

Spitzenmanager und die Strafjustiz

Rechtsanwältin Dr. Imme Roxin

I. Einleitung

Es vergeht kaum ein Tag, an dem nicht in den Medien von Spitzenmanagern berichtet wird, gegen die ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren eingeleitet worden ist oder die sich gar vor Gericht wegen strafrechtlicher Vorwürfe verantworten müssen. Das war vor 20 Jahren nicht der Fall. Stehen also an der Spitze unserer Unternehmen in neuerer Zeit Persönlichkeiten mit krimineller Energie, sind unsere Strafgesetze verschärft worden? Ist unsere Justiz verfolgungswütiger geworden? Oder spielt auch bei diesem Phänomen die Globalisierung eine Rolle? Vielleicht ist auch meine Eingangsbemerkung unzutreffend, und nur die Allgegenwärtigkeit und Macht der Medien führt zu unserer Wahrnehmung.

Es ist wohl von allem etwas.

Da ich davon ausgegangen bin, dass ich in diesem Kreis nur teilweise vor Juristen spreche, habe ich keinen wissenschaftlichen Vortrag konzipiert, sondern einen möglichst allgemeinverständlichen.

1. Beginnen wir mit den Medien:

Der Fall Ackermann hat großes Aufsehen erregt. Über das Verfahren vor dem LG Düsseldorf, das sich über sechs Monate hinzog, wurde immer wieder ausführlich berichtet. Man liest nahezu täglich etwas über die ehemaligen Vorstände der BayernLB und über den angeblich viel zu teuren Kauf der Kärntner Bank HGAA. Dasselbe gilt für ehemalige Siemens-Manager im Zusammenhang mit Bestechung im internationalen geschäftlichen Verkehr und Untreue sowie für die früheren Vorstände von MAN und Ferrostaal.

Damit will ich sagen: Der flüchtige Leser muss den Eindruck gewinnen, es handele sich um immer neue vermeintlich oder tatsächlich mit dem Strafgesetz in Konflikt geratene Spitzenmanager. Man darf dabei nicht übersehen, dass es sich über Wochen, Monate,

manchmal über Jahre hinweg vielfach um dieselben Sachverhalte handelt. Diese Sachverhalte sind in aller Regel in den Jahren bis 2008 angesiedelt. Dies gilt auch für die angebliche Steuerhinterziehung bzw. Mithilfe dazu durch die Unicreditbank im Zusammenhang mit den cum/ex-Trades um den Dividendenstichtag. Freilich stammen die Vorwürfe gegenüber der Deutschen Bank aus neuerer Zeit. Man muss abwarten, ob sie sich bewahrheiten. Dennoch meine ich, dass der Fall Siemens erhebliche general- und spezialpräventive Wirkung entfaltet hat.

2. Von einer eigentlichen **Verfolgungswut** der Strafjustiz kann meines Erachtens nur sehr bedingt gesprochen werden. Sicher ist, dass die Strafjustiz keine Scheu hat oder mehr hat, auch Spitzenmanagern strafrechtliche Vorwürfe zu machen. Bei den Staatsanwaltschaften gibt es inzwischen zunehmend Schwerpunktabteilungen mit exzellent geschulten Staatsanwälten für Wirtschaftsstraftaten. Zudem werden Presseartikel mit der Überschrift „Die Justiz soll härter gegen Bankmanager vorgehen“, wie in der FAZ vom 26.09.2012, selbstverständlich auch von Staatsanwälten und Richtern gelesen. Und sie finden noch mehr Aufmerksamkeit, wenn namhafte Strafrechtswissenschaftler, Kollegen meines Mannes, diese Forderung erheben. Bemerkenswerterweise lesen wir in dem zitierten Artikel aber auch von überwiegend zurückhaltenden Staatsanwaltschaften.
3. Auch der von mir erwähnte dritte Gesichtspunkt, möglicherweise **verschärfte Gesetze**, spielt meines Erachtens keine entscheidende Rolle. Die einschlägigen Vorschriften wie Betrug, Untreue, Bestechung im Amt, befinden sich seit langem im Strafgesetzbuch. Eine Verschärfung der Korruptionsvorschriften erfolgte bereits 1997. 2002 wurde auch die Bestechung im ausländischen Wettbewerb für Deutsche unter Strafe stellt.

Allerdings hat sich die Auffassung von der Rolle des Aufsichtsrates im Unternehmen gewandelt, weg von einer eher passiven Haltung hin zu einer aktiven Beaufsichtigung der Geschäftsführung. Nach einer Entscheidung des BGH, der sog. Garmenbeck-Entscheidung, ist der Aufsichtsrat verpflichtet, bei tatsächlichen oder vermeintlichen Fehlern des Vorstandes gegen diesen Schadenersatzansprüche geltend zu machen. Anderenfalls droht dem Aufsichtsrat eine eigene mögliche Strafbarkeit wegen Untreue. Dies führt dazu, dass Spitzenmanager zunehmend wegen angeblichen Fehlverhaltens mit Schadenersatzforderungen konfrontiert werden¹.

¹ Hauschka, (Hrsg) Corporate Compliance 2. Aufl. 2010, RN 19 - 20

-
4. Mein 4. Gesichtspunkt, die **Globalisierung**, spielt, wie ich meine, eine wichtige, wenn nicht gar die entscheidende Rolle bei der Suche nach den Gründen für unsere Ausgangstheese, der zunehmenden Ermittlungen gegen Spitzenmanager.

Es gibt inzwischen das Gesetz zur Bekämpfung internationaler Bestechung und das Europäische Bestechungsgesetz. Die Globalisierung hat die Banken- und Finanzmarktkrise gebracht. In ihrem Gefolge gerieten insbesondere die Banken unter Druck, die sich mit den Asset Backed Securities-Anleihen eingedeckt hatten und nicht über genügend Eigenkapital verfügten, um die Verluste aufzufangen. Infolge der Globalisierung werden auch die Lebenssachverhalte komplexer und komplizierter, ein Faktum, das für die weltweiten Wirtschaftsbeziehungen noch mehr gilt. Schließlich kann die Globalisierung der Wirtschaftsbeziehungen, so ein Kollege meines Mannes erst unlängst in der renommierten Zeitschrift Strafverteidiger, ein im wahrsten Sinne des Wortes Einfallstor für die Durchsetzung von Interessen und Wertvorstellungen der Hoheitsträger eines anderen Staates auf dem Gebiet der BRD sein².

Es sind zwei Faktoren, die in diesem Zusammenhang wichtig sind:

- Die Listung von deutschen Unternehmen an der New Yorker Börse und
- die damit zusammenhängende Zuständigkeit der US Securities and Exchange Commission (SEC), der amerikanischen Börsenaufsichtsbehörde

für die Aufklärung von Verstößen gegen sog. **Compliance-Standards**, also defizitärer organisatorischer Prävention, eben jener an der New Yorker Börse gelisteten Unternehmen³.

Seit die SEC den deutschen Markt entdeckt hat, sind Strafzahlungen deutscher Unternehmen in ungeahnter Höhe fällig geworden: BASF zahlte 225 Mio. USD, Daimler 2006 640 Mio. USD, Siemens 2008 800 Mio. USD⁴. In allen diesen Fällen ging es letztlich um Zahlungen wegen korrupten Verhaltens, da die an der New Yorker Börse gelisteten Unternehmen dem amerikanischen Foreign Corrupt Practises Act (FCPA) unterliegen. Hier haben wir auch eine Ursache für unsere Wahrnehmung vermehrter Strafverfolgung deutscher Manager. Während es BASF und Daimler noch gelungen ist, oh-

² Jahn StV 2009, 41, 43

³ Jahn a.a.O., 41

⁴ Kuhlen, in: Kuhlen/Kudlich/Ortiz de Urbine (Hrsg.), Compliance und Strafrecht, 2013, S. 8: 450 Mio. USD gegenüber dem Departement of Justice (DOJ) wegen Verstoßes gegen den Foreign Corrupt Act und 350 Mio. USD an die SEC im Zivilverfahren Gewinnabschöpfung; Jahn a.a.O., S. 41

ne große öffentliche Aufmerksamkeit die Angelegenheit mit der SEC zu erledigen, hat der Fall Siemens nicht nur größte Aufmerksamkeit in den Medien und bei der Strafjustiz gefunden. Er war zugleich der Startschuss für eine Compliance-Bewegung in Deutschland, die weitere Strafverfahren auch gegenüber Managern in nicht an der New Yorker Börse gelisteten Unternehmen zur Folge hatte, z.B. MAN und Ferrostaal. Es gab und gibt als Folge der Compliance-Welle nicht nur Strafverfahren, sondern auch Ordnungswidrigkeitenverfahren, die für deutsche Unternehmen weitere erhebliche finanzielle Einbußen mit sich brachten. Dieses Mal war der deutsche Staat der Gewinner, 395 Mio. € zahlte Siemens, 150 Mio. € MAN SE, 140 Mio. € Ferrostaal sog. Gewinnabschöpfung wegen Verstoßes von Führungspersonen entweder gegen Strafgesetze oder wegen Aufsichtspflichtverletzung bzw. Organisationsverschulden gem. § 130 OWiG i.V.m. § 30 Abs. 4 OWiG.

Erstes Zwischenergebnis:

Als erstes Zwischenergebnis kann man festhalten, dass in den letzten Jahren die Nennung von Spitzenmanagern im Zusammenhang mit strafrechtlichen Ermittlungsverfahren, die immer auch das Ordnungswidrigkeitenrecht umfassen, zugenommen hat.

II. Die den Managern vorgeworfenen Straftatbestände bzw. Ordnungswidrigkeiten

Aus der Presse ist bekannt, dass Bankmanagern Untreue vorgeworfen wird. Es ist ferner bekannt, dass man bei Siemens, MAN und Ferrostaal von einem Korruptionsskandal spricht, der im Zuge einer Compliance Aufarbeitung ans Tageslicht gekommen ist. Sie werden möglicherweise auch in der Presse von Organisationsverschulden und Gewinnabschöpfung gelesen haben und vielleicht auch von riesigen Schadenersatzforderungen, die Siemens, MAN und Ferrostaal gegen ehemalige Spitzenmanager erheben. So sieht sich z.B. der ehemalige Vorstandsvorsitzende der MAN SE einer Forderung von 297 Mio. € ausgesetzt. Die ehemaligen Vorstände von Siemens haben alle bis auf einen mehrere Mio. € Schadenersatz gezahlt. Wie hängt das zusammen? Was versteht man unter Untreue? Der Begriff Compliance ist zwar in aller Munde. Wie es aber geschehen konnte, dass als Folge einer Compliance-Untersuchung nahezu der gesamte Siemens- bzw. MAN- und Ferrostaal-Vorstand mit straf- oder ordnungswidrigkeitsrechtlichen Vorwürfen konfrontiert und ausgetauscht wurde, dürfte nicht allgemein bekannt sein. Die hohen Schadenersatzforderungen beruhen nur zu einem Teil auf Verstößen der Spitzenmanager gegen Strafgesetze. Vielfach wird ihnen Organisationsverschulden im Zusammenhang mit vermeintlichen Compliance-Verstößen vorgeworfen, das nach § 93 II 1 AktG zu Schadenersatzzahlungen verpflichten soll. Ich denke, eine gewis-

se Kenntnis der von mir soeben aufgelisteten Gesichtspunkte und Vorschriften ist wichtig, um die Vorgänge angemessen beurteilen zu können und die Hintergründe besser zu verstehen. Ich werde sie vereinfachen und an praktischen Beispielen erläutern.

Ich will mit der Untreuevorschrift beginnen:

1. Untreue

Die Strafbarkeit wegen Untreue hat einfach zusammengefasst drei Voraussetzungen:

- Eine besondere Pflichtenstellung im Hinblick auf fremdes Vermögen, z.B. als Organ einer Aktiengesellschaft oder GmbH – Vorstand, Aufsichtsrat oder Geschäftsführer;
- ein pflichtwidriges Handeln und
- ein dadurch hervorgerufener Vermögensschaden bei der Gesellschaft.

Für diese sog. Tatbestandsmerkmale will ich Ihnen vereinfachte Rechtsprechungsbeispiele geben:

1.1. Organstellung und Pflichtwidrigkeit

Den Fall **Mannesmann/Vodafone** kennt jeder aus der Presse. Die Mannesmann AG unter ihrem Vorstandsvorsitzenden Dr. Esser verteidigte sich entschieden gegen die Übernahme durch die Vodafone Airtouch plc, um ein eigenständiges Unternehmen zu erhalten. Zwar konnte die Übernahme nicht abgewendet werden.

Kurz **nach** der Übernahme beschloss der Aufsichtsrat der Mannesmann AG, zu dem auch Herr Dr. Ackermann gehörte, die Zuerkennung einer **freiwilligen** Anerkennungsprämie an Herrn Dr. Esser in Höhe von ca. 16 Mio. € sowie an weitere Vorstandsmitglieder von Mannesmann. Daneben erhielten die Vorstände ihre dienstvertraglich vorgesehenen Abfindungen, die bei Herrn Dr. Esser weitere 15 Mio. € sowie 2 Mio. € zur Abgeltung von Sachansprüchen betragen, insgesamt 33 Mio. €.

Sowohl das LG Düsseldorf als erstinstanzliches Gericht, wie der BGH als Revisionsgericht haben die Pflichtwidrigkeit dieser Vorgehensweise durch die Mitglieder des Aufsichtsrates bejaht. Der Aufsichtsrat muss nach dem Aktiengesetz genau wie der Vorstand den Vorteil der Gesellschaft wahren sowie Nachteile von ihr abwenden. Sowohl für die Vorstände, wie für den Aufsichtsrat ist das Vermögen der Aktiengesellschaft

fremd, weil die Aktiengesellschaft nicht ihnen gehört, sondern eine eigenständige juristische Person ist.

In der BGH-Entscheidung heißt es völlig klar und eindeutig:

„Eine im Dienstvertrag nicht vereinbarte Sonderzahlung für eine geschuldete Leistung, die ausschließlich belohnenden Charakter hat und der Gesellschaft keinen zukunftsbezogenen Nutzen bringen kann, ist pflichtwidrige Verschleuderung des anvertrauten Gesellschaftsvermögens.“

2.2. Unternehmerisches Handeln mit weitem Ermessensspielraum

Beim Mannesmann-Vodafone-Fall war die Pflichtwidrigkeit unschwer festzustellen. Grundsätzlich besteht aber für unternehmerische Führungs- und Gestaltungsaufgaben ein weiter Beurteilungs- und Ermessensspielraum. Unternehmerische Entscheidungen müssen regelmäßig aufgrund einer zukunftsbezogenen Gesamtabwägung von Chancen und Risiken getroffen werden⁵. Ob ein Geschäft gut ausgeht und für das Unternehmen von Nutzen ist, zeigt sich oft erst im Nachhinein. Darauf kann es aber nicht ankommen. Vielmehr muss für die Beurteilung der Pflichtwidrigkeit auf den Zeitpunkt des Handelns abgestellt werden.

In der strafrechtlichen Rechtsprechung ist es anerkannt, dass nicht jeder Verstoß gegen gesellschaftsrechtliche Vorschriften eine strafbare Untreue ist. Vielmehr hat der BGH wegen des weiten Ermessensspielraumes beim unternehmerischen Handeln gefordert, dass die Pflichtverletzung **gravierend** sein muss⁶.

2.3. Risikogeschäfte und Vermögensschaden

2.3.1 Neben der großen Gruppe von „Normalfällen“ mit dem weiten Handlungsspielraum gibt es auch die Geschäfte, die den Charakter des Risikogeschäfts quasi in sich tragen, z.B. Kreditgeschäfte. Auch hier gilt selbstverständlich, dass sich aus dem Fehlschlagen des Geschäftes nicht ohne weiteres auf die Pflichtwidrigkeit im Sinne des Untreuetatbestandes schließen lässt. Bei diesen Risikogeschäften ist bei der Pflichtgemäßheit bzw. Pflichtwidrigkeit zu fragen nach dem Ausmaß des **erlaubten Risikos**. Die Grenzen des insoweit erlaubten Risikos ergeben sich teils aus dem Gesetz, teils aus Vor-

⁵ Beck-OK StGB-Wittig, § 266 Rnr. 19

⁶ ebenso BVerfG StV 2010, 564 Rn. 112

gaben des Unternehmenseigentümers. Wenn weder das Gesetz noch der Geschäftsherr Vorgaben gemacht haben, hat die Rechtsprechung eine recht handliche Generalklausel entwickelt: Die Vertretbarkeitsgrenze ist überschritten, wenn der Handelnde, also z.B. der Vorstand einer AG, nach Art eines Spielers bewusst und entgegen den Regeln kaufmännischer Sorgfalt eine äußerst gesteigerte Verlustgefahr auf sich nimmt, nur um eine höchst zweifelhafte Gewinnaussicht zu erhalten⁷.

Nehmen Sie folgenden Beispielsfall (BGHSt 47, 148):

Eine Sparkasse hatte einen Kredit von 500.000,00 € an einen Unternehmer bewilligt zum Kauf eines Objektes. Bei der Bewilligung ergaben sich folgende Gesichtspunkte:

- Die privaten Vermögensverhältnisse des Unternehmers waren in der Kreditvorlage nicht transparent ausgebreitet;
- das Objekt wurde nicht besichtigt;
- der Wert des Objektes wurde ungeprüft nach den Angaben des Kreditnehmers zugrunde gelegt.

Trotzdem wurde der Kredit bewilligt.

Entscheidend für die Pflichtgemäßheit der Kreditgewährung sei, so der BGH, dass die banküblichen Informations- und Prüfungspflichten eingehalten werden. Auf der Grundlage umfassender Informationen müssen die Risiken, dass der Kredit nicht zurückgezahlt werden kann, gegen die Chancen eines erheblichen Zinseinkommens sorgfältig abgewogen werden. Das war hier wegen der dargelegten Mängel nicht geschehen. Die Leiter der Sparkasse hatten also den Kredit pflichtwidrig ausgezahlt.

2.3.2 Der Sparkasse war mit dem Ausfall des Kredites auch der für den Untreuetatbestand erforderliche **Vermögensnachteil** entstanden.

3. Zwischenergebnis für das Kapitel Untreue:

Überlegt man sich auf der Grundlage der dargestellten Untreuevoraussetzungen, ob die Bankmanager, die ich am Anfang meines Vortrages erwähnte, sich mit dem Ankauf der ABS-Anleihen einer Untreue schuldig gemacht haben, kann man die Zurückhaltung der Staatsanwaltschaft, von der in dem von mir zitierten FAZ-Artikel die Rede war, ver-

⁷ BGH NJW 1990, 3220

stehen. Meines Wissens sind zwar gegen Bankmanager im Zusammenhang mit den ABS-Anleihen strafrechtliche Ermittlungsverfahren eingeleitet worden. Eine Anklageerhebung ist nach einem Presseartikel vom 22.12.2012 vor kurzem aber bislang nur gegen Exvorstände der Landesbank Baden-Württemberg erfolgt.

Der Vermögensschaden steht außer Zweifel. Wie steht es aber mit der Pflichtwidrigkeit des Handelns. Die Bankmanager müssten ihre Informations- und Prüfungspflichten verletzt haben. In Anbetracht der Beurteilung der Anleihen durch die Rating-Agenturen mit AAA, ist eine gravierende Pflichtwidrigkeit keinesfalls auf der Hand liegend. Andererseits vertreten kluge Strafrechtsprofessoren die Auffassung, ab Ende 2006, Anfang 2007 sei erkennbar gewesen, dass die Risiken für dieses Geschäftsmodell unberechenbar werden würden⁸. Selbst wenn man das einmal annehmen würde, müssten die Beteiligten aber außerdem vorsätzlich gehandelt haben. Alle werden entrüstet von sich weisen, auch nur mit der Möglichkeit gerechnet zu haben, dass die Geschäfte zu einem Schaden für die Bank führen würden, den sie billigend in Kauf genommen hätten. Beides ist Voraussetzung für den sog. Eventualvorsatz. So heißt es auch in wissenschaftlichen Abhandlungen, der Vorsatz berge für die Staatsanwaltschaften die größten Probleme⁹. Immerhin haben die Staatsanwaltschaften unlängst Unterstützung erhalten von einem Richter am Bundesgerichtshof. Er hat auf einer Tagung in der Diskussion erklärt, er wisse nicht, warum der Vorsatz solche Schwierigkeiten bereiten sollte. Die Bankmanager hätten nicht gewusst, was hinter den Papieren stecke. Dann hätten sie diese aber auch nicht ankaufen dürfen, sondern hätten ihre Prüfungs- und Informationspflichten verletzt. Wenn dennoch ein Kauf erfolgt, hat man sich mit dem Schadenseintritt abgefunden, ihn billigend in Kauf genommen. Man wird in Anbetracht dieser Situation nicht prognostizieren können, wie die Verfahren ausgehen.

4. Korruption und Bestechung im geschäftlichen Verkehr

- 4.1. Nimmt man nun die von mir eingangs erwähnten Spitzenmanager von Siemens, MAN und Ferrostaal in den Blick, dann geht es zumindest teilweise um Schmiergeldzahlungen zur Erlangung von Aufträgen für die genannten Unternehmen.

Zu beachten ist dabei, dass in Deutschland nicht nur die **Bestechung von Amtsträgern** verboten ist (§ 331 ff. StGB). Darüber hinaus ist auch die Bestechung im geschäftlichen Verkehr strafbar, d.h. es dürfen auch keine Vorteile an Angestellte oder

⁸ Schröder, NJW 2010, 1169, 1174

⁹ Schröder, a.a.O.

Beauftragte eines Unternehmens zur Erlangung eines Auftrages gewährt werden (§ 299 StGB). Seit 2002 gilt dieses Verbot auch für Bestechung im geschäftlichen Verkehr **im Ausland**. Deutsche werden also auch dann bestraft, wenn sie von Deutschland aus im Ausland Firmen bestechen.

Dass sowohl an Amtsträger, wie an Angestellte von Wirtschaftsunternehmen namhafte Beträge zur Erlangung von Aufträgen gezahlt worden sind, ist aus der Presseberichterstattung hinlänglich bekannt. So hat z.B. der ehemalige Vorstandsvorsitzende von MAN Turbo AG vor dem Landgericht München gestanden, dass er zur Erlangung von Aufträgen der Regierung von Kasachstan zum Bau von Kraftwerksturbinen der Vertreterin der Regierung mehrere Mio. € gezahlt habe. Ähnliche Fälle sind von Siemens und Ferrostaal bekannt geworden. Es dürfte kein Zweifel bestehen, dass in solchen Fällen eine strafrechtliche Verurteilung zu Recht erfolgte.

- 4.2. Dies sind im Zusammenhang mit Korruption aber nicht die problematischen Fälle. Dass man Amtsträgern kein Geld oder geldwerte Geschenke zukommen lassen darf, weiß jeder. Ebenso, dass man Aufträge nicht durch Geld hereinholen darf. Heikel wird es dort, wo es um „Hospitality“, d.h. um Gastfreundschaft geht. Auch sie kann in den Blick der Strafjustiz geraten. Dürfen Spitzenmanager Geschäftspartner und ggf. ihre Ehefrauen ins „Tantris“ zum Essen einladen oder in die Oper? Wie steht es mit als Kongressreisen ausgewiesenen Vergnügungsreisen?

Ein vom BGH entschiedener Fall soll die Problematik verdeutlichen (BGH NStZ 2008, 688):

Der Vorstandsvorsitzende eines Energiekonzerns verfügte als Sponsor der Fußball-WM 2006 über Freikarten. Sie übersandte er mit Weihnachtsgrüßen an Minister des Landes Baden-Württemberg und an einen Staatssekretär des Umweltministeriums. Die Bedachten waren mit Angelegenheiten befasst, die für die Geschäftspolitik und den wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens von erheblicher Bedeutung waren. Nach der Verschärfung der Korruptionsvorschriften im Jahr 1997 reicht es zur Verurteilung wegen Vorteilsgewährung aus, dass man den Vorteil nicht zur günstigen Beeinflussung einer bestimmten anstehenden behördlichen Entscheidung gewährt. Ausreichend für die Erfüllung der Vorschrift ist es vielmehr, wenn man sich den Beschenkten nur ganz allgemein gewogen machen will.

Das LG Karlsruhe hat den Manager freigesprochen mit der Begründung, die Minister und der Staatssekretär hätten durch die Freikarten keinen Vorteil erlangt. Sie hätten ohnehin Karten für die WM erhalten. Außerdem sei der Vorteil nicht für die Dienstausbildung erfolgt.

Der BGH hat den Freispruch zwar bestätigt, er hat aber ausdrücklich festgehalten, der Freispruch halte gerade noch rechtlicher Prüfung stand. Ein sozial adäquates Verhalten sei es jedenfalls nicht.

- 4.3. Der Gesichtspunkt der **Sozialadäquanz** spielt insbesondere bei der Bestechung im geschäftlichen Verkehr eine – wie ich meine – wichtige Rolle. So war es Jahrzehnte lang üblich, Geschäftsfreunde der Unternehmen in die VIP-Logen der Fußballvereine einzuladen und dort luxuriös zu bewirten. Das war eine erhebliche Einnahmequelle für die Fußballvereine. Nach den Angaben in einem wissenschaftlichen Beitrag wurden im Jahr 2009 durch die Vermarktung der Hospitality-Pakete in den großen deutschen Profiligen 240 Mio. € erzielt, was einen Anteil von 12,6 % des Gesamtumsatzes ausmachte¹⁰. Betroffen sind Fußball-Bundesliga, Basketball-Bundesliga, Deutsche Eishockey-Liga und Toyota-Handballliga. Inzwischen haben viele Unternehmen diese Einladungspraxis storniert aus Furcht wegen Bestechung im geschäftlichen Verkehr in das Visier der Staatsanwaltschaften zu geraten.¹¹ Zu Recht?

Soll man wirklich mit dem leitenden Angestellten eines Geschäftspartners, zugespitzt ausgedrückt, in der Betriebskantine essen, anstatt in einem Restaurant mit angenehmer Atmosphäre? Es gibt im internationalen geschäftlichen Verkehr z.B. Länder, in denen ohne ein üppiges Abendessen ein Deutsches Unternehmen als Wettbewerber um einen lukrativen Auftrag sofort ausscheidet¹².

Nachdem von den Vereinigten Staaten von Amerika die Antikorruptionswelle über die an der New Yorker Börse gelisteten deutschen Unternehmen nach Deutschland herüber gerollt ist, herrscht im Grunde die Null-Toleranz-Schwelle. D.h. es geht auch im Bereich Gastfreundschaft nichts mehr. Nach der Rechtsprechung sind **sozialadäquat** nur noch gewohnheitsmäßig anerkannte, relativ geringfügige Aufmerksamkeiten aus gegebenem Anlass¹³ und geringwertige Werbegeschenke. Feste Wertgrenzen gibt es nicht, es kommt nach der Rechtsprechung - sehr vage - auf die Umstände des Einzel-

¹⁰ Leipold FS f. Imme Roxin, 2012, S. 279, 280 m.w.N.

¹¹ Beukelmann, FS. f. Imme Roxin, 2012, S. 201, 203

¹² Beukelmann, a.a.O., S. 206

¹³ BGH wistra 2011, 391, RN 29

falles an. Bei mehreren hundert Euro ist die sozialadäquate Geringfügigkeitsschwelle nach dem Bundesgerichtshof jedenfalls überschritten¹⁴.

Der BGH hält in dem zitierten Urteil ausdrücklich fest, dass sich eine Sozialadäquanz nicht allein aus einer etwaigen „Üblichkeit“ herleiten ließe, da dies bestehende Strukturen der Korruption verfestigen würde.

Man muss dies alles im Bereich der Amtsträgerbestechung zweifellos akzeptieren. Die Korruption weltweit zu unterbinden, ist ein außerordentlich wichtiges Anliegen. Schwieriger wird es mit der Null-Toleranz-Schwelle im internationalen geschäftlichen Verkehr, **soweit es den Hospitality-Bereich betrifft.**

Natürlich sehen auch unsere Behörden die Problematik. Es gibt inzwischen z.B. die Initiative „Hospitality und Strafrecht“ vom Deutschen Olympischen Sportbund, der Sponsorenvereinigung S20 und dem Bundesinnenministerium aus dem Jahr 2011. Auch hier heißt es, es könnten nur Anhaltspunkte gegeben werden. Es sei notwendig, dass die Rechtsprechung klare Vorgaben mache. Solange das aber nicht geschieht, besteht eine erhebliche Unsicherheit.

Das mag man für den inländischen Wettbewerb noch akzeptieren, weil alle in Deutschland agierenden Unternehmen dieser Unsicherheit ausgesetzt sind.

Etwas anderes muss aber gelten, wenn deutsche Unternehmen im ausländischen Wettbewerb versuchen, Aufträge zu akquirieren. Insoweit kann ich mich deshalb den Vorschlägen, die ein Kollege unlängst in einem wissenschaftlichen Beitrag gemacht hat, nur anschließen. Bei der Beurteilung der Sozialadäquanz ist **im Bereich der Gastfreundschaft** auf die Besonderheiten des jeweiligen **ausländischen** Wettbewerbs abzustellen. Es kommt insoweit darauf an, was **dort** als **sozialadäquat** angesehen wird.

Als **Ergebnis** dieses Abschnitts ist festzuhalten:

1. Amtsträgerbestechung ist selbstverständlich strafbar.
2. Bestechung im geschäftlichen Verkehr durch Geldzahlungen oder größere geldwerte Geschenke ist strafbar, wenn sie in Deutschland oder von Deutschland aus ins Ausland erfolgt.

¹⁴ BGH wistra 2011, 391

-
3. Bei der Prüfung einer Bestechung im internationalen geschäftlichen Verkehr **im Rahmen von gewährter Gastfreundschaft** ist auf die Sozialadäquanz vor Ort und die dort üblichen Gepflogenheiten abzustellen¹⁵.

III. Compliance und Ordnungswidrigkeitenrecht

1. Einführung und der Fall Siemens

1.1 In meiner Einleitung hatte ich darauf hingewiesen, dass die US-amerikanische Compliance-Welle dazu geführt hat, dass bei Siemens, MAN und Ferrostaal nahezu der gesamte Vorstand ausgetauscht wurde. Keineswegs hatten sich aber die betroffenen Manager alle wegen Korruption strafbar gemacht. Ihnen wurde vielmehr zum großen Teil ein Verstoß gegen sog. Compliance-Standards vorgeworfen. Sie hätten wegen mangelhafter Organisation und Aufsicht das korruptive Verhalten anderer Unternehmensangehöriger nicht verhindert. Wie ich bereits ausgeführt habe, werden die hohen Schadensersatzforderungen gegen diese Manager überwiegend mit angeblichen Compliance-Verstößen begründet.

1.2 Der Fall Siemens als Auslöser der Compliance-Welle in Deutschland

Was ist im Fall Siemens eigentlich passiert?

Die Münchner Staatsanwaltschaft ermittelte gegen einen Siemens Mitarbeiter wegen Bestechung im geschäftlichen Verkehr im internationalen Wettbewerb. Nachdem die SEC - US Securities and Exchange Commission – davon Kenntnis erhalten hatte, leitete sie 2007 ein förmliches Verfahren gegen Siemens ein. Dafür hatte sie eine Zuständigkeit wegen der Listung von Siemens an der New Yorker Börse. Weil Eigenaufklärung durch das Unternehmen sich in den USA strafmildernd auswirkt, beauftragte Siemens die US-amerikanische Rechtsanwaltskanzlei Debevoise-Plimpton mit der internen Aufarbeitung des Sachverhalts. Es ist die Rede davon, dass 30 amerikanische Ermittler unter Führung von früheren US-Staatsanwälten das Unternehmen durchforschten, die Buchhaltung nach auffälligen Zahlungen, die Akten nach auffälligen Geschäftsunterlagen Länder mit großer Korruptionsanfälligkeit betreffend, den eMail-Verkehr der leitenden Mitarbeiter, soweit datenschutzrechtlich zulässig. Mit den bei

¹⁵ Beukelmann, FS f. Imme Roxin, 2012, 201, 202

dieser Sichtung aufgefundenen Beweismitteln wurden dann die davon betroffenen Mitarbeiter in sog. Interviews konfrontiert. Den Mitarbeitern wurde erklärt, sie seien arbeitsrechtlich verpflichtet, Auskunft zu erteilen. Die Ergebnisse der Interviews wurden dem Arbeitgeber – Siemens – mitgeteilt und landeten von dort bei der Münchner Staatsanwaltschaft. Die Münchner Staatsanwaltschaft stellte selbstverständlich eigene Ermittlungen an, hatte aber eventuell in strafbare Geschäfte verwickelte Personen auf dem Silbertablett überreicht bekommen. So kam es zu zahlreichen Anklagen, auch U-Haft-Vollzug, gegen hochrangige Manager sowie Vorstände und auch Bußgeldverfahren, wie z.B. gegen Herrn von Pierer, wegen Aufsichtspflichtverletzung und Organisationsverschulden.

Es stellt sich bei dieser Verquickung von internen Compliance-Untersuchungen und Strafrecht die Frage nach der rechtsstaatlichen Zulässigkeit dieser Vorgehensweise. Denn die Strafverfolgung ist den Justizbehörden anvertraut und nicht privaten Ermittlern.

Mein nächster Abschnitt befasst sich also mit der Vereinbarkeit von internen Untersuchungen mit dem Rechtsstaatsprinzip. Dazu muss zunächst geklärt werden, was man unter Compliance versteht.

2. Interne Untersuchungen (Internal Investigations) und das Rechtsstaatsprinzip

2.1 Was ist unter Compliance zu verstehen?

Compliance bedeutet grundsätzlich etwas sehr Einfaches und Selbstverständliches, nämlich die Einhaltung von rechtlichen und ethischen Regeln sowie Unternehmensrichtlinien. In den Unternehmen müssen Vorstände, Geschäftsführer und Aufsichtsräte dafür sorgen, dass diese Regeln von den Mitarbeitern eingehalten werden. Seit dem Siemens-Korruptionsskandal, nämlich seit Juni 2007, enthält der deutsche Corporate Governance-Kodex das Wort Compliance. Der Vorstand soll nach 4.1.3 DCGK für die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen und internen Richtlinien sorgen (Compliance). Eine wichtige Aufgabe kommt insoweit dem Aufsichtsrat zu. Nach 5.2. Abs. 3 des DCGK mit Stand 14.06.2007 soll der Aufsichtsrats-Vorsitzende regelmäßigen Kontakt zum Vorstand halten und mit ihm u.a. das Risiko-Management beraten. Nach 5.3.2 DCGK soll der Aufsichtsrat einen Prüfungsausschuss einrichten, der sich u.a. insbesondere mit Fragen der Compliance befasst¹⁶. Der Aufsichtsrat muss also neben dem

¹⁶ Hauschka, 2. Aufl. 2010, S. 8 Rnr. 19-20

Vorstand dafür sorgen, dass das Unternehmen eine Organisation hat, die die Einhaltung der rechtlichen Regeln gewährleistet. Eine derartige Organisation kann aber nur aufgebaut werden, wenn zunächst einmal eine interne Untersuchung erfolgt, die feststellt, wo im Unternehmen die Einhaltung nicht erfolgt oder zumindest nicht gewährleistet ist. In meinem Bereich, dem Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, geht es bei diesen internen Untersuchungen um straf- bzw. ordnungswidrigkeitenrechtliche Problembereiche. Diese internen Recherchen sind das **repressive** oder rückwärtsgewandte Element von Compliance.¹⁷

Sind die Problembereiche identifiziert, erfolgt die Einrichtung einer Compliance-Organisation und schließlich die Festlegung von Kontrollmechanismen. Insoweit handelt es sich um das **präventive** Element von Compliance. Es soll dafür sorgen, dass zukünftig im Unternehmen keine kriminellen Aktivitäten mehr entfaltet werden. Diese präventive Compliance Ausrichtung ist für die Unternehmen extrem wichtig. Man darf nicht übersehen, dass insbesondere Korruption zu einem erheblichen Ansehensverlust führt, ggf. zu sinkenden Aktienkursen, wie man bei Thyssen/Krupp beobachten kann (SZ vom 12.12.2012) und zur Listung der Unternehmen auf der sog. Black-List, was die Aussperrung von öffentlichen Aufträgen zur Folge hat.

Bestimmte Standards kann es für eine derartige präventive Compliance-Organisation nicht geben. Dazu sind die Unternehmen zu unterschiedlich. Aus demselben Grund wird überwiegend auch eine Pflicht zur Einrichtung eines Compliance-Systems abgelehnt. Immerhin gibt es gewisse organisatorische Grundvoraussetzungen, die es zu beachten gilt:

- ordnungsgemäße Aufgabendelegation: Dazu gehört eine sorgfältige Auswahl und Instruktion der entsprechenden Mitarbeiter,
- eindeutige Aufgabenzuweisung und Erläuterung der einzuhaltenden rechtlichen Vorschriften,
- 4-Augen-Prinzip bei Unterschriften,
- gelegentliche, auch überraschende Kontrollen,
- häufige Kontrollen, wenn schon Fehler vorgekommen sind.

Unternehmensinterne Richtlinien und Schulungen sowie evtl. eine Whistleblower-Hotline sollen das rechtstreue Verhalten der Unternehmensmitarbeiter gewährleisten.

¹⁷ Jahn, ZWH 2012, 479

Ob das allerdings wirklich effektive Mittel sind, wage ich zu bezweifeln. Richtlinien gab es in Form von Code of Conducts auch schon in der Vergangenheit. Auch Kontrollgremien, sog. Revisionsabteilungen, waren vielfach vorhanden, ohne dass sie eine effektive Wirkung gezeigt hätten. Frau Dr. Hohmann-Dennhardt, Compliance-Vorstand bei Daimler, hat erst unlängst auf einer Tagung in Frankfurt in einem Vortrag erwähnt, bei Daimler habe es bei ihrem Amtsantritt über 3000 Richtlinien gegeben. Man muss sich fragen, wer von den Mitarbeitern überhaupt Zeit hat, so viele Hinweise durchzulesen und sie sich dann auch noch zu merken. In aller Regel wird zwar durch Unterschrift dokumentiert, dass man Kenntnis genommen hat, aber man muss sich vor Augen halten, dass die Mitarbeiter ihre eigentliche Arbeit verrichten sollen.

Schulungen könnten effektiver sein. Das würde aber voraussetzen, dass die Rechtsprechung relativ präzise Vorgaben für nicht mehr erlaubtes Verhalten im geschäftlichen Verkehr entwickeln würde. Daran fehlt es aber, wie mein Beispiel mit dem „ein paar Hundert Euro sind nicht mehr sozialadäquat“ zeigt. Letztlich ist eine wirklich effektive Vorgehensweise im Sinne einer präventiven Compliance meines Erachtens bisher noch nicht gefunden. Ich selber bin der Auffassung, dass entscheidend ein Wandel in der Unternehmenskultur ist.¹⁸ Unternehmenskultur kann aber nicht den Mitarbeitern per Richtlinien und Schulungen aufoktroiert werden. Vielmehr kann eine derartige Unternehmenskultur nur durch die Unternehmensführung gemeinsam mit den Mitarbeitern entwickelt und auch gelebt werden. Bekanntlich hat die neue Spitze bei der Deutschen Bank bei ihrem Amtsantritt einen Kulturwandel versprochen. Wie in der SZ vom 19.12.2012 zu lesen, arbeitet man in der Vorstandsetage mit Hochdruck daran. Führungspositionen sollen nicht mehr nur nach bloßen Zahlen vergeben werden, d.h. nach dem Umsatz der betreffenden Person, sondern der Umgang mit den Mitarbeitern, die Kommunikationsfähigkeit, soll ein stärkeres Gewicht erhalten. Das ist sicher ein Schritt in die richtige Richtung.

2.2 Die rechtsstaatliche Bedenklichkeit des repressiven Compliance-Elementes

Eine solche Unternehmenskultur kann sich aber meines Erachtens nicht entwickeln, solange die internen Untersuchungen im repressiven Compliance-Element bei dem Herausfinden von Compliance-Schwachstellen rechtsstaatlich bedenklich sind. Dies zeigt sich insbesondere bei den sog. Interviews mit den Unternehmensmitarbeitern, leitenden Angestellten und Vorständen. Sie werden, wie ich am Fall Siemens demonstriert habe, in der Regel von den die interne Untersuchung durchführenden Personen,

¹⁸ I. Roxin, StV 2012, 116, 118

meist Rechtsanwälten, mit ihrer angeblichen arbeitsrechtlichen Aussagepflicht konfrontiert. Sie müssten auch dann Rede und Antwort stehen, wenn sie sich möglicherweise strafbar gemacht hätten. Diese angebliche arbeitsrechtliche Aussagepflicht, die zunehmend in Frage gestellt wird¹⁹, kollidiert mit dem Schweigerecht, das dem Beschuldigten in der deutschen Strafprozessordnung zusteht. Wenn also, wie nicht nur im Fall Siemens geschehen, der Staatsanwaltschaft die Mitarbeiter-Interviews zugänglich gemacht werden, nützt den z.B. wegen Korruption beschuldigten leitenden Angestellten ihr strafprozessuales Aussageverweigerungsrecht nichts mehr. Sie können bei der Staatsanwaltschaft zwar schweigen, aber ihre im Interview gemachten Aussagen können trotzdem zu ihrer Überführung benutzt werden. Das ist deshalb besonders bedenklich, weil das Schweigerecht des Beschuldigten im Strafprozess aus unserem Grundgesetz – der Menschenwürde, dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht und dem Rechtsstaatsprinzip – (Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 und Art. 20 Abs. 3 GG) abgeleitet wird.

Die Interviews könnten nur dann nicht von der Staatsanwaltschaft verwertet werden, wenn ein sog. strafprozessuales Verwertungsverbot bestünde. Bisher geht die Staatsanwaltschaft aber davon aus, dass ein derartiges Verbot nicht besteht²⁰. Das ist umstritten. Es gibt eine relativ neue Vorschrift in der Strafprozessordnung, die möglicherweise ein solches Verwertungsverbot enthält (§ 160a StPO). Da aber bislang nicht geklärt ist, ob diese Vorschrift auch die Compliance-Interviews erfasst, gehe ich darauf nicht näher ein. Dies auch deshalb nicht, weil in der bisherigen Compliance-Praxis die Unternehmen mit der Staatsanwaltschaft zusammenarbeiten. Wenn aber die Compliance-Anwälte wegen dieser Zusammenarbeit von ihrer Schweigepflicht entbunden sind, gilt die erwähnte neue StPO-Vorschrift nicht.

2.3 Sind die rechtsstaatlichen Probleme bei den internen Untersuchungen unausweichlich oder gibt es eine rechtsstaatliche Alternative?

Wie wir gesehen haben, sollen die internen Untersuchungen dazu dienen, Schwachstellen in der Unternehmensorganisation, die strafbares Verhalten ermöglicht haben, aufzufinden. Es wird einem Teil der Spitzenmanager zum Vorwurf gemacht, diese Schwachstellen nicht erkannt und durch eine bessere Organisation verhindert zu haben. Unter anderem auf diese Aufsichtspflichtverletzung und dieses Organisationsverschulden werden von den Unternehmen die zivilrechtlichen Schadenersatzansprüche gestützt.

¹⁹ vgl. Maschmann, i. Kuhlen/Kudlich/Ortiz de Urbina (Hrsg.), 2013, S. 96; I. Roxin StV 2012, 116, 120
²⁰ Wimmer, FS f. Imme Roxin 2012, 537ff.

Dazu bedürfte es aber nicht der US-amerikanischen internen Compliance Investigations mit ihrer in Deutschland vorhandenen rechtsstaatlichen Bedenklichkeit. Wir haben vielmehr in **§ 130 OWiG** einen Bußgeldtatbestand, der es den deutschen Justizbehörden gestattet, in einer dem Gesetz entsprechenden Art und Weise, neben Straftaten auch eine Aufsichtspflichtverletzung und ein Organisationsverschulden aufzuklären, also genau das zu tun, was bei Siemens z.B. die amerikanische Anwaltskanzlei Debevoise/Plimpton gemacht hat und bei MAN und Ferrostaal andere Rechtsanwaltskanzleien. Auch mit einer solchen Vorgehensweise würde die Unternehmensführung ihrer internen Aufklärungspflicht nachkommen.

Die Voraussetzungen einer ordnungsgemäßen Organisation i.S. von § 130 OWiG entsprechen den Grundvoraussetzungen, die ich für ein Compliance-System bereits genannt habe (S. 15)²¹. In der neueren Compliance-Literatur wird zunehmend auf die wesentliche Bedeutung der Vorschrift für Compliance hingewiesen.²²

Diesem Gedanken, § 130 OWiG heranzuziehen, kann man zwei Gesichtspunkte entgegenhalten:

Erforderlich für das Einschreiten der Justizbehörden ist ein sog. Anfangsverdacht (§ 152 StPO). D.h. es müssen Tatsachen darauf hindeuten, dass sich eine oder mehrere Personen im Unternehmen evtl. strafbar gemacht, oder Vorstände bzw. leitende Angestellte eine Aufsichtspflichtverletzung bzw. ein Organisationsverschulden begangen haben könnten. Denn nur dann dürfen die Justizbehörden ihre Ermittlungen aufnehmen.

Zum anderen ist es möglicherweise für ein Unternehmen angenehmer, eine Rechtsanwaltskanzlei mit den internen Untersuchungen zu beauftragen, die entweder gar nicht mit den Justizbehörden zusammenarbeitet oder aber in einer vom Unternehmen gesteuerten Weise.

Arbeiten die internen Aufklärer nicht mit der Staatsanwaltschaft zusammen, können sich freilich Probleme ergeben. Wird nämlich im Zuge der internen Untersuchungen möglicherweise ein korruptes Vorgehen aufgedeckt, müssen nach § 153 AO Steuererklärungen unverzüglich berichtigt werden, wenn gezahlte Bestechungsgelder unrichtig-

²¹ s. auch Achenbach in Kempf, Lüderssen, Volk (Hrsg.), Unternehmensstrafrecht 2012, S. 271, 274

²² Kuhlen, .a.a.O., S. 5; Jahn ZWH 2012, 479

gerweise als Betriebsausgaben geltend gemacht worden sind. Anderenfalls liegt eine Strafbarkeit wegen Steuerhinterziehung vor. Das Finanzamt ist nach § 4 Abs. 5 Nr. 10 Satz 3 EStG verpflichtet, einen solchen Vorgang an die Staatsanwaltschaft weiterzuleiten, womit die Staatsanwaltschaft also ohnehin von dem Vorgang erfahren würde²³.

Zudem hat sich gezeigt, dass die Justizbehörden nicht immer gewillt sind, eine unternehmensseitige Steuerung hinzunehmen. Obwohl die deutsche Bank in der Emissionssertifikate-Affäre bereits im Jahr 2010 von der Staatsanwaltschaft durchsucht worden war und eine interne Aufarbeitung signalisiert hatte, waren den Justizbehörden die Ergebnisse offensichtlich nicht hinreichend, sodass vor kurzem zum zweiten Mal umfangreich durchsucht wurde. Und obwohl die UniCredit Bank über die beauftragten renommierten Anwaltskanzleien in dem geschilderten Fall mit den Cum/Ex-Trades allen Anforderungen der Frankfurter Staatsanwaltschaft nachgekommen ist, hat das eine umfangreiche Durchsuchungsaktion vor kurzem nicht verhindern können. Es fragt sich, ob es dann nicht von vornherein besser ist, die Justizbehörden die Aufklärungsarbeit, d.h. das repressive Compliance-Element, in rechtsstaatlich unbedenklicher Weise leisten zu lassen und den Anwaltskanzleien nur den präventiven Compliance-Bereich anzuvertrauen.

Es ist nicht auszuschließen, dass die Justizbehörden in den von mir geschilderten Fällen Siemens, MAN und Ferrostaal ohne das umfangreiche Material der internen Ermittlungen von Debevoise/Plimpton und den anderen in diesen Fällen tätigen Anwaltskanzleien allein mit rechtsstaatlichen Methoden mit ihren Ermittlungen, Verurteilungen und Gewinnabschöpfungen nicht ganz so weit gekommen wären.

3. Ergebnis des Compliance-Abschnittes

- Unter Compliance versteht man etwas Selbstverständliches: Rechtstreue und Beachtung der unternehmensinternen Richtlinien.
- Compliance hat ein repressives und ein präventives Element.
- Interne Compliance-Untersuchungen im Unternehmen sind rechtsstaatlich bedenklich, soweit sie im **repressiven** Bereich die sog. Interviews mit den Arbeitnehmern und Angestellten betreffen wegen ihrer möglicherweise insoweit gegebenen Unvereinbarkeit mit dem Strafprozessrecht.

²³ ausführlich zu Problemen und Strategien der Compliance-Begleitung in Unternehmen I. Roxin, StV 2012, 116 ff.

-
- Der repressive Compliance-Bereich ist deshalb den Strafverfolgungsbehörden zu überlassen, wenn man nicht mit einer in der Literatur vordringenden Meinung den Interviewten ggf. ein folgenloses Aussageverweigerungsrecht zugesteht.
 - Entscheidend für den präventiven Compliance-Bereich sind nicht allein Richtlinien und Schulungen, sondern insbesondere die Unternehmenskultur.