

Die Schweigepflichtentbindung des Unternehmensbestands durch den Insolvenzverwalter

Anmerkung zu OLG Hamm, NZI 2017, 946; OLG Zweibrücken, NZI 2017, 175; OLG Köln, BeckRS 2015, 20895

Rechtsanwälte Rolf E. Köllner und Jörg Mück*

Der nachfolgende Beitrag befasst sich mit der Frage, ob der Insolvenzverwalter alleine oder ebenfalls der bzw. die früheren Geschäftsführer im Insolvenzfall berechtigt sind, den Berater einer juristischen Person von der Schweigepflicht zu entbinden und ist zugleich eine Reflexion über die Entscheidungen des OLG Hamm (NZI 2017, 946), OLG Zweibrücken (NZI 2017, 175) und OLG Köln (NZWiSt 2016, 285 = BeckRS 2015, 20895).

Köllner/Mück: Die Schweigepflichtentbindung des Unternehmensbestands durch den Insolvenzverwalter(NZI 2018, 341)

342

I. Einleitung

Die Frage, wer im Insolvenzfall¹ berechtigt ist, den Berater einer juristischen Person von der Schweigepflicht zu entbinden, der Insolvenzverwalter alleine oder ebenfalls der bzw. die früheren Geschäftsführer, ist seit langem umstritten.² Gesetzlich geregelt ist zunächst nur, dass ein Rechtsanwalt, Notar, Wirtschaftsprüfer oder Steuerberater, der wirksam seiner Schweigepflicht entbunden wurde, Exekutive und Justiz als Informationsquelle³ dienen muss, § 53 II 1 StPO; das heißt, weder unter Hinweis auf § 53 I 1 Nr. 3 StPO das Zeugnis noch die Herausgabe seiner Beratungsunterlagen gem. § 97 I Nr. 2 StPO verweigern darf.

II. Überblick

Zumindest auf den ersten Blick stehen zwei Ansichten bereit, die Frage nach der Befugnis zur Entbindung respektive deren Wirksamkeit zu beantworten: Zum einen gibt es die formal-juristische Auffassung, von der seit einiger Zeit behauptet wird, sie sei im Vordringen begriffen bzw. mittlerweile die hM,⁴ zum anderen gibt es die personale Ansicht, die folgerichtig auf dem Rückzug befindlich sein müsste.

1. Formal-juristische Auffassung

Danach bestimmt allein der aktuell Vertretungsberechtigte der juristischen Person über die Schweigepflichtsentbindung der von ihr beauftragten Person.⁵ Argumentiert wird im Wesentlichen mit der Eigenständigkeit der juristischen Person, mit der das Mandatsverhältnis geschlossen wurde: Allein die juristische Person sei Trägerin bzw. Herrin des Geheimhaltungsinteresses,⁶ mit den Führungspersonen bestehe kein Mandat.⁷

2. Personale Auffassung

Die Gegenmeinung⁸ fordert die Entbindungserklärung aller Repräsentanten, die in die vertrauensbildende Kommunikation eingebunden waren, selbst der ehemaligen und faktischen Führungspersonen.⁹ Vornehmlich rekurriert sie dabei auf den Wortlaut des § 53 I 1 Nr. 3 StPO:

„[...] anvertraut worden oder bekanntgeworden ist“. Diese passivische Formulierung setze ein personal, jeweils individuell geprägtes Verhältnis zwischen Menschen voraus.¹⁰ Nachdem ein Organträger nur mittels seiner Organwalter handlungsfähig sei, könne auch nur der Organwalter dem (Rechts-)Beistand iSd § 53 I 1 Nr. 3 StPO etwas anvertrauen. Eine effektive und alle Risiken antizipierende Beratung eines Unternehmens setze daher – unabhängig davon, wer formaler Vertragspartner sei – zwingend voraus, dass die Geschäftsleitung nicht befürchten müsse, ihre Angaben könnten zukünftig gegen sie verwendet werden.

3. Differenzierende Auffassungen/Einzelfallentscheidungen

Auf den zweiten Blick verbleibt zwischen diesen Auffassungen viel Raum für differenzierende Meinungen oder Ausnahmen respektive Einzelfallentscheidungen. Gerade die obergerichtlichen Judikate sind eigenständig sachverhaltsbezogen hergeleitet und begründet. Dies bedingt, dass eine Entscheidung selten den sicheren Schluss auf zukünftige Entscheidungen des jeweiligen Spruchkörpers erlaubt.¹¹

III. Beschlüsse des OLG Hamm, OLG Zweibrücken und OLG Köln

Aktuell sind drei Beschwerdeentscheidungen im Fokus des wissenschaftlichen Interesses:¹² die des *OLG Hamm*¹³ aus dem Jahr 2017, des *OLG Zweibrücken*¹⁴ aus dem Jahr 2016 sowie des *OLG Köln*¹⁵ aus dem Jahr 2015. Gemeinsam ist sämtlichen Entscheidungen, dass die jeweils bestellten Insolvenzverwalter im Strafverfahren gegen unter anderem die ehemaligen Organe des Unternehmens den Beistand der juristischen Person, der als Zeuge aussagen sollte, von der Schweigepflicht entbanden. Die ehemaligen Repräsentanten hingegen erklärten (zumindest teilweise) keine Entbindung, weshalb die Berater das Zeugnis verweigerten. Die Instanzgerichte wiesen alsdann auf die Grundlosigkeit der Weigerung hin, § 70 StPO, und verhängten Ordnungsgelder gegen die Zeugen. Über die hiergegen gerichteten Beschwerden entschieden die Obergerichte: Das *OLG Hamm* vertrat dabei grundsätzlich die formal-juristische Ansicht, entschied sich im konkreten Einzelfall aber für eine kumulative Schweigepflichtentbindung, also eine solche von Insolvenzverwalter und früheren Vertretern. Der Berater hatte danach das Zeugnis zu Recht verweigert. Das *OLG Zweibrücken* verlangte ebenfalls das Vorliegen kumulativer Entbindungserklärungen und stützte sich auf die Argumente der personalen Ansicht. Auch hiernach hatte der Berater das Zeugnis zu Recht verweigert. Das *OLG Köln* führte die formal-juristische Gegenmeinung ins Feld, wonach die Schweigepflichtentbindung allein durch den Insolvenzverwalter genüge. Das Zeugnis war folglich zu Unrecht verweigert worden. Die Konsequenzen dieses Dilemmas¹⁶ für die Beraterpraxis werden Gegenstand dieser Betrachtung sein, überdies wird der Versuch unternommen werden, die sich inhaltlich überschneidenden Argumente nach Fallgruppen aufzuschlüsseln.

Köllner/Mück: Die Schweigepflichtentbindung des Unternehmensbeistands durch den Insolvenzverwalter(NZI 2018, 341)

343

1. Beschluss des OLG Hamm

Das *OLG Hamm* entschied, in einem Strafverfahren gegen ehemalige Vorstände bzw. Geschäftsführer einer juristischen Person sei der Insolvenzverwalter grundsätzlich befugt, allein über die Entbindung des Beauftragten von der Schweigepflicht zu bestimmen. Anders verhielte es sich, sofern der Wirtschaftsprüfer respektive steuerliche und möglicherweise sogar strafrechtliche

Berater ebenfalls die früheren Vertreter persönlich beraten habe und die Beratungsgegenstände untrennbar verquickt gewesen seien. In diesem Fall bedürfe es einer Entbindungserklärung der vormaligen Organwalter. Das Tatgericht habe diejenigen Tatsachen, die der Weigerung zugrunde gelegt würden sowie die inhaltliche und zeitliche Trennbarkeit der verschiedenen Mandatsverhältnisse zu prüfen.

2. Beschluss OLG Zweibrücken

Dem Sachverhalt des Beschlusses des *OLG Zweibrücken* lag ebenfalls eine Doppelvertretung zugrunde. Es entschied, der Insolvenzverwalter einer juristischen Person sei jedenfalls dann nicht befugt, allein über die Entbindung von der Schweigepflicht eines Steuerberaters, der von der juristischen Person mandatiert wurde, zu entscheiden, wenn der Berufsgeheimnisträger als Zeuge auch Straftaten früherer sowie selbst faktischer Organe des Insolvenzschuldners offenbaren soll. Dann seien die Entbindungserklärungen dieser ehemaligen Organwalter erforderlich. Der Steuerberater habe das Zeugnis folglich zu Recht verweigert. In tatsächlicher Hinsicht war besonders, dass der Zeuge in diesem Einzelfall berechtigterweise¹⁷ sowohl die alleinige Gesellschafterin und Geschäftsführerin als auch den faktischen Geschäftsführer steuerlich beraten hat. Dies führte das *OLG* indes allenfalls als „Überdies“-Argument an.

3. Beschluss des OLG Köln

Das *OLG Köln* erachtete in einem Strafverfahren gegen ehemalige Organe einer juristischen Person die Entbindung von der Schweigepflicht eines Berufsgeheimnisträgers allein durch den Insolvenzverwalter als ausreichend. Im konkreten Fall waren ausschließlich wirtschaftliche Geheimnisse streitgegenständlich: Der schriftliche Mandatsvertrag war allein mit der AG geschlossen und Gegenstand der Rechtsberatung waren die Liquiditätslage sowie Möglichkeiten einer weiteren Kapitalisierung gewesen.

IV. Auswirkungen auf die Beratungspraxis

Die Judikate wurden von der Literatur – unter Bezugnahme auf jeweils passende ältere Entscheidungen – eingehend besprochen und abhängig von der berufsbedingten Perspektive des Verfassers gelobt oder kritisiert; ebenso wurde die Hoffnung auf eine Rechtssicherheit schaffende Entscheidung bzw. jedenfalls fundierte Befassung des *BGH* geäußert.¹⁸ Für die Beratungspraxis können daraus unter anderem folgende Schlüsse gezogen werden:

1. Entbindung des Geheimnisträgers durch den Insolvenzverwalter

Der Insolvenzverwalter sollte ehemalige (Rechts-)Beistände der juristischen Person gegenüber Exekutive und Justiz der Verschwiegenheit entbinden, sofern sich deren Zeugenaussage auf die Insolvenzmasse auswirken kann.¹⁹ Selbstverständlich ist bereits an dieser Stelle umstritten, ob die Befugnis zur Entbindung überhaupt von dem Aufgabenkreis des Insolvenzverwalters iSd §§ 22, 80 InsO erfasst ist, oder ob es sich nicht um ein höchstpersönliches Recht des Geschäftsleiters²⁰ handelt. Das Entbindungsrecht dürfte mittlerweile aber – jedenfalls wenn der Schuldner ein Unternehmen ist – überwiegend akzeptiert sein; ebenso das Recht eine Strafanzeige zu erstatten.²¹ Soll ein Insolvenzverwalter die ihm kraft Gesetzes erteilten Aufgaben erfüllen können, müssen ihm unter Ausschluss des Gemeinschuldners auch diejenigen Befugnisse übertragen

werden, ohne die diese Aufgaben nicht wahrgenommen werden können. Zumal eine eventuelle (Un-)Wirksamkeit der Entbindungserklärung jedenfalls den Insolvenzverwalter nicht tangierte.

2. Berater einer juristischen Person im nicht notleidenden Fall

Unternehmensbeistände sollten sich deshalb – gerade im (noch) nicht notleidenden Fall – des Risikos, zur Informationsquelle von Exekutive und Justiz zu werden, fortwährend bewusst sein. Verweigert der Berater nach einer wirksamen Entbindung das Zeugnis zu Unrecht, wird dies zu Ordnungsmitteln (§ 70 StPO) führen. Im umgekehrten Fall, erstattet er mithin das Zeugnis ohne wirksame Entbindungserklärung, muss er mit Strafverfolgung wegen § 203 StGB sowie berufs- und zivilrechtlichen Konsequenzen²² rechnen. Unklare Mehrfachvertretungen und Mischverhältnisse, selbst wenn sie im Einzelfall berufs- oder strafrechtlich nicht untersagt sind, sollten daher in der Beratungspraxis vermieden werden.²³ Der Geschäftsleiter, dem anscheinend nicht bewusst ist, dass *unser* Beistand nicht automatisch *mein* Beistand ist, ist – im Zweifel unaufgefordert²⁴ – dahin zu belehren, er

Köllner/Mück: Die Schweigepflichtentbindung des Unternehmensbeistands durch den Insolvenzverwalter(NZI 2018, 341)	344
---	-----

möge sich einen eigenen Berater wählen.²⁵ Das heißt, unabhängig von Fragen eines möglichen Parteiverrates, sollte sich die Vertrauensperson beständig versichern, dass es selbst bei einem gewachsenen Vertrauensverhältnis bzw. trotz einer Gemengelage aus Sympathie, Netzwerkpflege und Akquise nicht zu einer beiläufigen²⁶ Vermischung von Mandaten und unspezifischen Kontakten mit den handelnden Personen kommt. Spätestens im Fall einer unfreiwilligen nachteiligen Zeugenaussage dürften die entsprechenden Bemühungen ohnehin hinfällig werden.

3. Berater einer juristischen Person im notleidenden Fall

Dem Rechtsbeistand eines Unternehmens, der vom Insolvenzverwalter entbunden wird, sei – eingedenk der kasuistischen und regional unterschiedlichen Judikatur – angeraten, vor der Zeugenaussage bzw. der Herausgabe von Unterlagen darauf zu drängen, von allen Personen, die ihm als Ansprechpartner dienten, von der Verschwiegenheit entbunden zu werden. Andernfalls sollte er die Sach- und Rechtslage gewissenhaft prüfen,²⁷ seine zuständige berufsständische Kammer um ein Rechtsgutachten bitten²⁸ oder sich einen Strafverteidiger als Zeugenbeistand wählen, um mit ihm die im individuellen Fall zugrunde liegende Sachverhaltskonstellation, die Tendenz des zuständigen Oberlandesgerichts sowie – nicht zuletzt – das Risiko eigener Strafbarkeit²⁹ zu eruieren. Zu beachten ist, dass die Verschwiegenheitspflicht bereits das Bestehen des Mandates sowie die Frage, mit wem in dessen Rahmen kommuniziert wurde, umfasst.³⁰

a) Streng unternehmensbezogener Beratungsgegenstand/wirtschaftliche Geheimnisse

Wurde der Mandatsvertrag mit dem Unternehmen geschlossen und waren Gegenstand der Beratungen bzw. des Auftragsumfangs³¹ ausschließlich wirtschaftliche Angelegenheiten der Gesellschaft, etwa deren finanzielle Leistungsfähigkeit oder die aktuelle Liquiditätslage,³² Möglichkeiten der Rekapitalisierung,³³ Tatsachen zur Bilanzerstellung einschließlich Bewertungsfragen,³⁴ der Gründungsprüfung bzw. der Ordnungsgemäßheit der Geschäftsführung,³⁵ die nicht die Interessen des Organwalters berühren konnten³⁶ oder ist die Einvernahme des Zeugen auf diese Themen beschränkt, könnte das im Einzelfall für eine alleinige

Entbindungsbefugnis des Insolvenzverwalters streiten. Schließlich ließe sich argumentieren, es sei allein das Geheimnisinteresse der juristischen Person betroffen und ein Geheimnis der Gesellschaft werde nicht zu einem Geheimnis des Organmitglieds, nur weil es von einem für die Gesellschaft handelnden Organ übermittelt wurde.³⁷ Die Vertreter der personalen Ansicht verneinen dies freilich unter Hinweis darauf, dass Kommunikation tatsächlich immer nur zwischen natürlichen Personen, mithin Berater und Organwalter stattfinden kann, weshalb grundsätzlich nicht zwischen wirtschaftlichen und privaten Geheimnissen unterschieden werden könne.³⁸

b) Einbeziehung des Geschäftsführers in die Beratung, Vertrag mit Schutzwirkung

Eigene Erfüllungsansprüche des vormaligen Organwalters aus der Beratung gegen die Vertrauensperson, etwa wenn die Vermeidung von Haftung und Strafverfolgung für natürliche Personen ebenfalls Beratungsgegenstand waren, dürften dagegen für eine kumulative Entbindung sprechen.³⁹ Ebenfalls könnte die Führungskraft im Einzelfall als mitgeschützter Dritter eines Vertrags mit Schutzwirkung, in den Schutz der Vertragsbeziehung zwischen juristischer Person und Berufsheimnisträger einbezogen sein.⁴⁰

c) Personenidentität, Doppelmandat, persönliche Beratung auch des Organwalters

Vereinigen sich Gesellschafterposition und Geschäftsführerstellung in einer Person, wurde neben dem Unternehmen auch die Geschäftsführung mit Mandatsvertrag beraten, streitet jedenfalls dann für eine kumulative Entbindung, wenn die beiden Mandatsverhältnisse inhaltlich so sehr miteinander verwoben sind, dass sie sich nicht mehr eindeutig voneinander abgrenzen lassen.⁴¹

d) Eigenes Vertrauensverhältnis zum bzw. private Geheimnisse der Führungsperson

Vertraut das Organ dem Unternehmensberater unaufgefordert persönliche oder strategische Geheimnisse⁴² an, ist konsequenterweise zunächst die Situation bzw. der Zusammenhang des Anvertrauens in den Blick zu nehmen.⁴³ Vertraulichkeiten könnten nur geschützt sein, sofern sie dem Verschwiegenheitsverpflichteten „in dieser Eigenschaft“ als Geheimnisträger bei der Berufsausübung, und nicht nur bei Gelegenheit mitgeteilt wurden, § 53 I 1 Nr. 3 StPO; das heißt, auch ein Berufsheimnisträger ist richtigerweise manchmal Privatmann bzw. erbringt Leistungen, etwa buchhalterischer Art, die nicht den Geheimnisschutz eröffnen.⁴⁴ In diesem Fall wäre keine Entbindung notwendig. Wurden dem Berufsheimnisträger die Eigengeheimnisse⁴⁵ dagegen in seiner spezifischen Eigenschaft offenbart, ist die Beantwortung der Frage der Entbindungskompetenz selbstverständlich umstritten. Zumal, wenn dem ehemaligen Vertreter pflichtwidriges oder strafbares Verhalten vorgeworfen wird, was mutmaßlich den Regelfall bilden dürfte. Soweit vertreten wird, das Anvertrauen von privaten Geheimnissen des Organträgers, erst recht von Pflichtwidrigkeiten und Straftaten, ob zugunsten oder zulasten des Unternehmens, führe zu einem kumulativen Entbin-

Köllner/Mück: Die Schweigepflichtentbindung des Unternehmensbestands durch den Insolvenzverwalter(NZI 2018, 341)

345

derungserfordernis,⁴⁶ vermag das – nach hiesigem Bewerten – nicht zu überzeugen. Immerhin stünde es dann im Belieben des ehemaligen, unredlichen Organs, dessen erstes Interesse es sein dürfte, nicht zur Verantwortung gezogen zu werden, den Kreis der Zeugnisverweigerungsberechtigten zu seinen Gunsten zu erweitern,⁴⁷ indem er durch das

Anvertrauen von privaten Geheimnissen Verschwiegenheitspflichten begründet.⁴⁸ Zumal die persönlichen Verhältnisse des Organs nicht Gegenstand des Mandates zwischen Gesellschaft und Berufsheimnisträger sind. Der Geheimnisträger ist allein im Verhältnis zur Gesellschaft in einem Pflichtenwiderstreit befindlich. Unabhängig hiervon kann ein ausgeschiedenes Organ nicht verhindern, dass der Berater des Unternehmens dessen aktuellem Vertretungsorgan umfassende Rechenschaft schuldet und dabei selbstverständlich auch dasjenige offenbaren muss, was er in Gesprächen mit dem jetzt ausgeschiedenen Mitglied der Geschäftsleitung erfahren hat.⁴⁹ Anders verhält es sich selbstverständlich, wenn der Berufsheimnisträger eine Zeitlang gar in die Verteidigung eingebunden war.⁵⁰

e) Beratung des faktischen Geschäftsführers

Wurde schließlich ein faktischer Geschäftsführer beraten, könnte dies dazu führen, dass kumulative Entbindungserklärungen vorliegen müssen.⁵¹ Das *OLG Zweibrücken* stellt auch in diesem Zusammenhang allein auf das Vertrauensverhältnis ab. Nachdem faktische Geschäftsführer jedoch eher selten die Unternehmensinteressen als vielmehr überwiegend eigene Interessen verfolgen, kann dieses Argument des *OLG Zweibrücken*, hier ebenfalls nur schwerlich nachvollzogen werden. Würde man das Recht der Entbindung von der Verschwiegenheitspflicht tatsächlich dem faktischen Geschäftsführer zugestehen, würde dies eine Perpetuierung des rechtswidrigen Zustandes bedingen.⁵² Die nicht bestellte und unredlich handelnde Geschäftsführung könnte dann weiterhin die Geschicke der Gesellschaft beeinflussen und vor allem die Geltendmachung von Ansprüchen unterbinden.

f) Prozessuales

Zur Vermeidung von Berufspflichtverletzungen, Honorarrückforderungen und Schadenersatzansprüchen sowie Straftaten sollte der nur vom Insolvenzverwalter der Schweigepflicht entbundene Berufsheimnisträger stets einen Gerichtsbeschluss herbeiführen.⁵³ Dann handelt er bei seiner Zeugenaussage jedenfalls in Wahrnehmung eigener berechtigter Interessen.⁵⁴ Die der Weigerung zugrunde liegenden Tatsachen sind im Zweifel glaubhaft zu machen, § 56 StPO. Sollten die Ermittlungspersonen der Polizei den Berater als Zeugen unter Hinweis auf die Ladungsermächtigung der Staatsanwaltschaft mündlich zu einer sehr kurzfristigen bzw. sofortigen Zeugenaussage veranlassen wollen,⁵⁵ sollte er sich nicht beirren lassen, sondern gem. § 163 IV Nr. 1 StPO eine Entscheidung der Staatsanwaltschaft über seine Zeugeneigenschaft bzw. das Bestehen seines Zeugnisverweigerungsrechts herbeiführen. Die Entscheidung der Staatsanwaltschaft nach § 163 IV 1 Nr. 1 StPO über die Zeugeneigenschaft oder das Vorliegen von Zeugnis- und Aussageverweigerungsrechten ist zwar nicht anfechtbar,⁵⁶ der Zeuge kann die Entscheidung, dass ein Verweigerungsrecht nicht besteht, aber mittelbar überprüfen lassen, indem er Zwangsmaßnahmen der Staatsanwaltschaft nach den §§ 51, 70 StPO iVm § 163 IV 1 Nr. 4 StPO gegen sich ergehen lässt, die er dann mit einem Antrag auf gerichtliche Entscheidung anfechtet. Endlich mag es in der Praxis zur Vermeidung von Weiterungen im Einzelfall angezeigt sein bzw. gelingen, mit den Verfahrensbeteiligten eine partielle Entbindung des Zeugen von der Schweigepflicht sowie eine entsprechende einvernehmliche Beschränkung des Vernehmungsgegenstandes, etwa auf rein wirtschaftliche Zusammenhänge, zu erreichen. Ein Interesse der Verteidigung des Organs an einer derartigen konsensualen Lösung mitzuwirken,

könnte sich daraus ergeben, dass so das Problem des Teilschweigens durch Nichtentbindung des Geheimnisträgers⁵⁷ möglicherweise vermieden werden kann. In dieser Zwickmühle kann sich die Verteidigung jedenfalls dann befinden, wenn sich der Beschuldigte zu Vorwürfen erklären möchte,⁵⁸ zu denen der (partiell) zu entbindende Beistand Wahrnehmungen machte.

V. Fazit

Die Hoffnung auf ein Ende des Meinungsstreits wird hier nicht geteilt. Selbst wenn der *BGH* Gelegenheit erhalten sollte, sich dieser Frage etwa wegen revisionsrechtlichem Rügevortrags eines Verwertungsverbots aufgrund Aussagezwangs oder einer Aufklärungsrüge wegen unterlassener Einvernahme des Zeugen anzunehmen, werden ungeklärte Sachverhaltskonstellationen verbleiben. Deshalb greift auch das Argument, die formal-juristische Ansicht werde sich ob ihrer Klarheit durchsetzen, zu kurz. Zum einen ist es nicht weniger konzise, die grundsätzliche Überwertigkeit des Vertrauensverhältnisses zu betonen und zum anderen nutzt die juristische Überreduktion komplexer Lebensverhältnisse im Einzelfall wenig. Gemäß hiesiger Bewertung wird sich die formal-juristische Ansicht im Grundsatz durchsetzen, weil die umfassende Eigenständigkeit einer juristischen Person gewünscht ist.⁵⁹ Die Justiz wird in Sonderkonstellationen hoffentlich dennoch Einzelfallgerechtigkeit walten lassen. Langfristig würde die Herausforderung, ein kriselndes Unternehmen zu führen, geschweige denn ein Krisenmandat zu übernehmen, jedenfalls nicht kleiner werden, wenn sich die Vertreter des Unternehmens nicht mehr frei zu kommunizieren bzw. anzuvertrauen wagten.

* Die Autoren sind Rechtsanwälte und Fachanwälte für Strafrecht in Köln. – Zugleich Anmerkung zu *OLG Hamm*, Beschl. v. 17.8.2017 – 4 Ws 130/17, NZI 2017, 946; *OLG Zweibrücken*, Beschl. v. 8.12.2016 – 1 Ws 334/16, NZI 2017, 175; *OLG Köln*, Beschl. v. 1.9.2015 – 2 Ws 544/15, NZWiSt 2016, 285 = BeckRS 2015, 20895.

1 Dabei bildet die Insolvenzverwaltung als besondere Form des Wechsels der Geschäftsleitung bereits einen Unterfall dieser Entbindungsproblematik, diskutiert werden selbstverständlich auch sonstige Fälle des Organwechsels sowie solche der faktischen Geschäftsführung, vgl.: *Meyer-Großner/Schmitt*, StPO, 61. Aufl. 2018, § 53 Rn. 46 a; *K/K-StPO/Senge*, 7. Aufl. 2018, § 53 Rn. 47; *Tully/Kirch-Heim*, NStZ 2012, 657 (658).

2 *Meyer-Großner/Schmitt*, § 53 Rn. 46 a.

3 *Weyand/Diversy*, Insolvenzdelikte, 10. Aufl. 2016, Rn. 174.

4 *Deutscher*, StRR 2018, 11 (14).

5 *OLG Köln*, NZWiSt 2016, 285 = BeckRS 2015, 20895; *LG Bonn*, NZI 2012, 686; *OLG Nürnberg*, NZI 2009, 817; *OLG Oldenburg*, NJW 2004, 2176; *LG Hamburg*, wistra 2002, 77; *LG Lübeck*, NJW 1978, 1014; *Kirsch/Wick*, NZWiSt 2016, 287 (288); *Weber*, FD-StrafR 2016, 375400; *Madauß*, NZWiSt 2013, 262 (263); *Tully/Kirch-Heim*, NStZ 2012, 657 (663); *Kiethe*, NZI 2006, 267; *Weyand*, wistra 1995, 240; *Schäfer*, wistra 1985, 209 (211); *Meyer-Goßner/Schmitt*, § 53 Rn. 46b; *Löwe/Rosenberg/Menges*, StPO, 26. Aufl. 2014, § 97 Rn. 81.

6 *OLG Köln*, NZWiSt 2016 = BeckRS 2015, 20895.

7 *LG Hamburg*, StV 2002, 647.

8 *OLG Zweibrücken*, NZI 2017, 175; *AG Bonn*, NJW 2010, 1390; *AG Tiergarten*, wistra 2004, 319; *LG Saarbrücken*, wistra 1995, 239; *OLG Düsseldorf*, wistra 1993, 120; *OLG Celle*, wistra 1986; *OLG Koblenz*, NStZ 1985, 426 f.; *OLG Schleswig*, NJW 1981, 294; *Pauka*, NZI 2017, 175; *Rechner*,

- DStR 2017, 1006; *Gatzweiler/Wölky*, StV 2016, 10 (11); *Krause*, NStZ 2012, 663 (665); *Dierlamm*, StV 2011, 144; *ders.*, FS DAV, 2009, 428; *Dannecker/Knierim*, Insolvenzstrafrecht, 3. Aufl. 2018, Rn. 353; *Gercke in Gercke/Julius/Temming/Zöller*, StPO, 6. Aufl. 2018, § 53 Rn. 38.
- 9 *Wegner*, GWR 2009, 474.
- 10 *Gatzweiler/Wölky*, StV 2016, 10 (11); *Krause* in FS Hans Dahs, 2005, S. 349 (367 f.).
- 11 So formuliert etwa das grundsätzlich der formal-juristischen Ansicht folgende *OLG Köln* (Rn.13): „Der Senat schließt sich – zumindest für die vorliegende Fallkonstellation – der [...] Ansicht an.“
- 12 *Rechner*, DStR 2017, 1006 (1007); *Schmidt/Gundlach*, DStR 2017, 1485 (1489); *Beukelmann*, NJW-Spezial 2017, 120; BeckOK InsO/*Fridgen/Geiwitz/Göpfert*, 8. Edition 2017, § 80 Rn. 51.
- 13 *OLG Hamm*, NZI 2017, 946.
- 14 *OLG Zweibrücken*, NZI 2017, 175.
- 15 *OLG Köln*, NZWiSt 2016, 285 = BeckRS 2015, 20895.
- 16 *Raschke*, NZWiSt 2017, 226 (229).
- 17 *Raschke*, NZWiSt 2017, 226 (230).
- 18 *Raschke*, NZWiSt 2017, 226 (230); *Beukelmann*, NJW-Spezial 2017, 120.
- 19 *Meyer-Goßner/Schmitt*, § 53 Rn. 46 b. Für den Zivilprozess geht die hM davon aus, dass das Recht zur Entbindung von der Verschwiegenheit gem. § 383 I Nr. 6 ZPO allein dem Insolvenzverwalter zusteht, wenn die Schweigepflicht Vermögensverhältnisse betrifft, die zum Begriff der Insolvenzmasse im weiteren Sinn gehören, die Aufklärung der Tatsachen, über die der Zeuge einvernommen werden soll, für die Insolvenzmasse von Bedeutung ist und die Ausübung des Verwaltungs- und Verfügungsrechts des Insolvenzverwalters berührt ist. Allerdings muss sich der Prozess auch zugunsten der Insolvenzmasse auswirken können. Dies ist der Fall, wenn es um Regress-, Entschädigungs- oder sonstige Forderungen der Gesellschaft gegen das Organmitglied bzw. den Gesellschafter geht, *OLG Düsseldorf*, ZIP 1993, 1807; *BGH*, NJW 1990, 510 (512); *OLG Schleswig*, ZIP 1983, 968 (969); *LG Lübeck*, ZIP 1983, 711 (712); *Kiethe*, NZI 2006, 267 (271).
- 20 Der Schuldner verliere nur die Verfügungs- und Verwaltungsbefugnis über sein zur Insolvenzmasse gehörendes Vermögen. Alle übrigen Rechte, insbesondere solche höchstpersönlicher Art, verbleiben ihm ungeschmälert. Die Verfügungsbefugnis darüber, ob ein Geheimnisbereich durchbrochen werden darf, verbleibe ihm mithin, wenn sie Tatsachen betreffe, aus denen sich für ihn eine Strafbarkeit begründen könne, vgl. *Dahs* in FS Theodor Kleinknecht, 1985, S. 63 (73 ff., 77); *LG Saarbrücken*, wistra 1995, 239 (239 f.); *OLG Düsseldorf*, wistra 1993, 120; *OLG Koblenz*, NStZ 1985, 426 (428); *OLG Schleswig*, NJW 1981, 294. Diese Argumentation griff auch das *OLG Zweibrücken* auf: Nachdem es bei Straftaten nicht um Vermögensverwaltung gehe, könne das Entbindungsrecht nicht durch die Insolvenz genommen werden.
- 21 Vgl. zur Berechtigung des Insolvenzverwalters, Strafanträge für den Schuldner zu stellen, *LG Frankfurt*, NStZ-RR 2006, 342 (343); *OLG Oldenburg*, NJW 2004, 2176; *LG Lübeck*, NJW 1978, 1014; *Tully/Kirch-Heim*, NStZ 2012, 657; *Kiethe*, NZI 2006, 267 (271); *Beulke* in FS Hans Achenbach, 2011, S. 39 (40 ff.).
- 22 Etwa § 43 a II BRAO, § 2 BORA, § 57 I StBerG, § 43 I 1 WPO, § 333 HGB, § 404 AktG, zu zivilrechtlichen Konsequenzen, Schadenersatz und Honorarrückforderungen, vgl. *OLG Frankfurt a. M.*, NJW 2016, 1599.
- 23 *Gatzweiler/Wölky*, StV 2016, 10 (12): Der Anwalt von heute sei der Belastungszeuge von morgen; ähnl. *Kirsch/Wick*, NZWiSt 2016, 287 (288).
- 24 *Raschke*, NZWiSt 2017, 226 (229); *OLG Frankfurt a. M.*, NJW 2016, 1599; *Tully/Kirch-Heim*, NStZ 2012, 657 (661); *Passarge*, BB 2010, 591 (593).

- 25 Zur so genannten *Upjohn-Warning* nach anglo-amerikanischem Vorbild bei internen Mitarbeiterbefragungen *Knierim/Rübenstahl/Tsambikakis*, *Internal Investigations*, 2013, Kap. 10 Rn. 58; *Gatzweiler/Wölky*, *StV* 2016, 10 (12); *Kirsch/Wick*, *NZWiSt* 2016, 287 (288); *Raschke*, *NZWiSt* 2017, 226 (229); *Kirsch*, *ZWH* 2017, 82 (89).
- 26 *Jungk*, *AnwBl.* 2017, 324.
- 27 *Rechner*, *DStR* 2017, 1006 (1007).
- 28 *Priebe*, *ZIS* 2011, 312 (316).
- 29 Etwa wegen Beihilfe während der Krisenberatung oder Parteiverrats, § 356 StGB.
- 30 *Weyand/Diversy*, *Insolvenzdelikte*, 10. Aufl. 2016, Rn. 176 f.
- 31 *LG Bonn*, *NZI* 2012, 686; *OLG Nürnberg*, *NZI* 2009, 817.
- 32 *OLG Köln*, *NZWiSt* 2016, 285 = BeckRS 2015, 20895.
- 33 *OLG Köln*, *NZWiSt* 2016, 285 = BeckRS 2015, 20895.
- 34 *LG Hamburg*, *NStZ-RR* 2002, 12.
- 35 *OLG Nürnberg*, *NJW* 2010, 690.
- 36 Für die Vertreter der personalen Ansicht ist freilich schon diese Differenzierung nicht möglich: Geheimnissphären seien stets personenbezogen.
- 37 *Raschke*, *NZWiSt* 2017, 226 (229); *Kirsch/Wick*, *NZWiSt* 2016, 287 (288); *Tully/Kirch-Heim*, *NStZ* 2012, 657 (661); *Kiethe*, *NZI* 2006, 267 (270).
- 38 *Dierlamm*, *StV* 2011, 144.
- 39 *Krause* in *FS Hans Dahs*, 2005, S. 349 (374); *Bittmann*, *wistra* 2016, 173 (175).
- 40 *Bittmann*, *wistra* 2012, 173 (175); *Müller-Gugenberger/Häcker* *Wirtschaftsstrafrecht*, 6. Aufl. 2015, S. 3056; *Passarge*, *BB* 2010, 591 (593).
- 41 *OLG Hamm*, *NZI* 2017, 946 Rn. 10; *Meyer-Goßner/Schmitt*, § 53 Rn. 46 c; *AG Bonn*, *NJW* 2010, 1390; *Peters/Klingenberg*, *ZWH* 2012, 11 (15); *Raschke*, *NZWiSt* 2017, 227 (229); *Tully/Kirch-Heim*, *NStZ* 2012, 657 (663); das Risiko einer Vermengung ist selbstverständlich die Verletzung von Anwaltspflichten und Haftung (vgl. Fn. 22) sowie eine Strafbarkeit, vor allem wegen Parteiverrats, § 356 StGB.
- 42 *Kirsch/Wick*, *NZWiSt* 2016, 287 (288).
- 43 Das *OLG Zweibrücken* trifft diese Differenzierung nicht, sondern betont allein das Vertrauensverhältnis.
- 44 *Weyand/Diversy*, *Insolvenzdelikte*, 10. Aufl. 2016, Rn. 175; *Schäfer*, *wistra* 1985, 209 (212).
- 45 *Madauß*, *wistra* 2013, 262; *Krause* in *FS Hans Dahs*, 2005, S. 349 (378); *Ignor/Bertheau* in *Löwe/Rosenberg*, *StPO*, 26. Aufl. 2008, § 53 Rn. 78.
- 46 Für ein kumulatives Entbindungserfordernis bei Pflichtwidrigkeiten und Straftaten *OLG Zweibrücken*, *NZI* 2017, 175; *Pauka*, *NZI* 2017, 175 (176); *Gatzweiler/Wölky*, *StV* 2016, 10 (11 f.); *Dierlamm*, *StV* 2011, 144 (145); vgl. o. Fn. 22.
- 47 *Kirsch/Wick*, *NZWiSt* 2016, 287 (288); *Wick*, *ZWH* 2017 82 (85): Der Berater würde entgegen dem mit der Gesellschaft geschlossenen Beratungsvertrag zum „Komplizen“ der unredlichen Geschäftsführung und würde gegen seine Mandantin agieren.
- 48 *LG Hamburg*, *NStZ-RR* 2002, 12 (13); *OLG Oldenburg*, *NJW* 2004, 2176.
- 49 *Kirsch/Wick*, *NZWiSt* 2016, 287 (288); *Passarge*, *BB* 2010, 591 (593 f.).
- 50 *OLG Hamm*, *NZI* 2017, 946 Rn. 15.

51 *OLG Zweibrücken*, NZI 2017, 175; *OLG Celle*, wistra 1986, 83; *Münchhalffen*, StV 1993, 347 (348); *Löffeler*, wistra 1989, 121 (123 f.).

52 *Madauß*, NZWiSt 2013, 262 (263); *Passarge*, BB 2010, 591 (593 f.).

53 *Wegner*, GWR 2009, 474.

54 *Wegner*, GWR 2009, 474.

55 Vgl. § 163 III 1 StPO (geändert durch das Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens vom 23.8.2017) sowie §§ 163 III 2, 161 a I 2, 48 StPO, die eine mündliche Ladung zum unmittelbaren Erscheinen des Zeugen vorsehen.

56 Was verfassungsrechtlich aufgrund der Bedeutung dieser Entscheidung nicht zufriedenstellend ist und den Zeugen in eine Opferrolle drängt.

57 *BGH*, NJW 1966, 209.

58 *BGHSt* 45, 367 (369) = NJW 2000, 1962.

59 *BVerfG*, NStZ-RR 2004, 83 (84); *Raschke*, NZWiSt 2017, 227 (228); vgl. zum zeitgeistlichen Primat *Gatzweiler/Wölky*, StV 2016, 10 (11); *LG Bochum*, NZWiSt 2016, 401; krit. Anm. *Franke/Vogel*, NStZ 2017, 313 (318); vgl. nicht zuletzt die grundsätzlichen Bemühungen um ein eigenes Unternehmensstraf- oder Verbandssanktionsrecht *Henssler/Hoven/Kubiciel/Weigend*, NZWiSt 2018, 1; Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD vom 7.2.2018, S. 126.