

Unternehmensstrafrecht

Rechtsanwalt Dr. Hanno Durth, Darmstadt

Strafrechtsunternehmen „Unternehmensstrafrecht“?

Im Zuge der Finanzkrise wurde die mangelnde moralische Orientierung der „Finanzwirtschaft“ beklagt und schon bald die Forderung laut, mit Hilfe des Strafrechts eine ethische Neuorientierung durchzusetzen. Angeknüpft wird damit an das bekannte Konzept, das das Strafrecht als den kleinsten moralischen Nenner einer Gesellschaft begreift. In diesem Zusammenhang wird die Verschärfung des Wirtschaftsstrafrechts im Allgemeinen und die „Einführung eines Unternehmensstrafrechts“ im Besonderen diskutiert.

Die folgenden Anmerkungen sollen in die komplexe Diskussion in groben Zügen einführen. Dazu ist auf höherer Ebene zunächst das Zusammenwirken von Politik, Wirtschaft und in der Folge auch von Recht und Ethik zu skizzieren. Diese Skizze wird man unstreitig auch anders zeichnen und die Dinge insgesamt auch anders sehen und konstruieren können.

I. Einführung¹

Das griechische Wort „polis“, aus dem wir den Begriff der Politik ableiten, bezeichnete ursprünglich die griechische Stadt und alles, was mit dem städtischen Leben zusammenhing, insbesondere die öffentliche Debatte. Im Gegensatz hierzu bezeichnete „oikos“ im antiken Griechenland die Haus- und Wirtschaftsgemeinschaft, die den eigentlichen Lebensmittelpunkt darstellte. In jedem Fall wurden beide als eigene Welten aufgefasst, und erst ihre Trennung erlaubte Differenzierung und den Aufbau von Wohlstand – individuell, aber auch gesellschaftlich.

Ethische Fragen, und das macht unter anderem den faszinierenden Kern der griechischen Tragödien aus, zeigen, dass diese Welten in Konflikt geraten können – dass das, was wirtschaftlich richtig ist, nicht politisch richtig sein muss. Politische Zweckmäßigkeitserwägungen können wirtschaftlichen Effizienz-, aber auch rechtlichen Gerechtigkeitsvorstellungen widersprechen.

Da wir in der Postmoderne keine absolute Gewissheit mehr über diese unterschiedlichen Rationalitäten besitzen, existieren sie nebeneinander, eine jede das Primat über die andere einklagend. Jede glaubt in lessingscher Weise an die Überlegenheit ihrer eigenen Logik, ohne dass sie diese den anderen gegenüber beweisen kann. Brüche zwischen diesen Rationalitäten erzeugen einen gesellschaftlichen Thematisierungsdruck, der sich – aufgrund des strukturellen Nichtverstehens – in moralischen Anklagen Luft verschafft: in der zeitgleichen

¹ Die folgenden systemtheoretischen Strukturen erfolgen in produktiver Ausbeutung der Ideen von Niklas Luhmann, ohne ihn für die verkürzenden und fehlerhaften Ausführungen in Anspruch zu nehmen.

Zuschreibung von ego und alter sowie gut und böse (wobei sich der Unterscheidende auf der Welt des Guten verortet).

Die Welt der Ethik ist daher die Welt der „tragic choices“, in denen entweder ein Wert gegen den anderen ausgespielt wird oder aber sich ein Wert so dominant erweist, dass er – dialektisch – nur noch Unheil hervorbringt. Ethische Analysen sind Sensibilisierungsprozesse zur Vorbereitung harter gesellschaftspolitischer Entscheidungen. Sie dienen einer Gesellschaft zur Selbstvergewisserung – gerade weil sie allzu oft nicht eindeutig entschieden werden können.²

Dem Recht kommt dann die Aufgabe zu, diese Entscheidungen zur Geltung zu bringen. Es ordnet so die Beziehung von Wirtschaft und Politik, aber auch sein eigenes Verhältnis zu diesen wie auch zur Ethik. Ethik, Politik und Recht haben gesellschaftliche Rationalitätskonflikte als Thema – Ethik bringt sie ans Licht, Politik bewertet sie, das Recht stabilisiert sie. Damit ist auch klar: die Ethik selbst kann keine Geltung von Rechtsnormen begründen. Sie hat eine andere Funktion. Zugleich ist aber auch klar, dass es grundsätzlich Aufgabe der Politik ist, die Zukunft zu gestalten, wie es grundsätzlich Aufgabe des Rechts ist, die Vergangenheit zu bewältigen.

Wenn nunmehr die Politik via Recht Einfluss auf die Ökonomie nehmen will, muss sie sich fragen: zu welchem politischen Nutzen? Oder konkreter: Wer wozu weshalb in der Wirtschaft bestraft werden soll, damit politische Vorteile für wen erreicht werden. Die Politik muss dies vor allen Dingen tun, um festzustellen, wann ihre Vertreter selbst Erfolg oder Misserfolg erfahren: wann ihre Verheißungen und Versprechungen unglaubwürdig werden und wann sich ihre Entscheidungen als mächtiges Instrument zur Erreichung von mehr Gemeinwohl erweisen. Der daraufhin einsetzende Zuschreibungsakt entscheidet dann über Aufstieg und Fall der jeweiligen Regierungs- oder Oppositionspartei.

Soll Recht als rechtspolitisches „Steuerungsinstrument“ eingesetzt werden, so muss es unter den Bedingungen des Rechts geschehen. Andernfalls erweist sich formale Rechtsmacht lediglich als Machtrecht, dessen Durchsetzung nur zu hohen sozialen Kosten möglich ist. Es ist dann politische Justiz und keine Justizpolitik. Auch dies kann politischen Vorteil erbringen, im Rechtsstaat hingegen strukturell eher Nachteile. Im Rechtsstaat ist es daher üblich, die Gesetzmäßigkeiten des Rechts vorab zu berücksichtigen. Dies gilt auch für die Gesetzmäßigkeiten des Strafrechts.

II. Annäherung an das Strafrecht

Das deutsche Strafrecht geht bisher grundsätzlich von einer individuellen Schuld aus. Dem liegt der Gedanke zu Grunde, dass eine Strafbarkeit nur in Betracht kommt, wenn dem Handelnden sein Verhalten auch vorwerfbar ist. Davon ausgehend, dass ein Mensch sich frei zwischen Recht und Unrecht entscheiden kann, gründet die Strafe immer auf den Vorwurf, dass sich der Täter falsch entschieden hat. Diese Fehlentscheidung kann vorsätzlich oder fahrlässig geschehen. Im Bereich des Wirtschaftsstrafrechts beinhaltet dies insbesondere den Vorwurf, dass innerhalb einer „Wirtschaftsgemeinschaft“ falsch und allzu oft auch zum Nachteil des Gemeinwohls entschieden wurde.

Die individualisierte Schuld verlangt ferner, dass diese Fehlentscheidung konkret zugerechnet werden muss. Es kann nicht unbeantwortet bleiben, wer falsch entschieden hat. Bisher kennt das deutsche Strafrecht nur die Strafbarkeit von natürlichen Personen. Die Ausweitung auf juristische Personen wirft nahe liegende Fragen der Strafzuweisung auf.

Dies verbindet sich mit einem dritten Problem: dem der Strafzwecke. Grundsätzlich unterscheidet man hierbei strafrechtlich zwischen absoluten und relativen Straftheorien, wobei

² Art. 14 GG: „Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen.“; Art 38 Abs. 1 HessVerf: „Die Wirtschaft des Landes hat die Aufgabe, dem Wohle des ganzen Volkes und der Befriedigung seines Bedarfs zu dienen. Zu diesem Zweck hat das Gesetz die Maßnahmen anzuordnen, die erforderlich sind, um die Erzeugung, Herstellung und Verteilung sinnvoll zu lenken und jedermann einen gerechten Anteil an dem wirtschaftlichen Ergebnis aller Arbeit zu sichern und ihn vor Ausbeutung zu schützen.“; Art. 39 Abs. 1 HessVerf: „Jeder Missbrauch der wirtschaftlichen Freiheit ... ist untersagt.“; Art 151 Abs. 1 Verfassung des Freistaates Bayern: „Die gesamte wirtschaftliche Tätigkeit dient dem Gemeinwohl, insbesondere der Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins für alle und der allmählichen Erhöhung der Lebenshaltung aller Volksschichten.“

die reine Vergeltungstheorie, die Strafe allein als ausgleichende Sühne definiert, aufgrund ihrer mangelnden rechtspolitischen Gestaltungsmacht hier von Desinteresse ist – zudem wird sie heute auch rechtlich von niemandem ernsthaft vertreten. Die Strafe soll nicht nur gerecht sein, sondern vor allem gesellschaftlich von Nutzen. Allerdings begrenzen die absoluten Straftheorien die Instrumentalisierung des Täters zu gesellschaftlichen Zwecken. Keine Strafe kann gesellschaftlichen Nutzen bringen, die als abgrundtief ungerecht empfunden wird; in der Anlass und Strafe nicht mehr in einem Verhältnis stehen. Wir lehnen daher die Todesstrafe ab, obwohl sie sich durch die absoluten Straftheorien ohne weiteres begründen ließe.

Bleiben als Begründung für staatliches Strafen die relativen Straftheorien, die man grob in spezialpräventive und generalpräventive einteilen kann. § 2 Strafvollzugsgesetz lautet:

„Im Vollzug der Freiheitsstrafe soll der Gefangene fähig werden, künftig in sozialer Verantwortung ein Leben ohne Straftaten zu führen (Vollzugsziel). Der Vollzug der Freiheitsstrafe dient auch dem Schutz der Allgemeinheit vor weiteren Straftaten.“

Im ersten Satz kommt die Spezialprävention zum Ausdruck, im zweiten die Generalprävention. Der Einzelne soll gebessert werden und dadurch die anderen geschützt werden. Die Spezialprävention setzt den behandlungsbedürftigen, aber auch -fähigen Täter voraus.

Die Generalprävention hingegen setzt in ihrer Form der Abschreckung den „homo oeconomicus“ voraus, der abwägend sich für das Gute entscheidet, weil das Böse ihn zu teuer kommt. Er prägt das Menschenbild der spieltheoretischen Ansätze. Die Erkenntnisse der Sanktionsforschung³ zeigen jedoch, dass der „homo oeconomicus“ in der Realität bestenfalls unterrepräsentiert ist. Unvernunft wird hier allzu oft mit Strafwürdigkeit verwechselt. Die Diktatur der Vernunft bestimmt dann, was strafwürdig ist, und nicht mehr der konkrete Mensch, mit seinen jeweils begrenzten intellektuellen Möglichkeiten oder emotionalen Bedürfnissen und seiner Eingewobenheit in soziale Beziehungen. Diese fehlergeneigte Eindimensionalität des Menschenbildes des „homo oeconomicus“ erleben tagtäglich die Verurteilten im Betäubungs- und Ausländerstrafrecht. Auch im Wirtschaftsstrafrecht wird man den „homo oeconomicus“ eher selten antreffen – dies zeigt schon die Überbewertung der habituellen Standesinsignien. Übermüdete Führungskräfte, die in einer deliktsgeneigten Unternehmenskultur einem unbarmherzigen Leistungsdruck ausgesetzt werden und denen noch nicht einmal die tagtäglichen Risiken einer zivilrechtlichen Haftung vor Augen stehen, werden von der Rechtsfolgenseite einer Strafnorm nur begrenzt erreicht. Der Mensch mit seinen Ängsten, Erfahrungen und unterbewussten Steuerungsmechanismen, eingebettet in sozialen Beziehungen zu anderen Menschen mit anderen Ängsten, Erfahrungen und Steuerungsmechanismen, taucht im Menschenbild des homo oeconomicus nicht auf – und dies gerade dann nicht, wenn sie abgerufen werden: in Krisensituationen. Dem Abschreckungsgedanken liegt vielmehr die Gefahr der Instrumentalisierung des Täters zur Abschreckung der anderen inne.

Die positive Generalprävention stellt hingegen auf die Bestätigung des normgerechten Verhaltens der anderen Rechtsgenossen ab. Ob dies jedoch in einem komparativen Umfeld der ausschlaggebende Faktor ist, ist eher zweifelhaft.

All dies kann man mittels der Einführung eines Unternehmensstrafrechts rechtspolitisch neu gestalten. Allerdings lohnt es sich zu überprüfen, was schon geht, was noch nicht, was noch und was nicht mehr geht: was gewinnt man, was kann man nicht erreichen, was erhält man, was gibt man auf. Im Einzelnen:

III. Annäherung an das Unternehmen

Adressat des neuen Strafrechts soll das Unternehmen an und für sich sein⁴. Die Idee der juristischen Person erklärt sich rechtshistorisch aus dem Wandel von der historischen Methode hin zur juristischen Konstruktion, wie ihn etwa Carl Friedrich von Gerber (1832-1891) und Otto von Gierke (1841-1921) verkörperten.

³ Müller, Persönlichkeitsprofile von Wirtschaftsstraftätern, Stuttgart 2009.

⁴ Teubner, Unternehmensinteresse – Das gesellschaftliche Interesse des Unternehmens „an sich“, Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht (ZHR 149 (1985), S. 470 ff.

Die „juristische Methode“ Carl Friedrich von Gerbers wurde vom Prinzip der freien Willensmöglichkeiten getragen.⁵ Bei komplexeren Wirtschaftseinheiten stellte sich die Frage, wie diese ihrem Willen zum Ausdruck verhalten. Dies sollte über die Organe geschehen. Gerber wies diesen wirtschaftlichen Organismen einen eigenen Willen und eine eigene Persönlichkeit zu. Es ist ein sehr hierarchisches Bild, der damaligen wilhelminischen Wirtschafts- und Staatsform entsprechend. Dieses Leitbild ist bis heute prägend geblieben. Es ist der juristischen Methode verpflichtet – und entsprechend wirklichkeitsfern.

Die Industrialisierung hat dieser Organismusmetapher das Maschinenbild zur Seite gestellt: das Unternehmen als komplexe Apparatur, in der ein Rad ins andere greift und die von der Geschäftsführung gesteuert wird. Informelle Organisationsstrukturen, Unternehmenskultur, gemeinsame Grundannahmen werden nicht reflektiert. Eigensinnigkeiten und Eigeninteressen der Mitarbeiter oder gar das kulturelle Gedächtnis eines Unternehmens spielen hier ebenso wenig eine Rolle wie im Organismusbild. Weder Organismus noch Maschine bieten bei den Unternehmens- und Konzernstrukturen, die ein Unternehmensstrafrecht in den Blick nehmen soll, noch genügend Anlehnsplausibilität. Vielmehr handelt es sich um hybride Formen und Strukturen, die je nach Projektziel länderübergreifend zusammengestellt und danach wieder aufgelöst werden. Unternehmen und Konzerne befinden sich in permanenten Metamorphosen und erfinden sich aus sich heraus täglich neu. Das Management steuert nicht mehr, sondern ist vielmehr für die Bedingungen der gemeinsamen Projektarbeit verantwortlich, auf deren Ergebnis es nur noch begrenzt Einfluss ausübt.

Günther Teubner hat schon früh darauf hingewiesen, dass das Unternehmen ein Brennpunkt ist, in dem sich die unterschiedlichsten unmittelbaren und mittelbaren Interessen bündeln.⁶ Entsprechend komplex ist der verdichtete soziale Raum, der als Unternehmen bezeichnet werden kann.

So sind drei Gruppierungen auszumachen, die unmittelbar Teilinteressen im Unternehmen präsentieren. Das ist zum einen natürlich die Geschäftsführung beziehungsweise der Vorstand, der als Organ das Unternehmen nach außen repräsentiert. Natürlich sind es auch die Arbeitnehmer, die den eigentlichen Wert des Unternehmens erst schaffen. Dann sind da noch die Gesellschafter oder Aktionäre, denen als Aufsichtsgremium und Kapitalgeber die Letztkompetenz in vielen Fragen zukommt.

Aber auch Außenstehende haben ein großes Interesse an den Entscheidungen im Unternehmen und versuchen, diese von außen zu beeinflussen. So sind die Unternehmen eine wichtige Einnahmequelle des Staates. Die Gemeinden erhalten über die Gewerbesteuer ca. 40 Mrd. € jährlich, der Bund über Energie-, Versicherungs-, Strom- und Kraftfahrzeugsteuer über 60 Mrd. €, wobei diese nur zum kleineren Teil auf Unternehmen zurückzuführen sein dürften. Darüber hinaus werden über die Umsatzsteuer in Höhe von über 170 Mrd. € und Körperschaftsteuer in Höhe von über 7 Mrd. € weitere gemeinschaftliche Steuern generiert. An Unternehmen verdienen auf diese Weise Gemeinde, Land und Bund.

Darüber hinaus haben aber auch Kreditgeber, Geschäftspartner und Kunden ein starkes Interesse an einem leistungsfähigen Unternehmen. Lieferanten wollen bezahlt werden, Kunden qualitativ hochwertige Konsumgüter und Dienstleistungen erhalten. Hierin muss das Unternehmen investieren, will es am Markt erfolgreich sein. Darüber hinaus engagiert es sich als Good Citizen vor Ort: Sponsoring, Kulturförderung und bei sozialen Projekten und Stiftungen. Den Unternehmen gegenüber treten ferner NGOs, die diejenigen Interessen vertreten, die sich nicht oder nur unzureichend selbst artikulieren können: Tierschutz, Umweltschutz, Menschenrechte.

All diese Interessen sind tangiert und daher zu berücksichtigen, will man ein Unternehmensstrafrecht jenseits persönlicher Schuld einführen: Vorstand und Geschäftsführung, Arbeitnehmer, Aktionäre, Fiskus, Gläubiger, Geschäftspartner, Kunden und Gemeinden. All diese Stimmen reklamieren vernünftige Gründe, warum nicht gegen ihre Interessen gehandelt werden darf und bestimmen so den wirtschaftsethischen Diskurs.

⁵ von Gerber, Das wissenschaftliche Prinzip des gemeinen deutschen Privatrechts, 1846; System des deutschen Privatrechts, 1848.

⁶ Teubner, Unternehmensinteresse – Das gesellschaftliche Interesse des Unternehmens „an sich“, Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht (ZHR 149 (1985), S. 470 ff.

IV. Politik, Markt, Recht und Ethik

Dieser wirtschaftsethische Diskurs verdichtet sich von einem freien Spiel der Argumente bis hin zu privaten und am Ende staatlichen Selbstgesetzgebungsprozessen. Aus dem irritierenden ethischen Rauschen werden Normen, deren Verletzung am Ende der Entwicklung harte Sanktionen nach sich ziehen kann.

Zunächst ist zu beobachten, dass sich die Kommunikation verdichtet und private Vereinigungen unter staatlicher Kontrolle Verhaltensrichtlinien aufstellen.⁷ Solche Codes of Conduct werden als Best-practice-Empfehlungen an die Unternehmen herangetragen. Mit solchen Empfehlungen sieht die Welt nicht mehr aus wie vorher. Man kann nun Erwartungen zur Kenntnis nehmen und umsetzen oder aber Verstöße gegen sie anprangern.

Auch das Unternehmen muss sich diesen Erwartungen stellen und ist aufgerufen, sich seiner Corporate Social Responsibility zu stellen. Es werden durch externe Verhaltensempfehlungen interne Selbstvergewisserungsprozesse angestoßen. Man muss sich entscheiden, auf welche Seite man sich im Unternehmen als Unternehmen verorten will: Eigentümer, Führungskräfte und Arbeitnehmer haben hierzu eigene Vorstellungen und versuchen, diese Selbstdefinition durchzusetzen.

Hieraus resultieren dann Entscheidungen, die in die organisatorische und inhaltliche Ausgestaltung des Unternehmens einfließen. Die Corporate Governance gibt somit den Ordnungsrahmen vor, in dem sich die Betroffenen zu bewegen haben.

Um diesem Ordnungsrahmen wiederum normative Geltung zu verschaffen, werden unternehmensinterne Codes of Conduct entwickelt, mit denen sich die Betroffenen eine Unternehmensverfassung geben. Sind somit im Unternehmen die Fragen des Verwaltungs- und des Verfassungsrechts geklärt, kann man zur polizeilichen Überwachung und zur strafrechtlichen Sanktionierung schreiten: der Compliance.

Das Unternehmensstrafrecht wäre wiederum ein externer Eingriff in diese Binnenverfassung. Nicht jede Verfassung und vor allen Dingen nicht jede Verfassungspraxis ist schützenswert. Der Fall Siemens hat gezeigt, dass es so, wie es Formaldemokratien gibt, auch Formalunternehmensverfassungen gibt, die in der Praxis strukturell unterlaufen werden. Es stellt sich jedoch die Frage, wer ist hierfür verantwortlich und wer wird hierfür sanktioniert – was keineswegs dasselbe ist.

V. Materielles Strafrecht

Schon das heutige materielle Strafrecht erlaubt externe Eingriffe in das Unternehmen. Diese Möglichkeiten sind darzustellen, bevor man sich mit der Frage beschäftigt, ob darüber hinaus durch ein Unternehmensstrafrecht überhaupt ein (ethischer, politischer, wirtschaftlicher, rechtlicher) Mehrwert geschaffen werden kann und was die Kosten hierfür sind. Dabei spielen auch internationale Vorgaben, insbesondere auf Ebene der EU, eine Rolle, von denen erwartet wird, dass sie in die bundesdeutsche Gesetzgebung einfließen.⁸

So verlangt etwa das Zweite Zusatzprotokoll zu dem Übereinkommen über den Schutz der finanziellen Interessen der EG vom 19. Juni 1997 eine effektive Sanktionierung. Es überlässt dabei den Mitgliedstaaten die Wahl, welche Art der Sanktion sie einführen wollen. Aus ihm kann kein direkter Zwang zum Unternehmensstrafrecht entnommen werden. Auch den Verpflichtungen aus anderen Verträgen, etwa der OECD oder der Vereinte Nationen, ist bis heute keine unmittelbare Rechtspflicht zur Einführung eines Unternehmensstrafrecht zu entnehmen.

Zudem gibt es im deutschen Recht die „Sanktionierung“ von Unternehmen. Das Ordnungswidrigkeitenrecht etwa kennt die Geldbuße für juristische Personen und Personenvereinigungen nach § 30 OWiG. Hierzu ist es ausreichend, dass im Zusammenhang mit dem Unternehmen gemäß Abs. 4 eine Straftat oder Ordnungswidrigkeit vorliegt und kein Verfolgungshindernis besteht. Die Geldbuße kann bei Vorsatztaten bis zu einer Million Euro betragen, aber auch noch darüber hinausgehen, um den durch die Straftat erlangten Ge-

⁷ Siehe etwa UN Global Compact, siehe www.globalcompact.org.

⁸ Siehe hierzu aber auch BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30.6.2009 (Lissabon-Urteil), Textziffer 364.

winn abzuschöpfen.⁹ Sie verdrängt damit allzu oft die spezielleren Verfallsvorschriften nach § 29a OWiG und § 73 Abs. 3 StGB. Danach kann das durch die Tat „Erlangte“ abgeschöpft werden. Hierbei gilt das Bruttoprinzip, nach dem der Täter seine Aufwendungen für die Tat nicht in Rechnung stellen kann. Daneben können gemäß § 75 StGB alle Gegenstände eingezogen werden, die für die Tat verwendet oder aus ihr hervorgegangen sind.

Insoweit können schon heute der Gewinn, das Erlangte und das für eine Straftat Eingesetzte relativ unproblematisch dem Unternehmen wieder entzogen werden. Insbesondere bei der Geldbuße nach § 30 OWiG, die ja schon heute in Höhe von bis zu einer Million Euro ausgesprochen werden kann, besteht jedoch aufgrund der zusätzlichen Möglichkeit, den Gewinn abzuschöpfen, für die Ermittlungsbehörden in der Praxis ein großer Verhandlungsspielraum nach oben. Dass ein Unternehmen öffentlichkeitswirksam gegen eine Geldbuße vor dem Verwaltungsgericht geklagt hat, ist nicht bekannt.

Über die Ausweitung der anerkannten Institute wie etwa der mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft (§ 9 OWiG) und der allgemeinen Geschäftsführerhaftung (§ 8 OWiG) sowie der Überwachungspflicht nach § 130 OWiG werden die Führungskräfte im Unternehmen auf die Einhaltung der bestehenden gesetzlichen Bestimmungen verpflichtet und die Ermittlungsbehörden von ihren Nachweispflichten weitgehend entlastet. Hier können Schäden aus dem Bereich von Organisationsmängeln, Organisationsverschulden oder einer Betriebsführungsschuld weitgehend aufgefangen werden.

Flankiert werden diese Maßnahmen durch das Nebenstrafrecht, das Kartellrecht und das Verwaltungsrecht. So kann für straffällig gewordene Mitarbeiter ein Berufsverbot ausgesprochen werden, wie etwa beim Gammelfleischskandal erfolgt. Das deutsche und europäische Kartellrecht kennt drakonische Strafzahlungen für Unternehmen.

Das Wirtschaftsverwaltungsrecht kennt im Zusammenhang mit strafrechtlichen Verurteilungen zahlreiche Möglichkeiten, die zu einer Betriebsschließung führen können (§§ 20 BImSchG, § 35 GewO, §§ 35 ff. KWG, §§ 61 f. GmbHG, § 396 AktG). Darüber hinaus haben die Bundesländer Nordrhein-Westfalen, Berlin und Baden-Württemberg – in unterschiedlicher Ausgestaltung – Korruptions- und Vergaberegister eingeführt, die strafrechtlich auffällig gewordene Unternehmen von der Vergabe öffentlicher Aufträge ausschließen.

Vor diesem Hintergrund ist es durchaus nachvollziehbar, wenn der Befund erhoben wird, dass in Deutschland schon lange ein Recht existiert, das Unternehmen hinreichend sanktioniert.¹⁰

VI. Strafprozessrecht

Wenn so die bestehenden Möglichkeiten des materiellen Strafrechts bestimmt wurden, so stellt sich die weitergehende Frage, was die Einführung eines Unternehmensstrafrechts für das Strafprozessrecht bedeutet.

Zu klären ist etwa die Frage, welche Auswirkungen die Anklage gegen ein Unternehmen auf die mit oder daneben angeklagten Individualpersonen haben soll. Die Hoffnung, dass dies zu einer Entlastung von natürlichen Personen führen könnte, ist wohl eher unrealistisch. Warum sollte man ein Abstraktum bestrafen, wenn man – wie nunmehr seit Jahrzehnten strafprozessual eingerichtet und ausgeübt – eine persönliche Schuld von Mitarbeitern und Führungskräften feststellen kann. Ein Entlastungseffekt für die Mitarbeiter ist daher nur schwer vorstellbar.

Er wäre auch nicht immer richtig. Wenn Bestechungsgelder zum Wohle des Unternehmens gezahlt werden, so bedeutet dies auch immer die konkrete Entscheidung des Bestechenden. Dieser hat selten sein Unternehmen im Blick, sondern allzu oft vielmehr seine Karriere-

⁹ Probleme ergeben sich allerdings schnell, wenn der Firmensitz ins Ausland verlegt wird oder eine Konzernstruktur gegeben ist.

¹⁰ Siehe aber auch die Forderungen der Justizministerkonferenz vom 9. November 2011, die die Einführung eines bundesweiten Vergaberegisters, die Vereinfachung der Vermögensabschöpfung, den Schutz von Whistleblowern und die Ausgestaltung des Untreueparagrafen als abstraktes Gefährdungsdelikt erwägt. Ergänzt wird dies durch den Antrag der SPD und der Linke im Berliner Abgeordnetenhaus (Drucksache 16/4268), der sich auf das Aktienrecht und den Kapitalmarkt und die Haftung von Führungskräften konzentriert.

chancen, die sich durch eine Bestechung – auch im Vergleich mit seinen Konkurrenten – verbessern können.

Damit steht auch in Frage, ob das Unternehmen überhaupt Täter ist. Nutzt eine Führungskraft, die sich im internationalen Markt für Führungskräfte verortet, ihre Position im Unternehmen aus, um sich durch kriminelle Handlungen einen Wettbewerbsvorteil gegenüber den Konkurrenten zu verschaffen und droht dem Unternehmen dadurch Verbandsgeldbuße, Gewinnentzug oder Verfall, so ist das Unternehmen nicht Täter, sondern Opfer eines an sich illoyalen Mitarbeiters. Oft wird man weder am Anfang noch am Ende eines Strafprozesses sagen können, ob das Unternehmen Betrügender oder Betrogener ist. Die Frage, was am Ende im Interesse des Unternehmens ist, bleibt unbeantwortet.

Realistischer ist daher die Annahme, dass die Unternehmen neben den natürlichen Personen bestraft werden. Damit werden sie zum Beschuldigten.

Mit der Zuweisung des Beschuldigtenstatus werden entsprechende Rechtsschutzmöglichkeiten für die juristische Person eröffnet werden müssen. Dies bedeutet, dass ein Unternehmen sich bei belastenden Strafen und Maßnahmen ausreichend verteidigen können muss. Entsprechend wird ein Unternehmen, das einmal in den Fokus der Ermittlungen gekommen ist, versuchen, sich professionellen anwaltlichen Rat zu holen. Bei schwerwiegenden oder gar existenzgefährdenden Sanktionen und Maßnahmen wird man zudem eine notwendige Verteidigung und in deren Folge eine Pflichtverteidigung erwägen müssen.

Damit ist jetzt schon deutlich, dass die Einführung eines Unternehmensstrafrechts den bisher bekannten Strafprozess in Frage stellt. Einige wenige weitergehende Fragen verdeutlichen dies:

Ein Beschuldigter hat das Recht zu lügen, ohne dass dies für ihn negative Auswirkungen haben darf. Wie ist mit einem Unternehmen umzugehen, das bewusst Beweismaterial vernichten lässt und sich durch den anwaltlichen Vertreter darauf beruft, dass es an seiner strafrechtlichen Überführung nicht mitzuwirken braucht?

Müssen Verfahren mit Unternehmen auf der Anklagebank aufgrund der Komplexität der Sachverhalte zwingend den Wirtschaftsstrafkammern zugeordnet werden? Was bedeutet dies für unsere Gerichtsorganisation, die schon heute über lange Verfahren einerseits und zu knappes Personal und Mittel andererseits klagt?

Können die als Zeugen geladenen Mitarbeiter des angeklagten Unternehmens ein Recht auf Auskunftsverweigerung gemäß § 55 StPO in Anspruch nehmen? Wer gibt für das Unternehmen prozesswirksame Erklärungen ab, wenn die Geschäftsführung und das Aufsichtsgremium angeklagt sind? Wer entscheidet zum Beispiel über die Einreichung eines Befangenheitsantrages, wer hat das letzte Wort und wer erklärt sein Einverständnis bei zustimmungspflichtigen prozessualen Maßnahmen, und sei es auch nur einer Verständigung? Begeht der Unternehmensverteidiger einen Parteiverrat, wenn er entgegen den Interessen des Unternehmens mit der Staatsanwaltschaft kooperiert, um auch in Zukunft als Pflichtverteidiger bestellt zu werden? Wer stellt das Interesse des Unternehmens und damit den Parteiverrat fest?

Wer diese Fragen abtut und behauptet, darum ginge es nicht, muss erklären worum es eigentlich geht. Die Vermutung ist, dass es hintergründig zum einen um die Umkehrung der Beweislast zum Nachteil der angeklagten natürlichen Personen geht. Die Hoffnung ist, dass man aufgrund der drohenden Strafe und des Schadens in der öffentlichen Wahrnehmung von dem Unternehmen frei Haus alles strafrechtlich aufbereitet bekommt, was der Entscheidung im konkreten Strafverfahren dienlich ist. Diese Tendenz ist der Strafrechtspraxis schon heute zu entnehmen und soll durch die Einführung eines Unternehmensstrafrechts weiter gestärkt werden. Man nimmt das Unternehmen – von dem man gar nicht so genau weiß, wer es ist – in Haftung, bis alle eventuell Verantwortlichen abgeurteilt sind.

Was kann das Unternehmen tun, um der Verfolgung zu entgehen? Es wird liefern. Was wird es tun, wenn aufgrund des vorhandenen Beweismaterials der Ermittlungsbehörden die falschen Mitarbeiter auf der Anklagebank sitzen und das Unternehmen in Wirklichkeit in einem viel größerem Ausmaß strukturell gegen strafrechtliche Bestimmungen verstoßen hat? Wird es dies offen legen oder alles tun, damit die angeklagten Mitarbeiter verurteilt werden,

um sich und die anderen zu schützen? Darf es das als beschuldigtes Unternehmen? Wird aus einer Frage der Wirtschaftsethik dann nicht eine viel tiefgreifendere der Rechtsethik? Das Unternehmen wird sich strukturell mit belastendem Beweismaterial gegen jeden Mitarbeiter versorgen müssen, damit es in einem späteren Strafprozess gut aufgestellt ist. Es wird sich von jedem Mitarbeiter frei zeichnen lassen, dass er auf die Konsequenzen strafrechtlich relevanter Sorgfaltspflichtverletzungen hingewiesen wurde; jeder Mitarbeiter wird mit Schulungsmails und elektronischen Schulungsprogrammen versorgt werden, zu deren Bearbeitung er gar keine reguläre Arbeitszeit zur Verfügung gestellt bekommt. Im Gegenzug entledigen sich die Führungskräfte weitgehend ihrer Überwachungspflichten. Salvatorische Klauseln wie: „Klicken Sie die Mail nicht weg, sondern lesen Sie sie bis zum Ende“ appellieren vordergründig an den homo oeconomicus, der aufgrund einer kurzen Evaluierung der verbleibenden Arbeitszeit genau dies am Ende tun wird: wegklicken. Unternehmensstrafrecht verhindert keine Bauernopfer, es bringt sie hervor.

Als neben den bestehenden Möglichkeiten strafrechtlich neues Sanktionselement erscheint allein die Beaufsichtigung des Unternehmens. Die Frage ist aber, warum dies strafrechtlich erfolgen soll und vor allem: wer soll es machen? Wer versichert diese? Wer trägt die Kosten dieser Versicherung? Ferner bleibt das Vollzugsparadox unbeantwortet, wie man in Unfreiheit Leben in Freiheit erlernen soll.

Die Überwachung eines Unternehmens ist die typische Aufgabe des Verwaltungsrechts. Schon jetzt überwachen die Verwaltungsbehörden in den jeweiligen Bereichen des einschlägigen Nebenstrafrechts sowohl verdachtsunabhängig wie auch bei konkreten Vorfällen stärker. Die weiteren Maßnahmen Geldbuße, Betätigungsverbote, Ausschluss von öffentlichen Aufträgen, öffentliche Bekanntgabe laufender Ermittlungen und Strafverfahren sind schon heute gängige Praxis.

VII. Kosten und Nutzen

Kommen wir daher zur Ausgangsfrage: was würde die Einführung eines Unternehmensstrafrechts bringen? Die Antwort: viel Ungewissheit und damit ohne Not hohe Risiken. Im Einzelnen:

Wenn das Unternehmensstrafrecht als politisches Steuerungsinstrument verstanden werden will, dann muss klar sein, wer wie vom Strafrecht angesprochen werden soll. Ansonsten gibt es auch nichts zu steuern. Schon ausgeführt wurde, dass das Menschenbild des homo oeconomicus in der Strafrechtsrealität nur allzu selten vorkommt. Im Unternehmensstrafrecht aber kommt der Mensch überhaupt nicht vor. Wenn Wirtschafts- und Finanzkrise auf fehlerhaften Entscheidungen beruhen sollen, so muss klar sein, wer wann wie sich weshalb falsch entschieden hat. Es muss für alle spieltheoretischen Anreizsysteme ein konkreter Adressat benannt werden. Das Unternehmen ist aber genauso wenig fassbar wie die Politik, die Wirtschaft, das Recht. Ansonsten wäre das Institut einer Unternehmensstrafbarkeit schlicht die Maske, die die staatliche Willkür verdeckt. Die verdeckt, dass es dem Staat nicht um Gerechtigkeit, sondern um neue Einnahmequellen geht.

Dies wird an Hand eines Beispiels deutlich, wenn man sich vergewissert, wo bei den bekannten Korruptionsaffären mit transnationaler Bedeutung die Schäden entstehen und wer die Einnahmen verbucht. Die Verbandsgeldbußen im Falle Siemens, MAN und Ferrostaal flossen dem bayrischen Landeshaushalt zu und nahmen nicht am Länderfinanzausgleich teil. Die Schäden bei internationalen Korruptionsaffären entstehen jedoch meist vor Ort, etwa wenn ein Amtsträger in Nairobi ein deutsches Unternehmen aufgrund von Schmiergeldzahlungen zu Lasten des Landeshaushaltes bevorteilt. Die deutschen Länderhaushalte ziehen so Gewinn aus dem strafrechtlichen Fehlverhalten ihrer Bürger zu Lasten etwa von Entwicklungsländern – sie sind ökonomische Trittbrettfahrer der Delinquenten. Dies ist eine zutiefst ethische Frage.

Obwohl es also keinen Adressaten für die Forderungen des Unternehmensstrafrechts gibt, gibt es Opfer dieser Strafrechtspolitik. Dazu kann man auch in Deutschland bleiben:

Wer wird bestraft, wenn dem Unternehmen eine Geldstrafe auferlegt wird oder eine Betreuung angeordnet wird? Jeder Euro kann nur einmal verplant und ausgegeben werden. Wenn er als Geldstrafe zu zahlen ist, so steht er nicht mehr für andere Zwecke zur Verfü-

gung: nicht mehr dem Fiskus, nicht mehr dem Aktionär, nicht mehr zur Anwerbung fähiger Führungskräfte, nicht mehr für das Weihnachtsgeld der Mitarbeiter, nicht mehr zur Begleichung von Lieferantenrechnungen, nicht mehr zur Verbesserung des Produkts, nicht mehr für Sponsoring, Kulturförderung oder zur Förderung sozialer Projekte. Für jeden Euro Geldstrafe erhält der Staat mittelbar oder unmittelbar weniger Gewerbe-, Umsatz-, Kapitalertrags- und Lohnsteuer. Eine verschuldensunabhängige Unternehmensstrafe bestraft den Fiskus, den Aktionär, den Mitarbeiter, den Lieferanten die Gemeinde vor Ort, ohne dass einem der Betroffenen erklärt werden kann, auf wessen Fehlverhalten diese Strafe gründet und warum es ausgerechnet sie trifft.

Damit relativiert sich auch das ökonomische Argument, mittels des Unternehmensstrafrechts dem Staat eine neue Einnahmequelle zu sichern, zumal unklar ist, wer an dieser am Ende beteiligt werden kann. Im Moment sind es allein die Bundesländer. Die Verhängung von Verbandsgeldbußen ist kein neutrales Ereignis, sondern eine Umverteilung, ohne dass die Gründe für diese Umverteilung sich selbst erklären.

Auf die unabsehbaren Folgen für die deutsche Strafrechtskultur wurde schon hingewiesen. Eine Strafe, die weder an Handlungen noch an Schuld ansetzt, würde an Grundpfeilern unseres strafrechtlichen Selbstverständnisses rütteln. Diese würden aufgrund von nahezu zwingenden Opportunitätserwägungen noch weiter destabilisiert werden:

Genau wie es systemrelevante Banken gibt, gibt es auch systemrelevante Konzerne in anderen Bereichen. Zu denken wäre an die Versicherungs-, Automobil- und Energiewirtschaft. Staatsanwälten und Richtern obläge dann bei strukturellem Fehlverhalten die Entscheidung, ob etwa die Allianz, Volkswagen oder RWE aufzulösen wären. Spannend wäre zu sehen, wie die Politik auf solche rein unter rechtlichen Gesichtspunkten basierenden Entscheidungen reagiert. Vermutlich würde hier im großen Maße von Ermessensspielräumen Gebrauch gemacht. Wie sähe es aber spiegelbildlich für eine kleine oHG im ländlichen Raum aus? Wie würden hier die Ermessensspielräume genutzt, wenn entschieden werden müsste, ob diese geschlossen würde? Ein Vergleich dieser Ermessensentscheidungen in Tiefe, Breite und Qualität der Argumente dürfte Spannendes zu Tage fördern, das der Strafgerechtigkeit nicht förderlich wäre.

Eine letzte Konsequenz gilt es zu bedenken. Parteien sind in Deutschland aus historischen Gründen in der Form des Vereins organisiert¹¹, der sich wiederum als Personengesellschaft an der Grundform der Gesellschaft bürgerlichen Rechts orientiert.¹² Über die Verwaltung von Parteigeldern aus verschiedenen Quellen nehmen sie am Wirtschaftsverkehr teil.¹³ Es ist tatbestandlich daher nahe liegend, auch die Parteien dem Unternehmensstrafrecht zu unterwerfen. Fern liegend scheinen aber aus demokratietheoretischer Sicht die Sanktionen, die dann gegebenenfalls möglich wären: Unternehmensstrafe über die Gewinnabschöpfung hinaus, Aufsicht, Liquidation.

VIII. Alternativen

Die Einführung eines Unternehmensstrafrechts bietet mehr Tücken, als sie hier vorgezeichnet wurden. Eine Steuerung der Unternehmen via Strafrecht ohne konkrete natürliche Personen als Adressaten erscheint disfunktional.

Eine bisher vernachlässigte Problematik der Kriminalität in komplexen sozialen Systemen wie einem Unternehmen stellt die kriminologische Analyse der Gruppendynamik dar. Gerade im Bereich der Wirtschaft ist diese aber stark ausgeprägt. Das Gruppendenken ist von starker Identifizierung geprägt: innen der Freund, außen der Wettbewerber – der Feind. Zugleich sind die Strukturen von einem hohen Maß an Glauben an Rationalität und Autorität geprägt, also von Professionalisierung via Arbeitsteilung und Hierarchie. Die Identifikation mit, Rationalität und Autorität im Unternehmen prägt das Selbstverständnis und neutralisiert die Empfindlichkeit für Normübertretungen. Befehle sind auszuführen. Wirtschaft ist Krieg, und im Krieg geht die normative Orientierung verloren. Das Milgram-Experiment¹⁴,

¹¹ §§ 21 ff. BGB.

¹² § 705 BGB.

¹³ BGHSt 51, 100 ff.

¹⁴ Einführend: http://de.wikipedia.org/wiki/Milgram_Experiment.

das Stanford-Prison-Experiment¹⁵ und das Third-Wave-Experiment¹⁶ haben gezeigt, wie eine solche Trias von Freund-Feind-Denken, Glaube an Rationalität und Glaube an Autorität Gruppen verändern kann. Um normativen Apellen des Rechts wieder Gehör zu verschaffen, ist diese Gruppendynamik aufzubrechen.

Hier setzt etwa der Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act¹⁷ an. Einem Mitarbeiter wird bis zu dreißig Prozent einer wegen einer Straftat festgesetzten Geldstrafe in Aussicht gestellt, wenn er Vergehen im Unternehmen den Ordnungsbehörden anzeigt. Zugleich wird dem Mitarbeiter Anonymität zugesagt. Die strafgeneigte Führungskraft, die den Mitarbeiter mittels Einbindung in den internen Zirkel der Verschwörer zum Wohl des Unternehmens zu unredlichem Tun veranlassen will, kann nicht sicher sein, dass der Mitarbeiter oder ein anderer Mitarbeiter eventuell Jahre später mit seinem Wissen an die Ermittlungsbehörden herantritt. Der Schatten der Norm wird diese Führungskraft dazu veranlassen, den Zirkel der Eingeweihten klein zu halten, die Handlung selbst vorzunehmen oder sie ganz zu unterlassen. In jedem Fall würde eine solche Norm zumindest den spieltheoretischen Anforderungen genügen, die man für eine verhaltenssteuernde Einwirkung voraussetzen muss.

Im Vorfeld des Strafrechts sind viele Möglichkeiten noch ungenutzt. Veränderungen hier versprechen mehr Nutzen als das scharfe Schwert des Strafrechts. Allzu oft sind sie auch nicht kostspielig.¹⁸

Durch Abschaffung bestimmter Subventionen, den Einsatz positiver Anreizsysteme in Gestalt von Prämien und Steuererleichterungen kann der ökonomische Bezugsrahmen positiv verändert werden.

Die Stärkung von Institutionen und Foren der kritischen Öffentlichkeit kann die Beobachtung von Unternehmen erleichtern

Die Etablierung klarer Organisationsformen und präventiver Kontrolle kann den Standard im Unternehmen heben.

In vielen Bereichen bieten sich mehr und mehr (informations-)technische Lösungen an, um strafrechtliches Verhalten zu erschweren oder ganz auszuschließen.

Für beherrschbare Risiken bieten sich zudem Versicherungslösungen und für unbeherrschbare die konsequente Anwendung des Wirtschaftsverwaltungsrechts an.

Insbesondere das Handels- und Gesellschafts- wie auch Steuerrecht bieten noch ungeahnte Möglichkeiten zur Prävention. So wäre daran zu denken, dass Wirtschaftsprüfer auch nicht börsennotierter Unternehmen sich beim Jahresabschluss zwingend zum Risikomanagement zu äußern haben. Zu denken wäre auch an die Einführung von weiteren Unternehmensbeauftragten. So ist etwa das drittgrößte Deliktsfeld Wettbewerbsrecht weitgehend unbeleuchtet. Gerade hier drohen aber die großen Schäden – insbesondere für den deutschen Mittelstand.¹⁹ Die zwingende Einführung eines Know-how-Schutz-Beauftragten bei Kooperation mit Emerging-States könnte hier die notwendige Sensibilisierung schaffen.

Eventuell ergibt sich weiterer politischer Gewinn, wenn man den Fokus noch weiter öffnet.

Es ist auf nationaler Ebene alles zu fördern, was Selbstgesetzgebungsprozesse in und außerhalb von Unternehmen fördert. Man kann den Deutschen Corporate Governance Kodex als einerseits überflüssig und andererseits unverbindlich bezeichnen, jedoch hat er die Diskussion verändert. Er hat die Richtung vorgegeben und das Niveau bestimmt. Zudem fließt er immer mehr als anerkannter „Stand der Technik“ in die rechtlichen Erwägungen und nicht zuletzt in die Urteilsbegründungen ein. Solche außerparlamentarischen Foren unter Beteiligung der betroffenen Verkehrskreise sind zu fördern.

¹⁵ Einführend: <http://de.wikipedia.org/wiki/Stanford-Experiment>.

¹⁶ Einführend: http://en.wikipedia.org/wiki/The_Third_Wave.

¹⁷ Einführend: http://de.wikipedia.org/wiki/Dodd%E2%80%93Frank_Act.

¹⁸ Siehe statt vieler nur *Trüg*, Zu den Folgen der Einführung eines Unternehmensstrafrechts, *wistra* 2010, 241, 246.

¹⁹ Siehe etwa PricewaterhouseCoopers und Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg. Wirtschaftskriminalität 2009, Sicherheitslage in deutschen Großunternehmen.

Schon jetzt ist darüber hinaus bei vielen Konzernen, die global agieren, erkennbar, dass aus dem Versuch, den verschiedenen Rechtsordnungen, denen das Unternehmen unterliegt, gerecht zu werden, eigene Binnenverfassungen entstehen, die Leitbild sein können, für ein transnationales Wirtschaftsstrafrecht.²⁰ Hier werden Maßstäbe entwickelt, die grenzüberschreitende Geltung beanspruchen können. Dies sollte man genau beobachten und in die nationale Diskussion einführen.

Schlussendlich wird man sich dem Problem der mangelnden Kooperation bestimmter Staaten im Bereich des Wirtschaftsstrafrechts widmen müssen, sei es im Bereich der Ermittlungen gegen, der Verurteilung und der Auslieferung von Wirtschaftsstraftätern. Ähnlich wie es im Bereich des Steuerstrafrechts gelungen ist, Länder, die als Steueroasen galten, zur Kooperation zu bewegen, sollte man versuchen, Länder zu zwingen, gegen Korruption, Geldwäsche, Untreue und Betrug vorzugehen. Hierzu könnte etwa das bis Ende diesen Jahres laufende Mandat der „Financial Action Task Force on Money Laundering“ zur Bekämpfung der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung erneuert und ausgeweitet werden. Zugleich sollte als Ziel am Horizont ein internationaler Gerichtshof für Wirtschaftsverbrechen anvisiert werden.²¹ Sind die Strukturen in Entwicklungsländern zu schwach, um sich bereichernde Herrschaftsquaden vor Gericht zu stellen, sollte dies durch einen international anerkannten Gerichtshof erfolgen.

²⁰ Teubner, Selbst-Konstitutionalisierung transnationaler Unternehmen? Zur Verknüpfung „privater“ und „staatlicher“ Corporate Codes of Conduct; in: Stephan Grundmann et al. (Hrsg.) Unternehmen, Markt und Verantwortung: Festschrift für Klaus Hopt. De Gruyter, Berlin 2010, 1449 ff.

²¹ Nationale Gesetze im Wirtschaftsstrafrecht, die globale Geltung beanspruchen, sind hierzu nur ein erster Schritt, wie etwa der UK Bribery Act oder der amerikanische Foreign Corrupt Practices Act.