

## Herausgeber:

Wirtschaftsstrafrechtliche  
Vereinigung e.V. - WisteV

## Redaktion:

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

## Schriftleitung:

Prof. Dr. Dennis Bock  
Christian-Albrechts-Universität  
zu Kiel  
Leibnizstr. 4  
24118 Kiel

Wirtschaftsstrafrechtliche  
Vereinigung e. V.

Rundeturmstraße 12  
64283 Darmstadt

## Aus dem Inhalt:

### Aufsätze und Kurzbeiträge

RAin Dr. Tine Golombek, Berlin

**Pflichten von Geschäftsleitungs- und Überwachungsorganen bei Verdacht auf Unregelmäßigkeiten im Unternehmen** 162

RAin Antje Klötzer-Assion, Frankfurt

**„Exportkontrolle ist Chefsache“ – Zu Risiken und Nebenwirkungen der Übernahme der Ausfuhrverantwortlichkeit nach deutschem Außenwirtschaftsrecht** 171

### Einführung und Schulung

RA Dr. Markus Rübenstahl und Mag. iur. Dr. Christoph Skoupil, beide Frankfurt

**Internal Investigations, Status Quo – Pflicht zur Strafanzeige?** 177

RA Norman Lenger, RA Dr. Henner Apfel, beide Düsseldorf

**Grundzüge des Insolvenzstrafrechts (Teil 3)** 190

### Internationales

RA und Gerichtsschreiber Dr. Matthias Heiniger, Liestal, RA Friedrich Frank, Zürich

**Länderbericht Schweiz** 203

## Editorial

Nach dem deutschen Corporate Governance-Kodex sorgt der Vorstand im Unternehmen für die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen und unternehmensinternen Richtlinien und wirkt auf deren Beachtung hin. Mit anderen Worten: Compliance liegt in der Verantwortung des Vorstands. Gleich mehrere Beiträge der dritten Ausgabe des WiJ, des Journals der Wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung e.V. (WisteV), beschäftigen sich mit der Frage, ob es allein bei der Verantwortlichkeit des Vorstandes bleibt und wer im Ernstfall wie reagieren muss, um nicht persönlich für ein etwaiges Compliance-Versagen – unter Umständen auch strafrechtlich – zu haften.

*Golombek* stellt in ihrer Abhandlung die Pflichten der Geschäftsleitungs- und Überwachungsorgane dar, sucht nach deren gesetzlichen Grundlagen und wird fündig. Dass das Unternehmen und dessen Verantwortliche bei Verdacht auf Unregelmäßigkeiten im Unternehmen zur internen Aufklärung verpflichtet sind, ergibt sich bei genauer Betrachtung nicht lediglich aus einem abstrakten Compliance-Auftrag. *Golombek* klärt den Umfang und Inhalt des gesetzlichen Auftrages, die daraus resultierende Haftung der Überwachungsorgane, sowie wann eine Zusammenarbeit mit der Staatsanwaltschaft geboten ist. Die Fortsetzung des Einführungs- und Schulungsbeitrages zum Thema „Internal Investigations“ durch *Rübenstahl/Skoupil* knüpft unmittelbar an diese Fragestellungen an und fragt nach der Pflicht zur Strafanzeige, wenn interne Ermittlungen den Verdacht auf Unregelmäßigkeiten im eigenen Unternehmen zu einer Gewissheit haben werden lassen.

*Klötzer-Assion* beschäftigt sich sodann mit einem „Spezialverantwortlichen“ innerhalb der Geschäftsleitungs- und Überwachungsorgane: dem Ausführverantwortlichen nach deutschem Außenwirtschaftsrecht. Ist Exportkontrolle „Chefsache“? Wer ist der Ausführverantwortliche, welche Pflichten treffen ihn und welche Haftungsrisiken gehen für ihn damit einher, dass er das „Buch mit sieben Siegeln“ des deutschen Außenwirtschaftsrechts zu entschlüsseln und die Einhaltung der entsprechenden Regelungen zu verantworten hat? *Klötzer-Assion* klärt dies mit ihrem Beitrag auf.

Der dritte und abschließende Teil des von *Lenger/Apfel* bearbeiteten Einführungs- und Schulungsbeitrages zum Insolvenzstrafrecht behandelt anhand von zahlreichen und anschaulichen Beispielen aus der Praxis die prozessualen Fragestellungen des Insolvenzstrafverfahrens. Gerade der im Strafrecht beheimatete Leser erhält hier einen unmittelbaren Einblick in das insolvenzrechtliche Verfahren und dessen prozessuale Auswirkungen auf den oder Wechselwirkungen mit dem Strafprozess. Eine weitere Darstellung aktueller Fragestellungen des Insolvenzstrafrechts und des Diskussionsstandes auf diesem Gebiet gibt *Sperling* mit seinem detaillierten Bericht über den Inhalt der WisteV-Tagung zum Thema „Insolvenzstrafrecht in der Krise“.

*Heiniger/Frank* bringen uns mit der turnusmäßigen Fortsetzung des „Länderberichts Schweiz“ auf den neuesten Stand, was Rechtsprechung und Gesetzgebung des Schweizer Wirtschaftsstrafrechts betrifft. Hier erfährt der Leser alles über die neuen gesetzgeberischen Entwicklungen auf den Gebieten der Geldwäschebekämpfung und der Bekämpfung der Steuerflucht. Die Autoren stellen überdies eine Entscheidung der schweizerischen Bundesanwaltschaft vor, die Ende des letzten Jahres gegen eine schweizerische Tochtergesellschaft eines weltweit tätigen Konzerns ergangen und von internationaler Dimension und Bedeutung ist.

In den WisteV-Standards erhält *Bittmann* in der vorliegenden Ausgabe Unterstützung durch *Temming*. Beide Autoren stellen den Status Quo des Diskussionsstandes in wirtschaftsstrafrechtlichen Fragestellungen dar und präsentieren eigene Thesen, die – wie immer – zur Diskussion gestellt werden. Widerspruch, Anregungen und Ergänzungen, mithin die Aufnahme des Diskurses ist hier ausdrücklich gewünscht, unter [standards@wistev.de](mailto:standards@wistev.de) kann unmittelbarer Einfluss auf den aktuellen Diskussionsstand genommen werden. Anregungen, Kritik und Diskussionsbeiträge sind der Redaktion des WiJ auch im Übrigen stets willkommen. Nun jedoch wünsche ich eine spannende Lektüre des dritten WisteV-Journals!

Milena Piel  
Rechtsanwältin

## Inhaltsverzeichnis

Rechtsanwältin Dr. Tine Golombek, Berlin Pflichten von Geschäftsleitungs- und Überwachungsorganen bei Verdacht auf Unregelmäßigkeiten im Unternehmen	162
Rechtsanwältin Antje Klötzer-Assion, Frankfurt „Exportkontrolle ist Chefsache“ – Zu Risiken und Nebenwirkungen der Übernahme der Ausführverantwortlichkeit nach deutschem Außenwirtschaftsrecht	171
Rechtsanwalt Dr. Markus Rübenstahl, Mag. iur./Dr. Christoph Skoupil, beide Frankfurt Internal Investigations, Status Quo – Pflicht zur Strafanzeige?	177
Rechtsanwalt Norman Lenger und Rechtsanwalt Dr. Henner Apfel, beide Düsseldorf Grundzüge des Insolvenzstrafrechts III - Prozessuales	190
Rechtsanwalt und Gerichtsschreiber im Kanton Basel-Landschaft Dr. Matthias Heiniger, Liestal; Rechtsanwalt Friedrich Frank, Zürich Länderbericht Schweiz: Wirtschaftsstrafrecht	203
Redaktionell zusammengestellt von Folker Bittmann, Leitender Oberstaatsanwalt, Dessau-Roßlau WisteV-Standards	213
Rechtsreferendar Christian Sperling, Konstanz Tagungsbericht zur Vortrags- und Diskussionsveranstaltung „Insolvenzstrafrecht in der Krise“	220
Rechtsanwalt Prof. Dr. Jürgen Wessing, Düsseldorf Quedenfeld/Füllsack, Verteidigung in Steuerstrafsachen	224
Prof. Dr. Martin Paul Waßmer, Köln Dinter, Der Pflichtwidrigkeitsvorsatz der Untreue. Zugleich ein Beitrag zur gesetzlichen Bestimmtheit des § 266 StGB	226

## Impressum

**Herausgeber:** Wirtschaftsstrafrechtliche Vereinigung e. V., Rundeturmstraße 12, 64283 Darmstadt.

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](mailto: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](mailto:redaktion@wi-j.de)

**Verantwortliche Schriftleitung:** Prof. Dr. Dennis Bock, Christian-Albrechts-Universität zu Kiel, Leibnizstr. 4, 24118 Kiel

Kontakt: [redaktion@wi-j.de](mailto:redaktion@wi-j.de). **Webmaster/ Layout:** Milena Piel. Kontakt: [webmaster@wi-j.de](mailto:webmaster@wi-j.de)

**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](mailto: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](http://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](mailto: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.

## Aufsätze und Kurzbeiträge

### Unternehmensstrafrecht

---

Rechtsanwältin Dr. Tine Golombek, Berlin

# Pflichten von Geschäftsleitungs- und Überwachungsorganen bei Verdacht auf Unregelmäßigkeiten im Unternehmen

## I. Einleitung

Das Thema „interne Sachverhaltsaufklärung“ ist in den letzten Jahren – unter den Stichworten „Internal Investigations“ und „Compliance“ – überwiegend mit medial begleiteten und teilweise im Zusammenhang mit Ermittlungen der US-Börsenaufsicht stehenden großen „Korruptionsskandalen“ in Verbindung gebracht worden. Es hat aber eine viel weitere Dimension.

Bislang wird das Problemfeld weniger aus gesellschaftsrechtlicher Sicht, sondern in erster Linie aus strafrechtlicher Perspektive betrachtet und § 130 OWiG dabei eine tragende Rolle zugewiesen.<sup>1</sup> Seit 2009 hat das Urteil des Bundesgerichtshofs zum Leiter der Rechtsabteilung der Berliner Stadtreinigungsbetriebe<sup>2</sup> mit dem für viele überraschenden obiter dictum zur Garantenpflicht des Compliance Officers dazu beigetragen, das Interesse an der Fragestellung nochmals zu steigern. Schließlich nimmt der Compliance Officer nur eine abgeleitete Geschäftsaufgabe wahr. Die Pflicht, im Zusammenhang mit der Tätigkeit des Unternehmens stehende Straftaten von Unternehmensangehörigen zu verhindern, trifft – die Auffassung des Bundesgerichtshofs zum grundsätzlichen Bestehen einer Garantenpflicht zugrunde gelegt – dementsprechend zunächst einmal den Vorstand bzw. die Geschäftsführung.<sup>3</sup>

Als weiterer in diesem Zusammenhang zentraler Aspekt wird zu Recht die – 15 Jahre nach „ARAG/Garmenbeck“ im Grundsatz unbestrittene, in ihren Einzelheiten aber nach wie vor nicht vollständig geklärte – Pflicht von Unternehmensorganen angesehen, mögliche Schadensersatzansprüche zu prüfen und gegebenenfalls geltend zu machen.

Die (gesellschafts-)rechtliche Grundlage für die Verpflichtung, bei vorliegendem Verdacht auf „Unregelmäßigkeiten“<sup>4</sup> den Sachverhalt aufzuklären, soll im Rahmen dieses Beitrags erörtert werden. Tatsächlich besteht eine Pflicht zur Sachverhaltsaufklärung im Fall eines ernsthaften Verdachts regelmäßig und hat – anders als es im Kontext mit „Internen Ermittlungen“ teilweise anklingt<sup>5</sup> – eine gesetzliche Grundlage. Ausgehend von der gesetzlichen Grundlage lässt sich auch die Reichweite der Verpflichtung bestimmen. Dass das „Ob“ und „Wie“ der Sachverhaltsaufklärung einzelfallabhängig ist, wird dabei nicht überraschen; Leitlinien lassen sich gleichwohl aufzeigen.

Daneben soll im Rahmen dieses Beitrags kurz angesprochen werden, inwieweit im Fall des Verdachts straf- oder bußgeldbewehrter Handlungen innerhalb des Unternehmens – bei bereits laufendem Verfahren – eine Pflicht zur Kooperation mit der Staatsanwaltschaft oder – wenn noch keine Ermittlungen aufgenommen wurden – sogar eine Pflicht zur Einschaltung der Ermittlungsbehörden besteht. Die Befürchtung, Gerichte könnten demnächst von einer „Pflicht zur Anzeigeerstattung“ ausgehen, ist jüngst im Zusammenhang mit der den

<sup>1</sup> Vgl. die Bezugnahmen auf § 130 OWiG etwa bei *Fleischer*, in: *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts, 2006, § 8 Rn. 34 f.; *Moosmayer*, *Compliance*, 2. Aufl. 2012, S. 94, 4; *Salvenmoser/Schreier*, in: *Achenbach/Ransiek*, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 3. Aufl. 2012, 15. Teil Rn. 36; *Grützner/Leisch*, DB 2012, 787, 791; *Dann*, AnwBl 2009, 84; *Sidhu/von Saucken/Ruhmannseder*, NJW 2011, 881, 882.

<sup>2</sup> BGH NJW 2009, 3173.

<sup>3</sup> *Grützner/Leisch*, DB 2012, 787, 789; *Reichert*, ZIS 2011, 113, 115; *Rönnau/F. Schneider*, ZIP 2010, 53, 54 ff.; *Rübenstahl*, NZG 2009, 1341, 1343 f.; *Wybitul*, BB 2009, 2590, 2591 f.

<sup>4</sup> Konkret: Gesetzesverstöße oder Verstöße gegen interne Regelwerke.

<sup>5</sup> Vgl. etwa *Momsen*, ZIS 2011, 508, 511: „Außerhalb des Finanzsektors keine gesetzliche Pflicht, aber [...] zweckmäßiges Instrument des Krisenmanagements.“

Finanzsektor betreffenden, mit Wirkung zum 01. Mai 2011 neu gefassten Regelung des § 25c Abs. 3 S. 1 KWG aufgekommen.<sup>6</sup>

## II. Gesetzliche Grundlagen der Verpflichtung zur Sachverhaltsaufklärung

Die Rechtsprechung hat sich mit der Frage, ob unter bestimmten Umständen eine Pflicht unternehmensinterner Sachverhaltsaufklärung besteht, soweit ersichtlich, noch nicht spezifisch auseinandergesetzt: Zitiert wird in diesem Zusammenhang regelmäßig<sup>7</sup> eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs aus den 1980er Jahren. Der Bundesgerichtshof postuliert darin, ohne dies näher zu begründen, der Geschäftsführer einer GmbH sei nicht nur verpflichtet, den Geschäftsgang so zu überwachen, das mit einer ordnungsgemäßen Erledigung der Geschäfte gerechnet werden könne, sondern müsse vielmehr „sofort eingreifen, wenn sich Anhaltspunkte für ein Fehlverhalten zeigen.“<sup>8</sup> Auch eine in diesem Kontext bisweilen angeführte<sup>9</sup> oberlandesgerichtliche Entscheidung<sup>10</sup> verhält sich eher zu der (zukunftsbezogenen) Pflicht zur Reaktion auf festgestellte Verstöße als zu der vorgelagerten Frage, welche Maßnahmen ein Geschäftsleiter zur Untersuchung von Verstößen ergreifen muss.

Im Schrifttum wird – auch gerade in der Diskussion um „Interne Ermittlungen“ – häufig die Frage gestellt, ob und unter welchen Voraussetzungen die damit verbundenen Maßnahmen *zulässig* sind, während die Frage, ob sie *geboten* sind, eher am Rande behandelt wird.<sup>11</sup>

### 1) Pflicht zur Wahrung des Unternehmensinteresses

Zutreffend ist zunächst, die Verpflichtung der Geschäftsleitung<sup>12</sup> zu interner Sachverhaltsaufklärung primär im Gesellschaftsrecht zu verorten, namentlich in der – gesetzlich in §§ 76 Abs. 1, 93 Abs. 1 AktG verankerten und vielfach auch für Organe von Gesellschaften anderer Rechtsform geltenden – Pflicht, das Unternehmensinteresse zu wahren und Schaden vom Unternehmen abzuwenden.<sup>13</sup>

§ 76 Abs. 1 AktG, der den Vorstand dazu anhält, die Gesellschaft „unter eigener Verantwortung zu leiten“, ist zwar zunächst eine Kompetenzabgrenzungsnorm, die die Aufgabe zur eigenverantwortlichen Leitung (im Sinne eines „herausgehobenen Teilbereichs der Geschäftsführung“) dem Kollegialorgan Vorstand zuweist und gleichzeitig Hauptversammlung und Aufsichtsrat von dieser Aufgabe ausschließt.<sup>14</sup> In der kryptischen Formulierung des § 76 Abs. 1 AktG wird allerdings auch die Verpflichtung des Vorstands verortet, dem Unternehmensinteresse zu dienen, konkreter: Den Bestand des Unternehmens zu sichern und für eine nachhaltige Wertschöpfung zu sorgen.<sup>15</sup> Auch die – im Grundsatz unbestrittene – Verantwortung für regelgetreues Verhalten („Compliance“) soll als Bestandteil der Unternehmenskontrolle Leitungsaufgabe sein.<sup>16</sup>

§ 93 Abs. 1 S. 1 AktG enthält mit dem Verweis auf die „Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters“ zunächst den allgemeinen Sorgfaltsmaßstab für Vorstandshandeln. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG normiert in erster Linie einen Haftungsausschluss für Ent-

<sup>6</sup> Knauer, ZWH 2012, 41, 45.

<sup>7</sup> Vgl. etwa Fleischer, in: Fleischer, Handbuch des Vorstandsrechts, 2006, § 8 Rn. 35; Moosmayer, Compliance, 2. Aufl. 2012, S. 4; Grützner/Leisch, BB 2012, 787, 791 f.; Reichert/Ott, ZIP 2009, 2173, 2176.

<sup>8</sup> BGH, Urteil v. 08.10.1984 – II ZR 175/83; nicht vollständig abgedruckt in GmbHR 1985, 143. Das Gericht behandelte den Problemkreis im Zusammenhang mit der Frage, ob eine Geschäftsführerin neben ihrem Vorgänger nach § 109 RAO für die Steuerschulden der Gesellschaft haftet, weil sie nach dem Ausscheiden ihres Vorgängers die in den von diesem abgegebenen Umsatzsteuervoranmeldungen nicht erfassten Umsätze nicht nachmeldete.

<sup>9</sup> Vgl. etwa Fleischer, in: Fleischer, Handbuch des Vorstandsrechts, 2006, § 8 Rn. 35; Reichert/Ott, ZIP 2009, 2173, 2176; Rönnau/F. Schneider, ZIP 2010, 53, 59.

<sup>10</sup> OLG Koblenz, ZIP 1991, 870 (Widerruf einer Bankvollmacht nach Feststellung unberechtigter Entnahmen).

<sup>11</sup> Vgl. etwa Salvenmoser/Schreier, in: Achenbach/Ransiek, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 3. Aufl. 2012, 15. Teil Rn. 20 ff. und Knierim, StV 2009, 324, 328.

<sup>12</sup> Sofern diese zuständig ist; dazu näher unten IV.

<sup>13</sup> So mit ausführlicher Begründung etwa Knauer, ZWH 2012, 41, 46 f. und Wagner, CCZ 2009, 8, 12 ff.; §§ 76 Abs. 1, 93 Abs. 1 AktG und § 130 OWiG nennend Rönnau/F. Schneider, ZIP 2010, 53, 59; § 93 Abs. 1 S. 1 AktG „i.V.m.“ § 130 Abs. 1 OWiG“ heranziehend Reichert/Ott, ZIP 2009, 2173, 2176 und Reichert, ZIS 2011, 113, 117.

<sup>14</sup> Fleischer, in: Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl. 2010, § 76 Rn. 1, 7 f.; Hüffer, AktG, 10. Aufl. 2012, § 76 Rn. 1 ff.

<sup>15</sup> Hüffer, AktG, 10. Aufl. 2012, § 76 Rn. 13; Weber, in: Hölters, AktG, 2011, § 76 Rn. 19.

<sup>16</sup> Statt vieler Hüffer, AktG, 10. Aufl. 2012, § 93 Rn. 4g.

scheidungen, bei denen der Vorstand auf Grundlage angemessener Informationen vernünftigerweise davon ausgehen konnte, sie würden dem Unternehmenswohl dienen, spricht damit aber mittelbar wiederum die Pflicht des Vorstands an, das Gesellschaftswohl zu fördern.<sup>17</sup>

## 2) Aufklärung vergangener Verstöße zur Vermeidung zukünftiger Verstöße

### a) Ziel: Verhinderung von Vermögensschädigungen

Eine zukunftsbezogene Pflicht der Geschäftsleitung, Rechtsverstöße im Rahmen der allgemeinen Pflicht zur Einhaltung der Rechtsordnung und nicht zuletzt, weil sie auf vielfältige Weise zu Vermögensschädigungen führen können,<sup>18</sup> nach Möglichkeit zu verhindern, ergibt sich aus den genannten Normen ohne weiteres. Dass sie – vergangenheitsbezogen – auch Grundlage einer Verpflichtung zur Sachverhaltsaufklärung im Fall eines Verdachts auf begangene Verstöße sein können, ist gedanklich nur ein kleiner Schritt: Um Gesetzes- und Regelverletzungen in der Zukunft zu vermeiden, wird es vielfach angezeigt sein, begangene Verstöße aufzuklären, um „Schwachstellen“ erkennen zu können, die zu dichten sind. Die rückblickende Sachverhaltsaufklärung kann auch die Sensibilität für (andauernde) vergleichbare gegenwärtige Verstöße erhöhen, die es – wiederum zukunftsbezogen – zu verhindern gilt.<sup>19</sup>

### b) Bedeutung von § 130 OWiG

Kommen die Verantwortlichen ihrer Pflicht zur Sachverhaltsaufklärung nicht nach, kann dies bei zukünftigen Verstößen gegen straf- oder ordnungswidrigkeitenrechtliche Bestimmungen im Rahmen der Ahnungsmöglichkeiten der §§ 130, 9 OWiG relevant sein. Eine aus diesen Normen abgeleitete – und im Fall des Eintretens der weiteren Tatbestandsvoraussetzungen<sup>20</sup> bußgeldbewehrte – Aufklärungspflicht<sup>21</sup> ist allerdings auf Fälle beschränkt, in denen erkennbar ist, dass nur eine Untersuchung vergangener Verstöße die Begehung vergleichbarer Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten in der Zukunft verhindern kann: § 130 OWiG ist nur einschlägig, wenn die Anknüpfungstat durch die gebotenen Aufsichtsmaßnahmen verhindert oder wesentlich erschwert worden wäre. Denkbar ist dies etwa, wenn nahe liegt, dass vergleichbare Regelverstöße sich wiederholen, durch die Erkenntnis, dass regelwidriges Verhalten nicht aufgeklärt und sanktioniert wird, Regelverstöße generell befördert werden oder die Sachverhaltsaufklärung unabdingbar ist, um Organisationsmängel zu erkennen, die Regelverstöße bedingen, und diese zu beheben.<sup>22</sup>

Die Einhaltung der nach § 130 OWiG bestehenden Pflichten schuldet der Geschäftsleiter auch der Gesellschaft.<sup>23</sup> Dies ergibt sich ohne weiteres daraus, dass Bußgelder nach §§ 130, 30 OWiG, Abschöpfungsmaßnahmen (§ 30 Abs. 3 i.V.m. § 17 Abs. 4 OWiG) oder Verfallsanordnungen (§§ 29a OWiG, 73 Abs. 3 StGB) nicht im Unternehmensinteresse liegen. Originärer Rechtsgrund für die Verpflichtung des Geschäftsleiters, die ihm nach § 130 OWiG obliegenden Aufsichtspflichten zu erfüllen und in diesem Rahmen unter Umständen auch vergangene Verstöße zu untersuchen, ist aber nicht § 130 OWiG. Die §§ 76 Abs. 1, 93 Abs. 1 S. 1 AktG begründen diese Pflicht des Geschäftsleiters gegenüber der Gesellschaft.<sup>24</sup>

<sup>17</sup> Hüffer, AktG, 10. Aufl. 2012, § 76 Rn. 13; Weber, in: Hölters, AktG, 2011, § 76 Rn. 19.

<sup>18</sup> Häufig angesprochen wird in diesem Zusammenhang das Risiko, dass das Unternehmen Adressat einer Unternehmensgeldbuße nach §§ 130, 30 OWiG werden oder von Verfalls- oder Vermögensabschöpfungsmaßnahmen betroffen sein kann. Auch Reputationsschäden, die mit öffentlich werdenden Regelverstößen einhergehen, werden sich in aller Regel wirtschaftlich negativ auswirken. Von noch unmittelbarerem Interesse dürfte allerdings vielfach sein, dass sich Regelverstöße, auch und gerade gegen unternehmensinterne Richtlinien, wirtschaftlich direkt nachteilig auswirken können. Als Beispiel seien hier etwa Verstöße gegen interne Kreditvergabeleitlinien genannt. Solche Regelungen bestehen nicht aus „Selbstzweck“, sondern beschränken das Risiko unter Konkretisierung bankaufsichtsrechtlicher Vorgaben auf das betriebswirtschaftlich vernünftige Maß.

<sup>19</sup> Mit dieser Schwerpunktsetzung („Compliance durch Interne Ermittlungen“) etwa Dann, AnwBl 2009, 84, 84 f.; Morsen, ZIS 2011, 508, 509 ff.; Reichert/Ott, ZIP 2009, 2173, 2176. Vgl. auch Kremer/Klahold, ZGR 2010, 113, 126.

<sup>20</sup> Insbesondere: Begehung einer rechtswidrigen „Anknüpfungstat“.

<sup>21</sup> Hiervon ausgehend etwa Dann, AnwBl 2009, 84 und Grütznier/Leisch, BB 2012, 787, 791 f., 794.

<sup>22</sup> Wagner, CCZ 2009, 8, 13.

<sup>23</sup> Fleischer, in: Fleischer, Handbuch des Vorstandsrechts, 2006, § 8 Rn. 34 m.w.N.; Wagner, CCZ 2009, 8, 12.

<sup>24</sup> Zutreffend Wagner, CCZ 2009, 8, 13; vgl. auch Fleischer, CCZ 2008, 1, 2.

### c) Bedeutung von § 91 Abs. 2 AktG

„Zukunftsbezogene Vergangenheitsbewältigung“ kann auch im Zusammenhang mit der von § 91 Abs. 2 AktG geforderten Risikofrüherkennung Bedeutung erlangen. Nach wohl überwiegender Auffassung ist § 91 Abs. 2 AktG jedenfalls auf große, komplexe Unternehmen anderer Rechtsform entsprechend anwendbar.<sup>25</sup> Der Wortlaut der aktienrechtlichen Norm fordert vom Vorstand, geeignete Maßnahmen zu treffen, insbesondere ein Überwachungssystem einzurichten, damit den Fortbestand der Gesellschaft gefährdende Entwicklungen frühzeitig erkannt werden. Dass aus Rechtsverstößen bestandsgefährdende Risiken entstehen können, wird häufig als selbstverständlich vorausgesetzt.<sup>26</sup> Außerdem ist anerkannt, dass die Verpflichtung des Vorstands nicht aufhört, wenn das „Risikofrüherkennungssystem“ einmal eingerichtet ist, sondern die eingeleiteten Maßnahmen stetig daraufhin zu überprüfen sind, ob sie für den verfolgten Zweck geeignet sind oder Anpassungsbedarf besteht.<sup>27</sup> Insoweit wird eine Sachverhaltsaufklärung auch im Lichte des § 91 Abs. 2 AktG jedenfalls in Fällen geboten sein, in denen sie zur Überprüfung der „Systemfunktionalität“ erforderlich ist.<sup>28</sup>

### 3) Pflicht zur Prüfung und Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen

Unmittelbarer Vergangenheitsbezug hat die Pflicht, bei Anhaltspunkten für schadensbezügliche Pflichtverletzungen mögliche Schadensersatzansprüche zu prüfen und gegebenenfalls – weil das Unternehmensinteresse dies gebietet – geltend zu machen. Vom Bundesgerichtshof im Fall „ARAG/Garmenbeck“<sup>29</sup> als Pflicht des Aufsichtsrats im Fall möglicher Ansprüche gegen Vorstandsmitglieder postuliert, ist unbestritten, dass eine entsprechende Verpflichtung auch den Vorstand treffen kann, sofern Ansprüche gegen Mitarbeiter oder (ehemalige) Aufsichtsratsmitglieder in Rede stehen.<sup>30</sup> Das Versäumnis, Schadensersatzansprüche zu prüfen und gegebenenfalls geltend zu machen, kann eine eigene zivilrechtliche Haftung der jeweils Verpflichteten bzw. im Extremfall deren Strafbarkeit nach § 266 StGB begründen.<sup>31</sup>

### 4) Keine Entbindung von der Pflicht wegen staatlicher Ermittlungsverfahren

Die Verpflichtung zur Sachverhaltsaufklärung entfällt nicht dadurch, dass ein staatsanwaltliches Ermittlungsverfahren eingeleitet wurde oder eröffnet wird. Dafür gibt es diverse Gründe: Weil die Staatsanwaltschaft mit anderer Zielrichtung tätig wird, werden die Ermittlungsergebnisse in aller Regel allein keine geeignete Basis für die zu treffenden unternehmerischen Entscheidungen bieten können. Sie werden auch häufig nicht rechtzeitig bzw. zumindest nicht umfassend zur Verfügung stehen, weil Akteneinsichtsrechte nach §§ 406e, 475 StPO zwar möglicherweise bestehen, bis zum Abschluss der Ermittlungen aber nicht uneingeschränkt.<sup>32</sup> Nicht zuletzt wird ohne parallele interne Ermittlungen im Regelfall keine

<sup>25</sup> Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl. 2010, § 35 Rn. 33; vgl. auch Begründung zum Regierungsentwurf des KonTraG, BT-Drucks. 13/9712, S. 15: Für GmbHs gelte je nach ihrer Größe, Komplexität ihrer Struktur usw. nichts anderes und die Neuregelung (§ 91 Abs. 2 AktG) habe „Ausstrahlungswirkung“ auf den Pflichtenrahmen der Geschäftsführer auch anderer Gesellschaftsformen.

<sup>26</sup> Vgl. bereits die Vorstellung des Gesetzgebers, nach der zu den bestandsgefährdenden Entwicklungen insbesondere „risikobehaftete Geschäfte, Unrichtigkeiten der Rechnungslegung und Verstöße gegen gesetzliche Vorschriften“ gehören sollen, die sich auf die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der Gesellschaft wesentlich auswirken (BT-Drucks. 13/9712, S. 15); auch Knierim, StV 2009, 324, 326 f.

<sup>27</sup> Bihr/Kalinowsky, DStR 2008, 620, 621; Döbler, DStR 2001, 2086, 2087; vgl. auch LG München I, NZG 2008, 319, 320: Pflicht zur Dokumentation des eingerichteten Frühwarn- und Überwachungssystems.

<sup>28</sup> Insofern zu kurz greifend Knauer, ZWH 2012, 41, 46 und Wagner, CCZ 2009, 8, 12.

<sup>29</sup> BGH NJW 1997, 1926.

<sup>30</sup> Hölter, in: Hölter, AktG, 2011, § 93 Rn. 166; Thum/Klofat, NZG 2010, 1087 (jeweils in Bezug auf etwaige Ansprüche gegen Aufsichtsratsmitglieder).

<sup>31</sup> In der Praxis wird freilich regelmäßig der Nachweis eines durch das Unterlassen der Prüfung und Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen verursachten Vermögensschadens Schwierigkeiten bereiten, weil hinsichtlich des hypothetischen Verhandlungs- oder Prozessausgangs Unsicherheiten bestehen. Abgesehen von eindeutigen Haftungsfällen dürfte das Risiko, dass sich die jeweils Verantwortlichen durch das Unterlassen der Prüfung und Verfolgung tatsächlich selbst einer Haftung aussetzen, daher regelmäßig gering sein. Bereits die Befürchtung, sich einer – wenn auch unberechtigten – zivil- oder strafrechtlichen Verfolgung auszusetzen, dürfte allerdings Anlass genug sein, potentielle Schadensersatzansprüche nicht ungeprüft zu lassen.

<sup>32</sup> Vgl. etwa auch Knauer, ZWH 2012, 41, 47.

ausreichende Informationsbasis für das im Verhältnis zur Staatsanwaltschaft unternehmensseitig angezeigte Verhalten bestehen.<sup>33</sup>

### III. Umfang der gebotenen Sachverhaltsaufklärung

#### 1) Kein Zwang zur Durchführung von „Internal Investigations“

Auch wenn das zuständige Organ<sup>34</sup> bei einem Verdacht auf Normverstöße nach dem oben Gesagten in der Regel<sup>35</sup> nicht untätig bleiben darf und – davon abgesehen – auch häufig ein unmittelbares Eigeninteresse daran haben wird, den Sachverhalt aufzuklären, um das Fehlen eigener Verantwortlichkeit nachweisen zu können: Ob eine (nähere) Sachverhaltsaufklärung geboten ist und welchen Umfang die Aufklärungsmaßnahmen annehmen müssen, bestimmen die Umstände des Einzelfalls. Um Missverständnissen gleich vorzubeugen: Eine Verpflichtung, eine großangelegte „Internal Investigation“ durch externe Berater zu veranlassen, besteht in aller Regel nicht<sup>36</sup> bzw. jedenfalls dann nicht, wenn anderweitig eine angemessene und zweckentsprechende Sachverhaltsaufklärung gewährleistet ist.<sup>37</sup>

Grundsätzlich kommen verschiedene Mittel für die – („unternehmens-)intern“ oder „extern“ durchgeführte Untersuchung der Verdachtsmomente in Betracht, wobei die Aufarbeitung der „Aktenlage“ zweckmäßigerweise häufig am Anfang stehen wird,<sup>38</sup> aber insbesondere auch Gespräche mit – betroffenen ebenso wie nicht unmittelbar betroffenen – Mitarbeitern vielfach angezeigt sein werden.

#### 2) Kriterien für den Umfang der Sachverhaltsaufklärung

In welchem Umfang und mit welchen Mitteln eine Sachverhaltsaufklärung geboten ist, richtet sich zunächst nach den mit der Untersuchung verbundenen Zielen:<sup>39</sup> Entscheidung über die Geltendmachung von Haftungsansprüchen und / oder über arbeits- oder dienstvertragsrechtliche Schritte, Verbesserungen des Compliance- und / oder Risikofrüherkennungssystems, Wahrung des Unternehmensinteresses bei behördlichen Untersuchungen, Entscheidung über die Erstattung einer Strafanzeige, Vermeidung von Imageschäden durch demonstrative „Selbstreinigung“, Notwendigkeit steuerlicher Berichtigungen – um nur einige zu nennen. Die Zielrichtung kann sich dabei im Laufe der Sachverhaltsuntersuchungen und je nach den getroffenen Feststellungen, aber auch etwa in Abhängigkeit vom Verlauf eines parallel geführten behördlichen Verfahrens selbstverständlich ändern, ausweiten oder verengen.

Maßgeblich für den Aufklärungsumfang ist auch die Schwere möglicher Pflichtverletzungen, ob etwa „nur“ Verletzungen formaler Bestimmungen im Raum stehen oder – auf der anderen Seite – Verstöße gegen strafrechtliche Bestimmungen nahe liegen. Zu berücksichtigen ist, ob Regeln nur in Einzelfällen verletzt wurden oder es – andererseits – Hinweise auf systematische Regelverstöße gibt. Von Bedeutung ist auch die Höhe (möglicherweise) eingetretener oder bei weiteren, vergleichbaren Verstößen drohender Schäden. Kommen Haftungsansprüche in Betracht, wird regelmäßig nicht unberücksichtigt bleiben dürfen, inwieweit Ansprüche wirtschaftlich realisierbar wären, wobei etwa maßgeblich sein kann, ob eine (D&O-)Versicherung besteht, ob sie den Fall in versicherungsrechtlicher Hinsicht abdeckt und wie hoch die Versicherungssumme ist. Ein drohender Rechtsverlust durch Verjährung und die sich mit Zeitablauf verschlechternde Beweissituation können zur Eile gebieten; im Hinblick auf Reputationsrisiken kann auch von Bedeutung sein, dass die Öffentlichkeit eine zügige Aufklärung der in Rede stehenden Sachverhalte erwartet. Umgekehrt kann für den Fall, dass etwaige Haftungsansprüche nicht zeitnah zu verjähren drohen, grundsätzlich Be-

<sup>33</sup> Wagner, CCZ 2009, 8, 17.

<sup>34</sup> Zu der Frage, welches Organ die Verpflichtung jeweils trifft, unten IV.

<sup>35</sup> Zu Ausnahmen sogleich unten 3.

<sup>36</sup> Minoggio, in: Böttger, Wirtschaftsstrafrecht in der Praxis, 2011, Kapitel 15 Rn. 23; Knauer, ZWH 2012, 41, 47; vgl. auch Knierim, StV 2009, 324, 328, der die „Erforschung der Wahrheit“ in den Vordergrund stellt.

<sup>37</sup> Wagner, CCZ 2009, 8, 16. Vgl. auch Reichert/Ott, ZIP 2009, 2173, 2176: Auswahlmethoden bezüglich der Aufklärungsmethoden nur dann reduziert, wenn andere Formen der Sachverhaltsaufklärung keinen vergleichbaren Aufklärungserfolg versprechen.

<sup>38</sup> Dann, AnwBl 2009, 84, 86.

<sup>39</sup> Dies betonend Knauer, ZWH 2012, 41, 47.



rücksichtigung finden, dass „äußere“ Umstände, etwa das Vorliegen von Ermittlungsergebnissen in einem laufenden Strafverfahren oder der Ausgang von Parallelprozessen, nicht unerheblich zur Sachverhaltsaufklärung beitragen können und unter Aufwands- und Kostengesichtspunkten deshalb sinnvollerweise abgewartet werden sollten.

### 3) Beurteilungsspielraum

Letztlich wird stets eine Abwägungsentscheidung zwischen (voraussichtlichen) „Informationsbeschaffungskosten“ und (voraussichtlichem) Informationsnutzen zu treffen und den verpflichteten Organen hierbei ein gewisser Beurteilungsspielraum zuzubilligen sein.<sup>40</sup>

Die Auffassung, im Hinblick auf das „Ob“ der Sachverhaltsaufklärung bestehe kein Ermessensspielraum,<sup>41</sup> kann dabei nicht uneingeschränkt richtig sein.<sup>42</sup> Steht etwa fest, dass die Regelverstöße, die in der Vergangenheit vorgekommen sind, sich nicht wiederholen können, weil die Art von Geschäften, mit denen sie in untrennbarem Zusammenhang standen, nicht mehr getätigt wird, wird man das zuständige Organ kaum für verpflichtet halten können, eine umfassende, kostenintensive Sachverhaltsaufklärung zu betreiben. Dies gilt jedenfalls dann, wenn ausgeschlossen ist, dass aus den Regelwidrigkeiten noch Konsequenzen gezogen werden müssen – etwa weil mangels Schädigung des Gesellschaftsvermögens Haftungsansprüche nicht in Betracht kommen und die Betroffenen bereits aus dem Unternehmen ausgeschieden sind. Auch wenn Schadensersatzansprüche grundsätzlich in Betracht kommen, aber von vornherein feststeht, dass die Kosten einer Sachverhaltsaufklärung den Ertrag selbst im Fall erfolgreicher zivilrechtlicher Geltendmachung übersteigen würden, etwa weil die Betroffenen wirtschaftlich nicht leistungsfähig sind und kein Versicherungsschutz besteht, liegt eine umfassende Sachverhaltsaufklärung nicht im Unternehmensinteresse.

Der Bundesgerichtshof formuliert in der „ARAG/Garmenbeck“-Entscheidung zwar einschränkungslos, die Entscheidung des Aufsichtsrats, ob ein Vorstandsmitglied in Anspruch genommen werden solle, erfordere „zunächst die Feststellung des zum Schadensersatz verpflichtenden Tatbestandes in tatsächlicher wie rechtlicher Hinsicht sowie eine Analyse des Prozessrisikos und der Beitreibbarkeit der Forderung.“ Eine „Entscheidungsprärogative“ könne der Aufsichtsrat für diesen Teil seiner Entscheidung nicht in Anspruch nehmen und für Fragen, die nicht den Handlungs-, sondern den Erkenntnisbereich betreffen, komme „allenfalls die Zubilligung eines begrenzten Beurteilungsspielraums in Betracht.“ In Fällen, in denen aufgrund der Komplexität des Sachverhalts und der rechtlichen Beurteilung bereits die detaillierte Sachverhaltsaufklärung und rechtliche Prüfung ganz erhebliche Kosten verursachen würde, während feststeht, dass – etwa aus den oben genannten Gründen – Konsequenzen nicht zu ziehen sein werden, muss allerdings aus Gründen der Wirtschaftlichkeit auch ein Verzicht auf die Beauftragung einer ins Einzelne gehenden Prüfung möglich sein.<sup>43</sup> Zur Sachverhaltsaufklärung um ihrer selbst Willen besteht keine Verpflichtung.

Freilich: Vollständig wird das zuständige Organ auch in solchen Fällen nicht davon absehen können, den Sachverhalt zu erfassen. Die Sachverhaltsaufklärung muss aber eben nur so weit gehen, bis ein Erkenntnisstand erreicht ist, auf dessen Basis eine vernünftige Abwägung der Kosten und Chancen einer weiteren Sachverhaltsaufklärung möglich ist.<sup>44</sup> Leitlinie ist die Vorgabe, dass für unternehmerische (Folge-)Entscheidungen – nicht zuletzt im Hinblick auf das Risiko eigener Haftung – eine angemessene Informationsbasis geschaffen wer-

<sup>40</sup> Wagner, CCZ 2009, 8, 15 f.

<sup>41</sup> So Reichert/Ott, ZIP 2009, 2173, 2176; Reichert, ZIS 2011, 113, 117 und Wagner, CCZ 2009, 8, 15 f.

<sup>42</sup> So dezidiert auch Kocher, CCZ 2009, 215, 220 f.; vgl. außerdem Lutter, ZIP 2007, 841, 844 f. mit Verweis auf die Gesetzesbegründung.

<sup>43</sup> Vgl. auch Dann, AnwBl 2009, 84, 85: Durchführung kosten- und zeitintensiver Aufklärungsmaßnahmen, die wenig Aussicht auf Erfolg bieten, nicht zumutbar. Reichert/Ott, ZIP 2009, 2173, 2176 sind darüber hinaus der Auffassung, dass nach dem konkreten Entscheidungszusammenhang der „ARAG/Garmenbeck“-Entscheidung der „Erkenntnisbereich“ nach dem Verständnis des Senats auf die Würdigung der bereits ermittelten Sachverhaltskenntnisse beschränkt sein solle, während die Informationsbeschaffung dem Handlungsbereich zuzuordnen und damit vom Geltungsbereich der Business Judgement Rule erfasst sei, so dass dem Vorstand hinsichtlich der zur Informationsbeschaffung einzusetzenden Mittel – ein „Entschließeremessen“ verneinen die Autoren von vornherein – „Auswähleremessen“ zukomme. Ebenso Reichert, ZIS 2011, 113, 117 f.

<sup>44</sup> Anders Reichert, ZIS 2011, 113, 117: „In Abwesenheit außergewöhnlicher Umstände [...] umfassende Aufklärung des Geschehens [...], partielle oder unvollkommene Sachverhaltsermittlung genügt grundsätzlich nicht.“

den muss.<sup>45</sup> Auch die viel kritisierte Formulierung des Bundesgerichtshofs, die Haftungsprivilegierung der Business Judgement Rule setze voraus, „alle verfügbaren Informationsquellen tatsächlicher und rechtlicher Art“ auszuschöpfen,<sup>46</sup> wird man dabei nicht wörtlich nehmen können, weil eine entsprechende Vorgabe schlicht unwirtschaftlich wäre. Empfehlenswert scheint aber, gegebenenfalls zu dokumentieren, aus welchen Gründen eine Entscheidungsgrundlage als ausreichend angesehen und aufgrund welcher Erwägungen von weiteren, theoretisch noch möglichen Aufklärungsmaßnahmen abgesehen wird.

#### 4) Pflicht zur Beauftragung externer Berater?

Die Beauftragung externer Berater wird regelmäßig höhere Kosten verursachen. In Fällen gravierender Pflichtverstöße, strafrechtlich relevanter Sachverhalte und/oder hoher Schadenssummen dürfte mit Blick auf die „angemessene Entscheidungsgrundlage“ andererseits vielfach kein Weg daran vorbeiführen, zumindest ergänzend zu internen Ressourcen (häufig nahe liegend: Interne Revision) wegen der grundsätzlich zu vermutenden stärkeren Unabhängigkeit, Unbeeinflussbarkeit<sup>47</sup> und speziellen Erfahrung und Expertise externen Sachverständigen hinzuzuziehen.<sup>48</sup> Richtig ist aber auch, dass die Sachverhaltsaufklärung in aller Regel auf die Unterstützung durch Unternehmensangehörige angewiesen ist, die mit den Organisationsstrukturen und Prozessabläufen vertraut sind.<sup>49</sup>

#### 5) Begrenzung des Aufklärungsumfangs durch das Unternehmensinteresse

Das Unternehmensinteresse kann die Sachverhaltsaufklärung nicht nur gebieten, sondern deren Umfang – nicht nur wegen der unmittelbar dadurch verursachten, oft signifikanten Kosten – auf der anderen Seite auch erheblich einschränken: Eine medienwirksame, umfangreiche „Internal Investigation“ wird, weil sie den öffentlichen Blick in der Regel primär auf die untersuchten Verstöße lenkt und nur nebenbei auch auf die lobenswerte Bereitschaft, diese aufzuklären und gegebenenfalls zu sanktionieren, nicht selten eher rufschädigend als -fördernd wirken.<sup>50</sup> Selbstverständlich bedeutet das aber nicht, dass Regelverstöße „unter den Teppich gekehrt“ werden dürfen. Entscheidend ist, bei Aufklärungsmaßnahmen jeweils auch die damit korrespondierenden Nachteile im Blick zu haben und maßvoll zu agieren.

### IV. Zuständigkeit für die Sachverhaltsaufklärung

Welches Organ innerhalb des Unternehmens die Kompetenz und Verantwortung für die Sachverhaltsaufklärung innehat, ist davon abhängig, wem nach der bestehenden Verdachtslage Rechtsverstöße anzulasten sind.

Soweit (nur) Mitarbeiter oder aber (ehemalige) Aufsichtsratsmitglieder betroffen sind, ist regelmäßig die Geschäftsleitung zuständig, und zwar – ausgehend davon, dass hier Leitungsaufgaben wahrzunehmen sind – als Kollegialorgan. Je nach Schwere, möglichen Folgen und notwendigen Konsequenzen der im Raum stehenden Verstöße kommt eine Delegation auf einzelne Vorstandsmitglieder oder nachgeordnete Mitarbeiter in Betracht.<sup>51</sup> Eine Kontroll-

<sup>45</sup> Vgl. auch *Wagner*, CCZ 2009, 8, 15 f.

<sup>46</sup> BGH NZG 2008, 751, 752; ebenso KG NZG 2011, 429, 431.

<sup>47</sup> Freilich: Die Vorstellung, dass externe Berater, die vom Unternehmen beauftragt und bezahlt werden, stets und uneingeschränkt „neutral“ handeln und urteilen, wäre lebensfremd.

<sup>48</sup> Sehr bestimmt *Minoggio*, in: Böttger, Wirtschaftsstrafrecht in der Praxis, 2011, Kapitel 15, Rn. 23 ff. mit – am Rande – zutreffendem Hinweis darauf, dass nach der Neufassung des § 160a StPO mit Wirkung zum 01. Februar 2011 der (faktische) Schutz des Datenmaterials vor dem Zugriff der Ermittlungsbehörden beim externen Anwalt deutlich höher ist als „inhouse“; vgl. auch *Dann*, AnwBl 2009, 84, 86 („in komplexen und umfangreichen Fällen nahezu unverzichtbar“). Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang weiterhin die „ISION“-Entscheidung (BGH NZG 2011, 1271), in deren Rahmen der Bundesgerichtshof kürzlich im Zuge einer Haftungsklage gegen den Vorstand ausgeführt hat, der Vorstand müsse sich, um den strengen Anforderungen an die ihm obliegende Prüfung der Rechtslage und die Beachtung von Gesetz und Rechtsprechung zu genügen, unter umfassender Darstellung der Verhältnisse der Gesellschaft und Offenlegung der erforderlichen Unterlagen von einem unabhängigen, für die zu klärende Frage fachlich qualifizierten Berufsträger beraten lassen und die erteilte Rechtsauskunft einer sorgfältigen Plausibilitätskontrolle unterziehen, sofern er selbst nicht über die erforderliche Sachkunde verfüge.

<sup>49</sup> *Minoggio*, in: Böttger, Wirtschaftsstrafrecht in der Praxis, 2011, Kapitel 15 Rn. 31; *Dann*, AnwBl 2009, 84, 86; *Knierim*, StV 2009, 324, 328.

<sup>50</sup> Vgl. etwa *Knauer*, ZWH 2012, 41, 47.

<sup>51</sup> *Wagner*, CCZ 2009, 8, 14 f.

verantwortung des (Gesamt-)Vorstands, der sich deshalb über Stand und Ergebnisse der Untersuchungen regelmäßig berichten lassen sollte, bleibt dabei wie stets in Fällen von „horizontaler“ oder „vertikaler“ Aufgabendelegation<sup>52</sup> bestehen.<sup>53</sup>

Trifft der Verdacht rechtswidrigen Verhaltens den Vorstand, ist im Hinblick auf §§ 111 Abs. 1, 112 S. 1 AktG grundsätzlich der Aufsichtsrat am Zug.<sup>54</sup> Die Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats richtet sich auch auf Vorgänge aus der Vergangenheit<sup>55</sup> und seine Zuständigkeit besteht auch dann, wenn nur einzelne Vorstandsmitglieder betroffen sind. Die gesetzliche Kompetenzzuweisung und deren Zweck, Interessenskonflikte zu vermeiden, sprechen gegen die teilweise vertretene Auffassung,<sup>56</sup> der Aufsichtsrat könne sich darauf beschränken, die Sachverhaltsaufklärung durch die übrigen Vorstandsmitglieder zu überwachen, wenn sich der Verdacht nur gegen einzelne Vorstandsmitglieder richtet. Eine Verpflichtung des Aufsichtsrats, einzuschreiten und unter Umständen selbst Sachverhaltsermittlungen zu veranlassen, besteht schließlich, wenn der Vorstand seiner Pflicht zur Aufklärung von Rechtsverstößen nicht nachkommt.

Sofern – etwa durch anonyme Schreiben – „unspezifizierte“ Vorwürfe an den Vorstand herangetragen werden, kann sich die Frage stellen, ob der Vorstand zu „Vorausklärungsmaßnahmen“ berechtigt und verpflichtet ist. Im Schrifttum wird dies bejaht. Ergeben sich aus den Voruntersuchungen nur die geringsten Anhaltspunkte für eine mögliche Pflichtwidrigkeit eines (ehemaligen) Vorstandsmitglieds, soll der Vorstand allerdings verpflichtet sein, den Aufsichtsrat unverzüglich zu informieren, damit dieser seinen Kontroll- und Prüfungspflichten nachkommen kann.<sup>57</sup>

## V. Pflicht zur Kooperation mit der Staatsanwaltschaft?

Stehen Verstöße gegen Strafnormen im Raum, stellt sich häufig die Frage, ob eine Zusammenarbeit mit den Ermittlungsbehörden zweckmäßig ist. Eine pauschale Antwort gibt es darauf nicht; viel zu unterschiedlich sind die Konstellationen und auch Ziele, die ein Unternehmen mit einer solchen Kooperation verfolgen kann. Deshalb in diesem Zusammenhang nur einige grundsätzliche Bemerkungen:

Eine generelle Pflicht zur Kooperation bei bestehendem Verdacht auf strafrechtlich relevante Sachverhalte gibt es nicht. Insbesondere besteht in aller Regel keine Pflicht zur Einschaltung der – noch nicht tätigen – Ermittlungsbehörden.

Außerhalb des § 138 StGB kennt das deutsche Strafrecht keine Pflicht zur Anzeigeerstattung.<sup>58</sup> Eine Verpflichtung, begangene Straftaten anzuzeigen, kann sich auch grundsätzlich nicht aus einer Garantenpflicht ergeben, weil diese nur auf die Verhinderung andauernder oder zukünftiger Straftaten zielt.<sup>59</sup> Zur Anzeige strafbarer Handlungen zwingt schließlich im Finanzsektor der neu gefasste § 25 Abs. 3 S. 1 KWG nicht. Richtig ist, dass § 25 Abs. 3 S. 1 KWG in der mit Wirkung zum 01. Mai 2011<sup>60</sup> neu gefassten Form Institute konkret dazu verpflichtet, Sachverhalte, die auf strafbare, das Vermögen des Instituts gefährdende Handlungen hindeuten, intern zu untersuchen.<sup>61</sup> § 25c Abs. 1 KWG verpflichtet Institute zur Unterhaltung eines angemessenen Risikomanagements und zur Einrichtung von Verfahren und Grundsätzen im Hinblick auf die Verhinderung von Geldwäsche, Terrorismusfinanzierung und sonstige strafbare Handlungen, die zu einer Gefährdung des Vermögens des Instituts führen können.<sup>62</sup> § 25 Abs. 3 S. 1 KWG normiert insoweit eine Pflicht zur Untersuchung

<sup>52</sup> Hierzu (für die AG) etwa *Hölters*, in: *Hölters, AktG*, 2011, § 93 Rn. 43 ff. und (für die GmbH) *Haas/Ziemons*, in: *Michalski, GmbHG*, 2. Aufl. 2010, § 43 Rn. 170 ff.

<sup>53</sup> *Wagner*, CCZ 2009, 8, 14.

<sup>54</sup> *Hambloch-Gesinn/Gesinn*, in: *Hölters, AktG*, 2011, § 112 Rn. 9.

<sup>55</sup> *Hüffer*, *AktG*, 10. Aufl. 2012, § 111 Rn. 4.

<sup>56</sup> *Wagner*, CCZ 2009, 8, 15.

<sup>57</sup> *Hölters*, in: *Hölters, AktG*, 2011, § 93 Rn. 168.

<sup>58</sup> *Fischer*, *StGB*, 59. Aufl. 2012, § 138 Rn. 2; *Knauer*, *ZWH* 2012, 41, 45; *Reichert/Ott*, *ZIP* 2009, 2173, 2180.

<sup>59</sup> Vgl. etwa auch *Knauer*, *ZWH* 2012, 41, 45.

<sup>60</sup> Entsprechend dem BaFin-Rundschreiben 7/2011(GW) – Verwaltungspraxis zu § 25c Absätze 1 und 9 KWG (sonstige strafbare Handlungen) vom 16. Juni 2011 war mit aufsichtlichen Maßnahmen bei noch nicht angemessenem Risikomanagementsystem in Bezug auf sonstige strafbare Handlungen vor dem 01. April 2012 allerdings nicht zu rechnen.

<sup>61</sup> Vgl. auch *Knauer*, *ZWH* 2012, 41, 45.

<sup>62</sup> Hierzu näher etwa *Achtelik*, in: *Boos/Fischer/Schulte-Mattler, KWG*, 4. Aufl. 2012, § 25c KWG Rn. 5 ff.

„zweifelhafter oder ungewöhnlicher Sachverhalte,“ wobei der Gesetzgeber davon ausgeht, dass bereits ein sehr geringer Verdachtsgrad die Untersuchungspflicht begründet.<sup>63</sup> Nach der Vorstellung des Gesetzgebers soll die Pflicht nicht nur Kredit-, sondern auch Finanzdienstleistungsinstitute betreffen und unabhängig davon bestehen, auf welche Art und Weise die Ungewöhnlichkeiten oder Auffälligkeiten festgestellt wurden.<sup>64</sup> Dass Gerichte aus dem Wortlaut des § 25c Abs. 3 S. 1 KWG, nach dem Institute auffällige Sachverhalte untersuchen müssen, um „gegebenenfalls [...] die Erstattung einer Strafanzeige gemäß § 158 der Strafprozessordnung prüfen zu können“, eine generelle Pflicht zur Erstattung einer Strafanzeige ableiten werden, erscheint jedoch wenig nahe liegend.

Unabhängig davon kann es selbstverständlich in Einzelfällen empfehlenswert sein, bereits „vorbeugend“ Kontakt zur Staatsanwaltschaft aufzunehmen, wenn – etwa aufgrund von Medienberichterstattung – die Einleitung eines Verfahrens droht und die Offenlegung des Sachverhalts dies entweder bereits verhindern oder die Signalisierung von Kooperationsbereitschaft voraussichtlich jedenfalls den Verlauf des Verfahrens erleichtern kann.<sup>65</sup> Die Einschaltung der Staatsanwaltschaft kann in besonderen Konstellationen auch angezeigt sein, wenn nur staatliche Zwangsmittel (gegen ausgeschiedene Mitarbeiter oder außenstehende Beteiligte) eine ausreichende Sachverhaltsaufklärung versprechen.<sup>66</sup> Läuft bereits ein Verfahren, wird eine Kooperation im Rahmen der StPO sehr häufig zweckmäßig sein<sup>67</sup> und – um wieder zur Ursprungsfrage zurückzukehren, welche Pflichten Unternehmensorgane beim Vorliegen eines Verdachts auf Unregelmäßigkeiten haben – auch vielfach vor dem Hintergrund der §§ 76 Abs. 1, 93 Abs. 1 AktG geboten. Ein Anspruch darauf, dass bei möglichen Sanktionen gegen das Unternehmen interne Bemühungen zur Sachverhaltsaufklärung berücksichtigt werden, besteht zwar nicht; die Hoffnung, dass Kooperationsbereitschaft honoriert wird, wird dagegen im Regelfall legitim sein.<sup>68</sup> Ein nicht unbedeutender Aspekt kann daneben sein, dass eingriffsintensive Ermittlungen der Staatsanwaltschaft die Reputation des Unternehmens weit mehr schädigen dürften als ein – im Idealfall geräuschloses – Zu- und Zusammenarbeiten<sup>69</sup> im Rahmen der durch die StPO gezogenen Grenzen. Auf der anderen Seite kann beispielsweise Bedeutung erlangen, dass über Akteneinsichtsgesuche die der Staatsanwaltschaft zur Verfügung gestellten Ergebnisse interner Aufklärung und Bewertung Dritten zugänglich werden können, was etwa die Position des Unternehmens im Rahmen der Abwehr von Schadensersatzansprüchen schwächen oder aus sonstigen Gründen (Stichwort: Kenntnisnahme von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen durch Wettbewerber) nachteilig sein kann. Bestehende Ermessensspielräume sind in jedem Fall nach pflichtgemäßer Abwägung der Chancen und Risiken<sup>70</sup> und unter Berücksichtigung des Rechtsrats auf diesem Gebiet spezialisierter Anwälte auszuüben.

Selbstverständlich ist, dass stets eine ausreichende eigene Kenntnisbasis bestehen sollte, um einschätzen zu können, welche Folgen die Einschaltung der Staatsanwaltschaft haben kann bzw. welchen Einfluss die Übermittlung von Informationen auf den Verlauf des Verfahrens voraussichtlich haben wird. Insoweit ist wiederum – hier schließt sich der Kreis – die unternehmensinterne Sachverhaltsaufklärung unverzichtbar.

<sup>63</sup> Vgl. hierzu im Einzelnen BT-Drucks. 17/3023, S. 60 f.

<sup>64</sup> BT-Drucks. 17/3023, S. 60. Der Wortlaut, der auf § 25c Abs. 2 S. 1 KWG und damit auf die Pflicht (nur) von Kreditinstituten zum Betreiben von Datenverarbeitungssystemen verweist, legt zunächst eine andere Interpretation nahe.

<sup>65</sup> Vgl. etwa *Dann*, AnwBl 2009, 84, 85 (Sachverhaltsaufklärung als „erster Baustein einer strafrechtlichen Unternehmensverteidigung“) und *Knierim*, StV 2009, 324, 331. Weiterhin *Kremer/Klahold*, ZGR 2010, 113, 135: Wenn Risikoeinschätzung in Korruptionsfällen ergibt, dass es bei der nächsten steuerlichen Betriebsprüfung ohnehin zu einer Mitteilung des Falls an die Staatsanwaltschaft kommen würde.

<sup>66</sup> Vgl. etwa *Knauer*, ZWH 2010, 41, 48.

<sup>67</sup> So etwa auch *Knauer*, ZWH 2012, 41, 48; *Momsen*, ZIS 2011, 508, 510; vgl. außerdem die Thesen der Bundesrechtsanwaltskammer zum Unternehmensanwalt im Strafrecht (BRAK-Stellungnahme Nr. 35/2010), S. 7.

<sup>68</sup> Vgl. außerdem *Kremer/Klahold*, ZGR 2010, 113, 140: Unkooperatives Verhalten im Kartellverfahren u.U. sogar bußgelderhöhend.

<sup>69</sup> *Knauer*, ZWH 2012, 41, 48; *Kremer/Klahold*, ZGR 2010, 113, 135; *Momsen*, ZIS 2011, 508, 511.

<sup>70</sup> So auch Thesen der Bundesrechtsanwaltskammer zum Unternehmensanwalt im Strafrecht (BRAK-Stellungnahme Nr. 35/2010), S. 6.

Außenwirtschaftsrecht

Rechtsanwältin Antje Klötzer-Assion, Frankfurt

## „Exportkontrolle ist Chefsache“ – Zu Risiken und Nebenwirkungen der Übernahme der Ausführverantwortlichkeit nach deutschem Außenwirtschaftsrecht

Außenwirtschaftsrechtsverstöße werden in der Öffentlichkeit besonders wahrgenommen, wenn sie spektakulär sind und von der Presse entsprechend aufbereitet werden. Oft stehen erst Themen, die Auslöser und zugleich auch Gegenstand von Ermittlungen im Bereich des Außenwirtschaftsrechts sein können, im Vordergrund der Berichterstattung.<sup>1</sup> Für betroffene Unternehmen, die regelmäßig in sensiblen Marktsegmenten tätig sind, kann derartige Presse ungeachtet der Frage, ob sich ein etwaiger strafrechtlicher Anfangsverdacht als zutreffend und haltbar erweist, enorme Imageschäden mit sich bringen. Dies gilt umso mehr, als sich die Ermittlungen stets auf den Vorstand, hier den Ausführverantwortlichen, fokussieren. Der nachstehende Beitrag befasst sich mit der besonderen Stellung des Ausführverantwortlichen und den strafrechtlichen wie ordnungswidrigkeitenrechtlichen Risiken für den in solcher Funktion tätigen Geschäftsleiter.

### I. Die Figur des Ausführverantwortlichen im deutschen Außenwirtschaftsrecht

Die Vorschriften des Außenwirtschafts(stra)rechts sind für viele „ein Buch mit sieben Siegeln“. Das trifft zuweilen auch auf die justizielle Praxis zu, wie Klaus Bieneck auf einer NSTZ-Jahrestagung einmal bemerkte. Insgesamt herrsche eine geringe Normenkenntnis vor. Die „Kaskade von Ausführungsvorschriften“ sei für den Rechtsanwender kaum zu überblicken. Angesichts der gleichwohl umfassenden Pflichten eines Ausführverantwortlichen, der in Deutschland „die Schlüsselfunktion der Organisation der Exportkontrolle im Unternehmen“<sup>2</sup> inne hat – inne haben muss – sprach Bieneck sogar von einem „unbekannten Existenzrisiko“ für viele Vorstände und Geschäftsführer von Außenhandelsunternehmen.

Tatsächlich unterliegen Vorstände oder Geschäftsführer, welche die Funktion des Ausführverantwortlichen begleiten, erheblichen außerstrafrechtlichen und strafrechtlichen und/oder ordnungswidrigkeitenrechtlichen Risiken.

#### 1) Der Grundsatz „Exportkontrolle ist Chefsache“

Obwohl es keine gesetzliche Grundlage dafür gibt, ist die Benennung eines Ausführverantwortlichen im Unternehmen Voraussetzung für die Durchführung des Genehmigungsverfahrens bei dem Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (BAFA), wenn Genehmigungen für den Export von in der europäischen oder deutschen Güterkontrollliste genannten Gütern, Waren und Dienstleistungen etc. angestrebt werden. Dieses Erfordernis folgt aus den Grundsätzen der Bundesregierung zur Prüfung der Zuverlässigkeit von Exporteuren von Kriegswaffen und rüstungsrelevanten Gütern<sup>3</sup>, welche wiederum die außen- und sicherheitspolitischen Interessen Deutschlands im Blick haben. Denn obwohl der Außenwirt-

<sup>1</sup> Am Beispiel der Ermittlungen der Staatsanwaltschaft Stuttgart gegen Verantwortliche des Waffenherstellers Heckler & Koch ließ sich dies nachverfolgen. Z.B. Bericht auf Focus online vom 23.10.2011, Heckler & Koch, Staatsanwaltschaft ermittelt gegen Waffenhersteller, abrufbar unter [http://www.focus.de/politik/deutschland/heckler-und-koch-staatsanwaltschaft-ermittelt-gegen-waffenhersteller\\_aid\\_677466.html](http://www.focus.de/politik/deutschland/heckler-und-koch-staatsanwaltschaft-ermittelt-gegen-waffenhersteller_aid_677466.html); oder auch Meldung der Financial Times Deutschland vom 10.11.2011, Waffenlieferungen nach Mexico: Razzia bei Heckler & Koch, abrufbar unter <http://www.ftd.de/unternehmen/industrie/waffenlieferungen-nach-mexiko-razzia-bei-heckler-koch/60127571.html>.

<sup>2</sup> Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle, Praxis der Exportkontrolle, 2. Auflage, 2011, S. 110.

<sup>3</sup> Grundsätze der Bundesregierung und Bekanntmachung des BAFA unter:

[http://www.bafa.de/ausfuhrkontrolle/de/vorschriften/zuverlaessigkeit\\_ausfuhrverantwortlicher/index.html](http://www.bafa.de/ausfuhrkontrolle/de/vorschriften/zuverlaessigkeit_ausfuhrverantwortlicher/index.html).

schaftsverkehr grundsätzlich frei ist, existieren vielfältige Beschränkungen, welche die im Außenhandel tätigen Unternehmen zu beachten haben. Der Ausführverantwortliche soll nicht zuletzt im Interesse des Staates „Garant“ für die Einhaltung aller relevanten zoll- und außenwirtschaftsrechtlichen Regelungen sein. Entsprechend werden Anträge auf Ausfuhr genehmigungen vom BAFA überhaupt nur bearbeitet, wenn ein Ausführverantwortlicher benannt ist.<sup>4</sup>

Dies darf angesichts des umfassenden Pflichtenkreises nicht als bloße Formalie betrachtet werden. Die Funktion des Ausführverantwortlichen ist grundsätzlich von einem Mitglied des vertretungsberechtigten Organs des Unternehmens auszuüben. Seine Bestellung muss von dem zuständigen Organ beschlossen werden. Innerhalb eines Konzernverbundes sind Ausführverantwortliche stets bei dem operativ tätigen Unternehmensteil zu bestellen.

Zwar muss der Ausführverantwortliche die operativen Kontrolltätigkeiten wie z.B. die Einordnung von Produkten oder die Einholung exportrelevanter Informationen etc. nicht persönlich vornehmen. Er kann sich – je nach Struktur und Größe des Unternehmens – dabei selbstverständlich von einem oder mehreren Exportkontrollbeauftragten bzw. einer Exportkontrollstelle unterstützen lassen. Diesen sind innerhalb der gefundenen Organisationsstruktur so genannte Stopp- und Weisungsbefugnisse einzuräumen. Ungeachtet dessen verbleibt aber das alleinige fachliche Weisungsrecht des Ausführverantwortlichen. Die Delegation von Aufgaben der Exportkontrolle an Exportkontrollbeauftragte, eine Exportkontrollstelle in der innerbetrieblichen Organisation oder gar das Outsourcing des gesamten Exportkontrollprozesses verhindern mithin weder verwaltungsrechtliche Sanktionen noch straf- oder ordnungswidrigkeitenrechtliche Konsequenzen im Falle von Verstößen.

## 2) Der Ausführverantwortliche als „Garant“ für die Einhaltung des Außenwirtschaftsrechts

Der Ausführverantwortliche hat der Genehmigungsbehörde gegenüber folgende Erklärung abzugeben:

„Die/der Ausführverantwortliche ist Mitglied der Unternehmensleitung. Sie/er ist über die Pflichten des Exporteurs unterrichtet, die im Zusammenhang mit der Abwicklung von Ausfuhr-/Verbringungs-Geschäften, insbesondere bei genehmigungsbedürftigen Gütern bestehen und ist sich der Bedeutung der o.g. Grundsätze der Bundesrepublik bewusst. Die /der Benannte ist bestrebt, die einschlägigen Vorschriften des Außenwirtschaftsgesetzes (AWG), der Verordnung zur Durchführung des Außenwirtschaftsgesetzes (AWV), der Verordnung (EG) Nr. 1334/2000 über eine Gemeinschaftsregelung für die Kontrolle der Ausfuhr von Gütern und Technologien mit doppeltem Verwendungszweck, des Gesetzes über die Kontrolle von Kriegswaffen (KWKG) und des EG-Zollkodex (in den jeweils geltenden Fassungen) zu beachten. Sie/er wird alle ggf. erforderlichen Vorkehrungen treffen, damit diese Bestimmungen im Unternehmen eingehalten werden.

Die Unterzeichner sind sich bewusst, dass es ihnen im Falle einer möglicherweise einzuleitenden Zuverlässigkeitsprüfung verwehrt ist, sich auf Nichtwissen oder Missverstehen der außenwirtschaftsrechtlichen Bestimmungen zu berufen.

Die Unterzeichner wissen, dass in Fällen, in denen die/der Ausführverantwortliche den Antrag auf Ausfuhr-/Verbringungs-Genehmigung nicht selbst unterzeichnet, diesem Antrag eine schriftliche Bestätigung (Anlagen AV2) beigefügt werden muss, in der die/der Ausführverantwortliche die Verantwortung für den Antrag übernimmt. Hierbei ist bekannt, dass die Erklärung zur Verantwortungsübernahme bei Anträgen nach dem AWG, der AWV sowie der Verordnung (EG) Nr. 1334/2000 mindestens einmal jährlich gegenüber dem BAFA abgegeben und auf diese Erklärung Bezug genommen werden muss (in Feld 37 des Antrages auf Ausfuhr-/Verbringungs-Genehmigung). Die dadurch bestätigte Delegation der Befugnis zur Zeichnung der Anträge auf Ausfuhr-/Verbringungs-Genehmigung berührt nicht die grundsätzliche Verantwortlichkeit der/des Ausführverantwortlichen und schließt eine Exkulpation durch Verweisung auf die Person des Vertreters aus.

<sup>4</sup> Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle, Praxis der Exportkontrolle, S. 109.

Erklärung des  
Ausführverantwortlichen

Den Unterzeichnern ist bekannt, dass ein Zweifel an der Zuverlässigkeit der/des Ausführverantwortlichen zu den in Nr. 3 ff der o.g. Grundsätze der Bundesregierung aufgezeigten Folgen führen kann. Insbesondere ist bekannt, dass das BAFA bei begründeten Anhaltspunkten für einen erheblichen Rechtsverstoß u.a. von der Bescheidung des Antrags auf Ausführ-/Verbringungs-Genehmigung absehen kann, es sei denn, dass durch personelle und organisatorische Maßnahmen Zweifel an der Zuverlässigkeit des Unternehmens ausgeräumt werden.

Diese Benennung bleibt bis zu ihrem schriftlichen Widerruf gegenüber dem BAFA gültig. Ist ein Wechsel in der Person des Ausführverantwortlichen gegeben, sind die vertretungsberechtigten Organe verpflichtet, diesen Wechsel unverzüglich dem BAFA unter Benennung eines(r) neuen Ausführverantwortlichen anzuzeigen.<sup>5</sup>

Allein diese Erklärung verdeutlicht, welche herausgehobene Stellung dem Ausführverantwortlichen im Unternehmen zukommt und mit welchen verwaltungsrechtlichen Maßnahmen bis hin zum unausweichlichen „Selbstreinigungsprozess“ bei Verstößen gerechnet werden muss. Die Möglichkeit, „durch personelle und organisatorische Maßnahmen Zweifel an der Zuverlässigkeit des Unternehmens“ auszuräumen, wird oft zur Notwendigkeit, um einem faktischen Berufsverbot zu entgehen. Wird ein schwebendes Genehmigungsverfahren ausgesetzt und die Erfüllung von Verträgen auch nur vorübergehend unmöglich, kann dies enorme finanzielle Nachteile bedeuten.

Für den zum Ausführverantwortlichen benannten Geschäftsleiter oder Vorstand realisiert sich damit unter Umständen das „unbekannte Existenzrisiko“. In der Praxis wird es den Betroffenen Schwierigkeiten bereiten, eine adäquate neue Position zu begleiten, zumal gegebenenfalls durchgeführte strafrechtliche beziehungsweise ordnungswidrigkeitenrechtliche Ermittlungsverfahren oft Jahre dauern. Stellen sich der Verdacht und die Zweifel an der Zuverlässigkeit im Nachgang als unbegründet dar, ist regelmäßig ein irreparabler Reputationschaden eingetreten. Es wird vertreten, dass im Falle der Rechtswidrigkeit des behördlichen Entfernungsverlangens Schadensersatzansprüche gem. Art. 34 GG i.V.m. § 839 BGB geltend gemacht werden können.<sup>6</sup> Die Imageschäden für das Unternehmen und den Ausführverantwortlichen aber bleiben.

### 3) Besondere Pflichten des Ausführverantwortlichen

Der Ausführverantwortliche hat dafür zu sorgen, dass das Unternehmen im Außenwirtschaftsverkehr regelkonform vorgeht, d.h. alle gesetzlichen Vorschriften kennt und einhält.<sup>7</sup> Ihn treffen vor diesem Hintergrund eine besondere Organisationspflicht, eine Personalauswahlpflicht, eine Überwachungspflicht und die Weiterbildungspflicht.<sup>8</sup> Die unternehmensinterne Exportkontrolle muss in die Aufbauorganisation derart eingebunden sein, dass die damit befassten Personen und Stellen hinreichend unabhängig, vor allem aber durchsetzungsfähig sind. Dies gilt insbesondere anderen Unternehmensbereichen wie dem Vertrieb oder dem Finanzbereich gegenüber. Die in den operativen Unternehmenseinheiten mit der Durchführung der Exportkontrolle betrauten Mitarbeiter müssen vom Ausführverantwortlichen sorgfältig ausgewählt sein, d.h. über die notwendige Sach- und Rechtskenntnis verfügen. Damit einher geht die Weiterbildungspflicht für die betroffenen Mitarbeiter. Es versteht sich von selbst, dass die Einhaltung der festgelegten Arbeitsabläufe und Berichtsstrukturen sowie die Personaleignung und -weiterbildung in geeigneter Weise vom Ausführverantwortlichen überwacht werden müssen.

<sup>5</sup> Formular zur Benennung des Ausführverantwortlichen, abrufbar unter: <http://www.ausfuhrkontrolle.info/formulare.htm>.

<sup>6</sup> Entsprechende Fälle sind bislang nicht bekannt, Pottmeyer, Der Ausführverantwortliche, 4. Auflage, 2011, S. 152.

<sup>7</sup> Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle, Praxis der Exportkontrolle, S. 110; dazu auch Mayer, Die strafrechtliche Erfassung des illegalen Technologietransfers, 2006, S. 92.

<sup>8</sup> Ausführlich dazu Pottmeyer, Der Ausführverantwortliche, S. 69 – 101; Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle, Praxis der Exportkontrolle, S. 110 ff.

Anforderungen an die  
Aufbauorganisation

## II. Straf- und ordnungswidrigkeitenrechtliche Risiken

Korrespondierend zum oben dargestellten Pflichtenkreis übernimmt der Ausführungsverantwortliche neben außerstrafrechtlichen Risiken erhebliche straf- und ordnungswidrigkeitenrechtliche Risiken.

Ihn trifft zunächst die gesamte Palette von Bußgeld- oder Straftatbeständen des Außenwirtschaftsrechts, die hier angesichts des Umfangs nur kurz umrissen werden sollen.

### 1) Sanktionen nach Außenwirtschaftsrecht

Das Außenwirtschaftsgesetz (AWG) dient dem Schutz von Allgemeinwohlintressen, vor allem im außen- und sicherheitspolitischen Sinne.<sup>9</sup> Das AWG enthält größtenteils Blankettvorschriften, die auf Ausfüllungsnormen mit den entsprechenden Beschränkungen verweisen. Letztere ergeben sich regelmäßig aus der Außenwirtschaftsverordnung (AWV). Das nationale Außenwirtschaftsrecht wird jedoch häufig durch vorrangiges Gemeinschaftsrecht und internationales Recht überlagert.<sup>10</sup>

Verstöße können als Ordnungswidrigkeiten (§ 33 AWG) oder Straftaten (§ 34 AWG) geahndet werden. Grundsätzlich ist das anzuwendende Recht zu ermitteln, was angesichts der Änderungshäufigkeit der zugrundeliegenden Rechtsvorschriften Probleme bereiten kann. Dies gilt auch für Verjährungsfragen.<sup>11</sup>

Auch aus Inlandsgeschäften können außenwirtschaftsrechtliche Risiken resultieren.<sup>12</sup>

#### a) § 33 AWG

#### Owi-Tatbestände

Vorsätzliche oder fahrlässige Verstöße gegen Ge- bzw. Verbote nach Außenwirtschaftsrecht und das Handeln ohne die erforderliche Genehmigung können als Ordnungswidrigkeit gemäß § 33 AWG geahndet werden. § 33 Abs. 1 AWG stellt eine Blankettnorm dar, die durch Verhaltensvorgaben in der AWV ausgefüllt wird. § 70 AWV bezeichnet insoweit die Ordnungswidrigkeiten im Falle von Zuwiderhandlungen gegen Vorschriften der AWV oder der Dual-Use-Verordnung.<sup>13</sup> *Cornelius* bietet einen Überblick über das aktuelle Regelungsschema<sup>14</sup> und die einzelnen Ordnungswidrigkeiten<sup>15</sup>. In einer Vielzahl von Fällen ist bereits der Versuch einer Zuwiderhandlung als Ordnungswidrigkeit ahndbar. Die Rechtsfolgen sind überwiegend erheblich, denn viele Verstöße können Geldbußen bis zu 500.000 Euro nach sich ziehen.

#### b) § 34 AWG

#### Straftatbestände

Welche Zuwiderhandlungen strafbewehrt sind, ergibt sich aus § 34 AWG. Wie § 33 AWG ist die Strafnorm aufgrund mehrfacher Verweisungen kaum zu erfassen. Für einen ersten Überblick kann wiederum auf die Übersicht zur Normstruktur<sup>16</sup> von *Cornelius* verwiesen werden. Die Strafvorschrift des § 34 AWG enthält unterschiedliche Haupttatbestände: den Grundtatbestand in Abs. 1, den Gefährdungstatbestand in Abs. 2 und den Embargotatbestand des Abs. 4.<sup>17</sup>

#### aa) § 34 Abs. 1 AWG

§ 34 Abs. 1 AWG ahndet als Grundtatbestand die rechtswidrige, d.h. ungenehmigte Ausfuhr sowie das ungenehmigte Verbringen in einen anderen EU-Mitgliedstaat von besonders sicherheitsrelevanten Gütern, also Waffen, Munition, sonstigem Rüstungsmaterial oder von

<sup>9</sup> *Cornelius* in Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 1. Auflage, 2011, § 33 Rn. 4; *Röhrig* in Achenbach/Ransiek, Handbuch für Wirtschaftsstrafrecht, 3. Auflage, 2012, Außenwirtschaftsverstöße, S. 446.

<sup>10</sup> Zum Einfluss des Europa- und Völkerrechts, *Bieneck* in Müller-Gugenberger/Bieneck, § 62 Rn. 14; im Einzelnen Graf/Jäger/Wittig/*Cornelius*, § 33 Rn. 16.

<sup>11</sup> Achenbach/Ransiek/*Röhrig*, Außenwirtschaftsverstöße, S. 446.

<sup>12</sup> Ausführlich dazu *Deiters*, ZIS 2009, 306, 308 ff.

<sup>13</sup> Zu den einzelnen Tatbeständen im Überblick Graf/Jäger/Wittig/*Cornelius*, § 33 Rn. 21 ff.

<sup>14</sup> Graf/Jäger/Wittig/*Cornelius*, § 33 Rn. 2 zum Grundschemata.

<sup>15</sup> Graf/Jäger/Wittig/*Cornelius*, § 33 Rn. 21 ff.

<sup>16</sup> Graf/Jäger/Wittig/*Cornelius*, § 34 Rn. 2.

<sup>17</sup> *Bieneck* in: Müller-Gugenberger/Bieneck, § 62 Rn. 9.



Gütern mit doppeltem Verwendungszweck, den so genannten Dual-Use-Gütern.<sup>18</sup> Güter sind per definitionem alle beweglichen Sachen, die Gegenstand des Handelsverkehrs sein können sowie Waren, Datenverarbeitungsprogramme, Technologien etc., § 4 Abs. 2 Nr. 2 und 3 AWG. Die jeweiligen Tatobjekte ergeben sich aus den europäischen oder deutschen Güterkontrolllisten, d.h. den Anhängen zur Dual-Use-Verordnung oder der Ausfuhrliste zur AWV (Ausfuhrliste Teil I Abschnitt A).

§ 34 Abs. 1 AWG ist kein Sonderdelikt. Täter kann jeder sein.

Der Strafraum beträgt Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren oder Geldstrafe, bei fahrlässiger Tatbegehung Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren oder Geldstrafe, § 34 Abs. 7 AWG. Besonders schwere Fälle unterliegen der Strafandrohung aus § 34 Abs. 6 AWG.

#### bb) § 34 Abs. 2 AWG

§ 34 Abs. 2 AWG sanktioniert hingegen Verstöße, die zunächst als Ordnungswidrigkeiten zu verfolgen sind. § 34 Abs. 2 AWG wertet originäre Ordnungswidrigkeiten folglich zu Straftatbeständen auf. Es handelt sich um einen Gefährdungstatbestand. Voraussetzung der Strafbarkeit ist, dass die Handlungen geeignet sind, die Sicherheitsinteressen der Bundesrepublik Deutschland, deren auswärtige Beziehungen und /oder das friedliche Zusammenleben der Völker zu gefährden, § 34 Abs. 2 Nr. 1 – 3 AWG.<sup>19</sup>

Im Gegensatz zu § 34 Abs. 1 AWG ist die Täterbestimmung zum Teil von besonderen Merkmalen abhängig. Z.B. handelt es sich bei §§ 34 Abs. 2, 33 Abs. 4 oder 5 AWG sowie § 70 Abs. 4, 5, 5a, 6 AWV um Sonderdelikte.<sup>20</sup>

Der Strafraum beträgt auch hier Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren oder Geldstrafe bzw. Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren oder Geldstrafen bei Fahrlässigkeit.

#### cc) § 34 Abs. 3 AWG

Eine Besonderheit stellt § 34 Abs. 3 AWG dar, der Beihilfehandlungen zu bestimmten Taten „verselbständigt“<sup>21</sup> und zu täterschaftlichem Handeln erhebt. Der so genannte Fördertatbestand ist in der Praxis jedoch wenig bedeutsam. Der Strafraum beträgt Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren oder Geldstrafe.

#### dd) § 34 Abs. 4 AWG

§ 34 Abs. 4 AWG betrifft Zuwiderhandlungen gegen Wirtschaftsembargos der Vereinten Nationen oder vom Rat der Europäischen Union im Bereich der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik.<sup>22</sup> Umfasst sind auch Verstöße gegen Umgehungsklauseln, § 34 Abs. 4 Nr. 2 AWG. Darunter fällt im weitesten Sinne die „Ausschaltung der staatlichen Überwachung des geplanten Außenwirtschafts-Geschäfts“<sup>23</sup>. Daraus können erhebliche Anwendungsprobleme resultieren, denn der Begriff der Umgehungshandlung ist nicht definiert. Die Gesetzesmaterialien<sup>24</sup> sind ebenso unergiebig. § 34 Abs. 4 AWG ist angesichts des Strafraums von Freiheitsstrafe von 6 Monaten bis zu 5 Jahren von besonderer Bedeutung.<sup>25</sup>

<sup>18</sup> Zur Abgrenzung zwischen Rüstungsgütern und Dual-Use-Gütern *Bieneck, wistra* 2008, 451 ff.; *ders.*, *wistra* 2010, 10 ff.

<sup>19</sup> *Graf/Jäger/Wittig/Cornelius*, § 34 Rn. 19 ff.; *Achenbach/Ransiek/Röhrig*, § 34 Rn. 26, 49 ff.; zum Tatbestandsmerkmal der Gefährdung der auswärtigen Beziehungen der BRD siehe BGHSt 53, 128 (= NSTZ 2009, 335) mit Anm. *Safferling*, NSTZ 2009, 604, 605 ff.; *Bieneck* in *Müller-Gugenberger/Bieneck* § 62 Rn. 70 ff.

<sup>20</sup> *Bieneck* in: *Müller-Gugenberger/Bieneck*, § 62 Rn. 59.

<sup>21</sup> *Graf/Jäger/Wittig/Cornelius*, § 34 Rn. 41.

<sup>22</sup> Die jeweils aktuellen Embargos können auf der Internetseite des BAFA abgerufen werden. Im Zusammenhang mit Finanzsanktionen finden sich entsprechende Informationen auch auf der Internetseite der Deutschen Bundesbank. Zu ausgewählten Embargos siehe *Achenbach/Ransiek/Röhrig*, Außenwirtschaftsverstöße, S. 466 ff.

<sup>23</sup> *Bieneck* in: *Müller-Gugenberger/Bieneck*, § 62 Rn. 34.

<sup>24</sup> BT-Drs. 16/385, S. 5 f.

<sup>25</sup> Zur Außenwirtschaftsrechtsnovelle 2006, mit der § 34 Abs. 4 AWG wieder zum Vergehenstatbestand wurde *Ahlbrecht, wistra* 2007, 85 ff.

ee) § 34 Abs. 6 AWG

§ 34 Abs. 6 AWG enthält die Qualifikationen zu den Abs. 1, 2, 4 und ist als Verbrechenstatbestand ausgestaltet. Dies hat im Schrifttum Kritik erfahren.<sup>26</sup> Bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 34 Abs. 6 AWG erhöht sich der Strafraum von bis zu 5 Jahren Freiheitsstrafe oder Geldstrafe (Fälle des § 34 Abs. 1 und 2 AWG) bzw. von 6 Monaten bis zu 5 Jahren (Fälle des § 34 Abs. 4 AWG) auf Freiheitsstrafe von nicht unter 2 Jahren. Hinzu kommt die Erhöhung der Verjährungsfrist gemäß § 78 StGB auf 20 Jahre.

2) Allgemeines Ordnungswidrigkeitenrecht

a) § 130 OWiG

Neben die außenwirtschaftsrechtlichen Bußgeld- und Straftatbestände tritt § 130 OWiG als klassische Sanktionsvorschrift für Aufsichtspflichtverletzungen. Der zum Ausführverantwortlichen benannte Geschäftsführer oder Vorstand ist stets tauglicher Täter des § 130 OWiG. Hat er nicht die für eine wirksame Exportkontrolle erforderliche innerbetriebliche Organisation geschaffen oder es unterlassen, diese sachgerecht zu gestalten, kann der Ausführverantwortliche entsprechend belangt werden. Das gilt auch bei Versäumnissen im Bereich der Personalauswahl und –weiterbildung.

Zweifellos treffen die Pflichten, die im Falle von Außenwirtschaftsrechtsverstößen verletzt werden, den Betriebsinhaber. Grundsätzlich sind vorsätzliche und fahrlässige Aufsichtspflichtverletzungen ahndbar.

Ist der zugrunde liegende Außenwirtschaftsrechtsverstoß mit Strafe bedroht, beträgt der Bußgeldrahmen bis zu EUR 1 Mio, bei Fahrlässigkeit EUR 500.000.

b) § 30 OWiG

Sowohl ein nach §§ 33 oder 34 AWG zu sanktionierendes Verhalten des Ausführverantwortlichen als auch eine Aufsichtspflichtverletzung i.S.d. § 130 OWiG können Anknüpfungspunkt für eine Unternehmensgeldbuße sein.

III. Außerstrafrechtliche Risiken/Verwaltungsanktionen

Außerhalb des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts können Verwaltungsanktionen erhebliche Auswirkungen haben, insbesondere bei Zweifeln an der erforderlichen Zuverlässigkeit des Unternehmens.<sup>27</sup> In solchen Fällen werden schwebende Genehmigungsanträge regelmäßig nicht beschieden, so dass vertragliche Pflichten nicht erfüllt werden können und unter Umständen Schadensersatzansprüche drohen. Oftmals ist die Absetzung des Ausführverantwortlichen unausweichlich.<sup>28</sup> Unter Umständen wird auch die Neu- oder Umorganisation der unternehmensinternen Kontrolleinheiten verlangt.

Hinzu kommt der mögliche Verlust zoll- und außenwirtschaftsrechtlicher Erleichterungen, die für die Unternehmen zur effizienten Exportabwicklung heute unverzichtbar sind.

IV. Nebenfolgen

1) Einziehung

Gegenstände, die aus der Tat hervorgebracht werden oder die zu ihrer Begehung eingesetzten Tatmittel unterliegen gemäß § 74 StGB der Einziehung. § 36 Abs. 1 AWG erweitert die Einziehungsmöglichkeit auf Gegenstände, die nicht Werkzeuge für die oder Produkte aus der Tat sind.<sup>29</sup>

<sup>26</sup> Bieneck, Die Außenwirtschaftsstrafrechtsnovelle, NSTZ 2006, 608 ff.; Leipold, Straftaten nach dem Außenwirtschaftsgesetz – Neue Tendenzen, NJW Spezial 2010, 376 ff.

<sup>27</sup> Zu den Folgen siehe Grundsätze der Bundesregierung Nr. 3 ff. und Bekanntmachung des BAFA Nr. 4.

<sup>28</sup> „Selbstreinigungsmaßnahme“ zur Wiederherstellung der Zuverlässigkeit, siehe Erklärung des Ausführverantwortlichen gegenüber dem BAFA und Nr. 5 Satz 1 der Grundsätze der Bundesregierung.

<sup>29</sup> Zum Beispiel eingeführte Güter, Graf/Jäger/Wittig/Cornelius, § 36 Rn. 1, 2.

Aufsichtspflichtverletzung

Verbandsgeldbuße

Zuverlässigkeit

Erschienen im Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin unter www.compliancedigital.de. Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt. Kontakt: ESV@ESVmedien.de

Abschöpfung des gesamten Erlöses

Nach § 36 Abs. 2 AWG besteht auch die Möglichkeit, Gegenstände bei tatunbeteiligten Dritten einzuziehen.

2) Vermögensabschöpfung

Das Gericht kann gemäß § 73 StGB den Verfall anordnen für das aus der Tat oder für die Tat Erlangte. Das aus der Tat Erlangte, muss unmittelbar aus der Tat stammen. Bei Embargoverstößen wird vor dem Hintergrund des Bruttoprinzips gemäß § 73 Abs. 3 AWG der gesamte dem Unternehmen zugeflossene Erlös für verfallen erklärt,<sup>30</sup> weil sich die Pflichtwidrigkeit auf das gesamte Geschäft bezieht.<sup>31</sup>

V. Zusammenfassung

Das Außenwirtschaftsrecht ist hochkomplex. Die Regelungsdichte erfordert für diejenigen, die im Außenhandel tätig sind, eine ständige Befassung mit der Materie, insbesondere die Beachtung aller Neuerungen und Änderungen. Dies gilt vor allem im Hinblick auf Embargovorschriften. Der Ausführverantwortliche im Unternehmen fungiert als Garant für die rechtskonforme Durchführung von Exportgeschäften. Er übernimmt die Schlüsselrolle für die Exportkontrolle innerhalb eines Unternehmens. Korrespondierend dazu treffen ihn besondere Pflichten zur Organisation einer wirksamen Exportkontrolle, in Bezug auf die Personalauswahl und –weiterbildung sowie die Überwachung der implementierten Struktur. Der Ausführverantwortliche steht als verantwortliches Organ stets im Fokus der Ermittlungsbehörden. Er trägt angesichts der ihm obliegenden Pflichten hohe Risiken. Bei Zuwiderhandlungen gegen Vorschriften des Außenwirtschaftsrechts muss der Ausführverantwortliche mit erheblichen straf- oder bußgeldrechtlichen Konsequenzen ebenso rechnen wie mit außerstrafrechtlichen Maßnahmen, z.B. im Rahmen einer Zuverlässigkeitsprüfung durch das BAFA. Unabhängig von der Frage, ob sich ein Verdacht der Ermittlungsbehörden bestätigt oder nicht, verbleibt häufig ein Reputationsschaden.

<sup>30</sup> BGH NStZ 1994, 123; NJW 2002, 3339 f.; *Bieneck*, Gewinnabschöpfung bei Außenwirtschaftsverstößen, AW-Prax 1999, 336 ff.

<sup>31</sup> Jüngst bestätigt mit Urteil des 3. Strafsenats vom 19.01.2012. Siehe dort auch zur Problematik „erlangter Sondervorteil“, BGH NStZ 2012, 265, 266.

Einführung und Schulung

Internal Investigations

Dr. Markus Rübenstahl, Mag. iur./Dr. Christoph Skoupil

Internal Investigations, Status Quo – Pflicht zur Strafanzeige?

I. Einleitung

Im Nachgang zu einer Internal Investigation oder auch schon während diese durchgeführt wird, stellt sich stets die Frage, ob und inwieweit das Unternehmen potentiell strafrechtlich relevante Sachverhalte und deren mutmaßliche Urheber den Strafverfolgungsbehörden mitzuteilen hat. Hier sind grundsätzlich zwei Fragen zu unterscheiden: Liegt es – u. U. bereits deshalb, weil parallel ein Ermittlungsverfahren zum selben Sachverhalt geführt wird – im Interesse des Unternehmens bzw. ist es sogar faktisch unumgänglich, belastende Ermittlungsergebnisse – ggf. alle Ermittlungsergebnisse – offenzulegen und damit der Sache nach Strafanzeige zu erstatten (vgl. § 158 StPO)? Oder besteht ggf. für bestimmte Sachverhaltskonstellationen sogar eine zwingende Rechtspflicht zur Erstattung gerade einer Strafanzeige bei den Strafverfolgungsbehörden auf der Basis strafrechtlicher, privatrechtlicher oder

öffentlich-rechtlicher Normen, ggf. auch auf der Basis von untergesetzlichen Rechtsnormen oder gar Verwaltungsanweisungen und Kodices? Wäre Letzteres der Fall, läge nahe, dass unter Risikogesichtspunkten eine Ermessensentscheidung zur Nichtoffenlegung orientiert am Unternehmensinteresse gem. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG („Business Judgement Rule“) regelmäßig nicht mehr in Betracht kommt, selbst wenn die Verletzung der Anzeigepflicht nicht straf- oder sanktionsbedroht ist. Die Frage stellt sich in verschärfter Form, wenn es um Unternehmen geht, die besonders intensiv reguliert werden (z. B. Finanzdienstleistungsunternehmen), oder um solche, für die zusätzlich eine Art untergesetzliches Sonderrecht geschaffen wurde, beispielhaft seien börsennotierte Kapitalgesellschaften oder Unternehmen im Eigentum von Körperschaften des Öffentlichen Rechts genannt. Für beide gilt zudem, – aus unterschiedlichen Gründen – dass das Bekanntwerden von Gesetzesverletzungen – besonders eine rechtswidrige Verheimlichung strafbaren Verhaltens im Unternehmen – zu besonders intensiven Imageschäden führen kann. Bei Unternehmen, an denen die öffentliche Hand beteiligt ist, kommt hinzu, dass diese der Allgemeinheit gehören, oft besonders intensiven (parti-)politischen Einflüssen ausgesetzt sind und deren Leitungsgremien daher von der öffentlichen Meinung den besonders strengen rechtlichen und politisch-moralischen Maßstäben unterworfen werden, die auch an politische Amtsträger gestellt werden.

Vor diesem Hintergrund wird oft angefragt, ob und gegebenenfalls unter welchen Umständen unter Zugrundelegung des ermittelten Sachverhalts eine Strafanzeigepflicht, insbesondere gegen (ausgeschiedene) Mitarbeiter oder Organe, auch bei Tochtergesellschaften besteht. In den typischen Fällen besteht der Verdacht der Begehung von Vergehen gem. §§ 263 ff., 266 ff., 299 f., 331 ff. StGB, 370 AO, nicht aber von Verbrechen (§ 12 StGB). Unter Berücksichtigung der Sondersituation von Unternehmen mit Beteiligung der öffentlichen Hand wird nachfolgend erörtert, inwiefern – entgegen der Intuition – möglicherweise doch eine Rechtspflicht zur Erstattung einer Strafanzeige bestehen könnte.

## II. Mögliche Rechtsgrundlagen einer Strafanzeigepflicht

### 1) Materielles Strafrecht

Im Bereich des materiellen Strafrechts ist bzgl. einer möglicherweise (indirekt) zur Anzeige verpflichtenden Norm an die §§ 13, 25 ff., 138, 258, 258a StGB zu denken.

#### a) Beteiligung an der (noch andauernden bzw. erneut bevorstehenden) Straftat (§ 13, 25 ff. StGB)

Fraglich ist, ob sich eine Pflicht zur Strafanzeige bzgl. aus dem Unternehmen heraus begangener Straftaten nach den Grundsätzen der §§ 13, 25 ff. StGB ergibt.

Im Falle der Untätigkeit des Geschäftsherrn trotz Kenntnis von etwaigen Verstößen seiner Mitarbeiter ist seine strafrechtliche Haftung nur über eine nicht beachtete Handlungsverpflichtung zu begründen. Die Verpflichtung, gegen im Unternehmen stattfindende Straftaten einzuschreiten, setzt jedenfalls das Bestehen einer Garantienpflicht i.S.d. § 13 StGB voraus. Eine solche sog. Geschäftsherrenhaftung ist zwar im Einzelnen umstritten<sup>1</sup>, wird aber von der wohl h.M. anerkannt<sup>2</sup>. Sie lässt sich aus der mit der Betriebsorganisation einhergehenden erhöhten Gefahr für die Begehung von Delikten – quasi als Kehrseite der Freiheit ein Unternehmen betreiben zu dürfen – begründen.<sup>3</sup> Anerkannt ist aber, dass sich diese Pflicht ausschließlich auf die Verhinderung betriebsbezogener Straftaten bezieht und solche Taten, die der Mitarbeiter lediglich bei Gelegenheit seiner Tätigkeit begeht, nicht umfasst.<sup>4</sup>

Oftmals wird die Verpflichtung zur Vornahme unternehmensinterner Maßnahmen zur Sicherstellung rechtskonformen Verhaltens auf sog. Compliance Officer übertragen. Ziel der Geschäftsleitung ist es, ihre insofern bestehenden Pflichten (vgl. § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB) wirksam auf die Errichtung, Organisation und Überwachung eines Compliance-Systems zu be-

<sup>1</sup> Vgl. Lackhoff/Schulz, CCZ 2010, 81, 83 m.w.N.

<sup>2</sup> Wohlers in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 3. Auflage, 2010, § 13 Rn. 53; Fischer, StGB, 59. Auflage, 2012, § 13, Rn. 37; Lackner/Kühl, StGB, 27. Auflage, 2011, § 13, Rn. 14; Stree/Bosch in: Schönke/Schröder, StGB, 28. Auflage, [2010], § 13, Rn. 53. Für den Bereich der öffentlichen Verwaltung sieht § 357 StGB eine ausdrückliche Regelung vor.

<sup>3</sup> Wohlers in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 3. Auflage, 2010, § 13, Rn. 53 m.w.N.

<sup>4</sup> BGH, NStZ 2012, 142, 143; Fischer, StGB, 59. Auflage, 2012, § 13, Rn. 38.

schränken.<sup>5</sup> Ob den Compliance Officer dann aber per se eine Garantenpflicht trifft, ist fraglich. Zu diesem Problemkreis nahm der 5. Strafsenat des BGH jüngst in der BSR-Entscheidung<sup>6</sup> im Rahmen eines obiter dictums Stellung. Danach sei eine solche Garantenstellung „regelmäßig“<sup>7</sup> anzunehmen. Sie entstehe als notwendige Kehrseite der „gegenüber der Unternehmensleitung übernommenen Pflicht, Rechtsverstöße und insbesondere Straftaten zu unterbinden [...]“.<sup>8</sup> Eine erste – zutreffende – Einschränkung des von ihm aufgestellten Grundsatzes deutet der BGH in seiner Entscheidung bereits selbst an: Zum einen muss die Straftat in einem Betriebsbezug stehen (s.o.). Zum anderen müssen dem Unternehmen „erhebliche Nachteile durch Haftungsrisiken oder Ansehensverlust“<sup>9</sup> drohen.<sup>10</sup> Darüber hinaus ist die vom BGH propagierte Regelmäßigkeit der Garantenstellung weiter einzuschränken: Die Garantenpflicht des Compliance Officers resultiert aus seinem vertraglich und faktisch übernommenen<sup>11</sup> Pflichtenkreis bzw. richtet sich in ihrem Umfang danach, inwieweit die Aufgaben durch die Leitungsorgane auf ihn in zulässiger Form delegiert wurden.<sup>12</sup> Mit hin ist jeweils eine Einzelfallbetrachtung unter maßgeblicher Berücksichtigung der konkreten Stellenbeschreibung des Compliance Officers vorzunehmen.<sup>13</sup> Insoweit ist zu beachten, dass dieser in der Praxis regelmäßig gerade nicht mit Entscheidungs- und Weisungsrechten ausgestattet ist.<sup>14</sup> Vielmehr beschränkt sich seine Verpflichtung zumeist auf die Aufdeckung von Regelverstößen und den Bericht derselben in einem festgelegten unternehmensinternen Berichtsverfahren.<sup>15</sup>

Eine weitergehende Offenlegung bzw. Anzeige etwaiger Straftaten durch den Compliance Officer gegenüber unternehmensexternen Stellen kann dagegen nicht verlangt werden. Hierfür fehlt es an einer geschriebenen Grundlage.<sup>16</sup> Gegen den Rückgriff auf eine allgemeine, aber ungeschriebene Verpflichtung spricht, dass der Gesetzgeber, sofern er denn eine externe Berichts- bzw. Anzeigepflicht für erforderlich hält, ausdrücklich tätig geworden ist, diese Regelungen aber zugleich mit einem stark eingeschränkten Anwendungsbereich versehen hat (vgl. § 138 StGB, § 11 GwG). Überdies indiziert auch die Neuregelung des § 46b StGB, der in seinem Abs. 1 eine Strafmilderung im Falle des freiwilligen Offenbarens von Wissen bzgl. einer Straftat ermöglicht, dass insofern keine Verpflichtung besteht.<sup>17</sup> Bezeichnend ist in diesem Zusammenhang, dass das „Angebot“ des Gesetzgebers, Wissen über Straftaten an externe Stellen weiterzugeben, gerade im Falle von besonders schweren Verfehlungen (Katalogtaten i.S.d. § 100a Abs. 2 StPO) gilt; selbst in diesem Bereich der schweren Kriminalität wird also keine externe Informationspflicht statuiert.<sup>18</sup>

Die soeben genannten Gesichtspunkte sprechen auch gegen eine Verpflichtung der Leitungsorgane zur Strafanzeige. Auf welche Art und Weise sie dem durch § 13 StGB erteilten Auftrag gerecht werden, müssen sie vielmehr unter Berücksichtigung der Unternehmensinteressen selbst entscheiden. Einzig für die Fälle, in denen die Straftat ausschließlich durch eine Anzeige gegenüber den Ermittlungsbehörden zu verhindern wäre, ließe sich eine Verpflichtung hierzu denken. Dieses Szenario wird aber in der Praxis aufgrund der weitreichenden Entscheidungs- und Weisungsrechte des Arbeitgebers selten einschlägig sein. Überdies müssten auch in dieser Situation noch die durch den Gesetzgeber zum Ausdruck gebrachten Wertungen beachtet werden: Es wäre ein erhebliches (etwaige entgegenstehende Unternehmensinteressen überwiegendes) öffentliches Interesse an der Strafverfolgung zu fordern. Die in Frage stehende Straftat müsste also mit denjenigen Taten, hinsichtlich derer eine ausdrückliche Anzeigepflicht normiert ist, vergleichbar sein. Einen solchen Schweregrad werden die hier in Rede stehenden typischen Vergehen aber nicht erreichen.

<sup>5</sup> Vgl. *Rübenstahl*, NZG 2009, 1341, 1343 m.w.N.

<sup>6</sup> BGH NJW 2009, 3173 ff.

<sup>7</sup> BGH NJW 2009, 3173, 3175.

<sup>8</sup> BGH NJW 2009, 3173, 3175.

<sup>9</sup> BGH NJW 2009, 3173, 3175.

<sup>10</sup> Dies ist bei betriebsbezogenem Bagatelldelikt – insbesondere geringfügigen Vermögensdelikten, Beleidigungen etc. – nicht der Fall; vgl. *Rübenstahl*, NZG 2009, 1341, 1342.

<sup>11</sup> Vgl. BGH NJW 2008, 1897.

<sup>12</sup> *Lackhoff/Schulz*, CCZ 2010, 81, 86.

<sup>13</sup> *Rübenstahl*, NZG 2009, 1341, 1342.

<sup>14</sup> *Kraft/Winkler*, CCZ 2009, 29, 32; *Lackhoff/Schulz*, CCZ 2010, 81, 86.

<sup>15</sup> *Rübenstahl*, NZG 2009, 1341, 1342 f.

<sup>16</sup> *Bürkle*, CCZ 2010, 4, 10 ff.; *Lackhoff/Schulz*, CCZ 2010, 81, 87.

<sup>17</sup> *Bürkle*, CCZ 2010, 4, 10.

<sup>18</sup> *Bürkle*, CCZ 2010, 4, 10.

Mithin ergibt sich aus den §§ 13, 25 ff. StGB, selbst wenn man eine entsprechende Garantstellung für die Leitungsorgane bzw. den Compliance Officer im konkreten Fall bejaht, keine Verpflichtung, eine externe Strafanzeige vorzunehmen.

#### b) Strafvereitelung, Strafvereitelung im Amt (§§ 258, 258a StGB)

Nach § 258 Abs. 1 StGB (Strafvereitelung) wird bestraft, „Wer absichtlich oder wissentlich ganz oder zum Teil vereitelt, dass ein anderer dem Strafgesetz gemäß wegen einer rechtswidrigen Tat bestraft [...] wird, [...]“ oder wer dies versucht (Abs. 4). § 258a StGB (Strafvereitelung im Amt) schreibt strafverschärfend vor: „Ist in den Fällen des § 258 Abs. 1 der Täter als Amtsträger zur Mitwirkung bei dem Strafverfahren [...] berufen, so ist die Strafe Freiheitsstrafe [...].“

Der Täter muss durch die Vereitelungshandlung den Eintritt eines bestimmten Vereitelungserfolgs herbeiführen, d.h. der Vortäter muss durch die Hilfeleistung im Hinblick auf die Strafverfolgung tatsächlich besser gestellt worden sein.<sup>19</sup> Strafbar ist zunächst allein ein aktives Tun, das den Erfolg der Strafvereitelung bewirkt: Es ist ausreichend, dass die Ahndung der Straftat für „geraume Zeit“ nicht verwirklicht wird.<sup>20</sup> Die Definition der erforderlichen Zeitspanne erfolgt in Literatur und Rspr. uneinheitlich. Als ausreichend angesehen werden Verzögerungen von zehn bis zwölf Tagen bzw. drei Wochen.<sup>21</sup> Aus der Natur des § 258 StGB als Erfolgsdelikt ergibt sich, dass die Vereitelungshandlung des Täters für den Taterfolg ursächlich sein muss. Insoweit kann eine vollendete Strafvereitelung nur dann angenommen werden, wenn mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit feststeht, dass die Bestrafung ohne die (aktive) Vereitelungshandlung geraume Zeit früher erfolgt wäre.<sup>22</sup> In Anbetracht der Vielfältigkeit und Komplexität des Ermittlungs-, Verhandlungs- und Urteilsfindungsprozesses im Strafverfahren sind jedoch eine derartige Kausalitätsfeststellung und deren Nachweis häufig nicht möglich. Scheitert die Subsumtion allein an der Kausalitätsfeststellung, kommt allerdings nach dem Grundsatz in dubio pro reo eine Strafbarkeit wegen versuchter Strafvereitelung (§§ 258 Abs. 1, Abs. 4, 22, 23 Abs. 1 StGB) in Betracht.<sup>23</sup>

Ein aktives, strafvereitelndes Tun im Sinne der §§ 258, 258a StGB wird seitens des Unternehmens regelmäßig nicht beabsichtigt oder gar zu beobachten sein. In Betracht kommt damit allein die bloße Untätigkeit. Es ist daher zu fragen, ob das Unterlassen einer Strafanzeige ein tatbestandliches „Vereiteln“ im Sinne dieser Vorschrift sein kann: Dies setzt wiederum voraus, dass dem Täter eine Garantpflicht (§ 13 Abs. 1 StGB) hinsichtlich der Sicherstellung der Strafverfolgung obliegt.<sup>24</sup> Der Unterlassende muss demnach dazu berufen sein, an der Strafverfolgung mitzuwirken und in irgendeiner Weise dafür Sorge zu tragen, dass Straftäter ihrer Bestrafung oder sonstigen strafrechtlichen Maßnahmen zugeführt werden.<sup>25</sup>

Eine solche Verpflichtung kommt bei Privaten regelmäßig nicht in Betracht.<sup>26</sup> Eine entsprechende Handlungspflicht trifft (i.R.d. § 258a StGB) jedoch solche Amtsträger (§ 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB), die dienstlich mit der Strafverfolgung betraut sind, so z.B. Strafrichter, Staatsanwälte und ihre Ermittlungspersonen sowie Polizeibeamte (vgl. §§ 152, 160, 161, 163 Abs. 1 StPO, § 152 GVG). Allerdings sind selbst Entscheidungsträger in Unternehmen mit Beteiligung der öffentlichen Hand offensichtlich nicht dienstlich mit der Strafverfolgung betraut. Sie trifft mithin auch keine Strafanzeigespflicht im Sinne des § 258a StGB.

Für Amtsträger, die nicht zum oben genannten Kreis des § 258a StGB gehören, besteht nach § 258 StGB keine Pflicht, ihnen bekannt gewordene Straftaten zur Strafanzeige zu bringen.<sup>27</sup> Deren Garantstellung würden allein spezielle gesetzliche Anzeigepflichten begründen,

<sup>19</sup> BGH NJW 1984, 135; *Walter* in: Leipziger Kommentar, StGB, 12. Auflage, 2010, § 258, Rn. 35; *Wessels/Hettinger*, BT/I, 35. Auflage, 2011, Rn. 724; *Dessecker*, GA 2005, 142, 147.

<sup>20</sup> BGH NJW 1999, 2908, 2909 = BGHSt 45, 97, 100 f.; BGH, wistra 1995, 143; OLG Koblenz, NStZ 1992, 146, 147; OLG München, NStZ-RR 2011, 56.

<sup>21</sup> BGH wistra 1995, 143; OLG Stuttgart, NJW 1976, 2084; vgl. *Beulke/Ruhmannseder*, Die Strafbarkeit des Verteidigers, 2. Auflage, 2010, Rn. 132 f. m.w.N.

<sup>22</sup> Vgl. BGH NJW 1984, 135.

<sup>23</sup> BGH wistra 1995, 143.

<sup>24</sup> Vgl. BGH, NStZ 1993, 383; BGH NStZ 1992, 540, 541.

<sup>25</sup> BGH, NStZ 1997, 597 = BGHSt 43, 82, 84 f.; *Cramer* in: MünchKomm, StGB, 1. Auflage, 2003, § 258, Rn. 16.

<sup>26</sup> *Fischer*, StGB, 59. Auflage, 2012, § 258, Rn. 11.

<sup>27</sup> BGHSt 43, 82, 84 ff. = BGH NStZ 1997, 597 f.

die gerade den Zweck haben, den Strafverfolgungsbehörden Tatsachen, die dienstlich in Erfahrung gebracht wurden und die den Verdacht einer Straftat begründen, mitzuteilen.<sup>28</sup>

Ob Organe und Mitarbeiter von privatrechtlich organisierten und erwerbswirtschaftlich tätigen Unternehmen mit kommunaler bzw. staatlicher Beteiligung Amtsträger im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB (insbesondere „sonstige Stellen“ i.S.v. § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c StGB) sind, beurteilt sich nach einer Gesamtbetrachtung.<sup>29</sup> Danach wären privatrechtlich organisierte Unternehmen einer Behörde allenfalls dann gleichzustellen, wenn sie bei Wertung der sie kennzeichnenden Merkmale „gleichsam als verlängerter Arm des Staates“ erschienen.<sup>30</sup> Insofern herrscht jedoch eine restriktive Betrachtungsweise vor:<sup>31</sup>

Im FRAPORT-Fall<sup>32</sup> hat der BGH darauf abgestellt, dass die Aufgaben der FRAPORT ebenso auch von Privaten erfüllt werden könnten, dass FRAPORT wesentliche Einnahmen jenseits der Gewährleistung des bloßen Flugbetriebes erziele und zudem keine öffentlichen Zuwendungen erhalte. Es falle auch nicht ins Gewicht, dass die Aktionäre der FRAPORT ausschließlich Körperschaften des öffentlichen Rechts seien, weil dieser Umstand für sich allein keinen so weitgehenden Einfluss der öffentlichen Hand auf die laufenden Geschäfte des Unternehmens eröffne, dass es als eingegliedert angesehen werden könne.<sup>33</sup>

Selbst die Deutsche Bahn AG unterliegt nach der Rspr. nicht derartig staatlicher Steuerung, dass sie einer Behörde gleichgestellt werden kann.<sup>34</sup> Da es im Bereich der Daseinsvorsorge neben der Organisationsprivatisierung zunehmend zu einer Aufgabenprivatisierung kommt und der Aufgabenbereich der Daseinsvorsorge auch privaten Marktteilnehmern offensteht und der Hoheitsträger die Funktion einem privatrechtlich organisierten und marktwirtschaftlich agierenden Unternehmen der öffentlichen Hand überträgt, trägt dessen Handeln ebenso einen ausschließlich erwerbswirtschaftlichen Charakter, wie dasjenige der rein privaten Mitbewerber, weshalb insofern schon die Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe zweifelhaft ist.<sup>35</sup>

Sogar, wenn man annehmen wollte, dass es sich bei den Organen bzw. Entscheidungsträgern der als juristische Personen des Privatrechts organisierten Unternehmen mit Beteiligung der öffentlichen Hand um Amtsträger im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB handeln würde, wären keine speziellen gesetzlichen Anzeigepflichten gegenüber den Strafverfolgungsbehörden ersichtlich: Bloße dienstrechtliche Anzeigepflichten begründen nach herrschender Auffassung keine Garantienpflicht zur Strafanzeige im Sinne des § 13 StGB, da diese ausschließlich der Gewährleistung eines funktionsfähigen und ordnungsgemäßen Dienstbetriebs dienen, nicht aber das Strafverfolgungsinteresse im Auge haben.<sup>36</sup> Auch ein Dienstvorgesetzter macht sich nicht strafbar, wenn er es unterlässt, Straftaten seiner Untergebenen anzuzeigen.<sup>37</sup> Privatpersonen sind erst recht nicht dazu verpflichtet, die Strafverfolgung anderer zu gewährleisten. Ferner lässt sich auch aus einem privatrechtlichen Vertragsverhältnis eine Garantienstellung zum Schutz der staatlichen Rechtspflege nicht herleiten.<sup>38</sup>

Nach alledem ist eine Strafanzeigespflicht basierend auf den §§ 258, 258a StGB nicht gegeben.

<sup>28</sup> MünchKomm/Cramer, StGB, 1. Auflage, 2003, § 258, Rn. 17; § 258a, Rn. 8; *Bülte*, NStZ 2009, 57, 58 ff.; *Grunst*, StV 2005, 453, 456; *Rengier*, BT/I, 12. Auflage, 2010, § 21, Rn. 16.

<sup>29</sup> BGHSt 45, 16 ff. = NJW 1999, 2378.

<sup>30</sup> BGHSt 43, 370 ff.; 45, 16 ff.; 49, 214 ff.; BGH, NStZ 2006, 628; BGH, NJW 2004, 693; NJW 2001, 3062.

<sup>31</sup> Vgl. für die Literatur MünchKomm/Radtke, StGB, 2. Auflage, 2011, § 11, Rn. 42 ff. m.w.N. und für die Rspr. nur die folgenden Beispiele.

<sup>32</sup> Vgl. BGHSt 45, 16 ff.

<sup>33</sup> BGHSt 45, 16 ff.

<sup>34</sup> BGHSt 49, 214, 219 ff.

<sup>35</sup> Vgl. BGHSt 50, 299 ff.; sowie BGH, NJW 2007, 2932, für den Fall einer erwerbswirtschaftlich ausgerichteten kommunalen Wohnungsbaugesellschaft, die mit anderen Wohnraumbietern in Konkurrenz steht.

<sup>36</sup> MünchKomm/Cramer, StGB, 1. Auflage, 2003, § 258, Rn. 19; *Hoyer* in: Systematischer Kommentar, StGB, 130. Ergänzungslieferung, Stand Okt. 2011, § 258, Rn. 32; *Roxin*, AT II, 1. Auflage, 2003, § 32, Rn. 81; *Grunst*, StV 2005, 453, 457; *Rudolphi*, NStZ 1997, 599, 600; *ders.* NStZ 1991, 361, 364 f.; auch der BGH hat eine solche Pflicht bisher nicht angenommen (BGH, NStZ 1997, 597, 598 = BGHSt 43, 82, 86 ff.).

<sup>37</sup> BGH, NStZ 1997, 597, 598 = BGHSt 43, 82, 86; AG Frankfurt/M, NStZ 1986, 72, 76; *Altenhain* in: Kindhäuser/Neumann/Paefgen, StGB, 3. Auflage, 2010, § 258, Rn. 44; *Wohlers* in: Systematischer Kommentar, StPO, 64. Ergänzungslieferung, Stand Okt. 2009, § 158, Rn. 9; *Rudolphi*, NStZ 1991, 361, 366 f.

<sup>38</sup> *Walter* in Leipziger Kommentar, StGB, 12. Auflage, 2010, § 258, Rn. 92.

### c) Nichtanzeige geplanter Straftaten (§ 138 StGB)

Rein theoretisch käme auch eine strafrechtlich sanktionierte Anzeigepflicht gem. § 138 StGB (Nichtanzeige geplanter Straftaten) in Betracht. Da in den typischen Fällen aber lediglich die Verwirklichung von Vergehenstatbeständen<sup>39</sup> (vgl. § 12 StGB) in Frage steht, ist § 138 StGB nicht anwendbar: Die dort genannte Anzeigepflicht bezieht sich ausschließlich auf die Katalogtaten – ganz überwiegend schwere Verbrechen – die in § 138 Abs. 1, Abs. 2 StGB ausdrücklich aufgezählt werden. Eine analoge Anwendung der Vorschrift ist nicht möglich.<sup>40,41</sup>

### 2) Keine Strafanzeigespflicht auf der Basis des § 130 OWiG

Gemäß § 130 Abs. 1 OWiG (Verletzung der Aufsichtspflicht in Betrieben oder Unternehmen) wird folgendes Verhalten gegenüber dem Inhaber eines Unternehmens – aber auch eines Organs einer Kapitalgesellschaft – als Ordnungswidrigkeit mit Bußgeld bedroht: *„Wer als Inhaber eines Betriebes oder Unternehmens [auch des öffentlichen Unternehmens, vgl. Abs. 2] vorsätzlich oder fahrlässig die Aufsichtsmaßnahmen unterlässt, die erforderlich sind, um in dem Betrieb oder Unternehmen 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.“*

Geahndet wird durch § 130 OWiG also das vorsätzliche oder fahrlässige Unterlassen von Aufsichtsmaßnahmen durch die zuständigen Organe der Gesellschaft, die generell geeignet sind, Gefahren für die Rechtsordnung aus strafbaren oder bußgeldpflichtigen Pflichtverletzungen von Mitarbeitern abzuwenden. Die konkrete Zuwiderhandlung des Mitarbeiters ist objektive Bedingung der Bußgeldpflichtigkeit des Inhabers bzw. Geschäftsleiters.<sup>42</sup> Gemäß § 130 Abs. 1 S. 2 OWiG gehört zu den erforderlichen Aufsichtsmaßnahmen „auch“ die Bestellung, sorgfältige Auswahl und Überwachung von Aufsichtspersonen. Diese Pflicht lässt sich im Konzern auf die von der Muttergesellschaft gestellten Aufsichtsorgane im Verhältnis zu den Geschäftsleitern der Tochtergesellschaften erstrecken. Daraus kann sich im Extremfall auch die Verpflichtung zum Austausch ungeeigneten Personals in einer compliance-relevanten Position ergeben. Im Grundsatz gilt, dass die Aufsicht so wahrzunehmen ist, dass die betriebsbezogenen Pflichten voraussichtlich eingehalten werden.<sup>43</sup> Es handelt sich daher bei § 130 OWiG um eine zukunftsgerichtete, präventiv geprägte Pflichtenstellung.

Eine Strafanzeige kann hierbei nicht als eine im Einzelfall erforderliche Aufsichtsmaßnahme gelten. Eine über die sonstigen Aufsichtsmaßnahmen hinausgehende, effektivere präventive Wirkung gegenüber der Gefahr der Verletzung von betriebsbezogenen Pflichten durch Organe bzw. Mitarbeiter des Unternehmens kann ihr nicht zugeschrieben werden: Der Mehrwert einer etwaigen – allerdings mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit überhaupt nicht eintretenden – Abschreckung der Mitarbeiter und Organe durch eine Strafanzeige würde jedenfalls durch die mit der Anzeige einhergehenden negativen Wirkung aufgezehrt: So könnte sich eine solche hemmend auf die Zusammenarbeit mit den Mitarbeitern im Rahmen der erforderlichen Aufarbeitung auswirken und die Ruhe des Betriebs stören, da die Mitarbeiter dann befürchten könnten, dass sie selbst (zu Unrecht) ebenfalls eine solche Maßnahme treffen könnte und dass sie deshalb im Eigeninteresse nicht offen über etwaige noch bestehende Compliance-Mängel sprechen können.

### 3) Keine Strafanzeigespflicht auf der Basis anwendbarer Steuergesetze

Im steuerrechtlichen Bereich geben insbesondere die Normen der §§ 116, 153 AO Anlass, über eine Strafanzeigespflicht des Unternehmens nachzudenken.

<sup>39</sup> Zum Beispiel der §§ 263 ff., 266 ff., 299 f., 331 ff. StGB, 370 AO.

<sup>40</sup> Vgl. statt aller *Lackner/Kühl*, StGB, 27. Auflage, 2011, § 138, Rn. 2 m.w.N.

<sup>41</sup> Zudem besteht eine Anzeigepflicht nur, wenn die Ausführung oder (bei Kenntniserlangung erst nach Tatbeginn) der Erfolg der Straftat noch abgewendet werden kann (BGHSt 42, 86). Hieran fehlt es, sofern es nur um die Anzeige bereits vollendeter oder sogar beendeter (§ 78a StGB) Straftaten geht.

<sup>42</sup> Vgl. *Bohnert*, OWiG, 3. Auflage, 2010, § 130, Rn. 2.

<sup>43</sup> Vgl. BGHSt 9, 319, 322 f. = NJW 1956, 1568; 25, 158, 163 = NJW 1973, 1511; OLG Stuttgart, NJW 1977, 1410; OLG Düsseldorf, wistra 1991, 39; OLG Zweibrücken, NStZ-RR 1998, 312.



**a) Anzeige von Steuerstraftaten (§ 116 AO)**

§ 116 Abs. 1 S. 1 AO konstituiert für bestimmte Behörden und für Gerichte eine Anzeigepflicht für dienstlich bekannt gewordene Tatsachen, die auf die Begehung einer Steuerstraftat hindeuten: „Gerichte und die Behörden von Bund, Ländern und kommunalen Trägern der öffentlichen Verwaltung, die nicht Finanzbehörden sind, haben Tatsachen, die sie dienstlich erfahren und die auf eine Steuerstraftat schließen lassen, dem Bundeszentralamt für Steuern oder, soweit bekannt, den für das Steuerstraftat zuständigen Finanzbehörden mitzuteilen.“ Es müssen also Tatsachen vorliegen, die den Verdacht einer Steuerstraftat (§ 369 AO) begründen. Es ist aber nicht erforderlich, dass das Vorliegen einer Steuerstraftat feststeht, mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit anzunehmen ist oder sonst ein i.S.d. §§ 111a Abs. 1, 112 Abs. 1, 203 StPO qualifizierter Tatverdacht besteht. Es besteht keine Verpflichtung, dienstlich bekanntgewordenen, als Verdachtsanhaltspunkt nicht ausreichenden Tatsachen (Mutmaßungen) durch eigene Ermittlungen nachzugehen.<sup>44</sup>

§ 116 AO bezieht sich – neben Gerichten – auf Behörden i.S.d. § 6 Abs. 1 AO, § 1 Abs. 4 VwVfG, d.h. auf Stellen, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnehmen.<sup>45</sup> Hier sind aber mit „kommunalen Trägern der öffentlichen Verwaltung“ nach h.M. nur Behörden von Gebietskörperschaften angesprochen.<sup>46</sup> Behörden im weiteren Sinne des § 6 Abs. 1 AO – dies könnten auch beliehene Unternehmen sein –<sup>47</sup> werden von der Anzeigepflicht gem. § 116 Abs. 1 S. 1 AO gerade nicht erfasst. Vor diesem Hintergrund scheidet eine Anzeigepflicht von als juristische Personen des Privatrechts organisierten Unternehmen generell und unabhängig davon, ob eine Beteiligung der öffentlichen Hand gegeben ist, aus: Diese sind zweifelsfrei keine Behörden einer kommunalen Gebietskörperschaft, sondern selbständige Privatrechtssubjekte.<sup>48</sup>

**b) Amtshilfepflicht (§ 111 AO)**

Eine Pflicht zur Amtshilfeleistung zur Durchführung der Besteuerung gem. § 111 AO besteht nur für „alle Gerichte und Behörden“. Privatrechtlich organisierte Unternehmen sind mithin hiervon nicht betroffen (s.o.).

**c) Berichtigung von Erklärungen (§ 153 AO)**

Gemäß § 153 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 AO ist der Steuerpflichtige zur Anzeige und Berichtigung unzutreffender Steuererklärungen verpflichtet. Erkennt ein Steuerpflichtiger nachträglich vor Ablauf der steuerlichen Festsetzungsfrist (§§ 169 ff. AO), „dass eine von ihm oder für ihn abgegebene Erklärung unrichtig oder unvollständig ist und dass es dadurch zu einer Verkürzung von Steuern kommen kann oder bereits gekommen ist [...] so ist er verpflichtet, dies unverzüglich anzuzeigen und die erforderliche Richtigstellung vorzunehmen. Die Verpflichtung trifft auch [...] die [...] für [...] den Steuerpflichtigen handelnden Personen.“

Da die Vorschrift unstrittig nur der materiellen Richtigkeit der Besteuerung dient (vgl. § 85 AO), ergänzt § 153 Abs. 1 Nr. 1 AO lediglich die rein steuerlichen Erklärungspflichten gem. §§ 149, 150 AO i.V.m. den (steuerlichen) Erklärungspflichten in den Einzelgesetzen (KStG, UStG, EStG) indem er die Wahrheitspflicht des § 150 Abs. 2 S. 1 AO für Angaben in der Steu-

<sup>44</sup> Klein/Rätke, AO, 10. Auflage, 2009, § 116, Rn. 4.

<sup>45</sup> Bülte, NStZ 2009, 57, 58 f.

<sup>46</sup> Zöllner in: Pahlke/Koenig, AO, 2. Auflage, 2009, § 116, Rn. 3.

<sup>47</sup> Zöllner in: Pahlke/Koenig, AO, 2. Auflage, 2009, § 111, Rn. 6.

<sup>48</sup> Zudem sind die Unternehmen oftmals schon nicht mit hoheitlichen Aufgaben beliehen, da sie im marktwirtschaftlich regulierten Wettbewerb um Kunden gewinnorientiert tätig sind (s.o.). Überdies wird es häufig an einem Beststellungsakt bzgl. des Unternehmens zur Wahrnehmung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung – eine solche Bestellung müsste ein öffentlich-rechtlicher Akt sein, unabhängig von der Rechtsnatur des Grundverhältnisses (BGHSt 43, 96; 43, 370, 380; OLG Stuttgart, StV 2009, 77, 79) – sowie an einer Eingliederung in die kommunale Verwaltungsorganisation mangeln, sodass auch keine Behördenäquivalenz im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c StGB konstruiert werden kann.

erklärung auch nach Abgabe der Erklärung fortbestehen lässt.<sup>49</sup> Mithin erfordert § 153 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 AO keine Strafanzeige, sondern allein eine rein steuerliche Nachklärung.<sup>50</sup>

#### 4) Keine Strafanzeigepflicht auf der Basis gesellschaftsrechtlicher Vorschriften zur Compliance (§§ 91 Abs. 2, 93 Abs. 1 S. 1 AktG, § 43 GmbHG)

Gemäß § 93 Abs. 1 S. 1 AktG haben die Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden; für die Geschäftsführer einer GmbH gilt dies entsprechend gem. § 43 GmbHG. Der Vorstand hat auf Grund dessen eine Kontroll- und Überwachungspflicht bzgl. der nachgelagerten Unternehmensebenen. Wie er diese erfüllt, liegt in seinem unternehmerischen Ermessen.<sup>51</sup> Allerdings enthält die Regelung des § 91 Abs. 2 AktG immerhin die Verpflichtung zur Einrichtung eines Überwachungssystems zur Vermeidung von den Fortbestand des Unternehmens gefährdenden Entwicklungen (IKS). Es ist weitgehend anerkannt, dass die Compliance-Organisation präventive sowie repressive Maßnahmen vorzusehen hat: Ein Compliance-System muss gewährleisten, dass bei Verdachtsfällen ermittelt wird, dass Informationen über Fehlverhalten im Unternehmen weitergeleitet und dass entsprechende Regressmaßnahmen bei nachgewiesenem Fehlverhalten eingeleitet werden.<sup>52</sup>

Nach wohl herrschender Auffassung ist daher die Androhung von Sanktionen für den Fall der Zuwiderhandlung als Komponente des Compliance-Systems sinnvoll. Als Sanktionen kommen u.a. eine Regressforderung, eine Kündigung oder das Stellen einer Strafanzeige in Betracht.<sup>53</sup> Zugleich ist aber festzuhalten, dass nach h.M. im Falle eines Compliance-Verstoßes keine rechtsverbindlich-zwingende Sanktionspflicht des Vorstands bzw. der Geschäftsführung – bezogen auf irgendeine Form der Sanktion – existiert.<sup>54</sup> Erforderlich ist vielmehr eine Abwägung der Unternehmensinteressen i.S.d. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG, wonach sich eine Pflicht zur Reaktion u.U. ergeben kann, wenn eine Sanktionierung zum Schutz des Unternehmensinteresses notwendig ist. Dies ist etwa der Fall, wenn ein besonders großer Vermögensverlust entstanden ist und durch Publikwerden der Verstöße dem Unternehmen kein erheblicher Reputationsverlust droht, andererseits aber befürchtet werden muss, dass das Absehen von Sanktionierung seitens der Behörden als ein Indiz für das Billigen der Rechtsverletzung durch die Gesellschaft gesehen wird.<sup>55</sup> Jedoch verdichtet sich all dies regelmäßig nicht zur Pflicht der Erstattung einer Strafanzeige, sondern allenfalls zur Pflicht zur Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen oder zur Kündigung eines Mitarbeiters.<sup>56</sup> Das Stellen einer Strafanzeige dürfte allenfalls dann geboten sein, wenn allein über diesen Weg Beweise für spätere Schadensersatzklagen ermittelt werden können.<sup>57</sup> Auch dies gilt aber nur, wenn die Abwägung gem. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG ergibt, dass die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegenüber anderen Aspekten im vorrangigen Unternehmensinteresse liegt.

Überdies ist im Übrigen anerkannt, dass ein Unternehmen verbindlich auf die Erstattung von Strafanzeigen verzichten kann: Einen umfassenden Schutz vor Strafverfolgungsmaßnahmen kann das Unternehmen (ehemaligen) Mitarbeitern rechtlich zwar nicht gewähren.<sup>58</sup> Es ist jedoch – beispielsweise im Zusammenhang mit sogenannten partiellen oder generellen „Amnestien“ bei unternehmensinternen Ermittlungen – anerkannt, dass die bei dieser Gelegenheit häufig zu findende Zusage, wonach der Arbeitgeber auf die strafrechtliche Ver-

<sup>49</sup> Cöster in: Pahlke/Koenig, AO, 2. Auflage, 2009, § 153, Rn. 3.

<sup>50</sup> Bei vorsätzlichem Verstoß gegen die Anzeigepflicht gem. § 153 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 AO (diese Anzeige ist an die zuständige Finanzbehörde – nicht die Strafverfolgungsbehörde – zu richten; vgl. BFH/NV 2008, 1017) machen sich der Steuerpflichtige bzw. – handelt es sich um eine Gesellschaft – seine Organe wegen Steuerhinterziehung durch Unterlassen nach § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO strafbar (vgl. FG Düsseldorf, EFG 1989, 491; FG Berlin, EFG 1999, 680). Soweit der Anzeigepflichtige nicht selbst Steuerschuldner, sondern gesetzlicher Vertreter ist – wie ein Geschäftsführer oder Vorstand – und die unterlassene Anzeige Steuerhinterziehung darstellt, kann er nach § 71 AO persönlich als steuerlicher Haftungsschuldner in Anspruch genommen werden.

<sup>51</sup> Hauschka/Bürkle, Corporate Compliance, 2. Auflage, 2010, § 8, Rn. 15.

<sup>52</sup> Hölters, AktG, 1. Auflage, 2011, § 93, Rn. 99.

<sup>53</sup> Hölters, AktG, 1. Auflage, 2011, § 93, Rn. 109.

<sup>54</sup> Hölters, AktG, 1. Auflage, 2011, § 93, Rn. 109; Mengel, CCZ 2008, 85, 88; a.A. Reichert/Ott, ZIP 2009, 2173, 2178; vgl. Kremer/Klahold in: Krieger/Schneider, Handbuch Managerhaftung, 1. Auflage, 2007, § 18, Rn. 73 ff.

<sup>55</sup> Hölters, AktG, 1. Auflage, 2011, § 93, Rn. 109; Mengel, CCZ 2008, 85, 88; vgl. auch BGH NStZ 1986, 34, 35.

<sup>56</sup> Buchert, CCZ 2008, 148, 150; Mengel, CCZ 2008, 85, 88.

<sup>57</sup> Hölters, AktG, 1. Auflage, 2011, § 93, Rn. 109; Buchert, CCZ 2008, 148, 150. Dies ist nicht der Fall, wenn sich die etwa bestehenden Ansprüche aus Buchhaltungsunterlagen rekonstruieren lassen.

<sup>58</sup> Breßler/Kuhnke/Schulz/Stein, NZG 2009, 721, 727 f.

folgung einzelner Mitarbeiter verzichtet, meint, dass sich der Arbeitgeber verpflichtet, keine Strafanzeige oder keinen Strafantrag (§ 158 StPO) zu stellen, und dass dies nicht gegen arbeitsrechtliche oder gesellschaftsrechtliche Pflichten verstößt.<sup>59</sup> Dies ergibt sich nach h.M. auch daraus, dass eine generelle Pflicht zur Erstattung einer Strafanzeige für bereits begangene Straftaten strafprozessual nicht besteht.<sup>60</sup> Daher wird auch die Vereinbarung eines entsprechenden vertraglichen Verzichts einer Strafanzeige oder eines Strafantrags als möglich angesehen, sofern nicht die Grenzen des § 138 BGB überschritten werden.<sup>61</sup>

Nach alledem besteht aus gesellschaftsrechtlicher Sicht ebenfalls keine Pflicht zur Erstattung einer Strafanzeige.

## 5) Keine Strafanzeigespflicht auf der Basis anwendbarer öffentlich-rechtlicher Vorschriften

### a) Öffentliches Bundesrecht

Im Bundesrecht bestehen strafprozessual geprägte Anzeigepflichten, die allerdings auf privat rechtlich organisierte Unternehmen von vornherein nicht zutreffen können.<sup>62</sup>

Auch sonst sind im öffentlichen Bundesrecht vereinzelt Anzeigepflichten vorgesehen: Gemäß § 6 SubvG haben Gerichte und Behörden von Bund, Ländern und kommunalen Trägern der öffentlichen Verwaltung Tatsachen, die sie dienstlich erfahren und die den Verdacht eines Subventionsbetrugs begründen, den Strafverfolgungsbehörden mitzuteilen. Einzig in Betracht kommt insofern eine Anwendbarkeit auf gemischtwirtschaftliche Unternehmen. Diese sind aber – wie die Identität des Wortlauts mit § 116 AO zeigt (s.o.) – keine Behörden von kommunalen Trägern der öffentlichen Verwaltung.

Nach § 11 Abs. 1 S. 1 GwG besteht eine Verdachtsmeldepflicht gegenüber dem Bundeskriminalamt – Zentralstelle für Verdachtsmeldungen – und der zuständigen Strafverfolgungsbehörde, wenn Tatsachen vorliegen, die darauf hindeuten, dass es sich bei Vermögenswerten, die mit einer Transaktion oder Geschäftsbeziehung im Zusammenhang stehen, um den Gegenstand einer Straftat nach § 261 StGB (Geldwäsche) handelt oder die Vermögenswerte im Zusammenhang mit Terrorismusfinanzierung stehen. Die danach grundsätzlich statuierte Anzeigepflicht betrifft mithin nicht den Bereich der hier in Bezug genommenen „typischen“ Vergehen<sup>63</sup>. Überdies erfährt der Kreis der Verpflichteten durch § 2 Abs. 1 GwG eine Einschränkung.

### b) Landesrecht sowie verwaltungsinterne Erlasse

Auch die landesrechtliche Normenebene ist bei der Prüfung einer Strafanzeigespflicht zu berücksichtigen. Selbiges gilt für etwaige verwaltungsinterne Erlasse. Die gebotene Untersuchung soll hier aufgrund des Kanzleisitzes der Autoren am Beispiel der für Hessen einschlägigen Rechtsvorschriften vorgenommen werden. Vergleichbare, wenn auch nicht unbedingt identische, Gesetze und Erlasse dürften in allen Bundesländern anzutreffen sein.

#### aa) Hessisches Beamtengesetz (HessBG)

§ 84 HessBG macht lediglich Vorgaben zur Genehmigungspflicht zur Vorteilsannahme bei Beamten – im staatsrechtlichen Sinne – und ist somit nicht einschlägig. Er enthält überdies eindeutig keine Anzeigepflicht.

#### bb) Erlasse der Landesregierung und des Innenministers

Daneben war die Hessische Landesregierung und das Hessische Ministerium des Inneren verschiedentlich durch Erlasse bzw. gemeinsame Runderlasse bemüht, die Korruption in der öffentlichen Verwaltung zu bekämpfen. Der mögliche Anwendungsbereich dieser verwal-

<sup>59</sup> Breßler/Kuhnke/Schulz/Stein, NZG 2009, 721, 727 f.

<sup>60</sup> Breßler/Kuhnke/Schulz/Stein, NZG 2009, 721, 728; Wache in: Karlsruher Kommentar, StPO, 5. Auflage, 2003, § 158, Rn. 25.

<sup>61</sup> RGSt 77, 157, 159; BGH, NJW 1991, 1046; Sternberg-Lieben in Schönke/Schröder, StGB, 28. Auflage, 2010, § 77, Rn. 31; Mitsch in MünchKomm, StGB, 1. Auflage, 2005, § 77 d, Rn. 7.

<sup>62</sup> Vgl. insoweit jeweils den Wortlaut von § 159 Abs. 1 StPO, § 183 S. 1 GVG, § 41 Abs. 1 OWiG.

<sup>63</sup> Vgl. Einleitung.

tungsinternen Vorschriften erstreckt sich damit von vornherein nur auf gemischtwirtschaftliche Unternehmen. Allerdings ergibt sich im Ergebnis auch insofern keine Rechtspflicht zur Erstattung einer Strafanzeige:

- **Erlass des Hessischen Ministeriums des Innern und für Sport vom 15. Dezember 2008**

Der Erlass des Hessischen Ministeriums des Innern und für Sport vom 15. Dezember 2008<sup>64</sup> sieht in Abs. 3 S. 1 („Zusammenarbeit mit der Staatsanwaltschaft“) vor: „Die Kommune soll anonyme und offene Anzeigen oder Hinweise grundsätzlich der Staatsanwaltschaft zuleiten“. Darin könnte eine Anzeigepflicht (oder zumindest ein gebundenes Ermessen) gesehen werden, die sich allerdings nicht an privatrechtlich organisierte Unternehmen richtet. Der Anwendungsbereich wird im Titel sowie in den Einzelvorschriften deutlich auf die Kommunalverwaltungen beschränkt. Die privatwirtschaftlich organisierten Unternehmen mit Beteiligung der öffentlichen Hand sind aber keine Behörden und ihre Mitarbeiter sind keine Amtsträger. Es kann daher nicht angenommen werden, diese seien Teil der Kommunalverwaltung. Gemeint sind erkennbar nur kommunale Beamte und kommunale Angestellte, da zu Beginn des Erlasses davon die Rede ist, dass die Kommunen – d.h. die Gemeinden und andere kommunale Gebietskörperschaften – Dienstanweisungen für ihre Bediensteten erlassen sollen (Nr. I.1).<sup>65</sup>

- **Gemeinsamer Runderlass der hessischen Landesregierung betreffend das Öffentliche Auftragswesen („Schwarze Liste“) vom 16. Februar 1995**

Der Gemeinsame Runderlass der hessischen Landesregierung betreffend das Öffentliche Auftragswesen („Schwarze Liste“)<sup>66</sup> ist nach § 55 der Landeshaushaltsordnung von den Behörden des Landes Hessen anzuwenden. Danach führen nachgewiesene (Nr. 3) Verstöße gem. Nr. 2 („Schwere Verfehlungen“) grundsätzlich zum Ausschluss von der Vergabe von öffentlichen Aufträgen des Landes (Nr. 4.1). Vor dem Ausschluss hat die ausschließende Behörde (Nr. 5.1 S. 1) die übergeordneten Behörden auf dem Dienstweg zu unterrichten (Nr. 5.1 S. 2). Zudem ist der Ausschluss gegenüber der Oberfinanzdirektion Frankfurt am Main zu melden (Nr. 7.1, 7.2).

Demnach würde, selbst wenn ein Verdacht auf entsprechende Straftaten („schwere Verfehlungen“) nachgewiesen sein sollte, eine Ausschluss- und Meldepflicht im Sinne der Nr. 4.1, 5.1, 7.1 nur bei der Behörde bestehen, die für Ausschreibungen zuständig ist, d.h. deren Adressat ist, nicht aber bei dem Unternehmen selbst. Zudem ist der Erlass – da er für die hessische Landesverwaltung gilt – auf Organe und Mitarbeiter privatrechtlicher (gemischtwirtschaftlicher) Unternehmen schon nicht anwendbar (s.o.): Letztere sind keine Behörden; ihre Mitarbeiter keine Amtsträger.

- **Verwaltungsvorschriften des Hessischen Ministerium des Innern und für Sport vom 17. Oktober 2006**

Schließlich sind die „Verwaltungsvorschriften des Hessischen Ministerium des Innern und für Sport vom 17. Oktober 2006“<sup>67</sup>, nämlich „Verwaltungsvorschriften zur Korruptionsbekämpfung in der Landesverwaltung; hier: Verwaltungsvorschriften für Beschäftigte des Landes über die Annahme von Belohnungen und Geschenken“ in Betracht zu ziehen: Gemäß Nr. 9.1 gelten diese Verwaltungsvorschriften einheitlich für alle „Beschäftigten des Landes Hessen“ und regeln daher nur das Verbot der Annahme von Vorteilen durch Landesbeschäftigte.

<sup>64</sup> „Korruptionsvermeidung in hessischen Kommunalverwaltungen“ (Hess. StAnz. 2009, 132 ff.).

<sup>65</sup> Auch die weiteren Gliederungspunkte zeigen, dass es nur um unmittelbar weisungspflichtiges Personal der Kommune gehen kann, denn es wird u.a. auf „Personalführung“ und „Dienstaufsicht“ abgestellt.

<sup>66</sup> Ursprünglich vom 16. Februar 1995, neu gefasst am 29. Juli 1997 (Hess. StAnz. 2590 ff.), von der Landesregierung als erneut überarbeiteter Erlass über Vergabesperrn zur Korruptionsbekämpfung vom 14. November 2007 für die gesamte hessische Landesverwaltung bekannt gemacht (Hess. StAnz. 2007, 2327 ff.).

<sup>67</sup> Hess. StAnz. 2006, 2490 ff. Die Geltungsdauer des Erlasses in der bisher geltenden Fassung wurde mit Erlass vom 14.12.2011 bis zum 30. Juni 2012 verlängert.

tigte. Eine Geltung auch für die Mitarbeiter von privatrechtlich organisierten Unternehmen liegt dagegen nicht vor.<sup>68</sup>

## 6) Keine Strafanzeigespflicht auf der Basis des Deutschen Corporate Governance Kodex und des Public Corporate Governance Kodex

### a) Deutscher Corporate Governance Kodex (2010)

Der deutsche Corporate Governance Kodex in seiner geltenden Fassung vom 26. Mai 2010<sup>69</sup> enthält keine Regelung zur Erstattung einer Strafanzeige im Falle der Feststellung mutmaßlicher Straftaten, die durch Mitarbeiter im Rahmen ihrer Tätigkeit begangen wurden.

### b) Public Corporate Governance Kodex des Bundes (2009)

Das Finanzministerium der Bundesrepublik Deutschland (BMF) hat „Grundsätze guter Unternehmens- und Beteiligungsführung im Bereich des Bundes“ (dazu unter anderem gehörend „Teil A. Public Corporate Governance Kodex des Bundes“; „PCGK“) veröffentlicht.<sup>70</sup> Ausweislich Gliederungsziffer 1.3 des PCGK („Anwendungsbereich“) sind dessen Empfehlungen ausschließlich auf privatrechtlich organisierte Unternehmen anwendbar, an denen die Bundesrepublik Deutschland als Gesellschafter bzw. Anteilseigner beteiligt ist, oder auf Unternehmen, die öffentlich-rechtlich organisiert sind.

Sofern danach der Anwendungsbereich eröffnet ist, muss Folgendes beachtet werden: Eine Verpflichtung der Geschäftsleitung oder der Aufsichtsgremien von Unternehmen mit Beteiligung des Bundes zur Erstattung von Strafanzeige ist dem PCGK nicht zu entnehmen. Ausweislich Gliederungsziffer 4.1.2 hat die „Geschäftsleitung [...] für die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen und der unternehmensinternen Richtlinien zu sorgen und wirkt auch auf deren Beachtung durch die Konzernunternehmen hin (Compliance)“. Zudem ist sie gem. 4.1.3. zur Korruptionsprävention verpflichtet. Diese beiden – zukunftsbezogen-präventiven Pflichten – implizieren aber auch unter Berücksichtigung der Anmerkungen des BMF zum PCGK keine Pflicht zur Erstattung von Strafanzeige bezüglich bereits begangener Straftaten.

### c) Public Corporate Governance Kodices auf kommunaler Ebene

Ferner sind auch – sofern sie denn existieren – die entsprechenden auf kommunaler Ebene bestehenden Richtlinien zu berücksichtigen. So hat beispielsweise die Stadt Frankfurt am Main<sup>71</sup> entsprechende Richtlinien guter Unternehmensführung für ihre Beteiligungen an privatrechtlichen Unternehmen erlassen (Public Corporate Governance Kode, „PCGKF“)<sup>72</sup>. Sie mögen im Folgenden als Grundlage einer beispielhaften Betrachtung dienen.<sup>73</sup>

Die Vorgaben der Stadt Frankfurt richten sich primär an Unternehmen in der Rechtsform der GmbH, sollen aber entsprechend auch auf Unternehmen anderer Rechtsform angewandt

<sup>68</sup> Dies ergibt sich auch aus Nr. 9.2 des Erlasses: Danach wird „Gemeinden, Gemeindeverbänden und sonstigen der Landesaufsicht unterstehenden Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts [...] empfohlen, entsprechend zu verfahren“. Ersichtlich bezieht sich diese Vorgabe aber ausschließlich auf juristische Personen des öffentlichen Rechts. Sofern denn der Geltungsbereich – in einer anderen als der hier betrachteten Konstellation – eröffnet sein sollte, könnte sich eine Anzeigepflicht lediglich aus Nr. 6 des Erlasses („Strafrechtliche Folgen“) ergeben. Dieser deutet jedoch allenfalls eine Anzeigepflicht für passive Bestechungsstraftaten gem. §§ 331, 332 StGB an.

<sup>69</sup> Abrufbar unter <http://www.corporate-governance-code.de/ger/kodex/index.html>, abgerufen am 24. April 2012.

<sup>70</sup> Stand: 30. Juni 2009.

<sup>71</sup> Durch Beschlussfassung der Stadtverordnetenversammlung der Stadt Frankfurt am Main am 25. März 2010.

<sup>72</sup> Abrufbar unter:

<http://www.frankfurt.de/sixcms/media.php/738/Richtlinie%20guter%20Unternehmensfuehrung%20und%20kontrolle%20der%20Stadt%20Frankfurt%20am%20Main%20%28pdf%2C%20424%20KB%29.pdf>, abgerufen am 24. April 2012.

<sup>73</sup> Grundsätzlich ähnlich strukturierte Public Corporate Governance Kodices haben z.B. folgende Städte erlassen: Berlin, Bremen, Duisburg, Düsseldorf, Essen, Hamburg, Mannheim, Münster, Potsdam, Rostock, Saarbrücken, Solingen und Stuttgart.

werden.<sup>74</sup> Auch sie enthalten jedoch keine Verpflichtung zur Erstattung von Strafanzeigen wegen des Verdachts von unternehmensbezogenen Straftaten durch Organe oder Mitarbeiter von Gesellschaften mit direkter oder indirekter städtischer Beteiligung: Gemäß Ziff. 3.2.2.1 des PCGKF<sup>75</sup> trifft Aufsichtsratsmitglieder lediglich die Verpflichtung, die etwaige Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegen die Gesellschaft zu prüfen, d.h. diese nicht zwingend auch geltend zu machen. Hervorzuheben ist ebenfalls, dass damit die Erstattung einer Strafanzeige als Regelfolge gerade nicht vorgesehen ist. Gemäß Ziff. 3.3.2 des PCGKF<sup>76</sup> hat die Geschäftsleitung der Beteiligungsunternehmen angemessene Maßnahmen zur Risikokontrolle und der Korruptionsprävention zu treffen. Auch danach müssen allein präventive Maßnahmen zur Abwehr zukünftiger Straftaten ergriffen werden. Es ist hingegen an keiner Stelle des PCGKF vorgesehen, dass zwingend repressiv mit strafrechtlichen Mitteln gegen straffällige Mitarbeiter oder Organe vorgegangen werden muss.

## 7) Zwischenergebnis

Für privatrechtlich organisierte Unternehmen besteht bzgl. der im Rahmen von Internal Investigations typischerweise aufgedeckten Vergehen keine Pflicht zur Strafanzeige. Dies gilt ebenfalls ohne Einschränkungen für Unternehmen, an denen die öffentliche Hand beteiligt ist. Auch aus den insoweit anzulegenden besonders strengen rechtlichen und politisch-moralischen Maßstäben ergibt sich nichts Abweichendes: Sie können das Fehlen einer (ausdrücklich) normierten Strafanzeigespflicht nicht überwinden. Schließlich vermögen sich auch die an börsennotierte Kapitalgesellschaften gerichteten besonders weitgehenden Sorgfaltsanforderungen regelmäßig nicht zu einer Pflicht zur Strafanzeige zu verdichten.

Eine Rechtspflicht zur Anzeige lässt sich schon dem materiellen Strafrecht nicht entnehmen: Weder ist sie aus den i.R.d. § 13 StGB entwickelten Grundsätzen der Geschäftsherrenhaftung ableitbar, noch ergibt sie sich aus den §§ 258, 258a, 13 StGB, da die Entscheidungsträger insofern schon keine entsprechende Garantienpflicht trifft. § 138 StGB ist bereits seinem Wortlaut nach nur auf bestimmte Katalogtaten – überwiegend schwere Verbrechen – beschränkt. Das präventiv geprägte Pflichtenprogramm des § 130 OWiG sieht lediglich die Erfüllung erforderlicher Aufsichtsmaßnahmen vor. Es beinhaltet allerdings nicht auch die Pflicht zur Strafanzeige. Nichts anderes ist den steuergesetzlichen Regelungen zu entnehmen: I.R.d. §§ 116, 111 AO sind die in Bezug genommenen Unternehmen schon keine tauglichen Adressaten. Gem. § 153 AO besteht nur eine rein steuerliche Nacherklärungspflicht. Auch aus gesellschaftsrechtlichen Normen (§§ 91 Abs. 2, 93 Abs. 1 AktG, § 43 GmbHG) resultiert grundsätzlich keine Verpflichtung zur Strafanzeige. Die Form einer etwaig durchzuführenden Sanktion orientiert sich vielmehr an einer am Unternehmensinteresse ausgerichteten Abwägung. Die im öffentlichen Bundesrecht kodifizierten Anzeigepflichten sind größtenteils auf privatrechtlich organisierte Unternehmen mit oder ohne Beteiligung der öffentlichen Hand schon nicht anwendbar (vgl. § 159 Abs. 1 StPO, § 183 S. 1 GVG, § 41 Abs. 1 OWiG, § 6 SubvG). Der Anwendungsbereich von § 11 Abs. 1 GWG erfährt eine Einschränkung durch § 2 Abs. 1 GWG. Zudem ist die Norm nur bei Taten im Zusammenhang mit Geldwäsche (§ 261 StGB) bzw. der Terrorismusfinanzierung einschlägig. Das hessische Landesrecht und die verwaltungsinternen Erlasse beinhalten ebenfalls keine Rechtspflicht zur Anzeige: § 84 HessBG normiert schon keine Anzeigepflicht. Überdies unterliegen selbst gemischtwirtschaftliche Unternehmen nicht dem Geltungsbereich der relevanten öffentlich-

<sup>74</sup> Vgl. Präambel Seite 4 (Fn. 72): „Die Regeln und Handlungsempfehlungen des Kodex gelten für die Stadt Frankfurt am Main und alle Unternehmen, an denen sie mehrheitlich (direkt und indirekt) beteiligt ist. Durch Gesellschafterabschluss werden die Organe der Beteiligungsunternehmen verpflichtet, die Regelungen und Standards des Kodex anzuerkennen, um den Anforderungen an die Steuerung und Kontrolle bei öffentlichen finanzierten Unternehmen und an die Transparenz gerecht zu werden. Eine diesbezügliche Entsprechenserklärung verpflichtet die Beteiligungsunternehmen, die im Folgenden aufgeführten Standards zur Transparenz und Kontrolle bei ihrer Unternehmensführung zu beachten oder Abweichungen davon mit Grund darzulegen. Sofern der Umsetzung der Handlungsempfehlungen bei den oben genannten Unternehmen Rechte Dritter entgegenstehen sowie bei allen anderen Unternehmen sollen die Vertreter/-innen der Stadt Frankfurt am Main in der Gesellschafterversammlung und die auf Veranlassung der Stadt Frankfurt am Main berufenen Mitglieder des Aufsichtsrates, des Verwaltungsrates oder ähnlicher Organe darauf hinwirken, dass die Regeln und Handlungsempfehlungen in weitest möglichem Umfang beachtet werden“.

<sup>75</sup> „Jedes einzelne Aufsichtsratsmitglied ist dafür verantwortlich, dass der Aufsichtsrat als Ganzes seine Überwachungspflicht erfüllt. Erkennt der Aufsichtsrat Fehler der Geschäftsführung, ist er verpflichtet, einzuschreiten. Je nach Schwere des Pflichtverstoßes sind ggf. die Abberufung und die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen zu prüfen.“

<sup>76</sup> „Die Geschäftsführung hat für den Aufbau und die Einhaltung eines angemessenen Risikomanagementsystems Sorge zu tragen und hierfür ein wirksames Kontrollsystem zu implementieren. [...] Die Geschäftsführung hat ausreichende Maßnahmen zur Korruptionsvorbeugung zu treffen. In korruptionsanfälligen Bereichen ist neben anderen geeigneten Maßnahmen insbesondere auch das Vier-Augen-Prinzip umzusetzen.“

rechtlichen Erlasse. Schließlich ergibt sich auch aus den hier geprüften (von verschiedenen Ebenen erlassenen) Corporate Governance Kodices keine Strafanzeigespflicht.

### III. Fazit

Eine zwingende gesetzliche oder untergesetzliche Rechtspflicht zur Erstattung einer Strafanzeige durch die Unternehmensführung bei unternehmensbezogenen Wirtschaftsstraftaten (insb. §§ 263, 266, 299, 331 ff. StGB, 370 AO) von Mitarbeitern bzw. Organen ist nicht anzuerkennen. Die Entscheidung über die Offenlegung solcher unternehmensbezogener Straftaten gegenüber den Strafverfolgungsbehörden liegt somit im pflichtgemäßen Ermessen der Geschäftsleitung des betroffenen Unternehmens. Dieses Ermessen wird fehlerfrei ausgeübt, wenn die Mitglieder der Geschäftsleitung bei einer Entscheidung über die (Nicht-)Anzeige vernünftigerweise annehmen dürfen, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln (§ 93 Abs.1 S. 2 AktG (analog)).

Die Unterlassung von Strafanzeigen gegen straffällige (ehemalige) Organe und Mitarbeiter ist für das Unternehmen nicht selten per saldo ökonomisch und insgesamt unternehmenspolitisch sinnvoll, auch weil andere Reaktions- und Sanktionsformen effizienter und einschneidender sein können. Erforderlich ist eine Entscheidung anhand der Umstände des konkreten Einzelfalls. Mitunter kann (nur) durch die Unterlassung der Strafanzeige ein für das Unternehmen imageschädigendes und haftungsträchtiges (vgl. §§ 73 ff. StGB, 29a, 30 OWiG) Strafverfahren gegen die (gegebenenfalls ehemaligen) Mitarbeiter bzw. Organe in öffentlicher Verhandlung und - u. U. mit negativer Berichterstattung der Medien – vermieden werden<sup>77</sup>. Eine nichtöffentliche Beendigung von Rechtsstreitigkeiten mit einer Straftat verdächtigen (ehemaligen) Mitarbeitern und Organen unter Vermeidung von Imageschäden kann auch für den Rechts- und Betriebsfrieden förderlich sein und hat auch deshalb oft einen nicht unerheblichen – wenn auch nicht ohne weiteres exakt bezifferbaren – wirtschaftlichen Wert für das Unternehmen. Auch werden so weder potentielle Kunden, noch aktuelle Geschäftspartner von Geschäftsbeziehungen abgeschreckt, die durch ein der Öffentlichkeit bekanntes Strafverfahren u. U. von der Geschäftsbeziehung abgehalten werden würden. Im Falle der gütlichen Erledigung von arbeitsrechtlichen oder zivilrechtlichen Streitigkeiten mit ehemaligen Mitarbeitern und Organen durch einen Aufhebungsvertrag muss auch weniger befürchtet werden, dass bisherige Geschäftsbeziehungen oder Unternehmensinterna – insbesondere Betriebsgeheimnisse (§§ 17, 18 UWG) – an die Öffentlichkeit geraten, was bei einer Eskalation – auch etwa bei Geltendmachung zivilrechtlicher Ansprüche – jedenfalls wohl wahrscheinlicher wird<sup>78</sup>, da nahe liegend ist, dass sich ein ehemaliger Beschäftigter, der sich in die Enge getrieben fühlt, u. U. auch unter Verletzung von Rechtspflichten verteidigen und Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse offen legen könnte. Die Offenlegung solcher Geheimnisse könnte bereits für sich betrachtet eine erhebliche Gefährdung des Rufs und ggf. des Vermögens des Unternehmens nach sich ziehen, letzteres insbesondere, wenn Betriebsgeheimnisse an Kunden oder die Konkurrenz gelangen. Vor diesem Hintergrund lässt sich zumindest außerhalb eines bereits laufenden Strafverfahrens mit Unternehmensbezug oft gut begründen, dass vernünftigerweise anzunehmen war, dass die Entscheidung zur Nichtanzeige des straffälligen Mitarbeiters nach Aufklärung des Sachverhalts auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft erfolgte.

Umgekehrt kann u. U. – gerade in Einzelfällen eines bereits laufenden Ermittlungsverfahrens, in das das Unternehmen und einzelne Mitarbeiter bzw. Organe involviert sind – ein kooperatives Verhältnis zu den Strafverfolgungsbehörden essentiell im Unternehmensinteresse liegen, insbesondere zur Vermeidung bzw. Minimierung von unternehmensbezogenen Rechtsfolgen. Diese Kooperation kann u. U. auch die Offenlegung von Sachverhalten beinhalten, die durch das Unternehmen selbständig aufgedeckt wurden und aus denen auf unternehmensbezogene Straftaten von Mitarbeitern bzw. Organen zu schließen ist.

<sup>77</sup> Vgl. Hoffmann/Wissmann, StV 2001, 251; Ignor/Rixen, wistra 2000, 450.

<sup>78</sup> Vgl. Ignor/Rixen, wistra 2000, 450.

## Insolvenzstrafrecht

Rechtsanwalt Norman Lenger und Rechtsanwalt Dr. Henner Apfel,<sup>1</sup> beide Düsseldorf

# Grundzüge des Insolvenzstrafrechts III - Prozessuales

**Im ersten und zweiten Teil dieser Beitragsreihe wurde unter I. bis VI. nach einer kurzen Einleitung in die Terminologien, den potentiellen Täterkreis, die Krisenmerkmale und in das materielle Insolvenzstrafrecht - dabei die Insolvenzstraftaten im engeren und im weiteren Sinne - eingeführt. Im hiesigen abschließenden dritten Teil stellen wir einige grundlegende prozessuale Besonderheiten des Insolvenzstrafverfahrens dar.**

## VII. Ausgewählte prozessuale Probleme

In praktisch-prozessualer Hinsicht stellt sich die Frage, auf welche Erkenntnisquellen sich die Staatsanwaltschaft (und ggf. auch das Gericht) stützen kann, um den Sachverhalt zu erforschen, § 160 Abs. 1 StPO. Innerhalb dieser Fragestellung erlangt die Problematik, inwieweit der Insolvenzschuldner als Erkenntnisquelle gegen sich selbst genutzt werden darf, besondere Bedeutung.

### 1) Insolvenzrechtliche Mitwirkungspflichten vs. Selbstbelastungsfreiheit

Im Insolvenzstrafverfahren prallen Mitwirkungspflichten innerhalb des Insolvenzverfahrens und das strafprozessuale hohe Gut der Selbstbelastungsfreiheit aufeinander. Diesen Konflikt, der regelmäßig bereits in der Einleitung des Ermittlungsverfahrens angelegt ist, gilt es aufzulösen.

#### a) Einleitung des Ermittlungsverfahrens nach den MiZi

Ermittlungsverfahren, die Insolvenzstraftaten zum Gegenstand haben, werden etwa durch Strafanzeigen von Gläubigern oder ehemaligen Mitarbeitern in Gang gesetzt. Die Mehrzahl der Ermittlungsverfahren ist jedoch automatische Folge der in der „Anordnung über die Mitteilung in Zivilsachen“ (MiZi) festgelegten Pflichten der Amtsgerichte in ihrer Funktion als Vollstreckungs- und Insolvenzgerichte, die Staatsanwaltschaft über bestimmte Sachverhalte zu informieren. Mitteilungspflichten in Vollstreckungsverfahren ergeben sich aus MiZi, 2. Teil, 3. Abschnitt, VI., Nr. 2: die Abgabe der eidesstattlichen Versicherung nach § 807 ZPO und der Erlass eines Haftbefehls nach § 901 ZPO, wenn das Verfahren eine Aktiengesellschaft, eine Kommanditgesellschaft auf Aktien, eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung oder eine Genossenschaft betrifft. Dasselbe gilt, wenn das Verfahren eine offene Handelsgesellschaft oder eine Kommanditgesellschaft betrifft, bei der kein Gesellschafter eine natürliche Person ist (§ 17 Nr. 1 EGGVG). Nach MiZi, 2. Teil, 3. Abschnitt, IX., Nr. 2 und 3 sind der Staatsanwaltschaft darüber hinaus die Abweisung des Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse (§ 45 VAG, § 26 Abs. 1 S. 1 InsO, § 31 InsO, § 13 Abs. 1 Nr. 4 EGGVG), die Eröffnung des Insolvenzverfahrens (auch bei Anordnung der Eigenverwaltung unter Aufsicht eines Sachwalters) sowie die Eröffnung eines Verbraucherinsolvenzverfahrens (§ 31 InsO, § 270 InsO, § 304 InsO, § 45 VAG, § 13 Abs. 1 Nr. 4 EGGVG) mitzuteilen.

Betreffen die Mitteilungen natürliche Personen, so prüft die Staatsanwaltschaft im Wege der Vorermittlung, ob sich ein Anfangsverdacht nach § 152 StPO ergibt. Steht eine juristische Person im Fokus der möglichen Insolvenz, so lässt sich der Anfangsverdacht häufig bereits aus aktenkundigen erfolglosen Vollstreckungsversuchen und/oder eidesstattlichen Versicherungen ableiten.<sup>2</sup> Stets erfolgt die Prüfung auf Grundlage der Insolvenzakten, die sich die Staatsanwaltschaft vom Gericht übersenden lässt. Hinsichtlich dieser Akten schließen

<sup>1</sup> Norman Lenger ist Fachanwalt für Steuerrecht und in der Wirtschaftskanzlei bb [sozietät] Buchalik Brömme-kamp ([www.bb-soz.de](http://www.bb-soz.de)), Düsseldorf, tätig. Dr. Henner Apfel ist Fachanwalt für Strafrecht und in der Kanzlei Albert & Piel ([www.albert-piel.de](http://www.albert-piel.de)), Düsseldorf, tätig.

<sup>2</sup> Dazu Köhler in: *Wabnitz/Janowsky*, Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 3. Aufl., 2007, 7. Kap., Rn. 347; *Weyand/Diversy*, Insolvenzdelikte, 8. Aufl., 2010, Rn. 169 f.

Unterrichtung der StA  
durch das Insolvenzgericht



sich die Fragen an, welche Informationen nicht nur über, sondern vor allem vom Schuldner Akteninhalt geworden sind, und ob diese Informationen verwandt werden dürfen.

## b) Mitwirkungspflichten des Insolvenzschuldners nach § 97 Abs. 1 S. 1 InsO

### Auskünfte des Schuldners

Die Insolvenzakte enthält als wesentliche Bestandteile Angaben des Insolvenzschuldners bzw. der Geschäftsleitung. Dies ist Folge der enorm praxisrelevanten Mitwirkungspflichten des Schuldners im Insolvenzverfahren als nicht zu unterschätzende Erkenntnisquelle für die Ermittlungsbehörden. Nach § 97 Abs. 1 S.1 InsO ist der Schuldner verpflichtet, dem Insolvenzgericht, dem Insolvenzverwalter, dem Gläubigerausschuss und auf Anordnung des Gerichts der Gläubigerversammlung über alle das Verfahren betreffende Verhältnisse Auskunft zu geben. Die Auskunftspflicht geht soweit, dass auch Tatsachen zu offenbaren sind, die geeignet sind, eine Verfolgung wegen einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit herbeizuführen. Besonders prekär wird die Angelegenheit dadurch, dass – was noch zu zeigen ist – die Rechtsprechung mittlerweile dazu übergeht, das Verwertungsverbot des § 97 Abs.1 S. 3 InsO tatsächlich nur gegenüber dem Insolvenzgericht, dem Insolvenzverwalter, dem Gläubigerausschuss und – auf Anordnung des Gerichts - der Gläubigerversammlung anzuerkennen. Im Insolvenzverfahren gibt es als weitere auskunftsberechtigte Personen aber noch den Gutachter und – seit In-Kraft-Treten des ESUG<sup>3</sup> am 01.03.2012 – den vorläufigen Sachwalter.

### aa) Umfang der Auskunftspflicht

Der Schuldner muss den am Insolvenzverfahren Beteiligten über alle das Verfahren betreffenden Verhältnisse Auskunft geben, gegenüber der Gläubigerversammlung allerdings nur auf Anordnung des Gerichts. Damit soll ein gewisser Schutz des Schuldners erreicht werden. Die Aussageverpflichtung betrifft insbesondere die Umstände der Insolvenz, das Vermögen des Schuldners, Aus- und Absonderungsrechte, mögliche Anfechtungsansprüche und die Werthaltigkeit und Berechtigung einzelner Forderungen. Den Schuldner trifft darüber hinaus uneingeschränkt eine Auskunftspflicht über sein im Ausland befindliches Vermögen.<sup>4</sup> Weiterführende Pflichten treffen den Schuldner nicht. Er ist nicht verpflichtet, für die Insolvenzmasse zu arbeiten. Tatsächliche Arbeit ist entsprechend vom Insolvenzverwalter zu vergüten.

### bb) Verhältnisse der Gesellschaft

Der Schuldner hat insbesondere über die Verhältnisse der Gesellschaft Auskunft zu erteilen. Im Einzelnen gehören hierzu alle Auskünfte über die Gesellschafter, die Vorstandsmitglieder, Geschäftsführer, Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten; ferner die Gründe für den Zusammenbruch, die laufenden bzw. schwebenden zivilrechtlichen Auseinandersetzungen, die einzelnen Positionen des Aktivvermögens,<sup>5</sup> aber auch die Angabe der wichtigsten Schuldposten, die zur Zahlungsunfähigkeit führten.<sup>5</sup>

### cc) Straftaten und Ordnungswidrigkeiten

Die Auskunftspflicht des Schuldners erstreckt sich auch auf Tatsachen, die zu seiner eigenen Verfolgung wegen einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit führen könnten (§ 97 Abs. 1 S. 2 InsO). Die Rechte der Gläubiger sind gegenüber dem Schutz vor Selbstbelastung nach Auffassung des Gesetzgebers vorrangig.<sup>6</sup> Dem Schuldner steht kein Aussageverweigerungsrecht zu. Er wird durch ein Beweisverwendungsverbot im eigenen Strafverfahren und im Verfahren der nahen Angehörigen (vermeintlich) ausreichend geschützt.<sup>7</sup>

### c) Verwendungsverbot nach § 97 Abs. 1 S. 3 InsO

Gemäß § 97 Abs. 1 S. 3 InsO darf eine Auskunft, die der Schuldner gemäß seiner Verpflichtung nach Satz 1 erteilt, in einem Strafverfahren oder in einem Verfahren nach dem Gesetz über Ordnungswidrigkeiten gegen den Schuldner oder einen in § 52 Abs. 1 StPO bezeichne-

<sup>3</sup> Gesetz zur Erleichterung der Sanierung von Unternehmen.

<sup>4</sup> BGHZ 68, 16 = KTS 1977, 172 = NJW 1977, 900.

<sup>5</sup> Wittkowski in: Nerlich/Römermann, InsO, 22. Erg.Lfr., Rn. 2.

<sup>6</sup> Uhlenbruck in: Uhlenbruck, InsO, 13. Aufl., 2010, § 97, Rn. 2.

<sup>7</sup> So jedenfalls die Ansicht BVerfGE 56, 41 f. = ZIP 1981, 361 = NJW 1981, 1431.

ten Angehörigen des Schuldners nur mit Zustimmung des Schuldners verwendet werden. Das Verwendungsverbot umfasst auch Tatsachen, zu denen die Aussage den Weg gewiesen hat.<sup>8</sup> Die Strafverfolgungsbehörden sind jedoch nicht gehindert, bereits ihnen bekannte Tatsachen zu verwerten. Der Insolvenzverwalter ist bei der Erfüllung seiner Aufgaben im Interesse der zu befriedigenden Gläubiger auf umfassende Informationen seitens des Schuldners angewiesen. Das Informationsbedürfnis des Insolvenzverwalters geht nach der Vorstellung des Gesetzgebers daher weiter als das der staatlichen Ermittlungsbehörden im Straf- oder Ordnungswidrigkeitenrecht.<sup>9</sup>

#### aa) Beispielfall

Ausgangssituation ist regelmäßig folgender (fiktiver) Sachverhalt:

Am 05.04.2012 wird über das Vermögen der Textil GmbH die vorläufige Insolvenzverwaltung angeordnet und Herr Rechtsanwalt K zum vorläufigen Insolvenzverwalter bestellt. Der Beschluss beinhaltet, was folgt:

Amtsgericht Neustadt, Aktenzeichen: 39 IN 0/11

*In dem Insolvenzeröffnungsverfahren über das Vermögen*

*der im Register des Amtsgerichts Neustadt unter HRB XXXX eingetragenen Textil GmbH, X- Str. 142, 12345 Beispielstadt, gesetzlich vertreten durch den Geschäftsführer D, Y-Str. 10, 56789 Ort*

*Geschäftszweig: Einzelhandel mit Textilien und anderen Handelsartikeln, insbesondere mit Sportartikeln*

*ist am 05.04.2012, um 11:57 Uhr angeordnet worden (§§ 21, 22 InsO):*

*Zum vorläufigen Insolvenzverwalter wird Rechtsanwalt K, Arbeitsstraße 25, 47800 Ort bestellt.*

*Verfügungen der Schuldnerin über Gegenstände ihres Vermögens sind nur noch mit Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters wirksam (§ 21 Abs. 2 Nr. 2 2. Alt. InsO).*

*Den Schuldnern der Schuldnerin (Drittschuldnern) wird verboten, an die Schuldnerin zu zahlen. Der vorläufige Insolvenzverwalter wird ermächtigt, Bankguthaben und sonstige Forderungen der Schuldnerin einzuziehen sowie eingehende Gelder entgegenzunehmen. Die Drittschuldner werden aufgefordert, nur noch unter Beachtung dieser Anordnung zu leisten (§ 23 Abs. 1 S. 3 InsO).*

*Maßnahmen der Zwangsvollstreckung einschließlich der Vollziehung eines Arrests oder einer einstweiligen Verfügung gegen die Schuldnerin werden untersagt, soweit nicht unbewegliche Gegenstände betroffen sind; bereits begonnene Maßnahmen werden einstweilen eingestellt (§ 21 Abs. 2 Nr. 3 InsO).*

*39 IN 0/11 Amtsgericht Neustadt, 05.04.2012*

Der Geschäftsführer der Textil GmbH wird zu einem Termin mit dem vorläufigen Insolvenzverwalter geladen. In Erfüllung seiner Verpflichtungen aus § 97 InsO gibt er dem vorläufigen Insolvenzverwalter umfassend Auskunft und übergibt ihm sämtliche Geschäftsunterlagen. Die Zustimmung zur Verwendung im Strafverfahren gibt der Geschäftsführer nicht. Können die Angaben verwendet werden?

#### Lösung:

Gemäß § 97 InsO bestehen die Auskunft- und Mitwirkungspflichten gegenüber einem Insolvenzverwalter. Der Insolvenzverwalter existiert allerdings erst nach Verfahrenseröffnung. Die Verfahrenseröffnung erfolgt mit dem entsprechenden Eröffnungsbeschluss. Vorliegend ist ein Insolvenzverfahren noch nicht eröffnet. Vielmehr befinden wir uns im Beispielfall erst im Insolvenzeröffnungsverfahren. Hier könnte man die Auffassung vertreten, dass sich der Geschäftsführer nicht auf das Beweisverwertungsverbot berufen darf. Dem ist nicht so. Die Auskunft- und Mitwirkungspflichten des Schuldners bzw. Schuldnervertreters gem. § 97 bestehen auch im Insolvenzeröffnungsverfahren (§ 20 Abs. 1 S. 2 InsO). Gem. § 22 Abs. 3 S. 3

<sup>8</sup> LG Stuttgart ZInsO 2001, 135, krit. dazu *Hefendehl*, wistra 2003, 1.

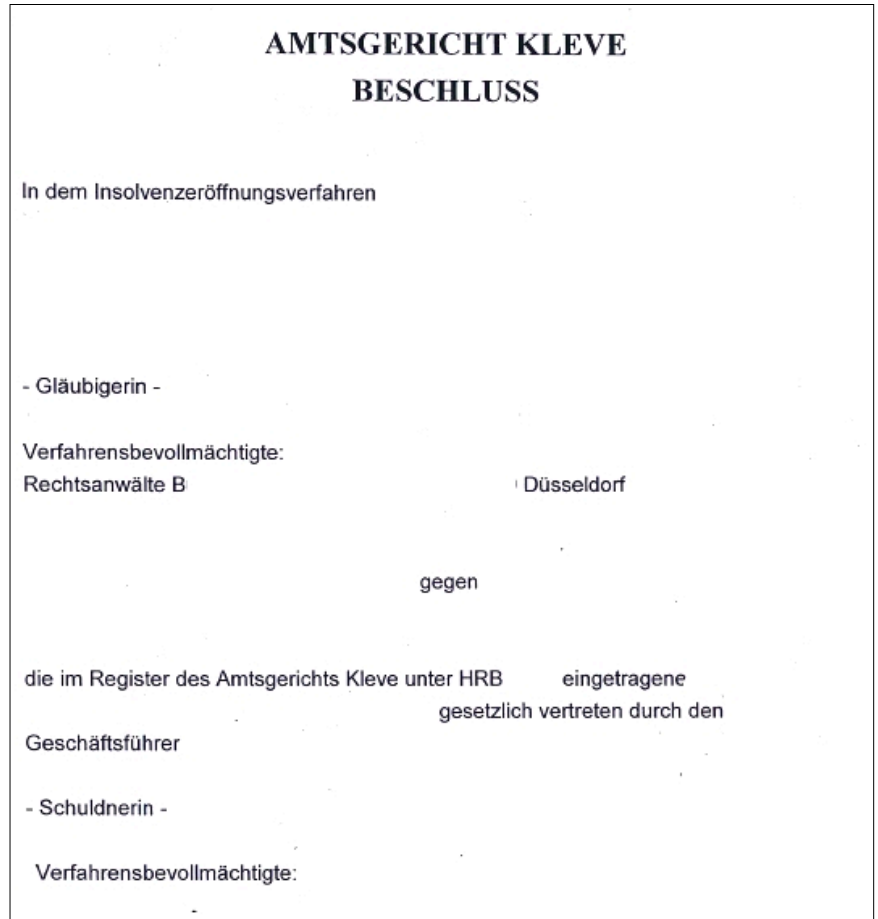
<sup>9</sup> *Leithaus* in: Andres/Leithaus, InsO, 2. Aufl., 2011, § 97, Rn. 2.

**Problem: Insolvenzeröffnungsverfahren**

InsO ist der Schuldner auch gegenüber dem vorläufigen Insolvenzverwalter verpflichtet, die erforderlichen Auskünfte zu erteilen, sodass sich das Beweisverwendungsverbot grds. auch hierauf bezieht. Dabei kommt es nicht darauf an, ob es sich um einen „starken“ Insolvenzverwalter (Verwalter, auf den die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis übergegangen ist) oder um einen „schwachen“ Insolvenzverwalter (Verwalter mit Zustimmungsvorbehalt) handelt.

**bb) Sonderproblem: Informationen gegenüber einem Gutachter (Beispiel nach OLG Jena, Beschluss vom 12.08.2010 - 1 Ss 45/10)**

In der Praxis kommt es nicht selten vor, dass statt einem vorläufigen Insolvenzverwalter zunächst ein Gutachter bestellt wird. Ein entsprechender Beschluss kann wie folgt aussehen:



Erschienen im Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin unter [www.compliancedigital.de](http://www.compliancedigital.de). Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt. Kontakt: [ESV@ESVmedien.de](mailto:ESV@ESVmedien.de)

wird zur Aufklärung des Sachverhalts angeordnet (§ 5 InsO):

Es soll ein schriftliches Sachverständigengutachten gemäß § 22 Abs. 1 Nr. 3 InsO darüber eingeholt werden,

- ob ein nach der Rechtsform der Schuldnerin maßgebender Eröffnungsgrund vorliegt,

- welche Aussichten für eine Fortführung des schuldnerischen Unternehmens bestehen,

- ob Anlass für Sicherungsmaßnahmen gegeben ist,

- ob das schuldnerische Vermögen die -zu schätzenden- Kosten des Verfahrens decken wird; wobei nachvollziehbar die für die Eröffnung des Verfahrens (§§ 26 Abs.1 Satz 1, 54 InsO) erforderlichen Kosten anzugeben sind,

Schließlich mag der Sachverständige im Hinblick auf die Möglichkeit, gem. § 5 Abs. 2 InsO das schriftliche Verfahren zu bestimmen, seine Beurteilung dahingehend abgeben, welche Verfahrensweise er für sachgerecht hält.

Mit der Erstattung des Gutachtens wird

**Rechtsanwalt**

beauftragt.

Der Sachverständige ist berechtigt, Auskünfte über die schuldnerischen Vermögensverhältnisse bei Dritten einzuholen.

Die Schuldnerin hat dem Sachverständigen Einsicht in die Bücher und Geschäftspapiere zu gestatten und sie auf Verlangen bis zur Entscheidung über die Eröffnung des Verfahrens herauszugeben.

Schließlich hat sie dem Sachverständigen alle Auskünfte zu erteilen, die zur Aufklärung der schuldnerischen Einkommens- und Vermögensverhältnisse erforderlich sind.

Bei Missachtung dieser Pflicht kann das Gericht die Schuldnerin bzw. den organschaftlichen Vertreter der Schuldnerin zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung laden, zwangsweise vorführen lassen oder in Haft nehmen (§§ 97, 98, 101 InsO).

Hier stellt sich die Frage, ob grundsätzlich auch in diesen Fällen ein Beweisverwendungsverbot besteht, wenn der Schuldner oder das vertretungsberechtigte Organ Auskünfte erteilt oder an der Sachverhaltsaufklärung mitwirkt. Bemerkenswert ist insoweit eine aktuelle Entscheidung des OLG Jena.

- **Die Entscheidung des OLG Jena**

Nach Auffassung des Gerichts war der Angeklagte nicht verpflichtet, dem bestellten Insolvenzgutachter Auskunft zu erteilen. Das Gericht führt aus, dass somit hinsichtlich der durch auszugsweise Verlesung des Gutachtens in das Verfahren eingeführten und im Urteil festgestellten Auskünfte des Angeklagten gegenüber dem Gutachter kein Verwendungsverbot nach § 97 Abs. 1 S. 3 InsO bestehe. Gemäß § 97 Abs. 1 S. 1 InsO sei der Schuldner nur verpflichtet, dem Insolvenzgericht, dem Insolvenzverwalter, dem Gläubigerausschuss und auf Anordnung des Gerichts der Gläubigerversammlung über alle das Verfahren betreffenden Verhältnisse Auskunft zu geben. Dass der Angeklagte einem nach dieser Vorschrift Auskunftsberechtigten Auskunft erteilt habe, trägt die Revisionsbegründung nicht vor, sondern führt aus, dass der Angeklagte gegenüber dem bestellten Gutachter Auskunft gemäß § 97 Abs. 1 InsO gegeben habe. Der Gutachter sei in § 97 Abs.1 S.1 InsO jedoch nicht genannt. Die Insolvenzordnung räume dem Gutachter im Eröffnungsverfahren auch keine Sonder-

### *Problem Gutachter*

rechte ein. Vielmehr bestimme sich seine Rechtsstellung grundsätzlich über § 4 InsO nach den §§ 144, 402 ff. ZPO. Danach könne das Insolvenzgericht dem Sachverständigen Weisungen erteilen, § 404a ZPO, und ihm überdies nach Maßgabe des § 404a Abs. 4 ZPO auch gestatten, eigene Ermittlungen durch Kontaktaufnahme mit Zeugen oder dem Insolvenzschuldner anzustellen. Der Gutachter habe allerdings keine Zwangsbefugnisse gegenüber den Verfahrensbeteiligten oder Dritten. Die Mitwirkungspflichten des Schuldners und seiner organschaftlichen Vertreter würden gegenüber dem Gutachter nicht eingreifen.

Ein Verwendungsverbot bestehe nach § 97 Abs. 1 S. 3 InsO auch nicht im Hinblick auf die vom Angeklagten dem Gutachter übergebenen Geschäftsabschlüsse der Jahre 2000 bis 2002 und die vorläufigen Auswertungen für die Geschäftsjahre 2003 und 2004. Dies gelte unabhängig davon, dass das Insolvenzgericht dem Schuldner aufgegeben hat, dem Gutachter Zugang zu den Geschäftsunterlagen zu verschaffen und weiter angeordnet hat, dass der Gutachter berechtigt ist, diesen Zugang wie ein Eigentümer zu verlangen. Die Auskunftspflicht des Schuldners nach § 97 Abs. 1 S. 1 InsO, auf die sich das Verwendungsverbot des Satzes 3 ausschließlich bezieht, umfasse nicht die Pflicht zur Vorlage von Unterlagen; diese treffe den Insolvenzschuldner vielmehr nur im Rahmen der allgemeinen Mitwirkungspflicht nach § 97 Abs. 2 InsO. Auf diese Mitwirkungspflicht aber erstreckte sich das Verwendungsverbot des § 97 Abs. 1 S. 3 InsO nach Entstehungsgeschichte, Wortlaut, systematischer Stellung und Schutzzweck der Vorschrift nicht.

- **Stellungnahme**<sup>10</sup>

Diese Entscheidung ist problematisch, weil der Gemeinschuldner zum einen in vielen Fällen von einer Auskunftspflicht gegenüber dem gerichtlich bestellten Gutachter ausgehen wird. Zum anderen löst sie das Spannungsverhältnis zwischen den Auskunfts- und Mitwirkungspflichten nach der Insolvenzordnung und dem strafrechtlichen nemo-tenetur-Grundsatz nicht richtig auf. Im Eröffnungsverfahren bestehen die Auskunfts- und Mitwirkungspflichten ausschließlich gegenüber dem Insolvenzgericht. Das folgt bereits aus dem Gesetz (§ 20 Abs. 1 InsO). Kommt der Schuldner seiner Auskunfts- und Mitwirkungspflicht nicht nach, kann ihm die Restschuldbefreiung versagt werden (§ 290 Abs. 1 Nr. 5 InsO).

Es ist daher zu kurz gesprungen, wenn das Gericht ausführt: „Die Insolvenzordnung räumt dem Gutachter im Eröffnungsverfahren [...] keine Sonderrechte ein. [...] Der Gutachter hat [...] keine Zwangsbefugnisse gegenüber den Verfahrensbeteiligten oder Dritten. Die Mitwirkungspflichten des Schuldners und seiner organschaftlichen Vertreter greifen gegenüber dem Gutachter nicht ein.“

Denn das Insolvenzgericht überträgt seine Ermittlungen zu den Eröffnungsvoraussetzungen regelmäßig auf einen Sachverständigen, wenn nicht sofort ein vorläufiger Insolvenzverwalter mit den entsprechenden Ermittlungsbefugnissen eingesetzt wird. In einem solchen Fall besteht die Auskunfts- und Mitwirkungspflicht des Schuldners selbstverständlich auch gegenüber dem Sachverständigen.<sup>11</sup> Dieser ist nämlich als Gehilfe des Gerichts im Rahmen seines Auftrags berechtigt, vom Schuldner Auskunft und Mitwirkung zu verlangen. Auch er kann zwangsweise seinen Anspruch – wenn auch mit Hilfe des Gerichts – durchsetzen. Es macht daher faktisch überhaupt keinen Unterschied, ob sich der Schuldner gegenüber dem Insolvenzgericht persönlich äußert, oder gegenüber einem von diesem bestellten und mit Ermittlungsbefugnissen ausgestatteten Gutachter. Da auch der Gutachter die Hilfe des Gerichts in Anspruch nehmen kann, besteht auch nicht zwingend Veranlassung – wie das OLG meint – sofort einen vorläufigen Insolvenzverwalter einzusetzen. Abgesehen davon hinge die Schutzwirkung des § 97 Abs. 1 S. 3 InsO vom Zufall ab, nämlich davon, ob nunmehr ein Gutachter oder ein (vorläufiger) Insolvenzverwalter bestellt wird. Es kann also für die Anwendung des Schutzes nach § 97 Abs. 1 S. 3 InsO im Kern nur darauf ankommen, ob eine Selbstbezeichnung (abstrakt) erzwungen werden kann. Es macht unseres Erachtens keinen Unterschied, ob der Zwang originär durch das Gericht, mittelbar auf Antrag eines Gutachters bzw. vorläufigen Insolvenzverwalters oder aufgrund anderer heteronomer Nachteile, wie etwa die Versagung der Restschuldbefreiung wegen fehlender Mitwirkung, präsent ist. Schließlich kann eine Parallele zum strafprozessualen Vernehmungsbegriff und den daraus

*Faktische Zwangsbefugnisse  
des Gutachters*

*Parallele zur  
Vernehmungssituation*

<sup>10</sup> Ausführlich hierzu Lenger, NZI 2011, 382 ff.

<sup>11</sup> Ebenso BGH ZVI 2005, 551 f.; LG Aachen ZVI 2005, 552 f.

folgenden Belehrungspflichten gezogen werden:<sup>12</sup> hier ist der entscheidende Gesichtspunkt für eine Vernehmungssituation, dass der Vernehmende in amtlicher Funktion dem Beschuldigten gegenübertritt. Der gerichtlich bestellte Gutachter im Insolvenzverfahren übt eine amtliche Funktion aus, sodass der regelmäßig von einer Auskunftspflicht ausgehende Insolvenzschuldner - ebenso wie der Beschuldigte in der Vernehmungssituation - eines besonderen Schutzes bedarf. Dieser Schutz kann im Insolvenzverfahren durch eine Belehrung über die Freiwilligkeit der Auskünfte umgesetzt werden. Unterbleibt diese, so greift unseres Erachtens das Verwendungsverbot.

### cc) Sonderproblem: Der vorläufige Sachwalter – das unbekannte Wesen?!

Wie bereits erörtert, ist das Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) seit dem 01.03. 2012 in Kraft. Neben den bisher bekannten und möglichen Akteuren im Eröffnungsverfahren – vorläufiger „starker“, „schwacher“ oder „halbstarker“ Insolvenzverwalter – tritt nunmehr noch zusätzlich ein vorläufiger Sachwalter. Es stellt sich nunmehr die Frage, ob und ggf. wie weit ein etwaiges Verwendungsverbot i.S.d. § 97 Abs. 1 S. 3 InsO greift, wenn der Schuldner seinen Auskunfts- und Mitwirkungspflichten gegenüber dem vorläufigen Sachwalter nachkommt. Nach § 270a Abs. 1 S. 2 InsO bestimmt sich die Rechtsstellung des vorläufigen Sachwalters im Eröffnungsverfahren nach den §§ 274, 275 InsO. Vorbenannte Paragraphen haben sich während der Reform nicht geändert und regeln die Rechte und Pflichten des Sachwalters nach Anordnung der Eigenverwaltung im eröffneten Insolvenzverfahren. Der vorläufige Sachwalter wird dem endgültigen Sachwalter (im eröffneten Verfahren) nicht nur hinsichtlich Haftung und Vergütung gleichgestellt.

Insbesondere hat er auch die wirtschaftliche Lage des Schuldners zu prüfen und die Geschäftsführung zu überwachen. Das bedeutet, dass auch der vorläufige Sachwalter in der Regel zu prüfen hat, ob ein Antragsgrund i.S.d. Insolvenzordnung vorliegt. Ferner hat er zu prüfen, ob eine verfahrenskostendeckende Masse für eine Eröffnung des Insolvenzverfahrens gegeben ist. Das Betretungs- und Einsichtsrechts in die Geschäftsräume und Unterlagen des schuldnerischen Unternehmens ist ihm ebenfalls gewährt (vgl. § 274 Abs. 2 S. 2 i.V.m. § 22 Abs. 3 InsO). Darüber hinaus gilt auch die Anzeigepflicht des Sachwalters nach § 274 Abs. 3 InsO für die vorläufige Eigenverwaltung entsprechend. Das heißt, er hat insbesondere für die Gläubiger nachteilige Umstände anzuzeigen, die in dem Verbleiben der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis bei der Geschäftsleitung begründet sind. Dies gilt etwa, wenn der Schuldner für die Masse nachteilige Rechtsgeschäfte eingegangen ist. Entsprechend anzuwenden ist auch das Mitwirkungsrecht des Sachwalters nach § 275 InsO. Danach soll der Schuldner auch im Eröffnungsverfahren Verbindlichkeiten, die nicht zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb gehören, nur mit Zustimmung des vorläufigen Sachwalters eingehen. Bei Verbindlichkeiten, die zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb gehören, hat der vorläufige Sachwalter ein Widerspruchsrecht. Schließlich kann sich der vorläufige Sachwalter nach § 275 Abs. 2 InsO die Kassenführung vorbehalten.


Der vorläufige Sachwalter hat somit im Schwerpunkt eine überwachende Rechtsstellung. Kraft Gesetzes ausgeschlossen ist es, neben oder statt dem vorläufigen Sachwalter einen vorläufigen Insolvenzverwalter zu bestellen und/oder ein allgemeines Verfügungsverbot aufzuerlegen (§ 270a Abs. 1 Nr. 1 sowie Nr. 2 InsO).

Die entsprechenden Beschlüsse sind regelmäßig wie folgt gefasst:

<sup>12</sup> BGHSt (GrS) 42, 139, 145 m.w.N.; Meyer-Goßner, StPO, 54. Auflage, 2011, § 136a Rn. 4.

Abb.: 1: Anordnung der vorläufigen Sachwaltung (§ 270a InsO ohne Schutzschirm)

43 IN 370/12 - Abschrift -



**AMTSGERICHT BIELEFELD**  
**BESCHLUSS**

In dem Insolvenzeröffnungsverfahren über das Vermögen

der im Handelsregister des Amtsgerichts Bad Oeynhausen unter HRB \_\_\_\_\_  
eingetragenen \_\_\_\_\_  
gesetzlich vertreten durch den Geschäftsführer \_\_\_\_\_

Geschäftszweig: Betrieb einer Gießerei, der Handel mit Gießzeugnissen sowie die  
Durchführung aller damit zusammenhängenden Geschäfte

wird angeordnet (§ 270 a InsO):

Zum vorläufigen Sachwalter wird Rechtsanwalt, Wirtschaftsprüfer und Steuerberater  
\_\_\_\_\_ bestellt.

Maßnahmen der Zwangsvollstreckung einschließlich der Vollziehung eines Arrests oder  
einer einstweiligen Verfügung gegen die Schuldnerin werden untersagt, soweit nicht  
unbewegliche Gegenstände betroffen sind; bereits begonnene Maßnahme werden  
einstweilen eingestellt (§ 21 Abs. 2 Nr. 3 InsO).

Gegenstände, deren Aussonderung verlangt werden könnte oder die im Falle der  
Eröffnung des Verfahrens von § 166 erfasst würden - d. h. bewegliche Sachen im Besitz  
die Schuldnerin, an denen ein Absonderungsrecht besteht, sowie Forderungen mit  
Ausnahme der in § 166 Abs. 3 InsO genannten, welche die Schuldnerin zur Sicherung

eines Anspruchs abgetreten hat-, dürfen von den Gläubigern nicht verwertet oder  
eingezogen werden. Diese Gegenstände dürfen von der Schuldnerin nach Maßgabe des  
§ 21 Abs. 2 Nr. 5 InsO zur Fortführung des schuldnerischen Unternehmens eingesetzt  
werden, da sie hierfür von erheblicher Bedeutung sind.

Der vorläufige Sachwalter ist berechtigt, die Geschäftsräume und betrieblichen  
Einrichtungen der Schuldnerin einschließlich der Nebenräume zu betreten und dort  
Nachforschungen anzustellen. Er ist berechtigt, Auskünfte über die schuldnerischen  
Vermögensverhältnisse bei Dritten einzuholen.

Der vorläufige Sachwalter wird zugleich beauftragt, sachverständig zu prüfen, ob ein  
nach der Rechtsform der Schuldnerin maßgeblicher Eröffnungsgrund vorliegt und welche  
Aussichten für eine Fortführung des schuldnerischen Unternehmens bestehen. Er hat  
ferner zu prüfen, ob das schuldnerische Vermögen die Kosten des Verfahrens  
voraussichtlich decken wird (§ 22, Abs. 1, Nr. 3, Abs. 2 InsO).

Falls der vorläufige Sachwalter den Auftrag nicht binnen sechs Wochen vollständig  
erfüllen kann, ist dem Gericht ein Zwischenbericht zu erstatten.

Bielefeld, 02.04.2012  
Amtsgericht

\_\_\_\_\_  
Richterin am Amtsgericht





*Verwendungsverbot  
für Auskünfte gegenüber  
Sachwalter*

Da der Schuldner im Rahmen der Eigenverwaltung nach den §§ 270 ff. InsO – wie oben ausgeführt – über § 274 Abs. 2 S. 2 i.V.m. § 22 Abs. 3 InsO ebenso Mitwirkungspflichten hat, sind über den Verweis in § 270a Abs. 1 Nr. 2, S. 2 InsO auf die §§ 274, 275 InsO Auskünfte gegenüber einem vorläufigen Sachwalter ebenfalls in den Schutzbereich des § 97 Abs. 1 S. 3 InsO einbezogen. Auch der vorläufige Sachwalter nach § 270a InsO wird aber regelmäßig mit einem Gutachtenauftrag ausgestattet sein. Schon vor diesem Hintergrund ist nicht nachzuvollziehen, wieso Auskünfte und Mitwirkungen gegenüber einem „einfachen“ Gutachter (ohne Sachwalterstellung) als einzigen Beteiligten im Insolvenzverfahren nicht privilegiert sein sollen.

**dd) Fernwirkung ?**

Die gesetzliche Regelung in § 97 Abs. 1 S. 3 InsO beruht letztlich auf der Entscheidung des BVerfG vom 13. 1. 1981.<sup>13</sup> Danach durfte eine Aussage, durch die der Schuldner im Insolvenzverfahren eine strafbare Handlung offenbarte, gegen seinen Willen in einem Strafverfahren gegen ihn nicht verwertet werden. § 97 Abs. 1 S. 3 InsO geht aber noch weiter, indem es das bisherige Verwertungsverbot durch eine Fernwirkung ergänzt.<sup>14</sup>

*Weitreichendes  
Verwendungsverbot*

Nach einer Entscheidung des LG Stuttgart vom 21.7.2000<sup>15</sup> verbietet § 97 Abs. 1 S. 3 InsO die „Verwendung“ von Angaben des Schuldners, die dieser in Erfüllung seiner sich aus § 97 Abs. 1 S. 1 InsO ergebenden Mitwirkungspflicht gegenüber dem Insolvenzgericht macht, es sei denn, dass der Schuldner seine Zustimmung erteilt. Werden derartige Angaben zu Bestandteilen der Ermittlungsakten, so soll das gesetzwidrig sein.<sup>16</sup> Die Ermittlungsbehörden dürfen sie nicht verwerten, um Ansätze für weitere Ermittlungsmaßnahmen zu schöpfen. Nach LG Stuttgart hat das Beweisverwendungsverbot also ein „umfassendes Beweisermittlungsverbot“ bezüglich etwaiger hierauf gestützter Durchsuchungs- und Beschlagnahmebeschlüsse zur Folge.<sup>17</sup> Vor diesem Hintergrund – der sich im Gesetzeswortlaut widerspiegelt – spricht man von einem (weiterreichenden) Verwendungs- statt eines Verwertungsverbotes.

Nicht von diesen Verboten erfasst werden sollen dagegen Geschäftsunterlagen, die der Schuldner auf Grund allgemeiner gesetzlicher Bestimmungen führt, wie z.B. Handelsbücher und Bilanzen.

**2) Weitere Erkenntnisquellen**

Die Insolvenzakte beinhaltet nicht nur Auskünfte des Schuldners, sondern bietet regelmäßig Informationen, welche Personen als Zeugen für das Strafverfahren Bedeutung erlangen können. Noch bedeutsamer als die Bekundungen der Zeugen ist regelmäßig der Inhalt der in deren Gewahrsam befindlichen Urkunden. Ein Insolvenzstrafverfahren wird vom Urkundsbeweis dominiert. Werden Urkunden nicht freiwillig herausgegeben, bedarf es der Beschlagnahme. Das dabei zu beachtende Beschlagnahmeverbot des § 97 Abs. 1 StPO setzt wiederum ein Zeugnisverweigerungsrecht des Gewahrsamsinhabers voraus, sodass der Zeuge und seine Rechte unmittelbare Bedeutung für die so wichtigen in seinem Gewahrsam befindlichen Urkunden erlangen. Zeugnisverweigerungsrechte und Beschlagnahmeverbote müssen zugleich bedacht werden. Für die Frage des Zeugnisverweigerungsrechts ist die konkrete Funktion des Zeugen, in § 53 StPO mehrfach als (berufsbezogene) „Eigenschaft“ bezeichnet, das maßgebliche Kriterium.

**a) Insolvenzverwalter**

Der Insolvenzverwalter ist – neben dem Schuldner und dessen Steuerberater – die Person, die die Firmensituation am besten kennt, insbesondere auch die Genese einer möglichen Krise am besten nachvollziehen kann. Das von ihm gem. § 152 InsO zu erstellende Gläubigerverzeichnis bietet Anhaltspunkte für Zeugenvernehmungen. Auch kann der Insolvenzverwalter Hinweise auf strafrechtlich relevante Vermögensverschiebungen geben.

<sup>13</sup> BVerfG, NJW 1981, 1431

<sup>14</sup> Vgl. *Bittmann/Rudolph, wistra* 2001, 81 ff.

<sup>15</sup> LG Stuttgart ZInsO 2001, 135 f.

<sup>16</sup> NZI 2001, 498.

<sup>17</sup> Vgl auch *App* in: Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung, 6. Aufl., 2010, § 97 Rn. 12; *Bader*, NZI 2009, 416, 417; *Uhlenbruck*, NZI 2002, 401, 403, 405.

In der Praxis ist eine relativ enge Zusammenarbeit zwischen Ermittlungsbehörden und Insolvenzverwalter festzustellen. Das Interesse des Insolvenzverwalters, die Masse zu mehren, fördert häufig seine Kooperationsbereitschaft.<sup>18</sup> Weigert sich der Insolvenzverwalter nach einem entsprechenden Herausgabeverlangen, vgl. § 95 StPO, Unterlagen zur Verfügung zu stellen, so kann bei ihm nach Maßgabe des § 103 StPO durchsucht werden.<sup>19</sup> Dabei sind die Grenzen des § 97 Abs. 1 S. 3 InsO zu beachten, was aber nicht eine Durchsuchung mit dem Ziel der Beschlagnahme bereits existierender Unterlagen oder Aufzeichnungen, die der Gemeinschuldner dem Insolvenzverwalter übergeben hat, hindert.<sup>20</sup> Der Insolvenzverwalter ist in seiner Funktion kein zeugnisverweigerungsberechtigter Rechtsanwalt i.S.d. § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO, sodass das Beschlagnahmeverbot des § 97 Abs. 1 Nr. 1 StPO nicht greift.<sup>21</sup> Soll durchsucht werden, so bedarf die Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Maßnahme besonderer Beachtung. Ein Durchsuchungsbeschluss sollte mit einer Abwendungsbefugnis versehen sein, sodass die freiwillige Herausgabe an die erschienen Beamten die Ausübung staatlichen Zwangs hindert.<sup>22</sup>

## b) Steuerberater

Der Steuerberater verfügt regelmäßig über exklusive Informationen über das krisenbetroffene Unternehmen. Die Ermittlungsbehörden wollen in immer stärkerem Maße auf diese Informationen durch zeugenschaftliche Vernehmung des Steuerberaters zugreifen, sodass das Zeugnisverweigerungsrecht praktisch bedeutsam wird, § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StPO. Auch finden sich relevante Unterlagen wie Rechnungen, Belege, Kontenübersichten, Handelsbücher, Bilanzen und Inventare in der wirtschaftlichen Krise häufig nicht (mehr) beim Insolvenzschuldner, sondern beim Steuerberater, sodass sich auch insoweit die Frage des Zugriffs auf diese im Gewahrsam des Steuerberaters befindlichen Unterlagen stellt. Das insoweit relevante Beschlagnahmeverbot des § 97 Abs. 1 Nr. 1 und 2 StPO knüpft an das Zeugnisverweigerungsrecht an.

### aa) Sachliche Grenzen des Zeugnisverweigerungsrechts

Die Vorstellung vieler Steuerberater, ein allumfassendes Zeugnisverweigerungsrecht innezuhaben, verträgt sich nicht mit der durch den Gesetzeswortlaut und die Rechtsprechung geprägten Rechtswirklichkeit: Das Zeugnisverweigerungsrecht gem. § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StPO bezieht sich nur auf die Tatsachen, die dem Steuerberater in eben dieser Eigenschaft anvertraut oder bekanntgeworden sind. Informationen, die außerhalb der beruflichen Stellung erlangt wurden, unterfallen dem Zeugnisverweigerungsrecht nicht.<sup>23</sup> Da die Erstellung der Buchhaltung durch den Steuerberater keine steuerliche Beratung i.e.S. darstellt, einem Buchhalter ausweislich des abschließenden Charakters des § 53 StPO grds. kein Zeugnisverweigerungsrecht zusteht, nimmt die überwiegende Rechtsprechung diese Tätigkeit vom Anwendungsbereich des § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StPO aus.<sup>24</sup> Buchhaltung ist danach keine Steuerberatung, sondern nur deren Grundlage.<sup>25</sup>

### bb) Zeitliche Grenzen des Zeugnisverweigerungsrechts

Die Entbindung von der Verschwiegenheitspflicht führt beim Steuerberater zu einer Aussagepflicht, § 53 Abs. 2 S. 1 StPO i.V.m. § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StPO. Das Problem, wer zur Entbindung von der Schweigepflicht berechtigt ist, und wer alles eine entsprechende Erklärung abgeben muss, damit die Entbindung eintritt, spitzt sich bei einer juristischen Person, für die ein Insolvenzverwalter bestellt ist, bei der sich die Geschäftsleitung dem Vorwurf einer Insolvenzstraftat ausgesetzt sieht, zu: von einer wirksamen Entbindung allein durch den Insol-

kein unbegrenztes  
Zeugnisverweigerungsrecht

Entbindung von der  
Verschwiegenheitspflicht

<sup>18</sup> Schäfer, wistra 1985, 209; zustimmend Köhler in: Wabnitz/Janowsky, Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 7. Kapitel, Rn. 387.

<sup>19</sup> LG Ulm, NStZ 2007, 543; LG Berlin, ZInsO 2008, 865; LG Neubrandenburg, NJW 2010, 691, 692.

<sup>20</sup> LG Ulm, NStZ 2007, 543.

<sup>21</sup> LG Ulm, NStZ 2007, 543; Ignor/Bertheau in: Löwe-Rosenberg, StPO, 26. Aufl., 2008, § 53 Rn. 34.

<sup>22</sup> LG Neubrandenburg, NJW 2010, 691, 692.

<sup>23</sup> Weyand/Diversy, Insolvenzdelikte, Rn. 175.

<sup>24</sup> LG Berlin, NJW 1977, 725; LG Saarbrücken, wistra 1984, 200; LG Stuttgart, wistra 1985, 41 f.; LG München I, wistra 1988, 326; a.A. LG Stade, NStZ 1987, 38 ff.; zum Streitstand Ignor/Bertheau in: Löwe-Rosenberg, StPO, § 53 Rn. 35.

<sup>25</sup> Ausführl. Weyand/Diversy, Insolvenzdelikte, Rn. 175.

venzverwalter<sup>26</sup> bis hin zu einer durch den Insolvenzverwalter gemeinsam mit der beschuldigten alten Geschäftsleitung<sup>27</sup> wird alles vertreten.<sup>28</sup> Im Kern des Streites geht es um die Frage, bei wem das durch § 53 StPO geschützte Vertrauensverhältnis zum Steuerberater besteht: auch bei den geschäftsleitenden natürlichen Personen oder allein bei der juristischen Person, diese vertreten durch den, der die Geschäfte aktuell leitet (Insolvenzverwalter)? Welche Meinung herrschend, minder oder im Vordringen befindlich ist, ist in der Praxis weniger bedeutsam als das Wissen darum, wie die Problematik im jeweiligen Gerichtsbezirk gesehen wird. Muss danach auch die Geschäftsleitung vor Bestellung des Insolvenzverwalters die Entbindung erklären, so steht ein solches Recht dem faktischen, nicht dem bloß formellen Geschäftsführer zu.<sup>29</sup>

Schließlich sei noch der allgemeine Hinweis zu allen Zeugnisverweigerungsrechten erlaubt. Es handelt sich um ein *Recht*, nicht um eine Pflicht, mag der Verstoß gegen die Verschwiegenheit auch strafbewehrt sein, im Falle des Steuerberaters etwa durch § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB. Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass die Ausführungen zum Steuerberater entsprechend für den Wirtschaftsprüfer gelten.

### cc) Beschlagnahmeverbot

Verboten ist die Beschlagnahme von mandatsbezogenen schriftlichen Mitteilungen zwischen Beschuldigtem und Steuerberater, § 97 Abs. 1 Nr. 1 StPO.<sup>30</sup> Darunter fallen u.a. Briefe, Karten, Zeichnungen, Skizzen, E-Mails und (Computer-)Faxe. Ferner dürfen Aufzeichnungen nicht beschlagnahmt werden, § 97 Abs. 1 Nr. 2 StPO. Dies sind Handakten, Mitschriften, Protokolle, Entwürfe u.ä.<sup>31</sup> Andere Gegenstände, die gem. § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO nicht förmlich in öffentlichen Gewahrsam genommen werden dürfen, können etwa Buchungs- und Geschäftsunterlagen sein. Diesbezüglich reichen die Ansichten von einem umfassenden Beschlagnahmeverbot über feine Differenzierungen (etwa ein Beschlagnahmeverbot allein für den noch nicht erledigten Steuerberaterauftrag) bis zur vollkommenen Ablehnung des Verbots.<sup>32</sup> Eine Durchsuchung, welche auf die Beschlagnahme von Beweismitteln gerichtet ist, die nicht beschlagnahmt werden dürfen, ist rechtswidrig.<sup>33</sup>

Keine Beschlagnahme liegt vor, wenn der Steuerberater Unterlagen in - regelmäßig anzunehmender - Kenntnis des Verbots freiwillig herausgibt.<sup>34</sup> Das Beschlagnahmeverbot wird durch die Reichweite des Zeugnisverweigerungsrechts begrenzt. Wird der Steuerberater wirksam von der Schweigepflicht entbunden, so können Beweismittel bei ihm beschlagnahmt werden.<sup>35</sup> Die Beschlagnahme ist auch zulässig, wenn er selbst Beschuldigter ist.<sup>36</sup> Auch im Falle des Verdachts der Tatbeteiligung des Steuerberaters (oder an einer Begünstigung, Strafvereitelung oder Hehlerei) im Verfahren gegen den beschuldigten Mandanten dürfen Unterlagen beim Berater förmlich sichergestellt werden, § 97 Abs. 2 S. 3 StPO. Stets dürfen gem. § 97 Abs. 2 S. 3 StPO so genannte Deliktgegenstände beschlagnahmt werden.

### c) Register

Weitere Informationen zu einem Unternehmen, bei dessen wirtschaftlicher Betätigung verdachtsweise Insolvenzstraftaten begangen worden sind, liefern das Unternehmens- und

<sup>26</sup> LG Lübeck, NJW 1978, 1014 f.; LG Hamburg, StV 2002, 647 m.w.N.

<sup>27</sup> OLG Schleswig, NJW 1981, 294; OLG Düsseldorf, wistra 1993, 120; LG Saarbrücken, wistra 1995, 239 f. m. abl. Anm. Weyand; AG Berlin-Tiergarten, wistra 2004, 319.

<sup>28</sup> Ausführlich dazu Dannecker/Knierim/Hagemeier, Insolvenzstrafrecht, 2. Aufl., 2012, Rn. 346 ff.; Häcker in: Müller-Gugenberger/Bieneck, 5. Aufl., 2011, Wirtschaftsstrafrecht, § 93 Rn. 9 f.

<sup>29</sup> BGHSt 31, 118, 122; OLG Celle, wistra 1986, 83.

<sup>30</sup> Meyer-Goßner, StPO, § 97 Rn. 28.; Weyand/Diversy, Insolvenzdelikte, Rn. 186.

<sup>31</sup> Meyer-Goßner, StPO, § 97 Rn. 29; Schäfer in: Löwe-Rosenberg, StPO, § 97 Rn. 72 f.

<sup>32</sup> Die unterschiedlichen Positionen sind m.w.N. ausführlich in LG Dresden, NJW 2007, 2709 ff. dargestellt; vgl. zur Problematik auch Quedenfeld/Richter in: Bockemühl, Handbuch des Fachanwalts Strafrecht, 5. Aufl., 2012, 6. Teil, 5. Kapitel Rn. 71.

<sup>33</sup> LG Fulda, NJW 2000, 1508 ff.; Nack in: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 6. Aufl., 2008, § 103 Rn. 7.; Gusy, NStZ 2010, 353, 358.

<sup>34</sup> Dazu Dannecker/Knierim/Hagemeier, Insolvenzstrafrecht, 2. Aufl., 2012, Rn. 357.

<sup>35</sup> Vgl. BGHSt 38, 144, 145 (zum Arzt).

<sup>36</sup> Vgl. BGHSt 38, 144, 146 f. (zum Arzt); BGHSt 53, 257, 260 (zum Strafverteidiger).

Streit um Buchungs-  
und Geschäftsunterlagen

*Kollision mit Steuergeheimnis*

*zulässige Offenbarung*

*kein Zeugnisverweigerungsrecht*

insbesondere das Handelsregister nebst der Registerakte.<sup>37</sup> Die Ermittlungsbehörden fordern dabei regelmäßig den Handelsregisterauszug, die Gesellschafterliste, die Gesellschaftsverträge, die Anmeldung zum Handelsregister und etwaige eingereichte Bilanzen an.<sup>38</sup> Informationen zum Firmensitz, den weiteren Geschäftsräumen und Niederlassungen lassen sich dem Gewereregister entnehmen. Die (formelle) Geschäftsleitung kann hier aufgrund der enthaltenen Daten (Name, Privatanschrift, Geburtsdatum, Staatsangehörigkeit) identifiziert werden. Aus dem Gewerbezentralregister ergeben sich gem. § 149 Abs. 2 Nr. 1 GewO die vollziehbaren und nicht mehr anfechtbaren Entscheidungen einer Verwaltungsbehörde, wie beispielsweise etwaige Gewerbeuntersagen. Den Verwaltungsbehörden bekannt gewordene Strohmänner sind dort verzeichnet.<sup>39</sup>

**d) Finanzbehörden**

Das Finanzamt kann den Ermittlungsbehörden wesentliche Informationen über die Einhaltung der Zahlungsverpflichtungen gegenüber dem Fiskus liefern, was wiederum Rückschlüsse auf die wirtschaftliche Situation insgesamt zulässt.<sup>40</sup> Das Informationsinteresse kollidiert dabei mit dem durch § 30 AO geschützten Steuergeheimnis. Zulässig ist die Offenbarung erlangter Kenntnisse i.S.d. § 30 Abs. 2 AO, wenn der Betroffene zustimmt. Hier stellt sich - in Entsprechung zur Befreiung von der Verschwiegenheitsverpflichtung des Steuerberaters - die Frage, wer die Zustimmung wirksam erteilen kann; konkret, ob allein die Zustimmung des Insolvenzverwalters ausreichend ist.<sup>41</sup>

Nach § 30 Abs. 4 Nr. 4 Buchst. a AO ist die Offenbarung weiterhin zulässig, wenn sie der Durchführung eines Strafverfahrens wegen einer Tat dient, die keine Steuerstraftat ist. Ob sich aus der Zulässigkeit der Offenbarung unter dem Gesichtspunkt des Legalitätsprinzips eine Offenbarungsverpflichtung ergibt, ist unklar.<sup>42</sup> Betrachtet man die Praxis zu § 30 Abs. 4 Nr. 5 AO (Durchbrechung des Steuergeheimnisses wegen zwingenden öffentlichen Interesses), so liegt eine Offenbarungsverpflichtung in der Praxis nahe. Im BMF-Schreiben vom 30.07.2009<sup>43</sup> heißt es u.a.: „Liegen den Finanzbehörden Erkenntnisse zu Insolvenzstraftaten i.S.d. §§ 283 bis 283c StGB oder zu Insolvenzverschleppungsstraftaten (§ 15a InsO) vor, die sie im Besteuerungsverfahren erlangt haben, so ist eine Offenbarung dieser Erkenntnisse an die Strafverfolgungsbehörden nach § 30 Abs. 4 Nr. 5 zulässig.“ Jedenfalls bei Insolvenzstraftaten im engeren Sinne handelt es sich demzufolge um bedeutsame Wirtschaftsstraftaten i.S.d. § 30 Abs. 4 Nr. 5 Buchst. b AO.

**e) Kreditinstitute**

Im Strafverfahren existiert kein Bankgeheimnis im Sinne eines Zeugnisverweigerungsrechts.<sup>44</sup> Da Staatsanwaltschaft und Polizei relevante Tatsachen in Form von Kontensalden und -bewegungen ermitteln können, wird stets an die Kreditinstitute des krisenbetroffenen Unternehmens herangetreten.<sup>45</sup> Durchsuchungen nach § 103 StPO sind dabei die Ausnahme. Zumeist werden die Banken unter Hinweis auf die Möglichkeit einer Durchsuchung, teilweise auch in Form einer im Durchsuchungsbeschluss enthaltenen Abwendungsbefugnis angehalten, die relevanten Daten freiwillig herauszugeben.

**f) Krankenkassen**

Sozialversicherungsbeiträge sind in der Krisensituation häufig die ersten Zahlungsverpflichtungen, denen nicht nachgekommen wird. Neben Erkenntnissen über eine Strafbarkeit nach § 266a StGB lassen sich durch Auskunftersuchen an die Krankenkassen seitens der

<sup>37</sup> Ausführlich zu den Registern Köhler in: Wabnitz/Janowsky, Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 7. Kapitel Rn. 353 ff.

<sup>38</sup> Vgl. Bittmann in: Bittmann, Insolvenzstrafrecht, 1. Auflage, 2004, § 1 Rn. 71.

<sup>39</sup> Ambos in: Erbs/Kohlhaas, Nebengesetze, 188. Ergänzungslieferung 2012, GewO, § 149 Rn. 14.

<sup>40</sup> Zum Finanzamt als Informationsquelle Köhler in: Wabnitz/Janowsky, Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Kapitel 7 Rn. 390 ff. und Weyand/Diversy, Insolvenzdelikte, Rn. 180 ff.

<sup>41</sup> Dazu Rüsen in: Klein, AO, 11. Aufl., 2012, § 30 Rn. 47 m.w.N.; Weyand/Diversy, Insolvenzdelikte, Rn. 180.

<sup>42</sup> Dazu Weyand/Diversy, Insolvenzdelikte, Rn. 181 f.

<sup>43</sup> Änderung des Anwendungserlasses zur Abgabenordnung (AEO) BStBl. I 2009 S. 807.

<sup>44</sup> Zum Bankgeheimnis Häcker in: Müller-Gugenberger/Bieneck, Wirtschaftsstrafrecht, § 93 Rn. 48 ff.; Meyer-Goßner, StPO, § 161 Rn. 4.; Park, Durchsuchung und Beschlagnahme, 2. Aufl., 2009, Rn. 849.

<sup>45</sup> Köhler in: Wabnitz/Janowsky, Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Kapitel 7 Rn. 40 ff.; Weyand/Diversy, Insolvenzdelikte, Rn. 188 f.

Ermittlungsbehörden wesentliche Indizien für das Tatbestandsmerkmal der (drohenden) Zahlungsunfähigkeit gewinnen.

## Internationales

### Länderbericht Schweiz

---

Dr. Matthias Heiniger, Rechtsanwalt, Gerichtsschreiber am Straf-, Zwangsmassnahmen- und Jugendgericht des Kantons Basel-Landschaft, Liestal; Rechtsanwalt Friedrich Frank, Zürich

# Länderbericht Schweiz: Wirtschaftsstrafrecht

## I. Einleitung

Der vorliegende Artikel ist schwergewichtig der jüngsten (im weitesten Sinne) wirtschaftsstrafrechtlichen Rechtsprechung in der Schweiz gewidmet, welche seit dem letzten Länderbericht<sup>1</sup> ergangen ist. Allerdings soll auch die gesetzgeberische Entwicklung in der Geldwäschereibekämpfung und der Bekämpfung der Steuerflucht nicht unerwähnt bleiben, denn bekanntlich handelt es sich dabei um ein (stets aktuelles) Thema, gerade auch im Verhältnis zwischen der Schweiz und der Bundesrepublik. Wie das ebenfalls aufgeführte Urteil des Bundesverwaltungsgerichts zur Amtshilfe zeigt, stellt sich die Steuer(strafrechts)problematik aber auch im Verhältnis zu anderen Staaten. Und sogar in der Schweiz selbst gibt es diesbezüglich noch erstaunlich weiße Flecken, wie die Entscheidung des Bundesgerichts verdeutlicht, in welcher sich dieses mit der Frage der Verwertbarkeit von Dokumenten und Aussagen aus einem rein verwaltungsrechtlichen Nachsteuerverfahren in einem Steuerbetrugsverfahren auseinandersetzen musste. Von zentraler Bedeutung für international tätige Unternehmen, welche auch den schweizerischen Rechtsraum betreffen, ist eine Entscheidung der schweizerischen Bundesanwaltschaft, ergangen als Strafbefehl Ende des letzten Jahres gegen eine schweizerische Tochtergesellschaft eines ausländischen, weltweit tätigen Konzerns. Die Autoren sind der Ansicht, dass diese Strafverfügung gerade wegen ihrer internationalen Dimension auch für Leser aus Deutschland von Interesse ist, weshalb sie im Rahmen dieses Länderberichts in Bezug auf ausgewählte Fragestellungen ausführlicher erörtert wird.

## II. Neue wirtschaftsrechtliche Gesetzesvorhaben

### 1) Bekämpfung der Geldwäscherei

Die Financial Action Task Force (FATF) ist eine internationale Organisation, deren Aufgabe darin besteht, nationale und internationale Grundsätze zur Bekämpfung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung zu entwickeln und zu verbreiten. Die dazu geschaffenen Empfehlungen (die sog. Recommendations) sollen gesetzgeberische und aufsichtsrechtliche Entwicklungen in den 36 Mitgliedsländern anstoßen. Zu den Mitgliedsländern der FATF gehört auch die Schweiz, welche die Empfehlungen regelmäßig sehr entschlossen umsetzt, um ihre hohen Standards zur Geldwäschereibekämpfung aufrechtzuerhalten.

Nach längeren Vorarbeiten hat die FATF am 16. Februar 2012 ihre neuesten Empfehlungen veröffentlicht.<sup>2</sup> Als eines der dort aufgeführten Hauptproblemfelder stellt sich die Frage

<sup>1</sup> Wehrenberg/Frank/Isenring/Götze, Wij 2012, 47 ff; abrufbar unter: <http://www.wi-j.de/index.php/wij/aktuelle-ausgabe/item/58-länderbericht-schweiz> (zuletzt besucht am 8. Juni 2012).

<sup>2</sup> Abrufbar unter:

[http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF%20Recommendations%20\(approved%20February%202012\)%20reprint%20May%202012%20web%20version.pdf](http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF%20Recommendations%20(approved%20February%202012)%20reprint%20May%202012%20web%20version.pdf) (zuletzt besucht am 8. Juni 2012).

nach der Geldwäschereivortatsfähigkeit des Steuerbetruges bzw. der Steuerhinterziehung. Die FATF empfiehlt, sogenannte „Tax Crimes“ als Vortaten zur Geldwäscherei anzuerkennen.

In Hinblick auf die Schweiz fragt sich nun, was unter diesem Begriff der „Tax Crimes“ zu verstehen ist. Die Schweiz unterscheidet seit vielen Jahren zwischen gemeinrechtlichem Betrug einerseits, andererseits zwischen Steuerhinterziehung und Steuerbetrug.<sup>3</sup> Während der gemeinrechtliche Betrug im StGB in Art. 146 geregelt ist und im Grundtatbestand mit Freiheitsstrafe von bis zu fünf Jahren bestraft werden kann, richtet sich die Strafbarkeit von Steuerbetrug und Steuerhinterziehung nach den Normen des Verwaltungsstrafrechts (Art. 14 VStrR<sup>4</sup>) oder nach dem Bundesgesetz über die direkten Bundessteuern; dabei ist die Steuerhinterziehung in Art. 175 DBG bzw. Art. 56 StHG geregelt, der sog. Steuerbetrug in Art. 186 DBG bzw. Art. 59 StHG. Die Abgrenzung zwischen Steuerbetrug/Steuerhinterziehung und gemeinrechtlichem Betrug nimmt das Bundesgericht anhand des Kriteriums vor, ob der Täter als Steuerpflichtiger in einem gegen ihn eingeleiteten Veranlagungs- oder einem ihm aufgezwungenen Rückerstattungsverfahren gehandelt hat, oder ob er sich aus eigener Initiative - ohne Zusammenhang mit einem regulären Steuerverfahren - zu betrügerischen Handlungen entschlossen hat.<sup>5</sup> Während in der ersten Variante von einem Fiskaldelikt ausgegangen wird, begeht er bei letzterer, bei der das Veranlagungsverfahren bloßes Instrument der Deliktsbegehung ist, einen gemeinrechtlichen Betrug zum Nachteil des betroffenen Gemeinwesens.<sup>6</sup> Es versteht sich von selbst, dass der erstgenannte Fall die Regel, der zweite die Ausnahme darstellt. In der Schweiz stellen sich Steuerdelikte deswegen also regelmässig als Fiskaldelikte dar, die mit Geldbuße (Steuerhinterziehung) beziehungsweise, bei Verwendung von gefälschten oder verfälschten Urkunden, mit einer Freiheitsstrafe von maximal drei Jahren (Steuerbetrug) sanktioniert werden.<sup>7</sup>

Für eine Vortateigenschaft zur Geldwäscherei, strafbar nach Art. 305<sup>bis</sup> StGB, ist dies indes nicht ausreichend. Denn ein Delikt kann nur dann Geldwäschereivortat sein, wenn es sich bei ihm um ein Verbrechen handelt, was gem. Art 10 Abs. 2 StGB eine Freiheitsstrafe von mehr als drei Jahren voraussetzt. Wie dargestellt droht keines der Fiskaldelikte eine solche über drei Jahre hinausgehende Freiheitsstrafe an. Um den aktuellen Vorschlag der FATF im schweizerischen Recht umzusetzen, muss der Gesetzgeber deswegen zunächst dieses Problem lösen, welches wiederum eine Vielzahl von Konsequenzen nach sich zieht, etwa im Bereich der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen.<sup>8</sup> Auch wurde den Auswirkungen neuer Vortaten auf die aus dem Geldwäschereigesetz und den dazugehörigen Verordnungen resultierenden Pflichten der Finanzintermediäre in der Vergangenheit keinerlei Beachtung geschenkt.<sup>9</sup> Mit einer bloßen Revision der Steuergesetze wird es somit nicht getan sein. Die weitere Entwicklung bleibt ausgesprochen spannend.

## 2) Deutsch-schweizerisches Steuerabkommen

Über das deutsch-schweizerische Steuerabkommen wurde bereits im letzten Länderbericht ausführlich berichtet.<sup>10</sup> An dieser Stelle sei deswegen lediglich darauf hingewiesen, dass der Ständerat der Schweiz, bei welchem es sich um die Vertretung der Kantone im eidgenössischen Parlament handelt und der somit mit dem deutschen Bundesrat vergleichbar ist, dem mit Ergänzungsprotokoll vom 5. April 2012<sup>11</sup> geänderten Steuerabkommen am 30. Mai 2012

<sup>3</sup> Zur Abgrenzung von Steuerbetrug und Steuerhinterziehung wird bereits an dieser Stelle auf das unten dargestellte Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 5. April 2012 zur Amtshilfe in Steuerstrafsachen an die USA verwiesen und dessen Lektüre empfohlen: [http://jumpcgi.bger.ch/cgi-bin/JumpCGI?id=20.12.2011\\_6B\\_453/2011](http://jumpcgi.bger.ch/cgi-bin/JumpCGI?id=20.12.2011_6B_453/2011) (zuletzt besucht am 8. Juni 2012).

<sup>4</sup> Vgl. dazu *Eicker/Frank/Achermann*, Verwaltungsstrafrecht und Verwaltungsstrafverfahrensrech, 1. Auflage, 2011, S. 104ff.

<sup>5</sup> BGE 110 IV 24 E. 2e.

<sup>6</sup> BGE 110 IV 24 E.2e; BGE 112 IV 19 E.1.

<sup>7</sup> Von den Fiskaldelikten kann lediglich der qualifizierte Leistungs- und Abgabenbetrug i.S. von Art. 14 Abs. 4 VStrR als Vortat angesehen werden. Dieser Tatbestand wurde mit der Vorlage zu der Ausführung der revidierten Empfehlungen der FATF in der Schweiz in das VStrR aufgenommen (vgl. BBl 2007, 6269 ff.). Das Delikt wurde als Bandenmäßiger Schmuggel bezeichnet, womit die revidierten Empfehlungen der FATF, welche schwere Schmuggeldelikte im Zollbereich zu den Vortaten der Geldwäscherei zählten, umgesetzt wurden.

<sup>8</sup> Vgl. etwa *Amadó/Molo*, AJP 2011, S. 1369 ff.

<sup>9</sup> Dazu etwa *Schwob*, Der Schweizer Treuhänder 2011, 281 ff.

<sup>10</sup> *Wehrenberg/Frank/Isenring/Götze*, Wij 2012, 47, 52ff, abrufbar unter: <http://www.wij.de/index.php/wij/aktuelle-ausgabe/item/58-länderbericht-schweiz> (zuletzt besucht am 8. Juni 2012).

<sup>11</sup> Zu den Änderungen bzw. Ergänzungen vgl. *Thebrath*, Revidiertes Steuerabkommen zwischen Deutschland und der Schweiz, in: Jusletter vom 7. Mai 2012, Rz. 12ff.

zugestimmt hat. Die kleine Kammer hat dem Vertrag mit Deutschland mit 31 zu 5 Stimmen bei 5 Enthaltungen zugestimmt.<sup>12</sup>

### 3) Revision des Swiss Code of Best Practice

Der Swiss Code of Best Practice, eine Empfehlung der Economiesuisse, des schweizerischen Dachverbandes der Wirtschaft, an sämtliche Aktiengesellschaften, welche an der Swiss Exchange notiert sind, gilt als das "Herzstück"<sup>13</sup> der Corporate Governance und ist für den Wirtschaftsstrafrechtler meist nur von mittelbarer Bedeutung. Gleichwohl sei an dieser Stelle die geplante Revision erwähnt, nach welcher sich der Swiss Code erstmalig auch mit Fragen der Compliance auseinandersetzt. Deren Grundelemente hat Economiesuisse bereits veröffentlicht.<sup>14</sup> Wie wichtig ein wirksames Compliance-Programm mittlerweile auch in der Schweiz ist, zeigt sich unter anderem insbesondere auch an der Revision des Kartell(straf)rechts, in welchem der Bundesrat eine Sanktionsminderung für die Unternehmen vorsehen will, welche ein derartiges Compliance-System implementiert haben.<sup>15</sup>

## III. Neues aus der wirtschaftsstrafrechtlichen Rechtsprechung

### 1) Entscheidung des Bundesgerichts vom 8. Dezember 2011<sup>16</sup> (Geldwäscherei an Vermögenswerten, welche aus einer kriminellen Organisation kommen)

#### a) Sachverhalt

Der Beschuldigte war Angestellter einer schweizerischen Bank und verantwortete für diese das Südamerikageschäft, wofür er sich in Brasilien aufhielt. Im Rahmen seiner geschäftlichen Tätigkeit eröffnete er bei seiner Arbeitgeberin ein Bankkonto für eine Panama-Gesellschaft F. Dieses Konto war alimentiert mit USD 3,6 Mio., welche von einem Konto stammten, welches durch die C eröffnet wurde. Das Konto wurde so eingerichtet, dass H., das Kind von C, als einziger wirtschaftlicher Berechtigter desselben erschien. C. und ihr Ex-Partner, der brasilianische Bundesrichter J., Vater des Kindes H., wurden am 30. Oktober 2003 in Brasilien wegen des Verdachts der Mitgliedschaft in einer kriminellen Organisation verhaftet, wovon der Beschuldigte erfuhr. Am 13. November 2003 schlug der Beschuldigte seinem Vorgesetzten vor, das Konto zu sperren, jedoch den Vorfall nicht der Geldwäschereistelle der Schweiz zu melden. Am 22. Juni 2004 wurde das Konto durch die schweizerische Bundesanwaltschaft gesperrt.

Mit Urteil vom 17. Dezember 2004, welches am 4. Februar 2008 vom obersten Gerichtshof von Brasilien bestätigt wurde, verurteilte das regionale Bundesgericht der 3. Region von Sao Paulo C und J wegen der Teilnahme an einer kriminellen Organisation, welche sich mit Amtsmissbrauch, Korruption und anderen Amtsdelikten befasste, zu Haftstrafen.

Mit Urteil vom 1. Juni 2010 wurde der Beschuldigte vom schweizerischen Bundesstrafgericht der mangelnden Sorgfalt bei Finanzgeschäften und der Geldwäscherei schuldig gesprochen und zu einer bedingt vollziehbaren Geldstrafe von 90 Tagessätzen verurteilt. Das Bundesstrafgericht hielt fest, dass der Beschuldigte die Geschäftsbeziehung als solche mit einer "politisch exponierten Person" hätte qualifizieren müssen, da er die verwandtschaftliche Beziehung zwischen dem wirtschaftlich Berechtigten und der C gekannt hat. In dieser Situation habe es nicht ausgereicht, dass der Beschuldigte die Compliance-Abteilung seines Arbeitgebers informiert hat. Vielmehr hätte er zusätzlich die Geldwäschereistelle über den Vorfall in Kenntnis setzen müssen, die Untersuchungen der Vorfälle in Brasilien vertiefen und die Herkunft der Vermögenswerte auf dem fraglichen Konto untersuchen müssen. Dies unterlassen zu haben gereichte ihm zum Vorwurf, Geldwäscherei betrieben zu haben. Gegen dieses Urteil erhob der Beschuldigte die Beschwerde ans Bundesgericht. Dieses hatte dabei

<sup>12</sup> Siehe NZZ online vom 30. Mai 2012, Mehrheit für Steuerabkommen in Sichtweite; abrufbar unter: [http://www.nzz.ch/aktuell/schweiz/mehrheit-fuer-steuerabkommen-in-sichtweite\\_1.17091100.html](http://www.nzz.ch/aktuell/schweiz/mehrheit-fuer-steuerabkommen-in-sichtweite_1.17091100.html) (zuletzt besucht am 8. Juni 2012).

<sup>13</sup> Frick, SJZ 2012, 233

<sup>14</sup> Abrufbar unter: [http://www.economiesuisse.ch/de/PDF%20Download%20Files/d\\_dp7\\_compliance.pdf](http://www.economiesuisse.ch/de/PDF%20Download%20Files/d_dp7_compliance.pdf) (zuletzt besucht am 8. Juni 2012).

<sup>15</sup> Vgl. zur Kartellrechtsrevision auch *Wehrenberg/Frank/Isenring/Götze*, WiJ 2012, 47, 48ff.

<sup>16</sup> Entscheidung des Bundesgerichts 6B\_729/2010 vom 8. Dezember 2011, abrufbar unter: [http://jumpcgi.bger.ch/cgi-bin/JumpCGI?id=08.12.2011\\_6B\\_729/2010](http://jumpcgi.bger.ch/cgi-bin/JumpCGI?id=08.12.2011_6B_729/2010) (zuletzt besucht am 8. Juni 2012).

insbesondere zu klären, ob es für den Vorwurf der Geldwäscherei ausreichend ist, wenn nur feststeht, dass die Gelder aus einer kriminellen Organisation stammen.

## b) Urteil

Zu Beginn seiner Erörterungen stellt das Bundesgericht fest, dass es sich bis dato nicht gezwungen sah, sich zur Frage zu äußern, unter welchen Umständen Vermögenswerte einer kriminellen Organisation als "von einem Verbrechen herrührend" im Sinne von Art. 305<sup>bis</sup> StGB aufzufassen sind. Deshalb referierte das Bundesgericht in einem ersten Schritt die verschiedenen in der Lehre hierzu vertretenen Ansichten.

Das Gericht führt sodann weiter aus, dass Art. 305<sup>bis</sup> StGB die Geldwäscherei bezüglich Vermögenswerten deliktischer Herkunft einheitlich regelt. Ungeachtet der zwischen Art. 305<sup>bis</sup> StGB und den Bestimmungen zur Einziehung (Art. 69ff. StGB) bestehenden Verbindung sehe Art. 305<sup>bis</sup> StGB nicht ausdrücklich besondere Bestimmungen für Handlungen vor, welche die Einziehung von Vermögenswerten einer kriminellen Organisation erschwerten. Auch wenn es wünschenswert erscheine, dass für die Strafbarkeit bei Art. 305<sup>bis</sup> StGB das Wissen des Täters genüge, dass die Vermögenswerte von einer kriminellen Organisation herkommen, und dass mangels dieses Wissens die Vermutung von Art. 72 StGB eine Erleichterung bezüglich der Beweisprobleme bei der Wäsche von Vermögenswerten einer kriminellen Organisation bringen würde, scheine es, dass der Gesetzgeber diesen Fall der Geldwäscherei nicht habe anders regeln wollen. Das Bundesgericht verwies diesbezüglich auf die bundesrätliche Botschaft, in welcher ausgeführt wurde, dass Art. 260<sup>ter</sup> StGB auch auf denjenigen anwendbar sei, der Vermögen bewirtschaftete in dem Wissen, dass davon eine kriminelle Organisation profitiere. Diese Bestimmung sei insbesondere auch dann anwendbar, wenn aufgrund der Vermischung der Vermögenswerte der Organisation, welche sowohl aus legalen als auch illegalen Aktivitäten herstammten, nicht mehr möglich sei, die kriminelle Herkunft des Vermögens nachzuweisen, wie dies bei der Geldwäschereinorm notwendig sei. Insgesamt kam das Bundesgericht zum Ergebnis, dass der Bundesrat der Ansicht war, dass für die Anwendung von Art. 305<sup>bis</sup> StGB nicht nur ein Bezug der Vermögenswerte zur kriminellen Organisation bestehen müsse, sondern auch zu den Verbrechen, welche von dieser Organisation begangen werden.

Damit lässt es das Bundesgericht in seinem Entscheid indes nicht bewenden, sondern stellt fest, dass dieser Ansatz die Verbindungen zwischen der Geldwäschereinorm und dem Kampf gegen das organisierte Verbrechen vernachlässige. Schon Art. 6 des Geldwäschereigesetzes vom 10. Oktober 1997 verpflichtete dazu, den wirtschaftlichen Hintergrund einer Geschäftsbeziehung zu prüfen, wenn Anzeichen dafür bestehen, dass Vermögenswerte aus einem Verbrechen herstammten oder der Verfügungsmacht einer kriminellen Organisation unterliegen. Auf jeden Fall sei es nicht notwendig, endgültig die Frage zu entscheiden, ob die Vermutung von Art. 72 StGB ausreiche, um Art. 305<sup>bis</sup> StGB zur Anwendung zu bringen.

Zusammenfassend hielt das Bundesgericht fest: "Bei der Geldwäscherei von Vermögenswerten einer kriminellen Organisation dürfen an den Nachweis der Vortat keine höheren Anforderungen gestellt werden als bei den anderen Fällen der Geldwäscherei. Der Beweis, dass ein Verbrechen vorausging, reicht aus. Exakte Kenntnis des Verbrechens und des Täters ist nicht erforderlich. Ebenso wenig wird verlangt, dass ein natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang zwischen den individualisierbaren, im Rahmen der kriminellen Organisation begangenen Verbrechen und den gewaschenen Vermögenswerten aufgezeigt wird. Der von der Rechtsprechung geforderte "absichtlich lockere" Zusammenhang (BGE 120 IV 323 E. 3d) ist ausreichend erstellt, wenn bewiesen ist, dass die Verbrechen im Rahmen der kriminellen Organisation verübt wurden und die Vermögenswerte von dieser herrühren. Zwischen den Verbrechen gesamthaft betrachtet und den Vermögenswerten muss ein natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang gegeben sein, selbst wenn die verbrecherische Herkunft nur eine indirekte ist."

## c) Bemerkung

Auch wenn aus dem bundesgerichtlichen Urteil noch keine endgültigen Schlüsse in Hinblick auf die „Geldwäscherei-Vortatfähigkeit des Art. 260<sup>ter</sup> StGB“ gezogen werden können, so scheint das Bundesgericht doch eher zu einer solchen zu tendieren. Denn von einer kriminellen Organisation kann grundsätzlich nur dann gesprochen werden, wenn diese durch



ihre Mitglieder Verbrechen begeht. Der vom Gericht geforderte Beweis der Verbrechensbegehung wäre damit eigentlich erbracht. Bis hier Klarheit herrscht, und dies könnte im Falle einer erneuten Bundesgerichtsbeschwerde im Verfahren „Zigarettenmafia“ der Fall sein<sup>17</sup>, kommt deswegen den Literaturansichten eine besondere Bedeutung zu.<sup>18</sup>

## 2) **Entscheid des Bundesgerichts vom 12. Dezember 2011<sup>19</sup> (Whistleblowing als Rechtfertigungsgrund)**

### a) **Sachverhalt**

Zwei Mitarbeiterinnen des Sozialdepartements der Stadt Zürich wurden wegen Verletzung des Amtsgeheimnisses gemäß Art. 320 Ziff. 1 Abs. 1 StGB angeklagt, nachdem sie im Mai 2007 einem Journalisten der schweizerischen Wochenzeitschrift "Weltwoche" vertrauliche, teilweise anonymisierte Dokumente über angebliche Missstände im Bereich der Sozialhilfe in der Stadt Zürich übergeben hatten. Sie sahen im Gang an die Öffentlichkeit den einzigen Weg zur Behebung der Missstände, nachdem die wiederholten Hinweise bei ihren Vorgesetzten keinen Erfolg gebracht hatten. Die beiden Mitarbeiterinnen wurden in diesem medienrächtigen Verfahren zunächst vom Bezirksgericht Zürich freigesprochen. Gegen dieses Urteil legten die Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich und die Stadt Zürich erfolgreich Berufung beim Obergericht des Kantons Zürich ein.<sup>20</sup> Mit Urteil vom 12. Dezember 2011 bestätigte das Bundesgericht den Entscheid des Obergerichts.

### b) **Urteil**

Das Bundesgericht lehnte die Beschwerde und deren Vorbringen, Whistleblowing im konkreten Fall als Rechtfertigungsgrund anzuerkennen, ab. Dies begründet das Gericht insbesondere damit, dass die Beschuldigten den Dienstweg nicht ausschöpften, sondern, nachdem sie bei ihren unmittelbaren Vorgesetzten nicht mit ihren - grundsätzlich berechtigten - Argumenten durchdrangen, die Presse informierten. Dabei hätten sie sich mit ihrem Anliegen vorgängig beispielsweise an den Rechtsdienst, die Ombudsstelle oder die Geschäftsprüfungskommission wenden können und vor allem auch müssen. Zwar wäre der Tatbestand des Art. 320 StGB nach Ansicht des Bundesgerichts ggf. auch dann erfüllt gewesen, wenn sich die Whistleblowerinnen an andere Behörden und Ämter gewendet hätten. Da diese aber ebenfalls dem Amtsgeheimnis unterliegen, wäre ein solcher Schritt im Vergleich zur Information der Presse verhältnismäßig und angemessen gewesen. Dass es ein Reglement für Whistleblower nicht gebe, ändere daran nichts.

Dem Grunde nach erkennt das Bundesgericht Whistleblowing aber durchaus als einen außergesetzlichen Rechtfertigungsgrund an. Zudem merkt das Gericht an, dass der Whistleblower im Dienste der Allgemeinheit handelt, nicht alleine in seinem eigenen Interesse.

Anzumerken bleibt, dass das Bundesgericht auf das Vorbringen der Whistleblowerinnen, wonach eine Verurteilung entsprechend der vergleichbar gelagerten Entscheidung des EGMR vom 21. Juli 2011 (Heinisch gegen die Bundesrepublik Deutschland) Art. 10 EMRK verletze, nicht eintrat, da diese erst nach Ablauf der Beschwerdefrist eingereicht wurde.<sup>21</sup>

<sup>17</sup> Vgl. diesbezüglich das Urteil des Bundesstrafgerichts SK.2011.5 vom 21. März 2012 (noch nicht erschienen).

<sup>18</sup> Etwa *Cassani*, Commentaire du droit pénal suisse, Partie spéciale, vol. 9, 1996 no 9 ad Art. 305<sup>bis</sup> CP; *Ackermann/D'Addario Di Paolo*, *forumpenale* 2010, 177ff.; *Frank*, Art. 260<sup>ter</sup> StGB als verbrecherische Vortat des Art. 305<sup>bis</sup> StGB?, *Jusletter* vom 15. März 2010.

<sup>19</sup> Entscheid des Bundesgerichts 6B-305/2011 vom 12. Dezember 2011, abrufbar unter: [http://www.polyreg.ch/d/informationen/bgeunpubliziert/Jahr\\_2011/Entscheide\\_6B\\_2011/6B.305\\_2011.html](http://www.polyreg.ch/d/informationen/bgeunpubliziert/Jahr_2011/Entscheide_6B_2011/6B.305_2011.html) (zuletzt besucht am 8. Juni 2012).

<sup>20</sup> Zum Prozessablauf und den Entscheiden des Bezirksgerichts Zürich und des Obergerichts des Kantons Zürich vgl. *Jositsch/Brunner*, *AJP* 2012, 482 ff. Zur rechtlichen Problematik des Whistleblowing vgl. *Portmann*, *AJP* 2010, 987 ff.

<sup>21</sup> Vgl. dazu *Hangartner*, *AJP* 2012, 492 ff.

### 3) **Entscheid des Bundesgerichts vom 20. Dezember 2011<sup>22</sup> (Verwertbarkeit von Beweisen aus einem Steuerveranlagungsverfahren im Strafverfahren wegen Steuerbetrugs)**

#### a) **Sachverhalt**

Den Beschuldigten wurde in einem Steuerstrafverfahren vorgeworfen, in der von ihnen geführten Gesellschaft privat Aufwendungen als geschäftlich verbucht und so bewirkt zu haben, dass die entsprechenden Bilanzen verfälscht bzw. unrichtig erstellt wurden. Hierdurch seien die Steuerbehörden des Bundes sowie der Stadt und des Kantons Zürich getäuscht worden. Der Sachverhalt wurde insbesondere über Aussagen des Steuervertreeters im (rein steuerrechtlichen) Nachsteuerverfahren bzw. über dort eingereichte Urkunden erstellt. Auf Grundlage dieses Sachverhaltes verurteilte das Bezirksgericht Zürich die Beschuldigten wegen Steuerbetrugs sowie wegen Urkundenfälschung. Aufgrund der hiergegen eingelegten Berufung sprach das Obergericht des Kantons Zürich die Beschuldigten frei. Vom Bundesgericht war zu prüfen, ob Aussagen des Steuervertreeters dem Vertretenen zuzurechnen sind und ob die daraus resultierenden Erkenntnisse im Steuerbetrugsverfahren verwertbar sind.

#### b) **Urteil**

Nachdem das Bundesgericht Ausführungen zur freien Beweiswürdigung (Art. 139 StPO) vorgenommen hat, stellt es fest, dass Aussagen eines Steuervertreeters dem von ihm vertretenen Steuerschuldner, hier also der steuerbetrugsverdächtigen Person, zuzurechnen sind. Dies gelte insbesondere dann, wenn die jeweilige Aussage des Steuerberaters dem Beschuldigten im Steuerbetrugsverfahren vorgehalten wird.

Das Bundesgericht prüft im Anschluss, ob der Verwertbarkeit andere Gründe entgegenstehen. Dies könnte sich insbesondere daraus ergeben, dass die steuerpflichtige Person im verwaltungsrechtlichen Steuerveranlagungsverfahren zur Mitwirkung verpflichtet ist (Art. 126 DBG) und sich unter Umständen sogar strafbar macht, wenn sie dieser Mitwirkungspflicht nicht nachkommt (Art. 174 DBG). Dagegen gelten im Steuerstrafverfahren die strafprozessualen Verfahrensgarantien, mithin auch der Grundsatz „nemo tenetur se ipsum accusare“. Das Bundesgericht entscheidet die Frage nach der Verwertbarkeit von Beweisen aus dem Steuerveranlagungsverfahren unter Bezugnahme auf die Art. 183 Abs. 1<sup>bis</sup> DBG und Art. 57a Abs. 2 i.V.m. Art. 72g StHG nun dahingehend, dass Aussagen des Steuerpflichtigen und von diesem im Nachsteuerverfahren eingereichte Belege unter dem Gesichtspunkt des Grundsatzes "nemo tenetur se ipsum accusare" nicht generell unverwertbar seien, sondern nur dann, wenn er tatsächlich gemahnt und ihm eine Ermessensveranlagung oder eine Verurteilung wegen Verletzung von Verfahrenspflichten angedroht wurde für den Fall, dass er die Angaben nicht mache. Nehme er diese indes - wie im vorliegenden Fall - aus freien Stücken vor, so seien sie verwertbar. Die Verwertbarkeit der im Nachsteuerverfahren erlangten Aussagen und Dokumente bedingt indes weiter, dass die kantonale Steuerverwaltung ihren Aufklärungspflichten gemäß Art. 153 Abs. 1<sup>bis</sup> und Art. 183 Abs. 1 S. 2 DBG nachkomme. Das bedeutet, dass sie die nachsteuerpflichtige Person darauf hinweisen muss, dass Beweismittel aus dem Nachsteuerverfahren grundsätzlich auch im Steuerbetrugsverfahren verwertbar sind.

### 4) **Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 5. April 2012<sup>23</sup> (Amtshilfe Schweiz-USA)**

#### a) **Sachverhalt**

Am 26. September 2011 richtete die Steuerbehörde der Vereinigten Staaten von Amerika (Internal Revenue Service, Washington [IRS]) ein Amtshilfegesuch an die Eidgenössische

<sup>22</sup> Entscheid des Bundesgerichts 6B\_453/2011 vom 20. Dezember 2011, abrufbar unter: [http://jumpcgi.bger.ch/cgi-bin/JumpCGI?id=20.12.2011\\_6B\\_453/2011](http://jumpcgi.bger.ch/cgi-bin/JumpCGI?id=20.12.2011_6B_453/2011) (zuletzt besucht am 8. Juni 2012).

<sup>23</sup> Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts A-737/2012 vom 5. April 2012, abrufbar unter: [http://www.google.ch/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&ved=0CE4QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.bvger.ch%2Fpubliws%2Fdownload%3Bjsessionid%3DD8DC0945BB97F235CA03FE58E776771D%3FdecisionId%3Dffc847c7-8e21-4a89-b924-762e744424b4&ei=iW\\_OT\\_7EFoHdtAak\\_8jJDO&usq=AFOjCNHDWxas8K9ysVwGPz7Xjyl63SWQDw&sig2=9UqHKLbJHTprFfQwMhpBEA](http://www.google.ch/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&ved=0CE4QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.bvger.ch%2Fpubliws%2Fdownload%3Bjsessionid%3DD8DC0945BB97F235CA03FE58E776771D%3FdecisionId%3Dffc847c7-8e21-4a89-b924-762e744424b4&ei=iW_OT_7EFoHdtAak_8jJDO&usq=AFOjCNHDWxas8K9ysVwGPz7Xjyl63SWQDw&sig2=9UqHKLbJHTprFfQwMhpBEA) (zuletzt besucht am 8. Juni 2012).

Steuerverwaltung (ESTV). Der IRS stützte sich dabei insbesondere auf Art. 26 des Abkommens vom 2. Oktober 1996 zwischen der Schweiz und den USA zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiet der Einkommenssteuern (DBA-USA 96). Das Gesuch betrifft in den USA steuerpflichtige Personen (und mit diesen allenfalls verbundene Domizilgesellschaften), die bei der Credit Suisse Group AG und ihren Niederlassungen oder Tochtergesellschaften in der Schweiz (CS) Konten eröffnet oder gehalten hatten. Der IRS ersuchte um Herausgabe von Informationen über solche, bisher unbekannte Steuerpflichtige, die zu irgendeinem Zeitpunkt in den Jahren 2002 bis und mit 2010 eine Unterschriftsberechtigung über Bankkonten bei der CS hatten bzw. wirtschaftlich an bei der CS gehaltenen bestimmten Konten berechtigt waren, die dort geführt, überwacht oder gepflegt wurden. Die CS habe, so der Vorwurf der IRS, ein Geschäftsmodell entwickelt und ihren Kunden nahegelegt, welches in den USA steuerpflichtigen Kunden ermöglicht habe, dem IRS nicht offen gelegte Konten bei der CS zu halten und darauf Gelder zu deponieren. Mit Hilfe der CS hätten die Kunden Dokumente erstellt, welche wahrheitswidrig und betrügerisch die Besitzverhältnisse an den Konten falsch angegeben hätten. Diese betrügerischen Machenschaften hätten eine strafbare Reduktion des Steuervolumens bewirkt. Ende Oktober 2011 forderte die ESTV die CS schriftlich auf, die vom IRS verlangten Unterlagen bis zum 7. November 2011 einzureichen und die betroffenen Personen zu informieren. Die CS kam der Aufforderung zur Übersendung der Unterlagen fristgerecht nach. Am 29. November 2011 erschien im Bundesblatt eine Mitteilung der ESTV über das Amtshilfeverfahren; am 6. Januar 2012 erließ die ESTV eine dementsprechende Schlussverfügung. Einer der betroffenen Kunden der CS legte gegen diese Schlussverfügung beim Schweizerischen Bundesverwaltungsgericht Beschwerde ein und beantragte, diese aufzuheben und das Amtshilfeverfahren einzustellen.

## b) Urteil

Bevor das Gericht auf die Voraussetzungen der Amtshilfe zu sprechen kommt, verneint es zunächst die vom Beschwerdeführer aufgeworfene Frage, ob er durch nur öffentliche Bekanntmachung (im Bundesblatt) in seinem Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) verletzt sei. Denn der im konkreten Fall einschlägige Art. 36 Bst. c VwVG bestimme, dass die persönliche Zustellung in einer Sache mit zahlreichen Parteien durch Veröffentlichung in einem amtlichen Blatt ersetzt werden kann (E.2 des Urteils).<sup>24</sup>

Im Anschluss prüft das Gericht umfassend und unter Rückgriff auf die Auslegungsregeln des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969, ob die Voraussetzungen von Art. 26 DBA-USA 96 im konkreten Fall vorliegen. Danach besteht eine Auskunftspflicht „für die Verhütung von Betrugsdelikten und dergleichen, die eine unter das Abkommen fallende Steuer zum Gegenstand haben.“ Da das US-amerikanische Steuerrecht den für die Anwendung von Art. 26 DBA-USA maßgeblichen Unterschied zwischen Steuerbetrug und Steuerhinterziehung nicht kennt, wird in Ziff. 10 des gleichzeitig mit dem DBA-USA 96 vereinbarten Protokolls 96 zum Abkommen der Begriff des Steuerbetrugs im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur internationalen Rechtshilfe in Strafsachen umschrieben. Auch im Übrigen, etwa in Hinblick auf die inhaltlichen Anforderungen, denen das Amtshilfegesuch des IRS zu genügen hat, können nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts aufgrund des vergleichbaren Zweckes von Amts- und Rechtshilfe die Grundsätze über die internationale Rechtshilfe auch beim Informationsaustausch herangezogen werden, wobei besonders Art. 28 IRSG von Bedeutung ist. Dieser verlangt, dass der ersuchende Staat Angaben zum Gegenstand und Grund des Ersuchens macht, wobei möglichst genaue Angaben über die Person zu machen sind, gegen die sich das Verfahren richtet. Das Gericht hebt besonders hervor, dass an Rechtshilfegesuche betreffend Abgabebetrug erhöhte Anforderungen an die – ansonsten nicht besonders umfangreiche – Begründung gestellt werden; es muss diesbezüglich zumindest ein begründeter Verdacht vorliegen bzw. glaubhaft gemacht werden.

Im Endeffekt hängt die Amtshilfe im konkreten Fall also davon ab, ob ein begründeter Verdacht auf „Betrugsdelikte und dergleichen“ im Sinne von Art. 26 DBA-USA 96 gegeben ist. Die Begrifflichkeit wird in Ziff. 10 des Protokolls 96 zwar umfassend umschrieben, fraglich sei indes, was die Wendung „und dergleichen“ zu bedeuten habe und ob diese neben dem Steu-

<sup>24</sup> Seit dem 30. November 2011 bestimmt nun Art. 20I Vo DBA-USA, wie bei „Amtshilfegesuchen ohne Personenangaben“ zu informieren ist: Bezeichnung Zustellungsbevollmächtigter; bei Gesuchen anhand von Verhaltensmustern: Publikation im Bundesblatt und diesbezüglich Information in US-Medien (AS 2011 5259f.).

erbetrug im Sinne des Art. 186 DBG bzw. Art. 59 StHG, auch den Abgabebetrag im Sinne des Art. 14 Abs. 2 VStrR und die Steuerhinterziehung im Sinne von Art. 175 DBG bzw. Art. 56 StHG umfasse. Das Bundesverwaltungsgericht prüft im Anschluss ausführlich die Voraussetzungen der vorgenannten Fiskaldelikte und gelangt zu dem Ergebnis, dass die Begrifflichkeit zwar den Steuer- und Abgabebetrag (die beide sog. arglistiges Verhalten erfordern), nicht aber die Steuerhinterziehung umfasse. Dies sei den US-Behörden auch bekannt gewesen, was sich unter anderem auch aus den sog. „*Technical Explanations*“, den einseitigen Erläuterungen der amerikanischen Behörden, zum DBA-USA 96 ergebe.

Nachdem es diese Grundlagen der Amtshilfe in Steuerstrafsachen unter E.3 - E.7 des Urteils ausführlich erörtert hat, prüft das Bundesverwaltungsgericht unter Ziff. E.8 des Urteils, ob im Amtshilfesuch des IRS „*überhaupt genügend Hinweise vorliegen, aus denen sich der begründete Verdacht ergibt, es seien amtshilfefähige Straftaten begangen worden.*“ Damit alleine ist es nach Ansicht des Gerichts indes noch nicht getan. Erforderlich sei vielmehr auch, dass bei Vorliegen eines solchen Verdachts dieser auch auf eine bestimmte Person gerichtet werden kann, „*mit anderen Worten, ob die im Amtshilfesuch genannten Kriterien geeignet sind, diejenigen Personen zu finden, die möglicherweise die vorgeworfene(n) Straftat(en) begangen haben.*“ Bzgl. Letzterem sei insbesondere auch der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu wahren. Das Vorliegen eines begründeten Tatverdachts im Hinblick auf amtshilfefähige Delikte, also „*Betrugsdelikte und dergleichen*“, wird vom Bundesverwaltungsgericht bejaht. Ein solcher ergebe sich aus den Ausführungen des Amtshilfeersuchens (E.8.1 - E.8.3.2 des Urteils). Allerdings reichen die im Ersuchen aufgeführten Kriterien, welche „*zur Identifikation der betroffenen Person führen sollen*“ („*search criteria*“), nach Ansicht des Gerichts nicht aus; den search criteria selbst sei kein Hinweis auf betrügerische und arglistige Handlungen zu entnehmen. Es sei viel zu offen formuliert und deswegen ungeeignet, mithin nicht verhältnismäßig. Es bestehe deswegen „*die Gefahr, dass die Bank in erheblichem Ausmaß Daten von Kunden an die ESTV ausliefert, die keines unter der Herrschaft des vorliegend einzig massgebenden DBA-USA 96 amtshilfefähigen Delikts verdächtigt werden können.*“ (E.8.4 des Urteils). Folgerichtig gibt das Bundesverwaltungsgericht der Beschwerde des CS-Kunden statt und untersagt damit die Amtshilfe an die US-amerikanischen Behörden auf Grundlage des bestehenden Amtshilfeersuchens.

## 5) Strafbefehl der Schweizerischen Bundesanwaltschaft gegen die ALSTOM Network Schweiz AG vom 22. November 2011

### a) Sachverhalt<sup>25</sup>

ALSTOM ist ein Konzern mit globaler Präsenz, der schwergewichtig in den Bereichen Energie und Verkehr tätig ist. ALSTOM hat – wie zahlreiche andere in diesen Bereichen tätige Konzerne – eine langjährige Tradition in der Verpflichtung von Beratern (sog. Consultants). Solche Berater wurden insbesondere für die Akquisition von Projekten, zum Teil auch für die Unterstützung während der Implementierung und für den Abschluss von Projekten verpflichtet. Mit diesen Beratern wurde in der Regel ein Erfolgshonorar, teilweise in Form einer im Voraus bestimmten Summe, für den Fall eines Vertragsabschlusses vereinbart, welches bei Erreichen von vordefinierten sog. Milestones jeweils in Raten zur Bezahlung fällig wurde. Ca. ab dem Jahr 2000 hat ALSTOM die interne Abwicklung betreffend diesen sog. Consultancy Agreements für ihre verschiedenen Business Units und Ländergesellschaften weltweit zentralisiert und dabei namentlich die Compliance Aufgaben zu einem beträchtlichen Teil auf die Gesellschaften ALSTOM Network Schweiz AG und ALSTOM Network UK Ltd. ausgelagert, die zur Wahrnehmung dieser Aufgaben gegründet worden waren. ALSTOM Network Schweiz AG als Beschuldigte hatte ab Januar 2000 vor allem die Aufgabe, die in der Regel von den Verkaufsabteilungen (sog. Business Units) vorgeschlagenen Consultants auf deren Konformität mit den internen Compliance Regeln und später die Abwicklung der Zahlungen auf ihre Vertragskonformität hin zu überprüfen. Die internen Richtlinien des ALSTOM-Konzerns untersagten Zahlungen an Consultants zu Bestechungs- oder anderen rechtswidrigen Zwecken. Um das Risiko von illegalen Handlungen, insbesondere rechtswidrigen Zahlungen, möglichst zu vermeiden, waren die von ALSTOM verpflichteten Consultants gemäß

<sup>25</sup> Der Sachverhalt wird (zusammenfassend) aus dem Strafbefehl der Bundesanwaltschaft vom 22. November 2011 zitiert. Eine Medienmitteilung findet sich unter: <http://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=de&msg-id=42300> (zuletzt besucht am 8. Juni 2012).

den mit ihnen abgeschlossenen Consultancy Agreements oder ähnlichen Vereinbarungen grundsätzlich verpflichtet, ihre effektiv erbrachten Leistungen im Zusammenhang mit der Vertragsvergabe an ALSTOM auszuweisen und mit den jeweils einverlangten „proofs of rendered services“ zu belegen. Entsprechende Richtlinien hatte ALSTOM bereits im Januar 2001 erlassen, deren Durchsetzung jedoch erst ab 2003 ausreichend an die Hand genommen. Die Zahlungen an einen Consultant hätten somit grundsätzlich erst dann ausgelöst werden dürfen, nachdem dieser entsprechende Aufstellungen gemacht und mit Belegen dokumentiert hatte und diese von ALSTOM überprüft worden waren. Diese für die Vermeidung von Korruptionszahlungen grundsätzlich richtigen Maßnahmen wurden jedoch in vereinzelt Fällen nicht oder nur ungenügend umgesetzt.

Der Vorwurf an ALSTOM Network Schweiz AG lautet gemäß dem von der schweizerischen Bundesanwaltschaft erlassenen Strafbefehl wie folgt: Die Beschuldigte, also die vorgenannte Gesellschaft, hat es nach Inkrafttreten der Strafbestimmungen über die aktive Bestechung fremder Amtsträger (namentlich auch von Art. 322<sup>septies</sup> StGB) im Mai 2000 namentlich versäumt, mit geeigneten organisatorischen Maßnahmen gegen Consultants oder eigene Mitarbeiter vorzugehen, deren Tätigkeiten den internen Richtlinien widersprochen haben. Es wurde auch versäumt, dafür zu sorgen, dass fehlbare Consultants nicht über weitere von diesen betriebene Offshore Gesellschaften alte Geschäfte mit ALSTOM weiterführen oder mit dieser neue Geschäfte eingehen konnten. Derartige Maßnahmen hätten bestehende und auch als solche anerkannte Korruptionsrisiken zweifellos verringern können. Somit ist festzuhalten, dass das Unternehmen nicht alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehrungen getroffen hat, um die Bestechung fremder Amtsträger zu verhindern, wodurch es in Lettland, Tunesien und Malaysia jeweils zur Bestechung fremder Amtsträger gekommen ist. Entsprechend wurde die ALSTOM Network Schweiz AG zu einer Buße von CHF 2.500.00,00 verurteilt.

## b) Bemerkungen

Seit dem 1. Oktober 2003 kennt die Schweiz eine strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen. Im Unterschied zu Deutschland, welches diese Rechtsmaterie im Ordnungswidrigkeitenrecht und damit außerhalb des Kriminalstrafrechts normiert hat, hat sich der schweizerische Gesetzgeber für eine Verankerung im Kernstrafrecht entschieden und die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens in Art. 102 des Allgemeinen Teiles des StGB normiert. Während § 30 OWiG nur gewisse wirtschaftlich tätige Verbände der ordnungswidrigkeitenrechtlichen Haftung unterstellt, war der schweizerische Gesetzgeber bemüht, umfassend sämtliche wirtschaftlich tätigen Unternehmen, unabhängig von deren rechtlichen Verfassung, der strafrechtlichen Verantwortlichkeit zu unterwerfen. So ist beispielsweise – im Unterschied zur rechtlichen Situation in Deutschland – auch der Einzelkaufmann Normadressat von Art. 102 StGB. Der wohl gewichtigste Unterschied zwischen den beiden Normen liegt jedoch in den unterschiedlichen Haftungskonzepten. Während § 30 OWiG dem sogenannten Zurechnungsmodell folgt<sup>26</sup>, ist Art. 102 StGB nach dem Modell der originären Verantwortlichkeit des Unternehmens ausgestaltet<sup>27</sup>. Das Unternehmen hat nicht primär für Fehlverhalten von Mitarbeitern, beispielsweise den Leitungspersonen einzustehen, sondern für eigenes Organisationsunrecht, welches sich nicht ohne weiteres als Summe von Fehlverhalten einzelner Personen verstehen lässt. Es wird in Art. 102 StGB zwischen zwei Haftungsvarianten unterschieden, der sog. subsidiären in Abs. 1 und der konkurrierenden Haftung in Abs. 2. Grundsätzlich hat das Unternehmen in der erst genannten, subsidiären Variante nur dafür einzustehen, dass die Erueierung des Täters einer unternehmensinternen Straftat – beispielsweise eines Umweltdelikts – nicht aufgrund einer unübersichtlichen Unternehmensstruktur verhindert wird. Nur bei einer abschließend aufgezählten Anzahl von Straftaten – unter anderem den im Strafbefehl der Bundesanwaltschaft zugrundeliegenden Korruptionsdelikten – kann das Unternehmen neben dem Individualtäter – eben konkurrierend zu ihm – strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden, wenn es nicht alle zumutbaren organisatorischen Maßnahmen ergriffen hat, um solche unternehmensbezogenen Straftaten zu verhindern.

<sup>26</sup> Vgl. Forster, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens nach Art. 102 StGB, 2006, S. 40 ff.

<sup>27</sup> Vgl. Forster, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens nach Art. 102 StGB, S. 47 ff.

Nach dieser Kurzübersicht über das schweizerische Unternehmensstrafrecht<sup>28</sup> soll im Folgenden auf die Besonderheiten des Strafbefehls der Bundesanwaltschaft vom 22. November 2011 eingegangen werden. Dabei wird nicht der Anspruch erhoben, diesen zur Erledigung eines ausgesprochen komplexen Wirtschaftsstrafverfahrens dienenden „Vorschlag“ der Bundesanwaltschaft an das beschuldigte Unternehmen umfassend darzustellen und zu diskutieren. Vielmehr sollen nur einige praxisrelevante Themenbereiche vertieft angesprochen werden.<sup>29</sup>

Es handelt es sich – soweit ersichtlich – erst um den zweiten Entscheid gestützt auf Art. 102 StGB gegen ein wirtschaftlich bedeutendes Unternehmen wegen „klassischer“ Unternehmenskriminalität und um den ersten mit internationalen Bezügen überhaupt. Bis zu diesem Zeitpunkt wurden vor allem Familienbetriebe gebüßt, deren Firmenfahrzeuge an Verkehrsregelverletzungen beteiligt gewesen waren, ohne dass der fehlbare Lenker ausfindig gemacht werden konnte. Dann hätte das Unternehmen nach der speziellen schweizerischen Regelung nämlich nicht bestraft werden können. Es liegt nun auf der Hand, dass der Gesetzgeber bei der Schaffung von Art. 102 StGB nicht primär an Verkehrsregelverletzungen gedacht hat, welche mittels strafrechtlicher Inanspruchnahme des Unternehmens bekämpft werden sollen.

Eines der heikelsten Probleme der schweizerischen Bestimmung bezüglich strafrechtlicher Verantwortlichkeit des Unternehmens betrifft die Frage, wann eine Unternehmensorganisation als gesetzeskonform anzusehen ist und somit die Bestrafung des Unternehmens mangels Tatbestandsmäßigkeit außer Acht fällt. Hierzu sagt Art. 102 StGB nichts und auch außerhalb des Strafrechts finden sich nur vereinzelt Bestimmungen, welche die Unternehmensorganisation zum Gegenstand haben.<sup>30</sup> Daraus ist der Schluss zu ziehen – insbesondere auch mit Blick auf das Bestimmtheitsgebot als Teilgehalt des in Art. 1 StGB verankerten Prinzips „nulla poena sine lege“ –, dass nur gravierende Organisationsmängel zu einer Bestrafung des Unternehmens führen dürfen<sup>31</sup>, deren Unzweckmäßigkeit geradezu „ins Auge springt“. Das behauptete Organisationsversagen bildet den Kern des strafrechtlichen Vorwurfs an das Unternehmen und muss aus diesem Grund von den Strafverfolgungsbehörden besonders sorgfältig und umfassend nachgewiesen werden. Die Bundesanwaltschaft hat sich in ihrem Strafbefehl zu dieser Problematik – ansatzweise – geäußert und hebt sich dadurch in erfreulicher Weise von den kantonalen Strafverfolgungsbehörden ab, welche dieser Problematik vielfach überhaupt keine Beachtung schenken.

Ebenfalls erwähnenswert ist der Umstand, dass ein Unternehmen mit Sitz in der Schweiz von schweizerischen Strafverfolgungsbehörden offenbar für strafbare Handlungen von Ausländern im Ausland gegen Rechtsgüter des Auslands verantwortlich gemacht werden kann, wie dies der Vorfall in Lettland verdeutlicht. Aus dem Strafbefehl ergibt sich, dass die eigentliche Bestechungshandlung im Sinne von Art. 322<sup>septies</sup> StGB von einem lettischen Consultant in Lettland begangen wurde, indem er finanzielle Mittel, welche ihm von ALSTOM Network Schweiz AG überwiesen worden sind, an Mitarbeiter staatlicher lettischer Unternehmen weiterleitete. Solange nicht nachgewiesen werden kann – und der im Strafbefehl wiedergegebene Sachverhalt gibt hierzu keine Anhaltspunkte –, dass im Unternehmen ALSTOM Network Schweiz AG ein Mitarbeiter wusste, wofür die dem lettischen Consultant überwiesenen finanziellen Mittel tatsächlich dienen sollten, er sich somit der Gehilfenschaft oder allenfalls der Anstiftung zur Bestechung schuldig gemacht hat, ist gemäß schweizerischem internationalem Strafrecht kein Anknüpfungsprinzip gegeben, welches die „herkömmliche“ Strafverfolgung gegen eine Individualperson durch schweizerische Behörden zugelassen hätte. Zwar sieht Art. 6 StGB die Möglichkeit vor, dass sich die Schweiz staatsvertraglich dazu verpflichtet, gegen Ausländer für im Ausland begangene Straftaten, die keinen Bezug zur

<sup>28</sup> Vertiefend zum schweizerischen Unternehmensstrafrecht auch *Heiniger*, Der Konzern im Unternehmensstrafrecht gemäss Art. 102 StGB, 2011, *Schneider*, Unternehmensstrafbarkeit zwischen Obstruktion und Kooperation, strafrechtliche Begünstigung und Aussagedelikte im Rahmen der Strafbarkeit juristischer Personen nach Art. 102 StGB, 2009; *Ryser*, Outsourcing, Eine unternehmensstrafrechtliche Untersuchung, 2007; *Geiger*, Organisationsmängel als Anknüpfungspunkt im Unternehmensstrafrecht, aufgezeigt am Beispiel der Geldwäschereibekämpfung im Private-Banking einer Bank-AG (2006); *Meier*, Strafrechtliche Unternehmenshaftung, Einführung in der Schweiz unter Berücksichtigung prozessualer Folgeprobleme im Konzern, 2006.

<sup>29</sup> Eine vertiefte Analyse des Sachverhalts und des Strafbefehls findet sich bei *Nadelhofer do Canto*, GesKR 2012, 129 ff.

<sup>30</sup> So unter anderem *Forster*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens nach Art. 102 StGB, S. 222; *Heiniger*, Der Konzern im Unternehmensstrafrecht gemäss Art. 102 StGB, N 687 ff.

<sup>31</sup> Gleicher Ansicht *Ryser*, Outsourcing, Eine unternehmensstrafrechtliche Untersuchung, N 229, m.w.H.

Schweiz aufweisen, ein Strafverfahren in der Schweiz durchzuführen. Art. 4 Ziff. 1 des OECD-Übereinkommens gegen die Bestechung ausländischer Amtsträger vom 17. Dezember 1997<sup>32</sup> sieht jedoch eine solche Verpflichtung gerade nicht vor. Auch Ziff. 2 der genannten Bestimmung ist nicht einschlägig, da bei einer Auslandtat immerhin die schweizerische Staatsangehörigkeit beim Täter vorliegen muss, damit die Schweiz zur Strafverfolgung verpflichtet ist. Ob es unter diesen Umständen richtig ist, ein Unternehmen von schweizerischen Behörden dafür strafrechtlich zur Rechenschaft ziehen zu lassen, könnte zweifelhaft sein. Damit ein Unternehmen strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden kann, ist gemäß schweizerischem Recht eine Anlasstat, vorliegend eben das Korruptionsdelikt, notwendig. Wenn dieses jedoch – individualstrafrechtlich – der schweizerischen Strafhöhe nicht unterliegt, erscheint es als problematisch, wenn dann das Unternehmen dafür trotzdem von den schweizerischen Behörden strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden kann<sup>33</sup>. Fraglich ist denn auch, ob der Lehrmeinung gefolgt werden kann, welche postuliert, dass ein Unternehmen immer dann – auch bei Sitz im Ausland – in der Schweiz bestraft werden kann, "wenn der Organisationsmangel (auch) in einem in der Schweiz gelegenen Teil des Unternehmens aufgetreten ist"<sup>34</sup>. Ggf. verkennt man hiermit den Zusammenhang zwischen Organisationsdefizit und Anlasstat, welche eine untrennbare Einheit bilden. Ein Unternehmen kann nach schweizerischem Recht nur dann strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden, wenn sich das Organisationsdefizit in einer Anlasstat manifestiert hat. Dann besteht aber der vorgängig erwähnte Widerspruch, wenn die schweizerische Rechtsordnung sich zwar für die Anlasstat für nicht zuständig erklärt, jedoch das Unternehmen trotzdem für das Organisationsdefizit, welches strafrechtlich ohne Anlasstat überhaupt keines ist, mittels Strafrecht zur Verantwortung zieht.

<sup>32</sup> Abrufbar unter: [http://www.admin.ch/ch/d/sr/0\\_311\\_21/index.html](http://www.admin.ch/ch/d/sr/0_311_21/index.html) (zuletzt besucht am 8. Juni 2012).

<sup>33</sup> A.A. offenbar *Pieth* in: Niggli/Wiprächtiger, Basler Kommentar zum Strafrecht II, 2. Aufl., 2007, Art. 322<sup>septies</sup> N 7a.

<sup>34</sup> *Nadelhofer do Canto*, GesKR 2012., 129 ff., 133.

## Veranstaltungsberichte und Rechtspolitisches

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

## WisteV-Standards

Fortsetzung des Artikels aus Wij 2/2012 Seite 142- 48: Themenblöcke 4-6 und aus Wij 1/2012 S. 62-80: Themenblöcke 1-3.

In der Wij werden aktuelle Thesen und Fragestellungen von *Folker Bittmann*, Dessau-Roßlauer Leitender Oberstaatsanwalt, regelmäßig in aufbereiteter und von ihm redaktionell verantworteter Form vorgestellt. Sämtliche Thesen 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.

Zur vorliegenden Ausgabe des Wij steuert *Dr. Dieter Temmig*, Vorsitzender Richter am Landgericht Osnabrück, eigene Thesen auf der Basis seines im Januar auf der 3. Wistra-WisteV-Jahrestagung gehaltenen Referats bei und stellt diese zur Diskussion innerhalb der WisteV.

Anregungen, Kritik oder Widerspruch können gerichtet werden an: [standards@wi-i.de](mailto:standards@wi-i.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.

## 7) Themenblock: Hospitality – Fremdfinanzierte Einladungen zu Sport-, Kultur-, Freizeit- und/oder Fachveranstaltungen

**Redaktionell aufbereitet von Folker Bittmann nach einer Vortrags- und Diskussionsveranstaltung der Regionalgruppe Mitte der WisteV und des Arbeitskreises Korruptions- und Wettbewerbsstrafrecht der WisteV im März 2012 in Frankfurt am Main. Nähere Informationen zu der Veranstaltung finden Sie unter [www.wistev.de](http://www.wistev.de) (Archiv).**

### Konsens:

1. Der Informationsaustausch zwischen allen Beteiligten ist notwendig und wünschenswert. Einzubeziehen sind je nach Sachgebiet Politik, Verwaltung, Wissenschaft und Forschung, Industrie und Anwender.
2. Zu differenzieren ist zwischen sachbezogenem Informationsaustausch, normalem Marketing und sachfremder Beeinflussung, auch wenn diese drei Aspekte durchaus zusammenfallen können.
3. Aufgrund der auch öffentlich geführten Diskussion der letzten Jahrzehnte sind alle Beteiligten sensibilisiert im Umgang mit der Thematik.
4. Konsentiert Grenzen fehlen allerdings noch ebenso wie allseitige Akzeptanz zulässiger Verhaltensweisen (safe harbour). Rechtliche Unsicherheiten bestehen im Hinblick auf die Übergänge von Information und Marketing hin zur Beeinflussung. Die Abgrenzung hängt häufig vom konkret verfolgten Zweck ab. Dieser ist für Außenstehende wie die Justiz nicht immer sogleich erkennbar. Die damit verbundenen Unsicherheiten in tatsächlicher Hinsicht erklären oft einerseits die Aufnahme von Ermittlungen und andererseits die spätere Einstellung des Verfahrens.
5. Das Herausbilden eines Konsenses verlangt verlässliche Beurteilungskriterien, ist aber nur in kleinen Schritten und jeweils sachverhaltsbezogen zu erwarten.
6. Sachbezogener Austausch ist selbst bei Finanzierung durch einen finanziell Potenten und an der Verbreitung der Informationen zwecks Förderung eigener Absatzziele Interessierten strafrechtlich irrelevant, wenn keine Verbindung zu konkret anstehenden Entscheidungen besteht, betroffene Institutionen als sol-



- che eingeladen werden und keine (weitergehenden) persönlichen Vorteile für Teilnehmer, insbesondere Entscheider, damit verbunden sind, sowie wenn grundsätzliche Transparenz auch nach außen herrscht (z.B. keine Selektion von Tagungsteilnehmern; Offenlegung (ohne Einzelheiten) von Anwendungsbeobachtungen).
7. Im privaten Sektor sind weitere Zuwendungen dann unproblematisch, wenn das nachfolgende Verhalten der Eingeladenen vom Einladenden nicht weiter beeinflusst werden soll, kann und wird.
  8. Die Finanzierung der Teilnahme von (insbesondere höchstrangigen) Amtsträgern an öffentlichkeitswirksamen kulturellen oder sportlichen Großveranstaltungen
    - ist nur dann völlig unproblematisch, wenn der Eingeladene keine für das Geschäftsfeld des Eingeladenen relevanten Entscheidungen zu treffen hat (Marketing),
    - ist strafbar, wenn sie im Zusammenhang mit einer konkret anstehenden Entscheidung steht,
    - bewegt sich in einer Grauzone, wenn sich Geschäftsfeld und Zuständigkeitsbereich überschneiden, weil Zuwendungen zwar nicht allein *wegen des Zusammenhangs* mit der Dienstausbübung, wohl aber *für* diese strafbar sind: je konkreter die (auch nur: potentiellen) beruflichen Berührungspunkte sind, desto eher ist eine Zuwendung für die Dienstausbübung anzunehmen; umgekehrt: je abstrakter die (auch: aktuellen) beruflichen Berührungspunkte sind, desto eher ist eine Zuwendung nur im Zusammenhang mit der Dienstausbübung anzunehmen.
  9. Für die dienstliche oder geschäftliche Befassung, erst recht für bestimmte berufliche Handlungen, erbrachte unentgeltliche Geld- oder Sachleistungen sind an individuelle Personen (Angestellte, Beauftragte, Amtsträger) immer strafbar. Auf individuelle Geldzuweisungen im Zusammenhang mit der Berufstätigkeit ist zu verzichten, weil die Annahme der Entlohnung für die Tätigkeit allzu naheliegt. Sponsoring ist hingegen im Grundsatz erlaubt.
  10. Feste Wertgrenzen für die erlaubte Höhe sachlicher Zuwendungen werden der Unterschiedlichkeit der Sachverhalte nicht gerecht. Ein opulentes und entsprechend teures Festmahl auf der Veranstaltung zum hundertjährigen Bestehen eines Unternehmens wird zumeist sozialadäquat sein, während ein ebenso teures individuelles Mahl am Abend nach einer (z.B.) Tagung (beim Vorliegen der übrigen Voraussetzungen) korruptives Verhalten nahelegt. Eine flüchtige einmalige Sachzuwendung im Wert von bis zu EUR 50 dürfte höchst selten, im Wert von bis zu EUR 100 nur bei Hinzutreten zusätzlicher Umstände bedenklich sein.
  11. Zu differenzieren ist nicht nur nach der Höhe des zugewendeten Wertes, sondern auch nach der Stellung des Empfängers in seiner Organisation und nach dessen persönlichen Lebensumständen.
  12. Beeinflussung zu Pflichtwidrigkeiten ist nie gestattet.
  13. Neben der Verbindung zu anstehenden Entscheidungen sprechen ein hoher Wert, aber auch ein großer Anteil persönlicher Vorteile (für den Empfänger, dessen Partner/-in oder sonstige Nahestehende), insbesondere deren Überwiegen, im Verhältnis zu dem sachlichen Informationsgehalt der Anlassveranstaltung ebenso wie häufiges Einladen derselben Person tendenziell für Strafbarkeit.
  14. Transparenz, insbesondere Kenntnis und Zustimmung von Vorgesetzten, Mitbeteiligten, ggf. auch außenstehenden Dritten, spricht tendenziell gegen Strafbarkeit.

15. Das Bedürfnis der Agierenden nach einer rechtsverbindliche Auskünfte erteilenden Clearingstelle ist ebenso verständlich wie dessen Befriedigung unrealistisch.
16. Hilfreich und realistisch ist hingegen die Entwicklung und Einhaltung transparenzfördernder Kodices und Verbandsrichtlinien. Sie können zwar keine verbindliche Interpretation des Strafrechts vornehmen. Ihre Wahrung spricht aber tendenziell gegen vorhandenes Unrechtsbewusstsein, damit gegen schuldhaftes Verhalten und kann auf diese Weise vor Bestrafung schützen.

## 8) Themenblock: Compliance

**Redaktionell aufbereitet von Folker Bittmann nach der Fachtagung „Compliance – Haftungsvermeidung oder Inkarnation des ehrbaren Kaufmanns?!“, veranstaltet von der School of Governance, Risk & Compliance (School GRC) in Zusammenarbeit mit WisteV in Berlin am 4. und 5.11.2011. Nähere Informationen zu der Tagung finden Sie unter [www.wistev.de](http://www.wistev.de) (Archiv).**

**Konsens:**

### a) Begriffliches

1. Compliance ist ‚in‘ und hat Hochkonjunktur. Verlässliche Klarheit, was Compliance eigentlich ist, herrscht gleichwohl noch nicht.
2. In einem weiten Sinne wird unter Compliance sowohl die Vermeidung von Regelverstößen (Compliance im engeren Sinne) als auch die unternehmenseigene Reaktion auf begangene Regelverstöße, hier insbesondere durch eigene Ermittlungen (Internal Investigations), verstanden.
3. Compliance (im engeren Sinne) und Internal Investigations weisen zwar unübersehbare Berührungspunkte auf, unterscheiden sich aber nach Anlass, Zweck, Zielrichtung, Gestaltung und den maßgeblichen handlungsleitenden Kriterien.

### b) Compliance im engeren Sinne

1. Compliance (im engeren Sinne) als Vermeidung von Regelverstößen richtet den Blick auf Gegenwart und Zukunft.
2. Festzustellen sind die gegenwärtig einzuhaltenden Pflichten und die zu diesem Zwecke (auch) zukünftig zu wahrenen Handlungsanforderungen.
3. Compliance-relevant können sein:
  - - unternehmensinterne Zugriffsmöglichkeiten (Gegenstände, Konten),
  - - unternehmensnützliche (bewusste oder sorgfaltswidrige) Rechtsverstöße,
  - - Vertriebstätigkeiten,
  - - Kartellbildung,
  - - Preisabsprachen,
  - - Aktivitäten in Ländern mit verbreiteter Korruption,
  - - Geheimnisverrat und -spionage (z.B. Transfer von Knowhow),
  - - Steuerpflichten,
  - - Geldwäsche,
  - - Marktmanipulation,
  - - eigennützige Verwertung von Insider-Informationen,
  - - Verschweigen erkannter Risiken,

- - Unfallursachen,
  - - Produktfehler,
  - - Embargoverstöße,
  - - verunglückte Internal Investigations (z.B. Datenschutzverstöße),
  - - (gezielte?) Negativ-Image-Kampagnen
4. Für jede einzuhaltende Pflicht sind die organisatorischen, personellen, zeitlichen, informationellen und koordinatorischen Erfordernisse zu regeln.
  5. Die Gesamtorganisation muss so gestaltet werden, dass sie jeder dieser Anforderungen Rechnung zu tragen vermag.
  6. Welche konkreten Anforderungen zu erfüllen sind, ist sachverhaltsabhängig.
  7. Ziele und Grenzen:
    - - Information zur Stärkung des Rechts- und Verantwortungsbewusstseins,
    - - Verstellen von Ausweichstrategien,
    - - Angemessenes Verhältnis Aufwand – Gewinn,
    - - Abgrenzung zum rechtlichen Minimum (§§ 266 StGB, 30 und 130 OWiG),
    - - Vermeidung von Kriminalitätsanreizen (Klima im bzw. ‚Philosophie‘ des Unternehmens, Entlohnung, Verständnis für persönliche Krisen),
    - - Erhöhung des Entdeckungsrisikos (im Rahmen des gesetzlich Zulässigen),
    - - bei Vermeidung von Verunsicherung (Misstrauen, Denunziation, Überreaktion).
  8. Zwingende Vorschriften an die Organisation gibt es nur ausnahmsweise (AktG, KWG, WpHG). Die Gestaltung ist weitgehend frei. In Betracht kommen
    - Unternehmensrichtlinien mit Verhaltenskodices, z.B. Compliance-Richtlinien,
    - die Bestellung eines Compliance-Officers,
    - der Aufbau einer Compliance-Abteilung,
    - die Übertragung der Aufgaben auf die bestehende Innenrevision,
    - die Übernahme seitens der Geschäftsleitung selbst (in kleineren Unternehmen),
    - Information, Schulung und Beratung der Verantwortlichen wie der Mitarbeiter,
    - Rotation,
    - Vier-Augen-Prinzip
    - Kontrollmaßnahmen (Auswertung von Beschäftigtendaten, akustische und optische Überwachung, Ombudsmann, Whistleblowing).

### c) Internal Investigations

1. Internal Investigations als Aufarbeitung möglicherweise begangener Regelverstöße richten den Blick in die Vergangenheit.
2. Sie stellen eine von mehreren Handlungsalternativen dar (Ignorieren, eigene Prüfung, Straf- oder Ordnungswidrigkeitenanzeige, Kombination aus mehreren).
3. Entscheidungskriterien sind u.a.
  - - Schwere des Verdachts,

- - Bedeutung des (potentiellen) Regelverstoßes,
  - - bereits vorhandenes Wissen und zur Verfügung stehende Informationsquellen,
  - - ggf. rechtliche Grenzen (Datenschutz),
  - - abstrakt und konkret drohende Folgen für das Unternehmen,
  - - Regelungsfähigkeit.
4. Bei Internal Investigations werden Externe eingeschaltet, um entweder bereits bekannte oder (nur oder auch) vermutete Regelverstöße durch Unbeteiligte mit vorhandenem Spezialwissen aufzuklären.
  5. Die Motivation kann von innen kommen (Basis für Haftungsansprüche), kann aber auch von außen stammen (Druck aufgrund von Aktivitäten der Presse, von Aufsichts- und/oder Strafverfolgungsbehörden).
  6. Betriebsverfassungsrechtliche Beteiligungserfordernisse sind einzuhalten.
  7. Auf bekanntwerdende Informationen ist sachgerecht zu reagieren: organisatorische, ggf. personelle Konsequenzen, (Verdachts-) Kündigung, Verfolgung zivilrechtlicher Haftungsansprüche, steuerliche Selbstanzeige, evtl. Übermittlung der Erkenntnisse (nebst Unterlagen) an Strafverfolgungsbehörden (z.B. zwecks Ergreifen vermögensabschöpfender Maßnahmen).

**Kontrovers:**

- Frage 1: Besteht eine Auskunftspflicht auch bezüglich eigener (auch in unterlassener Überwachung bestehender) Rechtsverstöße, gar strafbarer Handlungen?
- Frage 2: Sind auf arbeits- oder gesellschaftsvertraglicher Basis pflichtgemäß erteilte Informationen strafprozessual verwertbar?
- Frage 3: Wenn solche Angaben nicht verwertbar sein sollten, besteht dann auch ein darüber hinausgehendes strafprozessuales Verwendungsverbot?
- Frage 4: Bestehen etwaige strafprozessuale Verwertungs- oder Verwendungsverbote nur im Verhältnis zum Aussagenden? Ist eventuell auch danach zu differenzieren, ob ein oder mehrere Ermittlungs- bzw. Strafverfahren geführt werden?

**9) Themenblock: Strafzumessung im Wirtschafts- und Steuerstrafrecht**

**Thesen von Dr. Dieter Temmig, Vorsitzender Richter am Landgericht Osnabrück, auf der Basis seines am 21. Januar auf der 3. Wistra-WisteV-Jahrestagung gehaltenen Referats zum Thema „Theorie und Praxis der Strafzumessung im Wirtschafts- und Steuerstrafrecht“.**

**Nähere Informationen zu der Tagung finden Sie unter [www.wistev.de](http://www.wistev.de) (Archiv).**

- These 1: In Wirtschaftsstrafsachen gelten für die Strafzumessung die allgemeinen Grundsätze. Es gibt deshalb an sich kein besonderes Strafzumessungsrecht für bestimmte Deliktgruppen, mithin auch für Wirtschaftsstrafsachen nicht
- These 2: Es treten bei der Strafzumessung aber immer – je nach Deliktgruppe – besondere Problemkreise auf, die dann dort eine größere praktische Relevanz aufweisen als bei anderen Straftaten; dies gilt insbesondere für Wirtschaftsstrafaten, bei denen die Schadenshöhe als bestimmender Faktor des Schuldumfangs eine beherrschende Rolle spielt.
- These 3: In der rechtswissenschaftlichen Literatur wird überwiegend angenommen, vermutet oder zumindest argwöhnt, dass die gerichtliche Praxis bei sog. Wirtschaftsstrafaten „soft law“ anwendet.

- These 4: Die Vermutung, dass in Wirtschaftsstrafsachen geringere Strafen verhängt werden als bei der Aburteilung „sonstiger“ Delikte, die in die Zuständigkeit allgemeiner Strafgerichte fallen, wird durch statistisches Material nur bedingt belegt. Allerdings ergibt sich aus den Zahlen der Strafverfolgungsstatistik allgemein eine durchschnittlich niedrige Bestrafungshöhe bei Betrug und –signifikant– bei Steuerhinterziehung im Vergleich zu anderen Deliktsarten, für die vergleichbare Strafraumen angedroht sind.
- These 5: Hinsichtlich der Erledigung schwerwiegender Wirtschaftsdelikte durch Wirtschaftsstrafkammern besteht kein statistisches Material, da es von den Bundesländern nicht erhoben wird.
- These 6: Zahlreiche Einzelfälle öffentlichkeitswirksamer Strafverfahren und die Zahlen einzelner Landgerichte bestätigen jedoch den Verdacht, dass schwerwiegende Wirtschaftsdelikte nicht angemessen hoch gehandelt werden.
- These 8: Dies entspricht auch den Erfahrungen einzelner Senate des Bundesgerichtshofes, nach deren Einschätzung eine dem Unrechtsgehalt schwerwiegender Korruptions- und Steuerhinterziehungsdelikte adäquate Bestrafung nicht erfolgt.
- These 9: Für eine im Vergleich zu anderen Deliktsarten niedrigere Bestrafung von Vermögens- und Korruptionsdelikten besteht nach den Verschärfungen der hierfür geltenden Strafraumen in §§ 263 Abs. 3, 266 Abs. 2, 335 StGB durch das 6. StrRG keine gesetzliche Grundlage mehr. Gleichwohl ist nach den Strafverfolgungsstatistiken der vergangenen Jahre zu vermuten, dass die Rechtsprechung diesen Wandel der Gesetzgebung bisher nicht durch eine entsprechende Änderung ihrer Strafzumessungspraxis nachvollzogen hat.
- These 10: Dies gilt erst recht für die vom Bundesgerichtshof allgemein für die Strafzumessung in Steuerstrafsachen vorgegebenen Grundsätze, wonach bei Hinterziehungsbeträgen in Millionenhöhe eine aussetzungsfähige Freiheitsstrafe nur bei Vorliegen besonders gewichtiger Milderungsgründe noch in Betracht kommt. Das bisher vorliegende statistische Material lässt nicht erkennen, dass diese Grundsätze von den Tatgerichten umgesetzt werden.
- These 11: Eine Ursache einer nicht dem Unrechtsgehalt schwerwiegender Korruptions- und Steuerhinterziehungsdelikte adäquaten Bestrafung ist, dass für die gebotene Aufklärung derart komplexer Sachverhalte ausreichende justizielle Ressourcen nicht zur Verfügung stehen. Dies führt dazu, dass die seit der Tat vergangene Zeit und auch die Dauer des Ermittlungs- und Strafverfahrens (vgl. Art. 6 Abs. 1 Satz 1 MRK) in derartigen Verfahren häufig zu derart bestimmenden Strafzumessungsfaktoren werden und die Verhängung mehrjähriger Freiheitsstrafen oder die Versagung einer Strafaussetzung zur Bewährung nach § 56 Abs. 3 StGB wegen des Zeitfaktors ausscheidet.
- These 12: Die zunehmende Komplexität von Wirtschaftsstrafsachen beruht auch darauf, dass die höchstrichterliche Rechtsprechung eine zunehmend differenzierte Auslegung der Straftatbestände vornimmt. Bei Steuerhinterziehungsdelikten betrifft dies allein im Zusammenhang mit der für die Strafzumessung bedeutsame Frage der Schadensbewertung die Problembereiche des „Verkürzungsschadens auf Zeit“, des „formalen Steuerschadens“ oder der Einschränkung des Kompensationsverbots. Derartige schwierige Sach- und Rechtsfragen haben dazu beigetragen, dass sich Wirtschaftsstrafverfahren immer komplexer und schwieriger gestalten.
- These 13: Wegen der besonderen Komplexität der in Wirtschaftsstrafverfahren zu klärenden Sach- und Rechtsfragen und der damit verbundenen besonderen Revisionsanfälligkeit der Urteile neigen Tatgerichte zunehmend dazu, aufwändigen Beweisaufnahmen durch eine Urteilsabsprache aus dem Weg zu gehen.
- These 14: Der mit einer Verständigung erzielte „Vergleich“ führt dabei in aller Regel zu einer für den Angeklagten akzeptablen Rechtsfolge, in der Regel also zu einer Bewährungsstrafe. Anderenfalls wäre das Gericht zu einer umfassenden Prüfung

der den Wirtschaftsstrafverfahren innewohnenden schwierigen Sachverhaltskonstellationen und Rechtsfragen gezwungen, um zu einem rechtsfehlerfreien Urteil, das einer revisionsgerichtlichen Überprüfung standhält, zu gelangen.

These 15: Dadurch unterschreiten die Tatgerichte regelmäßig den Rahmen schuldangemessenen Strafsens.

These 16: Die Tendenz, umfangreiche Wirtschaftsstrafverfahren durch einen „Vergleich“ abzukürzen, hat der Gesetzgeber durch das Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren entscheidend verstärkt.

These 17: Die Vermögensabschöpfung stellt in Wirtschaftsstrafverfahren einen zusätzlichen erheblichen Anreiz für eine Urteilsabsprache dar und birgt nicht nur die Gefahr in sich, dass die Grenzen einer schuldangemessenen Rechtsfolge unterschritten werden, sondern auch, dass sich in der Öffentlichkeit der Eindruck einer Klassenjustiz verfestigt.

### Tagungsbericht

---

Rechtsreferendar Christian Sperling, Konstanz

## Tagungsbericht zur Vortrags- und Diskussionsveranstaltung „Insolvenzstrafrecht in der Krise“

Am 29. November 2011 fand in den Räumlichkeiten des 5. Strafsenats des Bundesgerichtshofes in Leipzig die Vortrags- und Diskussionsveranstaltung „Insolvenzstrafrecht in der Krise“ statt, deren Anliegen es war, über grundsätzliche, aktuelle und praktische Fragestellungen zum Insolvenzstrafrecht zu diskutieren und somit ein Forum für einen offenen Gedanken- und Erfahrungsaustausch der verschiedenen, mit dem Insolvenzstrafrecht in Berührung kommenden Berufsgruppen zu bilden. Ausgerichtet wurde diese vom WisteV-Arbeitskreis Insolvenzstrafrecht; die Moderation übernahm Rechtsanwalt *Christof Püschel*, strafverteidigerbüro, Köln. Die Veranstaltung stieß auf reges Interesse und wurde von einer Vielzahl von Teilnehmern aus Justiz, Wissenschaft und Praxis besucht.

Nach der Begrüßung und Einführung durch das WisteV Vorstandsmitglied *Dr. Michael Racky*, Siemens AG, ging Bundesanwalt *Prof. Dr. Hartmut Schneider* in seinem Grußwort der streitig diskutierten Frage nach, wer Rechtsbeistände juristischer Personen von deren strafprozessualer Schweigepflicht entbinden darf, sofern zwischen der relevanten, dem Schweigerecht unterfallenden Aussage und dem Zeitpunkt der Entbindungserklärung ein Personalwechsel innerhalb des Vertretungsorgans stattgefunden hat. Mit anderen Worten: Muss der ausgeschiedene Geschäftsführer einer GmbH, der einem für „seine“ GmbH tätigen Rechtsanwalt sensible, auch ihn persönlich betreffende Auskünfte erteilt hat, befürchten, dass sein Nachfolger in einem gegen ihn (den Altgeschäftsführer) geführten Strafverfahren den Anwalt von seiner Schweigepflicht wirksam entbindet? Vier Lösungen werden derzeit in Schrifttum und instanzgerichtlicher Rechtsprechung hierzu angeboten: Sie reichen von der Ansicht, wonach nur das ehemalige Organ zur Entbindung des Rechtsbeistands befugt ist, über die Auffassung, beide, also der frühere und der aktuelle Organwalter müssten gemeinsam die Entbindungserklärung abgeben, bis hin zu der These, zuständig zur Entbindung sei das Organ in seiner momentanen Besetzung. Vermittelnd tritt noch die Meinung hinzu, die danach differenziert, wessen Geheimnissphäre von der Zeugenaussage des Rechtsbeistands betroffen ist. Es liegt auf der Hand: Erlaubt man den aktuellen Organwaltern, den Berufsgeheimnisträger von seiner Schweigepflicht zu entbinden, gelangt man zu der für die Justizpraxis

günstigsten Lösung. Denn insbesondere in Strafverfahren gegen die ehemaligen Organwalter werden ihre Nachfolger – vor allem, wenn es um die Aburteilung von gegen die juristische Person gerichteten Straftaten geht – nur allzu gerne bereit sein, die Entbindungserklärung abzugeben. Diese Bereitschaft dürfte sich noch potenzieren, wenn die Organstellung aufgrund der zwischenzeitlichen Insolvenz der juristischen Person auf einen Insolvenzverwalter übergegangen ist. Da dem ausgeschiedenen ehemaligen Organwalter laut *Schneider* die Entbindungsbefugnis wegen mangelnder Rechtskompetenz fehlt, scheiden die beiden Lösungen aus, nach denen es seiner Mitwirkung bedarf; eine mögliche Entbindung gehört nicht mehr zu seiner Rechtssphäre. Das Argument, wonach zwischen Rechtsbeistand und Organwalter ein Vertrauensverhältnis bestehe und schon deshalb dem früheren Vertretungsorgan die Kompetenz zum Erteilen der Entbindungserklärung zustehen müsse, lehnte der Referent ab. Auch einer Differenzierung nach Geheimnissphären widerspricht der Vortragende aus folgendem Grund: § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO unterscheidet nicht zwischen einzelnen Geheimnissphären oder bestimmten Geheimnissen; der Norm sei eine Binnendifferenzierung fremd. Es erstaunt somit nicht, dass der Referent als ein Vertreter der Strafverfolgungspraxis der Ansicht den Vorzug gibt, die eine Erklärung der aktuellen Organwalter für die wirksame Entbindung von der Schweigepflicht genügen lässt. Die Möglichkeit, eine vertragliche Abrede mit der juristischen Person zu treffen, bleibt dem ehemaligen Organwalter dennoch erhalten. Jedoch müssen die Vertragspartner beachten, dass die Grenze des § 266 StGB nicht durch einen zu weit gehenden Vertrag tangiert wird.

Den Tagungsaufakt bildete der Vortrag von Akad. Rat a.Z. *Dr. Christian Brand*, Universität Konstanz, mit dem Thema „Legitimität des Insolvenzstrafrechts – Zur Strafwürdigkeit der Insolvenzdelikte angesichts der Finanzkrise“, der demnächst in der Zeitschrift für Insolvenzrecht (KTS) erscheinen wird. Anlass dazu boten das vom Gesetzgeber im Rahmen der Krisengesetzgebung verabschiedete Restrukturierungsgesetz sowie die Änderungen des InvG. Ob bzw. inwieweit im Kontext der Bankenkrise die Anwendung des Bankrottstrafrechts (§§ 283 ff. StGB) und der strafbewehrten Insolvenzverschleppung (§ 15a Abs. 4, 5 InsO) – bei Beteiligung einer Bank die diese ersetzende Anzeigepflicht gegenüber der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (§§ 46b Abs. 1, 55 KWG) – aufgrund dieser Änderungen ihre Legitimität verlieren, bildeten die Schwerpunkte von *Brands* Überlegungen. Die erste „Legitimationslücke“ könnte, so *Brand*, ihre Ursache darin haben, dass bei systemrelevanten Banken staatliche Hilfsmaßnahmen die Entstehung der Insolvenzgründe „Zahlungsunfähigkeit“ bzw. „Überschuldung“ oder aber die Eröffnung des Insolvenzverfahrens verhindern. In diesen Fällen bleibt ein wirtschaftswidrig investierender Bankenmanager, im Gegensatz zu einem „normalen“ GmbH-Geschäftsführer, wegen § 283 Abs. 1 Nr. 2 StGB straflos, da in der ersten Konstellation – wegen fehlender Verursachung der Insolvenzgründe – der objektive Tatbestand des § 283 Abs. 2 StGB nicht erfüllt ist und in der zweiten die objektive Strafbarkeitsbedingung gemäß § 283 Abs. 6 StGB fehlt. Der Referent zeigte sodann die verschiedenen, durch das Restrukturierungsgesetz geschaffenen Instrumentarien auf, die bestehen, wenn eine Bank in den „Strudel der Insolvenz“ gerät. Zur Vermeidung von Zahlungsunfähigkeit bzw. Überschuldung oder eines Insolvenzverfahrens stellte *Brand* dabei das im KredReorgG verankerten Reorganisationsverfahren (dessen Teilnehmer nur bestandsgefährdete systemrelevante Banken sein können) sowie die durch den Restrukturierungsfonds unterstützte aufsichtsrechtliche Übertragungsanordnung gemäß §§ 48a ff. KWG dar. Daran anschließend untersuchte der Redner die Auswirkungen der einzelnen Sanierungsoptionen auf die Legitimität des Insolvenzstrafrechts. Er stellte fest, dass jedenfalls keine legitimatorischen Bedenken angebracht sind, wenn die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) im Rahmen der Ausgliederungsanordnung – wie es wohl regelmäßig der Fall sein wird – vorerst alle Vermögensbestandteile der angeschlagenen Bank auf eine neue „Brückenbank“ überträgt, um sodann – nach genauer Sichtung der nicht systemrelevanten Teile – die „toxischen, systematisch irrelevanten Bestandteile“ zurück zu übertragen. Denn obwohl die Rückübertragung häufig aufgrund der knappen Frist von vier Monaten gemäß § 48j Abs. 1 S. 1 KWG unterbleiben wird, steht als Anknüpfungspunkt für eine Bankrottstrafbarkeit die zumindest subsidiär weiter für alte Verbindlichkeiten haftende „Rechtsträgerhülle“ des strauhelnden Instituts zur Verfügung; wegen der Zahlungsunfähigkeit bzw. Überschuldung, die meist zur Insolvenzeröffnung führt, ist die objektive Strafbarkeitsbedingung nach § 283 Abs. 6 StGB üblicherweise verwirklicht.

Selbst in den Fällen, in denen erst das Dazwischentreten der BaFin in Form einer partiellen Übertragungsanordnung die Zahlungsunfähigkeit bzw. Überschuldung und Insolvenzeröffnung herbeiführt, sind keine Bedenken angebracht. Der Erfolgseintritt der Insolvenzeröffnungsgründe ist dem Manager nämlich trotzdem objektiv zurechenbar; ein eigenverantwortliches Dazwischentreten der BaFin liegt nicht vor.

Da der Zurechnungszusammenhang zwischen Tathandlung und objektiver Strafbarkeitsbedingung lediglich einen tatsächlichen und zeitlichen Bezug verlangt, ändert auch das Herbeiführen der objektiven Strafbarkeitsbedingung „Insolvenzeröffnung“ durch die BaFin bei schon bestehender Zahlungsunfähigkeit bzw. Überschuldung an diesem Ergebnis nichts.

Was den Bereich des Reorganisationsverfahrens angeht, besteht zwar eine Ungleichbehandlung im Vergleich von Managern systemrelevanter und bestandsgefährdeter Institute, die durch ein Reorganisationsverfahren eine Strafbarkeit gemäß § 283 Abs. 1 Nr. 2 StGB abwenden können (vgl. oben), und „normalen“ GmbH-Geschäftsführern, denen dieses Instrumentarium nicht zur Verfügung steht. Jedoch führt auch diese Ungleichbehandlung nicht dazu, dass die Legitimität dahinschwindet. Denn obwohl GmbH-Geschäftsführer in den Fällen des § 283 Abs. 1 Nr. 2 StGB bzw. § 283 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 StGB zur Unternehmensrettung mit staatlicher Unterstützung das vergleichbare Insolvenzplanverfahren erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens beschreiten können und somit durch Herbeiführung der objektiven Strafbarkeitsbedingung dem Verdikt von § 283 Abs. 1 Nr. 2 StGB ausgesetzt sind, ist es, wie *Brand* darstellte, nicht notwendig, einen Sonderstrafatbestand für Manager von systemrelevanten Instituten zu schaffen, „die drohende Zahlungsunfähigkeit aus der Krisentrias des Tatbestandes zu streichen“ oder aber § 283 Abs. 6 StGB um eine speziell für die Vornahme der Übertragungsanordnung geltende Variante zu ergänzen. Die Privilegierung gilt nämlich weder uneingeschränkt noch für einen großen Teil von Bankmanagern (dazu ausführlich: *Brand*, KTS, im Erscheinen).

Die zweite „Legitimationslücke“, die der Referent untersuchte, ergibt sich daraus, dass Geschäftsleiter von Kapitalanlagegesellschaften und Investmentaktiengesellschaften wie solche von Kreditinstituten gemäß §§ 99 Abs. 3 S. 1, 19k InvG i.V.m. § 46b Abs. 1 S. 2 KWG von der Insolvenzantragspflicht des § 15a Abs. 1 InsO befreit sind. Stattdessen werden die betreffenden Person dazu verpflichtet, schon die drohende Zahlungsunfähigkeit der BaFin anzuzeigen. Jedoch droht einem Geschäftsleiter einer Kapitalanlagegesellschaft oder Investmentaktiengesellschaft bei Nichtbeachtung dieser Pflicht keine Bestrafung, wie dies bei Kreditinstituten gemäß § 55 KWG der Fall ist, sondern lediglich eine „Bebußung wegen einer Ordnungswidrigkeit“ gemäß § 143 Abs. 3 Nr. 5 InvG. Gründe, Manager dieser Gesellschaftsformen insolvenzstrafrechtlich zu privilegieren, existieren laut *Brand* nicht; es bestehe kein „geringeres Gläubigergefährdungspotenzial“ als dies bei Kreditinstituten der Fall sei. Daher müsse der Gesetzgeber zur Auflösung dieser Ungleichbehandlung tätig werden.

Anschließend widmete sich Staatsanwalt *Christian Brudnicki*, Leipzig, dem Thema „Strafrechtliche Implikationen des ESUG“. Als Leiter der Unterabteilung WESP, stellte der Referent einleitend die gemeinsame Ermittlungsgruppe von Staatsanwaltschaft und Polizei zur Verfolgung von Wirtschaftsstraftaten (WESP) in Leipzig vor. Diese hat das Ziel, die Ermittlungsarbeit durch eine besonders enge Zusammenarbeit von Staatsanwaltschaft und Polizei zu intensivieren und zu verbessern und die Akzeptanz der Strafverfolgung zu erhöhen; pro Jahr werden ca. 700 Ermittlungsverfahren bearbeitet. Daraufhin zeigte *Brudnicki* einige durch das Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) entstandene Änderungen auf. Zunächst wurde eine redaktionelle Neuerung in § 15a InsO in den Blick genommen, die das Wort „Insolvenzantrag“ in „Eröffnungsantrag“ modifiziert. Dies könnte, so der Redner, Auswirkungen auf die Akzeptanz der strafrechtlichen Verfolgung haben und diese stärken, was im Gleichlauf mit einem der Ziele der WESP stünde. Sodann beschäftigte sich der Referent mit der „verschärften Mitwirkungspflicht“ des § 13 Abs. 1 InsO, nach der ein Schuldner nunmehr dem Eröffnungsantrag ein Verzeichnis der Gläubiger und ihrer Forderungen beizufügen hat sowie weitere zusätzliche Angaben zu machen sind, wenn der Schuldner die Eigenverwaltung beantragt, die Merkmale des § 22a Abs. 1 InsO erfüllt oder die Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses beantragt wurde. Ob diese verschärfte Mitwirkungspflicht des Schuldners in der Praxis durchsetzbar ist, bezweifelte *Brudnicki*. Denn bereits jetzt sei die Mitwirkung bei „unwilligen Schuldnern“ schwer durchsetz-



bar. Daraufhin wandte sich der Redner dem neu eingefügten § 26 Abs. 4 InsO zu, dessen Ziel es sei, „den Schuldner (bzw. dessen Vertreter/Geschäftsführer) [bei Vorliegen der Voraussetzungen einer Insolvenzverschleppung] bereits im Vorfeld zur Massekostendeckung [verpflichtend] heran zu ziehen und nicht nur die nachträgliche Inanspruchnahme durch einen vorschießenden Gläubiger zu ermöglichen“. Das Insolvenzverfahren soll dadurch eröffnet und somit Vermögenswerte für die Gläubiger gesichert werden. Denn schon die Gesetzesmaterialien und das Beispiel Leipzig zeigten – der Insolvenzgerichtsbezirk Leipzig hat pro Jahr ca. 400 Abweisungen mangels Masse zu beklagen, wobei „vorschießende Gläubiger“ nahezu nicht ins Gewicht fallen –, dass das Kostenrisiko für einen Vorschuss nach § 26 Abs. 3 InsO zu hoch ist und diese Norm daher in der Praxis keine allzu große Rolle spielt; ein Bedürfnis nach dieser Neuerung bestehe daher. Da bei natürlichen Personen häufig keine Mittel zur Leistung des Vorschusses vorhanden sind, kritisierte *Brudnicki* zugleich die fehlende Relevanz von § 26 Abs. 4 InsO, wenn keine juristische Person die Rolle des Schuldners einnimmt. Zudem forderte er eine Klarstellung, ob auch ein faktischer Geschäftsführer erfasst ist. Da Geschäftsleiter aus Furcht vor strafrechtlichen und haftungsrechtlichen Folgen regelmäßig das Vorliegen der Voraussetzungen des § 26 Abs. 4 InsO bestreiten werden und der vorläufige Insolvenzverwalter somit dazu „gezwungen“ wird, den Anspruch in einem langwierigen Verfahren gerichtlich geltend zu machen, zweifelte der Vortragende an der Effektivität der Neuregelung. Außerdem warf er die Frage auf, wer die Kosten eines solchen Verfahrens zu tragen habe. Schließlich thematisierte *Brudnicki* einige weitere „Folgeprobleme“: Da staatsanwaltliche Ermittlungen vor einem „angedachten oder laufenden Insolvenzverfahren“ zur Feststellung der Insolvenzverschleppung „an Wert gewinnen“, erwartet der Redner eine Vielzahl an Akteneinsichtsgesuchen und vorsorglichen Anzeigen durch Gläubiger oder Insolvenzgutachter, was die Verfahrensdauer und -kosten erheblich steigern wird. Denn reichte den Strafverfolgungsbehörden nach alter Rechtslage noch regelmäßig das Insolvenzgutachten für eine summarische Prüfung, befürchtet der Vortragende, dass nunmehr „die Erkenntnisse des Gutachters [...] perspektivisch von den Strafverfolgungsbehörden selbst ermittelt werden“ müssen. Für die Strafverfolgungsbehörden positiv sieht *Brudnicki* die Neuregelung daher nur, wenn die zivilrechtliche Inanspruchnahme gemäß § 26 Abs. 4 InsO vor dem Ermittlungsverfahren erfolgt.

Der „Diskussionsvortrag“ von LOStA *Folker Bittmann*, Dessau-Roßlau, und Rechtsanwalt *Dr. Carsten Wegner*, Krause und Kollegen, Berlin, mit dem Titel „Das Verwendungsverbot des § 97 Abs. 1 S. 3 InsO“, der die mit dem Verwendungsverbot einhergehenden Probleme beleuchtete, bildete den Schlusspunkt der Veranstaltung (vgl. zum Ganzen auch die *WisteV-Standards*, *Bittmann*, *WiJ* 2012, 144 ff.). Dabei vertraten die beiden Referenten bei vielen der streitigen Fragen die jeweils gegenteilige Ansicht, wobei *Bittmann* zumeist die „justizfreundlichen“ und *Wegner* die „beschuldigtenfreundlichen“ Argumente für sich in Anspruch nahm. Das Ausgangsproblem, mit dem sich die Redner beschäftigten, war der Konflikt zwischen einer umfassenden Auskunftspflicht des Verpflichteten im Insolvenzverfahren im Interesse der Gläubiger auf der einen und dem aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG abgeleiteten verfassungsverbürgten Schweigerecht des Beschuldigten im Ermittlungs- und Strafverfahren als Ausprägung des „Nemo-tenetur-Prinzips“ auf der anderen Seite. Die Referenten stellten zunächst dar, dass sich die durch den Gemeinschuldnerbeschluss des BVerfG (BVerfGE 56, 37) zunächst als Verwertungsverbot ausgestaltete Untersagung des § 97 Abs. 1 S. 3 InsO mit Inkrafttreten der Insolvenzordnung 1999 zu einem weitergehenden Verwendungsverbot wandelte, das auch die sogenannte Fernwirkung erfasst. Danach dürfen Erkenntnisquellen, die durch die Auskunft des Schuldners bzw. bei juristischen Personen seiner Organe erlangt worden sind, nicht verwendet werden und die Auskunft auch nicht zu weiteren Erkenntnisquellen führen. Hingegen dürften, so die Vortragenden noch übereinstimmend, die Insolvenzgerichte die Staatsanwaltschaft wegen des schon 1998 und somit – trotz Verabschiedung der InsO im Jahr 1994 – vor der InsO in Kraft getretenen Justizmitteilungsgesetzes als Grundlage der „Mitteilungen über Zivilsachen“, auf ein eröffnetes Insolvenzverfahren oder die Abweisung mangels Masse hinweisen. Dies gelte auch bei einem Eigenantrag des Schuldners. Erste Unterschiede wurden bereits deutlich bei der Frage, ob die Staatsanwaltschaft dazu berechtigt ist, Insolvenzakten mitsamt den darin enthaltenen Auskünften des Schuldners zu lesen; jedenfalls gibt es aber kein Recht, Informationen, die darin enthalten sind und der Auskunftspflicht des § 97 Abs. 1 S. 1 InsO unterfallen, zu verwenden. Über die Frage, ob das Verwendungsverbot darüber hinaus Äußerungen, die dem Gutachter

im Insolvenzeröffnungsverfahren gegenüber erklärt wurden, erfasst, waren sich die Redner ebenfalls einig. Da der Gutachter lediglich Helfer des Insolvenzgerichtes ist und somit Äußerungen diesem gegenüber auch „mittelbare Angaben gegenüber dem Insolvenzgericht“ sind, greift § 97 Abs. 1 S. 3 InsO. Im weiteren wurden durch die Vortragenden vor allem folgende Thesen kontrovers diskutiert: Sind Erklärungen des Schuldners – auch in Erfüllung sonstiger gesetzlicher Pflichten – im Eigenantrag zur Insolvenzeröffnung von § 97 Abs. 1 S. 3 InsO erfasst bzw. gilt dies auch für die durch das ESUG beizufügende Gläubigerliste? Wie sind freiwillige Äußerungen, beispielsweise gegenüber dem Insolvenzgericht, aufgrund eines Irrtums über die Person des Insolvenzverwalters oder seiner Mitarbeiter zu behandeln? Können Falschauskünfte sowie Informationen, die durch beredtes Schweigen gewonnen werden, verwendet werden? Des Weiteren setzten sich *Bittmann* und *Wegner* mit der Frage auseinander, ob der Inhalt von Büchern und Bilanzen dem Verwendungsverbot unterliegt. *Bittmann* argumentierte, dass diese „nicht aufgrund insolvenzrechtlicher Pflichten geführt“ bzw. erstellt werden und somit frei verwendbar sind; sollte aber das Versteck, in dem diese Unterlagen verborgen sind, durch eine Auskunft gemäß § 97 Abs. 1 S. 1 InsO bekannt werden, so solle diese von § 97 Abs. 1 S. 3 InsO umfasst sein. Erörtert wurde zudem, ob Kundgaben, die grundsätzlich dem Verwendungsverbot unterfallen, in einem Verfahren gegen weitere Verantwortliche wie Mitgeschäftsführer verwendet werden dürfen bzw. sollte dies der Fall sein, ob das „nur [für] selbstständige Verfahren gilt oder auch bei Ermittlungen in einem Verfahren gegen alle Verantwortliche“. Aus Sicht der Staatsanwaltschaft führte *Bittmann* noch aus, dass bei unrechtmäßiger strafprozessualer Verwertung von Informationen, die § 97 Abs. 1 S. 1 InsO unterliegen, diese im Ermittlungs- und Strafverfahren „dann weiter genutzt werden [dürfen], wenn sie sich auch auf eine von der Auskunft unabhängige, also uneingeschränkt verwertbare Quelle zurückführen“ lassen. Schlussendlich wurde noch der Frage nachgegangen, wie sich die Stellung des Insolvenzverwalters im Ermittlungs- und Strafverfahren darstellt: Die Referenten waren sich einig, dass diesem kein Zeugnisverweigerungsrecht zusteht, sondern bezüglich der Verwendbarkeit seiner Aussage ein inhaltlicher Gleichlauf mit § 97 Abs. 1 S. 3 InsO zu präferieren ist.

## Rezensionen

Rechtsanwalt Prof. Dr. Jürgen Wessing, Düsseldorf

### Quedenfeld/Füllsack, Verteidigung in Steuerstrafsachen

4. Auflage, Heidelberg 2012, 516 Seiten, 79,95 Euro

Sieben Jahre haben sich Quedenfeld/Füllsack mit einer Neuauflage ihres Werkes „Verteidigung in Steuerstrafsachen“ Zeit gelassen. Das Warten hat sich gelohnt. Bereits die drei Vorauflagen galten vielen Praktikern als unverzichtbar. Die nun erschienene Neubearbeitung wird diesen Ruf weiter festigen.

Mit Florian Bach, Michael Braun und Markus Krauter tragen hierzu neben den bisherigen Verfassern gleich drei neue Co-Autoren bei. Insbesondere die Rekrutierung von Michael Braun erweist sich als Gewinn. Als Regierungsrat in Stuttgart und Sachgebietsleiter der Steuerfahndung ergänzt er die anwaltliche Perspektive der übrigen Verfasser um den Blick des routinierten Steuerermittlers. Dies passt zum Anspruch des Buches, eine erfahrungsgesättigte und praxisnahe Einführung in die Verteidigung in Steuerstrafsachen zu bieten.

Der erste Teil des Buches ist den *Allgemeinen Grundfragen* gewidmet und gibt einen Überblick über die komplexe Verzahnung von Besteuerungs- und Strafverfahren sowie deren Konsequenzen für Verteidiger und steuerliche Berater. Zu Recht betonen die Verfasser die Notwendigkeit einer engen Kooperation und geben Hinweise, wie diese möglichst reibungslos funktionieren kann.

Im zweiten Teil werden die einzelnen *Tatbestände des Steuerstraf- und Ordnungswidrigkeitenrechts* dargestellt. Die Autoren vermitteln einen Überblick über die Besonderheiten und typischen Anwendungsfälle der Rechtsmaterie, ohne dabei deren Verzahnung mit den allgemeinen Regeln des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht aus den Augen zu verlieren. Lediglich zum Verhältnis mancher Bestimmungen zu den Tatbeständen des Kernstrafrechts hätte man gerne noch etwas mehr gelesen. Grundlegende Fragen – etwa zur steuerlichen Relevanz von Schmiergeldzahlungen (§ 4 Abs. 5 S. 10 Nr. 10 EStG) – werden aber beantwortet.

Der dritte Teil des Buches beschäftigt sich mit dem *Recht der Selbstanzeige*, das seit der Vorauflage grundlegende Veränderungen erfahren hat. Zu Recht schenken die Verfasser diesen Änderungen besondere Aufmerksamkeit. Die Neufassung des § 371 AO wirft etliche Fragen auf, deren Beantwortung für den Mandanten existenzielle Auswirkungen haben kann. Die Autoren begnügen sich nicht damit, diese Unklarheiten zu identifizieren. Sie erläutern auch, wie der Verteidiger sie sich zu Nutzen machen kann, und wagen – stets mit der gebotenen Vorsicht – eigene Prognosen zur Weiterentwicklung der Rechtsprechung.

Der vierte Teil stellt ausführlich die *Abschnitte des Steuerstrafverfahrens* dar – vom ersten Ermittlungsanlass bis zum letzten Wort in der Hauptverhandlung. Auch hier referieren die Autoren nicht nur die Rechtslage, sondern zeigen auf jeder Stufe konkrete Handlungsoptionen und Risiken für die Verteidigung auf. In einem separaten Abschnitt wird das Ordnungswidrigkeitenverfahren abgehandelt.

Die *Ergebnisse und Folgen des Steuerstraf- und Ordnungswidrigkeitenverfahrens* werden im fünften Teil des Buches thematisiert. Der sechste und abschließende Teil besteht aus diversen *Mustertexten* und praktischen Arbeitshilfen wie Strafmaßstabellen und einem Fragenkatalog zur Selbstanzeigeberatung.

Quedenfeld/Füllsack haben bei der Überarbeitung die Entwicklung von Rechtsprechung und Gesetzgebung bis Ende 2011 berücksichtigt. Die Grundsatzentscheidung BGHSt 53, 71 zur Strafzumessung haben sie ebenso integriert wie die Entscheidungen von BGH, EuGH und BVerfG zur Umsatzsteuerhinterziehung bei innergemeinschaftlicher Lieferung im Kfz-Handel (BGH BFH/NV 2009, 699; EuGH DStR 2010, 2572; BVerfG Beschl. v. 16.06.2011 - 2 BvR 542/09 -).

Ausführlich behandeln die Autoren auch das neue Steuerabkommen zwischen Deutschland und der Schweiz, das am 01.01.2013 in Kraft treten soll. Anhand von mehreren Beispielsfällen verdeutlichen sie seine wahrscheinlichen Auswirkungen. Das jüngst unterzeichnete Ergänzungsprotokoll (vgl. Pressemitteilung des BMF Nr. 12/2012 v. 05.04.2012), mit dem einige wichtige Änderungen verbunden sind, konnte freilich keine Berücksichtigung mehr finden. Dessen ungeachtet dürfte der Quedenfeld/Füllsack momentan der aktuellste Ratgeber auf dem dynamischen Gebiet des Steuerstrafrechts sein.

Mehr noch als seine Aktualität streiten jedoch die geballte praktische Erfahrung und Fachkenntnis der Verfasser für das Werk, dessen inhaltliche Tiefe es keineswegs nur als Einführung interessant macht. Die Lektüre eines Lehrbuches zum materiellen Steuerrecht, auf welches die strafrechtlichen Blanketttatbestände der AO verweisen, kann und soll es nicht ersetzen. Der Quedenfeld/Füllsack empfiehlt sich jedoch als Orientierungshilfe für jeden Praktiker, der sich der komplexen Querschnittsmaterie „Steuerstrafrecht“ nähern möchte. Den Strafverteidiger sensibilisiert es für die enge Verschränkung von Steuerstraf- und Besteuerungsverfahren und vermittelt ihm einen Überblick über die grundlegenden Begriffe, Besonderheiten und Tücken des Rechtsgebiets. Dem steuerlichen Berater gibt es strafprozessuales Rüstzeug an die Hand und schärft seinen Blick für die strategische Dimension der Strafverteidigung.

Weil Quedenfeld und Füllsack dabei durchgehend die richtigen Schwerpunkte setzen, bleibt das Buch auch in der Neuauflage von einer überschaubaren Länge. Der Leser wird – und dies ist ein großes Verdienst – nicht mit Information erschlagen, sondern in die Lage versetzt, an der richtigen Stelle selbständig weiterzulesen.

Prof. Dr. Martin Paul Waßmer, Köln

## Der Pflichtwidrigkeitsvorsatz der Untreue. Zugleich ein Beitrag zur gesetzlichen Bestimmtheit des § 266 StGB

Von Lasse Dinter, Schriften zum Wirtschaftsstrafrecht, C.F. Müller Heidelberg u.a. 2012 – XI, 148 S., 49,95 Euro

§ 266 StGB hat sich in den letzten Jahren zu einer der wichtigsten Strafvorschriften des Wirtschaftsstrafrechts entwickelt. Allerdings gelten zentrale dogmatische Fragen als ungelöst. So hat der 3. Strafsenat des BGH im Mannesmann-Urteil (BGHSt 50, 331 ff.) die Frage offen gelassen, ob der Irrtum über die Pflichtwidrigkeit einen Tatbestands- oder einen Verbotsirrtum begründet: Eine sachgerechte Einordnung lasse sich „nicht durch schlichte Anwendung einfacher Formeln ohne Rücksicht auf wertende Kriterien und differenzierende Betrachtungen“ erreichen. *Dinter* hat es sich in seiner Münsteraner Dissertation, die von *Mark Deiters* betreut wurde, zum Ziel gesetzt, eine praxistaugliche Lösung zu entwickeln.

Im einleitenden ersten Teil stellt *Dinter* zunächst das bisherige Meinungsspektrum vor. Das Schrifttum begreife die Pflichtwidrigkeit entweder als „normatives Tatbestandsmerkmal“, was die Anwendung der Regeln des Tatbestandsirrtums nahe lege, oder aber als „Blankett“, „blankettartiges Merkmal“ bzw. „gesamttatbewertendes Merkmal“, was für die Anwendung der Regeln des Verbotsirrtums spreche. Der BGH gehe dagegen von einem „komplexen“ normativen Tatbestandsmerkmal aus, bei dem der Irrtum über die Pflichtwidrigkeit nicht zwangsläufig zu einem Tatbestandsirrtum führe, sondern auch einen Verbotsirrtum darstellen könne.

Im zweiten Teil analysiert *Dinter* die grundsätzliche Abgrenzung des Tatbestandsirrtums vom Verbotsirrtum. Beim Pflichtwidrigkeitsmerkmal der Untreue lasse sich entweder auf die Tatsachen-, die Rechtsfolgen- oder die Rechtskenntnis abstellen, womit drei „Vorsatzmodelle“ existieren. Bei Untreuetaten könne daher gegebenenfalls bereits die Kenntnis der die Verhaltensnormen begründenden Tatsachen einen Appell an den Täter richten, über die Rechtmäßigkeit nachzudenken, ohne dass der Pflichtverstoß erkannt worden sein müsse. Die Pflichtwidrigkeit begreift *Dinter* als ein „teilweise verhaltensnormenvermittelndes Tatbestandsmerkmal“, das nicht auf eine, sondern auf mehrere Verhaltensnormen Bezug nimmt. Deshalb könne ein Verstoß gegen das allgemeine Schädigungsverbot noch keine Untreue begründen. Die bloße Verursachung eines Nachteils vermittele keinen hinreichenden Unrechtsimpuls, womit der Schluss vom Nachteils- auf den Pflichtwidrigkeitsvorsatz unzulässig sei.

Im dritten Teil befasst sich *Dinter* mit der Frage, welche Umstände der Täter erkannt haben muss, um einen Pflichtwidrigkeitsappell vermittelt zu bekommen. Er plädiert zunächst dafür, den Maßstab der Erkennbarkeit dem Adressatenkreis anzupassen (Expertenstrafrecht). Damit bereite die Annahme von Vorsatz selten praktische Probleme. Wer wisse, dass für seine Tätigkeit Vorschriften bestehen, sich aber nicht informiere, handle meistens mit Eventualvorsatz. Hinsichtlich der Umstände, die der Täter kennen muss, will *Dinter* nach der Quelle der Vermögensbetreuungspflicht differenzieren (S. 73 ff.): Bei Verstößen gegen gesetzliche Pflichten genüge Tatsachenkenntnis, da der Normadressat diese Pflichten zu kennen habe, gesetzliche Verbote generell und damit für jedermann erkennbar formuliert seien. Dagegen müsse der Normadressat bei Verstößen gegen Pflichten aus Rechtsgeschäft oder aus behördlichem Auftrag den Pflichtverstoß erkannt haben (Rechtskenntnis), da es hier an einer allgemeinen Wertwidrigkeit fehle, das Verbot erst durch eine nur dem Einzelnen zugängliche Anordnung konkretisiert werde. Diese Differenzierung dürfte allerdings auf Widerstand stoßen: Denn maßgebend kann nicht sein, dass „jedermann“ den Pflichtwidrigkeitsappell vermittelt bekommt, sondern entscheidend ist, dass gerade der Vermögensbetreuungspflichtige Anlass hat, über die Rechtmäßigkeit seines Verhaltens nachzudenken. Der „Pflich-

tige“ dürfte aber die Pflichten, die ihm durch Vertrag oder behördlichem Auftrag konkret auferlegt wurden, regelmäßig besser kennen als abstrakte gesetzliche Pflichten!

Den abschließenden vierten Teil widmet *Dinter* verfassungsrechtlichen Problemen, die dadurch entstehen, dass das Pflichtwidrigkeitsmerkmal an Verhaltensnormen mit unterschiedlichem Bestimmtheitsgrad anknüpft. Der Verweis auf unbestimmte Vermögensbetreuungspflichten (z.B. Beachtung der „Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes“, § 93 Abs. 1 S. 1 AktG) sei zulässig, wenn die erforderliche Bestimmtheit hergestellt werden könne. Restriktionsansätze, die auf der objektiven Tatbestandsebene ansetzen, betrachtet *Dinter* allerdings als unergiebig, da weder das Erfordernis einer gravierenden Pflichtverletzung noch das Kriterium der Vertretbarkeit einer Entscheidung bzw. der Evidenz einer Pflichtverletzung überzeugen könnten. Vielmehr müsse die Restriktion im subjektiven Tatbestand erfolgen. Der Vermögensinhaber verdiene nämlich nur dann Schutz, wenn er seinen Willen hinreichend klar geäußert habe (viktimodogmatische Betrachtung) und der Täter sicher wisse, dass er entgegen dem Willen bzw. dem Interesse des Vermögensinhabers handelt. Auch in Zweifelsfällen bestehe keine Erkundigungspflicht. Bei unbestimmten Verhaltensgeboten sei daher eine Strafbarkeit erst bei Kenntnis vom Pflichtverstoß anzunehmen. Die Einwände, die im Schrifttum gegen eine derartige Sichtweise, die den Vermögensinhaber und damit das Opfer benachteiligt, bereits vorgebracht wurden, konnten *Dinter* nicht überzeugen (S. 124 f.): Dem Zwang juristischer Personen, sich eines vermögenspflichtigen Organs bedienen zu müssen, stehe der Nutzen gegenüber, überhaupt handlungs- und willensfähig zu sein; einen weitergehenden Schutz könne nur der Gesetzgeber durch die Kodifizierung hinreichend bestimmter Pflichten oder durch die Einräumung von Weisungsrechten gegenüber den Organen sicherstellen; solange der Gesetzgeber die Verhaltenslenkung unbestimmten Maßstabsfiguren überlasse, verbleibe dem Privaten lediglich die Entscheidung darüber, ob er sich für sein Unternehmen eines – aus strafrechtlicher Perspektive – sektoral unsicheren „wirtschaftlichen Mantels“ bedienen möchte. Auch diese Auffassung dürfte auf Widerstand stoßen: Denn die Einräumung eines Ermessensspielraums ist im Kontext unternehmerischer Entscheidungen rechtsökonomisch notwendig, wie *Dinter* selbst konzediert, so dass eine gesetzliche Konkretisierung an Grenzen stößt. Schließlich soll nach Auffassung von *Dinter* auch der Einwand nicht verfangen, dass subjektive Restriktionsbemühungen jenen auf objektiver Tatbestandsebene deshalb strukturell unterlegen seien, weil der Richter die Kenntnis des Täters vom Pflichtverstoß aus seiner richterlichen Überzeugung ableiten könne (S. 125 f.): Der Richter werde „bei einer behutsamen und gewissenhaften Anwendung des indubio-Grundsatzes nicht umhin kommen, seine persönliche Empörung über den besonders skandalösen Einzelfall beiseite zu legen und in Zweifelsfällen freizusprechen“. Diese Hoffnung dürfte eine Illusion sein: Warum soll ein Richter – gerade in einem „empörenden Fall“ – den subjektiven Tatbestand der Untreue verneinen, zumal wenn nach Meinung von *Dinter* der Vorsatz bei schadensträchtigen unternehmerischen Entscheidungen bereits dann vorliegen soll, wenn sich ein Handeln entgegen dem Willen des Vermögensträgers „geradezu aufdrängt“ (S. 126 f.)?

Die Schrift bietet damit ein gemischtes Bild. Einerseits sind Darstellung und Analyse sorgfältig und instruktiv. Andererseits tendiert die Lösung dazu, bei unbestimmten Verhaltenspflichten den Vermögensinhaber zu benachteiligen. Das dürfte kaum konsensfähig sein.

# Wohin führt der Weg?



**Interdisziplinärer Austausch, internationale Vernetzung,  
mehr Rechtssicherheit schaffen.**

## WisteV

Wirtschaftsstrafrechtliche Vereinigung e.V.

**Sie haben Interesse an einer Mitgliedschaft oder weitere Fragen?  
Wir freuen uns auf Ihre Kontaktaufnahme!**

Wirtschaftsstrafrechtliche Vereinigung e.V.  
Rundeturmstraße 12 | 64283 Darmstadt

Telefon: 0179 – 486 40 62 oder 0160 – 7844214 | Fax: 06151 – 501 30 20

info@wistev.de | www.wistev.de