

Herausgeber:

Dr. Hanno Durth
Dr. Thomas Nuzinger
Milena Piel
Dr. Michael Racky
Christian Rosinus
Markus Rübenstahl, Mag. iur.
Kathie Schröder

Redaktion:

Prof. Dr. Dennis Bock, Milena Piel,
Markus Rübenstahl, Mag. iur.

Schriftleitung:

Prof. Dr. Dennis Bock
Friedrich-Schiller-Universität Jena
Rechtswissenschaftliche Fakultät
D-07737 Jena

Wirtschaftsstrafrechtliche
Vereinigung e. V.

Rundeturmstraße 12
64283 Darmstadt

Aus dem Inhalt:

Aufsätze und Kurzbeiträge

RA Prof. Dr. Jürgen Wessing, Düsseldorf

Praktische Probleme des Unternehmensanwaltes als Verteidiger

1

RA Dr. Hanno Durth, Darmstadt

Strafrechtsunternehmen „Unternehmensstrafrecht?“

7

Einführung und Schulung

RA Markus Rübenstahl, Mag. iur., Frankfurt am Main

Internal Investigations – status quo (Teil 1)

17

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

Grundzüge des Insolvenzstrafrechts (Teil 1) – Grundlagen und Bankrott

34

Internationales

Rechtsanwalt Stefan Wehrenberg, Rechtsanwalt Friedrich Frank,
Rechtsanwalt Dr. Bernhard Iserning, lic. iur. Patrick Götze, alle Zürich

Länderbericht Schweiz

47

Veranstaltungsberichte und Rechtspolitisches

LOStA Folker Bittmann, Dessau

WisteV-Standards

62

Editorial

WiJ – Journal der Wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung e.V., erste Ausgabe 2012

Die Wirtschaftsstrafrechtliche Vereinigung e.V. – WisteV erlebt seit ihrer Gründung durch eine Handvoll engagierter Kollegen im Jahr 2009 eine einzigartige Erfolgsgeschichte: Innerhalb von nur zweieinhalb Jahren ist die Mitgliederzahl auf über 270 Mitglieder gewachsen, immer besser gelingt die Vernetzung mit verschiedenen Berufsgruppen und Rechtsdisziplinen und – nicht zuletzt – in die angrenzenden Staaten hinein: im Jahr 2011 wurden sowohl die Landesgruppe Schweiz (S. 48: „Länderbericht Schweiz: Aktuelles Wirtschaftsstrafrecht“) als auch die Landesgruppe Österreich ins Leben gerufen. Das Ziel der WisteV, die Akteure des Wirtschaftsstrafrechts fachübergreifend an einen Tisch zu bringen, wurde im Jahr 2011 im Rahmen einer Vielzahl von Tagungen zu hochaktuellen wirtschaftsstrafrechtlichen Fragestellungen erreicht (Zusammenfassung der Tagungsergebnisse durch WisteV-Beirat *LOStA Folker Bittmann*, S. 62; Tagungsbericht Bochumer Steuerseminar, S. 68).

Jedes neue Kalenderjahr der WisteV beginnt seit 2010 mit einem Highlight: Die „WisteV-wistra-Neujahrstagung“ bringt Referenten aus Recht, Wirtschaft, Politik und den angrenzenden Rechtsdisziplinen mit einem breiten Kreis von interessierten Zuhörern zusammen und setzt dabei schon zu Anfang eines jeden Jahres neue Maßstäbe.

In das Jahr 2012 startet WisteV geradezu mit einem Neujahrfeuerwerk: Im Rahmen der „WisteV-wistra-Neujahrstagung“ („*Moloch Wirtschaftsstrafrecht – Staatliche Wirtschaftslenkung durch die und auf Kosten der Justiz?*“) wird erstmals der mit 1.000 Euro dotierte Preis der Wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung e.V. (WisteV-Preis) für die aus der Perspektive der Praxis beste Dissertation oder Habilitation des Wirtschaftsstrafrechts vergeben. In diesem Jahr geht er an zwei Autoren, deren Arbeiten durch ihre hohe Relevanz auf dem Gebiet des Wirtschaftsstrafrechts überzeugen konnten. In der vorliegenden und der kommenden Ausgabe der WiJ werden die Arbeiten der Preisträger *Dr. Marc Engelhart* und *Dr. Felix Walther* rezensiert (*Christian Rosinus* zu *Dr. Marc Walther*, „Die Sanktionierung von Unternehmen unter Berücksichtigung von Compliance-Maßnahmen“, S. 77). Die Homepage der WisteV, www.wistev.de, hat 2012 ein neues und moderneres Gesicht erhalten. Die „funkelndste Neujahrskacke am wirtschaftsstrafrechtlichen Internet-Himmel“ ist allerdings die neue Online-Zeitschrift: erstmals erscheint das **Journal** der Wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung e.V., **WiJ**. WisteV veröffentlicht damit die erste kostenfreie interdisziplinär und länderübergreifend ausgerichtete Online-Zeitschrift Deutschlands zu wirtschaftsstrafrechtlichen Fragestellungen.

Weiter zum Inhalt: In der Ihnen vorliegenden ersten Ausgabe ruft *Prof. Dr. Jürgen Wessing* die Verteidiger dazu auf, die Möglichkeiten der Verteidigung in Bezug auf das Unternehmensstrafrecht zu nutzen (S. 1). Welche Möglichkeiten dies sind und wie diese Möglichkeiten auch gegenüber einer Staatsanwaltschaft, die bisher nur Individualverteidigungen kennt, effektiv durchgesetzt werden können, legt *Prof. Dr. Jürgen Wessing* im Detail dar, und er lässt keinen Zweifel: Faktisch ist in Deutschland ein Unternehmensstrafrecht längst in Kraft; um dessen konkrete Ausgestaltung muss noch gerungen werden. Auch *Dr. Hanno Durth* anerkennt das faktische Bestehen von Sanktionierungsmöglichkeiten gegen Unternehmen im deutschen Rechtssystem, jedoch warnt er vor der Einführung eines eigenständigen Unternehmensstrafrechts, das den bisher bekannten Strafprozess in Frage stellen würde. Zur Vermeidung der damit einhergehenden Gefahren und Ungewissheiten zeigt *Dr. Hanno Durth* alternative Handlungsweisen auf. *Markus Rübenthal*, *Mag. iur.* stellt die aktuelle Rechtslage zu unternehmensinternen Ermittlungen vor (Teil 1 zu Interviews in *Internal Investigations*, S. 17) und *Norman Lenger* und *Dr. Henner Apfel* präsentieren den ersten Teil ihrer umfassenden Einführung und Schulung zum Insolvenzstrafrecht (S. 34).

Auf den gesamten Inhalt der WiJ können Sie jederzeit unter www.wi-j.de zugreifen. Wir freuen uns auf Ihren Besuch!

Rechtsanwältin Milena Piel, Düsseldorf

Inhaltsverzeichnis

Editorial	II
Inhaltsverzeichnis	III
Aufsätze und Kurzbeiträge	1
Rechtsanwalt Prof. Dr. Jürgen Wessing, Düsseldorf Praktische Probleme des Unternehmensanwaltes als Verteidiger	1
Rechtsanwalt Dr. Hanno Durth Strafrechtsunternehmen „Unternehmensstrafrecht?“	7
Einführung und Schulung	17
Rechtsanwalt Markus Rübenstahl, Mag. iur., Frankfurt am Main Internal Investigations – status quo (Teil 1)	17
Rechtsanwalt Norman Lenger und Rechtsanwalt Dr. Henner Apfel, beide Düsseldorf Grundzüge des Insolvenzstrafrechts (Teil 1) – Grundlagen und Bankrott	34
Internationales	47
Rechtsanwalt Stefan Wehrenberg, Rechtsanwalt Friedrich Frank, Rechtsanwalt Dr. Bernhard Isenring, lic. iur. Patrick Götze, alle Zürich Länderbericht Schweiz: Aktuelles Wirtschaftsstrafrecht	47
Veranstaltungsberichte und Rechtspolitisches	62
Folker Bittmann, Leitender Oberstaatsanwalt, Dessau-Roßlau WisteV-Standards	62
Dipl. Juristin, Dipl.-Finanzwirtin Diana Klesen, Dipl. Jurist Dirk Schäfers Protokoll zum Bochumer Steuerseminar für Praktiker und Doktoranden vom 09. Dezember 2011	68
Rezensionen	76
Prof. Dr. Dennis Bock, Jena Grützner/Pötz/Kreß, Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen	76
Rechtsanwalt Christian Rosinus, Frankfurt Dr. Marc Engelhart, Die Sanktionierung von Unternehmen unter besonderer Berücksichtigung von Compliance-Maßnahmen	77

Impressum

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

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

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

Verantwortliche Schriftleitung: Prof. Dr. Dennis Bock, Friedrich-Schiller-Universität Jena, Rechtswissenschaftliche Fakultät, D-07737 Jena,
Kontakt: redaktion@wi-j.de. **Webmaster/ Layout:** Milena Piel. Kontakt: 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). Die Annahme zur Veröffentlichung erfolgt per Email. Die veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt der Autor dem WisteV-Journal das ausschließliche Veröffentlichungsrecht bis zum Ablauf des Urheberrechts. Eingeschlossen ist insbesondere die Befugnis zur Speicherung in Datenbanken und die Veröffentlichung im Internet (www.wi-j.de) sowie das Recht der weiteren Vervielfältigung. Kein Teil des WisteV-Journal darf ohne schriftliche Genehmigung des WisteV-Journal reproduziert oder anderweitig veröffentlicht werden. Ein Autorenhonorar ist ausgeschlossen.

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

Erscheinungsweise: Vierteljährlich, elektronisch. **Bezugspreis:** Kostenlos.

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

Aufsätze und Kurzbeiträge

Unternehmensstrafrecht

Rechtsanwalt Prof. Dr. Jürgen Wessing, Düsseldorf¹

Praktische Probleme des Unternehmensanwaltes als Verteidiger

I. Einleitung

Die strafrechtlichen Risiken für Unternehmen und Gesellschafter weiten sich immer mehr aus. Bußgelder in Millionenhöhe und Korruptionsvorwürfe bestimmen die Medienlandschaft, der Trend zu Compliance und Risikomanagement ist ungebrochen² und verunsicherte Konzerne versuchen sich und ihr Image um jeden Preis zu schützen. Unmittelbare Folge dieser Entwicklung ist das steigende Bedürfnis an qualifiziertem Rechtsrat, auch und besonders in der strafrechtlichen Krisensituation. Der Beitrag beleuchtet die typischen Aufgaben und Funktionen eines Unternehmensanwaltes in Verteidigungssituationen und stellt in Kurzform dessen rechtliches Fundament dar. Schwerpunktmäßig widmet sich der Beitrag den Problemen, die sich bei der Verteidigung und Beratung von Unternehmen in der Praxis ergeben. Insbesondere wird erörtert, wie sich der Unternehmensanwalt Akzeptanz bei den Ermittlungsbehörden verschaffen kann, welche Möglichkeiten zur Akteneinsicht bestehen, wie sich der Unternehmensanwalt dem Vorwurf des Parteiverrats entziehen kann und in welchem Verhältnis der Unternehmensanwalt zum Individualverteidiger steht.

II. Aufgaben und Funktionen des Unternehmensverteidigers

Um die Aufgaben eines Anwaltes in der Rolle eines Verteidigers untersuchen zu können, muss eine Differenzierung zwischen dem das Unternehmen vertretenden Anwalt gegenüber dem das Unternehmen verteidigenden Anwalt deutlich gemacht werden. Vorab: In beiden Rollen ist der Syndikusanwalt nicht zu sehen.³ Während als Syndikusanwalt ein zugelassener Rechtsanwalt bezeichnet wird, der in einem geordneten Beschäftigungsverhältnis mit einem ständigen Auftraggeber steht,⁴ ist der Unternehmensanwalt ein externer Berater eines Unternehmens. Der Unternehmensverteidiger ist hingegen derjenige Rechtsanwalt der aufgrund einer speziellen Vollmacht⁵ die Interessen eines Unternehmens im strafrechtlichen Bereich vertritt.⁶ Der Syndikusanwalt ist daher Rechtsanwalt, der in einem Unternehmen tätig ist, dieses aufgrund § 46 BRAO aber nicht als Rechtsanwalt vertreten darf. Der Unternehmensanwalt als Unternehmensverteidiger ist hingegen Rechtsanwalt des Unternehmens, der auch in der Lage ist, vor Staatsanwaltschaften und Gerichten für das Unternehmen als Rechtsanwalt tätig zu sein. Nur wenn diese Unterscheidung klar ist, können die Aufgaben und Funktionen des Unternehmensverteidigers nachvollzogen werden. Ein weiteres: Als strafrechtliche Vertreter des Unternehmens ist der "Unternehmensverteidiger" nicht nur in der Abwehr strafrechtlicher Vorwürfe gegen das Unternehmen und ihren Konsequenzen tätig. Er ist auch derjenige, der das Unternehmen vertritt, wenn aus strafrechtlichen Handlungen zulasten des Unternehmens herrührende Schäden abgewehrt werden sollen.

Syndikus und Verteidiger

¹ Der Autor ist Fachanwalt für Strafrecht, namensgebender Partner der Kanzlei Wessing&Partner in Düsseldorf und Honorarprofessor an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf.

² Siehe nur Handelsblatt v. 26.08.2011 (Compliance Beauftragte – Unternehmen rüsten auf).

³ Vgl. zur verwirrenden Verwendung des Begriffs nur Huff, AnwBl. 2011, 472 ff., der beide Begriffe synonym verwendet.

⁴ Roxin, NJW 1992, 1129 (1129); Minoggio, Firmenverteidigung, 2. Aufl. 2010, Rn. 375.

⁵ Siehe § 434 StPO.

⁶ Siehe Legaldefinition in These 1 der BRAK-Stellungnahme-Nr. 35/10 (Thesen der Bundesrechtsanwaltskammer zum Unternehmensanwalt im Strafrecht); Kempf, in: Münchener Anwaltsbandbuch Verteidigung in Wirtschafts- und Strafverfahren, 1. Aufl. 2006, § 10 Rn. 1.

Der Unternehmensverteidiger – das unbekannte Wesen?

1) Verteidigung des Unternehmens

Die wesentlichste Aktivität des Unternehmensverteidigers ist die aktive Verteidigung von Unternehmen. Dabei sollte eine aktive strafrechtliche Vertretung nicht erst dann einsetzen, wenn ein Ermittlungsverfahren eingeleitet wurde. Immer dann, wenn im Unternehmen der Verdacht aufkommt, dass Straftaten aus diesem heraus begangen werden oder dass es das Opfer strafbarer Handlungen ist, ist nicht nur die Revisionsabteilung gefragt. Bereits vor dem Erscheinen der Staatsanwaltschaft ist die Beauftragung eines Unternehmensverteidigers vorteilhaft, da dieser bei einer internen Sachverhaltsaufklärung mitwirken und den Sachverhalt anschließend rechtlich und in seinen Konsequenzen beurteilen kann.⁷ Nach dem Abschluss dieser internen Ermittlungen und auch in den Fällen, in dem die Staatsanwaltschaft tätig wird, stellt sich die Aufgabe, eine Verteidigungsstrategie zu erarbeiten, bei der idealerweise sowohl die Interessen des Unternehmens als auch die der beschuldigten Mitarbeiter berücksichtigt werden. Der Abgleich von Unternehmens- und Individualinteressen kann dazu führen, der Unternehmensleitung und den Mitarbeitern die Vorteile einer gemeinsamen Verteidigungsstrategie aufzuzeigen. Oft wird der individuell Beschuldigte reflexhaft geneigt sein, Fehlverhalten als Folge einer vorherrschenden Unternehmenskultur zu erklären; im Gegenzug wird das Unternehmen versuchen, den Gesetzesverstoß als individuelles und isoliertes Fehlverhalten eines Mitarbeiters darzustellen. Dieser Weg wird für beide Seiten in den seltensten Fällen erfolgreich sein, vielmehr ist dies die Situation, die der Staatsanwaltschaft die liebste ist: „Teile und herrsche“. Zielführend ist es vielmehr oft, bei den Beteiligten das Bewusstsein zu schaffen, dass unternehmensbezogene Sanktionen immer an eine von einer individuellen Person begangene Straftat anknüpfen und die Verteidigung des individuell Beschuldigten damit zugleich als Verteidigung des Unternehmens wirkt.⁸ Nur wenn dieses Zusammenspiel von den Beteiligten verstanden wird, kann eine Zusammenarbeit zwischen Unternehmen und individuell Beschuldigten gelingen. Sofern ein Ermittlungsverfahren bereits eingeleitet wurde und es zu Durchsuchungs- oder gar Beschlagnahmemaßnahmen kommt, liegt eine weitere wichtige Aufgabe des Unternehmensverteidigers darin, die Mitarbeiter zu beruhigen und dem Mandanten zu vermitteln, dass alles zur Verteidigung Notwendige getan wird.⁹ Daneben hat der Unternehmensanwalt aber auch die Aufgaben zu kontrollieren, ob die rechtlichen Grenzen von den Ermittlungsbeamten eingehalten werden und selbst die Mitarbeiter über eventuell bestehende Zeugnisverweigerungsrechte zu belehren. Schließlich ist der Unternehmensverteidiger auch für die Kommunikation zwischen Unternehmen und Ermittlungsbehörden und in besonderen Fällen mit der Presse zuständig. Denn nur wenn der Unternehmensanwalt in den Informationsfluss des Unternehmens eingebunden wird und diese Informationen gegenüber den Ermittlungsbehörden verwaltet, kann die Verteidigung eines sich stets bewegenden Unternehmens gelingen.

2) Angriffe des Unternehmens

Neben der Verteidigung von Unternehmen zählt es auch zu den Aufgaben des Unternehmensverteidigers aktiv Strafanzeigen im Auftrage eines Unternehmens zu stellen. Aussicht auf Erfolg hat dies im Allgemeinen aber nur dann, wenn der Sachverhalt im Sinne eines konkreten Anfangsverdacht möglichst eindeutig und mit Beweismitteln unterlegt dargestellt wird. Auch die spätere Begleitung des Verfahrens durch Kontakt zu den ermittelnden Behörden und Informationserlangung durch Akteneinsicht kann und sollte Aufgabe des strafrechtlichen Unternehmensanwaltes sein.

III. Rechtliche Grundlagen

Damit der Unternehmensverteidiger die oben dargestellten Aufgaben und Funktionen bei Angriffen und Verteidigung von Unternehmen wahrnehmen kann, bedarf es prozessualer Rechte. Die Rechtsstellung juristischer Personen und Personenvereinigungen im Strafprozess ist jedoch nicht selbstverständlich, da das deutsche Recht grundsätzlich kein Unternehmensstrafrecht vorsieht¹⁰ und Beschuldigte i.S.d. StPO nur natürliche Personen sein

„versteckte“ Rechtsgrundlagen

⁷ Dann, AnwBl 2009, 84 (86); Minoggio, Firmenverteidigung, 2. Aufl. 2010, Rn. 800.

⁸ Taschke, in: FS Hamm, S. 751 (758); Wessing, in: FS Mehle, S. 665 (668).

⁹ Weitbrecht/Weidenbach, NJW 2010, 2328 (2328).

¹⁰ Zu den Folgen der Einführung eines Unternehmensstrafrechts, Trüg, wistra 2010, 241 ff.

können.¹¹ Faktisch ist in Deutschland ein Unternehmensstrafrecht dennoch längst in Kraft. Grundlage dafür sind die gesetzlichen Regelungen zur Verbandsstrafe nach § 30 OWiG und über Verfall und Einziehung nach den §§ 73 ff. StGB, da diese es ermöglichen, Unternehmen empfindlich zu sanktionieren.¹²

1) § 30 OWiG

§ 30 OWiG ermöglicht es, Bußgelder gegen juristische Personen und Personenvereinigungen (d.h. in der Praxis gegen Unternehmen) zu verhängen. Die Norm enthält ein Zurechnungsmodell, das es ermöglicht, Taten, die Organe eines Unternehmens begangen haben, dem Unternehmen zuzurechnen, sofern die Anknüpfungstat Pflichten, die das Unternehmen treffen, verletzt oder das Unternehmen durch die Tat bereichert wird.¹³ Im Klartext bedeutet dies, dass Unternehmen für Straftaten ihrer Organe haften müssen und dies unabhängig von einer Verurteilung des Handelnden.¹⁴ Die Geldbuße kann dabei bei fahrlässigen Straftaten bis zu 500.000 EUR und bei vorsätzlichen Straftaten sogar bis zu 1.000.000 EUR betragen. Verstärkt wird dieses Haftungsrisiko durch den in § 30 Abs. 3 OWiG enthaltenen Verweis auf § 17 Abs. 4 OWiG, nach dem zusätzlich zu dem Bußgeld auch noch eine Abschöpfung etwaiger wirtschaftlicher Vorteile, die das Unternehmen aus der Tat erlangt hat, möglich ist.

2) Verfall und Einziehung, §§ 73 ff. StGB

Der Verfall gem. den §§ 73 ff. StGB hat die Funktion, die Gewinne aus der Tat abzuschöpfen. Dem Täter sollen die Vorteile entzogen werden, die er aus der Tat erlangt hat, damit sich das Verbrechen „nicht auszahlt“.¹⁵ Eingezogen werden können hingegen Gegenstände, die durch eine vorsätzliche Tat hervorgebracht oder zu ihrer Begehung oder Vorbereitung gebraucht worden sind (§ 74 Abs. 1 StGB), wie z.B. ein Bankguthaben, das zur Durchführung wucherischer Geschäfte (§ 291 StGB) bestimmt ist¹⁶ oder ein zum Zweck der Bestechung zugewendeter Gegenstand.¹⁷ Die strafrechtlichen Vorschriften zu Verfall und Einziehung gelten dabei gleichfalls nicht nur für natürliche, sondern auch für juristische Personen, wie § 75 StGB zeigt, da nur so gewährleistet werden kann, dass der Maxime „Crime does not pay!“ umfassend Geltung verschafft wird.¹⁸

Aufgrund dieser schwerwiegenden Rechtsfolgen wird verständlich, dass Unternehmen insoweit das gleiche Bedürfnis an einer effektiven Strafverteidigung wie natürliche Personen haben. Das Gesetz hat dieses Bedürfnis erkannt und bietet Grundlagen, aus denen sich eine Einbeziehung juristischer Personen in den Strafprozess ergeben kann: Die Nebenbeteiligung des Unternehmens gem. der §§ 431 ff. StPO und § 444 StPO, der das Verfahren bei der Festsetzung von Geldbußen gegen juristische Personen und Personenvereinigungen regelt.

3) Nebenbeteiligung des Unternehmens, §§ 431 ff. StPO

§ 431 StPO bestimmt die Voraussetzungen und das Verfahren, ob und wie ein Dritter, welcher selbst nicht Angeklagter ist, als Nebenbeteiligter zum Verfahren hinzugezogen werden kann. Ausdrücklich ist zwar nur der Einziehungsbeteiligte genannt, allerdings ist die Vorschrift nach § 442 Abs. 1 StPO auch auf den Verfallsbeteiligten anzuwenden.¹⁹ Da sich dieser Nebenbeteiligte, der auch eine juristische Person sein kann, nach § 434 StPO „in jeder Lage des Verfahrens“ anwaltlich vertreten lassen kann, eröffnet dies die erste rechtliche Grundlage des Unternehmensverteidigers.

¹¹ Kühl, in: Lackner/Kühl, 27. Aufl. 2011, § 14 Rn. 1a.

¹² Minoggio, Firmenverteidigung, 2. Aufl. 2010, Rn. 277; Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht, 3. Aufl. 2010, Rn. 277 ff.

¹³ Trüg, ZWH 2011, 6 (7); Walter, JA 2011, 481 (485); a.A. Dannecker, in: Wabnitz/Janovsky, Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 3. Aufl. 2009, § 1 Rn. 51; Korte, NSTZ 2007, 21 (23).

¹⁴ Trüg, ZWH 2011, 6 (8); Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, 1. Aufl. 2010, § 12 Rn. 16.

¹⁵ Theile, ZJS 2011, 333 (333); Walter, JA 2011, 481 (481).

¹⁶ Eser, in: Schönke/Schröder, 28. Auflage 2010, § 74 Rn. 6.

¹⁷ OLG Frankfurt, NSTZ-RR 2000, 45 (45 f.).

¹⁸ Theile, ZJS 2011, 333 (341).

¹⁹ Temming, in: BeckOK StPO (Stand 15.10.2011) § 431 Rn. 1.

4) Unternehmensgeldbuße, § 444 StPO

Eine vergleichbare Regelung stellt § 444 Abs. 1 S. 1 StPO dar. Demnach ist in einem Strafverfahren, in dem über die Festsetzung einer Geldbuße nach § 30 OWiG gegen eine juristische Person oder eine Personenvereinigung zu entscheiden ist, die Beteiligung dieser anzuordnen. Durch dieses Tor erlangen Unternehmen, die sich zwar selbst nicht strafbar machen können, eine Stellung, die mit der eines Beschuldigten vergleichbar ist, sie dürfen sich zur Wahrnehmung ihrer Interessen anwaltlich vertreten lassen, wie der Verweis in § 444 Abs. 2 StPO auf § 434 StPO zeigt.²⁰ § 444 StPO stellt somit die zweite Basis für die Rechtsstellung des Unternehmensverteidigers dar.

5) Zeitpunkt der Begründung der Rechtsstellung

So früh wie möglich

Grundsätzlich ist, wie soeben gezeigt, für die Begründung der Rechtsstellung als Unternehmensanwalt erforderlich, dass eine Nebenbeteiligung des Unternehmens oder eine Beteiligung des Unternehmens nach § 444 Abs. 1 S. 1 StPO förmlich angeordnet wurde. Da das Bedürfnis eines Unternehmens, sich anwaltlich vertreten zu lassen, jedoch schon vor Anklageerhebung²¹ und damit sogar bereits vor der Kenntnis der Ermittlungsbehörden ergeben kann, wäre eine effektive Verteidigung unmöglich, wenn stets bis zur förmlichen Anordnung der Beteiligung abgewartet werden müsste. Aus der in § 434 Abs. 1 StPO gewählten Formulierung „in jeder Lage des Verfahrens“ ist zu folgern, dass die Vorschrift dahingehend auszulegen ist, dass bereits die potentielle Möglichkeit in den Fokus eines Ermittlungsverfahrens zu rücken für die Begründung der Rechtsstellung ausreicht.²²

Zusammenfassend lässt sich daher feststellen, dass ein tatsächlicher Bedarf an Unternehmensanwälten bzw. Unternehmensverteidigern besteht und die StPO Wege bietet, den Unternehmensanwälten Rechte zu verleihen, die mit der Verteidigung einer natürlichen Person vergleichbar sind.

IV. Probleme der Praxis

Aktive Verteidigung wird auch heute noch nicht von allen Ermittlungsbehörden gerne gesehen. Es hat lange gedauert, und dauert immer noch an, die Verteidigerrechte der klassischen Individualverteidigung zu etablieren und durchzusetzen. In einem Rechtsgebiet, das so neu und so wenig geregelt ist, wie das Unternehmensstrafrecht, ist es noch deutlich schwieriger zu agieren. Unsicherheiten auf beiden Seiten prägen oftmals den Umgang miteinander. Gewisse Grundstrukturen lassen sich dennoch bereits jetzt beschreiben und als Grundlage für eine Unternehmensverteidigung einsetzen.

1) Akzeptanz der Ermittlungsbehörden

Die Haltung der StA

Der als Verteidiger für ein Unternehmen tätige Anwalt wird immer noch sehr häufig erleben, dass sein Auftreten mit Unverständnis seitens des zuständigen Staatsanwaltes gesehen wird. Dies hängt durchaus auch mit den örtlichen Gegebenheiten zusammen: Schwerpunktstaatsanwaltschaften, die häufiger mit Umfangsverfahren vor dem Hintergrund eines sehr großen Unternehmens beschäftigt sind, sind eher gewohnt, dass ein Anwalt aktiv die Rechte eines Unternehmens im Strafverfahren wahrnimmt. Dort wird dies nicht selten sogar gerne gesehen, weil der erfahrene Staatsanwalt weiß, dass hoch komplexe Verfahren in akzeptabler Zeit oftmals nur auf der Grundlage eines Dialoges mit einem ebenso erfahrenen Strafrechtler auf der Seite des Unternehmens zu bewältigen sind. Es ist nicht mehr die absolute Ausnahme, dass Teile der Ermittlungen von einem Anwalt bzw. einem Team von Anwälten im Sinne des amerikanischen „investigative counsel“ durchgeführt werden. Die Staatsanwaltschaft beschränkt sich in diesen Fällen darauf, die Ergebnisse dieser Tätigkeit entgegenzunehmen und auf Vollständigkeit zu kontrollieren. Dass dies nur dann möglich ist, wenn der Vertreter des Unternehmens sich den Ruf erarbeitet hat, bei aller konsequenter Verfolgung der Interessen seines Mandanten, nie zu täuschen oder auszulassen, versteht sich von selbst. Ein solches Vorgehen erfordert auch auf der Seite des Unternehmensverteidigers den Verzicht darauf, bestimmte formale, faktische und rechtliche Positionen umzu-

²⁰ Vgl. ausführlich Wessing, FS Mehle, S. 665 (670 f.).

²¹ Siehe Punkt II.1.

²² Vgl. ausführlich Wessing, FS Mehle, S. 665 (671 ff.).

setzen. Ob dies im Mandatsinteresse sinnhaft ist, wird der Unternehmensverteidiger auf der Basis des Sachverhaltes, aber auch auf der Grundlage der Persönlichkeit des tätigen Staatsanwaltes beurteilen müssen. Eine schwierige Entscheidung, die auch vor dem Hintergrund eines sonst ausufernden und kaum zu bewältigenden Verfahrens mit allen Nachteilen für ein Unternehmen notwendig werden kann.

Schwierig ist es allerdings, wenn ein Staatsanwalt – aber auch ein Ermittlungsbeamter – zum ersten Mal auf eine engagierte Unternehmensvertretung im Strafrecht trifft. Es herrscht vielfach noch das Verständnis, dass Verteidigungsrechte nur und ausschließlich Verteidigern von natürlichen Personen zustehen können. Es bedarf dann eines behutsamen, auf jeden Fall nicht oberlehrerhaften, Hinweises auf die bestehende Rechtslage. Es hilft, wenn man bereits als Unternehmensverteidiger mit einer Staatsanwaltschaft in Kontakt gekommen ist und die in diesem Verfahren zuständige Staatsanwaltschaft sozusagen als Referenz dienen kann. Staatsanwälte glauben ihresgleichen oftmals mehr als dem Gesetzbuch.

2) Durchsuchung und Beschlagnahme

Unterlagensicherheit

Die Kommunikation des Unternehmensverteidigers mit seiner Mandatschaft erfordert den Austausch schriftlicher Nachrichten. Im Rahmen des Unternehmens müssen Informationen gesammelt, aufgearbeitet und dem Unternehmensverteidiger für dessen Tätigkeit zur Verfügung gestellt werden. Dieser wiederum muss die Ergebnisse seiner Tätigkeit für das Unternehmen handhabbar machen und dokumentieren. Damit ist das Problem der Beschlagnahme von Unterlagen angesprochen, die im Rahmen der Unternehmensverteidigung entstehen.

Wie eine aktuelle Entscheidung des LG Hamburg zeigt, sind die Ergebnisse interner Untersuchungen externer Anwaltskanzleien, die im Auftrag des Unternehmens tätig geworden sind, nicht ohne weiteres beschlagnahmefest. So führte das LG Hamburg explizit aus, dass sich aus § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO kein Beschlagnahmeverbot für Ergebnisse unternehmensinterner Ermittlungen durch eine Anwaltskanzlei ergebe. Vielmehr sei § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO dahingehend einschränkend auszulegen, dass allein das Vertrauensverhältnis des Beschuldigten im Strafverfahren zu einem von ihm in Anspruch genommenen Verteidiger durch ein Beschlagnahmeverbot geschützt sein soll.²³

Ob diese (vielfach kritisierte) Rechtsprechung aber auch nach Inkrafttreten des neuen § 160a StPO aufrechterhalten werden kann, darf angezweifelt werden.²⁴ Insbesondere, da nach der neuen Regelung strafrechtliche Ermittlungsmaßnahmen nicht nur gegen Strafverteidiger, sondern auch gegen alle (anderen) Rechtsanwälte unzulässig ist. In der Praxis wird die Mandatierung eines Unternehmensverteidigers jedoch die sicherere Variante sein und auch bleiben. Insbesondere da die Vorschrift des § 434 StPO ausdrücklich festlegt, dass die für die Verteidigung geltenden Vorschriften der §§ 137-139, 145a-149, sowie 218 StPO entsprechend anzuwenden sind. Damit sind in diesem Katalog die Rechte aus § 148 der Strafprozessordnung für den Unternehmensverteidiger aktiviert. Die Vorschrift garantiert den jederzeit unüberwachten mündlichen und schriftlichen Verkehr. Notwendige Konsequenz ist die Anwendbarkeit des § 97 StPO, zumindest analog. Der Verteidiger eines Unternehmens ist insoweit ebenso Verteidiger nach § 53 Abs. 1 Nr. 2 StPO wie der Individualverteidiger. Ein anderes Verständnis würde das Unternehmen im Strafverfahren seiner Kommunikationsrechte und damit seiner Verteidigungsmöglichkeit berauben und den Kanon der Vorschriften der §§ 431 ff. seines Sinnes berauben.

Die eindeutige Stellung als Vertreter des Unternehmens, als dessen Verteidiger, macht es andererseits unmöglich, im Rahmen von Durchsuchungen oder späterhin als Zeugenbestand aufzutreten. Der Unternehmensverteidiger kann im Interesse des Unternehmens Mitarbeiter über deren Rechte aufklären, raten kann er ihnen indes nicht.

3) Akteneinsicht

Wie in jeder Verteidigungssituation ist die Kenntnis des Sachverhaltes, wie er sich der Staatsanwaltschaft darstellt, unverzichtbar. Genau so wie es für den Individualverteidiger in

²³ LG Hamburg, NJW 2011, 942 (943).

²⁴ Vgl. Anmerkung v. Galen, NJW 2011, 945 (945 f.).

Akteneinsicht

fast allen Fällen einen Kunstfehler darstellt, Sachverhaltsdarstellungen für seinen Mandanten abzugeben, ohne die Akten zu kennen, sollte der Unternehmensverteidiger speziell in den Fällen, in denen das Unternehmen von außen mit einer strafrechtlichen Situation konfrontiert wird, keinerlei tatbestandliche Festlegung vornehmen, bevor ihm nicht die Erkenntnisse der Staatsanwaltschaft zum Sachverhalt zur Verfügung stehen. In den oben beschriebenen Fällen, in denen die Staatsanwälte oder der Staatsanwalt die rechtlichen Grundlagen der Unternehmensverteidigung noch nicht durchdrungen haben, wird regelmäßig eine Verweisung auf § 475 StPO erfolgen. Die wirksamere und erfolgversprechendere Vorschrift des § 406e StPO wird die Staatsanwaltschaft im Allgemeinen nur dann zubilligen, wenn das Unternehmen Opfer einer Straftat von außen geworden ist. In den nicht seltenen Fällen, in denen eine Straftat aus dem Unternehmen heraus begangen worden ist, erfordert die Berufung auf § 406e StPO erheblichen Begründungsaufwand. Als Beispiel: Wenn in einem Unternehmen schwarze Kassen geführt wurden, aus denen Bestechungsgelder gezahlt wurden, stellt dies gleichzeitig eine Untreue zulasten des Unternehmens dar.²⁵ In derartigen Fällen ist das Unternehmen gleichzeitig Opfer und Geschädigter im Sinne der Vorschrift. Allerdings bedarf es der Berufung auf die Stellung als Opfer zumeist nicht, in den meisten Fällen hat der Unternehmensverteidiger das gleiche Recht auf Akteneinsicht wie jeder Individualverteidiger, begründet aus § 147 StPO. Es gilt hier das Gleiche, wie das zur Beschlagnahme Gesagte, § 434 Strafprozessordnung verweist auf den § 147 StPO als anwendbare Vorschrift für den Unternehmensverteidiger.

4) Vorwurf Parteiverrat?

Das Unbehagen, sogar Missbehagen von Staatsanwälten mit einer Unternehmensverteidigung kann zu seltsamen Vorwürfen führen: Ich habe erlebt, dass zum Vorwurf gemacht wurde, als Vertreter des Unternehmens dessen beschuldigte Mitarbeiter über den Vorwurf informiert zu haben und Ihnen dabei angeraten zu haben, sich eines persönlichen Verteidigers zu bedienen. Unabhängig von der – mindestens aus Verteidigersicht – Absurdität des Vorwurfes zeigt dies, wie kritisch die Tätigkeit des Anwaltes in diesem Felde noch gesehen werden kann. Mittel gegen diese und andere Vorwürfe kann nur eine sehr klare und eindeutige Stellung als Vertreter ausschließlich des Unternehmens sein, sowie interne Dokumentation. Immer dann, wenn der Anwalt, der Verteidiger, in Situationen agiert, die von außen kritisch gesehen werden können und ihm ein, wenn auch noch so künstlicher, Vorwurf gemacht werden kann, sollte er später in der Lage sein, sein Verhalten auf der Basis zeitnaher interner Dokumente nachzuvollziehen.

5) Das Verhältnis zum Individualverteidiger

Die Notwendigkeit interner Dokumentation betrifft nicht zuletzt auch das Verhältnis zu den Verteidigern von innerhalb und außerhalb des Unternehmens im Verfahren beschuldigten Personen. Auch wenn es oftmals Interessenidentität zwischen der Individualverteidigung und der Interessenlage des Unternehmens in Strafverfahren geben wird,²⁶ so ist dies weder selbstverständlich noch notwendig dauerhaft so. Wenn sich herausstellt, dass erhobene Vorwürfe ihre Berechtigung haben, wird der Unternehmensverteidiger aus seiner Position heraus zu prüfen haben, wie sich sein Auftraggeber in Bezug auf diese Personen verhalten kann oder auch – siehe die ARAG/Garmenbeck Entscheidung²⁷ – muss. Das Verhältnis zueinander ist also im Laufe des Verfahrens Veränderungen unterworfen. Jedoch: Selbst wenn sich herausstellen sollte, dass ein Mitarbeiter des Unternehmens strafrechtlich relevant gehandelt hat, bedeutet dies nicht, dass sämtliche Interessen in Zukunft konträr sind. Auch in diesen Fällen kann es dem Unternehmen daran gelegen sein, die Intensität des Vorwurfes im Sinne der Strafzumessung niedrig zu halten, weil sich dies auch auf eine Bebußung des Unternehmens nach § 30 OWiG²⁸ oder auch auf die Frage nach der Höhe des Verfalls unter der Geltung des § 74b StGB²⁹ auswirken kann. Der Individualverteidiger wiederum weiß, dass die Kenntnisse, die der Unternehmensverteidiger durch Zusammenarbeit erhalten wird, auch geeignet sein können, seinem Mandanten arbeitsrechtlich zu schaden. Er hat

Sockelverteidigung?

²⁵ Fischer, StGB, 58. Aufl. 2011, § 266 Rn. 75.

²⁶ Siehe II.1.

²⁷ BGH, NJW 1997, 1926.

²⁸ Siehe III.1.

²⁹ Siehe III.2.

dies abzuwägen gegenüber beispielsweise der Tatsache, dass eine Kündigung des kooperierenden Mitarbeiters deutlich unwahrscheinlicher ist, als diejenige des Schweigenden. Der Unternehmensverteidiger, der oftmals daran interessiert ist, den Sachverhalt besser aufzuklären, ist auch diejenige Person, die dem Unternehmen raten wird, ob eine allgemeine oder individuelle Amnestie das Verfahren in der Gesamtsicht positiv beeinflussen kann.

V. Zusammenfassung

Unternehmensvertretung im Sinne einer Unternehmensverteidigung ist ein neues Feld, welches in Zukunft in seinen Grenzen noch abzustecken sein wird. Auch wenn es de lege lata kein Unternehmensstrafrecht gibt, gibt es doch den Verteidiger des Unternehmens in strafrechtlichen Krisensituationen. Er hat mehr rechtliche Unterstützung durch das Gesetz, als bislang allgemein bekannt ist. Die Möglichkeiten sollten genutzt werden.

Unternehmensstrafrecht

Rechtsanwalt Dr. Hanno Durth, Darmstadt

Strafrechtsunternehmen „Unternehmensstrafrecht“?

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

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

I. Einführung¹

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II. Annäherung an das Strafrecht

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

III. Annäherung an das Unternehmen

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

³ Müller, Persönlichkeitsprofile von Wirtschaftsstraftätern, Stuttgart 2009.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

IV. Politik, Markt, Recht und Ethik

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

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

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

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

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

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

V. Materielles Strafrecht

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VI. Strafprozessrecht

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VII. Kosten und Nutzen

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VIII. Alternativen

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

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

¹¹ §§ 21 ff. BGB.

¹² § 705 BGB.

¹³ BGHSt 51, 100 ff.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Einführung und Schulung

Internal Investigations

Rechtsanwalt Markus Rübenstahl, Mag. iur., Frankfurt am Main¹

Internal Investigations (Unternehmensinterne Ermittlungen) – status quo

Teil 1: Interviews in Internal Investigations und deren prozessuale Wertbarkeit

Bei unternehmensinternen Ermittlungen der Unternehmensleitung unter Zuhilfenahme externer Berater beim Verdacht auf mutmaßlich strafrechtlich relevante oder zumindest bußgeldpflichtige Rechtsverstöße durch Mitarbeiter (hier als „Internal Investigation“ bezeichnet) müssen diese oft befragt werden. Das Erfordernis besteht entweder, weil diese selbst verdächtig sind oder weil sie Wahrnehmungen gemacht haben könnten, die zur Aufklärung beitragen könnten. Diese Mitarbeiter- bzw. Arbeitnehmerbefragung („Interview“) kann für verdächtig(t)e Mitarbeiter hinsichtlich der psychologischen Belastung und in ihren Auswirkungen oft einer strafprozessualen Beschuldigtenvernehmung nahekommen. Die Reichweite von Rechten und Pflichten der Beteiligten sind zwischen Lit. und Rspr. sowie der arbeitsgerichtlichen und strafgerichtlichen Rspr. vielfach umstritten. Für andere Fragen liegen kaum Stellungnahmen vor oder jedenfalls keine, die sich als Auslegung geltenden Rechts verstehen lassen. Dieser Beitrag soll – aus der Sicht des Ermittlers und für den Ermittler – einen Orientierungsrahmen geben.

Während die Anhörung des Mitarbeiters vor Ausspruch einer Verdachtskündigung Voraussetzung für die Wirksamkeit der Kündigung ist und deshalb vielfach keinen investigativen

¹ Der Autor dankt Frau Rechtsanwältin Regina Simon, Frankfurt am Main, für die kritische Durchsicht der arbeitsrechtlich geprägten Teile des Manuskriptes und deren Diskussion sehr herzlich.

Charakter (mehr) hat², soll das Interview mit dem verdächtigen oder unverdächtigen Mitarbeiter primär der Aufklärung eines (zumeist potentiell strafrechtlich oder bußgeldbewehrten) Sachverhalts dienen.

*Arbeitsrecht unmittelbar
anwendbar*

I. Anwendbares Recht

Solange der externe Ermittler zumindest auch für den Arbeitgeber auftritt (und nicht etwa ausschließlich für eine Behörde), handelt es sich um eine Ermittlungsmaßnahme des Arbeitgebers.³ Unumstritten scheint daher zu sein, dass Befragungen von Mitarbeitern durch das Unternehmen (Rechtsabteilung, Innenrevision, Personalabteilung) oder durch externe Berater im Auftrag des Unternehmens (Rechtsanwälte, StB, WP) im Rahmen einer internen Untersuchung zur Aufklärung möglicher strafrechtlich oder bußgeldrechtlich relevanter Pflichtverletzungen auch bei paralleler Existenz eines Ermittlungsverfahrens nicht unmittelbar den Vorschriften der StPO unterliegen,⁴ wenn auch die Grenze des in Interviews Erlaubten spätestens bei Anwendung einer verbotenen Vernehmungsmethoden des § 136a StPO gemeinhin als überschritten angesehen wird.⁵ Allenfalls für Verwertbarkeitsfragen bietet die StPO ein begrenztes Regelungsinstrumentarium. Direkt oder analog anwendbar bei Interviews im Verhältnis zwischen dem Arbeitgeber und seinen Beratern einerseits und dem Arbeitnehmer andererseits ist die StPO nicht. Einschlägig sind vielmehr die geltenden arbeitsrechtlichen Vorgaben.⁶ Bei leitenden Mitarbeitern bzw. Organen von Kapitalgesellschaften treten an deren Stelle die geltenden gesellschaftsrechtlichen und dienstvertragsrechtlichen Regelungen, die nicht wesentlich andere, jedenfalls allenfalls erweiterte Auskunftspflichten nach sich ziehen.⁷

II. Rechtliche Relevanz der BRAK-Thesen de lege lata?

Der bei unternehmensinternen Ermittlungen tätige Rechtsanwalt jedenfalls muss sich auch die Frage nach dem Inhalt und vor allem der rechtlichen Einordnung der Thesen des Strafrechtsausschusses der Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) zum Unternehmensanwalt („BRAK-Thesen“)⁸ stellen. Einschlägig ist hier die These Nr. 3, wonach bei der Befragung von Mitarbeitern „die allgemeinen Gesetze und die sich aus den aus den rechtsstaatlichen Grundsätzen ergebenden Standards“ zu wahren seien, und zwar so, „dass Beweismittel in ihrer Qualität und Verwertbarkeit nicht beeinträchtigt werden“.⁹ Aus diesem Grundstatement folgert der Strafrechtsausschuss der BRAK – zusammenfassend – u.a. Folgendes: Der Mitarbeiter habe bei Befragungen durch den Unternehmensanwalt das Recht, einen eigenen Anwalt seiner Wahl und seines Vertrauens zu konsultieren¹⁰ und sei hierüber zu belehren. Der Unternehmensanwalt solle zudem darauf hinwirken, dass die Kosten für den Rechtsbeistand „im Rahmen des rechtlich Zulässigen“ vom Unternehmen übernommen werden. Der Unternehmensanwalt dürfe die Auskunftsperson nicht bedrängen, sich selbst zu belasten oder auf Rechte zu verzichten, die sie als Zeuge oder Beschuldigter im Strafverfahren ohne Weiteres hätte, und dem Mitarbeiter zu keinem Zeitpunkt vor, während oder nach einer Befragung mit arbeitsrechtlichen Konsequenzen drohen, um eine Aussage zu erzwingen. Der Mitarbeiter sei darüber zu belehren, dass Aufzeichnungen der Befragung gegebenenfalls an Behörden weitergegeben werden und dort zu seinem Nachteil verwertet werden können. Bei Anhörungen im Rahmen sog. Amnestieprogramme müsse der Mitarbeiter zusätzlich darüber belehrt werden, dass das Unternehmen selbst eine strafrechtliche Amnestie nicht gewähren kann. Die Anhörung der Auskunftsperson sei schriftlich zu dokumentieren, die Dokumentation müsse den Anschein einer „amtlichen“ Handlung vermeiden

Rein rechtspolitische Bedeutung der BRAK-Thesen

² Rudkowski, NZA 2011, 612 m.w.N.

³ Rudkowski, NZA 2011, 612, 615.

⁴ LG Hamburg, Beschl. v. 15.10.2010 – 608 Qs 18/10, in: NJW 2011, 942, BRAK Stellungnahme-Nr. 35/2010 S. 11 Nr. 5; Leipold, NJW Spezial 2011, 56; Sidhu/Saucken/Ruhmannseder, NJW 2011, 881, 882; v. Galen NJW 2011, 942; Szesny, GWR 2011, 169; Szesny, BB 45/2011, VI/VII.

⁵ Szesny, BB 45/2011, VII unter Hinweis auf BGH wistra 2011, 350, 351.

⁶ Fischer, BB 2003, 522 ff.; Diller, DB 2004, 1303 ff.; Mengel/Ullrich, NZA 2006, 240 ff.; Göpfert/Merten/Sigrist, NJW 2008, 1703 ff.; Weisskirchen/Glaser, DB 2011, 1447 ff.

⁷ Bittmann/Molkenbur, wistra 2009, 373, 375.

⁸ Stellungnahme der BRAK Nr. 35/2010, S. 1 ff., abrufbar unter <http://www.brak.de>

⁹ Stellungnahme der BRAK Nr. 35/2010, S. 3.

¹⁰ Stellungnahme der BRAK Nr. 35/2010, S. 10 unter Berufung auf BAG vom 13.03.2008 – II AZR 961/06 und LAG Berlin/Brandenburg vom 06.11.2009 – 6 Sa 1121/09, die dies ausdrücklich gerade nicht für ein der Informationsgewinnung dienendes Interview, sondern nur für eine Anhörung als Voraussetzung der Verdachtskündigung fordern.

und auf Verlangen der Auskunftsperson sei eine Niederschrift über ihre Befragung aufzunehmen, in diese sei Auskunftsperson Einsicht zu gewähren und diese sei von der Auskunftsperson genehmigen zu lassen. Über all dies sei die Auskunftsperson zu belehren. Komme der Unternehmensanwalt den genannten Standards nicht nach, so dürfen der Auskunftsperson aus ihrer darauf gestützten Weigerung, sich befragen zu lassen, keine nachteiligen Konsequenzen erwachsen.¹¹

Ohne die Zweckmäßigkeit und Billigkeit dieses stattlichen Katalogs von interviewbezogenen „Pflichten“ des Unternehmensanwalts (und damit faktisch des Unternehmens) und umgekehrt ebenso umfangreichen Privilegien des befragten Mitarbeiters in der Sache grundsätzlich in Frage stellen zu wollen, würden diese Thesen irritieren, wären sie als Vorgaben *de lege lata* gemeint. Dies ist wohl auszuschließen, denn man vermag keine rechtliche Grundlage für weite Teile des Thesenkatalogs auszumachen. Wie der Strafrechtsausschuss selbst ausdrücklich festhält,¹² gelten gerade die Normen der StPO zu Vernehmungen bei Interviews nicht, die der Ausschuss offenbar aus rechtspolitischer Überzeugung zur Wahrung rechtsstaatlicher Standards und der strafprozessualen Verwertbarkeit der Äußerungen weitestgehend entsprechend anwenden will. Indem der Ausschuss darauf verweist, dass der Unternehmensanwalt auch über arbeitsrechtliche Pflichten hinaus die postulierten „Standards“ zur Wahrung der Rechtsstaatlichkeit und prozessualen Verwertbarkeit erfüllen „soll“, räumt er wohl ein, dass eine entsprechende Rechtspflicht insoweit gerade nicht besteht. Die BRAK-Thesen lassen sich somit wohl nicht als (dann: Miss-) Verständnis der *lex lata* durch den Strafrechtsausschuss interpretieren. Eher sind sie rechtspolitische Zielvorstellungen basierend auf einem ganz bestimmten – gewissermaßen „strafverteidigungsgeprägten“ oder jedenfalls strafverfahrensbezogenen – Verständnis der Rolle des Unternehmensanwalts,¹³ das durchaus überprüfungsbedürftig erscheint. Man darf zudem bezweifeln, ob die in den BRAK-Thesen ohne eingehende Begründung bemühte Analogie zwischen dem Strafverteidiger, der im Zusammenhang mit einem Strafverfahren gegen seinen Mandanten eigene entlastende Ermittlungen durchführt, und unternehmensinternen Ermittlungen tragfähig ist. Diese Frage scheint von nicht unerheblicher Bedeutung, da die BRAK-Thesen im Wesentlichen die für den eigene Erhebungen durchführenden Verteidiger entwickelten Standards auf den intern ermittelnden Unternehmensanwalt übertragen. Dieser verwendet aber primär ein arbeitsrechtliches und gesellschaftsrechtliches Instrumentarium – dass dem ermittelnden Verteidiger nicht zur Verfügung steht – und agiert u.U. in einem ganz anderen prozessualen Kontext. Maßgeblich sind für den Unternehmensanwalt primär seinen Mandanten treffende Vorgaben des Gesellschaftsrechts und des Ordnungswidrigkeitenrechts (§ 130 OWiG). Er handelt daher primär in Erfüllung der Aufsichts-, Organisations- und Kontrollpflichten der Geschäftsleitung. Es gilt insbesondere daran zu erinnern, dass Internal Investigations durchaus im Vorfeld oder gänzlich losgelöst von strafprozessualen Ermittlungsverfahren oder Ordnungswidrigkeitsverfahren erfolgen können (und oft erfolgen), d.h. die analoge Heranziehung von Maßstäben der StPO buchstäblich fern liegt. Zudem werden unternehmenseitig auch im Ergebnis nicht zwingend irgendwelche strafrechtliche Konsequenzen – die Einleitung des Ermittlungsverfahrens durch Strafanzeige – angestrebt oder auch nur strafrechtlich relevante Pflichtverstöße untersucht. Mithin können Internal Investigations „strafprozessfern“ sein. Insofern sind sie gerade mit den von der BRAK herangezogenen defensiven Erhebungen des Verteidigers nicht vergleichbar. Die Verwendung derselben Standards liegt daher fern, denn der Verteidiger ermittelt für den Strafprozess. Zudem lässt der Ansatz der BRAK-Thesen die – gerade für die außerhalb von Strafverfahren stattfindenden interne Ermittlungen praxisrelevante – Frage außer Acht, weshalb der Unternehmensanwalt im Sinne des Thesenkatalogs der BRAK nicht nur die Befolgung allgemeiner rechtsstaatlicher Standards im Auge behalten soll, sondern durch die Anwendung der „Standards“ auch eine strafprozessuale Verwertbarkeit der Interviewergebnisse sicherstellen soll. Da es hierfür weit im Vorfeld jedes Strafverfahrens weder rechtliche noch – vielen Fällen – strategische Gründe geben muss, sollte die Frage erlaubt sein, ob sich der Unternehmensanwalt tatsächlich primär an einem hypothetischen späteren Verwertungsinteresse der Strafjustiz orientieren sollte, auch wenn dies im Einzelfall – etwa im Verhältnis zur schnellen Informati-

¹¹ Stellungnahme der BRAK Nr. 35/2010, S. 10 f.

¹² Stellungnahme der BRAK Nr. 35/2010, S. 10 f.

¹³ Nämlich der „...Grundlage seines Verständnisses von Strafverteidigung, wie es namentlich in den „Thesen zur Strafverteidigung“ und in der Denkschrift „Reform der Verteidigung im Ermittlungsverfahren“ seinen Ausdruck gefunden hat...“, BRAK Nr. 35/2010, S. 3.

ongewinnung zur Schadens- und Gefahrenabwehr – gerade nicht die Priorität des Unternehmens ist. Dies dürfte de lege lata wohl eher zu verneinen sein, da der Unternehmensanwalt – wie auch die BRAK-Thesen zumindest eingangs festhalten – durch sein Mandat dem Unternehmensinteresse verpflichtet ist¹⁴ und sich gegen dieses Interesse – jenseits konkreter Rechtspflichten – nicht an unverbindlichen Postulaten orientieren kann. Weitergehend gilt dasselbe für alle diejenigen „rechtsstaatlichen Standards“, die auf den Unternehmensanwalt in seiner konkreten Funktion und Situation angesichts der anwendbaren Teilrechtsordnungen gerade nicht gelten. Insbesondere sind hier analog aus dem Strafprozessrecht abgeleitete Regeln zu nennen, soweit nicht ausnahmsweise die Drittwirkung von Grundrechten rechtsverbindlich entsprechende Schranken begründet.¹⁵ Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass die BRAK-Thesen, soweit sie über anwendbare Rechtsvorschriften hinausgehen, insbesondere soweit allgemein zur Wahrung rechtsstaatlicher Standards und Sicherstellung der strafprozessualen Verwertbarkeit aufgerufen wird, für den Unternehmensanwalt nicht per se rechtsverbindlich sind. Hingegen wird die Einhaltung weiter Teile der Standards – die Sicherstellung rechtsstaatlicher Prinzipien und der Verwertbarkeit der Interviews – vielfach sinnvoll, wünschenswert oder sogar praktisch unumgänglich sein, insbesondere wenn die interne Untersuchung parallel zu einem Ermittlungsverfahren stattfindet und das Unternehmen mit den Behörden kooperiert.

III. Arbeitsrechtliche Rahmenbedingungen von Interviews

1) Mitwirkungspflicht von Mitarbeitern

Das geltende Primärrecht für Mitarbeiterinterviews liefern typischerweise die arbeitsrechtlichen Vorschriften und vertraglichen Regelungen. Ein Arbeitsvertrag ist eine Sonderform des Dienstvertrages. Es gelten – vorbehaltlich arbeitsvertraglicher Sonderregeln – die Bestimmungen der §§ 611 ff. BGB. Danach bestehen wechselseitige Auskunftspflichten der Parteien über bestimmte, mit dem Arbeitsverhältnis in Zusammenhang stehende Vorgänge und Tatsachen, soweit der Anspruchsberechtigte Arbeitgeber entschuldbar über seine Rechte im Ungewissen ist, während der Verpflichtete Arbeitnehmer unerschwer Auskunft erteilen kann.¹⁶

Die Teilnahme eines Arbeitnehmers an dem Interview, kann der Arbeitgeber im Wege seines Weisungsrechts anordnen, § 106 GewO. Der Arbeitgeber kann die sich nur dem Rahmen nach aus dem Arbeitsvertrag ergebende Arbeitspflicht näher konkretisieren, auch bezüglich Ordnung und Verhalten im Betrieb und im Hinblick auf so genannte leistungssichernde Verhaltenspflichten.¹⁷ Die Auskunftspflicht des Mitarbeiters bezieht sich zumindest auf den Gegenstand der konkret geschuldeten arbeitsvertraglichen Tätigkeit. In der arbeitsrechtlichen Literatur ist h. M., dass ein (dienstvertraglich oder arbeitsvertraglich gebundener) Mitarbeiter regelmäßig verpflichtet ist, an der Befragung im Rahmen einer Internal Investigation seines Unternehmens teilzunehmen und er grundsätzlich ebenfalls verpflichtet ist, auf gezieltes Befragen Auskunft zu seiner Tätigkeit zu erteilen.¹⁸ Für den Umfang seiner Auskunftspflicht ist der Inhalt des jeweiligen Dienst- bzw. Arbeitsvertrags maßgeblich, denn die Auskunftspflichten beziehen sich zumindest auf den Gegenstand der konkret geschuldeten arbeitsvertraglichen Tätigkeit, d.h. auf deren Inhalt und die Reichweite der Zuständigkeit des Mitarbeiters.¹⁹ Die umfassendsten Auskunftspflichten treffen daher Arbeitnehmer in Führungspositionen bzw. Vertrauensstellungen oder bzw. generell die Leitungsebene von Unternehmen.²⁰ In der Konsequenz dessen ist anzunehmen, dass ein Geschäftsführungsorgan (Vorstand, Geschäftsführer) eine vollumfängliche Auskunftspflicht zumindest hinsichtlich der Aufgaben in der Gesamtverantwortung des Leitungsorgans sowie hinsichtlich der eigenen Ressortzuständigkeit hat. Im Übrigen bestimmt sich der Umfang der Auskunftspflicht

Arbeitnehmer müssen grundsätzlich an Interviews teilnehmen, soweit diese ihre Tätigkeit betreffen

¹⁴ BRAK Nr. 35/2010, S. 3/4 f. Man beachte hier die auffällige Akzentverschiebung zwischen Thesen 1 und 3 (1) einerseits und Thesen 3(2) und 3 (3) andererseits.

¹⁵ Szesny, BB 45/2011, VI/VII.

¹⁶ BAG NZA 1997, 41 ff.; Henssler/Willemsen/Kalb/Thüsing, Arbeitsrechtskommentar, 3. Aufl. (2008), BGB § 611 Rn. 242 m. w. N.; Bittmann/Molkenbur, wistra 2009, 373, 375.

¹⁷ BAG, NZA 2009, 1011; Rudkowski NZA 2011, 612.

¹⁸ Weisskirchen/Glaser, DB 2011, 1447, 1448.

¹⁹ Bittmann/Molkenbur, wistra 2009, 373, 375.

²⁰ BAG AP Nr. 32 zu § 611 BGB (Haftung des Arbeitnehmers); Göpfert/Merten/Siegrist, NJW 2008, 1703, 1706; Bittmann/Molkenbur wistra 2009, 373, 375.

nach der Bedeutung der Auskunft für den Arbeitgeber. Sie ist besonders weitgehend, wenn nur (noch) der Arbeitnehmer über das erforderliche Wissen verfügt.²¹

Allerdings ist ein Arbeitnehmer grundsätzlich nicht verpflichtet, sich bloß aufgrund seiner Treuepflicht gegenüber seinem Arbeitgeber eigeninitiativ selbst zu belasten oder ohne besondere Rechtspflicht Tatsachen zu offenbaren, welche dem Arbeitgeber die Grundlage für eine Kündigung bieten können.²² Eine Selbstbeziehungspflicht des Mitarbeiters – auch im Fall einer abstrakt-generellen Frage nach Unregelmäßigkeiten in seinem Kenntnisbereich – besteht danach wohl nicht.²³

a) Nicht selbstbelastende „zeugenartige“ Aussage des unverdächtigen Mitarbeiters

Eine Mitwirkungspflicht des unverdächtigen Arbeitnehmers und dessen arbeitsrechtliche Pflicht zur Beantwortung von Fragen, die ihn persönlich nicht belasten würden, ist wohl unstrittig.²⁴ Hinsichtlich der Pflicht zur Belastung Dritter (Mitarbeiter) soll nach überwiegender Auffassung danach differenziert werden, ob es sich um Angaben zum unmittelbaren Tätigkeitsbereich des interviewten Mitarbeiters handelt oder nicht. Im ersten Fall wird eine Beantwortung von Fragen als erforderlich angesehen, im letzten Fall nur, wenn der befragte Mitarbeiter Führungsaufgaben wahrnimmt.²⁵

b) Selbstbelastende Aussage des verdächtigen oder noch unverdächtigen Mitarbeiters

Ob eine selbstbelastende Aussage des Arbeitnehmers auf Befragen arbeitsrechtlich verpflichtend ist, hat das BAG bisher nicht entschieden.²⁶

Nach einer Auffassung ist der Mitarbeiter analog §§ 675, 666 BGB verpflichtet, auch solche Fragen wahrheitsgemäß zu beantworten, die zu einer Selbstbelastung (oder einer Belastung Dritter) hinsichtlich (des Verdachts) einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit führen, wenn die Fragen seinen eigenen Arbeitsbereich betreffen.²⁷ Eine einzelfallbezogene Abwägung zwischen den Interessen des Mitarbeiters und des Unternehmens müsse hingegen erfolgen, wenn es um Informationen außerhalb des direkten Arbeitsbereichs des Mitarbeiters gehe. Eine Auskunftspflicht bestehe bei einem berechtigten, billigen- und schutzwürdigem Interesse des Unternehmens aus der allgemeinen (arbeitsvertraglichen) Treuepflicht,²⁸ diese umfasse in diesem Falle aber nicht die Pflicht zur Selbstbelastung.²⁹

Nach einer anderen Ansicht müsse der Mitarbeiter bei der „repressiven“ Befragung – d.h. bei der hier im Raum stehenden zur Aufklärung von Straftaten – wegen der Nähe zur Strafverfolgung entsprechend § 136 Abs. 1 S. 1 StPO – keinerlei selbstbelastenden Angaben machen.³⁰

Nach einer noch weitergehenden Auffassung ist der Arbeitnehmer unter keinen Umständen zur Offenbarung von Umständen, die kündigungswürdig sein können, auf Nachfrage oder ungefragt, verpflichtet.³¹ Ihm sei diesbezüglich ein Schweigerecht zuzubilligen.³² Zwar bindet auch den verdächtigen Arbeitnehmer eine Treuepflicht; müsse er sich

²¹ BAG, NZA 1996, 637 ff.; vgl. auch *Knierim*, StV 2009, 324, 327 f.; *Bittmann/Molkenbur*, wistra 2009, 373, 375.

²² BGH NJW-RR 1989, 614, 615; BAG NZA 1996, 637 ff.; *Bittmann/Molkenbur*, wistra 2009, 373, 376. weitergehend *Göpfert/Merten/Sigrist*, NJW 2008, 1703, 1708.

²³ LAG Rheinland-Pfalz Ur. v. 7.9.2004 – 11 Sa 2018/03, BeckRS 2004, 42011; vgl. BGH NJW 1989, 614.

²⁴ BAG NZA 1996, 636 = DB 1996, 634; LAG Hamm BeckRS 2009, 74015; *Diller*, DB 2004, 313; *Göpfert/Merten/Sigrist*, NJW 2008, 1703, 1705; *Vogt*, NJOZ 2009, 4206; *Schneider*, NZG 2010, 1201, 1204; *Lützele/Müller-Sartori*, CCZ 2011, 19.

²⁵ BAG DB 1958, 1015; *Göpfert/Merten/Sigrist*, NJW 2008, 1703, 1706; *Weisskirchen/Glaser*, DB 2011, 1447, 1448.

²⁶ BAG NJW 2004, 2848.

²⁷ LAG Hamm BeckRS 2009, 74015 (Wettbewerbsverstoß mit strafrechtlichen Implikationen); *Diller*, DB 2004, 313; *Göpfert/Merten/Sigrist*, NJW 2008, 1703, 1705; *Vogt*, NJOZ 2009, 4206; *Schneider*, NZG 2010, 1201, 1204; *Lützele/Müller-Sartori*, CCZ 2011, 19;

²⁸ BAG NZA 1996, 636 = DB 1996, 634; *Schneider*, NZG 2010, 1201, 1204; *Lützele/Müller-Sartori*, CCZ 2011, 19.

²⁹ *Weisskirchen/Glaser*, DB 2011, 1447, 1448.

³⁰ *Maschmann*, AuA 2009, 72, 74.

³¹ *Rudkowski*, NZA 2011, 612, 613, unter nicht nachvollziehbarem Verweis auf BAG, NZA 1996, 637, 640, da es dort um Auskünfte nicht zum unmittelbaren Tätigkeitsbereichs des Arbeitnehmers ging (frühere erfolglose Anwerbsversuche des MfS).

³² *Rudkowski*, NZA 2011, 612, 613 mit wiederum nicht schlüssigem Verweis auf BAG NZA 2008, 809, 810 und BAG NZA 2003, 991 L (in beiden Fällen geht es um eine Anhörung kein Interview; es wird vom BAG lediglich festgestellt, der Mitarbeiter habe die Aussage verweigert, nicht, dass er ein solches Recht habe.)

Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, auch solche Fragen zu seiner Tätigkeit wahrheitsgemäß zu beantworten, durch deren Beantwortung er sich – arbeitsrechtlich oder strafrechtlich – belastet (str.)

aber selbst belasten, sei ihm die wahrheitsgemäße Auskunft unzumutbar. In einer Abwägung des Aufklärungsinteresses des Arbeitgebers mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers gem. Artikel 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG überwiege Letzteres, da dem Arbeitgeber diverse andere Möglichkeiten zur Verfügung stehen, Compliance-Verstöße aufzudecken (Zeugenbefragung, zulässige technische Ermittlungsmaßnahmen gem. BDSG). Zudem könne er verdächtige Arbeitnehmer durch eine Verdachtskündigung aus dem Betrieb entfernen und so weitere Rechtsverletzungen vermeiden.³³ Besonderes Gewicht komme dem Arbeitnehmerinteresse zu, wenn der im Raum stehende Verdacht eines Compliance-Verstoßes zugleich den Verdacht einer Straftat begründe, denn dann habe der Arbeitnehmer ein Interesse daran, die Beschuldigtenrechte des Strafverfahrens in Anspruch nehmen zu können. Diese Rechte aber würden durch die Aussage vor dem Arbeitgeber ausgehöhlt, da diese im Strafprozess voll verwertbar seien.³⁴

Überwiegende Gründe und soweit ersichtlich die arbeitsgerichtliche Rspr. sprechen dafür, dass arbeitsrechtlich jedenfalls bei konkreten Fragen des Arbeitgebers oder seines Beraters zum konkreten Zuständigkeits- und Tätigkeitsbereich des Arbeitnehmers auch im Falle der Selbstbelastungs(-sgefahr) eine Pflicht zur Teilnahme am Interview und zur wahrheitsgemäßen Beantwortung von Fragen besteht.³⁵ Insbesondere kann in der Interviewsituation nicht sinnvoll mit der Möglichkeit der Verdachtskündigung gegen die Selbstbelastungspflicht argumentiert werden, da die Verdachtsschwelle so hoch ist,³⁶ dass selbst bei einem Interview eines „verdächtigen“ Mitarbeiters typischerweise noch keine hinreichende Verdachtslage gegeben ist. Probleme im Zusammenhang mit der Umgehung von Rechten des betreffenden Mitarbeiters im parallelen oder zukünftigen Strafverfahren sind zudem nicht durch ein Verweigerungsrecht im Ausgangsverfahren, sondern mit den Mechanismen und im Rahmen des Regelungsgehalts der StPO zu lösen: Nach der Rechtsprechung des BVerfG billigt das geltende Recht zwar Zeugen, Prozessparteien und Beschuldigten ein Schweige- und Aussageverweigerungsrecht für den Fall der Selbstbezeichnung zu, nicht aber solchen Personen, die aus besonderen Rechtsgründen rechtsgeschäftlich oder gesetzlich verpflichtet sind, einem anderen die für diesen notwendigen Informationen zu erteilen.³⁷ In der Regel handelt es sich dabei um Fälle, in denen allein der Auskunftspflichtige die erforderlichen Informationen geben kann und der Auskunftsberechtigte ohne diese Auskunft erheblich benachteiligt wäre oder seinen Aufgaben nicht ordnungsgemäß nachkommen könnte. Hierzu gehören Auskunftspflichtige und Rechenschaftspflichtige, die dadurch gekennzeichnet sind, dass diejenigen Handlungen, über die Auskunft erteilt werden soll, zu einem Pflichtenkreis gehören, den die Auskunftsperson durch eigenen Willensentschluss übernommen hat.³⁸ Auch in der Rechtsprechung des BGH ist eine auf § 666 BGB gegründete Auskunftspflicht einschließlich Beeidigung der Richtigkeit der Auskunft z. B. für das Verhältnis des Rechtsanwalts einer Gemeinschuldnerin gegenüber deren Konkursverwalter oder eines mit der Planung und Bauleitung beauftragten Architekten gegenüber dem Bauherrn anerkannt, unabhängig davon, ob der Auskunftspflichtige durch die Auskunft der Gefahr ausgesetzt wird, sich selbst einer strafbaren Handlung bezichtigen zu müssen. Insoweit ist der Schutz der Gläubiger bzw. des Auftraggebers vorrangig.³⁹ Die Auskunftspflicht wird verfassungsrechtlich nicht durch die Gefahr der Selbstbezeichnung mit einer Straftat eingeschränkt, da der Schutz des Arbeitnehmers durch ein strafrechtliches Verwertungsverbot gewährleistet werden könne.⁴⁰ Über dessen Reichweite entscheiden allerdings naturgemäß nicht die Arbeitsgerichte, sondern die zuständigen Gerichte in einem etwaigen Strafverfahren.⁴¹ Es entspricht sowohl dem Grundgedanken des Gemeinschuldnerbeschlusses als auch der Gesetzessystematik,

³³ Rudkowski. NZA 2011, 612, 613.

³⁴ Rudkowski. NZA 2011, 612, 613, ein Verwertungsverbot im Strafprozess sei nicht ausreichend, da es „unüberschaubar“ sei u. schon bzgl. des Kündigungsschutzprozesses wirken müsse.

³⁵ BAG NZA 2009, 637, 638; LAG Hamm BeckRS 2009, 74015; ArbG Saarlouis, ZIP 1984, 364; Bittmann/Molkenbur, wistra 2009, 373, 375 f. m. w. N.; Vogt, NJOZ 2009, 4206 4213 f.; nicht jedoch bei einer gänzlich allgemeinen Frage an den Arbeitnehmer, zu allen etwa ihm bekannten Unregelmäßigkeiten Stellung zu nehmen, vgl. den Fall des LAG Rheinland-Pfalz Urt. v. 7.9.2004 – 11 Sa 1818/03, BeckRS 2004, 42011.

³⁶ „Dringender Verdacht“, vgl. zuletzt BAG NJW 2011, 2231, 2232 f. m.w.N.; „starke Verdachtsmomente, die auf objektiven Tatsachen gründen“, BAG NZA 2008, 809 Orientierungssatz Nr. 1.

³⁷ LAG Hamm BeckRS 2009, 74015 unter Verweis auf BVerfGE 56, 37 ff. („Gemeinschuldnerbeschluss“); vgl. ebenso BVerfG NJW 1996, 916; 1999, 779; 2005, 352; wistra 2004, 19; WM 2008, 989.

³⁸ LAG Hamm BeckRS 2009, 74015.

³⁹ BGH NJW 1990, 510; AP BGB § 242 Auskunftspflicht Nr. 11.

⁴⁰ LAG Hamm BeckRS 2009, 74015.

⁴¹ LAG Hamm BeckRS 2009, 74015 unter Verweis auf BVerfGE 56, 37 ff. („Gemeinschuldnerbeschluss“); BVerfG WM 2008, 989.

dass ein Schutz des Arbeitnehmers vor den Gefahren der Strafverfolgung und die Wahrung des so nur im Strafverfahren kodifizierten und geltenden „nemo tenetur“-Prinzips dem Strafverfahren vorbehalten bleiben muss.

2) Anwesenheits- und Beistandsrechts eines Betriebsratsmitglieds

Regelmäßig kein Anwesenheitsrecht des Betriebsrats

Nach der Rspr. des BAG ergibt sich aus dem BetrVG kein genereller Anspruch des Arbeitnehmers auf Hinzuziehung eines Betriebsratsmitglieds zu jedem mit dem Arbeitgeber geführten Gespräch, sondern nur zu den gesetzlich explizit geregelten Anlässen (§§ 81 Abs.4 S. 3, 82 Abs. 2 S. 2, 83 Abs. 1 S. 2 und 84 Abs. 1 S. 2 BetrVG).⁴² Daraus folgt im Umkehrschluss insbesondere, dass der einzelne Arbeitnehmer keinen betriebsverfassungsrechtlichen Anspruch darauf hat, zu den von diesen Vorschriften nicht erfassten Personalgesprächen ein Mitglied des Betriebsrats hinzuzuziehen.⁴³ Zu Recht wird daher für Interviews im Rahmen von Internal Investigations ein Hinzuziehungsrecht bestritten. Nach § 82 Abs. 2 BetrVG könne ein Arbeitnehmer zwar ein Betriebsratsmitglied zu einem so genannten „Beratungs- und Führungsgespräch“ hinzuziehen, in dem die Leistungen und Möglichkeiten der beruflichen Entwicklung des Arbeitnehmers erörtert werden. Mit dieser Situation ist eine investigative Befragung jedoch nicht vergleichbar, weil es bei einer Untersuchung regelmäßig nicht um eine Bewertung der Leistung des befragten Mitarbeiters gehe, sondern um die Ermittlung eines Sachverhalts.⁴⁴ Die Durchführung des Interviews unterliegt auch nicht gem. § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG der Mitbestimmung über das Ordnungsverhalten im Betrieb, denn der mögliche Compliance-Verstoß betrifft allein das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer – nicht das Verhältnis der Arbeitnehmer untereinander – und bezieht sich außerdem nur auf einzelne mutmaßliche Rechtsverstöße und Personen, die damit zu tun gehabt haben könnten.⁴⁵

Ausnahme: Vorherige Beschwerde des Arbeitnehmers

§ 84 Abs. 1 S. 2 BetrVG gibt allerdings dem Arbeitnehmer die Möglichkeit, in Konfliktfällen mit dem Arbeitgeber – bei einer Beschwerde (§ 84 Abs. 1 S. 1 BetrVG) – ein Betriebsratsmitglied seines Vertrauens zur Unterstützung oder Vermittlung hinzuzuziehen. Dieses Recht könne Teilen der untergerichtlichen Rspr. zufolge auch bei Personalgesprächen wahrgenommen werden, wenn der Arbeitnehmer sich hierbei ungerecht behandelt oder in sonstiger Weise beeinträchtigt fühlt.⁴⁶ Dies erscheint für den größten Teil investigativer Befragungen fernliegend, insbesondere für solche, in denen der Arbeitnehmer eine zeugenähnliche Rolle als reiner Auskunftgeber haben soll. Anders mag es sich – im Einzelfall – verhalten, wenn ein „verdächtiger“ oder sich als (zu Unrecht) verdächtigt fühlender Arbeitnehmer das Interview oder die Einladung hierzu bereits vorab als ungerechte Behandlung wahrnimmt. Typischerweise setzt diese allerdings der Einladung zeitlich vorausgehende Konflikte zwischen dem Arbeitnehmer und dem Arbeitgeber bzw. dessen Beratern voraus. Anerkannt ist nämlich, dass es bei dem Hinzuziehungsrecht des § 84 Abs. 1 S. 2 BetrVG stets um die Abstellung bereits bestehender negativ bewerteter Zustände gehen muss. Das Ausbleiben von Vorteilen kann nur Beschwerdegegenstand sein, wenn auf sie ein Rechtsanspruch besteht, insbesondere unter dem Aspekt der Gleichbehandlung.⁴⁷ Zur praktischen Handhabung bietet es sich an, davon auszugehen, dass für ein Hinzuziehungsrecht gem. § 84 Abs. 1 S. 2 BetrVG vor der Einladung zu dem Interview subjektiv – aus Sicht der Arbeitnehmer – ein Beschwerdegegenstand und objektiv eine konkrete Beschwerdeerklärung vorliegen muss, da der Betriebsrat ansonsten keine „Beschwerde“ gem. § 84 Abs. 1 S. 1 BetrVG im Rahmen des Interviews unterstützen oder diesbezüglich vermitteln kann. Nur zu diesem Zweck kann er aber nach § 84 Abs. 1 S. 2 BetrVG herangezogen werden. Die konsequente Weiterführung des Gedankens führt dazu, dass dem Betriebsrat – sollte er ausnahmsweise im Einzelfall wegen einer das Interview betreffenden vorherigen Beschwerde des Arbeitnehmers zum Interview hinzugezogen werden dürfen – nur insoweit die Teilnahme an dem Interview gestattet sein sollte, als dies den Beschwerdegegenstand zum Inhalt hat oder jedenfalls ein Zusammenhang zum Beschwerdegegenstand besteht. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass regelmäßig gerade kein Recht des Arbeitnehmers zur Hinzuziehung eines Betriebsratsmitglieds zu einem Interview besteht. Falls dies wegen eines vorher bestehenden Konfliktes

⁴² BAG NZA 2010, 1307 (Orientierungssatz des Gerichts).

⁴³ BAGE 112, 341 ff. = BAG NZA 2005, 416 ff.

⁴⁴ Mengel/Ullrich, NZA 2006, 240, 243 f.

⁴⁵ Zimmer/Heymann, BB 2010, 1853, 1855; Rudkowski, NZA 2011, 612, 615.

⁴⁶ LAG Hamm MDR 2001, 1361 = BeckRS 2001, 41047.

⁴⁷ Fitting, BetrVG § 84 Rn. 12; GK-BetrVG/Wiese/Frantzen, § 84 Rn. 14, 15.

mit dem Arbeitgeber der Fall ist, kann ein Anwesenheitsrecht des Betriebsrats allenfalls insoweit bestehen, als der Beschwerdegegenstand im Interview zur Sprache kommt.

3) Anwesenheits- und Beistandsrecht eines Rechtsanwalts

*Regelmäßig kein
Beistandsrecht des
Rechtsanwalts*

Nach einer in der arbeitsgerichtlichen Rspr. und Lit. verbreiteten Sichtweise besteht kein Recht des Mitarbeiters auf Hinzuziehung eines anwaltlichen Rechtsbeistands im Rahmen von „Personalgesprächen“.⁴⁸

Nach anderer Auffassung soll ein unbedingtes Recht des Mitarbeiters bestehen, sich bei Befragungen durch den Arbeitgeber – mithin offenbar unabhängig von der Teilnahme von Unternehmensanwälten – eines anwaltlichen Beistands bedienen zu können. Dies lasse sich aus der arbeitsvertraglichen Fürsorgepflicht des Arbeitgebers für seine Arbeitnehmer herleiten.⁴⁹

Grundsätzlich hat ein Mitarbeiter keinen Anspruch darauf, dass bei Personalgesprächen die Anwesenheit seines Anwalts zugelassen wird, denn die Teilnahme an Personalgesprächen gehört zu den Pflichten des Arbeitnehmers, die die Kernpflicht, die Leistung entgeltlicher Arbeit, umgibt und die durch den Arbeitnehmer höchstpersönlich wahrzunehmen sind (§ 613 BGB).⁵⁰ Der personenbezogene Charakter des Arbeitsverhältnisses verbietet es grundsätzlich, dass der Arbeitnehmer gegen den Widerstand des Arbeitgebers betriebsfremde Personen zur Wahrnehmung seiner Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis hinzuzieht.⁵¹ Der Arbeitnehmer müsse in einem Personalgespräch nicht nur zur technischen Abwicklung bestimmter Vorgänge persönlich antworten, sondern auch, wenn grundsätzliche Fragen des Arbeitsverhältnisses besprochen werden sollen.⁵²

Allerdings könne bei „Grundsatzgesprächen“ der Arbeitgeber nicht verlangen, dass der Arbeitnehmer für ihn wichtige Fragen ohne anwaltlichen Beistand beantwortet bzw. anstehende Entscheidungen sofort trifft. Die Beantwortung zukunftsentscheidender Fragen oder das Treffen von Entscheidungen könne er sich bis nach Konsultierung seines Anwaltes vorbehalten.⁵³ Zudem sei es laut dem LAG Hamm bei der Hinzuziehung betriebsfremder Personen durch den Arbeitgeber – z. B. eines Anwalts oder Verbandsvertreters – zu dem Interview „denkbar“, dass der Arbeitnehmer seinerseits aus dem Gesichtspunkt der „Waffen“- und Chancengleichheit Anspruch darauf hat, dass auf seiner Seite ebenfalls eine betriebsfremde Person seines Vertrauens mitwirkt.⁵⁴ Daneben wird in der Lit. erwogen, ausnahmsweise ein Anwesenheitsrecht eines Rechtsanwalts einzuräumen, wenn der Arbeitnehmer befürchtet, sich selbst bei der Befragung strafrechtlich zu belasten.⁵⁵

Es erscheint zwar fraglich, ob es hier maßgeblich allein auf die rein subjektiven Vorstellungen des Betroffenen ankommen kann. Wohl jedenfalls in denjenigen Situationen, in denen der Mitarbeiter bereits vor dem Interview der Beteiligung an Straftaten verdächtig ist und diese potentiell strafbaren Handlungen Gegenstand des Interviews sein sollen, erscheint zweifelhaft, ob dessen Befragung ohne anwaltlichen Beistand erzwungen werden kann, falls der Mitarbeiter den Wunsch nach anwaltlicher Begleitung äußert. Die Rücksichtnahme- und Fürsorgepflicht des Arbeitgebers kann es dann gebieten, die Teilnahme eines Rechtsbeistands des Mitarbeiters zuzulassen, wenn der Arbeitgeber nach strafrechtlich relevantem Verhalten des Arbeitnehmers fragen will; andernfalls könne eine auf das Gespräch gestützte Verdachtskündigung unwirksam sein.⁵⁶ Es kann jedoch nach dem derzeitigen Stand der arbeitsgerichtlichen Rspr. nicht festgestellt werden, dass der Arbeitgeber oder sein anwaltlicher Berater von sich aus oder auf Aufforderung für die Verfügbarkeit eines Rechtsanwalts zu sorgen oder sonst aktiv darauf hinzuwirken habe, dass der Arbeitnehmer anwaltliche Beratung erhält. Der oben dargestellte Meinungsstand lässt vielmehr darauf schließen, dass der Arbeitgeber – lediglich in den oben genannten Ausnahmefällen – verpflichtet sein könnte, die Anwesenheit eines Arbeitnehmeranwalts bei dem Interview hinzunehmen.

⁴⁸ LAG Hamm MDR 2001, 1361 = BeckRS 2001, 41047; Fischer, DB 2003, 522, 524; Mengel/Ullrich, NZA 2006, 240, 244; Göpfert/Merten/Sigrist, NJW 2008, 1703, 1708.

⁴⁹ Sidhu/Saucken/Ruhmannseder, NJW 2011, 881, 883.

⁵⁰ LAG Hamm MDR 2001, 1361 = BeckRS 2001, 41047.

⁵¹ LAG Hamm MDR 2001, 1361 = BeckRS 2001, 41047.

⁵² LAG Hamm MDR 2001, 1361 = BeckRS 2001, 41047.

⁵³ LAG Hamm MDR 2001, 1361 = BeckRS 2001, 41047.

⁵⁴ LAG Hamm MDR 2001, 1361 = BeckRS 2001, 41047.

⁵⁵ Mengel/Ullrich, NZA 2006, 240, 243 f.

⁵⁶ ArbG Berlin, Urt. v. 28. 7. 2005 – 28 Ca 10016/05; Göpfert/Merten/Sigrist, NJW 2008, 1703, 1708.

Keine Rechte des Arbeitnehmers bzgl. des Gesprächsvermerks

4) Protokoll bzw. Gesprächsvermerk – Freigabe und Einsichtnahme durch den Mitarbeiter?

Aus diversen arbeitsgerichtlichen Entscheidungen zu Anhörungen im Vorfeld von Verdachtskündigungen ist ersichtlich, dass bei den Gesprächen von Arbeitgeberseite Protokolle oder Gesprächsvermerke o.ä. gefertigt wurden, die zudem auch als Beweismittel Eingang in das arbeitsgerichtliche Verfahren fanden, ohne dass ihnen der Beweiswert abgesprochen worden wäre.⁵⁷ Es ist nicht erkennbar, dass die Arbeitsgerichte besondere Verfahrens- oder Formerfordernisse für die Verwertbarkeit der Niederschrift zu einer Anhörung oder einem Interview stellen würden. Insbesondere ist nicht ersichtlich, dass aus arbeitsrechtlicher Sicht eine Prüfung und Freigabe des Protokolls durch den Arbeitnehmer oder ein Einsichtsrecht zwingend erforderlich für dessen Verwertbarkeit wären.⁵⁸ Auch sind Erfordernisse hinsichtlich einer Belehrung über die Verwendbarkeit eines Protokolls, Vermerks oder einer Mitschrift – etwa bzgl. der Weiterleitung an Strafverfolgungsbehörden oder der Nutzung in einem etwaigen streitigen arbeitsgerichtlichen Verfahren – aus der arbeitsgerichtlichen Rspr. bisher nicht bekannt geworden. Es kann daher nicht davon ausgegangen werden, dass bzgl. der Protokollführung und -verwertung arbeitsrechtliche Vorgaben dieser Art existieren.

Darüber hinaus besteht soweit ersichtlich arbeitsrechtlich insbesondere kein Einsichtsrecht hinsichtlich des Protokolls bzw. der Mitschrift der Arbeitgeberseite zum Interview.⁵⁹ Ein Einsichtsrecht in Protokolle anderer Interviewter kann aus datenschutzrechtlichen Gründen nicht bestehen.⁶⁰ Zudem ist zu berücksichtigen, dass der Interviewer in seine Mitschrift u. U. durchaus über den Wortlaut des Gesprächs hinausgehende Informationen aufnehmen kann, auf deren Kenntnis der Interviewte von vornherein keinen Anspruch hat. In Betracht kommen etwa persönliche Eindrücke, Hinweise auf bestimmte Abgleichserfordernisse mit der Dokumentation oder andere Erkenntnisse der Ermittlungen, die zusammen mit dem Gesprächsvermerk relevant sind und die gegenüber dem befragten Arbeitnehmer geschützte Daten darstellen. Somit sollte eher von einem einseitigen Gesprächsvermerk des Arbeitgebers als von einem Protokoll gesprochen werden, um Missverständnisse hinsichtlich angeblicher Gegenzeichnungs- oder Einsichtsrechte zu vermeiden. Der Arbeitnehmer oder ggf. der ihn begleitende Rechtsanwalt ist natürlich nicht gehindert, selbst ein solches zu fertigen, soweit dies die Befragung nicht hindert, oder ein Gedächtnisprotokoll zu fertigen. Nur sicherheitshalber sei darauf hingewiesen, dass nach zweifelhafter untergerichtlicher Rspr. diese Schriftstücke im Strafverfahren als Beweismittel beschlagnahmefähig sind, auch wenn sie im Gewahrsam von Rechtsanwälten stehen (vgl. §§ 53, 97, 160a StPO).⁶¹

5) Belehrung von Mitarbeitern

Keine Belehrungspflichten analog StPO

Nach der im Arbeitsrecht herrschenden Meinung ist der Arbeitgeber bei der Ausgestaltung des Gesprächs sowohl formell als grundsätzlich auch inhaltlich frei, so bedarf es insbesondere keiner „Belehrung“ des Arbeitnehmers, etwa darüber, dass ihm eine bestimmte Pflichtverletzung zur Last gelegt wird oder dass etwaige im Gespräch gemachte Angaben auch strafprozessual verwertet werden könnten.⁶² Zurecht wird darauf hingewiesen, dass derartige Vorgaben dem Arbeitsrecht als Teil des Zivilrechts fremd sind und dem Strafprozessrecht entlehnt wären; eine (isolierte) Übernahme der Vorgaben der StPO zur Belehrung würde zu Inkonsistenzen führen.⁶³ Zudem würde dies völlig verkennen, dass das zivilrechtliche Rechtsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer dem öffentlich-rechtlichen zwischen Strafverfolgungsbehörden und Beschuldigtem nicht vergleichbar sind. Über die Zulässigkeit nachteiliger strafprozessualer Folgen – insbesondere die Verwertung eines selbstbelastenden Interviews – ist de lege lata derzeit ausschließlich im Strafverfahren zu entscheiden.

Auch die für die Anhörung geltende Vorgabe, dass das Gespräch einen „greifbaren Sachverhalt“ zum Gegenstand haben und dieser eingangs bezeichnet werden muss, ist allein vom Recht der Verdachtskündigung abgeleitet und auf Interviews zur Informationsgewinnung

⁵⁷ BAG NZA 2003, 991; LAG Köln NZA-RR 1998, 297, 298.

⁵⁸ Weiskirchen/Glaser, DB 2011, 1447, 1449; a.A. Maschmann, AuA 2009, 72, 76 (unter Verweis auf § 83 BetrVG).

⁵⁹ Weiskirchen/Glaser, DB 2011, 1447, 1449.

⁶⁰ Weiskirchen/Glaser, DB 2011, 1447, 1449.

⁶¹ LG Hamburg, Beschl. v. 15.10.2010 – 608 Qs 18/10, BeckRS 2011, 01653 mit Anm. v. Galen, NJW 2011, 945 u. mit Anm. Szesny, GWR 2011, 169.

⁶² Rudkowski, NZA 2011, 612.

⁶³ Rudkowski, NZA 2011, 612.

ohne Anhörungsfunktion nicht zu übertragen.⁶⁴ Es wird praktisch nötig sein, bestimmte Sachverhalte anzusprechen, schon, weil sich der Arbeitnehmer zu diesen äußern soll. Für den Arbeitgeber negative Rechtsfolgen können aber aus einer nur umrisshaften, zurückhaltenden bzw. sukzessiven Benennung der befragungsgegenständlichen Sachverhalte nicht abgeleitet werden, zumal der Arbeitgeber bzw. seine Berater die Schilderung eines „greifbaren Sachverhalts“ und damit konkreter Vorgänge im Einzelnen zumindest zu Beginn nicht leisten können. In anderen Fällen wäre eine Forderung nach genauer Beschreibung der Verdachtsgründe und betroffenen Sachverhalte nicht sachgerecht, da eine Aufdeckung der (unvollständigen) Ermittlungsergebnisse Verdunklungshandlungen des Mitarbeiters auslösen könnte,⁶⁵ je nach Gestaltung des Einzelfalls mit nicht ausschließbar auch strafrechtlichen und strafprozessualen Risiken (vgl. § 112 StPO; §§ 257, 258 StGB).

6) Verwertungsverbot im arbeitsgerichtlichen Verfahren

Anders als das Strafverfahren kennt das Zivilverfahren gem. der ZPO, auf die das ArbGG verweist, keine normierten Beweisverwertungsverbote. Unrechtmäßig erlangte Beweismittel sind nicht generell unverwertbar, sondern nur, wenn der Schutzzweck der verletzten Norm dies gebietet. Insbesondere kann dies bei schwerwiegenden und ungerechtfertigten Eingriffen in das Persönlichkeitsrecht der Fall sein, die das Interesse an Ermittlungen wegen des Verdachts schwerwiegender Straftaten im Unternehmen überwiegen. Dies kann nur aufgrund einer Abwägung im Einzelfall angenommen werden.⁶⁶ Verwertungsverbote können sich aus der Verletzung von Beteiligungsrechten des Betriebsrats ergeben, wobei der Verstoß gegen Mitbestimmungsrechte nicht automatisch dazu führt, sondern die Grundrechtsverletzung Einzelner und ein zwingendes Bedürfnis bzgl. der Unverwertbarkeit hinzutreten müssen.⁶⁷ Zudem sind bzgl. der Durchführung einzelner Interviews Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats gem. § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG (Verhaltenskontrolle) im Normalfall – bei Fragen zur eigenen Tätigkeit – gerade nicht anerkannt; es besteht allenfalls das allgemeine Informationsrecht gem. § 80 Abs. 2 BetrVG.⁶⁸ Für arbeitsrechtlich erzwungene selbstbelastende Aussagen von Mitarbeitern wurde seitens der Arbeitsgerichtsbarkeit teilweise ein strafprozessuales Verwertungsverbot befürwortet, gerade nicht jedoch ein solches für das arbeitsgerichtliche Verfahren.⁶⁹ Arbeitsgerichtlich ist ein Verwertungsverbot soweit ersichtlich nur im Zusammenhang mit einer unzureichenden Information über den Gegenstand einer Anhörung anerkannt worden (s.u.).

*Keine Verwertungsverbote
für Interviews im
arbeitsgerichtlichen Verfahren*

7) Exkurs: Arbeitsrechtlich veranlasste Anhörung vor (außerordentlicher) Verdachtskündigung des Arbeitnehmers und Kombination mit Interview

Nicht ausschließbar kann es dazu kommen, dass aus der Sicht des Unternehmens in einem Gespräch die Informationsfunktion des Interviews in der unternehmensinternen Ermittlung mit der Gewährung rechtlichen Gehörs in Form der arbeitsrechtlichen Anhörung zweckmäßigerweise kombiniert werden soll. Hintergrund kann eine bereits bestehende intensive Verdachtslage – mit potentiell hinreichendem dringenden Verdacht für eine außerordentliche Verdachtskündigung wegen einer mutmaßlichen Straftat oder Ordnungswidrigkeit oder sonstigen Pflichtverletzung – sein, die arbeitsrechtliche Sanktionen zulassen würde, wo aber aus der Sicht des Unternehmens weiterer Informationsbedarf besteht, etwa im Hinblick auf mögliche weitere mutmaßliche Taten oder weitere mutmaßliche Täter, zur Ermittlung eines Schadensumfangs, zur Verbesserung der Beweislage o.ä. Zugleich soll u. U. vermieden werden, dass die Einhaltung der strengen Fristenregelungen des Arbeitsrechts durch eine Hintereinanderschaltung von Interview und Anhörung gefährdet werden. Rechtlich ist diese Doppelfunktionalität des „Anhörungsinterviews“ zulässig. Die Anhörung darf dem Arbeitgeber auch zu anderen Zwecken – etwa der Gewinnung weiterer Beweismittel – dienen; der Arbeitnehmer kann aus ihr sogar den (u. U. unzutreffenden) Eindruck mitnehmen, den Verdacht zerstreut zu haben.⁷⁰ Man wird bei einheitlichen „Anhörungsinterviews“

⁶⁴ Rudkowski, NZA 2011, 612, 613.

⁶⁵ Rudkowski, NZA 2011, 612, 613.

⁶⁶ BVerfG NJW 2007, 753, 758; Vogt NJOZ 2009, 4206, 4216.

⁶⁷ BAG NJW 2008, 2732 = DB 2008, 1633.

⁶⁸ ArbG Berlin DB 1974, 1167; Mengel/Ullrich, NZA 2006, 240, 244 f.

⁶⁹ LAG Hamm, BeckRS 2009, 74015 (Wettbewerbsverstoß mit strafrechtlichen Implikationen); ArbG Saarlouis, ZIP 1984, 364.

⁷⁰ LAG Köln, Urteil vom 31. 10. 1997 - 11 (7/9) Sa 144/97, in: NZA-RR 1998, 297; vgl. auch BAG NZA 1996, 81 = NJW 1996, 540.

wohl für das Gespräch insgesamt – sowohl für den (eher interviewtypischen) Befragungsteil als auch den (eher anhörungstypischen) Rechtfertigungsteil – die arbeitsrechtlichen Vorgaben für Anhörungen zu beachten haben.

Die Anhörung eines Arbeitnehmers – als Gelegenheit zur Stellungnahme – muss im Rahmen der gebotenen Sachverhaltsaufklärung vor Ausspruch der außerordentlichen Verdachtskündigung durch den Arbeitgeber erfolgen.⁷¹ Ihr (erforderlicher) Umfang richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls; die Anforderungen an die Anhörung des Betriebsrats gem. § 102 Abs. 1 BetrVG müssen nicht erfüllt werden,⁷² da die Anhörung des Arbeitnehmers anderen Zwecken dient und daher nicht vergleichbar ist.⁷³

a) Mitteilung eines umgrenzten Sachverhalts

Erforderlich ist nach höchstrichterlicher Rspr. jedenfalls, dass sich die Anhörung auf einen (für den Arbeitnehmer) „greifbaren Sachverhalt“ bezieht, grundsätzlich unzureichend ist es, wenn der Arbeitnehmer lediglich mit einer allgemein gehaltenen Wertung konfrontiert wird.⁷⁴ Dazu ist nach dem BAG erforderlich, dass der Arbeitnehmer die Möglichkeit erhält, bestimmte zeitlich und räumlich eingegrenzte Tatsachen zu bestreiten oder den Verdacht entkräftende Tatsachen zu bezeichnen.⁷⁵ Daraus ist wohl zu folgern, dass der Interviewer im Rahmen der Anhörung den räumlich und zeitlich eingegrenzten Sachverhalt, der Grund der Verdachtskündigung werden kann, zu benennen hat. Zu weit gehen würde die Annahme, die Konkretisierung der Vorwurfslage müsste den Erfordernissen etwa an die Bestimmtheit des Anklagesatzes (vgl. § 200 StPO) entsprechen. Insbesondere bei vielfach und über einen langen Zeitraum wiederholten Taten muss jedenfalls eine umrisshaftige Schilderung des Handlungsmusters sowie eine Eingrenzung des Zeitraums und des Tatorts ausreichen, ohne dass die Einzelfälle ebenfalls beschrieben werden. Im Einzelfall kann auch die Benennung etwa bestimmter Personen, Geschäftsbeziehungen bzw. Geschäftspartner und die Skizzierung der Vorwurfslage (etwa: Vorteilsgewährungen an Mitarbeiter der Gesellschaft X zur Auftragserlangung) völlig ausreichen, um den Arbeitnehmer darüber aufzuklären, was ihm vorgeworfen wird und wogegen er sich verteidigen kann. Generell erscheint es richtig, die Informationspflicht des Arbeitgebers nicht mit abstrakt-generellen Regelungen und Detaillierungserfordernissen zu überfrachten. Allein entscheidend sollte sein, dass der Arbeitnehmer aufgrund der Belehrung weiß, welche Vorwürfe er entkräften muss. Ob dieses Erfordernis erfüllt ist, wird typischerweise von den Umständen des Einzelfalls (Komplexität des Sachverhalts etc.) abhängen. Detaillierte Belehrungen können vom Arbeitgeber vielfach auch deshalb nicht verlangt werden, weil diese einem Arbeitnehmer zum Schaden des Arbeitgebers auch Verdunklungs- und Beweisvernichtungshandlungen (auch Straftaten gem. §§ 274, 303 StGB) ermöglichen könnten.

Zu ergänzen ist, dass das BAG eine schuldhaftige Verletzung der Informationspflicht des Arbeitnehmers auch bei Nichterfüllung der beschriebenen Anforderungen ausschließt, wenn der Arbeitnehmer von vornherein nicht gewillt war, sich zu den Vorwürfen einzulassen und an der Aufklärung mitzuwirken, insbesondere wenn er bei der Anhörung sogleich erklärt, er werde sich zum Vorwurf nicht äußern, ohne relevante Weigerungsgründe zu nennen. Dann ist eine Information über die Verdachtsgründe in Rahmen der Anhörung unnötig.⁷⁶ Auch die außerordentliche Verdachtskündigung kann dann nicht an Belehrungsmängeln oder dem Fehlen der Belehrung scheitern.⁷⁷

b) Keine Täuschung über Gegenstand der Anhörung

Hinsichtlich der (vorherigen) Belehrung über Sinn und Zweck der Anhörung ist in der Rspr. anerkannt, dass die Einladung zur Anhörung nicht mit einer über das Gesprächsthema täuschenden Begründung erfolgen darf, so darf etwa nicht angegeben werden, es solle „ein Fachgespräch“ oder ein „Gespräch über die Übernahme zusätzlicher Schichten“ geführt

⁷¹ BAG NZA 2002, 847 = NJW 2002, 3651; BAG NZA 2008, 809, 810, stdg. Rspr.

⁷² BAGE 81, 27 ff. = BAG NZA 1996, 81 ff.; BAG BZA 2008, 809, 810.

⁷³ BAG BZA 2008, 809, 810; Eylert/Friedrichs, DB 2007, 2203, 2005.

⁷⁴ BAG NZA 2008, 809, 810.

⁷⁵ BAG NZA 2008, 809, 810.

⁷⁶ BAG NZA 2009, 809, 810 f.; BAG, Urt. v. 28.11.2007 – 5 AZR 952/06, BeckRS 2008, 50549.

⁷⁷ BAG NZA 2009, 809, 810 f.; BAG, Urt. v. 28.11.2007 – 5 AZR 952/06, BeckRS 2008, 50549; vgl. BAG NZA 1987, 699 = NJW 1987, 2540 (Leitsätze).

*Bei „Anhörungsinterviews“
Pflicht zur Mitteilung
des Sachverhalts*

*Täuschung über
Gesprächszweck
unzulässig*

werden⁷⁸. Darüber hinausgehend besteht keine Einigkeit über ein Belehrungserfordernis zu Gegenstand und Konsequenzen der Anhörung.

c) Belehrung über „Verdacht“ und arbeitsrechtliche Konsequenzen?

Kein Hinweis auf arbeitsrechtliche Konsequenzen nötig (str.)

Von einem LAG wird vertreten, dass der Arbeitgeber auch explizit darauf hinweisen muss, dass er (a) aufgrund der (unstrittig anzuführenden) Tatsachen den Verdacht einer Pflichtverletzung hegt und (b) darauf eventuell – d.h. bei fehlender Entkräftung in der Anhörung – eine Kündigung zu stützen beabsichtigt.⁷⁹ Diese Forderung lässt sich der Rspr. des BAG bislang nicht entnehmen – danach muss sich die Anhörung nur auf einen konkreten Sachverhalt beziehen⁸⁰ – und wird offenbar von anderen LAGs kritisch gesehen und jedenfalls nicht aufgegriffen.⁸¹ Der Sinn und Zweck der Anhörung und insbesondere auch der Information über den Sachverhalt ist nach der Rspr. des BAG, dass der Arbeitnehmer durch seine Einlassung „zur Aufhellung der für den Arbeitgeber im Dunkeln liegenden Geschehnisse“ beitragen kann, denn „allein um dieser Aufklärung willen wird dem Arbeitnehmer die Anhörung abverlangt“, sie sei weder dazu bestimmt als verfahrensrechtliches Erschweris die Aufklärung zu verzögern noch die Wahrheit zu verdunkeln.⁸² In der arbeitsgerichtlichen Rspr. kommt zudem klar zum Ausdruck, dass eine Offenlegung der Beweisquellen und -mittel, aus denen sich der verdachtsbegründende Sachverhalt speist, nicht erforderlich ist.⁸³ Vor diesem Hintergrund spricht nichts dafür, zusätzliche formale Voraussetzungen der Rechtmäßigkeit oder Wirksamkeit der Anhörung zu konstruieren, die das BAG nicht im Rahmen der Grundsatzentscheidung in seine Orientierungssätze aufgenommen hat. „Kenntnis von den gegen ihn erhobenen Vorwürfen“ hat der Arbeitnehmer bereits, wenn er die Verdachtslage durch Darstellung in tatsächlicher Hinsicht mitgeteilt bekommt. Vollends erscheint es überzogen, dem Arbeitgeber eine Aufklärungspflicht über zukünftige, eventuell beabsichtigte arbeitsrechtliche Maßnahmen abzuverlangen, insbesondere, wenn dies dem Zweck der Anhörung – der Aufklärung des Sachverhalts – eher entgegensteht. Es kann nicht angenommen werden, dass ein privater Arbeitgeber – anders als eine Strafverfolgungsbehörde – einen einer Straftat verdächtigten Arbeitnehmer durch den expliziten – und zugleich vielfach selbstverständlichen – Hinweis, dass die Bestätigung eines Verdachtssachverhalts, der einen schwerwiegenden Pflichtenverstoß beinhaltet, zu arbeitsrechtlichen Konsequenzen führen kann, von der Mitwirkung an der Aufklärung abschrecken muss.

d) Hinzuziehung eines Rechtsanwalts

Recht auf anwaltlichen Beistand bei der Anhörung

Weiter ist dem Arbeitnehmer im Rahmen einer Anhörung nach h. Rspr. die Zuziehung eines Rechtsanwalts nicht zu verwehren, und zwar unabhängig davon, ob auf Seiten des Arbeitgebers (externe) Rechtsanwälte an der Anhörung beteiligt sind.⁸⁴ Nach einer aktuellen Entscheidung des LAG Hessen führt die Verweigerung der Hinzuziehung eines Rechtsanwalts durch den Arbeitgeber allerdings nicht zur Unwirksamkeit der Anhörung – und damit nicht zum Wegfall dieser formalen Voraussetzung der Verdachtskündigung – sondern dazu, dass der weitere – d.h. zeitlich nach der Weigerung liegende – Inhalt der Anhörung prozessual nicht verwertbar ist.⁸⁵ Es ist davon auszugehen, dass hier allein die Verwertung im arbeitsgerichtlichen Verfahren gemeint ist, denn das LAG bezieht sich zur Begründung auf das Verhältnis der beiden „Prozessparteien“ zueinander und die Verhinderung einer rechtswidrigen Benachteiligung der einen zu Lasten der anderen im Prozess.⁸⁶ Ein Parteiprozess, in dem eine solche Argumentation valide erscheint, ist nur das arbeitsgerichtliche Verfahren. Vor einer Bitte um Hinzuziehung eines Rechtsanwalts gemachte Äußerungen des Arbeitnehmers sind hingegen verwertbar.⁸⁷

⁷⁸ LAG Düsseldorf NZA-RR 2010, 184, 185 f.; LAG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 16.12.2010 – 2 Sa 2022/10, BeckRS 2011, 68001.

⁷⁹ LAG Berlin-Brandenburg DB 2009, 2724; Urt. v. 16.12.2010 – 2 Sa 2022/10, BeckRS 2011, 68001.

⁸⁰ BAG NZA 2008, 809 (Orientierungssatz 3).

⁸¹ LAG Hessen, Urt. v. 01.08.2011 – 16 Sa 202/11, BeckRS 2011, 75781.

⁸² BAG NZA 2008, 809 (Orientierungssätze 3 und 4).

⁸³ LAG Köln NZA-RR 1998, 297.

⁸⁴ BAG NZA 2009, 809, 811 unter Berufung auf *Eylert/Friedrich*, DB 2007, 2203, 2204 f.

⁸⁵ LAG Hessen, Urt. v. 01.08.2011 – 16 Sa 202/11 (Leitsatz 2), BeckRS 2011, 75781.

⁸⁶ LAG Hessen, Urt. v. 01.08.2011 – 16 Sa 202/11, BeckRS 2011, 75781.

⁸⁷ LAG Hessen, Urt. v. 01.08.2011 – 16 Sa 202/11, BeckRS 2011, 75781.

Keine Belehrungspflicht

e) Belehrung über die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts?

Zweifelhaft ist, ob die Äußerung mancher LAGs, dem Arbeitnehmer sei „Gelegenheit zu geben“, einen Rechtsanwalt hinzuzuziehen oder sich schriftlich zu äußern, so zu verstehen ist, dass der Arbeitnehmer im Vorfeld durch den Arbeitgeber auf eine Möglichkeit, sich anwaltlich begleiten zu lassen,⁸⁸ hinzuweisen ist; jedenfalls das BAG verlangt vom Arbeitgeber bisher ersichtlich nur eine passive Duldung der vom Arbeitnehmer initiierten Hinzuziehung. Da jedenfalls das LAG Hessen für den Fall der verweigerten Hinzuziehung nur ein (arbeitsgerichtliches) Verwertungsverbot und keine Unwirksamkeit annimmt,⁸⁹ kann eine unterbliebene Belehrung über ein (zweifelhaftes) Recht auf anwaltlichen Beistand wohl zumindest keine Wirksamkeitsvoraussetzung der Anhörung sein.

Keine Beleidigungen, Bedrohungen oder Nötigungen beim Interview zulässig

IV. Straf(-prozess-)rechtliche Schranken des Interviews

1) Materiell-strafrechtliche Grenzen des Interviews

Nur am Rande sei festgehalten, dass der Interviewer selbstverständlich keine Straftaten begehen darf. In Betracht kommen – im Zusammenhang mit dem Versuch, den Mitarbeiter durch Druckausübung zu einer umfassenden und wahrheitsgemäßen Aussage oder gar zu einer vertraglichen Vereinbarung zu veranlassen – im Einzelfall möglicherweise u.a. die Vorschriften des § 240 StGB (Nötigung), § 253 StGB (Erpressung), 241 StGB (Bedrohung) und § 185 StGB (Beleidigung). Insbesondere ist darauf zu achten, dass zur Aussageerzwingung oder zu einem anderen Zweck nicht (vorsätzlich) arbeitsrechtlich oder zivilrechtlich unzulässige Maßnahmen angedroht werden und keine unsachgemäße („unkonnx“) Verknüpfung von in Aussicht gestellten Übeln mit dem vom Arbeitnehmer gewollten Verhalten erfolgt. Hier lauern – angesichts der verbleibenden Unklarheiten und vor allem auch Meinungsverschiedenheiten hinsichtlich der arbeitsrechtlichen Situation – gewisse Risiken gem. §§ 240, 253 StGB. Zumeist wird aber gerade aufgrund der Unklarheit der Rechtslage angenommen werden müssen, der Interviewer habe jedenfalls nicht vorsätzlich gehandelt.

2) Zur strafprozessualen Verwertbarkeit von Interviews

a) Umfassendes Verwertungsverbot aus Art. 2 Abs. 1 GG?

Strafprozessuales Verwertungsverbot von Verfassungen wegen zweifelhaft

Nach einer Auffassung in der Lit. sind strafprozessual etwaige selbstbelastende, aufgrund arbeits- oder gesellschaftsrechtlicher Pflichten getätigte Angaben – nicht aber freiwillig getätigte oder unwahre Angaben – nur mit Zustimmung der Auskunftsperson verwertbar. Es bestehe aber kein Verwendungsverbot, die pflichtgemäßen Angaben dürften von den Ermittlungsbehörden zur Verdachtsgewinnung (§ 152 StPO) ausgewertet werden.⁹⁰ Auch die arbeitsgerichtliche Rspr. geht teilweise – wie gesagt – von einem strafprozessualen Verwertungsverbot aus.⁹¹ Begründet wird das Verwertungsverbot typischerweise mit dem „Gemeinschuldnerbeschluss“ des BVerfG,⁹² wonach der Schutz des Persönlichkeitsrechts verfassungsrechtlich gewährleistet, dass eine außerhalb des Strafverfahrens erzwungene Selbstbezeichnung gegen den Willen des Betroffenen nicht verwertet werden darf, basierend auf dem Leitgedanken der Menschenwürde.⁹³ Das BVerfG beziehe sich ausdrücklich sowohl auf rechtsgeschäftlich eingegangene als auch auf gesetzlich auferlegte Auskunftspflichten, dementsprechend werde höchststrichterlich auch ein Verwertungsverbot für Angaben des Schuldners gem. §§ 807 ZPO bejaht.⁹⁴ Zutreffend wird auch darauf hingewiesen, dass eine gesetzestreue Unternehmensführung – gem. Art. 14 Abs. 2 GG dem Gemeinwohl verpflichtet – ohne uneingeschränkte Auskunftspflichten der Mitarbeiter gerade in Krisensituationen erheblich behindert wäre.⁹⁵ Art. 2 Abs. 1 GG garantiere, dass die Mitarbeiter sich nicht faktisch selbst durch eigene Angaben der Strafverfolgung ausliefern müssen. Ein Verwertungs-

⁸⁸ LAG Düsseldorf NZA-RR 2010, 184, 185 f.; LAG Berlin-Brandenburg DB 2009, 2724; Urt. v. 16.12.2010 – 2 Sa 2022/10, BeckRS 2011, 68001.

⁸⁹ LAG Hessen, Urt. v. 01.08.2011 – 16 Sa 202/11, BeckRS 2011, 75781.

⁹⁰ Bittmann/Molkenbur, wistra 2009, 373, 379.

⁹¹ LAG Hamm, BeckRS 2009, 74015 (Wettbewerbsverstoß mit strafrechtlichen Implikationen); ArbG Saarlouis ZIP 1984, 364.

⁹² v. Galen NJW 2011, 942.

⁹³ BVerfGE 56, 37 = NJW 1981, 1431

⁹⁴ v. Galen NJW 2011, 942 unter Bezug auf BGHSt 37, 340 = BGH NJW 1991, 2844; BVerfG, Beschl. v. 31. 3. 2008 – Aktenzeichen 2 BvR 467/08, BeckRS 2008, 35240.

⁹⁵ v. Galen NJW 2011, 942.

verbot für Angaben der Mitarbeiter liege deshalb auf der Hand, eine Lösung mit Selbstbeziehungspflicht und ohne Verwertungsverbot verstoße gegen die Verfassung.⁹⁶ Jedenfalls hinsichtlich der erzwingbaren Aussagen gegenüber einem Privatermittler – wie bei erzwingbaren selbstbelastenden Auskünften in einem Verwaltungsverfahren – müsse ein strafprozessuales Beweisverwertungsverbot, bestehen, in Anlehnung an die Grundsätze des Gemeinschuldnerbeschlusses zur Disposition dessen, der die Auskunft pflichtgemäß erteilt hat.⁹⁷

Jedenfalls ein untergerichtliches Judikat hält ein solches Verwertungsverbot aber für „fernliegend“.⁹⁸ Die Auffassung, aus dem bei den befragten Interviewpartnern potentiell bestehenden Konflikt zwischen arbeitsvertraglicher Auskunftspflicht und dem Grundsatz „Nemo tenetur se ipsum accusare“ könne sich in Anwendung des in § 97 Abs. 1 InsO und § 393 AO zum Ausdruck gekommenen Rechtsgedankens ein Verwertungsverbot hinsichtlich der Dokumentation der entsprechenden Auskünfte ergeben, sei nicht überzeugend. Der Gedanke, dass die Staatsgewalt den Gesetzesunterworfenen nicht durch sanktionsbewehrte Mitwirkungs- und Auskunftspflichten zur Selbstbelastung zwingen und deren Inhalt anschließend strafrechtlich gegen ihn verwenden darf, sei auf den Fall, dass sich Privatpersonen in (arbeits-)vertragliche Bindungen begeben haben, die sie zur Offenbarung möglicherweise auch strafbaren Verhaltens verpflichten, nicht anwendbar.⁹⁹ Dabei komme es nicht entscheidend darauf an, dass auch der Einhaltung arbeitsvertraglicher Pflichten für den Betroffenen durchaus erhebliche, mitunter existenzielle Bedeutung zukommen kann. Die entstehende Konfliktlage gehe in diesen Fällen nicht von einer im Widerspruch zum „nemo tenetur“-Grundsatz stehenden gesetzlichen Auskunftspflicht, sondern von einer vom Betroffenen freiwillig eingegangenen vertraglichen Verpflichtung zur möglichen Selbstbelastung aus.¹⁰⁰ Hinsichtlich der Berufung auf § 97 Abs. 1 Nr. 3 InsO und den Gemeinschuldnerbeschluss kann zudem bezweifelt werden, ob die rein privatrechtlich und ohne Einschaltung staatlicher Stellen laufenden internen Ermittlungen wirklich hinreichend mit dem gesetzlich genau geregelten und gerichtlich betreuten Konkursverfahren bzw. Insolvenzverfahren vergleichbar ist.¹⁰¹ Angesichts der im Konkurs-/Insolvenzverfahren gegenüber dem Gemeinschuldner zur Verfügung stehenden Zwangsmittel (vgl. §§ 97, 98 InsO, die Vorführung und Erzwingungshaft vorsehen) wäre ein Verwertungsverbot für Interviews argumentativ nur dann leicht zu begründen, wenn die Auskunftspflicht des Arbeitgebers im arbeitsgerichtlichen Verfahren auch gleichermaßen effektiv und zeitnah durchgesetzt werden könnte. Hieran darf man schon angesichts fehlender gerichtlicher Entscheidungen berechnete Zweifel haben. Hinzu kommt, dass ein bloßes direktes Verwertungsverbot das Problem des Arbeitnehmers nicht löst: Wie – nach h. Rspr. zutreffend – ausgeführt wird, dürften die Aussagen in Interviews bei Bestehen eines Verwertungsverbots lediglich nicht selbst, also unmittelbar Grundlage einer strafrechtlichen Verurteilung des Arbeitnehmers in einem Strafverfahren sein.¹⁰² Es ist nach h. M. den Ermittlungsbehörden jedoch nicht verwehrt, diese (unverwertbaren) Äußerungen zum Anlass zu nehmen, Ermittlungen gegen die Auskunftsperson aufzunehmen und auf der Basis des Interviews von dieser Aussage gegenüber dem Privatermittler nicht abhängige Beweise zu gewinnen und zu erheben.¹⁰³ Darauf kann eine Verurteilung gestützt werden, denn das angelsächsische Verbot der Frucht des verbotenen Baumes („fruit of the poisonous tree“) gilt laut deutscher Rspr. nicht.¹⁰⁴ Zu Recht wird weiter darauf hingewiesen, dass auch inhaltlich das Verwertungsverbot nicht weiter reicht als die Aussagepflicht, d.h. unwahre Aussagen und Aussagen außerhalb des oben beschriebenen Pflichtenkreises könnten wohl unmittelbar verwertet werden.¹⁰⁵

Insgesamt ist derzeit de lege lata für die Praxis wohl zumindest zu unterstellen, dass für die Strafverfolgungsbehörden kein rechtliches Hindernis besteht, die Aussagen aus Interviews – auch soweit arbeitsrechtlich erzwingbar – zumindest zur Durchführung von Ermittlungen

Jedenfalls kein umfassendes
Verwendungsverbot

⁹⁶ v. Galen NJW 2011, 942.

⁹⁷ Bittmann/Molkenbur, wistra 2009, 373, 378.

⁹⁸ LG Hamburg NJW 2011, 942.

⁹⁹ LG Hamburg NJW 2011, 942.

¹⁰⁰ LG Hamburg NJW 2011, 942.

¹⁰¹ Vgl. Szesny, BB 45/2011, VI, VII

¹⁰² Überzeugend Bittmann/Molkenbur, wistra 2009, 373, 378 unter Verweis auf BGH, Urt. v. 19. 3. 1991 – 5 StR 516/90, Rn. 23 f. <juris>, der für Angaben im Rahmen der eidesstattlichen Offenbarungsversicherung, § 807 ZPO, auch nur ein Verwertungsverbot in diesem Sinne gesehen hat.

¹⁰³ Bittmann/Molkenbur wistra 2009, 373, 378.

¹⁰⁴ Bittmann/Molkenbur wistra 2009, 373, 378.

¹⁰⁵ Bittmann/Molkenbur wistra 2009, 373, 377 und 378.

heranzuziehen. Es erscheint sogar nicht gänzlich unwahrscheinlich, dass der BGH der noch weitergehenden Auffassung des LG Hamburg folgen könnte.

b) Verwertungsverbot analog §§ 136 oder 55 StPO?

*Kein strafprozessuales
Verwertungsverbot wegen
Verstoßes gegen
Belehrungspflichten*

Denkbar erscheint auch, für den Fall des Fehlens einer mehr oder weniger umfangreichen Belehrung des Mitarbeiters – arbeitsrechtlich oder gar im Sinne der BRAK-Thesen – (oder deren Unrichtigkeit) ein Verwertungsverbot analog aus den Vorschriften der §§ 136 oder 55 StPO abzuleiten. Dies ist schon praktisch schwer denkbar, da erhebliche Unklarheiten über die Reichweite arbeitsrechtlicher Belehrungsverpflichtungen bestehen, diese gerade kein Schweigerecht vorsehen und die strafprozessualen Pflichten situativ und normativ unpassend erscheinen.¹⁰⁶ Vor allem aber hat der BGH jüngst in anderem Zusammenhang seine Ablehnung eines Verwertungsverbots bei fehlender Belehrung über ein (fragliches) Schweigerecht im Rahmen privater Ermittlungen deutlich artikuliert.¹⁰⁷ Ein Verstoß gegen die Belehrungspflichten des §§ 163a, 136 Abs. 1 StPO liegt dann nach ständiger Rechtsprechung des BGH nicht vor, denn diese Vorschriften sind auf Befragungen eines Beschuldigten durch Privatpersonen nicht anwendbar.¹⁰⁸ Zum Begriff der Vernehmung im Sinne der StPO gehöre, dass der Vernehmende der Auskunftsperson in amtlicher Funktion gegenübertritt und in dieser Eigenschaft von ihr eine Auskunft verlangt. Da die Regelungen nach ihrem Sinn und Zweck den Beschuldigten vor der irrtümlichen Annahme einer Aussagepflicht im Rahmen einer Kraft staatlicher Autorität vorgenommenen Befragung bewahren sollen, sind sie auch dann nicht entsprechend anwendbar, wenn eine „vernehmungähnliche“ Situation durch eine Privatperson hergestellt wird. Aus den gleichen Gründen stelle ein Interview auch keine unzulässige Umgehung dar.¹⁰⁹ Trotz der theoretisch möglichen „Erzwingung“ des Interviews tritt der Arbeitgeber natürlich gerade als solcher und nicht als Strafverfolgungsbehörde in Erscheinung. Analog § 136 StPO (oder § 55 StPO) lässt sich nach ganz herrschender Rspr. daher kein Verwertungsverbot begründen.

c) Verwertungsverbot analog § 136a StPO

*Strafprozessuales Verwertungsverbot bei vorsätzlicher
Anwendung verbotener
Vernehmungsmethoden*

Daneben wird vielfach ein Verwertungsverbot bzgl. des Interviews im Strafprozess analog § 136a StPO gefordert, falls im Rahmen des Interviews die sogenannten verbotenen Vernehmungsmethoden – Misshandlung, Ermüdung, körperlicher Eingriff, Verabreichung von Mitteln, Quälerei, Täuschung, Hypnose sowie die Drohung mit einer dieser Methoden – angewandt wird, da die Grundrechtsdrittwirkung wegen erheblicher Grundrechtseingriffe eine Verwertung verbiete.¹¹⁰ Dies klingt als rechtsethisches Minimum sympathisch und zugleich klar; diese Grenzziehung ist im Grunde zu begrüßen, im konkreten Einzelfall ist allerdings der Grenzverlauf völlig unklar.

Problematisch ist nämlich etwa, dass insbesondere der Begriff der Täuschung von erheblicher Unschärfe gekennzeichnet ist: Er ist nach h. Rspr. zu weit gefasst und muss daher einschränkend ausgelegt werden.¹¹¹ § 136a StPO verbietet zwar die Lüge, schließt aber nicht jede kriminalistische List bei der Vernehmung aus (Fangfragen und Suggestivfragen sind z.B. erlaubt).¹¹² Eine Täuschung liegt zudem nur bei bewusster Irreführung vor; fahrlässiges Verhalten genügt nicht.¹¹³ Zwar soll eine Täuschung über Rechtsfragen möglich sein, wenn dem Beschuldigten bewusst zu Unrecht vorgespiegelt wird, er werde als Zeuge vernommen oder ihn treffe eine Pflicht zur Aussage.¹¹⁴ Im Zusammenhang mit der recht unklaren Rechtslage zu Interviews wird man jedenfalls keinesfalls sagen können, dass eine im Nachhinein von einem Gericht anders entschiedene Rechtsfrage, über die der Ermittler im Interesse seines Mandanten den Arbeitnehmer vertretbar „belehrt“ hat (oder Rechte, die er im Nachhinein zu Unrecht nicht gewährt hat) nicht den Täuschungsvorwurf rechtfertigen und dementsprechend auch kein Verwertungsverbot begründen dürften. Gerade für den Fall der Pri-

¹⁰⁶ Vgl. Szesny, BB 45/2011, VI, VII.

¹⁰⁷ BGH NStZ 2011, 596, 597.

¹⁰⁸ BGH NStZ 2011, 596, 597.

¹⁰⁹ Vgl. BGHSt 42, 139, 145; 52, 11, 15 f.

¹¹⁰ Szesny, BB 45/2011, VI, VII; vgl. BVerfGE 73, 261; BGH wistra 2011, 350, 351.

¹¹¹ BGHSt 42, 139, 149.

¹¹² BGHSt 35, 328, 329; 37, 48, 52; BGH NJW 1992, 2903 f; BGH NStZ 1997, 251 m. Anm. Wollweber, NStZ 1998, 311.

¹¹³ BGHSt 31, 395, 399 f; 35, 328, 329; 37, 48, 53; BGH StV 1989, 515.

¹¹⁴ Vgl. BayObLG NJW 1986, 441.

vatermittlung hat der BGH zudem entschieden, dass die irreführende Zusicherung der Vertraulichkeit jedenfalls in der entschiedenen Fallkonstellation keine Täuschung sei.¹¹⁵

Die erste Variante des § 136a Abs. 1 S. 3 StPO – Drohung mit einer verfahrensrechtlich unzulässigen Maßnahme – dürfte auf Interviews von vornherein unanwendbar sein, da es diesbezüglich ein rechtsförmiges Verfahren nicht gibt. Allenfalls könnte daran zu denken sein, dass das Verhalten des Interviewers sich als – vorsätzliche – Nötigung (§ 240 StGB) oder Erpressung (§ 253 StGB) darstellt. Angesichts der Unklarheit der Rechtslage wird es aber vielfach um ganz unterschiedliche Rechtsauffassungen zu den Befugnissen des Arbeitnehmers – insbesondere arbeitsrechtlicher Natur – in der konkreten Situation gehen, so dass eine vorsätzlich-rechtswidrige Drohung zumeist nicht angenommen werden kann. Zudem fallen Belehrungen, Vorhaltungen und Warnungen nach h. Rspr. gerade nicht unter den Begriff der Drohung. Daher ist es etwa im Strafverfahren – falls dies zutrifft – zulässig, darauf hinzuweisen, dass Leugnen wegen der erdrückenden Beweislage keinen Erfolg verspreche und ein Geständnis strafmildernd wirken könne;¹¹⁶ beim Interview kann wohl nichts Anderes gelten. Zur 2. Variante ist zu sagen, dass unstatthaft ein Versprechen von gesetzlich nicht vorgesehen Vorteilen als Gegenleistung für eine Aussage oder einen bestimmten Inhalt der Aussage ist.¹¹⁷ Ein Versprechen in diesem Sinne ist eine Erklärung, die von dem zu Vernehmenden als eine bindende Zusage aufgefasst werden kann.¹¹⁸ Vorteile sind nur solche Vergünstigungen, die geeignet sind, das Aussageverhalten eines Beschuldigten oder Zeugen zu beeinflussen.¹¹⁹ Es ist nicht erkennbar, dass etwa die Zusage des Verzichts auf zivilrechtliche Haftungsansprüche und arbeitsrechtliche Maßnahmen des Unternehmens im Rahmen eines Amnestie- oder Kooperationsprogramms im Gegenzug für eine vollständige und wahrheitsgemäße Aussage des Mitarbeiters hieran gemessen zu tadeln wäre; gleiches gilt für den Verzicht auf Strafanzeige oder Strafantrag. Denn all dies liegt in der Zuständigkeit und Disposition des Unternehmens allein.¹²⁰ Anders könnte es sein, wenn Unternehmensvertreter dem Mitarbeiter Straflosigkeit oder konkrete strafprozessuale Vorteile versprechen würden, bzgl. derer sie – naturgemäß – keine Entscheidungskompetenz haben. Auch bzgl. des § 136a Abs. 1 S. 3 StPO ist allerdings zu berücksichtigen, dass unklar ist, ob die Rspr. die Rechtsverletzung durch Privatpersonen den Strafverfolgungsorganen derart zurechnet, dass daraus ein Verwertungsverbot resultiert.

V. Fazit: Einige Thesen zur derzeitigen Rechtslage bei Interviews im Rahmen von Internal Investigations

- Rechtliche Grenzen für die Durchführung von Interviews / Anhörungen im Rahmen unternehmensinterner Ermittlungen gibt primär das Arbeits- bzw. Dienstvertragsrecht vor. Das Strafprozessrecht ist nicht (analog) heranzuziehen, materielle Strafvorschriften dürfen selbstverständlich nicht verletzt werden.
- Die „BRAK-Thesen“ bzgl. Interviews sind rechtspolitischer bzw. rechtsethischer Natur und de lege lata daher für sich betrachtet rechtlich unverbindlich; soweit sie zu Unternehmensinteressen des Mandanten in Widerspruch stehen, kann es für den ermittelnden Anwalts rechtlich zwingend angezeigt seien, diesen Empfehlungen nicht zu folgen.
- Arbeitnehmer sind arbeitsrechtlich grundsätzlich zur Teilnahme an einem Interview sowie zur wahrheitsgemäßen Beantwortung der gestellten Fragen verpflichtet.
- Diese arbeitsrechtliche Pflicht bezieht sich – nach strittiger, aber zutreffender Auffassung – im konkreten Tätigkeits- und Zuständigkeitsbereich des Arbeitnehmers auch auf selbstbelastende Aussagen, sowohl auf solche, die arbeitsrechtliche Maßnahmen begründen können, als auch auf solche, die potentiell strafrechtlich relevant sind.

¹¹⁵ BGH NStZ 2011, 596, 597.

¹¹⁶ BGHSt 1, 387; 14, 189, 191; solche Vorhaltungen „beeinträchtigen nicht die Entschließungsfreiheit“, so BGH StV 1999, 407.

¹¹⁷ BVerfG NJW 1984, 428.

¹¹⁸ BGHSt 14, 189, 191.

¹¹⁹ OLG Hamm StV 1984, 456.

¹²⁰ Vgl. entsprechend BGHSt 20, 268 m.w.N.; s. auch BVerfG NJW 1987, 2662; BGH NJW 1990, 1921.

- Bei einem Interview besteht allenfalls in bestimmten Ausnahmekonstellationen (s. o.) ein arbeitsrechtlicher Anspruch des Arbeitnehmers auf die Teilnahme eines Betriebsratsmitglieds.
- Ein Interview des einer Straftat „verdächtigen“ Mitarbeiters ohne Teilnahme von dessen Rechtsanwalt kann arbeitsrechtlich wohl nicht erzwungen werden. Eine diesbezügliche Belehrungspflicht ist nicht ersichtlich. Eine „Waffengleichheit“ bzgl. der anwaltlichen Vertretung von Arbeitgeber *und* Arbeitnehmer beim Interview ist nach strittiger, aber überzeugender Auffassung nicht erforderlich.
- Der Arbeitnehmer hat kein Recht auf Abstimmung eines Protokolls oder auf Einsicht in die Gesprächsvermerke des Interviewers.
- Belehrungspflichten bestehen beim Interview arbeitsrechtlich grundsätzlich nicht; notwendig ist zumindest eine umrisshafte Einführung in den Sachverhalt.
- Arbeitsrechtlich sind Verwertungsverbote für Interviews bislang kaum anerkannt; nur Äußerungen, die im Rahmen von Anhörungen nach dem erfolglosen Verlangen des Arbeitnehmers, einen Rechtsanwalt beizuziehen erfolgten, sind nach h. Rspr. im arbeitsgerichtlichen Verfahren unverwertbar.
- Bei einem „Anhörungsinterview“ – d.h. wenn das Interview die Voraussetzungen der Anhörung vor der Verdachtskündigung erfüllen soll – ist die Mitteilung eines umgrenzten Sachverhalts als Gegenstand des Verdachts arbeitsrechtlich zwingend nötig.
- Eine Täuschung über den Gegenstand der Anhörung darf arbeitsrechtlich nicht erfolgen (d.h. z. B. kein irreführender Hinweis auf ein „Fachgespräch“ o.ä. bei einem Interview).
- Teilweise wird in der arbeitsgerichtlichen Rspr. bei einer Anhörung eine Belehrung über den Verdacht einer Pflichtverletzung und die Möglichkeit arbeitsrechtlicher Maßnahmen gefordert; dies ist abzulehnen.
- Ein Rechtsanwalt des Arbeitnehmers darf an einer Anhörung teilnehmen. Eine Rechtspflicht, über diese Möglichkeit zu belehren, ist nicht anzuerkennen.
- Ein umfassendes strafprozessuales Verwertungsverbot für Interviews ist nach der bisherigen Rspr. zweifelhaft. Jedenfalls ist damit zu rechnen, dass Interviews zur Begründung eines strafprozessualen Verdachts herangezogen werden dürfen, und ein Verwertungsverbot dem Arbeitnehmer wenig helfen würde.
- Eine fehlende Belehrung vor dem Interview führt nach derzeitiger Rspr. nicht zur strafprozessualen Unverwertbarkeit.
- Ein Verwertungsverbot bzgl. des Interviews im Strafprozess analog § 136a StPO kommt im Einzelfall in Betracht, jedoch müssen gerade bei den Alternativen der Täuschung, des Versprechens eines Vorteils und der Drohung mit einer unzulässigen Maßnahme wohl sehr strenge Maßstäbe angelegt werden.

Insolvenzstrafrecht

Rechtsanwalt Norman Lenger und Rechtsanwalt Dr. Henner Apfel,¹ beide Düsseldorf

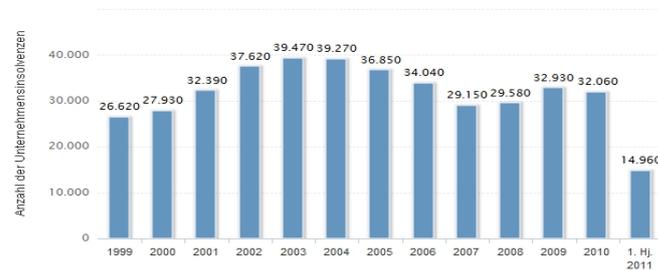
Grundzüge des Insolvenzstrafrechts I – Grundlagen und Bankrott

I. Einleitung

Die Anzahl der Unternehmensinsolvenzen in Deutschland belief sich auf ca. 14960 im 1. Halbjahr 2011.²

Abb. 1:

Anzahl der Unternehmensinsolvenzen in Deutschland 1999 bis 1. Halbjahr 2011



1 Deutschland; Creditreform

Quelle: Creditreform

Der Durchschnittswert der Unternehmensinsolvenzen in den Jahren 1999 bis 2010 lag bei etwa 33.159 pro Jahr. Das sind gleichzeitig 33.159 potentielle Mandate pro Jahr, bedenkt man, dass der Staatsanwaltschaft von den Insolvenzgerichten routinemäßig Mitteilungen gemacht werden. Das ist in bundeseinheitlichen Justizverwaltungsanordnungen unter der Überschrift „Mitteilungen in Zivilsachen“ (MiZi) geregelt. Es handelt sich dabei um eine Vereinbarung zwischen den Landesjustizverwaltungen und dem Bundesministerium der Justiz. Nach der Neufassung der MiZi, 3. Abschnitt IX/2, 3, werden dem Staatsanwalt vom Insolvenzgericht mitgeteilt 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). In Ansehung der Anzahl der Fachanwälte für Strafrecht in Deutschland,³ bei denen sich nur ein Bruchteil auf das Wirtschaftsstrafrecht (insbesondere Insolvenzstrafrecht) spezialisiert hat, ist das Grund genug, sich dem Thema noch einmal intensiv zu widmen. Dieser Beitrag in der Reihe „Grundzüge des Insolvenzstrafrechts“ soll zunächst die gesetzlichen Grundlagen beleuchten und sich dem zentralen Tatbestand des Bankrotts widmen. Der zweite Teil behandelt dann die weiteren Insolvenzstraftaten, der dritte die Vorgehensweise der Ermittlungsbehörden sowie die prozessualen Besonderheiten.⁴

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

² Quelle: Creditreform, Insolvenzen Neugründungen, Löschungen, 1. HJ. 2011.

³ Quelle: Bundesrechtsanwaltskammer; danach sind 6,2% der zugelassenen Rechtsanwälte in Deutschland Fachanwälte für Strafrecht (Stand: 2010). Bei insgesamt 155.679 zugelassenen Anwälten im Juni 2011 entspricht dies einer Anzahl von 9.652.

⁴ Folgen in den nächsten Ausgaben des WiJ.

II. Terminologien

1) Der Begriff des Insolvenzstrafrechts

Unter den Begriff des Insolvenzstrafrechts im engeren Sinne fasst man die Vorschriften zusammen, „die das Insolvenzverfahren als Verfahren der Gesamtvollstreckung aller Gläubiger gegen einen Schuldner im Interesse der gleichzeitigen quotenmäßigen Befriedigung der Gläubiger mit den Mitteln des Strafrechts sichern“. Es wird zwischen Insolvenzstraftaten im engeren und weiteren Sinne unterschieden. Insolvenzstraftaten im engeren Sinne sind § 283 ff. StGB (Bankrott, Verletzung der Buchführungspflicht, Gläubiger- und Schuldnerbegünstigung) sowie die Insolvenzverschleppung, geregelt in § 15a Abs. 4 InsO.

Unter Insolvenzstraftaten im weiteren Sinne fasst man Straftaten, die in Insolvenznähe – häufig als Begleitdelikte – zum Nachteil von Gläubigern, Dritten oder dem Staat verwirklicht werden, deren Anwendungsbereich aber nicht auf Insolvenzverhältnisse beschränkt ist. Hierzu zählen insbesondere die Steuerhinterziehung (§§ 370 ff. AO), die Betrugstatbestände (§§ 263, 264, 265b StGB), Untreue (§ 266 StGB) sowie das Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt (§ 266a StGB).

2) Rechtsgut und Schutzzweck der Insolvenzstraftaten

Nach h. M. sollen die §§ 283 ff. StGB sowie § 15a Abs. 4 InsO in erster Linie das Interesse aller Gläubiger an einer gemeinschaftlichen Befriedigung ihrer geldwerten Ansprüche gegen den Schuldner sichern.⁵ Dadurch, dass tatsächlich alle Gläubiger – auch die Arbeitnehmer – in den Schutzbereich mit einbezogen sind, handelt es sich zunächst um eine individualistische Rechtsgutskonzeption. Das heißt, das Insolvenzstrafrecht schützt zunächst die individuellen Vermögensinteressen der Gläubiger, so dass die §§ 283 ff. StGB auch dann eingreifen sollen, wenn überhaupt nur ein einziger Gläubiger vorhanden ist. Dem Gedanken trägt jedenfalls auch die objektive Bedingung der Strafbarkeit in § 283 Abs. 6 StGB Rechnung.⁶

III. Täterkreis

1) Personenkreis

Grundsätzlich handelt es sich bei den Insolvenzstraftaten im engeren Sinne – mit Ausnahme des Allgemeindelikts § 283d StGB (Schuldnerbegünstigung) – um sogenannte Sonderdelikte, d.h. Täter kann nur ein bestimmter Personenkreis sein. Bei den §§ 283 ff. StGB – mit Ausnahme der Schuldnerbegünstigung – kann Täter nur der Schuldner selbst sein, während bei § 15a Abs. 4 InsO nur die insolvenzantragspflichtigen Organe oder Vertreter einer juristischen Person oder Gesellschaft als taugliche Täter in Betracht kommen.

Strafausdehnung auf Vertreter

2) Gesetzliche und faktische Verantwortliche, § 14 StGB

Im deutschen Recht kämpft man mit der Problematik der sogenannten Verbands- (Unternehmens-) Haftung. Da Täter und Teilnehmer einer Straftat nur natürliche Personen sein können und juristische Personen sowie andere Personenmehrheiten als solche im strafrechtlichen Sinne nicht handlungsfähig sind, trifft diese grundsätzlich auch keine strafrechtliche Verantwortlichkeit für Handlungen ihrer Organe und Vertreter. Der Grundgedanke des § 14 StGB besteht also darin, den Anwendungsbereich solcher Tatbestände, die sich an bestimmte Normadressaten richten, auch auf deren Vertreter zu erstrecken, soweit diese tatsächlich oder rechtlich die Erfüllung der den Normadressaten obliegenden Sonderpflichten übernommen haben. § 14 StGB ist danach in seinem Anwendungsbereich auf solche Tatbestände beschränkt, die nicht für jedermann gelten, sondern nur für (natürliche oder juristische) Personen Sonderpflichten begründen.⁷ Der Täterkreis umfasst zunächst vertretungsberechtigte Organe einer juristischen Person oder die Mitglieder eines solchen Organs (Abs. 1 Nr. 1) sowie vertretungsberechtigte Gesellschafter einer rechtsfähigen Personengesellschaft (Abs. 1 Nr. 2) und gesetzliche Vertreter eines anderen (Abs. 1 Nr. 3). Die Vorschrift umfasst ebenso Beauftragte von Betriebsinhabern, soweit aufgrund dieses Auftrags gehandelt

⁵ Zum Rechtsgüterschutz ausführlich LK-StGB/Tiedemann, Vor den §§ 283-283d Rn. 45, m.w.N.

⁶ Ausführlich zur objektiven Bedingung der Strafbarkeit unter IV. 1 b).

⁷ H.M.; vgl. etwa Winkemann, Probleme der Fahrlässigkeit im Umweltstrafrecht.

Haftung der faktischen Organe!

wird. Hierzu existiert eine Fülle von Rechtsprechung, die im Einzelnen nicht erörtert werden muss.

Problematisch – und von hoher praktischer Relevanz – ist allerdings in diesem Zusammenhang die vom BGH aufgestellte „Lehre vom faktischen Organ“⁸. Nach § 14 Abs. 3 StGB sind die Absätze 1 und 2 grundsätzlich auch dann anzuwenden, wenn die Rechtshandlung, welche die Vertretungsbefugnis oder das Auftragsverhältnis begründen sollte, unwirksam ist (z.B. die Bestellung zum Geschäftsführer). Die rechtliche Wirksamkeit der Bestellung soll keine Voraussetzung der Strafbarkeit sein, sodass die fehlende rechtliche Wirksamkeit der Befugnis nicht exkulpierend wirken soll. Die Wirksamkeitsvoraussetzungen für die fehlerfreie Bestellung von Organen richten sich nach den für den jeweils Vertretenen geltenden Rechtsvorschriften.⁹ Die Rechtsprechung des BGH geht weiter: Mit seiner „Lehre vom faktischen Organ“ bezieht er auch solche Vertreter mit ein, die überhaupt nicht – d.h. nicht einmal fehlerhaft – zu Vertretern bestellt wurden. Er erweitert den Täterkreis also auf diejenigen Personen, bei denen ein intentionaler, aber rechtsunwirksamer Bestellsungsakt bereits dem Grunde nach fehlt. Der Klassiker ist das bewusste und tatsächliche Ausfüllen einer Position, die der „Vertreter“ aufgrund eines Berufsverbotes eigentlich nicht ausfüllen darf.

Voraussetzung für eine solche Einbeziehung ist grundsätzlich, dass der faktische Vertreter den jeweiligen Aufgabenkreis tatsächlich und im Einverständnis mit den jeweils „primären Normadressaten“ (Vertretenen) ausfüllt.¹⁰

Im Ergebnis treffen den faktischen Geschäftsführer strafrechtlich dieselben Pflichten wie einen ordnungsgemäß bestellten Geschäftsführer. Dies ist insbesondere für eine etwaige Insolvenzantragspflicht interessant. Der (faktische) Geschäftsführer einer GmbH macht sich strafbar, wenn er entgegen § 15a Abs. 1, S.1 InsO einen Antrag nicht, nicht richtig oder nicht rechtzeitig stellt (§ 15a Abs. 3 InsO). Nach § 13 Abs. 1 S. 2 InsO ist aber nur der Schuldner (also die GmbH) überhaupt antragsberechtigt. Der Eröffnungsantragsteller muss aber nach den Regeln der §§ 50 bis 57 ZPO partei- und prozessfähig sein. Das Insolvenzgericht hat einen entsprechenden Mangel von Amts wegen zu berücksichtigen (§ 56 Abs. 1 ZPO, § 4 InsO). Auftretende ernstliche Zweifel hat es grundsätzlich – unabhängig von der Ermittlungspflicht des § 5 Abs. 1 InsO – wie im Zivilprozess von Amts wegen aufzuklären. Gleiches gilt insbesondere für die Vertretungsbefugnis der im Verfahren auftretenden gesetzlichen Vertreter der Parteien. Das Gericht wird also einen Handelsregisterauszug abfordern. Nun ist ein faktischer Geschäftsführer – sonst wäre er keiner – formell in keinem Handelsregister verzeichnet.

Problem: Antragsrecht faktischer Organe

Die Antragsberechtigung desjenigen, der die Gesellschaft wie ein vertretungsberechtigtes Organ führt, ohne dazu förmlich bestellt worden zu sein, ist umstritten. Aus dem Umstand, dass der BGH auch den faktischen Geschäftsführer in die Pflicht nimmt, rechtzeitig Insolvenzantrag zu stellen, wird gefolgert, dem Antragsverpflichteten müsse auch ein Antragsrecht zustehen. Ansonsten könne er seiner kraft Gesetz auferlegten Pflicht nicht nachkommen.¹¹ Einschränkend wird auch die Ansicht vertreten, die Antragsbefugnis eines faktischen Geschäftsführers sei nur dann anzuerkennen, wenn er zumindest durch ein Handeln oder Unterlassen der Gesellschafter bestellt worden sei. Habe er sich seine Position dagegen ohne jede Billigung der Gesellschafter angemaßt, könne er nicht als vertretungsberechtigt akzeptiert werden.¹² Dem ist allerdings nicht zuzustimmen. An den unterlassenen Insolvenzantrag sind weitreichende straf- und haftungsrechtliche Folgen geknüpft. Dem kann auch nicht mit dem Argument begegnet werden, dass diese Pflichten auch durch einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfüllt werden, den das Insolvenzgericht als unzulässig abweist, weil es an der Antragsberechtigung fehlt.¹³ Diese Auffassung übersieht, dass mit der Einführung des § 15a Abs. 4 InsO durch das MoMiG zum 01.11.2008 auch die „nicht richtige“ Insolvenzantragstellung unter Strafe gestellt ist. Die Antragspflicht wird daher nur durch einen ordnungsgemäßen Eröffnungsantrag erfüllt.¹⁴ Ein rechtskräftig als unzulässig zurückgewiesener Antrag hat insoweit keine strafbefreiende Wirkung.¹⁵ Es ist festzuhalten,

⁸ St. Rspr. u.a. BGHSt 3, 33; BGHSt 21, 103; BGHSt 31, 118; MüKo-StGB/Radtke § 14 Rn. 116.

⁹ Mommers in: BeckOK StGB § 14, Rn. 57.

¹⁰ MüKo-StGB/Radtke § 14 Rn. 114.

¹¹ FK-Schmerbach, InsO, § 15 Rn. 11.

¹² Scholz/K. Schmidt, GmbHG, 8. Aufl. § 63 Rn. 37, zur alten Fassung des GmbHG.

¹³ HK-Kirchhof, InsO, § 13 Rn. 14 u. § 15 Rn. 10.

¹⁴ Schmahl, NZI 2008, 6, 8.

¹⁵ Schmahl, NZI 2008, 6, 8; Schmittmann, NZI 2007, 356.

dass die strafrechtliche Verantwortlichkeit nicht nur bestellte, sondern auch faktische Organe treffen kann.

IV. Insolvenzrechtliche Grundlagen: Krisenmerkmale

Bevor man sich mit den einzelnen Straftaten befasst, ist es unabdingbar, sich mit den besonderen insolvenzrechtlichen Grundlagen vertraut zu machen. Eine ordnungsgemäße Verteidigung ist nicht gewährleistet, wenn diese nicht beherrscht werden.

Das Insolvenzstrafrecht i.e.S. ist durchgängig durch die Verwendung von sog. Krisenmerkmalen geprägt, die inhaltlich das Gefährlichkeitspotential der Tathandlungen zum Ausdruck bringen und damit zugleich einen – je nach Tatbestand – unterschiedlich starken Bezug zu den geschützten Vermögensinteressen der Gläubiger herstellen. Die Krisenmerkmale sind Zahlungsunfähigkeit, Überschuldung und drohende Zahlungsunfähigkeit.

1) Zahlungsunfähigkeit

Legaldefinition

Nach der Legaldefinition in § 17 Abs. 2 S. 1 InsO ist der Schuldner zahlungsunfähig, wenn er nicht in der Lage ist, seinen fälligen Zahlungspflichten zu einem bestimmten Zeitpunkt nachzukommen. Bei der Begriffsbestimmung ist seit dem 1.1.1999 die Definition zugrunde gelegt worden, die sich in Rechtsprechung und Literatur zum Begriff der Zahlungsunfähigkeit bis zum 31.12.1998 durchgesetzt hatte.¹⁶ Hier sehen Stimmen in der Literatur das Problem, dass – im Unterschied zur vorherigen Rechtslage – die (weiteren) Tatbestandsmerkmale des „ernsthaften Einforderns der Verbindlichkeit“, der „Dauer“ sowie der „Wesentlichkeit“ entfallen seien.¹⁷ Dies führe dazu, dass es nicht mehr auf eine Kombination aus Zeitpunkt – und Zeiträumbetrachtung ankomme, sondern dass auf einen bestimmten Stichtag abzustellen sei.¹⁸ Aus diesem Grund soll bisweilen erwogen werden, für die strafrechtliche Anwendung des Zahlungsunfähigkeitsbegriffs von § 17 Abs. 2 S. 1 InsO vollständig abzusehen und auf den alten Begriff der Zahlungsunfähigkeit zurückzugreifen. Nur das soll sicherstellen können, dass nur Fälle tatsächlicher Gläubigerinteressengefährdung von den entsprechenden Strafvorschriften erfasst würden. Alles andere verletze das ultima-ratio Prinzip.¹⁹ Richtig ist, dass sich die neuere Literatur und Rechtsprechung weitgehend an der Legaldefinition in § 17 Abs. 2, S. 1 InsO orientiert.²⁰ Dies sollte jedoch nicht zu Unsicherheiten führen, zumal auch die Legaldefinition längst nicht mehr dazu berechtigt, schaut man sich die Entwicklung des Zahlungsunfähigkeitsbegriffs im Detail und unter Berücksichtigung der Zivilrechtsprechung an. Denn es ist keineswegs so – wie irrtümlich vermutet –, dass sich ein strengeres Verständnis des Begriffs eingeschlichen hat.

Zivilrechtsakzessorisch?

Mit seiner Grundsatzentscheidung vom 24.5.2005²¹ hat der IX. Zivilsenat des BGH die gesetzliche Definition in § 17 Abs. 2, S. 1 InsO zunächst durch handhabbare Kriterien für die Abgrenzung der Zahlungsunfähigkeit von einer Zahlungsstockung konkretisiert und entsprechend modifiziert. Danach ist Zahlungsunfähigkeit des Schuldners zu vermuten, wenn dieser nicht in der Lage ist, seine am Stichtag fälligen Zahlungspflichten binnen spätestens drei Wochen zumindest zu 90% zu erfüllen, wenn nicht ausnahmsweise mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, dass die Liquiditätslücke demnächst vollständig oder fast vollständig beseitigt werden wird und den Gläubigern ein Zuwarten nach den besonderen Umständen des Einzelfalles zuzumuten ist. Beträgt die innerhalb von drei Wochen nicht zu beseitigende Liquiditätslücke weniger als zehn Prozent, liegt Zahlungsunfähigkeit nur vor, wenn bereits absehbar ist, dass die Lücke demnächst mehr als zehn Prozent erreichen wird.²² Der BGH hat den eingeschränkten Merkmalen der Dauer und der Wesentlichkeit sogar noch das zusätzliche Merkmal der Zumutbarkeit hinzugefügt. Schließlich hat der BGH in einem weiteren Beschluss vom 19.7.2007²³ auf das Merkmal des ernsthaften Einforderns zurückgegriffen und festgestellt, dass mit der gesetzlichen Definition der Zahlungsunfähigkeit in § 17 Abs. 2 S. 1 InsO die Aufgabe dieses Merkmals nicht verbunden sei. In einer

¹⁶ Begr. des RegEntw., BT-Drs. 12/2443 S. 114.

¹⁷ *Schaal* in Erbs/Kohlhaas; Strafrechtliche Nebengesetze; 184. Erg.-Lieferung 2011, Rn. 14.

¹⁸ Überblick zum Meinungsstand bei *Bork*, KTS 66 [2005], 1. ff.

¹⁹ *Arens*, wistra 2007, 450 ff.

²⁰ Vgl. BGH, ZInsO 2007, 1115; *Weyand/Diversy*, Insolvenzdelikte, Rn. 46 ff; Bittmann, Insolvenzstrafrecht § 11 Rn. 54 ff; *Bieneck* in: Müller-Gugenberger/Bieneck, Wirtschaftsstrafrecht, § 76 Rn. 51 ff.

²¹ BGH, NZI 2005, 547 ff.

²² BGH, NZI 2007, 36 ff. m. Anm. *Gundlach/Frenzel*.

²³ BGH, NZI 2007, 579 ff.

Entscheidung vom 23.05.2007, also vor der o.g. Entscheidung des Zivilsenats, hat der 1. Strafsenat auf die Merkmale der „Dauer“ und „Wesentlichkeit“ verzichtet.²⁴ Unter dem Gesichtspunkt der Einheitlichkeit der Rechtsordnung, konkret der Zivilrechtsakzessorität, bleibt zu erwarten, dass sich die strafgerichtliche Rechtsprechung hinsichtlich der benannten Merkmale der des BGH in Zivilsachen zukünftig wieder annähern wird.

2) Überschuldung

a) Begriffsentwicklung

Der Überschuldungsbegriff hat in der Vergangenheit einen stetigen Wandel erfahren. Noch zu Zeiten der Konkursordnung gab es zum Konkursgrund der Überschuldung im Gesetz überhaupt keine Definition. Der Begriff war lediglich in einzelnen gesellschaftsrechtlichen Vorschriften definiert, sodass die Rechtsprechung seinerzeit von einem zweistufigen Überschuldungsbegriff ausging. Nach diesem Überschuldungsbegriff hing die Bewertung der Aktiva von einer positiven bzw. negativen Fortbestehensprognose ab. Je nachdem, ob sie (die Fortbestehensprognose) positiv oder negativ ausfiel, waren bei den Bewertungsansätzen in der Überschuldungsbilanz Liquidations- oder Fortführungswerte zu Grunde zu legen.²⁵ Die Fortbestehensprognose diente also lediglich zur Klärung der Frage, mit welchen Werten die Aktiva bewertet werden dürfen. Demgegenüber vermochte allein eine positive Fortführungsprognose grundsätzlich nicht den Insolvenzgrund der Überschuldung auszuschließen.

Eine andere Auffassung vertrat insoweit Karsten Schmidt, der sich für den modifizierten zweistufigen Überschuldungsbegriff stark machte. Sein Fokus lag auf dem Erhaltungsinteresse fortführbarer Unternehmen, was dazu führte, dass nach seinem Verständnis die Fortführungsprognose grundsätzlich als gleichwertiges Element der rechnerischen Überschuldung zur Seite stehen müsse. Aus Gläubigersicht sei kein Grund für einen insolvenzauslösenden Tatbestand gegeben, wenn ein Unternehmen aus seiner Finanz- und Ertragskraft heraus durchaus in der Lage sei, jederzeit seine zukünftig fällig werdenden Verbindlichkeiten zu decken. Dieser Ansicht – und damit dem modifizierten zweistufigen Überschuldungsbegriff – hat sich der BGH in Zivilsachen in der wegweisenden „Dornier“-Entscheidung ebenfalls angeschlossen.²⁶ Anders – jedenfalls damals noch – der Gesetzgeber: Dieser hatte erhebliche Nachteile für die Gläubiger gesehen, wenn eine Gesellschaft bei positiver Prognose weiter wirtschaften kann, ohne dass ein die Schulden deckendes Kapital zur Verfügung steht und sich die Prognose am Ende als falsch erweist.²⁷

In das Gesetz ist daher folgender Text aufgenommen worden, der zunächst bis zum 17.10.2008 geltendes Recht war:

„Überschuldung liegt vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt. Bei der Bewertung des Vermögens des Schuldners ist jedoch die Fortführung des Unternehmens zugrunde zu legen, wenn diese nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich ist.“

b) Überschuldungsbegriff bis Ende 2013

Genau anders wird das zuvor gesagte nunmehr in der Regierungsbegründung zum Finanzmarktstabilisierungsgesetz (FMSStG) gesehen. Ähnlich wie bei Karsten Schmidt wird nunmehr die – aus unserer Sicht zutreffende – Auffassung vertreten, dass es völlig unsinnig und ökonomisch unbefriedigend ist, wenn Unternehmen aufgegeben wird, ein Insolvenzverfahren durchlaufen zu müssen, obwohl eine erfolgreiche operative Tätigkeit am Markt überwiegend wahrscheinlich ist.

Nunmehr heißt es in der aktuellen Fassung des § 19 Abs. 2 S. 1 InsO:

„Überschuldung liegt vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt, es sei denn, die Fortführung des Unternehmens ist nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich.“

²⁴ BGH, ZInsO 2007, 1115.

²⁵ BGH, NJW 1983, 676, 677.

²⁶ BGH, ZIP 1992, 1382.

²⁷ BT-Drucks. 12/7302, 157.

*Der Überschuldungsbegriff
im Wandel*

*Fortführungsprognose als
Ausschlussgrund der
Überschuldung*

Mit Artikel 5 des FMStG änderte der Gesetzgeber also die Legaldefinition und kehrte zu dem modifizierten zweistufigen Überschuldungsbegriff zurück. Ausschlaggebend für diese Entscheidung war die im Jahr 2008 aufgekommene Finanzkrise. Damals wurde der positiven Fortführungsprognose wieder ein höherer, eigenständiger Stellenwert beigemessen. Ziel war es, Unternehmen mit positiven Fortführungsprognosen über die kurzfristige Situation der bilanziellen Überschuldung aufgrund der Finanzkrise hinwegzuhelfen.

Die positive Fortführungsprognose ist nun nicht mehr nur Weichenstellung für die Frage der Bewertungsansätze der Aktiva in der Überschuldungsbilanz, sondern sogar ein Ausschlussgrund. Fällt also bereits die Fortführungsprognose positiv aus, kommt es auf eine mögliche rechnerische Überschuldung nicht mehr an. Eine rechtliche Überschuldung liegt mithin nur vor, wenn die rechnerische Überschuldung nicht durch eine positive Fortführungsprognose aufgehoben wird.

*Fortführungsprognose
wieder Weichenstellung
für Bewertungsansätze*

c) Überschuldungsbegriff ab dem 1.1.2014

Wie bereits erörtert, war die Fortführungsprognose bis zum In-Kraft-Treten des FMStG nicht als eigenes Tatbestandsmerkmal, sondern nur bei der Frage von Bedeutung, nach welchen Werten die Vermögensgegenstände bei der Gegenüberstellung in der Überschuldungsbilanz zu bewerten und entsprechend in Ansatz zu bringen waren. Nach den Art. 6 Abs. 2 und 7 Abs. 2 FMStG ist dies mit Wirkung zum 1.1.2014 wieder so vorgesehen. Eine Überschuldung liegt dann wieder vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt.

Danach ist die Überschuldung anhand eines Vermögensstatus/Überschuldungsstatus durch Gegenüberstellung von Aktivvermögen und Verbindlichkeiten zu ermitteln, wobei für die Frage der Bewertung das Nachfolgende gilt:

Im Falle einer negativen Fortbestehensprognose sind bei der Bewertung der Aktiva Zerschlagungs-, also Liquidationswerte anzusetzen. Ergibt sich hiernach eine bilanzielle (rechnerische) Überschuldung, besteht auch eine Überschuldung im Rechtssinne. In einem ersten Schritt ist nach den dargestellten Grundsätzen zu ermitteln, ob Überlebenschancen des Unternehmens eine positive Fortführungsprognose rechtfertigen. In diesem Fall ist in einem zweiten Schritt im stichtagsbezogenen Status das Vermögen des Unternehmens nach Fortführungswerten zu bewerten.²⁸ Eine Überschuldung im Rechtssinne ist in diesem Fall nur gegeben, wenn sich bei going-concern-Ansatz- und Bewertungsgrundsätzen weiterhin eine rechnerische (bilanzielle) Überschuldung auch bei Aufdeckung stiller Reserven und Ansatz aktivierungsfähiger (z.B. selbstgeschaffener) Vermögenswerte ergibt. Im letztgenannten Fall sind die Vermögenswerte und Verbindlichkeiten zu einem Wert anzusetzen, der vergleichbar dem steuerlichen Teilwert gem. § 6 EStG ermittelt wird. Anzusetzender Wert ist danach derjenige, der als Bestandteil des Gesamtkaufpreises des Unternehmens bei konzeptgemäßer Fortführung beizulegen wäre.

3) (Drohende) Zahlungsunfähigkeit

a) Definition

Nach § 18 Abs. 2 InsO droht die Zahlungsunfähigkeit, wenn der Schuldner voraussichtlich nicht in der Lage sein wird, die bestehenden Zahlungspflichten im Zeitpunkt der Fälligkeit zu erfüllen. Zu Recht ist der Begriff der drohenden Zahlungsunfähigkeit im Insolvenzstrafrecht heftig umstritten. Dies gilt zunächst wegen seines ihm innewohnenden prognostischen Elements. Zwar ist unter dem Gesichtspunkt des Bestimmtheitsgrundsatzes (Art. 103 Abs. 2 GG) heraus der Prognosezeitraum für strafrechtliche Zwecke auf die überschaubare Länge von einem Jahr begrenzt.²⁹ Gleichwohl muss man sich im Kern die Frage stellen, ob der insolvenzrechtliche Begriff – ungeachtet der Begrenzung des Prognosezeitraums – überhaupt so übernommen werden kann.³⁰

*Maßgeblichkeit des
Insolvenzrechts?*

²⁸ BGH, ZIP 2007, 676.

²⁹ Bieneck, in: Müller-Gugenberger/Bieneck, Wirtschaftsstrafrecht § 76 Rn. 59; Bittmann, wistra 1998, 321, 325.

³⁰ Hierzu Bieneck, in: Müller-Gugenberger/Bieneck, Wirtschaftsstrafrecht § 76 Rn. 56, 58, der eine Definitionsübertragung in das Strafrecht als geboten erachtet, soweit dies möglich sei; dem folgend: Fischer, StGB Vor § 283 Rn. 10, Lackner/Kühl, StGB § 283 Rn. 8., differenzierend Schönke/Schröder/Stree/Heine, StGB § 283 Rn. 53, die die Definition strafrechtlich einschränkend auslegen wollen.

Frühzeitige Antragsstellung vs. Selbstbelastung?

aa) Problem

Relevant ist die Fragestellung nämlich deswegen, weil die Möglichkeit der frühzeitigen Antragstellung durch den Schuldner durch die strafrechtlichen Vorschriften konterkariert würde. Denn es ist insoweit bemerkenswert, dass auch an die drohende Zahlungsunfähigkeit strafrechtliche Sanktionen geknüpft werden. Zwar besteht nicht die Gefahr der Insolvenzverschleppungshaftung (§ 15a Abs. 4, 5 InsO), da diese ausschließlich an die Tatbestände der Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung anknüpft.³¹ Allerdings muss der organschaftliche Vertreter eines Schuldnerunternehmens trotz rechtzeitiger Antragstellung und erfolgreicher Sanierung mit Hilfe des Insolvenzverfahrens (Insolvenzplans) damit rechnen, wegen nachlässiger Führung der Handelsbücher (§ 283 Abs. 1 Nr. 5 StGB), unübersichtlicher oder verspäteter Bilanzaufstellung (§ 283 Abs. 1 Nr. 7 StGB) oder wegen einer Verringerung seines Vermögensstandes unter grobem Verstoß gegen die Anforderungen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft (§ 283 Abs. 1 Nr. 8 StGB) in den Fokus der Ermittlungen zu geraten. Es droht etwa als weitere Folge der Ausschluss von der Geschäftsleitung für die nächsten fünf Jahre, vgl. § 6 Abs. 2 GmbHG, § 76 Abs. 3 AktG.

bb) Sinn und Zweck frühzeitiger Antragstellung

Die meisten Insolvenzverfahren wurden – und werden nach wie vor – viel zu spät beantragt und entsprechend eröffnet. Der Gesetzgeber hatte es deshalb als eine wesentliche Aufgabe angesehen, die Zahl der Abweisungen mangels Masse zu verringern. Es sollten mehr Verfahren als zu Zeiten der damaligen Konkursordnung zur Eröffnung kommen. Gleichzeitig sollte einem notleidenden Unternehmen auch die Chance gegeben werden, sich rechtzeitig unter den Schutz eines Insolvenzverfahrens zu stellen und durch einen Insolvenzplan mit Hilfe der Gläubiger eine Sanierung herbeizuführen. Da eine betriebswirtschaftlich gebotene externe Sanierung eines Schuldnerunternehmens grundsätzlich nicht früh genug begonnen werden kann, sieht § 18 InsO vor, dass der Schuldner schon dann zum Insolvenzantrag berechtigt ist, wenn drohende Zahlungsunfähigkeit vorliegt. Dies soll grundsätzlich die frühzeitige Antragstellung fördern.

cc) ESUG – eine Kehrtwende auch in der strafrechtlichen Diskussion?

Ein weiterer wesentlicher Aspekt dürfte ebenfalls zu einer Kehrtwende in der strafrechtlichen Diskussion um das Tatbestandsmerkmal der drohenden Zahlungsunfähigkeit führen. Das „Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen“ (ESUG) ist verabschiedet und tritt zum 01.03.2012 in Kraft. Der Gesetzentwurf soll der Erleichterung der Sanierung von Unternehmen u.a. durch Ausbau und Straffung des Insolvenzplanverfahrens sowie durch die Vereinfachung des Zugangs zur Eigenverwaltung dienen.

Darüber hinaus – und das ist für die strafrechtliche Diskussion wohl der relevanteste Punkt – erhält ein Schuldner zukünftig bereits bei drohender Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung die Möglichkeit, innerhalb von drei Monaten in einer Art „Schutzschirmverfahren“ unter Aufsicht eines vorläufigen Sachwalters und frei von Vollstreckungsmaßnahmen in Eigenverwaltung einen Sanierungsplan auszuarbeiten, der anschließend als Insolvenzplan umgesetzt werden kann.

Hat der Schuldner den Eröffnungsantrag (a) bei drohender Zahlungsunfähigkeit gestellt (b) und die Eigenverwaltung beantragt (c) und ist die angestrebte Sanierung nicht offensichtlich aussichtslos, so bestimmt das Insolvenzgericht nach § 270b InsO auf Antrag des Schuldners eine Frist zur Vorlage eines Insolvenzplans. Die Frist kann höchstens drei Monate umfassen. In dieser Zeit können keine Einzelzwangsvollstreckungsmaßnahmen durchgeführt werden. Erst wenn sich herausstellt, dass die Sanierung chancenlos ist, oder ein entsprechender Aufhebungsantrag eines vorläufigen Gläubigerausschusses bei Gericht eingeht, hebt dieses die Anordnung des Schutzschirms wieder auf.

³¹ Eine Ausnahme gilt für Geschäftsleiter von Instituten nach dem KWG. Hier besteht zwar die Besonderheit, dass überhaupt nur die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungen (BaFin) berechtigt ist Insolvenzantrag zu stellen (§ 46b Abs. 1 S. 4 KWG). Soweit die Geschäftsleiter nach anderen Rechtsvorschriften aber dazu verpflichtet sind, bei Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu beantragen, tritt an die Stelle der Antragspflicht die Anzeigepflicht (§ 46b Abs. 1 S. 2 KWG). Diese Anzeigepflicht wiederum ist aber auf das Tatbestandsmerkmal der drohenden Zahlungsunfähigkeit erweitert und ebenfalls strafbewehrt (§ 55 KWG).

Problematisch ist insoweit, dass der Schuldner mit dem Antrag auf Eröffnung des Schutzschirmverfahrens eine begründete Bescheinigung eines in Insolvenzsachen erfahrenen Beraters (Steuerberater, Wirtschaftsprüfer, Rechtsanwalts oder einer Person mit vergleichbarer Qualifikation) einzureichen hat, aus der sich – neben dem Umstand, dass die angestrebte Sanierung nicht offensichtlich aussichtslos ist – ergibt, dass drohende Zahlungsunfähigkeit vorliegt. Die Begründung wird mit Zahlenmaterial (ggf. Vorlage eines Liquiditätsplans etc.) zu unterlegen sein. Die entsprechende Erklärung bzw. Bescheinigung geht zur Insolvenzkarte, die wiederum bei Verfahrenseröffnung an die Ermittlungsbehörden gesandt wird.

b) Zwischenergebnis

Wie die Ermittlungsbehörden mit einem solchen „Eingeständnis“ zukünftig umgehen werden, bleibt abzuwarten. Insbesondere können wir im Rahmen dieser Ausführungen keine Patentlösung anbieten. Allerdings werden die Probleme an anderer Stelle zu diskutieren sein. Insbesondere ist noch zweifelhaft, ob auch in diesen Fällen das Beweisverwendungsverbot des § 97 InsO einschlägig ist. Vor diesem Hintergrund wird man in Erwägung ziehen müssen, von dem reinen insolvenzrechtlichen Begriff der drohenden Zahlungsunfähigkeit abzuweichen und diesen für die strafrechtliche Beurteilung zu modifizieren.

V. Insolvenzstraftaten im engeren Sinne

Die Insolvenzstraftaten i.e.S. sind im 24. Abschnitt des Strafgesetzbuchs geregelt, ergänzt durch § 15a Abs. 4 InsO. Das Gesetz gibt eine grundlegende Systematik vor:³² Die zentrale Norm, § 283 StGB, beinhaltet die Bankrotthandlungen des Schuldners, die während der Krise verwirklicht werden oder diese herbeiführen. § 283a StGB benennt Regelbeispiele für besonders schwere Fälle des Bankrotts. Die weiteren Insolvenzstraftaten im engeren Sinne werden im kommenden 2. Teil dieses Beitrags erörtert.³³ Es handelt sich um die Verletzung von Buchführungspflichten des Schuldners außerhalb der Krise, § 283b StGB, die Begünstigung eines Gläubigers gegenüber den anderen Gläubigern, § 283c StGB, schließlich Bankrotthandlungen i.S.d. § 283 Abs. 1 StGB durch Außenstehende mit Einwilligung oder zugunsten des Schuldners, § 283d StGB.

1) Allgemeines

Vorzustellen sind Gesichtspunkte, die für sämtliche Insolvenzstraftaten i.e.S. gelten.

a) Deliktstypen

Mit dem Argument, die Insolvenzstraftaten i.e.S. sehen auf Tatbestandsebene keine konkrete Gefährdung oder gar tatsächliche Verletzung der Vermögensinteressen der Gläubiger als geschütztes Rechtsgut vor,³⁴ lassen sich die Delikte im Wesentlichen als abstrakte Gefährdungsdelikte typisieren.³⁵ Ein gewisser besonderer Gefährdungscharakter, etwa beim Herbeiführen der Überschuldung oder der Zahlungsunfähigkeit gem. § 283 Abs. 2 StGB, oder gar Erfolgscharakter in Bezug auf ein einzelnes Handlungsobjekt, so bei der Begünstigung eines Gläubigers gem. § 283c Abs. 1 StGB, ist bei der weiteren Typisierung zu berücksichtigen. § 283 Abs. 2 StGB wird daher überwiegend als Unterfall des abstrakten Gefährdungsdelikts, als so genanntes potentiell (synonym: abstrakt-konkretes) Gefährdungsdelikt angesehen.³⁶ Die Gläubigerbegünstigung gem. § 283c Abs. 1 StGB nimmt als Erfolgsdelikt eine Ausnahmestellung ein.

³² Zur Systematik: *Bosch* in: Satzger/Schmitt/Widmaier, StGB, Vor §§ 283 ff. Rn.2; *Fischer*, StGB, Vor § 283 Rn. 26. Andere orientieren sich nicht so stark an der Gesetzssystematik, sondern unterscheiden zwischen bestands- und informationsbezogenen Bankrotthandlungen, etwa *Kindhäuser*, LPK-StGB, Vor §§ 283-283d Rn. 2. oder differenzieren nach Fällen der Vermögensverschiebung, der unwirtschaftlichen Geschäfte, der Scheingeschäfte und der Buchführungsverstöße, *Volk/Böttger*, MAH Wirtschafts- und Steuerstrafsachen, § 18 Rn. 132 ff.; *Verjans* in: *Böttger*, Wirtschaftsstrafrecht, Kapitel 4 Rn. 35.

³³ Wie Fußnote 4.

³⁴ I.S.e. „... und dadurch die Insolvenzmasse / das Gläubigervermögen schmälert.“ o.ä.

³⁵ So *Kindhäuser*, LPK-StGB, Vor §§ 283-283d Rn. 4.

³⁶ Zu den Deliktstypen insbesondere *SK-StGB/Hoyer*, § 283 Rn. 4, § 283b Rn.1, § 283c Rn.1, § 283d Rn. 2; *LK-StGB/Tiedemann*, § 283 Rn. 1 ff., § 283b Rn.1, § 283c Rn. 2, § 283d Rn. 4. Nach *Fischer*, StGB, Vor § 283 Rn. 3, sind § 283 Nr. 1, teilw. Nr. 2 bis 4, 8, § 283d StGB Erfolgsdelikte. Lässt man für ein Erfolgsdelikt einen von der Tathandlung abgrenzbaren Erfolg in der Außenwelt genügen (dazu *Wessels/Beulke*, AT, § 1 II 2), wird der Erfolg also nicht zum Rechtsgut bzw. dessen Verletzung hin gedacht, überzeugt diese Typisierung.

Zahlungseinstellung,
Insolvenzeröffnung oder
Abweisung mangels Masse

b) Objektive Bedingung der Strafbarkeit

Sämtliche Delikte setzen unmittelbar oder durch den Verweis auf § 283 Abs. 6 StGB als objektive Bedingung der Strafbarkeit die Zahlungseinstellung des Schuldners³⁷, die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über dessen Vermögen oder die Ablehnung der Eröffnung mangels Masse voraus. Die Schuldform – Vorsatz oder Fahrlässigkeit – muss sich auf die objektive Strafbarkeitsbedingung nicht erstrecken.³⁸ Die Bedingung muss nicht zum Zeitpunkt der Tathandlung vorliegen, sondern kann später erfüllt werden.³⁹ Mit ihrem Eintritt ist die Tat beendet und die Verjährung beginnt, § 78a StGB.⁴⁰

Die Tathandlung muss nicht Ursache des Eintritts der Bedingung sein. Ein gewisser Zusammenhang zwischen Tathandlung und Bedingungseintritt, dessen konkrete Ausgestaltung im Einzelnen umstritten ist,⁴¹ wird allgemein vorausgesetzt. Der BGH fordert etwa einen „nicht nur zeitlichen“,⁴² sondern „äußere[n] Zusammenhang“⁴³. Ein solcher Zusammenhang fehlt, wenn der Täter nach der Bankrotthandlung die Krise überwunden hat und erst spätere Ereignisse den Eintritt der Bedingung herbeiführen.⁴⁴

§ 17 Abs. 2 S. 2 InsO bestimmt, dass die Zahlungsunfähigkeit in der Regel anzunehmen ist, wenn der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat. Daraus folgt zwingend, dass die Begriffe der Zahlungseinstellung und der -unfähigkeit nicht gleichzusetzen sind. Die Zahlungseinstellung ist durch das nach außen erkennbare faktische Verhalten, die fälligen Verbindlichkeiten nicht mehr zu begleichen, gekennzeichnet.⁴⁵ Sie ist von der bloßen Zahlungsstoc- kung abzugrenzen und beispielsweise indiziert bei einer halbjährigen Nichtabführung von Sozialversicherungsbeiträgen⁴⁶, der Aufgabe der Geschäftsräume oder der Unterrichtung der Gläubiger über die Geschäftsaufgabe.⁴⁷

Die Entscheidung des Insolvenzgerichts, das Insolvenzverfahren zu eröffnen, § 27 InsO, oder die Eröffnung mangels Masse abzuweisen, § 26 InsO, bindet den Strafrichter.⁴⁸

2) § 283 StGB

Der Bankrottatbestand differenziert zwischen Handlungen während der Krise, Abs. 1, und der Herbeiführung bestimmter Krisenmerkmale, Abs. 2.

a) Krise

Die Vorschrift setzt alternativ eines der Krisenmerkmale – die Überschuldung oder die eingetretene Zahlungsunfähigkeit, bei Abs. 1 genügt auch die drohende Zahlungsunfähigkeit – voraus.⁴⁹ Die Krise beginnt mit dem frühesten Ereignis, i.d.R. dem Eintritt der Überschuldung oder der drohenden Zahlungsunfähigkeit.⁵⁰ Die Krise endet regelmäßig nicht mit dem Eintritt der objektiven Bedingung der Strafbarkeit, sondern später.⁵¹

b) § 283 Abs. 1 StGB: Handlungen während der Krise

Die Vielzahl der tatbestandsmäßigen Handlungen während der Krise soll hier zumindest cursorisch dargestellt werden.

³⁷ Fallen Täter und Schuldner personell auseinander, z.B. Geschäftsführer/GmbH, so muss die objektive Strafbarkeitsbedingung beim Schuldner eingetreten sein, *Bieneck* in: Müller-Gugenberger/Bieneck, Wirtschaftsstrafrecht, § 76 Rn. 82; Lackner/*Kühl*, StGB, § 283 Rn. 26, jeweils m.w.N.

³⁸ BGHSt 1, 186, 191; Schönke/Schröder/*Heine*, StGB, § 283 Rn. 59; MüKo-StGB/*Radtke*, Vor §§ 283 ff. Rn. 91.

³⁹ BGHSt 1, 186, 191; *Weyand/Diversy*, Insolvenzdelikte, Rn. 56.

⁴⁰ *Bosch* in: Satzger/Schmitt/Widmaier, StGB, Vor §§ 283 ff. Rn. 15 unter Verweis auf RGSt 16, 188, 190.

⁴¹ Zum Streitstand ausführl. LK-StGB/*Tiedemann*, Vor §§ 283-283d; *Weyand/Diversy*, Insolvenzdelikte, Rn. 59.

⁴² BGHSt 28, 231, 233.

⁴³ BGH, NJW 2001, 1874, 1876 = *wistra* 2001, 306, 308.

⁴⁴ Schönke/Schröder/*Heine*, StGB, § 283 Rn. 59; vgl. auch BGHSt 28, 231, 233 f.; LK-StGB/*Tiedemann*, Vor §§ 283-283d Rn. 92.

⁴⁵ Lackner/*Kühl*, StGB, § 283 Rn. 27; *Verjans* in: Böttger, Wirtschaftsstrafrecht, Kapitel 4 Rn. 102; vgl. auch BGH, NJW 2001, 1874, 1875.

⁴⁶ BGH, NJW-RR 2000, 1297.

⁴⁷ *Weyand/Diversy*, Insolvenzdelikte, Rn. 57.

⁴⁸ RGSt 26, 37; 29, 103, 105; *Kindhäuser*, LPK-StGB, § 283 Rn. 54; LK-StGB/*Tiedemann*, Vor §§ 283-283d Rn. 162.

⁴⁹ Ausführlich hierzu oben unter III. 1.

⁵⁰ *Fischer*, StGB, Vor § 283 Rn. 16.

⁵¹ BGHSt 1, 191.

aa) § 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB: Beeinträchtigung von Vermögensbestandteilen

Es werden alle Vermögensbestandteile, welche im Falle der Eröffnung des Insolvenzverfahrens zur Masse gehören, geschützt. Diese sind grds. alle pfändbaren beweglichen und unbeweglichen Sachen, Anwartschaften, Rechte und Forderungen, § 35 InsO.

Das Beiseiteschaffen umfasst jedes Verhalten, welches den Zugriff der Gläubiger auf die Vermögensbestandteile erheblich erschwert oder unmöglich macht.⁵² Das Unbrauchbarmachen, das Beschädigen und Zerstören sind Unterfälle davon. Der Tatbestand wird einschränkend ausgelegt, indem verlangt wird, dass das Beiseiteschaffen den Anforderungen ordnungsgemäßer Wirtschaft objektiv und subjektiv widersprechen muss.⁵³ Ein wertgleiches Austauschgeschäft oder Notverkäufe zur Liquiditätssicherung sind ordnungsgemäß und damit straflos.⁵⁴

Derjenige, der das Tatobjekt oder dessen Zugehörigkeit zur Insolvenzmasse der Kenntnis der Gläubiger oder auch des Insolvenzverwalters entzieht, verheimlicht diese.⁵⁵ Typische Beispiele sind das Leugnen von Vermögensbestandteilen, das Behaupten eines den Zugriff hindernden Rechtsverhältnisses und das heimliche Einziehen von Forderungen.⁵⁶

bb) § 283 Abs. 1 Nr. 2 StGB: Spekulationsgeschäfte und unwirtschaftlich Ausgaben

§ 283 Abs. 1 Nr. 2 StGB stellt bestimmte Risikogeschäfte und Spiel und Wette sowie unwirtschaftliche Ausgaben in der Krise unter Strafe. Risikogeschäfte sind etwa Verlustgeschäfte, also solche Geschäfte, die von vornherein auf eine Vermögensminderung ausgelegt sind und zu einer solchen führen.⁵⁷ Spekulationsgeschäfte sind durch ein besonders hohes Verlustrisiko im Hinblick auf die Hoffnung auf einen hohen Gewinn gekennzeichnet.⁵⁸ Differenzgeschäfte, z.B. Warenterminoptionen oder Devisengeschäfte, sind i.S.d. § 764 BGB auf den Erhalt eines Unterschiedsbetrages ausgerichtet, nicht auf die gehandelten Waren oder Rechte.⁵⁹ Die benannten Geschäfte müssen ex-ante den Anforderungen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft widersprechen. Das tun sie nicht, wenn sie typischerweise zum Berufsfeld gehören, Arbeitsplätze erhalten oder Aussichten auf gewinnbringende Anschlussgeschäfte begründen.⁶⁰

Bankrotthandlungen sind auch der Verbrauch und das Schuldigwerden übermäßiger Beträge durch Spiel und Wette oder unwirtschaftliche Ausgaben. Spiel und Wette sind Geschäfte i.S.v. § 762 BGB, insbesondere die Beteiligung an Schneeballgeschäften oder an Lotterien.⁶¹ Unwirtschaftliche Ausgaben liegen dann vor, wenn unter Berücksichtigung der Vermögenssituation und Leistungsfähigkeit der Täter dergestalt über das Vermögen verfügt, dass das Maß des Notwendigen und Üblichen unangemessen und im Widerspruch zu den Regeln ordnungsgemäßer Wirtschaft überstiegen wird: strafbare Luxusanschaffungen⁶² versus straflose Entnahme des angemessenen Unterhalts⁶³, aussichtslose Investitionen⁶⁴ versus Zahlung der üblichen Löhne und Gehälter⁶⁵, kostspielige Barbesuche⁶⁶ versus übliches Geschäftsessen. Verbrauchen entspricht dem tatsächlichen Ausgeben, während Schuldigwerden das Eingehen schuldrechtlicher Verpflichtungen zur Leistung bedeutet, wobei ein klagbarer Anspruch bzw. die Möglichkeit der Geltendmachung im Insolvenzverfahren entstehen muss.⁶⁷ Das Übermaß der Beträge richtet sich am Einkommen und Vermögensstand des

⁵² OLG, Frankfurt NSTZ 1997, 551.

⁵³ BGHSt 34, 309, 310; Lackner/Kühl, StGB, § 283 Rn. 10; MüKo-StGB/Radtke, § 283 Rn. 14f.

⁵⁴ Austauschgeschäft: BGH, NJW 1953, 1152, 1153; Notverkäufe: LK-StGB/Tiedemann, § 283 Rn. 33.

⁵⁵ Schönke/Schröder/Heine, StGB, § 283 Rn. 5; LK-StGB/Tiedemann, § 283 Rn. 38; nach Fischer, StGB, § 283 Rn. 5 ist die Kenntnis des Insolvenzverwalters irrelevant.

⁵⁶ Beispiele nach Weyand/Diversy, Insolvenzdelikte, Rn. 67.

⁵⁷ Schönke/Schröder/Heine, StGB, § 283 Rn. 9; LK-StGB/Tiedemann, § 283 Rn. 54.

⁵⁸ Kindhäuser, LPK-StGB, § 283 Rn. 16.

⁵⁹ Weyand/Diversy, Insolvenzdelikte, Rn. 73.

⁶⁰ BT-Drucks. 7/3441 S. 35; Fischer, StGB, § 283 Rn. 9; Schönke/Schröder/Heine, StGB, § 283 Rn. 12.

⁶¹ BGHSt 34, 171, 175 ff.; Bosch in: Satzger/Schmitt/Widmaier, StGB, § 283 Rn. 14; NK-Kindhäuser, § 283 Rn. 35.

⁶² Fischer, StGB, § 283 Rn. 12.

⁶³ BGH, NSTZ 1981, 259.

⁶⁴ Weyand/Diversy, Insolvenzdelikte, Rn. 75 unter Verweis auf BGH, GA 1954, 311.

⁶⁵ Bieneck in: Müller-Gugenberger/Bieneck, Wirtschaftsstrafrecht, § 86 Rn. 17.

⁶⁶ BGH, NJW 1953, 1480, 1481.

⁶⁷ BGHSt 22, 360, 361; Kindhäuser, LPK-StGB, § 283 Rn. 20; LK-StGB/Tiedemann, § 283 Rn. 69; abw. Fischer, StGB, § 283 Rn. 13.

Schuldners, der u.a. bei der GmbH und der Limited nicht identisch mit dem Täter sein muss, aus.⁶⁸

cc) § 283 Abs. 1 Nr. 3 StGB: Verschleiern kreditierter Waren und Wertpapiere

Die Norm schützt vor einem speziellen Unterfall des Verlustgeschäfts: der Beschaffung von Waren oder Wertpapieren mit Kreditmitteln und der anschließenden Veräußerung oder sonstigen Abgabe derselben oder der aus den Waren hergestellten Sachen erheblich unter Wert im Widerspruch zur ordnungsgemäßen Wirtschaft. Auch der eingeräumte Zahlungsaufschub stellt einen Kredit i.S.d. Vorschrift dar.⁶⁹ Die Veräußerung oder sonstige Abgabe erfolgt unter Wert, wenn die Differenz zwischen Marktwert und Verkaufserlös augenscheinlich ist.⁷⁰ Das Tatobjekt zu verschleiern, einen höheren Verkaufserlös nicht zu generieren, kann im Rahmen von Sonderangeboten oder im besonderen Konkurrenzkampf – zu denken ist an den Preiskampf unter Discountern bis hin zur Unterschreitung des Einkaufspreises – ordnungsgemäßes Wirtschaften sein.⁷¹

dd) § 283 Abs. 1 Nr. 4 StGB: Vortäuschen und Erdichten von Rechten

Die Insolvenzmasse und damit die Quote der Gläubiger sind gefährdet, wenn die bestehenden Verbindlichkeiten, Passiva, erhöht werden.⁷² Das Vortäuschen fremder Rechte liegt in der mindestens schlüssigen Behauptung einer so nicht bestehenden Rechtsposition gegenüber einem Dritten,⁷³ in der Praxis regelmäßig im Zuge einer falschen Versicherung an Eides statt gem. § 98 InsO. Das Verschweigen von Einreden ist aus zivilrechtsakzessorischen Gründen unseres Erachtens von der Vorschrift nicht erfasst, da nur die Durchsetzbarkeit eines bestehenden Rechts betroffen ist.⁷⁴ Das Anerkennen eines erdichteten Rechts als Behauptung der Existenz des tatsächlich frei erfundenen Rechts im Zusammenwirken mit dem Gläubiger⁷⁵ kann beispielsweise in der Akzeptanz eines Schein-Darlehensvertrages liegen.⁷⁶

ee) § 283 Abs. 1 Nr. 5 StGB: Verletzung von Buchführungspflichten

In der Praxis werden häufig entgegen der gesetzlichen Verpflichtung Handelsbücher i.S.e. echten Unterlassens gar nicht oder wenn geführt, dann dergestalt – ggf. in manipulierter, veränderter Form –, dass die Übersicht über den Vermögensgegenstand erschwert wird.⁷⁷ Die Buchführungspflicht richtet sich nach Handelsrecht, den §§ 238 ff. HGB.⁷⁸ Buchführungspflichtig ist auch die relativ häufig krisenbetroffene Limited.⁷⁹ Der Kreis der möglichen Täter richtet sich nach § 14 StGB. Der zur Buchführung Verpflichtete kann einen Dritten mit der Buchführung beauftragen, wobei hinsichtlich der Auswahl und Überwachung wegen des möglichen Fahrlässigkeitsvorwurfs gem. § 283 Abs. 5 StGB i.V.m. § 283 Abs. 1 Nr. 5 StGB ein sorgfältiges Vorgehen angezeigt ist.⁸⁰

Es wird i.S.d. Vorschrift nicht Buch geführt, wenn über einen erheblichen Zeitraum hin – zumindest während eines Geschäftsjahres – keine Bücher geführt werden.⁸¹ Nach allgemeinen Grundsätzen führt das Unvermögen des Täters, jedenfalls wenn dieses mit der (finanziell bedingten) Unmöglichkeit, einen Dritten einzuschalten, einhergeht, zur Tatbestandslosigkeit.⁸²

Die Übersicht über die – geführte oder veränderte – Buchführung ist erschwert, wenn entgegen den Grundsätzen ordnungsgemäßer Buchführung der Überblick über die Geschäfts-

Maßgeblichkeit des
Handelsrechts

⁶⁸ BGHSt 3, 23, 25 f.; in der Literatur ist meist etwas ungenau der Täter genannt.

⁶⁹ Fischer, StGB, § 283 Rn. 14.

⁷⁰ LK-StGB/Tiedemann, § 283 Rn. 78; Weyand/Diversity, Insolvenzdelikte, Rn. 78.

⁷¹ Bieneck in: Müller-Gugenberger/Bieneck, Wirtschaftsstrafrecht, § 86 Rn. 22; Kindhäuser, LPK-StGB, § 283 Rn. 24; LK-StGB/Tiedemann, § 283 Rn. 79.

⁷² Vgl. Bosch in: Satzger/Schmitt/Widmaier, StGB, § 283 Rn. 17.

⁷³ RGSt 64, 42, 43.

⁷⁴ So Bosch in: Satzger/Schmitt/Widmaier, StGB, § 283 Rn. 17; Kindhäuser, LPK-StGB, § 283 Rn. 26; a.A. LK-StGB/Tiedemann, § 283 Rn. 84; Weyand/Diversity, Insolvenzdelikte, Rn. 80.

⁷⁵ LK-StGB/Tiedemann, § 283 Rn. 85.

⁷⁶ Kindhäuser, LPK-StGB, § Rn. 26.

⁷⁷ Vgl. Fischer, StGB, § 283 Rn. 23; Weyand/Diversity, Insolvenzdelikte, Rn. 82, jeweils m.w.N.

⁷⁸ Dazu §§ 1 ff. HGB. Die Vorschriften des HGB ergänzt durch rechtsformabhängige Normen, u.a. §§ 150 ff. AktG, 41 ff. GmbHG, 33 GenG.

⁷⁹ Weyand/Diversity, Insolvenzdelikte, Rn. 84.

⁸⁰ Vgl. BGHSt 15, 103, 106.

⁸¹ Schäfer, wistra 1986, 200, 201 ff.

⁸² BGHSt 28, 231, 232 f.

vorfälle und über die Unternehmenslage behindert ist, auch nicht von einem sachverständigen Dritten innerhalb angemessener Zeit festgestellt werden kann.⁸³ Als Tathandlungen kommen über den Einzelfall hinausgehende fehlende oder ungeordnete Belege, fiktive Posten und fehlende Wertberichtigungen in Betracht.⁸⁴

ff) § 283 Abs. 1 Nr. 6 StGB: Verletzung der Aufbewahrungspflichten von Handelsbüchern

Derjenige, der Handelsbücher oder sonstige Unterlagen beiseiteschafft, verheimlicht, zerstört oder beschädigt, (siehe dazu oben aa) § 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB, und dadurch die Übersicht über seinen Vermögensstand erschwert, macht sich strafbar, wenn er zu deren Aufbewahrung nach Handelsrecht verpflichtet ist. Entscheidend ist die Aufbewahrungspflicht i.S.d. § 257 HGB, die nicht nur Buchführungspflichtige, sondern auch freiwillig Buchführende trifft.⁸⁵ Nach Ablauf der Aufbewahrungspflichten vorgenommene Handlungen sind nicht tatbestandsmäßig.⁸⁶

gg) § 283 Abs. 1 Nr. 7 StGB: Mangelhafte oder verspätete Bilanzerstellung

Entgegen dem Handelsrecht Bilanzen unübersichtlich oder Bilanzen oder das Inventar nicht zeitgerecht aufzustellen, ist nach dieser Vorschrift mit Strafe bedroht. Gegen die Norm wird in der Praxis häufig verstoßen.⁸⁷ Bilanzen sind die Eröffnungsbilanz und der Jahresabschluss sowie eine etwaige Liquidationsbilanz.⁸⁸ Das Inventar i.S.d. § 240 HGB enthält die zum Stichtag bewerteten Schulden und Vermögensgegenstände und bildet die Grundlage für die gegenüberstellende Form der Bilanz.⁸⁹ Das unübersichtliche Aufstellen der Bilanz ist ein spezieller Fall des § 283 Abs. 1 Nr. 5 StGB.⁹⁰ Hinsichtlich der Unübersichtlichkeit gilt das zu § 283 Abs. 1 Nr. 5 StGB Ausgeführte entsprechend, wobei den Gesichtspunkten der Bilanzvollständigkeit, -klarheit und -wahrheit besondere Bedeutung beizumessen ist.⁹¹ Die Fristen oder Zeiträume für das strafbewehrte echte Unterlassen des Erstellens von Bilanz und Inventar sind im Wesentlichen in § 240 Abs. 3 HGB (regelmäßig alle 3 Jahre Inventur) und § 264 Abs. 1 S. 3 und 4 HGB (bei Kapitalgesellschaften 3- oder 6-Monats-Frist) geregelt. Für Einzelkaufleute und Personenhandelsgesellschaften gilt § 243 Abs. 3 HGB, der postuliert, die Bilanz innerhalb der einem ordnungsgemäßen Geschäftsgang entsprechenden Zeit aufzustellen. Ein Verstoß entfällt i.d.R. bei Unmöglichkeit der Erfüllung der Bilanzierungspflicht, z.B. wenn der Zahlungsunfähige die Kosten für die Bilanzaufstellung nicht aufbringen kann.⁹²

3- bzw. 6-Monats-Frist
beachten!

hh) § 283 Abs. 1 Nr. 8 StGB: Auffangtatbestand sonstiger Veränderungen

Die Vorschrift fängt die Fälle auf, in denen der Täter in anderer Weise seinen Vermögensstand verringert oder seine geschäftlichen Verhältnisse verheimlicht oder verschleiert, wobei darin eine grobe Missachtung ordnungsgemäßen Wirtschaftens zu sehen sein muss. Die Praxisrelevanz ist trotz des Auffangcharakters begrenzt.⁹³ Der Tatbestand ist unter Gläubigerschutzgesichtspunkten nach einer zentralen Entscheidung des 5. Strafsenats weit auszuulegen.⁹⁴ Die Variante der Verringerung des Vermögensstands erfüllt jede rechtliche oder tatsächliche Maßnahme, die zu einer Minderung der Aktiva oder Erhöhung der Passiva führt.⁹⁵

⁸³ BGHR § 283 Abs. 1 Nr. 5 Buchführung 2 - Mängel, Verschulden; Fischer, StGB, § 283 Rn. 23. Zu den Grundsätzen § 239 Abs. 2 HGB: „Die Eintragungen in Büchern und die sonst erforderlichen Aufzeichnungen müssen vollständig, richtig, zeitgerecht und geordnet vorgenommen werden.“

⁸⁴ Beispiele nach Weyand/Diversy, Insolvenzdelikte, Rn. 91.

⁸⁵ Für eine einschränkende Auslegung verschiedener Intensität in Bezug auf Nichtkaufleute plädieren u.a. Schöнке/Schröder/Heine, StGB, § 283 Rn. 39; SK-StGB/Hoyer, § 283 Rn. 77 f.; LK-StGB/Tiedemann, § 283 Rn. 121.

⁸⁶ Dannecker/Knierim/Hagemeier, Insolvenzstrafrecht, 2. Aufl. 2012, Rn. 1078; MüKo-StGB/Radtke, § 283 Rn. 51.

⁸⁷ Köhler in: Wabnitz/Janowsky, Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Wirtschaftsrecht, 7. Kapitel Rn. 137.

⁸⁸ Dannecker/Knierim/Hagemeier, Insolvenzstrafrecht, 2. Aufl. 2012, Rn. 1082;

⁸⁹ BT-Drucks. 7/5291, S. 23; LK-StGB/Tiedemann, § 283 Rn. 133.

⁹⁰ Bosch in: Satzger/Schmitt/Widmaier, StGB, § 283 Rn. 27; Köhler in: Wabnitz/Janowsky, Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Wirtschaftsrecht, 7. Kapitel Rn. 137.

⁹¹ Bosch in: Satzger/Schmitt/Widmaier, StGB, § 283 Rn. 29.

⁹² BGHSt 28, 232 f.; OLG, Düsseldorf StV 2007, 38, 39; Schöнке/Schröder/Heine, StGB, § 283 Rn. 47a m.w.N. - auch zu kritischen Stimmen.

⁹³ Weyand/Diversy, Insolvenzdelikte, Rn. 106.

⁹⁴ BGH, StV 2010, 25 = wistra 2009, 273 ff.; dazu auch Stützeberg, StRR 2009, 310 f.

⁹⁵ Pelz, Strafrecht in Krise und Insolvenz, Rn. 291.; dem folgend Beukelmann in: BeckOK StGB § 283 Rn. 74.

Verheimlicht oder verschleiert wird, wenn für die Beurteilung der Bonität bedeutsame Sachverhalte unzutreffend oder irreführend dargestellt werden.⁹⁶ Fälle des Verschleierns sind die Umwandlung eines notleidenden Unternehmens in eine „Auffang- oder Sanierungsgesellschaft“ sowie Maßnahmen zur „Firmenbestattung“, die die Zwangsvollstreckung erschweren.⁹⁷ Der Begriff der geschäftlichen Verhältnisse, die verheimlicht oder verschleiert werden, erfasst nach der Rechtsprechung vor allem Umstände, die für die Beurteilung der Kreditwürdigkeit des in der Krise befindlichen Schuldners erheblich sind.⁹⁸ Die Handlungen widersprechen den Anforderungen ordnungsgemäßer Wirtschaft in grober Weise, wenn sie eindeutig unvertretbar sind.⁹⁹

Mitursächlichkeit ausreichend

c) § 283 Abs. 2 StGB: Herbeiführen der Krise

§ 283 Abs. 2 StGB greift, wenn eine der Tathandlungen des § 283 Abs. 1 StGB ursächlich für eines der beiden Krisenmerkmale Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit geworden ist. Eine drohende Zahlungsunfähigkeit reicht hier nicht aus. Die Bankrott-handlung muss nicht die einzige Ursache, aber zumindest mitursächlich für den Erfolg des Kriseneintritts gewesen sein.¹⁰⁰ Waren- bzw. Lieferantenkreditbetrügereien, also das Einkaufen von Waren auf Kredit mit anschließendem schnellstmöglichem Verkauf zu niedrigen Preisen mit sofortiger Entnahme der Einnahmen, ist eine praxisrelevante Spielart, die von der Vorschrift erfasst ist.¹⁰¹

d) Vorsatz und Fahrlässigkeit

Vorsätzliche und auch bestimmte fahrlässig begangene Verstöße sind unter Strafe gestellt.

aa) Vorsatz

Der Vorsatz des Täters muss sich nach allgemeinen Grundsätzen auf alle Tatbestandsmerkmale beziehen, § 16 Abs. 1 S. 1 StGB, insbesondere auf die Tathandlungen und die Krise – sei es ihr Bestehen oder Ihre Herbeiführung. Praktische Probleme ergeben sich hinsichtlich der Kenntnis der tatsächlichen Umstände der Pflichten im Zusammenhang mit Buchführung und Bilanzierung.¹⁰² Die Fehlbewertung handelsrechtlicher Vorgaben ist als Rechts- und damit Verbotsirrtum gem. § 17 StGB zu behandeln.¹⁰³

bb) Fahrlässigkeit

Gem. § 283 Abs. 4 Nr. 1 StGB ist im Falle einer Handlung nach § 283 Abs. 1 StGB das fahrlässige Nicht-Kennen des Krisenmerkmals, im Falle des § 283 Abs. 2 StGB die zumindest leichtfertige Verursachung der Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit unter Strafe gestellt. Die Pflichtwidrigkeit im Falle des Nicht-Kennens des Krisenmerkmals wird durch die Außerachtlassung elementarer kaufmännischer Grundsätze begründet, insbesondere im Zusammenhang mit der Buchführung und Bilanzierung.¹⁰⁴ Versuch und Teilnahme sind, da ein entscheidendes Merkmal, das Krisenmerkmal, nicht vom Vorsatz umfasst wird, nicht möglich. Im Falle des § 283 Abs. 4 Nr. 2 StGB, bei dem sich die Fahrlässigkeit auf die Folge bezieht, ist die Teilnahme, nicht aber der Versuch möglich, § 11 Abs. 2 StGB.¹⁰⁵

Gem. § 283 Abs. 5 StGB sind die fahrlässig begangenen Handlungen nach § 283 Abs. 1 Nr. 2, 5 und 7 StGB auch dann, wenn die Krise (zumindest) fahrlässig verkannt oder (zumindest) leichtfertig herbeigeführt wurde, strafbar.

⁹⁶ LK-StGB/Tiedemann, § 283 Rn. 174 f.; Weyand/Diversy, Insolvenzdelikte, Rn. 108.

⁹⁷ BGH, wistra 2009, 273, 274; StV 2010, 25 f.; Fischer, StGB, § 283 Rn. 30b.

⁹⁸ BGH, wistra 2009, 273 f.; Fischer, StGB, § 283 Rn. 30a.

⁹⁹ Kindhäuser, LPK-StGB, § 283 Rn. 42; LK-StGB/Tiedemann, § 283 Rn. 167.

¹⁰⁰ Fischer, StGB, § 283 Rn.31; MüKo-StGB/Radtke, § 283 Rn. 70.

¹⁰¹ Weyand/Diversy, Insolvenzdelikte, Rn. 110 weisen zutreffend darauf hin, dass i.d.R. zugleich schwerwiegendere andere Delikte – Betrug, Untreue, Steuerhinterziehung – verwirklicht werden.

¹⁰² Vgl. Verjans in: Böttger, Wirtschaftsstrafrecht, Kapitel 4 Rn. 94; Weyand/Diversy, Insolvenzdelikte, Rn. 111.

¹⁰³ Fischer, StGB, § 283 Rn. 32; Schönke/Schröder/Heine, StGB, § 283 Rn. 56; Verjans in: Böttger, Wirtschaftsstrafrecht, Kapitel 4 Rn. 94.

¹⁰⁴ Dazu BGH, NJW 1981, 354, 355; Fischer, StGB, § 283 Rn. 34; Kindhäuser, LPK-StGB, § 283 Rn. 49.

¹⁰⁵ Bosch in: Satzger/Schmitt/Widmaier, StGB, § ; Fischer, StGB, § 283 Rn. 34 ff.

e) Versuch

Die Versuchsstrafbarkeit bezieht sich nur auf § 283 Abs. 1 und 2 StGB, nicht hingegen auf § 283 Abs. 4 und 5 StGB. Es gelten die allgemeinen Grundsätze. Strafbar ist der Versuch nur im Falle des Eintritts der objektiven Bedingung der Strafbarkeit. Kritisiert wird, dass beim Versuch die Prüfung des zumindest gewissen Zusammenhangs zwischen Handlung und Bedingungseintritt leerläuft.¹⁰⁶

f) Täterschaft und Teilnahme

§ 283 StGB ist Sonderdelikt des Schuldners bzw. des nach § 14 StGB für den Schuldner Handelnden. Zum Teil wird die Kaufmannseigenschaft vorausgesetzt. Ob § 28 Abs. 1 StGB in Bezug auf den Teilnehmer greift, ist im Einzelnen umstritten.¹⁰⁷

g) Konkurrenzen

Es gelten die allgemeinen Konkurrenzregeln.¹⁰⁸ Grundsätzlich führen mehrere Handlungen innerhalb des § 283 StGB zu mehreren Taten. Es kann aber auch ein Fall der tatbestandlichen Handlungseinheit mit der Folge der Tateinheit oder ein Fall der Gesetzeskonkurrenz in Betracht kommen.¹⁰⁹ Das Konkurrenzverhältnis zu anderen Insolvenzstrafataten wird in den folgenden Teilen dieses Beitrags behandelt.

h) § 283a StGB: Besonders schwerer Fall

§ 283a StGB nennt Beispiele, bei deren Vorliegen regelmäßig ein deutlich angehobener Strafraum – sechs Monate bis zu zehn Jahren – gilt. Aus Gewinnsucht handelt derjenige, dessen Motivation auf einem ungehemmten, überzogenen und sittlich anstößigem Maß an besonderem Gewinnstreben gründet.¹¹⁰ Berücksichtigungsfähige Gesichtspunkte sind ein sehr hoher Schaden, eine besondere Rücksichtslosigkeit, die insbesondere bei einem gezielten Steuern in die Insolvenz bei gleichzeitiger effektiver Bereicherung angenommen werden kann.¹¹¹ § 283a Nr. 2 StGB setzt direkten Vorsatz („wissentlich“) und eine konkrete Gefahr des Verlustes von dem Täter anvertrauten Vermögenswerten oder der wirtschaftlichen Not, jeweils für eine Vielzahl von Personen, voraus. Vermögenswerte sind z.B. Banken, Bauträger-, Warenterminhandels- oder Kapitalanlagegesellschaften anvertraut.¹¹² Wirtschaftliche Notlage meint Existenzbedrohung.

¹⁰⁶ LK-StGB/Tiedemann, § 283 Rn. 197.

¹⁰⁷ Vgl. BGHSt 41, 2 und den Streitstand bei Fischer, StGB, § 283 Rn. 38.

¹⁰⁸ Vgl. BGHSt 11, 145, 146.

¹⁰⁹ Zu den Einzelheiten Bosch in: Satzger/Schmitt/Widmaier, StGB, § 283 Rn. 42; Fischer, StGB, § 283 Rn. 41.

¹¹⁰ BT-Drucks. 7/3441, S. 37; BGHSt 17, 35, 37 f.; MüKo-StGB/Radtke, § 283a Rn. 4.

¹¹¹ Dannecker/Knierim/Hagemeier, Insolvenzstrafrecht, 2. Aufl. 2012, Rn. 1108 ff. m.w.N., die bzgl. des letzten Gesichtspunkts z.T. ein unbenanntes Regelbeispiel annehmen.

¹¹² BT-Drucks. 7/3441, S. 37 f.; Kindhäuser, LPK-StGB, § 283a Rn. 4.

Internationales

Länderbericht Schweiz

Rechtsanwalt Stefan Wehrenberg, Rechtsanwalt Friedrich Frank, Rechtsanwalt Dr. Bernhard Isenring, lic. iur. Patrick Götze, alle Zürich

Länderbericht Schweiz: Aktuelles Wirtschaftsstrafrecht

I. Einleitung

Der Begriff des Wirtschaftsstrafrechts und die Vorstellung davon, was hierunter zu verstehen ist, ist in der Schweiz nicht weniger umstritten als im sog. "großen Kanton", also in Deutschland. Man könnte sogar sagen, dass die Diskussionen, bedingt durch die teilweise großen

kantonale Unterschiede, noch viel weiter gehen. So gibt es eine "Zürcher Definition", eine "Basler Definition", eine "Berner Definition", eine "Zuger Definition" und eine "Freiburger Definition" davon, was unter dem eingangs genannten Begriff zu verstehen ist.¹ Und das sind nur die Definitionen einiger deutschsprachiger Kantone. In der französischsprachigen Schweiz, also etwa in Genf oder Lausanne, und im italienischsprachigen Tessin stellt sich die Situation noch einmal anders dar.

Ein gemeinsamer Zugang findet sich aber zumindest darin, dass das "materielle schweizerische Wirtschaftsstrafrecht" seit jeher in Bundesgesetzen – allen voran dem Schweizerischen Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (im Folgenden: ch-StGB) – verankert ist, welche in allen Kantonen Geltung beanspruchen. In prozessualer Hinsicht sah dies anders aus. So war das in der Schweiz geltende Strafprozessrecht in 29 – in Worten: neunundzwanzig – Prozessordnungen verankert; neben den 26 Prozessordnungen der jeweiligen Kantone gab es noch eine Bundesstrafprozessordnung, eine Militärstrafprozessordnung sowie das Verfahrensrecht des Verwaltungsstrafrechts. Mit Inkrafttreten der eidgenössischen Strafprozessordnung zum 1. Januar 2011 gibt es nunmehr ein einheitliches Prozessrecht, welches für sämtliche Kantone gilt. Dies stellt für sämtliche Rechtsanwender eine erhebliche Erleichterung dar und ist zu Recht als "großer Wurf" bezeichnet worden.

Im Folgenden werden nun materiell-rechtliche und prozessuale² Neuerungen im schweizerischen Wirtschaftsstrafrecht dargestellt. Da in der jüngsten Vergangenheit nur wenige wirtschaftsstrafrechtlich relevante Entscheidungen ergingen, umfasst der Berichtszeitraum deswegen auch gleich zwei Jahre, nämlich die Jahre 2010 und 2011.³

II. Neue wirtschaftsstrafrechtliche Gesetzesvorhaben

1) Kartellstrafrecht

Das derzeit geltende Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen⁴ – kurz: Kartellgesetz (KG) – entstammt dem Jahr 1995; die darin vorgesehene Sanktionierung richtet sich nach den Art. 49a ff. KG vornehmlich gegen Unternehmen, nicht aber gegen natürliche Personen, und wird im Rahmen eines reinen Verwaltungsverfahrens ausgefällt.⁵ In der seit der Gesetzesschaffung vergangenen Zeit wurde es nur einmal, Anfang des neuen Jahrtausends, einer größeren Revision unterzogen, welche am 1. April 2004 in Kraft trat. Als wesentliche Änderungen wurden dabei zum einen sog. direkte Sanktionsmöglichkeiten geschaffen, zum anderen wurden auch vertikale Wettbewerbsabreden unter Strafe gestellt. Betroffen war dabei aber stets nur das Unternehmen selbst. In Hinblick auf die Entwicklungen im europäischen Kartellrecht und vor dem Hintergrund der Präventivwirkung wird dies für einen umfassenden Schutz des Wettbewerbs allerdings als noch nicht ausreichend angesehen.

Die parlamentarische Motion – ein Gesetzesvorschlag – des Ständerates *Schweiger* vom 20. Dezember 2007 "*Ausgewogeneres und wirksameres Sanktionssystem für das Schweizer Kartellrecht*" sieht deswegen vor, dass auch natürliche Personen im Falle ihrer aktiven Beteiligung an einer Kartellabsprache sanktioniert werden können. Gleichzeitig wird vorgeschlagen, dass Unternehmen, welche ein den hohen Anforderungen genügendes Compliance-Programm zur Beachtung der kartellgesetzlichen Regelungen betreiben, mit reduzierten bzw. beim Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen mit keiner Verwaltungssanktion belegt werden können.

¹ Vgl. dazu *Suter*, Strafverteidigung auf dem Gebiet der Wirtschaftskriminalität (2001), S. 14 ff.

² Zur Verteidigung in Wirtschaftsstraffällen in der Schweiz vgl. Strafverteidigung, 2002 (Hrsg. Niggli/Weissenberger) *Baumgartner*, S. 297 ff.

³ Für die Entwicklung im Wirtschaftsstrafrecht der vorhergehenden Jahre vgl. *Weber*, Aktuelle Entwicklungen im Wirtschaftsstrafrecht, in: Jusletter vom 23. Juni 2008; für die Entwicklung im gesamten Strafrecht vgl. die Übersichten von *Donatsch/Cavallo*, Entwicklungen im Strafrecht, SJZ 107 (2011), S. 521 ff.; *Donatsch/Käser*, Entwicklungen im Strafrecht, SJZ 106 (2010), S. 541 ff. und *Donatsch/Frei*, Entwicklungen im Strafrecht, SJZ 105 (2009), S. 524 ff.

⁴ Die geltende Fassung des Kartellgesetzes ist abrufbar unter <http://www.admin.ch/ch/d/sr/2/251.de.pdf> (zuletzt besucht am 21. Dezember 2011). Zum schweizerischen Kartellrecht allgemein vgl. Basler Kommentar (BSK) zum Kartellgesetz (Hrsg.: Amstutz/Reinert), 2010.

⁵ Die in den Art. 54 und 55 KG vorgesehenen Strafsanktionen richten sich gegen natürliche Personen, stellen aber nicht die Mitwirkung an der Kartellabrede, sondern den Verstoß gegen Verfügungen der Wettbewerbsbehörde unter Strafe. Anders als im deutschen Strafrecht (§ 298 d-StGB) finden sich im ch-StGB keine Strafnormen, welche wettbewerbsbeschränkende Absprachen unter Strafe stellen.

Aufgrund der vorgenannten Motion hat der Bundesrat am 30. Mai 2010 eine zweite Vernehmlassung zur Änderung des Kartellgesetzes eröffnet.⁶ Der erläuternde Bericht des Bundesrates zur Umsetzung der Motion Schweiger enthält zwei Varianten.⁷ Die eine sieht lediglich sog. Verwaltungssanktionen gegen natürliche Personen vor (Variante A), die andere echte Kriminalstrafen (Variante B). Die verwaltungsrechtlichen Maßnahmen bestehen aus einer zeitlich begrenzten Untersagung der beruflichen Tätigkeit bei der an der Kartellabrede beteiligten Firma. Die zweite Umsetzungsvariante sieht für natürliche Personen im Fall ihrer Mitwirkung an Kartellabsprachen mit Wettbewerbern strafrechtliche Sanktionen vor. Beide Varianten wurden von zwei Prämissen geleitet, die aus den parlamentarischen Debatten zur Motion hervorgegangen sind: Einerseits soll die Verfolgung von Unternehmen auch nach Einführung von Sanktionen gegen natürliche Personen das primäre Anliegen bleiben. Andererseits sollen die Durchsetzungsinstrumente des Kartellrechts durch die Einführung von Strafsanktionen gegen natürliche Personen nicht geschwächt werden. Vielmehr sollen die bisherigen Instrumente, etwa die sog. Bonusregelung, die dem beteiligten Anzeiger Straffreiheit zusichert, nach Möglichkeit ergänzt und die (Präventiv-)Wirkung des Gesetzes dadurch gestärkt werden. Wie das heute geltende Kartellrecht zeigt, lehnte der Bundesrat seit jeher die Sanktionierung natürlicher Personen ab. Folgerichtig spricht er sich deswegen gegen beide Umsetzungsvarianten aus. Soweit der zweite Teil der Motion Schweiger trotzdem umgesetzt werden sollte, bevorzugt der Bundesrat aus verschiedenen Gründen die Variante A.

Mit Schreiben vom 20. März 2011 hat das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement (EVD) die Vernehmlassungsvorlage mit Bitte um Stellungnahme den Kantonen und weiteren interessierten Kreisen unterbreitet.⁸ Die Eidgenössische Wettbewerbskommission (WEKO), welche für die Verfolgung von Wettbewerbsverstößen durch Unternehmen zuständig ist, steht insbesondere einer Sanktionierung natürlicher Personen kritisch gegenüber und begründet dies damit, dass das Hauptaugenmerk nach wie vor auf die Verfolgung von Unternehmen gerichtet sein sollte, was durch die neue Sanktionsform erheblich verkompliziert und verlangsamt werde. Die für diese vorgesehenen Kriminalstrafen könnten in einem reinen Verwaltungsverfahren gar nicht durchgesetzt werden.⁹ Dieser Kritik ist durchaus zuzustimmen; allerdings könnte man sie auch gegenüber dem geltenden Kartellstrafrecht vorbringen. So handle es sich bei den in Art. 49a ff. KG angedrohten Verwaltungssanktionen um einen bloßen "Etikettenschwindel", da sie im Hinblick auf ihre repressive Funktion und ihre Höhe¹⁰ nach herrschender Meinung Rechtsfolgen strafrechtlicher Natur darstellten.¹¹ Gleiches gilt wohl vorherrschend für Art. 50, 51 u. 52 KG.¹² Vor diesem Hintergrund wäre auch das derzeit geltende Verfahren nach strafprozessualen Grundsätzen auszugestalten.

All dies bestätigte den Bundesrat in seiner bisherigen Haltung. Im Rahmen der Bundesrats-sitzung vom 16. November 2011 wurde deswegen beschlossen, dass keine Strafsanktionen gegen natürliche Personen in das Kartellgesetz aufgenommen werden. Ansonsten will der

⁶ Erläuternder Bericht zur Änderung des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Teil 2: Umsetzung der Motion Schweiger (07.3856), S. 6 ff., abrufbar unter: http://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2008/Bericht_KG_Schweiger.pdf (zuletzt besucht am 21. Dezember 2011).

⁷ Erläuternder Bericht zur Änderung des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Teil 2: Umsetzung der Motion Schweiger (07.3856), S. 4 ff., abrufbar unter: http://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2008/Bericht_KG_Schweiger.pdf (zuletzt besucht am 21. Dezember 2011). Zustimmend *Hirsbrunner/Werner*, Überholt das schweizerische Kartellrecht das europäische Vorbild?, in: Jusletter vom 20. September 2010.

⁸ Schreiben des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartement vom 30. März 2011, abrufbar unter: http://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2008/Brief_Org_de.pdf (zuletzt besucht am 21. Dezember 2011).

⁹ Vgl. dazu auch *Lehner*, Aktuelle Fragen des Schweizer Kartellrecht - Bericht zur Tagung der Studienvereinigung Kartellrecht und des Instituts für Wirtschaftsrecht der Universität Bern vom 1. Juli 2011, in Jusletter vom 22. August 2011, Rz. 27 ff.; Ablehnend auch *Lüscher*, Der Ruf nach einem wirksameren und gerechteren Kartellstrafrecht - Ein irritierender Ruf?, in: Jusletter vom 15. März 2010.

¹⁰ Im Kartellverfahren gegen das schweizerische Mobilfunkunternehmen Swisscom auferlegte die WEKO dieser eine kartellrechtliche Buße in Höhe von 333 Mio. CHF. Dieser Entscheid wurde vom Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 24. Februar 2010 (B-2050/2007); das Urteil findet sich unter:

<http://www.bvger.ch/publiws/pub/cache.jsf?displayName=B-2050/2007&decisionDate=2010-02-24>; zuletzt besucht am 21. Dezember 2011) aufgehoben, was das Bundesgericht mit Urteil vom 11. April 2011 (2C_343/2010 und 2C_344/2010C; eine Pressemitteilung findet sich unter:

http://www.bger.ch/mm_2c_343_2010_2c_344_2010_d.pdf; zuletzt besucht am 21. Dezember 2011) höchstrichterlich bestätigte. Beide Urteile bejahen den Strafcharakter der ausgefallenen Kartellsanktion und mahnen ausdrücklich an, dass auch im Kartellverfahren die Verfahrensvoraussetzungen der EMRK gelten.

¹¹ Vgl. eingehend Basler Kommentar zum Kartellgesetz, 2010 (Hrsg.: Amstutz/Reinert) - *Niggli/Riedo*, Vor. 6. Abschnitt N 25 ff. (43) m.w.H., Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 24.2.2010 (B-2050/2007), E. 4.2 ff.; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 27.4.2010 (B 2977/2007), E. 8.1.1.1 und 8.2.2.2, je m. weit. Nachw.

¹² Handkommentar Kartellgesetz, 2007 (Hrsg.: Baker&McKenzie) - *Reinert*, Art. 50 N 9, Art. 52 N 11.

Bundesrat das Kartellrecht aber verschärfen; Unternehmen können also nach wie vor in einem reinen Verwaltungsverfahren – mithin ohne Einhaltung strafprozessualer Grundsätze wie etwa dem Aussageverweigerungsrecht – gebüßt werden. Es bleibt diesbezüglich also beim bisher betriebenen "Etikettenschwindel". Gleichwohl will der Bundesrat Sanktionsminderungen zugunsten der betroffenen Unternehmen zulassen, wenn "eine Unternehmung darlegen kann, dass sie ein wirksames Programm zur Verhinderung kartellrechtlicher Verstöße implementiert hat."¹³ Damit wird zumindest einer Forderung der Motion Schweizer Rechnung getragen. Der Bundesrat hat das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement (EVD) beauftragt, bis Anfang 2012 eine Botschaft zur Kartellrechtsreform auszuarbeiten. Man wird sehen, was hier weiter geschieht.

2) Börsendelikte

Während in Bezug auf das Kartellstrafrecht wie gesehen noch zahlreiche Punkte ungeklärt bzw. als problematisch zu erachten sind, ist die Änderung des Börsenstrafrechts bereits konkreter und weiter fortgeschritten. Das Börsenstrafrecht – welches derzeit vor allem im ch-StGB in den Art. 161 (Insiderhandel) und Art. 161^{bis} (Kursmanipulation) geregelt ist¹⁴ – soll zum Schutz der einzelnen Marktteilnehmer wie auch zur Förderung der Wettbewerbsfähigkeit des schweizerischen Finanzplatzes einer Revision unterzogen und ins Börsengesetz überführt werden. Der Bundesrat hat in diesem Zusammenhang am 31. August 2011 die Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die Börsen und den Effektenhandel (SR 954.1; Börsengesetz, BEHG) verabschiedet.¹⁵

Grund für die vorgesehene Revision des Börsenstrafrechts bildet dabei unter anderem der Umstand, dass dem Bundesrat die bisherigen Bestimmungen zur Bekämpfung von missbräuchlichen Verhaltensweisen teils unzureichend erscheinen.¹⁶ Er schließt dies daraus, dass es seit dem Inkrafttreten von Art. 161 ch-StGB vor über 20 Jahren erst einige wenige Verurteilungen gegeben hat. Die Bestimmung wird dementsprechend als "zahnloser Papiertiger" bezeichnet.¹⁷ Zudem waren Untersuchungen in den letzten Jahren in mehreren Fällen trotz dringenden Tatverdachts ins Stocken geraten.¹⁸

Als Reaktion hierauf werden im Rahmen der vorgesehenen Revision die bisher im Schweizerischen Strafgesetzbuch geregelten Tatbestände in das Börsengesetz überführt (vgl. Art. 40 E-BEHG sowie Art. 40a E-BEHG). Die Zuständigkeit zur strafrechtlichen Verfolgung und Beurteilung der erwähnten Tatbestände wird sodann von den kantonalen Behörden an die Bundesanwaltschaft und das Bundesstrafgericht übertragen, um Doppelspurigkeiten und Ineffizienzen zu vermeiden.¹⁹ Zudem werden die soeben erwähnten Straftatbestände neu aufsichtsrechtlich – wie nachstehend zu erläutern sein wird – für sämtliche Marktteilnehmer verboten. In Erfüllung der Empfehlung der Groupe d'action financière (GAFI), sowie um die Unterzeichnung des Übereinkommens des Europarates vom 16. Mai 2005²⁰ zu ermöglichen, wird schließlich die Ausgestaltung der qualifizierten Straftatbestände des Insiderhandels

¹³ Abrufbar unter <http://www.evd.admin.ch/aktuell/00120/index.html?lang=de&msg-id=42256> (zuletzt besucht am 21. Dezember 2011).

¹⁴ Zum derzeitigen Stand des Insiderhandels (Art. 161 ch-StGB) und der Kursmanipulation (Art. 161^{bis} ch-StGB) vgl. Basler Kommentar Strafrecht II, 2. Aufl. 2007 (Hrsg.: Niggli/Wiprächtiger) - Peter, Art. 161 N 1 ff. und BSK Strafrecht II - Amstutz/Reinert, Art. 161^{bis} N 1 ff., Leuenberger, Die materielle kapitalmarktstrafrechtliche Regulierung des Insiderhandels de lege lata und de lege ferenda in der Schweiz (2010), Basler Kommentar Börsengesetz (BEHG)/Finanzmarktaufsichtsgesetz (FINMAG), 2. Aufl. 2010 (Hrsg.: Watter/Vogt) - Trippel/Urbach, Art. 161 und Art. 161^{bis} StGB.

¹⁵ Vorabdruck zur Botschaft zur Änderung des Börsengesetzes vom 31. August 2011, S. 15, abrufbar unter: <http://www.efd.admin.ch/dokumentation/gesetzgebung/00570/02282/index.html?lang=de> (zuletzt besucht am 21. Dezember 2011).

¹⁶ Jurius, Börsengesetz: Bundesrat will härtere Strafen für Börsendelikte, Jusletter 5. September 2011, Rz. 10.

¹⁷ Daeniker/Lambert, Kann ein Manager überhaupt noch Aktien seiner Gesellschaft erwerben?, in: GesKR 2008, S. 359.

¹⁸ NZZonline vom 1. April 2011, abrufbar unter:

http://www.nzz.ch/finanzen/nachrichten/amerikanisierung_bei_der_verfolgung_von_boersendelikten_1.10104300.html (zuletzt besucht am 21. Dezember 2011). Dass im Börsenbereich strafrechtliche Verfahren häufig nicht einer Verurteilung führen, zeigte auch der Fall OC Oerlikon exemplarisch. Vgl. dazu Jurius, Freispruch für Vekselberg, Pecik und Stumpf im Fall OC Oerlikon, Jusletter 27. September 2010.

¹⁹ Vorabdruck zur Botschaft zur Änderung des Börsengesetzes vom 31. August 2011, S. 15, abrufbar unter: <http://www.efd.admin.ch/dokumentation/gesetzgebung/00570/02282/index.html?lang=de> (zuletzt besucht am 21. Dezember 2011).

²⁰ Übereinkommen des Europarates vom 16. Mai 2005 über Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung sowie Ermittlung, Beschlagnahme und Einziehung von Erträgen aus Straftaten.

und der Kursmanipulation als Verbrechen vorgeschlagen. Diese würden sodann als Vortaten zur Geldwäscherei gelten.²¹

Im Folgenden wird auf die wesentlichen und problematischen Aspekte des geltenden Rechts im Zusammenhang mit dem Tatbestand des Insiderhandels sowie der Kursmanipulation näher eingegangen, um sodann die im Rahmen der Revision vorgesehenen Änderungsvorschläge genauer darzulegen.

a) Insiderhandel

Der Tatbestand des Insiderhandels gemäß Art. ch-161 StGB fasst den Täterkreis im Vergleich zum europäischen Recht sehr eng, indem er ihn auf bestimmte erwähnte Personen – mithin solche mit einer Sondereigenschaft – beschränkt.²² Aus Sicht des Bundesrates vermag die enge Umschreibung des Täterkreises die Funktionsfähigkeit des Finanzmarktes sowie die Chancengleichheit der Anlegerinnen und Anleger nicht hinreichend zu schützen und steht zudem im Widerspruch mit dem Recht der meisten EU-Mitgliedstaaten. Denn dieses betrachtet alle Personen als Insider, die über Insiderinformationen verfügen. Vor diesem Hintergrund wird der Täterkreis im Rahmen der Revision des Börsengesetzes insofern ausgedehnt, als jede natürliche Person als Täter in Frage kommt, die über solche Insiderinformationen verfügt. Die neue, in das Börsengesetz überführte Bestimmung, soll die Schwere der Straftat davon abhängig machen, aus welchem Grund eine Person Kenntnis von einer Insiderinformation hat.

Zudem wird die Beschreibung des Tatobjektes als zu unpräzise und teilweise überholt qualifiziert. Als Tatobjekt kommen gemäß heutigem Recht vertrauliche "Tatsachen" in Frage, deren Bekanntwerden den Kurs erheblich beeinflussen. Der Begriff der "Tatsache" soll zur Präzisierung durch den Begriff "Information" ersetzt werden, womit die schweizerische Terminologie derjenigen der Europäischen Union angeglichen wird.²³

Schließlich erfolgt mit der Revision eine Präzisierung des Beschriebs der vorausgesetzten Tathandlung. Neu sollen auch Transaktionen mit nicht standardisierten OTC-Produkten erfasst werden, sofern diese von Effekten abhängen, die an einer Börse oder einer börsenähnlichen Einrichtung in der Schweiz zum Handel zugelassen sind. Dies gilt unabhängig davon, ob die betreffende Transaktion auf dem geregelten Markt oder außerhalb desselben getätigt wird.²⁴

b) Kursmanipulation

Wie bereits erwähnt soll auch der bisherige Tatbestand der Kursmanipulation gemäß Art. 161^{bis} ch-StGB in das Börsengesetz überführt werden. Er soll weitestgehend beibehalten werden. Allerdings wird dabei auf das Merkmal der Unrechtmäßigkeit des Vermögensvorteils verzichtet, was die Tatverfolgung in subjektiver Hinsicht erleichtern soll. Ferner wird in der revidierten Fassung verdeutlicht, dass nebst der Verbreitung von irreführenden Informationen auch die Verbreitung von falschen Informationen verboten ist. Wie auch beim Straftatbestand des Insiderhandels wird sodann neu auch bei der Kursmanipulation nicht mehr von börslich gehandelten Effekten gesprochen, sondern von Effekten, die an einer Börse oder einer börsenähnlichen Einrichtung in der Schweiz zum Handel zugelassen sind.²⁵

²¹ Erläuternder Bericht zur Änderung des Bundesgesetzes über die Börsen und den Effektenhandel (Börsendelikte und Marktmissbrauch), S. 5, abrufbar unter:

<http://www.efd.admin.ch/dokumentation/gesetzgebung/00571/01634/index.html?lang=de> (zuletzt besucht am 21. Dezember 2011); vgl. dazu auch *Nobel*, Schweizerisches Finanzmarktrecht und internationale Standards, 3. Aufl. 2010, S. 329.

²² Erläuternder Bericht zur Änderung des Bundesgesetzes über die Börsen und den Effektenhandel (Börsendelikte und Marktmissbrauch), S. 11, abrufbar unter:

<http://www.efd.admin.ch/dokumentation/gesetzgebung/00571/01634/index.html?lang=de> (zuletzt besucht am 21. Dezember 2011).

²³ Vorabdruck zur Botschaft zur Änderung des Börsengesetzes vom 31. August 2011, S. 13 ff. und S. 32 ff., abrufbar unter: <http://www.efd.admin.ch/dokumentation/gesetzgebung/00570/02282/index.html?lang=de> (zuletzt besucht am 21. Dezember 2011).

²⁴ Vorabdruck zur Botschaft zur Änderung des Börsengesetzes vom 31. August 2011, S. 14, abrufbar unter: <http://www.efd.admin.ch/dokumentation/gesetzgebung/00570/02282/index.html?lang=de> (zuletzt besucht am 21. Dezember 2011).

²⁵ Zur Frage, inwiefern auch andere Marktplätze als Wertpapierbörsen unter den Tatbestand des Art. 161^{bis} ch-StGB fallen können, vgl. *Zumach*, Rohwarenhandel und Marktmanipulation, Jusletter vom 28. November 2011.

In Übereinstimmung mit der Mehrheit der Mitgliedstaaten der EU, welche die Ahndung der Vornahme von echten Transaktionen mit manipulatorischem Charakter "lediglich" auf Stufe des Verwaltungsrechts ahnden, wird im Rahmen der vorliegenden Revision darauf verzichtet, den strafrechtlichen Tatbestand der Kursmanipulation auf echte Transaktionen mit manipulatorischem Charakter auszudehnen. Vielmehr wird der Schutz des Finanzmarktes und der Anlegerinnen und Anleger – wie den nachstehenden Erläuterungen entnommen werden kann – durch das vorgesehene aufsichtsrechtliche Verbot für sämtliche Marktteilnehmerinnen und -teilnehmer Rechnung getragen.²⁶

Schließlich wird ein qualifizierter Tatbestand in Art. 40a Abs. 2 E-BEHG eingeführt, welchen der Täter erfüllt, wenn er einen Vermögensvorteil von mehr als CHF 1'000'000 erzielt. Aus Gründen der Rechtssicherheit wird dieser Betrag nun ins Gesetz aufgenommen.²⁷

c) Strafrechtliche Sanktionen bei Verletzung der Angebotspflicht

Im Gegensatz zur Verletzung der Meldepflicht bezüglich qualifizierter Beteiligungen an einer Gesellschaft gemäß Art. 41 BEHG zieht die Verletzung der Angebotspflicht gemäß den heutigen Bestimmungen keine strafrechtlichen Sanktionen nach sich. Dies erweist sich nach Ansicht des Bundesrats nicht als sachgerecht, zumal die Verletzung der Angebotspflicht für Minderheitsaktionäre schwerwiegende Folgen haben kann, wenn ihnen nach erfolgter Kontrollübernahme keine Ausstiegsmöglichkeit offeriert wird. Zur Verbesserung der Durchsetzbarkeit der Angebotspflicht soll mit Art. 41a E-BEHG deswegen eine Strafbestimmung geschaffen werden, die eine Buße bis zu CHF 10'000'000 vorsieht, wenn vorsätzlich einer rechtskräftig festgestellten Pflicht zur Unterbreitung eines Angebots keine Folge geleistet wird.²⁸ Die Höhe der Buße orientiert sich an derjenigen bei Verletzung der Pflicht zur Offenlegung von Beteiligungen (vgl. dazu Art. 41 E-BEHG).²⁹

d) Aufsichtsrechtliches Verbot von Insiderhandel und Marktmanipulation

Zum Schutz des Finanzmarktes wie auch zur Lückenfüllung im Vergleich zum europäischen Recht, werden Insiderhandel und Marktmissbrauch im Rahmen des Aufsichtsrechts für sämtliche Marktteilnehmer verboten (vgl. dazu Art. 33e ff. E-BEHG). Das vorgesehene Verbot umfasst sodann – im Unterschied zum Straftatbestand der Kursmanipulation – nebst Scheingeschäften auch sämtliche echte Transaktionen mit manipulatorischem Charakter.

Das Aufsichtsrecht zielt in erster Linie auf den Gläubigerschutz sowie auf den Schutz der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte ab. Der strafrechtliche Vergeltungsgedanke spielt mithin nur eine untergeordnete Rolle, weshalb das aufsichtsrechtliche Verbot keinen Vermögensvorteil, keine Bereicherungsabsicht und auch kein subjektives Verschulden voraussetzt.³⁰

3) Deutsch-schweizerische Steuerabkommen

Die Schweiz hat mit Entscheidung des Bundesrates vom 13. März 2009 ihre Politik der internationalen Amtshilfe in Steuersachen an den international geltenden Standard von Artikel 26 des OECD-Musterabkommens angepasst.³¹ Dies stellt einen radikalen Kurswechsel dar, insbesondere in Hinblick auf das Bankgeheimnis, welches in Art. 47 des Bundesgesetzes vom 8. November 1934 über Banken und Sparkassen (kurz: BankG) verankert ist. Das dahingehend

²⁶ Vorabdruck zur Botschaft zur Änderung des Börsengesetzes vom 31. August 2011, S. 14, abrufbar unter: <http://www.efd.admin.ch/dokumentation/gesetzgebung/00570/02282/index.html?lang=de> (zuletzt besucht am 21. Dezember 2011).

²⁷ Vorabdruck zur Botschaft zur Änderung des Börsengesetzes vom 31. August 2011, S. 35, abrufbar unter: <http://www.efd.admin.ch/dokumentation/gesetzgebung/00570/02282/index.html?lang=de> (zuletzt besucht am 21. Dezember 2011).

²⁸ Vorabdruck zur Botschaft zur Änderung des Börsengesetzes vom 31. August 2011, S. 9 und 16, abrufbar unter: <http://www.efd.admin.ch/dokumentation/gesetzgebung/00570/02282/index.html?lang=de> (zuletzt besucht am 21. Dezember 2011).

²⁹ Erläuternder Bericht zur Änderung des Bundesgesetzes über die Börsen und den Effektenhandel (Börsendelikte und Marktmissbrauch), S. 19, abrufbar unter: <http://www.efd.admin.ch/dokumentation/gesetzgebung/00571/01634/index.html?lang=de> (zuletzt besucht am 21. Dezember 2011).

³⁰ Vorabdruck zur Botschaft zur Änderung des Börsengesetzes vom 31. August 2011, 16 und 35 f., abrufbar unter: <http://www.efd.admin.ch/dokumentation/gesetzgebung/00570/02282/index.html?lang=de> (zuletzt besucht am 21. Dezember 2011).

³¹ Vgl. dazu auch *Donatsch/Heimgartner/Simonek*, Internationale Rechtshilfe unter Einbezug der Amtshilfe im Steuerrecht, 2011, S. 144 ff.

revidierte Doppelbesteuerungsankommen mit Deutschland wurde am 27. Oktober 2010 unterzeichnet.³² Am 21. Dezember 2011 ist es in Kraft getreten.³³ Die Bestimmungen des Abkommens finden hinsichtlich des Informationsaustausches ab dem 1. Januar 2011 und für die restlichen Bestimmungen ab dem 1. Januar 2012 Anwendung.

In der Zwischenzeit, am 21. September 2011, haben die beiden Finanzminister der Schweiz und Deutschlands das "Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Bundesrepublik Deutschland über Zusammenarbeit in den Bereichen Steuern und Finanzmarkt"³⁴, das weitere Fragen klären soll, unterzeichnet.³⁵ Die zentralen Neuerungen dieses Abkommens sind zum einen die Möglichkeit einer Nachversteuerung von Vermögenswerten bei einer schweizerischen Zahlstelle von in Deutschland ansässigen Personen, zum anderen die Möglichkeit zur zukünftigen Besteuerung der vorgenannten Personen auf Erträge und Gewinne aus Vermögenswerten bei schweizerischen Zahlstellen ("Abgeltungssteuer"). Für die Aufnahme von neuen Kundenbeziehungen mit Schweizer Banken gelten spezielle Regeln. Sowohl die deutschen Kunden als auch deren Schweizer Banken werden in Zukunft gegenüber den deutschen Behörden auskunftspflichtig sein.

Daneben hat das Abkommen aber auch strafprozessual relevante Konsequenzen.³⁶

Gemäß Art. 7 des Abkommens können deutsche Vermögenswerte in der Schweiz durch Einmalzahlung versteuert werden. Die Schweizer Banken erheben auf Anweisung der betroffenen Person fünf Monate nach Inkrafttreten des Ankommens eine solche Einmalzahlung auf den verbuchten Vermögenswerten und leiten den zuständigen Behörden in der Schweiz den entsprechenden Betrag weiter. Diese transferieren dann die Gelder nach Deutschland. Der betroffene Bankkunde erhält von der Schweizer Bank eine Bescheinigung, dass dieser Vorgang stattgefunden hat; gegenüber den deutschen Behörden bleibt er anonym. Der abzuliefernde Betrag errechnet sich nach einer Formel, welche in Anhang I des Abkommens aufgeführt ist. Der Steuersatz dieser Abgeltungssteuer beträgt maximal 34%. Mit dieser Bezahlung der Abgeltungssteuer können Personen mit Wohnsitz in Deutschland, die unversteuertes Geld auf einem schweizerischen Bankkonto haben, neben einer Steuerpflicht auch einer Strafbarkeit entgehen. Art. 8 des Abkommens hält dazu folgendes fest: "Soweit Steueransprüche durch Einmalzahlung nach Artikel 7 erloschen sind, findet keine Verfolgung von Steuerstraftaten nach Paragraph 369 AO oder Steuerordnungswidrigkeiten nach Paragraph 377 AO statt."

Der deutsche "Steuersünder" hat noch eine zweite Möglichkeit, einer künftigen Strafverfolgung durch die deutschen Behörden zu entgehen. Gem. Art. 9 des Ankommens kann er seine Schweizer Bank ermächtigen, Meldung an die zuständige deutsche (Steuer-)Behörde zu erstatten. Die Bank übermittelt dann alle relevanten Daten an die zuständigen deutschen Behörden. Dazu gehören die Angaben über die Vermögenswerte aber auch die Identität des Kontoinhabers.

Die Eidgenössische Steuerverwaltung (ESTV) erklärt diese Lösungen folgendermaßen: "Für die Vergangenheit wurde eine pauschale Lösung gefunden, die deutschen Anlegern mit Kapitalerträgen in der Schweiz einen Weg aus der Steuerflucht eröffnet, der mit gerechter Steuerlast verbunden ist und der in der Gesamtbetrachtung zu einer fairen, materiell vergleichbaren Belastung mit Anlegern führt, die schon bisher steuerehrlich waren. Wer bislang das Erlöschen der Steuer- und Strafansprüche oft durch Verjährung ohne etwas zu bezahlen abwarten konnte, muss nun seinen steuerlichen Pflichten nachkommen."³⁷

Neben den beiden im Abkommen erwähnten Legalisierungsmöglichkeiten soll der deutsche Bankkunde mit schweizerischem Bankkonto auch weiter Selbstanzeige bei der zustän-

³² Botschaft in BBl 2011 485, abrufbar unter: <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2011/485.pdf> (zuletzt besucht am 21. Dezember 2011).

³³ Medienmitteilung abrufbar unter: <http://www.efd.admin.ch/00468/index.html?lang=de&msg-id=42813> (zuletzt besucht am 21. Dezember 2011).

³⁴ Abrufbar unter: <http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/24360.pdf> (zuletzt besucht am 21. Dezember 2011).

³⁵ Siehe dazu *Kubaile/Nelsen*, Das Steuerabkommen zwischen der Schweiz und Deutschland, in: ST 12/2011, abrufbar unter:

http://www.treuhaender.ch/de/ProductDetail.aspx?prdtName=Das_Steuerabkommen_zwischen_der_Schweiz_und_Deutschland&from=rubrik (zuletzt besucht am 21. Dezember 2011).

³⁶ Zu alledem auch *Thebrath*, Steuerabkommen zwischen Deutschland und der Schweiz, in: Jusletter vom 31. Oktober 2011.

³⁷ Abrufbar unter: <http://www.estv.admin.ch/intsteuerrecht/themen/00170/index.html?lang=de> (zuletzt besucht am 21. Dezember 2011).

digen Steuerbehörde in Deutschland erstatten können. Dabei ist aber zu beachten, dass die im Abkommen vorgesehenen Möglichkeiten zwar vor einer Bestrafung, nicht aber – und anders als ein Selbstanzeigeverfahren – vor strafrechtlichen Ermittlungen wegen des bereits legalisierten schweizerischen Depots schützen. Denn sie erfolgen anonym, so dass nicht im Vorhinein feststeht, dass der vermeintliche Täter sein schweizerisches Bankdepot bereits legalisiert hat.

Ein automatischer Informationsaustausch in Sachen Bankkundendaten ist im Abkommen nicht vorgesehen. Gleichwohl besteht zwischen beiden Seiten Einverständnis darüber, "dass das vereinbarte System in seiner Wirkung dem automatischen Informationsaustausch im Bereich der Kapitaleinkünfte dauerhaft gleichkommt".³⁸ Ebenso wenig findet man im Abkommen eine Bestimmung zu den sog. "fishing expeditions", eine Form der Amtshilfe, die ohne konkrete Anhaltspunkte stattfindet. Diese wird mit Sicherheit auch in Zukunft nicht möglich sein – denn eine verdachtsunabhängige Beweisausforschung ist sowohl nach der schweizerischen Amtshilfepraxis als auch nach geltendem Strafprozessrecht nicht zulässig.³⁹

Zuletzt sei in Hinblick auf die in Deutschland und der Schweiz intensiv diskutierte Problematik des "Datenklau mittels Steuer-CDs"⁴⁰ auf folgenden Passus am Schluss des Abkommens hingewiesen: "Die Regierung der Bundesrepublik Deutschland erklärt anlässlich der Unterzeichnung des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Bundesrepublik Deutschland über Zusammenarbeit in den Bereichen Steuern und Finanzmarkt, dass sich die deutschen Finanzbehörden nicht aktiv um den Erwerb von bei Banken in der Schweiz entwendeten Kundendaten bemühen werden." Auch wenn damit dem "Datenklau" für die Zukunft ein Riegel vorgeschoben zu sein scheint, schließt *Thebrath* aus dieser Formulierung, dass sich Deutschland hiermit eine Türe offen halten wollte; werden nämlich Steuer-CDs angeboten, so können diese weiterhin angekauft werden, da dies keine "aktive" Bemühung darstelle.⁴¹ Gleichwohl ist zu bedenken, dass solche Datenträger nach Inkrafttreten des Steuerabkommens keine derart hohen Preise mehr erzielen werden und die strafrechtlichen Konsequenzen⁴² potentielle "Datendiebe" wahrscheinlich abschrecken.

Das Abkommen bedarf der Genehmigung durch die Parlamente beider Staaten und soll Anfang 2013 in Kraft treten. Die größten Hürden auf deutscher Seite sind einerseits die Konformität mit dem EU-Recht und andererseits der innenpolitische Widerstand. In der Schweiz ist das Abkommen zwar nicht ganz unumstritten, es hat aber gute Chance ohne Nachbesserungen vor dem Parlament und allenfalls auch vor dem Volk zu bestehen.

4) Parlamentarische Vorstöße zur Verschärfung des Wirtschaftsstrafrechts

In Hinblick auf das Wirtschaftsstrafrecht gibt es immer wieder parlamentarische Vorstöße, welche von einschneidender Bedeutung sein können. Aktuell betrifft dies einerseits die Verjährungsfristen andererseits den Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung (Art. 158 ch-StGB⁴³), der in Deutschland der Untreue – § 266 d-StGB – entspricht.

a) Verlängerung des Verjährungsfristen

Gemäß den Motionen von Nationalrat *Jositsch*⁴⁴ – ordentlicher Professor für Straf- und Strafprozessrecht an der Universität Zürich – und von Ständerat *Janiak*⁴⁵ soll bei "schwerwiegenden Vergehen" die derzeit bestehende Verjährungsfrist⁴⁶ von sieben auf zehn Jahre verlän-

³⁸ Abrufbar unter: <http://www.estv.admin.ch/intsteuerrecht/themen/00170/index.html?lang=de> (zuletzt besucht am 21. Dezember 2011).

³⁹ *Donatsch/Heimgartner/Simonek*, Internationale Rechtshilfe unter Einbezug der Amtshilfe im Steuerrecht, 2011, S. 151; *Basler Kommentar zum Schweizerischen Strafprozessordnung*, 2011, (Hrsg.: Niggli/Herr/Wiprächtiger) - *Gless*, Art. 141 N 81 m.w.Hinw.

⁴⁰ Vgl. dazu auch das Urteil des Bundesstrafgerichts SK.2011.21 vom 15. Dezember 2011 unten unter C.3. und *Wyss*, Illegal beschaffte Daten - eine Grundlage für Internationale Amts- und Strafrechtshilfe in Fiskalsachen?, *AJP* 2011, S. 731-738.

⁴¹ *Thebrath*, Steuerabkommen zwischen Deutschland und der Schweiz, in: *Jusletter* vom 31. Oktober 2011, Rz. 42 ff.

⁴² Vgl. dazu auch unten unter III. 3.

⁴³ Dazu *Basler Kommentar Strafrecht II* 2. Aufl. 2007 (Hrsg.: Niggli/Wiprächtiger) - *Niggli*, Art.158 N 1 ff.

⁴⁴ Abrufbar unter: http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20083806 (zuletzt besucht am 21. Dezember 2011).

⁴⁵ Abrufbar unter: http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20083930 (zuletzt besucht am 21. Dezember 2011).

⁴⁶ Zu den heute geltenden Verjährungsfristen, welche in Art. 97 ch-StGB geregelt sind vgl. *Basler Kommentar Strafrecht I* 2. Aufl. 2007 (Hrsg.: Niggli/Wiprächtiger) - *Müller*, Vor Art. 97 N 1 ff.

gert werden. Dies deswegen, weil die geltenden Verjährungsfristen für große Fälle von Wirtschaftsdelikten, zu welchen etwa die ungetreue Geschäftsbesorgung (Art. 158 ch-StGB) und die Geldwäscherei (Art. 305^{bis} ch-StGB) gezählt werden, zu kurz bemessen seien, so dass die Strafverfolgungsbehörden immer wieder auf eine Strafverfolgung verzichten oder unter extremer Zeitnot arbeiten müssten. So hätten sich die Verjährungsfristen insbesondere in den Fällen «Oil for Food»⁴⁷ und «Swissair»⁴⁸ als problematisch erwiesen. Im Fall «Oil for Food» konnte wegen bereits eingetretener Verjährung gegen verschiedene Unternehmen überhaupt erst gar kein Strafverfahren durchgeführt werden. Und im Fall Swissair musste innerhalb von sieben Jahren ein rechtskräftiges Urteil ergehen, weil sonst die Hälfte der angezeigten Delikte verjährt gewesen wäre.

Der Bundesrat hat am 12. Oktober 2011 eine entsprechende Gesetzesrevision in die Vernehmlassung geschickt.⁴⁹ Da es für den Begriffs des "Wirtschaftsdelikts" keine einheitliche Definition gebe und um die Einheitlichkeit des Verjährungsrechts zu gewährleisten, schlägt der Bundesrat vor, die Verjährungsfristen für ausgewählte Vergehenstatbestände zu verlängern: die Verjährungsfrist für schwerwiegende Vergehen, die mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bedroht sind, soll von sieben auf zehn Jahre verlängert werden. Für leichte und mittelschwere Vergehen wie Verletzungen des Urheber- oder Markenrechts soll hingegen die Verjährungsfrist bei sieben Jahren belassen werden. Diese Abstufung trägt der unterschiedlichen Schwere der Vergehen angemessenen Rechnung. Die Verlängerung der Verjährungsfrist fußt auf dem Gedanken, dass Wirtschaftsdelikte meist nicht unmittelbar nach deren Begehung bekannt werden und daher oft nur Jahre später – z.B. nach dem Zusammenbruch eines betrügerischen Unternehmenskonstrukts – angezeigt werden können. Zudem sind Wirtschaftsstrafverfahren in der Regel zeitintensiv. Andererseits nimmt bei längeren Verjährungsfristen das Risiko zu, dass die Beweiserhebung zunehmend schwieriger wird und mangels Beweisen die Strafverfolgungsbehörden das Verfahren einstellen bzw. die Gerichte Freisprüche fällen müssen.

Die für Verbrechen geltende Verjährungsfrist von 15 Jahren will der Bundesrat dagegen nicht verlängern. Es seien keine Fälle von Wirtschaftskriminalität bekannt, wo sich diese Frist als zu knapp oder als unzureichend erwiesen hätte.

b) Herabsetzung der subjektiven Anforderungen an Art. 158 ch-StGB

Der vorerwähnte Nationalrat *Jositsch* reichte am 17. Dezember 2008 eine sog. parlamentarische Initiative ein, in welcher er forderte, dass der Straftatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung, Art. 158 ch-StGB, in der Weise abgeändert werden solle, dass er auch bei lediglich grob fahrlässiger Begehung erfüllt sein könne.⁵⁰ An der derzeit geltenden Gesetzesfassung bemängelt er, dass Fälle von gravierendem wirtschaftlichen Versagen – als Beispiele werden das sog. "Grounding" der Swissair und die Krise der schweizerischen Bank UBS einschliesslich der exzessiven Bonuszahlungen vorgebracht – auf strafrechtlicher Ebene nicht erfasst werden könnten.⁵¹ Den Grund für diese „Strafbarkeitslücken“ sieht *Jositsch* insbesondere im Tatbestand des Art. 158 ch-StGB (Treuebruchstatbestand), welcher in derartigen Fällen (mangels anderer Normen) eigentlich eingreifen sollte, was aufgrund der hohen Anforderungen, die an dessen subjektive Seite gestellt würden (nämlich Vorsatz sowie die Absicht unrechtmäßiger Bereicherung durch den vermögensbetreuungspflichtigen Täter), aber nicht gelänge.⁵²

Die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates beschloss indes, dieser Initiative keine Folge zu leisten und am Vorsatzerfordernis festzuhalten.⁵³ Diese Entscheidung steht in Ein-

⁴⁷ In diesem Fall wurden von Firmen mit Sitz in der Schweiz im Zusammenhang mit Ölkäufen illegale Zahlungen geleistet und humanitäre Güter an den Irak zu mutmasslich überhöhten Preisen geliefert.

⁴⁸ Im Nachgang zum Konkurs der Swissair waren verschiedene Exponenten angeklagt worden.

⁴⁹ Vgl. die Medienmitteilung, abrufbar unter:

http://www.esbk.admin.ch/content/bj/de/home/dokumentation/medieninformationen/2011/ref_2011-10-120.html (zuletzt besucht am 21. Dezember 2011).

⁵⁰ Abrufbar unter: http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20080508 (zuletzt besucht am 21. Dezember 2011).

⁵¹ So auch in *Jositsch/Schmid*, Neue Tendenzen bei der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Organe, AJP 2010, S. 435.

⁵² *Jositsch/Schmid*, Neue Tendenzen bei der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Organe, AJP 2010, S. 438.

⁵³ So auch der Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 05.05.2009 betreffend die Parlamentarische Initiative vom 17.12.2008 (Geschäft 08.508), abrufbar unter: <http://www.parlament.ch/d/sessionen/sessionsvorschau/Documents/vorschau-hs-2009-nr.pdf>, S.100 (zuletzt besucht am 21. Dezember 2011).

klang mit der wohl herrschenden Meinung in der schweizerischen Strafrechtswissenschaft, nach welcher eine Herabsetzung der subjektiven Voraussetzungen des ohnehin schon zu unbestimmten und durch vorhergehende Gesetzesänderungen in materiell-rechtlicher Hinsicht stark ausgeweiteten Art. 158 ch-StGB⁵⁴ die Problematik auf die subjektive Ebene ausweitet. Ausreichend seien vielmehr Sanktionen auf zivilrechtlicher Ebene.⁵⁵

III. Neues aus der wirtschaftsstrafrechtlichen Rechtsprechung

1) Geldwäscherei durch Unterlassung

Die Bekämpfung der Geldwäscherei⁵⁶ hat in der Schweiz eine lange Tradition. Es überrascht deswegen umso mehr, dass das schweizerische Bundesgericht in seinem Urteil vom 3. November 2010⁵⁷ erstmals die Frage zu prüfen hatte, ob Geldwäscherei (Art. 305^{bis} ch-StGB) auch durch Unterlassen (Art. 11 ch-StGB) begangen werden kann. Das Gericht hat diese Frage bejaht, nachdem sich die Lehre zuvor uneins gewesen war.⁵⁸

a) Sachverhalt

Drei Steuerbeamte des brasilianischen Bundesstaates Rio de Janeiro überwiesen Bestechungsgelder, welche sie von Unternehmen im Rahmen von Steuerprüfungsverfahren erhalten hatten, von Konten ihrer brasilianischen Bank auf Konten, welche sie bei einer schweizerischen Bank in Zürich führten. Der Beschwerdeführer (vor dem Bundesgericht) war zu diesem Zeitpunkt Mitglied des Ausschusses der Direktion der Niederlassung dieser Bank in Zürich. Er wurde im Mai 2000 auf Unregelmäßigkeiten im Zusammenhang mit den Konten der Steuerbeamten hingewiesen. Drei Monate später beauftragte der Compliance-Ausschuss der Bank den Beschwerdeführer damit, die Verdachtsgründe vor Ort zu überprüfen und dem Ausschuss über die dabei getroffenen Erkenntnisse zu berichten. Die verfügbaren Informationen ließen bereits zu diesem Zeitpunkt eine mögliche deliktische Herkunft der Vermögenswerte vermuten. In den folgenden Sitzungen des Direktionsausschusses wurde das Thema nicht behandelt, im März 2001 wurde lediglich festgestellt, dass noch keine zusätzlichen Informationen über den einen Steuerbeamten eingegangen waren. Deshalb sollte der Fall der Generaldirektion zum Entscheid unterbreitet werden, ob eine Verdachtsmeldung an die Meldestelle für Geldwäscherei zu erstatten sei, was jedoch nie geschah. Der Fall flog erst auf, als die Bank im Juni 2002 von einer anderen Bank übernommen wurde.

b) Urteil

Das Bundesstrafgericht verurteilte den Bankdirektor am 18. Mai 2009 wegen Geldwäscherei zu einer bedingten Freiheitsstrafe und einer unbedingten Geldstrafe.

Das Bundesgericht bestätigte dieses Urteil am 3. November 2010. In seinen Erwägungen hielt es fest, dass der Beschwerdeführer seine Aufgaben nicht erfüllt habe, zu denen er rechtlich eigentlich verpflichtet gewesen wäre. Aufgrund der bekannten Tatsachen hätte der Bankdirektor annehmen müssen, dass die Gelder womöglich deliktischer Herkunft waren. Dabei sah das Bundesgericht die zur Begründung der Garantenstellung relevante Handlungspflicht in erster Linie in den Sorgfalts- und Meldepflichten des Geldwäschereigesetzes (GwG) und der Geldwäschereirichtlinien der früheren Eidgenössischen Bankenkommission (EBK), der heutigen FINMA, verankert. Wer einen begründeten Verdacht habe, sei verpflichtet, die Meldestelle für Geldwäscherei zu informieren. Die Finanzintermediäre seien seit dem Inkrafttreten des GwG also in einer besonderen rechtlichen Lage, die sie unter Umständen zur Zusammenarbeit mit den Behörden verpflichtete.

⁵⁴ Basler Kommentar Strafrecht II 2. Aufl. 2007 (Hrsg.: Niggli/Wiprächtiger) - Niggli, Art.158 N 6, 9; Donatsch, Aspekte der ungetreuen Geschäftsbesorgung nach Art. 158 StGB, ZStrR 114 (1996), S. 203.

⁵⁵ Vgl. dazu Roberto/Petrin in: Verantwortlichkeit im Unternehmen, 2007 (Hrsg.: Niggli/Amstutz), S. 70 ff.

⁵⁶ Zur Geldwäscherei ausführlich und mit zahlreichen Hinweisen Basler Kommentar Strafrecht II 2. Aufl. 2007 (Hrsg.: Niggli/Wiprächtiger) - Pieth, Art. 305^{bis} N 1 ff. und Basler Kommentar Börsengesetz/Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2. Aufl. 2010 (Hrsg.: Watter/Vogt) - Schwab/Stupp, Art. 305^{bis} StGB.

⁵⁷ BGE 136 IV 188. Das auf französisch abgefasste Urteil ist in der Zeitschrift "Die Praxis", 2011, S. 558 ff. auf deutsch übersetzt.

⁵⁸ So ist etwa Pieth der Meinung, dass Art. 9 Geldwäschereigesetz (GwG) keine rechtliche Handlungspflicht des Finanzintermediärs begründe (Basler Kommentar Strafrecht II 2. Aufl. 2007 (Hrsg.: Niggli/Wiprächtiger) - Pieth, Art. 305^{bis} N 45).

c) Bemerkung

Die mangels bundesgerichtlicher Rechtsprechung bestehende Rechtsunsicherheit darüber, ob der Tatbestand der Geldwäscherei durch Unterlassen erfüllt werden kann, gehört von nun an der Vergangenheit an.

2) Veruntreuung des Stiftungsvermögens durch Stiftungsorgane**a) Sachverhalt**

Der Beschwerdeführer vor dem Bundesgericht, also der von der Vorinstanz Verurteilte, war jahrelang Stiftungsratspräsident und zumindest faktisch alleiniger Geschäftsführer einer zum Zwecke der beruflichen Altersvorsorge errichteten und gemäß Gesetz registrierten Personalvorsorgestiftung. In dieser Funktion hatte er das Stiftungsvermögen entsprechend den Grundsätzen des entsprechenden Gesetzes und den Stiftungsreglementen zu verwalten und möglichst sicher anzulegen. Unter Verletzung der gesetzlichen Vorschriften und der Stiftungsreglemente hat der Beschwerdeführer aus dem Stiftungsvermögen verschiedenen, bonitätsmäßig nicht einwandfreien Schuldnern unzureichend gesicherte Darlehen gewährt, wodurch der Stiftung ein Schaden in Höhe von (mindestens) CHF 13 Mio. zugefügt wurde. Sie musste schließlich liquidiert werden.

b) Urteil

In materiell-rechtlicher Hinsicht hatte sich das Bundesgericht in seiner Entscheidung vom 1. September 2010 (6B_415/2010) aufgrund der vom Beschwerdeführer eingebrachten Beschwerde insbesondere mit der Frage zu beschäftigen, ob dieser sich durch die vorschriftswidrige Darlehensvergabe der ersten Instanz folgend "lediglich" wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung im Sinne von Art. 158 Ziff. 1 ch-StGB oder der zweiten Instanz folgend sogar wegen Veruntreuung nach Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 ch-StGB⁵⁹ strafbar gemacht hat.

Gemäß Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 ch-StGB macht sich wegen Veruntreuung strafbar, wer ihm anvertraute Vermögenswerte unrechtmäßig in seinem oder eines anderen Nutzen verwendet. Die relevante Rechtsfrage im vorliegenden Fall war, ob dem Beschwerdeführer als Präsidenten des Stiftungsrates und alleinigem Geschäftsführer der Stiftung das Stiftungsvermögen i.S.d. Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB anvertraut worden war. Vermögenswerte gelten nach der Rechtsprechung⁶⁰ als anvertraut, wenn der Treuhänder ohne Mitwirkung des Treugebers über diese verfügen kann, wobei er hierbei allerdings verpflichtet ist, sie in bestimmter Weise im Interesse des Treugebers zu verwenden, insbesondere sie zu verwahren, zu verwalten oder einem anderen abzuliefern. Der Beschwerdeführer stellte sich auf den Standpunkt, dass er als Organ der Stiftung gehandelt habe und deshalb die Vermögenswerte nicht als anvertraut gelten können. Das Bundesgericht folgte dieser Auffassung mit einem Hinweis auf die spezielle Natur einer Personalvorsorgestiftung nicht. Das höchste Schweizer Gericht bestätigte deshalb die Verurteilung wegen Veruntreuung (sowie anderen Vermögensdelikten wie Betrug) durch die Vorinstanz.

c) Bemerkung

Mit dieser Entscheidung bestätigt das Bundesgericht seine bereits im Jahr 2007 vertretene Auffassung (BGE 6P.183/2006 E. 16.2.), nach welcher Stiftungsorganen das Stiftungsvermögen grundsätzlich anvertraut ist und daher Gegenstand einer Veruntreuung i.S.d. Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 ch-StGB sein kann.⁶¹ Im Gegensatz dazu können Organe privatrechtlicher Körperschaften das Vermögen der hinter ihnen stehenden juristischen Person nicht veruntreuen, sich aber einer ungetreuen Geschäftsbesorgung strafbar machen. Begründet wird dies unter anderem damit, dass etwa bei Handelsgesellschaften eine auf Gewinn abzielende wirt-

⁵⁹ Zu Art. 138 ch-StGB, der im weitesten Sinne der in § 246 Abs. 2 d-StGB geregelten veruntreuenden Unterschlagung entspricht, vgl. Basler Kommentar Strafrecht II 2. Aufl. 2007 (Hrsg.: Niggli/Wiprächtiger) - Niggli/Riedo, Art. 138 N 1 ff.

⁶⁰ Entscheidung des Bundesgerichts 6P.183/2006 E. 15.4.1.; BGE 120 IV 117 E 2. b.; BGE 133 IV 21 E. 6.2.

⁶¹ Vgl. dazu auch die Anm. von Konopatsch, Digitaler Rechtsprechungs-Kommentar, Push-Service Entscheide, publiziert am 6. Dezember 2010.

schaftliche Tätigkeit im Vordergrund stehe und nicht bloß – wie beim Treuhänder – die technische Verwaltung bzw. Werterhaltung der anvertrauten Vermögenswerte.⁶²

3) Verurteilung eines Bankmitarbeiters wegen Lieferung von Bankkundendaten an Deutschland

a) Sachverhalt

In der Affäre um die Lieferung von Bankkundendaten auf sog. Steuer-CDs an Deutschland hat das schweizerische Bundesstrafgericht am 15. Dezember 2011 einen ehemaligen Mitarbeiter der Credit Suisse zu einer bedingten Freiheitsstrafe von zwei Jahren verurteilt.⁶³ Nach den Feststellungen der schweizerischen Bundesanwaltschaft lag dem folgender Sachverhalt zugrunde: der nun verurteilte Bankmitarbeiter erstellte ab dem Jahre 2007 aus „Zeitvertreib, Leidenschaft sowie historischem Interesse an der Nazizeit“ handschriftliche Notizen von 1'500 bis 25'000 Bankkunden aus Deutschland mit einem Depotwert von CHF 1,8 bis 2 Mrd. Diese bewahrte er in einer Aktentasche auf, welche ihm bei einem Besuch eines Fitnessstudios verloren ging. Diese Tasche geriet in die Hände eines anderen Besuchers des Studios, einem in der Schweiz wohnhaften Österreicher, der später mit den deutschen Steuerbehörden verhandelte und den Verkauf der Daten durchführte. Bevor es hierzu kam, nahm der Österreicher, der sich der Bedeutung seines Fundes gleich bewusst war, mit dem Bankangestellten Kontakt auf und bot ihm an, ihn für weitere Lieferungen deutscher Bankkunden zu bezahlen, worauf dieser einwilligte. Von den deutschen Behörden erhielt der Österreicher schließlich EUR 2.5 Mio; rund EUR 320'000 hiervon flossen an den Bankangestellten. Aufgrund von Pressemitteilungen eröffnete die Bundesanwaltschaft ein Verfahren gegen Unbekannt und nahm im September 2010 den österreichischen Haupttäter fest. Dieser beging zwei Wochen später in der Untersuchungshaft Suizid. Am 15. September 2010 wurde der nun verurteilte Bankangestellte festgenommen und verbrachte anschließend 155 Tage in Untersuchungshaft.

b) Urteil

Bei diesem ersten Urteil gegen einen „Datendieb“ entschied das Bundesstrafgericht in einem sog. abgekürzten Verfahren⁶⁴ über die Anklage der schweizerischen Bundesanwaltschaft und verurteilte den ehemaligen Credit Suisse-Mitarbeiter wegen qualifiziertem wirtschaftlichen Nachrichtendienst (Art. 273 ch-StGB⁶⁵; diese Norm schützt den Staat, indem Spitzeltätigkeiten zwecks Erhaltung der nationalen Wirtschaft abgewehrt werden sollen), Geldwäscherei (Art. 305^{bis} ch-StGB), der Verletzung eines Geschäftsgeheimnisses (Art. 162 ch-StGB⁶⁶) und der Verletzung des Bankgeheimnisses (Art. 47 BankG). Das ausgefallte Strafmaß von zwei Jahren bedingt war dabei nach der Urteilsbegründung „knapp am unteren Ende von dem, was das Gericht noch als angemessen ansieht.“ Das Gericht sah es aber als noch vertretbar an, da der Bankmitarbeiter nicht der Drahtzieher der Affäre gewesen sei.

c) Bemerkung

Die vom Bundesstrafgericht festgestellte Strafbarkeit des schweizerischen Bankmitarbeiters findet weitestgehend Zustimmung in der schweizerischen Lehre. Anders stellt sich dies in Bezug auf die Strafbarkeit des deutschen Datenempfängers nach schweizerischem Recht dar, über welchen das Bundesstrafgericht aber nicht urteilte. Hier geht *Eicker* davon aus, dass, da der Datenankauf in Deutschland stattgefunden habe, aufgrund des Territorialitäts-

⁶² *Rehberg/Schmid/Donatsch*, Strafrecht III - Delikte gegen den Einzelnen (2003) § 7, 116, § 29, 257 f.; *Donatsch*, Strafrecht III - Delikte gegen den Einzelnen (2008) § 7 N 127, § 30 N 281; *ders.*, Aspekte der ungetreuen Geschäftsbesorgung gemäß Art. 158 Ziff. 1 StGB in der Aktiengesellschaft unter besonderer Berücksichtigung der Delegation von Kompetenzen durch den Verwaltungsrat, ZStR 98 (2002), S. 25; *ders.*, Aspekte der ungetreuen Geschäftsbesorgung nach Art. 158 StGB, ZStR 92 (1996), S. 219; *Urbach*, Die ungetreue Geschäftsbesorgung gemäß Art. 158 StGB (2002) 160f.; *Lanzer/Ryser*, Strafrechtliche Aspekte der Financial Assistance, GesKR 2008, S. 41.

⁶³ Geschäftsnummer: SK.2011.21. Vgl. dazu auch Neue Zürcher Zeitung (NZZ) vom 13. Dezember 2011, S. 13, und vom 16. Dezember 2011, S. 12.

⁶⁴ Das abgekürzte Verfahren (Art. 358 ff. ch-StPO) entspricht in seinen Grundzügen der in § 257 c d-StPO geregelten Verständigung in Strafsachen; vgl. dazu auch *Schmid*, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 2010, N 1374 ff. m.w.Hinw.

⁶⁵ Zu Art. 273 ch-StGB vgl. Basler Kommentar Strafrecht II 2. Aufl. 2007 (Hrsg.: Niggli/Wiprächtiger) - *Hopf*, Art. 273 N 1 ff. und *Stratenwerth/Bommer*, Schweizerisches Strafrecht Besonderer Teil II, 6. Aufl. 2008, § 44 N 22 ff.

⁶⁶ Zu Art. 162 ch-StGB vgl. Basler Kommentar Strafrecht II 2. Aufl. 2007 (Hrsg.: Niggli/Wiprächtiger) - *Amstutz/Reinert*, Art.162 N 1 ff.

und Ubiquitätsprinzips deutsches Strafrecht anwendbar sei (§§ 3 und 9 Abs. 1 d-StGB).⁶⁷ Die Ankäufer hätten sich deswegen nicht nach schweizerischem Strafrecht strafbar gemacht. *Delnon* und *Niggli* halten die Schlussfolgerungen *Eickers* zur Strafbarkeit des Datenkäufers für unzutreffend.⁶⁸ Art. 273 ch-StGB sei ein Staatsschutzdelikt und gem. Art. 4 ch-StGB zu verfolgen, unabhängig davon, ob die Tat in der Schweiz oder im Ausland begangen worden sei. Dass hier dennoch eine Lösung nach politischer Opportunität und nicht nach dem Recht gesucht werde, bezeichnen die *Autoren* deswegen gar als "skandalös". Erwartungsgemäß widerspricht *Eicker* den Ausführungen der vorgenannten *Autoren* in seiner Replik.⁶⁹ Eine Strafbarkeit des Datenkäufers gem. Art. 273 Ziff. 1 Abs. 3 ch-StGB lehnt er beispielsweise mit dem Hinweis auf ungenügende Bestimmtheit dieser Vorschrift ab. Auch eine Anstiftung zu den Staatsschutzdelikten sieht er nicht, da die Person des Angestifteten in den Äußerungen deutscher Politiker und Behördenvertreter nicht ausreichend bestimmt sei. Beihilfe komme ebenfalls nicht in Frage, da die psychische Einwirkung auf den Täter nicht stark genug sei.

4) Herausgabe von Kundendaten einer Bank

Neben dem Datenverlust durch den Ankauf von sog. „Steuer-CDs“ durch deutsche Strafverfolgungsbehörden⁷⁰, beschäftige die Schweiz auch die Frage nach der staatlich veranlassten Herausgabe von Bankkundendaten.⁷¹ Diese „unendliche Geschichte“ beschäftigte mehrere Behörden und Gerichte, so dass die nachfolgenden Ausführungen als Verfahrensdokumentation zu verstehen sind.

Am 19. Februar 2009 wies die schweizerische Finanzmarktaufsicht FINMA die UBS AG per Verfügung an, Daten von Bankkunden mutmaßlicher Steuerhinterzieher an die US-amerikanischen Behörden – genauer: dem Departement of Justice und allfälligen anderen, mit der Verfolgung von Steuerdelikten befassten Behörden – herauszugeben. Die UBS stand zum damaligen Zeitpunkt unter enormen Druck durch die amerikanischen Behörden, die der Großbank mit einer Strafklage drohten. Eine Klage in den USA hätte die UBS, die bereits in der Finanzkrise in Bedrängnis geraten war und vom Staat gerettet werden musste, in noch größere Schwierigkeiten gebracht. Für den Schweizer Finanzplatz und allenfalls sogar für die gesamte Volkswirtschaft der Schweiz hätte ein Kollaps der UBS verheerende Konsequenzen gehabt.

Von sich aus konnte die Bank die Daten jedoch nicht herausgeben, da sie sonst das Bankgeheimnis (Art. 47 BankG) verletzt hätte. Deshalb ordnete die FINMA die Herausgabe an. Mit Urteil vom 5. Januar 2010 stellte das Bundesverwaltungsgericht dann allerdings die Rechtswidrigkeit der FINMA-Verfügung fest. Das Gericht sprach der Maßnahme eine genügende gesetzliche Grundlage ab.⁷²

In der Zwischenzeit, am 19. August 2009, war zwischen der Schweiz und den USA ein Abkommen geschlossen worden, in welchem vorgesehen war, dass die Schweiz "Amtshilfe" betreffend ca. 4'450 UBS-Kunden in Fällen von Steuerbetrug, aber auch in bestimmten Fällen von Steuerhinterziehung, leisten würde.⁷³ In diesem Übereinkommen verpflichteten sich die US-Behörden endgültig, von einer Strafklage gegen die UBS abzusehen.

In einem Urteil vom 21. Januar 2010 kam das Bundesverwaltungsgericht⁷⁴ indes zum Schluss, dass auch das Abkommen nicht über alle Zweifel erhaben sei, da es dem Doppelbe-

⁶⁷ *Eicker*, Zur Strafbarkeit des Kopierens und Verkaufens sowie des Ankaufens von Bankkundendaten als schweizerisch-deutsches Tatgeschehen, in: Jusletter vom 30. August 2011.

⁶⁸ *Delnon/Niggli*, Verkaufen und Kaufen von strafbar erlangten Bankkundendaten durch ausländische Behörden als schweizerisch-deutsches Tatgeschehen - Eine Anmerkung zum Aufsatz von Andreas Eicker, in: Jusletter vom 8. November 2010.

⁶⁹ *Eicker*, Ist die im Ausland geäußerte Bereitschaft, in der Schweiz illegal erlangte Daten anzukaufen, wirklich als Staatsschutzdelikt verfolgbare? - Eine Duplik zu den Anmerkungen von Vera Delnon und Marcel Alexander Niggli, in: Jusletter vom 10. Januar 2011.

⁷⁰ Vgl. dazu auch ausführlich oben III. 3.

⁷¹ *Kaufmann/Götze*, Entwicklungen im Staatsrecht, SJZ 2010, S. 593 f.

⁷² In seinem Urteil 2C_127/2010 vom 15. 7. 2011 kam dann allerdings das Bundesgericht mit dem Hinweis auf die polizeiliche Generalklausel zum Schluss, dass die Datenherausgabe durch die FINMA trotzdem rechtmässig war, obwohl eine genügende gesetzliche Grundlage gefehlt hatte.

⁷³ In der Schweiz ist nur der Steuerbetrug nach Art. 146 ch-StGB strafbar; die Steuerhinterziehung ist dagegen regelmässig nach kantonalem Recht (für die kantonal geregelten Steuern, etwa die Einkommenssteuer) bzw. Verwaltungsstrafrecht (für die Bundessteuern wie etwa die Mehrwertsteuer) nur mit Buße bedroht (vgl. dazu Basler Kommentar Strafrecht II 2. Aufl. 2007 (Hrsg.: Niggli/Wiprächtiger) - *Arzt*, Art.146 N 139; zum Verwaltungsstrafrecht und dem dort einschlägigen Art. 14 VStrR vgl. *Eicker/Frank/Achermann*, Verwaltungsstrafrecht und Verwaltungsstrafprozessrecht (2011), S. 104 ff.)

⁷⁴ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-4013/2010 vom 15. Juli 2010.

steuerungsabkommen zwischen der Schweiz und den USA⁷⁵ widerspreche und Letzteres Vorrang habe⁷⁶. Im Anschluss an dieses Urteil unterzeichneten die Schweiz und die USA ein Änderungsprotokoll zum UBS-Amtshilfeabkommen vom 19. August 2009 (im Folgenden: UBS-Zusatzübereinkommen 2010), welches zunächst einmal vorläufig angewendet wurde. Erst zu einem späteren Zeitpunkt wurde dieses UBS-Zusatzübereinkommen 2010 von der Schweizerischen Bundesversammlung – dem Parlament – in Bern förmlich genehmigt. Den "richterlichen Segen" erhielt es in einem Piloturteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 15. Juli 2010⁷⁷ sowie in verschiedenen im Anschluss daran ergangenen Urteilen desselben Gerichts.

Das besagte Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 15. Juli 2010 erweist sich in verschiedenen Punkten als rechtsstaatlich fragwürdig und wird denn auch heftig kritisiert.⁷⁸ Die Grundproblematik des Urteils liegt darin, dass es sich bei der dem ganzen Verfahren zugrunde liegenden Anfrage der USA nach Herausgabe von UBS-Kundendaten bei richtiger Betrachtung nicht um Amts-, sondern vielmehr um Rechtshilfe gehandelt hat, womit grundsätzlich die Verfahrensvorschriften der EMRK, aber auch der Schweizerischen Bundesverfassung hätten angewandt werden müssen. Das Bundesverwaltungsgericht verneint indes die Anwendbarkeit der Verfahrensgarantien der EMRK wie auch der Schweizerischen Bundesverfassung, indem es das ganze Verfahren unter dem Titel der "Amtshilfe" abhandelt; dies obwohl die US-amerikanische "Criminal Investigation Division" der "International Revenue Service" (IRS) auch zur Eröffnung von Strafverfahren ermächtigt ist und obwohl sämtlichen von der "Amtshilfe" betroffenen Kontoinhabern, welche sich nicht "freiwillig" für schuldig bekennen, ein Strafverfahren mit empfindlichen Strafdrohungen droht⁷⁹. In der Literatur wird zum einen kritisiert⁸⁰, dass die von der "Criminal Investigative Division" der IRS eröffneten Strafverfahren gegen UBS-Kontoinhaber, deren Daten gestützt auf das UBS-Zusatzübereinkommen 2010 an die USA übermittelt worden sind, zentrale Anforderungen von Art. 6 und 7 EMRK und von Art. 4 des 7. Protokolls der EMRK nicht erfüllen würden, weshalb die Schweiz unter dem Titel der Rechtshilfe gar keine Kontoinformationen an die USA hätte übermitteln dürfen. Als unzulässig werden in diesem Zusammenhang insbesondere die öffentlichen Anprangerungen (vorrangig im Internet) der "Steuersünder" in den USA und die Tatsache der im Zusatzübereinkommen 2010 vorgesehenen Rückwirkung der Strafbarkeitsvoraussetzungen genannt.

Zum anderen wird aber auch das Schweizerische Verfahren, in welchem die gestützt auf das Zusatzübereinkommen an die USA übermittelten Kundendaten erhoben worden sind, als nicht verfassungsmäßig und die in der EMRK garantierten Verfahrensgarantien nicht wahrend qualifiziert. Ein wesentliches Problem wird in diesem Zusammenhang darin gesehen, dass die UBS AG von der Eidgenössischen Steuerverwaltung (ESTV) als Untersuchungsinstanz eingesetzt worden ist und gewissermaßen als Erfüllungsgelhilfe der ESTV die von den USA angeforderten Kundendaten erhoben hat. In diesem Zusammenhang wird zu Recht darauf aufmerksam gemacht, dass die UBS AG keinesfalls als unabhängige Instanz qualifiziert werden kann, sondern von der ESTV überwacht und kontrolliert worden ist. Zudem hatte die UBS AG ganz offensichtlich eigene Interessen, die Forderungen aus den USA zu erfüllen, um damit das der Bank drohende Strafverfahren abzuwenden. Den betroffenen Bankkunden wurden also bereits im Verfahren in der Schweiz die ihnen eigentlich gemäß Art. 6 EMRK, aber auch gemäß Art. 29 Abs. 1 und 2 BV, sowie Art. 32 Abs. 2 BV zukommenden Verfahrensrechte unrechtmäßig entzogen. Ganz abgesehen davon erweist sich die Begrenzung der "Amtshilfe" gemäß UBS-Zusatzübereinkommen 2010 auf ca. 4'450 UBS-Kunden als unzulässige Diskriminierung dieser der Begehung von Steuerdelikten verdächtiger Bankkunden gegenüber anderen mutmaßliche Steuerdelinquenten, welche von diesem Übereinkommen nicht erfasst werden.

⁷⁵ DBA-USA von 1996.

⁷⁶ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-7789/2009 vom 21. Januar 2010.

⁷⁷ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-4013/2010 vom 15. Juli 2010.

⁷⁸ Vgl. *Schweizer*, Der Rechtsstaat und die EMRK im Fall der Kunden der UBS AG, AJP 8/2011, S. 1007 ff.

⁷⁹ In diesem Zusammenhang kann offen bleiben, ob die unabhängig vom Strafverfahren ("criminal penalty") vorgesehenen "civil penalties" aus Schweizer Sicht strafrechtlichen Charakter aufweisen, was wohl zu bejahen ist.

⁸⁰ Vgl. *Schweizer*, Der Rechtsstaat und die EMRK im Fall der Kunden der UBS AG, AJP 8/2011, S. 1010.

5) Weitere Urteile – knapp zusammengefasst

Im Urteil BGE 136 IV 127⁸¹ hatte sich das Bundesgericht mit einem leitenden Bankangestellten zu befassen, der ein Brüderpaar dabei unterstützte, von ihnen angeworbene ausländische Investoren finanziell zu erleichtern. Das Brüderpaar hatte die Investoren mit hohen Gewinnversprechen dazu bewogen, Geld auf Konten bei der entsprechenden Bank zu überweisen. Das Geld sollte dann von einem kollektiven Anlagevehikel, das bei der selben Bank lagerte, investiert werden. Die beiden Brüder bereicherten sich daraufhin persönlich aus dem Anlagevehikel. Der leitende Bankangestellte hatte verschiedene Transaktionen zwischen den Konten und dem Anlagevehikel selbst ausgeführt. Auch die "Investitionen" des Anlagevehikels liefen über seinen Tisch. Das Bundesgericht bestätigte eine Verurteilung wegen Gehilfenschaft zur Veruntreuung (Art. 138 i.V.m. 25 ch-StGB) und wegen mangelnder Sorgfalt bei Finanzgeschäften (Art. 305^{ter} ch-StGB). Betreffend des zweitgenannten Tatbestands konkretisierte es seine Rechtsprechung zur Dokumentationspflicht.

Eine prozessrechtliche Angelegenheit hatte das höchste Schweizer Gericht im BGE 136 IV 92 zu beurteilen.⁸² Es stellte zunächst fest, dass Art. 93 Bundesgerichtsgesetz (BGG), der die Beschwerdemöglichkeiten gegen Vor- und Zwischenentscheide regelt, auch auf die Entscheidung über Zwangsmaßnahmen der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts anwendbar ist. Das Bundesgericht verneinte jedoch einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil durch die in Frage stehende Beschlagnahme von Bankdokumenten in einer Strafuntersuchung wegen Geldwäscherei und ungetreuer Amtsführung.

Der Inhaber einer Bäckerei in Bern wurde von den ersten zwei Instanzen wegen Geldwäscherei verurteilt, nachdem er für seinen langjährigen Chauffeur ohne Gegenleistung zwei Checks über CHF 60'000 bei der Bank eingelöst hatte. Das Bundesgericht hatte sich nun mit der Frage zu befassen, ob dem Bäckereihaber ein Eventualvorsatz hinsichtlich der verbrecherischen Vortaten (Drogenhandel etc.) vorzuwerfen ist. Der Bäckereihaber hatte den Beueerungen seines Chauffeurs geglaubt, das Geld stamme aus einem Immobilienverkauf in der Heimat des Chauffeurs. Zudem waren die Checks von einem Berner Notar (!) ausgestellt worden. Das Bundesgericht folgte den Vorinstanzen nicht und sprach den Bäckereihaber vom Vorwurf der Geldwäscherei frei. Das höchste Schweizer Gericht wies insbesondere darauf hin, dass hohe Geldbeträge nicht per se ein Anhaltspunkt für eine deliktische Herkunft des Geldes seien.⁸³

Das Bundesgericht anerkannte die Urkundenqualität der Jahresrechnung einer Aktiengesellschaft, obwohl diese weder von der Generalversammlung abgenommen, noch von der Revisionsstelle geprüft worden war. Die Nichtverbuchung von Provisionseinnahmen in die Buchhaltung einer Gesellschaft wurde als Urkundenfälschung gemäß Art. 251 ch-StGB⁸⁴ qualifiziert. Auch eine nachträgliche Verbuchung könne daran nichts ändern – die Wiedergutmachung kann nicht die Strafbarkeit der vorausgegangenen strafbaren Handlung beseitigen.

Gemäß einem bisher nicht publizierten Entscheid des Bezirksgerichts Zürich vom 3. September 2010 (DG090293) erfüllt das Ausnützen von vertraulichen Informationen über eine bevorstehende Kundentransaktion zum eigenen Vorteil – das sog. Frontrunning – den Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung.⁸⁵ Als Portfoliomanager und Kadermitglied einer Bank (Prokurist) erfüllte der Täter nach Ansicht des Bezirksgerichts die Voraussetzungen, welche das Sonderdelikt Art. 158 ch-StGB an einen Täter stellt. Auch verfügte er über das erforderliche Maß an Selbständigkeit, da er die konkreten Handelsentscheidungen betreffend Aktienanlagen – trotz einer vorgegebenen Anlagepolitik – eigenverantwortlich fällte. Rechtsgrund seiner Treuepflicht stellt der abgeschlossene Arbeitsvertrag mit der Geschädigten dar. Die Treuepflichtverletzung erblickte das Gericht darin, dass der Täter für die durch ihn verwalteten Portfolios der Geschädigten Aktientransaktionen durchführte, für welche

⁸¹ Das auf französisch abgefasste Urteil ist in der Zeitschrift "Die Praxis", 2011, S. 405 ff. auf deutsch übersetzt.

⁸² Das auf französisch abgefasste Urteil ist in der Zeitschrift "Die Praxis", 2011, S. 68 ff. auf deutsch übersetzt.

⁸³ Urteil des Bundesgerichts 6B_321/2010 vom 25. August 2010; vgl. dazu auch die Anm. von *Konopatsch*, Digitaler Rechtsprechungs-Kommentar, Push-Service Entscheide, publiziert am 28. Juni 2011.

⁸⁴ Zur Urkundenfälschung siehe BSK Strafrecht II, 2. Aufl. 2007 (Hrsg. Niggli/Wiprächtiger) - *Boog*, Art. 251 N 1 ff.

⁸⁵ Neue Zürcher Zeitung (NZZ), 6. September 2010, S. 23; *König*, Frontrunning zahlt sich nicht aus - oder: die ersten werden die letzten sein, Jusletter 06.12.2010.

überhöhte Preise bezahlt wurden. Dabei wurden die Preise durch gezielte Manipulationen zum eigenen Vorteil in die Höhe getrieben.⁸⁶

⁸⁶ Zur Zeit der Tatbegehung im Jahre 2000 bis 2001 umfasste der Insideratbestand im Sinne von Art. 161 ch-StGB das Ausnutzen der Kenntnis um Kundentransaktionen nicht. Durch Streichung der Beschränkung des Insideratbestandes auf bestimmte Ereignisse (Art. 3) per 1. Oktober 2008 untersagt Art. 161 ch-StGB nun generell das Ausnutzen von vertraulichen Tatsachen, deren Bekanntwerden den Kurs von in der Schweiz börslich oder vorbörslich gehandelten Aktien und anderen Effekten in voraussehbarer Weise beeinflussen werden. Zur bevorstehenden Neufassung des Insideratbestandes als Art. 40 E-BEHG vgl. oben unter B.2.

Veranstaltungsberichte und Rechtspolitisches

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

WisteV-Standards

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

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

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

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

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

1) Themenblock: Bankenkrise – Untreue

Aufbereitet und zusammengefasst von Folker Bittmann nach Tagungen der Regionalgruppen Mitte, Nordosten und Westen sowie des Arbeitskreises Kapitalmarktstrafrecht am 8. Juli 2010 in Frankfurt (Thema: „Bankenuntreue“), am 30. September 2010 in Berlin (Thema: „Kapitalmarktstrafrecht: Dogmatik – Marktaufsicht – Ermittlungsverfahren“) sowie am 18. Oktober 2011 in Düsseldorf (Thema: „Ermittlung und Verfolgung von Kapitalmarktdelikten“). Nähere Informationen zu den Tagungen finden Sie unter www.wistev.de (im Archiv).

a) Prozessuale Fragestellungen

Konsens:

- These 1: Maßgeblich ist die StPO. Diese verlangt für die Aufnahme von Ermittlungen einen Anfangsverdacht.
- These 2: Die Staatsanwaltschaft hat nicht die Aufgabe allgemeiner Kontrolle – auch nicht gegenüber Geldinstituten.
- These 3: Verlust allein, selbst bei erheblicher Höhe, begründet noch keinen Anfangsverdacht. Aber ein solcher kann zulässigen Anlass für verdachtschöpfende Maßnahmen der Staatsanwaltschaft bieten.
- These 4: Die theoretische Möglichkeit eines Systemversagens mit der Folge, dass handelnde Banker nur Beteiligte einer nicht vorhandenen Haupttat wären, hindert nicht die Bejahung eines Anfangsverdachts.
- These 5: Strafrechtlich ist eine ex-ante-Betrachtung zwingend geboten.
- These 6: Vorschriften, die allein dem deutschen Kapitalmarkt dienen, gelten nicht, wenn dieser von Auslandsgeschäften unberührt bleibt.

Kontrovers:

- Frage 1: Wann fehlt einem Auslandsgeschäft jegliche Binnenwirkung?
- Frage 2: Zeitigt eine ausländische Zweckgesellschaft jedenfalls dann Inlandswirkungen, wenn die Mutterbank ihre Risiken übernommen hat?

b) Bedeutung der BaFin und des KWG:

Konsens:

- These 1: Die BaFin übt Aufsicht aus. Die dabei zugrundezulegenden Maßstäbe sind nicht deckungsgleich mit dem Gesellschaftsrecht: Die Aufsicht hat den Kapitalmarkt, das Gesellschaftsrecht vorrangig das Vermögensinteresse der Anteilseigner im Blick.
- These 2: KWG und Vorgaben der BaFin können gesellschaftsrechtliche Maßstäbe konkretisieren.
- These 3: Das Einhalten solcher Vorgaben spricht prima facie gegen Untreuevorsatz.

c) Bilanzierung:

Konsens:

- These 1: Verbriefte Kreditforderungen wirken sich auf verschiedenen Aktivposten aus (z.B. Forderungen an Kunden, an andere Kreditinstitute und Beteiligungen).
- These 2: In subjektiver Hinsicht ist maßgeblich, ob, und wenn ja, ein Irrtum welcher Qualität vorliegt. Umfassende Unkenntnis führt zum Tatbestandsirrtum. Unrichtige Einschätzung bekannter Tatsachen kann einen unbeachtlichen Subsumtionsirrtum oder einen (meist: vermeidbarer) Verbotsirrtum darstellen.

Kontrovers:

- Frage 1: Welche untreuerechtliche Bedeutung kommt Bilanzierungsansätzen zu?
- Frage 2: Darf den Anforderungen von Wirtschaftsprüfern ohne weiteres gefolgt werden?
- Frage 3: Die Bilanzierungspflicht ist Aufgabe der Geschäftsleitung. Sie bleibt es auch im Falle der Delegation. Überlegenes Wissen der Geschäftsleitung hat in die Bilanz einzugehen. Besteht eine Pflicht, Expertenmeinung in Frage zu stellen und sich (z.B. als Geschäftsleitung) das erforderliche Wissen selbst zu verschaffen?
- Frage 4: Fallen Wertansatz und der von (in- oder externen) Experten ange- und übernommene Wert auseinander, ist dann nicht nur eine Wertberichtigung geboten, sondern untreuerechtlich auch der ‚wahre‘ Wert maßgeblich?

d) Risikogeschäfte als untreuerechtliches Thema der Pflichtwidrigkeit

Konsens:

- These 1: Geschäfte mit jeder Art verbriefter Kreditforderungen stellen Risikogeschäfte dar. Die Risiken sind nicht nur wie üblich im Bankgeschäft struktureller und rechtlicher Natur (Adress-/Sektorenrisiko, Marktrisiko, politisches Risiko, Managementrisiko, Kapitalrisiko, Produktrisiko, Kontrollrisiko), sondern bestehen im Besonderen aufgrund des erhöhten Ausfallrisikos der ersten Kreditnehmer („subprime“) und der Abhängigkeit der Finanzierung vom Ausbleiben inverser Zinsstruktur.
- These 2: Die Risikominderung durch Sicherheiten hängt von deren Werthaltigkeit ab. Garantien internationaler, liquide erscheinender Banken verloren in dem Maße an Wert, wie die Größenordnung der übernommenen Risiken stieg.
- These 3: Wann dies von welchem Banker erkannt wurde, ist eine Frage des Einzelfalls.
- These 4: Risikogeschäfte sind nicht per se verboten. Das gilt auch für Eigengeschäfte und für die Einschaltung von Zweckgesellschaften.
- These 5: Es besteht ein großer Ermessensspielraum: Alles, was vertretbar ist, ist rechtmäßig. Zugründe zulegen ist ein normativer Maßstab und nicht die Üblichkeit.
- These 6: Risikogeschäfte müssen sich aber innerhalb vorgegebener fester (z.B. Zeichnungsbefugnisse) und proceduraler (z.B. ausreichender Information) Grenzen halten. Welche das sind, folgt aus Gesetz, untergesetzlichen Normen, Satzung und Einzelweisung. Rechtliche Orientierung bietet die Anlehnung an die Rechtsprechung des BGH zur ungetreuen Kreditvergabe.
- These 7: Die Wahrung der Business Judgement Rule bietet einen Safe Harbour, nicht nur für Aktiengesellschaften.
- These 8: Erforderlich ist dafür aber eine ordnungsgemäße Geschäftsorganisation mit einem angemessenen Risikomanagementsystem (innerhalb oder außerhalb einer evtl. Compliance-Abteilung). Dazu gehören eine Risikostrategie innerhalb des Gesamtprofils der Bank, die Risikosteuerung und deren Kontrolle zur Sicherstellung der Tragfähigkeit der Risiken und die Einbeziehung nachgeordneter Ebenen durch z.B. Richtlinien und Berichtspflichten. Welche Risiken zu erfassen sind, hängt vom Sachverhalt ab. Welchen Anforderungen insgesamt zu genügen ist, wird wesentlich von den äußeren Vorgaben (Gesetze, BaFin etc.) mitbestimmt, ohne daß damit aber die Verantwortung der Geschäftsleitung entfällt.
- These 9: Jedes Risikogeschäft muß insgesamt ausgewogen erscheinen. Risiken, deren Eintritt nicht ganz unwahrscheinlich ist, dürfen nicht eingegangen werden, wenn sie existenzgefährdend sind.
- These 10: Untreuerelevant kann sowohl der Erwerb als auch das Behalten verbriefter Kreditforderungen sein.
- These 11: Es muss nicht zu jeder Zeit ein Positivsaldo bestehen und

These 12: es muss auch keine aktuelle Deckung bei erst zukünftiger Fälligkeit bestehen, wenn zu erwarten ist, dass sie rechtzeitig beschafft werden kann.

These 13: ‚Klumpenrisiken‘ dürfen nicht eingegangen werden. Das Betreiben von Geschäften mit verbrieften Kreditforderungen mit verschiedenen Partnern genügt objektiv nicht den Diversifikationsanforderungen, wenn die Emittenten (oder sonstigen Verkäufer) nicht selbst hafteten. Denn in diesem Fall hing das Risiko unabhängig vom Beschaffungsweg allein von der Liquidität der, ggf. derselben Kreditnehmer ab.

These 14: Wann dies von welchem Banker erkannt wurde, ist wiederum eine Frage des Einzelfalles.

Kontrovers:

Frage 1: War das Vertrauen auf Rating-Agenturen bestenfalls begrenzt gerechtfertigt?

Frage 2: Stellen sich in subjektiver Hinsicht ähnliche Fragen wie bei den Wertansätzen in der Bilanz?

Frage 3: Bleibt die Verantwortung bei der Geschäftsleitung, welche sie gemäß den Umständen des Einzelfalles wahrzunehmen hat?

Frage 4: Wann ist ein Risiko ‚ganz unwahrscheinlich‘?

2) Themenblock: Verständnis des § 266 StGB (Untreue)

Aufbereitet und zusammengefasst von Folker Bittmann nach einer Tagung der Regionalgruppe Nordosten und des Arbeitskreises Kapitalmarktstrafrecht am 20. Juni 2011 in Berlin (Thema: „Die Untreue-Entscheidung des BVerfG, löst der bilanzielle Ansatz die Probleme der Bestimmung des Vermögensnachteils?“). Nähere Informationen zu den Tagungen finden Sie unter www.wistev.de (im Archiv).

Konsens:

These 1: Qualitative Aspekte sind der Pflichtwidrigkeit, quantitative dem Nachteil zuzuordnen.

These 2: § 266 StGB erfasst nur die Verletzung gerade der Vermögensbetreuungspflicht.

These 3: Relevant ist ein Nachteil nur als Folge der Pflichtwidrigkeit.

These 4: Formalverstöße allein können nicht zu einem tatbestandlichen Nachteil führen.

These 5: Das Einhalten aller Formalien führt zur Rechtmäßigkeit nicht determinierten Handelns.

These 6: Nachteil ist die im Wege der Gesamtsaldierung festzustellende wertmäßige Differenz des betroffenen Vermögens vor und nach der Tathandlung, maßgeblicher Zeitpunkt für die Berechnung des Nachteils ist daher derjenige der Tathandlung.

These 7: Die auf die Tathandlung zurückzuführende Vermögensminderung muss sich nicht bereits vollständig bei Begehung der Tathandlung verwirklicht haben, um strafrechtliche Relevanz zu erlangen.

These 8: Zu berücksichtigen sind auch bereits gegenwärtige Vermögensminderungen aufgrund zu erwartender Folgen.

These 9: Zu deren Berechnung ist eine auf den Zeitpunkt der Tathandlung bezogene ex ante-Prognose zu erstellen.

These 10: Eine weitergehende ‚nachteilsgleiche Vermögensgefährdung‘ ist tatbestandlich ohne Bedeutung.

These 11: Nachteil ist aber auch die bei der Tathandlung prognostizierte Vermögensminderung, die sich im weiteren Verlauf nicht verwirklicht.

- These 12: Soweit der Täter das Eintreffen der Prognose aus eigenem Antrieb verhindert, kommt ihm das als tätige Reue zu Gute.
- These 13: Parteiautonome Preis- und Wertbestimmungen sind aufgrund marktwirtschaftlicher Preisbildung anzuerkennen.
- These 14: Ein individueller Schadenseinschlag ist zu berücksichtigen.
- These 15: Liegt keine privatautonome Preis- und Wertbestimmung vor, so ist der Wert unter Zuhilfenahme geeigneter Instrumente der Betriebswirtschaft zu bestimmen.
- These 16: Die von Fachleuten gefundenen Ergebnisse muss der juristisch Verantwortliche im Rahmen seiner Fähigkeiten überprüfen.
- These 17: Die Quantifizierung des Nachteils mit sachverständiger Hilfe stößt an fachliche, kapazitätsmäßige und finanzielle Grenzen. Es ist daher zu prüfen, ob für bestimmte Konstellationen Strafnormen vorzugswürdig sind, die nicht auf einen zu quantifizierenden Nachteil abstellen, sondern sich auf die Pönalisierung verbotenen Verhaltens beschränken.

3) Themenblock: Ausstieg aus korruptiver Strategie

Aufbereitet und zusammengefasst von Folker Bittmann nach einer Tagung der Regionalgruppe Norden in Hamburg (Thema: „Exitstrategien bei Korruptionsverdacht“). Nähere Informationen zu den Tagungen finden Sie unter www.wistev.de (im Archiv).

Konsens:

- These 1: Effiziente Compliance im Unternehmen einschließlich Vorbildfunktion von Führung/Vorstand/ Vorgesetzten vermeidet Korruption und zwar sowohl nach innen als auch als Geschäftsmodell nach außen.
- These 2: Ein diskreter Ausstieg aus einem System bisher unentdeckter aktiver Bestechung ist für eine Unternehmensführung ohne Offenlegung gegenüber dem Finanzamt und ohne Berichtigung von Steuererklärungen und Jahresabschlüssen aufgrund von Mitteilungspflichten (§ 4 Abs. 5 Nr. 10 S. 3 EStG) und Berichtigungspflichten (§ 331 HGB) nicht möglich. Das Risiko einer Bestrafung wegen Steuerhinterziehung (v.a. § 370 i.V.m. § 153 AO) lässt sich auch unter den verschärften Anforderungen an eine Selbstanzeige mindern, aber nicht mehr mit der unter dem alten Recht vorhandenen Sicherheit vermeiden. Die Berichtigung einer i.S. von § 331 HGB unrichtigen Bilanz ist tatbestandlich irrelevant.
- These 3: Gleichwohl gehört unter den Gesichtspunkten der Generalprävention und der Stärkung der Loyalität der legal tätigen Mitarbeiter zu einem konsequenten Ausstieg aus der Korruption auch die Erstattung einer Strafanzeige.
- These 4: Die gesetzlichen Vorschriften erlauben keine Aufgabe des Ermittlungsmonopols der Strafverfolgungsbehörden. Eine Kooperation zwischen Unternehmen und Strafverfolgungsbehörden ist jedoch zulässig. Sie kann für beide Seiten Vorteile bieten, einerseits z.B. zur Beschleunigung von Ermittlungen im Ausland beitragen, andererseits unnötige Öffentlichkeit etwa bei Durchsuchungsmaßnahmen vermeiden und aufgrund frühzeitiger Gewährung von Akteneinsicht erforderliche Umstrukturierungsmaßnahmen im Unternehmen erleichtern und beschleunigen.
- These 5: Die Strafnorm für unrichtige Darstellung (sog. Bilanzmanipulation) findet sich nicht im StGB, sondern im HGB.
- These 6: U.a. § 331 Nr. 1 HGB sieht eine Freiheitsstrafe von bis zu 3 Jahren oder Geldstrafe für denjenigen vor, der als Mitglied des vertretungsberechtigten Organs oder des Aufsichtsrats einer Kapitalgesellschaft die Verhältnisse der Kapitalgesellschaft in der Eröffnungsbilanz, im Jahresabschluss, im Lagebericht oder im Zwischenabschluss nach § 340a Abs. 3 HGB unrichtig wiedergibt oder verschleiert.

- These 7: Strafbar ist aber nur vorsätzlich falsches Handeln. Im Fall von Fahrlässigkeit liegt keine strafbare Bilanzmanipulation vor.
- These 8: Der Grundsatz sog. „relativer Bilanzwahrheit“ führt dazu, dass nur eine „schlechterdings unvertretbare Darstellung“ unrichtig i.S. des § 331 HGB ist.
- These 9: Zudem erfüllt nicht jede (noch so geringfügige, wenngleich schlechterdings unvertretbare) Verletzung von Rechnungslegungsvorschriften den Tatbestand. Erfasst sind vielmehr nur Fehler jenseits einer qualitativen Wesentlichkeitshürde. Die Abgrenzung richtet sich nach dem Grad der Übereinstimmung von tatsächlicher und pflichtgemäßer Darstellung.
- These 10: Ist der Tatbestand der unrichtigen Darstellung erfüllt, so führt dies möglicherweise zu einer Nichtigkeit des Jahresabschlusses gem. § 256 AktG. Dies kann z. B. dann der Fall sein, wenn „Provisionen“ an „vertriebsorientierte Berater“ nicht als solche kenntlich gemacht, sondern einem anderen Posten zugeschlagen wurden und zudem wesentlich sind.
- These 11: Eine bloße Korrektur eines „einfach“ fehlerhaften Jahresabschlusses ist nur dann möglich, wenn die Grenze zur Nichtigkeit nicht überschritten ist, diese Korrektur ist ggf. auch in laufender Rechnung zulässig.
- These 12: Die Abgrenzung zwischen „einfacher“ und „wesentlicher“ Fehlerhaftigkeit ist regelmäßig unter Beteiligung eines Wirtschaftssachverständigen vorzunehmen.
- These 13: Es ist zu prüfen, ob den Unternehmen der Ausstieg aus korruptiver Geschäftsstrategie de lege ferenda erleichtert werden sollte, weil
- mangels zu vollständiger Straffreiheit führender Selbstanzeigemöglichkeit und der deshalb drohenden Unternehmensgeldbuße, Vermögensabschöpfung und Steuernachzahlung die Hemmschwelle für einen Ausstieg so hoch liegt, dass sie im Widerspruch zur anzustrebenden zumindest zukünftigen Gesetzestreue vorhandene Korruptionssysteme faktisch stabilisieren könnte,
 - zumal da Mitarbeitern und Unternehmen nicht absehbare, evtl. dramatische wirtschaftliche Folgen drohen,
 - so dass insbesondere neue und an der Vergangenheit unbeteiligte Manager vor dem Dilemma strafbarer Vertuschung bzw. Fortsetzung der von ihnen eigentlich abgelehnten Praktiken oder dem "Anschwärzen" von (früheren) Geschäftsführungskollegen und Mitarbeitern stehen.
 - Der Gesetzgeber sollte erleichterte Ausstiegsmöglichkeiten schon deshalb erwägen, weil das erst vor wenigen Jahren beendete „Augenzwinkern“ in Gestalt des zulässigen Betriebsausgabenabzugs für Schmiergelder einen bislang noch nicht abgeschlossenen und damit unterstützungswürdigen Wandel der Geschäftsstrategie erfordert.

Tagungsbericht

Dipl. Juristin, Dipl.-Finanzwirtin Diana Klesen, Dipl. Jurist Dirk Schäfers, beide Wissenschaftliche Mitarbeiter am Lehrstuhl für Steuerrecht, Bochum

Protokoll zum Bochumer Steuerseminar für Praktiker und Doktoranden vom 09. Dezember 2011

Podiumsdiskussion in Kooperation mit der Wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung e.V., WisteV zur Neuregelung der strafbefreienden Selbstanzeige (§§ 371, 378, 398a AO)

1) Einleitung

Einleitend erläutert *Herr Prof. Seer* die Gründe für die Themenwahl der Veranstaltung. Er sehe das Steuerstrafrecht zwar nicht als eine Kernkompetenz des Instituts für Steuerrecht und Steuervollzug an, jedoch als wichtigen Teil des Steuervollzuges. Daher habe er die Zusammenarbeit mit der WisteV gesucht. Im Folgenden solle zunächst anhand von Impulsreferaten eine Einleitung in die Problemstellung des Themas gegeben und im Rahmen der Podiumsdiskussion mit fachkundigen Teilnehmern insb. aus den Bereichen Justiz, Finanzverwaltung, Beraterschaft und Anwaltschaft anschließend vertieft werden. *Herr Dr. Szesny* ergänzt, dass die WisteV, eine für alle Berufsgruppen offenstehende Gruppe sei und damit ihrer Aufgabe – der disziplinübergreifenden Zusammenarbeit – nachkomme.

2) Impulsreferat: Rolletschke – Neuregelung der strafbefreienden Selbstanzeige

Herr Rolletschke nennt die Selbstanzeige ein Risikofeld und verweist auf die Karikatur aus der FAZ vom 6.7.10, räumt aber ein, dass es „so schlimm nicht“ sei. Die Wurzeln des neuen Selbstanzeigerechts sehe er zum einen im Beschluss des BGH vom 20.5.10 (BGHSt 55, 180), hauptsächlich aber in der Neuregelung im Schwarzgeldbekämpfungsgesetz vom 28.4.11 (BGBl. I 2011, 676). Der BGH habe dort deutlich gemacht, dass neben der Erschließung neuer Steuerquellen vor allem die Rückkehr des Steuerhinterziehers zur Steuerehrlichkeit Rechtfertigungsgrund für die strafbefreiende Selbstanzeige sei. Damit habe der Honorierungsgedanke eine Renaissance erfahren. Als Ausnahmetatbestand müssten – so der BGH – die positiven Wirksamkeitsvoraussetzungen (Abs. 1) des § 371 AO eng, die negativen (Abs. 2) weit ausgelegt werden. Im Folgenden erläutert *Herr Rolletschke* synoptisch die Neuregelung. Neu eingefügt sei, dass der Stpfl. eine sog. Steuerspartenbeichte ablegen müsse, um straffrei zu werden. Die im Gesetzgebungsverfahren diskutierte vollkommene Lebensbeichte, also Berichtigung sämtlicher Steuern (auch Bagatellsteuern wie Hunde- oder Zweitwohnungsteuer), sei nach der Expertenanhörung im Finanzausschuss wieder verworfen worden. Auch sei durch das Streichen des Wortes „insoweit“ eine Teilselbstanzeige nicht mehr möglich. Eine gesamte Steuersparte würde durch eine nicht berichtigte falsche Angabe eines Teilaspektes komplett infiziert. Neu sei der Ausschlussgrund von § 371 Abs. 2 Nr. 1 lit. a AO, wodurch der Sperrtatbestand zeitlich weiter nach vorne verlagert werden solle. Ebenfalls neu sei die Nr. 3, die laut Gesetzesbegründung auf die Rechtsprechung des BGH vom 2.12.2008 zur Strafzumessung bei Steuerhinterziehung zurückgehe.

Zur Abschaffung der Teilselbstanzeige führt *Herr Rolletschke* aus, dass nun Angaben zu allen unverjährten Steuerstraftaten einer Steuerart in vollem Umfang berichtet werden müssten. Der Begriff der Verjährung sei hier im strafrechtlichen Sinne als Strafverfolgungsverjährung zu verstehen und nicht als steuerrechtliche Festsetzungsverjährung. Problematisch sei, was unter einer „Steuerart“ zu verstehen sei, da eine Legaldefinition fehle und auch aus der Gesetzesbegründung keine Definition zu entnehmen sei. Jedenfalls sei dieselbe Steuerart betroffen, sofern es sich um Steuern desselben Gesetzes (EStG, KStG) handle. Strittig sei dies bei verschiedenen Erhebungsformen, wenn z.B. ein Arbeitgeber bei seiner eigenen Einkommensteuer und der Lohnsteuer für seine Arbeitnehmer falsche Angaben mache. Ebenso werde dies im Verhältnis von Feststellungsbescheiden zum Einkommensteuerbescheid und von Täterschaft zur Teilnahme diskutiert. Die Selbstanzeige müsse vollumfänglich die Falschangaben berichtigen. Teilselbstanzeigen würden seit dem Urteil des BGH v. 25.7.2011 – 1 StR 631/10, NJW 2011, 3249, bei einer maximalen Toleranz von 5 % auf die hinterzogene Steuer noch als vollständig gelten, sofern die Teilselbstanzeige auf undolosem Verhalten

des Täters beruhe. Wegen des Honorierungsgedankens der Selbstanzeige dürfe es nicht zu einer „Ein-/Abpreisung“ führen. Dabei bleibe es bis jetzt offen, ob sich die Toleranzgrenze auf die einzelne Tat oder eine „Steuersparte“ beziehe. Ausgehend vom Motiv der Rückkehr des Täters zur Steuerehrlichkeit müsse sich die Korrektur eben auf diese Falschangabe in der Steuererklärung beziehen, weswegen *Herr Rolletschke* im Sinne einer engen Auslegung auf die Tat abstellen wolle. Auch undolose Teilselbstanzeigen seien unwirksam. Ebenso führe eine zweite Teilselbstanzeige nicht zur vollumfänglichen Strafaufhebung, jedoch sei das Verhalten strafmildernd oder im Wege des § 153a StPO zu berücksichtigen.

Als weiteres Problemfeld benennt *Herr Rolletschke* den neuen Sperrtatbestand der Bekanntgabe einer Prüfungsanordnung. Zum einen sei strittig, wann hinsichtlich des Adressaten noch von der Personenidentität zwischen Täter und Steuerpflichtigen i.S.d. Norm gesprochen werden könne. So verhindere eine Bekanntgabe an einen gesetzliche Vertreter, z.B. der Geschäftsführer einer GmbH, dass der Stpfl. eine Selbstanzeige abgeben könne. Ein Prokurist einer GmbH sei mit letzterer nicht personenidentisch, so dass eine Selbstanzeige noch erfolgen könne. Zum anderen sei strittig, ob die Bekanntgabefiktion im Bereich des § 371 Abs. 2 Nr. 1 lit. a AO gelte. Gegen die Geltung spreche, dass das Steuer- und das Strafverfahren voneinander zu trennen seien. *Herr Rolletschke* befürwortet aber eine Anwendung mit dem Argument, dass es eine Akzessorietät zum Verwaltungsverfahren geben müsse. Denn zur Wirksamkeit des Verwaltungsaktes Prüfungsanordnung bedürfe es seiner Bekanntgabe nach Maßgabe des Verwaltungsrechts. Er weist darauf hin, dass diese Auslegung dem Stpfl. aber auch zum Vorteil gereichen kann, wenn im Tatsächlichen der Zugang des Verwaltungsaktes vor dem fiktiven Zugang liege. Dann greife der Sperrtatbestand des § 371 Abs. 2 Nr. 1 lit. a AO noch nicht und der Steuerpflichtige könne trotz Kenntnis von der Prüfungsanordnung noch strafbefreiend eine Selbstanzeige abgeben.

Auf die Rechtmäßigkeit einer Prüfungsanordnung komme es hingegen nicht an. Die Sperrwirkung der Bekanntgabe der Prüfungsanordnung beziehe sich wegen der Infizierungstheorie nach Ansicht von *Herrn Rolletschke* auf alle Veranlagungszeiträume der in die Anordnung einbezogenen Steuersparten, was allerdings umstritten sei. Nach Abschluss des Prüfungsverfahrens, also spätestens mit Erhalt des Steuerbescheides, lebe die Selbstanzeigmöglichkeit wieder auf.

Herr Rolletschke erläutert, dass der neue Sperrtatbestand der Nr. 3 (großer Umfang) auf der Rechtsprechung des BGH beruhe. Aus dem Wortlaut der Vorschrift ergebe sich, dass sich die genannte 50.000 €-Grenze auf die jeweilige Tat (also Abgabe der Steuererklärung) beziehe und nicht auf die Steuersparte. Probleme werfe die Regelung in Fällen des Kompensationsverbotes nach § 370 Abs. 4 S. 3 AO auf, da tatbestandlich für einen Veranlagungszeitraum eine Steuerverkürzung vorliege, auch wenn es überperiodisch sogar zu einer Erstattung für den Stpfl. komme. Zudem sei strittig, wie Steuerverkürzungen auf Zeit zu bewerten seien, ob sich dabei die 50.000 €-Grenze auf den Verzugschaden oder den Nominalbetrag beziehe (vgl. dazu unten die Diskussion). Der Umfang des Sperrtatbestandes der Nr. 3 beschränke sich auf die jeweilige Tat.

Die Aussage, dass es keine Teilselbstanzeige gebe, relativiert *Herr Rolletschke* am Beispiel von § 371 Abs. 3 AO. Danach trete bei Teilnachentrichtung die Strafaufhebung für die jeweilige Tat ein, für die die Nachentrichtung reiche. Zur zeitlichen Anwendung von § 371 AO weist *Herr Rolletschke* auf Art. 97 § 24 EGAO hin, nach dem es für Teilselbstanzeigen, die bis zum 28.4.2011 eingegangen seien, eine Teilamnestie gebe. Dies sei auch durch das Urteil des BGH v. 25.7.2011, NJW 2011, 3249 bestätigt worden.

3) Impulsreferat: Dr. Hunsmann – § 398 a AO – Absehen von Verfolgung in besonderen Fällen – Auslegung und Verfahrenspraxis

Herr Dr. Hunsmann behandelt in seinem Referat den mit dem Schwarzgeldbekämpfungsgesetz eingefügten § 398a AO. Er stellt die Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit vor, die noch während des Gesetzgebungsverfahrens existiert hätten. Kritisiert werde der Strafcharakter der Norm vor dem Hintergrund des Richtervorbehalts und dem Grundsatz schuldangemessener Strafe. Im Ergebnis verneint er aber eine Verfassungswidrigkeit.

Herr Dr. Hunsmann zeigt die Anlehnung des § 398a AO an § 153a StPO auf, insb. den Charakter als „Geldauflage“ und „aliud zur Strafe“. Ebenfalls sei die Norm vergleichbar mit den §§ 152, 162 Abs. 4 AO, 32 ZollVG. Eine Verfassungswidrigkeit wegen eines Verstoßes gegen den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG) verneint er im Ergebnis. Zwar müsse der Selbstanzeigende neben den Hinterziehungszinsen noch den 5 %-igen Zuschlag zahlen und werde somit ungleich zum entdeckten Steuerhinterzieher behandelt. Letzterem drohe jedoch anders als dem Selbstanzeigenden eine Bestrafung, weswegen die Fälle ungleich gelagert seien. Es fehle daher an der notwendigen Vergleichbarkeit.

Auch ein Verstoß gegen Art. 6 EMRK (Recht auf faires Verfahren) wird von *Herrn Dr. Hunsmann* mit Hinweis auf den Aufsatz von *Seer/Krumm*, *StuW* 2006, 346 abgelehnt. Nach Ansicht des EGMR sei nicht einmal der Kernbereich des Strafrechts tangiert, solange die Zuschläge keine erdrosselnde Wirkung hätten.

Im Folgenden stellt *Herr Dr. Hunsmann* die Tatbestandsvoraussetzungen des § 398a AO vor. Er weist insbesondere darauf hin, dass es sich bei der 50.000 €-Grenze in § 398a Abs. 2 Nr. 3 AO um eine Freigrenze und nicht um einen Freibetrag handle. Schwierigkeiten ergäben sich insb. für die Kompensationsfälle bei der Frage, ob für die Grenze der Taterfolg i.S.d. § 370 Abs. 1 AO oder der strafzumessungsrechtliche Schaden maßgeblich sei. Er plädiert für letzteres, da § 398a AO der Kompensation des Steuerschadens diene. Die Rechtsfolge des § 398a sehe kein Ermessen der Behörde vor. Konkurrenzdelikte blieben aber von der Folge unberührt, ebenso disziplinar- und steuerrechtliche Folgen. Auch beschränke sich bei Mittäterschaft die Wirkung auf den Selbstanzeigenden.

Die Einstellung sei auch im Zwischenverfahren (§ 206a StPO) durch Beschluss und im Hauptverfahren (§ 260 III StPO) durch Prozessurteil möglich. Adressat der Nachentrichtung sei nach Ansicht von *Herrn Dr. Hunsmann* der oder die Täter, was umstritten sei. Eine Ausweitung auf alle Tatbeteiligten scheide wegen des eindeutigen Wortlauts und im Vergleich zu § 371 Abs. 3 AO, der vom „Tatbeteiligten“ spricht, aus.

Nach überwiegender Ansicht trete kein Strafklageverbrauch ein, da eine dem § 153a Abs. 1 S. 5 StPO entsprechende Regelung fehle. Im Verhältnis zu §§ 153 ff. StPO sei § 398a AO nicht spezieller, sondern nebeneinander anwendbar. Beim Rechtsschutz im Ermittlungsverfahren differenziert *Herr Dr. Hunsmann*: Gegen die Verfahrenseinstellung gebe es keinen Rechtsschutz, da keine Beschwerde vorliege; gegen die Einordnung als „schwere“ Steuerhinterziehung sei der Antrag nach § 98 Abs. 2 S. 2 StPO analog anwendbar. Gegen die Fristsetzung gebe es keinen Rechtsschutz.

Der Zuschlag sei steuerlich nach überwiegender Meinung nicht abzugsfähig. Wenn auch kein spezielles Abzugsverbot greife ergebe sich dies aus der Anlehnung der Vorschrift an § 153a StPO. Nach BFH BStBl. II 2009, 151 seien Auflagen nicht abziehbar, die nicht lediglich der Wiedergutmachung dienen würden, wobei § 398a Nr. 2 über die reine Gutmachung hinausgehe.

4) Impulsreferat: Armbruster – Kompass für die Selbstanzeige? Der Umgang der Finanzverwaltung mit der gesetzlichen Vorgabe

Einleitend weist *Herr Armbruster* darauf hin, dass er bemüht sei, die Verwaltungsmeinung darzustellen. Aufgrund der geänderten Gesetzeslage sei vieles im Fluss und die Praxis aufgrund unterschiedlicher Zuständigkeiten (Staatsanwaltschaft, Gerichte) regional verschieden. Allein in Nordrhein-Westfalen gebe es zehn Funktionsämter, sog. StraFaFÄ. Er zeigt auf, in welchem Spannungsverhältnis die Finanzverwaltung die Selbstanzeige sehe, insb. zwischen BGH-Rechtsprechung, Neuregelung der §§ 371, 398a AO, Berichtigungspflicht gem. § 153 AO, etc..

Im Folgenden stellt er dar, dass „der Selbstanzeiger“ als „Steuerhinterzieher“ und „Straftäter“ von dem „Anzeigeerstatter“ i.S.d. § 153 AO zu unterscheiden sei. Dahingegen habe sich der Steuerhinterzieher bewusst entschieden, sich vom System zu verabschieden. Für die Umkehr zurück zum System müsse daher „das Gleiche“ gelten. Die OFD und das FinMin NRW würden daher eine restriktive Auslegung des § 371 AO praktizieren und damit eine bewusste und vollständige Rückkehr ins System erwarten. Er geht auf die vom BGH am 20.05.2010 genannten Voraussetzungen einer strafbefreienden Selbstanzeige ein. Im Folgenden stellt

er die Reformüberlegungen des Gesetzgebers und die Diskussion um die komplette Abschaffung der Selbstanzeige dar. Er persönlich spreche sich für den Erhalt der Selbstanzeige aus, auch aus fiskalischen Gründen. Denn beispielsweise im Zusammenhang mit dem „Ankauf von Steuerdaten“ sei aufgrund von Selbstanzeigen ein Steuermehrergebnis von ca. 2 Mrd. € erzielt worden, was er aus fiskalisch geprägter Sicht nicht missen wolle. Das Ergebnis des Gesetzgebungsverfahrens halte er persönlich jedoch für nicht gelungen.

Er stellt sodann den neu geregelten Inhalt von Selbstanzeigen dar. Eingehend erläutert er, was der Ausschluss von Teil- und Stufenselbstanzeigen bedeute. Zur Thematik des „Selbstanzeigeverbundes“ und der sog. „Infektionswirkung“ führt er beispielhaft aus, in welchen Fällen unvollständige Selbstanzeigen unwirksam würden. Dabei gelte die Infektionswirkung nach Ansicht der Finanzverwaltung auch dann, wenn ein „Zusammenhang“ bestehe. Die sei beispielsweise der Fall, wenn nur die Einkommensteuer berichtet werde, obwohl ein Zusammenhang mit der Umsatzsteuer bestehe. Dann halte die Finanzverwaltung die Selbstanzeige für insgesamt unwirksam.

Zur Thematik der Geringfügigkeitsgrenze für Abweichungen bei der Selbstanzeige weist Herr Armbruster auf die Wichtigkeit der Gesamtwürdigung hin. So könne insb. wegen gebotener restriktiver Auslegung bei bewusst vorgenommenen Abweichungen („Herumtaktieren“) auch bei Abweichungen unter 5 % keine Geringfügigkeit angenommen werden. Zu dem Problemfeld des § 398a AO führt er aus, dass die Finanzverwaltung die Zahlung der 5 % als persönlichen Schuldausgleich von jedem Beteiligten verlange, es also beispielsweise bei fünf Beteiligten zu einer Summierung auf 25 % kommen könne. Er weist darauf hin, dass Teilnehmer nach Ansicht der Finanzverwaltung nicht unter den § 398a AO fallen würden und der Rechtsweg bei § 398a AO „nur“ über die Hauptverhandlung führe. In der Praxis informiere die Finanzverwaltung den Steuerpflichtigen mit einem sog. „informativem Anschreiben“ ohne Verwaltungsaktqualität über dessen Wahl zwischen Anwendung des § 398a AO und dem Weg in die Hauptverhandlung. Für die Form dieser Anschreiben hätten in der Praxis zunächst Formulierungshilfen etc. gefehlt, was die Finanzbehörden vor praktische Probleme gestellt habe.

Herr Armbruster zeigt einige Problemfelder der Selbstanzeige auf. U.a. geht er dabei auf die Frage ein, ob bei der Bekanntgabe von Prüfungsanordnungen die Bekanntgabefiktion mit der Folge gelte, dass ggf. zwischen tatsächlicher früherer Bekanntgabe und Ablauf der Dreitagesfrist eine Selbstanzeige ohne Sperrwirkung möglich sei. Nach Ansicht der Finanzverwaltung sei dies möglich. Die Alternative der Bekanntgabe von Prüfungsanordnungen per PZU stelle aus Kostengründen ein Problem dar. Zur Frage des Wiederauflebens der Selbstanzeigemöglichkeit gibt er zu bedenken, dass dies aufgrund der restriktiven Auslegung eigentlich nicht möglich sei. Daraus ergebe sich jedoch das Problem, dass z.B. im Falle der Anschlussprüfungen faktisch keine Selbstanzeige mehr möglich sei. Dass § 398a AO nur den Fall der hinterzogenen Steuer, nicht jedoch den der „Erlangung eines ungerechtfertigten Steuervorteils“ regle und damit nicht den Fall eines unrichtigen Feststellungsbescheides, stelle nach Ansicht von Herrn Armbruster eine planwidrige Gesetzeslücke dar.

5) Diskussion

a) Zur Neuregelung des § 371 AO

Herr Prof. Seer beginnt die Diskussion mit einer eigenen Einschätzung der Gesetzeslage. Als er selbst im damaligen Gesetzgebungsverfahren im Finanzausschuss als Sachverständiger geladen war, habe er versucht, klar zu machen, dass der damalige § 371 AO sich bewährt habe und eine Änderung seiner Meinung nach keinen Sinn mache. Die neue Fassung des § 371 AO berge Rechtsunsicherheit im Hinblick darauf, wann und wann nicht eine Selbstanzeige strafbefreiende Wirkung entfalte. Dies bedeute einen Verlust an Rechtsstaatlichkeit. Daher kritisiere er als neutraler Wissenschaftler, der weder im Lager der Finanzverwaltung noch in dem der Beraterschaft stehe, den neugefassten § 371 AO. Er weist darauf hin, dass Herr Herrmann aus der Finanzverwaltung Koblenz, und er sich im Finanzausschuss insoweit einig gewesen seien. Überhaupt seien die Stimmen, die den § 371 AO haben verschärfen wollen, nicht aus der Finanzverwaltung, sondern aus der Politik gekommen. Der neugefasste § 371 AO sei damit aus purem politischen Raum in die AO gekommen. Mit der neuen Ge-

setzeslage müsse man jedoch nun zurecht kommen. Unter Hinweis auf die zuvor dargelegten Probleme dieser Gesetzeslage fragt er *Herrn Dr. Adick*, wie damit nun in der Beratungspraxis umgegangen würde und wie dieser betroffene Steuerpflichtige berate.

Herr Dr. Adick stimmt in vielen Punkten den Referaten von *Herrn Hunsmann* und *Herrn Armbruster* zu. Viele im Gesetzgebungsverfahren noch strittige Punkte, seien inzwischen weitgehend in Literatur und Praxis geklärt, z.B. dass die Teilselbstanzeige wohl nicht mehr möglich sei. Im Allgemeinen erkenne *Herr Dr. Adick* jedoch eine Verschärfung des Klimas seit dem Beschluss des BGH aus Dezember 2008 zur Strafzumessung bei Steuerhinterziehungen. Er bemängelt, dass die Diskussion nicht sachlich geführt werde, sondern moralisierend und mit fast religiösen Tönen, wenn von „Steuersündern“ oder dem „Ablasshandel“ gesprochen werde. Es gebe nicht den Straftäter, nicht den Steuerhinterzieher per se. Die moralischen Aspekte würden nicht in die Reformdiskussion gehören. Es müsse von Seiten des Stpfl. nicht erwartet werden „alles“ zu tun, um in die Steuerehrlichkeit zurückzukehren. Denn er hege Zweifel an der Freiwilligkeit und Wahlmöglichkeit i.R.v. § 398a AO, wenn dem Stpfl. das Risiko der Eröffnung der Hauptverhandlung drohe. Dieses öffentliche Verfahren sei für viele Steuerpflichtige keine Option und dies stelle für die Beratung ein Problem dar.

Herr Prof. Seer richtet sich nun an *Herrn Armbruster*. Dieser habe zu Beginn seines Referats eine Einteilung in zwei Gruppen von Steuerpflichtigen anhand des Kriteriums des Vorsatzes vorgenommen. Dabei habe *Herr Armbruster* richtigerweise festgestellt, dass in der vorsatzlosen Gruppe lediglich eine berichtigte Steuererklärung nach § 153 AO angenommen werde und kein Fall der Selbstanzeige vorliege. *Herr Prof. Seer* kritisiere jedoch, dass die Finanzverwaltung sich in der Vergangenheit in der Praxis mit dem Vorliegen eines Vorsatzes und der Abgrenzungsproblematik zwischen bewusster Fahrlässigkeit und dolus eventualis zu wenig beschäftigt habe.

Er fragt nun *Herrn Armbruster*, inwieweit in der Praxis eine exakte Abgrenzung erfolge und ob der Vorsatz von der Finanzverwaltung geprüft werde. *Herr Armbruster* gibt zu, dass es zu Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen der berichtigenden Steuererklärung nach § 153 AO und der Selbstanzeige (§ 371 AO) kommen könne und erkenne die Probleme auf Seiten der Beraterschaft an. Er skizziert die Entwicklung. Früher seien Fälle, in denen der Steuerpflichtige seine Steuererklärung nachträglich geändert habe, ohne Annahme einer Selbstanzeige weitgehend vom Veranlagungsbezirk in den Finanzämtern ohne Einschaltung der StraBu-Stellen erledigt worden. Heute würden die Veranlagungsstellen aber hinsichtlich der Thematik „Selbstanzeige“ sensibilisiert, sodass bei Verdacht einer Steuerverkürzung schneller die StraBu-Stellen eingeschaltet würden.

Herr Prof. Seer fragt daraufhin *Herrn Dr. Adick*, ob die Darlegung, dass kein Vorsatz vorliege, in der Beratungspraxis nicht ein möglicher Weg wäre, der Selbstanzeigeproblematik zu entgegen. *Herr Dr. Adick* antwortet, dass es für den Mandanten nur der zweitbeste Weg sei, die Verteidigung auf das Fehlen des subjektiven Tatbestandes aufzubauen. Eine Verteidigungsstrategie über den objektiven Tatbestand, dass schon gar keine Hinterziehung oder leichtfertige Verkürzung vorliege, sei der bessere Weg. Um sich abzusichern, empfiehlt er, die berichtigende Steuererklärung so zu verfassen, dass sie den Voraussetzungen einer Selbstanzeige genüge. Er berichtet aus der Praxis, dass vor allem im Bereich der Umsatzsteuer die Berichtigungen von den Finanzämtern als Selbstanzeigen behandelt würden, auch wenn objektiv kein Interesse des Steuerpflichtigen an einer Steuerverkürzung vorliegen könne. Der Vorwurf einer leichtfertigen Steuerverkürzung wegen des Organisationsverschuldens stehe dann schnell im Raum.

b) Zu § 398a AO

Herr Prof. Seer selbst verfolge bzgl. der 50.000 €-Grenze des § 398a AO eine wirtschaftliche Betrachtungsweise. Der Betrag solle den Schaden abbilden. Dieser bestehe jedoch nur im Vollzugsschaden. Er möchte von *Herrn Dr. Hunsmann* wissen, wie dieser als Richter die im Rahmen der Impulsreferate aufgeworfenen Problematik der Steuerverkürzung auf Zeit (Zinsschaden) im Zusammenhang mit der betragsmäßigen Grenze des § 398a AO beurteile. *Herr Dr. Hunsmann* antwortet, dass die Justiz eine Lösung über die Strafzumessung vornehme. Der tatbestandsmäßige Erfolg liege nicht im Zinsschaden, sondern sei durch § 370 AO

determiniert. Eine Lösung erfolge entweder über die Strafzumessung oder den „Rettungsanker“ des § 153a StPO, der gleichwertig neben dem § 398a AO stehe.

Herr Dr. Adick bemerkt, dass § 153a StPO und § 398a AO sich in den Rechtsfolgen unterscheiden würden, weil bei § 153a StPO ein beschränkter Strafklageverbrauch eintrete, was bei § 398a AO nicht der Fall sei, und kritisiert den Gesetzgeber für diese Entscheidung. *Herr Rolletschke* gibt zu bedenken, ob nicht eine Überinterpretation der Parallelität der Vorschriften vorliege. Vorbild des § 398a AO seien zwar die §§ 153 ff. StPO gewesen. Das Verfahren sei bei § 398a AO vom Gesetzgeber bewusst nicht geregelt worden, um die Zustimmungsbefähigung im Bundesrat zu umgehen. Damit scheidet auch eine analoge Anwendung des Strafklageverbrauchs aus.

Herr Dr. Hunsmann weist darauf hin, dass mit § 398a AO eine Anlehnung an § 153a StPO gewollt gewesen sei. Kritisch sehe er es aber, wenn Regelungen des § 153a StPO teilweise nicht in den § 398a AO übernommen worden seien. Dann habe der Gesetzgeber die Parallele zu § 153a StPO gesehen, aber von einer gleichen Regelung bei § 398a AO abgesehen. Es bestehe damit keine planwidrige Lücke, die etwa durch eine entsprechende Anwendung des § 153a StPO geschlossen werden könnte. Dazu führt er als Beispiel die Rückerstattung auf § 153a Abs. 1 Satz 6 StPO, die bei teilweise erbrachter Leistung keine Rückerstattung im Falle der Nichterfüllung der Auflage vor. Da § 398a AO eine entsprechende Regelung nicht enthalte, müsse mangels entsprechender Anwendbarkeit des § 153a StPO eine Erstattung erfolgen. Die Nichtzulassung der Analogie habe daher mal Vor-, mal Nachteile für den Steuerpflichtigen.

Herr Prof. Seer sieht es kritisch, dem Gesetzgeber eine solche Genauigkeit zu unterstellen und erhält dafür Beifall aus dem Publikum. Zudem hinterfragt er kritisch, ob im Falle der Entdeckung von mit *dolus eventualis* vorgenommenen Warenfehlbewertungen der § 398a AO Anwendung finde, da es wegen überperiodischer Kompensation bloß zu Scheinmehrergebnissen komme. Er appelliert dafür, bei der Anwendung des § 398a AO mehr Kreativität zu entwickeln, insbesondere für den erwähnten Zinsfall bei der Steuerverkürzung auf Zeit. So spreche § 398a AO zwar von „Hinterziehungsbetrag“, § 371 Abs. 2 Nr. 3 AO n.F. allerdings auch von erlangtem „Steuervorteil“. *Herr Prof. Seer* fragt daher, ob im Fall der Steuerverkürzung auf Zeit (Steuer über 50.000 €) nicht eher nur der Zins (unter 50.000 €) einen Steuervorteil darstelle und § 398a AO dann nicht anwendbar sei.

Herr Rolletschke zeigt die Historie des Gesetzes auf. § 371 Abs. 2 Nr. 3 AO lehne sich an die Formulierungen des § 376 Abs. 1 AO a.F. (verlängerte Verjährungsfristen) an. Gesetzestech-nisch seien die Regelbeispiele der Strafzumessung zu echten Tatbestandsmerkmalen auf-gewertet worden. Vor diesem Hintergrund dürfe man jetzt aber nicht auf den Nominalwert abstellen, sondern lediglich auf den Verzugsschaden. Denn auch vorher sei kein besonders schwerer Fall angenommen worden, wenn der Steuerschaden nur bei 0,5 % pro angefangenem Monat des Verzugs lag. Dieser Gedanke solle auch für den neuen § 371 AO Geltung haben. *Herr Prof. Seer* empfindet dies als überzeugend und fragt, was die Justiz davon halte.

Herr Dr. Hunsmann hält es für konsequent, die Anwendbarkeit des § 398a AO hinsichtlich der Fälle der Steuerverkürzung auf Zeit gleich den Kompensationsfällen zu behandeln. Er betont, dass die Justiz an die Rechtsprechung des BGH gebunden sei, aber für o.g. Problemfälle den „Rettungsanker“ des § 153a StPO anwenden könne.

Herr Rolletschke schildert den Fall, dass 50.001 € an Steuern wegen einer falschen Voran-meldung zu spät festgesetzt werden und fragt, wie der weitere Verfahrensablauf aussehen müsste. Die Staatsanwaltschaft könne nur über § 153 StPO einstellen, der Weg über § 398a sei wegen Überschreitung der 50.000 €-Grenze (Nominalbetrag) verwehrt. Wenn ein Straf-befehl beantragt würde, müsste der Richter bei der Strafzumessung aber wegen des ver-gleichsweise geringwertigen Verzugsschadens eine Bagatelldstrafe aussprechen (z.B. mind. 5 Tagessätze). *Herr Prof. Seer* stimmt dem zu.

Herr Dr. Hunsmann fühlt sich gebunden, das Verfahren dann in die Hauptverhandlung zu bringen. *Herr Prof. Seer* fragt kritisch, ob dies nicht eine Absurdität aufzeige und für Betroffene schwer zu verstehen sei. Er fragt *Herrn Dr. Adick*, wie in der Beratung damit umgegangen werde. *Herr Dr. Adick* antwortet, dass dieses Wertungsgefälle dem Mandanten kaum zu ver-mitteln sei und die Entscheidung erschwere, ob man es bis zur Hauptverhandlung kommen

lasse. Es gebe zudem keine verlässliche bundeseinheitliche Praxis der Strafverfolgungsbehörden. § 153a StPO sei aber meist die billigere Lösung, bei verständigen Verfahrensbeteiligten. Innerhalb des § 153a StPO gebe es auch Verwerfungen. Er bezweifelt, dass das öffentliche Interesse i.S.d. Norm mit der Höhe des Steuerschadens gleichzusetzen sei.

Herr Dr. Hunsmann weist darauf hin, dass die Anwendung des § 398a AO den sichereren, wenn auch nicht den billigeren Weg darstelle, da dieser zwingend zu einer Nichtverfolgung führe, während die Verfahrenseinstellung nach § 153a StPO der Staatsanwaltschaft obliege. *Herr Dr. Adick* stimmt *Herr Dr. Hunsmann* insoweit zu, als dass es sich bei § 398a AO um eine gebundene Entscheidung handele. Er merkt aber an, dass bei solchen Fällen nicht nur Sanktionen wegen einer Steuerhinterziehung drohen würden, sondern zugleich auch z.B. wegen Kreditbetruges oder Subventionsbetruges. Somit sei ein Vorgehen über § 153a StPO häufig sinnvoller.

c) Rechtsschutz im Fall des § 398a AO

Herr Prof. Seer richtet sich an *Herrn Armbruster* und zeigt zwar Verständnis für die praktischen Anwendungsprobleme der Finanzverwaltung bzgl. des § 398a AO, insb. hinsichtlich des „Informativ-Anschreibens“. Ihm gefalle jedoch die Problemlösung der Finanzverwaltung nicht. Es bestehe ein faktischer Zwang sich der Strafverfolgung auszusetzen um Rechtsschutz zu erlangen. *Herr Prof. Seer* schlägt vor, eine Hinterlegung der 5 %-igen Zuschlagszahlung für den Fall zuzulassen, in dem eine Klärung der Frage notwendig sei, ob z.B. der Zinsfall überhaupt unter § 398a AO falle. Er zweifele an, ob insoweit de lege lata das BVerfG die Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens i.S.d. Art. 19 Abs. 4 GG bejahen würde. Ob ein Fall des § 398a AO vorliege, müsse im Einzelfall – in einem dem Adv-Verfahren vergleichbaren Rahmen – gerichtlich überprüfbar sein.

Herr Dr. Hunsmann stimmt hinsichtlich des Bestehens einer Rechtsschutzproblematik zu. Um überprüfen zu lassen, ob die 50.000 €-Grenze überschritten und damit § 398a AO anwendbar sei, sei eine „Flucht ins Hauptverfahren“ nicht zielführend (vgl. dazu auch Beckemper/Schmitz/Wegner/Wulf, wistra 2011, Heft 08, 281 – 289). Ein Rechtsschutz müsse aber, z.B. analog § 98 Abs. 2 S. 2 StPO, möglich sein. Denn gegen die Einstellung nach § 398a AO sei dies mangels Beschwer nicht möglich. Zu dieser Thematik sei ein Beitrag in Heft 3/2011 der neu erscheinenden „NZWiSt“ (Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht) nachzulesen.

Herr Prof. Seer nimmt unter Anerkennung der Rechtsschutzmöglichkeit analog § 98 Abs. 2 S.2 StPO seine Kritik zurück. Er gibt die Diskussion für das Publikum frei.

d) Wortbeiträge aus dem Publikum

Herr von Wedelstädt fragt nach der zwischen dem 28.4.11 und dem 3.5.11 geltenden Rechtslage. Seiner Ansicht nach gelte in dieser Zwischenzeit nur das vom BGH Entschiedene. Er kritisiert den Gesetzgeber für die Schaffung dieses zeitlichen Nullums. *Herr Armbruster* merkt an, dass aus diesem Zeitraum keine Selbstanzeigen bekannt seien. Es gehe also eher um ein theoretisches Problem. *Herr Dr. Hunsmann* weist darauf hin, dass dieses Problem unter dem Stichwort „Sandwich-Lösung“ im Gesetzgebungsverfahren diskutiert worden sei auch Gegenstand einer kleinen Anfrage (DIE LINKE) gewesen sei.

Aus dem Publikum wird der Fall eines Großunternehmens mit einem ertragsteuerlichen Organkreis aufgezeigt. Bei der Vielzahl von Buchungen bestehe immer eine Unsicherheit, ob alle Steuererklärungen richtig seien. Dies führe in der Praxis zur Korrekturnotwendigkeit. Er nehme an, dass von etwa 100 falschen Steuererklärungen zwei dolosen Charakter hätten. Er wirft zum einen die Frage auf, wer im Konzern bei doloser Fehlbuchung der Täter der Steuerhinterziehung sei. Dies sei in der Praxis schwer feststellbar. Zum anderen fragt er nach der Wirksamkeit einer zweiten Selbstanzeige durch einen zweiten Täter, wenn zuvor im Organkreis bereits eine andere Selbstanzeige durch einen ersten Täter abgegeben worden sei. Schließlich hege er Zweifel an der Richtigkeit der Ansicht, dass die Möglichkeit der Selbstanzeige mit Abschluss einer Außenprüfung wieder auflebe, während der Prüfung eine Selbstanzeige jedoch ausgeschlossen sei.

Herr Prof. Seer weist darauf hin, dass der Sperrtatbestand des § 371 Abs. 2 Nr. 1 lit. a AO ein vertyptes Merkmal der Unfreiwilligkeit darstelle, die sich aus dem Observationsdruck aufgrund der Betriebsprüfung ergebe. Solange die Betriebsprüfung andauere und das Entdeckungsrisiko hoch sei, solle nicht von einer freiwilligen Rückkehr zur Steuerehrlichkeit ausgegangen werden dürfen. Er fragt, ob im Rahmen von Betriebsprüfungen auch das Organisationsverschulden ein Thema sei und gibt dies zur Diskussion frei.

Als Vorbemerkung schildert *Herr Armbruster*, dass der interne Druck durch die Landesrechnungshöfe auf die einzelnen Prüfer gestiegen sei und der Blick für strafrechtliche relevante Sachverhalte geschärft worden sei. Er gibt der Ansicht aus dem Publikum Recht, dass Konzernsachverhalte besonders problematisch seien, da dort wegen der Anschlussprüfungen kein Raum für Selbstanzeigen bleibe. Für den Betriebsprüfer stelle die Prüfung des Vorsatzes vor allem ein Problem dar.

e) Organisationsverschulden und Compliance-Strukturen

Herr Prof. Seer wendet sich mit der Frage an die *Herren Dr. Szesny* und *Dr. Adick*, ob es dem Vorstand helfen könne, wenn er nachweise, dass Compliance-Strukturen im Unternehmen existieren. *Herr Dr. Adick* ist der Ansicht, dass der Nachweis von Compliance-Strukturen die Bemühungen des Unternehmens dokumentiere, Fälle von Steuerverfehlungen zu vermeiden. Dennoch bleibe die Abgrenzung zwischen grober Fahrlässigkeit und bedingtem Vorsatz schwierig. Denn gerade im Konzern nehme man vielleicht sogar billigend in Kauf oder halte es für möglich, dass die Steuererklärungen für die Organgesellschaften nicht richtig seien. Je dichter aber die interne Kontrolle sei, umso eher komme es nicht zum strafrechtlichen Verdacht. Taktisch gebe man lieber berichtigte Steuererklärungen ab als Selbstanzeigen.

Herr Dr. Szesny fügt hinzu, dass er aus der Finanzverwaltung ein großes Verständnis für die komplexen Strukturen im Konzern erfahre. Gleichwohl reiche das Bemühen um Schaffung von Compliance-Strukturen zur Vermeidung von Steuerstraftaten nicht aus um ein Organisationsverschulden zu verneinen. Es könne sich vielmehr auch nachteilhaft auswirken, indem schneller ein Organisationsverschulden angenommen werden könne, wenn dennoch etwas schief laufe. *Herr Dr. Szesny* weist darauf hin, dass sich beispielsweise im Kartellrecht Bemühungen um Compliance-Strukturen nicht sanktionsmindernd auswirken dürften. Ein schlichtes Bemühen reiche nicht aus, wenn die Compliance-Strukturen tatsächlich nicht funktionieren würden. *Herr Dr. Szesny* wendet sich mit der Frage an *Herrn Armbruster*, woraus sich die Infektionswirkung „im Zusammenhang“ stehender Steuerarten nach Ansicht der Finanzverwaltung ergebe. Gemeint sei damit die Aussage von *Herrn Armbruster*, dass eine bzgl. einer Steuerart vollständige Selbstanzeige nach Ansicht der Finanzverwaltung unwirksam werde, weil die Selbstanzeige bzgl. einer mit dieser „im Zusammenhang“ stehenden Steuerart unvollständig gewesen sei. Dies sei nach Ansicht von *Herrn Dr. Szesny* nicht im Gesetzeswortlaut zu finden.

Herr Armbruster erwidert, dass das Merkmal des „Zusammenhangs“ sich aus der Auslegung der Norm ergebe. Wolle sich ein Steuerpflichtiger durch eine Selbstanzeige wieder auf den rechten Weg bringen, so müsse die Selbstanzeige nicht nur die Einkommensteuer umfassen, sondern z.B. auch die mit den dort genannten Umsätzen *zusammenhängende* Umsatzsteuer.

Herr Dr. Hunsmann stimmt *Herrn Dr. Szesny* insoweit zu, als auch er diesen „Zusammenhang“ nicht aus dem Gesetzeswortlaut erkennen könne.

Herr Rolletschke betont, dass das Gesetz auf der Rechtsprechung des 1. Senats des BGH beruhe. Er warnt vor Beratungsfehlern, wenn auch andere Einkunftsarten von der Selbstanzeige umfasst seien müssten, diese aber übersehen würden.

Herr Dr. Szesny empfiehlt für die Praxis eine „größzügigste Schätzung“ zuungunsten des Stpfl., wenn er eine Unwirksamkeit der Selbstanzeige vermeiden wolle. Damit stelle im Tatsächlichen auch die Selbstanzeige eine Strafe für den Stpfl. dar. *Herr Dr. Szesny* will dabei den Begriff „Strafe“ nicht als das verstanden wissen, was der Gesetzgeber als Strafe nennt, sondern aus der Sicht des betroffenen Rechtssubjektes. Eine Strafe liege damit seiner Meinung

nach vor, wenn eine Maßnahme vom betroffenen Rechtssubjekt als Strafe empfunden werde.

Herr Prof. Seer bedankt sich abschließend für die gelungene Veranstaltung und plädiert für eine Wiederholung der Veranstaltung zu gleichem Thema und in gleicher personeller Besetzung in zwei Jahren, um dann die zwischenzeitlichen Entwicklungen der Selbstanzeige-problematik zu reflektieren.

Rezensionen

Prof. Dr. Dennis Bock, Jena

Grützner/Pötz/Kreß, Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen

C.F. Müller, Heidelberg u.a., 3. Aufl., Loseblatt, Stand: September, 8976 Seiten, 249,95 Euro zzgl. Aktualisierungslieferungen; 499,95 Euro Apartpreis

1. Bei dem Werk handelt es sich um eine umfassende Erläuterung aller Aspekte der Internationalen Rechtshilfe in Strafsachen mit (bereits vorweg gesagt) beeindruckendem Umfang und ebensolcher Qualität. Es handelt sich neben dem Werk von Schomburg/Lagodny/Gless/Hackner (Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 4. Aufl. 2006) um das absolute Standardwerk für all diejenigen, die sich mit diesem schwierigen Thema befassen müssen, welches von enormer praktischer Bedeutung, aber wissenschaftlich noch immer allzu oft stiefmütterlich behandelt wird. Die gängigen Lehrbücher des Internationalen Strafrechts widmen sich diesem Thema trotz der großen Bedeutung für Justiz und Anwaltschaft i.d.R. gar nicht, was auch an der schwierig zu gestaltenden didaktischen Durchdringung liegen wird.
2. Umso verdienstvoller ist es, dass Vogel in seinen Erläuterungen vor § 1 IRG auf 196 (!) Seiten im Prinzip ein eigenständiges Lehrbuch über Gegenstand, Strukturen, Quellen und Grundbegriffe der strafrechtlichen Rechtshilfe verfasst hat. Diesem und anderen Teilen des Kommentars sind baldige Aktualisierungen zu wünschen, die insbesondere der völlig veränderten europarechtlichen Lage Rechnung tragen – eine gewiss herkulische Aufgabe für die zwar wissenschaftlich und praktisch versierten, aber angesichts der Stoffmenge nicht allzu zahlreichen Verfasser.
3. Über die geschichtliche Entstehung des Werks, seine Herausgeber und Verfasser sowie die Zielsetzung geben das Vorwort zur 3. Auflage sowie die weiteren abgedruckten Vorworte Auskunft. Besonders erwähnenswert ist die wertvolle Kooperation von Wissenschaftlern (etwa Kreß, Vogel, Böse, Burchard) und Praktikern (etwa Pötz, Grotz, Jacoby, Johnson, MacLean, Gercke, Burr), die einerseits sicherstellt, dass die Zielgruppen in Praxis und Wissenschaft zuverlässig zufrieden gestellt werden, andererseits zeigt, wie Theorie und Praxis einander von Gewinn sind und kein Gegensatz.
4. Die immense Wichtigkeit internationaler Strafverfolgung in einer globalisierten Welt und folglich globalisierter Kriminalität gerade für einen Staat mit vielen Grenznachbarn wie Deutschland bedarf sicher keiner Erläuterung mehr. Die Rechtshilfedezernenten der Staatsanwaltschaften tragen wohl die Hauptlast bei der Bewältigung dieser (völkerrechtlich und diplomatisch) heiklen und (angesichts der Vielzahl zu beachtender Rechtsakte) komplexen und unübersichtlichen Rechtsmaterie. Ein Nachschlagewerk wie das vorliegende macht eine effektive und effiziente Rechtshilfetätigkeit überhaupt erst möglich.
5. Das Werk erscheint in 5 Ordnern. Eine Inhaltsübersicht, die jedem Ordner vorgeheftet ist, ermöglicht eine rasche Orientierung. Der erste Ordner enthält außer einem Inhaltsverzeichnis die Erläuterungen zum IRG bis § 77; der zweite Ordner enthält die restliche Kommentierung zum IRG, begleitende Bestimmungen und den ersten Teil der bilateralen Rechtsbeziehungen inkl. Vorbemerkungen; im dritten Ordner werden der Abdruck und die Erläuterung der bilateralen Rechtsakte fortgesetzt und Abdruck und Erläuterung der multilateralen Rechtsakte begonnen, was im vierten und fünften Ordner fortgesetzt wird (zunächst allgemeine Rechtsakte – wiederum gegliedert in Auslieferung und Übergabe, Vollstreckungshilfe, sonstige Rechtshilfe-, dann deliktsspezifische Rechtsakte). Abschließend findet sich im

fünften Ordner der Teil IV zur supra- und internationalen Strafgerichtsbarkeit sowie – Teil V – zum ausländischen Rechtshilferecht.

6. Die Kommentierung des IRG ist von beeindruckender Gründlichkeit und Genauigkeit; eine Rezension einzelner Aussagen erscheint hier wenig sinnvoll. Einzig zu wünschen bleibt, dass die Bearbeiter mit den Aktualisierungen in diesem sich stürmisch entwickelnden Rechtsgebiet „hinterherkommen“
7. Die nach Staaten alphabetisch geordneten bilateralen Abkommen und Ergänzungen werden nicht nur abgedruckt (teils mangels deutscher Übersetzung – leider – in Englisch oder den amtlichen Sprachen des betreffenden Landes), sondern auch mit wertvollen Vorbemerkungen versehen, die auch sehr hilfreiche Übersichten und weiterführende Querverweise enthalten. Existierende Rspr. und Literatur wird rezipiert. Innerhalb des jeweiligen Staates wird übersichtlich nach verschiedenen Aspekten der Rechtshilfe gegliedert. Die Literaturverzeichnisse lassen – soweit vorhanden – keinen Wunsch offen (vgl. z.B. Frankreich S. 1f), existieren aber nur für manche Staaten (neben Frankreich z.B. für die Türkei, S. 1). Das Desiderat umfangreicher Aktualisierungen gilt auch für diesen bilateralen Teil.
8. Auch die multilateralen Rechtsakte – allgemeine und deliktsspezifische – werden durch Vorbemerkungen erläutert; qualitativ gilt das o.A., auch bzgl. des Desiderats umfangreicher Aktualisierungen (vgl. aber z.B. Grotz zum Übk von Schengen, Stand September 2011, inkl. Literaturverzeichnis und umfangreichen Vorbemerkungen).
9. Insgesamt ist das Werk ein Mammutprojekt mit beeindruckender Qualität und Quantität. Jeder mit Rechtshilfe befaste Wissenschaftler oder Praktiker wird es nicht nur mit Gewinn heranziehen; seine Arbeit wäre ohne den Grützner/Pötz/Kreß wohl schlichtweg nicht möglich. Die Rechtshilfedezernenten und die mit Rechtshilfe befassten Rechtsanwälte kommen um das Werk mithin ohnehin nicht herum; zu wünschen bleibt – aus Sicht eines Hochschullehrers –, dass auch die zunehmend europäisierte und internationalisierte Strafrechtswissenschaft (nach Entdeckung der EMRK, des Strafanwendungsrechts der § 3ff. StGB, des Völkerstrafrechts und der strafrechtlichen Vorschriften der Europäischen Union) sich verstärkt auch diesem evtl. praxisrelevantesten Gebiet des sog. Internationalen Strafrecht (i.w.S.) widmet. Das rezensierte Werk liefert hierfür eine wunderbare Grundlage.

WisteV-Preis

RA Christian Rosinus, Frankfurt

Die Sanktionierung von Unternehmen unter besonderer Berücksichtigung von Compliance-Maßnahmen – eine rechtsvergleichende Analyse des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts in Deutschland und den USA

Von Dr. Marc Engelhart,¹ Strafrechtliche Forschungsberichte, Berlin 2010, 889 S.

Die Arbeit wurde an der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwig-Universität Freiburg im Wintersemester 2009/2010 zur Dissertation angenommen und mit summa cum laude bewertet. Einschlägige Gesetzesänderungen, Literatur und Rechtsprechung wurden bis Anfang des Jahres 2010 berücksichtigt. Der Autor erstellte die Arbeit während seiner Zeit als wissenschaftlicher Referent am Max-Planck-Institut für ausländisches Recht und internationales Strafrecht in Freiburg. Der Autor ist derzeit als Rechtsanwalt tätig.

Die Arbeit widmet sich dem Problemkreis der Sanktionierung von Unternehmen im Bereich des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts. Gegenstand sind grundlegende Fragen zur straf- und ordnungswidrigkeitenrechtlichen Verantwortung von Unternehmen, insbesondere im Hinblick darauf, dass die derzeitige Compliance-Diskussion eine enge Anknüpfung an staatliche Sanktionsnormen erfordert. Die Arbeit ist rechtsvergleichend angelegt. Sie stellt zum einen die Rechtsgrundlagen der Sanktionierung von Unternehmen in den Vereinigten

¹ Dr. Marc Engelhart ist Preisträger des WisteV-Preis 2012.

Staaten von Amerika (USA) und zum anderen die entsprechenden Sanktionierungsvorschriften des deutschen Rechts dar und vergleicht diese.

Nach einer Einführung im ersten Kapitel wird zunächst im zweiten Kapitel die Rechtslage in den USA dargestellt. Neben Ausführungen zum amerikanischen Strafrecht werden Strafzumessungspraxis bei Unternehmensstrafen und die Bedeutung von Compliance in diesem Kontext erörtert. Das dritte Kapitel widmet sich dem deutschen Recht. Dort werden das Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht insbesondere in Hinblick auf die „Verbandsverantwortlichkeit“ behandelt, wie etwa Grundlage und Zumessung der Unternehmensgeldbuße nach § 30 OWiG, Verfahrensgrundsätze und die Bedeutung von Compliance. Das vierte Kapitel widmet sich der Rechtsvergleichung und gibt einen tiefgehenden Blick auf die Rechtswirklichkeit und die Regulierung Unternehmenssanktionierung in den USA und Deutschland mit seinen Bezügen zu Compliance. Im sich anschließenden fünften Kapitel werden rechtspolitische Fragen aufgeworfen. Dort finden sich neben ersten Ansätzen zur Bestimmung der wesentlichen Elemente eines Compliance-Programmes auch der Entwurf eines Unternehmenssanktionsgesetzes. Im sechsten Kapitel rundet eine Zusammenfassung die Arbeit ab.

Der Autor bietet eine ausführliche Darstellung der Voraussetzungen der Sanktionierung von Unternehmen nach amerikanischem Bundesstrafrecht. Insoweit bietet die Arbeit einen tiefgreifenden Überblick über die Unternehmensstrafbarkeit in den USA, die Grundsätze der Strafbarkeit von Unternehmen und der Strafzumessung, insbesondere bzgl. des Konzepts der sogenannten Strafzumessungsrichtlinien (US Sentencing Guidelines) sowie der damit verbundenen gerichtlichen und staatsanwaltschaftlichen Praxis. Diese Darstellung gibt dem Unternehmenspraktiker oder Berater, der mit einem entsprechenden Verfahren in den USA in Berührung kommt, einen ausgezeichneten und verständlichen Überblick. Die Darstellung ist nahezu lehrbuchartig und sowohl geeignet für den ersten Überblick als auch als Ausgangspunkt für tiefere Fragen. Gerade im Umgang mit US-Praktikern, sei es im Unternehmen, sei es von beratender anwaltlicher Seite kann es außerordentlich hilfreich sein, entsprechendes Grundlagenwissen parat zu haben und Kompetenz auch über den Tellerand hinaus zu vermitteln und die „richtigen Fragen“ zu stellen. Bezüglich der Implementierung und Strukturierung von Compliance-Programmen liefert die Arbeit zwar erste Hinweise, diese geben im Ergebnis jedoch die allgemeinen und in den meisten Publikationen vertretenen Ansätze wieder.

Nach alledem erscheint die Arbeit – trotz ihres Umfangs – gerade für praktische Zwecke, insbesondere für Unternehmen und Berater, die sich mit Strafverfahren und Ermittlungsverfahren im grenzüberschreitenden Bereich USA/Deutschland auseinanderzusetzen haben, als hilfreich und wertvoll, da die Brücke zwischen dem US-Recht und dem deutschen Recht geschlagen wird und insoweit Verständnis für Gemeinsamkeiten und Unterschiede geschaffen wird. Auch im Bereich der häufig vorkommenden „Überstülpung“ von US Compliance Bestimmungen auf deutsche Unternehmen, insbesondere deutsche Tochtergesellschaften von US-Unternehmen, kann die Arbeit Anstöße geben, das Bewusstsein in der Unternehmenspraxis für wechselseitige Bedürfnisse und Anforderungen zu wecken.

das verbindende Element

Wirtschaftsstrafrecht



Wirtschaftsstrafrechtliche Vereinigung e. V., WisteV

Kaum eine andere juristische Disziplin ist so stark mit anderen Rechts- und Fachgebieten vernetzt, wie die des Wirtschaftsstrafrechts. Deshalb ist hier ein interdisziplinärer Austausch von herausragender Bedeutung – im Idealfall unter Einbeziehung aller handelnden Parteien. Hier greift WisteV ein. Der Verein bringt alle Akteure und Aspekte dieses fachübergreifenden Gebiets an einen Tisch: WisteV geht an die Schnittstellen, beleuchtet fachliche Sonderproblematiken, eröffnet Dialoge und schafft Sensibilität für strafrechtliche Risiken im Wirtschaftsleben.

WisteV ist ein als gemeinnützig anerkannter bundesweit tätiger Verein, der sich insbesondere die Förderung der Wissenschaft und Lehre sowie den praktischen Austausch auf dem Gebiet des Wirtschaftsstrafrechts und der angrenzenden Rechts- und Tätigkeitsgebiete zum Ziel gesetzt hat.

WisteV wendet sich dabei an jeden, der sich für Wirtschaftsstrafrecht und seine Bezüge zu anderen Rechtsgebieten und Tätigkeitsbereichen interessiert.

Hierzu gehören insbesondere Rechtsanwälte, Personen, die in Unternehmen in den Bereichen Compliance und Recht tätig sind, Berater im Bereich Fraud bzw. Forensic Services, Wissenschaftler sowie Angehörige von Justiz und Verwaltung.

Vor diesem Hintergrund legt WisteV ein Hauptaugenmerk auf den interdisziplinären Austausch, wobei die Beschäftigung mit dem Wirtschaftsstrafrecht im weitesten Sinne das verbindende Element darstellt.

WisteV ist eine junge Vereinigung. Sie lebt von den Ideen, Beiträgen und der gestaltenden Mitarbeit ihrer Mitglieder.

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

WisteV

Wirtschaftsstrafrechtliche Vereinigung e.V.

Wer steht am Steuer?



**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