16.12.2022 verabschiedet hatte.²³ Ausdrücklich ausgenommen vom Entwurf sind aber Beamte der Länder, Gemeinden und Gemeindeverbände sowie der sonstigen der Aufsicht eines Landes unterstehende Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts sowie Richterinnen und Richter im Landesdienst. Dieser Ausschluss wird im zweiten „Entwurf eines Gesetzes zur Ergänzung der Regelungen zum Hinweisgeberschutz“ wieder zurückgenommen.²⁴ Durch diesen Trick ist nach Auffassung der Bundesregierung eine Zustimmung des Bundesrats nur für das Ergänzungsgesetz erforderlich.

Dieser Ansicht wurde in der öffentlichen Anhörung im Rechtsausschuss vom 27.3.2023 seitens einiger Experten entschieden entgegengetreten. Zwar habe das *BVerfG* in der Vergangenheit eine Aufspaltung von Gesetzesvorha-

¹³ So in der Conclusio auch *Granetzny/Markworth*, jurisPR-Compl 1/2020, Anm. 1. Ausführlich zur Richtlinie auch *Taschke/Pielow/Volk*, NZWiSt 2021, 85; *Brinkmann/Blank*, BB 2021, 2475; *Granetzny/Dzida*, NZA 2020, 1201; *Wiedmann/Seyfert*, CCZ 2019, 12.

¹⁴ Abrufbar unter: <https://www.whistleblower-net.de/wp-content/uploads/2021/02/Referentenentwurf-BMJV-WB-RL-Umsetzungsgesetz-8.pdf> (zuletzt abgerufen am 4.3.2023). Vgl. hierzu *Erlebach/Veljovic*, KriPoZ 2021, 165.

¹⁵ BT-Drs. 19/4558.

¹⁶ Abrufbar unter: <https://kripoz.de/wp-content/uploads/2022/07/refe-hinweisgeberschutz.pdf> (zuletzt abgerufen am 4.3.2023).

¹⁷ BT-Drs. 20/3442.

¹⁸ Die Stellungnahmen der öffentlichen Anhörung sowie zum Referentenentwurf sind abrufbar unter <https://kripoz.de/2018/11/13/schutz-von-whistleblowern/> (zuletzt abgerufen am 4.3.2022).

¹⁹ BR-Drs. 2023.

²⁰ S. hierzu Haufe v. 20.2.2023, abrufbar unter: https://www.haufe.de/compliance/recht-politik/hinweisgebersysteme-und-die-eu-whistleblower-richtlinie_230132_528700.html (zuletzt abgerufen am 4.3.2023).

²¹ Ein Video der Debatte ist abrufbar unter: <https://www.bundesrat.de/DE/plenum/bundesrat-kompakt/23/1030/1030-pk.html> (zuletzt abgerufen am 4.3.2023).

²² BT-Drs. 20/5992.

²³ BT-Drs. 20/4909.

²⁴ BT-Drs. 20/5991.

ben in einen zustimmungspflichtigen und einen nicht zustimmungspflichtigen Teil in der Vergangenheit gebilligt. Voraussetzung einer solchen Aufspaltung sei aber, dass diese nicht willkürlich oder missbräuchlich sei.²⁵ Ein solcher Verstoß gegen das Willkürverbot folge nun daraus, dass die Aufteilung in zwei Gesetzesvorhaben einzig der verweigten Zustimmung des Bundesrats zum ersten, beide Teile umfassenden Gesetzentwurf, geschuldet war. Es hätte nun aber hinsichtlich des ersten Entwurfs das Vermittlungsverfahren eingeleitet werden können, um zu einer Lösung zu gelangen.²⁶ Insofern ist tatsächlich von einer bewussten Umgehung auszugehen, die sachlich nur damit begründet werden kann, dass die Vorgaben der EU-Richtlinie schon lange hätten umgesetzt werden müssen und mittlerweile sogar eine Klage vor dem *EuGH* anhängig ist. Ob dies allein als Begründung trägt ist fraglich.

Zudem wird zutreffend auf die Gefahr eines „Zwei-Klassen-Rechts“ hingewiesen, sofern der Bundesrat das als zustimmungspflichtig eingestufte Ergänzungsgesetz wiederum ablehnt und dann für Bundesbeamte etwas anderes gelte als für Landes- und Kommunalbeamte.²⁷

Trotz dieser Bedenken traf der Rechtsausschuss am 28.3.2023 die Beschlussempfehlung, beide Gesetze unverändert anzunehmen.²⁸ Am 30.3.2023 fand die vorgesehene zweite und dritte Lesung zum Hinweisgeberschutzgesetz nicht wie geplant statt. Vielmehr wurde der Gesetzentwurf von der Tagesordnung abgesetzt.

IV. Umsetzungen und Erweiterungen durch das Hinweisgeberschutzgesetz

1. Persönlicher und sachlicher Anwendungsbereich

Der persönliche Anwendungsbereich des neuen Hinweisgeberschutzgesetzes umfasst gem. § 1 HinSchG-E alle Personen, die in ihrem beruflichen Umfeld Informationen über Verstöße erlangt haben.²⁹ Ebenfalls erfasst sind solche Personen, die von der Offenlegung betroffen sind oder Gegenstand der Meldung sind. In der EU-Richtlinie 2019/1937 sollten primär Arbeitnehmer im Sinne des Art. 45 Abs. 1 AEUV geschützt werden, allerdings auch Beamten und Praktikanten sowie externe Auftragnehmer, Lieferanten und solche Personen, deren Arbeitsverhältnis beendet ist oder sich noch im vorvertraglichen Stadium befindet.³⁰ Demnach war zur Umsetzung der Richtlinie laut Gesetzentwurf eine weite Generalklausel erforderlich.³¹ Bemängelt wird in der Umsetzung teilweise, dass die weite Generalklausel begrifflich nicht hinreichend klar gefasst ist, da beispielsweise auf Aufsichtsratsmitglieder oder Anteilseigner die Bezeichnung der „beruflichen Tätigkeit“ wie in § 1 Abs. 1 HinSchG-E genannt, nicht

passt.³² Ebenso wird angemerkt, dass der persönliche Anwendungsbereich keine Dritten schützt, die im privaten Rahmen Kenntnis über den Rechtsverstoß erlangt haben, obwohl Unternehmen auch an diesen Informationen Interesse haben könnten.³³ Dennoch ist festzuhalten, dass der persönliche Anwendungsbereich im Entwurf eines Hinweisgeberschutzgesetzes an der Richtlinie orientiert und die weite Fassung den Vorgaben der Richtlinie geschuldet ist. Es ist aber nicht davon auszugehen, dass sich auf eine – noch – weitere Fassung unter Einbeziehung Dritter, die privat Kenntnis erlangen, im weiteren Gesetzgebungsprozess geeinigt werden wird.

Vielmehr verengt der neue Entwurf des Hinweisgeberschutzgesetzes den persönlichen Anwendungsbereich – insoweit nicht richtlinienkonform – in § 1 Abs. 3 HinSchG-E wieder. Dem Gesetz nicht unterfallen soll der in § 1 BeamStG genannte Personenkreis, der Beamte der Länder, Gemeinden und Gemeindeverbände sowie sonstigen der Aufsicht eines Landes unterstehenden Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts umfasst. Ausgenommen sind auch Richter des Landesdiensts, für die nach § 71 DRiG das BeamStG entsprechend gilt. Als Grund dafür wird benannt, dass das Hinweisgeberschutzgesetz Regelungen träge, die eine Anpassung des Beamtenstatusgesetzes für diese Personengruppe erforderlich mache. Es wird aber gleichzeitig darauf hingewiesen, dass auch den in § 1 Abs. 3 HinSchG-E genannten Personengruppen der Hinweisgeberschutz gewährt werden müsse, um die Richtlinie 2019/1937 vollständig umzusetzen. Insofern solle zusammen mit der Änderung des Beamtenstatusgesetzes durch das Ergänzungsgesetz zum Hinweisgeberschutz wieder aufgehoben werden. Dies bedürfe aber der Zustimmung des Bundesrats.³⁴ Scheitert dieser Ergänzungsentwurf erneut an der Zustimmung des Bundesrats, bliebe das deutsche Hinweisgeberschutzgesetz nicht richtlinienkonform.

Der sachliche Anwendungsbereich stellt klar, welche Hinweise unter den Schutz des Gesetzentwurfs fallen. In Art. 2 der Richtlinie werden alle relevanten Verstöße gegen Unionsrecht und Rechtsakte der Europäischen Union aufgezählt, die das umzusetzende Gesetz enthalten muss. Die Beschränkungen des sachlichen Anwendungsbereichs auf Unionsrecht in der Richtlinie ergeben sich grundsätzlich aus der beschränkten Gesetzgebungskompetenz der Europäischen Union.³⁵

Der sachliche Anwendungsbereich in § 2 HinSchG-E enthält neben den unionsrechtlich relevanten Verstößen auch sämtliche strafbewehrte sowie bußgeldbewehrte Verstöße, soweit die verletzte Vorschrift dem Schutz von Leben, Leib, Gesundheit oder dem Schutz der Rechte von

²⁵ Vgl. BVerfGE 105, 313 (338 ff.).

²⁶ S. Kluth, öffentliche Anhörung v. 27.3.2023, Stellungnahme, S. 4, abrufbar unter: <https://kripoz.de/wp-content/uploads/2023/03/Stellungnahme-Kluth.pdf>. Ebenso Thüsing, Stellungnahme, Gliederungspunkt II, abrufbar unter: <https://kripoz.de/wp-content/uploads/2023/03/Stellungnahme-Thuesing.pdf> (beide zuletzt abgerufen am 29.3.2023).

²⁷ So Zittel vom Whistleblower-Netzwerk in der öffentlichen Anhörung v. 27.3.2023, abrufbar unter: https://www.bundestag.de/auschuesse/a06_recht/anhoeerungen/938162-938162 (zuletzt abgerufen am 29.3.2023).

²⁸ BT-Drs. 20/6193, S. 3.

²⁹ BT-Drs. 20/3442, S. 2.

³⁰ Vgl. auch BT-Drs. 20/3442, S. 33; BT-Drs. 20/5992, S. 31.

³¹ BT-Drs. 20/3442, S. 56; BT-Drs. 20/5992, S. 38.

³² BRAK, S. 8.

³³ Dilling, CCZ 2022, 145 (145).

³⁴ BT-Drs. 20/5992, S. 39.

³⁵ BT-Drs. 20/3442, S. 33; Colenric/Gerdemann, Die Umsetzung der Whistleblower-Richtlinie in deutsches Recht, HSI-Schriftenreihe, Bd. 34, 2020, S. 158.

Beschäftigten oder ihrer Vertretungsorgane dient. Daneben nennt § 2 Abs. 1 Nr. 3 HinSchG-E auch einen umfangreichen Katalog an relevanten Verstößen gegen Rechtsvorschriften des Bundes und der Länder, unter anderem wird hier das Geldwäschegesetz aufgeführt. Vom sachlichen Anwendungsbereich werden zudem Äußerungen von Beamten des Bundes erfasst, die einen Verstoß gegen die Pflicht zur Verfassungstreue darstellen. Diese erst später eingefügte Ergänzung soll es laut Gesetzesbegründung ermöglichen, verfassungsfeindliche Äußerungen von Beamten auch unterhalb der Strafbarkeitsschwelle zu melden.³⁶ Um der Zustimmungspflicht des Bundesrats zu entgehen, wurde in der Neufassung des Entwurfs eines Hinweisgeberschutzgesetzes der persönliche Anwendungsbereich auf Beamte des Bundes eingeschränkt. Diese Einschränkung soll durch den Ergänzungsentwurf dann wieder zurückgenommen werden, so dass dann Äußerungen von Landes- und Bundesbeamten erfasst wären.³⁷

Damit ist der Anwendungsbereich des Gesetzes trotz der Einschränkungen des § 2 Abs. 1 Nr. 10 HinSchG-E auf Bundesbeamte hinsichtlich der verfassungsfeindlichen Äußerungen mit der Ergänzung um Bundes- und Landesrecht sowie straf- und bußgeldbewährter Vorschriften deutlich weiter, als dies verpflichtend für die Mitgliedsstaaten in Art. 2 der Richtlinie gefordert wurde. Dieser Teil des neuen Gesetzes wird wegen ebendieser Erweiterungen besonders kontrovers diskutiert. Auf der einen Seite stehen diejenigen, die in den Erweiterungen eine Art Überfrachtung des Gesetzes sehen.³⁸ Laut *Thüsing* birgt der weite Anwendungsbereich sogar die Gefahr der Umgehung schon bestehender branchenspezifischer Regelungen.³⁹

Auf der anderen Seite wird der Anwendungsbereich als nicht weitgehend genug kritisiert. Denn missbräuchliches Verhalten, das keinen Rechtsverstoß darstelle, könne nicht gemeldet und demzufolge auch nicht bekämpft werden.⁴⁰ Insofern werden – anders als in § 5 Abs. 2 GeschGehG – Meldungen über unethische Verhaltensweisen nicht erfasst. Schaut man auf die gesetzliche Definition eines Verstoßes nach § 3 Abs. 2 Nr. 2 HinSchG-E,

so werden hierunter aber auch Verhaltensweisen von Meldungen mit einbezogen, die zwar nicht unmittelbar rechtswidrig sind, aber dem Ziel oder Zweck der gesetzlichen Regelung zuwiderlaufen und daher als missbräuchlich anzusehen sind. Kritisiert wird hier zu Recht die fehlende Konturierung des missbräuchlichen Verhaltens.⁴¹ Teilweise wird aufgrund der Gefahr der Rechtsunsicherheit eine Erheblichkeitsschwelle für rechtmäßiges Verhalten gefordert.⁴² Es scheint daher auf der Hand zu liegen, dass noch Klärungsbedarf hinsichtlich der Reichweite des § 3 Abs. 2 Nr. 2 HinSchG-E besteht, die der Gesetzgeber zum Anlass nehmen sollte, hier noch einmal nachzubessern.

Gleichzeitig wird von verschiedenen Seiten kritisiert, dass der sehr umfassende Katalog des § 2 Abs. 2 Nr. 3 HinSchG-E es der hinweisgebenden Person schwer machen würde, ohne rechtlichen Beistand den sachlichen Anwendungsbereich zu erfassen und daher nicht unbedingt dem Schutz des Hinweisgebers dienen würde.⁴³ In der Tat erkennt sogar der Gesetzgeber die fehlende Rechtsklarheit der Vorschrift und plädiert für Folgendes: „Da es für hinweisgebende Personen gänzlich unmöglich wäre nachzuvollziehen, welche Verstöße jeweils in den sachlichen Anwendungsbereich fallen und so die vertrauliche Behandlung seiner Identität nach sich ziehen würden, ist es unerlässlich, die einzelnen Rechtsbereiche so anzupassen, dass hinweisgebende Personen einschätzen können, ob ein beobachtetes Verhalten gegen Vorschriften in diesem Bereich verstößt.“⁴⁴

Hinzu kommt, dass Meldungen von sicherheitsrelevanten Daten vom Anwendungsbereich gem. § 5 HinSchG-E ausgeschlossen sind. Begründet wird das mit dem Schutz der nationalen Sicherheit und wesentlichen Sicherheitsinteressen.⁴⁵ Kritisiert wird dies als sog. „Anti-Snowden-Klausel“, da dieser auch nach Inkrafttreten des Hinweisgeberschutzgesetzes nicht unter den Anwendungsbereich fiel.⁴⁶

Abschließend lässt sich feststellen, dass aufgrund der geringen praktischen Relevanz der Meldung von Verstößen gegen das EU-Rechts der deutsche Gesetzgeber gut daran

³⁶ BT-Drs. 20/4909, S. 57; BT-Drs. 20/5992, S. 7, 46.

³⁷ BT-Drs. 20/5992, S. 46; BT-Drs. 20/5991, S. 3.

³⁸ So der BDA, S. 2, Stellungnahme abrufbar unter: https://kripoz.de/wp-content/uploads/2022/10/Stellungnahme_Harrer-Kouliou_BDA.pdf (zuletzt abgerufen am 6.3.2023) sowie BDI, S. 3, letzterer warnt vor sog. Goldplating, abrufbar unter: https://kripoz.de/wp-content/uploads/2022/07/0511_Stellungnahme_BDI_HinSchG-E.pdf?sessionidAF15F42592AC737E2E0C43CEA4D7690A.2_cid297.pdf (zuletzt abgerufen am 6.3.2023).

³⁹ *Thüsing*, öffentliche Anhörung v. 19.10.2022, S. 4, abrufbar unter: https://kripoz.de/wp-content/uploads/2022/10/Stellungnahme_Thuesing.pdf (zuletzt abgerufen am 9.3.2023). Der BDI äußert ähnliche Befürchtungen, indem bemängelt wird, dass das Verhältnis von HinSchG-E zu den Regelungen im ArbSchG und BetrVG aufgrund des weiten Anwendungsbereichs unklar sei (o. Fn. 38).

⁴⁰ *Falter*, öffentliche Anhörung, Whistleblowing-Netzwerk e.V., S. 2, abrufbar unter: https://kripoz.de/wp-content/uploads/2022/10/Stellungnahme_Falter.pdf (zuletzt abgerufen am 9.3.2023). Zur Verdeutlichung wird bspw. Bezug genommen auf den Fall *Brigitte Heinisch*, die die Vernachlässigung in der Altenpflege durch ihre Enthüllungen an die Öffentlichkeit brachte, die Unterversorgung allerdings keinen Straftatbestand darstellte und somit nicht unter den Schutz des HinSchG-E gefallen wäre.

⁴¹ Vgl. Fuhlrott/Henckel, *ArbRAktuell* 2022, 441; *Reppelmund*, DIHK, öffentliche Anhörung v. 19.10.2022, S. 5, abrufbar unter: https://kripoz.de/wp-content/uploads/2022/10/Stellungnahme_Reppelmund_DIHK.pdf (zuletzt abgerufen am 9.3.2023).

⁴² *Thüsing* (o. Fn. 39), S. 4.

⁴³ *Dilling*, CCZ 2022, 145 (146) ebenso *Transparency international e.V.*, öffentliche Anhörung v. 19.10.2022, S. 3, abrufbar unter: https://kripoz.de/wp-content/uploads/2022/10/Stellungnahme_Schloussen_Transparency-International-D.pdf (zuletzt abgerufen am 9.3.2023).

⁴⁴ BT-Drs. 20/3442, S. 58.

⁴⁵ BT-Drs. 20/3442, S. 69.

⁴⁶ S. *Gerdemann*, ZRP 2022, 98 (99); *Fuhlrott/Henckel*, *ArbRAktuell* 2022, 441 (442); *Falter*, öffentliche Anhörung, Whistleblowing-Netzwerk e.V., S. 3 (o. Fn. 40).

tut, den Hinweisgeberschutz auszudehnen. Die Ausdehnung auf Verstöße gegen Strafgesetze und bußgeldbewährte Rechtsverstöße, die Leib, Leben, Gesundheit oder dem Schutz der Rechte von Beschäftigten oder deren Vertretungsorganen dienen, erscheint sachgerecht, aber auch ausreichend, zumal sich weitere spezielle Verstöße wie bspw. nach dem Geldwäschegesetz anschließen. Allerdings trägt der unübersichtliche Katalog dieser weiteren möglichen Rechtsverstöße nicht unbedingt zur Rechtsklarheit bei.

2. Verhältnis zu dem Geschäftsgeheimnisgesetz

In § 6 Abs. 1 HinSchG-E wird auf das Geschäftsgeheimnisgesetz Bezug genommen. Die Offenbarung von Geschäftsgeheimnissen i.S. des § 2 Nr. 1 GeschGehG in einer Meldung ist danach erlaubt, sofern die Weitergabe des Geschäftsgeheimnisses notwendig war, um einen Verstoß im sachlichen Anwendungsbereich des Hinweisgeberschutzgesetzes aufzudecken und die hinweisgebende Person zum Meldezeitpunkt hinreichend Grund zu der Annahme hatte, dass die Meldung der Wahrheit entspricht. Auch für andere Strafvorschriften zum Geheimnischutz, wie bspw. § 30 der AO gilt § 6 HinSchG-E. Neben § 6 HinSchG enthält § 5 Nr. 2 GeschGehG einen Erlaubnistatbestand. Hiernach sind alle Offenlegungen erlaubt, sofern sie geeignet sind, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen. Beide Erlaubnistatbestände ergänzen sich und kommen unabhängig voneinander zur Anwendung. Sie gewährleisten dem Hinweisgeber Rechtssicherheit und schützen ihn vor dem scharfen Schwert des Strafrechts.

3. Einrichtung von Meldestellen

Hinsichtlich der Meldung von Hinweisen ist zwischen internen und externen Meldungen sowie der Offenlegung zu unterscheiden.

a) Interne Meldungen, §§ 12 ff. HinSchG-E

Interne Meldestellen sind solche, die Beschäftigungsgeber im eigenen Unternehmen zu errichten haben. § 12 Abs. 2 HinSchG-E stellt klar, dass eine solche Meldestelle in der Regel ab einer Beschäftigungsanzahl von 50 Beschäftigten einzurichten ist. Insofern hält sich der deutsche Gesetzgeber an die Mindestvorgaben der EU-Richtlinie, unterschreitet die Beschäftigtenanzahl aber nicht. Die internen Meldestellen haben gem. § 13 HinSchG-E sowohl die Aufgabe, Meldekanäle nach § 16 HinSchG-E zu betreiben, das Verfahren nach § 17 HinSchG-E zu führen und ggfs.

Folgemaßnahmen nach § 18 HinSchG-E anzustoßen. Sie müssen der hinweisgebenden Person ebenfalls Informationen über externe Meldestellen bereitstellen. Außerdem haben sie gem. § 8 HinSchG-E die Vertraulichkeit der Identität des Hinweisgebers, des durch die Meldung direkt Betroffenen oder der in der Meldung benannten weiteren Personen zu wahren. Ausnahmen von diesem Gebot sind nur möglich, sofern der Hinweisgeber vorsätzlich oder grob fahrlässig unrichtige Informationen über Verstöße meldet oder bestimmte Stellen oder Handlungsweisen gem. § 9 HinSchG-E die Offenlegung der Identität des Hinweisgebers oder der gemeldeten Person verlangen.

In Hinblick auf die internen Meldestellen wird unter anderem § 14 Abs. 1 HinSchG-E kritisiert, nachdem es mehreren privaten Beschäftigungsgebern möglich sein soll, für die Entgegennahme von Meldungen eine gemeinsame Meldestelle einzurichten, wohingegen die weiteren Maßnahmen vom einzelnen Beschäftigungsgeber zu erfüllen sind. Diese Regelung wird von nicht wenigen Experten als unionsrechtswidrig empfunden, da sie nicht dem Inhalt des Art. 8 Abs. 3, 5 und 6 der Richtlinie entspreche.⁴⁷ Allerdings ist zu konstatieren, dass die Richtlinie zumindest die Möglichkeit der Auslagerung interner Meldewege an Dritte als gangbaren Weg ansieht.

Die Meldekanäle für interne Meldestellen werden durch § 16 HinSchG-E geregelt. Während noch in der ersten Entwurfsfassung § 16 Abs. 1 S. 4 HinSchG-E klargestellt hatte, dass es keine Verpflichtung gibt, Meldestellen so einzurichten, dass anonyme Meldungen möglich sind,⁴⁸ wurde dies auf Empfehlung des Rechtsausschusses bereits in der zweiten Entwurfsfassung geändert⁴⁹ und auch jetzt im neuen Anlauf der Einbringung des Hinweisgeberschutzgesetzes beibehalten.⁵⁰ Nach § 16 Abs. 1 S. 5 HinSchG-E sind für anonym eingehende Meldungen Meldekanäle vorzuhalten, die die anonyme Kontaktaufnahme und Kommunikation ermöglichen sollen. Die Möglichkeit, dass interne Meldestellen auch anonym eingehende Meldungen bearbeiten können, entspricht laut dem Bundesverband deutscher Unternehmensjuristen ohnehin den aktuellen Gegebenheiten bei größeren Konzernen und Unternehmen.⁵¹ Zutreffend wird zudem angeführt, dass bereits bestehende Meldeverfahren, wie in § 3b Abs. 1 S. 2 BörsG, anonyme Hinweise annehmen und die vermutete erhöhte Missbrauchsgefahr sich nicht bestätigen lasse.⁵² In der Praxis zeige sich außerdem häufig, dass Meldungen gerade deswegen abgegeben werden, weil ein anonymes Meldewege offensteht.⁵³ Des Weiteren lassen sich potenzielle Hinweisgeber bei der Möglichkeit anonymen Meldewege ggf. leichter motivieren, interne und nicht externe

⁴⁷ Transparency international e.V. (o. Fn. 43), öffentliche Anhörung v. 19.10.2022, S. 6, 7; ebenso Dilling, CCZ 2022, 145 (148); Reppel-mund (o. Fn. 41), DIHK, öffentliche Anhörung v. 19.10.2022, S. 11.

⁴⁸ BT-Drs. 20/3442, S. 35.

⁴⁹ BT-Drs. 20/4909, S. 24.

⁵⁰ BT-Drs. 20/5992, S. 15.

⁵¹ Bund der Unternehmensjuristen, S. 6, abrufbar unter: https://kripoz.de/wp-content/uploads/2022/07/0511_Stellungnahme_BUJ_HinSchG-E.pdf?sessionidAF15F42592AC737E2E0C43CEA4D7690A.2_cid297.pdf (zuletzt abgerufen am 10.3.2023), ebenfalls bestehe bereits jetzt ein internetbasiertes Meldeportal auch für anonyme Meldungen in Niedersachsen; vgl. auch BRK, S. 6, abrufbar unter: https://kripoz.de/wp-content/uploads/2022/07/0517_Stellungnahme_BRAK_HinSchG-E.pdf?sessionidAF15F42592AC737E2E0C43CEA4D7690A.2_cid297.pdf (zuletzt abgerufen am 10.3.2023).

⁵² Transparency international e.V. (o. Fn. 43), öffentliche Anhörung, S. 5.

⁵³ BRAK (o. Fn. 51), S. 6; Bayreuther, NZA-Beil. 2022, 20 (22).

Kanäle zu nutzen.⁵⁴ Insofern ist es richtig und wichtig, dass § 16 HinSchG-E eine verpflichtende Einrichtung interner Meldekanäle auch für anonyme Hinweise vorsieht. Die interne Meldestelle ist nach Eingang der Meldung gem. § 17 Abs. 1 Nr. 1 HinSchG-E zur Bestätigung des Eingangs und gem. § 17 Abs. 2 HinSchG-E nach drei Monaten zur Rückmeldung an den Hinweisgeber verpflichtet.

b) Externe Meldungen, §§ 19 ff. HinSchG-E

Zudem muss nach § 19 Abs. 1 HinSchG-E das Bundesamt für Justiz eine Meldestelle für externe Meldungen einrichten. Auch die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht sowie das Bundeskartellamt sind zur Einrichtung externer Meldestellen gem. §§ 20, 21 HinSchG-E verpflichtet. Darüber hinaus können die Bundesländer gem. § 20 HinSchG-E externe Meldestellen auf Landes- sowie Kommunalverwaltungsebene einrichten.

Ebenso wie interne Meldestellen prüfen externe Meldestellen den Inhalt und die Stichhaltigkeit des Hinweises (§§ 24 Abs. 1, 28 Abs. 2 HinSchG-E). Sie sind ebenfalls zur Rückmeldung verpflichtet und sollen auf den internen Meldeweg hinweisen, wenn dieser im Einzelfall möglich scheint.

c) Die Offenlegung

In Umsetzung der EU-Richtlinie legt § 32 HinSchG-E fest, unter welchen Voraussetzungen der Hinweisgeber die Informationen über Verstöße öffentlich zugänglich machen darf. Erforderlich ist, dass zunächst eine externe Meldung erfolgt ist, die nicht ausreichend bearbeitet wurde oder dass ein hinreichender Grund gegeben ist. Ein solcher liegt u.a. vor, wenn der Verstoß wegen eines Notfalls die Gefahr irreversibler Schäden oder vergleichbare Umstände eine unmittelbare oder offenkundige Gefährdung des öffentlichen Interesses darstellen.

d) Verhältnis interner und externer Meldungen

Interne und externe Meldungen stehen sich nach dem Entwurf des Hinweisgeberschutzgesetzes gleichrangig gegenüber, d.h. die hinweisgebende Person hat die Wahl, ob sie sich erst an „ihre“ interne Meldestelle oder direkt an eine externe Meldestelle wendet. Die Offenlegung gem. § 32 HinSchG-E steht dem Hinweisgeber allerdings erst dann zur Verfügung, wenn er zuvor eine externe Meldestelle konsultiert hat.

Die Gleichrangigkeit interner und externer Meldungen wird zu einer Neuausrichtung des bisher in Deutschland geltenden Stufenverhältnisses führen.⁵⁵ Die nunmehr in § 7 HinSchG-E normierte freie Wahl zwischen interner und externer Meldung ist der Umsetzung von Art. 10 und

15 der EU-Richtlinie geschuldet, die dies zwingend vorsieht.⁵⁶ Allerdings empfiehlt die Richtlinie in Art. 7, dass die Mitgliedstaaten sich dafür einsetzen sollen, dass interne vor externen Meldekanälen genutzt werden. Diesem Passus ist lediglich durch § 28 Abs. 1 S. 3 HinSchG-E Rechnung getragen worden, nach dem die externe Meldestelle in geeigneten Fällen den Hinweisgeber auf die Möglichkeit interner Meldungen hinweisen soll. Diese Vorschrift greift natürlich zu spät, weil der Hinweisgeber sich ja bereits an eine externe Stelle gewandt hat.⁵⁷ Insofern hätte der Gesetzgeber an dieser Stelle durch die in Art. 7 der Richtlinie eröffnete Möglichkeit die interne Meldung besser und wirkungsvoller stärken können. Wird hier nicht nachjustiert, so ist es Aufgabe des Arbeitgebers, das eigene interne Meldesystem möglichst einfach handhabbar zu machen und seine Arbeitnehmer darüber transparent zu informieren. Je besser dies gelingt und die Vertraulichkeit des internen Systems gewährleistet wird, desto eher wird der Arbeitnehmer interne Wege vor externen nutzen.⁵⁸

4. Der Hinweisgeberschutz

Der Entwurf des Hinweisgeberschutzgesetzes soll die Ziele der EU-Richtlinie, einen umfassenden Schutz der Whistleblower sicherzustellen, umsetzen. Insofern ist gem. §§ 8 und 9 HinSchG-E die Identität der hinweisgebenden Person grundsätzlich vertraulich zu behandeln. Neben dem Hinweisgeber gilt dies auch gegenüber Personen, die Gegenstand der Meldung sind.

Zudem wird der Hinweisgeber umfassend vor möglichen Repressalien aufgrund seiner Meldung geschützt. Repressalien sind nicht nur gem. § 36 Abs. 1 HinSchG-E grundsätzlich verboten, sondern auch bußgeldbewehrt sowie schadensersatzpflichtig.

Voraussetzung ist, dass der Hinweisgeber gem. § 33 HinSchG-E zum Zeitpunkt der Meldung oder Offenlegung hinreichenden Grund zu der Annahme hatte, dass diese Information der Wahrheit entspricht und in den Anwendungsbereich des Hinweisgeberschutzgesetzes fällt. Meldet der Hinweisgeber missbräuchlich oder böswillig unrichtige Informationen, so erhält er keinen Schutz. Geschützt sind aber auch hinweisgebende Personen, denen bei der Bewertung des Sachverhalts Fehler unterlaufen sind und die in gutem Glauben ungenaue oder unzutreffende Informationen melden.⁵⁹ Schwierig wird es hier vermutlich werden, missbräuchliches Verhalten nachzuweisen.

Anders als die Richtlinie wird im Entwurf des Hinweisgeberschutzgesetzes auf einen Katalog möglicher Repressalien verzichtet und alle Benachteiligungen erfasst, die

⁵⁴ S. Bayreuther, NZA-Beil. 2022, 20 (22).

⁵⁵ Nach der Rechtsprechung musste sich der Arbeitnehmer bisher zunächst um eine innerbetriebliche Meldung bemühen, allerdings bestanden Ausnahmen, sofern eine solche unzumutbar war, vgl. BAG, NZA 2020, 646; dieses Stufenverhältnis hat der EGMR aber bereits in der *Heinisch*-Entscheidung abgeschwächt, s. EGMR, NZA 2011, 1269.

⁵⁶ Die Aufgabe des Stufenverhältnisses kritisieren bspw. *Thüsing*, DB 2022, 1066 (1067); *Dzida/Granetzny*, NZA 2020, 1201 (1203) und *Forst*, EuZA 2020, 283 (295). Positiv dagegen *Falter* (o. Fn. 40), öffentlich Anhörung v. 19.10.2022, S. 4.

⁵⁷ BDI (o. Fn. 38), S. 5.

⁵⁸ Vgl. hierzu auch Bayreuther, NZA-Beil. 2022, 20 (24).

⁵⁹ BT-Drs. 20/3442, S. 92; BT-Drs. 20/5992, S. 77.

Folge der Meldung oder Offenlegung sind.⁶⁰ Zudem sieht § 36 HinSchG-E eine Beweislastumkehr vor, da die Person, die den Hinweisgeber benachteiligt hat, beweisen muss, dass die Benachteiligung auf hinreichend gerechtfertigten Gründen oder nicht auf der Meldung oder Offenlegung beruht. Gerade diese Beweislastumkehr ist auf Kritik gestoßen, da sie den Grundsatz der freien Unternehmensentscheidung, insbesondere hinsichtlich des Kündigungsschutzes beeinflussen würde.⁶¹ Zumindest solle eine Missbrauchskontrolle eingeführt werden, bevor die weitreichenden Folgen der Beweislastumkehr greifen.⁶² Allerdings ist die normierte Beweislastumkehr der Umsetzung von Art. 21 der EU-Richtlinie geschuldet, sodass der deutsche Gesetzgeber hier in der Pflicht ist.⁶³

Um die hinweisgebende Person zu schützen, sieht § 35 HinSchG-E den Ausschluss seiner Verantwortlichkeit vor. Der Hinweisgeber kann nach Abs. 1 nicht für die Beschaffung von oder den Zugriff auf Personen, die er gemeldet oder offengelegt hat, rechtlich verantwortlich gemacht werden, sofern nicht die Beschaffung oder der Zugriff eine eigenständige Straftat darstellt. Hierdurch soll ein bewusstes Auskundschaften auf der Suche nach Meldungen verhindert werden – die Strafbarkeit bspw. durch das Ausspähen oder Abfangen von Daten oder die Begehung eines Hausfriedensbruchs bleibt also bestehen.⁶⁴ Durch die Vorschrift soll den Hinweisgebern die Sorge davor genommen werden, dass sie durch die Weitergabe relevanter Informationen, die sie nicht rechtmäßig erlangt haben, zur Verantwortung gezogen werden.⁶⁵ Teilweise wird auch hier kritisiert, dass die rechtswidrige Beschaffung nicht den Schutz des Hinweisgebers auslösen sollte und die Regelung zu kurz greife, sofern sie nur auf Straftaten abstelle.⁶⁶ Allerdings wird auch hier lediglich Art. 21 Abs. 3 der Richtlinie umgesetzt. Einen Spielraum hat der deutsche Gesetzgeber an dieser Stelle nicht. Zudem muss konstatiert werden, dass das materielle Strafrecht als scharfes Schwert dem Hinweisgeber weiterhin droht, was zu einer in der Praxis sehr gewichtigen Einschränkung der Privilegierung des Hinweisgebers führt.⁶⁷

§ 35 Abs. 2 HinSchG-E regelt nicht die Beschaffung, sondern die Weitergabe der Information im Rahmen einer Meldung oder Offenlegung. Die Vorschrift ergänzt § 6 HinSchG-E und soll sicherstellen, dass sich der Hinweisgeber auch dann keiner Verantwortlichkeit ausgesetzt sieht, die nicht unter § 6 HinSchG-E fallen. Es scheidet somit auch jede Verantwortlichkeit für aus der Meldung oder Offenlegung entstandene Schäden aus. Außerdem stellt der Gesetzgeber klar, dass nach Abs. 2 im Gegensatz zu Abs. 1 auch die strafrechtliche Verantwortlichkeit in Bezug auf die Meldung oder Offenlegung ausgeschlossen ist.⁶⁸ Dies ist auch erforderlich, um die Hinweisgeber vollumfänglich zu schützen.

5. Schadensersatzvorschriften

Eine Schadensersatzpflicht kann nicht nur den Verursacher von Repressalien gem. § 37 HinSchG-E treffen, sondern auch den Hinweisgeber im Falle von Falschmeldungen gem. § 38 HinSchG-E. Allerdings betrifft dies nur vorsätzliche und grob fahrlässige unrichtige Meldungen oder Offenlegungen. Schadensersatzansprüche, die sich aus einer einfachen fahrlässigen unrichtigen Meldung ergeben, sollen nicht bestehen. Die Gesetzesbegründung macht deutlich, dass es verfehlt wäre, überhöhte Anforderungen an die hinweisgebende Person in Bezug auf die Überprüfung der Richtigkeit der Informationen zu stellen.⁶⁹ Dies hätte in letzter Konsequenz sonst wiederum eine fehlende Bereitschaft potenzieller Hinweisgeber zur Folge, Missstände aufzudecken.

6. Bußgeldvorschriften

Die Bußgeldvorschrift des § 40 HinSchG-E komplettiert den Entwurf des Hinweisgeberschutzgesetzes und setzt Art. 23 Abs. 1 und 2 der EU-Richtlinie um. Diese verlangt wirksame, angemessene und abschreckende Sanktionen. Gegen den Hinweisgeber kann nach § 40 Abs. 1 HinSchG-E ein Bußgeld verhängt werden, soweit er wissentlich unrichtige Informationen über Verstöße offenlegt. Hierdurch soll das ungeprüfte Weitertragen und Veröffentlichlichen falscher Informationen verhindert werden, da diese für die Betroffenen besonders schwere Folgen haben können.⁷⁰ Daher sieht der Gesetzgeber über die ggf. verwirklichten Straftatbestände des Vortäuschens einer Straftat, der falschen Verdächtigung und Verleumdung hinaus einen Bußgeldtatbestand vor.

Gem. § 40 Abs. 2 HinSchG-E können Geldbußen umgekehrt auch gegen juristische oder natürliche Personen verhängt werden. Für die Behinderung oder den Versuch der Behinderung einer Meldung kann ebenso eine Geldbuße verhängt werden wie für das Ergreifen oder versuchte Ergreifen einer Repressalie. Auch Vertraulichkeitsverstöße im Hinblick auf die Identität des Hinweisgebers stellen eine Ordnungswidrigkeit dar, wobei diese auch bei leichtfertigen oder fahrlässigen Verstößen geahndet werden können. Schließlich kann eine Geldbuße ebenfalls verhängt werden, sofern keine oder mangelhafte interne Meldestellen durch die zur Einrichtung von Meldestellen verpflichteten Unternehmen installiert werden.

V. Fazit

Zutreffend stellen *Fuhlrott/Henckel* fest, dass der erste in dieser Legislaturperiode eingebrachte Entwurf des Hinweisgeberschutzgesetzes bzgl. der relevanten Punkte

⁶⁰ BT-Drs. 20/3442, S. 95; BT-Drs. 20/5992, S. 80 f. Kritisch zum fehlenden Katalog bspw. BDK, S. 2, abrufbar unter: https://kripoz.de/wp-content/uploads/2022/07/0511_Stellungnahme_BDK_HinSchG-E.pdf (sessionidAF15F42592AC737E2E0C43CEA4D7690A.2_cid297.pdf (zuletzt abgerufen am 10.3.2023)).

⁶¹ So BRK (o. Fn. 51), S. 9; BDA (o. Fn. 39), S. 8.

⁶² Zum Missbrauch BDA (o. Fn. 39), S. 8; zur Missbrauchskontrolle vgl. *Quast/Ohrloff*, CCZ 2022, 303 (307).

⁶³ Kritisch aber schon zur in der Richtlinie festgeschriebenen Beweislastumkehr *Dzida/Granetzny*, NZA 2020, 1201 (1204).

⁶⁴ BT-Drs. 20/5992, S. 79.

⁶⁵ BT-Drs. 20/5992, S. 79.

⁶⁶ So BDA (o. Fn. 33), S. 7.

⁶⁷ S. *Bayreuther*, NZA-Beil. 2022, 20 (25).

⁶⁸ BT-Drs. 20/5992, S. 80.

⁶⁹ BT-Drs. 20/5992, S. 82.

⁷⁰ So BT-Drs. 20/5992, 83.

weitgehend eine 1:1-Umsetzung der europäischen Richtlinie darstellt, sodass wesentliche Änderungen nicht zu erwarten sind.⁷¹ Insofern bleibt unverständlich, warum der Bundesrat dem Gesetzentwurf die Zustimmung verweigert hat.

Ansonsten entspricht der neue Gesetzentwurf des Hinweisgeberschutzgesetzes dem bereits eingebrachten Entwurf. Kleinere gesetzliche Unebenheiten sind leider nicht geglättet worden. Dies wäre aber wünschenswert gewesen. So hätte man beispielsweise den unübersichtlichen Katalog des § 2 Abs. 2 Nr. 3 HinSchG-E glätten sowie die stärkere Konturierung missbräuchlichen Verhaltens i.S. des § 3 Abs. 2 Nr. 2 HinSchG-E gesetzlich verankern können. Ebenso hätten noch etwaige Bedenken zur Vereinbarkeit bspw. von § 14 Abs. 1 HinSchG-E mit der Richtlinie aus dem Weg geräumt werden können, um sicherzustellen, dass das HinSchG mit der Richtlinie vollständig im Einklang steht.

Ansonsten ist aber erfreulich, dass der deutsche Gesetzgeber nicht auf die kritischen Stimmen gehört hat, die den Anwendungsbereich des Hinweisgeberschutzgesetzes zu-

rückschrauben und auf Unionsrechtsverstöße beschränken wollen. Denn dann wäre der Hinweisgeberschutz in Deutschland nach wie vor defizitär.

Um den Weg über den Vermittlungsausschuss zu vermeiden, hat die Bundesregierung aus einem Gesetz zwei gemacht und die Landes- und Kommunalbeamten und Richter aus dem Anwendungsbereich des Hinweisgeberschutzgesetzes – zunächst – ausgenommen. Erst durch das Ergänzungsgesetz wird diese Ausnahme wieder rückgängig gemacht. Diese „Umgehung“ der Zustimmung des Bundesrats ist in der öffentlichen Anhörung zu Recht auf Kritik gestoßen. Zudem ist dann, wenn der Bundesrat dem Ergänzungsgesetz die Zustimmung verweigert, eine richtlinienkonforme Umsetzung nicht gegeben, soweit Beamte und Richter der Bundesländer vom Hinweisgeberschutz ausgenommen sind. Insofern ist die Zukunft des Hinweisgeberschutzgesetzes und seines Ergänzungsgesetzes sowohl in gesetzgeberischer als auch verfassungsrechtlicher Hinsicht ungewiss, zumal der Gesetzentwurf am 30.3.2023 kurzfristig von der Tagesordnung abgesetzt wurde. Ob und wann die zweite und dritte Lesung stattfinden wird, ist nicht bekannt.

⁷¹ Fuhlrott/Henckel, ArbRAktuell 2022, 441 (445).

Warum die „Letzte Generation“ (noch) keine kriminelle Vereinigung ist

von Prof. Dr. Dr. Milan Kuhli und
Judith Papenfuß*

Abstract

Der folgende Beitrag beschäftigt sich mit der viel diskutierten Frage, ob die „Letzte Generation“ eine kriminelle Vereinigung i.S.d. § 129 StGB darstellt. Der Beitrag beschreibt dazu die Struktur und Aktivitäten der „Letzten Generation“, gibt einen Überblick zu § 129 StGB und widmet sich dann der Frage, ob die mitgliedschaftliche Beteiligung in oder die Unterstützung der „Letzten Generation“ eine Strafbarkeit nach § 129 Abs. 1 StGB begründet.

The following article deals with the much-discussed question of whether the Last Generation („Letzte Generation“) constitutes a criminal organization within the meaning of Section 129 of the Criminal Code. The article describes the structure and activities of the Last Generation („Letzte Generation“), provides an overview of Section 129 of the Criminal Code, and then addresses the question of whether participating as a member in or supporting the Last Generation („Letzte Generation“) constitutes criminal liability under Section 129 (1) of the Criminal Code.

I. Einleitung

Am 13. Dezember 2023 kam es bundesweit zu Hausdurchsuchungen bei Personen, die der Gruppierung *Letzte Generation* zugeordnet werden. Anknüpfungspunkt dieser strafprozessualen Ermittlungsmaßnahmen war unter anderem der Verdacht der Bildung bzw. Unterstützung ei-

ner kriminellen Vereinigung gem. § 129 StGB.¹ In den Fokus rückt damit ein Delikt, das strafrechtlich nicht erst an die Durchführung einzelner Protestaktionen der *Letzten Generation* (z.B. Straßenblockaden) anknüpft, sondern prinzipiell deutlich früher. Organisationsdelikte² nach Art des § 129 StGB sind keineswegs unproblematisch, knüpfen sie doch an Verhaltensweisen an (z.B. die Unterstützung einer Gruppierung), die für sich genommen noch keine individuellen Rechtsgüter verletzen. Vielmehr dürfte die Schutzrichtung von § 129 StGB auf die öffentliche Sicherheit und den inneren Frieden abzielen.³ Die Problematik der zeitlichen Vorverlagerung des strafbaren Bereichs (im Verhältnis zur Strafbarkeit der von der Vereinigung geplanten Straftaten) erhöht sich bei § 129 StGB noch einmal dadurch, dass diese Vorschrift einen rechtlichen Anknüpfungspunkt für zahlreiche eingriffsintensive strafprozessuale Maßnahmen (z.B. Telekommunikationsüberwachung⁴) bildet.⁵

Die Frage, ob eine Strafbarkeit nach § 129 StGB in Betracht kommt, ist keineswegs leicht zu beantworten. Hinsichtlich des oben genannten Ausgangsfalles – den Hausdurchsuchungen bei mutmaßlichen Angehörigen der *Letzten Generation* – stellt sich vor allem die Frage, ob die Gruppierung der *Letzten Generation* als kriminelle Vereinigung i.S.d. § 129 StGB eingeordnet werden kann – eine Frage, der sich der Beitrag im Abschnitt III widmet. Zur Erörterung dieser Frage sind zunächst jedoch einige Darlegungen notwendig, die die Struktur und die Aktivitäten der *Letzten Generation* in den Blick nehmen.

* Prof. Dr. Dr. Milan Kuhli ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht und Strafprozessrecht einschließlich ihrer internationalen und historischen Bezüge an der Universität Hamburg. Judith Papenfuß ist als Wissenschaftliche Mitarbeiterin dort beschäftigt.

¹ Siehe hierzu den Medienbericht von *Schaible/Röbel*, Razzia gegen Klimaaktivisten der „Letzten Generation“, Spiegel online v. 13.12.2022, online abrufbar unter: <https://www.spiegel.de/panorama/letzte-generation-razzia-gegen-klima-aktivisten-hausdurchsuchungen-an-elf-orten-a-983e759f-34c0-43d1-be18-1746e47f777a> (zuletzt abgerufen am 7.3.2023); vgl. auch *Steinke*, Nur lästig – oder auch gefährlich?, SZ v. 18.1.2023, online abrufbar unter: <https://www.sueddeutsche.de/politik/letzte-generation-kriminelle-vereinigung-klimaproteste-ermittler-1.5733860> (zuletzt abgerufen am 28.2.2023); Zeit online, Durchsuchungen bei Aktivisten der Letzten Generation, Zeit online v. 13.12.2022, online abrufbar unter: <https://www.zeit.de/gesellschaft/2022-12/letzte-generation-ermittlungen> (zuletzt abgerufen am 28.2.2023); Einzelne Mitglieder der Gruppe bestätigten die Vorgänge öffentlich, so bspw. *Clara Hinrichs* in einem Tweet v. 13.12.2022, online abrufbar unter: https://twitter.com/carla_hinrichs/status/1602746078348120065 (zuletzt abgerufen am 28.2.2023); darüber hinaus findet sich ein Statement auf der Homepage der *Letzten Generation* zu den Vorgängen, online abrufbar unter: <https://letztegeneration.de/blog/2022/12/kriminelle-vereinigung-und-hausdurchsuchungen/> (zuletzt abgerufen am 28.2.2023).

² Zur Einordnung des § 129 StGB als Organisationsdelikt *Kuhli*, in: *Matt/Renzikowski*, StGB, 2. Aufl. (2020), § 129 Rn. 2 m.w.N.

³ Vgl. *Kuhli*, in: *Matt/Renzikowski*, StGB, § 129 Rn. 3; ähnlich: *BGH*, NJW 1966, 310 (312); 1975, 985 (985); *BayObLG*, StV 1998, 265 (266); *OLG Düsseldorf*, NJW 1994, 398 (399); *Gössel*, JR 1983, 118 (118); *Hofmann*, NSZ 1998, 249 (250); *Federle*, ZStW 110 (1998), 767 (793); *Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 30. Aufl. (2019), § 129 Rn. 1; *Schäfer/Anstötz*, in: *MüKo-StGB*, Band 3, 4. Aufl. (2021), § 129 Rn. 1; abweichend: *Ostendorf*, JA 1980, 499 (500); *Langer-Stein*, Legitimation und Interpretation der strafrechtlichen Verbote krimineller und terroristischer Vereinigungen, 1987, S. 134; *Nehring*, Kriminelle und terroristische Vereinigungen im Ausland, 2007, S. 131; *Ostendorf*, in: *NK-StGB*, 5. Aufl. (2017), § 129 Rn. 4.

⁴ § 100a Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 lit. d StPO; vgl. im Übrigen hierzu die Übersicht bei *Kuhli*, in: *Matt/Renzikowski*, StGB, § 129 Rn. 55.

⁵ Krit. hierzu auch *Walischewski*, StV 2000, 583; *Hohmann*, wistra 1992, 85; vgl. in diesem Kontext auch *Federle*, ZStW 110 (1998), 767 (794); *Langer-Stein*, Legitimation und Interpretation der strafrechtlichen Verbote krimineller und terroristischer Vereinigungen, 1987, S. 3.

II. Struktur und Aktivitäten der „Letzten Generation“

Sich selbst bezeichnet die *Letzte Generation* als „Teil eines internationalen Netzwerks ziviler Widerstandsprojekte“.⁶ Sie trägt keine klare Organisationsbezeichnung und hat keine klar nach außen erkennbare Mitgliederstruktur. Grundsätzlich soll jede Person „mitmachen“⁷ können, doch für die tatsächliche Aufnahme in die Kommunikationsstrukturen ist die Beantwortung eines Fragebogens sowie ggf. der Besuch von Veranstaltungen erforderlich.⁸ Es darf deshalb vermutet werden, dass eine Auswahl einzelner Personen vorbehalten ist. Laut Homepage der *Letzten Generation* besteht innerhalb der Gruppierung eine sog. „funktionelle Hierarchie“.⁹ Zudem agiert sie nach dieser Quelle arbeitsteilig (bspw. Zuständigkeit für das Legal-Team¹⁰) und ist in Untereinheiten (bspw. „Kerngruppen“ oder Arbeitsgruppen“)¹¹ gegliedert.

Inhaltlich macht die *Letzte Generation* auf klimatische „Kippunkte [...]“¹² aufmerksam und setzt sich nach eigenem Bekunden für die Einhaltung des sog. 1,5 Grad-Zieles ein.¹³ Konkret fordert die Bewegung ein Tempo-Limit, die Einrichtung eines dauerhaften 9-Euro-Tickets sowie die Einrichtung eines sog. Gesellschaftsrates.¹⁴ Gemäß dem selbstbeschriebenen Wertekonsens verfolgt das

Bündnis eine „Gemeinsame Vision“ und setzt hierbei nach eigenem Verständnis auf zivilen Widerstand unter Inkaufnahme rechtlicher Konsequenzen; gemeinschaftlich soll die „dazu notwendige Störung“ geschaffen werden.¹⁵ Unter den Begriff des zivilen Widerstandes fasst die *Letzte Generation* verschiedene Protestaktionen, die in folgende vier primäre¹⁶ Typen klassifiziert werden können:

- *Blockaden*: Vorwiegend handelt es sich hierbei um Straßenblockaden, aber teilweise auch um Blockaden anderer Infrastrukturen (wie bspw. Flughäfen).¹⁷ Im Zusammenhang mit Straßenblockaden, bei denen sich Aktivisten am Boden festkleben, wird insbesondere eine Strafbarkeit wegen Nötigung gem. § 240 Abs. 1 StGB diskutiert bzw. angenommen.¹⁸ Die *Letzte Generation* selbst hält eine Strafbarkeit wegen Nötigung für „nicht ausgeschlossen“.¹⁹
- *Beschädigung oder Beschmutzung von Gegenständen oder Gebäuden*:²⁰ Von der Rechtsprechung wurde im Fall des Besprühens von Gebäudefassaden mit Farbe eine Strafbarkeit wegen Sachbeschädigung gem. § 303 Abs. 1 StGB angenommen.²¹

⁶ Siehe „Wer wir sind“, online abrufbar unter: <https://letztegeneration.de/wer-wir-sind/> (zuletzt abgerufen am 4.3.2023).

⁷ So der Wortlaut auf der Website, online abrufbar unter: <https://letztegeneration.de/mitmachen/> (zuletzt abgerufen am 4.3.2023).

⁸ So beschrieben auf der Website, online abrufbar unter: <https://letztegeneration.de/mitmachen/>; <https://letztegeneration.de/krisensitzungen/>; <https://letztegeneration.de/trainings/> (zuletzt abgerufen am 4.3.2023).

⁹ So in Punkt 6 des Wertekonsens, online abrufbar unter: <https://letztegeneration.de/mitmachen/werte-protestkonsens/> (zuletzt abgerufen am 4.3.2023).

¹⁰ So unter dem Punkt Rechtliches erläutert, online abrufbar unter: <https://letztegeneration.de/rechtliches/> (zuletzt abgerufen am 4.3.2023).

¹¹ So zu finden in Punkt 6 des Wertekonsens, online abrufbar unter: <https://letztegeneration.de/mitmachen/werte-protestkonsens/> (zuletzt abgerufen am 4.3.2023).

¹² Vgl. dazu den „Plan“ der *Letzten Generation*, online abrufbar unter: <https://letztegeneration.de/plan-2023/> (zuletzt abgerufen am 4.3.2023).

¹³ Vgl. dazu den „Plan“ der *Letzten Generation*, online abrufbar unter: <https://letztegeneration.de/plan-2023/> (zuletzt abgerufen am 4.3.2023).

¹⁴ Vgl. hierzu die „Forderungen“ der *Letzten Generation*, online abrufbar unter: <https://letztegeneration.de/forderungen/> (zuletzt abgerufen am 4.3.2023).

¹⁵ So auf der Website unter Werte & Protestkonsens, online abrufbar unter: <https://letztegeneration.de/mitmachen/werte-protestkonsens/> (zuletzt abgerufen am 2.3.2023).

¹⁶ Die Aufzählung hat nicht den Anspruch abschließend zu sein. Im Hinblick auf die Frage nach einer Qualifizierung als *kriminelle Vereinigung* interessieren aber besonders die Protestformen, die regelmäßig und organisiert erfolgen und die potenziell strafbare Handlungen beinhalten.

¹⁷ Nur beispielhaft genannt seien hier Berichte über Straßenblockaden in München und Berlin durch die Tagesschau am 5.12.2022, online abrufbar unter: <https://www.tagesschau.de/inland/klima-aktivisten-muenchen-berlin-101.html> (zuletzt abgerufen am 5.3.2023); oder zu Blockaden in Köln und Düsseldorf am 6.2.2023, online abrufbar unter: <https://www.tagesschau.de/inland/regional/nordrheinwestfalen/wdr-story-53797.html> (zuletzt abgerufen am 5.3.2023); zur Blockadeaktion am Flughafen BER *Kohler*, LKA ermittelt gegen sechs Klimaaktivisten nach Flughafenaktion, SZ online v. 25.11.2022, online abrufbar unter: <https://www.sueddeutsche.de/politik/ber-flughafen-blockade-klimaaktivismus-reaktionen-letzte-generation-1.5703151> (zuletzt abgerufen am 4.3.2023).

¹⁸ Bspw. verurteilte das *AG Freiburg* einen Teilnehmer einer Straßenblockade wegen § 240 Abs. 1 StGB, siehe *AG Freiburg* (Breisgau), Urt. v. 22.11.2022 – 28 Cs 450 Js 23773/22; BeckRS 2022, 38216; ebenso das *AG München*, siehe Pressemitteilung v. 31.1.2023, online abrufbar unter: <https://www.justiz.bayern.de/gerichte-und-behoerden/amtsgerichte/muenchen/presse/2023/1.php> (zuletzt abgerufen am 2.3.2023).

¹⁹ So der Wortlaut in einem auf der eigenen Website veröffentlichten Gutachten zu Straßenblockaden, online abrufbar unter: <https://letztegeneration.de/wp-content/uploads/2022/03/Gutachten-Strassenblockade.pdf> (zuletzt abgerufen am 3.3.2023).

²⁰ So bspw. im Fall, über den das *AG Lüneburg* in erster Instanz zu entscheiden hatte, wobei ein Universitätsgebäude mit Farbe verunstaltet wurde, *AG Lüneburg*, Urt. v. 12.4.2022 – 15 Ds 5102 Js 21930/21 (186/21); BeckRS 2022, 21534; oder kürzlich das Beschmieren eines Denkmals zum Grundgesetz, SZ online berichtet am 4.3.2023, online abrufbar unter: <https://www.sueddeutsche.de/politik/letzte-generation-grundgesetz-49-0el-1.5762649> (zuletzt abgerufen am 5.3.2023).

²¹ So etwa *OLG Celle*, Beschl. v. 29.7.2022 – 2 Ss 91/22, NSStZ 2023, 113, BeckRS 2022, 21494.

- *Eindringen auf Privatgelände:*²² Um die Abholzung oder Bebauung von privaten Grundstücken zu verhindern²³ oder um auf Flughafengelände²⁴ oder Anlagen zu gelangen, die der Versorgung mit fossilen Brennstoffen dienen,²⁵ wurden von Aktivisten in der Vergangenheit Zäune gekappt und Grundstücke betreten. Hierfür kommt eine Strafbarkeit wegen Hausfriedensbruchs gem. § 123 Abs. 1 StGB sowie wegen Sachbeschädigung gem. § 303 Abs. 1 StGB in Betracht.
- *Eingriffe bei Versorgungsbetrieben mit fossilen Brennstoffen:*²⁶ Seit dem Frühjahr 2022 haben wiederholt Personen, die sich der *Letzten Generation* zuordnen, die Ventile von Öl-Pipelines manuell geschlossen und somit die dortige Ölversorgung unterbrochen.²⁷ In diesem Zusammenhang ermittelt die Staatsanwaltschaft Neuruppin aktuell unter anderem wegen des Verdachts der Störung öffentlicher Betriebe gem. § 316b Abs. 1 StGB.²⁸

III. Zur strafrechtlichen Einordnung nach § 129 StGB

1. Prämissen

Jenseits der Frage, ob die eben skizzierten Strafvorschriften tatbestandlich einschlägig sind,²⁹ wird zurzeit diskutiert, inwiefern Klimaprotestaktionen einem Rechtfertigungsgrund unterliegen.³⁰ Im Hinblick auf die notwendige Schwerpunktsetzung unseres Beitrags – die Frage, ob es sich bei der *Letzten Generation* um eine kriminelle Vereinigung i.S.d. § 129 StGB handelt – werden wir im Folgenden als Prämisse zugrunde legen, dass Protestaktionen der eben genannten Art im Fall ihrer Verwirklichung

strafbar sind. Hiermit ist jedoch noch nicht gesagt, dass auch die Mitwirkung in einer Vereinigung, deren Zweck auf die Durchführung der eben genannten Protestaktionen gerichtet ist, für sich genommen nach § 129 StGB strafbar ist. Wie im Folgenden zu zeigen sein wird, ist eine solche Strafbarkeit auch unter Zugrundelegung unserer eben genannten Prämisse gegenwärtig zu verneinen.

2. Überblick zu § 129 StGB

§ 129 Abs. 1 StGB stellt unter anderem die mitgliedschaftliche Beteiligung in einer kriminellen Vereinigung (S. 1) und die Unterstützung einer solchen Vereinigung (S. 2) unter Strafe. Die Frage, ob eine Person durch ihr Tun die *Letzte Generation* unterstützt oder sich als Mitglied beteiligt, dürfte in rechtlicher Hinsicht vergleichsweise eindeutig zu beantworten sein. Das Unterstützen der *Letzten Generation* meint die Förderung ihres Fortbestands oder der Verwirklichung ihrer Ziele durch ein Nichtmitglied,³¹ was z.B. bei der Gewährung von Spenden zugunsten der *Letzten Generation* der Fall sein kann. Der Begriff der Mitgliedschaft wird gemeinhin nicht in einem förmlichen, sondern in einem materiellen Sinne verstanden.³² Es reicht also etwa aus, dass eine Person tatsächlich in die Kommunikationsstrukturen der *Letzten Generation* aufgenommen wird. Soweit diese Voraussetzung gegeben ist, reichen Handlungen wie die Durchführung von Protestaktionen für die Annahme einer mitgliedschaftlichen Beteiligung aus. Ungleich problematischer zu beantworten ist die Frage, ob die *Letzte Generation* eine kriminelle Vereinigung i.S.d. § 129 StGB darstellt – eine Frage, der sich der Beitrag im Folgenden zunächst in objektiver Hinsicht widmet.

²² So bspw. geschehen bei dem Eindringen auf ein Flughafengelände, zur Blockadeaktion am Flughafen BER *Kohler*, LKA ermittelt gegen sechs Klimaaktivisten nach Flughafenaktion, SZ online v. 25.11.2022, online abrufbar unter: <https://www.sueddeutsche.de/politik/ber-flughafen-blockade-klimaaktivismus-reaktionen-letzte-generation-1.5703151> (zuletzt abgerufen am 4.3.2023); ebenso in dem Fall, den das *AG Flensburg* zu entscheiden hatte, *AG Flensburg*, Urt. v. 7.11.2022 – 440 Cs 107 Js 7252/22, juris.

²³ So bspw. in dem Fall, den das *AG Flensburg* zu entscheiden hatte, *AG Flensburg*, Urt. v. 7.11.2022 – 440 Cs 107 Js 7252/22, juris.

²⁴ Zur Blockadeaktion am Flughafen BER *Kohler*, LKA ermittelt gegen sechs Klimaaktivisten nach Flughafenaktion, SZ online v. 25.11.2022, online abrufbar unter: <https://www.sueddeutsche.de/politik/ber-flughafen-blockade-klimaaktivismus-reaktionen-letzte-generation-1.5703151> (zuletzt abgerufen am 4.3.2023).

²⁵ Vgl. Fn. 26.

²⁶ So bspw. das Abdrehen einer Pipeline in Schwedt, *Thelen/Victor*, Abgedreht, Zeit online v. 27.4.2022, online abrufbar unter: <https://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2022-04/letzte-generation-klimaschutz-aktivismus-gaspipeline-berlin/komplettansicht> (zuletzt abgerufen am 3.3.2023).

²⁷ Vgl. hierzu die eigene Dokumentation der *Letzten Generation* in Tweets, online abrufbar unter: <https://letztegeneration.de/withheld-tweets/> (zuletzt abgerufen am 3.3.2023); ebenso in einem Blogbeitrag, online abrufbar unter: <https://letztegeneration.de/blog/2022/10/nach-gerichtsprozess-pck-pipeline-erneut-gestoert/> (zuletzt abgerufen am 3.3.2023); übereinstimmend auch *Schaible/Röbel*, Razzia gegen Klimaaktivisten der „Letzten Generation“, online abrufbar unter: <https://www.spiegel.de/panorama/letzte-generation-razzia-gegen-klima-aktivisten-hausdurchsuchungen-an-elf-orten-a-983e759f-34c0-43d1-be18-1746e47f777a> (zuletzt abgerufen am 28.2.2023); *Thelen/Victor*, Abgedreht, Zeit online v. 27.4.2022, online abrufbar unter: <https://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2022-04/letzte-generation-klimaschutz-aktivismus-gaspipeline-berlin/komplettansicht> (zuletzt abgerufen am 3.3.2023).

²⁸ Vgl. SZ online am 13.12.2022, online abrufbar unter: <https://www.sueddeutsche.de/politik/letzte-generation-razzia-klimaaktivisten-deutschland-1.5714507> (zuletzt abgerufen am 5.3.2023); *Schaible/Röbel*, Razzia gegen Klimaaktivisten der „Letzten Generation“, online abrufbar unter: <https://www.spiegel.de/panorama/letzte-generation-razzia-gegen-klima-aktivisten-hausdurchsuchungen-an-elf-orten-a-983e759f-34c0-43d1-be18-1746e47f777a> (zuletzt abgerufen am 5.3.2023).

²⁹ Aus Platzgründen kann diese Frage hier nicht tiefergehend behandelt werden.

³⁰ Vgl. etwa zu § 34 StGB *Jahn*, JuS 2023, 82; *Bönte*, HRRS 4/2021, 164.

³¹ Vgl. allgemein zur Vereinigung BGHSt 29, 99 (101) = NJW 1980, 64 (64); *Haberstumpf*, MDR 1979, 977 (979); *Kuhli*, in: *Matt/Renzikowski*, StGB, § 129 Rn. 24.

³² *BayObLG*, NSTZ-RR 1997, 251 (252); *Haberstumpf*, MDR 1979, 977 (978); vgl. auch *Kuhli*, in: *Matt/Renzikowski*, StGB, § 129 Rn. 21.

3. Objektive Voraussetzungen der kriminellen Vereinigung

a) Vereinigung

Nach der Legaldefinition des § 129 Abs. 2 StGB ist eine Vereinigung „ein auf längere Dauer angelegter, von einer Festlegung von Rollen der Mitglieder, der Kontinuität der Mitgliedschaft und der Ausprägung der Struktur unabhängiger organisierter Zusammenschluss von mehr als zwei Personen zur Verfolgung eines übergeordneten gemeinsamen Interesses“.³³ Unter das zuletzt genannte übergeordnete gemeinsame Interesse wird z.B. eine politische Überzeugung gefasst³⁴ – eine Voraussetzung, die im Fall der von der *Letzten Generation* verfolgten Klimaschutzziele unzweifelhaft bejaht werden kann. Entsprechendes gilt für die in § 129 Abs. 2 StGB genannten zeitlichen, quantitativen und organisatorischen Voraussetzungen: So legen die obigen Ausführungen zur Struktur der *Letzten Generation* nahe, dass sie das notwendige Mindestmaß an fester Organisation aufweist.³⁵ Insbesondere dürfte innerhalb dieses Personenverbundes eine klare Koordinierung hinsichtlich der zur Erreichung des gemeinsamen Zwecks notwendigen Arbeits- und Aufgabenverteilung herrschen.³⁶

b) Vereinigungszweck

Deutlich problematischer gestaltet sich die Frage, ob der für § 129 StGB notwendige Vereinigungszweck gegeben ist.³⁷ Nach § 129 Abs. 1 S. 1 StGB muss der Zweck³⁸ der betreffenden Vereinigung auf die Begehung von Straftaten gerichtet sein, „die im Höchstmaß mit Freiheitsstrafe von mindestens zwei Jahren bedroht sind“. Dabei muss die Begehung von Straftaten keineswegs das Endziel der Vereinigung bilden.³⁹ Es ist also hinsichtlich der Einordnung der *Letzten Generation* unerheblich, dass die Durchführung der (gemäß unserer obigen Prämisse strafbaren) Protestaktion dieser Gruppierung nur als Mittel zur Erreichung klimapolitischer Ziele eingesetzt wird.⁴⁰

Betrachtet man die oben genannten Straftatbestände, die für die in Rede stehenden Protestaktionen der *Letzten Generation* in Betracht kommen, so handelt es sich zumindest bei einigen von ihnen⁴¹ um solche, die im Höchstmaß mit Freiheitsstrafe von mindestens zwei Jahren bedroht sind. Die entsprechende Voraussetzung des § 129 Abs. 1 S. 1 StGB ist insoweit also erfüllt. Häufig wird in der Literatur und Rechtsprechung jedoch zusätzlich gefordert, dass der Tatbestand des § 129 StGB auf solche Vereinigungen zu beschränken sei, deren Zweckverfolgung eine erhebliche Gefahr für die öffentliche Sicherheit darstellt.⁴² Der Sache nach bezieht sich der hiermit geforderte Tatbestandsausschluss auf solche Fälle, in denen sich eine Vereinigung zum Ziel setzt, lediglich geringfügige Bagatelldelikte zu begehen.⁴³ Hierbei soll nach einer in der Rechtsprechung vertretenen Sichtweise eine konkrete Betrachtung geboten sein, die nicht lediglich an die abstrakte Strafdrohung der jeweiligen Delikte anknüpft.⁴⁴ Vor dem Hintergrund der eingangs genannten Schutzrichtung des § 129 StGB (öffentliche Sicherheit und innerer Frieden) hat die angesprochene einschränkende Auslegung des Abs. 1 durchaus ihre Berechtigung. Allerdings ist fraglich, ob neben der in § 129 Abs. 1 S. 1 StGB mittlerweile ausdrücklich normierten Erheblichkeitsgrenze („Straftaten [...], die im Höchstmaß mit Freiheitsstrafe von mindestens zwei Jahren bedroht sind“)⁴⁵ noch Raum für eine zusätzliche ungeschriebene Einschränkung besteht. Hierfür spricht zwar, dass die ungeschriebene Erheblichkeitsgrenze nicht nur an die abstrakte Strafdrohung anknüpfen soll, sondern auch eine konkrete Betrachtung verlangt. Allerdings gilt zu berücksichtigen, dass Vereinigungen, deren Zweck keine erhebliche Gefahr für die öffentliche Sicherheit darstellt, regelmäßig ohnehin vom ausdrücklichen Tatbestandsausschluss nach § 129 Abs. 3 Nr. 2 StGB erfasst sein dürften.⁴⁶ Es ist deshalb als Zwischenergebnis festzuhalten, dass die *Letzte Generation* zwar den von § 129 Abs. 1 StGB geforderten Vereinigungszweck erfüllt, hiermit jedoch noch nichts über die Frage des Vorliegens des Tatbestandsausschlusses nach § 129 Abs. 3 Nr. 2 StGB gesagt ist.

³³ Die Auslegung in diesem Abschnitt beruht auf *Kuhli*, in: *Matt/Renzikowski*, StGB, § 129 Rn. 7 f.

³⁴ BT-Drs. 18/11275, S. 11.

³⁵ Vgl. allgemein zu diesem Erfordernis *BGH*, NJW 2010, 1979 (1982); *NStZ* 2007, 31 (31); *Rudolphi*, in: *FS* Bruns, 1978, S. 315 (321); *Heger*, in: *Lackner/Kühl/Heger*, StGB, 30. Aufl. (2023), § 129 Rn. 2.

³⁶ Vgl. allgemein zu diesem Erfordernis *BGH*, NJW 2010, 1979 (1982); *Ostendorf*, in: *NK-StGB*, § 129 Rn. 12; weniger streng: *BGH*, NJW 1975, 985 (985).

³⁷ Die Auslegung in diesem Abschnitt beruht auf *Kuhli*, in: *Matt/Renzikowski*, StGB, § 129 Rn. 11-12, 15, 17.

³⁸ Zwar nennt § 129 Abs. 1 S. 1 StGB die Begriffe des Zwecks und der Tätigkeit in alternativer Weise, doch kommt dem zuletzt genannten Merkmal nahezu keine selbstständige Bedeutung zu. Soweit im Einzelfall das Vorliegen einer Tätigkeit zu bejahen ist, die auf die Begehung von Straftaten gerichtet ist, dürfte stets auch ein entsprechender Zweck der Vereinigung zu bejahen sein, Straftaten zu begehen.

³⁹ Vgl. *BGHSt* 15, 259 (260); *BGH*, NJW 1966, 310 (312); 1975, 985 (985); *BGHSt* 27, 325 (326) = *NJW* 1978, 433 (433); 41, 47 (56) = *NStZ* 1995, 340 (343); *BayObLG*, *NStZ-RR* 1997, 251 (252); *Rudolphi*, in: *FS* Bruns, 1978, S. 315 (322); *Heger*, in: *Lackner/Kühl/Heger*, StGB, § 129 Rn. 3; *Krauß*, in: *LK-StGB*, Band 5, 12. Aufl. (2009), § 129 Rn. 73.

⁴⁰ Selbst wenn einzelne *Letzte Generation*-Aktivisten ein solches Klimaschutzziel nur verschieben sollten und die Protestaktionen zur Erreichung anderer Ziele (z.B. Befriedigung der Geltungssucht) durchführen sollten, wäre ein solcher Umstand also strafrechtlich irrelevant.

⁴¹ §§ 240 Abs. 1, 303 Abs. 1, 316b Abs. 1 StGB.

⁴² *BGHSt* 41, 47 (50 f.) = *NStZ* 1995, 340 (341); *BGH*, NJW 1995, 3395 (3396); *OLG Düsseldorf*, *NStZ* 1998, 249; *BayObLG*, *StV* 1998, 265 (266); v. *Heintschel-Heinegg*, in: *BeckOK-StGB*, 56. Ed. (Stand: 1.2.2023), § 129 Rn. 1.

⁴³ Vgl. *LG Berlin*, *NStZ* 1982, 203.

⁴⁴ *BGHSt* 41, 47 (51) = *NStZ* 1995, 340 (341).

⁴⁵ Die genannten Anforderungen an die Sanktionshöhe der Bezugstaten wurden durch das 54. StrÄndG (G. v. 17.7.2017, *BGBI. I* S. 2440) eingeführt; die damit einhergehende Beschränkung auf besonders erhebliche Bezugstaten soll nach der Gesetzesbegründung eine Kompensation für die durch das genannte Gesetz bewirkte Erweiterung des Vereinigungsbegriffs sein (BT-Drs. 18/11275, S. 8).

⁴⁶ *Ostendorf*, in: *NK-StGB*, § 129 Rn. 14; vgl. aber *Schäfer/Anstötz*, in: *MüKo-StGB*, § 129 Rn. 41; zum Teil wird § 129 Abs. 3 Nr. 2 StGB in der Rechtsprechung parallel zum Kriterium der erheblichen Gefahr für die öffentliche Sicherheit verwendet (so z.B. *BGHSt* 31, 202 [207] = *NJW* 1983, 1334 [1335]; *OLG Düsseldorf*, *NJW* 1994, 398 [399]; vgl. aber *BGHSt* 41, 47 [50 f.] = *NStZ* 1995, 340 [341] mit insoweit zust. Anm. *Schittenhelm*, *NStZ* 1995, 343 [343 f.] und insoweit abl. Anm. *Ostendorf*, *JZ* 1996, 55 [55 f.]).

3. Tatbestandsausschluss nach § 129 Abs. 3 Nr. 2 StGB

Nach § 129 Abs. 3 Nr. 2 StGB ist Abs. 1 nicht anzuwenden, „wenn die Begehung von Straftaten nur ein Zweck [...] von untergeordneter Bedeutung ist“.⁴⁷ Die untergeordnete Bedeutung in diesem Sinne kann nach dem Wortsinne sowohl auf eine fehlende Erheblichkeit der geplanten Straftaten bezogen werden⁴⁸ als auch auf die Tatsache, dass die Begehung von Straftaten nur einen nebensächlichen Vereinigungszweck darstellt.⁴⁹ Für die zuletzt genannte Fallgruppe ist auf das Verhältnis zwischen legalen und illegalen Zwecken der Vereinigung abzustellen.⁵⁰ In dieser Hinsicht kommt es darauf an, ob das Erscheinungsbild der Vereinigung aus Sicht eines objektiven Betrachters durch die strafrechtswidrigen Pläne in nennenswerter Weise mitgeprägt wird.⁵¹ So gesehen lässt sich ein Tatbestandsausschluss nach § 129 Abs. 3 Nr. 2 StGB bei der *Letzten Generation* nicht schon deshalb bejahen, weil das mutmaßliche Endziel der Gruppierung im Klimaschutz besteht,⁵² der *für sich genommen* zweifellos ein legitimes Ziel darstellt. Aus dieser Legitimität lässt sich nämlich gerade nicht ableiten, dass jegliches Mittel zur Erreichung des genannten Zieles *seinerseits* legitim ist. Wie sich etwa aus dem Straftatbestand der Nötigung (§ 240 StGB) ergibt, können unzulässige Zweck-Mittel-Verknüpfungen auch dann rechtswidrig und strafbar sein, wenn der Zweck für sich genommen legitim ist.

Es bleibt allerdings noch die oben genannte erste Fallgruppe der untergeordneten Bedeutung i.S.d. § 129 Abs. 3 Nr. 2 StGB, nämlich die fehlende Erheblichkeit der geplanten Straftaten. Diesbezüglich ist jedoch daran zu erinnern, dass der Gesetzgeber mittlerweile in § 129 Abs. 1 StGB eine ausdrücklich normierte Erheblichkeitsgrenze („Straftaten [...], die im Höchstmaß mit Freiheitsstrafe von mindestens zwei Jahren bedroht sind“) eingezogen hat. Möchte man Friktionen mit dieser gesetzgeberischen Anordnung vermeiden, kann der Aspekt der fehlenden Erheblichkeit der geplanten Straftaten nicht allein aus der abstrakten Strafhöhe abgeleitet werden. Notwendig sind deshalb andere Kriterien.

Stellt man auf die Schutzrichtung von § 129 StGB (also die öffentliche Sicherheit und den inneren Frieden) ab, so spricht einiges dafür, die Frage der Erheblichkeit der geplanten Straftaten in Abhängigkeit von ihren gesellschaftlichen Auswirkungen auszulegen. In einer früheren Entscheidung hat der *BGH* eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und des inneren Friedens mit dem Argument bejaht, dass einer in Deutschland lebenden Bevölkerungsgruppe durch das tatsächlich Geschehene „das Gefühl genommen wird, sich in Sicherheit hier aufhalten zu können“.⁵⁴ Der Argumentation folgend wäre im Hinblick auf eine Vereinigung wie die *Letzte Generation* zu fragen, ob ihre Aktionen geeignet sind, ein „Klima der Angst“ in Teilen der Bevölkerung auszulösen. Selbst wenn die gegenwärtig üblichen *Letzte Generation*-Protestaktionen in weiten Teilen der Bevölkerung missbilligt werden sollten, ist dies jedoch wohl kaum mit einem allgemeinen Klima der Angst gleichzusetzen. Eine anders lautende Auffassung, die im Ergebnis strafbegründenden Charakter hätte, müsste⁵⁵ dies entweder empirisch belegen oder normativ begründen. Ersteres ist mangels klarer Kriterien problembehaftet,⁵⁶ aber auch die normative Begründung des Vorliegens eines Klimas der Angst bereitet durchaus Schwierigkeiten.

Eine rechtssichere Lösung könnte sich jedoch aus einer Anknüpfung an die Art der Rechtsgüter ergeben, die von den geplanten Straftaten betroffen wären. Danach wären erhebliche gesellschaftliche Auswirkungen der von einer Vereinigung geplanten Straftaten jedenfalls dann zu bejahen, wenn grundlegende Rechtsgüter wie Leib, Leben oder sexuelle Selbstbestimmung betroffen sind. Soweit hingegen Rechtsgüter wie Eigentum (§ 303 StGB) und Willensfreiheit (§ 240 StGB) in Rede stehen, befindet man sich nach einer solchen Sichtweise wieder in einem Bereich, in dem eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und den inneren Frieden in Betracht kommen mag, aber nicht zwingend ist. Entsprechendes wie für Eigentum und Willensfreiheit gilt für das Recht der Allgemeinheit auf den Betrieb gemeinschaftswichtiger Anlagen (§ 316b StGB).⁵⁷

⁴⁷ Der Tätigkeitsbezug wird hier ausgeblendet, da er nach hiesiger Auffassung im Wesentlichen keine eigenständige Bedeutung hat (s.o. Fn. 38).

⁴⁸ Die Auslegung in diesem Abschnitt beruht im Ausgangspunkt auf *Kuhli*, in: *Matt/Renzikowski*, StGB, § 129 Rn. 34 f.

⁴⁹ Andere Ansicht: *Schäfer/Anstötz*, in: *MüKo-StGB*, § 129 Rn. 41; vgl. aber auch *BGHSt* 49, 268 (274) = *NJW* 2005, 80 (83).

⁵⁰ Vgl. insoweit *BGHSt* 20, 87 (88) = *NJW* 1965, 162 (163); 49, 268 (274) = *NJW* 2005, 80 (83); *Ostendorf*, in: *NK-StGB*, § 129 Rn. 24.

⁵¹ Vgl. *Fischer*, StGB, 70. Aufl. (2023), § 129 Rn. 32.

⁵² *BGHSt* 41, 47 (56) = *NStZ* 1995, 340 (343) (m. Anm.: *Krehl*, *JR* 1996, 208; *Schittenhelm*, *NStZ* 1995, 343; *Ostendorf*, *JZ* 1996, 55); 49, 268 (274) = *NJW* 2005, 80 (83).

⁵³ Vgl. in diesem Kontext aber „Klimaschutz statt Repression: Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gilt auch im Umgang mit der ›Letzten Generation!‹“ (Gemeinsame Erklärung des Republikanischen Anwältinnen- und Anwältevereins etc.), wo die Frage „[o]b die Schwelle zu einer kriminellen Vereinigung [...] überschritten wird, [...] nicht allein anhand der begangenen Straftaten, sondern anhand einer Gesamtwürdigung aller Umstände [...], die auch den Rahmen und den Hintergrund der Taten in den Blick nimmt“, bewertet wird, online abrufbar unter: <https://www.rav.de/publikationen/mitteilungen/mitteilung/klimaschutz-statt-repression-verhaeltnismaessigkeitsgrundsatz-gilt-auch-im-umgang-mit-der-letzten-generation-915> (zuletzt abgerufen am 8.3.2023).

⁵⁴ *BGH*, *NJW* 1995, 2117 (2118).

⁵⁵ Vgl. hierzu *Kuhli/Asholt*, in: *Kuhli/Asholt*, *Strafbegründung und Strafeinschränkung als Argumentationsmuster*, 2017, S. 9 ff.

⁵⁶ Eine empirische Erhebung der Frage, ob ein Klima der Angst gegeben ist, wäre zwar theoretisch denkbar, praktisch jedoch kaum durchführbar. In einer pluralistischen Gesellschaft würde sich auch die normative Frage stellen, wo die quantitative Grenze anzulegen ist; vgl. hierzu auch *Kuhli*, *Normative Tatbestandsmerkmale in der strafrichterlichen Rechtsanwendung*, 2018, S. 313 f.

⁵⁷ Vgl. zu diesem Schutzgut *Renzikowski*, in: *Matt/Renzikowski*, StGB, § 316b Rn. 1.

Begründen lässt sich auch dieser Ansatz, der auf die Art der betroffenen Rechtsgüter abstellt, mit der Zweckrichtung des § 129 StGB – dem Schutz der öffentlichen Sicherheit und des inneren Friedens. So lässt sich nämlich jedenfalls vermuten, dass der innere Frieden durch eine Vereinigung, die auf die Begehung von Straftaten gerichtet ist, die Leib, Leben oder die sexuelle Selbstbestimmung verletzen, regelmäßig gefährdet ist. Im Hinblick auf die *Letzte Generation* ist allerdings zu konstatieren, dass diese Gruppierung sich ausdrücklich der Gewaltfreiheit verschreibt.⁵⁸ Berücksichtigt man zudem die strafprozessualen Konsequenzen, die aus der Annahme des Tatverdachts nach § 129 StGB resultieren, so scheint eine restriktive Auslegung angebracht, die bei den von der *Letzten Generation* gegenwärtig durchgeführten Aktivitäten zur Annahme einer untergeordneten Bedeutung i.S.d. § 129 Abs. 3 Nr. 2 StGB führen würde. Sollte es jedoch in Zukunft zu einer Intensivierung der Aktivitäten der *Letzten Generation* kommen,⁵⁹ mag die Einschätzung möglicherweise anders ausfallen.

4. Ergänzende Bemerkungen zur subjektiven Tatseite

Nach dem bisher Gesagten scheidet eine Strafbarkeit gem. § 129 Abs. 1 StGB wegen mitgliedschaftlicher Beteiligung in der *Letzten Generation* bzw. wegen Unterstützung dieser Vereinigung gegenwärtig bereits in objektiver Hinsicht aus. Soweit man der entgegengesetzten Auffassung zuneigt, würde sich die Frage der subjektiven Tatbestandsmäßigkeit stellen. Der subjektive Tatbestand des § 129 Abs. 1 StGB fordert in den Tathandlungsvarianten der mitgliedschaftlichen Beteiligung und des Unterstützens vorsätzliches Handeln.⁶⁰ Bezugspunkt des Vorsatzes ist grundsätzlich das Vorliegen der objektiven Voraussetzungen von § 129 Abs. 1, 2 StGB und das Nichtvorliegen der objektiven Voraussetzungen des § 129 Abs. 3 StGB.⁶¹ Es wird in der Literatur nicht für erforderlich erachtet, dass der Täter sämtliche Einzelheiten der von der Vereinigung geplanten Straftaten kennt.⁶² Allerdings muss der Vorsatz des Täters allgemein die kriminelle Zielsetzung der Vereinigung erfassen. Da diese Zielsetzung Teil des objektiven Tatbestands von § 129 StGB ist, setzt eine Strafbarkeit nach dieser Vorschrift voraus, dass sich der Vorsatz auch auf die Strafbarkeit der geplanten Handlungen bezieht.⁶³ Nimmt ein Täter also infolge eines

Rechtsirrtums fälschlicherweise an, die von der Vereinigung geplanten Handlungen seien nicht strafbar, so stellt dies in Bezug auf § 129 StGB einen Tatumstandsirrtum nach § 16 Abs. 1 S. 1 StGB dar.⁶⁴

Hinsichtlich der *Letzte Generation*-Aktivisten deutet jedoch einiges darauf hin, dass sie mit der Möglichkeit einer Strafbarkeit der jeweiligen Protestaktionen rechnen. Hierfür spricht etwa das auf der Homepage der *Letzten Generation* zu findende „Gutachten Straßenblockade“, das eine Strafbarkeit wegen Nötigung gem. § 240 StGB zumindest nicht ausschließt⁶⁵ und eine Strafbarkeit wegen gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr (§ 315b StGB) unter bestimmten Umständen sogar annimmt.⁶⁶ Im Rahmen des sog. *Letzte Generation* Wiki⁶⁷ wird darüber hinaus angegeben, dass ein Überschreiten der Grenzen der Legalität bewusst in Kauf genommen wird, was mit einer beispielhaften Darlegung bereits ergangener Strafbefehle und Verurteilungen unterstrichen wird.⁶⁸ Allerdings wäre es vorschnell, aus der bloßen Existenz dieser rechtlichen Gutachten auf den entsprechenden Vorsatz jedes einzelnen *Letzte Generation*-Aktivisten zu schließen. Vielmehr muss stets im Einzelfall bewiesen sein, dass die betreffende Person Kenntnis von diesen Gutachten hat oder aus anderen Gründen mit der Strafbarkeit der *Letzte Generation*-Protestaktionen rechnet.

IV. Fazit

Eine mitgliedschaftliche Beteiligung in der *Letzten Generation* und eine Unterstützung dieser Gruppierung begründen gegenwärtig keine Strafbarkeit nach § 129 StGB. Zwar erfüllt die *Letzte Generation* nach hiesigem Verständnis die tatbestandlichen Voraussetzungen nach § 129 Abs. 1 und Abs. 2 StGB, allerdings greift der Tatbestandsausschluss nach § 129 Abs. 3 Nr. 2 StGB. Man mag dies durchaus auch anders sehen und die ermittelnde Staatsanwaltschaft, die die eingangs dieses Beitrags genannten Hausdurchsuchungen veranlasst hat, hat dies vermutlich auch anders gesehen. Allerdings wäre selbst bei der Annahme der Strafbarkeit (und des prozessualen Tatverdachts) nach § 129 StGB eine Zurückhaltung im Ermittlungsverfahren angezeigt, und zwar nicht nur in Bezug auf die *Letzte Generation*, sondern generell. So sollte die Entscheidung über die Aufnahme eines Ermittlungsverfahrens nach § 129 StGB nämlich nicht von der primären

⁵⁸ So in Punkt 1 des Wertekonsens und in den Punkten 2, 3 und 4 des Protestkonsens, online abrufbar unter: <https://letztegeneration.de/mitmachen/werte-protestkonsens/> (zuletzt abgerufen am 14.3.2023).

⁵⁹ Am Tag der Fertigstellung dieses Aufsatzes lief ein Ultimatum ab, das Hamburgs Erstem Bürgermeister *Peter Tschentscher* und mehreren Fraktionsvorsitzenden der Hamburger Bürgerschaft im Namen der *Letzten Generation* gesetzt worden war. Dieses Ultimatum war verbunden mit der Drohung, bei Nichterfüllung der Forderungen „maximale Störung der öffentlichen Ordnung zu sorgen“ (s. Medienbericht: „Hamburg: ‚Letzte Generation‘ setzt Tschentscher ein Ultimatum“, ndr.de v. 8.3.2023, online abrufbar unter: <https://www.ndr.de/nachrichten/hamburg/Hamburg-Letzte-Generation-setzt-Tschentscher-ein-Ultimatum,letztegeneration234.html> [zuletzt abgerufen am 13.3.2023]).

⁶⁰ Vgl. zu den Vorsatzanforderungen im Einzelnen *Kuhli*, in: *Matt/Renzikowski*, StGB, § 129 Rn. 37.

⁶¹ Die folgende Auslegung in diesem Abschnitt beruht auf *Kuhli*, in: *Matt/Renzikowski*, StGB, § 129 Rn. 37.

⁶² *Lohse*, in: *SSW-StGB*, 5. Aufl. (2020), § 129 Rn. 50.

⁶³ *Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, § 129 Rn. 16; *Stein/Greco*, in: *SK-StGB*, 9. Aufl. (2017), § 129 Rn. 52.

⁶⁴ Vgl. *Heger*, in: *Lackner/Kühl/Heger*, StGB, § 129 Rn. 9; *Krauß*, in: *LK-StGB*, § 129 Rn. 151.

⁶⁵ „Gutachten Straßenblockade“, online abrufbar unter: <https://letztegeneration.de/wp-content/uploads/2022/03/Gutachten-Strassenblockade.pdf>, S. 3 (zuletzt abgerufen am 13.3.2023).

⁶⁶ „Gutachten Straßenblockade“, abrufbar unter <https://letztegeneration.de/wp-content/uploads/2022/03/Gutachten-Strassenblockade.pdf>, S. 5 (zuletzt abgerufen am 13.3.2023).

⁶⁷ Eine selbsterstellte Plattform mit Kurzinformationen für Personen, die sich an Aktionen beteiligen oder beteiligen wollen.

⁶⁸ Kurzübersicht zu möglichen Strafvorfällen, in *Letzte Generation* Wiki, online abrufbar unter: <https://wiki.itsnow.biz/de/%C3%B6ffentlich/Legal-Wiki/vorwurfe> (zuletzt abgerufen am 13.3.2023).

Motivation geleitet sein, Beweismittel für von der Vereinigung möglicherweise geplante Straftaten zu erlangen.⁶⁹ Vor diesem Hintergrund erweist sich die in der Literatur⁷⁰ festgestellte bemerkenswerte Diskrepanz zwischen den

üblichen Zahlen eingeleiteter Ermittlungsverfahren und letztlich erfolgter gerichtlicher Verurteilungen nach § 129 StGB als bedenklich.⁷¹

⁶⁹ Vgl. auch *Walischewski*, StV 2000, 583; *Kuhli*, in: *Matt/Renzikowski*, StGB, § 129a Rn. 6.

⁷⁰ *Ostendorf*, in: *NK-StGB*, § 129 Rn. 6.

⁷¹ Vgl. auch *Kuhli*, in: *Matt/Renzikowski*, StGB, § 129a Rn. 6.

Zeugnisverweigerungsrecht für empirisch-kriminologische Forschung

Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber sind gefordert

von Prof. em. Dr. Arthur Kreuzer*

Abstract

Anlass für den Beitrag ist eine anhängige Verfassungsbeschwerde gegen die Beschlagnahme von Forschungsdateien eines Rechtspsychologen. Der Beitrag begründet die dringliche Mahnung, unverzüglich ein strafprozessuales Zeugnisverweigerungsrecht samt Beschlagnahmeverbot für die empirisch-kriminologische Forschung zu schaffen. Ausnahmsweise anhand eigener früher Forschungserfahrung wird die Unverzichtbarkeit strikter Verschwiegenheitszusagen beispielsweise bei Intensivinterviews nachgewiesen. Nur aufgrund zugesicherter und rechtlich abgesicherter Vertraulichkeit kann man die Potenziale qualitativer Forschungsmethoden ausschöpfen. Sie ermöglichen wichtigen zusätzlichen Erkenntnisgewinn für die Wissenschaft. Vor allem bereichern sie eine wissenschaftsbasierte Kriminalpolitik und Justizpraxis. Rechtliche Überlegungen zur anhängigen Verfassungsbeschwerde werden eingebracht. Außerdem wird der sich dem Gesetzgeber aktuell stellende Handlungsbedarf aufgezeigt.

The reason for this article is a pending constitutional complaint against the confiscation of research data files from a forensic psychologist. The article justifies the urgent demand to immediately establish the right to refuse to testify in criminal proceedings including a confiscation ban for empirical criminological research. Exceptionally by examples of own experience in early research the indispensability of strict confidentiality commitments e.g. concerning in-depth interviews will be demonstrated. Only on the basis of guaranteed and legally safeguarded confidentiality the potentials of qualitative methods of research can be exhausted. Such research renders important additional scientific insights. Above all it contributes to evidence-based criminal policy and legal practice. Jurisprudential considerations addressing the pending constitutional complaint are presented. Furthermore it will be shown what needs to be done immediately by the legislature.

I. Folgenreicher gerichtlicher Eingriff in die Forschungsfreiheit

Eine Zäsur, ein Aufschrei, geradezu Empörung in der bundesweiten kriminologisch-empirischen Forschung!¹ Das hat es so wohl noch nicht gegeben. Dies ist der Anlass:

Eine gerichtlich verfügte Beschlagnahme sensibler Forschungsdaten entzieht Dunkelfeldstudien, die sich qualitativer Methoden bedienen, ihre wichtigste Grundlage: die Zusage strikter Vertraulichkeit und Verschwiegenheit. Damit werden etwa Intensivinterviews mit Inhaftierten oder sonst Personen aus Kriminalitätsmilieus teilweise wertlos. Interviewte werden sich nunmehr solchen Interviews ganz verweigern, zumindest aber alles verschweigen, was sie wegen möglicher eigener Straftaten oder solcher in ihrem Umfeld belasten könnte.

Wahrscheinlich hatte sich die mangelnde rechtliche Absicherung von Verschwiegenheitszusagen schon über Jahrzehnte drastisch nachteilig auf die sich langsam konsolidierende empirisch-kriminologische Forschung in Deutschland ausgewirkt. Spätestens jetzt ist infolge des aktuellen Vorfalles bundesweit und ausnahmslos solche qualitative kriminologische Forschung darauf beschränkt, „nur mit angezogener Bremse“ arbeiten², evidenzbasierter Kriminalpolitik entsprechend noch weniger wissenschaftlich abgesicherte Erkenntnisse vermitteln zu können.

Was ist geschehen? Der Professor für Rechtspsychologie an der Universität Erlangen *Dr. Mark Stemmler* führte eine von der Deutschen Forschungsgemeinschaft (DFG) geförderte Studie „Islamistische Radikalisierung im Justizvollzug – Radikalisierungspotentiale und -prozesse“ durch. Dutzende Inhaftierte, bei denen man Terrorismusbezug vermutete, wurden im Projekt für Forschungsinterviews aufgesucht; sie wurden nach ihrem familiären, kulturellen und religiösen Hintergrund befragt; Straftaten sollten jedoch außen vor bleiben. Unter ihnen war ein Untersuchungsgefangener in einer Bamberger Haftanstalt. Ihm wurden wie allen anderen Interviewten Verschwiegenheit sowie die Verschlüsselung und Anonymisierung der Dateien zugesichert unter Hinweis auf die Schweigepflicht. Gegen ihn lief ein Ermittlungsverfahren wegen Verdachts der Mitgliedschaft in einer ausländischen terroristischen Vereinigung während einer früheren Lebensphase. Jedes Gespräch mit Untersuchungsgefangenen bedarf vorheriger richterlicher Genehmigung. So erfuhr die Generalstaatsanwaltschaft München von dem Interview. Sie erwirkte einen Durchsuchungs- und Beschlagnahmebeschluss für das Institut des Forschungsleiters. Der hatte die Herausgabe von Unterlagen abgelehnt aufgrund der

* Der Verfasser ist emeritierter Professor für Kriminologie an der Justus-Liebig-Universität Gießen. Eine Kurzfassung des Beitrags ist bereits am 27.2.2023 im F.A.Z.-Online-Magazin Einspruch erschienen, online abrufbar unter: <https://www.faz.net/einspruch/haben-kriminologen-ein-zeugnisverweigerungsrecht-18710449.html> (zuletzt abgerufen am 8.3.2023).

¹ Dazu exemplarisch der Brandbrief empirisch forschender Kriminal- und Sozialwissenschaftlicher: „Verteidigt die Forschungsfreiheit – Wir verurteilen die Beschlagnahme von Forschungsdaten!“, online abrufbar unter: <https://freiheitsfoo.de/2020/04/10/brandbrief-extremismusforschungsfreiheit/> (zuletzt abgerufen am 8.3.2023).

² So treffend: *Meier*, KriPoZ 2020, 1 (6).

dem Interviewten zugesagten Verschwiegenheit. Die Polizei des Landeskriminalamts beschlagnahmte Anfang 2020 bei einer Durchsuchung Audio-Dateien und Schriftstücke, fertigte Kopien und wertete sie aus. Die Beschwerde wurde von der Ermittlungsrichterin abgewiesen, ebenso die weitere Beschwerde vom *OLG München*.³ Seit Ende 2020 ist das *BVerfG* mit der von *Stemmler* eingelegten Verfassungsbeschwerde befasst.⁴ Vom Vorstand der Kriminologischen Gesellschaft wurde nach Anfrage des Gerichts Mitte 2022 eine gutachtliche Stellungnahme vorgelegt; sie setzt sich kritisch mit dem justiziellen Eingriff auseinander und weist auf erhebliche Flurschäden in der bundesdeutschen kriminologisch-empirischen Forschungslandschaft hin; sie schließt sich der im wissenschaftlichen Schrifttum so einhellig wie selten geäußerten scharfen Kritik an diesem wohl erstmaligen justiziell gebilligten Eingriff in die Forschungsfreiheit an.⁵

II. Bedeutung von Verschwiegenheitszusagen in der Forschung

Wie sehr kriminologisch-empirische Forschung solcher Verschwiegenheitszusagen bedarf, mag beispielhaft ein Blick auf die jahrzehntelange Forschung des *Verfassers* zeigen. Seit den siebziger Jahren hat er mit seinen Teams qualitative Forschung namentlich zur Suchtproblematik, Drogen-Kriminalität, polizeilichen Drogenkontrolle, zum Behandlungs- und Präventionswesen sowie zur entsprechenden Kriminalpolitik in zahlreichen Studien durchgeführt. Sie waren überwiegend von der DFG, staatlichen Stellen oder anderen Forschungsförderern angefordert und finanziert. Sie haben der Drogenpolitik ebenso wie der Praxis von Justiz, Haftanstalten und Drogenberatung wichtige Informationen und Impulse gegeben.

In einer wissenschaftlich-kriminalpolitischen Abhandlung mag solcher Bezug auf eigene Erfahrungen in der frühen Forschung der siebziger und achtziger Jahre als ungewöhnlich gelten. Es geschieht hier ausnahmsweise, weil nur so authentisch und exemplarisch Bedeutung und Inhalte von Verschwiegenheitszusagen in empirisch-kriminologischer Forschung belegt werden können.⁶ Auch sind keine Übersichten dazu bekannt, wie andere Forscher mit der Problematik von Verschwiegenheitszusagen in ihren Studien umgegangen sind. Angaben über die Handhabung von etwaigen derartigen Zusagen und eventueller Information zu der (mangelnden) rechtlichen Absicherung fehlen. Ohnehin war qualitative kriminologisch-empirische Forschung seinerzeit jedenfalls in Deutschland noch un-

terentwickelt. Die von der „kritischen Kriminologie“ angestoßene Öffnung der Kriminologie zu sozialwissenschaftlichem Arbeiten und zu entsprechender Forschungsmethodik vollzog sich nur langsam, zumal sich „kritische Kriminologen“ selbst weitgehend auf eine theoretisch-kritische, gerade nicht empirische Richtung in der Kriminologie konzentrierten; in Ihrer Sicht – „labeling approach“ – war Forschung zur Kriminalität selbst und zu individuellen Kriminalitätskarrieren irrelevant; es kam ihnen auf Kriminalität als Ergebnis von Zuschreibung durch soziale Kontrolle an.⁷ In der verbleibenden, theoretisch durchaus offenen empirischen Kriminalitätsforschung dürften spätestens seit der Jahrtausendwende entsprechende Verschwiegenheitszusagen aber aus Rechtsgründen weggefallen sein; vermutlich wurde zumeist auf das Fehlen eines Zeugnisverweigerungsrechts zu Beginn eines Interviews hingewiesen.⁸

Eigene kriminologische Studien begannen um 1970 zunächst noch methodisch traditionell mit Aktenuntersuchungen, damals zu neuen, unerforschten, dem *Verfasser* jedoch aus seiner Tätigkeit als dazu jeweils berichterstattender Richter in einer Hamburger Jugendstrafkammer vertrauten jugendkriminologischen Phänomenen: Der Rocker-Kriminalität in oftmals gewalttätigen Gruppen junger Männer und kriminellen Verstrickungen erster Drogenkonsumenten und Drogenabhängiger vom Erscheinungsbild der „Fixer“.⁹ Zugrunde lagen den Studien zunächst Akten und Urteile. Erst in der Zeit nach Ausscheiden aus der Justiz und gefördert von der DFG wurden Studien mit zusätzlicher spezifischer Methodik qualitativer kriminologischer Dunkelfeldforschung durchgeführt. Sie stützten sich nunmehr entscheidend auf teilnehmende Beobachtung etwa bei polizeilichen Ermittlungseinheiten, auf vertraulich geführte Interviews mit Experten der Strafverfolgung, Beratung und Therapie, zentral auf Intensivinterviews bei Drogenabhängigen in Haft- und Unterbringungsanstalten, in Kliniken und in der offenen „Drogen-Szene“. Beispielhaft seien die Erfahrungen mit Verschwiegenheitszusagen in den 40 Intensivinterviews bei männlichen und weiblichen „Fixern“ skizziert:

Unverzichtbar war die Belehrung zu Beginn der Interviews, die vor allem strikte Vertraulichkeit und Verschwiegenheit darlegte und versprach; sie war eingebettet in eine Schilderung der Forschungsanliegen und des Interesses an der Person und dem Schicksal der Interviewpartner. Zum Forscher wurde hervorgehoben, dass er in der richterlichen Arbeit erhebliche Defizite an Kennt-

³ *OLG München*, Beschl. v. 28.7.2020 – 8 St ObWs 5/20; Neue Kriminalpolitik 2020, 251-253.

⁴ Dazu *Pollähne*, Verfassungsblog v. 27.11.2020, online abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/wissenschaftsfreiheit-in-den-fesseln-des-straftprozessrechts/> (zuletzt abgerufen am 8.3.2023).

⁵ Kritik z.B. bei *Gärditz*, StV 2020, 716 ff.; *Gless*, NK 2020, 275 ff.; *Meyer*, Verfassungsblog v. 25.11.2020, online abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/wissenschaftsfreiheit-und-zeugnisverweigerungsrecht/> (zuletzt abgerufen am 8.3.2023); *Pollähne* (Fn. 4); *Sachs*, NK 2020, 257 ff.; Brandbrief (Fn. 1); Stellungnahme des Rats für Sozial- und Wirtschaftsdaten v. 18.2.2021, online abrufbar unter: https://www.konsortswd.de/wp-content/uploads/210218_RatSWD_Stellungnahme-Datenbeschlagnahme.pdf (zuletzt abgerufen am 8.3.2023).

⁶ Darstellung der Problematik insb. in: *Kreuzer*, Drogen und Delinquenz, 1975, S. 32 ff.

⁷ Ähnlich *Meier* (Fn. 2), S. 2.

⁸ So *Meier* (Fn. 2), S. 6.

⁹ Zur Rocker-Kriminalität: *Kreuzer*, MschrKrim 1970, 327 ff.; Methoden-kritischer dann in: *MschrKrim* 1972, 148 ff.; zur Drogen-Kriminalität: *Kriminalistik* 1973, 99 ff., 167 ff.; *ZStW* 1974, 379 ff.

nissen über Hintergründe des Lebens in der Drogen-Welt erlebt hatte, Unwissen, Vorurteile und Fehleinschätzungen sogar in Expertengutachten, dass er nun das Vermisste nachholen wolle, damit vorrangig der Wissenschaft diene, mittelbar indes zugleich mehr Verständnis in Justiz, Behandlungswesen und Drogenpolitik bewirken wolle, was Betroffenen wenigstens indirekt zugutekommen könne. Er betonte, aus der Justiz dafür voll ausgeschieden, nunmehr unabhängiger Forscher zu sein. Guten Gewissens konnte er, rechtlich einigermaßen abgesichert, glaubhaft zusichern, unter keinen Umständen – selbst im Fall einer Zeugenladung – über Interviewte auszusagen. Er berief sich gegenüber den Interviewpartnern ebenso wie gegenüber Richtern, die gelegentlich eine eventuelle Zeugenbenennung zu bedenken gaben, erfolgreich auf ein aus verfassungsrechtlicher Forschungsfreiheit und Verhältnismäßigkeit konkret ableitbares Zeugnisverweigerungsrecht angesichts der Folgeschäden eines Eingriffs für die Forschung insgesamt. Freilich hatte er nicht berücksichtigt, dass es außer zur Zeugenbenennung zu einer Beschlagnahme von Interview-Aufzeichnungen kommen könne, wie es im aktuellen Fall geschehen ist; aber sein Sozialprestige in der Strafjustiz als ehemaliger Kollege hätte oder hat ihn vermutlich auch davor bewahrt.

Die Tiefeninterviews waren biografisch orientiert, weitgehend frei strukturiert, möglichst narrativ gestaltet. Sie fanden in einer guten Gesprächsatmosphäre statt. Niemand verweigerte sich, selbst angesichts kritischer Gegenstände und „Tabuzonen“. Solche ergaben sich bisweilen, wenn etwa über eine bereits vor der „Drogenkarriere“ vorhandene delinquente Entwicklung gesprochen wurde, die der Justiz unbekannt war und das vermeintlich schuldmindernde „Privileg“ einer für die Straftaten ausschlaggebenden Drogenabhängigkeit entfallen ließ, wenn auch im Drogenmilieu negativ beurteilte Handlungen angesprochen wurden wie Beträge und Erpressungen untereinander (das sog. „Linken“), oder wenn es um anstaltsinterne illegale Märkte und Verhaltensmuster dortiger Drogenbeschaffung und -finanzierung und um Drogenversteckung, ebenso, wenn jemand zugab, andere „angefixt“ zu haben. In solchen Situationen kam es oft im weiteren Verlauf zu in der Regel überwundenen zögerlichen Angaben oder Unterbrechungen, auch anfänglichem Abstreiten oder widersprüchlichen Äußerungen. Dann musste immer wieder um eine gute Gesprächsatmosphäre gerungen, vor allem eindringlich die Verschwiegenheitszusage wiederholt werden. Am zögerlichsten zeigten sich ältere, männliche und Befragte in Untersuchungshaft. Außerdem konnten Irritationen und Verzögerungen eintreten, wenn Widersprüche in den Darstellungen der Interviewten oder Tendenzen zu renommieren, zu über- oder untertreiben oder zu rationalisieren, bemerkbar und offen angesprochen wurden; auch dabei konnten meist pragmatisch Lösungen gefunden werden, immer wieder zugleich mit dem Hinweis auf die Vertraulichkeitszusage.

Mehrere situative Rahmenbedingungen erleichterten es, Vorbehalten, Ängsten, Besorgnissen um einen Bruch zugesagter Vertraulichkeit entgegen zu wirken und offenes Erzählen zu stimulieren: Manchmal waren es die Langleweile in einer Anstalt und die Neugier auf das Gespräch;

überwiegend motivierte die Erwartung, mit den Aussagen allen Betroffenen irgendwie zu helfen; bei den meisten erahnte man, wie sehr sie sich darüber freuten, endlich mit jemandem frei, vorbehaltlos, offen über alles reden zu können, „Klartext“ zu sprechen, wenigstens einmal bei einer Person auf vorbehaltloses Gehör zu stoßen und ernstgenommen zu werden. Gelegentlich fühlte sich der Interviewer in die Rolle eines Beichtvaters versetzt, vor dem man eine „Lebensbeichte“ ablegte. Das führte allerdings in Extremfällen auch zu einer Seelsorgern wohl bekannten Lage des Dilemmas zwischen Verschwiegenheitspflicht einerseits, Beistandspflicht für im Gespräch erkennbar gewordene, durch den Interviewten konkret gefährdete Personen andererseits; dann musste pragmatisch nach Problemlösungen gesucht werden, ohne die Pflichten zu verletzen.

Um das alles an einem Extrembeispiel aufzuzeigen: Ein dem Interviewer aus der Richtertätigkeit schon bekannter, damals wegen wiederholter Gewaltdelikte verurteilter, in der „Rocker-Szene“ maßgeblicher Jugendlicher wurde nun nach seiner in vorangegangener Straftat begonnenen Erfahrung als „Fixer“ und der neuen Rolle in der entsprechenden Bezugswelt befragt, als er wegen eines abgestrittenen gewalttätigen Apothekeneinbruchs in Untersuchungshaft gelangt war. Er vertraute sich voll dem ehemals für seine Strafe „mitverantwortlichen“ Richter an in dessen neuer Rolle als Forscher. So kam zur Sprache, dass der jetzt fragliche Apothekeneinbruch einer von zahlreichen derartigen Gewaltdelikten im neuen Bezugsmilieu war, dass der Interviewte sogar wesentlich dazu beigetragen hatte, solche Verhaltensmuster gewaltsamen Erwerbs gewünschter Güter, die ihm vertraut waren aus der „Rocker-Welt“, in das neue Bezugsmilieu – entsprechend angepasst auf Drogenerwerb – einzubringen. Er gab preis, dass er seine Anwältin genötigt hatte, ihn immer wieder aus Verfahren „rauszuboxen“ durch eine konkrete Strategie, erfolgreich Zweifel bei Verurteilungen zu säen: Er sei ja gar kein „Fixer“, sondern „Rocker“; deswegen hatte er auch seine „Rockerkluff“ aus Leder nicht ausgewechselt gegen die in der damaligen Drogen-Szene übliche Jeans-Bekleidung der „Popper“, so dass er schon polizeiliche Festnahmen meistens wirksam hatte vermeiden können. Er wies darauf hin, dass, sollte er im konkreten Verfahren dennoch verurteilt werden, wisse, wer ihn verraten haben könnte, an wem er dann Vergeltung üben werde und wie er das aus der Haft über Dritte bewerkstelligen könne. Tatsächlich wurde er später im konkreten Fall freigesprochen; seine Strategie war erneut von der Anwältin wider besseres Wissen unter entsprechendem Druck angewandt worden. Durch dieses Interview besonders, aber ergänzt durch andere Interviewte, konnten Strukturen und Vernetzungen entsprechender krimineller Gruppierungen und Milieus, wesentliche Muster von Beschaffungskriminalität in geschlossenen Einrichtungen ebenso wie in der offenen Drogen-Szene, weiterhin unterschiedliche Entstehungen, Verbindungen und Verläufe von Drogen- und Delinquenz-Karrieren entschlüsselt werden.

Außerdem musste in den Intensivinterviews die Art der Aufzeichnung so gewählt werden, dass etwaigen Vorbe-

halten, Ängsten um missbräuchliche Verwertung des Gesprächs oder eine Verletzung der Verschwiegenheit vorgebeugt wurde. Ein Tonbandprotokoll hätte gefühlsmäßig wie ein Fremdkörper, ein heimlich anwesender Dritter und potenzieller Zeuge gewirkt und die Vertraulichkeitszusage entwertet. Deswegen wurde auf Tonband- oder gar audiovisuelle Aufzeichnung von vornherein verzichtet; es musste eine Form während des Gesprächs gleichzeitig vorgenommener kürzelter schriftlicher Aufzeichnung erarbeitet werden; sie erlaubte es zugleich, wichtige gestische oder mische Bekundungen sowie zögerliches Äußern festzuhalten, verhinderte indes längere wörtliche Passagen.

Erkenntnisse und Empfehlungen aus diesen Studien¹⁰ dürften der strafjustiziellen und drogenpolitischen Praxis und Reformdiskussion zugutegekommen sein. Dafür drei Beispiele:

- So konnte in zahlreichen Publikationen, Stellungnahmen in parlamentarischen und anderen Anhörungen, Schriftsätzen für Ministerien, Parteien, Gerichte und Berufsverbände der Justiz und des Behandlungswesens die dringend gebotene rechtliche Absicherung der Vertraulichkeit von anerkannten Drogenberatungsstellen aufgezeigt werden; letztlich ließ sich erfolgreich das lange umstrittene, dann aber 1996 geschaffene Zeugnisverweigerungsrecht in Beratungsstellen für Betäubungsmittelabhängige in § 53 Abs. 1 Nr. 3a StPO durchsetzen.¹¹ Die Situation der fehlenden Absicherung eines solchen Rechts für empirisch-kriminologisch Forschende ist derjenigen in der Drogenberatung sehr ähnlich; Forscher können sich allerdings anders als die Drogenberatung sogar auf ein Grundrecht in Art. 5 Abs. 3 GG berufen.
- Weiter deckte diese Forschung Schwächen in der Struktur polizeilicher Drogenarbeit auf, u.a. Übergriffe bei dem Einsatz polizeilicher Lockspitzel.¹² Ursprünglich war es ein Fall in Mittelhessen, anhand dessen belegt werden konnte, dass mit strafjustizieller Rückendeckung teils systematisch polizeiliche V-Leute oder Untergrundfahnder als Lockspitzel auch bislang Unverdächtige durch falsche Versprechen oder andere Köder zu Straftaten veranlassten, um dann gegen sie ermitteln zu können. Doch die Erkenntnis, dass staatliche Stellen nicht Unverdächtige zu Straftaten verleiten dürfen, wurde jahrzehntelang nur sehr zögerlich in

der höchstrichterlichen Rechtsprechung berücksichtigt. Erst durch den *EGMR* wurde sie 2014 eindeutig durchgesetzt. Der *BGH* entschied 2015 endlich, die Tatprovokation stelle ein Verfahrenshindernis dar.¹³

- Letztlich dürfte diese Forschung wesentlich zu mehreren Reformen in Richtung Entkriminalisierung des Betäubungsmittelstrafrechts beigetragen haben. Dabei wird auch die Erkenntnis aus dieser Forschung bedeutsam gewesen sein, dass die oft in medizinischen, publizistischen und politischen Gremien behauptete Schrittmacherfunktion des Cannabiskonsums als wichtigem Wegbereiter in eine Heroinabhängigkeit nicht haltbar ist. Vielmehr konnte durch die Intensivinterviews und quantitative Delinquenz-Befragungen bei Studierenden nachgewiesen werden, dass unter der Vielzahl verantwortlicher Faktoren für einen Weg in die Drogenabhängigkeit dem Faktor des dem frühen Cannabiskonsum regelmäßig vorausgehenden Umgangs mit Alkohol und Nikotin sowie mit entsprechenden Bezugsgruppen ein weitaus wichtigerer Stellenwert zukommt. Davon beeinflusst worden sein dürften beispielsweise die Entscheidung des *BVerfG* von 1994 mit ihrer entkriminalisierenden Konsequenz für Besitz und Erwerb geringer Mengen Cannabis, ferner das Konzept „Therapie statt Strafe“, welches 1982 und 1992 Therapieüberleitungen drogenabhängiger Straftäter nach § 35 BtMG ermöglichte, schließlich jüngste, teils verwirklichte, teils noch diskutierte weitere gesetzliche Entkriminalisierungen.¹⁴

Zusammenfassend lautet eines der Resultate dieser Forschung thesenhaft: Qualitative kriminologisch-sozialwissenschaftliche Forschung namentlich mit Interviews bei Tätern, Opfern und Personen der sozialen Kontrolle sowie bei „teilnehmender Beobachtung“ ist unabdingbar auf die Zusage strikter, rechtlich abgesicherter Verschwiegenheit angewiesen.

III. Rechtliche Überlegungen zu der anhängigen Verfassungsbeschwerde

Verschwiegenheitszusagen von empirisch-kriminologisch Forschenden können sich – wie auch in den Forschungsinterviews früher jeweils dargelegt – auf ein ausnahmsweise unmittelbar aus der Verfassung ableitbares Recht der Zeugnisverweigerung und Beschlagnahmefreiheit berufen. Freiheit von Wissenschaft und Forschung ist

¹⁰ Zum Ganzen beispielhaft nur: Kreuzer (Fn. 6); *ders. et al.*, Drogenabhängigkeit und Kontrolle, 1981; *ders. et al.*, Beschaffungskriminalität Drogenabhängiger, 1991; *ders.* (Hrsg.), Handbuch des Betäubungsmittelstrafrechts, 1998.

¹¹ Insb.: Kreuzer *et al.*, Drogenberatung und Justiz im Konflikt?, 1990; *ders.*, Handbuch des Betäubungsmittelstrafrechts (Fn. 10), S. 1389 ff.; Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung am 18.5.1990 im Rechtsausschuss des Dt. BT zum Thema Zeugnisverweigerungsrecht für Berater in Sucht-/Drogenfragen und Aids-Berater, Bonn 1990, S. 156-179; Stellungnahme für den Dt. BT, Ausschuss f. Gesundheit, zur Änderung des BtMG, Anhörung am 4.12.1991; Stellungnahme zu Gesetzentwürfen zur Bekämpfung der Rauschgiftkriminalität und anderer Erscheinungsformen der organisierten Kriminalität (OrgKG), Dt. BT, Rechtsausschuss, Zusammenstellung zur Anhörung am 22.1.1992, Anlage S. 51-63, Sten. Prot. S. 145-154, 214-223.

¹² Insb.: Kreuzer, DIE ZEIT v. 29.1.1982, S. 53, v. 15.7.1988, S. 43; Stock/Kreuzer, „Wie, was, gegen wen ermittelt wird, entscheiden wir“, Drogen und Polizei, 1996; Kreuzer/Stock, DIE ZEIT v. 12.11.1998, S. 88; Kreuzer, Süddeutsche Zeitung v. 23./24.5.2001, S. 9; Frankfurter Rundschau v. 16.3.2002, S. 7; Huffingtonpost (FOCUS) v. 11.2.2016.

¹³ *EGMR*, Urt. v. 23.10.2014 (F. gegen Deutschland, Individualbeschwerde Nr. 54648/09); *BGH*, Urt. v. 10.6.2015 – 2 StR 97/14.

¹⁴ Dazu *BVerfGE* 90, 145 ff.; Kreuzer, NJW 1989, 1505 ff.; *ders.*, NJW 1994, 2400 ff.; *ders.*, in: DAS PARLAMENT v. 15.8.1981, S. 10; *ders.*, in: DIE ZEIT v. 18.3.1980, S. 16, v. 9.2.1996, S. 70; Eckpunktepapier der Bundesregierung zur Einführung einer kontrollierten Abgabe von Cannabis an Erwachsene zu Genusszwecken von 2022 <https://www.bundesregierung.de/breg-de/suche/cannabis-eckpunkte-2138168> (zuletzt abgerufen am 8.3.2023).

stark abgesichert durch ein schrankenloses Grundrecht in Art. 5 Abs. 3 GG. Freilich sind verfassungsimmanente Schranken zu beachten. Hier ist das auf dem Rechtsstaatsprinzip nach Art. 20 Abs. 3 GG beruhende Gebot wirksamer, funktionstüchtiger Strafrechtspflege zu bedenken.¹⁵ Nach dem Legalitätsprinzip haben Strafverfolgungsbehörden grundsätzlich jedem Straftatverdacht nachzugehen. Gemäß dem Verhältnismäßigkeitsprinzip ist also in concreto abzuwägen zwischen den unterschiedlichen Belangen und Konsequenzen. Der im Ausgangsfall von Behörden und Gerichten gerechtfertigte Eingriff in die Forschungsfreiheit wäre nur verfassungsrechtlich als angemessen haltbar, wenn er nicht außer Verhältnis zum verfolgten Zweck der Strafverfolgung stünde.¹⁶ Dieser Abwägungsfrage dürfte zentrale Bedeutung für die Rechtsproblematik in der anstehenden verfassungsgerichtlichen Entscheidung zukommen.

Fragen wir zunächst nach dem Nutzen des Eingriffs für die Strafverfolgung in diesem Fall. Ein recht schwacher, in der Anklage kaum durch Fakten untermauerter Verdacht der Straftat früherer Zugehörigkeit zu einer ausländischen terroristischen Vereinigung sollte offenbar erst durch Befunde aus dem Forschungsinterview weiter substantiiert werden. Begründet wurde diese Erwartung nicht, zumal das Interview gerade Straftaten aussparen sollte. Erwartungsgemäß wurde durch den Eingriff kein entscheidender belastender Befund gewonnen. Der Betroffene musste mangels Beweises sogar – durchaus nicht unerwartet – freigesprochen werden. Ergebnis: Schon der dem Eingriff zugeschriebene Zweck konnte kaum – wenn überhaupt – das Vorgehen rechtfertigen.

Dass demgegenüber der durch den Eingriff in das Grundrecht der Forschungsfreiheit entstehende Schaden unverhältnismäßig groß sein würde, war von vornherein abzusehen. Dies wurde aber vom *OLG* in schwer begreiflicher Betriebsblindheit verkannt.

Entscheidendes Argument des Gerichts war die Feststellung, der Beschwerdeführer gehöre nicht zu den in § 53 Abs. 1 StPO genannten zeugnisverweigerungsberechtigten und nach § 97 Abs. 5 StPO mit Beschlagnahmeverbot ausgestatteten Personen. Das trifft zwar zu; entsprechende Vorstöße, die Strafprozessordnung entsprechend zu ergänzen, blieben bislang erfolglos. Aber damit ist ein im Einzelfall aus dem Grundgesetz ableitbares Zeugnisverweigerungsrecht keineswegs ausgeschlossen. In der gebotenen Abwägung hätten die zu erwartenden schädigenden Folgen des Eingriffs benannt und gewichtet werden müssen.

Stattdessen beschäftigt sich der Beschluss ausgiebig mit wohl im Verfahren vorgetragene möglichen Analogien zu anderen in den Vorschriften benannten Berufsgruppen, insbesondere Journalisten. Es gehört zu den anerkannten Auslegungsregeln, solche Analogien nicht zuzulassen, weil sonst das erkennbare gesetzgeberische Anliegen, für

jede betroffene Berufsgruppe eigens über ein solches Privileg zu entscheiden, missachtet werden würde. Ist also insoweit der Absage an eine Analogie zuzustimmen, so verwundert doch eine zusätzliche Begründung: Im Gegensatz zu anderen zur Zeugnisverweigerung berechtigten Berufsgruppen hätten Wissenschaftler ja ohnehin keinen Quellen- und Informantenschutz, wie ihre Aufbewahrungs- und ggf. Auskunftspflicht etwa gegenüber Untersuchungsgremien zur Wahrung wissenschaftlich-ethischer Standards einer Universität oder der DFG beweise. Das ist schlicht weltfremd. Solche Pflichten haben andere Berufsgruppen wie Journalisten, Ärzte oder Rechtsanwälte in entsprechender Weise; auch sie müssen sich gegenüber Vorwürfen unredlichen Arbeitens, Recherchierens, Beratens, Behandelns usw. jederzeit anhand ihrer Dokumente wehren können, und dennoch sind sie zur Verschwiegenheit und zum Schutz ihrer Informanten verpflichtet.

Sogar die Notwendigkeit einer Abwägung im Sinne der Verhältnismäßigkeitsprüfung an sich stellte das Gericht in Frage: „Sofern dennoch eine Abwägung zwischen Forschungsfreiheit einerseits und Strafverfolgungszwang des Staates andererseits... geboten sein sollte,“ würde das Interesse an einer Sicherung der Strafverfolgung überwiegen. Die Forschungsfreiheit des Beschwerdeführers sei „hier lediglich unerheblich beeinträchtigt“. Begründung: Das Interview sei ja abgeschlossen gewesen; allenfalls verbleibende Befürchtungen von Beeinträchtigungen für anderweitige Projekte des Forschers mit gleicher Methodik stellten „eine bloße nicht konkretisierte Erwartung dar.“ Darüber hinaus kein Wort zum Flurschaden für diese Forschung generell und bundesweit. Erst recht kein Wort zu der „gesamtgesellschaftlichen Funktion“¹⁷ solcher Forschung, obwohl dem Gericht aus Forschungsgremien dazu Stellungnahmen vorgelegen hatten. Das Grundrecht ist ja nicht zuletzt deswegen geschaffen worden, weil unabhängige Wissenschaft und Forschung keineswegs allein den Forschenden, sondern in erster Linie der Gesellschaft dienen. Kein Wort auch zu den konkret sehr schwachen Erkenntnissen zum Straftatnachweis vor dem Eingriff, zu den kaum begründbaren Erwartungen an wichtigem Erkenntniszuwachs durch den Eingriff und zu den dürftigen Eingriffsergebnissen für einen Tatnachweis.

Mehrere Umstände könnten diese Betriebsblindheit erklären: Offenbar gab es im Gericht keine hinreichenden Vorstellungen vom Wesen und der Bedeutung kriminologisch-empirischen Forschens, insbesondere von der Bedeutung zugesicherter Vertraulichkeit, wenn entsprechende Methoden in der Dunkelfeldforschung angewandt werden. Ebenso fehlte es wohl an Verständnis für die kriminalpolitisch bedeutsame Funktion solcher Studien. Vielleicht bestand unterschwellig eine Abneigung gegenüber Kriminologie und Sozialwissenschaften allgemein, wie sie manchmal bei einseitig formal rechtsdogmatisch ausgerichteten Juristen spürbar ist. Sehr wahrscheinlich wurde der abzusehende bundesweite Schaden für derartige Forschung nicht erkannt oder als irrelevant erachtet.

¹⁵ BVerfGE 47, 327 (369).

¹⁶ Z.B. BVerfGE 50, 217 (227); 99, 202 (212 f.); konkret zum Grundrecht auf Forschungsfreiheit: BVerfGE 47, 327 (369).

¹⁷ Gless (Fn. 5).

Es mag rechtsdogmatisch darauf beruhen, dass vom Obergericht angenommen wurde, nur ein unmittelbar diesem Forscher drohender, also individueller und gravierender Schaden sei zu berücksichtigen, nicht dagegen ein mittelbarer Schaden für die gesamte empirisch-kriminologische Forschung und deren gesamtgesellschaftliche Bedeutung. Vom *BVerfG* darf man sich klärende Worte zur Notwendigkeit wünschen, in der Prüfung der Verhältnismäßigkeit eines Eingriffs in die Forschungsfreiheit den zu erwartenden individuellen und gesellschaftlichen Gesamtschaden zu berücksichtigen.

IV. Dringender Handlungsbedarf in der Gesetzgebung

Unabhängig von der Entscheidung des *BVerfG* ist der Gesetzgeber dringend und umgehend gefordert. Unabhängiger, valider Forschung gegenüber ist er dies schuldig, wenn er seiner Zusage evidenzbasierter Kriminalpolitik gerecht werden will.¹⁸ Für diese wichtige Forschung muss er hinreichende rechtliche Rahmenbedingungen schaffen. Zu allererst ist die Vertraulichkeit entsprechender Forschungszugänge rechtlich zu gewährleisten. Die offenkundige Schutzlücke bei den aus beruflichen Gründen zur Zeugnisverweigerung Berechtigten in § 53 StPO muss unverzüglich geschlossen werden. Mit *Bernd-Dieter Meier*¹⁹ darf dies als eine Bringschuld des Gesetzgebers gegenüber der Forschung gewertet werden. Ansonsten kann man keine wissenschaftlich vertieften, methodisch fundierten Erkenntnisse mehr aus kriminologischer Dunkelforschung für die Kriminalpolitik erwarten. Das betrifft namentlich unentbehrliche Erkenntnisse zu organisierter-, Clan-, Cyber-, Wirtschafts-, Korruptions-, terroristischer oder islamistischer Kriminalität oder zu Missbrauch in gesellschaftlichen Einrichtungen.

Selbst wenn das *BVerfG* den Justizeingriff in die Forschungsfreiheit wünschenswerterweise für verfassungswidrig erklärt, wird sich die kritische Lage der Forschung nur einstweilen entspannen; Studienleiter könnten betroffenen Interviewpartnern jedoch weiterhin keine unbedingte Vertraulichkeit zusagen, die in jedem Fall gegenüber justiziellen Eingriffen abgesichert wäre; es blieben jeweils Einzelfallentscheidungen mit ungewissem Ausgang. Forschende müssen Interviewpartnern sozusagen „schwarz auf weiß“ mit dem Gesetzestext ein abgesichertes Zeugnisverweigerungsrecht und ein Recht auf Beschlagnahmefreiheit belegen können. Erst dann würden Planungen neuer wissenschaftlicher Studien qualitativen Zuschnitts mit hinreichend validen Tiefeninterviews wieder in Angriff genommen und von Forschungsträgern geprüft und gefördert werden können – Interviews, die auch und gerade Hintergründe von kriminalitätsrelevantem Gehalt ausloten sollen und dürfen. Ansonsten wäre kriminologische Forschung wieder methodisch weitgehend beschränkt auf Akten- und Kriminalstatistik-Analysen sowie Interviews, die kaum zum Wesentlichen mit Relevanz für Kriminalität vorstoßen. Erst in den letzten Jahrzehnten

hatte sich solche qualitative kriminologische Forschung hierzulande fest etabliert, viel später als vor allem im angelsächsischen Forschungswesen; der *Verfasser* gehörte zu den wenigen kriminologischen Forschern, die sich schon sehr früh entsprechender Forschungsmethodik bedient hatten. Wir würden angesichts der jetzigen defizitären, diese Forschung existentiell gefährdenden Rechtslage weit hinter Standards der Forschung vergleichbarer westlicher Länder zurückgeworfen werden.

Leider hat sich über Jahrzehnte das Bundesjustizministerium allen Anstößen beharrlich verweigert, ein Zeugnisverweigerungsrecht außer z.B. Ärzten, Rechtsanwälten, Journalisten und Drogenberatern endlich auch für die überschaubare Gruppe empirisch Forschender strafprozessual in den §§ 53 Abs.1, 97 Abs. 1 StPO in Angriff zu nehmen. Bereits 1996 war ihm von dem mit kriminalpolitischen Reformen stetig kompetent befassten Arbeitskreis der „Alternativ-Professoren“ ein entsprechender Gesetzesvorschlag vorgelegt worden. Im § 53a S. 1 Nr. 3 AE-ZVR war ein entsprechendes Recht für kriminologisch-empirisch Forschende konzipiert.²⁰ Der Vorschlag wurde bis heute nicht aufgegriffen.²¹

Die aktuell brisante Gefahr für solche Forschung sollte Anlass sein, unverzüglich diesen Ansatz in der Gesetzgebung umzusetzen, damit sich der großflächige Forschungsabbruch nicht verstetigt. Das allein entspräche dem wiederholt regierungsamtlich erklärten Versprechen einer wissenschaftsbasierten Kriminalpolitik. So hieß es im Koalitionsvertrag der damaligen Bundesregierung 2018: „Wir treten für eine evidenzbasierte Kriminalpolitik ein. Wir wollen, dass kriminologische Evidenzen sowohl bei der Erarbeitung von Gesetzentwürfen als auch bei deren Evaluation berücksichtigt werden.“²² Und im geltenden Koalitionsvertrag von 2021 findet sich das Versprechen einer „vorausschauenden, evidenzbasierten und grundrechtsorientierten Sicherheits- und Kriminalpolitik“.²³ Freilich wurde das Versprechen mehrmals gebrochen.²⁴

Um den Kreis zeugnisverweigerungsberechtigter Forschender einzugrenzen, könnte der Gesetzgeber ähnlich wie in § 53 Abs. 1 Nr. 3b StPO Kriterien festlegen. Es bieten sich an: Ein Forschungsplan muss von einer dafür kompetenten Stelle geprüft und sowohl nach der Forschungsmethodik als auch nach datenschutzrechtlichen Gesichtspunkten gutgeheißen sein (beispielweise durch die DFG oder die jeweilige Ethikkommission); das Projekt muss in der Regel unter kompetenter Leitung an einer Hochschule oder einem anerkannten Forschungsinstitut stehen. Außerdem ist zu klären, ob über die kriminologisch-sozialwissenschaftlichen Forschungsdisziplinen hinaus weitere Disziplinen einzubeziehen sind.

Seitens der Justiz sind wie früher übliche Einwände zu erwarten, etwa dahingehend, mit einem solchen Recht würde der Strafverfolgungsauftrag stark eingeschränkt

¹⁸ So auch *Gärditz* (Fn. 5), S. 721; *Meier* (Fn. 2), S. 1 ff.

¹⁹ *Meier* (Fn. 2).

²⁰ *Baumann et al.*, Alternativ-Entwurf Zeugnisverweigerungsrechte und Beschlagnahmefreiheit (AE-ZVR), 1996, S. 47 ff.

²¹ Zu der anhaltenden Kritik an dieser unverständlichen gesetzgeberischen Untätigkeit z.B.: *Meier* (Fn. 2); *Pollähne* (Fn. 4).

²² Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD v. 19.3.2018 für die 19. Legislaturperiode im Bund, Zeile 6289-6291.

²³ Koalitionsvertrag zwischen SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP v. 12.10.2021, S. 103 ff.

²⁴ Vgl. z.B. zu Ausweitungen und Verschärfungen im Sexualstrafrecht empirischen Erkenntnissen zuwider: *Kreuzer*, StV 2020, Editorial.

und auf wichtige Beweiserhebungen verzichtet. Der Einwand war bereits in den Beratungen und Anhörungen im Bereich der Drogenberatung entkräftet worden. Hier erübrigt er sich schon angesichts weit geringerer Zahlen Betroffener. So steht das Zeugnisverweigerungsrecht aus beruflichen Gründen wohl jeweils einigen Zehntausend Seelsorgern, Ärzten, Rechtsanwälten und Journalisten, einigen Tausenden in Beratungsstellen für Betäubungsmittelabhängigkeit und Parlamentsabgeordneten zu. Die Zahl empirisch-kriminologisch-sozialwissenschaftlich For-

schender in anerkannten Projekten dürfte hingegen allenfalls einige hundert Personen ausmachen.

Schr verkürzt, aber eindringlich darf man abschließend festhalten:

BVerfG und Bundesgesetzgeber haben es jetzt in der Hand, über Wiederbelebung und Lebensfähigkeit großer Teile der empirisch-kriminologischen Forschung zu entscheiden.

Einführung zu Frederick T. Davis „Judicial Review of Deferred Prosecution Agreements – A Comparative Study“

von Prof. Dr. Carsten Momsen *

Abstract

Frederick T. Davis legt eine umfassende rechtsvergleichende Studie zur Handhabung von sog. „Deferred Prosecution Agreements“ (DPA) und „Non Prosecution Agreements“ (NPA) vor. Er vergleicht aus der Perspektive des ausgewiesenen und in vielen Rechtsordnungen erfahrenen Praktikers und Wissenschaftlers die Verfahrenspraxis in den Vereinigten Staaten mit der Verfahrenspraxis acht verschiedener europäischer und außereuropäischer Länder, welche anders als die Vereinigten Staaten eine gesetzliche Regelung für D/NPAs eingeführt haben oder diese intensiv diskutieren. Deutschland ist folgerichtig nicht Bestandteil dieses Rechtsvergleichs, denn weder gibt es eine Regelung noch wird sie ernsthaft diskutiert. Obwohl Deutschland nicht der Strafrechtskultur der Leitentscheidung und des Richterrechts angehört, steht es in seiner Praxis insoweit den Vereinigten Staaten näher als die europäischen Nachbarn. Davis zeigt die Vor- und Nachteile informeller Verfahren aus der Sicht der amerikanischen Praxis auf. In dieser Einleitung werden entsprechende Überlegungen für das deutsche Rechtssystem angestellt und der Vergleich insoweit auf Deutschland als zehntes Land erstreckt.

Frederick T. Davis presents a comprehensive comparative law study on the handling of so-called "Deferred Prosecution Agreements" (DPA) and "Non-Prosecution Agreements" (NPA). He compares the procedural practice in the United States with the procedural practice in eight different European and non-European countries, which, unlike the United States, have introduced a legal regulation for D/NPAs or are discussing them intensively. Germany is consequently not part of this legal comparison, because neither a regulation exists nor is it seriously discussed. Although Germany is not part of the criminal law culture of leading decision and judiciary law, it is closer in practice to the United States than to European neighbors in this respect. Davis shows the advantages and disadvantages of informal procedures from the perspective of American practice. In this introduction, corresponding considerations are made for the German legal system and the comparison is insofar extended to Germany as the tenth country.

Frederick T. Davis schreibt „Ein Deferred Prosecution Agreement“ ist ein strafrechtliches Verhandlungsverfah-

ren, das es Einzelpersonen – und zunehmend auch Unternehmen – ermöglicht, eine strafrechtliche Verurteilung zu vermeiden, indem sie sich mit der Staatsanwaltschaft darauf einigen, die Verantwortung für ihre Handlungen anzuerkennen, angemessene Zahlungen anstelle von Geldstrafen zu leisten, ihr Verhalten zu ändern und häufig bei laufenden Ermittlungen zu kooperieren, wofür im Gegenzug die strafrechtliche Anklage entweder fallen gelassen oder gar nicht erst erhoben wird.

Das Verfahren ist zu einer tragenden Säule der Bemühungen des US-Justizministeriums zur Bekämpfung der Unternehmenskriminalität geworden. Das Verfahren wurde inzwischen in einigen anderen Ländern nachgeahmt und wird in einigen weiteren Ländern von der Gesetzgebung wieder ernsthaft in Betracht gezogen.

Die verschiedenen Versionen weisen zwar viele Gemeinsamkeiten auf, unterscheiden sich aber in einem wesentlichen Punkt: ob die Gerichte eine Rolle bei der Überprüfung einer zwischen einem Staatsanwalt und einem Unternehmensangeklagten erzielten Vereinbarung spielen, und wenn ja, in welchem Umfang diese Überprüfung stattfindet.

In diesem Artikel werden die Verfahren für Vereinbarungen über die aufgeschobene Strafverfolgung in Unternehmen in solchen Ländern, die sie bereits eingeführt haben, sowie denjenigen, in denen derzeit Gesetzgebungsvorhaben erwogen werden, untersucht. Der Schwerpunkt liegt auf den jeweiligen Ansätzen für eine gerichtliche Überprüfung.

Die hier untersuchten Unterschiede können sich auch in der Praxis auf grenzüberschreitende strafrechtliche Ermittlungen auswirken. Diese vergleichende Studie bietet zugleich einen nützlichen Überblick über die Traditionen und Grundsätze der Gewaltenteilung in den jeweiligen Ländern.

Das damit formulierte Programm setzt *Davis* konsequent und aus der Perspektive jahrzehntelanger Erfahrungen mit der Rechtsvergleichung in Theorie und Praxis um. Seine rechtsvergleichenden Analysen institutionalisierter konsensueller Verfahrenserledigungen („Judicial Review of Deferred Prosecution Agreements – A Comparative Study“) in neun Ländern sind von großem Interesse für

* Prof. Dr. Carsten Momsen leitet den Arbeitsbereich „Vergleichendes Strafrecht, Strafverfahrensrecht, Wirtschafts- und Umweltstrafrecht“ an der Freien Universität Berlin. Der Beitrag von *Frederik T. Davis* ist in der Erstveröffentlichung online abrufbar unter: <https://www.jtl.columbia.edu/volume-60/judicial-review-of-deferred-prosecution-agreements-a-comparative-study-ag4ar> (zuletzt abgerufen am 22.3.2023) oder in diesem Heft (KriPoZ 2023, 111 ff.).

die deutsche Strafprozessrechtswissenschaft und -praxis. *Davis* betrachtet zu Beginn die Vereinigten Staaten und vergleicht die dortige Rechtslage und -praxis detailliert mit der im Vereinten Königreich und in Frankreich. Kürzere Blicke gehen anschließend nach Kanada, Singapur, Australien, Irland, Argentinien und last not least nach Brasilien.

Aus hiesiger Perspektive ist schon die Auswahl der Rechtsordnungen interessant und vielsagend, denn Deutschland ist nicht unter den untersuchten Ländern. Aufgrund der großen Affinität des Autors zu Deutschland ist der Grund nicht fehlende Wertschätzung des deutschen Rechts, sondern schlicht der Umstand, dass es nichts zu vergleichen gibt. Denn bis dato fehlen entsprechende Institute in Deutschland im deutschen Verfahrensrecht.¹

Corporate Deferred Prosecution Agreements (DPAs) beschreibt *Davis* als ein typisch amerikanisches Phänomen, das auf der einen Seite erhebliche Zugkraft entfaltet habe, auf der anderen Seite aber ebenso erhebliche Kontroversen über die letzten zwanzig Jahre ausgelöst habe. Sie sind heutzutage ein wesentliches Standbein der Verfolgung und Sanktionierung von Wirtschaftskriminalität in den Vereinigten Staaten aber auch in vielen Ländern Europas, deren Rechtsordnungen über entsprechende Instrumente verfügen.

So kommt *Davis* dann auch zu dem offensichtlich zutreffenden Ergebnis, dass die amerikanische Praxis in mindestens zweierlei Hinsicht einzigartig ist. Erstens wurden die Verfahren für DPAs (oder NPAs) in den USA weder durch Rechtsvorschriften noch durch offizielle Regelungen formalisiert. Vielmehr entwickelten sie sich einfach in einem evolutionären Prozess, Schritt für Schritt mit den einzelnen Verfahren, in denen Staatsanwälte und Anwälte großer Unternehmen sie ausgehandelt haben, wobei beide Parteien oft durch strategische Anreize motiviert wurden. Nur eine Konsequenz des Case-Law? Zunächst scheint es so. Denn jedes andere besprochene Land, das ein DPA-Äquivalent eingeführt hat oder ernsthaft in Erwägung zieht, hat dies auf gesetzlichem Wege und nach einer gründlichen öffentlichen Debatte getan. Interessant ist insoweit, dass gerade in Deutschland, das über kein institutionelles Äquivalent verfügt, die Praxis der §§ 153 und 153a StPO, sowie des Strafbefehlsverfahrens in Wirtschaftsstrafsachen ebenfalls einen stark einzelfallabhängigen Bezug hat und vor allem, dass in diesem Bereich Leitentscheidungen die weitere Entwicklung prägen. Blickt man nur auf diesen Aspekt, so liegen die USA und Deutschland nicht gar so weit auseinander.

Zweitens zeichnen sich die DPAs in den USA und mehr noch die NPAs, für die es in anderen Ländern keine formale Entsprechung zu geben scheint, auch durch das Fehlen einer gerichtlichen Überprüfung, Kontrolle oder Beteiligung praktisch jeglicher Art aus. Das Fehlen von

Rechtsvorschriften oder Regeln ist eng mit dem Fehlen einer minimalen gerichtlichen Überprüfung verbunden: Ohne eine solche Vorschrift oder Gesetzgebung gibt es weder Standards für die Bewertung einer DPA noch eine objektive Grundlage, auf der ein Richter eine DPA überprüfen könnte. Noch grundlegender ist, dass ein wesentlicher Grundsatz der Gewaltenteilung – dass nur die Exekutive entscheiden kann, ob eine Strafverfolgung eingeleitet wird oder nicht – in den Vereinigten Staaten so ausgelegt wurde, dass er den Kern der DPA/NPA bildet und sie somit vor einer Überprüfung schützt. Infolgedessen stellen DPAs und NPAs in den USA ein exklusives Spielfeld dar, auf dem Staatsanwälte und Unternehmensjuristen agieren können, indem sie immense Macht ausüben, um folgenreiche Ergebnisse zu erzielen, während sie gleichzeitig vor einer gerichtlichen Überprüfung oder einer formellen öffentlichen Rechenschaftspflicht geschützt sind. Teil 1 dieser Diagnose trifft m.E. in gleicher Weise auf das deutsche Wirtschaftsstrafverfahren zu. Teil 2 zumindest insoweit, als dass in dem Bereich der konsensualen Verfahrenserledigung in Wirtschaftsstrafsachen am ehesten eine Art Parteiprozess im Ermittlungsverfahren herrscht und häufig die größeren Ressourcen den Verfahrensausgang prägen. Anders als in den USA gibt es jedoch zumindest im Rahmen von § 153a StPO und dem Strafbefehlsverfahren eine minimale richterliche Kontrolle. Allerdings ist diese Form der Zustimmungskontrolle nicht mit einem formalen Rechtsmittelverfahren vergleichbar.

Aus meiner Sicht besonders interessant ist der von *Davis* im zweiten Teil gezogene Schluss, dass gerade die erfolgreichen Bemühungen, eine gerichtliche Überprüfung der konsensualen Erledigungen abzuwehren, dazu geführt haben, die Compliance-Optimierung als Grundlage und Rechtfertigung für die Strafverfolgung geprägt haben. Zugleich, so *Davis* mit Verweis auf andere Autoren, leisten N/DPAs einen bedeutenden, aber auch umstrittenen Beitrag zu den Unternehmenspraktiken und veranschaulichen einen Wandel in der Strafverfolgungskultur von einer Ex-post-Fokussierung auf Bestrafung zu einer Ex-ante-Fokussierung auf Compliance. D/NPAs werden ausschließlich auf dem Verhandlungsweg erzielt, ohne die Notwendigkeit, sich mit den Beweisregeln und anderen standardmäßigen strafrechtlichen Komplexitäten auseinanderzusetzen, geprägt durch die fehlende Notwendigkeit, ein neutrales Gericht von den Fakten zu überzeugen. Ein solches System gibt den Bundesstaatsanwälten in den Vereinigten Staaten außerordentlichen Spielraum und Flexibilität: Sie können eine Strafverfolgungspolitik verfolgen, bei der einer ihrer vermeintlichen Gegner (große Unternehmen) zu einem bedeutenden Mechanismus zur Erreichung von Veränderungen geworden ist. *Davis* ist daher nicht verwundert, dass ein Autor festgestellt hat, dass die Strafverfolgungspolitik der Bundesbehörden Angeklagte von Unternehmen in Polizisten von Unternehmen verwandelt.

¹ Vgl. *Momsen/Helms/Washington*, in: *Momsen/Grützner* (Hrsg.), *Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, 2. Aufl. (2020), S. 344 f. Rn. 1-5 – damals schrieben wir noch, Kanada habe angekündigt ein RAR einzuführen, Singapur, Australien und Frankreich würden vergleichbare Schritte erwägen.

Obwohl es keine Aufsicht gibt, haben solche Vereinbarungen dennoch weitreichende Auswirkungen auf Dritte - und die Öffentlichkeit. Die Höhe der im Rahmen dieser Vereinbarungen gezahlten Strafen geht zumindest in den USA oft in die Milliarden und erreicht auch in Deutschland erhebliche Summen. Die detaillierten Verpflichtungen mit Bezug auf künftiges Verhalten (und manchmal auch zur Überwachung), denen die Unternehmen zustimmen, können nicht nur Aktionäre und Mitarbeiter, sondern auch Wettbewerber, Verbraucher und andere Mitglieder der Öffentlichkeit betreffen.

Es stellt sich damit auch für *Davis* die Frage, ob diese wichtigen und folgenschweren Vorgänge tatsächlich vollständig hinter verschlossenen Türen stattfinden sollten. Ob es richtig ist, dass sie von einflussreichen Unternehmensanwälten, Anwälten und Staatsanwaltschaften ausgehandelt werden, aber der Öffentlichkeit nur durch gegenseitig genehmigte Pressemitteilungen und ohne jegliche gerichtliche Kontrolle oder öffentliche Rechenschaftspflicht bekannt gegeben werden?

Davis zeigt, dass eine solche Geheimhaltung dem DPA-Verfahren keineswegs inhärent ist: Jeder, der die langen, detaillierten und artikulierten Untersuchungen englischer/walisischer DPAs liest, die vom *High Court of England* gemäß den gesetzlichen Bestimmungen zur Verfügung gestellt werden, erhält ein viel umfassenderes Verständnis des relevanten Kontextes und kann sich auf dieser Basis die Frage stellen, ob das betreffende Ergebnis tatsächlich ein gutes war.

Zum Teil spiegeln sich in dieser Diskrepanz zwischen den Systemen die unterschiedlichen Verfassungsgrundsätze der Gewaltenteilung zwischen Exekutive und Judikative sowie die verschiedenen Strafverfolgungskulturen wider.² Seltsamerweise, so *Davis*, besteht der größte Unterschied im Ausmaß der richterlichen Beteiligung an DPAs unter den untersuchten Ländern nicht zwischen sogenannten "Common Law"- und "Civil Law"-Ländern, sondern zwischen zwei Ländern mit engen und sich überschneidenden Traditionen, nämlich den Vereinigten Staaten und dem Vereinigten Königreich. Die umfassendste und solideste Form der gerichtlichen Kontrolle von DPAs findet derzeit in England und Wales statt, und zwar im Rahmen von Gesetzen, die eine Überprüfung durch den *High Court* vorsehen, sowie bei den bisherigen DPA-Genehmigungen. Die ehemaligen englischen Kolonien, mit Ausnahme der Vereinigten Staaten, in denen DPAs in Erwägung gezogen werden oder in denen sie bereits verabschiedet wurden, verlangen alle zumindest ein gewisses Maß an gerichtlicher Beteiligung. Auch ihre Gesetzgebungsgeschichte spiegelt im Allgemeinen die Entscheidung für das englische und nicht für das US-amerikanische Modell wider, auch wenn sie sich darin unterscheiden, wie genau eine solche Überprüfung stattfinden soll. Diese politisch begründete Ablehnung des US-Ansatzes deutet darauf hin, dass die hier analysierte Ungleichheit fortbestehen wird.

Für *Davis* bleibt die Frage: Was ist die praktische Bedeutung und Auswirkung dieser deutlichen Unterschiede?

Zunächst einmal sind DPAs in jedem Szenario einvernehmliche Vereinbarungen. Daraus folgt, dass sie, wenn sie wirksam und weit genug verbreitet sein sollen, um eine

wirkliche Wirkung zu haben, den Parteien einen Anreiz bieten müssen, diese Instrumente zu nutzen. Hält die Möglichkeit, dass eine einmal zwischen Staatsanwaltschaft und Unternehmen getroffene "Vereinbarung" von einem Richter überprüft und möglicherweise für ungültig erklärt werden kann, ein Unternehmen davon ab, eine solche Vereinbarung einzugehen?

Aus der Sicht eines Unternehmens bedeutet die Aufnahme von Verhandlungen mit einem Staatsanwalt nicht zwangsläufig eine Verpflichtung, eine Einigung zu erzielen oder eine Verteidigung auszuschließen. Doch ist dies nicht ohne Risiko, da die bloße Aufnahme von Gesprächen einem Staatsanwalt nützliche Informationen oder andere strategische Vorteile verschaffen kann – ein allgemeines Problem jeglicher abspracheähnlicher Verfahrensbeendigung. Zudem werden in der Praxis nur wenige DPA-Gespräche von einem Unternehmen eröffnet, die nicht zu einer Art Verhandlungsergebnis führen. Einige DPA-Regelungen versuchen, dieses Problem zu lösen, indem sie das Recht auf Verteidigung im Falle einer gescheiterten Verhandlung formell schützen (ähnlich wie in § 257c StPO).

Die englischen/walisischen und die französischen DPA-Regelungen enthalten spezielle Bestimmungen, die besagen, dass weder eine vorgeschlagene Vereinbarung noch die Verhandlungen, die zu ihr geführt haben, als Beweismittel gegen das Unternehmen verwertet werden können, wenn der Versuch, DPA zu erzielen, nicht zu einem endgültigen öffentlich-sichtbaren und damit verbindlichen Ergebnis führt.

Die gleichen allgemeinen Grundsätze gelten in den Vereinigten Staaten: Eine starke Tradition, gewohnheitsrechtliche Beweisregeln und die Bestimmungen von Rule 408 der Federal Rules of Evidence schließen eine offensive Verwendung von "Kompromissangeboten und Verhandlungen" in späteren Verfahren aus. Anwälte verstärken diesen Schutz oft durch die so genannten "Queen for a Day"-Bestimmungen oder durch hypothetische Angebote.³ Der Schutz, den diese allgemeine Regel bietet, ist jedoch nicht vollständig und kann von Gerichtsbarkeit zu Gerichtsbarkeit variieren. In der Praxis, so *Davis*, wisse jeder, der ein Unternehmen vertritt oder berät, dass jedes Gespräch mit einem Staatsanwalt, insbesondere mit einem Staatsanwalt, der nichts von dem Fehlverhalten des Mandanten weiß, ein folgenschwerer Schritt ist: Die Kontaktaufnahme mit einem Staatsanwalt kann notwendig sein, um formal den Status einer echten "Selbstanzeige" und die häufig allein daran geknüpften Vergünstigungen zu erhalten. Gleichwohl informiert sie einen Staatsanwalt unweigerlich darüber, dass etwas vermutlich Illegales geschehen ist und eine Untersuchung wert sein könnte. Selbst wenn bereits Gespräche zwischen einem Staatsanwalt und einem Unternehmensanwalt stattfinden (z.B. wenn gegen ein Unternehmen ermittelt wird), kann die Verfolgung eines möglichen DPA-Ergebnisses strategisch komplex

² Vgl. *Momsen/Washington*, in: FS Kindhäuser, 2019, S. 935 ff.

³ Näher *Momsen/Washington*, in: FS Rogall, 2018, S. 593 ff.

sein. Macht es in diesem variablen Kontext einen Unterschied, ob eine einmal mit der Staatsanwaltschaft getroffene Vereinbarung einer weiteren Prüfung unterzogen und möglicherweise nicht genehmigt wird?

Abschließend setzt *Davis* sich nochmals intensiv mit der Frage auseinander, ob eine gerichtliche Kontrolle für ein rechtsstaatliches Verfahren essenziell ist. Seines Erachtens erfolgt eine gerichtliche Überprüfung im Rahmen von DPA-Verfahren, weil die jeweilige Strafverfolgungskultur und Tradition dies erfordern. Anderenfalls sei es unwahrscheinlich, dass eine solche Möglichkeit geschaffen werde, da die Überprüfung das Verfahren für Staatsanwälte oder Verteidiger massiv verkomplizieren könne.⁴ Vergleicht man die intensive Diskussion um die sehr komplexe Regelung des § 257c StPO mit seiner geringen praktischen Bedeutung einerseits und der deutlich höheren Bedeutung der weitgehend entformalisierten §§ 153 ff. StPO, so spricht vieles dafür, dass übergeordnete Gesichtspunkte tatsächlich leitend für die gesetzlichen Regelungen sind. Das wirft zugleich ein interessantes Licht auf die in Deutschland gezielt unterbliebene Kodifizierung und die Entwicklung des Ermittlungsverfahrens in deut-

schen Strafverfahren und Wirtschaftsstrafverfahren insbesondere.

Davis schließt seine Überlegungen mit der Frage, ob eine Veröffentlichung der D/NPAS vorzugswürdig oder gar notwendig sei. Meines Erachtens völlig zutreffend betont er die Rückwirkungen für die Fairness eines (informell) erledigten Verfahrens. Selbst wenn das Verfahren selbst unter Ausschluss der Öffentlichkeit stattfindet, gilt dies sonst an keiner anderen Stelle für die Entscheidung und ihre Gründe. Zwar kann die Veröffentlichung eine fehlende gerichtliche Überprüfung nicht kompensieren, sie kann aber die Vereinbarung zum Gegenstand einer Diskussion machen und ihr damit den Geschmack der Mauselei nehmen.⁵ Es mag durchaus plausible Argumente dafür geben, hier nicht auf derselben Detailtiefe zu bestehen, wie sie für die schriftlichen Urteilgründe erforderlich ist. Es gibt auch in Deutschland keinen überzeugenden Grund dafür, dass informelle Verfahrenserledigungen gleichbedeutend sind mit der teilweisen Wiedereinführung von „in-camera“ – Verfahren, welche mit guten historischen Gründen bereits in der RStPO von 1877 ausgeschlossen wurden.

⁴ *Momsen/Helms/Washington*, in: *Momsen/Grützner* (Hrsg.), *Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, S. 364-381.

⁵ Vgl. *Momsen*, in: *FS Rössner*, 2015, S. 871 ff.

Die Mission der Cyberagentur in Halle – im Fokus: die Cyberresiliente Gesellschaft

von Dr. Nicole Selzer,
Prof. Dr. Katja Andresen und
Prof. Dr. Christian Hummert *

Abstract

Die Agentur für Innovation in der Cybersicherheit GmbH (Cyberagentur) wurde im Jahr 2020 mit dem Ziel gegründet, innovative high-risk und high-reward Forschung im Bereich der Cybersicherheit und diesbezüglicher Schlüsseltechnologien zu fördern. Ziel der Agentur ist es, die digitale Souveränität Deutschlands und der EU sicherzustellen. Die Cyberagentur verfolgt dabei nicht nur technologische Ansätze, sondern erkennt auch die Bedeutung der Einbettung dieser technologischen Innovationen in ein sozio-technisches Ökosystem an. Der Cluster „Sichere Gesellschaft“ befasst sich mit den gesellschaftlichen Aspekten der Cybersicherheit und der Themenschwerpunkt „Cyberresiliente Gesellschaft“ insbesondere mit dem menschlichen Faktor von Cybercrime und Cybersicherheit.

The Agentur für Innovation in der Cybersicherheit GmbH – “Innovation for Cybersecurity” (Cyberagentur) was founded in 2020 with the goal to fund innovative, high-risk and high-reward research in cybersecurity and associated scientific research fields. It thus seeks to ensure the digital sovereignty of Germany and the EU. Besides the Cyberagentur’s pursuance of technological solutions it also recognizes the importance of embedding these technological innovations into a socio-technical ecosystem. The cluster “secure society” focuses on the societal aspects of cybersecurity and the unit “cyberresilient society” is specifically related to the human factor of cybercrime and cybersecurity.

I. Die Agentur für Innovation in der Cybersicherheit

Die Agentur für Innovation in der Cybersicherheit (kurz Cyberagentur) wurde im Jahr 2020 durch die Bundesregierung gegründet. Sie hat die Aufgabe disruptive Forschungsvorhaben im Bereich der Cybersicherheit zu finanzieren. Dabei nimmt sie einen ressortübergreifenden Blick auf die Innere und Äußere Sicherheit ein. Die Cyberagentur soll des Weiteren Innovationen zu einem sehr frühen Zeitpunkt identifizieren und beauftragen: Sie hat dabei einen Horizont von zehn bis 15 Jahren, was im Bereich der Cybersicherheit sehr lange ist. Die Agentur wurde bewusst nicht als Behörde, sondern als GmbH gegründet, um ihr mehr Freiheiten an die Hand zu geben.

Das Beteiligungsmanagement der vollständigen Inhouse-Gesellschaft des Bundes liegt gemeinsam beim Bundesministeriums der Verteidigung und dem Bundesministeriums des Inneren und für Heimat. Der Sitz der Cyberagentur ist in Halle an der Saale.

Im Rahmen der Strategieentwicklung bis zum März 2022 wurden 15 sogenannte Leitplankenthemen durch die Forscherinnen und Forscher der Cyberagentur identifiziert, die drei thematische Cluster bilden. Das sind:

- Sichere Gesellschaft
- Sichere Systeme und
- Schlüsseltechnologien.¹

Der Cluster Sichere Gesellschaft soll insbesondere den Blick weg vom reinen IT-System nehmen und den Menschen mehr in das Zentrum der Betrachtung rücken. Es gibt ein Spannungsfeld zwischen IT-Sicherheit und Gesellschaft, das in beide Richtungen wirkt. Neue Technologien können Auswirkungen auf die Gesellschaft haben, wie dies zum Beispiel durch die Einführung von Sozialen Netzwerken erfolgt ist. Auf der anderen Seite hat auch die Gesellschaft durch gesellschaftliche Zwänge oder die gefühlte Sicherheit, Auswirkungen auf die Cybersicherheit. Zu den Leitplankenthemen des Clusters Sichere Gesellschaft zählt die Cyberagentur:

- Cyberbefähigter Staat
- Cyberresiliente Gesellschaft
- Digitale Identitäten
- Digitaler Verbraucherschutz
- Mensch-Maschine-Interaktion

Der Cluster Sichere Systeme befasst sich mit klassischen Fragen der Cybersicherheit, insbesondere mit der Absicherung von IT-Systemen. Dabei ist der Systembegriff bewusst relativ weit gefasst. Das heißt, der Schwerpunkt liegt auf dem Zusammenwirken von Hard- und Software oder dem Einfluss von Lieferketten auf die Systemsicherheit. Systeme sind hier mehr als Systeme von Systemen zu verstehen. Die Schwerpunktthemen die dem Cluster Sichere Systeme zugeordnet sind, lauten:

- Cybersicherheit der (Bundes-)Verwaltung
- Cybersicherheit in schwierigen Umgebungen

* Prof. Dr. Christian Hummert ist Forschungsdirektor und Geschäftsführer der Agentur für Innovation in der Cybersicherheit GmbH (Cyberagentur) in Halle (Saale). Prof. Dr. Katja Andresen ist Leiterin der Abteilung „Sichere Gesellschaft“ in der Cyberagentur und Dr. Nicole Selzer ist Forschungsreferentin in dieser Abteilung.

¹ Strategie der Cyberagentur 2022-2025, online abrufbar unter: <https://www.cyberagentur.de/wp-content/uploads/2022/03/20220311-Praesentation-Forschungsstrategie-CA-kurz-fin-1.pdf> (zuletzt abgerufen am 22.3.2023).

- Interoperabilität: Digitalisate & Data Fusion
- Sichere Hardware & Lieferketten
- Schutz kritischer Infrastrukturen

Eine weitere Aufgabe der Cyberagentur ist es solche Schlüsseltechnologien zu betrachten, die Auswirkungen auf die Cybersicherheit in zehn bis 15 Jahren haben werden. Hier werden oft intuitiv die Quantentechnologie und der Einsatz von KI als Beispielthemen genannt. Im Bereich der Schlüsseltechnologien werden innerhalb der Cyberagentur die folgenden Themenbereiche adressiert:

- Autonome intelligente Systeme
- Cybersicherheit durch KI & für KI
- Cybersicherheit durch Quantentechnologie
- Kommunikation der Zukunft
- Kryptologie

1. Auftrag

Die Cyberagentur ist mit dem Zweck gegründet worden wagnisbehaftete Forschung und bahnbrechende Innovationen im Bereich der Cybersicherheit und diesbezüglicher Schlüsseltechnologien für die Innere und Äußere Sicherheit anzustoßen, um einen Beitrag zur technologischen Souveränität Deutschlands im Cyber- und Informationsraum zu leisten. Dabei ist die Cyberagentur selbst keine Forschungseinrichtung, sondern beauftragt Forschung.

Wagnisbehaftete Forschung bedeutet, dass ein hohes, bahnbrechendes Innovationspotenzial besteht, aber auch eine hohe Wahrscheinlichkeit des Scheiterns (high-risk/high-impact). Es sollen also solche Projekte beauftragt werden, die Schwierigkeiten haben eine Finanzierung auf dem Markt zu finden, die bei Gelingen die Cybersicherheit aber grundlegend ändern würden. Bei solchen Fragen muss der Staat als Mittelgeber einspringen. Dies geschieht analog zu ähnlichen Agenturen im Ausland, wie der US-amerikanischen DARPA, die häufig als Vorbild für die Cyberagentur genannt wird.

Die Mission der Cyberagentur ist:

- Ambitionierte Projekte zu beauftragen und voranzutreiben, die in den nächsten zehn bis 15 Jahren Innovationssprünge für mehr Schutz und Freiheit im Cyber- und Informationsraum versprechen.
- Am Bedarf der Inneren und Äußeren Sicherheit orientiert und eng mit den entsprechenden Bedarfsträgern zusammen zu arbeiten.
- Als treibende Kraft einer offenen Innovations- und Wagniskultur einzustehen und für ein lebendiges Ökosystem zur Förderung von Cybersicherheitstechnologien zu sorgen.

2. Herangehensweise

Die Forschungsstrategie der Cyberagentur enthält die folgenden Grundsätze:²

- Die Cyberagentur beauftragt anwendungsbezogene Grundlagenforschung. Das heißt, dass keine Forschungsfragen beantwortet werden, bei denen noch keine mögliche Anwendung für die Sicherheitsbehörden des Bundes ableitbar ist. Wegen des weiten Horizonts finanziert die Cyberagentur Forschung von Technologiereifegrad (TRL)³ eins bis vier.
- Grundsätzlich identifiziert und beauftragt die Cyberagentur Forschungsvorhaben aus verschiedenen Wissenschaftsdomänen. Es ist die Überzeugung der Agentur, dass wahre Innovation vor allem im Austausch zwischen verschiedenen Disziplinen entsteht.
- Auch wenn die Cyberagentur keine eigene Forschung vorantreibt, sondern als Projektträger agiert, unterhält sie doch eine eigene Beurteilungs- und Evaluationsfähigkeit. Es ist Grundsatz der Forschungsstrategie Forschungsprojekte bei den Auftragnehmern eng zu begleiten und fortlaufend zu evaluieren. Dies ist auch notwendig, um immer wieder Quality Gates zu haben an denen die stark risikobehaftete Forschung abgebrochen werden kann, wenn kein Vertrauen mehr besteht, das Projekt zum Erfolg zu führen.
- Die Cyberagentur hat den Anspruch als Plattform für Wissen und Erfahrungen im Bereich der Cybersicherheit zu agieren. Deshalb wird sie ihr Wissen den Sicherheitsbehörden der Bundesrepublik Deutschland zur Verfügung stellen und darüber hinaus aktiv Ökosysteme im Bereich der Cybersicherheitsforschung unterstützen.
- Grundsätzlich arbeitet die Agentur für Innovation in der Cybersicherheit nachfragegetrieben, das heißt, dass andere Behörden (sogenannte Bedarfsträger) sie beauftragen können spezifische Forschungsprojekte zu finanzieren. Auf der anderen Seite betreibt die Cyberagentur Aufwand im Bereich der Trend- und Szenarioanalysen und kann angebotsorientiert den Sicherheitsbehörden Projekte vorschlagen.
- Die Projektausschreibungen der Cyberagentur sind grundsätzlich offen, dass bedeutet, dass sich Hochschulen, Universitäten, Forschungseinrichtungen, Industrieunternehmen, KMUs oder Startups gleichermaßen auf die Ausschreibungen bewerben können. Dabei agiert die Agentur bewusst Startup freundlich.
- Zur Stärkung der digitalen Souveränität der Bundesrepublik erwirbt die Agentur bei allen Projekten zumindest einen Teil der IP. So kann sie darauf hinwirken, dass die finanzierten Technologien auch in Deutschland genutzt werden.

² Strategie der Cyberagentur 2022-2025 (Fn. 1).

³ TRL 1: Beobachtung und Beschreibung des Funktionsprinzips, TRL 2: Beschreibung und Anwendung einer Technologie, TRL 3: Nachweis der Funktionstüchtigkeit einer Technologie, TRL 4: Verbaufbau im Labor, ISO 16290:2013.

- Die Projektergebnisse werden der Bundesregierung vollumfänglich zur Verfügung gestellt. Bei jedem Projekt wird geprüft, ob die Ergebnisse transparent veröffentlicht werden können, oder ob hier Sicherheitsinteressen berührt werden und die Projekte als Verschlussache eingestuft werden.

Die Agentur für Innovation in der Cybersicherheit bemüht sich um den Einsatz von innovativen Verfahren in der Vergabe von Forschungsprojekten. Die Beauftragung solcher Projekte kann beispielsweise im Rahmen eines klassischen Vergabeverfahrens erfolgen, als vorkommerzielle Auftragsvergabe (PCP) oder auch als Challenge.⁴

Um den high-risk/high-impact-Gedanken zu gewährleisten, kommen vor allem Beauftragungsverfahren mit wettbewerblichem Aufbau in Frage. Eine Beauftragung mehrerer Auftragnehmer zur Beantwortung der Forschungsfrage reduziert das Risiko, verhindert im Erfolgsfall das Bilden von Monopolen und erhöht die Wahrscheinlichkeit, aus mehreren, konkurrierenden Ansätzen den oder die besten herauszuarbeiten.

Genau für diesen Fall hat die EU-Kommission das Pre-Commercial Procurement (PCP) entwickelt.⁵ Hierbei handelt es sich um ein spezifisches Verfahren für die Beschaffung von Forschungs- und Entwicklungsleistungen, das eine wettbewerbsorientierte Forschung und Entwicklung in Phasen vorsieht. Voraussetzung für das PCP ist die Erfüllung des Ausnahmetatbestandes des § 116 Abs. 1 Nr. 2 GWB sowie ein großes Marktpotential, das heißt, es sind mehrere potenzielle Anbieter verfügbar.

Markus Schaupp und Prof. Dr. Michael Eßig haben 2017 die Vor- und Nachteile der vorkommerziellen Auftragsvergabe im Vergleich zur Innovationspartnerschaft beleuchtet und hierbei für das PCP-Verfahren u.a. die folgenden Vorteile herausgestellt:⁶

- Lock-in-Effekte werden vermieden, indem mehrere Teilnehmer an verschiedenen Lösungsentwicklungen forschen, was die Chance erhöht, dass ein Teilnehmer die Problemstellung lösen kann;
- Durch den Wettbewerb zwischen Anbietern unterschiedlicher Lösungsansätze im Forschungs- und Entwicklungsprozess, werden im Vergleich bspw. zur Innovationspartnerschaft wirtschaftlichere und qualitativ hochwertigere Produkte wahrscheinlicher;
- Durch die parallele Bearbeitung wird ein Innovationsimpuls gesetzt, der es zudem ermöglicht ein Ökosystem aus mehreren Akteuren mit entsprechender Expertise zu fördern, die zueinander in einem Qualitätswettbewerb stehen. Hierdurch werden auch monopolistische Lösungen verhindert;

- Das Risiko für Fehlentwicklung ist aufgrund des Wettbewerbs in der Entwicklungsphase geringer, wodurch nicht nur inkrementelle Verbesserungen wahrscheinlich sind, sondern radikale Ansätze und Innovationen möglich werden, die Ziel der Cyberagentur sind;
- Der Zugang für KMUs, die auch als Treiber von Innovationen bezeichnet werden, wird erleichtert (z. B. Vertragsvolumen zu Anfang niedrig, keine strikten Ausschluss- und Eignungskriterien). Zudem können sie in der Projektphase wachsen, sodass sie bei der eigentlichen Beschaffung mit Großunternehmen konkurrieren können;
- Der Anreiz ist höher, das Kosten-Leistungs-Verhältnis im Zuge der späteren kommerziellen Beschaffung weiter zu optimieren;
- Die Beschaffung fällt nicht unter das GPA (Government Procurement Agreement der WTO) und damit können die Teilnehmer dazu angehalten werden, die Leistungen in Europa durchzuführen;
- Die Eigentumsrechte verbleiben (auch) bei den Teilnehmern, wodurch niedrigere Kosten für die Beschaffung zu erwarten sind.

II. Abteilung Sichere Gesellschaft

Die fünf Leitplankenthemen im Cluster Sichere Gesellschaft werden organisatorisch in einer von drei Forschungsabteilungen bearbeitet. Informationssysteme als sozio-technische Systeme werden in den kommenden Jahren einen weiteren technologischen Wandel erfahren. Die Komplexität in der Architektur wird steigen ebenso der Grad der Vernetzung im Cyberraum. Der Cyberraum ist dabei einerseits ein entscheidender Faktor für Innovationen und bestimmend für das wirtschaftliche Handeln, aber eben auch Ausgangspunkt für bekannte und neuartige Bedrohungen, die das gesellschaftliche Leben massiv gefährden können. Eine sichere Gesellschaft ist dann auch eine digitale Gesellschaft, die sich über die Abwesenheit von Cyberterror und Cyberwar als „sicher“ definiert.

Die Zielstellung der Abteilung besteht darin, die digitale Gesellschaft vor dem Hintergrund der beispiellosen Transformation und wachsender (globaler) Abhängigkeiten und hybrider Bedrohungen in ihrer digitalen Souveränität zu stärken, somit ein selbstbestimmtes, sicheres Handeln im Cyberraum zu fördern.

III. Themenschwerpunkt Cyberresiliente Gesellschaft

Angesichts der zunehmenden Vernetzung und Digitalisierung unserer Welt sind bereits heute Cyberangriffe eine wachsende Bedrohung für Gesellschaft, Wirtschaft und

⁴ Ausschreibungen online abrufbar unter: <https://www.cyberagentur.de/ausschreibungen/> (zuletzt abgerufen am 22.3.2023).

⁵ COM(2007) 799 final, 14.12.2007 (PCP Communication); e-Commercial Procurement, Shaping Europe's digital future (europa.eu), online abrufbar unter: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/pre-commercial-procurement> (zuletzt abgerufen am 22.3.2023); Toolkit - European Assistance for Innovation Procurement – eafip, online abrufbar unter: <https://eafip.eu/toolkit/> (zuletzt abgerufen am 22.3.2023).

⁶ Vgl. Schaupp/Eßig, Vorkommerzielle Auftragsvergabe vs. Innovationspartnerschaft, 2017, S. 23 f.

den Staat als Ganzes. Es ist daher ein Verständnis für die Bedeutung der Cybersicherheit und die Bereitschaft erforderlich, in die notwendige Ausbildung, die notwendigen Ressourcen und Technologien zu investieren, um die Widerstandsfähigkeit gegenüber Cyberbedrohungen zu stärken. Nur durch eine proaktive und ganzheitliche Herangehensweise können wir uns gegen die wachsende Bedrohung durch Cyberangriffe wappnen und eine zukunftsfähige, resiliente Gesellschaft aufbauen.

In puncto Cybercrime und Cybersecurity zählt dabei nicht nur die technologische Perspektive, sondern auch der menschliche Faktor, rechtliche Rahmenbedingungen und Wertevorstellungen. Aufgrund dessen beschäftigt sich die Cyberagentur im Themenschwerpunkt „Cyberresiliente Gesellschaft“ mit kriminologischen, rechtlichen und ethischen Fragestellungen. Diese Perspektive ist wichtig, um sicherzustellen, dass die Entwicklung von Technologien im Einklang mit den Interessen der Gesellschaft erfolgt und die Cyberresilienz angesichts des rasanten technologischen Fortschritts gestärkt wird. Cyberresilienz im Kontext der Cyberagentur meint, die Stärkung der Widerstandsfähigkeit der Gesellschaft gegenüber Cyberbedrohungen der Zukunft. Ziel ist es, die Gesellschaft derart zu wappnen, dass sie in der Lage ist sich gegen künftige Formen von Cybercrime zu schützen, Risiken zu antizipieren und geeignete Maßnahmen zu ergreifen, um Angriffen vorzubeugen, diese abzuwehren oder im Worst Case schnell auf Cyberangriffe reagieren zu können, den Betrieb aufrechtzuerhalten, Systeme wiederherzustellen und Schäden zu minimieren.

Eine cyberresiliente Gesellschaft erfordert die Zusammenarbeit verschiedener Akteure – auf gesellschaftlicher, wirtschaftlicher und staatlicher Ebene. Um das Themenfeld entsprechend aufzubauen, über Forschungsvorhaben und Abläufe zu informieren, die Community zu erweitern und Forschungslücken zu identifizieren, werden derzeit Interviews mit Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern, Vertreterinnen und Vertretern von Strafverfolgungsbehörden und Unternehmen geführt. Neben Literaturrecherchen und der Teilnahme an relevanten Konferenzen, richtet die Cyberagentur vom 10. bis 13. September 2023 auch zwei Veranstaltungen – die Human Factor in Cybercrime Conference⁷ und das Network-Event { Cyber : Crime || Security || Society }⁸ – aus, um dem notwendigen Community-Building in diesem Bereich Rechnung zu tragen.⁹ Idealerweise führt diese Vernetzung zu künftigen Kooperationen bei Ausschreibungen der Cyberagentur. Die anvisierten Forschungsprojekte im Themenfeld „Cyberresiliente Gesellschaft“ zielen darauf ab, die kriminologische Cybersicherheitsforschung zu stärken, um den Bedarf des Gesetzgebers zu antizipieren, Handlungsoptionen zu entwerfen, die Strafverfolgungsbehörden zu wappnen und Maßnahmen zur Unterstützung der Cybersicherheit und Cyberresilienz der Gesellschaft zu entwickeln und zur Bekämpfung zukünftiger Formen von Cyberkriminalität beizutragen. Im Sommer 2023 ist eine erste Ausschreibung in diesem Themenschwerpunkt anvisiert.

⁷ www.hfc-conference.com.

⁸ <https://www.cyberagentur.de/cyber-css/>.

⁹ Siehe hierzu tiefergehend *Selzer*, Kriminalistik 4/2023.

ENTSCHEIDUNGEN

BGH äußert sich zur Strafbarkeit des „Stealthing“ – Es kommt auf die Zustimmung zur konkret vorgenommenen Handlung an

BGH, Beschl. v. 13.12.2022 – 3 StR 372/22

Amtlicher Leitsatz:

Zum gegen den erkennbaren Willen des Sexualpartners heimlich ohne Kondom ausgeführten Geschlechtsverkehr (sogenanntes „Stealthing“).

Gründe:

- ¹ Das *LG* hat den Angeklagten wegen Vergewaltigung, schweren sexuellen Übergriffs sowie sexuellen Übergriffs zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren verurteilt und im Übrigen freigesprochen. Der Angeklagte wendet sich mit seiner Revision gegen die Verurteilung und beanstandet die Verletzung materiellen sowie formellen Rechts. Das Rechtsmittel hat hinsichtlich einer Tat mit einer Verfahrensrüge Erfolg; ansonsten ist es unbegründet.
- ² I. Die Verurteilung wegen Vergewaltigung im Fall II. 1. der Urteilsgründe hat keinen Bestand und führt zur Aufhebung der Gesamtstrafe, da der Angeklagte entgegen § 265 Abs. 1 StPO nicht auf eine Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes hingewiesen wurde. Die entsprechende, zulässig erhobene Verfahrensbeanstandung ist begründet.
- ³ 1. Sie beruht auf folgendem in der Revisionsbegründung im Sinne des § 344 Abs. 2 S. 2 StPO dargelegten Verfahrensgeschehen: Die unverändert zur Hauptverhandlung zugelassene Anklageschrift legte dem Angeklagten in Bezug auf die unter II. 1. der Urteilsgründe festgestellte Tat zur Last, eine Vergewaltigung unter Ausnutzung des Umstandes begangen zu haben, dass die Geschädigte nicht in der Lage gewesen sei, einen entgegenstehenden Willen zu bilden oder zu äußern (§ 177 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 6 S. 2 Nr. 1, Abs. 8 Nr. 1 StGB). Die Verurteilung wegen Vergewaltigung stützt sich hingegen darauf, dass der Angeklagte gegen den erkennbaren Willen der Betroffenen sexuelle Handlungen an ihr vorgenommen habe (§ 177 Abs. 1 und 6 S. 2 Nr. 1 StGB). Ein Hinweis auf den geänderten rechtlichen Gesichtspunkt wurde dem Angeklagten nicht erteilt.
- ⁴ 2. Damit ist den Anforderungen des § 265 Abs. 1 StPO nicht genügt.
- ⁵ a) Ein anderes Strafgesetz im Sinne der Norm ist auch eine ihrem Wesen nach andersartige Begehungsform desselben Strafgesetzes, da der Angeklagte vor Überraschungen geschützt werden und Gelegenheit erhalten soll, sich gegenüber einem neuen Vorwurf zu verteidigen. Ob es sich um eine solche andersartige Begehungsform oder lediglich um eine gleichartige Erscheinungsform desselben Tatbestands handelt, bestimmt – sich nicht nach äußeren Merkmalen, sondern ausschließlich nach dem wesensmäßigen Inhalt der Begehungsform (*BGH*, Urt. v. 30.7.1969 – 4 StR 237/69, BGHSt 23, 95 [96]; *BGH*, Urt. v. 20.2.1974 – 2 StR 448/73, BGHSt 25, 287 [288 f.]; vgl. auch *BGH*, Beschl. v. 20.3.2018 – 2 StR 328/17, BGHR StPO, § 265 Abs. 1, Hinweispflicht 23 Rn. 8).
- ⁶ b) Daran gemessen war eine Hinweispflicht gegeben. Es besteht ein wesentlicher Unterschied darin, ob sexuelle Handlungen an einer zur Willensbildung und –äußerung fähigen Person gegen deren erkennbaren Willen oder an einer Person vorgenommen werden, die einen entgegenstehenden Willen nicht bilden oder äußern kann (vgl. auch *Eschelbach*, in: BeckOK–StPO, 45. Ed. (1.10.2022), § 265 Rn. 13 ff.; zu mehreren Begehungsformen der Vergewaltigung *BGH*, Beschl. v. 6.9.2005 – 1 StR 366/05, StV 2006, 5). Für einen verschiedenartigen Wesensgehalt spricht überdies, dass bis zur Neufassung des § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB durch das Fünfzigste Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung vom 4. November 2016 (BGBl. I, S. 2460) der sexuelle Missbrauch widerstandsunfähiger Personen, der mit der neuen Fassung aufgegriffen werden sollte (s. BT-Drs. 18/9097, S. 23), gesondert in § 179 StGB geregelt war.
- ⁷ 3. Es ist nicht auszuschließen, dass sich der Angeklagte bei einem ordnungsgemäßen Hinweis wirksamer als geschehen verteidigt und sich dies auf das Urteil ausgewirkt hätte. Insofern braucht die Möglichkeit einer anderen Verteidigung nicht nahezuliegen; es genügt, dass sie nicht mit Sicherheit auszuschließen ist (vgl. *BGH*, Beschl. v. 16.2.1989 – 1 StR 24/89, BGHR StPO, § 265 Abs. 1, Hinweispflicht 5; Urt. v. 8.6.2022 – 2 StR 503/21, juris Rn. 21). So liegt es hier, zumal der Angeklagte seine Einlassung in Bezug auf die Erkennbarkeit eines etwaigen entgegenstehenden Willens hätte vertiefen oder modifizieren können oder gegebenenfalls weitere Beweisanträge zur Äußerungsfähigkeit der betroffenen Nebenklägerin in Betracht gekommen wären.
- ⁸ Da das Urteil insoweit aufzuheben ist, ist eine Erörterung der weiteren Verfahrensbeanstandung entbehrlich, welche dieselbe Tat betrifft. Das neue Tatgericht wird insgesamt die individuellen Umstände, bei Bedarf unter Heranzie-

hung sachverständigen Rates, erneut in den Blick zu nehmen haben.

⁹ 4. Die Aufhebung der Verurteilung im Fall II. 1. der Urteilsgründe hat den Wegfall der entsprechenden Einzelstrafe zur Folge und entzieht damit der Gesamtstrafe die Grundlage.

¹⁰ II. Die weitere Nachprüfung des Urteils auf Grund der Revisionsrechtfertigung hat, wie vom Generalbundesanwalt dargelegt, keinen sonstigen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten ergeben. Näherer Ausführungen bedarf allein, dass der Angeklagte sich im Fall II. 3. der Urteilsgründe wegen sexuellen Übergriffs strafbar gemacht hat.

¹¹ 1. Nach den hierzu vom *LG* getroffenen Feststellungen wollten der Angeklagte und eine Besucherin in seinem Schlafzimmer geschlechtlich verkehren. Nach einvernehmlichem Oralverkehr ging der Angeklagte an eine Kommode, holte sichtbar ein Kondom heraus und öffnete die Verpackung. Ihm kam es darauf an, dass die später Geschädigte davon ausging, er werde es beim Geschlechtsverkehr überziehen. Tatsächlich beließ er es aber ausgepackt und nicht abgerollt im Bett. Da die Besucherin sich kurz umdrehte, sah sie dies nicht und ging davon aus, er werde das Kondom benutzen. Ungeschützter Geschlechtsverkehr wäre für sie nicht in Frage gekommen. Der Angeklagte führte sodann einige Zeit bewusst ohne Kondom vaginalen Geschlechtsverkehr mit ihr durch. Später bemerkte sie, dass er kein Kondom trug, und verließ schließlich die Wohnung.

¹² 2. Die *Strafkammer* hat das Geschehen zutreffend als sexuellen Übergriff gemäß § 177 Abs. 1 StGB gewertet. Stimmt eine Person Geschlechtsverkehr ersichtlich nur unter der Voraussetzung zu, dass dabei ein Kondom genutzt werde, stehen ohne Präservativ vorgenommene sexuelle Handlungen ihrem erkennbaren Willen entgegen.

¹³ a) Für die Frage, ob eine sexuelle Handlung dem maßgeblichen Willen zuwiderläuft, kommt es auf die konkret vorgenommene Handlung an (vgl. *BGH*, Beschl. v. 4.12.2018 – 1 StR 546/18, NStZ 2019, 407 Rn. 7; *Schleswig-Holsteinisches OLG*, Ur. v. 19.3.2021 – 2 OLG 4 Ss 13/21, NStZ 2021, 619 Rn. 14 ff.; *OLG Hamm*, Ur. v. 1.3.2022 – III–5 RVs 124/21, NStZ–RR 2022, 276). Ist in Bezug auf diese ersichtlich, dass die betroffene Person sie ablehnt, ist grundsätzlich nicht entscheidend, ob ein Einverständnis mit anderen sexuellen Handlungen besteht. Insoweit stellen Geschlechtsverkehr unter Nutzung eines Kondoms einerseits und ohne ein solches andererseits unterschiedliche sexuelle Handlungen dar.

¹⁴ Der Gebrauch eines Präservativs betrifft die Art und Weise des Sexualvollzugs und führt zu einer anderen qualitativen Bewertung (vgl. *Schleswig-Holsteinisches OLG*, Ur. v. 19.3.2021 – 2 OLG 4 Ss 13/21, NStZ 2021, 619 Rn. 17; *BayObLG*, Beschl. v. 20.8.2021 – 206 StRR 87/21, NStZ–RR 2022, 43 [44]; *KG*, Beschl. v. 27.7.2020 – [4] 161 Ss 48/20 [58/20], OLGSt, StGB, § 177 Nr. 5 S. 5 f.; *Camargo*, ZStW 2022, 351 [375]; *Wolters*, in:

SSW-StGB, 5. Aufl. (2020), § 177 Rn. 18; *Schumann/Schefer*, in: FS Kindhäuser, 2019, S. 811 [816]; anders dagegen *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. [2018], § 177 Rn. 5). Hierfür spricht insbesondere die generelle Eignung, eine unerwünschte Schwangerschaft oder die Übertragung von Krankheiten zu verhindern. Dass hierdurch die Beurteilung eines sexuellen Kontakts mitgeprägt wird, zeigt sich etwa daran, dass bei Sexualdelikten der Vollzug des Geschlechtsverkehrs ohne Verwendung eines Kondoms bereits nach früherer Rechtslage straferschwerend berücksichtigt werden konnte (s. *BGH*, Ur. v. 6.7.1999 – 1 StR 216/99, NStZ 1999, 505 f.; vgl. auch *BGH*, Beschl. v. 18.12.2018 – 3 StR 427/18, NStZ 2019, 203 Rn. 9 f.; Ur. v. 14.8.1990 – 1 StR 62/90, BGHSt 37, 153 [155 f.]). Die Bedeutung der Prävention gegen sexuell übertragbare Erkrankungen wird überdies dadurch deutlich, dass für den Bereich der Prostitution gemäß § 32 Abs. 1 ProstSchG eine Kondompflicht besteht (s. BT-Drs. 18/8556, S. 93 f.). Dies ändert nichts daran, dass maßgebliches Rechtsgut des § 177 StGB die sexuelle Selbstbestimmung ist (vgl. BT-Drs. 18/9097, S. 21; *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, Band 3, 4. Aufl. [2021], § 177 Rn. 51; anders *Denzel/Kramer da Fonseca Calixto*, KriPoZ 2019, 347 [353]). Die Heranziehung der genannten Gesichtspunkte erweitert es nicht um Aspekte des Gesundheitsschutzes, sondern unterstreicht lediglich, dass ein qualitativer Unterschied zwischen der von der selbstbestimmungsberechtigten Person konsentierten und der tatsächlich vorgenommenen Sexualpraktik besteht.

¹⁵ b) In der gegebenen Konstellation kann dahinstehen, welche Bedeutung ein etwaiger Irrtum bei der Bildung des – einvernehmlichen oder entgegenstehenden – Willens für die strafrechtliche Bewertung hat. Der Entscheidung der betroffenen Person, keinen ungeschützten Geschlechtsverkehr zu wollen, liegt grundsätzlich keine Fehlvorstellung zugrunde, wenn der Täter vorspiegelt, diesem Wunsch nachzukommen; denn dadurch ändert sich nichts an der ablehnenden Haltung gegenüber einem Sexualkontakt ohne die Nutzung eines Kondoms (s. etwa *KG*, Beschl. v. 27.7.2020 – [4] 161 Ss 48/20 [58/20], OLGSt StGB, § 177 Nr. 5, S. 10 f.; *Herzog*, in: FS Fischer, 2018, S. 351 [357]; dagegen mit anderem Ansatz *Franzke*, BRJ 2019, 114 [119 f.]; *Denzel/Kramer da Fonseca Calixto*, KriPoZ 2019, 347 [353]). Die Täuschung wirkt sich erst auf anderer Ebene dahin aus, dass die geschädigte Person die von ihr missbilligte sexuelle Handlung geschehen lässt, da sie ihren Bedeutungsgehalt und den Verstoß gegen ihren – ersichtlich fortdauernden – entgegenstehenden Willen nicht erkennt. Dies stellt indes für sich genommen keine Einwilligung in die konkrete sexuelle Handlung, den ungeschützten Geschlechtsverkehr, dar.

¹⁶ c) Ein Rückgriff auf den Tatbestand des § 177 Abs. 2 Nr. 3 StGB, der sexuelle Handlungen unter Ausnutzung eines Überraschungsmoments unter Strafe stellt, scheidet aus, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen des § 177 Abs. 1 StGB erfüllt sind. Dieser sanktioniert nach der Konzeption der Neufassung sexuelle Handlungen, mit denen sich der Täter über einen erkennbaren, entgegenstehenden Willen des Opfers hinwegsetzt, wohingegen § 177 Abs. 2

StGB Konstellationen erfassen soll, in denen ein entgegenstehender Wille des Opfers nicht erkennbar ist, weil eine entsprechende Äußerung dem Opfer aus den dort genannten Gründen entweder nicht möglich oder nicht zuzumuten ist. Bezogen auf ein- und denselben Zeitpunkt schließen § 177 Abs. 1 StGB und § 177 Abs. 2 Nr. 3 StGB deshalb einander aus, da § 177 Abs. 2 Nr. 3 StGB gerade voraussetzt, dass aufgrund der Überraschung kein entgegenstehender Wille, den § 177 Abs. 1 StGB objektiv erkennbar tatbestandsmäßig erfordert, gebildet und rechtzeitig kundgetan werden kann (*BGH*, Urt. v. 13.2.2019 – 2 StR 301/18, BGHSt 64, 55 Rn. 32 f. m.w.N.).

Dabei braucht ein entgegenstehender Wille nicht ausdrücklich erklärt zu werden. Eine konkludente Äußerung genügt (vgl. *BGH*, Beschl. v. 21.11.2018 – 1 StR 290/18, NStZ 2019, 717 Rn. 18; BT-Drs. 18/9097, S. 22 f.).

¹⁷ d) Nach diesen Maßstäben sind den rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen die Tatbestandsmerkmale des § 177 Abs. 1 StGB zu entnehmen. Die Geschädigte lehnte in der konkreten Situation ungeschützten vaginalen Verkehr ab und ging fest davon aus, dass der Angeklagte das sichtbar hervorgeholte Kondom tatsächlich benutze. Dies war für ihn nach den näher dargelegten Umständen erkennbar, zumal es ihm gerade auf den von ihm herbeigeführten falschen Eindruck ankam.

¹⁸ e) Es bedarf hier keiner Erörterung, dass grundsätzlich die Verwirklichung des Regelbeispiels nach § 177 Abs. 6 S. 2 Nr. 1 StGB in Betracht kommt (vgl. dazu *KG*, Beschl. v. 27.7.2020 – [4] 161 Ss 48/20 [58/20], OLGSt StGB, § 177 Nr. 5, S. 17; *BayObLG*, Beschl. v. 20.8.2021 – 206 StRR 87/21, juris Rn. 39; *Hoffmann*, NStZ 2019, 16 [17 f.]); denn durch dessen Nichtannahme ist der Angeklagte jedenfalls nicht beschwert.

ANMERKUNGEN

Die Spezifität von Konsens im Sexualstrafrecht – zur Strafbarkeit von Stealthing

Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 13.12.2022 – 3 StR 372/22

von Ass. iur. Marc Bauer*

I. Einleitung

Der BGH hatte erstmalig über die Revision eines Angeklagten in einem sog. „Stealthing“-Fall zu entscheiden. Nach den Feststellungen des LG Düsseldorf hatte der Angeklagte ohne Kondom vaginalen Geschlechtsverkehr mit einer Frau vollzogen, nachdem er zuvor durch das ostentative Öffnen einer Kondompäckung den Eindruck erwecken wollte, er werde ein solches benutzen. Ungeschützter Geschlechtsverkehr wäre für die Frau nicht in Frage gekommen.

Das LG hat die Tat als sexuellen Übergriff (§ 177 Abs. 1 StGB) gewertet und den Angeklagten insgesamt wegen Vergewaltigung, schweren sexuellen Übergriffs und sexuellen Übergriffs zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren verurteilt und im Übrigen freigesprochen. Das Rechtsmittel hatte lediglich hinsichtlich einer anderen Tat mit der Verfahrensrüge Erfolg. Die Verurteilung wegen sexuellen Übergriffs ließ der BGH bestehen.

Das Stealthing, das der BGH im amtlichen Leitsatz als „gegen den erkennbaren Willen des Sexualpartners heimlich ohne Kondom ausgeführten Geschlechtsverkehr“ definiert, beschäftigt erst seit 2018 die deutsche Rechtswissenschaft.¹ Neben der Frage, ob überhaupt² oder etwa nur bei einer Ejakulation³ im Körper des Opfers ein sexueller Übergriff vorliegt, war insbesondere auch die Anwendung des § 177 Abs. 6 StGB umstritten. Zudem wirft dies unweigerlich auch die Frage nach Weiterungen des Sexualstrafrechts in anderen Fallkonstellationen auf, etwa dem der „Pillenlüge“⁴ oder des Verschweigens bestimmter Erkrankungen. Der Beschluss stellt klar, dass Stealthing

auch ohne Ejakulation den Tatbestand des § 177 Abs. 1 StGB verwirklicht; über die Anwendung des § 177 Abs. 6 StGB war revisionsrechtlich nicht zu entscheiden.

II. Das Phänomen Stealthing

Der soziale Sachverhalt ist recht schnell beschrieben: Der – als solcher beiderseitig konsentierter – Geschlechtsverkehr soll nach dem Willen der zu penetrierenden Person⁵ nur unter Benutzung eines Kondoms stattfinden. Die penetrierende Person dagegen nimmt den Geschlechtsverkehr dann heimlich ohne Kondom vor. Bisher wurde der Begriff häufig darauf verengt, dass das Kondom bereits über-, aber dann vor oder während der Penetration wieder abgestreift wird.⁶ Aber auch die Täuschung darüber, dass das Kondom überhaupt erst angelegt wird, fällt hierunter.⁷ Dem wurde auch der Fall gleichgestellt, dass das Kondom vor der Benutzung durch den Mann von seiner Sexualpartnerin perforiert wurde.⁸ Im Internet finden sich für potenzielle Täter sogar „Empfehlungen“ zur Tatdurchführung.⁹ In dem vom BGH entschiedenen Fall ging der Tat einvernehmlicher Oralverkehr voraus. Der Angeklagte hatte sodann für die Geschädigte sichtbar eine Kondompäckung herausgeholt und diese geöffnet. Subjektiv kam es ihm darauf an, dass die Geschädigte davon ausging, er werde das Kondom auch „beim“¹⁰ (gemeint ist wohl: unmittelbar vor dem) Geschlechtsverkehr überziehen. Dass die Geschädigte ungeschützten Geschlechtsverkehr ablehne, sei für ihn „erkennbar“ gewesen, „zumal es ihm gerade auf den von ihm herbeigeführten falschen Eindruck ankam.“¹¹ Weitere Angaben zum Vorsatz finden sich nicht, der offenbar lebensnah aus der bewussten Täuschung hergeleitet wird.¹²

* Der Verfasser promoviert zu Fragen des Sexualstrafrechts bei Prof. El-Ghazi an der Universität Trier.

¹ Die erste dezidierte Darstellung findet sich bei Herzog, in: FS Fischer, 2018, S. 351 ff.

² Gegen eine Strafbarkeit nach § 177 StGB siehe AG Kiel, StV 2021, 311; Franzke, BJR 2019, 114; Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. (2018), § 177 Rn. 5. KG, Beschl. v. 27.7.2020 – 4 SS 58/20, BeckRS 2020, 18243 Rn. 21 nennt Hegers damalige Stellungnahme unentschieden, während er selbst (Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, 30. Aufl. (2023), § 177 Rn. 5a) die damalige Position als gegen die Strafbarkeit streitend kennzeichnet.

³ Hierauf hatte sich das KG, Beschl. v. 27.7.2020 – 4 SS 58/20, BeckRS 2020, 18243 Rn. 16 gestützt und die Strafbarkeit im Übrigen offengelassen.

⁴ Also im Duktus des BGH der gegen den erkennbaren Willen des Sexualpartners heimlich ohne Einnahme der Antibabypille ausgeführte Geschlechtsverkehr; für den Begriff siehe nur Hoffmann, NSTZ 2019, 16 (17).

⁵ Auch wenn im öffentlichen Diskurs zumeist Frauen im Fokus stehen, ist Stealthing auch bei männlichen Tatopfern denkbar.

⁶ Vgl. OLG Schleswig, NSTZ 2021, 619 Rn. 10; Wißner, KriPoZ 2021, 279; Makepeace, KriPoZ 2021, 10; Ost/Weil, jM 2021, 346 (357).

⁷ Keffler, Sexuelle Täuschungen – Strafbarkeit und Strafwürdigkeit nach deutschem Sexualstrafrecht, 2021, S. 337.

⁸ AG Bielefeld, Urt. v. 2.5.2022, Az. 10 Ls – 566 Js 962/21 – 476/21.

⁹ KG, Beschl. v. 27.7.2020 – 4 SS 58/20, BeckRS 2020, 18243 Rn. 41; Makepeace, KriPoZ 2021, 10.

¹⁰ BGH, Beschl. v. 13.12.2022 – 3 StR 372/22 Rn. 11.

¹¹ BGH, Beschl. v. 13.12.2022 – 3 StR 372/22 Rn. 17.

¹² Für die Schlussfolgerung, dass die heimlich-manipulative Vorgehensweise den Vorsatz bezüglich des entgegenstehenden Willens ohne weiteres trage, siehe bereits Herzog, in: FS Fischer, S. 357.

Wie bei ungeschütztem Geschlechtsverkehr generell, so besteht auch beim Stealthing das erhöhte Risiko der Übertragung von Geschlechtskrankheiten sowie bei gebärfähigen Personen die Möglichkeit der Schwangerschaft. Nicht zu vernachlässigen ist aber auch die psychische Belastung des Opfers,¹³ die sich zum einen aus der häufig drängenden Ungewissheit bis zur Klärung ergibt, ob solche Folgen eingetreten sind, zum anderen auch aus der Demütigungs- und Instrumentalisierungswirkung der Tat folgen kann.¹⁴

Der Begriff „Stealthing“, der sich im deutschen Sprachraum ohne Pendant durchgesetzt hat, nimmt auf die Heimlichkeit des Vorgehens Bezug.¹⁵

III. Die rechtliche Bewertung

Obwohl dem 50. StÄG¹⁶ eine intensive Debatte über „Schutzlücken“ vorausging und mit der Reform zahlreiche Tatbestandsausweitungen erfolgten,¹⁷ spielte „Stealthing“ weder unter diesem Begriff noch in der Sache eine Rolle. Insofern handelte es sich jedenfalls für den deutschen Rechtskreis um ein „neues Phänomen“,¹⁸ das ab 2017 medial diskutiert wurde.¹⁹

Zentral für das neue Sexualstrafrecht ist die sexuelle Selbstbestimmung als Inbegriff der Freiheit jeder Person, Zeitpunkt, Art, Form und Partner sexueller Betätigung nach eigenem Belieben zu entscheiden.²⁰ Das „Nein-heit-Nein“-Modell stellt folglich jede sexuelle Handlung gegen den erkennbaren Willen unter Strafe (§ 177 Abs. 1 StGB). Der BGH führt daher zurecht aus, dass der maßgebliche Willen auf die konkrete Handlung bezogen sein muss.²¹ So hatte er bereits entschieden, dass das Zufügen von Schmerzen durch Bisse und Schläge während einer Penetration gesondert betrachtet werden muss und sich insoweit auch (nur) ein Teileinverständnis des Opfers ergeben kann.²²

Ansatzpunkt für die Beurteilung von Stealthing könnte zum anderen der Aspekt der Täuschung sein, der bei der Begriffsbildung im Vordergrund steht.²³ Seit der 1969 erfolgten Aufhebung von § 179 StGB²⁴, der die Erregung eines Irrtums hinsichtlich des ehelichen Charakters des

Beischlafs bestrafte, kennt das deutsche Sexualstrafrecht keine ausdrücklichen Regelungen mehr für Täuschungen. Nach allgemeinen Grundsätzen wirken sich Täuschungen des Rechtsgutsinhabers unterschiedlich je nach Delikt aus, insbesondere je nachdem dessen Willen als tatbestandsausschließendes Einverständnis oder als rechtfertigende Einwilligung verstanden wird.²⁵ Gesprochen wird auch von der Unterscheidung zwischen einem (bloßen) natürlichen Willen und einem rechtsgeschäftlichen Willen.²⁶ Entscheidend ist die konkrete gesetzliche Ausgestaltung im Einzelfall.²⁷ Würde in § 177 Abs. 1 StGB eine Strafbarkeit von Täuschungen hineingelesen, erschiene allerdings § 177 Abs. 2 StGB überflüssig.²⁸ Es entspricht daher wohl einhelliger Auffassung, dass ein auf Täuschung beruhendes Einverständnis de lege lata nach § 177 Abs. 1 StGB grundsätzlich strafbarkeitsausschließend ist.²⁹ Eine sexuelle Handlung, die sich der Rechtsgutsträger wünscht und die mit seinem Willen übereinstimmt, beeinträchtigt nicht das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung.³⁰

Der BGH stützt sich maßgeblich auf die Eigenständigkeit des ungeschützten Geschlechtsverkehrs und den „qualitative[n] Unterschied“³¹ zum Geschlechtsverkehr mit Kondom. Die Begründung fällt knapp aus: er stützt sich schlicht auf die Schwangerschafts- und Krankheitsgefahr, die etablierte Verwendung als Strafzumessungskriterium sowie die Kondompflicht in § 32 Abs. 1 ProstSchG. Die beiden letzten Argumente sind freilich ambivalent. Die Bedeutsamkeit der Kondomnutzung auf Ebene der Strafzumessung kann auch gerade als Indiz dafür herangezogen werden, dass dies keine Frage des Tatbestandes ist.³² Die ausdrückliche Erfassung der unterlassenen Kondomnutzung als Ordnungswidrigkeit wiederum nährt systematisch Zweifel daran, ob in § 177 Abs. 1 StGB dann ein solcher Verstoß hineingelesen werden kann.³³ Freilich sanktioniert § 32 Abs. 1 ProstSchG isoliert die fehlende Kondomnutzung auch bei einvernehmlichen Handlungen und adressiert auch die Prostituierten,³⁴ während bei Stealthing gerade die Heimlichkeit des Vorgehens entscheidend ist und § 177 StGB die individuelle sexuelle Selbstbestimmung schützt, wohingegen das ProstSchG das übergeordnete Ziel hat, die Prostitution zu regulieren

¹³ Vgl. die Schilderung der psychischen Folgen für das Tatopfer durch das KG, Beschl. v. 27.7.2020 – 4 SS 58/20, BeckRS 2020, 18243 Rn. 2.

¹⁴ Herzog, in: FS Fischer, S. 351 (353). KG, Beschl. v. 27.7.2020 – 4 SS 58/20, BeckRS 2020, 18243 Rn. 16.

¹⁵ Das Cambridge Dictionary definiert „stealth“ als „a secret manner of acting“, <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english-german/stealth> (zuletzt abgerufen am 3.3.2023).

¹⁶ Fünfzigstes Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung vom 4.11.2016 (BGBl. I S. 2460).

¹⁷ Siehe etwa die Aufzählung der ausgemachten Schutzlücken bei El-Ghazi, ZIS 2017, 157 (158).

¹⁸ Dies verneinend Lederer, in: Leipold/Tsambikakis/Zöller, AnwKom.-StGB, 3. Aufl. (2020), Vorb. zu §§ 174 ff. Rn. 5.

¹⁹ Herzog, in: FS Fischer, S. 351.

²⁰ Fischer, StGB, 70. Aufl. (2023), § 177 Rn. 2; KG, Beschl. v. 27.7.2020 – 4 SS 58/20, BeckRS 2020, 18243 Rn. 13; OLG Hamm, NSTZ-RR 2022, 276 (277);

²¹ BGH, Beschl. v. 13.12.2022 – 3 StR 372/22 Rn. 13.

²² BGH, NSTZ 2019, 407.

²³ Umfassend hierzu Keßler, passim.

²⁴ Durch Art. 1 Nr. 55 des Ersten Gesetzes zur Reform des Strafrechts vom 25.6.1969 (BGBl. I., S. 645).

²⁵ Siehe nur Schlehofer, MüKo-StGB, 4. Aufl. (2020), Vorb. zu § 32, Rn. 144 ff.

²⁶ OLG Schleswig, NSTZ 2021, 619 (620).

²⁷ El-Ghazi, ZIS 2017, 157 (162).

²⁸ Hoven/Weigend, KriPoZ 2018, 156 (157). OLG Schleswig, NSTZ 2021, 619 (621).

²⁹ Fischer, StGB, § 177 Rn. 2a; Frommel, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 177 Rn. 124; Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, § 177 Rn. 5a; Renzikowski, in: MüKo-StGB, 4. Aufl. (2021), Vorb. zu § 174 Rn. 11; Hoven/Weigend, KriPoZ 2018, 156 (157); El-Ghazi, StV 2021, 314 (317); ders., ZIS 2017, 157 (166); Denzel/Kramer da Fonseca Calixto, KriPoZ 2019, 347; OLG Schleswig, NSTZ 2021, 619 (621). A.A. Vavra, ZIS 2018, 611.

³⁰ El-Ghazi, ZIS 2017, 157 (162).

³¹ BGH, Beschl. v. 13.12.2022 – 3 StR 372/22 Rn. 14.

³² So auch die Argumentation der Verteidigung in KG, Beschl. v. 27.7.2020 – 4 SS 58/20, BeckRS 2020, 18243 Rn. 22.

³³ So Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, § 177 Rn. 5a.

³⁴ Auch wenn die Bußgeldbewehrung nur die Kunden erfasst, § 33 Abs. 1 Nr. 1 ProstSchG.

und Sicherheit und Gesundheit der dort Tätigen zu schützen.³⁵ Mit der Ansicht, es komme auf die Ejakulation für die Strafbarkeit des Stealthing an, setzt sich die Entscheidung noch nicht einmal auseinander.

Der *BGH* ordnet den Fall nicht der Konstellation des durch Täuschung erlangten Einverständnisses zu: „Der Entscheidung der betroffenen Person, keinen ungeschützten Geschlechtsverkehr zu wollen, liegt grundsätzlich keine Fehlvorstellung zugrunde, wenn der Täter vorspiegelt, diesem Wunsch nachzukommen“.³⁶ Damit grenzt der *BGH* eine Täuschung, die zu einem Einverständnis mit dem konkreten Sexualakt führt, von einer Täuschung ab, die – wie hier – lediglich die Durchführung des nicht konsentierten Sexualakts ermöglicht, da das Opfer den Verstoß gegen seinen „entgegenstehenden Willen nicht erkennt.“³⁷ Anders formuliert: Auf die Frage, ob das Einverständnis möglicherweise fehlerhaft und unwirksam war, kommt es nicht an, sondern auf die ausdrückliche Ablehnung der sexuellen Handlung.³⁸ In der Sache greift er damit auf die bereits von *Herzog* genutzte Argumentation zurück, dass die Kondomentfernung gar nicht als Täuschungshandlung ins Bewusstsein dringe.³⁹ Wann dagegen nach Auffassung des *BGH* die Konstellation einer Täuschung anzunehmen ist, wird nicht näher, etwa durch Beispiele, mitgeteilt. Zur offengelassenen Rechtsfrage, wie denn bei solchen „echten“ Täuschungsfällen zu verfahren sei, vermeidet der *BGH* die Nennung von Quellen. Schließlich weist der *BGH* darauf hin, dass auf den gleichen Zeitraum bezogen nicht gleichzeitig ein Fall des § 177 Abs. 1 StGB – Handeln gegen den erkennbaren Willen – und des § 177 Abs. 2 Nr. 3 StGB – Ausnutzung eines Überraschungsmoments – vorliegen kann.⁴⁰ Die Erfüllung des § 177 Abs. 6 StGB wird offen gelassen, da nur der Angeklagte Revision eingelegt hatte.⁴¹ Verwiesen wird hier unter anderem auf *Hoffmann*, der gegen eine schematische Anwendung argumentiert und es von einer Gesamtschau abhängen lassen will, ob die Regelwirkung des § 177 Abs. 6 Nr. 1 StGB entfällt oder sogar ein minder schwerer Fall (nach § 177 Abs. 9 StGB) vorliegen soll,⁴² sowie auf das *BayObLG*, das ebenfalls in diese Richtung neigt,⁴³ sowie auf die eher unergiebigsten Ausführungen des *KG*.⁴⁴

IV. Ausblick

Die recht kurze Entscheidung des *BGH* beendet für die Praxis eine Streitfrage, über deren Lösung im Ergebnis bereits weitgehend Einigkeit herrschte, die aber zu abweichenden Begründungsansätzen geführt hatte.⁴⁵ Die vom *KG*⁴⁶ vorgenommene Einschränkung auf die im dortigen Fall gegebene Ejakulation im Körper des Opfers hatte keinen Widerhall gefunden und ist weder unter dem Aspekt der Gesundheitsgefahr noch dem der Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung geeignet, mehr als allenfalls ein Kriterium der Strafzumessung zu sein.⁴⁷

Die Spezifität von Konsens im Sexualstrafrecht könnte künftig in Grenzfällen stärker im Mittelpunkt von Verfahren stehen. Wenn es an expliziten Absprachen zu bestimmten Sexualpraktiken im Vorfeld fehlt, stellt sich die Beweiswürdigung als herausfordernd dar, insbesondere wenn die Erkennbarkeit eines generell vorhandenen, aber nicht explizit geäußerten (Wider-)Willens zu beurteilen ist.⁴⁸ Dynamik und Vielschichtigkeit sexueller Interaktion erschweren auch die Feststellung etwaiger zeitlicher Zäsuren.⁴⁹ Aber auch wenn ein entsprechend differenzierter Wille des Opfers festzustellen ist, stellen sich Probleme auf der Ebene des Vorsatzes. Erkennbarkeit reicht nämlich gerade nicht.⁵⁰ Zum objektiven Tatbestand gehört auch der innere ablehnende Wille, auf den sich der Vorsatz beziehen muss.⁵¹ Ob und inwiefern aus einem „einheitliche[n] Geschlechtsverkehr“⁵² voneinander zu unterscheidende sexuelle Handlungen werden, kann nur aufgrund des erkennbaren Willens der Beteiligten, aufgrund der Spezifität ihres Konsenses, im Einzelfall entschieden werden. Kommunikation über Wünsche und Grenzen kommt damit im Sexualstrafrecht entscheidende Bedeutung zu und reflektiert somit auch einen gesellschaftlichen Wandel von einer mitunter einseitigen Durchsetzung sexueller Bedürfnisse hin zu einem Modell gleichberechtigter Sexualität.

Die Spezifität von Konsens betrifft nicht nur die Abgrenzung von Vaginal- und Analverkehr, oder die Tiefe der Penetration bei Oralverkehr,⁵³ sondern auch etwaige Stellungswechsel.⁵⁴ Auch der bis zur Ejakulation vollzogene vaginale⁵⁵ Geschlechtsverkehr ist strafbar, wenn gerade ein Coitus interruptus vereinbart war.⁵⁶ Erforderlich ist allerdings, dass die Abweichung vom konsentierten Geschehen auch selbst eine sexuelle Handlung im Sinne des

³⁵ Siehe etwa *Lutz*, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, Stand: 243. EL (August 2022), ProstSchG, Vorb. Rn. 2.

³⁶ *BGH*, Beschl. v. 13.12.2022 – 3 StR 372/22 Rn. 15.

³⁷ *BGH*, Beschl. v. 13.12.2022 – 3 StR 372/22 Rn. 15.

³⁸ *Hoven*, NStZ 2020, 578 (581).

³⁹ *Herzog*, in: FS Fischer, S. 351 (357). Ähnlich *KG*, Beschl. v. 27.7.2020 – 4 SS 58/20, BeckRS 2020, 18243 Rn. 13. *OLG Schleswig*, NStZ 2021, 619 Rn. 25.

⁴⁰ *BGH*, Beschl. v. 13.12.2022 – 3 StR 372/22 Rn. 16.

⁴¹ *BGH*, Beschl. v. 13.12.2022 – 3 StR 372/22 Rn. 18.

⁴² *Hoffmann*, NStZ 2019, 16 (17 f.).

⁴³ *BayObLG*, Beschl. v. 20.8.2021 – 206 StRR 87/21 BeckRS 2021, 31633 Rn. 40.

⁴⁴ *KG*, Beschl. v. 27.7.2020 – 4 SS 58/20, BeckRS 2020, 18243 Rn. 41.

⁴⁵ Hierauf hinweisend *Hoven*, NStZ 2020, 578 (580).

⁴⁶ *KG*, Beschl. v. 27.7.2020 – 4 SS 58/20, BeckRS 2020, 18243 Rn. 16.

⁴⁷ Ablehnend auch *OLG Schleswig*, NStZ 2021, 619 Rn. 34; *Keßler*, S. 342.

⁴⁸ Auf die Beweisschwierigkeiten in einem Fall des Coitus interruptus ausdrücklich hinweisend *OLG Hamm*, NStZ-RR 2022, 276 (277).

⁴⁹ *El-Ghazi*, StV 2021, 314 (315).

⁵⁰ *Fischer*, StGB, § 177 Rn. 17.

⁵¹ *Mitsch*, KriPoZ 2018, 334 (337); *Fischer*, StGB, § 177 Rn. 17.

⁵² *KG*, Beschl. v. 27.7.2020 – 4 SS 58/20, BeckRS 2020, 18243 Rn. 39.

⁵³ *Makepeace*, KriPoZ 2021, 10 (13).

⁵⁴ Siehe *KG*, Beschl. v. 27.7.2020 – 4 SS 58/20, BeckRS 2020, 18243 Rn. 41.

⁵⁵ Für eine Strafbarkeit bei abredewidriger Ejakulation in Körperöffnungen generell *Keßler*, S. 347.

⁵⁶ *OLG Hamm*, NStZ-RR 2022, 276. Siehe allerdings auch *OLG Schleswig*, NStZ 2021, 619 Rn. 34, wonach es sich bei der Ejakulation „vor allem um eine biologisch begründete, konkret nicht mehr gewillkürte Körperreaktion“ handele.

§ 184h Nr. 1 StGB betrifft. Daher wird man nicht-sexuelle Nebenhandlungen wie das Filmen des Sexualaktes nicht nach § 177 StGB erfassen können.⁵⁷ Dagegen spricht systematisch auch die Eigenständigkeit der §§ 184b 184c, 184k, 201a StGB. Diffizil – zumindest auf Ebene des Vorsatzes – sind Fälle, in denen unklar ist, ob sich ein Widerwille allein auf das (weitere) Filmen bezieht oder der Abbruch (auch) der sexuellen Handlung verlangt wird.⁵⁸

Stößt man die Tür zur Strafbarkeit von Täuschungen im Sexualstrafrecht auf, ergeben sich mannigfaltige Weiterungen des Sexualstrafrechts. Dem Einverständnis in ungeschützten Geschlechtsverkehr mögen Fehlvorstellungen darüber zugrunde liegen, ob der Sexualpartner sich kürzlich auf Geschlechtskrankheiten testen ließ⁵⁹ oder zumindest wahrheitsgemäß die Kenntnis einer Infektion bestreitet;⁶⁰ ob einer der Partner zeugungs- oder gebärfähig ist oder ein Verhütungsmittel wie die Antibabypille oder die Spirale verwendet;⁶¹ je nach Beziehungskonstellation auch, ob der Partner auch andere Sexualkontakte hat oder wie zahlreich oder risikoreich diese sind. Wenn der BGH betont, dass das Rechtsgut des § 177 StGB weiterhin (allein) die sexuelle Selbstbestimmung bleibe⁶², dürften diese Fälle auch in Zukunft allenfalls als Körperverletzungsdelikte verfolgt werden.⁶³ Denn er stellt auf die qualitative Veränderung der sexuellen Handlung durch die Kondomnutzung ab, nicht auf „Schutzzusagen für den Körper“.⁶⁴ Weitergehende Konsequenzen etwa bei der Verwendung spermizider Mittel⁶⁵ oder auch bei der Strafbarkeit von HIV-Positiven (oder Corona-Positiven?) bei ungeschütztem Geschlechtsverkehr sind mit dieser Begründung nicht zu erwarten.⁶⁶

Erst recht straflos bleiben folglich all jene – in unendlicher Vielfalt denkbaren – Täuschungen, denen selbst dieser Gesundheitsaspekt fehlt, etwa über die Identität⁶⁷ oder über persönliche Eigenschaften wie Einkommensverhältnisse, Beruf oder auch ethnische oder religiöse Zugehörigkeit,⁶⁸ wobei hier auch Wertungskonflikte mit dem Antidiskriminierungsrecht drohen.⁶⁹ Auch künftige Erwartungen, die Motiv für den Sexualkontakt sind, wie Heiratsabsicht, scheiden aus.⁷⁰

Dass der BGH diese Tür nicht öffnet, ist begrüßenswert, drohten doch „bizarre“⁷¹ Ergebnisse von uferloser Weite.

Freilich schlägt er die Tür auch nicht für immer zu, sodass Täuschungen im Sexualstrafrecht auch weiterhin Gegenstand der Diskussion – auch de lege lata – sein dürften.

Der Beschluss wirft auch neues Licht auf die Frage des gleichsam umgekehrten Stealthings, in dem entgegen dem Wunsch des zu penetrierenden Sexualpartners – der beispielsweise einen Kinderwunsch geäußert hat und den konkreten Geschlechtsverkehr nur zu diesem Zwecke vornimmt – das Kondom heimlich doch übergestreift wird. Da der BGH den qualitativen Unterschied von geschütztem und ungeschütztem Geschlechtsverkehr festgestellt hat, ließe sich eine Strafflosigkeit wohl nur unter dem Aspekt annehmen, dass es in der umgekehrten Situation an objektiv erschwerenden, risikoerhöhenden Umständen mangelt, sodass nach Sinn und Zweck hier keine Strafbarkeit anzunehmen ist.⁷² Aufgrund des strikt auf das Individuum bezogenen Verständnisses von sexueller Selbstbestimmung⁷³ begegnet dieser Ansatz aber Bedenken. Die Spezifität von Konsens darf nicht durch eine normative – gar moralisierende – Korrektur unterlaufen werden.⁷⁴ Es gibt keinen Standard für sexuelle Interaktionen.⁷⁵ Dies insbesondere vor dem zu erwartenden Verteidigungsverhalten, dass dann jede Abweichung des tatsächlichen von dem konsentierten Geschehen unter dem Aspekt der Bagatelhaftigkeit thematisieren wird. Dann stünde der Grundsatz „Nein heißt Nein“ doch wieder zur Disposition, was der klaren Konzeption des Gesetzes widerspräche.

§ 177 Abs. 6 StGB hat aus § 177 Abs. 2 StGB a.F. sowohl die Regelbeispielstechnik als auch die Mindeststrafe von Freiheitsstrafe nicht unter zwei Jahren übernommen. Dabei ist zu beachten, dass unter den Begriff der Vergewaltigung nunmehr auch Handlungen ohne Körperkontakt fallen und auch Nötigungen ohne qualifiziertes Nötigungsmittel sowie Handlungen ohne Nötigungskomponente erfasst werden. Daher bestand in der Reformkommission zum Sexualstrafrecht „weitestgehend Einigkeit“, dass der übernommene Straffrahmen zu hoch sei.⁷⁶ Disku-

⁵⁷ Gegen eine Strafbarkeit auch *Keßler*, S. 370 ff.

⁵⁸ Dazu *Keßler*, S. 371 f.; *Mitsch*, KriPoZ 2018, 334 (337).

⁵⁹ Gegen eine Strafbarkeit *El-Ghazi*, StV 2021, 314 (317).

⁶⁰ Strafbarkeit nach § 177 StGB verneinend *Keßler*, S. 362.

⁶¹ *Grziwotz*, NJW 2022, 3255 (3255 f.) weist hier – allerdings ohne Quellen – zumindest für die Frau auf eine herrschende Meinung hin, welche Absprachen über Verhütungsmethoden für nicht bindend halte.

⁶² BGH, Beschl. v. 13.12.2022 – 3 StR 372/22 Rn. 14.

⁶³ *Hoven/Weigend*, KriPoZ 2018, 156 (159). Zu den Auswirkungen der Covid-19-Pandemie siehe *Pörner*, JuS 2020, 498. Siehe auch *Franzke*, BJR 2019, 114 (122), der u.a. wegen des Rückgriffs auf Körperverletzungsdelikte keine rechtspolitische Notwendigkeit der Erfassung von Stealthing als Sexualdelikt sieht.

⁶⁴ So aber der Ansatz von *Fischer*, StGB, § 177 Rn. 2c.

⁶⁵ So aber *Grziwotz*, NJW 2022, 3255 (3256); *Fischer*, StGB, § 177 Rn. 2d.

⁶⁶ Auf diese mögliche Konsequenz aber (kritisch) hinweisend *Fischer*, StGB, § 177 Rn. 2e.

⁶⁷ Dies war eine der möglichen Konstellationen des § 179 StGB a.F.; für Strafbarkeit de lege ferenda aber *Hoven/Weigend*, KriPoZ 2018, 156 (161).

⁶⁸ Zu einer Verurteilung nach israelischem Strafrecht in einem solchen Fall *Hoven/Weigend*, KriPoZ 2018, 157 (158).

⁶⁹ *Denzel/Kramer da Fonseca Calixto*, KriPoZ 2019, 347 (350).

⁷⁰ *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, § 177 Rn. 52.

⁷¹ *Denzel/Kramer da Fonseca Calixto*, KriPoZ 2019, 347 (350).

⁷² *Hoffmann*, NSTZ 2019, 16 (17) möchte das normative Korrektiv in einer konsequenten Anwendung des § 184h Nr. 1 StGB sehen, den er als Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsprinzips kennzeichnet.

⁷³ Zu § 177 StGB als „individualistische Norm“ *Keßler*, S. 374.

⁷⁴ So auch *Keßler*, S. 343 f.

⁷⁵ *El-Ghazi*, StV 2021, 314 (315).

⁷⁶ Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV), Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht, 2017, S. 68.

tiert wird freilich auch umgekehrt die Einstufung als Qualifikation.⁷⁷ In der Praxis wird die Regelwirkung insbesondere bei Abwesenheit von Nötigungselementen verneint,⁷⁸ was freilich auf eine Korrektur der gesetzgeberischen Grundkonzeption hinausläuft.⁷⁹ Auch beim Stealthing wurde in der Rspr. die Regelwirkung verneint.⁸⁰ Aufgrund der gebotenen Gesamtabwägung, ob die Tat im Ergebnis in ihrem Unrechts- und Schuldgehalt so sehr von dem typischen, erfahrungsgemäß vorkommenden und vom Gesetzgeber bei der Bestimmung des erhöhten Strafrahmens zugrunde gelegten Tatbild des Regelbeispiels abweicht,⁸¹ erscheint es fraglich, ob überhaupt eine endgültige Klärung für alle Stealthing-Fälle durch den

BGH erfolgen kann. Denkbar ist aber die Klärung der Rechtsfrage, ob die Erwägung, dass der Geschlechtsverkehr als solcher konsentiert ist,⁸² ein zulässiger Gesichtspunkt für eine Verneinung der Regelwirkung ist.⁸³ Bis zu einer solchen Entscheidung ist eine Erörterung durch die Instanzgerichte aber schon deshalb angezeigt, weil sonst ein Urteil mit der Begründung angefochten werden könnte, die mögliche Kontraindikation des Regelbeispiels dränge sich auf.⁸⁴

Der Beschluss des *BGH* bedeutet daher eine Klärung auf tatbestandlicher Ebene, lässt aber weitere Diskussionen auf der Rechtsfolgenebene erwarten.

⁷⁷ Siehe dazu aus dem Blickwinkel des Verjährungsrechts *Hoven*, ZRP 2022, 118 (119).

⁷⁸ *LG Bamberg*, Urt. v. 7.12.2017 – 33 KLS 1105 Js 520/17BeckRS 2017, 143429, das sogar den Rückgriff auf § 177 Abs. 9 StGB vornimmt.

⁷⁹ Kritisch daher *Linoh*, jurisPR-StrafR 11/2019 Anm. 5.

⁸⁰ *AG Tiergarten*, Urt. v. 11.12.2018 – 284 Js 118/18 (14/18), BeckRS 2018, 47070; *AG Freiburg*, Urt. v. 22.7.2020 – 25 Ds 230 Js 23725/18, BeckRS 2020, 41446; jeweils den Rückgriff auf 177 Abs. 9 StGB aber verneinend.

⁸¹ *AG Tiergarten*, Urt. v. 11.12.2018 – 284 Js 118/18 (14/18), BeckRS 2018, 47070 Rn. 42. Allgemein zur Verneinung der Regelwirkung *Fischer*, StGB, § 177 Rn. 141 f.

⁸² Siehe zu diesem Argument *AG Tiergarten*, Urt. v. 11.12.2018 – 284 Js 118/18 (14/18), BeckRS 2018, 47070 Rn. 41.

⁸³ Für eine Behandlung als Vergewaltigung nachdrücklich *Makepeace*, KriPoZ 2021, 10 (14). Gegen einen pauschalen Entfall der Regelwirkung auch *Linoh*, jurisPR-StrafR 15/2021 Anm. 3. Für einen Entfall dagegen tendenziell *Wißner*, KriPoZ 2021, 279 (286); *Thürmann*, jurisPR-StrafR 25/2020 Anm. 3;

⁸⁴ So *Hoffmann*, NStZ 2019, 16 (18).

Manipulation des zum Geschlechtsverkehr verwendeten Kondoms als sexueller Übergriff

Anmerkung zu *AG Bielefeld*, Urt. v. 2.5.2022 – 10 Ls-566 Js 962/21-476/21

von Barbara Wiedmer*

Das *AG Bielefeld* hatte sich in seiner Entscheidung erstmalig mit der Frage zu beschäftigen, ob die Perforierung eines zum Geschlechtsverkehr verwendeten Kondoms einen sexuellen Übergriff nach dem neuen Sexualstrafrecht darstellt. Die Angeklagte hatte mehrere Kondome des Geschädigten mit Löchern versehen, um schwanger zu werden. In mindestens einem Fall kam es dann zum Geschlechtsverkehr mit einem so manipulierten Präservativ.

I. Grundsätzliche Strafflosigkeit von Täuschungen im Sexualstrafrecht

Das neue Sexualstrafrecht wirft gerade in Täuschungskonstellationen immer wieder interessante Probleme auf. Dabei sieht das geltende Recht grundsätzlich keinen Schutz vor Täuschungen vor. § 177 Abs. 1 StGB verlangt einen der sexuellen Handlung erkennbar entgegenstehenden Willen. An diesem fehlt es, wenn das Einverständnis erschlichen wird.¹

Gleichwohl beschäftigten Täuschungen gerade in Bezug auf die Verhütung in der Vergangenheit die Gerichte. Die Frage der Strafbarkeit des heimlichen Abziehens oder Nicht-Verwendens eines Kondoms (sog. *Stealthing*) dürfte dabei spätestens seit der klarstellenden Entscheidung des 3. Strafsenats geklärt sein.²

II. Die Strafbarkeit von Verhütungslügen *de lege lata*

(a) Das *BayObLG*, das *KG* und das *OLG Schleswig* haben die Strafbarkeit damit begründet, dass es sich bei dem Geschlechtsverkehr ohne Kondom um eine objektiv andere sexuelle Handlung handelt, die gegen den erkennbaren Willen einer anderen Person vorgenommen wird.³ Die andere Qualität der sexuellen Handlung ergebe sich daraus, dass es sich bei dem Kondom um eine mechanische Barriere handle und es durch die Nicht-Verwendung zu einem ungewollten Kontakt der Schleimhäute käme. Jedenfalls liegt nach Auffassung des *KG* eine weitergehende sexuelle Handlung vor, wenn es zu einer Ejakulation kommt. Strafflos bleiben dagegen Verhütungslügen, die nicht mit

dem physischen Sexualkontakt selbst zusammenhängen.⁴ Damit ist es etwa straflos, wenn eine Person darüber täuscht, die Antibabypille einzunehmen.⁵

(b) Nach diesem Maßstab erscheint es konsequent, wenn das *OLG Hamm* einen sexuellen Übergriff in dem Fall bejaht, in dem ein Geschlechtspartner entgegen einer vorherigen Absprache den Geschlechtsverkehr nicht vor Ejakulation abbricht (sog. *coitus interruptus*), sondern bis zum Samenerguss vollzieht.⁶ Auch hier kommt es durch die Berührung mit dem Ejakulat zu einer weitergehenden sexuellen Handlung, die aufgrund der vorherigen Kommunikation erkennbar nicht gewollt war.

(c) Einen vergleichbaren Fall sieht das *AG Bielefeld* auch in der Manipulation von Präservativen. Im von ihm zu entscheidenden Fall hatte eine Frau vor dem Geschlechtsverkehr die verwendeten Kondome in der Hoffnung perforiert, eine Schwangerschaft herbeiführen zu können. Das *AG* hat eine Strafbarkeit wegen sexuellen Übergriffs hauptsächlich mit dem Argument angenommen, der Geschlechtspartner hätte den Geschlechtsverkehr im Wissen um die Manipulation nicht vorgenommen und der Fall müsse dem *Stealthing* gleichgestellt werden.

Diese Parallele überzeugt auf Basis des bisher dargelegten Maßstabs jedoch nicht. Ein physisch anderer Charakter der sexuellen Handlung könnte hier allenfalls damit begründet werden, dass es durch einen Flüssigkeitsaustritt durch die Löcher zu einer ungewollten Berührung mit Körperflüssigkeiten des anderen kommt. Stellt man dabei jedoch auf das Ejakulat ab, das aus dem Präservativ austritt, ist dieser Kontakt seitens der Person, die das Kondom perforiert hat, gewollt. So hatte das *AG Bielefeld* im Fall festgestellt, dass es der Angeklagten gerade darauf ankam eine Schwangerschaft herbeizuführen und sich so an den Geschädigten zu binden. Etwas anderes könnte hier nur gelten, wenn eine dritte Person die Manipulation vornimmt, um eine nicht gewollte Schwangerschaft herbeizuführen, beispielsweise in dem – zugegebenermaßen sehr konstruiert anmutenden Fall – in dem Eltern die Kon-

* Die Autorin ist wissenschaftliche Mitarbeiterin und Doktorandin am Lehrstuhl für deutsches und ausländisches Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschafts- und Medienstrafrecht von Prof. Dr. Elisa Hoven an der Universität Leipzig.

¹ Vert. Hoven/Weigend, KriPoZ 2018, 156 (158); a.A. Vavra, ZIS 2018, 611 (613).

² BGH, NJW 2023, 701; bereits zuvor bejahend *BayObLG*, NSTZ-RR 2022, 43; *KG*, JR 2021, 189 m. Anm. Geneuss/Bublitz/Papenfuß; *OLG Schleswig*, NSTZ 2021, 619.

³ *BayObLG*, NSTZ-RR 2022, 43; *KG*, JR 2021, 189; *OLG Schleswig*, NSTZ 2021, 619.

⁴ Hoffmann, NSTZ 2019, 16 (17).

⁵ Renzikowski, in: MüKo-StGB, 4. Aufl. (2021), § 177, Rn. 51; Keffler, Sexuelle Täuschungen, 2021, S. 350; Neumann, M., Pönalisierung des sexuellen Übergriffs und der sexuellen Nötigung durch § 177 StGB, 2019, S. 159.

⁶ *OLG Hamm*, NSTZ-RR 2022, 276.

dome erwachsener Nachkommen ohne Kinderwunsch perforieren, um selbst endlich Großeltern zu werden.

Nachdem eine Strafbarkeit damit überwiegend nicht mit einem Flüssigkeitsaustritt begründet werden kann, bleibt als Anknüpfungspunkt für den objektiv anderen Charakter der sexuellen Handlung nur noch der Flüssigkeitseintritt in das Kondom. Beim Vaginalverkehr könnte dies etwa in einem Eindringen des weiblichen Lubrikats bestehen. Für die Begründung einer Strafbarkeit hätte also nachgewiesen werden müssen, dass in das getragene Kondom Flüssigkeit eindringen kann.

(d) Der Fall offenbart damit grundsätzliche Schwächen der strafrechtlichen Regulierung von Verhütungslügen. Dadurch, dass nicht ein ungewolltes Schwangerschafts- oder Infektionsrisiko im Zentrum des § 177 Abs. 1 StGB steht, sondern eine sexuelle Handlung gegen den Willen des Opfers, kommt es für die Strafbarkeit auf Umstände des Einzelfalls an. Täuschungen über Formen der Verhütung, die in den Verantwortungsbereich von Männern fallen (Verwenden eines Kondoms, Vollzug des coitus interruptus) können eher zu einer Strafbarkeit führen als Täuschungen über Verhütungsmitteln, die von Frauen eingesetzt werden (etwa die Einnahme einer Antibabypille oder das Tragen eines Intrauterinpressars oder -systems [„Spiralen“]).

III. Begründung einer anderen sexuellen Handlung durch Schwangerschafts- und Infektionsrisiken?

Interessant ist deshalb, dass der *BGH* in seiner – nach der des *AG Bielefeld* ergangenen – Stealthing-Entscheidung

die andere Qualität des Geschlechtsverkehrs hauptsächlich damit begründet, dass sich Kondome zur Schwangerschafts- und Infektionsverhütung eignen.⁷ Allein diese Zwecksetzung vermag den Charakter der sexuellen Handlung jedoch nicht zu ändern. Würden beispielsweise ein Mann und eine Frau vereinbaren beim Vaginalverkehr zu verhüten, indem sie jeweils in Tablettenform die HIV-Prä-Expositionsprophylaxe und die Frau zusätzlich die Pille einnehmen, wäre der objektiv zwischen beiden stattfindende physische Vorgang des Vaginalverkehrs der gleiche, auch wenn eine Person ihre Medikation abprache-widrig absetzt. Der stattfindende Austausch von Körperflüssigkeiten bleibt unverändert.⁸

IV. Ausblick

De lege lata muss daher für eine Strafbarkeit nach § 177 Abs. 1 StGB weiterhin begründet werden, warum die Manipulation eines Verhütungsmittels oder die Täuschung über dessen Verwendung der sexuellen Handlung ein objektiv anderes Gepräge gibt. Das hat das *AG Bielefeld* in seiner Entscheidung nicht ausreichend dargelegt. De lege ferenda sollte die an sich überzeugende Haltung des *BGH*, die Schwangerschafts- und Infektionsverhütung als Teil der sexuellen Selbstbestimmung anzusehen, Anlass bieten, den bei den Verhütungslügen entstehenden Flickenteppich rechtspolitisch aufzuarbeiten.

⁷ *BGH*, NJW 2023, 701 m. Anm. *Bauer*, KriPoZ 2023, 96 ff. (in diesem Heft).

⁸ *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, § 177, Rn. 51.

Andreas Ruch und Tobias Singelstein (Hrsg.): Auf neuen Wegen. Kriminologie, Kriminalpolitik und Polizeiwissenschaft aus interdisziplinärer Perspektive. Festschrift für Thomas Feltes zum 70. Geburtstag

von Prof. Dr. Anja Schiemann

2021, Duncker & Humblot, ISBN: 978-3-428-15773-0, S. 728, Euro 159,90.

Die Festschrift vereint 51 Beiträge zu den unterschiedlichsten Themen. Nicht allen kann in dieser Rezension nachgegangen werden. Die Auswahl ist eine rein subjektive, interessengetriebene.¹

Bliesener/Neumann/Glaubitz/Kudlacek stellen in ihrem Beitrag „Videobeobachtung zwischen Skepsis und Akzeptanz“ eine Studie vor, in der eine umfassende Passantenbefragung in Nordrhein-Westfalen stattfand und Einflussfaktoren auf die Einstellungen zu Videobeobachtungs-Maßnahmen analysiert wurden. Die Einstellungen der befragten Passanten waren weitgehend homogen. Allerdings nehmen Frauen die sicherheitsförderlichen Eigenschaften der Videobeobachtung stärker an und bewerten die Maßnahmen hinsichtlich des Datenschutzes weniger kritisch als Männer. Auch im Hinblick auf das Alter konnten Unterschiede in der Bewertung identifiziert werden. Ältere Personen schreiben der Videobeobachtung ebenfalls mehr sicherheitsfördernde Merkmale zu und äußern weniger Datenschutzbedenken. Deutsche Männer jüngeren und mittleren Alters sehen weniger sicherheitsfördernde Aspekte der Videobeobachtung und betrachten diese kritischer als Nichtdeutsche. Insgesamt unterstützen die Befunde der Studie die These, dass Einstellungen gegenüber den Videoüberwachungsmaßnahmen kein eindimensionales Konstrukt darstellen, sondern sich aus unabhängigen Einstellungsdimensionen zusammensetzt.

Heinz spürt in seinem Aufsatz der Frage nach, wie differenzielle polizeiliche Aufklärung das Bild von Kriminalität im zeitlichen Längsschnitt und im regionalen Querschnitt beeinflusst. Er kommt zu dem Ergebnis, dass Aufklärungsquoten in der gegenwärtigen Fassung ein ungeeigneter Gradmesser sowohl der Qualität polizeilicher Arbeit als auch der Inneren Sicherheit sind. Geeigneter wäre eine Maßzahl, die angibt, wie viele Fälle eines bestimmten Delikts oder einer bestimmten Deliktsgruppe innerhalb eines bestimmten Zeitraums durch polizeiliche Arbeit direkt oder indirekt aufgeklärt und wie viele hiervon wiederum als hinreichender Tatverdacht bewertet werden. Denn ein nach polizeilichen Kriterien aufgeklärter Fall sei nicht identisch mit einem für die Anklageerhebung erforderlichen hinreichenden Tatverdacht.

Zwischen den Ländern, so *Heinz*, bestünden deliktspezifisch unterschiedlich hohe Aufklärungsquoten, die auch bei größtmöglicher Differenzierung der Deliktstruktur erhalten bleiben. Diese Unterschiede in der Aufklärungsquote korrelierten in hohem Maße mit der Relation von bekannt gewordenen zu aufgeklärten Fällen. Die Unterschiede in den Aufklärungsquoten nivellierten folglich die Unterschiede in den Häufigkeitszahlen der bekannt gewordenen Fälle, wirkten mithin im Sinne einer differentiellen Entkriminalisierung.

Unter der Überschrift „Populismus und Kriminalpolitik“ beleuchtet *Hofmann* die Aktualität der Todesstrafe aus kriminologischer und empirischer Sicht. Auch wenn die Todesstrafe international fest verankert sei in einem System aus Menschenrechtskonvention, transnationalen Verträgen und internationalem Recht, so sei es doch verfrüht, die Todesstrafe aus globaler Sicht als rechthistorisches Relikt zu bezeichnen. Ein Blick in die USA zeige, dass die Abschaffung nicht in Stein gemeißelt sei und die Wiedereinführung oftmals von (kriminal-)politischen Strömungen abhängige. Auch wenn in der EU das Protokoll Nr. 6 und 13 der Europäischen Menschenrechtskonvention die Todesstrafe verbietet und hier wenig Anlass zur Sorge bestünde, so zeige sich doch, dass jenseits der polnischen Ostgrenze in Weißrussland nach wie vor die Todesstrafe existiert und bis heute vollstreckt wird. Auch wenn punitive Einstellungen in Deutschland rückläufig seien, so bliebe die Todesstrafe in den Köpfen einiger Bürger weiterhin präsent.

Liebl präsentiert die Ergebnisse einer Studie, in der untersucht wurde, welche Sanktionierung verschiedene Gesellschaftsgruppierungen für Verhaltensweisen als gerecht ansehen, die zum Zeitpunkt der Durchführung der Untersuchung mit Strafe bedroht waren. Neben einer Bevölkerungsstichprobe wurden Polizeivollzugsangehörige und bei Gericht und der Staatsanwaltschaft Tätige befragt. Es zeigte sich, dass sich die Befragtengruppe „Justiz“ durch ihre moderateren Sanktionsforderungen gegenüber den eher als rigide zu bezeichnenden Sanktionsforderungen und Schwereurteilungen durch die „Polizei“ stark abhob. In der Studie wurde sehr differenziert nach unterschiedlichen Deliktsgruppen befragt, u.a. auch zu Straftaten gegenüber Polizeibeamten, so dass sich ein näherer Blick in den Aufsatz auf jeden Fall lohnt.

¹ Das Inhaltsverzeichnis kann unter https://www.duncker-humblot.de/buch/auf-neuen-wegen-kriminologie-kriminalpolitik-und-polizeiwissenschaft-aus-interdisziplinärer-perspektive-9783-428157730/?page_id=1 abgerufen werden (zuletzt abgerufen am 2.1.2023).

Lindemann/Menke/Schwark stellen in ihrem Beitrag die Ergebnisse des Forschungsprojekts „Viktimisierung, Recht und Opferschutz“ (ViReO) vor, in dem es um psychisch kranke Menschen ging, die mit der Strafjustiz in Berührung kamen. Ziel des Projektes war es, Ansätze zur Vermeidung von Sekundärviktimisierungen im Rahmen polizeilicher Erstkontakte zu entwickeln. Es wird ein umfassender Einblick in das anspruchsvolle Forschungsdesign gewährt, das qualitative und quantitative Methoden im Sinne eines mixed-method-Ansatzes vereint. Auf der empirischen Grundlage wurde sodann ein Präventionskonzept erarbeitet. Es wurden zwei Projektziele definiert, nämlich zum einen, dass der professionelle Berufsakteur den schwer psychisch kranken Opferzeugen überhaupt als solchen erkennt und zum anderen, dass dieser dann angemessen unterstützt werde. Letzteres gehe nur dann, wenn die psychisch kranke Person überhaupt als vermehrt unterstützungsbedürftig erkannt werde. Insofern müsse zunächst das fachliche Wissen der Berufsakteure verbessert werden. Sodann müssten diese in der Lage sein, Stigmatisierungen zu vermeiden und Belastungen während des Strafverfahrens zu verringern. Hier seien edukative Schulungen sowie die Simulation von Interaktionssituationen anzubieten, um die Expertise der Akteure zu stärken.

Auf die Behandlung von Sexualstraftätern geht *Saimeh* in ihrem Aufsatz ein. Sie hebt hervor, dass die Bedeutung dieses kriminaltherapeutischen Spezialbereichs in den zurückliegenden zwei Jahrzehnten erheblich zugenommen habe. Dies sei auch sinnvoll, da qualifizierte Kriminaltherapie die Rückfallrate bei Sexualstraftätern mit mittlerem und hohem Rückfallrisiko senke. Nach allgemeinen Ausführungen zur Diagnostik werden Fallbeispiele geschildert, um die Bedeutung der richtigen Delikthypothese zu betonen. Die Sexualstraftäter-Therapie läge dann in der Schnittmenge zwischen gewaltpräventiver Therapie, sozialem Kompetenztraining, Sexualmedizin einschließlich antiandrogener Therapie und Psychotherapie schwerer Persönlichkeitsstörungen. Kognitiv-verhaltenstherapeutische und verhaltenstherapeutische Behandlungsprogramme seien nachweislich effektiv.

Walburg zieht in seinem Beitrag nach fünf Jahren „Flüchtlingskrise“ eine „kleine Zwischenbilanz“ aus kriminologischer Sicht. Es wird deutlich, dass manche Befürchtungen bzgl. eines mit dem Flüchtlingszuzug einhergehenden dramatischen Kriminalitätsanstieg übertrieben waren. Vielmehr sind die Gesamt-Kriminalitätsraten vielfach weiter rückläufig. Allerdings könnten sichtbar gewordene individuelle und soziale Problemlagen und kriminalitätsfördernde Umstände im Zusammenhang mit dem Flüchtlingszuzug nicht ausgeblendet werden. Diese Risiken hätten aber durchaus seitens staatlicher und nichtstaatlicher Akteure Beachtung gefunden, so dass präventiv und repressiv auf Entwicklungen reagiert werden konnte. Weiter im Auge behalten solle man aber, inwiefern sich mögliche Radikalisierungsrisiken oder Risiken eines möglichen Anschlusses an organisierte Kriminalität realisieren können und wie diesen zu begegnen ist. Vieles dürfte hier von einer erfolgreichen Einbindung in den Arbeitsmarkt und andere gesellschaftliche Zusammenhänge abhängen.

„Rassismus in der Polizei“ ist der Titel des Aufsatzes von *Singelstein*. Richtiger Weise wird festgestellt, dass Rassismus nicht allein oder vorrangig ein Problem der Polizei, sondern ein gesamtgesellschaftliches Problem ist. Dennoch wird herausgehoben, dass sich Rassismus aufgrund der gesetzlichen Befugnisse der Polizei für schwerwiegende Grundrechtseingriffe besonders auswirke. Kurz werden die – wenigen – Studien zu Einstellungen in der Polizei wiedergegeben, bevor nach Erklärungsansätzen gesucht wird. Diese verortet der Verfasser weniger in der Personalauswahl als vielmehr bei Problemen innerhalb der Polizei, insbesondere infolge negativer Erfahrungen im Berufsalltag. Insofern werden nicht nur aktuellere und breiter angelegte Studien zu Einstellungen von Polizeibeamten gefordert, sondern auch ein verstärkter Blick auf Strukturen und diskriminierende polizeiliche Praxen. Hier sollte auf objektive rassistische Vorgehensweisen fokussiert werden. So sei insbesondere der Forschungsstand zum Racial Profiling als punktuell und uneinheitlich zu bezeichnen. Auch sei im Kontext der Aufarbeitung der NSU-Ermittlungen verstärkt der polizeiliche Umgang mit Opfern mit Migrationshintergrund erforscht worden und müsse diskutiert werden. „Unter dem Strich“, so *Singelstein*, stelle Rassismus nicht anders als in der Gesellschaft insgesamt, ein Problem in der deutschen Polizei dar. Zwar habe sich in der Polizei in der jüngeren Vergangenheit vieles zum Besseren gewandelt, jedoch tue die Polizei sich schwer, mit Rassismus in den eigenen Reihen konstruktiv umzugehen. Insofern sei es problematisch, dass viele Polizisten Rassismus nach wie vor als Einstellung von Rechtsextremisten verstehen, nicht aber als gesellschaftliches Verhältnis, das alle Menschen mehr oder weniger betreffe. Professionell wäre daher ein Umgang, der statt Abwehr eine offene und selbstkritische Auseinandersetzung mit den Problemen suche. Ansatzpunkte hierfür seien die Personalauswahl und Diversität innerhalb der Polizei, Aus- und Fortbildung, schützende Strukturen für Whistleblower, Rotation, Supervision und Coaching als Raum für Reflexion im dienstlichen Alltag.

Adam nimmt unter dem Titel „Die Öffentlichkeit unter Quarantäne“ zu den Auswirkungen der Corona-Krise auf das Strafverfahren Stellung. Urteile ein Rechtsstaat im Namen des Volkes, so müsse das Volk zu seinen Prozessen zugelassen sein. Das sei nicht der Fall, wenn nur noch für zwei oder drei Zuschauer die Möglichkeit zur Teilnahme bestehe. Werde die Öffentlichkeit eines Strafverfahrens nicht hergestellt, sei das ein absoluter Revisionsgrund nach § 338 Nr. 6 StPO. Das letzte Wort darüber, ob § 10 des Einführungsgesetzes zur Strafprozessordnung eine tatsächlich und rechtlich zutreffende Lösung des Problems ist, sei noch nicht gesprochen, weil sich *BGH* und *BVerfG* damit noch zu befassen hätten.

Unter dem Titel „Videoaufzeichnung von Vernehmungen und notwendige Verteidigung bei jungen Beschuldigten“ gehen *Borg/Swoboda* der Frage nach, ob § 70c JGG den Anforderungen der Richtlinie an die audiovisuelle Vernehmung genügt. Sie kommen zu dem Ergebnis, dass Dreh- und Angelpunkt für die richtlinienkonforme Auslegung des § 70c JGG der Begriff des Kindeswohls sei, den

der EU-Gesetzgeber nirgendwo definiert habe. Daraus resultiere das Problem für die Praxis, diesen Begriff in seiner Vielschichtigkeit korrekt in die Anwendung des neuen § 70c JGG einzubringen. Die Verfasser plädieren dafür, dass die Praxis berücksichtigen sollte, dass es gefährlich sei, der gesetzlichen Anweisung des § 70c Abs. 2 S. 2 JGG – also eine in Abwesenheit des notwendigen Verteidigers nicht richterliche Vernehmung immer aufzuzeichnen – blind zu folgen. Denn es sei nach Art. 9 Abs. 1 der Kinder-Richtlinie immer abzuwägen. Die Hauptlast dieser Rechtsfragen träge die Polizei, die immer den Erstzugriff auf den jungen Beschuldigten hat. Insofern seien der Polizei dringend Leitlinien an die Hand zu geben, um sie bei der Ermessensausübung zu unterstützen.

Goekenjan widmet sich in ihrem Beitrag Prognosen, die nicht die Zukunft betreffen. Schließt sich dies nicht aus und ist eine Prognose nicht immer zukunftsgerichtet? Nicht immer, wie die Verfasserin mit Blick auf die Strafbarkeit eines fahrlässigen Erfolgsdelikts belegt. Denn hier lässt sich die Einschätzung der Vorhersehbarkeit des Erfolgs ebenfalls als Prognose einordnen. Diese Form der Prognose wird aber von den Strafgerichten erst im Nachhinein getroffen, nämlich dann, wenn das schädigende Ereignis bereits eingetreten ist. Das Gericht träge also eine Prognose über einen unsicheren Geschehensablauf zu einem Zeitpunkt, in dem sich die Unsicherheit bereits zu einem tatsächlichen Geschehen mit eindeutigen Ursachenketten verdichtet habe. Allerdings gehöre es seit Jahrzehnten zum gesicherten Stand psychologischer Erkenntnis, dass eine nachträglich vorgenommene Prognose systematischen Verzerrungen unterläge. Dieser Effekt werde als Rückschaufehler bezeichnet. Insofern ergäbe sich Forschungsbedarf hinsichtlich der Frage, welche der von der Psychologie differenzierten Facetten des Rückschaufehlers bei der strafrechtlichen Fahrlässigkeitsbeurteilung überhaupt relevant würden. Denn nach den Erkenntnissen der Psychologie könne der Rückschaufehler in verschiedenen Komponenten unterschieden werden. Dabei läge aber keine der bisher identifizierten Facetten einer rückblickenden Prognose aus Sicht eines Dritten zugrunde, wie sie die Gerichte bei der Fahrlässigkeitsbeurteilung zu treffen hätten. Es würde sich also lohnen, die unterschiedlichen rechtlichen Konzeptionen einem empirischen Test dahingehend zu unterziehen, welche am ehesten geeignet sind, vor Verzerrungen durch den Rückschaufehler zu schützen.

Unter der Überschrift „Die Einziehung von Vermögen im Jugendstrafrecht – oder: Was hat der Gesetzgeber sich da bloß gedacht?“ kritisiert *Putzke* die zwingende Einziehung von Taterträgen und des Wertes der Taterträge im Jugendstrafrecht. Nach dezidierter Beschreibung und Analyse der Problemfelder, resümiert der Verfasser, dass die strafrechtlichen Einziehungsvorschriften im Jugendstrafverfahren grundsätzlich anwendbar sind. Allerdings verböte sich im Jugendstrafrecht eine abstrakt-schematische Herangehensweise. Das gelte auch bei Einziehungsanordnungen. Angemessene Differenzierungen seien dann gewährleistet, wenn die Entscheidung auch schon im Erkenntnisverfahren in die Hände der Jugendgerichte ge-

legt werde, ob es mit Blick auf die erzieherische Grundausrichtung im Jungenstrafrecht sinnvoll sei, etwas Erlangtes einzuziehen.

Alex spürt in seinem Aufsatz aktuellen Entwicklungen im Justizvollzug nach. Er kommt zu dem ernüchternden Ergebnis, dass die mit dem Strafvollzugsgesetz beabsichtigten Änderungen auch nach mehr als 40 Jahren nach seinem Inkrafttreten noch immer nicht umgesetzt seien. Eine rationale Entwicklung sei nicht erkennbar. Die repressive Grundhaltung sei bspw. auch dadurch erkennbar, dass Justizvollzugsanstalten die Ausbreitung des Corona-Virus in Deutschland sofort zum Anlass genommen hätten, Besuche von Angehörigen zu verbieten, einen vierundzwanzigstündigen Einschluss anzuordnen und die Freistunden auszusetzen, anstatt nach Möglichkeiten zu suchen, die Rechte der Gefangenen unter Berücksichtigung der Infektionsgefahr weiter zu wahren. Insofern spiegele die aktuelle Situation das ständige Dilemma zwischen Eingliederung in die Gesellschaft und Vergeltung für begangenes Unrecht wider. Daher verwundere es nicht, dass angesichts des Scheiterns der Gefängnisstrafe an der Aufgabe, künftige Delinquenz zu reduzieren, erneut radikale Forderungen nach Abschaffung der Freiheitsstrafe erhoben werden. Auch wenn dies angesichts der gegenwärtigen Situation utopisch klänge, so werde doch eine Gesellschaft, die sich der Achtung der Menschenwürde und Solidarität verpflichtet fühle, diese Diskussion führen müssen. Denn „Wegsperrten“ sei keine Lösung.

Fehlen darf in dieser Festschrift natürlich nicht der Blick auf den Masterstudiengang „Kriminologie, Kriminalistik und Polizeiwissenschaft“ der Universität Bochum. *Artkämper/Klukkert/Koch/Weigert* zeichnen den Studiengang nach und betonen den Anspruch eines unabhängigen wissenschaftlich geprägten Weiterbildungsangebots mit dem Leitbild der interdisziplinären Vermittlung von Fach- und Methodenkompetenz. Durch die Weiterbildung scheine die Möglichkeit eines indirekten Beitrags zum Wandel und zur Fortentwicklung der im Bereich der Kriminologie, Kriminalistik und Polizeiwissenschaft agierenden Institutionen sowie dadurch auch ihrer aktiven und konstruktiven Mitgestaltung des gesellschaftlichen Zusammenlebens zu bestehen.

Diese Auswahl von 14 aus 51 Beiträgen lässt erahnen, welch Schatz sich in dieser Festschrift verbirgt. Dieser kann auch bezüglich der anderen 37 Beiträge gehoben werden, die allesamt die interdisziplinäre Perspektive im Bereich der Kriminologie, der Kriminalpolitik und Polizeiwissenschaften abbilden. Insofern wird diese Festschrift auch dem umfassenden Schaffen des Jubilars gerecht, das von *Rothfuss* in dem Beitrag „Thomas Feltes: Förderer. Freund. Nonkonformist“ noch einmal umfassend gewürdigt wird.

Insgesamt muss aber konstatiert werden, dass der Festschriftenschatz nur selten gehoben wird angesichts des stolzen Preises, mit dem eine Festschrift zu Buche schlägt. Angesichts der gewichtigen Artikel und einer breiten Rezeption wäre es hilfreich, Festschriften zukünftig im Open Access-Format herauszugeben.

Yanik Bolender: Das neue Widerstandsstrafrecht. Eine strafrechtsdogmatische Untersuchung der §§ 113, 114, 115 und 323c Abs. 2 StGB vor dem Hintergrund des 52. StÄG

von Prof. Dr. Anja Schiemann

2021, Ergon - Nomos, ISBN: 978-3-95650-813-4, S. 373, Euro 98,00.

Das 52. Strafrechtsänderungsgesetz und insbesondere die Änderungen der Widerstandsdelikte waren schon vor Verkündung zahlreicher Kritik in der Literatur ausgesetzt. Neben rechtstatsächlich, empirische und dogmatischen Bedenken standen primär die faktisch aufgegebene Privilegierungsfunktion der Vorschriften im Vordergrund der Diskussion. Die Dissertation von *Bolender* greift diese Diskussion vor allem aus strafrechtsdogmatischer Perspektive auf, um insbesondere künftige Auslegungsfragen auszuleuchten (S. 32). Dazu wird die Arbeit in zwei Teile gegliedert, wonach zuerst der Frage eines „Widersetzens gegen die Staatsgewalt“ und anschließend der Bewertung eines „Behindertens von Rettungshandlungen“ als strafbare Handlung nachgegangen wird.

Im ersten Teil nimmt der Verfasser eine historische Genese der Widerstandsdelikte mit besonderem Blick auf die Entwicklung des Verhältnisses zur allgemeinen Nötigung vor, die insoweit interessant ist – als sie jenseits der gängigen Auseinandersetzungen bereits viel früher zurückreicht und frühe Entwicklungen bis hin zur Kodifizierung im Reichsstrafgesetzbuch erfasst. Auch die Regelungen im Reichsstrafgesetzbuch und anschließende Reformentwürfe werden nachgezeichnet, bevor die Strafrechtsgleichungsverordnung von 1943 sowie Reformentwürfe zur Zeit der frühen Bundesrepublik und die neuen Regelungen durch das 3. StrRG angesprochen werden. *Bolender* hält fest, dass über die Jahre beachtliche Argumente gegen eine Privilegierung des § 113 StGB vorgebracht wurden, die sich nie durchsetzen konnten – vielmehr wurde § 113 StGB dogmatisch von Lehre und Rechtsprechung als Privilegierung zu § 240 StGB angesehen. Eine Positionierung, warum diese Sicht der Privilegierung denn so falsch sein sollte, erfolgt aber nicht.

Schließlich wird der Diskurs über eine Reform der Widerstandsdelikte Anfang der 2000er Jahre und das 44. StÄG aufgegriffen. Resultat dieser Reformen war, dass § 113 und § 240 StGB einen gleichen Strafraum aufwiesen und das gefährliche Werkzeug als zweite Alternative im Katalog der Regelbeispiele des § 113 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 StGB aufgenommen wurde. Außerdem wurden über § 114 Abs. 3 StGB nun ausdrücklich auch Hilfskräfte von Feuerwehr, Katastrophenschutz und Rettungsdienste vom Schutz des § 113 StGB miterfasst.

Anschließend zeichnet der Verfasser die Reformdiskussion und die entsprechenden Änderungen durch das 52. StÄG nach. In der Diskussion im Anschluss an das

44. StÄG erkennt *Bolender* eine erste Abkehr von der Privilegierungstheorie.

In der Diskussion im Anschluss an das 52. StÄG sieht der Verfasser dann die endgültige Abkehr von der Privilegierungstheorie. Nach dem 52. StÄG könne nicht mehr von einer Ausrichtung des § 113 StGB als Privilegierung zu § 240 StGB ausgegangen werden.

Nach dieser historischen Perspektive schließen sich strafrechtsdogmatische Untersuchungen der Auswirkungen auf § 113 StGB aufgrund der Änderungen durch das 52. StÄG an. Der Verfasser ist der Meinung, dass in Abkehr vom bisherigen Konkurrenzverhältnis prinzipiell Tateinheit zwischen § 113 und § 240 StGB gegeben ist. Dies steht der h.M. in Literatur und Rechtsprechung entgegen, die weiterhin Gesetzeseinheit in Form von Spezialität oder Exklusivität annimmt. Auch im Verhältnis zu anderen Delikten sei nach dem 52. StÄG in Abkehr von der bisherigen Auslegungspraxis stets Tateinheit anzunehmen. Der Verfasser gibt aber zu, dass nach h.M. das Konkurrenzverhältnis auf seinem Stand von vor dem 52. StÄG bleibt (S. 160).

Bolender widmet sich dann dem neu gefassten § 114 StGB. Primär geht er der Frage nach, ob eine (neue) Auslegung der objektiven Tatbestandsmerkmale geboten ist. Er kommt mit der – m.E. herrschenden Meinung in der Literatur – zu dem Ergebnis, dass der tätliche Angriff nun restriktiv auszulegen ist, also nur noch konkrete Verhaltensweisen von gewisser Erheblichkeit erfasst, die grundsätzlich geeignet sind, die körperliche Integrität zu beeinträchtigen. Eine rechtsgutsbezogene, systematische und mit dem Schuldprinzip zu vereinbarende Auslegung der Norm zwingt den Gesetzesanwender dazu (S. 229). Auch wenn dem zuzustimmen ist, so hat sich doch der *BGH* anderweitig positioniert und an der ursprünglichen Auslegung des Begriffs festgehalten (*BGH*, KriPoZ-RR-45/2020).

Hinsichtlich des subjektiven Tatbestands ergeben sich laut Verfasser auch Besonderheiten, da ein Überschreiten der Erheblichkeitsschwelle auch vom Vorsatz in Form eines *dolus eventualis* in Kauf genommen werden müsse. In diesen Fällen müsse also explizit der subjektive Tatbestand bzgl. der zusätzlich zu fordernden möglichen Beeinträchtigung der körperlichen Integrität herausgearbeitet werden (S. 232).

Schließlich kritisiert *Bolender*, dass der Vorschrift des § 114 StGB eine eigene Irrtumsvorschrift vergleichbar mit derjenigen des § 113 Abs. 4 fehlt. Der Irrtum über die Rechtswidrigkeit einer allgemeinen Diensthandlung sei

für die Bewertung der Strafbarkeit irrelevant. Lediglich sofern eine Vollstreckungshandlung bejaht wäre, seien die Irrtumskonstellationen des § 113 StGB anwendbar.

Ausführlich widmet sich die Dissertation dann auch den Konkurrenzverhältnissen. Hier positioniert sich der Verfasser teilweise gegen die h.M. und geht bspw. davon aus, dass die einfache Körperverletzung von einem tätlichen Angriff auf Vollstreckungsbeamte nach § 114 StGB im Wege der Gesetzesseinheit in Form von Konsumtion verdrängt wird. Dies gelte aber nicht für eine qualifizierte Form der Körperverletzung.

Auch plädiert der Verfasser dafür, dass bei einem tätlichen Angriff auf Vollstreckungsbeamte ein Täter-Opfer-Ausgleich bzw. eine Schadenswiedergutmachung bei Vorliegen der Voraussetzungen nicht grds. ausgeschlossen sein sollte und im Verfahren zu beachten seien (S. 274).

Weiterhin widmet sich die Dissertation der strafrechtsdogmatischen Untersuchung des wieder eingeführten § 115 StGB durch das 52. StÄG. Hier kommt *Bolender* zu dem Ergebnis, dass § 115 Abs. 1, 2 StGB zwar weiterhin nur eine unselbstständige Gleichstellungsklausel ohne eigene Tatbestandsqualität darstellt, sich nun aber stimmig(er) in die Struktur der §§ 113 ff. StGB einfüge. Systematische Unstimmigkeiten seien – insbesondere in Bezug auf § 240 StGB – aufgelöst, so dass von einer wirklichen Erweiterung des strafrechtlichen Schutzes gesprochen werden könne. Ähnliches gelte für § 115 Abs. 3 StGB. Der eigenständige Tatbestand habe sich auch nach der Reform in Struktur und Tatbestandsvoraussetzungen nicht verändert. Allerdings sei auch § 115 Abs. 3 StGB restriktiver auszulegen. Außerdem stehe der Absatz nunmehr in Tateinheit und nicht mehr in Gesetzesseinheit mit anderen Normen (S. 300). Was nicht mehr in die Dissertation einfließen konnte, war die Erweiterung des Personenkreises durch das Gesetz zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität vom 3.4.2021, durch das Hilfeleistende eines ärztlichen Notdienstes und einer Notaufnahme erfasst wurden.

Im zweiten Teil widmet sich der Verfasser der Strafbarkeit des Behinderns von Rettungshandlungen Dritter. Auch hier wird zunächst eine historische Genese der Regelungen zur Sanktionierung des Behinderns von Rettungshandlungen Dritter vorgenommen und die Entwicklung der Rechtslage bis zur Einführung des 52. StÄG vorgenommen. Auch dies bietet neue Perspektiven und ist durchaus erhellend im Rahmen einer ganzheitlichen Einordnung. Anschließend wird die Einführung des 52. StÄG und die darauffolgende Diskussion präzise nachgezeichnet, um darauf aufbauend den Möglichkeiten zur Sanktionierung des Behinderns von Rettungshandlungen Dritter nach derzeitiger Rechtslage nachzuspüren. Der Verfasser positioniert sich klar und bekennt sich für eine Strafbarkeit, erkennt aber auch, dass dies vor dem Hintergrund des derzeitigen Wortlauts nicht „gänzlich unproblematisch“ ist (S. 320).

Es folgt die strafrechtsdogmatische Untersuchung des neu eingeführten § 323 c Abs. 2 StGB, um letztlich festzustellen, dass eine Vielzahl an rechtlichen Möglichkeiten besteht, um eine Behinderung von Rettungshandlungen Dritter zu ahnden. Allerdings konstatiert der Verfasser, dass es auch schon vor der Einführung des Abs. 2 möglich war, ein Behindern von Rettungshandlungen zu sanktionieren (S. 345). Allerdings wurde mit den schon bisher bestehenden Sanktionsmöglichkeit nunmehr eine ausdrückliche Strafbarkeit eingeführt (S. 346).

Besondere Aufmerksamkeit verdienen laut Verfasser die sog. Gafferfälle. Diese seien nach wie vor nicht unproblematisch, besonders dann, wenn gerade kein Behinderungserfolg oder Vorsatz festgestellt werde. Insofern müsse auch weiterhin das Verwaltungs- oder Ordnungswidrigkeitenrecht im Blick behalten werden (S. 349).

In 3. Teil kommt *Bolender* zu einer Zusammenfassung und Würdigung. Er stellt fest, dass der Gesetzgeber sein Ziel, eine vereinfachte, härtere und sichtbare Sanktionierung über die §§ 113, 114, 115, 323c Abs. 2 StGB zu ermöglichen, erreicht hat, auch wenn es an manchen Stellen der Restriktion bedürfe, um unverhältnismäßige Ergebnisse zu verhindern. Insofern wird das 52. StÄG als „ziel führend und schlüssig bewertet ... Von einer reinen „Symbolpolitik“ ist daher in diesem Kontext nicht zu sprechen“ (S. 357). Dieses Ergebnis zeigt, wie limitiert doch die Aussagen sind, wenn man kriminologische und kriminalpolitische Perspektiven von vornherein ausklammert (S. 354), können doch rein rechtsdogmatische Erwägungen nichts an dem faden Beigeschmack der Wirkungslosigkeit solcher Symbolgesetzgebung ändern.

Die Überzeugung von den Normen aus strafrechtsdogmatischer Sicht (S. 360), zu der der Verfasser kommt, ist auf vielfältige Kritik gestoßen. Hier wäre es ggf. zielführender gewesen, etwas tiefer zu schürfen und sich mit ebendieser Kritik dezidiert auseinanderzusetzen. Großes Manko der Arbeit ist sicherlich, die rechtstatsächliche Seite ganz aus dem Blick zu nehmen. Auch wenn dies ausgeschlossen wurde, hätte diese Perspektive doch auch für vielfältigste dogmatische Limitierungen fruchtbar gemacht werden können.

Was aber den Wert der Arbeit ausmacht, ist der historische Blick, um dem Verständnis der Reformbestrebungen und deren Wandel auf die Spur zu kommen. Auch liegt eine Arbeit vor, die angesichts der differenzierten Auseinandersetzung mit den Tatbestandsmerkmalen zur Diskussion anregt. Insofern mag man zwar – wie die Rezensentin – die Auffassung *Bolenders* nicht teilen. Gleichwohl regt sie zur Diskussion an. Dogmatische Ansätze sind in Relation zu setzen mit empirischen Erkenntnissen, um zu eruieren, ob die Intention der Reform zum Tragen kommt. Nach Auffassung der Rezensentin tun sie das gerade nicht.

TAGUNGSBERICHT

„Wenn die Strafe zweimal droht – Übertragung von Strafverfahren und Jurisdiktionskonflikte“

Tagungsbericht zum 14. EU-Strafrechtstag vom 3. September 2022 in Bonn

von Florian Fütterer*

Die aktuelle Initiative der EU-Kommission zur Übertragung von Strafverfahren¹ bot Anlass genug dieses Thema auf das Tapet der 14. EU-Strafrechtstagung zu bringen. Ca. 40 Teilnehmer:innen aus Anwaltschaft, Wissenschaft und verschiedenen Justizbehörden folgten der Einladung der Strafverteidigervereinigung-NRW e.V. und RA'in Dr. Anna Oehmichen (Oehmichen International, Berlin) in den Königshof nach Bonn. Bei Blick auf Rhein und Siebengebirge wurde neben der Übertragung von Strafverfahren auch über eine anstehende IRG-Reform und die Rolle von Europol und Eurojust in Kryptoverfahren diskutiert. Auch wenn die Strafverteidigungspraxis nicht immer in einem europarechtlichen Kontext steht, zeigen Verfahren wie die zu EncroChat die Relevanz der europäischen Regelungen, sobald ein Sachverhalt grenzüberschreitende Anknüpfungspunkte aufweist.

Prof. Dr. Michael Lindemann (Universität Bielefeld) eröffnete den EU-Strafrechtstag mit der Vorstellung des Forschungsprojektes „Transfer of criminal proceedings in the European Union“, der Erasmus Universität Rotterdam in Kooperation mit der Universität Bielefeld und anderen Einrichtungen. Das Forschungsnetzwerk führte Experteninterviews in neun EU-Mitgliedstaaten durch, um einen Ausgangsbefund zur Praxis der Verfahrenübertragung zu erstellen und einen potentiellen Regelungsbedarf auszumachen. Bei der Evaluation habe sich erwiesen, dass sich die Strafverfolgungspraxis mit dem fehlenden einheitlichen Rechtsrahmen in Europa² arrangiere und Strafverfahren nicht nur bei organisierter grenzüberschreitender Kriminalität, sondern auch bei leichteren Delikten, bspw. durch Grenzgänger, übertragen werden. Die Herausforderungen dabei seien die Ungewissheit über die Vorgehensweise, den besten Zeitpunkt der Übertragung, die zur Verfügung zu stellenden Informationen und die zu konsultierenden Akteure. Daneben würden Fristen fehlen, die eine effektivere Zusammenarbeit bewirken könnten.

Diese praktische Ebene, die den Bedarf einer europaweit einheitlichen Regulierung bereits aufzeigt, wird begleitet von bestehenden Rechtsproblemen. Hierzu ging Lindemann auf die sich ergebenden Jurisdiktionskonflikte ein. Zu deren Beilegung müsse eine verbindliche Bestimmung getroffen werden, die dem Doppelbestrafungsverbot Rechnung trage und durch eine Regelung zu einer subsidiären Gerichtsbarkeit ergänzt werden könne. Zudem müsse die mögliche Divergenz von Legalitäts- und Opportunitätsprinzip in den betroffenen Staaten berücksichtigt werden, da sich das jeweils geltende Prinzip auf den Umgang des Staates mit der Übertragung auswirke. Richtigerweise wies Lindemann auf die Rechte der Beschuldigten und Geschädigten hin, die de lege lata nicht existieren würden. Es habe sich gezeigt, dass Beschuldigte das Recht besitzen sollten, gegen die Übertragungsentscheidung vorzugehen, über die geplante Übertragung rechtzeitig informiert zu werden und eine Stellungnahme abzugeben.

Ausgehend von dieser empirischen Untersuchung stellte Tania Schröter (GD Justiz, EU-Kommission) die aktuellen Kommissionspläne zur Regulierung von Verfahrensübertragungen vor. Deren Bedeutung liege darin, das Strafverfahren in dem am besten geeigneten Mitgliedstaat betreiben zu können, ohne dass die Gefahr von Parallelverfahren bestünde. Indes führe der bestehende, lückenhafte Rechtsrahmen im Falle einer Übertragung zu Kostensteigerungen und zeitlicher Verzögerung. Mit der Initiative solle daher den Mitgliedstaaten zu einem effizienteren Strafverfahren, das Rechtssicherheit und Beteiligtenrechte gewährleistet, verholfen werden. Hierfür sollen die Kriterien einer Übertragung festgelegt, die Kommunikation zwischen den zuständigen Behörden in digitalisierter Form geregelt, notwendige Übersetzungsleistungen sowie Bearbeitungsfristen vorgegeben und die Rechtsfolgen einer Übertragung klargestellt werden. Da die Kommission gerade eine Folgenabschätzung erarbeite, bestünde intern noch keine abschließende Klarheit über die

* Der Verfasser ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Strafrechtsvergleichung, Medizinstrafrecht und Rechtslehre von Prof. Dr. Liane Wörner, LL.M. (UW-Madison) an der Universität Konstanz.

¹ „Leistungsfähige Justiz - gemeinsame Bedingungen für die Übertragung von Strafverfahren zwischen EU-Ländern“, online abrufbar unter: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13097-Leistungsfähige-Justiz-gemeinsame-Bedingungen-fur-die-Übertragung-von-Strafverfahren-zwischen-EU-Ländern_de (zuletzt abgerufen am 5.9.2022).

² Das Europäische Übereinkommen über die Übertragung der Strafverfolgung von 1972 des Europarates (SEV Nr. 073), als bisher einziges umfassendes Rechtsinstrument, wurde von lediglich 25 Staaten ratifiziert.

Fragen der Bindung einer Übertragungsanfrage, der konkreten Ausgestaltung der Beteiligtenrechte und einer möglichen subsidiären Gerichtsbarkeit. Bezüglich der Bindungswirkung erscheine sowohl eine freiwillige Ausgestaltung mit Zustimmungserfordernis als auch eine Annahmepflicht, mit mehr oder weniger eng gefassten Ablehnungsgründen möglich. Auch die Beteiligtenrechte könnten von einem Vorschlags- bis zu einem bloßen Anhörungsrecht reichen. In Frage stehe auch die Ausgestaltung des Umfangs der anwaltlichen Vertretung und des Rechtsschutzes. Diese Fragen stellte *Schröter* zur Debatte und leitete zur anschließenden Podiumsdiskussion über.

Nach Eingangsstatements von *Dr. Sebastian Trautmann* (Deleg. Europäischer Staatsanwalt, Köln), *Dr. Sofia Mirandola* (Eurojust) und *Avv. Nicola Canestrini* (canestriniLex, Rovereto, Italien) erklärte *Mirandola* die Rolle von Eurojust de lege lata als eine den Mitgliedstaaten assistierende Behörde zur praktischen Durchführung einer Übertragung. Eurojust helfe bei der Entscheidung, ob eine Übertragung sinnvoll ist, bis hin zur Frage über die Kostenverteilung zwischen den Mitgliedstaaten. Laut *Mirandola* entscheide eine frühzeitige Konsultation von Eurojust maßgeblich über die Erfolgsaussichten.

Beginnend mit einem Einblick in die Arbeitsweise der Europäischen Staatsanwaltschaft stellte *Trautmann* die Mechanismen der EUStA-VO³ zur Lösung von Jurisdiktionskonflikten vor. Beispielhaft nannte er zwei praktische Fälle, in denen Anknüpfungspunkte in mehreren Mitgliedstaaten bestanden und in denen die zuständige Kammer⁴ das Verfahren dem Staat zugewiesen hatte, in dem der Schwerpunkt der strafbaren Handlung bzw. der gewöhnliche Aufenthaltsort des Beschuldigten lag. *Trautmann* zeigte damit auf, dass die EUStA-VO bei der Lösung von Jurisdiktionskonflikten beispielgebend sein kann. *Canestrini* demonstrierte dagegen, dass die Verfahrensübertragung aus Sicht der Verteidigung bisweilen arbiträr stattfindet. Er plädierte für ein bindendes Rechtsinstrument, das neben der Wirksamkeit und Effizienz auch die nationalen Schutzgarantien und Grundrechte des Beschuldigten berücksichtige, etwa zur (Wieder-)Herstellung der Waffengleichheit, indem das Verfahren immer in den Mitgliedstaat übertragen werde, in dem der Beschuldigte sich am besten verteidigen könne. Dieser Vorschlag wurde aus der Reihe der Teilnehmer aufgegriffen und um eine subsidiäre Gerichtsbarkeit ergänzt, wodurch eine praxistaugliche Regelung, die die Beschuldigteninteressen ausreichend im Blick behält, geschaffen würde.

Die weitere Diskussion ergab, dass es klarer Vorschriften über den weiteren Verlauf des im ersuchten Staat begonnenen Verfahrens bedarf. Neben dem Rechtsschutz gegen Übertragungsentscheidungen müsse Beschuldigten auch das Recht zur Beantragung einer Übertragung eingeräumt werden.

Mit dem Vortragsthema „Lichtblick der IRG-Reform: Regulierung diplomatischer Zusicherungen“ wandte sich *Anna Oehmichen* dem Auslieferungsrecht zu und stellte die Ergebnisse ihrer Arbeitsgruppe als Teil der Reformbemühungen des BMJ vor. *Oehmichen* verdeutlichte die Ambivalenz im Zusammenhang mit Zusicherungen: Jene setze der ersuchende Staat ein, wenn der ersuchte Staat den Verdacht eines Auslieferungshindernisses hege, um seinerseits das Vertrauen zu begründen, dass dem Verdacht die Grundlage fehle. Der ersuchte Staat besitzt dann aber bereits ein gewisses Misstrauen, sodass die Zusicherung gerade des ersuchenden Staates das notwendige Vertrauen nicht herstellen könne. Erschwerend komme hinzu, dass kein Rechtsrahmen für die Praxis der Zusicherungen existiert. Den erarbeiteten Regelungsvorschlag ihrer Arbeitsgruppe für eingehende Ersuchen im Zusammenhang mit Zusicherungen hielt *Oehmichen* daher für einen wesentlichen Fortschritt. Vorgeschlagene Neuerungen beinhalten eine Fristenregelung zur Abgabe der Zusicherung, eine Informationspflicht gegenüber der betroffenen Person und Kriterien, die vorliegen müssen, damit die Zusicherung hinreichend belastbar ist. Laut *Oehmichen* wäre zusätzlich eine Justiziabilität der Nichteinhaltung und eine obligatorische Überwachung der Zusicherung, die die Einhaltungspraxis offenlegen könnte, notwendig.

In der anschließenden Diskussion zeigte sich, dass das Erfordernis der Belastbarkeit der Zusicherung, das als Zulässigkeitsvoraussetzung auszulegen und vom ersuchenden Staat ausführlich zu begründen wäre, nicht hinreichend bestimmt ist. Auch wurde angemerkt, dass aus Sicht des Betroffenen die Zusicherung Bestandsschutz genießen und diesem Rechtsschutz zustehen müsse.

Intensiv diskutierten schließlich RA *Christian Lödden*, LL.M. (Lödden & Barczyk Rechtsanwälte, Krefeld) und StA' in *Vera Rogusch* (Staatsanwaltschaft Münster) über die Rolle von Europol und Eurojust in Kryptoverfahren, wie bspw. EncroChat, an denen beide beteiligt waren. *Lödden* thematisierte, dass der Beschuldigte und sein Verteidiger in diesen Ermittlungsverfahren einer intransparenten Strafverfolgung ausgesetzt seien, die eine effektive Verteidigung verhindere. Etwa in EncroChat-Verfahren sei unklar, ob die Datenerhebung durch Infiltration des EncroChat-Servers oder der einzelnen Benutzerhandys erfolgte. Da an entscheidender Stelle Europol und Eurojust eingebunden waren, seien gerade die deutschen Vertreter dieser Behörden Schlüsselfiguren, um im Prozess die Ermittlungen nachvollziehen zu können. Jedoch bestünde keine Möglichkeit das Personal als Zeugen zu vernehmen, da die notwendige Aussagegenehmigung kaum erteilt werde. Daneben stelle sich die Frage, ob die Beweise ihre Qualität als Zufallsfunde verlieren müssten, wenn die deutschen Vertreter von diesen Kenntnis erlangen. *Rogusch* stellte klar, dass Europol und Eurojust Koordinierungsstellen sind, die lediglich unterstützend tätig

³ VO (EU) 2017/1939, ABl. EU 2017 Nr. L 283/1.

⁴ S. Art. 10 EUStA-VO.

werden dürfen. Folglich habe der deutsche Vertreter keine Prüfungskompetenz hinsichtlich der Rechtmäßigkeit der Maßnahmen.

In der Diskussion waren die Referenten uneins, ob die Datenauswertung tatsächlich zur Gefahrenabwehr erfolgte. Jedenfalls sei die Einschaltung der europäischen Ebene laut *Rogusch* eine Bereicherung. Sofern sie aber gleichzeitig so viele Bedenken auf Seiten der Verteidigung hervorruft, wie es sich in der Diskussion darstellte, besteht Anlass für die EU ihre Rechtsrahmen zu überdenken.

Mit einem „Blitzlicht“ zu den aktuellen Entwicklungen des EU-Strafrechts, ließ Prof. *Dr. Dominik Brodowski*, LL.M. (Universität des Saarlandes) den 14. EU-Strafrechtstag ausklingen und gab sicher allen Teilnehmer:innen einen Denkanstoß mit auf den Heimweg.

Der 15. EU-Strafrechtstag wird voraussichtlich am 27./28.10.2023 in Bonn stattfinden.

Judicial Review of Deferred Prosecution Agreements

A COMPARATIVE STUDY*

FREDERICK T. DAVIS†

A Deferred Prosecution Agreement is a negotiated criminal procedure that allows individuals—and increasingly, corporations—to avoid a criminal conviction by reaching an agreement with the prosecutor to acknowledge responsibility for their acts, to make appropriate payment in lieu of fines, to modify their behavior and often to cooperate with ongoing investigations, in return for which criminal charges are either dropped or are not brought at all. It has become a mainstay of efforts by the United States Department of Justice to combat corporate crime. The procedure has now been imitated in a few other countries, and is receiving serious legislative attention in several more. While the several versions share many common features, they differ in one key respect: whether the courts have any role in reviewing an agreement reached by a

* This article was originally conceived by Katie Salvaggio, then a student at Columbia Law School and now an associate at Gibson, Dunn & Crutcher LLP in New York, who accomplished the early research and writing and to whom the author is greatly indebted. Students too numerous to mention have contributed to research on various parts of it, and while a list would risk inadvertent under-inclusion I am greatly indebted to all of them. A number of lawyers, including several from the countries whose laws are summarized, have kindly reviewed drafts; while I am solely responsible for the content of the article, I greatly appreciate their comments. They include Daniel Aun, Alex Carlile, Lincoln Caylor, Brandon Garrett, John Gleeson, Antoine d'Ornano, Jed S. Rakoff, Jonathan Polansky, and Robert Wyld, among others.

† Member of the bars of New York and Paris. B.A. Harvard (1967), J.D. Columbia Law School (1972). Served as law clerk to Henry J. Friendly, Chief Judge, United States Court of Appeals for the Second Circuit, and to Potter Stewart, Supreme Court of the United States. An elected Fellow of the American College of Trial Lawyers and of the International Academy of Financial Crime Litigators, and a Life Member of the American Law Institute. Named a chevalier of the National Order of Merit of France. Currently a Lecturer in Law at Columbia Law School.

prosecutor and a corporate defendant, and if so, the extent of that review. This article will review corporate Deferred Prosecution Agreement procedures in the countries that have adopted them as well as legislative schemes now being considered, and focuses on the approaches to judicial review adopted by each. The differences explored here may have a real impact on transnational criminal investigations, and this comparative study provides a useful gauge of the respective countries' traditions and principles of separation of the powers.

INTRODUCTION.....	3
A. A Short History of DPAs in the United States	4
B. How DPAs Work.....	6
C. The Controversies.....	8
II. JUDICIAL REVIEW IN THE UNITED STATES.....	13
A. Non-Prosecution Agreements.....	13
B. Deferred Prosecution Agreements—Potential Bases for Review	14
C. The Cases	19
1. The Citibank Case.....	19
2. The DPA Decisions.....	21
D. Analysis of the Courts' Decisions.....	27
1. Federal Rules of Criminal Procedure 11 and 48	28
2. The Flynn Case and New Insight into Rule 48(a).....	30
III. UNITED KINGDOM.....	33
A. Background: The United Kingdom Bribery Act of 2010 and the Crime and Courts Act 2013	34
B. The Role of the Courts in approving a DPA	37
C. Judicial Scrutiny of the DPAs to Date.....	39
IV. FRANCE.....	45
A. Background: French Efforts to Combat International Corruption, Traditional French Investigation Procedures, and the Loi Sapin II.....	45
B. The “French DPA” – A “Judicial Agreement in the Public Interest”	50
C. The Negotiated Outcomes to Date.....	52

2022]	<i>JUDICIAL REVIEW OF DPAs</i>	3
V. OTHER COUNTRIES		56
A. Canada.....		56
B. Singapore.....		57
C. Australia		58
D. Ireland		59
E. Argentina		61
F. Brazil.....		62
CONCLUSION.....		63
A. Does Judicial Review Render Corporate DPAs Less Flexible or Less Certain, and Thus Less Attractive?.....		66
B. Should DPAs be “Transparent”?		71

INTRODUCTION

Corporate Deferred Prosecution Agreements (“DPAs”) are a distinctly American phenomenon that has gained considerable traction—and caused significant controversy—in the last two decades. An Assistant Attorney General of the United States has stated that DPAs “have become a mainstay of white collar criminal law enforcement,”¹ and they now constitute the predominant procedure for resolving certain kinds of federal prosecutions of corporations. At their simplest, DPAs and their cousin Non-Prosecution Agreements (“NPAs”) are voluntary alternatives to traditional criminal proceedings in which the defendant—whether an individual or a corporation, although this article will focus on the latter—avoids a criminal judgment by reaching an agreement with the prosecutor to perform certain obligations, the successful completion of which will result in charges being dismissed or not even brought.

As discussed below,² DPAs have proved to be efficient and are generally considered effective by the parties that agree to them. Clearly in response to the American initiative, a few countries have already adopted DPA procedures and implemented them, while others

1. Lanny A. Breuer, Assistant Att’y General, U.S. Dep’t of Just., Assistant Attorney General Lanny A. Breuer Speaks at the New York City Bar Association (Sept. 13, 2012), <https://www.justice.gov/opa/speech/assistant-attorney-general-lanny-breuer-speaks-new-york-city-bar-association> [<https://perma.cc/DJH3-7SB7>].

2. See *infra* notes 20–27 and accompanying text.

are exploring possible legislation to adopt them.³ DPAs outside of the United States function much like the American original, but they all differ in one fundamental respect: While the case law in the United States is clear that judges have virtually no role in reviewing DPAs to which a prosecutor and a corporate defendant have agreed, the principal procedures now in place or under consideration elsewhere call for a judicial role—sometimes a robust one—in reviewing the substance of a proposed DPA. This article will review the history and procedural structure of DPAs and NPAs and the controversies they have generated in the United States with a particular focus on the issue of judicial review. It will then analyze the DPA approaches now in place in other countries as well as those under serious contemplation, with particular attention to whether such review includes an analysis of whether an agreement is “in the public interest.” It will conclude by evaluating the functionality of judicial review and will consider what lessons courts, legislators and practitioners may draw from these different approaches.

A. A Short History of DPAs in the United States

When analyzing DPAs negotiated by some of the world’s very largest corporations, sometimes involving billions of dollars,⁴ more than one commentator has noted the irony that the concept was originally conceived to provide a lifeline to disadvantaged—often poor and

3. In 2019, the Organization of Economic Cooperation and Development (OECD) published a review of procedures for “non-trial agreements” adopted by parties to the OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions (hereinafter “OECD Bribery Convention”), which surveys consensual criminal outcomes in force around the world, including DPAs, and notes that “[n]on-trial resolutions have become a prominent way of enforcing serious economic offenses” RESOLVING FOREIGN BRIBERY CASES WITH NON-TRIAL RESOLUTIONS 3 (2019), <https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/Resolving-foreign-bribery-cases-with-non-trial-resolutions.pdf> [<https://perma.cc/2BHN-HXDG>].

4. For an excellent overview of DPAs and NPAs, see Wulf A. Kaal & Timothy A. Lachine, *The Effect of Deferred and Non-Prosecution Agreements on Corporate Governance: Evidence from 1993–2013*, 70 THE BUS. LAW. 1, 2–3 (2014). In January 2020, the Department of Justice (hereinafter “DoJ”) announced the largest DPA settlement to date: European aircraft giant Airbus SE agreed with the DoJ, the UK’s Serious Fraud Office (“SFO”) and the National Financial Prosecutor of France (“NFPF”) to pay over \$3.9 billion to resolve foreign bribery and arms trafficking violations. Press Release, U.S. Dep’t of Just., Airbus Agrees to Pay over \$3.9 Billion in Global Penalties to Resolve Foreign Bribery and ITAR Case (Jan. 31, 2020), <https://www.justice.gov/opa/pr/airbus-agrees-pay-over-39-billion-global-penalties-resolve-foreign-bribery-and-itar-case> [<https://perma.cc/C7DT-N8DA>].

young—individuals.⁵ Deferred prosecution agreements have historically been a form of “pretrial diversion” where the goal is to permit a criminal defendant, typically a first-offender, a chance to avoid a criminal conviction that could put the defendant on a downward spiral of joblessness and recidivism.⁶ While there are many variants, the basic idea is that actual or potential charges against the individual are held in abeyance—deferred—while the defendant demonstrates that he has “turned a page,” often with a combination of counseling and supervision. At the successful completion of the agreed-upon period, and if the individual has honored his obligations, the prosecutor dismisses the charges. Such diversion programs have many supporters, who believe that the procedure helps to address the high—many believe grossly excessive—level of incarceration in the United States.⁷

The first corporate DPAs were negotiated by the Department of Justice (DoJ) in the 1990’s,⁸ but the practice became much more widespread after 2000 when the DoJ began issuing guidelines for their negotiation and implementation. There have now been dozens of corporate DPAs and NPAs. Professor Brandon Garrett, who has written extensively about corporate crime, established a comprehensive public database that identifies all the known negotiated corporate criminal outcomes.⁹ As such databases show, negotiated outcomes such as

5. See, e.g., *United States v. Saena Tech Corp.*, 140 F. Supp. 3d 11, 22–23 (D.D.C. 2015) (“[D]eferred-prosecution agreements were originally intended to give prosecutors the ability to defer prosecution of individuals charged with certain non-violent criminal offenses to encourage rehabilitation. At this time . . . deferred-prosecution agreements appear to be offered relatively sparingly to individuals, and instead are used proportionally more frequently to avoid the prosecution of corporations, their officers, and employees.”); Jed S. Rakoff, *Justice Deferred is Justice Denied*, N.Y. REV. OF BOOKS, <https://www.nybooks.com/articles/2015/02/19/justice-deferred-justice-denied/> [<https://perma.cc/M84S-UMES>] (Feb. 19, 2015); JED S. RAKOFF, WHY THE INNOCENT PLEAD GUILTY AND THE GUILTY GO FREE: AND OTHER PARADOXES OF OUR BROKEN LEGAL SYSTEM 103 (2021).

6. See *Saena Tech Corp.*, 140 F. Supp. 3d at 22.

7. As noted by one of the leading advocates of alternatives to incarceration, “stemming the flow of people into jail” requires “expanding alternatives to arrest, prosecution, and bail as smart ways to downsize jails.” *Ending Mass Incarceration*, VERA INST. OF JUST., <https://www.vera.org/ending-mass-incarceration> [<https://perma.cc/G88H-HFR>]. See also *Building Exits off the Highway to Mass Incarceration: Diversion Programs Explained*, PRISON POL’Y INITIATIVE (July 20, 2021), <https://www.prisonpolicy.org/reports/diversion.html> [<https://perma.cc/UL2H-VU8Y>]

8. Kaal & Lacine, *supra* note 4, at 63.

9. *Corporate Prosecution Registry*, LEGAL DATA LAB, <http://lib.law.virginia.edu/Garrett/corporate-prosecution-registry/browse/browse.html> [<https://perma.cc/9F34-L3VD>]; see also *The FCPA Clearinghouse*, STANFORD L. SCH., <http://fcpa.stanford.edu/> [<https://perma.cc/L7KS-G5TH>].

DPAs far exceed the number of cases where corporations have actually gone to trial on a criminal charge.

B. How DPAs Work

In substance, DPAs and NPAs reached by large corporations with the DoJ¹⁰ have virtually the same practical effects and several common structural elements. They are both carefully negotiated, heavily lawyered documents, which by the time they are made public (and in the case of DPAs, submitted to court for approval as explained in Part 2, *infra*), are clearly considered by the parties that signed them to be “final” and dispositive. An agreement between the DoJ and the corporate defendant is publicly reported only after the parties have formally reached it, and has been signed by officials for the government, by one or more officials of the corporation (and may include a corporate resolution permitting those individuals to sign for the corporation), and by outside counsel for the corporation. Several important additional documents will be attached to the DPA/NPA as Annexes or will appear in the DoJ website, often including a press release.¹¹

The basic agreement will include some or all of the following elements:

- In a DPA, the corporation waives grand jury presentation under Fed. R. Crim. P. 7(b) and agrees to the formal filing of an Information accusing it of certain crimes, which will then be filed with the relevant District Court, and appear in the public docket.
- The corporation agrees to the accuracy of, and to take responsibility for, a Statement of Facts, attached as an Annex; and further promises not to “make any public statement, in litigation or otherwise, contradicting the

10. This article will focus on DPAs and NPAs signed by the DoJ. The Securities and Exchange Commission (“SEC”) now negotiates its own DPAs, which are similar in structure to DoJ outcomes, and often joins in negotiated outcomes announced by the DoJ. *See, e.g.*, Press Release, Sec. & Exch. Comm., Tenaris to Pay \$5.4 Million in SEC’s First-ever Deferred Prosecution Agreement (Dec. 22, 2014), <https://www.sec.gov/news/press/2011/2011-112.htm> [<https://perma.cc/KWC8-5VSX>].

11. Virtually all the DPAs and NPAs listed in the databases referenced *supra* note 9 follow this pattern. For one example, see the DPA signed by the DoJ with Alstom referenced in the next footnote.

2022]

JUDICIAL REVIEW OF DPAs

7

acceptance of responsibility by the Company ... or the facts described in the attached Statement of Facts.”¹²

- The corporation agrees to make the financial penalty payments set forth in the agreement, which are usually calibrated against the specific parameters of the Sentencing Guidelines that the parties agree are applicable to the case.
- The corporation agrees to implement specific compliance program enhancements, sometimes with a court-appointed (and DoJ approved) monitor, and to make regular reports to the DoJ.
- The corporation may agree to “cooperate” with ongoing and further investigations and prosecutions, often by providing evidence that may incriminate individuals, including officers or employees of the corporation itself, and sometimes by providing individual officers or employees to serve as witnesses.

If at the end of the agreed-upon term—often three years—the corporation has (in the view of the DoJ) satisfied all its obligations under the DPA, the prosecutor will seek the dismissal of the Information under Fed. R. Crim. P. 48(a). Such dismissal will be “with prejudice,” thus protecting the corporation against further prosecution by the DoJ.¹³ By contrast, under an NPA, no charges are filed at all: An NPA is simply a contract between the prosecutor and a corporation

12. See Press Release, U.S. Dep’t of Just., Alstom Pleads Guilty and Agrees to Pay \$772 Million Criminal Penalty to Resolve Foreign Bribery Charges (Dec. 22, 2014), <https://www.justice.gov/opa/pr/alstom-pleads-guilty-and-agrees-pay-772-million-criminal-penalty-resolve-foreign-bribery> [<https://perma.cc/KWC8-5VSX>]. Virtually identical language appears in other DPAs. This language was intended to protect the DoJ against the embarrassment of a company signing a DPA and then trumpeting its innocence, but the phrase has been interpreted by some European observers and one French court to disable a company making this representation from defending itself in other criminal proceedings against it. See Frederick T. Davis, GLOBAL ANTICORRUPTION BLOG, *Paris Court Rules that a US FCPA Guilty Plea Precludes Subsequent Prosecution in France* (July 5, 2017), <https://globalanticorruptionblog.com/2017/07/05/guest-post-paris-court-rules-that-a-us-fcpa-guilty-plea-precludes-subsequent-prosecution-in-france/#more-9529> [<https://perma.cc/6QU8-8GSS>].

13. By their terms, DPAs and NPAs do not purport to offer protection against prosecution by offices other than the DoJ. As a practical matter, subsequent and unforeseen prosecution by a state prosecuting office—assuming that it did not join in the global agreement, as is sometimes the case—is infrequent. Subsequent prosecutions by foreign prosecutors, however, do occur and raise complex issues that are sometimes discussed as “international double jeopardy.” For a discussion of that topic, see generally Frederick T. Davis, *International Double Jeopardy: U.S. Prosecutions and the Developing Law in Europe*, 31 AM. U. INT’L L. REV. 57, 58 (2017).

in which the prosecutor agrees not to bring any charges if the corporation satisfies its agreed-upon obligations. The protection an NPA offers is purely contractual; in the absence of a dismissal “with prejudice” there is no Double Jeopardy effect.¹⁴

C. The Controversies

There is a significant and growing catalogue of literature about DPAs and NPAs, much of which is critical of them.¹⁵ Some commentators complain that these agreements are unsatisfying because they allow rich corporations to buy their way out of trouble, and because

14. Confusingly, the DoJ also uses two other procedures to achieve goals like those of DPAs and NPAs. First, the DoJ occasionally engages in a so-called Pretrial Diversion Agreement with a corporation; the Justice Manual published by the DoJ provides at § 9-22.000 that a U.S. Attorney “may divert any individual against whom a prosecutable case exists” if that individual meets certain criteria, in which case the person is put “into a program of supervision and services administered by the U.S. Probation Service.” U.S. DEP’T OF JUST. MANUAL § 9-22.000 (Nov. 2019). In a wire fraud case brought in the Western District of Pennsylvania, an indicted corporate defendant and the DoJ entered into a self-styled “Agreement for Pretrial Diversion” which provided for the payment of a monetary penalty and compliance and other commitments very similar to those found in a DPA or NPA. *See* Agreement for Pretrial Diversion 1–6, United States v. Rick Weaver Buick GMC, Inc., No. 16-cr-00030 (W.D. Penn. Jan. 15, 2019), Doc. No. 191-1.

Separately, prosecutors sometimes enter into a so-called “declination.” The DoJ has recently defined a declination in the context of Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) enforcement: “A declination pursuant to the FCPA Corporate Enforcement Policy is a case that would have been prosecuted or criminally resolved except for the company’s voluntary disclosure, full cooperation, remediation, and payment of disgorgement, forfeiture, and/or restitution. If a case would have been declined in the absence of such circumstances, it is not a declination pursuant to this Policy.” U.S. Dep’t of Just., Just. Manual § 9-47.120 (2019). The DoJ’s emphasis on the “circumstances” necessary to obtain a declination means that declinations are effectively a quid pro quo not formalized by contract, and the DoJ has stated that “declinations awarded under the FCPA Corporate Enforcement Policy will be made public.” *Id.* The DoJ, of course, retains the right to resume prosecution after a declination if, for example, it discovers evidence not known at the time of declination, and in fact it has recently done so. *See, e.g.*, Press Release, U.S. Dep’t of Just., ., SBM Offshore N.V. and United States-Based Subsidiary Resolve Foreign Corrupt Practices Act Case Involving Bribes in Five Countries (Nov. 29, 2017), <https://www.justice.gov/opa/pr/sbm-offshore-nv-and-united-states-based-subsidiary-resolve-foreign-corrupt-practices-act-case> [<https://perma.cc/8WPE-9SGT>].

15. *See, e.g.*, BRANDON L. GARRETT, TOO BIG TO JAIL: HOW PROSECUTORS COMPROMISE WITH CORPORATIONS (2016); JESSE EISINGER, THE CHICKENSHIT CLUB: WHY THE JUSTICE DEPARTMENT FAILS TO PROSECUTE EXECUTIVES (2017); Rakoff, *supra* note 5; Jennifer Arlen, *The Promise and Perils of Introducing Deferred Prosecution Agreements Outside the U.S.*, 1–2 (NYU Sch. of L. Pub. Law Rsrch. Paper, Working Paper No, 19-30, 2019); Kaal & Lacine, *supra* note 4. All contain excellent summaries of the positions for and against DPAs and NPAs.

2022]

JUDICIAL REVIEW OF DPAs

9

they shield individual corporate wrongdoers from justice. Critics also make the following specific points:

- There are a number of instances of corporate recidivism, where a corporation reached a solemn agreement—in essence promising “never to do it again”—and then repeated the conduct.¹⁶
- There is a serious concern about whether the payment of a corporate financial penalty has any deterrent effect when its impact may most directly fall on a company’s shareholders, rather than on the corporate insiders who caused the corporation to misbehave.¹⁷
- There are some but relatively few instances in which a consensual corporate disposition led to or was accompanied by successful prosecution of individuals. It is frequently pointed out, for example, that virtually no individuals were charged with violation of serious crimes relating to the Great Recession of 2007-08, notwithstanding the fortunes lost, the lives ruined, and the belief that a number of corporations committed outright fraud and other crimes.¹⁸
- Finally, there is a sense that corporate DPAs/NPAs are lacking in transparency because they are the result of secret negotiations between highly compensated criminal defense lawyers (many of whom used to be prosecutors) and prosecutors (many of whom may be eyeing future jobs in the large, prestigious law firms similar to those of their current adversaries), frequently on the basis of an “internal investigation” conducted by the defense lawyers themselves rather than by any police or public investigative officers.¹⁹

16. See Rakoff, *supra* note 5; see also Press Release, U.S. Dep’t of Just., Pfizer H.C.P. Corp. Agrees to Pay \$15 Million Penalty to Resolve Foreign Bribery Investigation (Aug. 7, 2012), <https://www.justice.gov/opa/pr/pfizer-hcp-corp-agrees-pay-15-million-penalty-resolve-foreign-bribery-investigation> [<https://perma.cc/B2ME-VAP2>].

17. Sec. & Exch. Comm’n. v. Citigroup Global Mkts., Inc., 827 F. Supp. 2d 328, 334 (S.D.N.Y. 2011); see also *infra* note 48 and accompanying text. For a discussion of how to maximize the deterrent effect of corporate prosecutions, see JOHN C. COFFEE, CORPORATE CRIME AND PUNISHMENT: THE CRISIS OF UNDERENFORCEMENT 91 (2020).

18. See, e.g., Eisinger, *supra* note 15.

19. This perspective was vigorously expressed in a French book relating to DPAs: DEALS DE JUSTICE: LE MARCHÉ AMÉRICAIN DE L’OBÉISSANCE MONDIALISÉE [JUSTICE DEALS: THE AMERICAN MARKET OF GLOBALIZED OBEDIENCE] (Antoine Garapon and Pierre Servan-Schreiber eds., 2013).

There is probably one principal and practical reason why DPAs and NPAs continue to be used on a frequent basis—and are being adopted or at least considered in countries outside the United States: they are efficient and effective, and achieve clear goals for both the corporations and the prosecutors involved.

From the perspective of a corporation, negotiating a prompt outcome that avoids a criminal conviction offers compelling benefits:

Under some circumstances, a corporate criminal conviction may lead to disbarment, sometimes automatic, from certain markets or businesses. In negotiations to avoid a corporate guilty plea, corporations may thus refer to a “corporate death penalty,” sometimes referencing the demise of Arthur Andersen after it was indicted for accounting fraud.²⁰ This has sometimes been characterized as the “too big to jail” defense.²¹

Even short of a “death penalty,” the pendency of a criminal indictment can be a major distraction (and public relations problem)

20. In 2002, the criminal conviction (later overturned) of the then well-regarded accounting firm Arthur Andersen for having aided and abetted Enron in fraudulently obscuring its accounting led to its demise – and the apparent loss of jobs for some 20,000 employees, all but a handful of whom had nothing whatsoever to do with Enron. See Lisa Kern Griffin, *Compelled Cooperation and the New Corporate Criminal Procedure*, 82 N.Y.U. L. REV. 311, 322 (2007), available at https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2562&context=faculty_scholarship (“[DPAs’] popularity with prosecutors has increased since the public opprobrium that followed the Arthur Andersen case, in which the conviction of the accounting firm was ultimately overturned, but not before the stigma of indictment drove it out of business entirely”).

21. See Garrett, *supra* note 15, at 254. This defense has its limits. In 2014, the French banking giant BNP Paribas reported that it was under investigation for alleged violations of the Trading With the Enemy Act and other prohibitions on providing financing to so-called “rogue countries” such as Iran, Sudan, and Cuba. See Ben Protess & Jessica Silver-Greenberg, *Two Giant Banks, Seen as Immune, Become Targets*, N.Y. TIMES (April 29, 2015, 8:40 PM), <https://dealbook.nytimes.com/2014/04/29/u-s-close-to-bringing-criminal-charges-against-big-banks/> [<https://perma.cc/979H-K5WY>]. In April 2014, when reports indicated that the Department of Justice as well as state and federal regulators were investigating the bank, a news article noted that BNP Paribas had received assurances from state and federal regulators that it would not lose its banking license if it were convicted. *Id.* While it might appear that this was a significant victory for the bank, it was not: the bank could no longer play the “corporate death penalty” or “too big to jail” card, and two months later, the bank entered into a series of agreements that included a “holding level guilty plea,” which the Deputy Attorney General emphasized was a particularly strong remedy designed to punish BNP Paribas for failing to cooperate and for allegedly attempting to cover-up its misdeeds. Press Release, Dep’t of Just., BNP Paribas Agrees to Plead Guilty and to Pay \$8.9 Billion for Illegally Processing Financial Transactions for Countries Subject to U.S. Economic Sanctions (June 30, 2014), <https://www.justice.gov/opa/pr/bnp-paribas-agrees-plead-guilty-and-pay-89-billion-illegally-processing-financial> [<https://perma.cc/7SFZ-AE5H>].

2022]

JUDICIAL REVIEW OF DPAs

11

for a company, and may have a negative impact on its publicly traded shares and its operations.²²

More broadly, under U.S. criminal laws and procedures, corporate entities are particularly easy to prosecute and difficult to defend: the Fifth Amendment does not shield a corporation from having to turn over information or documents that may incriminate it or its officers, and in fact corporations often have affirmative disclosure obligations; corporations are often unsympathetic defendants before a jury; and most importantly, U.S. laws uniquely empower prosecutors to hold a corporation criminally responsible for the acts of virtually any officer, employee or agent acting even vaguely in the interests of the corporation, even when the individual defied a specific corporate policy or rule.²³

Finally, a negotiated outcome permits a corporation to “take charge” of, and often shorten or forestall, an investigation by “self-reporting” an event, possibly one that inevitably would be discovered by authorities anyway. The corporation can then negotiate a prompt outcome and avoid the costs and reputational impact—including a weight on stock prices—of a long running criminal investigation.

For prosecutors, negotiated outcomes offer many advantages over full-fledged criminal proceedings, to such an extent that actual criminal trials in the federal courts, particularly against corporations, have become a rarity:

To begin, any negotiated outcome by definition avoids a trial that may be resource consuming, risky, or both. Over 97% of federal criminal matters end in a guilty plea or other negotiated outcome,

22. See F. Joseph Warin & Andrew S. Boutros, *Deferred Prosecution Agreements: A View from the Trenches and a Proposal for Reform*, 93 VA. L. REV. 121, 129 (2007) (“Empirical studies have shown that the mere announcement of a criminal investigation triggers a significant drop in a company’s stock price.”)

23. In contrast, many other countries either have no principle of corporate criminal responsibility, or require that the prosecutor show that the individuals whose acts are attributed to the corporation either had a status where he or she could reasonably “bind” the corporation, or where seniors in the corporation—referred to in U.K. parlance as “the directing mind”—knew of and approved the conduct. See Arlen, *supra* note 15 at 1 (arguing that French and U.K. DPAs fail to deter corporate wrongdoing because these countries have “excessively restrictive corporate criminal liability laws that let companies profit from many crimes”); see also Frederick T. Davis, *Limited Corporate Criminal Liability Impedes French Enforcement of Foreign Bribery Laws*, GLOBAL ANTICORRUPTION BLOG (Sept. 1, 2016), <https://globalanticorruptionblog.com/2016/09/01/guest-post-unduly-limited-corporate-criminal-liability-impedes-french-enforcement-of-foreign-bribery-laws/#more-6926> [https://perma.cc/G7V4-3NUG].

thereby allowing prosecutors to expand the number of their investigations using scarce resources.²⁴

More positively, prosecutors view DPAs and NPAs as tools to engage in “compliance optimization.” By calibrating appropriate “carrots” (prompt and advantageous consensual outcomes) and “sticks” (prohibitively expensive or ruinous effects of an indictment or conviction), prosecutors can use negotiated corporate outcomes as a means of reforming corporate conduct and of obtaining information with which to prosecute individuals. At least since September 2015, when then-Deputy Attorney General Sally Yates introduced the eponymous “Yates Memo” on this subject,²⁵ the DoJ has emphasized that corporations will not get advantageous negotiated outcomes absent “total cooperation,” which must include turning over all evidence available to the corporation to show the complicity of any of its employees. As one commentator has noted, negotiated corporate criminal outcomes provide a mechanism to turn “potential corporate criminals into corporate cops.”²⁶

The DoJ also emphasizes that its DPA/NPAs require corporate signatories to adopt improved compliance and reporting procedures, sometimes supervised during the pendency of the agreement by a “monitor” reporting to the DoJ.²⁷ One extended study of such

24. See FREDERICK DAVIS, *AMERICAN CRIMINAL JUSTICE: AN INTRODUCTION* 5 (2019). One commentator has stated that not only are federal prosecutors “too risk adverse,” but also that “prosecutors function within understaffed, overworked bureaucracies that cannot normally undertake intensive investigations.” Coffee, *supra* note 17, at ix.

25. Sally Yates, Deputy Att’y General, U.S. Dep’t of Just., Memorandum from Sally Yates for the Assistant Attorney General: Individual Accountability for Corporate Wrongdoing (Sept. 9, 2015), <https://www.justice.gov/dag/file/769036/download> [<https://perma.cc/N74N-AKD2>]. The DoJ’s emphasis on individual accountability was forcefully reaffirmed in October 2021. Lisa O. Monaco, Deputy Attorney General, U.S. Dep’t of Just., Deputy Attorney General Lisa O. Monaco Gives Keynote Address at ABA’s 36th National Institute on White Collar Crime (Oct. 28, 2021), <https://www.justice.gov/opa/speech/deputy-attorney-general-lisa-o-monaco-gives-keynote-address-abas-36th-national-institute> [<https://perma.cc/4YA4-BU7R>].

26. See generally Jennifer Arlen, *Corporate Criminal Enforcement in the United States: Using Negotiated Settlements to Turn Potential Corporate Criminals into Corporate Cops*, in *CRIMINALITÀ D’IMPRESA E GIUSTIZIA NEGOZIATA: ESPERIENZE A CONFRONTO* [CORPORATE CRIME AND NEGOTIATED JUSTICE: COMPARING EXPERIENCES], 91 (Camilla Beria di Argentine ed., 2017).

27. In its published (and regularly updated) Principles of Federal Prosecution of Business Organizations, the DoJ claims that NPAs and DPAs promote efficiency and speedy restitution, noting that they “can help restore the integrity of a company’s operations and preserve the financial viability of a corporation that has engaged in criminal conduct, while preserving the government’s ability to prosecute a recalcitrant corporation that materially breaches

agreements concluded that “N/DPAs play a significant and increasing role in improving corporate governance in the United States.”²⁸

Finally, by entering into a DPA or an NPA American prosecutors and defendants also avoid having to explain or justify their acts to a particular audience both may wish to avoid: judges. As the next Part of this Article will show, the few attempts by judges to review the terms of DPAs and gauge whether they are “in the public interest” have been forcefully opposed by prosecutors and corporate defense lawyers—and the appellate courts have backed them up, essentially barring such review going forward. The subsequent Parts of the article will then review the very different ways judicial review has been viewed and implemented in other countries.

II. JUDICIAL REVIEW IN THE UNITED STATES

Judicial review of corporate DPAs in the United States can be succinctly summarized: there is virtually none, and certainly none relating to the basic fairness of DPAs or whether they are in the public interest. The development of the case law on this point is worth reviewing because it reflects uniquely American concepts of the respective roles of the executive and the judicial branches in the administration of criminal justice, and the remarkable extent of unreviewable prosecutorial discretion in the United States.

A. Non-Prosecution Agreements

It may be useful to begin with Non-Prosecution Agreements (NPAs). As noted in Part 1(B), *supra*, NPAs are nothing more than contracts between a prosecutor and a potential (but not formally accused) defendant, with nothing whatsoever filed in court. There is a consensus that there is—and can be—no judicial review of these contracts, for the simple reason that nothing is ever presented to a court, and thus there is nothing on which a judge could rule. As one judge

the agreement. Such agreements achieve other important objectives as well, like prompt restitution for victims.” U.S. Dep’t of Just., Just. Manual § 9-28.1100 (2020). The DoJ adds that DPAs and NPAs should be “designed, among other things, to promote compliance with applicable law and to prevent recidivism.” *Id.*

28. Kaal and Lacine, *supra* note 4, at 2–3; *see also* June Rhee, The Effect of Deferred and Non-Prosecution Agreements on Corporate Governance, HARV. L. SCH. FORUM ON CORP. GOV. (Sept. 23, 2014), <https://corpgov.law.harvard.edu/2014/09/23/the-effect-of-deferred-and-non-prosecution-agreements-on-corporate-governance/> [<https://perma.cc/85L5-QEMJ>].

has noted, “[e]ven a formal, written agreement [setting conditions for non-prosecution] is not the business of the courts.”²⁹

B. Deferred Prosecution Agreements—Potential Bases for Review

An exploration of the possible bases for judicial review of a corporate DPA starts with the fact that there is no legislative or rule-based standard by which to evaluate them.³⁰ Rather, as noted, they were invented and have been energetically developed by prosecutors and corporations because they achieve useful results for both. Upon what grounds, then, could any judge even claim a basis upon which to review a DPA, or the procedural power to do so? And what standards could a judge apply?

29. *United States v. HSBC Bank USA*, No. 12-CR-763, 2013 WL 3306161, at *5 (E.D.N.Y. July 1, 2013); *see also* *United States v. Saena Tech Corp.*, 140 F. Supp. 3d 11, 33 (D.D.C. 2015) (noting that “the Court would have little authority, if any, to review an out-of-court non-prosecution agreement between the government and a defendant”). A separate question is whether there are any restraints on their enforceability: What would happen, for example, if before the expiration of the agreed-upon period, the prosecutor filed criminal charges which the (now accused) defendant believes are not consistent with the prosecutor’s promises in the NPA? Enforcing a contractual right by a motion to dismiss formal criminal charges would be difficult because publicly available NPAs are notably one-sided, leaving it to the unfettered discretion of the prosecutor to determine whether the signing corporation has met all its contractual obligations (such as total disclosure, enhancing its compliance profile, etc.), and a corporation claiming a contractual right not to be prosecuted would face difficulties sustaining such a claim. The DoJ has on several occasions used similar language in DPAs to extend a DPA’s term if it felt that the agreement had not been respected by the signing corporation. *See, e.g.*, Leslie R. Caldwell, Assistant Att’y General, U.S. Dep’t of Just., Assistant Attorney General Leslie R. Caldwell Delivers Remarks at a Press Conference on Foreign Exchange Spot Market Manipulation (May 20, 2015), <https://www.justice.gov/opa/speech/assistant-attorney-general-leslie-r-caldwell-delivers-remarks-press-conference-foreign> [<https://perma.cc/4XA8-9BGG>]. Caldwell stated that “NPAs and DPAs are valuable tools, and we will continue to use them in appropriate circumstances. And we will require that the parties who enter into those agreements live up to their terms.” *Id.* *See also* *Amended Deferred Prosecution Agreement* ¶ 20, *United States v. Standard Chartered Bank*, No. 12-cr-262 (D.D.C. Apr. 9, 2019). For a useful discussion of judicial review of breaches of DPAs and NPAs, *see generally* Jacob Stock, *Judicial Review of Corporate Non-Prosecution and Deferred Prosecution Agreements: A Narrow Road to Checking Prosecutorial Discretion*, 3 *CORP. & BUS. L.J.* 212 (2022).

30. Several judges, noting the absence of any legislative input into DPAs and NPAs, have called “for Congress to consider implementing legislation” to provide standards for the review. *United States v. HSBC Bank USA*, N.A., 863 F.3d 125, 143 (2d Cir. 2017) (Pooler, J., concurring); *see also* *United States v. Saena Tech Corp.*, 140 F. Supp. 3d 11, 30 n.9 (D.D.C. 2015) (calling for “congressional action to clarify the standards a court should apply when confronted with a corporate deferred-prosecution agreement”).

The Federal Rules of Criminal Procedure offer no explicit basis for review because they do not even mention DPAs—although, as will be argued below,³¹ the Rules appear to contemplate a judicial role in negotiated outcomes like DPAs. Rule 11 of the Federal Rules of Criminal Procedure provides detailed procedures for guilty (or, rarely, *nolo contendere*) pleas, which result in a judgment of conviction.³² Since the essence of a DPA is that the company does not plead guilty or *nolo contendere* (and no judgment of conviction is entered), Rule 11 does not by its terms apply to them.³³

Separately, Rule 48(a) provides as follows:

The government may, with leave of court, dismiss an indictment, information, or complaint. The government may not dismiss the prosecution during trial without the defendant’s consent.³⁴

Rule 48(a) is intrinsic to a DPA: after a DPA has been negotiated, and simultaneously with its public announcement and the issuance of a press release by the Department of Justice, the prosecutor typically files an Information with the Court pursuant to Fed. R. Crim. P. Rule 7(b). This has the same effect as an indictment although a Grand Jury does not vote on it.³⁵ Key to the DPA, then, is the prosecutor’s agreement to “dismiss” the Information under Rule 48(a) at the end of the agreed-upon period, assuming that she is satisfied with the corporation’s performance of its obligations.

While the “leave of court” provision might seem to give the court a voice on whether to dismiss an indictment or information when requested by a prosecutor, it has been generally interpreted to give the government “near-absolute power to extinguish a case that it has brought.”³⁶ The Supreme Court has explained that the “principal object of the ‘leave of court’ requirement” has been understood to be a narrow one: “to protect a defendant against prosecutorial harassment

31. See *infra* note 97 and accompanying text.

32. Fed. R. Crim. P. 11.

33. *United States v. HSBC*, 863 F.3d 125, 131 (2d Cir. 2017). For further discussion of the relevance of F. R. Crim. P. 11 to judicial review of DPAs, see *infra* note 97 and accompanying text.

34. Fed. R. Crim. P. 48(a) (emphasis added).

35. Fed. R. Crim. P. 7(b) permits a defendant to “waive[] prosecution by indictment,” thereby allowing the prosecutor to proceed by filing an Information. The package of documents submitted to court in support of a corporate DPA will typically include a formal waiver of indictment signed by a representative of the corporation, as well as a copy of the Information to be filed against it.

36. *United States v. HSBC Bank USA*, No. 12-CR-763, 2013 WL 3306161, at *5 (E.D.N.Y. July 1, 2013).

. . . when the [g]overnment moves to dismiss an indictment over the defendant's objection."³⁷ Under this reasoning, Rule 48(a) is inherently inapplicable to negotiated outcomes where the defendant does not "object" to but actively seeks the dismissal. In fact, dismissals under Rule 48(a) after the completion of a DPA are generally routine matters, handled on paperwork without discussion. In any event, the prosecutor's filing of a Rule 48(a) dismissal comes at the *end* of a multi-year period, when the prosecutor is by definition satisfied not only that the defendant corporation has long since paid the penalties due under the DPA, but also that the corporation has behaved appropriately under the terms of the agreement. Since the DPA is thus in an important and literal sense "history" by the time of a Rule 48(a) dismissal application, if a court even attempted to question its basis at that time, it would achieve nothing of practical value.

In the absence of any provision in the Federal Rules of Criminal Procedure even addressing the handling of DPAs, judges who have asserted a supervisory role in reviewing DPAs have turned to two other sources for their authority.

The source most frequently cited has been the Speedy Trial Act of 1974 ("STA").³⁸ The core principle of the STA is that once federal criminal charges are filed, the case must proceed to trial on a schedule set forth in the legislation; absent statutory extensions or exclusions of time made pursuant to its terms, a prosecution must be dismissed if a trial does not occur within the mandatory time limits.³⁹ The formal filing of an Information pursuant to a DPA appears to trigger the running of the STA,⁴⁰ exposing prosecutors to the risk of early dismissal unless the court formally agrees that the DPA fits under one of the specified bases for an extension of STA deadlines. Further, the legislative history of the STA makes it clear that Congress did not intend to allow the parties to a criminal prosecution—that is, the prosecutor and a defendant—to agree between themselves to waive the Act's

37. *Rinaldi v. United States*, 434 U.S. 22, 29 n.15 (1977). However, *see* discussion *infra* Section II.D.2, summarizing new research published in the context of the attempted dismissal of the charges against former National Security Adviser Michael Flynn, which may not have been presented to the *Rinaldi* court.

38. 18 U.S.C. §§ 3161–74.

39. The applicable time periods and their possible exclusions and extensions are set forth in 18 U.S.C. § 3161. 18 U.S.C. § 3162(a)(2) provides that "[i]f a defendant is not brought to trial within the time limit required by [the Act,] the information or indictment shall be dismissed on motion of the defendant."

40. As noted below, *see* text accompanying note 80, the DOJ has argued that in at least some instances, the filing of an Information, for technical reasons, does not trigger the running of an STA period.

provisions; speedy trials are an important matter of public interest that cannot be left to the convenience of the parties.⁴¹ As a result, even if the prosecution and the defense agree to an exclusion for the duration of the DPA, they must present their request to the court, which can base an exclusion only upon one of the permissible bases specifically listed in the Act.⁴² While DPAs and similar agreements often contain a provision that the defendant “waives” its rights under the STA, prosecutors know that there is a distinct risk that such a waiver might be found ineffective, and that the case could soon be dismissed unless the court has approved an exclusion for the pendency of the DPA under one of the specific terms of the STA.⁴³

One of the listed bases for a permissible exclusion “in computing the time within which the trial of [an] offense must commence” appears in 18 U.S.C. § 3161(h)(2) as follows:

Any period of delay during which prosecution is deferred by the attorney for the Government pursuant to written agreement with the defendant, with the approval of the court, for the purpose of allowing the defendant to demonstrate his good conduct.

This provision was drafted to create a humane alternative for individuals, typically young first-offenders, which would permit them to avoid the effects of a criminal conviction by showing their “good conduct” during an agreed-upon period, often under the supervision of a social services agency.⁴⁴ While the legislative history is replete with references to such “diversion programs” for individuals,⁴⁵ it does not appear to have occurred to any of the legislators that this provision would later be aggressively used by large corporations. However, since the terms of the statute neatly apply to corporate DPAs, it has

41. For a useful review of the legislative history of the STA, *see* the opinion of Judge Emmet Sullivan in *United States v. Saena Tech Corp.*, 140 F. Supp. 3d 11 (D.D.C. 2015), discussed further *infra* in text accompanying note 63.

42. 18 U.S.C. § 3161(h) lists the permitted bases for an exclusion of time.

43. *United States v. HSBC Bank USA, N.A.*, 863 F.3d 125, 142 (2d Cir. 2017) (Pooler, J., concurring): “Without [an STA] exception, the filing of the criminal information would trigger the running of the speedy trial clock.”

44. *See supra* text accompanying note 5.

45. *United States v. HSBC Bank USA, N.A.*, 863 F.3d 125, 143 (2d Cir. 2017) (Pooler, J., concurring) (“The two programs mentioned in the legislative history [of the STA], Project Crossroads and the Manhattan Court Employment Project, were pretrial diversion programs aimed at helping individual defendants avoid the collateral consequences of a criminal conviction through programs that included education, job training, and substance abuse treatment.”)

become customary for DPA agreements to provide that the parties will jointly apply to the Court for an exclusion of time under its terms.

Separately, some judges have also based a power to review a DPA on the concept of the “supervisory powers” of the court. The notion of judicial supervisory powers is an anomaly in federal criminal jurisprudence in the United States. It is not based on any specific legislation giving judges a general supervisory role over criminal procedures, and in fact there is no such legislation. An oft-recited summary is that “[t]he supervisory power . . . permits federal courts to supervise ‘the administration of criminal justice’ among the parties before the bar.”⁴⁶ Courts have invoked this principle on occasion when needing to establish a rule or procedure where none has been provided by Congress, on the ground that the power to create “civilized standards of procedure and evidence” applicable to federal criminal proceedings is inherent in the judicial function.⁴⁷

In the vast majority of filed DPAs, judges grant the joint request for an exclusion under 18 U.S.C. § 3161(h)(2) without any discussion of either the STA or their supervisory powers, or even argument about the merits of the request. In a very few instances discussed below, however, some notably active judges have insisted on a right to review the substance of a DPA. Noting that § 3161(h)(2) itself provides that such an extension can only be granted “with the approval of the court,” these judges have conditioned or withheld their approval based upon their review of the DPA and its provisions. Both the prosecution and the defense generally oppose such judicial activism. This is not surprising; by definition, any publicly released DPA represents a deal that the parties have concluded is in their respective best interests, and thus having a judge question or potentially block that deal threatens the interests of both parties. As a result, when trial and appellate courts review such cases, they faced the procedural anomaly of having all the parties in agreement, thus depriving the courts of an adversarial dynamic and an independent point of view. As shown here, the appellate courts that have addressed this issue have, to-date, rigorously restricted—and in fact have virtually eliminated—judicial review of DPAs.

46. *United States v. Payner*, 447 U.S. 727, 735 n.7 (1980) (quoting *McNabb v. United States*, 318 U.S. 332, 340 (1943)).

47. *McNabb*, 318 U.S. at 340; *see, e.g.,* *McCarthy v. United States*, 394 U.S. 459 (1969) (establishing procedures for accepting guilty plea). For a general review of this power, *see* Beale, *Reconsidering Supervisory Power in Criminal Cases: Constitutional and Statutory Limits on the Authority of the Federal Courts*, 84 COLUM. L. REV. 1433 (1984).

C. The Cases

1. The Citibank Case

Although not a DPA case, the Court's decision in *Securities & Exchange Commission v. Citigroup Global Markets, Inc.*⁴⁸ prefigured the analysis applied to DPAs. *Citibank* involved an agreement between the Securities & Exchange Commission ("SEC") and Citibank to settle serious fraud charges against the bank by agreeing to a proposed Consent Judgment. Although the parties undoubtedly believed that the District Court would approve the settlement as a matter of course, they were surprised to be faced by numerous questions about the factual and policy basis for it and a demand from the judge for submissions on why he should accept it.⁴⁹ Ultimately the trial judge, Jed S. Rakoff of the United States District Court for the Southern District of New York, resolved: "In the end, the Court concludes that it cannot approve [the proposed Consent Judgment], because the Court has not been provided with any proven or admitted facts upon which to exercise even a modest degree of independent judgment."⁵⁰

The Court emphasized that Citibank entered into the Consent Judgment without formally admitting the charges against it and, in fact, continued to deny them in significant part. Comparing the proffered settlement against the charges made by the SEC (including the allegation that Citibank was, in essence, a recidivist), Judge Rakoff observed that the settlement amount was remarkably small—"pocket change to any entity as large as Citigroup."⁵¹ Rejecting the SEC's argument that it, not the Court, was charged with ascertaining the "public interest" in matters subject to its jurisdiction, Judge Rakoff concluded that the record before him did not suffice to serve—as he felt it must before giving the agreement his approval—the public's interest, noting:

The point, however, is not that certain narrow interests of the parties might not be served by the Consent

48. SEC v. Citigroup Glob. Mkts., Inc., 827 F. Supp. 2d 328 (S.D.N.Y. 2011).

49. As one commentator notes, "[u]sually, when a settlement such as this goes to court, the judge will approve it, and if not, it's usually over a fixable procedural matter. However, Judge Rakoff delivered a surprising verdict when he rejected the settlement because it lacked an official admission of wrongdoing on Citigroup's part." Steven Jacobson, *Overturning SEC v. Citicorp: Why the Original Decisions Still Matters*, PENN UNDERGRADUATE L.J. LAW JOURNAL, <https://www.pulj.org/the-roundtable/overturning-sec-v-citigroup-why-the-original-decision-still-matters> [<https://perma.cc/5AGK-HLP3>].

50. SEC v. Citigroup Glob. Mkts., Inc., 827 F. Supp. 2d at 330.

51. *Id.* at 334.

Judgment, but rather that the parties' successful resolution of their competing interests cannot be automatically equated with the public interest, especially in the absence of a factual base on which to assess whether the resolution was fair, adequate, and reasonable.⁵²

Both Citibank and the SEC appealed to the Second Circuit. In the absence of any lawyer opposing the position unanimously presented by the parties before it, and in response to a request from Judge Rakoff, the Court appointed New York attorney John R. Wing to defend the District Court opinion.⁵³ Ultimately, the Second Circuit reversed.⁵⁴ While it rejected the SEC's broadest claim—which was essentially that the District Court should entirely defer to the SEC's position as to whether the settlement was “in the public interest”—the Circuit concluded that the trial court had abused its discretion by giving insufficient deference to the SEC. Noting that “[t]he job of determining whether the proposed S.E.C. consent decree best serves the public interest . . . rests squarely with the S.E.C., and its decision merits significant deference,”⁵⁵ the Court stated the relevant test as follows:

Today we clarify that the proper standard for reviewing a proposed consent judgment involving an enforcement agency requires that the district court determine whether the proposed consent decree is fair and reasonable, with the additional requirement that the “public interest would not be disserved,” in the event that the consent decree includes injunctive relief. Absent a substantial basis in the record for concluding that the proposed consent decree does not meet these requirements, the district court is required to enter the order.⁵⁶

By stating that a court could only reject a consent decree on a finding that it “disserved” the public interest, the Court set a high

52. *Id.* at 335.

53. *See* SEC v. Citigroup Glob. Mkts. Inc., 673 F.3d 158, 169 (2d. Cir. 2012); *see also* Jonathan Stempel, *Rakoff turns to ex-colleague for SEC-Citi appeal*, REUTERS, Mar. 16, 2012, <https://www.reuters.com/article/citigroup-sec-lawyer/update-4-rakoff-turns-to-ex-colleague-for-sec-citi-appeal-idUSL2E8EF44020120316> [<https://perma.cc/Y44B-QUB8>]. By way of disclosure, the author of this article is a friend, former colleague, and admirer of both Judge Rakoff and Mr. Wing.

54. SEC v. Citigroup Glob. Mkts. Inc., 752 F.3d 285, 298 (2d. Cir. 2014).

55. *Id.* at 296.

56. *Id.* at 294 (citation omitted).

burden on courts reviewing decisions subject to SEC jurisdiction.⁵⁷ It thus vacated Judge Rakoff's disapproval of the consent decree. With stated reluctance, Judge Rakoff subsequently approved the decree.⁵⁸

While not a DPA case, the Court's strong support of the executive branch's power to set the terms for a corporate agreement to settle significant claims without any judicial review of its appropriateness set the stage for application of the same reasoning in the context of DPAs.

2. The DPA Decisions

With one partial exception, the relatively few instances where trial judges have denied or conditioned the acceptance of DPAs have encountered similar rejection by the appellate courts.

The partial exception is *United States v. WakeMed*.⁵⁹ In that case, a court was asked to approve an SPA time exclusion to allow a corporate defendant to perform its contractual obligations under a DPA. After discussing the matter with the parties in two hearings, the court reviewed the circumstances, including the risk that the corporate defendant might go out of business if convicted and that "the needs of the underprivileged in the surrounding area would be drastically and inhumanely curtailed" if they could not benefit from a prompt settlement.⁶⁰ The Court concluded, "[a]fter weighing the seriousness of defendant's offense against the potential harm to innocent parties that could result should this prosecution go forward—a deferred prosecution is appropriate in this matter."⁶¹ It also noted that, because the parties to the agreement had agreed to periodic review by the Court, "any reports relating to defendant's compliance with the agreement shall be filed with the Court for its review."⁶² The judge in *WakeMed* appeared to assume—but did not address the extent of—his power to review the substance of a DPA as a component of the needed sign-off under the STA. The prosecutor apparently did not contest the limited review quoted here and sought no appeal or further review of the matter.

57. *Id.*

58. *SEC v. Citigroup Glob. Mkts. Inc.*, 34 F. Supp. 3d 379, 380 (S.D.N.Y. 2014).

59. 2013 WL 501784, No. 5:12-CR-398-BO (E.D.N.C. Feb. 8, 2013).

60. *Id.* at *2.

61. *Id.*

62. *Id.*

In *United States v. Saena Tech Corp.*,⁶³ Judge Emmet G. Sullivan of the United States District Court for the District of Columbia was asked to approve an STA time exclusion to permit the execution of a complex DPA submitted by the Department of Justice and Saena, a technology company accused of bribing a public official under 18 U.S.C. § 201. Noting that all the parties before him were in agreement that the time exclusion should be approved, but nonetheless seeing potential problems with it, Judge Sullivan openly mused:

[I]t's not a traditional adversarial proceedings [sic]. There is no one else on the other side—there's no one else in the courtroom raising concerns. I can raise these issues, but I can't be an advocate. I can't argue the other side. I can administer justice and decide controversies, but I can't and should not be the principal advocate for legitimate concerns that the Court has raised.⁶⁴

To get a point of view independent of the parties, the Court appointed University of Virginia law professor Brandon Garrett⁶⁵—a noted critic of DPAs, particularly as set forth in his book, *Too Big to Jail: How Prosecutors Compromise with Corporations*⁶⁶—as *amicus curiae* “to respond to the parties’ arguments and provide the Court with advocacy in favor of broader court authority, vel non, to consider issues including the fairness and reasonableness of a deferred-prosecution agreement in deciding whether to accept or reject a deferred prosecution-agreement.”⁶⁷ The prosecutor did not oppose this appointment.⁶⁸

After a thorough review of the facts and procedural history and a careful analysis of the STA, and after considering the recent District Court decisions in *United States v. Fokker* and *United States v. HSBC*—both of which were later reversed by the respective Courts of

63. 140 F. Supp. 3d 11 (D.D.C. 2015).

64. *United States v. Saena Tech Corp.*, No. 14 CR 066 (D.D.C. July 17, 2014), ECF No. 38, at 26.

65. Professor Garrett is now the L. Neil Williams Professor of Law at Duke Law School.

66. BRANDON GARRETT, *TOO BIG TO JAIL* (2014). The article by Judge Rakoff referenced in note 5, *supra*, while expressing the judge’s own views, was also an admiring review of *Too Big to Jail*.

67. *Saena*, 140 F. Supp at 19 (internal quotations and footnote omitted).

68. “If the Court wants just sort of an independent party on the other side to play devil’s advocate or something, I think we have less problem with that.” *United States v. Saena Tech Corp.*, No. 14 CR 066 (D.D.C. July 17, 2014), ECF No. 38, at 37.

Appeal, as will be discussed below⁶⁹—Judge Sullivan engaged in an extensive and thoughtful analysis of his power to review the merits of the proffered DPA. Rejecting both the prosecutor’s “hands off” argument as well as Professor Garrett’s position, which he summarized as proposing “largely plenary court review” of the merits of the DPA,⁷⁰ Judge Sullivan concluded that the court’s review was essential but limited. Judge Sullivan first reasoned that the court’s “authority under the Speedy Trial Act is limited to assessing whether the agreement is truly about diversion.”⁷¹ Applying this provision, which he explained was designed to avoid “collusion” between the prosecutor and the defendant to avoid the STA time deadlines by concocting an exception without factual basis,⁷² he concluded that the structure and content of the DPA before him showed that it was entered in good faith to permit Saena to avoid conviction by demonstrating its commitment to good conduct. Among other things, Judge Sullivan noted that Saena agreed to pay a hefty fine and to submit to review of its revised compliance programs.⁷³ With respect to the court’s supervisory powers, Judge Sullivan reasoned they only empowered the court to “deny approval where a deferred-prosecution agreement would involve the court in illegal or especially problematic agreements.”⁷⁴ Since he found that the joint request to defer prosecution was made in good faith and that the agreement did not involve “potential collateral consequences” that the court might find “inappropriate,” such as requiring a charitable contribution to a third party,⁷⁵ Judge Sullivan unconditionally approved the DPAs, obviating the need (or any opportunity) for appellate review. In fact, his reasoning largely anticipated the appellate decisions now discussed.

Appellate review did take place in the *Fokker* and the *HSBC* cases, two District Court decisions that Judge Sullivan carefully considered before their respective appeals. Those appellate decisions essentially state the current law with respect to judicial review of DPAs and, taken together, emphasize the restrictive limits of judicial power to review DPAs in the United States.

69. See *infra* notes 79–93 and accompanying text.

70. *Saena*, 140 F. Supp at 34.

71. *Id.* at 30 (footnote omitted).

72. *Id.* at 36.

73. *Id.* at 17.

74. *Id.* at 31.

75. *Id.* at 35.

In *United States v. Fokker Services, B.V.*,⁷⁶ a European aerospace company reached a DPA with the DoJ on charges relating to the alleged illegal exportation of goods in violation of federal sanctions and export control laws, and sought an STA extension. In a lengthy opinion, District Judge Richard Leon of the District Court for the District of Columbia first reviewed the scope of his authority to review a DPA. While mostly relying on the STA, he also emphasized his inherent supervisory powers:

[T]he government has charged Fokker Services with criminal activity. And it does not propose to dismiss the case at this point; rather, under the proposed resolution, this criminal case would remain on this Court's docket for the duration of the agreement's term.

The parties are, in essence, requesting the Court to lend its judicial imprimatur to their DPA. In effect, the Court itself would 'become an instrument of law enforcement.' The parties also seek to retain the possibility of using the full range of the Court's power in the future should Fokker Services fail to comply with the agreed upon terms. To put it bluntly, the Court is thus being asked to serve as the leverage over the head of the company.

When, as here, the mechanism chosen by the parties to resolve charged criminal activity requires Court approval, it is the Court's duty to consider carefully whether that approval should be given.⁷⁷

After reviewing the terms of the DPA in detail and in the context of the charges that they were designed to resolve, Judge Leon concluded as follows:

While I do not discount Fokker Services' cooperation and voluntary disclosure or, for that matter, its precarious financial situation, after looking at the DPA in its totality, I cannot help but conclude that the DPA presented here is grossly disproportionate to the gravity of Fokker Services' conduct In my judgment, it would undermine the public's confidence in the administration of justice and promote disrespect for the law for it to see a defendant prosecuted so anemically for engaging in such egregious conduct for such a

76. *United States v. Fokker Services, B.V.*, 79 F. Supp. 3d 160 (D.D.C. 2015).

77. *Id.* at 165 (internal citations omitted).

sustained period of time and for the benefit of one of our country's worst enemies. . . . As such, the Court concludes that this agreement does not constitute an appropriate exercise of prosecutorial discretion and I cannot approve it in its current form.⁷⁸

Both parties appealed, and, as in *Citibank*, the Court appointed a law firm to submit a brief as *amicus curiae* to defend the trial court's reasoning.⁷⁹ The DoJ made several arguments that the STA either did not apply, or could easily be made not to apply.⁸⁰ It also noted that the parties could always agree to proceed by an NPA rather than a DPA, which would avoid any judicial involvement at all.⁸¹ Its primary argument, however, focused on the principle of separation of powers, arguing that the courts should have no role in reviewing DPAs because the determination whether DPAs satisfy the public interest is allocated by the Constitution to the executive rather than the judicial branch.

It was on this argument that the Department of Justice prevailed. The D.C. Circuit Court first reviewed separation of powers decisions in the area of criminal justice, and concluded that "judicial authority is . . . at its most limited when reviewing the Executive's exercise of discretion over charging determinations."⁸² Interpreting the position of the amicus (the only voice supporting Judge Leon's decision) to be that the "district courts [have] substantial authority to second-guess the prosecution's charging decisions,"⁸³ the Court concluded that a DPA was closely analogous to a charging decision because "the entire object of a DPA is to enable the defendant to *avoid* criminal conviction and sentence by demonstrating good conduct and compliance with the law."⁸⁴ The court thus held that a trial court's only obligation (and authority) under the STA is to determine whether "the parties entered into the DPA to evade speedy trial limits rather than to enable [the defendant] to demonstrate its good conduct and

78. *Id.* at 167.

79. *United States v. Fokker Servs. B.V.*, 818 F.3d 733, 740 (D.C. Cir. 2016).

80. It claimed that "the government in many districts may file a criminal information without an in-court appearance," which it argued would mean that the filing of a DPA (at least in some districts) would not start an STA "clock" triggered by such an appearance. Opening Brief for the United States at 4, *United States v. Fokker Servs. B.V.*, 818 F.3d 733 (D.C. Cir. 2016).

81. *Id.* at 7.

82. *Fokker Servs. B.V.*, 818 F.3d at 741 (citations and quotation marks omitted).

83. *Id.* at 745.

84. *Id.* at 746 (emphasis in the original).

compliance with the law.”⁸⁵ Since this was manifestly not the case, it followed that the District Court had abused its discretion and exceeded its powers by rejecting the deal. To avoid any possible question about the court’s appellate jurisdiction, the Circuit Court issued an unusual writ of mandamus vacating the District Court’s order and remanding to the District Court to permit filing of the DPA.⁸⁶

The outcome in *United States v. HSBC Bank USA, N.A.*⁸⁷ further emphasized strict limits on judicial review of DPAs. The case involved a DPA to resolve charges of illegal transactions with sanctioned countries in violation of the Trading with the Enemy Act and other statutes. When asked to approve a time exclusion under the STA, Judge John Gleeson of the United States District Court for the Eastern District of New York concluded that his role under the STA was limited to determining whether the proposed “deferred prosecution agreement is truly about diversion and not simply a vehicle for fending off a looming trial date.”⁸⁸ Accordingly, he found that the DPA was clearly appropriate and “that much of what might have been accomplished by a criminal conviction ha[d] been agreed to by the DPA,” on the basis of which he “approve[d] without hesitation both the DPA and the manner in which it ha[d] been implemented thus far.”⁸⁹ This conclusion was quite consistent with Judge Sullivan’s conclusion in *Saena* and the appellate outcome in *Fokker*. What Judge Gleeson did not approve, however, was the parties’ insistence on the opacity of their implementation of the DPA. While acknowledging that, in one sense, all that was before him was the approval of a time exclusion under the STA, he highlighted how judicial approval must apply to the DPA itself since its key operative provision – ultimate dismissal of the charges – would not take place until years later, when it would be too late to review the parties’ behavior. Relying primarily on his supervisory powers, Judge Gleeson conditioned his approval of the DPA on the parties’ filing “quarterly reports with the Court to keep it apprised of all significant developments in the implementation of the DPA.”⁹⁰ To the even greater chagrin of the parties (particularly HSBC), in a

85. *Id.*

86. *Id.* at 738. For an extensive critique of the appellate decision in *Fokker* and a thorough discussion of the separation of powers precedent that it addressed, see Reilly, *Corporate Deferred Prosecution as Discretionary Injustice*, 2017 UTAH L. REV. 839 (2017). See also discussion in text accompanying note 94 *et seq.*, *infra*.

87. *United States v. HSBC Bank USA, N.A.*, No. 12-CR-763, 2013 U.S. Dist. LEXIS 92438 (E.D.N.Y. July 1, 2013)

88. *Id.* at *10.

89. *Id.* at *38.

90. *Id.*

subsequent order on an application brought by a mortgage customer of HSBC, Judge Gleeson ordered that significant parts of the reports filed by a monitor appointed under the DPA to supervise HSBC's compliance efforts be made public.⁹¹ On appeal by both the prosecutor and HSBC, a panel of the Second Circuit reversed and vacated Judge Gleeson's orders relating to the release of the monitor reports even in redacted form.⁹² Rejecting the argument of the mortgage customer seeking access to the monitor reports, as well as arguments filed by Professor Garrett, who again appeared as an *amicus curiae*, the Court concluded that not only the terms of the DPA but also its implementation were left to the discretionary power of the executive branch, and thus that Judge Gleeson lacked the authority to order release of documents relating to the implementation of the DPA without the consent of the parties.⁹³

D. Analysis of the Courts' Decisions

Judge Leon's decision in *Fokker* was the first, and now is likely to be the only, instance where a court substantively reviewed the terms of a DPA and refused to accept them because they did not serve the "public interest." Given the emphatic reversal of his ruling and the Second Circuit's refusal to countenance even the much more modest exercise of judicial oversight proposed by Judge Gleeson in *HSBC*, the message is clear: In the United States, judicial review or supervision of corporate DPAs is essentially non-existent.⁹⁴ The D. C. Circuit's reasoning in *Fokker*, however, fits uncomfortably in the overall architecture of the Federal Rules of Criminal Procedure, and subsequent scholarship has unearthed historical information apparently not known to the Court which casts doubt on some of its analysis.

91. *United States v. HSBC Bank USA, N.A.*, No. 12-CR-763, 2016 U.S. Dist. LEXIS 11137, at *2 (E.D.N.Y. Jan. 28, 2016).

92. *United States v. HSBC Bank USA, N.A.*, 863 F.3d 125, 129 (2d Cir. 2017). Judge Gleeson's direction of quarterly reports was not challenged on appeal.

93. *Id.* at 138.

94. A bill initially introduced in the House of Representatives in 2009 entitled the "Accountability in Deferred Prosecution Act of 2009" proposed that both DPAs and NPAs be subject to judicial review, and that a reviewing court should approve them "if the court determines the agreement is consistent with the guidelines for such agreements [to be promulgated by the DoJ in order to 'promote uniformity' in DPAs and NPAs] and is in the interest of justice." H.R. 1947, 111th Cong. (2009), <https://www.congress.gov/bill/111th-congress/house-bill/1947/text> [<https://perma.cc/23LB-2QGW>]; see also Accountability in Deferred Prosecution Act of 2014, H.R. 4540, 113th Cong. (2014). No legislative action has been taken on this or any similar bill.

1. Federal Rules of Criminal Procedure 11 and 48

The *Fokker* Court’s analysis consisted in significant part of its interpretation of Rules 11 and 48. It began by addressing the contention of the *amicus curiae* (filed in support of Judge Leon’s decision in the District Court)⁹⁵ that it should “analogize a court’s review of a DPA . . . to a court’s review of a proposed plea agreement under Rule 11 of the Federal Rules of Criminal Procedure.”⁹⁶ While not elaborated in the opinion, applicability of Rule 11 would strongly imply the appropriateness of judicial review. Rule 11 generally allows parties full freedom to enter into plea agreements, but specifically provides that only the Court can determine the sentence that will be imposed on the basis of a plea.⁹⁷ The Court concluded that “[t]hat argument fails” because it viewed a court’s power to review a plea agreement under Rule 11 as “rooted in the Judiciary’s traditional power over criminal sentencing,”⁹⁸ whereas “[t]he context of a DPA is markedly different . . . and more like a dismissal under Rule 48(a).”⁹⁹ The Court reasoned that the agreement before it did not result in a “sentence” because a court approving a DPA “never exercises its coercive power by entering a judgment of conviction or imposing a sentence.”¹⁰⁰

This distinction – crucial to the Court’s decision – oddly misconceives the purpose and effect of a DPA. While not a formal “sentence,” payments made under DPAs are routinely described by the Department of Justice in their press releases as a “penalty,”¹⁰¹ and DPA agreements themselves routinely justify the amounts so paid by detailed calculations under the Sentencing Guidelines. The obligation to

95. See *supra* note 80 and accompanying text.

96. *United States v. Fokker Servs. B.V.*, 818 F.3d 733, 745 (D.C. Cir. 2016).

97. Rule 11(c)(1)(B) provides that the prosecutor may reach an agreement that the prosecutor will “recommend, or agree not to oppose” the defendant’s sentencing request but provides that “such a recommendation or request does not bind the court,” while Rule 11(c)(1)(C) provides that the parties may agree on a “specific sentence or sentencing range” but that such an agreement “binds the court” only if it is “accepted,” which, under F. R. Crim. P. 11(c)(3)(A), a court may elect to do after it “has reviewed the presentence report.” Under the latter provision, the decision whether or not to “accept” the agreement in essence is folded into the court’s exercise of sentencing discretion.

98. *Fokker Servs. B.V.*, 818 F.3d at 745 (emphasis in the original).

99. *Id.* at 746.

100. *Id.*

101. See, e.g., Press Release, Dep’t of Just., Alcatel-Lucent S.A. and Three Subsidiaries Agree to Pay \$92 Million to Resolve Foreign Corrupt Practices Act Investigation (Dec. 27, 2010), <https://www.justice.gov/opa/pr/alcatel-lucent-sa-and-three-subsidiaries-agree-pay-92-million-resolve-foreign-corrupt> [<https://perma.cc/Z5XD-M7GL>] (noting that the company and its subsidiaries “have agreed to pay a combined \$92 million penalty”).

pay results from an agreement approved by a court rather than from a judgment issued by a court, but the effect on the corporation, and more importantly the reflection of prosecutorial power that it represents, are essentially the same.

The *Fokker* Court emphasized its reliance on a prosecutor's power to dismiss charges under Rule 48(a) by drawing a distinction between a guilty plea based upon a "charge bargain" ("in which a defendant agrees to plead guilty to certain charges in exchange for the dismissal of other charges") and a "sentence bargain" (in which "the parties agree upon a sentence, which the prosecution then recommends to the sentencing court").¹⁰² It then noted that "some of our sister circuits have concluded that district courts have more limited authority" to review "charge bargains" than "sentence bargains."¹⁰³ This distinction, however, ignores the fact that "charge" and "sentence" bargains are inextricably entwined when they are negotiated together as a package. It is the package as a whole – that is, the combination of "charge dismissals" and "sentence recommendations" – that a court either approves by imposing the agreed upon sentence, or rejects by imposing a different sentence (or, under F. R. Crim. P. 11(c)(1)(C) by refusing to "accept" the plea at all). The most recent periodic review of federal Sentencing Guidelines by the United States Sentencing Commission is strikingly clear on this point. In its discussion of guilty pleas,¹⁰⁴ the Commission observed that under Rule 11, a court may be asked to accept a "charge bargain" agreement that calls for the dismissal of existing charges, or the non-prosecution of potential ones. Acknowledging that under Rule 48(a) "the judge should defer to the government's position except under extraordinary circumstances," the Manual nonetheless emphasized that "when the dismissal of charges or agreement not to pursue potential charges is contingent on acceptance of a plea agreement, the court's authority to adjudicate guilt and impose sentence is implicated, and the court is to determine whether or not dismissal of charges will undermine the sentencing guidelines."¹⁰⁵

The *Fokker* Court's rejection of Rule 11 as an appropriate source of guideposts for its analysis is also inconsistent with the provisions relating to a plea of *nolo contendere*. Rule 11(a)(1) provides that "[a] defendant may plead not guilty, guilty, or (with the court's

102. 818 F.3d at 745–46.

103. *Id.* at 746.

104. U.S. SENT'G GUIDELINES MANUAL ch. 6 (U.S. SENT'G COMM'N 2021).

105. *Id.* § 6B1.2 end cmt. The Manual also emphasizes that while the parties are encouraged to enter into a "written stipulation of facts relevant to sentencing," the court "cannot rely exclusively upon stipulations in ascertaining the factors relevant to the determination of sentence." *Id.* § 6B1.4(d) explanatory cmt.

consent) *nolo contendere*.” It then specifies that “[b]efore accepting a plea of *nolo contendere*, the court must consider the parties’ views and the public interest in the effective administration of justice.”¹⁰⁶ This provision tells us two things. First, the drafters of the Federal Rules of Criminal Procedure clearly showed that, by requiring a judge to make such a finding, they believed courts were not lacking the tools needed to make an independent decision whether a proffered outcome satisfies “the public interest in effective administration of justice,” even if both parties agree to it. And second, while little used (and in fact disfavored by the Department of Justice¹⁰⁷), a *nolo* plea is inherently similar to a DPA. A *nolo* plea permits an imposition of punishment without a formal admission of guilt that might have collateral consequences for the defendant¹⁰⁸ – which, of course, is exactly what a DPA accomplishes. In fact, the *Fokker* Court’s analysis that, in contradistinction to a guilty plea, “the entire object of a DPA is to enable the defendant to *avoid* criminal conviction”¹⁰⁹ exactly describes a party’s interest in a *nolo* plea. In short, when dealing with *nolo* pleas the Rule mandates not only judicial control over sentencing (just as with a guilty plea) but requires judicial permission even to enter into this form of an agreement at all, after considering the circumstances of the specific case.¹¹⁰ This strongly suggests that judicial review of DPAs is not something that the architects of the Federal Rules of Criminal Procedure would have considered improper or impractical.

2. The Flynn Case and New Insight into Rule 48(a)

For several months in 2020, an intense flurry of motion practice in a criminal case not involving DPA/NPAs erupted in federal

106. Fed. R. Crim. P. 11(a)(3).

107. See U.S. Dep’t of Just., Just. Manual § 9-27.500 (2018) (“The Department has long attempted to discourage the disposition of criminal cases by means of *nolo* pleas.”).

108. As one court noted, in words that would aptly describe a DPA, “[w]hile a plea of *nolo contendere*, for all practical purposes from the standpoint of punishment, is comparable to a plea of guilty, there is, however, a material difference when considering the fact that a *nolo contendere* plea may not be used against a defendant as an admission in any subsequent civil or criminal proceeding; nor does the plea affect the civil rights or impose any civil disqualification upon the defendant.” *United States v. Bolinger*, No. 12-CR-102, 2013 U.S. Dist. LEXIS 125228, at *4 (S. D. Ind., Sept. 3, 2013).

109. *United States v. Fokker Servs. B.V.*, 818 F.3d 733, 746 (D.C. Cir. 2016) (emphasis in the original).

110. Another court notes, in language perfectly applicable to a DPA, that “*nolo* pleas come with various costs and benefits, and the court must ensure that in the case before it the benefits outweigh the costs.” *United States v. Mancinas-Flores*, 588 F.3d 677, 682 (9th Cir. 2009).

courts in Washington, D.C. The case explored the separation of powers and other principles discussed here, and it analyzed the *Fokker* decision at length. Particularly since new research has surfaced on the crucially important “leave of court” provision of F. R. Crim. P. 48(a) and its implications for judicial review of prosecutorial discretion, the episode merits brief discussion here.

The case involved Michael T. Flynn, a retired Army general who briefly served as National Security Adviser under President Trump. In February 2017, Flynn resigned his post after it was disclosed that he had lied to Vice President Pence about conversations he had had with emissaries of Russia. In December 2017 he entered a guilty plea to a federal charge under 18 U.S.C. § 1001 that he had lied to Federal Bureau of Investigation agents about his discussions with Russian officials,¹¹¹ and in December 2018 he reaffirmed his guilty plea in a court session at which his sentencing was postponed so that he could demonstrate his cooperation with the Department of Justice.¹¹² He then had a change of heart. With new counsel, he bitterly attacked the prosecution against him on the ground that it was politically motivated, and in January 2020 he moved under Fed. R. Crim. P. 11(d) to withdraw his guilty plea.¹¹³ Before the Court could address that motion, in May 2020 the United States Attorney for the District of Columbia moved under Rule 48(a) of the Federal Rules of Criminal Procedure to dismiss the Information to which Flynn had pleaded guilty, and thus to eliminate all pending charges against him.¹¹⁴

Eight months later, in December 2020, the matter was pretermitted, without a final resolution of the prosecutor’s Rule 48(a) motion, when President Trump issued Flynn a pardon; the case against him was then “dismissed as moot.”¹¹⁵ During that interval, the federal District Court and the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit considered intense and highly contentious arguments about the extent of the prosecutor’s power to dismiss charges under Rule 48(a), and about the Court’s power to review a Rule 48(a) motion. The core question was whether a court could inquire into the bona fides of a Rule 48(a) dismissal motion under circumstances suggesting to some that the motion was based on inappropriate and purely

111. Transcript of Plea Hearing, *United States v. Flynn*, No. 17-CR-232 (D.D.C. Dec. 1, 2017) [hereinafter “Flynn District Court”], ECF 16.

112. Transcript of Sent’g Proc., *Flynn District Court*, ECF 103 (Dec. 18, 2018).

113. Mr. Flynn’s Motion to Withdraw Plea of Guilty, *Flynn District Court*, ECF 151 (Jan. 14, 2020).

114. Gov’t’s Motion to Dismiss the Crim. Information Against the Def., *Flynn District Court*, ECF 198 (May 7, 2020).

115. Order Dismissing Case, *Flynn District Court*, ECF 310 at 1 (Dec. 8, 2020).

“political” motives, possibly to reward a potential witness against the President for refusing to cooperate with investigations of the President’s conduct. The DoJ and Flynn, and the *amici* supporting them, heavily relied on the D. C. Circuit’s holding in *Fokker* for the proposition that when the parties agreed, the court lacked power to review a dismissal sought by the prosecutor – which is, of course, one of the exact arguments used to oppose judicial review of DPAs.

In May 2020, while the argumentation on the Flynn Rule 48(a) motion was gathering steam, Thomas W. Frampton, a Lecturer in Law at Harvard Law School, published an essay entitled *Why Do Rule 48(a) Dismissals Require ‘Leave of Court’?*¹¹⁶ Expressly addressed to the arguments submitted by the DoJ in the *Flynn* case, it argued that “the Government’s position—and the Supreme Court language upon which it is based—is simply wrong.”¹¹⁷ The essay specifically took aim at Supreme Court dictum in *Rinaldi v. United States*,¹¹⁸ quoted above¹¹⁹ and heavily relied upon in *Fokker*, that Rule 48(a)’s “principal object” was “to protect a defendant against prosecutorial harassment,” on the basis of which the courts had generally ruled that the “leave of court” provision has no applicability to situations where both parties had agreed on an outcome that included a Rule 48(a) dismissal.¹²⁰ Mr. Frampton carefully analyzed the legislative history of Rule 48(a) (which he demonstrated had not been brought to the attention of the Supreme Court when it decided *Rinaldi* without full briefing or argument), and determined that the drafters of the provision inserted the “leave of the court” condition not to protect an objecting defendant from harassment, but to combat the perception that some dismissals of criminal charges had been reached on the basis of “improper influence and corruption.”¹²¹ Mr. Frampton concluded that the “leave of court” language was inserted to “arm[] the district judge with a powerful tool to halt corrupt or politically motivated dismissals of cases,” and “to give district judges a modest means of safeguarding the public interest” when considering a Rule 48(a) motion.¹²²

The *Flynn* saga involved the same separation of powers issues at the core of the decisions relating to judicial review of DPAs: if a

116. Thomas Ward Frampton, *Why Do Rule 48(a) Dismissals Require ‘Leave of Court’?*, 73 STAN. L. REV. ONLINE 28 (2020).

117. *Id.* at 119.

118. 434 U.S. 22 (1977) (*per curiam*).

119. See *supra* note 37 and accompanying text.

120. Frampton, *supra* note 116, at 29.

121. *Id.* at 36, 37.

122. *Id.* at 29.

federal prosecutor has unreviewable power to dismiss a case under Rule 48(a), as the DoJ argued in both *Fokker* and in *Flynn*, it might logically follow that the courts should not review an agreement setting forth the conditions for such a dismissal, which is the procedural endpoint of a DPA. Because of the pardon, the *Flynn* case ended without a definitive court ruling on the extent of a court's appropriate role in reviewing a Rule 48(a) dismissal motion by a federal prosecutor. The publication of the Frampton research provided startling new information about the intent of the drafters of Rule 48(a) that is at variance with the position generally taken by the DoJ in support of DPAs. The applicability of this significant research in the area of DPAs will nonetheless be limited. Mr. Frampton did not conclude that the drafters of Rule 48(a) envisioned a wide judicial review of the "public interest" served by a Rule 48(a) motion, such as that undertaken by Judge Leon in *Fokker* (and by Judge Rakoff, in a non-Rule 48 context, in *Citibank*). Rather, he concluded the drafters were focused on cases in which undue influence or corruption may have influenced the result. But it is not difficult to imagine circumstances – perhaps involving publicly aired criticisms of a DPA as being the result of an overly cozy relationship between a prosecutor and the defendant or its counsel – when Mr. Frampton's revised view of judges' powers under Rule 48(a) might apply.

The net effect of the decisions reviewed here is simple: the terms of a DPA and an NPA can be freely negotiated by the DoJ and a corporate defendant, and absent extreme circumstances the terms will not be disturbed by a judge, nor reviewed as to whether the agreement is in the public interest.

The remaining parts of this article will show that while several other countries have found it useful to adopt DPA look-alikes that are obviously inspired by – and imitative of – the American model, none has given prosecutors the freedom from review they enjoy in the United States.

III. UNITED KINGDOM

Deferred prosecution agreements are a relatively recent phenomenon in the United Kingdom (or, more particularly, in England and Wales because the applicable legislation does not apply to

Scotland or Northern Ireland¹²³). To date, ten DPAs have been fully reported.¹²⁴ These DPAs present an interesting study. In contrast to the U.S. model, the UK's DPA regime is the product of specific and detailed legislation that responds to some uniquely British challenges, and the agreements have been the subject of extended judicial scrutiny.

A. Background: The United Kingdom Bribery Act of 2010 and the Crime and Courts Act 2013

As a signatory of the enormously important Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials, adopted by the Organization for Economic Co-operation and Development ("OECD") in 1997 ("OECD Bribery Convention")¹²⁵, the UK was obligated to join the fight against overseas corruption by adopting and enforcing appropriate legislation. However, it was slow in achieving results. As late as 2008, the Working Group on Bribery of the OECD, tasked with reviewing the energy and effectiveness of its members' anti-corruption efforts, "sharply criticised" the UK record.¹²⁶

One well-known inhibition affecting British enforcement efforts against corporate crime has been its approach to corporate criminal responsibility—that is, the requirements necessary to convict a corporation of a crime. The applicable principle in the United States, at least in federal courts, is notably broad: Since 1909, the governing principle has been *respondeat superior*, a principle derived from tort

123. Crime and Courts Act, § 61 (13)(g), 2013. The House of Lords noted in a 2019 report that "the [DPA] procedure cannot therefore be used where the conduct which constitutes the offence is confined to Scotland or Northern Ireland." SELECT COMMITTEE ON THE BRIBERY ACT 2010, THE BRIBERY ACT OF 2010: POST-LEGISLATIVE SCRUTINY, 2017-19, HL 303, at 69 (UK), <https://publications.parliament.uk/pa/ld201719/ldselect/ldbriact/303/303.pdf> [<https://perma.cc/F7UQ-357P>]

124. In July 2021, the Serious Fraud Office announced that the High Court had approved DPAs with two further companies, but that "for legal reasons" the companies' names, the details of the agreement other than the total amount paid, and the documents involved have not yet been made public, presumably while proceedings continue against related individuals. Press Release, Serious Fraud Office, SFO Secures Two DPAs with Companies for Bribery Act Offences (July 20, 2021), <https://www.sfo.gov.uk/2021/07/20/sfo-secures-two-dpas-with-companies-for-bribery-act-offences/> [<https://perma.cc/Z453-EHXM>].

125. The text of the OECD Bribery Convention is available on the OECD website. OECD, OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, <https://www.oecd.org/corruption/oecdantibriberyconvention.htm> [<https://perma.cc/W3AR-W9A9>].

126. OECD, OECD Group demands rapid UK action to enact adequate anti-bribery laws (Oct. 16, 2008), <https://www.oecd.org/corruption/anti-bribery/oecdgroupdemandsrapidukactiontoenactadequateanti-briberylaws.htm> [<https://perma.cc/4QCY-HYZE>].

law.¹²⁷ This principle holds a corporation criminally responsible for acts of its “agents”—broadly interpreted to include not only officers and employees, but also others acting with it—that tended to benefit the corporation in any way. U. S. law recognizes no “compliance defense,” in the sense that a corporation can be found guilty even if its “agent” acted against the expressed policy, or even the specific direction, of the corporation.¹²⁸ In contrast, the United Kingdom follows the so-called “directing mind” principle, also known as the “identification principle,” which posits that a corporation can be found liable for a crime only if relatively senior corporate officers (the “directing mind”) knew of and indicated approval of the offending acts.¹²⁹

The current Director of the UK Serious Fraud Office (SFO)¹³⁰ and her predecessor¹³¹ have emphasized that the directing mind principle is a major impediment to corporate law enforcement: Corporations are more difficult to convict, and as a result have fewer incentives to cooperate with criminal investigations. The UK Bribery Act of 2010¹³² addressed this problem, at least in part, by creating a new crime. Section 7 of that Act,¹³³ known as the “corporate offense,” provides that in the event of an act of bribery committed by someone “associated” with the corporation, the corporation is automatically guilty

127. *New York Cent. & H.R.R. Co v. United States*, 212 U. S. 481, 493 (1909). Sara Sun Beale, *The Development and Evolution of the U.S. Law of Corporate Criminal Liability*, 126 *Zeitschrift Für Die Gesamte Strafrechtswissenschaft* 27, 28 (2014).

128. *See United States v. Hilton Hotels Corp.*, 467 F.2d 1000, 1005 (9th Cir. 1972) (“[A]s a general rule a corporation is liable ... for the acts of its agents in the scope of their employment, even though contrary to general corporate policy and express instructions to the agent.”)

129. *Tesco Supermarkets Ltd. v Nattrass*, [1972] AC 153 (Eng.) (restricting corporate liability to acts of “the Board of Directors, the Managing Director and perhaps other superior officers who carry out functions of management and speak and act as the company.”) *See generally* AMANDA PINTO AND MARTIN EVANS, *CORPORATE CRIMINAL LIABILITY* (2008).

130. Lisa Ostrofsky, testifying before the Justice Committee of Parliament in December 2018, said that “the SFO are being ‘hamstrung’ by the identification principle, which is preventing the corporate ‘big boys’ from being brought to account.” BCL SOLICITORS LLP, *Why is it so hard to prosecute companies in the UK?*, https://www.bcl.com/why-is-it-so-hard-prosecute-companies-in-uk/#_ftn6 [<https://perma.cc/NB6A-XNF2>].

131. Former SFO director David Green noted that the identification principle “makes prosecuting large companies difficult, which has undermined public confidence and motivated the boards of such organizations to keep their distance.” NYU LAW, *David Green, director of UK’s Serious Fraud Office, gives keynote at Program for Corporate Compliance and Enforcement conference* (Apr. 29, 2016), <https://www.law.nyu.edu/news/David-Green-Serious-Fraud-Office-UK-corporate-compliance-criminal-liability> [<https://perma.cc/JCU9-QJCC>].

132. Bribery Act, 2010, c.23 (U.K.), <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/contents> [<https://perma.cc/XF9V-4EHM>].

133. Bribery Act, 2010, c.23 § 7 (U.K.).

– except that “it is a defence for [the corporation] to prove that [it] had in place adequate procedures designed to prevent persons associated with [the corporation] from undertaking such conduct.” The SFO has published (and recently updated) guidelines outlining what it will accept as “adequate procedures” that would suffice to provide a defense under Section 7,¹³⁴ although if not resolved through negotiation the defense would need to be raised at trial.

In 2014, and pursuant to the terms of Schedule 17 of the Crime and Courts Act 2013 (“Schedule 17”),¹³⁵ the United Kingdom introduced its first-ever form of a corporate deferred prosecution agreement. This was followed by the Deferred Prosecution Agreements Code of Practice (DPA Code of Practice) issued jointly by the SFO and the Crown Prosecution Service (CPS),¹³⁶ which provides significant detail concerning the procedures for negotiating a DPA.¹³⁷ The Sentencing Council of the UK also issued a “Definitive Guideline” of sentencing parameters for the crimes eligible for DPAs.¹³⁸

While clearly inspired by the American version, the UK deferred prosecution regime is distinctly different.

The British approach is the creation of affirmative and specific legislation, which establishes detailed procedures and standards. As noted above, no legislation or rule in the United States has addressed corporate DPAs (or NPAs); they are purely the invention of prosecutors and defense counsel who have found them effective and useful.¹³⁹ Further, only a corporation can negotiate a DPA in the United Kingdom. Even as prosecutors in the United States have increasingly embraced DPAs and NPAs as useful tools for corporations, the

134. SERIOUS FRAUD OFF., *Evaluating a Compliance Program* (Jan. 2020), <https://www.sfo.gov.uk/publications/guidance-policy-and-protocols/guidance-for-corporates/evaluating-a-compliance-programme/> [<https://perma.cc/PR38-5T84>].

135. The Crime and Courts Act, 2013, c.22 (U.K.), <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/22/contents/enacted> [<https://perma.cc/84X2-SLQM>]. The DPA provisions appear in Schedule 17 to the Act. *Id.* § 17, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/22/schedule/17/enacted> [<https://perma.cc/9NKS-4RVK>].

136. SERIOUS FRAUD OFF., DEFERRED PROSECUTION AGREEMENTS CODE OF PRACTICE 1 (2013), <https://www.cps.gov.uk/sites/default/files/documents/publications/DPA-COP.pdf> [<https://perma.cc/Y2TF-EBZ8>].

137. The Director of the SFO and the Director of Public Prosecutions (who heads the CPS) are the only prosecutors authorized to enter into DPAs. *Id.* at 2.

138. SENTENCING COUNCIL, FRAUD, BRIBERY, AND MONEY LAUNDERING OFFENCES: DEFINITIVE GUIDELINE (2014), <https://www.sentencingcouncil.org.uk/wp-content/uploads/Fraud-Bribery-and-Money-Laundering-offences-definitive-guideline-Web.pdf> [<https://perma.cc/8YEL-82M2>].

139. *See supra* Part II.

agreements were originally envisioned—and continue to serve—as a lifeline for disadvantaged individuals caught up in the criminal justice system.¹⁴⁰ Schedule 17, and particularly the DPA Code of Practice issued by the SFO and the CPS, offer a detailed and principle-based framework for analysis of whether to offer, and ultimately approve, a DPA. The role of the respective prosecutors' offices is, of course, central. The DPA Code of Practice notes at the outset that “The SFO and the CPS are first and foremost prosecutors and it will only be in specific circumstances deemed by their Directors to be appropriate that they will decide to offer a DPA instead of pursuing the full prosecution of the alleged conduct.”¹⁴¹

It then specifies that—as in any prosecution¹⁴²—each case must be evaluated at an “evidential stage” to determine whether the evidence is sufficient to demonstrate a “likelihood of conviction,” and then a “public interest” stage to determine whether a prosecution is in the public interest.

B. The Role of the Courts in approving a DPA

Perhaps the most notable departure from the U.S. model is the UK's provision for judicial supervision of the procedure and scrutiny of the result. Schedule 17 requires that a prosecutor who contemplates negotiating a DPA (whether the Director of the SFO or the Director of Public Prosecutions)¹⁴³ seek and obtain judicial approval at two distinct steps. First, a prosecutor cannot even engage in definitive negotiations with a corporate defendant's counsel without judicial authorization pursuant to Paragraph 7 of Schedule 17. The prosecutor must first make an initial evaluation whether to pursue a negotiated DPA at

140. See *supra* note 5 and accompanying text.

141. SERIOUS FRAUD OFF., DEFERRED PROSECUTION AGREEMENTS CODE OF PRACTICE ¶ 2.1 (2013), <https://www.cps.gov.uk/sites/default/files/documents/publications/DPA-COP.pdf> [<https://perma.cc/Y2TF-EBZ8>].

142. The Joint Prosecution Guidance on Corporate Prosecutions (U.K.), <https://www.sfo.gov.uk/?wpdmdl=1457> [<https://perma.cc/Q6N9-74RJ>], and CROWN PROSECUTION SERV., Bribery Act 2010: Joint Prosecution Guidance of The Director of the Serious Fraud Office and The Director of Public Prosecutions (Sept. 2019), <https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/bribery-act-2010-joint-prosecution-guidance-director-serious-fraud-office-and> [<https://perma.cc/5VZ6-GERZ>] set forth the general guidelines that prosecutors must follow in determining whether to prosecute corporate criminal offenses.

143. See *supra* note 137.

all, and then “invite” a corporation to determine whether it would consider negotiating one.¹⁴⁴ Paragraph 7 provides:

After the commencement of negotiations between a prosecutor and [a corporation] in respect of a DPA but before the terms of the DPA are agreed, the prosecutor must apply to the Crown Court for a declaration that—

- (a) entering into a DPA with [the corporation] is likely to be in the interests of justice, and
- (b) the proposed terms of the DPA are fair, reasonable and proportionate.¹⁴⁵

The paragraph also obligates the court to “give reasons for its decision whether or not to make a declaration” requested by the parties. Since the parties may not ultimately reach a definitive agreement, and principally to protect the corporation’s right to defend itself, both the hearing and the court’s “reasons” at the preliminary approval stage under Paragraph 7 must “be given in private,” to be made public only if (and when) a final approval is given.¹⁴⁶

If the parties reach a definitive agreement after receiving “preliminary” approval pursuant to Paragraph 7 the parties, the DPA cannot go into effect without “Court approval ... [at a] final hearing” pursuant to Paragraph 8, which provides in pertinent part:

(1) When a prosecutor and [the corporation] have agreed the terms of a DPA, the prosecutor must apply to the Crown Court for a declaration that—

- (a) the DPA is in the interests of justice, and
- (b) the terms of the DPA are fair, reasonable and proportionate.

(2) But the prosecutor may not make an application under sub-paragraph (1) unless the court has made a declaration under paragraph 7(1) (declaration on preliminary hearing).

144. Crime and Courts Act, 2013, c. 22, sch. 17 ¶ 7 (U.K.). While the DPA Guidelines provide that the “invitation” can only come from a prosecutor, in practice such an invitation can be “suggested” by a corporation.

145. *Id.*

146. *Id.*

2022]

JUDICIAL REVIEW OF DPAs

39

(3) A DPA only comes into force when it is approved by the Crown Court making a declaration under sub-paragraph (1).

(4) The court must give reasons for its decision on whether or not to make a declaration under sub-paragraph (1).

(5) A hearing at which an application under this paragraph is determined may be held in private.

(6) But if the court decides to approve the DPA and make a declaration under sub-paragraph (1) it must do so, and give its reasons, in open court.¹⁴⁷

Schedule 17 provides that after approval “the prosecutor must publish” the entire DPA itself, as well as the court’s declarations under both Paragraphs 7 and 8.¹⁴⁸ Schedule 17 also sets out procedures for later determining if a corporation has breached a DPA, which can only be established by a court.¹⁴⁹

While these provisions give reviewing judges considerable latitude, they do not allow a judge to resolve factual disputes, which must be agreed upon by the parties as a condition to applying for approval. Article 6.2 of the DPA Code of Practice provides:

The parties should resolve any factual issues necessary to allow the court to agree terms of the DPA on a clear, fair and accurate basis. The court does not have the power to adjudicate upon factual differences in DPA proceedings.

C. Judicial Scrutiny of the DPAs to Date

All of the ten DPAs published to date were successful in obtaining court approval, absent which they would have remained

147. *Id.* ¶ 8 (emphasis added).

148. The second publicly approved DPA concerned a company that could not “currently be named due to ongoing, related legal proceedings,” and thus was published in redacted form under the name “XYZ Limited.” See Press Release, Serious Fraud Office, SFO Secures Second DPA (July 8, 2016), <https://www.sfo.gov.uk/2016/07/08/sfo-secures-second-dpa/> [<https://perma.cc/L9BA-89KS>]. Three years later, after three individuals implicated in the matter had been acquitted, the company was identified as Sarclad Ltd. and the relevant documents published in unredacted form. *Sarclad Ltd.*, SERIOUS FRAUD OFFICE (July 28, 2021), <https://www.sfo.gov.uk/cases/sarclad-ltd/> [<https://perma.cc/7YXC-EGDZ>].

149. Crime and Courts Act, 2013, c. 22, sch. 17, ¶ 9 (U.K.).

“private”—in principle, forever. This leaves open the possibility that in cases that are still “private,” the prosecutor and a corporate defendant reached a preliminary or even a final agreement, but the agreement was not approved pursuant to Paragraph 7 or 8, respectively. Common sense suggests that any such judicial non-approval would more likely take place at the “preliminary” approval phase under Paragraph 7 rather than when submitted for “final approval” under Paragraph 8, simply because preliminary approval requires a judicial finding of “likelihood” that the parties were on track to negotiate an appropriate agreement.¹⁵⁰

Of the ten DPAs that are known and public as of this writing, the first four were scrutinized and ultimately approved (both preliminarily and finally) by Sir Brian Leveson, a now-retired, well regarded former President of the Queen’s Bench Division of the High Court. Judge Leveson was presumably aware that his decisions would be carefully analyzed, and would establish notable precedent as the first of their kind. His four “final” judgments under Paragraph 8 average thirty pages in length. Each goes into the relevant facts in considerable detail, and provides the thoroughly developed “reasons for [his] decision,” within the meaning of Paragraph 8, based on the specific facts of each case.

In the very first case, involving Standard Bank PLC,¹⁵¹ Judge Leveson established a few key themes that persist through all of the DPAs to date. He began by noting that the UK DPA system, while modeled on the American one, was distinctly different, in particular because of the role required of him as the reviewing judge.¹⁵² In the rather lengthy discussion that followed, Judge Leveson made it clear that neither of the two possible prosecutors, nor the corporations that

150. Judge Leveson testified in the House of Lords “that in one of the four cases to date he had not approved the application on the first occasion: ‘I made a number of points to the SFO and to the company concerned. In effect, I told them to go away and think again . . . They did think again. Then the parties came back and I was prepared to be satisfied.’ Since the hearing was in private, we do not know the reason why Sir Brian did not approve the application on the first occasion” SELECT COMMITTEE ON THE BRIBERY ACT 2010, *supra* note 123, ¶ 82 (internal citations omitted).

151. Links to the Deferred Prosecution Agreement and related judicial declarations can be found at SERIOUS FRAUD OFF., *Standard Bank PLC*, <https://www.sfo.gov.uk/cases/standard-bank-plc/> [<https://perma.cc/ESG9-EPVD>].

152. See, e.g., Approved Judgement ¶ 2, Serious Fraud Office and Standard Bank PLC, No. U20150854 (Royal Cts. of Just., Nov. 30 2015), https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2015/11/sfo-v-standard-bank_Final_1.pdf [<https://perma.cc/42SB-9DP3>].

“In contra-distinction to the United States, a critical feature of the statutory scheme in the UK is the requirement that the court examine the proposed agreement in detail, decide whether the statutory conditions are satisfied and, if appropriate, approve the DPA.”

reach an agreement with them, should consider the reviewing judge to be a rubber stamp. Instead, any applications for approval would need to persuade the judge that based on the specific facts of the case, the proposed agreement was in fact in the public interest, and that the agreed-upon sanctions were proportionate.

Judge Leveson delineated the factors in favor of finding that the proposed Standard Bank agreement was in the public interest. Among them were that the Bank was not accused of bribery itself but only the Section 7 violation of not having prevented one. He also emphasized that “[o]f particular significance was the promptness of the self-report, the fully disclosed internal investigation and cooperation of Standard Bank [...t]he agreement for an independent review of anti-corruption policies and the fact that Standard Bank is now differently owned, a majority shareholding having been acquired by [a different company].”¹⁵³ Turning to the issue of proportionality, he noted “The most difficult assessment was as to the appropriate financial penalty which para. 5(4) of Schedule 17 mandates must be ‘broadly comparable to the fine that a court would have imposed’ following conviction after a guilty plea.”¹⁵⁴ He then scrutinized the proposed penalty and concluded that it in fact was proportionate.¹⁵⁵

Judge Leveson concluded with these remarks:

Although these proceedings have been required to validate a proposal and, then, a concluded agreement ..., it is important to emphasise that the court has assumed a pivotal role in the assessment of its terms. That has required a detailed analysis of the circumstances of the investigated offence, and an assessment of the financial penalties that would have been imposed had the Bank been convicted of an offence. In that way, there is no question of the parties having reached a private compromise without appropriate independent judicial

153. *Id.* ¶ 14.

154. *Id.* ¶ 16.

155. In his preliminary approval judgment pursuant to Paragraph 7, although not in his final judgment, Judge Leveson noted that in determining proportionality he had taken into consideration what the outcome would have been had Standard Bank reached an agreement with the United States Department of Justice:

[A] useful check is to be obtained by considering the approach that would have been adopted by the US authorities had the Department of Justice taken the lead in the investigation and pursuit of this wrongdoing [T]he Department of Justice has confirmed that the financial penalty is comparable to the penalty that would have been imposed had the matter been dealt with in the United States and has intimated that if the matter is resolved in the UK, it will close its inquiry.

Id. ¶ 58.

consideration of the public interest: furthermore, publication of the relevant material now serves to permit public scrutiny of the circumstances and the agreement.¹⁵⁶

The three subsequent DPA approvals by Judge Leveson, as well as the further ones conducted by other judges, basically followed the pattern established in *Standard Bank*, certainly with respect to the close scrutiny given by the reviewing judge to the respective proposed agreements. The judgments are not entirely consistent and in fact show some evolution in the importance given to the gravity of the offense¹⁵⁷ and the significance of a “first report.”¹⁵⁸ In later testimony before the House of Lords, Judge Leveson acknowledged that his judgments did not lay down strict rules but rather involved a process of “balancing”¹⁵⁹ the “circumstances” of each case. Critically, none of the judgments suggests that the reviewing judge took at face value, or

156. *Id.* ¶ 21.

157. Judge Leveson noted in his preliminary approval of a DPA with Standard Bank that “The first consideration must be the seriousness of the conduct for the more serious the offence, the more likely it is that prosecution will be required in the public interest and the less likely it is that a DPA will be in the interests of justice.” *Id.* ¶ 25. He emphasized that the bank had only been implicated in having failed to maintain an “adequate” compliance program, but that none of the officers of the bank had been shown to be complicit in actual bribes. *Id.* ¶ 26. A year later, however, in the XYZ Limited Case (later revealed to be Sarclad Ltd., see *supra* note 148), he concluded that the company itself “was involved, through its controlling minds, in the offer and/or payment of bribes to secure contracts in foreign jurisdictions,” and thus could have been prosecuted for the much more serious offense of bribery. See *supra* note 148. He nonetheless approved the DPA, finding that under “all the circumstances,” the case met the requirements of the “public interest” requirement. Approved Judgement ¶¶ 1, 24, Serious Fraud Office v. Sarclad Ltd., U20150856 (Crown Court at Southwark, July 11, 2016).

158. As the House of Lords commented, “Thus in the space of 14 months we moved from a full one third discount being ‘entirely justified and appropriate’ in a case of self-reporting (Standard Bank, November 2015), to a 50% discount being appropriate in a case of self-reporting ‘not least to encourage others how to conduct themselves when confronting criminality’ (XYZ, June 2016), to a 50% discount being appropriate where the company, though it did not self-report, demonstrated ‘extraordinary co-operation’ (Rolls-Royce, January 2017).” See SELECT COMMITTEE ON THE BRIBERY ACT 2010, *supra*, note 123, ¶ 294.

159. “The fact that an investigation was not triggered by a self-report would usually be highly relevant in the balance but the nature and extent of the co-operation provided by Rolls-Royce in this case has persuaded the SFO not only to use the word ‘extraordinary’ to describe it but also to advance the argument that, in the particular circumstances of this case, I should not distinguish between its assistance and that of those who have self-reported from the outset.” *Id.* ¶ 273.

declined to challenge, the proposals jointly made by the prosecution and defense.

In at least two of the judgments, the reviewing judges emphasized that the judicial role was limited to the scrutiny mandated by Schedule 17, and did not extend to functions allocated to another branch of government. In his review of a DPA with Serco Geographix Limited (SGL),¹⁶⁰ Justice William Davis inquired whether his approval would control whether or not the company would be barred from subsequent public service contracts, an issue he viewed as “political”:

If the effective consequence of approval of the proposed DPA were to be that SGL could continue to supply services to government departments whereas the company would not be able to do so in the event of a conviction, I doubt whether I would give approval. Public concern over the way in which public services are provided by private companies is real. For me to take a course which would amount to a favourable determination of the position of a private company vis-à-vis public procurement would involve me in a quasi-political decision. That is not the function of a judge in any context and certainly not in the context of the approval of a course which leads to a company not being prosecuted for serious fraud.¹⁶¹

Justice Davis ultimately concluded that “my approval of this DPA will not be the determining factor in what is a political decision,”¹⁶² and approved the agreement.¹⁶³

The UK DPA regime has received extensive criticism for the failure of the prosecuting authorities to successfully prosecute individuals associated with the corporate events involved in the DPAs, since to date not a single individual associated with published DPAs has been convicted for the offenses outlined, often in detail, in the

160. Judgement, Serious Fraud Office and Serco Geographix Ltd., U20190414 (Crown Court at Southwark, July 4, 2019), <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2019/07/serco-dpa-4.07.19-2.pdf> [<https://perma.cc/C45L-7NTY>].

161. *Id.* ¶ 27.

162. *Id.* ¶ 28.

163. See also Approved Judgment, Airbus SE, <https://www.sfo.gov.uk/download/airbus-se-deferred-prosecution-agreement-statement-of-facts/> [<https://perma.cc/JT82-KKQ2>], ¶ 86 n.1 (noting that “[w]hether discretionary debarment follows from the facts giving rise to a DPA, remains a discretionary decision of HM Government.”).

published documents;¹⁶⁴ there has also been some concern about the fairness of a DPA being published that might imply the guilt of individuals in violation of their presumption of innocence until personally charged and convicted.¹⁶⁵ But there has been little controversy over the importance of judicial scrutiny and publication. In 2019, the House of Lords conducted an inquiry into the effectiveness of the Bribery Act, and issued a report. With respect to the issue of judicial involvement in approving DPAs, the Lords heard the testimony of Judge Leveson who remarked:

I think [judicial oversight] is absolutely critical, because we do not do plea bargains in this country, as others do. This has to be conducted in public, so that, in other words, everybody can see what is being done in their name. Therefore, there is no private deal between a prosecutor and a company that nobody ever hears

164. See, e.g., Susan Hawley, *Guralp receives UK DPA, individuals acquitted*, FCPA BLOG (Dec. 23, 2019, 7:48 AM), <https://fcpablog.com/2019/12/23/guralp-receives-uk-dpa-in-dividuals-acquitted/> [<https://perma.cc/8Q59-DJH6>] (noting that “[t]his is the third DPA in the UK where individuals charged with the wrongdoing that formed the basis of the DPA have been acquitted by a court.”). For a general review of the relative success of the English/Welsh DPA regime in comparison with its United States counterpart, see Qingxiu Bu, *The Viability of Deferred Prosecution Agreements (DPAs) in the UK: The Impact on Global Anti-Bribery Compliance*, European Bus. Org. L. Rev. (2021), <https://link.springer.com/article/10.1007/s40804-021-00203-5> [<https://perma.cc/64N2-XHDL>]. For a more general disagreement with the UK approach, see Vladimir Kruglyak, *The Regulatory Criminal Law in the UK: Analyzing Dissenting Factors of the Deferred Prosecution Agreements*, SSRN (2020), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3559286 [<https://perma.cc/SPS5-BE2K>].

165. In the most recently published judgment approving a DPA, Lord Justice Andrew Edis opened his discussion with language not found in earlier DPAs:

As I explain below, the court does not make findings of fact in the present exercise. It is necessary to assess the culpability of the behaviour of a company but no process has taken place by which the culpability of individual people has been determined or assessed. Companies act through individuals, and it is necessary to consider some conduct for that reason, but the court has not heard from any individuals or called upon them for their side of the story. This judgment deals with the culpability of the company Amec Foster Wheeler Energy Limited (AFWEL) and not that of any individual person. That culpability is determined by reference to agreements reached between AFWEL and the SFO and documents supplied by those parties. No individual has agreed any of these facts, or supplied any document to the court about them. I make no findings of any kind against any individual, and my comments below are to be read in that context.

Amec Foster Wheeler Energy Ltd. – Deferred Prosecution Agreement Judgment, SERIOUS FRAUD OFFICE (July 1, 2021), <https://www.sfo.gov.uk/download/amec-foster-wheeler-energy-limited-deferred-prosecution-agreement-judgment/> [<https://perma.cc/5TYK-DZS7>] [last accessed on January 23, 2022].

2022]

JUDICIAL REVIEW OF DPAs

45

anything about ... The disinfectant of transparency in this area is absolutely critical.¹⁶⁶

The Lords then noted “We entirely agree.”¹⁶⁷ They ultimately concluded that “[i]n our call for written evidence we asked for views on whether the introduction of DPAs had been a positive development in relation to offences under the Bribery Act. From all sides of the spectrum, the answer has been a resounding ‘yes.’”¹⁶⁸

IV. FRANCE

The French version of a Deferred Prosecution Agreement provides a particularly interesting study: it was manifestly adopted in response to the United States model in order to give French prosecutors procedural flexibility commensurate with their American counterparts, but it was grafted onto a distinctively different criminal justice system based on “civil law” rather than “common law” principles. The French DPA has already been used on several occasions, and for reasons developed below, may well provide prosecutors with a much-needed tool – in significant part because it helps them avoid one specific (and characteristically French) form of judicial review when criminal investigations are conducted by an investigating magistrate.

A. Background: French Efforts to Combat International Corruption, Traditional French Investigation Procedures, and the Loi Sapin II.

France signed the OECD Bribery Convention, and pursuant to its obligations thereunder it amended its Criminal Code in 2000 to include provisions criminalizing overseas bribery.¹⁶⁹ Its efforts to prosecute violations of the new law, however, got off to a very slow start. As late as 2018, not a single French corporation had been convicted of

166. SELECT COMMITTEE ON THE BRIBERY ACT 2010, *supra* note 123, at ¶ 268.

167. *Id.* ¶ 269.

168. *Id.* ¶ 325.

169. The overseas corruption provisions of the French Penal Code are found at art. 435-3 *et seq.*, <https://www.legifrance.gouv.fr/affich-Code.do?cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=20060701> [<https://perma.cc/S6HP-FWMD>]. An official English version of the Penal Code has been published by the French Ministry of Justice and can be found at <https://www.legislationline.org/documents/action/popup/id/8888> [<https://perma.cc/B6Q5-MR2B>]. The English version, however, is not regularly updated and may at any point be out of date; in the opinion of the author, its translations are sometimes unreliable.

overseas bribery.¹⁷⁰ During that period, the U.S. Department of Justice prosecuted four large, well-known French companies under the U.S. Foreign Corrupt Practices Act even though the defendants had far greater contacts with France than with the United States. The negotiated outcomes in those cases – a mixture of guilty pleas, DPAs and NPAs – netted more than \$2 billion in payments to United States treasuries, and not a penny to French authorities.¹⁷¹

There has been much discussion about why French efforts were so unproductive. Among many potential factors are the limits imposed by French criminal law in establishing the criminal responsibility of corporations for acts of its officers, employees or agents—limits which were far more restrictive in France than in the United States.¹⁷² But the relative success of U.S. prosecutors in pursuing French companies also suggests that American procedures simply gave U.S. prosecutors a flexibility and power that their French counterparts lacked. Chief among the American tools were the “sticks” of potentially huge fines (as well as the relative ease of prosecuting corporations) and the “carrots” of negotiated outcomes with results that often were considered more favorable, and certainly were more predictable, than might otherwise be obtained.¹⁷³ Under those circumstances, it was logical for multinational corporations faced with possible criminal investigation by authorities in both the United States and France to negotiate first with the United States.¹⁷⁴

170. French technology company Safran was originally convicted of overseas bribery in 2012, but it was acquitted on appeal at the request of the prosecutor. See Frederick T. Davis, Sean Hecker & Charlotte Gunka, *France Takes Steps to Implement Its Anti-Corruption Laws – or Does It?*, DEBEVOISE & PLIMPTON, <https://www.debevoise.com/insights/publications/2016/05/fcpa-update-may-2016> [<https://perma.cc/WD56-YJ7L>].

171. The four cases are discussed in Frederick T. Davis, *Where Are We Today In The International Fight Against Overseas Corruption: An Historical Perspective, and Two Problems Going Forward*, 23 ILSA J. OF INT’L & COMP. L. 337 (2017), which provides links to the Department of Justice websites on each of the cases.

172. Frederick T. Davis, *Limited Corporate Criminal Liability Impedes French Enforcement of Foreign Bribery Laws*, GLOBAL ANTICORRUPTION BLOG (Sept. 1, 2016), <https://globalanticorruptionblog.com/2016/09/01/guest-post-unduly-limited-corporate-criminal-liability-impedes-french-enforcement-of-foreign-bribery-laws/#more-6926> [<https://perma.cc/DK74-ZQYX>].

173. See *supra* note 171.

174. Davis, *supra* note 171, at 342 (footnote omitted):

“As a result, my strong sense from speaking with prosecutors, defense lawyers, and corporate counsel in France is that if a company feels it faces the risk of U.S. as well as French prosecution, it will focus its efforts on dealing with the U.S. risk in the first instance, and assume that French prosecutors will fall into place later. In essence, as I have put it elsewhere, the

Clearly stung by this situation, French legislators adopted several changes to French criminal procedures and administration. In 2013, France established a National Financial Prosecutor's office (NFPF), which has nationwide authority to investigate and prosecute economic and financial crimes.¹⁷⁵ This office has developed an experienced group of investigators and prosecutors, who have already shown that they are capable of taking big financial cases to court against large companies represented by excellent lawyers, and winning.¹⁷⁶ In December 2016, after extensive debate and grudging approval by France's chief administrative body,¹⁷⁷ the legislature passed a law officially called "Law Relative to Transparency, to the Fight Against Corruption, and to the Modernization of Economic Life," known universally as the "Loi Sapin II" after Michel Sapin, the Minister of Finance who proposed it. The Loi Sapin II made a number of noteworthy changes.¹⁷⁸ It greatly increased the maximum penalty that could be applied to corporations, which instead of having a (rather low) cap now could be based on variable metrics such as annual turnover. It obligated all but very small corporations to adopt internal

U.S. is positioned as the 'ultimate arbiter' on the sufficiency of bribery prosecutions around the world—as well as the recipient of billions of dollars of criminal and administrative fines, and other payments, made on the basis of such prosecutions.”

175. The NFPF maintains a public information site, <https://www.tribunal-de-paris.justice.fr/75/actualites-parquet-national-financier> [<https://perma.cc/MN5D-KLGS>] [last accessed on January 23, 2022] with occasional pieces in English.

176. In February 2019, a trial court in Paris convicted Swiss banking giant UBS and its French subsidiary of money-laundering relating to tax evasion and issued a sentence of over 4 billion Euros. See Frederick T. Davis, *UBS Judgment: Dawn of a New Era?*, 35 INT'L ENFORCEMENT L. REPORTER, Issue 3, at 1 (2019), available at <https://freddavisnylaw.com/wp-content/uploads/2020/04/ubs-judgement-dawn-of-a-new-era.pdf>. The UBS conviction is now on appeal, which has modified the penalty but confirmed the conviction; a further review in France's Supreme Court (*Cour de Cassation*) may be sought.

177. In March 2016, a non-final version of the Loi Sapin II was reviewed by the Conseil d'Etat, an important administrative body that, among other functions, issues "advice" on certain kinds of proposed legislation. CE Ass., Mar. 24, 2016, 391.262 (translations by author), https://www.economie.gouv.fr/files/files/PDF/20160330_avis_conseil_etat_pjl_sapin2.pdf [<https://perma.cc/JE85-FKTT>]. The opinion was notably critical of the proposed DPA-equivalent described below, which it found to be inimical to French traditions of "public debate" about guilt and the "search for the truth" because it resulted from private negotiations. *Id.* at 12. It nonetheless found that the "advantages" of the procedure outweighed these disadvantages. *Id.* The particular advantage noted was the "existing procedures and practices in different States to deal with international corruption," clearly referring to U.S. success with its DPA procedure. *Id.* at 10.

178. The text of the Loi Sapin II, as well as its principal legislative history, can be found (in French) at <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000033558528> [<https://perma.cc/3QYN-4HMN>].

compliance measures meeting certain specified criteria. It created a new French Anticorruption Agency, known as the AFA, which unlike its toothless predecessor has proven to be quite active. Among other duties, the AFA supervises internal compliance programs, imposing administrative sanctions for ones that fail to meet required standards. It has also issued “guidelines” on various anti-corruption issues, often working closely with the NFPF.¹⁷⁹

Two features of French criminal procedure which had previously hindered negotiations bear on the significance of this relatively new form of negotiated outcomes.

First, France has had virtually no tradition of negotiated criminal outcomes.¹⁸⁰ In 2004 the legislature introduced a procedure known as a CRPC, standing for “*comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité*” (“appearance on a prior acknowledgement of responsibility”).¹⁸¹ This procedure allowed—but did not require—a judge to enter a criminal conviction upon uncontested facts if requested by both parties. Relatively few CRPCs were issued, and very few for corporations.¹⁸² A major disincentive is that the CRPC results in an immediate criminal conviction. This outcome often appears strategically less inviting than awaiting the outcome of an investigation (which as noted in the next paragraph may take a long while), particularly for a corporation that may claim a “corporate defense” that the corporate entity was not criminally responsible for the acts of its officers or employees.¹⁸³ But more broadly, the CRPC procedure did not envision “negotiation” in the sense that United States guilty pleas, DPAs, and NPAs

179. In June 2019, the NFPF and the AFA jointly issued “Guidelines on the Implementation of the Judicial Agreement in the Public Interest,” which provides guidance on the elements that the NFPF will take into account in negotiating a CJIP. It is available on the AFA site in English at [https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/files/EN_Lignes_directrices_CJIP_revAFA%20Final%20\(002\).pdf](https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/files/EN_Lignes_directrices_CJIP_revAFA%20Final%20(002).pdf) [<https://perma.cc/62CA-46TG>].

180. See generally, Jacqueline Hodgson, *Guilty Pleas and the Changing Role of the Prosecutor in French Criminal Justice* (Warwick School of Law Research Paper No. 2010/15), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1650571. See also Einbinder, *infra* note 188.

181. The CRPC is set forth in articles 495-7 *et seq.* of the French Code of Criminal Procedure, available at https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000038312540/ [<https://perma.cc/JGC8-CANJ>].

182. For a description of one corporate CRPC, see Margot Sève & Michel Perez, *Is the French Approach to International Financial Crime on the Verge of a Paradigm Shift?*, <https://www.kramerlevin.com/images/content/2/3/v2/23544/1609-RTDF-Dill-Aliz-e-The-Rise-of-the-American-Deferred-Prosecu.pdf> [<https://perma.cc/BP7Y-FZBF>].

183. The appellate acquittal of Safran was in response to the prosecutor’s position that the company should not be held responsible for the acts of two individuals who (the prosecutor maintained) had engaged in illicit payments. See *supra* note 170.

are negotiated, for which there has been no tradition in France. In essence, it amounted to a “take it or leave it” offer from a prosecutor to plead guilty.¹⁸⁴

Second, and directly linked to the issue of judicial review, most large economic crimes in France have been investigated not by a prosecutor but by a judge through a special procedure known as an “*instruction*.”¹⁸⁵ In complex cases, a prosecutor may refer the investigation to a specialized judge known as a *juge d’instruction* (or “investigating magistrate.”) While such a referral is in some cases discretionary, prosecutors traditionally have made them in large corporate cases of any significant degree of complexity.¹⁸⁶ The investigating magistrate is not a prosecutor, but rather is a judicial officer viewed as a neutral tasked with establishing what happened, and in particular to assemble both inculpatory and exculpatory evidence.¹⁸⁷ If the investigating magistrate concludes that there is sufficient evidence to hold a person or corporation responsible for a crime, the magistrate will issue an opinion (known in France as an *ordonnance de renvoi*) binding the person or company over to a trial on the merits. While the prosecutor is consulted on that decision (as are counsel for suspects as well as counsel for known victims), the decision whether to proceed to trial is made entirely by the investigating magistrate, who can (and sometimes does) order that a case proceed to trial notwithstanding the negative view of the prosecutor. This procedure has at least two effects that inhibit any form of plea bargaining. First, an *instruction* simply takes a very long time – in complex cases, possibly as long as ten years or even more – and thus puts little pressure on a company to seek a resolution. And second, the decision-makers are judges, whose traditions have been inimical to negotiation of any sort.¹⁸⁸

184. See generally Antoine Kirry, Frederick T. Davis & Alexandre Bisch, *France*, in THE INTERNATIONAL INVESTIGATIONS REVIEW 121 *et seq.* (2020)

185. *Id.* at 122. The procedure is also sometimes known as an “*information judiciaire*.” See generally art. 79 *et seq.* of the French Code of Criminal Procedure. <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?idSectionTA=LEGISCTA000006167421&cidTexte=LEGITEXT000006071154> [<https://perma.cc/UY39-H7K3>].

186. *Id.*

187. Art. 82 of the French Code of Criminal Procedure, see *supra* note 185 (providing that the investigating magistrate should adopt “all measures appropriate to the discovery of the truth.” (Author’s translation).

188. For an excellent review of corporate criminal investigations in France, see Fred Einbinder, *Corruption Abroad: From Conflict to Co-Operation: A Comparison of French and American Law and Practice*, 3 INT’L COMP, POLICY & ETHICS L. REV. 667 (2020), https://www.cardozociclr.com/_files/ugd/bc0e09_a892e608d857413cb0805aa6e4207b9f.pdf [<https://perma.cc/F6PL-B66J>].

B. The “French DPA” – A “Judicial Agreement in the Public Interest”

Among the most innovative features of the Loi Sapin II was its introduction of a form of Deferred Prosecution Agreement known in France as a “CJIP,” standing for *Convention Judiciaire d’Intérêt Publique*” (Judicial Agreement in the Public Interest).¹⁸⁹ In August 2021, the government issued a decree that was designed to “simplify” CJIP procedures in order to facilitate their use.¹⁹⁰

The CJIP was unquestionably introduced to address the specific perceived problem that United States prosecutors had pursued a number of French corporations for international crimes such as overseas bribery – an affront not only to national pride but also to France’s public finances, since in the principal outcomes negotiated by U.S. prosecutors all the fines and other penalties were kept by U.S. treasuries. As noted above, the legislative history of the law focused on the effect of U.S. outcomes;¹⁹¹ further, the CJIP procedure is strictly limited to corporations (individuals must resort either to a guilty plea under the CRPC procedure, or go to trial), and it applies only to overseas corruption, money-laundering, and other financial crimes typical of international law enforcement – and in which the U.S. authorities had achieved notable successes.

There are two different forms of a CJIP depending on the procedural status of the matter.

In cases where an *instruction* is underway – that is, where an investigating magistrate has been empowered and is in charge of the investigation – the investigating magistrate can, either at the request or with the agreement of the prosecutor, initiate a CJIP procedure. This takes place after the investigating magistrate has identified a corporation against which there is “serious and corroborated” evidence of guilt, at which point the company is in essence informed that it is a

189. A useful explanation in English of the French CJIP, and proposed practices for its implementation, is a set of Guidelines on the Implementation of the Convention Judiciaire d’Intérêt Publique published jointly by the National Financial Prosecutor’s Office and the French Anticorruption Agency, [https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/files/EN_Lignes_directrices_CJIP_revAFA%20Final%20\(002\).pdf](https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/files/EN_Lignes_directrices_CJIP_revAFA%20Final%20(002).pdf) [<https://perma.cc/62CA-46TG>].

190. Décret 2021-1045, August 4, 2021, <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000043914155> [<https://perma.cc/T9ZY-U3DP>].

191. See the “opinion” of the French *Conseil d’Etat*, *supra* note 177, which clearly references U. S. competition as a basis for its grudging endorsement of the Loi Sapin II.

target of the investigation – a procedure known in France as “*mis en examen*.”¹⁹²

If an investigating magistrate has not yet been authorized – a stage of an investigation known as a “preliminary investigation” (*enquête préliminaire*) – the prosecutor can “propose” a CJIP to a corporate entity, and a CJIP can be reached without any investigating magistrate participation at all.¹⁹³ In either case, notice must be given to identified victims, who can participate in negotiating a CJIP, and in its outcome.¹⁹⁴ The CJIP must address a number of specific items, including the payment of an agreed-upon penalty and the submission by the company to a period no greater than three years of supervision of its compliance programs by the French Anticorruption Agency. There are a number of procedural requirements, including notice to identified victims and to individuals within the company whose personal responsibility may be examined, but who would not be covered by the CJIP, which applies only to corporations. When agreement is reached, it is submitted to the presiding judge of the local district court (*Tribunal de Grande Instance*) for approval. The presiding judge must hold a hearing in the presence of corporate representatives and any identified victims. The judge can approve the agreement if found to be consistent with the relevant procedures, and that financial provisions are “proportional” relative to the profits or other advantages gained from the illicit activity and to the penalties prescribed by the applicable laws.¹⁹⁵ Notwithstanding the denomination of the procedure as a “judicial” agreement “in the public interest,” the legislation does not in so many words require the judge to certify that the agreement is in the public interest. The law provides that the final outcome does not constitute a “declaration of guilt,” and has “neither the nature nor the effects of a criminal judgment.”¹⁹⁶ While the outcome and its component documents are published on the internet site of the French

192. French Code of Criminal Procedure, *supra* note 185, art. 180-2.

193. *Id.* art. 41-1-2.

194. In French criminal procedure, victims can appear as actual parties to the criminal matter; they may be entitled to notice of various stages of an investigation, may participate in trials and appeals, and typically receive any compensation from a criminal defendant as part of the ultimate judgment rather than through a separate civil proceeding. See Davis, Kirry & Bisch, *supra* note 184, at 122. While separate civil proceedings can take place under certain circumstances, in most situations victims participate in, and receive any compensation from, the criminal matter. In some circumstances where there has been a particularly large, impactful crime, the State may set up a victims’ compensation fund to provide quick compensation to victims, in which case the fund becomes subrogated to the rights of the victims and can pursue compensation damages in a criminal matter. *Id.*

195. French Code of Criminal Procedure, *supra* note 185, at 41-1.2.

196. *Id.*

Anticorruption Agency,¹⁹⁷ the result is not entered in what is known as the “*casier judiciaire*,” an official list of convicted companies and individuals.¹⁹⁸

C. The Negotiated Outcomes to Date

As of this writing, thirteen CJIPs have been formally approved and made public.¹⁹⁹ The website link for each provides the agreement itself (“*convention*”) and the formal order approving it (“*ordonnance de validation*”). In three of them, the AFA list helpfully provides an English version of the agreement, and five of them include an official press release. One of them notes that the company involved had completed its agreed-upon period of supervision by the AFA, and includes a formal notice called an “*Avis d’Extinction de l’Action Publique*,” which effectively serves as the equivalent of a “dismissal with prejudice” under United States procedures,²⁰⁰ and thus protects the company against further prosecution.

The published judicial opinions reveal relatively little, at least in comparison with the much lengthier and discursive opinions published in England and Wales.²⁰¹ The first approved CJIP, entered in November 2017, involved a Swiss subsidiary of banking giant HSBC, which followed an *instruction* that had been commenced in 2013 pursuant to which two investigating magistrates had investigated allegations of money laundering and unauthorized banking activities. The agreement between HSBC and the NFPF²⁰² recited the relevant history, summarized the factual findings made by the investigating magistrates, and noted that the bank “acknowledges these facts and accepts their legal characterization.”²⁰³ It then specified the calculation of payments (totaling 300 million Euros), some of which went to the French

197. The Legal Convention of Public interest, AGENCE FRANÇAISE ANTICORRUPTION, <https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/fr/convention-judiciaire-dinteret-public> [<https://perma.cc/SQ9U-C67C>].

198. French Code of Criminal Procedure, *supra* note 185, art. 775.

199. The AFA maintains and updates a list of approved CJIPs, <https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/fr/convention-judiciaire-dinteret-public> [<https://perma.cc/SQ9U-C67C>], which contains links to the documentation of each.

200. See text accompanying *supra* note 13.

201. See *supra* Section 3.C.

202. https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/2018-10/CJIP_HSBC.pdf [<https://perma.cc/ZJ3U-WUKH>], English version at https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/2018-10/CJIP_English_version.pdf [<https://perma.cc/L6DK-WTPH>].

203. *Id.* ¶ 27.

State, which appeared as a “victim” on the basis of lost tax revenues. The four-page approval by the court recited the procedural history and summarized the details of the agreement.²⁰⁴ The court then confirmed that the calculation of payments appeared consistent with legal requirements, and that the bank had “clearly and unambiguously” accepted responsibility for its acts and committed to specific steps to avoid repetition. The opinion concludes: “It appears that the CJIP is fully justified in its principles and in the amount, and thus is approved.”²⁰⁵

Judicial reviews of the subsequent CJIPs mostly follow this model: with one exception noted below, the judicial *ordonnance de validation* in each case is between three and five pages long, recites the procedural history and the elements of the deal, and concludes in very general (and nearly identical) terms that the CJIP satisfied the applicable procedural requirements, and was “justified in its principle and its implementation.”²⁰⁶ Several of the companies involved were mid-sized French companies accused of domestic crimes such as bribery, money laundering or tax fraud.

While the judicial approval in each case appears formulaic, particularly in comparison with their English/Welsh counterparts, they do reflect that the parties had been tasked with justifying to a judge the appropriateness (“*bien fondé*”) of the agreement in conformity with the legislation and the relevant sentencing parameters, and that these had been verified by the judge. Among these decisions, two evolutions stand out.

First, two of the decisions involved very large European companies with extensive international operations, banking giant Société Générale and aerospace giant Airbus, which were accused of having engaged in overseas bribery payments. Both companies were simultaneously being investigated by the United States Department of Justice, and Airbus by the British Serious Fraud Office as well. The published CJIPs emphasize that the investigations and negotiated outcomes were resolved in coordination with the parallel investigations, and in fact, the CJIPs were announced simultaneously with DPAs negotiated in parallel in the other countries. The Airbus case is particularly noteworthy because the amount of the payments to French authorities was far greater than the amounts paid to American and United Kingdom authorities combined. This, of course, was a far cry

204. Available at https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/2018-10/ordonnance_validation.pdf [<https://perma.cc/LR29-X3U8>].

205. *Id.* at 4 (translation by author).

206. From the CJIP approval with SET Environment at 3, (February 23, 2018) https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/2018-10/ordonnance_validation.pdf [<https://perma.cc/LR29-X3U8>] (author’s translation).

from the several FCPA outcomes summarized above²⁰⁷ where U.S. authorities forced French companies to enter into DPA and other agreements and kept both the credit and the proceeds. In April 2020 the National Financial Prosecutor Jean-François Bohnert appropriately noted, in a formal and widely published interview,²⁰⁸ that in the Airbus case his office had acted as the “pivot” in leading the coordinated investigations by his office, the DoJ, and the SFO.

Mr. Bohnert’s interview also underscored a second evolution observable from the CJIPs to date: His office now has a much greater degree of independence from judicial supervision and control because the CJIP procedure allows his office to reach outcomes without any participation by an investigating magistrate. The Airbus CJIP was notable in that no *instruction* had been commenced; no investigating magistrate had been involved at all, but rather the matter had been handled, in France, by the NFPF and police investigators in a preliminary investigation (*enquête préliminaire*).²⁰⁹ Mr. Bohnert noted that in 2019, over 80% of the cases conducted by his office were handled on the basis of such a preliminary investigation (thus without an investigating magistrate), and that companies were free to reach out directly to his office if they wished to enter into discussions leading to a CJIP. This is a major development because if the NFPF and other prosecuting offices in France succeed in encouraging French companies to “self report” to prosecutors with the aim of working out a CJIP and without the need to involve an investigating magistrate, the prosecutors may be able to move far more quickly, decisively, and effectively than in the past.²¹⁰

A recently publicized CJIP differed from its predecessors in two respects. The case involved the French transportation and logistics

207. See *supra* note 171 and accompanying text.

208. « *Il m’apparaît abusif de parler dorénavant de justice négociée* » [Jean-François Bohnert: “It now seems disrespectful to speak of negotiated justice”], *L’Observatoire de la Justice Pénale* (Apr. 17, 2020), <https://www.justicepenale.net/post/jean-fran%C3%A7ois-bohnert-il-m-appara%C3%A9trait-abusif-de-parler-dor%C3%A9navant-de-justice-n%C3%A9goci%C3%A9e> [<https://perma.cc/V2JG-XD9U>]. See also Frederick T. Davis, *How France Is Modernizing Its Criminal Procedure and Streamlining Its Resolution of Corporate Crime Cases*, *The Global Anticorruption Blog* (May 27, 2020), <https://globalanticorruptionblog.com/2020/05/27/guest-post-how-france-is-modernizing-its-criminal-procedure-and-streamlining-its-resolution-of-corporate-crime-cases/#more-16002> [<https://perma.cc/26YY-97T3>] (providing a short summary of the interview in English).

209. See *supra* note 193 and accompanying text. While two of the earlier CJIPs had also involved a preliminary investigation without an investigating magistrate, they were domestic tax investigations conducted in the first instance by tax authorities and, in any event, would likely not have been referred to as an “instruction”.

210. See Davis, *supra* note 208.

company Bolloré SE and its activities in Togo. After a long investigation conducted mostly by the NFPF, in February 2021 the NFPF and Bolloré SE submitted for judicial approval an agreed-upon CJIP that provided for payment of a fine of 12 million Euros and the adoption of certain preventative measures. Simultaneously, the prosecutor presented for approval guilty pleas (under the CRPC procedure described above²¹¹) of the company's CEO Vincent Bolloré and two other individuals, who acknowledged responsibility for corruption acts in Togo and agreed to fines of 375,000 Euros. The judicial approval of the Bolloré SE CJIP²¹² is seven pages and somewhat longer than the equivalent documents in the other public cases. It goes into significantly greater detail about the acts for which the company accepted responsibility. Even more noteworthy was the refusal of the judge (the same one who simultaneously accepted the corporate CJIP) to accept the CRPC guilty pleas of the individuals, noting that the proposed sentences were “unsuitable” in the context of the facts acknowledged in the CJIP because they had “seriously undermined economic public order” and attacked “the sovereignty of Togo.”²¹³

Overall, the CJIP procedure offers the French prosecutor an avenue to sideline one form of judicial review or control (the tradition of having complex cases handled by an investigating magistrate), without creating significant judicial constraints on the CJIP process itself, since the judges who have reviewed the CJIPs negotiated to date have not only approved them, but in contrast to their English/Welsh counterparts, have not indicated that they will scrutinize such deals to assure that they are in the “public interest.” The incentives to negotiate directly with the prosecutor in corporate cases were undoubtedly enhanced by the UBS conviction after trial in February 2019. After it

211. See *supra* note 181 and accompanying text.

212. Convention judiciaire d'intérêt public entre Le Procureur de la République Financier et Bolloré SE et Financière de l'Odet SE [Judicial Public Interest Agreement between the Public Prosecutor and Bolloré SE and Financière de l'Odet SE], Feb. 9, 2021, PNF 12 111 072 209, http://www.justice.gouv.fr/art_pix/CJIP_bollore_20210902.pdf [<https://perma.cc/EEH2-XPZ6>].

213. *Paris Court Accepts Corporate DPA While Rejecting Plea Deal for Bolloré Executives*, Wilkie Compliance (Mar. 1, 2021), <https://complianceconcourse.willkie.com/articles/news-alerts-2021-03-march-20210301-paris-court-accepts-corporate-dpa-while> [<https://perma.cc/TUS7-PYVF>]. No written opinion by the trial judge rejecting the individual guilty plea has been made public. The refusal to accept the CRPC, however, has been widely reported and analyzed in France. See, e.g., Emmanuelle Brunelle et al., *L'affaire Bolloré ou les limites d'une justice pénale négociée* [The Bolloré case or the limits of a negotiated criminal justice system], Dalloz Actualité (Mar. 23, 2021), <https://www.dalloz-actualite.fr/node/1-affaire-ibollorei-ou-limites-d-une-justice-penale-negociee#.Yg275N90lpS> [<https://perma.cc/U9P6-6HTW>] (providing an extensive description and analysis in French).

was publicly reported that the UBS entities had been offered, and declined, a CJIP, the NFPF obtained a judgement against the company and the imposition of penalties totaling 1.8 billion euros—considerably more than what the CJIP would have cost them.²¹⁴ In contrast, the rejection of the individual CRPC by Vincent Bollore²¹⁵ has been interpreted in France to create an important disincentive by emphasizing that senior corporate individuals, who are often the key strategists in negotiating a corporate CJIP, may face tougher scrutiny.

V. OTHER COUNTRIES

The deferred prosecution regimes in England/Wales and France have led roughly to roughly a dozen formal outcomes in each country pursuant to the judicial review procedures noted above. Other countries may be following. Two (Canada and Singapore) have adopted DPA regimes but those procedures have not yet been used; two (Australia and Ireland) have developed detailed legislative proposals for DPA regimes that but the laws have not yet been enacted; and two (Brazil and Argentina) have adopted somewhat comparable negotiated corporate outcomes that are not closely modeled on the U.S. DPA.

A. Canada

In late 2018 Canada enacted a comprehensive DPA procedure called the Remediation Agreement Regime (“RAR”).²¹⁶ Like the U.K. model upon which it is largely based, Canada’s regime provides for judicial review at several different steps. A prosecutor may propose a remediation agreement to corporations accused of certain enumerated financial fraud, securities, and corruption offenses;²¹⁷ in contradistinction to the U.K. version the prosecutor does not need to obtain judicial approval to enter into such negotiations if she is of the opinion “that there is a reasonable prospect of conviction with respect to the offence”²¹⁸ and that “negotiating the agreement is in the public interest and appropriate in the circumstances.”²¹⁹ The RAR then not only

214. See Davis, *supra* note 176.

215. See *supra* note 213.

216. Criminal Code, R.S.C. 1985, c C-46, 715.3 (Can.).

217. Criminal Code, R.S.C. 1985, c C-46, Schedule to Part XXII.1 (Can.).

218. *Id.* ¶ 715.32(1)(a).

219. *Id.* ¶ 715.32(1)(c).

requires that a court approve a remediation agreement in order for it to come into force,²²⁰ but that a remediation agreement can only be modified²²¹ and terminated²²² with the approval of a court. While the new provision has not yet been publicly used, commentary about it emphasizes the importance of significant judicial participation.²²³

B. Singapore

In March 2018 the Singapore Parliament adopted a DPA regime as part of a broader Criminal Justice Reform Act 2018,²²⁴ which revised the Criminal Procedure Code. It permits the Public Prosecutor to enter into a DPA with a corporate entity that “must contain” two elements, namely, a charge or draft charge (prepared by the Public Prosecutor) relating to the alleged offence; and a statement of facts relating to the alleged offence, which may include admissions made by the subject that enters into the DPA.²²⁵ The enabling legislation provides an expressly non-exhaustive list of the “requirements that a DPA may impose on the subject that enters into the DPA,” which may include compensation to victims, implementation of a compliance program, and appointment of a monitor.²²⁶ Interestingly, the legislation does not require the Public Prosecutor to develop a Code of Practice such as exists in the United Kingdom,²²⁷ and it was emphasized during legislative debates that such a Code would only serve as “a tool for

220. *Id.* ¶ 715.37(6). A court must approve the remediation agreement “if it is satisfied that (a) the organization is charged with an offence to which the agreement applies; (b) the agreement is in the public interest; and (c) the terms of the agreement are fair, reasonable and proportionate to the gravity of the offence.”

221. *Id.* ¶ 715.38.

222. *Id.* ¶ 715.4(1). A court is directed to terminate the agreement if it is “satisfied that the organization has complied with the agreement.”

223. *See, e.g.*, Glen Jennings & Matthew Doak, *Canada Moves Forward With A Remediation Agreement Regime*, Mondaq (Sept. 21, 2018), <http://www.mondaq.com/canada/x/738578/White+Collar+Crime+Fraud/Canada+moves+forward+with+a+remediation+agreement+regime> [https://perma.cc/X3RH-BPTU]. In one poll, 89% of respondents expressed a preference for a DPA regime that featured some degree of judicial involvement. *Canadians Favour More Tools for Prosecutors to Combat White-Collar Crime and Want to See Legislation That Better Targets Guilty Parties*, Ipsos (June 15, 2016), <https://www.ipsos.com/en-ca/canadians-favour-more-tools-prosecutors-combat-white-collar-crime-and-want-see-legislation-better> [https://perma.cc/B89G-FCFE].

224. Criminal Justice Reform Act, 2018 (Act No. 12/2018) (Sing.)

225. *Id.* § 149(E)(1).

226. *Id.* § 149(E)(3).

227. *See supra* note 135–138 and accompanying text.

criminals to refer to in manipulating the criminal justice system to escape punishment.”²²⁸ Section 149(F) of the Act provides that a DPA does not go into effect until the Public Prosecutor has “appl[ied] by criminal motion to the High Court,” and the Court has issued a “declaration” that the DPA is “in the interests of justice,” and that the terms of the DPA are “fair, reasonable and proportionate.”²²⁹ To date the Singapore DPA regime has not been publicly used, and there is some concern that few corporations may be eager to enter into one in the absence of a strong risk of corporate prosecution under Singapore corporate criminal responsibility provisions.²³⁰

C. Australia

In December 2019, the Australian Government introduced proposed legislation called the Combatting Corporate Crime Bill,²³¹ to replace a largely similar proposal that had lapsed. It includes a new strict liability offense for corporations that “fail[] to prevent” a foreign bribery, thus emulating Section 7 of the UK Bribery Act discussed above in Part 3(A). The law would authorize the Commonwealth Director of Public Prosecutions (CDPP) to “negotiate, enter into, and administer” deferred prosecution agreements with corporations but not with individuals²³² accused of certain enumerated offenses—generally foreign

228. Eunice Chua and Benedict Chan Wei Qi, *Deferred Prosecution Agreements in Singapore: What is the Appropriate Standard for Judicial Approval?*, 16 Int’l Comment. on Evidence 1, (2019)(quoting Singapore Parl. Deb. Official Report vol 94 (Mar. 19, 2018) (remarks of Indranee Rajah, Senior Minister of State for Law)).

229. Criminal Justice Reform Act, 2018 (Act No. 12/2018) (Sing.), § 149(F). For excellent discussions of the Singapore DPA, see Eunice Chua, *Deferred Prosecution Agreements in Singapore?*, Singapore Law Blog, <http://www.singaporelawblog.sg/blog/article/205> [<https://perma.cc/LYX4-X8B4>]; Eunice Chua & Benedict Chan Wei Qi, *Deferred Prosecution Agreements in Singapore: What is the Appropriate Standard for Judicial Approval?*, 16 INT’L COMMENT ON EVIDENCE 1 (2019).

230. “[I]t’s worth noting that, at this time, Singapore has not proposed any amendments to the standard for corporate criminal liability, which has closely followed the English common law “identification principle,” namely that at least one individual who is sufficiently senior to be considered the company’s “directing mind and will” had the relevant criminal intent. That could present a huge hurdle for prosecutors wanting to use the new DPA regime where a company wants to challenge corporate attribution.” Sandy Baggett, *Singapore Introduces Deferred Prosecution Agreements*, Freshfields Bruckhaus Deringer (Mar. 22, 2018), <https://riskandcompliance.freshfields.com/post/102eszp/singapore-introduces-deferred-prosecution-agreements> [<https://perma.cc/65RA-PH5B>].

231. Crimes Legislation Amendment (Combatting Corporate Crime) Bill 2019 (Cth) (Austl.).

232. *Id.* sch 2 item 4.

bribery, fraud, money laundering and lesser included offenses,²³³ and lists the required components of a DPA.²³⁴ Clearly responding to public demands for some form of judicial review,²³⁵ the legislators were constrained by a separation of powers principle that a true judicial officer cannot review an agreed-upon outcome.²³⁶ As a result, the current bill provides that an agreed-upon DPA be reviewed by a retired judge, who must be “a former judicial officer of a federal court or of a State or Territory...”²³⁷ Once a DPA has been negotiated by the CDPP and a corporation, the CDPP submits the DPA to the approving officer with a written statement indicating that the CDPP is “satisfied that there are reasonable grounds to believe that an offence specified in the DPA has been committed” and that “entering into the DPA is in the public interest.”²³⁸ The approving officer then must approve the DPA if satisfied that “the terms of the DPA are in the interests of justice[, . . .] fair, reasonable, and proportionate”²³⁹—in essence, the same standard applicable to true judicial scrutiny in England and Wales.

D. Ireland

Ireland does not currently have a DPA regime, but the possibility of introducing a statutory scheme has been the subject of recent discussion as part of a broader conversation on corporate crime and

233. *Id.* sch 2 item 17B(1).

234. *See generally Failure to Prevent Foreign Bribery and Deferred Prosecution Agreements: the Latest Reforms Proposed to Australia’s Corporate Criminal Regime*, Ahurst (Dec. 5, 2019) <https://www.ashurst.com/en/news-and-insights/legal-updates/failure-to-prevent-foreign-bribery-and-deferred-prosecution-agreements/> [<https://perma.cc/R9J2-QXFE>].

235. *See Australian Government, Proposed Model for a Deferred Prosecution Agreement Scheme in Australia*, <https://www.ag.gov.au/integrity/consultations/proposed-model-deferred-prosecution-agreement-scheme-australia> [<https://perma.cc/JP77-SYQ3>].

236. The Attorney General has noted that under Australian law, “courts cannot merely ‘rubber stamp’ administrative processes or penalties that have been ‘agreed’ in advance by the parties. To do so would not be consistent with the role and function of courts under the Constitution.” SENATE ECONOMICS REFERENCES COMMITTEE, REPORT: FOREIGN BRIBERY 16 (2018), https://www.aph.gov.au/Parliamentary_Business/Committees/Senate/Economics/Foreignbribery45th/Report/c05 [<https://perma.cc/895A-98DD>] (quoting Consultation of the Attorney General). *See also* *Barbaro v The Queen*; *Zirilli v The Queen* [2014] 253 CLR 58, 33 (Austl.) (emphasizing the distinct and separate “roles” of the court and the prosecutor in determining a sentence).

237. Crimes Legislation Amendment (Combatting Corporate Crime) Bill 2019 (Cth) (Austl.), sch 2 item 17G(2).

238. *Id.* sch 2, item 17D(1)–(2).

239. *Id.* sch 2 item 17D(4).

financial regulatory reform, which may be the basis for future legislative action.

In January of 2016, the Irish Law Reform Commission (LRC) solicited public comment on the adoption of DPAs.²⁴⁰ After receiving submissions and consulting with national and foreign experts on economic concerns, in October 2018 the LRC issued an extensive *Report on Regulatory and Corporate Offenses* in which it recommended that Ireland adopt a DPA scheme that closely resembles the UK model.²⁴¹ The proposed scheme would allow the Director of Public Prosecutions to offer a DPA to corporations under investigation for certain financial crimes; whether to make such an offer is left to the discretion of the prosecutor and would not itself be subject to judicial review, but the proposed legislation would require the DPP to develop and publish a “Code of Practice” that would set out the standards the DPP will apply in the negotiating a DPA.²⁴² Emphasizing that “judicial oversight and approval of DPAs is at the very heart of the [proposed] DPA scheme,”²⁴³ the proposed act would require a court to apply the two-prong test found in the UK scheme, and approve the DPA only if it is satisfied “(1) that the DPA as a whole and its individual terms are fair, reasonable and proportionate; and (2) that approval of the DPA is in the interests of justice.”²⁴⁴

240. LAW REFORM COMMISSION OF IRELAND, ISSUES PAPER ON REGULATORY ENFORCEMENT AND CORPORATE OFFENSES (Jan. 27, 2016), <http://www.lawreform.ie/news/issues-paper-on-regulatory-enforcement-and-corporate-offences-.607.html> [<https://perma.cc/ZH2C-PGMK>].

241. LAW REFORM COMMISSION OF IRELAND, 1 REPORT ON REGULATORY AND CORPORATE OFFENSES, ¶¶ 1–2, 24–29 (Oct. 23, 2018), https://www.lawreform.ie/_fileupload/Completed%20Projects/LRC%2019-2018%20Regulatory%20Powers%20and%20Corporate%20Offences%20Volume%201.pdf [<https://perma.cc/2M6J-HZV9>].

242. *Id.* at 270 ¶ R 5.06. “The Commission recommends that the statutory framework for DPAs will provide that the Director of Public Prosecutions (DPP) is to produce and publish a Code of Practice (comparable to the DPP’s Guidance for the Cartel Immunity Programme), which will set out the detailed substantive and procedural elements of the DPA scheme, including the role of the DPP, the standards the DPP will apply in the process of negotiating and preliminarily agreeing a DPA and the relationship between the DPP and any relevant regulator in this context.” *Id.* The DPP has also published Guidelines for Prosecutors which outlines a non-exhaustive list of factors that prosecutors should consider when deciding whether to prosecute a particular case. *Id.* at 221 ¶¶ 5.11–13.

243. *Id.* at 266 ¶ 5.176.

244. *Id.* at 267 ¶ R 5.03(1)–(2). The Law Society of Ireland, in supporting the proposed legislation, has emphasized the need for judicial review. “The Law Society emphasized that it would be in favour of DPAs along the lines of the UK model rather than the US model. Judicial and executive oversight is crucial. The preservation of entities and employment is of great importance in a country our size. However, this priority must not operate to damage

E. Argentina

In December 2017 the Argentine Congress adopted a new Corporate Liability Law, Law No. 27.401, which went into effect in March 2018 and made significant amendments to the national Penal Code.²⁴⁵ Its principal, and most widely discussed, feature is a significant change in the law on corporate criminal liability, which now makes a wide variety of entities strictly liable for act of their agents on their behalf. This provision, adopted in response to recommendations from the OECD, is viewed as an important step forward in Argentina effort to combat transnational corruption.²⁴⁶

Less widely discussed is a new procedure for a so-called “effective collaboration agreement,” which approximates a U.S.-style DPA or possibly an NPA. As explained by two participants in the legislative drafting process,²⁴⁷ a corporate defendant may seek a mitigated outcome by making a full disclosure of the relevant facts and cooperate in the recovery of assets as well as in the identification of individual offenders. A prosecutor satisfied with this disclosure can agree to significantly reduced penalties, and may include other

public confidence in our authorities. Thus, a consistent approach to enforcement is crucially important.” LAW SOCIETY OF IRELAND, RESPONSE TO LAW REFORM COMMISSION’S ISSUES PAPER ON: REGULATORY ENFORCEMENT AND CORPORATE OFFENCES 7 (July 2016), <https://www.lawsociety.ie/globalassets/documents/committees/business/subs/response-lrc-regulatoryenforcement-july2016.pdf> [<https://perma.cc/Y43N-SMU8>].

245. For the text of the legislation in Spanish, see Law No. 27401, Dec. 1, 2017, B.O. (Arg.). An unofficial translation into English that had previously been accessible on the internet is no longer active. For a summary of the new provisions, see OECD, ARGENTINA: FOLLOW-UP TO THE PHASE 3BIS REPORT & RECOMMENDATIONS (July 2019), <https://www.oecd.org/corruption/anti-bribery/OECD-Argentina-3bis-follow-up-report-ENG.pdf> [<https://perma.cc/XT8Q-3SGL>]; Guillermo Jorge & Fernando Basch, *In Argentina, a New Statute on Corporate Criminal Liability*, The FCPA Blog (January 9, 2018), <https://fcpcbog.com/2018/1/9/jorge-and-basch-in-argentina-a-new-statute-on-corporate-crim/> [<https://perma.cc/JAD7-YXSZ>]; Guillermo Jorge & Fernando Basch, *Argentina Introduces Deferred Prosecution Agreements*, The FCPA Blog (January 16, 2018), <https://fcpcbog.com/2018/01/16/jorge-and-basch-argentina-introduces-deferred-prosecution-ag/> [<https://perma.cc/3HWD-PSTA>].

246. See OECD, *supra* note 245.

247. JORGE & BASCH, *supra* note 245. See also Espelata et. al., *Argentina in The Global Investigations Review, The Practitioners Guide to Global Investigations*, Global Investigations Review, (Jan. 2020), <https://globalinvestigationsreview.com/guide/the-practitioners-guide-global-investigations/2020/article/argentina> [<https://perma.cc/69EY-HXET>]; Matteson Ellis, *Argentina Introduces Corporate Liability and Compliance Standards in New Anti-Corruption Law*, FCPA Americas (Mar. 2018), <https://fcpamericas.com/english/anti-corruption-compliance/argentina-introduces-corporate-liability-compliance-standards-anti-corruption-law/> [<https://perma.cc/6D32-LY3H>].

provisions such as reparation to victims, community service, and implementation or improvement of a compliance program.

The legislation provides generally for judicial review, and it appears that the ultimate sanctions are decided, or must be approved, by the Court. The legislation does not appear to contain standards for such review, and thus the procedure may essentially be a mechanism to get the case before a court without a trial. There does not yet appear to be any published outcomes under this new provision, and it is not clear from the legislation whether an appeal will lie from a judicial rejection of an agreement.

F. Brazil

Brazil does not have a comprehensive DPA scheme comparable to the U.S., U.K. and some other models, but it offers administrative leniency agreements (ALAs), which originated in enforcement of antitrust offenses and has been extended to certain corruption offenses in an effort to ramp up anti-corruption enforcement by offering negotiated agreements linked to self-reporting and cooperation. These agreements, known as “*acordos de leniência*,”²⁴⁸ were introduced as part of the Clean Company Act (CCA) in 2013 along with a federal regulating decree, sweeping amendments to its bribery laws to expand the tools available to anti-corruption enforcement agencies.²⁴⁹ In particular, the CCA does not specifically provide for judicial review but rather relies on the issuance of administrative guidelines and internal administrative reviews.²⁵⁰ The actual implementation of such agreements is difficult to evaluate in the context of Brazil’s notoriously

248. Eduardo Soares, *FALQs: Legal Framework for Fighting Corruption in Brazil (Part II)*, In Custodia Legis Blog (May 11, 2016), <https://blogs.loc.gov/law/2016/05/falqs-legal-framework-for-fighting-corruption-in-brazil-part-ii/> [<https://perma.cc/7Z7L-999S>].

249. Lei No. 12.846, de 1 de Agosto de 2013, (Braz.); Decreto No. 8.420, de 18 de Março de 2015, (Braz.). See also Heloisa Barroso Uelze et al., *The Practitioner’s Guide to Global Investigations - Sixth Edition: Brazil*, Global Investigations Review (Jan. 14, 2022), <https://globalinvestigationsreview.com/guide/the-practitioners-guide-global-investigations/2022/article/brazil> [<https://perma.cc/33HN-338P>]. In part, this effort was made to comply with international treaty obligations. See, e.g., Caio Marcelo Cordiero Antonietto & Rafael Guedes de Castro, *The Criminal Liability of Legal Entities in Brazil in Light of the New Anti-Corruption Law*, EUR. SCI. J. 63 (April 2015)

250. Joao Victor Freitas Ferreira, *Brazil’s Public Prosecutors’ Office Issues Leniency Guidelines*, Mondaq (Oct. 10, 2017), <http://www.mondaq.com/brazil/x/635880/White+Collar+Crime+Fraud/Brazils+Public+Prosecutors+Office+Issues+Leniency+Guidelines> [<https://perma.cc/WT8L-YDUN>].

complex anti-corruption architecture, where more than one agency may be simultaneously involved.²⁵¹

CONCLUSION

In just over two decades, Deferred and Non-Prosecution Agreements have become the predominant procedural vehicle for federal prosecution of corporations in the United States, and several countries around the world have implemented them, or are currently considering their implementation.²⁵² As this review shows, DPAs as practiced in the country that invented them—the United States—are unique in at least two ways.

First, neither legislation nor official rulemaking has formalized the procedures for U.S. DPAs (or NPAs). Instead, they have simply developed through an evolutionary process as they have been negotiated between prosecutors and counsel for large corporations, which are often galvanized by strategic incentives.²⁵³ Every other country discussed in this article that has adopted, or is seriously exploring, DPA-equivalents has done so through legislation and after a thorough public debate.²⁵⁴

Second, the U.S. version of DPAs (and even more so NPAs, which do not appear to have a formal equivalent in other countries) are

251. One observer notes that “[a] core problem is that several public authorities are legally vested with the power (and the duty) to punish wrongdoers but are not legally required to coordinate their actions.” Rafael Zabaglia, *Law Enforcement And The Hurdles To The Brazilian Anticorruption Leniency Program*, Mondaq (May 4, 2017), <http://www.mondaq.com/brazil/x/591318/White+Collar+Crime+Fraud/Law+Enforcement+And+The+Hurdles+To+The+Brazilian+Anticorruption+Leniency+Program> [https://perma.cc/B6RS-E3RF].

252. Another observer comments: “Reform is in the air. Many countries are actively engaged in determining how to reform their laws on corporate liability and non-trial resolutions, such as DPAs.” Jennifer Arlen, *The Potential Promise and Perils of Introducing Deferred Prosecution Agreements Outside the U.S.*, in *NEGOTIATED SETTLEMENTS IN BRIBERY CASES* 156, 197 (Tina Søreide & Abiola Makinwa eds., 2020). In November 2021, the OECD issued a long-anticipated amended version of its “Recommendation” for combatting overseas bribery, which includes a recommendation that “member countries consider using a variety of forms of resolutions” including “non-trial resolutions ... based on a negotiated agreement.” See OECD, *RECOMMENDATION OF THE COUNCIL FOR FURTHER COMBATING BRIBERY OF FOREIGN PUBLIC OFFICIALS IN INTERNATIONAL BUSINESS TRANSACTIONS* 9 (2022), <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0378> [https://perma.cc/6KTE-JXQE].

253. See *supra* Part II.

254. See *supra* Part V.

distinctive because of the absence of judicial review, scrutiny, or participation of virtually any kind. The absence of legislation or rule is closely linked with the absence of minimal judicial review: Without such a rule or legislation, there are no standards for evaluating a DPA, nor an objective basis upon which a judge could review one. More fundamentally, a fundamental separation of powers principle—that only the executive branch can determine whether to prosecute or not—has been interpreted in the United States to be at the heart of DPAs/NPAs, and thus a basis to shield them from review.²⁵⁵ As a result, U.S. DPAs and NPAs constitute an exclusive playing field in which prosecutors and corporate lawyers can operate, wielding immense power to achieve consequential results, all while remaining shielded from judicial review or formal public accountability. Part 2 of this article noted the lengths to which both prosecutors and corporate defense counsel have gone to shield their agreements from any form of judicial review in the very few instances where a judge even had the temerity to impose it. These tactics should not be surprising. Prosecutors always have an incentive to maximize their independence and thus their power. Defendants, even if corporate, may not generally be fans of prosecutorial power, but once two theoretically adversarial parties have reached an agreement satisfactory to both, they are inherently resistant to any further influence that could potentially imperil their deal, and have no incentive to have that deal measured against the (possibly vague) standard of “the public interest.”²⁵⁶

The successful effort to fend off judicial review has accompanied, and contributed to, a culture of compliance optimization as the principal justification for criminal law enforcement. As two writers note, “N/DPAs are making significant and controversial contributions to corporate practices, exemplifying a shift in prosecutorial culture from an ex-post focus on punishment to an ex-ante emphasis on compliance.”²⁵⁷ D/NPAs are realized exclusively through negotiation, without the need to navigate the rules of evidence and other standard prosecutorial complexities, including the need to persuade a neutral trier of fact. Such a system gives federal prosecutors extraordinary latitude and flexibility: They can pursue law enforcement policies

255. See *supra* Section II.C.2.

256. See *supra* 48 and accompanying text.

257. Kaal & Lacine, *supra* note 4, at 59. After a review of empirical evidence, the authors conclude that “corporate governance provisions in N/DPAs significantly increased in the last decade, boosting prosecutors’ influence over corporate governance to unprecedented levels.” See also Brandon L. Garrett, *Structural Reform Prosecution*, 93 VA. L. REV. 853, 936 (2007) (“Federal prosecutors have stepped far outside of their traditional role of obtaining convictions, and, in doing so, seek to reshape the governance of leading corporations, public entities, and ultimately entire industries.”)

where one of their putative adversaries (large corporations) have become a significant mechanism in achieving change. Not surprisingly, one writer has observed that federal law enforcement policies are “turning corporate defendants into corporate cops.”²⁵⁸

Despite the absence of oversight, such agreements nevertheless have extensive impacts on third parties—and the public. The amount of the penalties paid under them is often measured in the billions of dollars, and the detailed prospective conduct (and, sometimes, monitoring) obligations to which corporations agree may affect not only shareholders and employees but competitors, consumers, and other members of the public.²⁵⁹ As one writer concludes, “Plea agreements involving organizations raise issues that individual plea agreements do not”²⁶⁰ The question, then, is whether these important, consequential events should take place entirely behind closed doors, negotiated by powerful lawyers and disclosed to the public only through mutually approved press releases, and without any judicial scrutiny or public accountability. As this study shows, such secrecy is not inherent in the DPA procedure: anyone reading the long, detailed, and articulate examinations of English/Welsh DPAs provided pursuant to statute by the High Court of England²⁶¹ derives a much more complete, and almost certainly less suspicious, understanding of the

258. Arlen, *supra* note 26.

259. An opinion issued in a criminal prosecution of an individual, *United States v. Connolly*, No. 19-3806-cr(L), 2019 U.S. Dist. LEXIS 76233 (S.D.N.Y. May 2, 2019), sheds light on the potential collateral effects of a successful corporate DPA on corporate employees. In that case, a former bank officer was indicted for federal crimes where the prosecution was based in significant part on an internal investigation and report conducted by his employer’s attorneys as part of their DPA negotiation and shared with the prosecutor. The defendant complained about this process, and argued that his statements to the investigating attorneys constituted a form of compelled self-incrimination that should have invalidated the case against him. While she denied this relief, the judge explored in some detail the relationship between the prosecutor’s office and the attorneys representing the corporate employer, and concluded that while the corporate attorneys had achieved a “conspicuous success” for their client by negotiating a favorable DPA, it was at the expense of essential fairness to the corporation’s employees at the hands of corporate lawyers to whom the prosecutor had, in essence, “outsourced” the investigation. See Frederick T. Davis, *Internal Investigations and the Specter of State Action*, 46 American Bar Association Litigation Journal (May 2020). See also *United States v. Stein*, 541 F.3d 130 (2d Cir. 2008), in which the Second Circuit held that by entering into a DPA with by a large accounting firm that limited its obligations to pay attorney’s fees for its employees, the DoJ “unjustifiably interfered with the defendants’ relationship with counsel and their ability to mount a defense, in violation of the Sixth Amendment[.]” *Id.* at 136.

260. Brandon L. Garrett, *The Public Interest in Corporate Settlements*, 58 B.C. L. Rev. 1483, 1497 (2017).

261. See *supra* Part III.

relevant context and whether, in fact, each outcome was a good one. To varying degrees noted in this study, the several countries that have adopted or are considering a DPA-equivalent are opting for some degree to judicial involvement and public accountability, which is simply lacking in the United States.

In part, this disparity reflects differing constitutional principles of separation of the powers between the executive and judicial branches, as well as different law enforcement cultures. Curiously, the widest disparity in the extent of judicial participation in DPAs among the countries studied in this article is not between so-called “common law” and “civil law” countries, but between two countries with close and overlapping traditions, namely the United States and the United Kingdom. As of this writing, the most extensive and robust form of judicial scrutiny of DPAs occurs under legislation providing for High Court review and in the DPA approvals to date in England and Wales.²⁶² The former English colonies other than the United States that are considering or have adopted DPAs²⁶³ all require at least some degree of judicial participation, and their legislative histories generally reflect a choice of the English rather than the U.S. model, even though they vary in exactly how such review should take place.²⁶⁴ This policy-based rejection of the U.S. approach suggests that the disparity analyzed here will persist.

The question remains: What is the practical significance and effect of these stark differences? The remainder of this article will address two issues where differences in the existence or extent of judicial participation may be consequential.

A. Does Judicial Review Render Corporate DPAs Less Flexible or Less Certain, and Thus Less Attractive?

It is axiomatic that DPAs under any scenario are consensual agreements. It follows that, to be effective and sufficiently widespread to have any real impact, they must incentivize parties to use them. Does the possibility that a “deal” once reached between prosecutor and

262. See *supra* Section III.C.

263. Namely Canada (Section V.A), Singapore (Section V.B), Australia (Section V.C), and Ireland (Section V.D).

264. As noted in Section V.C, in Australia constitutional principles of separation of the powers would apparently preclude a court as such from reviewing an agreed-upon outcome, so the legislation under consideration will provide for “judicial” review by designated retired judges. See *supra* note 236 and accompanying text.

corporate defendant may be reviewed, and potentially invalidated, by a judge act as a disincentive to a corporation to enter into it?

From a corporation's perspective, entering into negotiations with a prosecutor does not necessarily commit them to reaching an agreement or foreclose a defense, but doing so is not without risk, because merely opening a discussion may provide a prosecutor with useful information or other strategic advantage. Further, as a practical matter, few DPA discussions are opened by a corporation that do not result in some sort of negotiated outcome. Some DPA regimes attempt to address this issue by formally protecting the right of defense in the event of a failed negotiation. The English/Welsh²⁶⁵ and the French²⁶⁶ DPA regimes include specific provisions that if an attempted DPA fails to result in a final public outcome, neither a proposed agreement nor the negotiations leading to it can constitute evidence against the corporation. The same general principles apply in the United States: Strong tradition, common law rules of evidence, and the terms of Rule 408 of the Federal Rules of Evidence exclude offensive use of "compromise offers and negotiations" in subsequent proceedings,²⁶⁷ and counsel often fortify these protections by means of so-called "Queen for a Day" provisions or by making hypothetical proffers. But the protection afforded by this general rule is not total, and may vary from jurisdiction to jurisdiction.²⁶⁸ As a practical matter, anyone representing or advising a corporation knows that *any* discussion with a

265. See Crime and Courts Act of 2013, *supra* note 135, sch 17, ¶ 13. The "Deferred Prosecution Agreements Code of Practice" jointly published by the Serious Fraud Office and the Crown Prosecution Service, see text accompanying *supra* note 136 ("It is recognised that there is a balance to be struck between encouraging all parties to be able to negotiate freely, and the risk that [a corporation] may seek knowingly (or when it should have known) to induce the prosecutor to enter into a DPA on an inaccurate, misleading or incomplete basis." The Code lists, on a "non-exhaustive" basis, circumstances under which the prosecutor may use material obtained or information learned during failed DPA discussions.

266. See Code of Criminal Procedure, *supra* note 185, art. 41-1-2 (stating that "if the president of the court does not validate the proposal of an agreement or if the legal person [that is, a corporation] avails itself of its right of retraction, the National Financial Prosecutor may not submit to the investigating judge or to the trial court declarations made or documents passed on by the legal person in the course of the procedure described this article."); Guidelines on the Implementation of the Convention Judiciaire d'Interet Public, *supra* note 179, at 10 (specifying that this limited protection only occurs "after formalization of a proposal for a CJIP....").

267. FED. R. EVID. 408, which basically restates common law, provides that evidence of "conduct of a statement made during compromise negotiations" is not admissible.

268. The risks to transnational criminal investigations posed by differing confidentiality and professional obligations rules are explored in Frederick T. Davis, *How National and Local Professional Rules Can Mess Up an International Criminal Investigation* (June 19, 2019), <https://www.financialcrimelitigators.org/node/105> [<https://perma.cc/R67J-YNYU>].

prosecutor, especially one unaware of the client's wrongdoing, is a consequential step: reaching out²⁶⁹ to a prosecutor may be necessary to obtain credit for a genuine "self-report," but it inevitably informs a prosecutor that something presumably illegal has happened and may be worthy of investigation under procedures not prohibited by relevant evidentiary provisions. Even when discussions between a prosecutor and corporate counsel are already taking place (such as when a corporation is under investigation), pursuing a possible DPA outcome can be strategically complex.²⁷⁰ In this variable context, does it make any difference if a deal once struck with a prosecutor may be subject to further review, and possible non-approval?

There is no easy answer to this question. Given the number of variables and the differences in context, an empirical study comparing outcomes in two countries would be difficult. By far the most outspoken and articulate commentators on DPAs, at least in the United States, are members of prosecution teams and defense bars who have participated in them – and who for reasons noted above²⁷¹ have every

269. Both the United Kingdom and the French DPA provisions formally provide that DPA negotiations can in theory only be instigated (or "invited") by a prosecutor. As a practical matter, prosecutors in both countries have emphasized that they are at all times open to "self-reports" from corporate representatives as a preliminary step to entering into such discussions leading to a DPA. *See, e.g.,* Serious Fraud Office, *Deferred Prosecution Agreements*, <https://www.sfo.gov.uk/publications/guidance-policy-and-protocols/guidance-for-corporates/deferred-prosecution-agreements/> [<https://perma.cc/5RSD-DL4W>] ("A company would only be invited to enter DPA negotiations if there was full cooperation with our investigations. The SFO does not take self reports at face value but must separately establish the extent of the criminality."); French Anti-corruption Agency, *GUIDELINES ON THE IMPLEMENTATION OF THE CONVENTION JUDICIAIRE D'INTERET PUBLIC 9*, [https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/files/EN_Lignes_directrices_CJIP_revAFA%20Final%20\(002\).pdf](https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/files/EN_Lignes_directrices_CJIP_revAFA%20Final%20(002).pdf) [<https://perma.cc/RQ4P-JECH>] ("Voluntary self-reporting of the offenses to prosecutors, if timely made, is taken into account favorably, both as regards the choice of the CJIP [DPA] procedure and as a factor reducing the amount of the public interest fine.")

270. Among other variables in which national regimes and laws differ is whether a corporation can safely conduct or commission an "internal investigation" that may be used as a basis for negotiating a DPA, since in some countries there is the risk that the fruits of such an investigation may not be protected by professional privileges or confidentiality protections. *See* Frederick T. Davis, *By Refusing to Respect Attorney-Client Confidentiality, European Courts Threaten To Undermine Anti-Bribery Enforcement*, *Global Anticorruption Blog* (Aug. 2, 2018), <https://globalanticorruptionblog.com/2018/08/02/guest-post-by-refusing-to-respect-attorney-client-confidentiality-european-courts-threaten-to-undermine-anti-bribery-enforcement/#more-11857> [<https://perma.cc/X8NG-F2GY>]. *See generally* Frederick T. Davis, *Internal Investigations — an Overview*, 10 *Tijdschrift voor Sanctierecht & Onderneming* 140 (2020).

271. *See supra* note 48 and accompanying text.

incentive to close ranks once a deal is cut. But one can imagine two conflicting theories.

One theory is that the possibility of a needed judicial sign-off marks an impediment insofar as it generates uncertainty. This position was advocated by an experienced U.S.-trained lawyer to the House of Lords in 2019 when the House held hearings on DPAs and their implementation, who testified as follows:

[The lawyer] thought that UK corporate enforcement was “in its adolescence compared to a more mature system in the US.” In his view two differences made the US Department of Justice more effective:

“First, the regime offers more certainty. It does that at a certain cost, which is taking power away from judges and giving it to prosecutors. What companies want in resolving these issues is certainty. When you are dealing with DOJ prosecutors, they can give you the deal and that will be the deal.”²⁷²

More recently, a judge in France, simultaneously with approving a DPA for a privately owned company, publicly rejected the individual guilty plea of the company’s principal on the ground that the agreed-upon sentence insufficiently recognized the gravity of the offense.²⁷³ This rejection was widely viewed in France as an impediment for the national financial prosecutor because it undercut his ability to negotiate a definitive agreement.²⁷⁴ More broadly, at least one commentator has opined that such review would inhibit “self-reporting” and thus corporate compliance.²⁷⁵

272. SELECT COMMITTEE ON THE BRIBERY ACT 2010, *supra* note 123, ¶ 322.

273. *See supra* note 181 and accompanying text.

274. Brunelle et al., *supra* note 213.

275. Jennifer Arlen, *The Potential Promise and Perils of Introducing Deferred Prosecution Agreements Outside the United States* 12 (NYU Sch. of L. Pub. L. & Legal Theory Research Paper Series, Working Paper No. 19-30, 2019), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3428657 [<https://perma.cc/66L9-ZBQZ>] (“DPAs will not provide adequate incentives to self-report and cooperate—and thus will not enhance deterrence—if the legislation does not target their use at these activities. Thus, countries should not adopt legislation that provides that DPAs can be used whenever a prosecutor or judge concludes that a DPA is in the public interest. This standard introduces uncertainty that lowers companies’ incentives to self-report or cooperate.”) Professor Arlen also notes that it “is the rare judge who can be expected to have either the expertise or the incentives to intervene to provide genuine oversight” over such agreements. Jennifer Arlen, *Prosecuting Beyond the Rule of Law: Corporate Mandates Imposed Through Deferred Prosecution Agreements*, 8 *Journal of Legal Analysis* 191, 34 (2016).

Alternatively, at least some practitioners might find it advantageous to have a body of law – that is, the opinions issued by reviewing judges – to guide discussions with prosecutors, since both would know that any ultimate agreement would need to survive review on the basis of the publicly stated standards. To date, only opinions issued by the High Court in the United Kingdom²⁷⁶ offer real guidance in such discussions, since those opinions develop each judge’s analysis in some depth and detail, and they would permit a negotiating lawyer to argue that a position taken by a prosecutor would not pass review. In France, the fact that each deal cannot go into effect without a judge first certifying its compliance with procedures set forth in legislation likely exerts some influence on negotiation, though less precise guidance than in the United Kingdom since the approvals, to date, have been essentially formulaic.²⁷⁷

In lieu of judicial opinions, practitioners in the United States have recourse to two other sources of strategic information – both controlled by the prosecutor. First, “guidelines” offered by the Department of Justice (and administrative agencies such as the Securities & Exchange Commission) purport to set out the principles that they apply in negotiating outcomes.²⁷⁸ These guidelines are supplemented by the public record (including press releases) issued by the Department of Justice when DPAs/NPAs are reached,²⁷⁹ which are reviewed in detail by practitioners for indications of evolving DoJ practice. The DoJ provides a public explanation for negotiated “declinations,” or situations where they have agreed not to pursue an investigation in response to

276. See *supra* Section III.C.

277. See *supra* Part III.

278. The Department of Justice issues, and occasionally updates, its Principles of Federal Prosecution of Business Organizations, and its officials often make official statements of policy in prepared (and subsequently published) statements. DEP’T OF JUST., PRINCIPLES OF FEDERAL PROSECUTION OF BUSINESS ORGANIZATIONS, <https://www.justice.gov/jm/jm-9-28000-principles-federal-prosecution-business-organizations> [<https://perma.cc/RUU2-FESX>] (last visited Feb. 26, 2022). See, e.g., Rod Rosenstein, Deputy Attorney General, Remarks at the American Conference Institute (Nov. 29, 2018), <https://www.justice.gov/opa/speech/deputy-attorney-general-rod-j-rosenstein-delivers-remarks-american-conference-institute-0> [<https://perma.cc/Y64T-QPYT>]. In 2020, the DoJ and the Securities & Exchange Commission issued the Second Edition of their Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act, which provides emphasizes the value of “cooperation.” U.S. DEP’T OF JUST. & SEC, A RESOURCE GUIDE TO THE U.S. FOREIGN CORRUPTION PRACTICES ACT (July 2020), <https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/1292051/download> [<https://perma.cc/RX7P-9UR8>]

279. The DOJ website links to its many DPA and NPA outcomes can be found in two databases noted *supra* note 9.

information or promises obtained from a corporation.²⁸⁰ While such indications of policy and practice are useful, the DoJ emphasizes that all such indications of policy are not “binding” and cannot be used as a basis for review in court. They are not the subject or result of public participation.²⁸¹ Fundamentally, they do not state the “law” so much as the principles that prosecutors purport to apply, but for which no mechanism exists to hold them accountable.²⁸²

Ultimately, the countries that build judicial review into their DPA procedures do so because their traditions require it; they are unlikely to care very much about the possibility that such review may complicate the process for prosecutors or defense counsel. This view was very clear in the immediate (and somewhat sardonic) response of the House of Lords, in their report on DPAs, to the position of a former United States prosecutor quoted earlier:

Plea bargaining has never been part of our criminal law. If the maturity and effectiveness of the US system does indeed come at a cost of taking power from judges and giving it to prosecutors, this is a cost we are not prepared to pay.²⁸³

B. Should DPAs be “Transparent”?

As noted above, in the U.S. DPAs (and NPAs) transition from being totally secret to a public *fait accompli*: They are negotiated behind closed doors until both the prosecutor and defense counsel (and the corporation itself) are satisfied and affix their signatures. A DPA is then more or less simultaneously submitted to a court for Speedy

280. See Jessica A. Roth, *Prosecutorial Declination Statements*, 110 *Journal of Crime and Criminology* 477 (2020)

281. See Brandon L. Garrett, *The Public Interest in Corporate Settlements*, 58 *B.C. L. Rev.* 1483, 936 (2017) (“The DOJ has pushed for more consistency in its process of investigating and charging corporations, both civilly and criminally. These internal procedural changes, however, lack any acknowledgement of role for the public interest in these prosecutions. Guidelines internal to the DOJ have been adopted but without notice and comment or participation by the public.”)

282. See Arlen, *Prosecuting Beyond the Rule of Law*, *supra* note 275, at 34 (urging the development of a “framework” for bringing prosecutor-negotiated “mandates” “within the rule of law.”)

283. SELECT COMMITTEE ON THE BRIBERY ACT 2010, *supra* note 123, ¶ 323. The Lords added that “We do not believe that the adoption of non-prosecution agreements along the lines of the United States model would add anything of value to the current law on DPAs.” *Id.* ¶ 324.

Trial Act validation²⁸⁴ and will appear on the website of the Department of Justice under a section maintained by the Office of Public Affairs. The website entry for each DPA will include links to the DPA itself and to its related or constituent documents, typically including, for example, the Information accusing the corporation of the relevant crimes for which it is acknowledging responsibility, as well as a carefully drafted, inevitably self-congratulatory Press Release. The corporation will often issue its own press release, conveying remorse for the conduct for which it has accepted responsibility, committing to avoid such conduct in the future, and expressing relief that the criminal investigation is over. The corporation may also reassure shareholders and the public that the negotiated outcome will not have an untoward or unmanageable effect on the company's fortunes.

Both exercises of public relations are carefully controlled by the parties making them and are clearly coordinated: To avoid causing any dissatisfaction with prosecutors, companies generally pre-clear any release they plan to make before the deal is finalized, and many DPAs contain provisions limiting statements that the corporation may make that might contradict its position in the DPA itself, under threat that any such statement would be a violation of the DPA and could lead to its breach.²⁸⁵

The point is *not* that these sanitized statements are devoid of great value and interest, since the public, the press and practicing lawyers read them with great care, and analyze the specifics of the outcomes to update their understandings of the negotiating dynamics and the lessons to be learned from them. An experienced practitioner can generally reconstruct from the publicly available details of an outcome the “bid/ask” negotiating dynamics of the case, and include that learning in his/her experience databank informing strategic analysis used to advise clients. Occasionally the procedural background of a particular case may become public through collateral procedures, which could anecdotally reveal background information not made public through the carefully scrubbed public disclosures.²⁸⁶ The existence of such occasional revelations underscores the fact that American DPA/NPAs are fundamentally not transparent but disclose only what the parties who reach them decide— or, occasionally, are forced to disclose. In this they are simply worlds apart from their English/Welsh counterparts, and to a lesser degree their French ones, and markedly different from outcomes that may come in other countries that have adopted or

284. See *supra* note 38 and accompanying text.

285. See *supra* note 12 and accompanying text for an example of such a restriction. As noted there, such a “muzzling clause” is viewed unfavorably in other countries.

286. See *supra* note 259 and accompanying text.

may adopt a DPA regime. A reader of the extensive opinions by Judge Leveson and his colleagues on the High Court of London may or may not agree that the DPAs in question were in fact in the public interest – but such an opinion would be an informed one precisely because that important question was explored by a neutral observer (a judge) without an interest in the outcome.

In stark contrast, in the United States the near-total absence of any formal evaluation of the “public interest” other than by the parties inherently invested in justifying the outcome is not “transparent,” raising serious questions about whether such opaque procedures really respect the rule of law.²⁸⁷ The exclusion of any significant judicial role is particularly striking when compared with other aspects of the federal criminal justice system, in which many outcomes – even negotiated ones – must be reviewed, and approved, by a court.²⁸⁸

Controversies about the social value and essential fairness of DPAs remain prevalent in the United States,²⁸⁹ but they are largely lacking elsewhere. More transparency may be forthcoming in the United States: While legislative attempts to provide for judicial review of DPAs and NPAs have stalled,²⁹⁰ Congress recently adopted a provision applicable to the Anti-Money Laundering Act that requires the DoJ to report annually to Congress a list of the DPAs and NPAs that the DoJ has made in any case relating to money laundering, including its “justification” for entering into each agreement and the “list of factors” that were “taken into account” by the Department in determining to agree to each agreement.²⁹¹ The first such report is scheduled to be filed in January 2022, and may provide insight into DPA and NPA parameters that have, in the absence of neutral review, been lacking.

287. The absence of transparency in U.S. DPAs has been a frequent point made by foreign commentators opining on the possibility of a local version. *See, e.g.*, Connor Bildfell, *Justice Deferred? Why and How Canada Should Embrace Deferred Prosecution Agreements in Corporate Criminal Cases*, 20 CAN. CRIM. L. REV. 161, 180 (2016) (“[T]he [U.S.] DPA process does not include any outside parties; it is a negotiation behind closed doors, to which only the prosecutor and company are invited. This leaves employees, community representatives, shareholders, and others out in the cold.”).

288. *See supra* Section II.D.1.

289. *See supra* Section I.C.

290. *See supra* note 94.

291. Anti-Money Laundering Act of 2020, H. R. 6395, 11th Cong. § 6311 (2021). *See* Elkan Abramowitz & Jonathan S. Sack, *Congress Requires DOJ To Report on Deferred Prosecution Agreements*, N.Y. L.J. (July 8, 2021), https://www.maglaw.com/publications/articles/2021-07-08-congress-requires-doj-to-report-on-deferred-prosecution-agreements/_res/id=Attachments/index=0/NYLJ07082021498369Morvillo.pdf [https://perma.cc/246R-QBMD].