

Herausgeber:

Wirtschaftsstrafrechtliche
Vereinigung e.V. - WisteV

Redaktion:

Prof. Dr. Dennis Bock
Hannah Milena Piel
Dr. Markus Rübenstahl, Mag. iur.
Dr. André-M. Szesny, LL.M.

Schriftleitung:

Prof. Dr. Dennis Bock

Ständige Mitarbeiter:

Dr. Henner Apfel
LOStA Folker Bittmann
Dr. Matthias Brockhaus
Dr. Matthias Dann
Mag. iur. Katrin Ehrbar
Friedrich Frank
Dr. Björn Gercke
Dr. Hans-Joachim Gerst
Dr. Tine Golombek
Laura Görtz
Antje Klötzer-Assion
Norman Lenger
Dr. Patrick Teubner
Dr. Christian Wagemann

Aus dem Inhalt:

Aufsätze und Kurzbeiträge

Rechtsanwalt Dr. Gerd Eidam, Burgwedel

§ 25a Absatz 1 Satz 6 Nr. 3 Kreditwesengesetz 132

Rechtsanwalt Dr. Markus Rheinländer, Düsseldorf

**Bestechung und Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr,
§ 299 StGB – Gedanken zur Bestimmung der Grenzen des
Anwendungsbereichs der Norm** 143

Entscheidungskommentare

OStA Raimund Weyand, St. Ingbert

Entscheidungen zum Insolvenzstrafrecht 150

Rechtsanwalt Dr. Philipp Fölsing, Hamburg

**„Der Porsche-Beschluss: Keine Akteneinsicht trotz
mutmaßlicher Marktmanipulation“ – Anmerkung zu
OLG Stuttgart v. 28.06.2013 – 1 Ws 121/13** 152

Weitere Beiträge

Rechtsanwalt Friedrich Frank, Staatsanwältin Helena Kottmann, Iic.iur., LL.M., beide Zürich

Länderbericht Schweiz: Aktuelles Wirtschaftsstrafrecht 160

Dr. Christian Brand, Konstanz

**Insolvenzstrafrechtliche Literatur
im Zeitraum Januar bis Mai 2014** 170

Editorial

WiJ – Journal der Wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung e.V., dritte Ausgabe 2014

Die aktuelle Ausgabe der WiJ kommt mit einer Vielzahl von Neuerungen:

Die WiJ – Redaktion freut sich zunächst, Ihnen die Gewinner des ersten **WiJ-Aufsatzwettbewerbs 2014** zu präsentieren: Unter vielen guten Beiträgen hat sich die Jury für drei Aufsätze entschieden, in denen interessante wirtschaftsstrafrechtliche Themen besonders klar und nachvollziehbar erarbeitet wurden, die den Lesern der WiJ in besonderem Maße neue oder gewinnbringende wirtschaftsstrafrechtliche Erkenntnisse bieten, und die zugleich den formalen Anforderungen an einen Beitrag für eine wissenschaftliche Fachzeitschrift genügten. Teilnahmeberechtigt war der „wirtschaftsstrafrechtliche Nachwuchs“, d.h. Juristen vor dem 2. Staatsexamen mit einem besonderen Interesse für Wirtschaftsstrafrecht, das mit Hilfe des Aufsatzwettbewerbs erkannt und gefördert werden soll: Die Gewinner erhalten ein Preisgeld in Höhe von jeweils 500 Euro. Die herausragenden Teilnehmer werden sich hoffentlich auch in Zukunft in die wirtschaftsstrafrechtliche Diskussion einbringen.

Der Jury des WiJ Aufsatzwettbewerbs 2014 gehörten Prof. Dr. Walter Perron (Institut für Strafrecht und Strafprozessrecht, Universität Freiburg); LOStA Folker Bittmann, Dessau-Roßlau (ständiger Mitarbeiter der WiJ), Rechtsanwältin Milena Piel (Redaktion WiJ), Rechtsanwalt Dr. Markus Rübenstahl Mag. iur. (Redaktion WiJ) und Rechtsanwalt Dr. André Szesny, LL.M. (Redaktion WiJ) an.

Die Jury prämiert die Beiträge:

- **Die steuerliche Berücksichtigung der finanziellen Folgen eines Strafverfahrens, Autoren: Nadja Danninger, Sebastian Leidel, Felix Wobst**
- **Societas delinquere non potest: mit dem Latein am Ende? - Ein Beitrag zur (Nicht-) Strafbarkeit von Unternehmen, Autor: Moritz Heile**
- **Die förmliche Beteiligung von Unternehmen im Strafprozess nach geltendem Recht, Autor: Richard Hennecke**

Die Beiträge der Gewinner werden in den kommenden Ausgaben der WiJ 4/2014 und 1/2015 veröffentlicht. Für das Jahr 2015 wird erneut ein Aufsatzwettbewerb ausgerichtet werden.

Die Ihnen hier vorliegende Ausgabe beginnt – in für Sie ungewohnter Form – mit einem „Buchnachtrag“: *Dr. Gerd Eidam* hatte soeben die 4. Auflage seines Standardwerks **„Unternehmen und Strafe“** (Carl Heymanns Verlag 2014) für den Druck fertiggestellt, da trat mit Wirkung vom 1. Januar 2014 die neu geschaffene Vorschrift des § 25a Absatz 1 Satz 6 Nr. 3 Kreditwesengesetz in Kraft, durch die der Gesetzgeber die Finanzinstitute verpflichtet, ein Hinweisgeber-System mit Identitätsschutz als weitere interne Compliance-Maßnahme zu installieren. Der Beitrag von *Dr. Gerd Eidam* ist deshalb als Nachtrag zu dem vierzehnten Kapitel „Criminal Compliance“ des von ihm herausgegebenen Werkes gefasst und dementsprechend wie das Buch gegliedert und mit Randnummern versehen.

Erstmals in der vorliegenden Ausgabe präsentiert der **WisteV-Arbeitskreis Insolvenzstrafrecht** sowohl die neuesten Entscheidungen auf dem Gebiet des Insolvenzstrafrechts als auch einen Überblick über aktuelle insolvenzstrafrechtliche Veröffentlichungen. Dieser insolvenzstrafrechtliche Gesamtüberblick wird in Zukunft fortgesetzt, Sie finden insolvenzstrafrechtliche Informationen von nun an regelmäßig in der WiJ.

Bei der Lektüre der mit weiteren spannenden Beiträgen gespickten Ausgabe wünsche ich Ihnen viel Spaß.

Milena Piel, Düsseldorf

Inhaltsverzeichnis

Impressum

Herausgeber: Wirtschaftsstrafrechtliche Vereinigung e. V., Hochstr. 54, 60313 Frankfurt a.M..

Vertreten durch Dr. Hanno Durth, Dr. Thomas Nuzinger, Milena Piel, Dr. Michael Racky, Christian Rosinus, Dr. Markus Rübenstahl, Mag. iur., Kathie Schröder.
Kontakt: info@wi-j.de

Redaktion: Prof. Dr. Dennis Bock, Milena Piel, Dr. Markus Rübenstahl, Mag. iur., Dr. André-M. Szesny, LL.M., Kontakt: redaktion@wi-j.de

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

Webmaster/Layout: Milena Piel

Kontakt: webmaster@wi-j.de

Ständige Mitarbeiter: Dr. Henner Apfel, LOStA Folker Bittmann, Dr. Matthias Brockhaus, Dr. Matthias Dann, Mag. iur. Kathrin Ehrbar, Friedrich Frank, Dr. Björn Gercke, Dr. Hans-Joachim Gerst, Dr. Tine Golombek, Laura Görtz, Antje Klötzer-Assion, Norman Lenger, Dr. Patrick Teubner, Dr. Christian Wagemann.

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

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

Erscheinungsweise: Vierteljährlich, elektronisch.

Bezugspreis: Kostenlos.

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

ISSN: 2193-9950

www.wi-j.de

Editorial	II
Inhaltsverzeichnis	III
Aufsätze und Kurzbeiträge	132
Rechtsanwalt Dr. Gerd Eidam, Burgwedel § 25a Absatz 1 Satz 6 Nr. 3 Kreditwesengesetz	132
Rechtsanwalt Dr. Markus Rheinländer, Düsseldorf Bestechung und Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr, § 299 StGB – Gedanken zur Bestimmung der Grenzen des Anwendungsbereichs der Norm	143
Entscheidungskommentare	150
OSTa Raimund Weyand, St. Ingbert Entscheidungen zum Insolvenzstrafrecht	150
Rechtsanwalt Dr. Philipp Fölsing, Hamburg „Der Porsche-Beschluss: Keine Akteneinsicht trotz mutmaßlicher Marktmanipulation“ – OLG Stuttgart v. 28.06.2013 – 1 Ws 121/13	152
Internationales	160
Rechtsanwalt Friedrich Frank, Staatsanwältin Helena Kottmann, lic.iur., LL.M., beide Zürich Länderbericht Schweiz: Aktuelles Wirtschaftsstrafrecht	160
Veranstaltungen und politische Diskussion	164
Redaktionell zusammengestellt von Folker Bittmann, LOStA, Dessau-Roßlau WisteV-Standards	164
Ass. Iur. Laura Nienaber, Berlin Tagungsbericht zur Vortrags- und Diskussionsveranstaltung „Interne Ermittlungen – Eine Momentaufnahme“	167
Rezensionen	170
Akademischer Rat Dr. Christian Brand, Konstanz Insolvenzstrafrechtliche Literatur im Zeitraum Januar bis Mai 2014	170
Rechtsanwalt Björn Krug, Mainz Dr. Matthias H. Gehm: Kompendium Steuerstrafrecht mit Steuerordnungswidrigkeiten- und Verfahrensrecht	175
LOStA Folker Bittmann, Dessau-Roßlau Tobias Ceffinato: Legitimation und Grenzen der strafrechtlichen Vertreterhaftung nach § 14 StGB	177
Rechtsanwalt Dr. Norbert Wess, LL.M., MBL, Wien Edgar Jousen: Sicher handeln bei Korruptionsverdacht, Leitfaden zur schnellen Aufklärung in der Praxis	184
Rechtsanwalt Dr. Christian Rathgeber, Mainz Cornelia Inderst/Britta Bannenberg/Sina Poppe (Hrsg.): Compliance: Aufbau – Management – Risikobereiche	188

Aufsätze und Kurzbeiträge

Compliance

Rechtsanwalt & Mediator Dr. Gerd Eidam, Burgwedel

§ 25a Absatz 1 Satz 6 Nr. 3 Kreditwesengesetz

1 Am 1. Januar 2014 sind im Rahmen des sogenannten CRD-IV-Pakets¹ auch umfangreiche Änderungen des Kreditwesengesetzes (KWG) in Kraft getreten.² Für den Compliance-Bereich der Finanzinstitute ist hierbei die Regelung des neu eingeführten § 25a Absatz 1 Satz 6 Nr. 3 KWG von besonderer Bedeutung. Der Gesetzgeber verlangt nämlich nunmehr von den Instituten, dass sie – ohne Einräumung einer Übergangszeit – mit Wirkung vom 1. Januar 2014 an als weitere Compliance-Maßnahme ein sogenanntes Hinweisgeber-System bereitstellen. Mit dieser Vorschrift befassen sich die nachstehenden Erläuterungen.

2 A. Das neue Hinweisgeber-System

3 Die BaFin³ begründet die prinzipiell verpflichtende Einführung des Hinweisgeber-Systems lapidar wie folgt:

„Auch die Governance-Vorschriften sind mit der CRD IV überarbeitet worden. In der Finanzkrise waren Mängel in der internen Risikosteuerung der Institute sichtbar geworden. Kernelement der neuen Regelungen ist eine intensivere Überwachung der Risiken durch die Geschäftsleiter und die Verwaltungs- oder Aufsichtsräte. Auch der unternehmerischen Risikosteuerungsfunktion und der Nachhaltigkeit der Geschäftsstrategie kommt eine größere Bedeutung zu. Ferner werden strengere Anforderungen an die Zusammensetzung und Qualifikation der Geschäftsleitung und der Verwaltungs- oder Aufsichtsräte gestellt.“⁴

„In diesem Sinne hat die Aufsicht mit der Anpassung des § 25a KWG sowie der Veröffentlichung der Mindestanforderungen für das Risikomanagement (MaRisk⁵ - Rundschreiben 11/2010 (BA)) den Instituten einen Rahmen vorgegeben, welcher der Umsetzung der qualitativen Anforderungen der maßgeblichen EU-Richtlinien in den Instituten dient. Nach Maßgabe dieses qualitativen Rahmens haben die Institute ein angemessenes Risikomanagement einzurichten. Das bedeutet vor allem, dass unter Berücksichtigung der Risikotragfähigkeit angemessene Strategien und angemessene interne Kontrollverfahren festgelegt werden sollen.“⁶

4 B. Was meint ‚Whistleblowing‘?

5 Der Begriff ‚Whistleblower‘, auf Deutsch steif ‚Hinweisgeber‘, polarisiert trotz der aktuellen, weltweit meist positiv aufgenommenen Enthüllungen des US-amerikanischen Whistleblowers Edward Joseph Snowden über die ausufernden Überwachungs- und Spionagepraktiken

¹ Das Regulierungspaket der EU-Kommission vom Juli 2011 (*Capital Requirements Directive IV*, kurz: CRD-IV) zur Umsetzung von Basel III besteht aus zwei Teilen: der Richtlinie 2013/36/EU (*Directive*), die durch das sogenannte CRD-IV-Umsetzungsgesetz vom 28.08.2013 (BGBl. I S. 3395) in deutsches Recht umgesetzt wurde, und der Verordnung (EU) Nr. 575/2013 (*Capital Requirements Regulation*, kurz: CRR), welche unmittelbar anzuwenden ist, d.h. sie muss nicht erst in nationales Recht umgesetzt werden. Beide, CRD IV wie CRR am 17.07.2013 in Kraft getreten, bilden ein ‚*Single Rule Book*‘, mit dem das europäische Bankenaufsichtsrecht weitgehend harmonisiert wird.

² Der Langtitel des Gesetzes lautet: Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2013/36/EU über den Zugang zur Tätigkeit von Kreditinstituten und die Beaufsichtigung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen und zur Anpassung des Aufsichtsrechts an die Verordnung (EU) Nr. 575/2013 über Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen (CRD IV-Umsetzungsgesetz); in Kraft seit dem 01.01.2014.

³ Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht.

⁴ http://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Fachartikel/2013/fa_bj_2013_05_crd_iv.html.

⁵ Siehe dazu: Finanzgruppe Deutscher Sparkassen- und Giroverband (DSGV), Mindestanforderungen an das Risikomanagement (MaRisk), Interpretationsleitfaden, 4. umfassend überarbeitete und ergänzte Auflage, auf Basis des MaRisk-Rundschreibens vom 15. Dezember 2010.

⁶ http://www.bafin.de/DE/Internationales/Regelungsvorhaben/Basel_CRD/basel_crd_node.html.

anglo-amerikanischer Geheimdienste.⁷ Trotzdem, ‚Whistleblowing‘ steht weiterhin vielfach für ‚verpfeifen‘, ‚verpetzen‘, ‚denunzieren‘. Es ist in dieser Verwendung im Deutschen erkennbar negativ besetzt und löst bei vielen Menschen hierzulande weiterhin ein ungutes Gefühl aus. So fragte schon die Deutsche Kreditwirtschaft in einer frühen Stellungnahme zum Gesetzentwurf:

„... ob derartige Systeme nicht dazu geeignet sind, ein Klima der Angst, der Unsicherheit und des Denunziantentums am Arbeitsplatz zu fördern.“⁸

Dabei bedeutet ‚Whistleblowing‘ im Englischen zunächst den Pfiff des Schiedsrichters, der damit das Spiel zumeist wegen eines Regelverstoßes unterbricht, also eine positive Reaktion auf einen Verhaltensfehler.

6 Diether Deiseroth⁹ nennt in Beantwortung der Frage, was ‚Whistleblowing‘ denn allgemein eigentlich ausmache, zutreffend die vier folgenden Kriterien:

7 1. Eine **brisante Enthüllung** (*revealing wrongdoing*) muss vorliegen, die der Hinweisgeber in seinem Arbeitsumfeld oder Wirkungskreis aufdeckt. Gegenstand der Enthüllung kann beispielsweise ein gravierendes Fehlverhalten in einem Finanzinstitut sein, dass mit erheblichen Gefahren oder Risiken für das Institut, seine Kunden oder gar für die Allgemeinheit verbunden ist oder jedenfalls sein kann.

8 2. Whistleblowing beschreibt ein „**Alarmschlagen**“ (*going outside*). Ein solches erfolgt im Regelfall zunächst intern, also im beruflichen Wirkungskreis des Hinweisgebers (‚internes Whistleblowing‘). Bleibt es dort folgenlos, wendet er sich an Außenstehende oder an die Öffentlichkeit (‚externes Whistleblowing‘).

9 3. Whistleblowing liegt zudem nur dann vor, wenn es **aus primär uneigennütigen Motiven** erfolgt (*„serving the public interest“*), die am Schutz gewichtiger Rechtsgüter orientiert sind. Der Hinweisgeber strebt mit seinem Whistleblowing grundsätzlich keine wirtschaftlichen Vorteile für sich an.

10 4. Schließlich nimmt der Hinweisgeber in Kauf, dass sein Alarmschlagen mit erheblichen Risiken für ihn selbst verbunden ist (*„risking retaliation“*). Das Hinweisen ist also aus dieser Sicht ein **Akt der Zivilcourage**.

11 Vor dem Hintergrund der vorstehend genannten vier Kriterien steht der Begriff ‚Whistleblower‘ also für eine Person, die schwerwiegende Missstände in ihrem Arbeitsumfeld aus primär uneigennütigen Motiven aufdeckt.¹⁰

12 C. Ein kurzer Rekurs zur Aufsichtspflicht

13 **Vertrauen und Aufsicht** waren stets schon zwei tragende Ecksäulen des Finanz- und Kreditwesens, wie ein knapper Blick auf die Geschichte der unternehmerischen Aufsichtspflichten belegt.

14 Das **erste Kreditwesengesetz** wurde als Reaktion auf die damalige deutsche Bankenkrise (1931/34) **im Jahr 1934** beschlossen und trat im Folgejahr 1935 in Kraft. Auch dieses Gesetz bezweckte eine Verbesserung der Überwachungs- und Kontrollpflicht. Schon vor achtzig Jahren hielt also der Gesetzgeber eine strengere Aufsicht der Institute im Interesse eines intensiveren Schutzes der Gläubiger in ihrer Allgemeinheit und der Sicherung des öffentlichen Vertrauens in die Funktionsfähigkeit der Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute für erforderlich.

15 **Bald 35 Jahre später, im Jahre 1968**, wurde die Ahndung von Aufsichtspflichtverletzungen in Unternehmen als § 130 in das **Ordnungswidrigkeitengesetz** aufgenommen. Die

⁷ Einen Überblick hierzu gibt http://de.wikipedia.org/wiki/Edward_Snowden.

⁸ Die Deutsche Kreditwirtschaft, Stellungnahme an den Finanzausschuss des Deutschen Bundestages zu den Entwürfen von Änderungsanträgen der Fraktionen CDU/CSU und FDP zum Gesetzentwurf zur Umsetzung der Richtlinie 2013/.../EU über den Zugang zur Tätigkeit von Kreditinstituten und die Beaufsichtigung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen und zur Anpassung des Aufsichtsrechts an die Verordnung (EU) Nr. .../2013 über die Aufsichtsbedingungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen (CRD-IV Umsetzungsgesetz) – Bundestag-Drs. 17/10974 – v. 06.05.2013, dort S. 4.

⁹ Dieter Deiseroth, Was ist Whistleblowing?, in: Gerd Meyer/Ulrich Dovermann/Siegfried Frech/Günther Gugel (Hrsg.), Zivilcourage lernen, Analysen – Modelle – Arbeitshilfen, Bundeszentrale für politische Bildung, Bonn 2004, S. 124 f.

¹⁰ So auch die Definition des Deutschen Bundestags – Wissenschaftliche Dienste, Whistleblower – Hinweisgeber mit Zivilcourage, Nr.06/09 v. 21.01.2009.

Vorschrift bestätigt die Generalverantwortung der Leitungsebene eines Unternehmens. Sie betrifft in Verbindung mit § 9 OWiG Pflichten des Inhabers, die dieser nicht selber erfüllt, sondern die von gesetzlichen Vertretern (Vorstand, Geschäftsführer) und bestimmten Mitarbeitern (Führungskräften) wahrgenommen – und verletzt – werden. Jedes Zuwiderhandeln gegen alle Pflichten, also nicht nur gegen solche, die sich aus dem Wirkungskreis des Unternehmens ergeben, ist betroffen. § 130 Absatz 1 OWiG lautet (leicht verkürzt):

„Wer als Inhaber eines Betriebes oder Unternehmens vorsätzlich oder fahrlässig die Aufsichtsmaßnahmen unterlässt, die erforderlich sind, um ... Zuwiderhandlungen gegen Pflichten zu verhindern, die den Inhaber treffen und deren Verletzung mit Strafe oder Geldbuße bedroht ist, handelt ordnungswidrig, wenn eine solche Zuwiderhandlung begangen wird, die durch gehörige Aufsicht verhindert oder wesentlich erschwert worden wäre. Zu den erforderlichen Aufsichtsmaßnahmen gehören auch die Bestellung, sorgfältige Auswahl und Überwachung von Aufsichtspersonen.“

16 § 130 OWiG ist ein echtes **Unterlassungsdelikt**. Wer die ihm obliegende Aufsichtspflicht nicht wahrnimmt, kann – seit dem 30. Juni 2013 – mit bis zu zehn Mio. € Geldbuße im Einzelfall belangt werden.¹¹

17 Wie im Falle des ersten Kreditwesengesetzes ist auch Schutzgut des § 130 OWiG das Interesse der Allgemeinheit, und zwar das allgemeine Interesse an der Schaffung einer innerbetrieblichen Organisation, und, wenn sie denn vom Unternehmen eingeführt wurde, zudem an der Aufrechterhaltung dieser Organisation, mit der den vom Unternehmen als der Zusammenfassung von Personen und Produktionsmitteln ausgehenden Gefahren begegnet wird.

„Es handelt sich dabei nicht nur um Sachgefahren, sondern auch um die Gefahr kriminellen Verhaltens der im Unternehmen tätigen Menschen; der Mensch wird unter den Bedingungen des arbeitsteiligen Zusammenwirkens im Betrieb zu einem Risikofaktor ...“¹²

18 Die Handhabung der Aufsichtsmaßnahme ‚Kontrolle‘ muss so stringent erfolgen, dass ein Mitarbeiter, der beabsichtigt, gegen ein Verbot vorsätzlich zu verstoßen, ernsthaft mit seiner Entdeckung und den daraus resultierenden Konsequenzen rechnet und aus diesem Grunde auf die Zuwiderhandlung verzichtet.

19 § 130 OWiG ist aber auch eine sogenannte **Auffangvorschrift**, das wiederum heißt, die Vorschrift greift nur dann ein, wenn es keine spezielle Regelung gibt. § 25a KWG ist eine solche Spezialvorschrift. Sie geht § 130 OWiG vor.

20 Mitte der 1970er Jahre begannen Wirtschafts- und Finanzunternehmen, das politische Vorbild des Krisenmanagements, das anlässlich der Kuba-Krise im Oktober 1960 entstanden war,¹³ zu übernehmen. Einer der Hauptgründe, warum es zunächst vor allem Unternehmen des anglo-amerikanischen Rechtsbereichs waren, die das Management-Modell adoptierten und ihren Bedürfnissen anpassten, ist die dort seit Beginn des 20. Jahrhunderts existierende Strafbarkeit von Unternehmen.¹⁴ Das Vorhandensein eines ‚risk managements‘ und von ‚criminal compliance‘ kann der Entlastung eines Unternehmens von strafrechtlicher Verantwortlichkeit dienlich sein.¹⁵

¹¹ Dazu ausführlich Eidam, Unternehmen und Strafe, Vorsorge- und Krisenmanagement, 4. neubearbeitete und erweiterte Auflage, Köln 2014, Kapitel 5 Rn. 308 ff.

¹² So der Bundesgerichtshof (BGH), vergleiche BGHZ 125, 366 ff. (373).

¹³ Die eigentliche Krise dauerte seinerzeit 15 Tage (14. – 28.10.1962). Zentraler Punkt für die Lösung der Kubakrise war, dass sowohl der damalige US-Präsident John F. Kennedy als auch sein Widerpart, der Ministerpräsident der UdSSR, Nikita S. Chruschtschow, sich der Tragweite ihrer Entscheidungen bewusst waren. Beide versuchten, auf dem Weg der Geheimdiplomatie alle Entwicklungen unter Kontrolle zu behalten, dem politischen Gegner Zeit für seine Entscheidung zu geben und nicht blind auf die Ratschläge ihrer militärischen Berater zu vertrauen. Die Kuba-Krise war die Geburtsstunde des **politischen Krisenmanagements**.

¹⁴ Ausführlich dazu Eidam, Unternehmen und Strafe, a.a.O., Kapitel, 5 Rn. 20.

¹⁵ Es zeichnet sich ab, dass auch in Deutschland in absehbarer Zeit ein Unternehmensstrafrecht eingeführt wird; denn die Justizministerinnen und Justizminister der Bundesländer zeigten sich auf ihrer Herbstkonferenz am 14. 11.2013 in Berlin entschlossen, die Wirtschaftskriminalität stärker zu bekämpfen. „Jedes Jahr entstehen durch Wirtschaftskriminalität Milliarden Schäden. Wir müssen stärker gegen diese Form der Kriminalität vorgehen und ein Unternehmensstrafrecht einführen. Damit wollen wir auch die internen Kontrollsysteme der Unternehmen stärken“, sagte die Hamburger Justizsenatorin Jana Schiedek. Bislang wird gegen juristische Personen, die von Straftaten profitieren, nur auf der Basis des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten vorgegangen. „Die davon ausgehende Signalwirkung ist unzureichend. Es entsteht der Eindruck, dass es sich um Kleinigkeiten handelt.“ (www.hamburg.de v. 14.11.2013, 14:00 Uhr); siehe dazu auch ausführlich Eidam, Unternehmen und Strafe, a.a.O., Kapitel 5 Rn. 498 ff.

21 Heute ist unbestritten, dass **Risikomanagement eine Führungsform von erster Priorität** ist. Aus diesem Grunde kann sie nur durch die Führungspersonen erfolgen, die im Unternehmen verantwortlich mitwirken bei Einführung und Umsetzung von Zielen, Strategien und Maßnahmen zur Risikovermeidung und/oder Krisenbewältigung. Auf Basis dieser Voraussetzung ergibt sich auch die Zielsetzung des Risikomanagements. Mit seiner Anwendung sollen betriebliche Prozesse vermieden (Risikovermeidung) bzw. bewältigt werden (Krisenbewältigung), welche den Fortbestand des Unternehmens substanziell gefährden bzw. unmöglich machen könnten. Systeme wie Risikomanagement und Compliance Management haben somit **zwei Stoßrichtungen zum Schwerpunkt**: eine rückwärts wirkende (**regressive**, aufklärende, bewältigende), wenn eine Straftat aus dem Unternehmen heraus bereits geschehen und bekannt geworden ist, und eine zukunftsweisende (**präventive**, vorbeugende, verhindernde), um für die Zukunft Straftaten zu vermeiden.

22 Die übliche Einteilung des **Risikomanagements** umfasst die **Phasen**: Risiko-Identifikation¹⁶, Risiko-Planung, Risiko-Realisation und Risiko-Kontrolle. Es gilt die Faustregel: Sicherheit gewinnt, wer sein Risiko kennt! Um den Umfang des möglichen strafrechtlichen Risikos erahnen zu können, ist es hilfreich, einen Blick auf die einschlägigen Zahlen zu werfen.

23 Die 81.793 einschlägigen Delikte aus dem **Bereich der Wirtschaftskriminalität** machten im Jahre 2012 zwar lediglich 1,4% aller in Deutschland polizeilich erfassten Straftaten aus, verursachten aber mit 3,751 Mrd. € rund die Hälfte des in der Polizeilichen Kriminalstatistik für 2012 ausgewiesenen Gesamtschadens.¹⁷ Im Bereich der Organisierten Kriminalität¹⁸ nahm im Jahre 2012 die Kriminalität im Zusammenhang mit dem Wirtschaftsleben mit rund 427 Mio. € (ca. 38 %) den zweiten Platz ein.¹⁹

24 Im Jahre 1994 findet sich erstmals der **Begriff 'Compliance'** in einem deutschen Gesetz. In § 33 Wertpapierhandelsgesetz (WpHG) heißt es zum Thema ‚Organisationspflichten‘ auszugsweise:

„Ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen muss die organisatorischen Pflichten nach § 25a Absatz 1 und 4 des Kreditwesengesetzes einhalten. Darüber hinaus muss es angemessene Grundsätze aufstellen, Mittel vorhalten und Verfahren einrichten, die darauf ausgerichtet sind, sicherzustellen, dass das Wertpapierdienstleistungsunternehmen selbst und seine Mitarbeiter den Verpflichtungen dieses Gesetzes nachkommen, wobei insbesondere eine dauerhafte und wirksame Compliance-Funktion einzurichten ist, die ihre Aufgaben unabhängig wahrnehmen kann.“²⁰

25 Am 5. März 1998 verabschiedete der Bundestag in Folge des sogenannten ARAG/Garmenbeck-Urteils²¹ das Mantelgesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (kurz: KonTraG). Ziel dieses Gesetzesbündels war und ist es weiterhin, die Corporate Governance in deutschen Unternehmen zu verbessern.²² Die Haftung von Vorstand, Aufsichtsrat und Wirtschaftsprüfern in Unternehmen wurde erheblich erweitert. Der dahinter stehende Grundgedanke ist die Beachtung der Sorgfaltspflichten eines ordentlichen Kaufmanns. Zentrale Norm des KonTraG aber ist eine Vorschrift, die die Unternehmensführung dazu zwingt, ein internes Früherkennungssystem für Risiken einzuführen und zu betreiben, sowie Aussagen zu Risiken und zur Risikostruktur des Unternehmens im Lagebericht des Jahresabschlusses der Gesellschaft zu veröffentlichen. § 91 Absatz 2 AktG verlangt wörtlich, dass der Vorstand die Pflicht hat, „geeignete Maßnahmen zu treffen, insbesondere ein

¹⁶ Hierzu zählt auch das Hinweisgeber-System.

¹⁷ Jahresbericht Wirtschaftskriminalität 2012 (Bundeskriminalamt, Stand 2012).

¹⁸ „Organisierte Kriminalität ist die von Gewinn- oder Machtstreben bestimmte planmäßige Begehung von Straftaten, die einzeln oder in ihrer Gesamtheit von erheblicher Bedeutung sind, wenn mehr als zwei Beteiligte auf längere oder unbestimmte Dauer arbeitsteilig a) unter Verwendung gewerblicher oder geschäftsähnlicher Strukturen, b) unter Anwendung von Gewalt oder anderer zur Einschüchterung geeigneter Mittel oder c) unter Einflussnahme auf Politik, Medien, öffentliche Verwaltung, Justiz oder Wirtschaft zusammenwirken.“ (So die Definition, die von der Gemeinsamen Arbeitsgruppe Justiz/Polizei (GAG Justiz/Polizei) im Mai 1990 verabschiedet worden ist.)

¹⁹ Organisierte Kriminalität Bundeslagebild 2012 (Bundeskriminalamt, Stand 2012).

²⁰ Und § 34d WpHG spricht vom Einsatz von Mitarbeitern in der Anlageberatung, als Vertriebsbeauftragte oder als Compliance-Beauftragte.

²¹ Urteil v. 21.04.1997, BGHZ 135, 244 ff. Das oberste deutsche Zivilgericht hatte entschieden, dass ein Unternehmensleiter hinsichtlich der zu treffenden unternehmerischen Entscheidungen einen bestimmten Spielraum hat. „Ihn trifft keine persönliche Haftung, wenn er ausreichend gut informiert ist und eine Entscheidung nachvollziehbar im besten Sinne des Unternehmens getroffen hat“, so der BGH.

²² Die Vorschriften des KonTraG gelten nicht nur Aktiengesellschaften.

Überwachungssystem einzurichten, damit den Fortbestand der Gesellschaft gefährdende Entwicklungen früh erkannt werden". Das Risikomanagement wurde so zur zentralen Organisationspflicht der Unternehmensleitung.

26 Abschlussprüfer, die seitdem vom Aufsichtsrat beauftragt werden müssen, sind zudem gehalten, die Einhaltung der neuen Vorschriften auch im Hinblick auf Bestehen und Betrieb eines Risikomanagementsystems und der zugehörigen Maßnahmen im Bereich der internen Revision zu prüfen und ihr Prüfungsergebnis zum Bestandteil des Prüfungsberichtes zu machen.

27 Zu 'best practice' in Bezug auf Corporate Governance gehört auch, dass immer mehr Unternehmen Hinweisgeber-Systeme als weitere Compliance-Maßnahme einführen.²³ Zweck dieser Maßnahme ist, Offenheit im Unternehmen zu schaffen und unlautere Praktiken zu melden, die gegen die Unternehmensethik, interne Verhaltensregeln oder geltende Gesetze verstoßen. Es sollen lediglich ernste Missstände gemeldet werden, beispielsweise Fälle der Wirtschaftskriminalität, wesentliche Verletzungen der Arbeitssicherheit und von Umweltvorschriften sowie Vorkommnisse physischer Gewalt, sexuelle Belästigungen und Mobbing.

28 **1. November 2007** erhielt die **betriebliche Organisationspflicht für Finanzinstitute Gesetzesrang**, in dem die EU-Durchführungsdirektive (2006/73/EG) zur Umsetzung der Finanzmarkttrichtlinie führte, und diese wiederum zur Aufnahme der Organisationspflicht in § 25a KWG 2007. Die Folge hiervon war, dass die Finanzinstitute verpflichtet wurden, ihre betriebliche Organisation so zu gestalten, dass im Interesse der Risiko-Identifikation „die Risiken des Geschäfts nachweislich wirksam behandelt“ werden können. Eine gesetzliche Vorgabe, wie sie schon das Aktienrecht in § 91 Absatz 2 AktG kennt.

29 Auslöser für diese Gesetzesregelung waren unter anderem strafbare Handlungen im Banken- und Sparkassenbereich. Verfahren, wie das nachstehende Zitat belegt:²⁴

„Wie bereits ... geschildert, wirken in weitaus größerem Umfang als bei den aus der Geldwäsche resultierenden Risiken, Mitarbeiter eines Instituts und Kunden zum Schaden des Instituts kollusiv bei der Begehung von Taten zusammen oder Mitarbeiter sind Alleintäter oder gemeinschaftliche Täter. Zudem sind in jüngerer Vergangenheit Fälle bekannt geworden, in denen in einzelne Institute systematisch mehrere Personen als Mitarbeiter eingeschleust wurden, um institutsintern auf Betrug ausgerichtete Netzwerke aufzubauen. Vor diesem Hintergrund sollte insbesondere auch das Risiko der Gefährdung durch eigene Mitarbeiter, etwa anhand bekannt gewordener Verdachtsgründe oder Betrugsfälle, analysiert werden. Eintrittstore der organisierten Kriminalität können neben bankspezifischen Bereichen auch beauftragte Sicherheitsfirmen sein oder im Catering oder Facility Management bestehen.“

30 Doch auch nach der Aufnahme der betrieblichen Organisationspflicht des § 25a KWG 2007 fanden und finden die strafbaren Handlungen aus dem Bereich der Finanz- und Kreditunternehmen kein Ende, wie beispielsweise die wenigen Stichworte Finanzkrise,²⁵ BayernLB²⁶/Hypo Group Alpe Adria,²⁷ Libor-Skandal²⁸, HSH Nordbank²⁹ (neu: der Windpark,

²³ Im Jahre 2007 erscheint das Wort ‚Compliance‘ erstmals im deutschen Corporate Governance-Kodex (DCGK); vgl. dazu Eidam, Unternehmen und Strafe, a.a.O., 14. Kapitel Rn. 31.

²⁴ Betrugsbekämpfung – Leitfaden zur Erstellung der Gefährdungsanalyse zur Verhinderung betrügerischer Handlungen zu Lasten des Instituts nach § 25c KWG-E (Stand: Januar 2008).

²⁵ http://de.wikipedia.org/wiki/Finanzkrise_ab_2007.

²⁶ Sueddeutsche.de v. 25.03.2014: Regensburger OB im BayernLB-Prozess "Mir stinkt es, dass es hier zwei Wahrheiten gibt".

²⁷ SPIEGEL ONLINE WIRTSCHAFT v. 19.10.2013: „Hypo Group Alpe Adria: Ermittler wittert ‚größten Kriminalfall Europas‘ seit 1945 - DIE HYPO GROUP ALPE ADRIA ENTWICKELT SICH FÜR ÖSTERREICH UND BAYERN ZUM MILIARDENGRAB – Wien: Der Fall der Hypo Group Alpe Adria ist nach den Worten des internen Chefermittlers Christian Böhler ‚der größte Kriminalfall Europas nach dem Zweiten Weltkrieg‘. Ermittlungen in dieser Dimension habe es bisher nicht gegeben. ‚Wir haben mit unseren 15 Mitarbeitern allein 6,5 Millionen elektronischer Dokumente zu sichten‘, sagte Böhler der Wiener Tageszeitung ‚Der Standard‘. Die Banker der Hypo Group Alpe Adria (HGAA) hätten in Südosteuropa oft mit Schwerstkriminellen, Geheimdienstlern, Militärs und hochrangigen, bestechlichen Politikern kooperiert. ‚Kleine Provinzbanker, die sich mit solchen Leuten ins Bett legen, müssen mit Problemen rechnen‘, sagte der Chefermittler dem Blatt.“

²⁸ Handelsblatt, Nr. 202, v. 21.10.2013, Titelseite: „Neue Fragen im Libor-Skandal – Die Deutsche Bank lädt rund 50 Mitarbeiter zu Gesprächen vor – Die internen Ermittlungen der Deutschen Bank in der Affäre um die Manipulation wichtiger Referenzzinsen geht in eine neue Runde. Nach Informationen aus Finanzkreisen wurden jetzt rund 50 Mitarbeiter des größten deutschen Geldhauses zu Gesprächen eingeladen. Die Interviews sollen in der vergangenen Woche begonnen haben und sich über die kommenden Tage und Wochen erstrecken. Dabei können die betroffenen Mitarbeiter auf eigenen Wunsch sowohl Zeugen als auch Rechtsanwälte zu den Gesprächen hinzuziehen, sagt ein Insider.“

²⁹ Vgl. dazu Eidam, Unternehmen und Strafe, a.a.O., Kapitel 14 Rn. 162 ff.

Windfarm Isola Capo Rizzuto'-Fall³⁰) belegen. Alle beispielhaft genannten Fälle gefährden mehr oder weniger die Existenz oder mindern zumindest die Reputation des Unternehmens.

31 So ist ein weiteres Anziehen der Schraube ‚Betriebliche Organisationspflicht‘ durch die Verschärfung des Compliance-Maßnahmenkatalogs für Finanzinstitute nachvollziehbar, wenn der neue § 25a Absatz 1 Satz 6 Nr. 3 KWG von den Instituten ohne jede Öffnungsklauseln ab dem 1. Januar 2014 die Einführung eines Hinweisgeber-System verlangt.

32 Dem neuen § 25a KWG liegt folgende **Entstehungsgeschichte** zugrunde:

33 In den Richtlinien der Europäischen Bankenaufsichtsbehörde³¹, den ‚*Guidelines on Internal Governance*‘, vom 27. September 2011, dort Ziffer 17 steht, dass die Finanzinstitute ein angemessenes internes Frühwarnsystem (*„alert procedure“*) einrichten sollen; dass die Warnungen (*„alerts“*) außerhalb der üblichen Berichtswege, beispielsweise über den Compliance-Officer, die interne Revision, einen speziellen internen oder externen Whistleblowing-Kanal an das Leitungsorgan (*„management body“*) heranzutragen sind; und dass dies unter Wahrung der Vertraulichkeit für den hinweisgebenden Mitarbeiter zu gewährleisten ist.

34 Die Europäische Union hat die Vorgaben der EBA-Guidelines on Internal Governance aufgegriffen und in ihrer Richtlinie 2013/36/EU (Capital Requirements Directive IV, kurz: CRD-IV), dort Artikel 71 – Meldung von Verstößen, Absatz 1, festgeschrieben, dass die Mitgliedstaaten sicher stellen, „dass die zuständigen Behörden wirksame und verlässliche Mechanismen schaffen, um zur Meldung von drohenden oder tatsächlichen Verstößen gegen die nationalen Vorschriften zur Umsetzung dieser Richtlinie und gegen die Verordnung (EU) Nr. 575/2013 bei den zuständigen Behörden zu ermutigen.“

35 Dazu gehören nach der CRD-IV vier Mechanismen (Art. 71 Absatz 2 lit. a –d):

„a) spezielle Verfahren für den Empfang der Meldungen über Verstöße und deren Weiterverfolgung,

b) einen angemessenen Schutz für die Mitarbeiter von Instituten, die Verstöße innerhalb ihres Instituts melden, zumindest vor Vergeltungsmaßnahmen, Diskriminierung oder anderen Arten ungerechtfertigter Behandlung,

c) den Schutz personenbezogener Daten im Einklang mit der Richtlinie 95/46/EG sowohl für die Person, die die Verstöße anzeigt, als auch für die natürliche Person, die mutmaßlich für einen Verstoß verantwortlich ist,

d) klare Vorschriften, die gewährleisten, dass in Bezug auf die Person, die die in einem Institut begangenen Verstöße meldet, in allen Fällen Vertraulichkeit garantiert wird, es sei denn, eine Weitergabe der Information ist im Kontext weiterer Ermittlungen oder nachfolgender Gerichtsverfahren gemäß den nationalen Rechtsvorschriften erforderlich.“

36 Letztlich fordert die EU in ihrer Direktive: die Mitgliedstaaten verpflichten die Institute, für angemessene Verfahren Sorge zu tragen, „über die ihre Mitarbeiter Verstöße intern über einen speziellen, unabhängigen und autonomen Kanal melden können“ (Art. 71 Absatz 3).

37 Der deutsche Gesetzgeber folgte den Vorgaben aus London und Brüssel. So heißt es in der Gesetzesbegründung, dass bei der Transformation in deutsches Recht die EU-Richtlinie (CRD IV) und EBA-Guidelines aufgegriffen wurden:

„ ... wobei die Ausgestaltung u.a. vom Umfang der Geschäftstätigkeit abhängig ist. Das Institut kann eine geeignete Stelle sowohl innerhalb als auch außerhalb einrichten. Bei Auslage-

³⁰ „Die Welt“ v. 27.11.2013: „**Keine italienische Bank hätte so viel Geld gegeben** – Nach der Razzia bei der HSH Nordbank wundern sich die Ermittler in Italien, warum die Deutschen Millionen für einen angeblichen Windpark gegeben haben. Die Verbindungen zur Mafia sind offensichtlich. Ein Kredit in Höhe von 225 Millionen aus einer Bank im fernen Norddeutschland, der das Projekt einer kleinen Firma tief im italienischen Süden finanziert – das war Ermittlern und Staatsanwälten der kalabrischen Stadt Catanzaro suspekt. *„Keine italienische Bank hätte einer solchen Gesellschaft so viel Geld gegeben“*, erklärt Staatsanwalt Giovanni Bombardieri der ‚Welt‘.“.

³¹ Die Europäische Bankenaufsichtsbehörde (European Banking Authority, kurz EBA) ist eine unabhängige EU-Behörde mit Sitz in London. Sie ist Teil des Europäischen Finanzaufsichtssystems (*„European System of Financial Supervision“*, ESFS), das wiederum aus einer Vielzahl von Behörden und Ausschüssen der Europäischen Union zur Finanzmarktaufsicht besteht, welches – wie die EBA auch – am 01.01.2011 die Arbeit aufgenommen hat. Aufgabe der EBA ist die Sicherstellung eines wirksamen und kohärenten Maßes an Regulierung und Beaufsichtigung im europäischen Bankensektor.

rung muss die Vertraulichkeit der Identität der berichtenden Mitarbeiter gewahrt bleiben...“ (Seite 86)

38 Die einschlägige Gesetzespassage lautet:

„Die Ausgestaltung des Risikomanagements hängt von Art, Umfang, Komplexität und Risikogehalt der Geschäftstätigkeit ab. Seine Angemessenheit und Wirksamkeit ist vom Institut regelmäßig zu überprüfen. Eine ordnungsgemäße Geschäftsorganisation umfasst darüber hinaus ...

3. einen Prozess, der es den Mitarbeitern unter Wahrung der Vertraulichkeit ihrer Identität ermöglicht, Verstöße gegen die Verordnung (EU) Nr. 575/2013 oder gegen dieses Gesetz oder gegen die auf Grund dieses Gesetzes erlassenen Rechtsverordnungen sowie etwaige strafbare Handlungen innerhalb des Unternehmens an geeignete Stellen zu berichten.“

39 D. Die Bausteine des neuen § 25a Absatz 1 Satz 6 Nr. 3 KWG

Voraussetzung: „Prozess“

40 ‚Prozess‘³² meint in diesem Zusammenhang nicht einen bei Gericht anhängigen Rechtsstreit oder die Hauptverhandlung in einem Strafverfahren, sondern der Begriff ‚Prozess‘ oder – synonym – ‚Geschäftsprozess‘ ist hier im betriebswirtschaftlichen Sinne zu verstehen. Nach dieser Definition ist ‚Prozess‘ eine Schrittfolge von aufeinander aufbauenden oder konsequent folgenden Handlungen, an deren Ende das gewünschte Ergebnis steht oder stehen soll. Einzelne spontane Aktionen sind somit keine Prozesse im Sinne dieser Definition. Für die Regelung des § 25a Absatz 1 Satz 6 Nr. 3 KWG bedeutet dies: Sie ergänzt als nächster Compliance-Prozessschritt das Risikomanagement eines Instituts auf dem Weg hin zur perfekten Betriebsorganisation.

Voraussetzung: „der es den Mitarbeitern ... ermöglicht“

41 Mitarbeiter oder Mitarbeiterin eines Unternehmens oder Instituts zu sein, setzt voraus, dass eine arbeitsvertragliche Verbindung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer besteht. Das Kriterium ‚Arbeitsvertrag‘ bedeutet im Sinne des § 25a Absatz 1 Satz 6 Nr. 3 KWG also, dass Hinweisgeber lediglich die Beschäftigten eines Instituts sein können; nicht hingegen aber Personen, die für das Unternehmen auf sonstige Weise tätig sind. Auch die gesetzlichen Vertreter (Vorstände, Geschäftsführer), die dem Unternehmen durch einen Dienstvertrag verbunden sind, fallen demnach eigentlich nicht unter den Begriff ‚Mitarbeiter‘. Diesen Ausschluss wird der Gesetzgeber aber wohl kaum gewollt haben; denn bei mehrköpfigen Leitungsgremien wird nie kategorisch die Anwesenheit eines, zumindest eines Schwarzen Schafs ausgeschlossen werden können. Man denke nur an die Stichworte: Sachsen LB, Bayern LB oder den HSH Nordbank/Omega 55-Fall. Dagegen sind Außenstehende, im Rechtsdeutsch ‚Dritte‘ geheißen, wie Kunden, ortsfremde Passanten, Lieferanten mit Gewissheit keine Mitarbeiter.

Voraussetzung: „unter Wahrung der Vertraulichkeit ihrer Identität“

42 Nach § 4 Absatz 1 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) ist die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten lediglich dann zulässig, wenn die Maßnahme gesetzlich erlaubt ist. An zwei Beispielen soll die gesetzlich zulässige Maßnahme verdeutlicht werden:

43 Der beauftragte Abschlussprüfer erhebt Daten für vergleichende Analysen im Rahmen seiner Jahresabschlussprüfung. Diese Vorgehensweise deckt § 320 Absatz 2 Satz 1 Handelsgesetzbuch (HGB). Ebenfalls zulässig ist, dass Sparkassen gemäß § 25c Absatz 2 KWG angemessene Datenverarbeitungsanlagen zur Vermeidung betrügerischer Handlungen unterhalten.

44 Neben der grundsätzlich nicht zulässigen Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten bildet der Schutz von Persönlichkeitsrechten eine weitere Beschränkung des BDSG; es ist Sinn und Zweck des Gesetzes, dass der einzelne Bürger nicht durch den Umgang mit seinen personenbezogenen Daten in seinen Persönlichkeitsrechten verletzt werden soll. So heißt es in § 1 Absatz 1 BDSG:

„Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbarer natürlicher Person.“

³² Aus dem Lateinischen: Vorgang, Verlauf, auch im Sinne von Fortschritt, Entwicklung.

45 Zu diesen Daten gehören auch Angaben, die ausschließlich der Identifizierung der Person dienen. Daraus folgt wiederum eindeutig, dass die Anforderungen des § 25 Absatz 1 Satz 6 Nr. 3 KWG erheblich weiter gehen als die Vorgaben des BDSG; denn die Prämisse des KWG lautet: Der Hinweisgeber darf nicht bestimmbar sein.

46 Das kann ein schwieriges Unterfangen sein, wie das folgende Beispiel zeigt: In einer kleinen Sparkasse sind in einer Abteilung fünf Mitarbeiter beschäftigt. Einer davon erhält Kenntnis, dass drei seiner Kollegen mit externen Personen kriminell zum Nachteil der Sparkasse kooperieren. Wie könnte da die Identität des einzelnen Mitarbeiters verbindlich gewahrt werden, wenn er intern seinen Vorgesetzten informiert?

Voraussetzung: „Verordnung (EU) Nr. 575/2013“³³

47 Die Verordnung umfasst 337 Seiten. Die wenigsten Beschäftigten von Banken und Sparkassen werden die umfangreiche Verordnung gelesen haben. Noch bedeutend weniger werden die Verordnung in all ihren Details und mit all ihren mathematischen Formeln verstanden haben.

48 Es ist eine inflationäre Tendenz erkennbar. Die ‚Capital Requirements Directive‘, kurz: CRD IV Basel I geheißen, trat Ende der achtziger Jahre mit einem Umfang von gerade einmal 30 Seiten in Kraft. 1996 folgten Risikoergänzungen. 1998 kamen die Mindestanforderungen ‚Handel‘ und 1999 die Mindestanforderungen ‚Kredit‘ hinzu, ebenfalls mit jeweils etwa 30 Seiten Text. Basel II (2004) umfasste bereits 350 Seiten. Und die Umsetzung von Basel III (2013) benötigte allein auf der Ebene I (Level I) 1.600 Seiten; hinzu kommen noch die Level II Regulierungen (Technical Standards), etwa 150 an der Zahl, mit geschätzt weiteren 3.000 Seiten. Diese inflationäre Tendenz sollte sich jeder vor Augen führen, der nach noch mehr Finanzmarktregulierung ruft.

49 Nach § 54 Absatz 5 KWG handelt ordnungswidrig, wer in den dort enumerativ aufgeführten Fällen vorsätzlich oder fahrlässig gegen die Verordnung (EU) Nr. 575/2013 verstößt. Die in § 54 Absatz 6 KWG angedrohten Höchstgeldbußen sind oft drastisch.

Voraussetzung: „gegen dieses Gesetz“

50 Die neu gefasste Vorschrift des § 25h KWG – Interne Sicherungsmaßnahmen – lautet in ihrem ersten Absatz:

„Institute sowie nach § 10a Absatz 2 Satz 2 oder 3 oder nach § 10a als übergeordnetes Unternehmen geltende Finanzholding-Gesellschaften und gemischte Finanzholding-Gesellschaften müssen unbeschadet der in § 25a Absatz 1 dieses Gesetzes und der in § 9 Absatz 1 und 2 des Geldwäschegesetzes aufgeführten Pflichten über ein angemessenes Risikomanagement sowie über Verfahren und Grundsätze verfügen, die der Verhinderung von Geldwäsche, Terrorismusfinanzierung oder sonstiger strafbarer Handlungen, die zu einer Gefährdung des Vermögens des Instituts führen können, dienen. Sie haben dafür angemessene geschäfts- und kundenbezogene Sicherungssysteme zu schaffen und zu aktualisieren sowie Kontrollen durchzuführen. Hierzu gehört auch die fortlaufende Entwicklung geeigneter Strategien und Sicherungsmaßnahmen zur Verhinderung des Missbrauchs von neuen Finanzprodukten und Technologien für Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung oder der Begünstigung der Anonymität von Geschäftsbeziehungen und Transaktionen.“

51 Das „Gesetz zur Abschirmung von Risiken und zur Planung der Abwicklung und Sanierung von Kreditinstituten und Finanzgruppen“ vom 17. Mai 2013 führte zu neuen Straftatbeständen für Geschäftsleiter von Kredit- und Finanzdienstleistungsinstituten (§ 25c KWG in Verbindung mit § 54a KWG) und zeichnet sich durch einen hohen Strafraum aus. So kann die vorsätzliche Verletzung wesentlicher Sicherheits- und Risikomanagementpflichten mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren belangt werden. Für fahrlässige Verstöße sind niedrigere Strafen vorgesehen.

52 Auf eine Einschränkung soll hingewiesen werden: Strafbar sind solche Pflichtverstöße nur, wenn sie zu einer tatsächlichen Krise des Unternehmens führen, wenn also das Kreditinstitut in seinem Bestand gefährdet ist. Oder umgekehrt: Strafrechtliche Konsequenzen un-

³³ Verordnung (EU) Nr. 575/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26.06.2013 über Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 646/2012 (ABl. L 176 v. 27.06.2013, S. 1).

terbleiben, solange eine Pflichtverletzung im Bereich des Risikomanagements keine Unternehmenskrise herbeiführt.

53 Zur Einhaltung dieser Sicherungspflichten kann die BaFin darüber hinaus Anordnungen treffen. Zuwiderhandlungen gegen diese Anordnungen werden als Ordnungswidrigkeit mit Bußgeldern bis zur Höhe von 200.000.- EUR geahndet.

54 Vor dem beschriebenen Hintergrund sind Geschäftsleiter gut beraten, wenn sie frühzeitig darauf geachtet haben, die ihnen nach dem neu eingeführten Pflichtenrahmen obliegende Organisations- und Sicherungspflichten – hier insbesondere die Vorgaben des KWG hinsichtlich eines wirksamen Risikomanagements – zu überprüfen und, wenn notwendig, anzupassen bzw. zu erfüllen. Insbesondere sind auch die notwendigen Anpassungsmaßnahmen hinsichtlich bereits eingeführter Kontroll- und Krisenmanagementprozesse rechtzeitig auf ihre Übereinstimmung mit dem KWG zu überprüfen.

55 Zur Einhaltung dieser Sicherungspflichten kann die BaFin über das Kreditwesengesetz hinaus Anordnungen treffen. Zuwiderhandlungen gegen diese Anordnungen werden mit Bußgeldern bis zu 200.000 € geahndet.

56 Hinzu kommt als eine für die Reputation des betroffenen Unternehmens oder dessen gesetzlichen Vertreter höchst unangenehme „Nebenstrafe“, die Veröffentlichung der Ahndung durch die BaFin:

„§ 60b KWG – Bekanntmachung von Maßnahmen³⁴“

(1) Die Bundesanstalt soll jede gegen ein ihrer Aufsicht unterstehendes Institut oder Unternehmen oder gegen einen Geschäftsleiter eines Instituts oder Unternehmens verhängte und bestandskräftig gewordene Maßnahme, die sie wegen eines Verstoßes gegen dieses Gesetz, den dazu erlassenen Rechtsverordnungen oder den Bestimmungen der Verordnung (EU) Nr. 575/2013 verhängt hat, und jede unanfechtbar gewordene Bußgeldentscheidung nach Maßgabe der Absätze 2 bis 4 unverzüglich auf ihren Internetseiten öffentlich bekannt machen und dabei auch Informationen zu Art und Charakter des Verstoßes mitteilen. Die Rechte der Bundesanstalt nach § 37 Absatz 1 Satz 3 bleiben unberührt.

(2) Die Bekanntmachung einer unanfechtbar gewordenen Bußgeldentscheidung nach § 56 Absatz 4c darf keine personenbezogenen Daten enthalten. ...³⁵

Voraussetzung: „gegen die auf Grund dieses Gesetzes erlassenen Rechtsverordnungen“

57 Hierzu zählen beispielsweise: Verordnung über die angemessene Eigenmittelausstattung von Instituten, Institutgruppen und Finanzholding-Gruppen (SolvabilitätsVO – SolvV); Verordnung über die Erfassung, Bemessung, Gewichtung und Anzeige von Krediten im Bereich der Großkredit- und Millionenkreditvorschriften des Kreditwesengesetzes (Großkredit- und MillionenkreditVO – GroMiKV); Verordnung über die Liquidität der Institute (LiquiditätsVO – LiqV); Verordnung über vertraglich gebundene Vermittler (KWG-Vermittlerverordnung – KWGVermV) und auch die Verordnung über die Anzeigen und die Vorlage von Unterlagen nach dem Kreditwesengesetz (AnzeigenVO – AnzV).³⁶

Voraussetzung: „etwaige strafbare Handlungen innerhalb des Unternehmens“

58 Aus der Formulierung der Vorschrift ergibt sich, dass Außenstehende nicht verantwortlich sind für internes Fehlverhalten des Finanzinstituts und seiner Angehörigen. Externe sind eben weder Schutz- noch Überwachungsgaranten des Unternehmens. Aus diesem Grunde kann und will der Gesetzgeber Dritte auch nicht durch das Kreditwesengesetz in die Pflicht nehmen.

³⁴ Gesetz in der Fassung des Artikels 1 EMIR-Ausführungsgesetz Gesetz v. 13. 02. 2013 (BGBl. I S. 174 mit Wirkung v. 16.02.2013).

³⁵ Vorschrift neugefasst durch das Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2013/36/EU über den Zugang zur Tätigkeit von Kreditinstituten und die Beaufsichtigung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen und zur Anpassung des Aufsichtsrechts an die Verordnung (EU) Nr. 575/2013 über Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen (CRD IV-Umsetzungsgesetz) vom 28.08.2013 (BGBl. I S. 3395) mit Wirkung vom 01.01.2014. Hinweis: Siehe auch die weiteren Ausnahmen in § 60b Absatz 3 ff. KWG.

³⁶ Siehe dazu u.a. ausführlich Veröffentlichung Bundesverband Öffentlicher Banken Deutschlands (VOEB), „7. KWG-Novelle“ mit Verordnungen – KWG, SolvV, GroMiKV, LiqV, AnzV –.

59 Zu den „sonstigen strafbaren Handlungen“ im Sinne des § 25h Absatz 1 KWG³⁷ zählen vor allem³⁸: Das Gesamtsystem der Betrugs- und Untreue-Tatbestände (§§ 263 ff. StGB), Diebstahl (§§ 242 ff. StGB), Unterschlagung (§ 246 StGB), Raub und räuberische Erpressung (§§ 249 ff. StGB); sowie die Delikte des Wirtschaftsstrafrechts, Korruption, Vorteilsnahme und Bestechlichkeit (§§ 331 ff. StGB), Begünstigung (§ 257 StGB), Straftaten gegen den Wettbewerb (§§ 298 ff. StGB); Insolvenzstraftaten (§§ 283 ff. StGB), das Ausspähen und Abfangen von Daten (§ 202a ff. StGB), Geld- und Wertzeichenfälschung (§§ 146 – 152b StGB), Geldwäsche (§ 261 StGB), Insiderstraftat (§ 14 WpHG), Marktmanipulation (§ 20a WpHG) sowie Steuerstraftaten (§§ 369 – 376 AO).

Voraussetzung: „an geeignete Stellen zu berichten“

60 Auslegungsbedürftig ist der Begriff ‚geeignet‘. Was meint der Gesetzgeber damit? Im Gesetzentwurf ist nur die Rede von ‚internen Hinweisen, die an eine vom Finanzinstitut zu bestimmende Stelle gehen sollen‘. Daraus könnte man schließen, dass der Gesetzgeber der Information einer internen Stelle durch den Hinweisgeber das Wort redet.³⁹ Aber warum?

61 Allgemein gilt: § 25a Absatz 1 Satz 6 Nr. 3 KWG fordert von jedem Finanzinstitut die Einführung eines Hinweisgeber-Systems. Wer also das interne Whistleblowing in seinem Institut vernachlässigt oder gar unterdrückt, wird nicht nur externes Whistleblowing ernten, sondern verletzt auch die ihm obliegenden gesetzlichen Organisations- und Aufsichtspflichten. Der nachstehende Abschnitt befasst sich mit den Vor- und Nachteilen der einzelnen Modelle.

62 E. Vor- und Nachteile einer institutsinternen Stelle

63 Interne Frühwarnsysteme senken die Wahrscheinlichkeit von Straftaten und sonstigem Fehlverhalten im Unternehmen grundsätzlich dann, wenn jeder Mitarbeiter seine einschlägigen Beobachtungen anonym und risikolos an eine dafür eingerichtete zentrale interne Stelle melden kann.

64 a) Pro-interne Argumente:

65 Ein Institut, das keine geeignete Anlaufstelle bietet, spielt zudem mit einer Zeitbombe; denn es treibt seine Mitarbeiter an die Öffentlichkeit oder direkt zur Staatsanwaltschaft. Dieses Ergebnis aber sollte ein Institut wegen des damit regelmäßig verbundenen Image-Schadens sowie etwaiger rechtlicher Konsequenzen fürchten. Beruht doch das Vertrauen der Kunden maßgeblich auf dem Ansehen, der Reputation eines Instituts.

66 Die **Unterrichtung des direkten Vorgesetzten?** Kritisch! Was ist, wenn der Inhaber der internen Stelle auch die Compliance-Funktion ausübt? Eine unsichere Konstellation. Gleiche Unsicherheit gilt für die Angehörigen des Instituts, welche in der Rechts- bzw. Revisionsabteilung oder als Antikorruptions- bzw. Geldwäschebeauftragte tätig sind. Wie wird ein vom Hinweisgeber kontaktierter Mitarbeiter, der beispielsweise Hinweisempfänger und Compliance-Officer zugleich ist, mit dieser Interessenkollision umgehen?

67 Eine interne Telefon-Hotline ist kein geeignetes System für eine Anonymitätsgarantie!

Geeignet ist der Aufbau eines internen elektronischen Systems. Doch auch hier stellen sich Fragen, wie zum Beispiel: Wer im Institut liest die elektronisch eingehende Information des Hinweisgebers, und, wer wertet diese aus? Kann ohne Zweifel ausgeschlossen werden, dass dieser Mitarbeiter an der strafbaren Handlung beteiligt ist? Wem wird er von der eingegangenen Information berichten?

68 b) Pro-externe Argumente

69 Ist eine institutsexterne Stelle als Hinweisgeber-System tatsächlich besser geeignet? Auf den ersten Blick ist diese Frage zu bejahen. Doch auch hier stellen sich kritische Fragen: Schreckt der Mitarbeiter, der Informationen besitzt, davor zurück, ein Call Center oder einen Rechtsanwalt, dessen Spezialrechtsgebiet das Unternehmensstrafrecht ist, in einer anderen

³⁷ Fassung aufgrund des Gesetzes zur Abschirmung von Risiken und zur Planung der Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten und Finanzgruppen vom 07.08.2013 (BGBl. I S. 3090) mit Wirkung v. 31.01.2014. Vormalis geregelt in § 25c KWG.

³⁸ Siehe zu den meisten nachgenannten Deliktgruppen und Einzelsvorschriften vor allem Eidam/Weyand, Unternehmen und Strafe, a.a.O., Kapitel 7 Rn. 468 – 1236.

³⁹ So Karsten Büll/Björn Rohde-Liebenau, Hinweisgeber-Systeme in Banken und Sparkassen, in: BankPraktiker 2013, 369 ff. (369).

Stadt oder einen Ombudsmann zu kontaktieren, der von der Geschäftsleitung ausgewählt worden ist?

70 Auch die Kriminalpolizei bietet anonyme Informationsmöglichkeiten über ihre Internetportale⁴⁰ an.

In diesem Zusammenhang soll aber nicht verschwiegen werden⁴¹, dass die Kriminalpolizei zuweilen schon den Versuch unternimmt, unter vollem Einsatz ihres personellen und technischen Potentials die Identität des ihr – zunächst – anonymen Hinweisgeber aufzudecken.

71 Falsch wäre es, die Vogel Strauß-Variante zu wählen; also quasi den Kopf in den Sand zu stecken und so zu tun, als wisse man/frau nichts.

72 Muss der Hinweisgeber nicht die Möglichkeit von für ihn lästigen Rück- bzw. Ergänzungsfragen des Rechtsanwalts oder des Ombudsmanns bedenken? Das Hinweisgeber-System sei nichts anderes, als eine das **Betriebsklima vergiftende Bspitzelung**. Natürlich (leider) gibt es von jeder Regel Ausnahmen. Deshalb lässt sich diese Behauptung nicht kategorisch bestreiten. Das Argument ist aber grundsätzlich haltlos. Dies belegt auch die Tatsache, dass die Unternehmen, welche die Compliance-Maßnahme ‚Whistleblowing‘ eingeführt haben, überwiegend ein anderes, ein positives Bild zeichnen.

73 Das Whistleblowing-System wird doch nur von **Denunzianten** missbraucht. Gewiss, solche Fälle können nie ausgeschlossen werden. Doch sie bilden die Ausnahme; denn gegen den häufigen Missbrauch interner Informationswege durch Hinweisgeber spricht, dass diese Mitarbeiter wegen der mit dem Missbrauch verbundenen Pflichtverletzung und dem **Compliance-Gebot ‚Null Toleranz‘** mit der Kündigung ihres Arbeitsplatzes rechnen müssen, wenn sie

- (1) ihre Anschuldigungen falsch, leichtfertig oder haltlos erheben,
- (2) trotz Abhilfemöglichkeit den Vorwurf nicht zunächst intern zu klären versuchen,
- (3) ohne schützenswerte Motivation handeln.

74 c) Eine institutsneutrale Stelle:

75 Die letzte Möglichkeit für einen Hinweisgeber, der von der Bedeutung seiner Informationen für das Institut und deren Hieb- und Stichfestigkeit überzeugt ist, kann dann doch der Gang an die Öffentlichkeit sein. So zum Beispiel, wenn die kontaktierte Aufsichtsbehörde oder ein Ermittler (Staatsanwalt, Polizei) nicht sogleich die Brisanz der Informationen und die Notwendigkeit eines schnellen Eingreifens erkennt. Die Wahrscheinlichkeit, dass alle diese professionellen Behörden blind für die Tragweite von Informationen sind, ist sehr, sehr gering.⁴²

76 Auch Vertreter seriöser Medien wahren die Identität ihrer Hinweisgeber. Dieser allerletzte Schritt setzt jedoch voraus: Es gibt lediglich ein institutsinternes Hinweisgeber-System, das aus Gründen des Identitätsschutzes nicht genutzt werden kann. Oder: Die vorhandene externe Stelle (Rechtsanwalt, Ombudsmann) erkennt die Problematik des Hinweisgeber-Vortrags nicht und bleibt untätig. Und die anonym angeschriebenen/angesprochenen Ermittlungspersonen werden erkennbar nicht tätig.

77 Achtung! Bei **Anzeichen für bandenmäßige kriminelle Handlungen** im Institut (Organisierte Kriminalität, Mafia-ähnliche Struktur und ähnliches) – hier ist für den Laien die interne wie externe Reichweite des Falles nicht überschaubar – sollte der Hinweisgeber stets die neutrale Ansprechstelle (externer Rechtsanwalt oder Ombudsmann) nutzen. Wenn eine solche Ansprechmöglichkeit nicht vorhanden ist, empfiehlt es sich, eine externe Stelle (Polizei, Staatsanwaltschaft) zu informieren.

78 F. Praktische Einführung des Hinweisgeber-Systems

⁴⁰ So beispielsweise das Business Keeper Monitoring System (BKMS) des LKA Niedersachsen; siehe auch die Aufstellung der BKMS betriebenen Portale unter <http://www.business-keeper.com/cms/einsatzbereiche.html>.

⁴¹ Der Verfasser hat dies in seiner Eigenschaft als Verteidiger erfahren.

⁴² Der Fall *Gustl Mollath* belegt, dass das Unwahrscheinliche dennoch möglich ist; siehe dazu http://de.wikipedia.org/wiki/Gustl_Mollath.

79 Als **Herangehensweise an eine angedachte interne Hinweisgeber-Lösung** empfiehlt sich zunächst die Prüfung des im Unternehmen bereits Vorhandenen anhand folgender Fragen:

80 Gibt es in unserem Institut schon Möglichkeiten für die vertrauliche Weitergabe von Informationen?

Zur Beantwortung dieser Frage sind die vorhandenen Prozesse auszuwerten und deren Eignung im Hinblick auf die gesteigerten Anforderungen des neuen § 25a Absatz 1 Satz 6 Nr. 3 KWG zu bewerten.

Zusicherungen der Unternehmensleitung, die Identität anonymer Hinweisgeber werde nicht ausgeforscht und diese würden bestmöglich geschützt, sind sicher gut gemeint, jedoch nicht ausreichend. Es gilt der alte Erfahrungssatz: Die Neugierde ist alleweil stärker als jeder gute Vorsatz.

Sind sichere – (Stichwort: Garantie der Anonymität!) – und voneinander unabhängige (also mindestens zwei) Berichtskanäle vorhanden?

Wenn diese Frage verneint wird, prüfen, wie könnte die Lösung für unser Institut aussehen?

Wie können wir diese Informationswege kurzfristig funktionstüchtig einrichten?

81 Wenn ein Berichtskanal aus irgendeinem Grund (denkbare Stichworte: Silo, Chinese Wall) nicht zugänglich ist, gibt es einen zweiten – nutzbaren – Weg (das sogenannte ByPass-Modell)?

Wie groß ist der Zeitaufwand für die Installation eines solchen weiteren Kanals?

82 Falls Zweifel an der Existenz/Installation eines sicheren internen Berichtswegs bestehen, empfiehlt sich der Auf- bzw. Ausbau eines neutralen externen – und vielfach bewährten – Anwalt-/Ombudsmann-Systems.

Korruptions- und Wettbewerbsstrafrecht

Rechtsanwalt Dr. Markus Rheinländer, Düsseldorf

Bestechung und Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr, § 299 StGB – Gedanken zur Bestimmung der Grenzen des Anwendungsbereichs der Norm

I. Die Fragestellung

Auch heute – über eineinhalb Jahrzehnte nach dem Transfer des damaligen § 12 UWG in das Strafgesetzbuch und etwa neun Jahre nach seinem Erwachen aus dem Dornröschenschlaf⁴³ - ist die aktuelle Vorschrift des § 299 StGB Gegenstand lebhafter Diskussion. Immer noch bestehen offene Fragen nach den Grenzen des Anwendungsbereichs. Die ungeklärten Aspekte sind dabei keineswegs „akademische Randprobleme“, sondern handfeste rechtliche Unsicherheiten mit gravierenden Auswirkungen, die nicht nur über die Strafbewehrung des Verhaltens einzelner entscheiden, sondern darüber hinaus über Verfall und Gewinnabschöpfung als unter Umständen wirtschaftliche schwerwiegende Konsequenzen für Unternehmen. Aus den vielfältigen aktuellen Fragestellungen greift der folgende Beitrag zwei Aspekte heraus:

⁴³ Bis in das Jahr 2005 spielte § 299 StGB zwar möglicherweise in der anwaltlichen Beratungspraxis eine Rolle; Verfolgungsbehörden ermittelten unter diesem rechtlichen Gesichtspunkt wohl nur selten; gerichtliche Entscheidungen zu § 299 StGB waren rar. Erst mit dem „Siemensverfahren“ rückte die Vorschrift quasi über Nacht in den Fokus deutscher Ermittler und spielt seither im Rahmen der Strafverfolgung eine prominente Rolle.

Werden Vorteile, die dem (Anstellungs-)Betrieb selber zugute kommen, von der Strafbeurteilung erfasst und bejahendenfalls unter welchen Umständen?

Welche rechtliche Bedeutung hat die Zustimmung des Geschäftsherrn bei „Vorteilsannahmen“ durch Angestellte und Beauftragte?

II. Der rechtliche Ausgangspunkt

§ 299 StGB verlangt in seinen Absätzen 1 und 2 jeweils das Versprechen, die Gewährung bzw. die Annahme eines Vorteils. Nach dem Gesetzeswortlaut reicht es für die Erfüllung des Tatbestandes aus, dass der Vorteil einem Dritten zugute kommt (sog. Drittverteil); eine unmittelbare oder auch nur mittelbare Besserstellung des Angestellten/Beauftragten selbst wird nicht verlangt. Da der Kreis der tatbestandlich erfassten Dritten im Gesetzeswortlaut nicht eingeschränkt ist, kommt als tauglicher Dritter prinzipiell auch der Anstellungsbetrieb des (korrumpierten) Angestellten bzw. der Auftraggeber des (korrumpierten) Beauftragten in Betracht⁴⁴ – und genau hier liegt das Problem: Denn vor diesem Hintergrund droht die Kriminalisierung prinzipiell erwünschten Verhaltens. Zur Verdeutlichung der Problematik werden in der Literatur meist Beispiele der folgenden Art herangezogen:

Der angestellte Einkäufer eines Einzelhandelsunternehmens macht den Kauf einer Ware gegenüber dem Lieferanten davon abhängig, dass dieser zusätzlich weitere Artikel dieser Ware oder andere Artikel unentgeltlich „drauflege“ (Zugabe) oder er feilscht im Interesse seines Geschäftsherrn um erhebliche Preisnachlässe (Rabatte). Nach dem derzeit herrschenden Verständnis des § 299 StGB lassen sich diese Fälle unter den Tatbestand subsumieren.

III. Die „Schieflage“

Dass ein solches Resultat nicht richtig sein kann, hat bereits *Winkelbauer* festgestellt. „Werden Vergütungen“, so *Winkelbauer*, „zu Gunsten des Geschäftsherrn geltend gemacht, gehört dies im Zweifel zu den Dienstaufgaben des Marktleiters und ist nicht zu beanstanden.“⁴⁵ In die gleiche Richtung geht die Kritik von *Odenthal*, der Vorteile zugunsten des Anstellungsbetriebes bzw. des beauftragenden Unternehmens aus dem Anwendungsbereich des § 299 StGB dann heraushalten will, wenn „der Angestellte oder Beauftragte nicht für sich persönlich, sondern im Rahmen seines Verantwortungs- und Aufgabenbereichs für den Betrieb handelt“⁴⁶. Nach *Fischer* „sollen Fälle, in denen z.B. ein Angestellter für die Bevorzugung eines Lieferanten Gegenleistungen für seinen Geschäftsherrn (z.B. Rabatte) fordert, vom Tatbestand ausgeschlossen sein, wenn nur arbeitsvertragliche Pflichten erfüllt werden“⁴⁷. In der aktuellen Auflage seiner Kommentierung vertritt *Fischer* die Auffassung, dass es in Fällen dieses Zuschnitts an der Unlauterkeit fehlen könne.⁴⁸ Diese Kritik ist berechtigt.

Auch gesetzliche Wertungen an anderer Stelle stützen die vorgenannten kritischen Einwände: Beispielsweise auf den Arzneimittel- und Medizinproduktemärkten gestattet § 7 des Heilmittelwerbegesetzes trotz eines weitgehenden Zugabeverbots ausdrücklich die Einräumung von Mengen- und Preisrabatten. Es würde sich dem Verständnis entziehen, wenn gerade auf jenem Sektor – der aus nachvollziehbaren Gründen engmaschig reglementiert ist – spezialgesetzlich Wettbewerbsformen toleriert würden, die auf „liberaleren Märkten“ durch § 299 StGB pönalisiert sind. Vom gesetzlichen Telos her ist *Winkelbauer*, *Odenthal* und *Fischer* daher – zunächst im Ergebnis – zuzustimmen.

IV. Bisherige Lösungsansätze

Obwohl die Ergebnisse der vorstehend wiedergegebenen Literaturmeinungen unmittelbar einleuchten, sind die Einschränkungen des tatbestandlich eröffneten Anwendungsbereichs jedoch von außen an die Strafvorschrift herangetragen. Denn die Feststellung von *Diemer/Krick*, eine Ausklammerung des Anstellungsbetriebes aus dem Kreis der tatbestandlichen Dritten finde im Wortlaut der Norm keine Stütze,⁴⁹ ist kaum zu widerlegen. Und schließlich will es – vor dem Hintergrund der gegenwärtigen Tatbestandsinterpretation –

⁴⁴ Ganz h.M.; vgl. Hinweise bei *Fischer*, StGB, 61. Aufl. 2014, § 299 Rn. 11a.

⁴⁵ *Winkelbauer* in FS Weber, 385 (391).

⁴⁶ *Odenthal*, wistra 2005, 170 (172).

⁴⁷ *Fischer*, a.a.O., § 299 Rn. 11a.

⁴⁸ *Fischer*, a.a.O., § 299 Rn. 11a.

⁴⁹ *Diemer/Krick* in: MüKo, StGB, 1. Aufl. 2006, § 299 Rn. 10.

dogmatisch nicht recht einleuchten, dass die Tatbestandsmäßigkeit unter Hinweis auf die Wahrung von Interessen des Geschäftsherrn in Abrede gestellt wird, wenn die Interessen des Geschäftsherrn – jedenfalls seit *RGSt* 48, 291 – vom Tatbestand überhaupt nicht geschützt werden (sollen); ihre Verletzung also nicht Bestandteil des für § 299 StGB konstitutiven Unrechts ist. Ist danach die Gefährdung oder Verletzung von Interessen des Geschäftsherrn nicht Teil des pönalisierten Tatbildes, kann umgekehrt die Wahrung jener Interessen der Tatbestandsmäßigkeit bzw. der Strafbewehrung nicht entgegenstehen.

V. Unlautere Bevorzugung im Wettbewerb als Anknüpfungspunkt zur Bestimmung des Anwendungsbereichs?

Im Rahmen der komplexen Unrechtsbeschreibung des § 299 StGB bietet sich jedoch das Merkmal der „Bevorzugung im Wettbewerb in unlauterer Weise“ als Anknüpfungspunkt zur genaueren Bestimmung der tatbestandlichen Reichweite an, insbesondere der Gesichtspunkt jener „Unlauterkeit“ wird in einer Vielzahl von Fällen helfen können, zwischen strafwürdigen und strafbaren Fällen einerseits und straflosen Konstellationen andererseits zu unterscheiden.

Das strafrechtliche Schrifttum scheint nahezu einhellig davon auszugehen, dass die Unlauterkeit im Sinne des § 299 StGB einerseits „nicht identisch“⁵⁰ oder zumindest „nicht völlig deckungsgleich“⁵¹ mit § 3 UWG sei und andererseits das Merkmal der Unlauterkeit in § 299 StGB nicht zur Abgrenzung von straflosem und strafbarem Verhalten beitrage. Das Merkmal der Unlauterkeit habe, so eine weit verbreitete Auffassung,⁵² jedenfalls neben der Unrechtsvereinbarung keine eigenständige Bedeutung.

Die Annahme einer jedenfalls nicht vollständigen Deckungsgleichheit mit § 3 UWG mag dabei ebenso berechtigt sein wie die Erkenntnis einer fehlenden Selektionswirkung, sofern man nur mit der im Strafrecht ganz herrschenden Auffassung die Unlauterkeit im Sinne von § 299 StGB reduziert auf eine kausale (genau genommen: finale) Verknüpfung von Vorteil und Bevorzugung⁵³. Denn ein solcher Nexus wiederum liegt in der Tat bereits vor, wenn nach dem Verständnis der Beteiligten der (Gedanke an den) Vorteil zur Vergabe eines Auftrages führt. Und tatsächlich ist hiermit die fehlende Abgrenzungsfunktion des Merkmals evident, denn wegen Verstoßes gegen § 299 StGB wird ohnehin nur ermittelt, wenn einerseits ein Vorteil in Aussicht gestellt oder gewährt wurde und es andererseits entweder zu einer Auftragsvergabe gekommen ist oder diese von den Tatbeteiligten erwartet wurde.⁵⁴ Fälle fehlender Unlauterkeit sind daher kaum denkbar, sobald ein (zumindest in Aussicht gestellter) Vorteil „im Spiel ist“.

VI. Das neue Wettbewerbsverständnis des UWG

Wenn die Literatur argumentiert, Unlauterkeit in § 299 StGB meine nicht zwangsläufig jene wettbewerbsrechtliche im Sinne von § 3 UWG, so darf doch eine solche Entkoppelung vom Wettbewerbsrecht nicht zu der Annahme verleiten, dass die strafgesetzlichen Wertungen oder genauer ihre Interpretation durch den Normadressaten ohne eine „Verprobung“ der gefundenen Ergebnisse anhand der Regeln des Wettbewerbsrechts auskomme. Denn es liegt auf der Hand, dass ein Tatbestand, der nach aktueller Auffassung ausschließlich das überindividuelle Rechtsgut des (fairen) Wettbewerbs schützt, jedenfalls dann nicht in strafwürdiger und strafbarer Weise verwirklicht sein kann, wenn das in Rede stehende Verhalten nicht nur durch das Wettbewerbsrecht geregelt, sondern von diesem sogar ausdrücklich als wettbewerbskonform bewertet wird.

Im Folgenden wird dargelegt, dass es heute – aufgrund eines gewandelten Wettbewerbsverständnisses – nicht mehr zulässig ist, allein aus einer kausalen oder auch nur finalen Verknüpfung von Vorteil und Bevorzugung (gemeint ist regelmäßig der Abschluss eines Kauf- oder Werkvertrages mit dem Vorteilsgeber) auf eine – wettbewerbsrechtliche – Unlauterkeit der Bevorzugung zu schließen. Der maßgebliche Grund hierfür liegt in der jüngeren Recht-

⁵⁰ Fischer, StGB, 59. Aufl. 2012, § 299 Rn. 16.

⁵¹ Heine in: Schönke-Schröder, StGB, 28. Aufl. 2010, § 299 Rn. 19.

⁵² Tiedemann, ZStW 1986, 990 (1030); erstaunlicherweise auch Fischer, StGB, 60. Aufl. 2013, § 299 Rn. 16.

⁵³ Fischer, StGB, 56. Aufl. 2009, § 299 Rn. 16 mit zahlreichen (älteren) Nachweisen, Winkelbauer, a.a.O., S. 388 m.w.N.

⁵⁴ Freilich setzt § 299 StGB nicht die Erteilung eines Auftrags voraus, sondern verlangt lediglich eine entsprechende Erwartung der Beteiligten.

sprechung des *EuGH*, die ganz wesentlich zu einem Paradigmenwechsel im deutschen Wettbewerbsrecht bzw. genauer im Wettbewerbsverständnis geführt hat.⁵⁵ Auch der ersatzlose Wegfall des Rabattgesetzes und der Zugabeverordnung und schließlich die Richtlinie 2005/29/EG⁵⁶ zwingen zur Überprüfung überkommener Wettbewerbsvorstellungen. Das wettbewerbsrechtliche Schrifttum hat auf diese veränderten Umstände längst reagiert und legt dem UWG einen – gegenüber früher – vollständig veränderten Verbraucherbegriff⁵⁷ zugrunde. Der alte wettbewerbsrechtliche Rechtszustand – auf dessen Grundlage auch die gegenwärtige strafrechtliche Interpretation des § 299 StGB erfolgte – wird im aktuellen Schrifttum zum UWG – aus der Retrospektive – wie folgt skizziert:

„Ausgehend von dem Leitbild eines an Güte und Preiswürdigkeit orientierten Wettbewerbs („Leistungswettbewerb“) erblickte man in der Verkaufsförderung (Wertreklame) ein unsachliches Mittel, das geeignet sei, den Verbraucher zu sachfremden Überlegungen und Entschlüssen zu verleiten, ihn gleichsam zu ‚bestechen‘.“⁵⁸

Vor diesem Hintergrund durfte für § 299 StGB früher – durchaus folgerichtig – davon ausgegangen werden, dass bereits die kausale Verknüpfung von Vorteil und Bevorzugung zwangsläufig unlauteren Wettbewerb bedeute.

Doch das UWG hat seine frühere Prämisse des „unmündigen Kunden“, der vor Zugaben, Rabatten, sonstigen Lockangeboten und damit letztlich vor sich selbst geschützt werden müsse, aufgegeben. Das Wettbewerbsrecht geht heute von einem „mündigen“, einem „kritischen“ Verbraucher aus, dem prinzipiell zugetraut wird, seine wirtschaftlichen Interessen selber verantwortlich wahrnehmen zu können. Daher sind heute – anders als früher – auch sog. Koppelungsgeschäfte, d.h. Zugaben und sonstige Vorteile in weitem Umfang wettbewerbsrechtlich zulässig. In Anlehnung an diverse wettbewerbsrechtliche Entscheidungen unterschiedlichster Gerichte fasst die wettbewerbsrechtliche Kommentarliteratur die hier interessierenden Gesichtspunkte – unter ausdrücklicher Aufgabe früherer Auffassungen – wie folgt zusammen: „Grundsätzlich“, so *Köhler*⁵⁹, „sind verkaufsfördernde Koppelungsangebote (einschl. Zugaben) zulässig. [...] Unerheblich ist, ob die gekoppelten Waren üblicherweise in denselben Betrieben oder Branchen vertrieben werden und ob sie funktionell i.S.e. Gebrauchszusammenhangs oder einer Gebrauchsnähe zusammengehören. Unerheblich ist auch, ob einzelne Leistungen ganz oder teilweise ohne Berechnung abgegeben werden und ob es sich dabei um gering- oder höherwertige Waren oder Dienstleistungen handelt.“ Selbst die einem Koppelungsangebot inhärente Anlockwirkung wird nicht mehr als wettbewerbswidrig, sondern stattdessen als gewünschte Erscheinungsform lauterer Wettbewerbs begriffen: „[...] die Anlockwirkung, die von der Unentgeltlichkeit oder dem besonders günstigen Preis eines Teils des Koppelungsangebotes ausgeht, ist grds. wettbewerbskonform. Der verständige Verbraucher kann im Allgemeinen einschätzen, was ihm die Zugabe bedeutet.“⁶⁰ „Auch muss ein Unternehmer die Möglichkeit haben, mit Hilfe attraktiver Koppelungsangebote in einen geschlossenen Markt einzudringen.“⁶¹

Die Kehrtwendung im Verständnis eines gewollten Wettbewerbs könnte plastischer kaum formuliert werden. Dabei ist es hier nicht erforderlich, den Paradigmenwechsel des Wettbewerbsrechts in all seinen Facetten abzubilden. Bereits der kurze Ausblick in das UWG und seine aktuelle Interpretation durch die wettbewerbsrechtliche Rechtsprechung soll an dieser Stelle als Beleg dafür hinreichen, dass auch in strafrechtlicher Hinsicht nicht länger eine unlautere Bevorzugung i.S.d. § 299 StGB aus einem bloßen Kausal- (oder auch nur Final-) Nexus zwischen einem Vorteil und der Auftragsvergabe bzw. der Kaufentscheidung abgeleitet werden kann.

⁵⁵ *EuGH* Urt. v. 09.11.2010, GRUR 2011, 46; *EuGH* Urt. v. 23.04.2009, GRUR 2009, 599; *EuGH* Urt. v. 14.01.2011, NJW 2010, 1867; *EuGH* Urt. v. 22.09.2005, NJW-RR 2006, 409.

⁵⁶ Hierzu *Helm*, WRP 2005, 931, Richtlinie 2005/29/EG vom 11. Mai 2005, EU-Amtsblatt L 149/22 vom 11.06.2005.

⁵⁷ Das UWG richtet sich zwar zunächst an den Endkundenmarkt; seine Regelungen gelten jedoch entsprechend auf den höheren Handelsstufen. Auch betreffen seine Aussagen keineswegs nur Maßnahmen (breiter gestreuter) Produktwerbung, sondern ebenso Vereinbarungen, die etwa zwischen zwei Personen am Verhandlungstisch außerhalb einer Öffentlichkeit geschlossen werden.

⁵⁸ *Köhler* in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm [Hrsg.], UWG, 27. Aufl. 2009, § 4 Rn. 1.41.

⁵⁹ *Köhler*, a.a.O., § 4 Rn. 1.60 m.w.N.

⁶⁰ *Köhler*, a.a.O., § 4 Rn. 1.79.

⁶¹ *Köhler*, a.a.O., § 4 Rn. 1.80.

VII. Folge: Einzelfallprüfung nach UWG

Die Konsequenzen des Wandels der überkommenen wettbewerbsrechtlichen Grundanschauungen für Verständnis und Auslegung des § 299 StGB liegen auf der Hand. Soweit im konkreten Einzelfall eine Vereinbarung etwa über Warenbezug geschlossen wurde, die trotz einer Zugabe, eines Rabatts oder eines sonstigen verhandelten Vorteils einer wettbewerbsrechtlichen Lauterkeitsprüfung standhält, kann sie nicht zugleich Unrechtsvereinbarung im Sinne von § 299 StGB und damit als Straftat gegen den Wettbewerb verboten sein und mit Kriminalstrafe geahndet werden. In denjenigen Bereichen, in denen das UWG anwendbar ist und in denen es keine Wettbewerbsverletzung sieht, kann das Strafgesetz – zumal als ultima ratio – das Verhalten der Beteiligten erst recht nicht als sozial unerträglich und damit als strafbar bewerten.

Für die Auslegung und das Verständnis des § 299 StGB muss dies zwangsläufig bedeuten, dass in entsprechenden Fällen nicht länger per se von einer unlauteren Bevorzugung ausgegangen werden kann, sondern die Wettbewerbswidrigkeit einer konkreten Absprache stets im Einzelfall zu prüfen und unter Zugrundelegung des UWG in jedem Einzelfall positiv festzustellen ist.

Führt die Prüfung des Einzelfalles anhand des UWG zur Annahme lauterer Wettbewerbs, bleibt für § 299 StGB kein Raum.

VIII. Fälle der Unlauterkeit

Trotz der Modernisierung des Wettbewerbsbildes und der damit einhergehenden Liberalisierung des Wettbewerbs wird es selbstverständlich auch weiterhin Fälle geben, in denen man etwa die Beeinflussung durch Vorteilsgewährung mit dem Ziel einer Auftragsvergabe als unlauter und damit als möglicherweise strafrechtlich relevant wird greifen müssen:

So toleriert auch das „moderne“ Wettbewerbsrecht keineswegs jede beliebige Beeinflussung eines Verbrauchers durch in Aussicht gestellte Vorteile. Der moderne Verbraucherbegriff legt nur die Messlatte zur Unlauterkeit deutlich höher. So soll beispielsweise nach wie vor wettbewerbsrechtliche Unlauterkeit dann gegeben sein, wenn „von der Vergünstigung ein so starker Anreiz ausgeht, dass der Kunde davon abgehalten werde, sich mit der Preiswürdigkeit und Qualität des Angebots im Vergleich mit dem Angebot eines Mitbewerbers zu befassen“⁶². Es ist daher im Einzelfall zu prüfen, ob diese Schwelle überschritten ist.

Darüber hinaus gelangen die Grundsätze der weitestgehenden Gestattung von Kopplungsverträgen in Einzelfällen auch dann nicht zur Anwendung, wenn der den Auftrag erteilende Betrieb bzw. das die Ware kaufende Unternehmen über die Auftragsvergabe oder den Warenbezug nicht frei – d.h. nicht ausschließlich nach kaufmännischen Kriterien – entscheiden kann. Das wettbewerbsrechtliche Schrifttum hält entsprechende Beispiele bereit⁶³.

Schließlich können spezielle Gesetze den vom UWG eröffneten Spielraum einengen: Gilt etwa in Einzelfällen neben dem UWG etwa das spezialgesetzliche Zugabeverbot des § 7 Heilmittelwerbegesetz, so wird diese wettbewerbsrechtliche Sonderregel selbstverständlich durch einen Paradigmenwechsel des UWG nicht suspendiert.

Nicht unmittelbar tangiert vom Wechsel wettbewerbsrechtlicher Anschauungen scheinen dagegen prinzipiell Sachverhaltskonstellationen, in denen der Vorteil nicht dem Käufer/Auftraggeber selbst zugute kommt, sondern Dritten; bspw.: Das Bargeldgeschenk an den Leiter der Einkaufsabteilung; die Armbanduhr für dessen Ehefrau, etc.; mithin exakt diejenigen Fallkonstellationen, die § 299 StGB „im Auge hat“. Über das gewandelte Wettbewerbsverständnis konnten bis hierher nur diejenigen Fälle gelöst werden, in denen der Vorteil dem Geschäftsherrn, d.h. der Vertragspartei selbst versprochen oder gewährt wird.

Nachfolgend wird jedoch gezeigt werden, dass unter bestimmten Voraussetzungen auch Fälle von Vorteilen an Angestellte/Beauftragte oder gar an externe Dritte einer geänderten strafrechtlichen Bewertung zugeführt werden müssen.

⁶² Köhler, a.a.O., § 4 Rn. 1,42 m.w.N.

⁶³ Vgl. Köhler, a.a.O., § 4 Rn. 1.77.

IX. Zur rechtlichen Bedeutung einer Zustimmung des Geschäftsherrn

Die gefundenen Ergebnisse leiten unmittelbar zu der Frage über, ob der Geschäftsherr – im Lichte des modernen Wettbewerbsverständnisses – durch seine Zustimmung die Gewährung von Vorteilen an seine Angestellten oder Beauftragten oder an von diesen benannte Dritte legalisieren kann.

Die wohl bei weitem herrschende Meinung nimmt an, eine Angestelltenbestechung verliere ihre Strafbarkeit nicht dadurch, dass der Geschäftsherr die Gewährung von Vorteilen durch Lieferanten an seine Angestellten oder Beauftragten toleriere oder einer solchen Praxis sogar ausdrücklich zustimme. Diese Auffassung beruft sich – bis heute – auf die sog. Korkengeld-Entscheidung des *Reichsgerichts*⁶⁴.

Gegenstand jener Reichsgerichtsentscheidung aus dem Jahr 1914 war die Frage, ob es eine strafbare Bestechung / Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr darstelle, wenn ein Champagnerhändler seinen Umsatz mit einem bestimmten Restaurant dadurch ankurbelt, dass er den Angestellten jenes Restaurants – in Kenntnis und mit Zustimmung des Restaurantinhabers – für jeden Korken einer von ihm veräußerten Flasche eine Prämie zahlt. Das *Reichsgericht* bejahte strafbare Bestechung und strafbare Bestechlichkeit und maß der Zustimmung des Geschäftsinhabers weder rechtfertigende noch sonst strafbefreiende Wirkung zu. Seine Auffassung stützte das RG auf den – bereits seinerzeit – von § 12 UWG intendierten Wettbewerbsschutz. Das überindividuelle Rechtsgut des lautereren Wettbewerbs stehe nicht zur Disposition einzelner Marktteilnehmer, so dass eine Zustimmung des Geschäftsherrn der Tat nicht ihren Unrechtsgehalt nehmen könne.

Dabei war die Argumentation des *Reichsgerichts* bereits vor nahezu 100 Jahren keineswegs zwingend. Denn auch 1914 erfasste der Tatbestand nicht den Fall von Vorteilsgewährungen an den Geschäftsinhaber selbst. Der Wettbewerbsschutz, den § 299 StGB (bzw. seinerzeit § 12 UWG) vermittelte, war vor diesem Hintergrund rudimentär. Die Entscheidung des *Reichsgerichts* führte nun aber zu der Konsequenz, dass den Angestellten bei Strafe verboten war, was der Geschäftsherr selber aber hätte – zumindest straffrei – praktizieren dürfen. Schon bald wurde eine mutmaßlich planwidrige Regelungslücke beklagt; die Rufe nach umfassendem Wettbewerbsschutz durch Einbeziehung der Geschäftsinhaber und der Selbstständigen in den Tatbestand de lege ferenda sind noch heute nicht verhallt, haben sich aber – interessanterweise – nicht durchsetzen können.

Bis zur Korkengeldentscheidung des *Reichsgerichts* war keineswegs sicher, ob die Nichteinbeziehung des Betriebsinhabers in den Tatbestand überhaupt eine – planwidrige – Regelungslücke darstellen würde, denn seine Nichtberücksichtigung im Tatbestand kann ohne nennenswerte Schwierigkeiten erklärt werden: Derjenige Angestellte, der (heimlich) für sich einen Vorteil erwartet und hierfür bereit ist, entweder in Vertretung seines Geschäftsherrn ein für den Prinzipal nicht optimales Geschäft abzuschließen oder alternativ, seinen Geschäftsherrn zu einem konkreten Vertragsschluss zu bewegen, weil er selber vom Verkäufer/Auftragnehmer eine Belohnung erwartet, „verrät“ die Interessen seines Geschäftsherrn und fügt diesem regelmäßig wirtschaftlichen Schaden zu, denn i.d.R. wird das Schmiergeld, d.h. der Wert des Vorteils, den der Angestellte/Beauftragte erhält, kalkulatorisch im Preis der Leistung/Ware berücksichtigt sein. M.a.W. hätte man § 12 UWG und folglich auch § 299 StGB als ein Delikt verstehen können, welches neben dem lautereren Wettbewerb auch die Vermögensinteressen des Geschäftsinhabers schützt. Da es sich aber bei diesem Rechtsgut fraglos um ein für den Geschäftsherrn disponibles gehandelt hätte, wäre seine Zustimmung ohne weiteres geeignet gewesen, diesen Unrechtsaspekt zu beseitigen. Wäre aber dieser Untreueaspekt neben der Wettbewerbsverletzung konstitutiv für das durch § 12 UWG jetzt § 299 StGB pönalisierte Unrecht gewesen, hätte das Reichsgericht im Korkengeldfall die Verurteilung aufheben und die Sache zurückverweisen bzw. freisprechen müssen. Es hat dies nicht getan, woraus sich die Konsequenz ergibt, dass spätestens das Reichsgericht mit der Korkengeldentscheidung jene „Untreuewurzel“, die § 12 UWG bis dato hatte, abgeschnitten

⁶⁴ Urteil des II. Strafsenats des Reichsgerichts vom 09. Juni 1914 – II 319/14, RGSt 48, 291.

hat. Fortan stelle die in § 12 UWG, jetzt § 299 StGB umschriebene Wettbewerbsverletzung die für die Tatvollendung einzig relevante Rechtsgutsverletzung dar.⁶⁵

Jedenfalls das veränderte Wettbewerbsverständnis zwingt zur Kurskorrektur. Wenn nach aktuellem Wettbewerbsverständnis die Gewährung von Vorteilen zum Zweck der Absatzförderung weitgehend zulässig ist, und die Grenze zu unlauterem Wettbewerb erst unter den oben dargestellten Voraussetzungen (siehe VIII.) überschritten ist, besteht für einen strafrechtlichen Wettbewerbschutz, wie er noch vom *Reichsgericht* reklamiert wurde, heute keine tragfähige Grundlage mehr. Handelt es sich im Einzelfall um einen Vorteil, der – wäre er dem Anstellungsbetrieb/dem Geschäftsinhaber gewährt worden – nicht zu wettbewerbsrechtlicher Unlauterkeit führen würde, kann diese auch dann nicht angenommen werden, wenn der Anstellungsbetrieb/Geschäftsinhaber den Vorteil nach Erhalt an seine Angestellten/Beauftragten weitergibt. Und schließlich ist kein sachlicher Grund für eine abweichende juristische Bewertung ersichtlich, wenn der Geschäftspartner die Vorteile direkt an die Angestellten/Beauftragten gewährt, sofern nur dieser Sachverhalt dem Anstellungsbetrieb/Geschäftsinhaber bekannt und von dessen Zustimmung getragen ist.

Entsprechendes ergibt sich auch aus einer Bewertung der Gefahren für den von § 299 StGB geschützten fairen Wettbewerb in den vorgenannten Konstellationen: Derjenige Geschäftsinhaber, der im Rahmen seiner Entscheidung über den Warenkauf oder die Auftragsvergabe den Vorteil zugunsten (s)eines Angestellten/Beauftragten bedenkt, wird durch diese „Dritt-vorteilserwartung“ kaum an einer rationalen kaufmännischen Entscheidung gehindert. Denn insbesondere als „Nicht-Selbst-Begünstigter“ wird der Gedanke an den Vorteil im Rahmen seiner eigenen, das (eigene) Unternehmen betreffenden Entscheidung, *ceteris paribus* weitaus weniger Gewicht haben, als würde der Begünstigte selbst in Ansehung eines ihm versprochenen Vorteils entscheiden. Ganz im Gegenteil wird der Geschäftsherr den Vertragsschluss besonders sorgsam und kritisch prüfen. Die Kenntnis von einer bevorstehenden Zuwendung an einen Dritten hindert daher gerade nicht eine vernünftige kaufmännische Entscheidung; vielmehr fordert sie zur Sorgfalt auf. Das heißt aber auch, dass sich diejenigen Gefahren, vor deren Entstehung das UWG schützen will, bei Vorteilen zugunsten von Angestellten/Beauftragten kaum jemals realisieren werden, sofern der Geschäftsherr über alle bereits gewährten oder bevorstehenden Zuwendungen informiert ist.

Die Korkengeldentscheidung basiert maßgeblich auf einem Wettbewerbsbild, welches dem aktuellen Verständnis nicht mehr entspricht. Die aus den damaligen wettbewerbsrechtlichen Lauterkeitsvorstellungen für das Strafrecht abgeleitete Folgerung, wonach nahezu jeder Vorteil zu unlauterem Wettbewerb führe, kann heute ebenso wenig Bestand haben, wie die verbreitete Auffassung, eine Zustimmung des Geschäftsinhabers habe unter keinen Umständen rechtfertigende oder sonst strafbefreiende Wirkung mit Blick auf das in § 299 StGB pönalisierte Unrecht.

Selbst dann, wenn man mit dem *Reichsgericht* in einem „Verrat“ des Angestellten gegenüber seinem Prinzipal keinen notwendigen Unrechtsbestandteil einer Bestechung/Bestechlichkeit (mehr) sieht, zeigt doch das aktuelle Wettbewerbsrecht, dass der Geschäftsherr als mündiger Hüter seiner eigenen Interessen und derjenigen seines Betriebes verstanden werden darf und Unlauterkeit überhaupt erst dort in Frage kommt, wo der Geschäftsherr entweder – mangels Vorteilskenntnis – seine Interessen nicht wahren kann oder – mangels Befugnis zur freien Entscheidung – nicht wahren darf oder wo die immense Anlockwirkung des Vorteils einer rationalen Entscheidung im Wege steht. Sind diese Unlauterkeitsgründe im Einzelfall nicht gegeben, ist kein Anlass ersichtlich, der eine gleichwohl erteilte Auftragsvergabe als unlautere Bevorzugung erscheinen lassen würde. Daher steht auch die Zustimmung des Geschäftsinhabers zu „Vorteilsannahmen“ durch die eigenen Angestellten einem lauterem Wettbewerb jedenfalls dann nicht entgegen, wenn der Geschäftsherr über die Vorteile zugunsten seiner Angestellten/Beauftragten informiert ist und ihrer Gewährung zustimmt.

Es ist vermutlich richtig, dass das Strafrecht eine rechtfertigende oder sonst strafbefreiende Genehmigung unlauteren Wettbewerbs nicht kennen darf; doch setzt die hier vertretene

⁶⁵ Soweit in den einleitenden Bemerkungen verschiedener Kommentierungen das Rechtsgut des § 299 StGB definiert wird, werden mitunter auch die Vermögensinteressen des Geschäftsherrn genannt; hieraus wird jedoch an keiner Stelle die an sich naheliegende Folgerung gezogen, der Tatbestand sei eben nicht verwirklicht, wenn es an einer Gefährdung bzw. Verletzung jener Vermögensinteressen fehle. Ob und gegebenenfalls wie weit § 299 StGB (auch) die Vermögensinteressen des Prinzipals schütze, bleibt jedoch diffus.

Auffassung eine solche auch nicht voraus. Vielmehr wirkt sich die in Rede stehende Zustimmung des Geschäftsherrn bereits auf die dem § 299 StGB vorgelagerte wettbewerbsrechtliche Dimension aus und steht daher schon der Unlauterkeit des Wettbewerbs entgegen. Damit wird durch die Zustimmung nicht erst das tatbestandlich erforderliche Unrecht trotz bestehender wettbewerbsrechtlicher Unlauterkeit beseitigt. Folglich kann dem hier vertretenen Ansatz nicht entgegengehalten werden, er setze voraus, das Rechtsgut des lautereren Wettbewerbs stehe zur Disposition einzelner Marktteilnehmer, denn dies tut er gerade nicht.

Unter den genannten Bedingungen fehlt es daher schon an wettbewerbsrechtlicher Unlauterkeit, wenn der jeweils geschützte Marktteilnehmer seine konkrete kaufmännische Entscheidung in Kenntnis sämtlicher entscheidungsrelevanter Tatsachen fällt. Diese Entscheidungsgrundlage zu sichern, ist die Aufgabe des wettbewerbsrechtlichen Lauterkeitsrechts. Dort, wo dessen Voraussetzungen eingehalten sind, hat Strafe keinen Platz.

X. Zusammenfassung

Geht es im konkreten Fall ausschließlich um Vorteile zugunsten des Anstellungsbetriebes, ist es in diesen Fällen nicht (länger) zulässig, die für § 299 StGB erforderliche (intendierte) unlaute Bevorzugung allein mit der Verknüpfung von Vorteil und Bevorzugung zu begründen. Die Unlauterkeit der Bevorzugung ist vielmehr im Einzelfall unter Rückgriff auf die Vorschriften des UWG festzustellen. Eine Zustimmung des Geschäftsherrn zu „Vorteilsannahmen“ durch Angestellte oder Beauftragte des Betriebes, beseitigt in der Regel, wenn sie in Kenntnis aller relevanten Umstände abgegeben wird, eine wettbewerbsrechtliche Unlauterkeit, mit der zwingenden Konsequenz der Straflosigkeit. Dass sich mit Blick auf Vorteilsgewährungen Dritter an Angestellte lohnsteuer- und sozialversicherungsrechtliche Fragen stellen können, ist ein anderes Thema.

Entscheidungskommentare

OStA Raimund Weyand, St. Ingbert

Entscheidungen zum Insolvenzstrafrecht

Ab sofort wird in jeder Ausgabe des WiJ eine Rechtsprechungsübersicht erscheinen, die in Kurzfassung auf aktuelle Entscheidungen mit insolvenzstrafrechtlichem Bezug sowie auf dazu gehörende Anmerkungen bzw. Aufsatzveröffentlichungen hinweist.

I. Strafgesetzbuch

1. § 266 StGB – Untreue

Das bloße Einfordern von Zahlungen auf ein allgemeines Geschäftskonto führt nicht zu einer Pflichtwidrigkeit i.S.d. § 266 StGB, auch wenn die so erlangten Geldbeträge mit den Schulden des Kontoinhabers verrechnet werden und daher zur Weiterleitung an den Geschäftsherrn nicht mehr zur Verfügung stehen.

Der Tatbestand der Untreue ist in derartigen Fällen nur dann erfüllt, wenn die Beteiligten die Zuführung solcher Zahlungen auf ein spezielles von den sonstigen Bankverbindungen des Verpflichteten strikt getrenntes Konto explizit vereinbart haben, dieser die Absprache aber nicht einhält.

Besteht die vertragliche Pflicht, aufgrund einer Inkassovollmacht erlangte Versicherungsprämien zu bestimmten Terminen an den Geschäftsherrn abzuführen, kann sich der Beschuldigte nicht darauf berufen, zu diesen Stichtagen aufgrund von Liquiditätsproblemen leistungsunfähig gewesen zu sein. Er muss vielmehr zu den jeweiligen Abführungszeitpunkten für ausreichende flüs-

sige Mittel sorgen (Rechtsgedanke der omisso libera in causa); anderenfalls verwirklicht er den Treubruchstatbestand.

BGH-Beschluss vom 03.12.2013 – 1 StR 526/13, ZInsO 2014, 547 = NStZ 2014, 158 m. Anm. Krehl, wistra 2014, 139.

2. § 283b Abs. 1 Nr. 3 StGB – Verletzung der Buchführungspflicht; § 283c StGB – Gläubigerbegünstigung

Bei § 283b StGB handelt es sich um ein abstraktes Gefährdungsdelikt, bei dem bereits die Verletzung der dem Straftatbestand zugrunde gelegten kaufmännischen Pflichten als für die geschützten Rechtsgüter generell gefährliche Verhaltensweisen anzusehen ist. Das von § 283b StGB erfasste Verhalten ist daher unabhängig von der späteren wirtschaftlichen Krise des pflichtigen Täters rechtswidrig und im Hinblick auf den Schutzzweck der Vorschrift strafwürdig.

Bei der durch den Insolvenzschuldner einem Dritten erteilten Anweisung, an einen Gläubiger zu zahlen, handelt es sich regelmäßig um eine inkongruente Deckung, weil der Gläubiger eine solche Art der Befriedigung gerade nicht zu beanspruchen hatte.

BGH-Beschluss vom 13.02.2014 - 1 StR 336/13, ZInsO 2014, 1058 = PStR 2014, 165.

3. §§ 266, 339 StGB – Vorwurf der Rechtsbeugung sowie der Untreue durch einen Rechtspfleger bei Festsetzung von Vergütungen im Insolvenzverfahren

Rechtsbeugung kann in jeder Phase der Leistung und Entscheidung einer Rechtssache begangen werden. Die bloße Unvertretbarkeit einer Entscheidung genügt zur Verwirklichung des Tatbestandes jedoch nicht. Erforderlich ist stets ein gravierender willkürlich erscheinender Verstoß gegen elementare Rechtsgrundsätze.

Entfällt der Vorwurf der Rechtsbeugung, ist eine Verfolgung von offenkundigen Fehlentscheidungen unter dem Aspekt der Untreue ausgeschlossen. Insoweit entfaltet § 339 StGB zum Schutz der Unabhängigkeit der Rechtspflege eine umfassende Sperrwirkung.

LG Aurich, Beschluss vom 13. 5. 2013 - 15 KlS 1000 Js 55939/12 (2/13), ZInsO 2014, 343 m. Anm. Weyand, ZInsO 2013, 359.

II. Insolvenzordnung

§ 15a InsO – Strafklageverbrauch bei Verurteilung wegen Insolvenzverschleppung

Der Tatbestand der Insolvenzverschleppung verfolgt als abstraktes Gefährungsdelikt die Intention, die Interessen der gegenwärtigen und vor allem auch der potenziellen künftigen Gläubiger der Gesellschaft zu wahren. Eine entsprechende rechtskräftige Verurteilung führt daher trotz Fortführung eines Unternehmens jedenfalls dann nicht zu einem Strafklageverbrauch, wenn der Täter einen neuen Entschluss zur Unternehmensfortführung gefasst hat.

OLG Hamm, Beschluss vom 4. 12. 2012 - III-5 RVs 88/12, wistra 2014, 156 = ZInsO 2014, 897. Weiter zu der Problematik vgl. Bittman, NZWiSt 2013, 270; Ebner, NZWiSt 2013, 356; Grosse-Wilde, wistra 2014, 130; Kring, wistra 2013, 257; Weyand, ZInsO 2013, 737.

III. Prozessrecht

1. § 103 StPO – Durchsuchung beim Insolvenzverwalter

Allein der Wunsch nach einem zeitgleichen Vorgehen gegen alle vermeintlichen Gewahrsamsinhaber vor Beweismitteln rechtfertigt es wegen des bei einer Durchsuchung betroffenen Grundrechts aus Art. 13 Abs. 1 GG nicht, ohne vorheriges Herausgabeverlangen nach § 95 StPO die Durchsuchung der Geschäftsräume des betroffenen Insolvenzverwalters anzuordnen.

LG Dresden, Beschluss vom 27. 11. 2013 - 5 QS 113/13, NZI 2014, 236 = ZInsO 2013, 2364 m. Anm. Krug, FD-StrafR 2014, 355210. Weiter zu der Problematik vgl. Brüsseler, ZInsO 2007, 1163; Stiller, ZInsO 2011, 1633.

2. § 111g StPO – strafprozessuale Rückgewinnungshilfe

Der zur Rückgewinnungshilfe angeordnete und vollzogene strafprozessuale dingliche Arrest und die hierauf beruhenden Pfändungsmaßnahmen sind auch unter Berücksichtigung der Vorschriften über den staatlichen Auffangrechtserwerb mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das arretierte Vermögen aufzuheben (Festhalten an Senatsrechtsprechung, Beschluss vom 15.3.2013 - 2 Ws 561/12, 2 Ws 590/12, NZG 2013, 952 = NZI 2013, 552 [OLG Nürnberg 15.03.2013 - 2 Ws 561/12] = NZWiSt 2013, 297 = WM 2013, 1238 = ZInsO 2013, 882 = ZWH 2013, 225; entgegen KG, Beschluss vom 10.6.2013 - 2 Ws 190/13; OLG Hamm, Beschluss vom 20.6.2013 - 2 Ws 80/13, ZInsO 2013, 1790).

OLG Nürnberg, Beschl. v. 8. 11. 2013 - 2 Ws 508/13.

Der Insolvenzverwalter des Verurteilten ist nicht Verletzter im Sinne des § 111g Abs. 1 StPO.

Dem Insolvenzrecht gebührt grundsätzlich der Vorrang gegenüber der strafrechtlichen Rückgewinnungshilfe.

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 27. 11. 2013 - 3 Ws 327/13, ZInsO 2014, 608 = NZI 2014, 430.

Zu der Problematik allgemein vgl. *Bittmann*, ZWH 2014, 135 sowie *Köllner*, NZI 2013, 560; *Markgraf*, NZG 2013, 1014; *Rathgeber*, NZWiSt 2013, 306.

3. § 153 StPO – Einstellung wegen geringer Schuld

Die Unschuldsvermutung ist nicht schon dann verletzt, wenn die Staatsanwaltschaft ein Verfahren im Rahmen des Opportunitätsprinzips einstellt und dabei von einem verbleibenden Tatverdacht ausgeht. Sie ist nur dann tangiert, wenn Schuld endgültig zugewiesen wird.

Verfassungsgerichtshof des Saarlandes, Beschluss vom 07.04.12, Lv 4/14, ZWH 2014, 205 = PStR 2014, 149 m. Anm. *Sättele*, FD-StrafR 2014, 357796.

4. § 200 StPO – Umgrenzungsfunktion der Anklageschrift

Werden dem Schuldner strafbare Bankrotthandlungen vorgeworfen, weil er erhaltene Honorarzahlungen dem Insolvenzverwalter nicht offenbart hat, muss die Anklage den genauen Tatzeitraum, die vereinnahmten Einzelbeträge und die jeweiligen Auftraggeber spezifizieren. Die bloße Mitteilung des Gesamtbetrages genügt nicht, um den angeklagten Lebenssachverhalt hinreichend zu umgrenzen.

BGH - Beschluss vom 04.02.2014- 2 StR 533/13, NStZ-RR 2014, 151 = ZInsO 2014, 1015.

Rechtsanwalt Dr. Philipp Fölsing, Hamburg

„Der Porsche-Beschluss: Keine Akteneinsicht trotz mutmaßlicher Marktmanipulation“ – Anmerkung zu OLG Stuttgart v. 28.06.2013 – 1 Ws 121/13

Das Akteneinsichtsrecht gem. § 406e Abs. 1 StPO ist ein scharfes Schwert. Aus einer Straftat mutmaßlich Geschädigte können nach dieser Vorschrift über ihren Rechtsanwalt Einblick in die Akten der Staatsanwaltschaft und des Strafgerichts nehmen. Mit den Informationen der Strafverfolgungsbehörden werden sie in die Lage versetzt, Schadenersatzansprüche zu verfolgen. In Beweisschwierigkeiten kommen sie gar nicht erst. Genau aus diesem Grund läuft § 406e Abs. 1 StPO aber konträr zur generellen Darlegungs- und Beweislastverteilung im Zivilprozess. Hier muss jede Partei die ihr günstigen Tatsachen vortragen. Wer Schadenersatz verlangt, muss die Anspruchsvoraussetzungen belegen. Zugriff auf die Unterlagen des Gegners hat der Anspruchsteller in aller Regel nicht.

*Restriktive
Haltung
des OLG Stuttgart*

I. Der Porsche-Beschluss des OLG Stuttgart¹

In seiner Entscheidung vom 28.06.2013 betonte das OLG Stuttgart, dass Einblick in die Strafakten gem. § 406e Abs. 1 StPO nur verlangen kann, wer durch die mutmaßliche Straftat unmittelbar verletzt sei. Zudem müsse die Strafvorschrift gerade darauf abzielen, das verletzte Rechtsgut zu schützen. Eine bloß mittelbare Beeinträchtigung und ein daraus resultierender Schadenersatzanspruch gem. § 826 BGB wegen vorsätzlich-sittenwidriger Schädigung reiche für ein Recht auf Akteneinsicht keinesfalls aus. Im Einzelnen:

1. Sachverhalt

Die Staatsanwaltschaft Stuttgart erhob im Dezember 2012 gegen zwei ehemalige Vorstandsmitglieder der Porsche SE Anklage wegen gemeinschaftlicher Marktmanipulation in fünf Fällen gem. §§ 20a Abs. 1 S. 1 Nr. 1, 39 Abs. 2 Nr. 11, 38 Abs. 2 Nr. 1 WpHG, 25 Abs. 2, 53 StGB. Der Vorwurf: Die Angeschuldigten hätten zwischen dem 10.03. und dem 26.10.2008 in mindestens fünf Pressemitteilungen wahrheitswidrig die Absicht der von ihnen seinerzeit mit gesteuerten Porsche SE bestritten, ihre Beteiligung an der VW AG auf mindestens 75 Prozent aufzustoßen. Dadurch hätten sie, was genau ihre Absicht gewesen sei, den Kurs der VW-Aktie niedrig gehalten. Erst am 26.10.2008 gab die Porsche SE in einer weiteren Mitteilung an die Presse bekannt, ihre VW-Beteiligung bei einem nicht näher definierten, wirtschaftlich günstigen Marktumfeld auf drei Viertel erhöhen zu wollen. Zudem teilte Porsche mit, mittlerweile 42,6 Prozent der VW-Aktien sowie Kaufoptionen auf weitere 31,5 Prozent zu halten. Auf diese Ankündigung hin explodierte am nächsten Börsentag der VW-Kurs und stieg in der Folge auf zeitweise mehr als 1.000 €.

Antragsteller war ein Hedgefonds, der im September und Oktober 2008 900.000 Kaufoptionen auf VW-Aktien verkauft hatte. Im Zeitpunkt des Optionsverkaufs standen keine Aktien der VW AG in seinem Eigentum (Leerverkauf). Der Fonds spekulierte auf weiter fallende Kurse, um sich mit den Aktien bis zum Fälligkeitstermin möglichst günstig einzudecken. Infolge des ab dem 27.10.2008 explodierenden Aktienkurses entstand ihm angeblich ein Schaden in Höhe von 212,6 Millionen €. Seinen Antrag beim Vorsitzenden der zuständigen Strafkammer des LG Stuttgart auf Akteneinsicht begründete der Fonds mit einem vermeintlichen Schadenersatzanspruch gegen die Beschuldigten und gegen die Porsche SE aus § 826 BGB wegen vorsätzlich-sittenwidriger Schädigung. Sowohl die Beschuldigten und die Porsche SE als auch die Staatsanwaltschaft traten dem Antrag entgegen, den der Vorsitzende der Strafkammer in der Folge ablehnte.

Zwar lehnte das LG Stuttgart zwischenzeitlich durch Beschluss vom 24.04.2014 die Eröffnung des Hauptverfahrens gegen die beiden ehemaligen Porsche-Vorstände ab. Dass sie in den Pressemitteilungen wissentlich falsche Angaben gemacht hätten, sei nicht hinreichend wahrscheinlich.² Da der Beschluss erst ein knappes Jahr nach der Entscheidung des OLG Stuttgart ergangen ist, spielt er für die vorliegende Untersuchung jedoch keine Rolle. Im Übrigen hat die Staatsanwaltschaft dagegen Beschwerde eingelegt.

Zwar lehnte das LG Stuttgart zwischenzeitlich durch Beschluss vom 24.04.2014 die Eröffnung des Hauptverfahrens gegen die beiden ehemaligen Porsche-Vorstände ab. Dass sie in den Pressemitteilungen wissentlich falsche Angaben gemacht hätten, sei nicht hinreichend wahrscheinlich.³ Da der Beschluss erst ein knappes Jahr nach der Entscheidung des OLG Stuttgart ergangen ist, spielt er für die vorliegende Untersuchung jedoch keine Rolle. Im Übrigen hat die Staatsanwaltschaft dagegen Beschwerde eingelegt.

2. Entscheidung des OLG

Die Beschwerde gegen die Entscheidung des Vorsitzenden der Strafkammer wies das OLG Stuttgart zurück. Da das Hauptverfahren gegen die Beschuldigten noch nicht eröffnet sei, sei die Beschwerde gem. § 304 Abs. 1 StPO zulässig. Sie sei zudem gem. § 305 S. 2 StPO zulässig, da der Antragsteller nicht an dem Strafverfahren beteiligt sei und die Entscheidung der Strafkammer deshalb nicht durch eine Revision anfechten könne. Allerdings sei das Rechtsmittel nicht begründet. Zur Begründung verwies das OLG auf § 172 StPO. Zu einem

*Akteneinsicht nur
bei unmittelbarer
Rechtsverletzung*

¹ OLG Stuttgart, Beschl. v. 28.06.2013 – 1 Ws 121/13.

² LG Stuttgart, Pressemitteilung vom 25.04.2014.

³ LG Stuttgart, Pressemitteilung vom 25.04.2014.

Klageerzwingungsantrag sei nur berechtigt, wer durch die behauptete Straftat – ihre Begehung unterstellt – in seinen Rechten, Rechtsgütern oder rechtlich anerkannten Interessen unmittelbar beeinträchtigt worden sei. Dazu müsste die angeblich übertretene Rechtsnorm ausdrücklich den Schutz dieser beeinträchtigten Rechte, Rechtsgüter oder rechtlichen Interessen bezwecken.⁴ Das OLG erkannte an, dass das Akteneinsichtsrecht für den Geschädigten gem. § 406e Abs. 1 StPO in unmittelbarer Nähe zum sog. Adhäsionsverfahren gem. §§ 403 ff. StPO im Abschnitt über die „Sonstigen Befugnisse des Verletzten“ geregelt sei. Gleichwohl spreche für die Anlehnung an § 172 StPO die Gesetzesbegründung. Der Gesetzgeber hätte von der Definition des Verletzten in § 406e Abs. 1 StPO abgesehen, weil sich namentlich zu § 172 StPO in der Praxis die Auffassungen, wer Verletzter sei, weitgehend angenähert hätten.⁵

Zwar sei der Verletztenbegriff des § 403 StPO nicht vollumfänglich identisch mit dem des § 172 StPO. Einen Klageerzwingungsantrag beim örtlich zuständigen OLG könne nämlich als Verletzter nur stellen, wer den mutmaßlichen Täter zuvor gem. § 171 StPO angezeigt oder gegen ihn gem. § 77 Abs. 1 StGB einen Strafantrag gestellt hätte. Die Geltendmachung von Ersatzansprüchen im Strafverfahren (Adhäsionsverfahren) sei dagegen gem. § 403 StPO jedem Verletzten gestattet.⁶ Selbst wenn man für die Auslegung des § 406e Abs. 1 StPO § 403 StPO heranziehen wollte, ergebe sich jedoch kein abweichendes Ergebnis. Denn im Adhäsionsverfahren ginge die Feststellung der zivilrechtlichen Haftung mit der strafrechtlichen Schuldfeststellung Hand in Hand. Wenn die Rechtsgutverletzung nicht unmittelbar aus der Verletzung des Straftatbestands selbst resultiere, sei dieser für das Adhäsionsverfahren erforderliche Zusammenhang nicht gegeben.⁷

§ 20a WpHG sei nicht drittschützend. Deshalb komme für den Antragsteller keine Akteneinsicht in Betracht. Seine restriktive Haltung begründete das OLG Stuttgart mit dem Missbrauchspotential des § 406e Abs. 1 StPO. Gerade bei kapitalmarktbezogenen Straftaten wie der Marktmanipulation gem. § 20a WpHG oder der Verbreitung unwahrer Ad-hoc-Mitteilungen gem. § 15 WpHG würde sonst einer Vielzahl angeblich Betroffener ein Akteneinsichtsrecht zugebilligt, deren Verletzteneigenschaft nicht feststehe, sondern sich allenfalls aus den Strafakten selbst ergeben könnte. Ihnen würde durch die Strafverfolgungsbehörden Schützenhilfe geleistet bei der Suche nach möglichen Schadenersatzansprüchen, obwohl nicht einmal ihre Aktivlegitimation geklärt sei. Die Risikoverteilung im Zivilprozess würde so einseitig zulasten des mutmaßlichen Schädigers verschoben.⁸

§ 20a WpHG nicht
drittschützend

II. Kritische Würdigung

1. Schadenersatz bei strafbarer Marktmanipulation

Zurecht betonte das OLG Stuttgart, dass § 20a WpHG nicht drittschützend sei. Spätestens seit dem IKB-Urteil des BGH vom 13.12.2011⁹ steht fest, dass die kapitalmarktaufsichtsrechtlichen Vorschriften des WpHG keinen Individualschutz bieten. Regelungen wie das Verbot der Marktmanipulation gem. § 20a WpHG zielen vielmehr auf das Funktionieren der Kapitalmärkte insgesamt ab. Ein bloß reflexhafter Schutz der Kapitalanleger selbst reicht nicht aus, um Drittschutz zu garantieren. Denn der Anwendungsbereich des § 823 Abs. 2 BGB, der bei der Verletzung eines Schutzgesetzes Schadenersatz zuspricht, soll keinesfalls ausufern. Sonst würden die zusätzlichen subjektiven Anforderungen des § 826 BGB (Schadenersatz wegen vorsätzlich-sittenwidriger Schädigung) gegenstandslos. Gerade deshalb begründet strafbare Marktmanipulation allein auch noch keinen Schadenersatzanspruch wegen vorsätzlich-sittenwidriger Schädigung. Zu dem Verstoß gegen § 20a WpHG müssen weitere Umstände hinzutreten, die das Verhalten des Täters als sittenwidrig, d.h. als einen Verstoß gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden erscheinen lassen.¹⁰

Sittenwidrigkeit ist bei jeder direkt vorsätzlichen, unlauteren Beeinflussung des Sekundärmarktpublikums durch eine grob-unrichtige Ad-hoc-Mitteilung zu bejahen. Wem jedes Mittel recht ist, um in potentiellen Anlegern positive Vorstellungen über den Wert des von ihm

IKB-
Rechtsprechung
des BGH

Sittenwidrigkeit

⁴ OLG Stuttgart, Beschl. v. 28.06.2013 – 1 Ws 121/13, Rn. 13.

⁵ OLG Stuttgart, Beschl. v. 28.06.2013 – 1 Ws 121/13, Rn. 7.

⁶ OLG Stuttgart, Beschl. v. 28.06.2013 – 1 Ws 121/13, Rn. 15.

⁷ OLG Stuttgart, Beschl. v. 28.06.2013 – 1 Ws 121/13, Rn. 16.

⁸ OLG Stuttgart, Beschl. v. 28.06.2013 – 1 Ws 121/13, Rn. 16.

⁹ BGHZ 192, 90 (IKB).

¹⁰ Vgl. OLG Düsseldorf, Urt. v. 07.04.2011 – I-6 U 7/10, Rn. 166.

geleiteten Unternehmens hervorzurufen, erfüllt regelmäßig die subjektiven Anforderungen des § 826 BGB.¹¹ Ob der Täter gezielt eigene Vorteile verfolgt, ist für den BGH grundsätzlich nachrangig.¹² Bei Pressemitteilungen gilt aber ein weniger strenger Maßstab, da ihnen kein solches Vertrauen wie offiziellen Ad-hoc-Mitteilungen entgegen gebracht wird. Pressemitteilungen sind nämlich schnelllebiger als Ad-hoc-Mitteilungen. Sie setzen zumindest nicht dauerhaft einen Vertrauenstatbestand.¹³

Will der Täter durch seine Pressemitteilungen Marktgerüchte zerstreuen, deren Richtigkeit nicht feststeht und die sich auf das Unternehmen, den Börsenkurs und den Kapitalmarkt negativ auswirken, verstößt er zwar gegen § 20a WpHG. Jedoch lässt sich das Verhalten in einem solchen Fall u.U. mit objektiv nachvollziehbaren Argumenten erklären, sodass Sittenwidrigkeit ausscheiden könnte.¹⁴ Mit diesem Argument verneinten das LG Braunschweig¹⁵ und das LG Stuttgart¹⁶ Schadenersatzansprüche geschädigter VW-Anleger gegen die Porsche SE aus § 826 BGB. Zwar gäben befürchtete Marktverwerfungen keinesfalls ein Recht zur Lüge. Allerdings ließen sie den Vorwurf der Sittenwidrigkeit entfallen.

2. Unmittelbarkeit der Rechtsverletzung

Einheitlicher Verletztenbegriff

Dem OLG Stuttgart ist zuzugeben, dass aus Gründen der Rechtseinheit und Rechtssicherheit ein einheitlicher Verletztenbegriff zu befürworten ist. Wer welche Rechte im Strafverfahren hat, muss klar definiert sein. Zuzugestehen ist auch, dass nur der unmittelbar Verletzte am Strafverfahren teilnehmen darf.¹⁷ Denn nur dieser kann sich darauf berufen, durch die mutmaßliche Straftat des vermeintlichen Täters verletzt worden zu sein. Zweifelhaft erscheint allerdings, ob mit dem OLG Stuttgart von einer unmittelbaren Verletzung nur dann ausgegangen werden kann, wenn die möglicherweise verletzte Strafvorschrift ausschließlich dem Schutz des beeinträchtigten Rechtsgutes dient. Nach Ansicht des Verfassers ist eine Rechtsverletzung immer dann unmittelbar, wenn sich die Straftat direkt gegen den Verletzten richtet, unabhängig davon, ob die verletzte Vorschrift den Betroffenen schützen will oder ein öffentliches Gut wie den Kapitalmarkt.

Der Verletztenbegriff spielt insbesondere für § 77 Abs. 1 StGB sowie für §§ 172, 395 und 403 ff. StPO eine maßgebliche Rolle. § 77 Abs. 1 StGB ordnet an, dass bei Straftaten, die nur auf Antrag verfolgt werden, ausschließlich der Verletzte einen Strafantrag stellen kann. Bei den Antragsdelikten handelt es sich ausnahmslos um Strafvorschriften zum Schutz individueller Rechtsgüter, wie sich insbesondere aus §§ 194, 205, 230 und 303c StGB ergibt. Zu den Antragsdelikten gehören nach diesen Vorschriften vor Allem die Beleidigung, die Verletzung von Privat- und Geschäftsgeheimnissen, die Körperverletzung und die Sachbeschädigung. Genauso lässt § 395 Abs. 1 StPO die Nebenklage nur bei Straftaten gegen höchstpersönliche Rechtsgüter zu wie die sexuelle Selbstbestimmung (§§ 174 ff. StGB), das Leben (§§ 211, 212 StGB), die körperliche Unversehrtheit (§§ 221, 223 ff. StGB), die persönliche Freiheit (§§ 231 ff. StGB) und das geistige Eigentum (§ 142 PatentG, §§ 143, 144 MarkenG, §§ 106 ff. UrhG u. a.).

Nebenklageberechtigung differenziert nicht nach Schutzgut

§ 395 Abs. 2 Nr. 2 StPO erlaubt die Nebenklage allen Verletzten, die sich in einem Klageerzwingungsverfahren gem. § 172 StPO durchgesetzt haben. Anders als § 77 Abs. 1 StGB und § 395 Abs. 1 StPO differenzieren weder § 395 Abs. 2 Nr. 2 StPO noch § 172 StPO nach der Art des Schutzgutes. Zudem ist offensichtlich, dass § 395 Abs. 2 Nr. 2 StPO den Kreis der Nebenklageberechtigten gegenüber § 395 Abs. 1 StPO erweitern soll. Beides spricht für die Zulässigkeit des Klageerzwingungsverfahrens auch dann, wenn zwar eine Individualperson durch eine unmittelbar gegen sie gerichtete, strafbare Handlung in ihren Rechtsgütern beeinträchtigt ist, die verletzte Strafvorschrift jedoch nicht ausdrücklich auf ihren Schutz abzielt.

Für diese Auslegung spricht auch § 395 Abs. 2 Nr. 1 StPO. Nach dieser Vorschrift sind die Eltern und Kinder der Opfer von Tötungsdelikten nebenklageberechtigt. § 395 Abs. 2 Nr. 1 StPO zeigt, dass am Strafverfahren Betroffene in Ausnahmefällen sogar dann teilnehmen dürfen, wenn sie nicht einmal unmittelbar in ihren eigenen Rechtsgütern beeinträchtigt

¹¹ Vgl. Müller-Michaels, BB 2011, 2446 (2447).

¹² Vgl. BGHZ 160, 134 (Infomatec I); BGH, NJW 2004, 2668 (Infomatec II); BGHZ 160, 149 (Infomatec III); BGH NJW 2005, 2450 (EM.TV).

¹³ Vgl. OLG Düsseldorf, Urt. v. 07.04.2011 – I-6 U 7/10, Rn. 174.

¹⁴ Vgl. OLG Düsseldorf, Urt. v. 07.04.2011 – I-6 U 7/10, Rn. 176.

¹⁵ LG Braunschweig, Urt. v. 19.09.2012 – 5 O 1110/11, 5 O 2894/11.

¹⁶ LG Stuttgart, ZIP 2014, 726, 729.

¹⁷ Vgl. KK/Schmid, 6. Aufl. 2008, § 172, Rn. 19; Meyer-Goßner, StPO, 56. Aufl. 2013, vor § 406d, Rn. 2.

sind. Aus diesem Grund ist die einschränkende Auslegung des OLG Stuttgart aus Sicht des Verfassers keinesfalls zwingend.

Dieselben Maßstäbe wie für § 172 StPO gelten aus Gründen der Rechtseinheit und Rechtssicherheit auch für das Adhäsionsverfahren gem. § 403 StPO und die Akteneinsicht des Verletzten gem. § 406e StPO.

3. Unmittelbare Rechtsverletzung bei strafbaren Zuwiderhandlungen gegen das WpHG

Es hat sich gezeigt, dass der fehlende Drittschutz der kapitalmarktaufsichtsrechtlichen Vorschriften des WpHG besonderen Rechten des Betroffenen im Strafverfahren nicht zwingend entgegensteht. Wenn sich die Zuwiderhandlung direkt gegen einen individuellen Kapitalanleger oder Anlageinteressent richtet, bleiben Klageerzwingung, Adhäsionsantrag und Akteneinsicht aus Sicht des Verfassers grundsätzlich möglich. Somit stellt sich die Frage, wann ein Verstoß gegen das WpHG direkt gegen den Kapitalanleger/Anlageinteressenten erfolgt.

*Akteneinsicht
grundsätzlich auch
ohne Drittschutz
möglich*

a) Fehlerhafte Ad-hoc-Meldungen

Bei einer fehlerhaften Ad-hoc-Mitteilung i.S.d. § 15 WpHG ist das aus Sicht des Verfassers niemals der Fall. Denn Ad-hoc-Mitteilungen wenden sich an den Kapitalmarkt und somit an die Gesamtheit der Anleger. Dass § 15 WpHG allein nicht drittschützend ist, bestätigt Abs. 6 der Vorschrift. Danach entstehen wegen fehlerhaften Ad-hoc-Mitteilungen Schadenersatzansprüche nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen des § 37c WpHG. Diese Vorschrift knüpft an die bloße Veröffentlichung der unwahren Ad-hoc-Mitteilung an und setzt kein persönliches Vertrauen voraus. Selbst wenn die Ad-hoc-Mitteilung gegenüber einem Anleger individuell bestätigt würde: Eine solche Bestätigung wäre zwar direkt an den Anleger gerichtet, würde jedoch keine Ad-hoc-Meldung i.S.d. § 15 WpHG darstellen.

*Nicht bei
fehlerhaften Ad-
hoc-Meldungen*

b) Scalping

Bei der Marktmanipulation gem. § 20a Abs. 1 WpHG gibt es zahlreiche denkbare Begehungsformen. Beim Scalping etwa erwirbt der Täter Aktien eines Unternehmens, deren Anteile an der Börse ein niedriges Handelsvolumen haben, deren Kurs sich also nach Möglichkeit bereits durch eine geringe Anzahl von Transaktionen beeinflussen lässt. Sodann preist er das Unternehmen an und empfiehlt die Aktien zum Kauf. Ist der Kurs infolge der Aktienkäufe auf diese Weise beeinflusster Anleger angestiegen, veräußert er seine Aktien mit Gewinn. Scalping verstößt nach der Rechtsprechung des BGH gegen das Verbot der Marktmanipulation.¹⁸

*Bei Scalping im
Einzelfall*

Empfiehlt der Täter die Aktien in Artikeln in allgemeinen Tageszeitungen oder Wirtschaftsmagazinen, in Pressemeldungen oder in Fernsehsendungen, richtet er sich nicht individuell an einzelne Anleger. Diese können dann nicht seine Anklage erzwingen oder als Neben- oder Adhäsionskläger am Strafverfahren teilnehmen. Verbreitet der Täter seine Kaufempfehlungen dagegen in einem Börsenbrief, der nicht im freien Verkauf, sondern nur im Abonnement erhältlich ist, steht er zu seinen Lesern in direkter, vertraglicher Beziehung und nimmt ihr besonderes Vertrauen in Anspruch. Dann sind seine Leser aus seiner Zuwiderhandlung gegen § 20a Abs. 1 WpHG unmittelbar verletzt.¹⁹

c) Abgestimmtes Marktverhalten

Soll der Aktienkurs eines Unternehmens durch abgesprochene Verkaufs- bzw. Kaufaufträge, also durch ein zwischen Kapitalmarktteilnehmern abgestimmtes Handelsverhalten, stabilisiert werden, liegt ebenfalls eine Zuwiderhandlung gegen § 20a Abs. 1 WpHG vor.²⁰ Dieser Verstoß richtet sich jedoch ganz offensichtlich nicht gegen einzelne Kapitalanleger.

*Nicht bei
abgestimmtem
Marktverhalten*

d) Irreführende Aussagen gegenüber Marktteilnehmern

Auch eine beabsichtigte Stabilisierung durch falsche oder irreführende Angaben in Pressemitteilungen richtet sich nicht gegen Individualpersonen. Bei der Porsche SE wandten sich

*Jedoch bei
irreführenden Aus-
sagen gegenüber
Marktteilnehmern*

¹⁸ Vgl. BGHSt 48, 373.

¹⁹ Vgl. LG Berlin, WM 2008, 1470.

²⁰ Vgl. BGH, ZIP 2014, 513.

anders als der Antragsteller einzelne Hedgefonds an das Unternehmen, um sich die Angaben in den Pressemeldungen noch einmal persönlich bestätigen zu lassen.²¹ An sie richteten sich die irreführenden Äußerungen persönlich. Denn auch unwahre oder irreführende Angaben gegenüber einzelnen Anlegern erfüllen den Tatbestand des § 20a Abs. 1 WpHG. Anleger, die in persönlichem Kontakt mit der Porsche SE über deren Beteiligungspläne hinsichtlich der VW AG standen und im Vertrauen darauf einen Schaden erlitten, sind unmittelbar verletzt i. S. d. §§ 172, 403 ff. StPO.

Für ihre Rechte im Strafverfahren ist keinesfalls Bedingung, dass die direkten Angaben den Tatbestand der vorsätzlich-sittenwidrigen Schädigung zweifelsfrei erfüllen. Denn insbesondere für die §§ 403 ff. StPO kommt es ausschließlich auf die unmittelbare Beeinträchtigung eigener Rechte an. Die Begründetheit des Schadenersatzanspruchs ist nicht Voraussetzung. Das ergibt sich schon daraus, dass die Akteneinsicht gem. § 406e StPO dem Verletzten dabei helfen soll festzustellen, ob gegen den Schädiger überhaupt Ansprüche bestehen.²²

Im vom OLG Stuttgart entschiedenen Fall gab es dagegen keinen persönlichen Kontakt zwischen dem Antragsteller und der Porsche SE. Zurecht lehnte deshalb das OLG die beantragte Akteneinsicht gem. § 406e Abs. 1 StPO ab.

4. Gefahr der Beeinträchtigung des Strafverfahrens

a) Ausufernder Kreis von Nebenklägern

*Keine
Beeinträchtigung
des Strafverfahrens*

Durch die Verletztenrechte dürfen weder die Ermittlungen der Staatsanwaltschaft noch das Strafgerichtsverfahren behindert oder verzögert werden. Dadurch würde nämlich der Anspruch des Angeschuldigten aus Art. 6 EMRK auf ein faires und zügiges Verfahren verletzt. § 395 Abs. 2 Nr. 2 StPO gestattet dem Verletzten, der durch einen Klageerzwingungsantrag gem. § 172 StPO die Anklageerhebung herbeiführt, an dem Strafverfahren als Nebenkläger teilzunehmen. Gerade beim Scalping durch einen Börsenbrief ist der Kreis der potentiellen Nebenkläger groß. Allerdings ufert beim Kapitalanlagebetrug gem. § 264a StGB der Kreis der unmittelbar Geschädigten möglicherweise noch mehr aus. Die Lage der Scalping-Geschädigten ist zudem mit der Situation der Kapitalanlagebetrugsgeschädigten unbedingt vergleichbar. Denn auch die Scalping-Geschädigten werden getäuscht. Bedingt durch die Täuschung treffen sie eine Vermögensverfügung und erleiden einen Schaden. Scalping fällt nur deshalb nicht unter den Tatbestand des Betrugs oder des Kapitalanlagebetrugs, weil der Vermögensschaden des Betroffenen nicht mit dem rechtswidrig erlangten Vorteil des Täters korrespondiert (keine Stoffgleichheit).²³

Zudem ist keinesfalls sicher, ob alle Geschädigten das Klageerzwingungsverfahren betreiben und in der Folge am Strafprozess als Nebenkläger teilnehmen. Denn dadurch entstehen ihnen erhebliche Anwaltskosten. Für die Geschädigten wird es u. U. sinnvoller sein, sich gegenseitig abzustimmen und – ähnlich wie im Kapitalanlegermusterverfahren – einen oder mehrere Vertreter zu wählen, die ihre Rechte im Strafverfahren wahrnehmen. Darauf könnte auch der Vorsitzende der zuständigen Strafkammer hinwirken, dem die Verfahrensleitung obliegt.

b) Zu große Anzahl von Adhäsionsklägern

*Adhäsionsantrag
in komplexen
Fällen nicht
immer sinnvoll*

Von einer Entscheidung über einen Adhäsionsantrag im Strafverfahren kann das Strafgericht gem. § 406 Abs. 1 S. 4 StPO absehen, wenn sich der Antrag selbst unter Berücksichtigung der berechtigten Belange des Antragstellers zur Erledigung im Strafverfahren nicht eignet. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn der Schadenersatzanspruch eine Vielzahl komplexer, tatsächlicher oder rechtlicher Fragestellungen aufwirft, die über die Strafbarkeitsfrage weit hinausgehen.²⁴ Das ist bei einem Schadenersatzanspruch aus § 826 BGB u.U. der Fall. Denn wie bereits oben ausgeführt, reicht eine bloße Marktmanipulation gem. § 20a WpHG nicht aus, um den Vorwurf der Sittenwidrigkeit zu begründen.²⁵ Zwar genügt für den Vorwurf der Sittenwidrigkeit bereits der Umstand, dass die Kapitalmarktinformation grob unrichtig war und der Täter mit direktem Vorsatz handelte. Beide Tatbestandsmerkmale

²¹ So z.B. in dem Fall des LG Stuttgart, ZIP 2014, 726.

²² Vgl. BT-Drucks. 10/5305, 8.

²³ Vgl. LG Berlin, WM 2008, 1470.

²⁴ Vgl. BGH, StV 2004, 61; OLG Hamburg, NStZ-RR 2006, 347; LG Hamburg, Beschl. v. 06.06.2005 – 620 KlS 5/04.

²⁵ Vgl. OLG Düsseldorf, Urt. v. 07.04.2011 – I-6 U 7/10, Rn. 166.

werden sich im Strafverfahren ohne Weiteres feststellen lassen. Jedoch kann sich der Täter entlasten.

Der Vorwurf der Sittenwidrigkeit scheidet, wie rechtskräftig bei der IKB²⁶ und erstinstanzlich bei Porsche²⁷ entschieden, u.U. aus, wenn der Täter nicht aus bloßem Eigennutz handelte, sondern aus seiner Sicht schädliche Marktgerüchte zerstreuen und dadurch Nachteile vom eigenen Unternehmen, seinen Geschäftspartnern, Anlegern und dem Kapitalmarkt abwenden wollte. Hierfür wird u.U. eine umfangreiche, weitere Beweisaufnahme erforderlich, möglicherweise sogar zusätzlicher Sachverständigenbeweis. Denn ob die Berechtigung der Motivlage des Täters bereits im Strafverfahren bei der Strafzumessung abschließend geklärt werden muss, ist zweifelhaft. Hier wirkt sich nämlich schon strafmildernd aus, dass der Täter nicht eigennützig, sondern aus seiner Sicht im Drittinteresse handelte.²⁸ Ausreichend sind dafür die nicht widerlegten Angaben des Täters. Das Adhäsionsverfahren beeinträchtigt den Strafprozess auch dann, wenn eine Vielzahl von Geschädigten an dem Strafverfahren teilnehmen wollen.²⁹

Über § 406 Abs. 1 S. 4 StPO ist es somit möglich, die Funktionsfähigkeit des Strafprozesses durch Ablehnung der Adhäsionsanträge zu erhalten, ohne von vornherein den Zugang durch eine zu restriktive Auslegung des Verletztenbegriffs abzuschneiden.

*Funktionsfähigkeit
des Strafprozesses
im Einzelfall
sichergestellt*

c) Bereitstellung der Ermittlungs- und Gerichtsakten zur Akteneinsicht

Neben der Teilnahme am Strafverfahren als Adhäsionskläger kann den Verletzten gem. § 406e Abs. 2 S. 3 StPO auch die Einsicht in die Ermittlungs- und Strafakten versagt werden, wenn dadurch das Verfahren erheblich verzögert würde. Das wird bei einer Vielzahl von Einsichtsberechtigten regelmäßig der Fall sein.

5. Rechtsmissbrauch und Interessenabwägung

Das LG Berlin³⁰ und das OLG Stuttgart³¹ betonen die Gefahr, dass das Akteneinsichtsrecht gem. § 406e Abs. 1 StPO zur Ausforschung missbraucht werden könnte. Gerade Anleger könnten unter Berufung auf § 826 BGB zweckgerichtet einen Umweg über das Strafrecht zur Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche suchen.³² Kapitalanleger, die durch ihre Anlagen Verluste erlitten haben, könnten so ins Blaue hinein nach Schadenersatzansprüchen suchen, obwohl ihre Verletzeneigenschaft im Gegensatz zur Person des Täters noch nicht feststeht.³³ Dadurch würden die Kräfteverhältnisse im Zivilprozess unzulässigerweise verschoben.³⁴ Befinde sich der Geschädigte tatsächlich in Beweisnot und sei dies im Einzelfall unbillig, müsse das zuständige Zivilgericht diesem Problem mit geringeren Anforderungen an den Klägervortrag und einer sekundären Darlegungslast des Beklagten angemessen begegnen.³⁵

*Kein Rechtsmiss-
brauch bei
Anfangs- bzw.
hinreichendem
Tatverdacht*

Jedoch spricht gegen Rechtsmissbrauch aus Sicht des Verfassers zuvorderst, dass der Gesetzgeber durch das Akteneinsichtsrecht gerade die Möglichkeiten der durch strafbares Verhalten geschädigter Personen zur Durchsetzung von Ersatzansprüchen verbessern wollte.³⁶ Genau wie die Aktivlegitimation des Geschädigten steht bis zu einem rechtskräftigen Strafurteil auch die Tätoreigenschaft noch nicht fest. Allerdings besteht im Ermittlungsverfahren der Staatsanwaltschaft gem. § 152 Abs. 2 StPO ein Anfangsverdacht. Ist bereits Anklage erhoben, geht die Staatsanwaltschaft sogar gem. § 170 Abs. 1 StPO von einem hinreichenden Tatverdacht aus, der im Falle der Eröffnung des Hauptverfahrens durch die Strafkammer bestätigt wird. Nach obigem Verständnis des Verletztenbegriffs (siehe unter 2. und 3.) richtete sich die mutmaßlich strafbare Handlung des Täters zudem direkt gegen den Geschädigten, auch wenn die verletzte Strafvorschrift möglicherweise nicht unmittelbar auf seinen Schutz abzielt. In dieser Situation erscheint es nicht unangemessen, das Interesse des Verletzten an Schadenersatz dem Interesse des mutmaßlichen Täters, keinen möglicherweise

²⁶ Vgl. BGHZ 190, 92 (IKB); OLG Düsseldorf, Urt. v. 07.04.2011 – I-6 U 7/10, Rn. 174.

²⁷ Vgl. LG Stuttgart, ZIP 2014, 726.

²⁸ Vgl. LG Düsseldorf, Urt. v. 14.07.2010 – 14 KLS 6/09, Rn. 377.

²⁹ Vgl. LG Berlin, Beschl. v. 15.02.2010 – (519) 3 Wi Js 1665/07 Kls (03/09), Rn. 17.

³⁰ LG Berlin, Beschl. v. 15.02.2010 – (519) 3 Wi Js 1665/07 Kls (03/09), Rn. 17/8.

³¹ OLG Stuttgart, Beschl. v. 28.06.2013 – 1 Ws 121/13, Rn. 16.

³² Vgl. LG Berlin, Beschl. v. 15.02.2010 – (519) 3 Wi Js 1665/07 Kls (03/09), Rn. 18.

³³ Vgl. OLG Stuttgart, Beschl. v. 28.06.2013 – 1 Ws 121/13, Rn. 16.

³⁴ Vgl. Riedel/Wallau, NStZ 2003, 393.

³⁵ Vgl. LG Berlin, Beschl. v. 15.02.2010 – (519) 3 Wi Js 1665/07 Kls (03/09), Rn. 17.

³⁶ Vgl. BT-Drucks. 10/5305, 8.

Strafmonopol liegt beim Staat

unberechtigten Schadenersatzklagen ausgesetzt zu werden, vorgehen zu lassen.³⁷ Selbst wenn die Eröffnung des Hauptverfahrens durch die Strafkammer abgelehnt wird, bleibt aus Sicht des Verfassers die Akteneinsicht grundsätzlich möglich. Das Interesse des Geschädigten tritt erst dann zurück, wenn die Staatsanwaltschaft gegen die Nichteröffnung keine Beschwerde einlegt oder die Beschwerde durch das OLG rechtskräftig zurückgewiesen wird.

Das gilt insbesondere zur Vorbereitung eines Adhäsionsantrages gem. § 403 StPO. Es wäre widersprüchlich, dem Verletzten einerseits die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen direkt im Strafverfahren zu ermöglichen, ihn andererseits aber ohne den Informationsstand der übrigen Verfahrensbeteiligten sozusagen „im Blindflug“ am Strafverfahren teilnehmen zu lassen. Zwischen den Rechten des Verletzten im Adhäsionsverfahren und im normalen, zivilrechtlichen Schadenersatzverfahren zu differenzieren, wäre nicht gerechtfertigt.³⁸

Im Übrigen käme rechtsmissbräuchliche Akteneinsicht überhaupt nur dann in Betracht, wenn der vermeintlich Verletzte selbst Strafanzeige gestellt hat. Allenfalls dann würde er die Staatsanwaltschaft instrumentalisieren. Jedoch ist nicht schon zwingend von Rechtsmissbrauch auszugehen, weil es dem Geschädigten vorrangig auf die Verbesserung seiner Rechte im Schadenersatzprozess ankommt. Denn das Strafmonopol liegt ohnehin beim Staat. Über die Eröffnung eines strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens entscheidet zudem allein die Staatsanwaltschaft. Ihre Beurteilung, ob der dazu erforderliche Anfangsverdacht gegeben ist oder nicht, kann der Geschädigte nicht beeinflussen.

6. Korrespondenz mit Rechtsanwälten, Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern

Korrespondenz mit Rechtsberatern erst ab formeller Verfahrenseröffnung beschlagnahmefrei

Grundsätzlich ist die Korrespondenz eines Unternehmens mit seinen Rechtsberatern gem. § 160a Abs. 1, Abs. 2 StPO beschlagnahmefrei.³⁹ Das gilt insbesondere für die Beratung zu Pflichtverstößen einzelner Mitarbeiter und die Ergebnisse diesbezüglicher, interner Ermittlungen. Bei unternehmensbezogenen Straftaten seiner Mitarbeiter mit Außenwirkung riskiert das Unternehmen nämlich selbst gem. § 30 Abs. 1 OWiG Geldbußen in erheblicher Höhe. Diese übersteigen gem. §§ 30 Abs. 1, 17 Abs. 4 OWiG regelmäßig die wirtschaftlichen Vorteile aus der Straftat. Aus diesem Grund handelt es sich bei internen Untersuchungen aus Sicht des Verfassers um ein Verteidigermandat i.S.d. § 97 Abs. 1 StPO. Gleichwohl sind Mandatsunterlagen, die sich beim Unternehmen im Original oder als Kopie befinden, erst dann beschlagnahmefrei, wenn auch gegen das Unternehmen ein formelles Bußgeldverfahren eröffnet ist.⁴⁰

Trotzdem kein Zugang privater Schadenersatz- kläger

Aus Sicht des Verfassers sollte der Verletzte zu beim Unternehmen beschlagnahmten Mandatsunterlagen keinen Zugang erhalten. Das Berufsgeheimnis von Rechtsanwälten, Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern ist für den Rechtsstaat unabdingbar. Gem. § 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO gilt es auch und gerade im Zivilprozess. Für die Akteneinsicht des Verletzten reicht keinesfalls aus, dass die beim Unternehmen beschlagnahmten Mandatsunterlagen ordnungsgemäß zur Ermittlungsakte gelangt sind.⁴¹ Ihr stehen gem. § 406e Abs. 2 Nr. 1 StPO überwiegend schutzwürdige Interessen des Unternehmens, seines Rechtsberaters und der Allgemeinheit entgegen. Das gilt aus Sicht des Verfassers auch dann, wenn Mandatsunterlagen beim Berufsträger beschlagnahmt werden, weil dieser der Mittäterschaft oder Beihilfe verdächtigt wird. Auch dann rechtfertigt nämlich nur das öffentliche Aufklärungsinteresse des Staates die Durchbrechung des Berufsgeheimnisses, nicht aber private Schadenersatzinteressen.

III. Ausblick

Geschäfts- und Betriebs- geheimnisse

Machen Unternehmensverantwortliche persönlich gem. § 20a WpHG gegenüber Anlegern marktmanipulative Äußerungen, sind diese unmittelbar betroffen. Sie können gem. § 406e Abs. 1 StPO zur Vorbereitung von Schadenersatzansprüchen Einblick in die Strafakten verlangen. Möglicherweise kann sich das Unternehmen jedoch auf eigene Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse berufen, wenn ihm wie der Porsche SE durch deren Offenlegung gem.

³⁷ Vgl. BVerfG, ZIP 2009, 1270.

³⁸ Vgl. OLG Hamburg, wistra 2012, 397.

³⁹ Vgl. LG Mannheim, NStZ 2012, 713.

⁴⁰ Vgl. LG Bonn, Beschl. v. 21.06.2012 – 27 Qs 2/12, Rn. 46.

⁴¹ Vgl. so aber LG Mühlhausen, wistra 2006, 76.

§ 131 Abs. 3 Nr. 1 AktG nicht unerhebliche Nachteile drohen. Dazu reicht es aus, wenn das Unternehmen die drohenden Nachteile plausibel macht.⁴² Nachteile für das Unternehmen kommen aus Sicht des Verfassers immer dann in Betracht, wenn es sich bei dem angeblich Verletzten um einen institutionellen Anleger oder um einen Wettbewerber handelt.

⁴² Vgl. BGH, DB 2014, 704.

Internationales

Länderbericht Schweiz

Rechtsanwalt Friedrich Frank, Staatsanwältin Helena Kottmann, lic.iur., LL.M., beide Zürich

Länderbericht Schweiz: Aktuelles Wirtschaftsstrafrecht

I. Einleitung

Wie es seit der Einführung der eidgenössischen Strafprozessordnung im Jahre 2011 beinahe die Regel geworden ist, erging auch in dieser Berichtsperiode eine Vielzahl der relevanten bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu strafprozessualen Themen. Gleichwohl gab es in den letzten sechs Monaten höchstrichterliche Entscheide, die materiell-rechtlich bedeutsam sind und dem wirtschaftsstrafrechtlich Interessierten nicht unbekannt bleiben sollten. Diese betreffen insbesondere kernstrafrechtliche Themen wie die Auslegung des „Anvertrautseins“ bei der Veruntreuung (6B_1161/2013) oder Fragen zum Begriff des Vermögensschadens bei ungetreuer Geschäftsbesorgung und Betrug (6B_642/2013). Beachtung findet aber auch das Nebenstrafrecht, wo das Bundesgericht eine Verurteilung wegen mehrfachen Verstoßes gegen das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb bestätigte, unter anderem wiederum in Auseinandersetzung mit der Begrifflichkeit des „Anvertrautseins“ (6B_298/2013).

In wirtschaftsstrafrechtlicher Hinsicht wird die Schweiz in den letzten Monaten insbesondere durch den Steuerstreit mit den USA in Aufregung gehalten. Am 20. Mai 2014 verpflichtete sich die Credit Suisse zur Bezahlung einer Buße in Höhe von USD 2.8 Mrd. an das US-amerikanische Justizministerium, das Steueramt sowie drei Aufsichtsbehörden. Dabei handelt es sich um die höchste Buße, die einem Unternehmen in den USA jemals wegen Steuerdelikten auferlegt wurde.¹

II. Neue wirtschaftsstrafrechtliche Gesetzgebungsvorhaben

1. Botschaft über die Änderung des Strafgesetzbuches² (Korruptionsstrafrecht)

Am 30. April 2014 verabschiedete der schweizerische Bundesrat seine Botschaft ans Parlament zur Verbesserung der Rechtsgrundlagen im Hinblick auf eine Verstärkung der Korrup-

¹ Vgl. etwa <http://www.nzz.ch/wirtschaft/wirtschafts-und-finanzportal/amerikas-abrechnung-mit-der-credit-suisse-1.18305966> (zuletzt besucht am 16. Juni 2014); dazu auch den Bericht der schweizerischen Bankenaufsicht FINMA: http://www.finma.ch/d/aktuell/Documents/br_untersuchung-cs_20140520_d.pdf (zuletzt besucht am 16. Juni 2014). Zum Steuerstreit mit den USA und der Rolle der Schweiz vgl. auch Landmann/Zeyer, Die verschwiegene Geiselnahme, 2013, passim.

² Vgl. Botschaftstext <http://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2014/3591.pdf> und Gesetzesentwurf <http://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2014/3615.pdf> (zuletzt besucht am 16. Juni 2014).

tionsbekämpfung.³ Als Erstrat wird sich der Ständerat (Vertretung der Kantone im Parlament) und als Zweitrat der Nationalrat (Vertretung der Wohnbevölkerung im Parlament) mit der Vorlage befassen.

Inhaltlich geht es einerseits um die strafrechtliche Verfolgung bei Bestechung von Privatpersonen, die neu von Amtes wegen und unabhängig einer Wettbewerbssituation erfolgen soll (Art. 322^{octies} und 322^{novies} StGB). Bisher sind Bestechungshandlungen nur auf Antrag und zusätzlich nur unter der Voraussetzung strafbar, dass sie zu Wettbewerbsverzerrungen im Sinne des Bundesgesetzes über den unlauteren Wettbewerb (UWG) führt. Mit dieser Änderung sollen vor allem Bestechungshandlungen gegenüber Funktionären von in der Schweiz ansässigen internationalen Sportverbänden sanktioniert werden können. Im Sinne der vorstehenden Ausführungen soll sodann das schweizerische Unternehmensstrafrecht (Art. 102 Abs. 2 StGB) an die vorgenannten Änderungen angepasst werden: Künftig würde ein Unternehmen somit unabhängig der strafrechtlichen Verfolgung allenfalls identifizierter natürlicher Personen haftbar, wenn es nicht alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehrungen getroffen hat, um Privatbestechung i.S.d. vorstehend erläuterten Verschärfung der Strafbarkeit zu verhindern.

Andererseits soll das Strafrecht im Zusammenhang mit der Gewährung an bzw. Annahme unrechtmäßiger Vorteile durch (schweizerische) Amtsträger verschärft werden (Art. 322^{quinquies} und 322^{sexies} StGB). Bisher waren Gewährung an bzw. Annahme unrechtmäßiger Vorteile nur strafbar, wenn diese dem Amtsträger selbst angeboten, versprochen oder gewährt wurden bzw. der ungerechtfertigte Vorteil von diesem selbst gefordert wurde oder dieser sich einen solchen hat versprechen lassen bzw. einen solchen angenommen hat. Neu sollen auch solche Konstellationen strafbar sein, in denen der ungerechtfertigte Vorteil anstelle des Amtsträgers einem Dritten zugutekommen soll.

2. Umsetzung der Empfehlungen der Groupe d'action financière (Steuerstrafrecht/Geldwäscherei)

Über die Umsetzung der Empfehlungen der Groupe d'action financière (GAFI) wurde bereits im letzten Länderbericht berichtet.⁴ Am 13. Dezember 2013 verabschiedete der Bundesrat bekanntermassen eine dahingehende Gesetzesvorlage. Dabei schlägt er einerseits mit Art. 14 Abs. 4 E-VStrR die Ausdehnung des bestehenden qualifizierten Abgabebetrugs (Zollschmuggel) auf alle vom Bund erhobenen Steuern (MWST, Zollabgaben, besondere Verbrauchssteuern, Stempelabgaben, Verrechnungssteuer etc.) vor. Andererseits soll die im Strafgesetzbuch verankerte Geldwäschereinorm (Art. 305^{bis} StGB) so geändert werden, dass nicht nur Verbrechen, sondern künftig auch die Vergehen des Steuerbetruges nach Art. 186 DBG oder Art. 59 Abs. 1 Vortaten zur Geldwäscherei sein können, wenn die hinterzogene Steuer mehr als CHF 200'000.-- pro Steuerperiode beträgt. Entgegen gewichtiger Argumente⁵ wurden beide Vorschläge nun am 12. März 2014 vom Ständerat angenommen.⁶ Der erste Vorschlag ohne jede Änderung, der zweite mit der Änderung, dass die hinterzogene Steuer mehr als CHF 300'000.-- betragen muss. Nun muss sich der Nationalrat mit der Gesetzesvorlage befassen.

Die hiermit in Zusammenhang stehende Frage, ob die Schweiz in Zukunft Rechtshilfe bei Fiskaldelikten in Form der Steuerhinterziehung leistet (was bisher aufgrund Art. 3 Abs. 2 IRSG nicht möglich ist, da es an einer beidseitigen Strafbarkeit fehlt) lässt sich noch nicht abschließend beantworten.⁷ Zwar eröffnete der Bundesrat am 15. Juni 2012 ein dementsprechendes Vernehmlassungsverfahren, sistierte dieses aber am 20. Februar 2013. Dies um die

³ Vgl. Medienmitteilung des Bundesamtes für Justiz vom 30. April 2014: https://www.bj.admin.ch/content/bj/de/home/dokumentation/medieninformationen/2014/ref_2014-04-30.html (zuletzt besucht am 16. Juni 2014).

⁴ <http://www.wi-j.de/index.php/de/wij/aktuelle-ausgabe/item/241-laenderbericht-schweiz-aktuelles-wirtschaftsstrafrecht> (zuletzt besucht am 16. Juni 2014).

⁵ Vgl. etwa *Naef/Clerici*, Steuerstraftaten als Vortaten der Geldwäscherei: Der Weg in la Terreur, in: Jusletter 7. April 2014 m.w.Hinw.

⁶ <http://www.nzz.ch/aktuell/schweiz/staenderat-stimmt-neuen-regeln-gegen-geldwaescherei-zu-1.18261343> (zuletzt besucht am 16. Juni 2014).

⁷ Weiterführende Hinweise in *Hürlimann-Fersch*, Die Voraussetzungen für die Amts- und Rechtshilfe in Steuerstrafsachen, 2010, passim.

erarbeitete Vorlage mit der Revision des Steuerstrafrechts und der Umsetzung der revidierten GAFI-Empfehlungen zu koordinieren.⁸

III. Neues aus der wirtschaftsstrafrechtlichen Rechtsprechung

1. **Entscheidung des Bundesgerichts 6B_1161/2013 vom 14. April 2014⁹ (Verurteilung eines ehemaligen Chefbuchhalters wegen mehrfacher Veruntreuung und Geldwäscherei gegenüber seiner Arbeitgeberin wegen pflichtwidriger Verwendung von ihm eingelöster Checks zu seinen eigenen Gunsten)**

a) **Sachverhalt**

A, ehemaliger Chefbuchhalter und Leiter Rechnungswesen, war von 1968 bis zu seiner Pensionierung im Jahr 2001 im Unternehmen Z. AG tätig. Nach seiner Pensionierung war er noch bis im Jahr 2004 mit einem Teilzeitpensum im Rechnungswesen des gleichen Unternehmens tätig und genoss aufgrund seiner langjährigen Tätigkeit im Unternehmen seitens der Z. AG hohes Ansehen und Vertrauen. Bis zum 19. April 2004 zeichnete er mit Kollektivprokura zu zweien. Im Zeitraum von August 1996 bis Juli 2004 unterzeichnete A vorgängig von einer zweiten zeichnungsberechtigten Person blanko unterzeichnete Checks, ließ diese bei einer Bank einreichen und bar ausbezahlen. Das so erhaltene Geld verwendete A zu seinen eigenen Gunsten statt im Interesse der Z. AG.

b) **Urteil**

Nach teilweiser Kassation des vorinstanzlichen Urteils bestätigte das Bundesgericht im zweiten Umgang das revidierte Urteil der Vorinstanz, das A wegen der von ihm getätigten Checkbezüge der mehrfachen Veruntreuung (statt des gewerbsmäßigen Betrugs) und der gewerbsmäßigen Geldwäscherei schuldig sprach.

c) **Bemerkung**

Mit dieser Entscheidung bestätigte das Bundesgericht seine in den Jahren 2010 (Urteil des BGer vom 27. Juni 2010) und 2011 (Urteil des BGer vom 10. November 2011) begründete Rechtsprechung, wonach der Tatbestand der Veruntreuung auch erfüllt sein kann, wenn ein Vermögenswert mehreren Personen im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB anvertraut worden ist, aber nicht alle um die (geplante) zweckwidrige Verwendung des veruntreuten Geldes wussten.¹⁰ Das Tatbestandsmerkmal des „Anvertrauens“ ist somit nicht auf Konstellationen beschränkt, bei denen der Treugeber Vermögenswerte einer einzigen Person anvertraut, sondern erfasst gerade auch Fälle, in denen mehrere Personen nur gemeinsam, bspw. durch eine Kollektivzeichnungsberechtigung, über Vermögenswerte verfügen können. Dabei ist nicht vorausgesetzt, dass eine zweite zeichnungsberechtigte Person um die zweckwidrige Verwendung der veruntreuten Gelder wissen musste.

Da es sich unabhängig davon, ob man die von A begangenen Checkeinzahlungen als gewerbsmäßigen Betrug oder mehrfache Veruntreuung qualifiziert, im einen wie im anderen Fall um Verbrechen im Sinne von Art. 10 Abs. 2 StGB und damit nach schweizerischem Recht um taugliche Vortaten für den Tatbestand der Geldwäscherei i.S. von Art. 305^{bis} StGB handelte, bestätigte das Bundesgericht die Verurteilung des A auch in diesem Punkt. Ausschlaggebend sei allein die Verbrechenqualifikation der Vortat.

⁸ <http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/de/home/dokumentation/mi/2013/2013-02-200.html> (zuletzt besucht am 16. Juni 2014).

⁹ Abrufbar unter: http://www.servat.unibe.ch/fallrecht//bger/140414_6B_1161-2013.html (zuletzt besucht am 16. Juni 2014).

¹⁰ Vgl. dazu auch Basler Kommentar zum StGB, Band 2, 3. Auflage 2013 (Hrsg. Wiprächtiger/Niggli) - Niggli/Riedo, Art. 138 N 81.

2. Entscheidung des Bundesgerichts 6B_642/2013 vom 3. Februar 2014¹¹ (Kassation des vorinstanzlichen Urteils, dem eine Verurteilung wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung und weiteren Delikten zugrunde lag)

a) Sachverhalt

X, gleichzeitig Angestellter der A. AG sowie im Auftragsverhältnis für die B. AG tätig, hatte im Februar 2002 mit Q, Verwaltungsrat der F. AG, vereinbart, der G. AG überhöhte Frachtsätze im Umfang von CHF 2.00 bis CHF 3.00 pro Tonne Schweröl (sog. Rückvergütungsansatz) in Rechnung zu stellen und die Rückvergütungen an die F. AG weiterzuleiten. Ab Mai 2013 vereinbarten X und Q, dass die F. AG höhere Rückvergütungen im Umfang von CHF 8.00 pro Tonne in Rechnung stellen werde, um mit dem Mehrertrag Rechnungen der für die A. AG tätigen Subunternehmer-Reedereien D. AG und E. AG zu begleichen.

Die Vorinstanz hatte X wegen mehrfacher qualifizierter ungetreuer Geschäftsbesorgung, gewerbsmäßigem Betrug, mehrfacher Urkundenfälschung und gewerbsmäßiger Geldwäscherei verurteilt.

b) Urteil

Das schweizerische Bundesgericht hob die Verurteilung von X wegen mehrfacher qualifizierter ungetreuer Geschäftsbesorgung, gewerbsmäßigem Betrug und mehrfacher Urkundenfälschung auf, womit es automatisch auch an einer tauglichen Vortat für die Verurteilung wegen gewerbsmäßiger Geldwäscherei fehlte. Das Bundesgericht erachtete u.a. den Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung nicht als erfüllt, da es an einem Vermögensschaden fehle. Ein solcher dürfe, insb. in der Form entgangenen Gewinns nicht leichtfertig, bspw. als Folge der nachträglichen Erkenntnis angenommen werden, dass ein Vertrag (wohl auch) zu günstigeren Konditionen hätte abgeschlossen werden können. Konkret hatte X auch keinen Anteil an den Rückvergütungszuschlägen für sich behalten, wodurch der ihn beauftragenden B. AG allenfalls ein Schaden hätte entstehen können.

c) Bemerkung

Die Anforderungen des Bundesgerichts an den Nachweis eines Vermögensschadens in der Form entgangenen Gewinns wird sich wohl auch auf Fälle der häufig im Industriesektor praktizierten Auftragsvermittlung durch Intermediäre auswirken: Wo Unternehmen zur Sicherstellung von Zuschlägen ausländischer öffentlicher Auftraggeber die Vermittlungsdienste eines Intermediärs in Anspruch nehmen, wird vor dem Hintergrund der oben erwähnten Präzisierung der Rechtsprechung im Rahmen eines Strafverfahrens künftig kaum mehr behauptet werden können, der Auftrag wäre aus Sicht des Unternehmens zu günstigeren Bedingungen – nämlich ohne Intervention (und Honorar) des Intermediärs – erhältlich gewesen.¹² Vielmehr hätte das Unternehmen den Zuschlag ohne Intervention des Intermediärs wohl kaum erhalten. Soweit Zahlungen an Intermediäre bisher von Seiten der Strafverfolgung also unter den Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung subsumiert wurden, dürfte dies nun Änderungen zur Folge haben.

3. Entscheidung des Bundesgerichts 6B_298/2013 vom 16. Januar 2014¹³ (Verurteilung wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung und Verstoß gegen den unlauteren Wettbewerb Art. 23 i.V.m. Art. 3 lit. d und Art. 5 lit. a UWG)

a) Sachverhalt

X arbeitete bei der AB. GmbH, deren Geschäft im Vertrieb von Video- und Computerspielen sowie Computersoftware bestand. Noch während seines Anstellungsverhältnisses bei der AB. GmbH gründete er das Konkurrenzunternehmen AC. AG. Ausserdem erstellte er in derselben Zeit eine Liste mit Kunden seiner Arbeitgeberin, welche eine schlechte Zahlungs-

¹¹ Abrufbar unter: http://www.servat.unibe.ch/dfr/bger/140203_6B_642-2013.html (zuletzt besucht am 16. Juni 2014).

¹² Zur bisherigen Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts betr. das Tatbestandselement des Vermögensschadens in der Form unterbliebener Vermögensvermehrung vgl. BSK StGB - Marcel Alexander Niggli, Art. 158 N 129.

¹³ Abrufbar unter: http://www.polyreg.ch/d/informationen/bgeunpubliziert/Jahr_2013/Entscheide_6B_2013/6B.298_2013.html (zuletzt besucht am 16. Juni 2014).

ral aufweisen. Deren Namen gab er den Angestellten der von ihm gegründeten AC. AG mit dem Hinweis bekannt, diese nur gegen Vorauszahlung zu beliefern.

Unter anderem aufgrund dieser Handlungen verurteilte die Vorinstanz, das Obergericht des Kantons Zürich, den X wegen mehrfachen Verstoßes gegen das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 27 Monaten. Denn er habe mit der Firmengründung eine Maßnahme getroffen, die geeignet gewesen sei, eine Verwechslung mit dem Geschäftsbetrieb der AB. GmbH herbeizuführen (Art. 23 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 lit. d UWG). Außerdem habe er ein ihm anvertrautes Arbeitsergebnis, die Kundenliste, unbefugt verwertet (Art. 23 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 lit. a UWG).

b) Urteil

Das Bundesgericht bestätigte die Verurteilung durch die Vorinstanz. Hinsichtlich der Firmengründung führte das Gericht aus, dass auch die Firma dem Schutzbereich des Art. 3 lit. d UWG unterfalle. Das Wettbewerbsrecht verlange, dass sich eine jüngere von einer älteren Firma in ausreichendem Maße unterscheidet. Dies sei, wobei vom Gericht ein strenger Maßstab angelegt wird, vorliegend nicht der Fall. Denn zum einen bleibe „im Gedächtnis des Publikums (...) der erste Wortbestandteil „A““ der Firmennamen haften, zum anderen haben die Unternehmen ihren Sitz am gleichen Ort und seien auch in derselben Branche tätig.

Zudem sei die Kundenliste ein dem X im Sinne des Art. 5 lit. a UWG „anvertrautes“ Arbeitsergebnis. Dies obwohl die vorgenannte Begrifflichkeit „in Art. 5 lit. a UWG (...) unglücklich gewählt“ sei und er diese selbst erstellt habe. Denn auch wenn sie auf Erkenntnissen des Arbeitnehmers beruhe und von diesem erzeugt wurde, stehe die Kundenliste, die unter Rückgriff auf die Literatur zu Art. 5 unstreitig ein Arbeitsergebnis darstelle, rechtlich dem Arbeitgeber zu.

c) Bemerkung

Am Entscheid des Bundesgerichts mutet insbesondere problematisch an, dass dieser hinsichtlich der Unterscheidbarkeit der beiden Unternehmen und angesichts der Straffolgen einen sehr strengen Maßstab anlegt. Gleichzeitig setzt sich das Gericht nicht in ausreichendem Maße mit dem Begriff des „Anvertrautseins“ auseinander; insbesondere der Hinweis, dass dieser „unglücklich gewählt“ sei, hätte dies zwingend erforderlich gemacht. Vor diesem Hintergrund erfuhr der Entscheid denn auch keine Zustimmung in der Strafrechtswissenschaft.¹⁴

¹⁴ Fellmann, ius.focus 2014, S. 32.

Veranstaltungen und politische Diskussion

Redaktionell zusammengestellt von Folker Bittmann, Leitender Oberstaatsanwalt, Dessau-Roßlau

WisteV-Standards

In der WiJ werden aktuelle Thesen und Fragestellungen von **Folker Bittmann, Dessau-Roßlauer Leitender Oberstaatsanwalt, in aufbereiteter und von ihm redaktionell verantworteter Form vorgestellt. Sie versuchen, den innerhalb von WisteV erzielten Diskussionsstand repräsentativ widerzuspiegeln, können aber nicht durchweg Ergebnis eines vereinsweiten Diskussionsprozesses sein. Sie stellen schon deshalb nie unverrückbare Endpunkte dar.**

Vielmehr sind die Leser, ob WisteV-Mitglieder oder nicht, aufgerufen, sich am steten Prozess der Aktualisierung und Weiterentwicklung zu beteiligen und sich unter Angabe ihres Berufes zu einzelnen, bereits benannten oder auch zusätzlichen Aspekten zu positionieren. Im besten Falle findet so eine permanente Qualifizierung statt, die allen Interessierten eine verlässliche Orientierung bietet.

Anregungen, Kritik oder Widerspruch können gerichtet werden an: standards@wi-j.de.

WisteV ist ein Zusammenschluss verschiedener am Wirtschaftsstrafrecht beteiligter Berufsgruppen. Das bietet den Vorteil, Themen aus unterschiedlicher Sicht betrachten zu können. Auch damit wird es allerdings nicht gelingen, in jeglicher Hinsicht Konsens herzustellen. Bereits das Anstreben eines solchen Zieles wäre von vorn herein, weil völlig unrealistisch, zum Scheitern verurteilt. Aber mehr Klarheit zu schaffen, hinsichtlich des Trennenden wie des Gemeinsamen, erscheint als wünschenswert, sinnvoll und vor allem erreichbar. Ungewissheiten mögen zwar den professionell am Wirtschaftsstrafrecht Beteiligten aus unterschiedlichen bis gegensätzlichen Gründen durchaus zupass kommen, weil dabei die Chance argumentativer Beeinflussung des Ergebnisses größer ist als beim Bewegen auf gesichertem Terrain. Aber derjenige, der sich fragt, wie er auf rechtmäßige Weise ein (wirtschaftliches) Ziel erreichen kann, der hat keinerlei Interesse an Ungewissheiten. Er strebt nach einem ‚safe harbour‘. Dieses Interesse ist völlig legitim: in einer freiheitlichen Gesellschaft darf – prinzipiell, trotz des faktisch erforderlichen Freischwimmens in einem Meer (und Mehr!) aus Bürokratie – frei gehandelt und damit auch frei gewirtschaftet werden. Um von dieser Freiheit innerhalb des legalen Rahmens Gebrauch machen zu können, bedarf es der Rechtssicherheit. Diese wird in einer sich wandelnden Welt immer nur partiell erreicht werden können. Das stellt die Sinnhaftigkeit dieses Ziels allerdings nicht in Frage.

WisteV hat es sich deshalb zur Aufgabe gemacht, für möglichst viele Themenfelder Standards dergestalt zu entwickeln, dass einerseits Konsentiertes und andererseits Kontroverses formuliert wird. Geeignete Ausgangspunkte sind WisteV-Veranstaltungen zu aktuellen Themen. Deshalb sind insbesondere diejenigen, die Regional- oder Facharbeitskreis-Veranstaltungen organisieren, aufgerufen, das Diskutierte in diesen beiden Kategorien möglichst tiefgehend zusammenzufassen. Es ist allerdings auch ohne weiteres denkbar, derartige Aufstellungen auch aus anderem Anlass zu formulieren.

Die vorliegende Ausgabe des WiJ enthält den neuen Themenblock 12: „Doping“, der auf den Ergebnissen der Vorträge und Diskussionen zum Thema „Dopingstrafrecht – Quo vadis?“ im Rahmen der WisteV-Tagung am 6. Februar 2014 basiert:

12. Doping

Konsens:

1. Doping und Sport widersprechen sich.
2. Doping lässt sich nur mittels Ächtung im Sportumfeld zurückdrängen, die von einer breiten gesellschaftlichen Überzeugung getragen ist.
3. Sportler, Sportverbände, Sponsoren, Politik und Öffentlichkeit fördern bewusst oder unbewusst den Einsatz leistungssteigernder Mittel und Methoden, wenn sie Siege verlangen, die nur mittels Einsatzes von Doping möglich sind.
4. Die Justiz kann nicht mit der NADA sachgerecht, d.h. unter Austausch von Informationen zusammenarbeiten, solange es sich um eine rein privatrechtliche Institution des Sports handelt.
5. Der Einsatz unabhängiger Ärzte statt sog. Teamärzte wäre ein wirksames Mittel gegen den Einsatz von Doping.
6. Solange die sportlichen Rahmenbedingungen den Einsatz von Doping fördern, stünde dessen allgemeine Pönalisierung dazu im Widerspruch.
7. Angesichts der hohen Förder- und Sponsoringbeträge handelt es sich bei der Dopingstrafbarkeit um einen kriminologischen Mischbereich mit Bezügen zur Wirtschaftskriminalität.
8. Eine Strafbarkeit wegen Betrugs scheidet regelmäßig mangels Überzeugung vom Vorliegen der Tatbestandsmerkmale Täuschung und/oder Irrtum, solange sich nicht

mit der für eine Verurteilung genügenden Gewissheit ausschließen lässt, dass die beteiligten Kreise einschließlich Förderer und Sponsoren entweder Kenntnis vom Einsatz von Dopingmitteln oder -methoden haben oder diesen zumindest billigend in Kauf nehmen.

9. Vertragliche Vereinbarungen zur Dopingfreiheit ändern daran solange nichts, wie sie nicht nachweisbar mit der inneren Überzeugung korrelieren.
10. Bei Bejahung der Tatbestandsmerkmale Täuschung, Irrtum und Vermögensverfügung ließe sich ein Betrugsschaden bestenfalls unter Anerkennung normativer Elemente vorstellen und eventuell rechtssicher quantifizieren, weil die Werbung mit Sportlern den Absatz von Sponsoren selbst dann fördert, wenn sie später des Dopings überführt werden.
11. Die bisherige Strafbarkeit eines Teilbereichs des Dopings nach dem AMG verfehlt die Zielgruppe Spitzensport nahezu vollständig.
12. Der nach dem AMG strafbare Medikamentenmissbrauch zu Zwecken des Bodybuildings setzt keinen Zusammenhang mit sportlicher Betätigung voraus und ist deswegen trotz gestiegener Fallzahlen nicht geeignet, die Wirksamkeit der bisherigen Dopingstrafbarkeit zu belegen.
13. Die Doping-Sportgerichtsbarkeit agiert allein schon wegen ihrer Internationalisierung auf der Basis anderer Begriffe und nicht nur anderer Rechtsfolgen, sondern auch anderer tatbestandlicher Voraussetzungen als es der staatlichen Justiz möglich wäre.
14. Während die Sportgerichtsbarkeit verletzte Mitwirkungspflichten von Athleten zu deren Nachteil werten und Beweislastentscheidungen zu deren Lasten fällen kann, ist dies der staatlichen Justiz verwehrt.
15. Die zur Bekämpfung des Dopings seitens der Sportverbände eingesetzten Mittel wahren nicht durchweg die Menschenwürde.
16. Der Einsatz des Strafrechts zur Ahndung von Dopingvergehen wäre bestenfalls dann diskutabel, wenn eine gesellschaftliche Überzeugung von der Schädlichkeit des Dopings bestünde und vom sportlichen Umfeld mitgetragen würde.
17. Möglichkeiten und Grenzen etwaiger Strafbarkeit müssten unter dem Gesichtspunkt des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes breit diskutiert, geprüft und festgelegt werden.
18. Eine allgemeine Strafbarkeit des Dopings wäre zudem nur dann akzeptabel, wenn sie sich systematisch in bestehende strafrechtliche Regelungen auf vergleichbaren Gebieten einfügen würde, also Wertungswidersprüche zur BtM-Strafbarkeit ebenso vermiede wie zur Strafflosigkeit des Gehirndopings.
19. Die allgemeine Fairness des Sports ist kein mit strafrechtlichen Mitteln zu schützendes Rechtsgut.
20. Die Schaffung eines über § 263 StGB hinausgehenden Sondertatbestands Sportbetrug liefe entweder mangels nachweislicher Täuschung und beweisbaren Irrtums leer oder schützte ein nicht der Strafbewehrung würdiges Gut.
21. Sollte eine erweiterte Doping-Strafbarkeit der Volksgesundheit dienen, so bedürfte es genauer tatbestandlicher Festlegungen, die dem Bestimmtheitsgebot ausreichend Rechnung tragen müssten.

Offene Fragen:

1. Hätte die allgemeine Pönalisierung des Dopings eine bewusstseinsbildende und mittel- oder langfristig das Doping zurückdrängende Wirkung?
2. Wäre es im Fall der Schaffung einer generellen Strafbarkeit des Dopings sachgerecht, in Anlehnung an das wirtschaftliche Wettbewerbsrecht auf die Beeinflussung des sportlichen Wettbewerbs abzustellen mit Vorschriften nach den Vorbildern der §§ 298 und 299 StGB?

Compliance

Ass. Iur. Laura Nienaber, Berlin

Tagungsbericht zur Vortrags- und Diskussionsveranstaltung „Interne Ermittlungen – Eine Momentaufnahme“

Am 14. März 2014 fand in Frankfurt am Main die Vortrags- und Diskussionsveranstaltung „Interne Ermittlungen – Eine Momentaufnahme“ statt. Dabei handelte es sich um eine Gemeinschaftsveranstaltung des Deutschen Strafverteidiger e.V. und der Wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung e.V. Die Veranstaltung stieß auf reges Interesse und wurde von einer Vielzahl von Teilnehmern besucht.

Im Fokus der Veranstaltung stand die Diskussion aktueller theoretischer und praktischer Fragestellungen. In diesem Rahmen fand ein offener und aktiver Meinungs- und Erfahrungsaustausch statt.

Thematisiert wurde besonders, inwiefern sich interne Ermittlungen in Deutschland etablieren und welche rechtlichen Probleme damit einhergehen. Die Tagung fand unter Einbeziehung von Professoren, *Frau Wimmer* als Oberstaatsanwältin und zahlreichen Praktikern statt, sodass verschiedene Perspektiven repräsentiert waren und somit ein gelungener Austausch stattfinden konnte.

Nach der kurzen Begrüßung durch die Vorstandsmitglieder *Christian Rosinus*, Vorstandsmitglied der WisteV, und *Dr. Christian Schoop*, Vorstandsmitglied der Deutschen Strafverteidiger e.V., führte *Prof. Dr. Momsen* in den bisherigen Stand interner Ermittlungen ein und legte den Fokus dabei besonders auf aktuelle Problemstellungen. Neben der Vorstellung von grundlegenden Aspekten interner Ermittlungen ging es besonders um die streitigen Rechtsprobleme, ob eine Verwertung der gewonnenen Ergebnisse im Strafverfahren stattfinden darf und inwiefern das Risiko der Beschlagnahme besteht. *Prof. Dr. Momsen* ging zunächst auf die Definition von internen Ermittlungen ein. Demnach, so *Momsen*, ist unter internen Ermittlungen die Überprüfung eines Unternehmens zur Kenntnis gelangter Verdachtsmomente auf Fehlverhalten oder Pflichtverstöße von Mitarbeitern durch unternehmenseigene oder private externe Ermittler zu verstehen. Sodann folgten Ausführungen zum Zweck interner Ermittlungen, nämlich die Vermeidung von Haftungsrisiken für das Unternehmen und die Geschäftsleitung, interne Ermittlungen als Bestandteil eines effektiven Compliance-Programmes, die „Zero Tolerance Policy“ des Unternehmens und der Identifikation von Schwachstellen im Unternehmen. Daraufhin stellte er die acht Schritte und die Ausgangsüberlegungen interner Ermittlungen dar. Auch mögliche Maßnahmen dabei wurden von *Prof. Dr. Momsen* angesprochen. Des Weiteren wies er darauf hin, dass bei internen Ermittlungen auch rechtliche Grenzen bei den Ermittlungsmaßnahmen einzuhalten sind.

Ein Schwerpunkt des Vortrages stellte die Frage nach der Verwertbarkeit von den gefundenen Ergebnissen, insbesondere von Mitarbeiterbefragungen dar. Bei der Durchführung von internen Ermittlungen liegt eine Sondersituation vor, nämlich die Beweiserhebung durch Anwälte. Hinsichtlich der Frage der Verwertbarkeit werden verschiedene Lösungsmodelle vertreten, die von der grundsätzlichen Verwertung der Ergebnisse/Aussage bis zur Annahme eines Beweisverwertungsverbots reichen. *Prof. Dr. Momsen* stellte die verschiedenen Lösungsmöglichkeiten kurz vor und kam zu dem Ergebnis, dass ein Schutz potentieller Beschuldigteninteressen durch ein Beweisverwertungsverbot wegen Verletzung des fair trial Grundsatzes, Art. 6 EMRK, nur einzelfallabhängig möglich sei. Eine analoge Anwendung von § 136a StPO sei in Ermangelung einer planwidrigen Regelungslücke abzulehnen. Des Weiteren käme ein Interessenschutz durch eine neue Verhaltensnorm in Betracht. Dabei könnte der Rechtsgedanke des § 97 Abs. 1 S. 3 InsO verwendet werden. Demnach könnten belastende Angaben nur mit Zustimmung des Arbeitnehmers erfolgen.

Den zweiten Schwerpunkt des Vortrages bildete die Frage, ob Unterlagen beschlagnahmt werden dürfen. Dabei wies *Prof. Dr. Momsen* auf das Anwaltsprivileg für interne Ermittler hin. Dieses bestehe aber nicht bei Syndikusanwältinnen oder ausländischen Anwältinnen. Eine Abgrenzung zwischen der Tätigkeit eines Syndikusanwalts und der typischen anwaltlichen Tätigkeit gestalte sich in der Praxis allerdings schwierig. Es bestehe ein Anwaltsprivileg für ex-

terne Ermittler. Für diese gilt die standesrechtliche Verschwiegenheitspflicht, § 42a Abs. 2 BRAO, sowie ein Zeugnisverweigerungsrecht, § 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO bzw. § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 1-3 StPO. Das Beschlagnahmeverbot ist aber grundsätzlich nur zugunsten des mandatierenden Unternehmens möglich und nicht zugunsten von Unternehmensangehörigen, die sich strafbar gemacht haben. Ob ein Unternehmensmandat als Verteidigungsverhältnis ausreicht, bedarf noch der Klärung. *Prof. Dr. Momsen* geht von einem erweiterten Beschlagnahmeschutz des § 97 Abs. 1 StPO aus, da sich aus § 160a Abs. 1 StPO ein umfassendes Verwendungs- und Verwertungsverbot ergebe.

Anschließend folgte ein Vortrag der Oberstaatsanwältin *Renate Wimmer*, die auf interne Ermittlungen aus der Perspektive der Staatsanwaltschaft einging. Dabei versuchte sie auch auf die von *Prof. Dr. Momsen* bereits aufgeworfenen Fragen einzugehen.

Zunächst wurde erläutert, dass der Begriff der internen Ermittlungen in der deutschen Rechtsordnung nicht geregelt ist. Auch etwaige normierte bindende Anforderungen von internen Ermittlungen würden nicht existieren. Daher bestehe eine gewisse Unsicherheit auf Seiten der Strafverfolgungsbehörden, wie mit internen Ermittlungen umzugehen sei. So komme es zu unterschiedlichen Handhabungen verschiedener Behörden in Deutschland, was zu einer schwierigen Beratungssituation führe. Demgegenüber würde die Pflicht von Unternehmensverantwortlichen stehen, internes Fehlverhalten festzustellen und zu unterbinden. *Frau Wimmer* stellte darüber hinaus dar, dass unternehmensinterne Ermittlungen rechtlich zulässig sind und *de lege lata* und *de lege ferenda* im deutschen Strafprozess eine wachsende Bedeutung haben. Sie wies darauf hin, dass sich aus diesem Grunde jeder Staatsanwalt und jede Staatsanwältin mit dem Thema auseinandersetzen sollte. Eine gesetzliche Normierung sei zudem aufgrund dieser Zukunftsperspektive wünschenswert. Nach ihrer Auffassung unterliegen die Ergebnisse der internen Ermittlungen grundsätzlich der Beschlagnahme. Dabei sei gleichgültig, ob interne oder externe Ermittler die Ermittlungen geführt hätten. Des Weiteren erläuterte sie, dass selbstbelastende Aussagen, welche aufgrund der arbeitsvertraglichen Aussagepflicht zustande gekommen sind, im späteren Ermittlungsverfahren verwertbar seien. Die strafprozessuale Verwertung würde so zur Durchsetzung des Legalitätsprinzips beitragen.

Am Nachmittag setzten sich die spannenden Diskussionen, welche durch die Vorträge in Gang gebracht worden waren, in zwei Arbeitsgruppen fort. In der Arbeitsgruppe I ging es um Fragen, ob Individualverteidigung im Rahmen interner Ermittlungen einen unauflösbaren Widerspruch darstellt und ob eine Konfliktverteidigung bei internen Ermittlungen möglich oder notwendig ist. Diese von *Prof. Dr. Taschke* und *Prof. Dr. Gercke* gehaltenen Vorträge regten die bereits in Gang gesetzten Diskussionen an. *Prof. Dr. Taschke* stellte im Rahmen seines Vortrages die Thesen auf, dass Unternehmen bei Verdachtslagen interne Ermittlungen durchführen müssten. Dabei bestehe eine umfassende Mitwirkungspflicht des Mitarbeiters, umfassende Durchsichtsmaßnahmen seien erforderlich. Anders als die meisten Referenten sprach sich *Prof. Dr. Taschke* gegen eine gesetzliche Regelung zur Durchführung von internen Ermittlungen aus. Diese sei seiner Meinung nach nicht erforderlich. Allerdings solle es hinsichtlich der Sanktionen Milderungsgründe für die Unternehmen und deren Mitarbeiter geben.

Herr *Prof. Dr. Gercke* ging besonders auf den Aspekt der Konfliktverteidigung ein. Dafür stellte er zunächst noch einmal die zusätzliche Belastung der Beschuldigten in einem Verfahren mit Bezug zu internen Ermittlungen dar. Es bestehe ein faktischer Verzicht bzw. eine faktische Einschränkung des *Nemo-tenetur*-Grundsatzes und des Beschlagnahmeschutzes. Nachdem er interne Ermittlungen aus Sicht der Strafverfolgungsbehörden als „Traum“ zur Informationserlangung klassifiziert hat, gelangte er zu dem Ergebnis, dass es für eine erfolgreiche Konfliktführung keine Mitwirkung um jeden Preis geben sollte.

Die Arbeitsgruppe II beschäftigte sich zum einen mit Hilfe einer Fallstudie mit dem Spannungsfeld zwischen Individualrechten und Unternehmenspflichten und zum anderen mit dem Schutz von Individualrechten durch Verfahrensregeln für interne Ermittlungen.

Durch die von *Frau Dr. Itzen* und *Herrn Dr. Berndt* geleitete Fallstudie wurden einige Gedankenanstöße aus dem Kartellrecht gewonnen. Im Kartellrecht wurde bereits ein Verfahren, welches die Kooperation der Unternehmen mit dem Bundeskartellamt regelt, geschaffen. So besteht im Kartellrecht eine sogenannte Bonusregelung, mit welcher die Unternehmen Bußgelder ganz oder zum Teil vermeiden können. Um in den Genuss einer solchen Bonusregelung zu kommen, müssen die Unternehmen verschiedene Anforderungen erfüllen. So

muss das Unternehmen uneingeschränkt den Verstoß einräumen sowie alle beteiligten Beschäftigten benennen und auf eine Kooperation hinwirken. Diese Kooperation muss während des gesamten Verfahrens bestehen. Innerhalb der Kooperation müssen alle vorhandenen Beweise vorgelegt werden. Innerhalb der Bonusregelung besteht ein Prioritätsprinzip. Nur das erste Unternehmen, welches die Anforderungen erfüllt, erhält einen hundertprozentigen Erlass der Geldbußen. Das zweite Unternehmen kann noch eine Bußgeldreduktion bis zu 50 % erhalten. Eine endgültige Entscheidung des Bundeskartellamts hinsichtlich der Erfüllung der Anforderungen und der Position erfolgt erst am Ende des Verfahrens. Eine Rechtswahrung kann aber durch die Setzung eines sogenannten „Markers“ erfolgen. Auch bei diesem Verfahren müssen der Nemo-tenetur-Grundsatz, die Individualrechte, die BRAK-Thesen, die Rechte aus dem Arbeitsverhältnis, sowie das Strafrecht unter Einschluss des BDSG gewahrt werden.

So ergaben sich folgende Thesen: Es besteht ein Ungleichgewicht zwischen den Unternehmenspflichten und den Individualrechten der Mitarbeiter. Dieses Ungleichgewicht ist de lege lata unauflösbar, die Compliance-Programme sollten Verfahrensregeln enthalten. Des Weiteren sollte der Gesetzgeber zumindest bei Kombinationsverfahren aus dem Kartellordnungswidrigkeitenrecht und dem Strafverfahren einschreiten.

Demgegenüber referierte *Herr Dr. Adick* zu der Frage, ob Individualrechte durch Verfahrensregelungen geschützt werden können. Bei seinem Vortrag standen die Rechte der Mitarbeiter im Fokus, insbesondere der Schutz vor einer Selbstbezeichnung. Dabei stellte er die besondere Situation der Mitarbeiter dar. Diese befinden sich in einem Subordinationsverhältnis mit Unterrichtungspflichten sowie Auskunftspflichten. Bei internen Ermittlungen droht die Zweckentfremdung dieses arbeitsrechtlichen Instrumentariums. Somit entsteht, so *Adick*, ein strukturelles Ungleichgewicht zwischen professionellen und schon nach der Auftragslage nicht neutralen „Ermittlern“ auf der einen sowie Mitarbeitern auf der anderen Seite. Seiner Meinung nach, sollte die Mindestanforderung ein faires Verfahren sein. Das Prinzip des fairen Verfahrens stelle ein Individualrecht mit Verfassungsrang dar, Art. 6 EMRK. Gerechtigkeit solle durch die Einführung von Verfahrensregelungen entstehen. Es dürfe keine internen Ermittlungen „um jeden Preis“ geben. Interne Ermittlungen, so *Adick*, würden keinen rechtsfreien Raum darstellen. Damit der Mitarbeiter nicht zum Objekt degradiert werde, müsse Waffengleichheit herrschen. Um ein faires Verfahren herbeizuführen, müsse ein effektiver Schutz vor Selbstbezeichnung herbeigeführt werden. Dies könnte durch Verwertungsverbote, Teilhaberechte oder das Recht auf einen anwaltlichen Beistand geschehen.

Somit lasse sich zusammenfassen, dass zum Schutz der Individualrechte Verfahrensregeln definiert werden müssten, welche zu prozessualer Gerechtigkeit zwischen Mitarbeitern und Ermittlern beitragen würden.

Bei der anschließenden Podiumsdiskussion, die von *Frau Dr. Michalke* geleitet wurde, wurden die Ergebnisse der beiden Arbeitsgruppen besprochen und diskutiert. Überdies wurden die verfahrensrechtlichen Perspektiven und typischen Probleme bei der Durchführung von internen Ermittlungen erörtert.

Die inhaltlich sehr ansprechende und anspruchsvolle Veranstaltung hat aufgezeigt, dass die rechtliche Entwicklung von internen Ermittlungen kaum vorhersehbar ist. Um den bestehenden Interessenkonflikt zwischen Staatsanwaltschaft, Unternehmen und Mitarbeitern zu lösen und das bestehende Ungleichgewicht auszugleichen, wird dringend eine Lösung benötigt. Wie eine solche Lösung aussehen könnte, lässt sich nicht benennen. Der Ruf nach dem Tätigwerden der Gesetzgeber wird größer, je mehr Unklarheiten aufgezeigt werden.

Die Veranstaltung hat insgesamt maßgeblich dazu beigetragen, die rechtlichen Problemfelder interner Ermittlungen zu verdeutlichen, verschiedene Lösungsmöglichkeiten zu analysieren und Vor- und Nachteile dieser aufzuzeigen. Die gelungene Auswahl der Referenten gewährleistete zudem lebhaftige Diskussionen und einen fruchtbaren Erfahrungsaustausch.

Rezensionen

Insolvenzstrafrecht

Akademischer Rat Dr. Christian Brand, Konstanz

Insolvenzstrafrechtliche Literatur im Zeitraum Januar bis Mai 2014

Ab sofort wird in jeder Ausgabe des WiJ eine Literaturübersicht erscheinen, die in Kurzfassung auf aktuelle Literatur und Aufsatzveröffentlichungen mit insolvenzstrafrechtlichem Bezug hinweist.

I. Aufsatzliteratur

1. *Dominik Skauradszun, Strafzumessung bei der Insolvenzverschleppung, wi-stra 2/2014, S. 41-47*

Nach Ansicht des *Verf.* weist die Strafzumessung bei § 15a Abs. 4, 5 InsO *in praxi* einige Missstände auf, die er mithilfe eines an gesellschafts- und insolvenzrechtlichen Maßstäben ausgerichteten Kriterienkatalogs beheben will. Strafzumessungsrechtlich soll es zunächst einen Unterschied machen, ob die schuldnerische Gesellschaft zahlungsunfähig oder überschuldet ist. Da sich der Zustand der Überschuldung typischerweise schleichend vollziehe, soll ihr Vorliegen jedenfalls dann strafscharfend wirken, wenn der Geschäftsleiter gegenüber dieser Entwicklung die „Augen verschlossen“ habe. Zudem sei der Grad der materiellen Insolvenz zu berücksichtigen. Wer knapp die Schwelle zur Zahlungsunfähigkeit/Überschuldung überschritten habe, verdiene mehr Nachsicht als der Täter, dessen antragspflichtiges Unternehmen schon tief in diesem Stadium stecke. Darüber hinaus will *Verf.* den Täter strafzumessungsrechtlich privilegieren, der bei Aufstellung einer Fortführungsprognose Dritte (Experten) hinzugezogen hat, um die eigenen – häufig nicht ganz objektiven – Einschätzungen kritisch und sorgsam zu validieren. Als weiteren wesentlichen Aspekt nennt der *Verf.* die Dauer der materiellen Insolvenz. Stelle der Täter den Antrag wenige Tage nach Ablauf der Antragsfrist, sei dies strafmildernd zu berücksichtigen, hingegen strafscharfend, wenn zwischen Antragsstellung und Entstehung der Antragspflicht ein längerer Zeitraum liege. Ebenfalls strafzumessungsrechtlich soll sich die Existenz bzw. Nichtexistenz eines Risikofrüherkennungssystems auswirken. Habe der Täter ein solches System installiert, komme ihm dies bei der Strafzumessung zugute; fehle jedoch ein Risikofrüherkennungssystem, wirke dieser Umstand strafscharfend, sofern der Täter verpflichtet war, ein solches System einzurichten. Ersuche der Täter um (externen) Rat, wirke sich das bei der Strafzumessung zu seinen Gunsten aus; hingegen müsse er mit Strafschärfung rechnen, wenn er dem Rat nicht nachkomme. Des Weiteren soll das Erbringen eines Sanierungsbeitrags – etwa durch (Teil-)Verzicht auf das Geschäftsleitergehalt – strafmildernd wirken, wohingegen die Entnahme sog. verdeckter Gewinnausschüttungen grds. mit einer Strafschärfung einhergehe. Während Weisungen der GmbH-Gesellschafter, die darauf gerichtet sind, die Insolvenzantragsstellung zu unterlassen, im Rahmen der Strafzumessung u.U. privilegierende Wirkung haben sollen, soll die Verteidigung, als „Techniker“ habe der Geschäftsleiter um seine Pflichten nicht ausreichend Bescheid gewusst, diesem nichts nützen. Strafscharfend sei es schließlich zu würdigen, dass der Geschäftsführer durch sein Verhalten bspw. gegen § 64 S. 1 bzw. S. 3 GmbHG verstoßen habe.

2. *Marcus Bergmann, Die Insolvenzverschleppung nach § 15a Abs. 4 InsO durch einen nur faktischen Geschäftsführer, NZWiSt 3/2014, S. 81-84*

Verf. gelangt zu dem Ergebnis, dass der faktische Geschäftsführer entgegen der bei Schaffung des § 15a InsO bestehenden gesetzgeberischen Vorstellung kein tauglicher Täter der

strafbaren Insolvenzverschleppung ist. Der Einbeziehung des faktischen Geschäftsführers in den Täterkreis des § 15a Abs. 4 InsO stehe die Wortlautgrenze entgegen. Anders als die Vorläufer des § 15a InsO, die vom Geschäftsführer bzw. Vorstand sprachen, adressiere § 15a Abs. 1 S. 1 InsO seine Pflicht an die „Mitglieder des Vertretungsorgans“ und umschreibe die tauglichen Täter somit nicht mehr faktisch-gegenständlich, sondern rechtlich. Während man nach Ansicht des *Verf.* unter dem Regime des § 84 Abs. 2 Nr. 2 GmbHG durchaus noch davon sprechen konnte, dass auch der faktische Geschäftsführer die Geschäfte der GmbH führt, gehe es *sub specie* § 15a InsO nicht an, den bloß faktischen Geschäftsführer als „Mitglied des Vertretungsorgans zu begreifen. Denn der Terminus „Mitglied des Vertretungsorgans“ beschreibe „kein Verhalten, das von jedermann ausgeübt werden kann, sondern eine ([...] besondere) Eigenschaft aufgrund einer außerstrafrechtlichen Pflichtenstellung [...]“.

3. Thomas Rönnau/Kilian Wegner, Wann ist ein Eröffnungsantrag „nicht richtig“ gestellt i.S.v. § 15a Abs. 4, 2. Var. InsO? – eine strafrechtliche Analyse nach dem ESUG, ZInsO 22/2014, S. 1025-1032

Verf. übernehmen in dem nachfolgend vorgestellten Beitrag die sehr verdienstvolle Aufgabe, die Tatvariante des „nicht richtigen“ Insolvenzantrags i.S.d. § 15a Abs. 4 InsO insbesondere mit Blick auf die durch das ESUG geschaffenen Neuerungen näher zu konkretisieren. Ausgangspunkt des Beitrags ist die Erkenntnis, wonach jeder Insolvenzantrag als „richtig“ zu bewerten sei, der das Insolvenzgericht in die Lage versetze, die zugunsten der Gläubiger existierenden Schutzinstrumente wirksam einzusetzen. Vor diesem Hintergrund avanciere die Zulässigkeit des Antrags, an die keine zu hohen Anforderungen gestellt werden dürften, zum entscheidenden Kriterium eines „richtigen“ bzw. „nicht richtigen“ Antrags. „Nicht richtig“ sei mit anderen Worten der Antrag gestellt, der unzulässig sei. Im Anschluss an diese These unterziehen *Verf.* mehrere formelle und materielle Verstöße einer Überprüfung, inwieweit diese geeignet sind, einen Insolvenzantrag unzulässig und damit „nicht richtig“ zu machen.

4. Dominik Reither, Kriseneintritt nach Ablauf des Bilanzstichtags und weiterhin Unterlassen der Bilanzierung – Bankrott oder Verletzung der Buchführungspflicht?, wistra 2/2014, S. 48-50

Verf. beschäftigt sich mit der in Rspr. und Schrifttum kontrovers beurteilten Frage, ob der Eintritt von (drohender) Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung nach Ablauf der Bilanzierungsfrist zu einer Strafbarkeit gem. § 283 Abs. 1 Nr. 7b StGB führt, oder ob solche Fallgestaltungen lediglich der mildere § 283b Abs. 1 Nr. 3 StGB erfasst. Während die Rspr. die unterbliebene Bilanzierung nur gem. § 283b Abs. 1 Nr. 3 StGB ahndet, falls die Bilanzaufstellungsfrist vor Eintritt der (drohenden) Zahlungsunfähigkeit/Überschuldung endete, schließt sich *Verf.* den Stimmen im Schrifttum an, die hier gem. § 283 Abs. 1 Nr. 7b StGB bestrafen wollen. Der Unterlassens- und Dauerdeliktscharakter des § 283 Abs. 1 Nr. 7b StGB markiere als Beendigungszeitpunkt den Eintritt der objektiven Strafbarkeitsbedingung. Da bis dahin aber die Pflicht zur Bilanzerstellung nicht wegfalle, sondern im Gegenteil fortbestehe, hafte der Kaufmann bzw. sein Organwalter gem. dem strengeren § 283 Abs. 1 Nr. 7b StGB falls zwischenzeitlich die (drohende) Zahlungsunfähigkeit/Überschuldung vorliege. Der Wortlaut, der ein Unterlassen der Bilanzerstellung *bei* (drohender) Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung verlangt, stehe dieser Sichtweise nicht entgegen. Denn im Stadium der (drohenden) Zahlungsunfähigkeit/Überschuldung dauere das Unterlassen der Bilanzierung an. Außerdem lasse sich dem Wortlaut der Vorschrift das Erfordernis nicht entnehmen, wonach § 283 Abs. 1 Nr. 7b StGB nur dann greife, falls (drohende) Zahlungsunfähigkeit bzw. Überschuldung vor Ablauf der Bilanzerstellungsfrist eingetreten seien.

5. Jürgen Wessing/Lucian Krawczyk, Feststellung einer die Untreuestrafbarkeit begründenden Gefährdung der Existenz einer GmbH, NZG 2/2014, S. 59-61

Kritisch werten *Verf.* zunächst das Festhalten der höchstrichterlichen Rspr. an dem Grundsatz, wonach Verstöße gegen § 30 Abs. 1 GmbHG bzw. das Existenzvernichtungsverbot einem Gesellschaftereinverständnis die Wirksamkeit nehmen, das folglich eine Untreuestrafbarkeit des Geschäftsführers nicht hindert. Auf diese Weise werde Gläubigerschutz unter dem Deckmantel der Untreue betrieben. Positiv heben *Verf.* hingegen hervor, dass der BGH an die Feststellung einer Existenzgefährdung strenge Anforderungen stellt und den schlich-

ten Rekurs auf den tatsächlichen Verlauf nicht genügen lässt. Entscheidend sei die Rekonstruktion der Umstände zum maßgeblichen Tatzeitpunkt. Die Maßgaben der Entscheidung *BVerfGE* 126, 170 seien auf das Bestehen einer Existenzgefährdung sowie das Vorliegen eines Krisenmerkmals i.S.v. § 283 StGB der Sache nach übertragbar.

6. Hans Kudlich, Praxiskommentar zur Entscheidung des BGH v. 21.8.2013, 1 StR 665/12, NStZ 2/2014, S. 109-110

Einleitend seiner Anmerkung hebt *Verf.* hervor, dass viel dafür spreche, die gleichlautenden Krisenbegriffe des Straf- und Insolvenzrechts parallel und somit insolvenzrechtsakzessorisch auszulegen. Die hohen Anforderungen, die der *BGH* an den Nachweis einer Zahlungsunfähigkeit im Tatzeitpunkt stellt, begrüßt *Verf.* ausdrücklich, da auf diese Weise die Gefahr von Rückschaufehlern (sog. *hindsight bias*) verringert werde. Kritisch positioniert sich *Verf.* hingegen zu der Ansicht, wonach auch der faktische Geschäftsführer tauglicher Täter des § 15a Abs. 4 InsO sein könne. Mit Blick auf den Wortlaut („Mitglied des Vertretungsorgans“) und das Fehlen einer insolvenzrechtlichen Vorschrift, die es dem faktischen Geschäftsleiter ausdrücklich gestatte, den Insolvenzantrag zu stellen, sei eine Verurteilung des faktischen Geschäftsführers gem. § 15a Abs. 4 InsO *sub specie* Art. 103 Abs. 2 GG problematisch.

7. Maximilian Klein, Untreue durch Verstoß gegen die Zahlungsverbote gemäß § 64 S. 1 und § 64 S. 3 GmbHG, BLJ 1/2014, S. 30-36

Bei der Beurteilung der Untreuerelevanz eines Verstoßes gegen § 64 S. 1 GmbHG einer- und § 64 S. 3 GmbHG andererseits gelangt *Verf.* zu einem differenzierten Ergebnis. Während er den Verstoß gegen § 64 S. 3 GmbHG als untreuerelevante Pflichtwidrigkeit klassifiziert, weil § 64 S. 3 GmbHG genauso wie die Existenzvernichtungshaftung nicht nur den Gläubiger-, sondern auch den Vermögensschutz der GmbH intendiere, lehnt er es ab, an die Missachtung des § 64 S. 1 GmbHG untreueraufrechtliche Konsequenzen zu knüpfen. Zwar entfalte § 283c StGB insofern keine Sperrwirkung. Jedoch diene § 64 S. 1 GmbHG ausschließlich dazu, im Vorfeld der Insolvenzverfahrensöffnung den Grds. „*par conditio creditorum*“ zu sichern und bezwecke somit nicht einmal mittelbar den Schutz des Gesellschaftsvermögens. Missachte ein GmbH-Geschäftsführer § 64 S. 3 GmbHG, erschöpfe sich der Nachteil in den Zahlungsverpflichtungen, denen die GmbH aufgrund des Verstoßes nicht mehr nachkommen kann. Bestehe die Verletzung des § 64 S. 3 GmbHG hingegen darin, dass die Tochtergesellschaft der Muttergesellschaft eine Sicherheit bestellt (sog. *upstream securities*), erleide die Tochter eine schadensgleiche Vermögensgefährdung, falls bei Vertragsschluss eine die Existenz der Tochter bedrohende Inanspruchnahme aus der bestellten Sicherheit mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist.

8. Susanne Dornblüth, Fortbestehende Geschäftsführerhaftung gem. § 823 Abs. 2 BGB, § 266a StGB trotz in England erlangter Restschuldbefreiung?, ZIP 15/2014, S. 712-716

Nach dem Hype um die *Limited*, der abflachte, als der Gesetzgeber die Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) schuf, scheint sich ein neuer Trend mit Bezug zum ausländischen (konkret: englischen) Recht Bahn zu brechen: der Gang zum ausländischen (englischen) Insolvenzgericht. Da die EulnsVO eine internationale Zuständigkeit am Mittelpunkt des hauptsächlichsten Interesses begründet, kann der in Deutschland tätige Schuldner mithilfe einer Sitzverlegung das für ihn günstigere englische Insolvenzrecht zur Anwendung bringen, dessen s. 279 (1) Insolvency Act (IA) regelmäßig eine automatische Restschuldbefreiung nach Ablauf nur eines Jahres und nicht wie nach deutschem Insolvenzrecht sechs Jahren vorsieht. *Verf.* gelangt jedoch zu dem Ergebnis, dass Schadensersatzforderungen der Sozialversicherungsträger gem. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 266a StGB gegen den „ausgewanderten“ Schuldner von der im Inland anzuerkennenden Restschuldbefreiung englischen Rechts grds. nicht erfasst werden. Schadensersatzansprüche, die auf einem Verstoß des Schuldners gegen § 266a StGB beruhen, unterfielen – von wenigen Ausnahmen abgesehen – der Vorschrift des s. 281 (3) IA, der bestimmte Forderungen von der Restschuldbefreiung ausnehme.

II. Kommentare/Handbücher

1. *Helmut Satzger/Wilhelm Schluckebier/Gunter Widmaier (Hrsg.), Kommentar zum StGB, Carl Heymanns Verlag, 2. Aufl. 2014, 129,00 €*

Im Berichtszeitraum ist die zweite Auflage des bereits in der ersten Auflage zu Recht zum Standardwerk avancierten „SSW“ erschienen. Da es im vorliegenden Zusammenhang nur um die insolvenzstrafrechtlichen Neuerscheinungen geht, beschränken sich die nachfolgenden Ausführungen auf das Insolvenzstrafrecht im weiteren Sinne. Neben §§ 283 ff., 14 StGB sind das die §§ 266, 266a StGB.

1) Aus der umfassenden Kommentierung der §§ 283 ff. StGB und des § 14 StGB, die *Nikolaus Bosch* auch in der zweiten Auflage des „SSW“ betreut, verdienen folgende Punkte aufgrund ihrer Aktualität besonders hervorgehoben zu werden: Bei der Frage, ob der für den Täter grds. günstigere „neue alte“ modifiziert zweistufige Überschuldungsbegriff, wie ihn nunmehr § 19 Abs. 2 InsO wieder unbefristet enthält, via § 2 Abs. 3 StGB auch solchen Altfällen zugrunde zu legen ist, die sich ereigneten, als der nicht modifiziert zweistufige Überschuldungsbegriff galt, schließt sich *Bosch* der Ansicht an, die einen Rückgriff auf § 2 Abs. 3 StGB ablehnt und stattdessen den Zeitgesetzcharakter (vgl. § 2 Abs. 4 StGB) des Überschuldungsbegriffs herausstellt. Zu Recht hält *Bosch* an der im Schrifttum immer wieder bestrittenen, von ihm aber im Einklang mit der höchstrichterlichen Rspr. schon in der Voraufl. vertretenen Auffassung fest, wonach auch der Verbraucher trotz der §§ 304 ff. InsO tauglicher Täter des § 283 StGB sein kann. Im Rahmen seiner Kommentierung des § 14 StGB stellt *Bosch* umfassend die Entwicklung der höchstrichterlichen Rspr. zur Interpretation des Merkmals „als“ nach Aufgabe der Interessentheorie dar, verhehlt dabei aber nicht, dass ihn das Nichtigkeitsverdikt, das Rspr. und Teile des Schrifttums (den Rezensenten eingeschlossen) über ein gegen § 30 Abs. 1 GmbHG bzw. das Existenzvernichtungsverbot verstoßendes Gesellschaftereinverständnis fällen, keinesfalls überzeugt. Von seinem Standpunkt aus konsequent, erachtet *Bosch* folglich auch die mit § 30 Abs. 1 GmbHG/dem Existenzvernichtungsverbot kollidierende Einwilligung der GmbH-Gesellschafter im Rahmen des § 283d StGB für wirksam (aA freilich der Rezensent; vgl. *Brand/Sperling*, ZStW 121 [2009], 281 [297 ff.]). Positiv bewertet *Bosch* eine jüngere Entscheidung des BGH zur unterlassenen Buch-/Bilanzführung, die mithilfe des Grundsatzes „*omissio libera in causa*“ den Buch-/Bilanzführungspflichtigen dazu anhält, die erforderlichen Mittel vorrätig zu halten, die er benötigt, um seine Buch-/Bilanzführungspflichten zu erfüllen, andernfalls er sich trotz Unmöglichkeit im Aufstellungszeitraum gem. §§ 283 Abs. 1 Nrn. 5, 7, 283b Abs. 1 Nrn. 1, 3 StGB strafbar macht. Treten (drohende) Zahlungsunfähigkeit bzw. Überschuldung erst nach Ablauf der Bilanzierungsfrist ein, plädiert *Bosch* überzeugend dafür, den Täter nur gem. § 283b Abs. 1 Nr. 3b StGB zu bestrafen. Skeptisch sieht *Bosch* schließlich den Versuch des BGH, die schlichte Veräußerung von Geschäftsanteilen an einen Firmenbestatter als ein Verheimlichen i.S.d. § 283 Abs. 1 Nr. 8 StGB zu qualifizieren.

2) Die Kommentierung der §§ 266, 266a StGB liegt – wie schon in der Voraufl. – bei *Frank Saliger*. Von der umfassenden, sorgfältigen und äußerst gründlichen Kommentierung, die *Saliger* den §§ 266, 266a StGB angedeihen lässt, seien folgende, insolvenzstrafrechtlich relevante Aspekte besonders erwähnt:

a) Im Rahmen der Kommentierung des § 266a StGB weist *Saliger* zunächst dezidiert die Ansicht des BGH zurück, wonach dem Täter des § 266a Abs. 1 StGB der Unmöglichkeitseinwand abgeschnitten ist, wenn er den Tatbestand durch die in Abs. 2 umschriebenen Handlungen verwirklicht. Kritisch betrachtet *Saliger* des Weiteren das Unterfangen, dem Arbeitgeber mithilfe des Grundsatzes „*omissio libera in causa*“ zu verwehren, sich auf Unmöglichkeit (etwa wegen bestehender Zahlungsunfähigkeit im Fälligkeitszeitpunkt) zu berufen. Für ebenfalls nicht überzeugend hält *Saliger* die „Vorrangthese“ des 5. Strafsenats, der zufolge die Arbeitnehmeranteile am Sozialversicherungsaufkommen aufgrund ihrer Strafbewehrung gegenüber allen anderen Verbindlichkeiten des Arbeitgebers vorrangig zu bedienen seien. Allerdings habe die Kehrtwende des II. Zivilsenats, der seit einer Entscheidung aus dem Jahr 2007 die Abführung der Arbeitnehmeranteile an der Sozialversicherung für mit der Sorgfalt eines gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar hält (§ 64 S. 2 GmbHG), die schlimmsten Folgen der „Vorrangthese“ des 5. Strafsenats für die Praxis ausgeräumt. Leider keine Antwort findet man bei *Saliger* auf die Frage, welche Folgen die geänderte Rspr. des II.

Zivilsenats für den vom 5. *Strafsenat* kreierten „Sonderrechtfertigungsgrund“ während des von § 15a Abs. 1 S. 1 InsO gewährten dreiwöchigen Zeitraums zur Umsetzung aussichtsreicher Sanierungsvorhaben hat.

b) Angesichts des insolvenzstrafrechtlichen Zuschnitts der vorliegenden Übersicht beschränkt sich die Betrachtung der Kommentierung von § 266 StGB auf das auch die Abgrenzung von Untreue und Bankrott beeinflussende Problem der Wirksamkeit eines Gesellschaftereinstimmungsbeschlusses. *Saliger* weist zunächst die Ansicht zurück, wonach ein Mehrheitsbeschluss, der nicht der Form der §§ 47 GmbHG entspricht, ungeeignet sei, den Tatbestand des § 266 StGB auszuschließen. Ebenfalls ablehnend steht er den Auffassungen gegenüber, die aus einem Verstoß gegen § 30 Abs. 1 GmbHG bzw. das Existenzvernichtungsverbot eine Grenze des tatbestandsausschließenden Einverständnisses herleiten. Insofern werde unter dem Deckmantel der Untreue Gläubigerschutz betrieben. Zum strafrechtlichen Schutz der Gläubigerinteressen stünden jedoch die §§ 283 ff. StGB bereit.

2. *Heinz-Bernd Wabnitz/Thomas Janovsky (Hrsg.), Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 4. Aufl. 2014, C.H. Beck Verlag, ISBN 978-3-406-64373-6, 159,00 €.*

In nunmehr vierter Auflage ist im Berichtszeitraum auch das von *Wabnitz* und *Janovsky* herausgegebene Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts erschienen. Unter den immer zahlreicher werdenden Handbüchern und Kommentaren zu diesem Themenkomplex nimmt der „*Wabnitz/Janovsky*“ ohne Übertreibung die Position eines Standardwerkes ein. Die Ausführungen zum Inhalt des Buchs werden sich ebenfalls auf das Insolvenzstrafrecht im weiteren Sinne beschränken.

a) Während in der Voraufgabe des „*Wabnitz/Janovsky*“ das mit „Insolvenz – Strafrechtlicher Teil“ überschriebene Kapitel von *Helmut Köhler* bearbeitet wurde, hat diese Aufgabe nunmehr *Christian Pelz* übernommen. Nach einer Einführung in die Materie des Insolvenzstrafrechts und der zutreffenden Feststellung, wonach, wer sich mit Insolvenzstrafrecht beschäftigt, fundierte Kenntnisse des Gesellschafts-, Insolvenz- und Bilanzrechts benötigt, widmet sich *Pelz* zunächst der strafbaren Insolvenzverschleppung (vgl. § 15a Abs. 4, 5 InsO). Drei Punkte verdienen in diesem Zusammenhang der besonderen Hervorhebung: Zunächst spricht sich *Pelz* zu Recht dafür aus, auch die Geschäftsleitungsorgane solcher Auslandsgesellschaften, die ihren Interessenmittelpunkt im Inland haben, der strafbewehrten Insolvenzantragspflicht des § 15a InsO zu unterwerfen. Des Weiteren belegt die umfassende Beschäftigung mit den Auswirkungen des durch das ESUG neu gefassten § 13 InsO auf den „nicht richtigen“ Insolvenzantrag, dass sich die Kommentierung von *Pelz* ganz auf der Höhe der aktuellen Diskussion bewegt. Schließlich vertritt *Pelz* – leider ohne weitere Begründung – die vom *Verf.* dieser Übersicht nicht geteilte Ansicht, wonach das Vorhandensein eines faktischen Geschäftsführers die Führungslosigkeit i.S.v. § 15a Abs. 3 InsO nicht beseitigt.

b) Nach den Ausführungen zur strafbaren Insolvenzverschleppung wendet sich *Pelz* dem „Herzstück“ des Insolvenzstrafrechts, den §§ 283 ff. StGB zu und erläutert prägnant die dort existierenden Probleme. Überzeugend bejaht er die Tätertauglichkeit des Verbrauchers *sub specie* § 283 StGB und verneint genauso überzeugend eine Bestrafung des buch- bzw. bilanzführungspflichtigen gem. § 283 Abs. 1 Nrn. 5, 7 StGB, der erst nach Ablauf der entsprechenden Aufstellungsfrist in das Stadium der (drohenden) Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung gerät. Hingegen positioniert sich *Pelz* im Streit um die Frage, ob der Geschäftsleiter einer im Inland ansässigen Auslandsgesellschaft nach deutschem Recht buch- und bilanzführungspflichtig ist, leider nicht. Etwas knapp geraten auch die Ausführungen zu § 14 StGB und dem durch die Partikel „als“ ausgedrückten Zurechnungserfordernis. Bei rechtsgeschäftlichen Schädigungshandlungen lässt es der *BGH* nämlich nicht mehr genügen, dass der Geschäftsleiter namens des Schuldners gehandelt hat, sondern forderte jüngst ausdrücklich eine wirksame rechtsgeschäftliche Verpflichtung des Schuldners, um den Zurechnungsmechanismus des § 14 Abs. 1 StGB zu aktivieren (*BGHSt* 57, 229 [237 f.] = *NJW* 2012, 2366 [2368 f.]).

c) Auch dem Tatbestand der Untreue, der nach einem oft zitierten Diktum „immer passt“, widmet *Pelz* einen Abschnitt. Darin hebt er zu Recht hervor, dass, wer Geschäftsleitungsorgane einer im Inland ansässigen Auslandsgesellschaft wegen Untreue zur Verantwortung ziehen will, regelmäßig einen Verstoß gegen das ausländische Gesellschaftsrecht feststellen

muss. Zustimmung verdient auch seine Aussage, wonach das Einverständnis der GmbH-Gesellschafter mit einer untreuerelevanten Pflichtverletzung „ihres“ Geschäftsführers nur dann dessen Untreuestrafbarkeit entfallen lässt, wenn es ohne Verstoß gegen § 30 Abs. 1 GmbHG bzw. das Existenzvernichtungsverbot gebildet wurde. Ob jedoch der Vorstand einer Aktiengesellschaft Untreuehandlungen durch ihm unterstellte Mitarbeiter bzw. der Aufsichtsrat Untreuehandlungen des Vorstandes konsentieren kann, wie *Pelz* meint, erscheint fraglich, da die Mitglieder beider Organe selbst gegenüber der Gesellschaft vermögensbetreuungspflichtig sind, ihre Zustimmung zu schädigendem Verhalten Dritter aber diese Vermögensbetreuungspflicht verletzt. Mehr spricht deshalb dafür – parallel zur „GmbH-Untreue“ – allenfalls den Aktionären die Kompetenz einzuräumen, untreuerelevante Pflichtverstöße zu konsentieren. Neben der Untreue zum Nachteil einer GmbH/Aktiengesellschaft geht *Pelz* zudem kurz auf das Thema „Untreue zulasten von Personengesellschaften“ ein und schließt sich dort – leider ohne die abweichenden Stimmen im Schrifttum zu erwähnen – der gefestigten Rspr. des *BGH* an, wonach Opfer einer solchen Untreue nur die Gesellschafter sein können, weil ihnen das Gesellschaftsvermögen dinglich zustehe.

d) Im Rahmen seiner Ausführungen zu § 266a StGB äußert *Pelz* zunächst berechtigte Zweifel an der in der Voraufgabe vertretenen Auffassung, wonach den vorläufigen schwachen Insolvenzverwalter eine Garantienstellung dahingehend trifft, die Abführung der Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung durch den insolventen Arbeitgeber sicherzustellen. Bedenken hegt *Pelz* des Weiteren gegenüber der Ansicht, die bei Fehlen einer ausdrücklichen Tilgungsanordnung auch im Kontext des § 266a StGB die Regelung des § 4 Satz 1 BVV anwenden und den Arbeitgeber dessen an die Sozialversicherungsträger überwiesene Mittel nicht genügen, um die geschuldeten Arbeitnehmer- und Arbeitgeberanteile vollständig zu begleichen, gem. § 266a Abs. 1 StGB bestrafen will. Umfangreichere Ausführungen hätte man sich hingegen zum Verhältnis zwischen § 266a Abs. 1 StGB einer- und § 64 Satz 1 GmbHG andererseits gewünscht. Insbesondere die „einlenkende“ Entscheidung des *II. Zivilsenats* (NJW 2007, 2118 ff.) und ihre möglichen Auswirkungen auf den vom *5. Strafsenat* kreierten „Sonderrechtfertigungsgrund“ werden leider nicht erwähnt.

e) In einem besonders ausführlichen und äußerst lesenswerten Abschnitt beschäftigt sich *Pelz* schließlich mit der Frage, welche (insolvenz-)strafrechtliche Risiken dem (vorläufig starken und schwachen) Insolvenzverwalter drohen. Mit Blick auf das spezifische Regelungs- und Pflichtenregime, dem der Insolvenzverwalter unterliegt, würdigt *Pelz* die einzelnen Insolvenzstrafatbestände und nimmt sich der verdienstvollen Aufgabe an, zahlreiche denkbare Verstöße gegen dieses Regime auf ihre insolvenzstrafrechtliche Relevanz hin abzuklopfen.

Rechtsanwalt Björn Krug, Mainz

Dr. Matthias H. Gehm: Kompendium Steuerstrafrecht mit Steuerordnungswidrigkeiten- und Verfahrensrecht

Erich Schmidt Verlag, 2012, 465 Seiten, 76,00 €

Mit seinem Werk „Kompendium Steuerstrafrecht“ verbreitert *Gehm* die umfassend angelegten Handbücher zum Steuerstrafrecht und steht damit in direkter Konkurrenz zur inzwischen 4. Auflage des Werks „Steuerstrafrecht“ von *Rolletschke*, zur ebenfalls 4. Auflage des Werks „Verteidigung in Steuerstrafsachen“ von *Quedenfeld/Füllsack* und zur 3. Auflage „Steuerstrafrecht“ von *Simon/Vogelberg*. Allen Werken ist gemein, dass ihre Aktualität mit der kaum anders zu bezeichnenden Hektik des Gesetzgebers – die Reform der Selbstanzeige und der Verjährung sind nur zwei Beispiele – und einer zunehmenden Verschärfung der Rechtsprechung kaum Schritt halten kann. So sind im „Kompendium Steuerstrafrecht“ Rechtsprechung und Gesetzeslage auf dem Stand von November 2011, was in der Nutzung zu berücksichtigen ist. In übersichtlicher Weise stellt *Gehm* die materielle und formelle Systematik des Steuerstraf- und Steuerordnungswidrigkeitenrechts mitsamt vielen relevanten

Randaspekten – bspw. der Gebührenabrechnung, der Schätzung oder auch dem Gang der steuerstrafrechtlichen Hauptverhandlung – dar und ermöglicht damit eine gezielte Recherche. Nützlich ist dabei, dass sich über die Verweise in den durchaus zahlreichen Fußnoten die dargestellten Punkte weiter vertiefen und nachverfolgen lassen. An der einen oder anderen Stelle würde man sich gleichwohl wünschen, mehr Rechtsprechungsnachweise zu finden, um in der Diskussion mit Finanzämtern, Ermittlungsbehörden und Gerichten nicht nur die Literatursicht zu belegen. Dessen ungeachtet macht es der überdurchschnittliche Umfang des Werks möglich, Streitfragen auszuführen und auch anhand praktischer Fallbeispiele nachzuvollziehen.

Der didaktische Anspruch des Autors ist aus dem gesamten Werk herauszulesen, wenn die umfangreichen Ausführungen lehrbuchhaft im 1. Kapitel mit der Historie und den Rechtsgrundlagen des Steuerstrafrechts starten. Es folgen auf den nahezu 200 Seiten Ausführungen zu § 370 AO in sämtlichen Verästelungen bis hin zu einzelnen Fallgruppen wie etwa der Darstellung des Umsatzsteuerkarussells, die Hinterziehung im Vollstreckungs- und Erhebungsverfahren sowie die Konkurrenzverhältnisse zu nichtsteuerlichen Delikten. Für den Praktiker sind die kurzen Fallbeispiele und deren Behandlung im Kontext für das Verständnis dabei eine spürbare Hilfe. Hervorzuheben sind auch die in das Kapitel integrierten Ausführungen zur Selbstanzeige nach § 371 AO nach altem und neuem Recht, wobei *Gehm* – wofür ihm kein Vorwurf zu machen ist – vor den praktischen Problemen einer erst im Mai 2011 in Kraft getretenen neuen Gesetzeslage stand, deren Konsistenz in einigen Bereichen zweifelhaft ist und bei deren Bewältigung Literatur und Rechtsprechung bis heute nicht sämtliche Fragen haben lösen können.

Im 2. Kapitel beschäftigt sich *Gehm* auf – der praktischen Relevanz durchaus angemessenen – 30 Seiten mit den Steuerordnungswidrigkeiten und geht dabei auch auf die sehr praxisrelevanten § 30 OWiG (Geldbuße gegen juristische Personen) und § 130 OWiG (Verletzung der Aufsichtspflicht in Betrieben und Unternehmen) ein. Etwas kurz kommt hingegen an dieser Stelle die Darstellung der Selbstanzeigemöglichkeit nach § 378 Abs. 3 AO, die aufgrund des insoweit unveränderten Gesetzeswortlauts wesentlich geringere Anforderungen stellt als die Selbstanzeige nach § 371 AO in ihrer aktuellen Fassung, deren erneute Verschärfung in der Diskussion ist.

Danach beleuchtet *Gehm* im 3. Kapitel in prägnanter Kürze die im Strafverfahren geltenden Strafzumessungserwägungen und deren dogmatische Herleitung, um im Anschluss im 4. Kapitel die (strafrechtlichen) Verjährungsregeln nachvollziehbar darzustellen. Gerade bei diesem Punkt ist ein gesondertes Kapitel nutzbringend, da Fristbeginn bei Veranlagungssteuern und Fälligkeitssteuern sowie Sonderprobleme wie die Nichtabgabe von Steuererklärungen oder deren Berichtigung, Unterbrechungs-, Ruhens- und auch Aussetzungsfragen ausführlich dargestellt werden. An dieser Stelle – ebenso wie bei der steuerlichen Verjährung – ist für den Praktiker präzises Arbeiten von hoher Bedeutung, da im Fall der Verjährung viel (dann) unnötige Arbeit entbehrlich ist und ggf. ein schneller sowie sicherer Weg durch das Verfahren gefunden wird.

Im Anschluss widmet sich *Gehm* im 5. Kapitel auf mehr als 80 Seiten dem Verfahrensrecht und stellt von den Kompetenzen der Beteiligten über das Ermittlungsverfahren – und die darin möglichen zahlreichen Ermittlungsmöglichkeiten – bis hin zum Spannungsverhältnis zwischen steuerlicher Mitwirkungspflicht und strafrechtlicher Selbstbelastungsfreiheit (geregelt in § 393 AO) sowie dem Akteneinsichtsrecht im Straf- und Steuerordnungswidrigkeitenverfahren dar.

Mit dem 6. Kapitel werden die Grundsätze der Schätzung im steuerlichen und steuerstrafrechtlichen Verfahren in knapper Form dargestellt. Hier würde man sich wegen der hohen Relevanz in der Praxis eine etwas vertiefende Darstellung wünschen, auch wenn die Verweise – bspw. auf das Werk „Beweislastverteilung und Schätzung im Steuerstrafrecht“ von *Dürer* – zumindest eine Vertiefung erleichtern.

Die folgenden Kapitel zu den Themen Verwertungsverbote bei Beweismitteln (7. Kapitel), Sonderproblem CD-Datenankauf (8. Kapitel), Strafbefreiungserklärungsgesetz sowie Ermittlungsmöglichkeiten bei Banken (9. Kapitel), die Stellung von Steuerberatern als Verteidiger (10. Kapitel) sowie die Gebührenabrechnung des Rechtsanwalts bzw. Steuerberaters im Straf- und Bußgeldverfahren nach dem RVG sowie Gebühren von Gericht und Verwaltung (11. Kapitel) geben jeweils einen kurzen Abriss zur Problemlage und dem Meinungsstand. Gleichwohl hätte es sich bei zumindest einigen der sehr knapp gehaltenen Kapitel (in

der Summe sind es 25 Seiten) vielleicht eher angeboten, diese an passender Stelle – bspw. dem Verfahrensrecht – einzuarbeiten. Das Werk wird fortgesetzt mit dem Zwischenverfahren (12. Kapitel), der mündlichen Hauptverhandlung im Strafverfahren im Überblick unter Berücksichtigung der Funktion von Verteidigung und Strafverfolgungsbehörden (13. Kapitel), das Strafbefehlsverfahren (14. Kapitel), die Kronzeugenregelung (15. Kapitel) und Besonderheiten des bußgeldrechtlichen Verfahrens (16. Kapitel). Auch hier sind die wesentlichen Problemkreise in verschiedener Tiefe angesprochen; ein schneller Einstieg und die Möglichkeit zur Vertiefung durch die Verweise sind problemlos möglich.

Abgerundet wird das Werk durch sein 17. Kapitel, in dem die weiteren Folgen von Steuerhinterziehung und Steuerordnungswidrigkeiten dargestellt werden. In ausgesprochen knapper Form sind die sehr praxisrelevanten Punkte der steuerlichen Haftung, der berufsrechtlichen und persönlichen Folgen, dem Zinslauf, der Folgen im Rahmen der Insolvenz, der Festsetzungsverjährung und Änderungssperre sowie des Arrests angesprochen. Sofern hier ein Problem für den Leser sichtbar wird, sollte er auf jeden Fall vertiefende Literatur nutzen, da der Aufzählungscharakter der Darstellung zwar die Übersicht erleichtert, eine Vertiefung jedoch leider keinen Platz gefunden hat.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass *Gehm* ein beachtenswertes und eigenständiges Werk zum Strafverfahrensrecht geschaffen hat. Dass dabei die Gewichtung und die Darstellung einzelner Ausführungen durchaus zu hinterfragen sind, kann sicher mit dem Versuch des allumfassenden Ansatzes eines Kompendiums erklärt werden. Da im Zuge des kurzlebigen Strafverfahrensrechts eine Neuauflage ggf. schon zeitnah ansteht, lassen sich hier möglicherweise einige Umstellungen einarbeiten. Die breite Auffächerung der Ausführungen und die vorhandenen Nachweise in Rechtsprechung und Literatur machen das Werk jedenfalls zu einem nützlichen Begleiter im strafrechtlichen Alltag. Dabei richtet sich die dogmatische und zugleich praxisorientierte Darstellung insbesondere an gelegentlich oder auch ausschließlich im Strafverfahren tätige Praktiker in Justiz und beratenden Berufen. Auch wenn der Markt einige Alternativen bietet, ist die Darstellung von *Gehm* zur Vervollständigung einer Bibliothek ebenso geeignet wie als Einzelwerk, mit dem sich der Leser dem Thema Strafverfahrensrecht zunächst einmal nur überblicksartig nähern will.

LOStA Folker Bittmann, Dessau-Roßlau

Tobias Ceffinato: Legitimation und Grenzen der strafrechtlichen Vertreterhaftung nach § 14 StGB

Duncker & Humblot, Berlin 2012, 420 Seiten, zugleich Dissertation Bayreuth 2011, 98 €

I. 1. Es gibt Bücher, die lassen sich leicht rezensieren. Und es gibt Werke, die zu besprechen eine Qual ist. Es wäre aber nicht nur voreilig, sondern falsch, aus der Zuordnung zur zweiten Gruppe Schlüsse auf die Qualität von Ceffinatos Dissertation (bei Prof. Dr. Nikolaus Bosch, Bayreuth) zu ziehen. Der Gedankenreichtum des Autors scheint unerschöpflich, seine Argumentation ist so messerscharf, die Darstellung derart präzise, dass der Leser nichts als Hochachtung zu empfinden vermag (vielleicht aber doch auch mit aufkommenden Neid- oder Minderwertigkeitsgefühlen zu kämpfen hat – und das nicht nur deshalb, wenn ihn wie den Rezensenten der Verfasser bei einer eigenen Sorgfaltswidrigkeit erwischt hat, S. 354, Fn. 185). Warum aber empfindet man bei der Lektüre gleichwohl nicht den reinen Genuss? Vielleicht deshalb, weil trotz aller dankenswerterweise wiederkehrender Hinweise auf die Systematik, auf den ‚roten Faden‘, die Kleinteiligkeit der Darstellung, die Befassung mit (geföhlt) jeder auch nur irgendwie denkbaren Variante ebenso wie mit Jahrhunderte überdauernden Rechtsinstituten, den Geduldsfaden zumindest des eiligen Lesers strapaziert. Die Darstellung eignet sich bestimmt nicht zum schnellen Konsum. Um sich den Zugang zur Argumentation zu erschließen, muss man die zahlreichen Definitionen, die der Verfasser erarbeitet, ebenso wie deren Abgrenzungen zu anderen begrifflichen Konstrukten auch noch nach 100 oder 200 Seiten ebenso präsent haben wie der Urheber selbst – oder man muss sich ihrer immer wieder nochmals vergewissern. Diese Inpflichtnahme des Lesers mindert

allerdings sicher nicht die wissenschaftliche Qualität dieser alle Facetten durchdringenden Arbeit, die von der ganzen Anlage und ihren systematischen Überlegungen her eher einer Habilitationsschrift gleicht. Eine solche hat sich der Autor inzwischen längst vorgenommen. Ob es für ihn eine wirkliche Herausforderung ist, seine Dissertation noch zu ‚toppen‘?

2. *Ceffinatos* Fragestellung ist eigentlich ganz einfach: Setzt die Täterschaft, wenn nur das Verhalten bestimmter Statusinhaber strafbar ist, deren formwirksame Berufung in die Stellung voraus, oder genügt es, wenn jemand rein tatsächlich die mit dem Status verbundenen Funktionen wahrnimmt? Es geht also um die Frage nach der Strafbarkeit des lediglich auf faktischer Basis Agierenden. Dieses Thema untersucht der Autor mit bemerkenswertem Tiefgang. Bei der Anlage seiner Untersuchung ist es unumgänglich, sich nicht allein mit dem geltenden Recht und seinen Grundlagen, insbesondere mit § 14 StGB, zu befassen, sondern sich auch phänomenologischen und systematischen Überlegungen zuzuwenden – obwohl der Autor sein Thema eingrenzt und betont, sich nicht mit der Vertreterhaftung allgemein zu befassen, sondern nur in Bezug auf Sonderdelikte (S. 37 f.).

Um das Ergebnis vorwegzunehmen: *Ceffinato* plädiert kompromisslos gegen jede faktische Betrachtungsweise. Das gilt allerdings nur für das geltende Recht. Auch das Strafrecht könne nämlich eine Pflichtenstellung begründen, welche (in Grenzen) über die formal wirksame Bestellung hinausreiche. Es wäre aber Aufgabe des Bundesgesetzgebers, die vorhandenen Grenzen, die er vor allem in § 14 Abs. 3 StGB festgelegt habe, einer Vorschrift, welche die Ausweitung der Vertreterhaftung über formal wirksam Bestellte hinaus sowohl bestimme als auch in ihrer Reichweite beschränke (S. 241), zu erweitern. Einen Formulierungsvorschlag legt *Ceffinato* in seinem abschließenden Ausblick (S. 388 f.) vor. Dabei bewegt er sich konsequent innerhalb der von ihm herausgearbeiteten Strukturen und der vom Gesetzgeber auf dieser Basis einzuhaltenden Grenzen (z.B. dem Gebot der Beschränkung des Schutzes auf Gefahren, die dem Rechtsgut eben nur von Sonderpflichtigen drohen können, Rechnung zu tragen, S. 60, 91). Gemäß einem neuen § 14 Abs. 3 S. 2 StGB-E soll der tatsächliche Inhaber einer Stellung, wie sie für den Statusinhaber nur formal begründet werden kann, diesem gleichgestellt werden. Damit würde der faktische Funktionsinhaber nicht zum Adressaten der Sonderpflichten, wie es im Falle eines tatsächlichen Treueverhältnisses bei § 266 StGB der Fall sei (S. 41 f., 389), sondern lediglich wie ein Sonderpflichtiger behandelt werden. Da ihm die besondere persönliche Eigenschaft jedoch nach wie vor fehlen würde, solle ein neuer § 14 Abs. 3 S. 3 StGB-E anordnen, dass die Strafe in diesen Fällen gemäß § 49 Abs. 1 StGB zu mildern sei. Es handelt sich um einen kleinen, aber (potentiell) durchaus wirksamen Vorschlag. Ob er allen Bedürfnissen der Praxis befriedigend Rechnung trägt, sei dahingestellt. Seine Verwirklichung seitens des Gesetzgebers wäre jedenfalls ein großer Schritt hin zu mehr Rechtssicherheit. Der dominanten Stellung des Externen ließe sich im Rahmen der Strafzumessung (zumindest weitgehend) angemessene Rechnung tragen.

3. Das Werk ist unterteilt in 7 Kapitel, § 1: Einleitung, S. 20 – 45; § 2: Bausteine der Vertreterhaftung – Zur Binnensystematik des Rechts, S. 46 – 119; § 3: Die Legitimation der Vertreterhaftung – Zur Struktur der Sonderdelikte, S. 120 – 203; § 4: Der Rechtsgrund der strafrechtlichen Organ- und Vertreterhaftung, S. 204 – 314; § 5: Die nähere Ausgestaltung der Organ- und Vertreterhaftung, S. 315 – 374; § 6: Die Auswirkungen des Lösungsmodells auf verbliebene Problemkonstellationen, S. 375 – 382; § 7: Zusammenfassung in Thesenform und Ausblick.

II. Eine umfassende wissenschaftliche Kritik an der Argumentation *Ceffinatos* kann im Rahmen dieser Besprechung nicht geleistet werden – zudem wäre der Rezensent dazu nicht berufen. Es wäre sogar bereits vermessen, die Gedankenkette des Autors lückenlos nachzeichnen zu wollen. Daher muss es mit dem Aufgreifen einzelner Versatzstücke sein Bewenden haben.

1. *Ceffinato* unterscheidet nach vorgefundenen (Leben, körperliche Unversehrtheit, Ehre, persönliche Freiheit) und nach vom Gesetzgeber konstituierten (Eigentum, Vermögen, Überindividuelles) Rechtsgütern (S. 59 f. und passim).

a) Schon dieser Ansatz ist erklärungsbedürftig, untersteht doch jedes noch so ehrenwerte und schutzbedürftige Gut nur mittels rechtlicher Anerkennung auch rechtlich dem in der jeweiligen Rechtsordnung anerkannten Schutz. Selbst das Leben genießt keinen vorrechtlichen Schutz, wie aus der Diskussion um die Abtreibung ebenso bekannt ist wie aus den Debatten um Sterbehilfe - letztere (in Verbindung mit dem Betreuungsrecht) zudem aufzei-

gend, daß es die Rechtsordnung ist, welche die Grenzen der Anerkennung personaler Autonomie definiert. Gehört zur körperlichen Unversehrtheit auch die seelische Gesundheit? Kann nicht etwa Rücksichtslosigkeit, das Auslösen von Verlustängsten oder Sehnsüchten auch die persönliche Freiheit beeinträchtigen? Beides ist de lege lata strafrechtlich (weitgehend; Ausnahme z.B.: Sirius, BGHSt 32, 38 ff.) ungeschützt. Führt zielgerichtet eingesetzte Massenpsychologie nicht via Hass und Krieg zu Eingriffen in die körperliche Unversehrtheit bis hin zur Vernichtung von Leben? Umgekehrt: Worin liegt bei der Aufteilung zwischen Vorgefundenem und Konstruiertem der Unterschied zwischen Leben und Sache? Höchst lebendige Tiere waren juristisch Sachen und sind diesen weiterhin gleichgestellt, § 90a BGB. Eigentum war in der DDR anders definiert als im BGB oder dem WEG. Aber beweist oder widerlegt das das Vorhandensein vorgefundener Rechtsgüter? Zutreffend ist, dass der Gesetzgeber versuchen kann, an faktisch Vorgegebenes anzuknüpfen. Ein gutes Gesetz wird der der Regelungsmaterie innewohnenden eigenen Logik gerecht – und funktioniert. Ein schlechtes wie z.B. das an die unvermeidliche Kommunikation im Strafprozeß anknüpfende Verständigungsgesetz verfehlt die immanenten Strukturen (eindrucksvoll Kubicjel, HRRS 2014, 204 ff.) und bleibt in der Praxis entweder weitgehend unbeachtet (wie behauptlich bis zum 19.3.2013) mit der Gefahr, daß aus Garanten des Gesetzes, sprich: Richtern und Staatsanwälten, Täter des Verbrechens der Rechtsbeugung zu werden drohen, oder verkompliziert (wie seit dem 19.3.2013) die Handhabung derart, dass es als Einladung zu zweckwidrigem Einsatz missverstanden und missbraucht werden kann, weil die Gesetzesanwender sich im Gestrüpp von gutgemeinten, aber viel zu engmaschigen Pflichten allzu leicht verheddern. Zutreffend ist auch, dass der Gesetzgeber nicht an faktisch Vorgegebenes anknüpfen muss, sondern (mehr oder weniger fassbare) Rechtsgüter erfinden, also autonom definieren kann. Auch insoweit knüpft er aber an tatsächliches Geschehen an, kann es generell aufgreifen (allgemeines Persönlichkeitsrecht des BGB, wenngleich richterrechtlich entwickelt), die Konkretisierung der Justiz überlassen (Recht auf Gewährung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme, BVerfGE 120, 274 ff.) und Ausschnitte gegen Angriffe mittels Strafrechts schützen (Ausspähen von Daten, § 202a StGB), kann dabei die Komplexität verfehlen (Abgeordnetenbestechlichkeit, § 108e StGB a.F. und n.F.? AEntG?) oder die verschiedenen Einflüsse einer interessengerechten Ordnung unterwerfen (so das BGB in seiner Urfassung vom 18.8.1896).

Die Erkenntnis der Maßgeblichkeit rechtlicher Anerkennung ist allerdings eher geeignet, *Ceffinatos* Argumentation zu stützen, denn sie zu widerlegen: wenn es allein der Gesetzgeber ist, der die Reichweite rechtlicher Regelungen bestimmt, dann spricht prima facie wenig dafür, ähnliche – und damit notwendigerweise an zumindest irgendeiner Stelle vom gesetzlich definierten Rahmen abweichende, ihn also sprengende – Personen oder Taten dem vom Gesetz Erfassten gleichzustellen. Zunächst ist aber zu konstatieren, dass die rechtliche Geltungskraft originär dem Gesetz allein innewohnt. Der Wille des Gesetzgebers ist lediglich für das Verständnis des Gesetzes maß-, aber nicht immer auch ausschlaggebend, und auch das nur, soweit er sich feststellen läßt (unmöglich z. B. im Hinblick auf den nicht richtig gestellten Insolvenzantrag, vgl. Rönnau/K.Wegner, ZInsO 2014, 1025 ff.) und nicht mit anderen Gesetzen in Konflikt gerät. Für unbedachte Kollisionen kann der Gesetzgeber keine oder nur allgemein rechtlich verbindliche Vorsorge treffen. Es ist und bleibt zudem, um wieder konkreter zu werden, die Frage, ob ein Strafgesetz wirklich so verstanden werden kann, dass es ein Rechtsgut nur gegen die Gefahren schützt, die ihm seitens eines (noch dazu formell korrekt bestellten) Sonderpflichtigen drohen. Zu einem solchen wird man zweifelsfrei nicht erst und allein durch die Tat (S. 54 f., 166 f.). Vielmehr muss die Sonderpflicht bereits vor der Tat bestehen. Warum das auf ein rein faktisches Verhältnis nicht zutreffen können soll (S. 141), erschließt sich dem Rezensenten nicht.

b) *Ceffinato* bietet zahlreiche Argumente, die dafür sprechen, dass allein das Gesetz den Sprung von der Faktizität zur Rechtspflicht erlaubt (S. 91). Es kann dafür auf formale Umstände abstellen. Das ist laut *Ceffinato* dann der Fall, wenn das Gesetz statt einer Funktionsbeschreibung auf einen Status abstellt (S. 62). Ist aber strafrechtlich allein die formale Begründung des Status pflichtenbegründend, so kann dies bei akzessorischem Verständnis im Zivilrecht nicht anders sein, wie *Ceffinato* nicht verkennt (z.B. S. 389), aber der Sache nach nicht ausnahmslos befürwortet (Eigentum akzessorisch, S. 65 ff. <zum BGB oder zum GG?>, Vermögen hingegen faktischer Betrachtung zugänglich, S. 68 f.), jedenfalls nicht für zwingend erachtet (S. 64 f.) und Sonderpflichtdelikten die Kraft zur Begründung außerstrafrechtlicher Pflichten zuschreibend (S. 237). Zivilrechtlich ist allerdings eine Analogie zu Lasten des Pflichtigen möglich. Die – strafrechtlich unzulässige – Analogie ist aber von der – auch straf-

rechtlich zulässigen – die Pflichtenstellung (ggf. neu) definierenden Auslegung abzugrenzen. *Ceffinato* plädiert auch insoweit mit starken Argumenten für die rein formale Betrachtung (S. 71), wenn das Tatbestandsmerkmal auf einen Status verweist, dafür als Beleg Art. 103 Abs. 2 GG anführend, (S. 179; mit unterschiedlichen Ergebnissen zunächst untersucht für den *Arbeitgeber* bei § 266a StGB, S. 72 ff., 149 ff.; den *Schuldner*, S. 75 ff., 153 ff.; den *Geschäftsführer*, S. 78 ff.; und für § 15a InsO, S. 85 ff.; Gesamtergebnisse S. 347 ff.). Er versteht § 14 StGB als (funktionsbezogene S. 108) gesetzlich angeordnete und damit auch strafrechtlich zulässige Analogie (S. 100 ff., 214 f.).

Zwingend ist das Ergebnis, rein formale Betrachtung, indes nicht. Dass die Rechtsstellung von der Erfüllung bestimmter Formalia abhängen kann, führt im Umkehrschluss zur Möglichkeit der alleinigen Maßgeblichkeit des Vorhandenseins bestimmter tatsächlicher Umstände: ohne die Erfüllung der Formalie (S. 265 betreffend Gemeindelikte). Es gilt demnach immer herauszufinden, worauf das Gesetz tatsächlich abstellt. Auch im Fall eines erforderlichen Delegationsakts ist es ebenso wie beim die besondere Pflichtenstellung begründenden Bestellungsakt (S. 139 f.) keineswegs selbstverständlich, dass § 14 StGB ausschließlich formvollendet Bestellte erfasst. § 14 Abs. 3 StGB dürfte allerdings für die Fälle des § 14 Abs. 1 StGB dafür sprechen (§ 14 Abs. 2 StGB enthält eigene Regeln zur Begründung der Pflichtenstellung, sodass sich diese Frage insoweit nicht stellt). Ob aber aus § 14 Abs. 3 StGB wirklich geschlossen werden kann, dass es zumindest des Versuchs eines förmlichen Bestellungsakts bedarf, ist jedenfalls nicht eindeutig. Gesellschaftsrechtlich ist die Eintragung im Handelsregister lediglich deklaratorisch. Die innergesellschaftliche Willens- und Entscheidungsbildung ist weitgehend dispositiv. Das eröffnet zumindest den Spielraum für die Prüfung, ob nicht eine vom Willen der zuständigen Organe getragene (sei es eine dadurch begründete, sei es eine auf diese Weise geduldete) Stellung genügt, um den Erfordernissen des § 14 Abs. 3 StGB zumindest für den (faktischen) *GmbH-Geschäftsführer* vollauf Rechnung zu tragen. Damit wäre (wohl) nicht einmal *Ceffinatos* Systematik durchbrochen, bliebe der Schutz des Rechtsguts doch einerseits auch weiterhin auf diejenigen beschränkt, die es kraft ihrer Einflussmöglichkeiten ebenso gefährden können wie ein Geschäftsführer, würde andererseits aber eben gerade damit erst gewährt. Schließlich ist auch er der Auffassung, dass derjenige, der die Rolle des Sonderpflichtigen freiwillig einnimmt, selbst die höchstpersönlichen Sonderpflichten zu erfüllen hat (S. 163, 235 f.) – allerdings versteht er in der Übernahme wohl nur die förmliche.

2. Ein wesentlicher Argumentationsstrang besteht in der vergleichend entwickelten (begrenzten) Gleichsetzung der (unechten) Unterlassungsdelikte mit den Sonderpflichten (wiederkehrend ab S. 111): Beide verlangen eine Garantenstellung für die Unversehrtheit des Rechtsguts. Dieses ist nicht gegen sämtliche Gefahren mittels Strafrechts geschützt, wohl aber gegen solche, die ihm aus dem spezifischen Versagen dessen drohen, dem der Schutz anvertraut ist. *Ceffinato* versteht auch § 13 StGB als strafgesetzlich angeordnete Analogie (S. 111). Der Unterlassungstäter verwirkliche aber insoweit gleichwohl lediglich ein Allgemeindelikt (S. 113), als es sich bei der Tat nicht um ein Unterlassungsstatusdelikt handle (S. 114). Die Garantenstellung betrachtet der Autor als *besonderes persönliches Merkmal* i.S. sowohl des § 14 StGB als auch des § 28 StGB (S. 111 ff.). Alle Sonderpflichten würden Garantenstellungen begründen, nicht aber umgekehrt sämtliche Garantenpositionen auch Sonderpflichten markieren (S. 242). Damit stellen Sonderpflichten nur eine Untereinheit der Garantenpflichten dar.

3. Für *Ceffinato* ist § 14 StGB nötig aufgrund der historischen Entwicklung des Zivilrechts. Mit dem Herausbilden juristischer Personen als Adressat zivilrechtlicher Pflichten fallen (bei akzessorischem Verständnis) Statusinhaberschaft und materielle Unrechtsstruktur auseinander (S. 260). § 14 StGB führe beides wieder zusammen. Die Vorschrift rechne weder fremde Schuld noch das fehlende besondere persönliche Merkmal zu. Vielmehr unterstelle sie den Vertreter lediglich dem Normbefehl der Sonderstrafat. Der Vertreter werde damit nicht selbst zu einem Sondersubjekt, sondern einem solchen nur gleichgestellt (S. 117, 235). Eine derartige Analogie setze voraus, dass die betroffenen Straftatbestände ein von der formellen Stellung unabhängiges Unrechtselement enthielten (S. 122).

4. *Ceffinato* vertritt die These, nur der Sonderpflichtige könnte Sonderpflichten delegieren (S. 234, 257, auch 291 f.). Sie wirft Fragen auf: Kann der Verband, der laut *Ceffinato* nicht selbst strafrechtlicher Pflichtenadressat ist (S. 92 ff.), nicht selbst delegieren? Wie sollen dann Gesellschafter, die nicht selbst sonderpflichtig sind (S. 265) ein sonderpflichtiges Organ

bestellen? Besteht wirklich eine Vereinbarkeit seiner These mit der gesetzlichen Insolvenzantragspflicht der Gesellschafter im Fall der Führungslosigkeit (S. 282)?

5. Gleichgestellt werden könne mit § 14 Abs. 1 und 3 StGB (S. 241) nur die eigene Sonderpflicht des Vertreters, resultierend aus der Funktionsübernahme (S. 235 f.). Dazu bedürfe es u.a. deshalb eines Rechtsgrundes, also einer Vorschrift, um nicht den Passiven vor dem Hilfsbereiten zu privilegieren (S. 237 ff.). Ein kluger Gedanke, ein hehres Ziel. Aber knüpft es auch an die rechtstatsächliche Situation an? Ist sie psychologisch nicht eher umgekehrt gelagert? Versteckt sich nicht vielmehr der Aktive Informelle hinter dem formell pflichtigen Passiven?

6. Zentrale Bedeutung für seine konkreten Ergebnisse kommt *Ceffinatos* Einteilung der nicht von jedermann erfüllbaren Delikte, also solcher, hinsichtlich derer die taugliche Täterschaft von Umständen abhängt, die über die bloße Personalität hinausgehen, in *Sonderunrecht* einerseits und bloßer *Beschränkung des Geltungsumfangs* eines Allgemeindelikts andererseits zu (S. 126, auch S. 153 ff., 202, dort zudem auch zu § 288 StGB). Entgegen der h.M. versteht *Ceffinato* die wortgleichen Statusmerkmale in § 28 StGB und in § 14 StGB inhaltlich identisch (S. 44, 108 f., 332 ff.) und sieht im *Schuldner* weder für § 14 StGB noch im Hinblick auf § 28 StGB ein besonderes persönliches Merkmal. Das bedeutet, daß *Ceffinato* § 14 nicht allgemein auf den Bankrott (z.B. nicht auf Beiseiteschaffen, § 283 Abs. 1 Nr. 1. StGB) anwendet – und die Vorschrift damit, weil für Vertreter nicht einschlägig, entkernt (S. 127 f., 344; a.A. BGH, Beschl. v. 22.1.2013, 1 StR 233 bzw. 234/12, NJW-Special 2013, 153 bzw. BGHSt 58, 115 ff., die Anwendbarkeit des § 28 StGB jeweils bejahend).

Maßgeblich ist für *Ceffinato*, ob ein Rechtsgut auch von Extranen verwirklicht werden könne. Ob diese Argumentation durchgreift, muss hier dahinstehen. Als Beleg dafür geltendes Recht, im Hinblick auf § 283 StGB: § 283d StGB, anzuführen, ist zwar de lege lata nichts Verkehrtes. Was aber trägt das zum Verständnis, zur Definition, zur vom Verfasser vorgenommenen Abgrenzung bei? Schützte § 283 StGB ohne § 283d StGB ein Sonderrechtsgut? Handelte es sich dann beim Abstellen auf den Schuldner um ein Sonderdelikt? Wohl ja, arg. unten 7 (zu S. 130). Müsste dann nicht § 14 Abs. 3 StGB, erst recht § 14 Abs. 3 S. 2 StGB-E aus dem Sonderunrecht des Statusinhabers ein Allgemeindelikt werden lassen? Oder verhinderte gerade dies die bloße Gleichstellung?

7. Sonderunrecht als Verletzung einer qualitativ gesteigerten Sonderpflicht (S. 134), z.B. Schutz von Eltern gegenüber Kindern (S. 133), kann nach *Ceffinato* nur vom Verpflichteten selbst und von niemand Dritten verwirklicht werden (129 f.). Sonderunrecht schütze ein Sonderrechtsgut, wie es von der Rechtsordnung nicht vorgefunden, sondern nur konstruiert werden könne (S. 130).

8. Ein bestellter aktiver Organwalter sei stets sonderpflichtig, ohne dass alle seine Pflichten Ausfluß der Sonderpflicht wären (S. 245): Die eigene Sonderpflicht folge aus der eigenen Rechtsstellung (S. 246). Letztere habe der Extrane gerade nicht inne (S. 247). Sie folge nicht allein aus tatsächlicher Übernahme, sodass der faktische Organwalter eben nicht wie ein förmliches Organ hafte (S. 262 ff.). Eine Ausnahme davon mache (neben § 14 Abs. 3 StGB) auch § 14 Abs. 2 StGB. Nötig dafür sei das vorherige Einverständnis des bestellten Organs, nicht das der Gesellschafter, da diese gerade nicht sonderpflichtig sind (S. 265, auch S. 279, 330 ff.). Auch den Adressaten von § 14 Abs. 2 träfen eigene Pflichten (S. 283), aber nur bei Übernahme der Zuständigkeit insgesamt, nicht allein einzelner Pflichten (S. 284; zumindest ähnlich BGHSt 58, 10 ff.).

9. Ebensowenig wie die bloße faktische Übernahme genüge die rein formale Bestellung bereits für sich allein zur Begründung einer Sonderpflicht (S. 247). Die Garantie für das Rechtsgut setze vielmehr kumulativ beides voraus, beim formell Bestellten also zusätzlich noch die tatsächliche Übernahme der Pflichtenstellung. Damit verneint *Ceffinato* (in Durchbrechung seines zivilrechtsakzessorischen Verständnisses) sowohl den in Zivil- wie Strafrecht nahezu unangefochtenen Grundsatz der Allzuständigkeit (Beispiel: zerstöre der technische Vorstand die Handelsbücher, so handele er nicht als Organ, sondern hafte lediglich als Extraner, S. 254) als auch die Pflichtenstellung des Strohmanns (S. 262). Er privilegiert damit den Passiven gegenüber dem Aktiven (was er zuvor vermeiden wollte, S. 239). Trotz dieses kaum vertretbaren Ausgangspunkts lassen die Konsequenzen aufhorchen: Sein Verständnis habe die höchst begrüßenswerte Folge, dass kein Inkompetenter den im anderen Ressort Kompetenten mehr kontrollieren müsse (S. 248, 273, 288). Die Gesamtverantwortung (unklar, S. 299: de lege lata nur gemäß § 130 OWiG? Also gerade nicht strafrechtlich?) beschränke sich da-

mit auf die gemeinschaftliche Übernahme von Pflichten und auf ressortübergreifende Ausnahmesituationen (S. 249). *Ceffinato* stellt hier einen Vergleich mit der Haftung der Geschäftsleiterebene gemäß § 831 BGB an. Sie beschränke sich auf organisatorische Strukturentscheidungen und auf die Wahrung der Kontrollpflichten (S. 261). Das erscheint als vergleichbar mit der h.M. zur Haftung für Umstände, die die Gesellschaft als Ganzes betreffen, führt aber zu einer Umkehrung des Regel- Ausnahme-Verhältnisses (S. 274; ähnlich für die Fälle des § 14 Abs. 2, S. 286 ff.).

10. Sein dogmatisches Gebäude hätte *Ceffinato* nicht konstruieren können, verneinte er nicht (in ausdrücklicher Ablehnung, S. 215, Fn. 59, des gegenteiligen Ergebnisses der Dissertation von *Brand*, Untreue und Bankrott in der KG und GmbH & Co KG, 2010, S. 246 f.), dass juristische Personen (S. 92 ff.) und rechtsfähige Personengesellschaften (S. 316) mangels eigener Handlungsfähigkeit Adressaten auch strafrechtlicher Pflichten seien – eine neuerliche Durchbrechung seiner zivilrechtsakzessorischen Sicht des Strafrechts. Damit reißt er eine Lücke in die Kette der Zurechnung von Verantwortung: Der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH sei nicht mittels doppelter Anwendung des § 14 StGB Adressat der Pflichten der KG (S. 92 ff., 207 f., 213). *Ceffinato* bietet aber Hilfe in doppelter Hinsicht an: de lege lata könne der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH als ‚sonstiger Beauftragter‘ i.S.d. § 14 Abs. 2 StGB angesehen werden (S. 376). De lege ferenda schlägt er eine entsprechende Ergänzung des § 14 Abs. 1 StGB vor (S. 388).

11. Aktuell ist seine Ablehnung der Auffassung, die juristische Personen und rechtsfähige Personengesellschaften selbst als Adressaten strafrechtlicher Pflichten ansieht, im Hinblick auf die politischen Überlegungen zur Einführung eines Verbandsstrafgesetzbuchs. Laut *Ceffinato* kann ein Extraneus auch nicht mittelbarer Täter der juristischen Person selbst sein (S. 93 ff.). Das ist von seinem Ausgangspunkt her stimmig, letzterer aber nicht zwingend. Im Hinblick auf das zivilrechtsakzessorische Verständnis des Strafrechts ist es erklärungsbedürftig, will man den Verband, den die zivilrechtlichen Pflichten als solchen treffen, strafrechtlich als bar jeglicher Pflichtenstellung begreifen. Liegt es nicht viel näher, mit der h.M. die Wahrnehmung der Pflichten des Verbands von seinem Organ zu verlangen, also dieses strafrechtlich für die auch in strafrechtlicher Hinsicht anzunehmende, aber de lege lata ihm selbst gegenüber nicht strafbewehrte Pflichtverletzung des Verbands haften zu lassen? *Ceffinato* betrachtet hingegen nur die natürliche Person als Adressaten strafrechtlicher Pflichten. Das entbehrt nicht einer immanenten Logik, geht es doch bei der Frage nach der Strafbarkeit des Organs nicht darum, dessen Verstöße dem Verband zuzurechnen (S. 294 und 296, Fn. 410: ausdrücklich entgegen *Brand*, a.a.O., S. 250, und *Hoffmann*, Untreue und Unternehmensinteresse, 2010, S. 202), sondern umgekehrt um den Umfang der strafrechtlichen Pflichten des Organs. Diese ließen sich jedoch auch als Zurechnung von Verstößen des Verbands selbst begreifen, während bei *Ceffinato* zivilrechtliche Pflichten des Verbands unmittelbar zu strafbewehrten Pflichten des Organs werden, ohne dass der Verband dabei eine eigene strafrechtliche Rolle spielen würde. Bedarf es dann strafrechtlich überhaupt noch der Berücksichtigung des Verbands, und wenn ja, in welcher Weise?

Ceffinato stellt auch (in bewußter Ablehnung der im KK-OWiG, § 30, Rn. 1 und 8 entwickelten Systematik *Rogalls*) nicht auf das Organ selbst ab, sondern auf den Organwalter (S. 96 f.). Es wäre interessant, einmal dem Gedanken nachzugehen, ob nicht etwa ein faktisches Organ als mittelbarer Täter des bestellten und die Ausübung der Organrolle bewusst dulden- den, also seine Pflichterfüllung unterlassenden bzw. delegierenden Organwalters betrachtet werden könnte.

§ 30 OWiG stellt für *Ceffinato* kein Gegenargument für seine Ablehnung der Annahme einer strafrechtlichen Pflichtenstellung des Verbands selbst dar (und selbst wenn, dann gälte dies nur für das OWiG): Die Bestimmung knüpfe an außerstrafrechtliche Pflichten an, die sich nur zufällig mit strafrechtlichen deckten (S. 226 ff.) – ein formales Argument ohne (erkennbaren) inhaltlich-materiellen Gehalt. Die strafrechtliche Inpflichtnahme eines Verbandes hält er für unzulässig (S. 98), gar verfassungswidrig (S. 216; etwas moderater, und wohl de lege ferenda Raum für ein Verbandsstrafgesetzbuch lassend, S. 219): Für die generell mögliche Aufteilung strafrechtlicher Verantwortlichkeit bleibe nichts zu verteilen, wenn bereits eine Stelle, eben das Organ, für das volle Unrecht verantwortlich sei (S. 98 f.; anders ausdrücklich *Brand*, a.a.O., S. 245)

12. Laut *Ceffinato* bestehen die Organpflichten nur nach innen, also nur gegenüber der juristischen Person (S. 223, S. 240 f.). Das Strafrecht dürfe sie aber nach außen (zu Pflichten gegenüber Dritten oder der Allgemeinheit) erweitern. Es ist fraglich, ob es dieser ‚Befugnis‘

bedarf. Die Diskussion um die Außenhaftung des Compliance Officers im Anschluss an BGHSt 54, 44 ff. beschränkte sich nicht nur auf das Strafrecht. Auch die zivilrechtliche Haftung ist nicht ausschließlich Folge verletzter Verbandspflichten. Das sieht *Ceffinato* für die (auch zivilrechtliche) Geschäftsherrenhaftung genauso: sie knüpfe an Organpflichten an, nicht an die Pflichten des Verbands (S. 224 f.), sichere strafrechtlich allerdings lediglich Allgemeinpflichten (S. 256 f.) und führe zur Haftung für Vorsatztaten von Untergebenen, wenn diese Folge von Organisationsmängeln seien (S. 274).

13. Die Abgrenzung zwischen § 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB und § 266 StGB im Hinblick auf das Beiseiteschaffen und damit der Streit um die Interessentheorie stellt für *Ceffinato* kein Problem dar (S. 294 f.): weil die Schuldnerereignischarakter kein besonderes persönliches Merkmal sei, gälte § 14 StGB für das Beiseiteschaffen (seitens eines Organs) und wohl auch für andere Alternativen des § 283 StGB sowieso nicht (dazu oben 6). Abzugrenzen seien vielmehr §§ 266 und 283d StGB (S. 294, 344 f., 355 f.). Letzterer sei zwar zu eng gefasst – doch das könne nur der Gesetzgeber ändern (S. 387).

Im Hinblick auf die Einhaltung von Sonderpflichten durch das Organ (wohl sogar die konkrete Pflichtenstellung als solche betreffend) stelle sich jedoch generell (S. 294), damit also sowohl für § 266 StGB als auch in Bezug auf § 283d StGB, die Frage nach der Reichweite der Einwilligungsfähigkeit. Für die Untreue entschärft *Ceffinato* das Problem dadurch, dass er die Gesellschafter als jedenfalls nicht selbst dispositionsbefugt ansieht, sodass ihnen (wie der GmbH selbst) die Zuständigkeit für die Einwilligung fehle (S. 380 f.). Das mag ein pragmatisches Argument sein, beantwortet aber die Frage nach den Grenzen der Einwilligungsfähigkeit nicht und wird auch dem Rechtsgut, Schutz der Vermögensinteressen, bestenfalls dann gerecht, wenn man diejenigen der juristischen Person mit der Rechtsprechung als selbständig und damit als auch gegenüber den Gesellschaftern geschützt betrachtet. Dies aber ist in der Literatur gerade heftig umstritten. Ähnlich strukturiert ist die Frage nach den Grenzen der Einwilligungsfähigkeit in innerhalb seines Zuständigkeitsbereichs liegendes rechtswidriges Handeln des Vertreters, ursprünglich diskutiert von *Brand*, a.a.O., S. 235 ff. und NSTz 2010, 9 ff., 11, im Hinblick auf das Verständnis eines Handelns als Organ in der Diskussion um die Abgrenzung zu allgemeinem Handeln nach dem Ende der Interessentheorie. Den Hintergrund bildet die Konstruktion des § 283 StGB als Delikt des Schuldners gegen sich selbst (S. 355). Während *Brand* deswegen rechtswidriges Handeln des Organs der juristischen Person nicht zurechnen kann und deswegen in solcher Konstellation ein Handeln als Organ verneint, stellt sich für die Dogmatik *Ceffinatos* umgekehrt die Frage, wieweit Handeln der juristischen Person dem Organ zugerechnet, hier also zu Gute gehalten werden kann. Dafür sind nicht nur die Grenzen der Einwilligungsfähigkeit als solche zu klären – und zu verneinen, legt man die Auffassung *Ceffinatos*, es könnten nur eigene Pflichten delegiert werden (dazu oben 4), auch hier zugrunde: Mangels eigener Einwilligungsfähigkeit in eigenes rechtswidriges Handeln müsste auch die Einwilligung in rechtswidriges Handeln eines Dritten ausscheiden. Käme sie hingegen in Betracht, und dies dürfte im Rahmen der Disposition über eigene Rechtsgüter zumindest diskutabel sein, so stellte sich erneut das Problem der Zuständigkeit.

14. In seinen ausführlichen Überlegungen zu § 14 Abs. 2 StGB (S. 252, v. a. aber S. 321 ff.) gelangt *Ceffinato* zu dem Ergebnis, das Erfordernis ausdrücklicher Beauftragung bei § 14 Abs. 2 Nr. 2 StGB schütze sowohl den Delegationsempfänger als auch das Rechtsgut, weil ohne ausdrückliche Beauftragung der Delegierende und damit der ursprüngliche Garant verpflichtet bleibe.

15. *Ceffinato* bekennt sich als Anhänger der Vertretertheorie und verwirft daher für sich die Organtheorie (S. 224). Seine Erkenntnisse grenzt er zur Lehre vom Pflichtdelikt (*Roxin, Radtke, Rogall*) ab (S. 180 ff., 299 ff.) und wendet sie auf verschiedene Strafbestimmungen und auf von der Rechtsprechung entschiedene Fälle an (S. 344 ff.). Dabei lehnt er die untreurechtliche Konzernrechtsprechung (Bremer Vulkan, BGHSt 49, 147 ff., und Refugium, BGHSt 54, 52 ff.) rundheraus ab (S. 349, 377 f.). Wenn man seine Dogmatik taufen will, könnte man sie vielleicht als *Theorie der Sonderpflichten* bezeichnen. Sonderpflichtdelikte sind danach allein §§ 170, 266a, 283 Abs. 1 Nrn. 5 und 7, 283b, 325 und 325a StGB, § 21 Abs. 1 Nr. 2 StVG, Arbeitsschutzvorschriften des Nebenstrafrechts und § 130 OWiG (S. 387 f. mit Skizze S. 390 f.).

III. Was bleibt? Ein faszinierendes Gedankengebäude, eine bewundernswerte wissenschaftliche Leistung, die einen großen Bogen schlägt von theoretischen Tiefen bis hin zur Lösung von Rechtsfragen auch in juristischen Mikrokosmen. Ob zweifelnde Anmerkungen und

Nachfragen, wie sie vorstehend formuliert sind, zur Relativierung zwingen, kann erst die Zukunft zeigen.

Der unmittelbare praktische Nutzen dürfte sich hingegen in Grenzen halten. Verteidiger finden allerdings nicht nur zusätzliche Argumente gegen die täterschaftliche Haftung faktischer Organe, sondern auch eine größere Anzahl von Erwägungen, die – z.T. strategische – Angriffe gegen die Strafbarkeit bestimmter Verhaltensweisen erlauben (wie z.B. die ‚Entkernung‘ von § 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB). Ob die Strafjustiz *Ceffinato* folgen wird? Angesichts mancher doch arg konstruiert wirkender und sehr feinsinnig ausiselierter Argumentationslinie spricht keine große Wahrscheinlichkeit dafür, daß die Rechtsprechung, sei es zu Recht, sei es zu Unrecht, seiner einschränkenden Interpretation des § 14 StGB im Hinblick auf die Erfassung allein von Statusinhabern und das selbst nur bei deren auch formell einwandfreier Bestellung folgen wird. Auch der Entkriminalisierung wirksam Besteller, aber Einflussloser (vulgo: von Strohleuten) dürfte trotz einiger Anhänger (KG, NSTZ-RR 2001, 173 f.; OLG Hamm, wistra 2002, 313 ff.; *Sahan*, FS Imme Roxin, S. 295 ff.) keine große Gefolgschaft beschieden sein.

Wenngleich noch deutlich ausbaubedürftiges, aber zur Lösung aktueller Fragen nutzbares Potential bieten hingegen *Ceffinatos* Überlegungen zur Konturierung der Haftung im Falle vertikaler wie horizontaler Delegation – trotz seines alles andere als überzeugenden Ausgangspunkts (oben II 9). Dabei ist weniger bedeutsam, ob man ihm in den (z.T. zweifelhaften) Einzelergebnissen folgt oder nicht. Verdienstvoll ist vielmehr allein schon der Versuch, dem vorsichtigen Tasten von Rechtsprechung und Literatur mit einem dogmatischen Konzept zu begegnen. Den Ergebnissen der Praxis wird man einen Gerechtigkeitsgehalt nicht absprechen können. Auch der Kern der Haftung des Delegierenden mit dem Wandel eigener Durchführungs- in Organisations-, Instruktions- und Überwachungspflichten dürfte inzwischen ausreichend rechtssicher gefestigt sein. Einen Orientierung bietenden übergreifenden Leitgedanken herauszuarbeiten, wäre gleichwohl sinnvoll und für die Praxis hilfreich. Der Schwerpunkt der diesbezüglichen Ausführungen *Ceffinatos* liegt allerdings weniger auf der Suche nach einem derartigen übergreifenden Aspekt – verständlicherweise, denn diese Passagen stellen lediglich eine Art Nebenprodukt seiner Untersuchung dar. „Die“ Grundidee ist damit aber eben noch nicht freigelegt. Mit dem Hinweis, es gälte zu vermeiden, dass Fachfremde Kenner der Materie im Blick haben müssten, wie es die h.M. verlange, und dass es sinnvoller sei, die Zuständigen würden sich auf das konzentrieren, wovon sie etwas verstehen, hat *Ceffinato* allerdings den Finger in eine offene Wunde gelegt. Es dürfte eine lohnende Aufgabe sein, dieses Thema aufzugreifen und zu prüfen, ob und wenn ja, wie es möglich sein könnte, den Bedürfnissen der Delegierenden Rechnung zu tragen, ohne den weniger Gutwilligen das Schleichen aus der Verantwortung allzu sehr zu erleichtern.

Rechtsanwalt Dr. Norbert Wess, LL.M., MBL, Wien

Edgar Jousen: Sicher handeln bei Korruptionsverdacht, Leitfaden zur schnellen Aufklärung in der Praxis

Erich Schmidt Verlag, 2010, 34,95 €

I. Einleitung

Gerade in Zeiten zunehmender Sensibilisierung von international agierenden Unternehmen, (Strafverfolgungs-)Behörden und nicht zuletzt auch der breiten Öffentlichkeit betreffend Wirtschaftskriminalität, ist ein sicheres Abhandeln von Korruptions(verdachts)fällen von immer größerer Bedeutung. Durch zielgerichtetes und entschlossenes Handeln der Entscheidungsträger lassen sich die neben dem finanziellen Schaden drohenden Imageschäden abwenden oder zumindest begrenzen.

Der Autor war nahezu 10 Jahre als Ombudsmann der Deutschen Bahn führend an der Aufklärung von Korruptionsfällen beteiligt. Diesen umfassenden Erfahrungsschatz lässt er in das vorliegende Werk einfließen. Er bietet dabei einen sehr anschaulichen und vor allem praxisrelevanten, in 11 sog. „Bausteine“ gegliederten, Handlungsbeleg für den Zeitraum nach Auftreten eines Verdachtsfalles, dessen Lektüre für den interessierten Praktiker jedenfalls von großem Nutzen ist.

II. Das Werk

Das vorliegende Buch ist, wie bereits beschrieben, in 11 „Bausteine“ gegliedert, welche thematisch jeweils einem bei der Abhandlung von Korruptionsfällen besonders wichtigen Themenkreis gewidmet sind. Am Ende jedes dieser Kapitel findet sich eine kurze Zusammenfassung des zuvor erörterten Themas, welche einen schnellen Überblick gewährleistet, und auch nochmals das Bewusstsein für das soeben behandelte Thema schärft.

1. Informationsgewinnung durch Ombudsmann und Vertrauensanwalt

Aus Sicht des Autors stellt die Informationsbeschaffung das größte praktische Problem bei der Korruptionsbekämpfung dar. In diesem Zusammenhang plädiert der Autor für die Bestellung eines Ombudsmannes durch das betroffene/gefährdete Unternehmen. Dabei soll es sich um einen selbstständigen, und daher mit einem umfassenden Aussageverweigerungsrecht ausgestatteten, Rechtsanwalt handeln. Dieser sollte Hinweise auf Korruptionsfälle – unter Zusicherung der Anonymität des Hinweisgebers – vertraulich entgegennehmen und sie anonymisiert und plausibilisiert an das Unternehmen weiterleiten. Darüber hinaus sollte die Funktion des Ombudsmannes allerdings nicht auf diese „Postfunktion“ beschränkt bleiben. Der Ombudsmann sollte einen Korruptionsfall sogar bis zu einer eventuellen Schadenswiedergutmachung weiterhin begleiten, um so auch sicherzustellen, dass keine relevanten Informationen verloren gehen.

Weiters plädiert der Autor für eine hohe hierarchische Anbindung des Ombudsmannes, und begründet dies mit der, durch die kurzen Informationswege gewährleisteten, Vertraulichkeit sowie mit der damit auch verbundenen Signalwirkung im Unternehmen selbst.

2. Interne Zuständigkeit

Der Autor spricht sich dafür aus, die im Rahmen der Korruptionsbekämpfung notwendige Sachaufklärung bei der Revisionsabteilung anzusiedeln. Der Revisionsabteilung sollte dabei sinnvollerweise ein Rechtsanwalt zur Seite gestellt werden.

Zur Bündelung von Informationen sowie zur Abstimmung der diversen handelnden Stellen (Revision, Recht, Personal etc) empfiehlt der Autor weiters die Einrichtung eines Lenkungs-kreises (Compliance Committee), welchem die Kompetenz zukommen sollte, die Aufnahmen von Ermittlungen zu beschließen, sowie deren Ergebnisse entgegenzunehmen.

3. Grundsätze zur Aufklärung von Korruptionsverdachtsfällen

Bei der Aufklärung von Korruptionsverdachtsfällen sollte nach Ansicht des Autors darauf geachtet werden, kontinuierlich sämtliche Verdachtsfälle bzw. den zugrundeliegenden Sachverhalt restlos aufzuklären. Bagatellfälle sollten dabei keinesfalls außer Acht gelassen werden. Auch sollte der bestellte Ombudsmann stets in den für die Aufklärung relevanten Informationskreislauf eingebunden sein. Weiters ist auf eine umfassende Dokumentation von Entscheidungen sowie des eventuellen Verfahrensabschlusses Bedacht zu nehmen.

4. Unternehmensinterne Voraufklärung

Ab dem Bestehen einer Verdachtslage sollte nach Ansicht des Autors zunächst verifiziert werden, ob ein strafrechtlich relevanter Anfangsverdacht vorliegt, ab welchem die Strafvermittlungsbehörden hinzuzuziehen wären. Die dafür notwendige Aufklärung sollte objektiv und neutral erfolgen, sowie von dem Grundsatz getragen sein, so viel Materialien und Unterlagen wie möglich zu sichern, da die unternehmensinternen Ermittlungen mit Fortdauer des Prozesses immer schwieriger werden.

Für diese sog. Vorermittlungsphase haben sich in der Praxis vier Phasen herausgebildet:

1.) Zunächst ist ein eingelangter Verdachtsfall zu plausibilisieren. 2.) Danach sollte der Verdachtsfall intern kommuniziert und sodann über das weitere Vorgehen entschieden werden. 3.) In Phase drei findet die eigentliche Sachaufklärung statt. 4.) Schlussendlich sollte ein dafür gebildetes Gremium (bspw. der Lenkungskreis) über das weitere Vorgehen entscheiden.

5. Checkliste für unternehmensinterne Ermittlungen

Der Autor tritt bei der Aufklärung von Korruptionsverdachtsfällen dafür ein, die tätigen Ermittlungsbehörden als Partner anzusehen und diese konstruktiv bei ihren Tätigkeiten zu unterstützen.

Eventuell betroffene eigene Mitarbeiter des Unternehmens sollten in der Regel vom Dienst freigestellt oder beurlaubt werden. Damit zusammenhängend sind Geschäftsunterlagen und Arbeitsgeräte einzuziehen sowie EDV-Zugänge zu sperren. Erteilte Vollmachten sollten widerrufen werden.

So bald als möglich sollte weiters die umfassende Beweissicherung stattfinden

Es sollte auch geprüft werden, ob laufende Geschäfts- und Zahlungsvorgänge anzuhalten sind bzw. ob noch im Geschäftsgang befindliche Vorgänge gesperrt bzw. storniert werden sollen.

Ebenso sollte überprüft werden, auf welcher Grundlage nunmehr Strafanzeige zu erstatten ist. Eventuelle arbeitsrechtliche Maßnahmen wird der Ermittler nicht vornehmen, sondern nur deren angemessene Ergreifung veranlassen können.

Berücksichtigt sollte selbstverständlich werden, wenn ein Mitarbeiter verhaftet worden ist. Hier ist von einem besonderen Zeitdruck hinsichtlich zu ergreifender Maßnahmen auszugehen.

Auch die Unternehmenskommunikation ist zu unterrichten. Eventuelle Presseveröffentlichungen sollten jedoch nach Möglichkeit mit der zuständigen Staatsanwaltschaft abgeprochen werden.

Jedenfalls sind sämtliche der hier aufgezeigten Schritte umfassend zu dokumentieren, um so Informationsverlusten vorzubeugen und die zuständigen Gremien entsprechend informieren zu können.

6. Daten- und Beweissicherung

Bei der Aufklärung von Korruptionsverdachtsfällen sind der Sicherung von Arbeitnehmerdaten regelmäßig durch datenschutz- und arbeitsrechtliche Bestimmungen Grenzen gesetzt.

Die Kontrolle von dienstlichen Schriftstücken und Daten ist im Rahmen der Aufklärung von Korruptionsverdachtsfällen uneingeschränkt zulässig. Zugelassene – oder auch bloß geduldete – Privatnutzung der betrieblichen Computer steht einer Kontrolle durch das Unternehmen jedoch im Allgemeinen bereits entgegen.

In diesem Zusammenhang empfiehlt der Autor die Nutzung der internen Datenkommunikation einer Betriebsvereinbarung zu unterwerfen, in welcher auf Kontrollrechte des Arbeitgebers hingewiesen wird.

7. Weitergehende Beweissicherung

Der Autor versucht im Rahmen dieses Bausteines beim Leser das Bewusstsein für die Probleme weitergehender Beweissicherungen wie Videoüberwachung, der Aufzeichnung von Telefonaten oder den Einsatz von Detekteien zu schärfen. Diese Maßnahmen stehen gewöhnlich in einem Spannungsverhältnis mit Persönlichkeitsrechten der betroffenen Mitarbeiter.

Videoüberwachungen sind auf eine konkrete Anlasstat zu beschränken. Weniger einschneidende Maßnahmen müssen bereits ausgeschöpft sein. Überhaupt muss die Maßnahme auch dem Gebot der Verhältnismäßigkeit entsprechen.

Das Abhören von Telefonaten kann unter Umständen durch das Vorliegen einer für das betroffene Unternehmen notwehrrähnlichen Lage gerechtfertigt erscheinen. Das Unternehmen muss sich insofern in einem Beweisnotstand befinden, als es von gegen sich selbst ge-

richteten Straftaten ausgehen muss, den entsprechenden Verdacht jedoch bisher nicht einwandfrei nachweisen konnte. Im Rahmen einer Abwägung muss das Aufklärungsinteresse des Unternehmens, die Persönlichkeitsrechte des Verdächtigen deutlich überwiegen.

Hinsichtlich des Einsatzes von Detekteien weist der Autor auf die nicht unproblematische Auswahl einer seriösen Detektei sowie auf die zu erwartenden hohen Kosten hin. Sollte sich das betroffene Unternehmen für den Einsatz einer Detektei entscheiden, sollte jedenfalls der Auftragsgegenstand und die Art und Weise der Ermittlungen vereinbart werden. Die Überwachung eines Beschäftigten durch eine Detektei ist jedenfalls bei einer gegebenen schweren Verdachtslage sowie bei gewahrter Verhältnismäßigkeit und einer erfolgten Interessensabwägung zulässig. Abschließend weist der Autor noch auf die Möglichkeit hin, Detektivkosten unter Umständen im Wege einer Schadenersatzklage ersetzt zu bekommen.

8. Befragung von Mitarbeitern

In Fällen, in denen ein Tatverdacht weder ausgeräumt noch entsprechend erhärtet werden konnte, kann das direkte Gespräch mit einem betroffenen Mitarbeiter oft die einzige Möglichkeit sein, die Aufklärung eines Korruptionsverdachts weiter voranzutreiben. Dabei ist jedoch zu beachten, dass dies nur zum Preis der frühzeitigen Offenlegung der prinzipiell geheimen Sachverhaltsermittlung geschehen kann.

Ein Arbeitnehmer ist betreffend seines unmittelbaren Arbeitsbereiches zu umfassender und uneingeschränkter Auskunft verpflichtet und muss sich dabei gegebenenfalls auch selbst belasten.

Außerhalb des unmittelbaren Arbeitsbereiches kann eine eingeschränkte Auskunftspflicht, abhängig von der Treuepflicht des Arbeitnehmers, gegeben sein. Dabei ist jedoch zu beachten, dass der Arbeitnehmer zu Fragen, bei denen er sich einer Pflichtverletzung oder einer Straftat bezichtigen würde, die Auskunft verweigern kann.

Bei solchen Befragungen besteht grundsätzlich kein Anspruch des Arbeitnehmers, einen Rechtsanwalt beizuziehen. Unter Umständen muss jedoch ein Betriebsrat beigezogen werden. Auch ist das Bundesdatenschutzgesetz bei der Befragung des Mitarbeiters zu beachten.

Ergänzend weist der Autor darauf hin, dass die Befragung von Mitarbeitern, welche nicht unter Strafverdacht stehen, zumeist unproblematisch ist.

9. Zusammenarbeit mit den Ermittlungsbehörden

Der Autor weist an dieser Stelle mit Nachdruck darauf hin, dass eine offene und konstruktive Zusammenarbeit mit den Strafverfolgungsbehörden für ein, von einem Korruptionsverdachtsfall betroffenes, Unternehmen unabdingbar ist. Dringend empfiehlt der Autor dabei, dass sämtliche Kontakte mit den Ermittlungsbehörden nur über einen Rechtsanwalt laufen sollten, da dies zu Informationsbündelung führt, sowie eine juristische Vorabprüfung der Informationen möglich ist. So kann vor allem unter dem Gesichtspunkt des Mitverschuldens auch Schaden vom Unternehmen abgewendet werden.

Weiters können in diesem Zusammenhang Durchsuchungsmaßnahmen abgestimmt werden, und so nach Möglichkeit auch positiv nach außen dargestellt werden.

Unter dem Gesichtspunkt der Schadenswiedergutmachung kann es unter Umständen angebracht sein, die Staatsanwaltschaft zu geeigneten Maßnahmen der Rückgewinnungshilfe zu bewegen.

Durch gute Kontakte zur Staatsanwaltschaft können weiters Probleme, welche mit oftmals nicht gewährter Akteneinsicht auftreten, abgemildert werden.

10. Zivilrechtlicher Regress

Der Autor verweist in diesem Zusammenhang auf die äußerste Komplexität des zivilrechtlichen Regresses im Zusammenhang mit Korruptionsfällen.

Für geleistete Schmiergeldzahlungen scheidet ein Herausgabeanspruch aus, wenn bereits im Strafverfahren eine entsprechende Verfallsanordnung ergangen ist, wobei das geschädigte Unternehmen darauf zu achten hat, dass dies unterbleibt.

Als große Hürde bei der Verfolgung von Schadenersatzansprüchen wirkt, dass im Strafverfahren erfolgte Aussagen und Verurteilungen im Zivilverfahren gewöhnlich keinerlei Bindungswirkung entfalten.

Hat ein Geschäftsabschluss infolge einer Schmiergeldzahlung nachweisbar zu Nachteilen eines Geschäftsherrn geführt, kann dies in weiterer Folge zur Nichtigkeit aus diesem Grund abgeschlossener Verträge führen.

Der Autor spricht sich generell dafür aus, zivilrechtliche Ansprüche im Zusammenhang mit Korruptionsverdachtsfällen durch einen Vermögensarrest zu sichern. Dies sollte neben Vermögenssicherungsmaßnahmen der Strafverfolgungsbehörden geschehen. Zugunsten des Geschädigten gesicherter Vermögenswerte kann das geschädigte Unternehmen ein Vorrangverfahren durchführen, welches zu einem rangwahrenden Beschluss des Gerichtes führt.

Des Weiteren kann ein geschädigtes Unternehmen vermögensrechtliche Schadenersatz- und Herausgabeansprüche mit einem Adhäsionsantrag unmittelbar im Strafverfahren geltend machen. Auf diesem Wege kann das geschädigte Unternehmen auf das Strafverfahren Einfluss nehmen sowie einen entsprechenden rechtskräftigen Titel erlangen.

11. Arbeitsrechtliches Vorgehen

Der Autor bietet bei diesem Baustein einen Überblick über die arbeitsrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten, welche sich im Zuge des Auftretens von Korruptionsfällen ergeben.

Überwiegend wird der Arbeitgeber dem betroffenen Arbeitnehmer fristlos kündigen können, wenn nachweisbar begangene Straftaten vorliegen. Selbst in diesem Fall ist aber eine umfassende – meist zu Gunsten des Arbeitgebers ausgehende – Interessensabwägung vorzunehmen. Zu beachten ist dabei weiters die Beteiligung des Betriebsrates und die einzuhaltenden Kündigungsfrist von 14 Tagen. Bei unklarer Verdachtslage erscheint oftmals eine Verdachtskündigung wegen eines zerstörten Vertrauensverhältnisses die angemessene Reaktion des Arbeitgebers zu sein. Dabei ist jedoch eine Anhörung des Betriebsrates und des betroffenen Arbeitnehmers vorzunehmen. Weiters trifft den Arbeitgeber vor dem Ausspruch der Kündigung eine den dringenden Tatverdacht betreffende Aufklärungspflicht. Selbstverständlich steht einem betroffenen Unternehmen auch die außerordentliche Kündigung des Arbeitnehmers zu.

III. Zusammenfassung

Aus Sicht des Autors dieser Rezension, der selbst im Rahmen der Aufarbeitung von Korruptionsfällen in unterschiedlichen (auch staatsnahen) Unternehmen tätig war und ist, handelt es sich bei dem vorliegenden Werk um einen sehr gelungenen Leitfaden für den Umgang mit Korruptionsfällen. Das vorliegende Buch belegt eindrucksvoll, dass der Autor nicht nur theoretisches Grundlagenwissen zu vermitteln sucht, sondern seine in der Praxis gewonnenen Erfahrungen seinerseits an Praktiker weitergeben möchte.

Rechtsanwalt Dr. Christian Rathgeber, Mainz

Cornelia Inderst/Britta Bannenberg/Sina Poppe (Hrsg.): Compliance: Aufbau – Management – Risikobereiche

2. Aufl., Heidelberg u.a. 2013, 827 Seiten, 139,99 Euro

Schon der Umfang des vorliegenden Fachbuches von *Inderst, Bannenberg* und *Poppe* lässt erkennen, welche Bedeutung das Thema Compliance während der letzten Jahre gewonnen hat. Zwar macht es die schiere Breite des Themas unumgänglich, sich auf wesentliche Punkte zu beschränken. Dennoch ist den Autoren eine inhaltlich gut strukturierte und logisch aufgebaute Publikation gelungen.

Während sich die ersten vier Kapitel mit dem Begriff und den Grundlagen von Compliance und einer entsprechenden Unternehmensorganisation befassen, behandeln die folgenden vier Kapitel einzelne Risikobereiche. Zunächst erfolgt die obligatorische Begriffsbestimmung, die hier sehr präzise ausfällt und direkt auf die einschlägigen Vorschriften abstellt. Als zentrale Aussage stellen die Autoren fest, dass durchaus eine Rechtspflicht zur Einrichtung einer Compliance-Organisation bestehe, wobei jedoch nicht nach Art und Größe des Unternehmens differenziert wird. Vielmehr orientieren sie sich offensichtlich am Leitbild der Aktiengesellschaft. Dies ist in Kapitel 2 anders, welches detaillierter auf die rechtlichen Grundlagen für Compliance und auch auf rechtsformspezifische Besonderheiten eingeht. Daher hätten sich die Ausführungen in den ersten beiden Kapiteln durchaus in einem einzelnen Kapitel bündeln lassen. Als sehr nützlich erweisen sich im zweiten Kapitel die Ausführungen zur Rechtslage in Österreich und der Schweiz, gerade für die Beratung international aufgestellter Konzerne.

Weiterhin widmen sich die Kapitel 3 und 4 dem Aufbau einer Compliance-Abteilung und dem Compliance-Programm in der Praxis. Die Ausführungen sowohl zur Auswahl eines Compliance Officers als auch zur Verortung von Compliance-Elementen im Rahmen der Aufbau- und Ablauforganisation sind präzise formuliert und warten mit zahlreichen praktischen Beispielen auf. Hervorzuheben ist die detaillierte Auseinandersetzung mit dem noch recht neuen IDW PS 980 in Kapitel 4. Auch wird die häufig geäußerte Kritik nicht ausgeblendet, Compliance hindere Unternehmen am Erreichen ihrer betriebswirtschaftlichen Ziele.

Im Anschluss an diesen „Allgemeinen Teil“ des Werkes setzen sich die Autoren mit den „klassischen“ Risikobereichen (Kartellrecht, Korruption, Geldwäsche, Arbeitsrecht und Datenschutz) auseinander. Daneben werden aber auch die häufig vernachlässigten Themen Geistiges Eigentum, Steuern, Umweltrecht und Produktsicherheit bzw. Produkthaftung behandelt. Für sämtliche Risikobereiche werden konkrete und praxistaugliche Maßnahmen vorgeschlagen, teilweise mit übersichtlichen Checklisten und Muster-Formularen. Gerade aus der Sicht des internen oder unternehmensberatenden Praktikers erweisen sich solche Handlungsempfehlungen – losgelöst von ihren rechtlichen Grundlagen – als nützlich. Man hätte sich daher für jeden Risikobereich abschließende und umfassende Checklisten gewünscht. Eine solche für den Mindestinhalt einer Compliance-Intranetseite sowie ein Muster „Code of Conduct“ finden sich jedoch im Anhang.

Weil es sich bei Compliance stets um ein Querschnittsthema handelt, spielt die Darstellung im Rahmen eines Fachbuchs eine wichtige Rolle. Hier erörtern die Autoren im Anschluss an die wichtigsten Risikobereiche in Kapitel 6 das Risikomanagement und den Umgang mit besonderen Risikosituationen. Dazu gehören der Datenschutz im globalen Konzern, IT und elektronische Kommunikation, Dokumentenmanagement, Hinweisgebersysteme und die Compliance-Due Diligence. Bei diesem Aufbau kommt es zwangsläufig zu inhaltlichen Wiederholungen.

Die beiden letzten Kapitel behandeln getrennt zwei der für Compliance bedeutendsten Rechtsbereiche, das Strafrecht und das Aufsichtsrecht. Gut gelungen ist bereits der Einstieg zu Kapitel 7, wobei die Autorin unmittelbar die Perspektive einer internen Ermittlung einnimmt, anstatt isoliert die einzelnen Strafbarkeitsrisiken aufzuzeigen.

Aus der Masse der einschlägigen Publikationen hebt sich das von *Inderst, Bannenberg* und *Poppe* herausgegebene Werk zunächst durch die Vielfalt der Bearbeiter ab. Neben Rechtsanwälten sind dies u.a. Unternehmensberater, Wirtschaftsprüfer und Hochschullehrer. Indem die Autoren präzise formulieren und theoretische Streitigkeiten sehr kurz abhandeln, schaffen sie einen guten Zugang auch für den nicht juristisch ausgebildeten Leser. Das hier vorgestellte Fachbuch ist deshalb nicht nur den wirtschaftsberatenden Rechtsanwälten und Inhouse-Juristen zu empfehlen, sondern ebenso den sonstigen Verantwortlichen für eine Compliance-Organisation.