

Literaturbericht

Prof. Dr. Wolfgang Wohlers und Prof. Dr. Hans Kudlich

Wirtschaftsstrafrecht

– Insbesondere Untreue und Unternehmensstrafrecht –

Wolfgang Wohlers: Inhaber eines Lehrstuhls für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Universität Zürich

Hans Kudlich: Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht und Rechtsphilosophie an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg

Der nachfolgende Literaturbericht schließt chronologisch an den Bericht in ZStW 122 (2010), S. 627 ff., inhaltlich aber vorrangig an den Bericht aus ZStW 121 (2009), S. 711 ff. an. Im Schwerpunkt werden Monographien zu den Themenbereichen Unternehmensstrafbarkeit und Untreue vorgestellt; daneben finden sich aber etwa auch Werke zum Wettbewerbsstrafrecht, zu Verantwortlichkeit des directors einer Limited und zur Criminal Compliance sowie zu strafprozessualen Fragestellungen.

I. Unternehmensstrafbarkeit

1. Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit für die aus Unternehmen heraus begangenen Delikte (Corporate Crime)

Dous, John Christian: *Strafrechtliche Verantwortlichkeit in Unternehmen. Zur Verantwortungsverteilung zwischen Ausführungs- und Führungsebene nach dem Prinzip der Dialektik der Herrschaft in Unternehmen.* Frankfurt am Main: Peter Lang Verlag 2009 (Europäische Hochschulschriften, Serie II, Band 4948)

John Christian Dous plädiert in seiner von Joachim Vogel betreuten Abhandlung dafür, nicht vor den aus Gruppendynamischen Prozessen resultierenden Problemen zu kapitulieren, sondern das einzelne Individuum und seine Verantwortlichkeit in den Blick zu nehmen. Ausgehend von der Prämisse, dass es darum gehen müsse, den „wahren“ Schuldigen zur Verantwortung zu ziehen, verfolgt *Dous* das Ziel, „durch eine aufeinander bezogene Betrachtung der Verantwortlichkeit von

subalternen und von leitenden Organisationsmitgliedern [...] ein Modell einer in sich widerspruchsfreien Verantwortlichkeitsverteilung für kollektive Vorgänge“ für den Bereich der Strafbarkeit wegen vorsätzlichen Handelns zu entwickeln (S. 19). Er geht hierbei in zwei Schritten vor: Zunächst einmal analysiert *Dous* die strafrechtliche Verantwortlichkeit der auf der „Ausführungsebene“ handelnden Mitarbeiter eines Unternehmens (S. 43 ff.), wobei hier die Frage im Vordergrund steht, unter welchen Voraussetzungen strafrechtliche Verantwortlichkeit an berufsadäquates Verhalten anknüpfen kann. Er analysiert ausführlich den diesbezüglich bestehenden Stand der Diskussion in Literatur und Rechtsprechung (S. 57 ff.), bevor er dann seinen Lösungsvorschlag präsentiert (S. 108 ff.). Dieser läuft darauf hinaus, dass ein Unternehmensmitarbeiter dann nicht wegen Mittäterschaft oder Beihilfe strafbar sein soll, wenn „der Zusammenhang, in dem er seinen Beitrag erbracht hat, objektiv nicht eindeutig deliktisch interpretierbar war; das ihn beschäftigende Unternehmen nicht ‚tatgeneigt‘ war in dem Sinne, dass bei ihm in der Vergangenheit ähnliche Delikte wie die konkret mögliche Tat vorgekommen sind, und der Unternehmensmitarbeiter nicht genaues Wissen (auch Sonderwissen) oder Absicht im Sinne von *dolus directus* gehabt hat“ (S. 131).

In einem zweiten Schritt wendet sich *Dous* dann der Verantwortlichkeit von Führungskräften zu (S. 133 ff.). Die vom Bundesgerichtshof propagierte Lösung über eine Anwendung der Rechtsfigur der mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft auf Wirtschaftsunternehmen (vgl. hierzu S. 143 ff.) wird als zu undifferenziert und in sich unklar kritisiert (S. 166 f.) und mit dem Argument verworfen, dass ein Wirtschaftsunternehmen „in keiner Hinsicht als ‚organisatorischer Machtapparat‘ beschrieben werden“ könne (S. 175 f.). Im Rahmen der Analyse des gemeinhin unter dem Stichwort der (strafrechtlichen) Geschäftsherrenhaftung behandelten Modells einer Strafbarkeit nach Unterlassungsgrundsätzen geht *Dous* zunächst und zentral der Frage nach, ob eine Garantenstellung von Führungskräften begründet werden kann (vgl. S. 192 ff.). Darüber hinaus analysiert er die Bedeutung des Prinzips der Eigenverantwortung als ein die Verantwortlichkeit begrenzendes Prinzip (S. 222 ff.). Er kommt hierbei zu dem Ergebnis, dass es „nicht zuletzt das Verdienst des besagten Grundsatzes [sei], dass sich das deutsche Strafrecht mit der Erfassung von Hierarchien schwer tut. Tatsächlich bestehende Machtverhältnisse können rechtlich nicht als solche zufriedenstellend wiedergegeben werden, wenn der untergebene Vordermann nicht an einem Defekt leidet, unter Nötigungsdruck steht oder aus anderen Gründen nicht zu bestrafen ist“ (S. 237). Vor diesem Hintergrund entwickelt *Dous* dann – auf zehn Druckseiten – seinen eigenen Ansatz einer „Koordinationsherrschaft“ der Mitglieder der Führungsebene (S. 238 ff.). Herrschaftsstiftende Elemente seien das überlegene Wissen und das Direktionsrecht der Mitglieder der Führungsebene sowie das berechnete

Vertrauen des Mitarbeiters der Ausführungsebene in die Mitglieder der Führungsebene. Die Verantwortlichkeit der Mitglieder der Führungsebene des Unternehmens könne man – so Dous – „als Führungsverantwortlichkeit durch Koordination von Mitgliedern der Ausführungsebene“ beschreiben. Es steckt darin der Gedanke, als Kehrseite der realen Möglichkeit zur Koordinierung auch die Pflicht zur Koordination und Überwachung zu verstehen“ (S. 243 f.). Es ergebe sich eine Dialektik der Herrschaft in Organisationen: Soweit die Mitglieder der Ausführungsebene verantwortlich seien, könne bezogen auf die Verantwortlichkeit der Mitglieder der Führungsebene „auf das klassische Instrumentarium der Mittäterschaft, Anstiftung und Beihilfe zurückgegriffen werden“ (S. 245). Ansonsten kommt es auf das Vorliegen von Koordinationsherrschaft an, die als Kehrseite der aus dem Vertrauensgrundsatz abgeleiteten Straffreistellung der Mitglieder der Ausführungsebene die Verantwortlichkeit der Mitglieder der Führungsebene begründen soll.

Spring, Patrick: *Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung. Unterlassungshaftung betrieblich Vorgesetzter für Straftaten Untergebener.* Hamburg: Verlag Dr. Kovač 2009. 309 S. (Strafrecht in Forschung und Praxis, Band 169)

Patrick Spring analysiert in seiner von Werner Beulke betreuten Dissertation das Institut der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung aus deutscher Sicht. Er zeigt zunächst auf, dass mit den § 357 StGB, §§ 30, 41 WStG, Art 11 BayPrG, § 130 OWiG, § 108 SeemG und § 111 AktG gesetzliche Grundlagen bestehen, aufgrund derer Vorgesetzte unter bestimmten Voraussetzungen für die von ihren Untergebenen begangenen Straftaten zur Verantwortung gezogen werden können (S. 13 ff.), dass aber der deutschen Rechtsprechung, die – anders als z. B. die schweizerische (vgl. unten bei *Kim*) – das Institut einer strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung bisher nicht wirklich aufgegriffen hat, keine klaren Vorgaben für die Strafbarkeit des betrieblich Vorgesetzten im Falle der Nichtverhinderung von Delikten Untergebener zu entnehmen sind (für eine umfangreiche Analyse der Rechtsprechung vgl. *Spring*, S. 65 ff. [Die Entscheidung BGHSt. 54, 44, in welcher der BGH das Institut nun wohl wenigstens implizit anerkannt hat, ist nach dem Abschluss des Manuskripts ergangen und konnte vom Autor deshalb nicht mehr berücksichtigt werden, vgl. hierzu aber *Spring*, GA 2010, 222]). Im Schrifttum identifiziert *Spring* „[n]icht weniger als sieben verschiedene Begründungsansätze mit teilweise noch mehr dazugehörigen Variationen“, die allerdings nach Einschätzung *Spring*s letztlich alle einer näheren Überprüfung nicht standzuhalten vermögen: „Als schlicht falsch lassen sich dabei nur die wenigsten Argumente bezeichnen, es bleibt aber allzu oft bei unbewiesenen Behauptungen oder kriminalpolitischem Wunschdenken, was gleichermaßen

keine dogmatisch tragfähige Grundlage einer Garantenstellung bilden kann“ (S. 192 in Zusammenfassung der Analyse S. 124 ff.). Die Aufgabe bestehe deshalb darin, auf der Grundlage des heutigen Stands der Garantentheorie „ein in sich stimmiges Konzept zur Vorgesetztenverantwortlichkeit“ vorzulegen (S. 193). Nach Auffassung *Spring*s ist eine sich aus dem Gesichtspunkt der Kontrolle über eine Gefahrenquelle ableitende, auf die Verhinderung von Straftaten Untergebener gerichtete Garantenstellung des Vorgesetzten nur dann anzunehmen, wenn der Untergebene aufgrund eines Defizits nicht in der Lage ist, die ihm obliegenden betrieblichen Aufgaben zu bewältigen. Dies sei aber entgegen der von Schönemann propagierten These der partiellen Unmündigkeit des Untergebenen nicht stets, sondern nur in Ausnahmefällen anzunehmen (vgl. S. 224 ff.). In den Fällen, in denen ein derartiges Defizit nicht gegeben sei, könne sich die Garantenstellung des Vorgesetzten allein aus dem Gesichtspunkt des gefahrschaffenden Vorverhaltens (Ingerenz) ergeben, was sich – so *Spring* – „nach Durchführung der nötigen Differenzierungen als überaus taugliches Werkzeug zur Begründung von Garantenpositionen im betrieblichen Umfeld“ erweise (S. 259). Nicht die Eröffnung eines Unternehmens und auch nicht die Einstellung von Personal, wohl aber die Zuweisung bestimmter Tätigkeiten könne Erfolgsabwendungspflichten i. S. d. § 13 Abs. 1 StGB begründen (vgl. im Einzelnen S. 240 ff.).

Kim, Yookeun: *Individuelle und kollektive Zurechnung. Schwierigkeiten mit der Bestrafung von Unternehmern und Unternehmen.* Basel: Helbing & Lichtenhahn Verlag 2007. 250 S. (Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Reihe C Strafrecht, Band 19)

Yookeun Kim beschreibt in ihrer im Jahre 2006 von der Juristischen Fakultät der Universität Basel als Dissertation angenommenen Abhandlung zunächst die Probleme, die sich dann ergeben, wenn die aus Unternehmen heraus begangenen Taten einzelnen Personen individuell zugerechnet werden sollen (S. 5 ff.). Im Anschluss hieran zeigt sie auf, dass die Instrumente des Individualstrafrechts in ihrer hergebrachten Form versagen, wenn es darum geht, individuelle Verantwortlichkeiten für kollektive Schädigungsprozesse zuzuweisen (S. 22 ff.). Vor diesem Hintergrund wendet sich *Kim* dann den Versuchen zu, die Zugriffsmöglichkeiten des Individualstrafrechts zu verbessern. Sie behandelt in diesem Zusammenhang zum einen die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung (S. 41 ff.) und zum anderen die Mittäterschaft bei Fahrlässigkeitsdelikten (S. 109 ff.). Dass sich eine in der Schweiz verfasste Dissertation zunächst mit dem Institut der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung auseinandersetzt, ist schon deswegen gebo-

ten, weil es sich bei diesem Institut um eine dogmatische Figur handelt, die nicht nur vom schweizerischen Bundesgericht erfunden wurde (vgl. den Bührle-Entscheid BGE 96 IV 155), sondern dessen dogmatische Aufbereitung und Weiterentwicklung sowohl in der schweizerischen Rechtsprechung als auch im Schrifttum relativ intensiv betrieben wird (zur einschlägigen Rechtsprechung vgl. S. 41 f. sowie S. 62 ff.). *Kim* geht mit der vorherrschend vertretenen Auffassung davon aus, dass den Geschäftsherrn eine Verantwortung trifft, neben den mit dem Betrieb des Unternehmens verbundenen sachlichen Gefahrenquellen auch die personalen Gefahrenquellen unter Kontrolle zu halten, was bedeutet: Straftaten zu verhindern, wenn und soweit sich diese als Verwirklichung einer betriebspezifischen Gefahr darstellen (vgl. S. 67 ff.).

Der Vorteil, den das Institut der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung gegenüber der in der Rechtsprechung des BGH bevorzugten Anwendung der Figur der mittelbaren Täterschaft kraft Inanspruchnahme eines organisierten Machtapparats hat, ist die Möglichkeit der besseren Differenzierung der Verantwortungsbereiche (zur vergleichenden Auseinandersetzung mit der Figur der mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft vgl. S. 45 ff., 54 ff.). Die schweizerische Rechtsprechung und Lehre sehen das Unternehmen nicht als eine Blackbox an, für das der Geschäftsherr im Sinne einer Erfolgshaftung einzustehen hat, sondern bemühen sich darum, den Verantwortungsbereich des Geschäftsherrn differenziert zu erfassen (S. 76 ff.). Im Vordergrund steht die Pflicht zur sinnvollen Organisation des Unternehmens. Rechtsprechung und Lehre verlangen, dass der Geschäftsherr angemessene „Sicherheitsdispositive“ entwirft und für deren Implementation und Umsetzung sorgt. In diesem Zusammenhang muss der Geschäftsherr natürlich auf andere Personen zurückgreifen, wobei er dann verpflichtet ist, diese Personen sorgfältig auszuwählen, hinreichend zu instruieren und angemessen zu überwachen. Hinzu kommt, dass sich die Haftung des Geschäftsherrn nicht auf Exzesstaten, sondern allein auf solche Taten bezieht, die unter Ausnutzung der Wirkungsmöglichkeiten begangen werden, welche die Tätigkeit im Betrieb bietet (sog. betriebsbezogene Anknüpfungstaten, vgl. S. 87 ff.). Darüber hinaus verlangt die Strafbarkeit des Geschäftsherrn auch, dass die sonstigen Strafbarkeitsvoraussetzungen gegeben sind (vgl. S. 93 ff. zu Vorsatz und Fahrlässigkeit, S. 98 ff. zur Tatmacht des Geschäftsherrn und S. 103 ff. zur besonderen Problematik der Kollegial- und Gremienentscheidungen). Auch wenn die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung „praktisch die weitgehendste Regressmöglichkeit auf tatentfernte Personen“ eröffnet, müssen doch auch die Grenzen der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung zur Kenntnis genommen werden. Diese bestehen nach *Kim* darin, „dass auch mit dem Zugriff auf eine strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung die Zurechnungsdefizite auf unteren Ebenen, an denen die Individualzurechnung nichts ändern konnte, nach wie vor unberührt

geblieben sind“, was insbesondere in Fällen der langfristigen kollektiven Risikopotenzierung Probleme bereite: „Wenn die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung im Nachhinein auf die Präzisierung der Individualzurechnung angewiesen ist, scheitert sie bereits an den Schwierigkeiten der individuellen Zurechnung auf anderen Unternehmensebenen“ (S. 107).

Der Notwendigkeit der Individualisierung von Verantwortlichkeiten kann im Bereich der Vorsatzdelikte dadurch begegnet werden, dass über das Institut der Mittäterschaft ein Zurechnungskollektiv geschaffen wird. Die Möglichkeit, diese Konstruktion auf Fahrlässigkeitsdelikte zu übertragen, findet in der Literatur in Deutschland und in der Schweiz zunehmend Befürworter (vgl. S. 109 f.), wird von Kim aber skeptisch beurteilt. Die für die Zurechnung über das Institut der Mittäterschaft notwendige Konstruktion eines Gesamtsubjekts bzw. einer Gesamttat (zum diesbezüglichen Meinungsstand vgl. S. 121 ff.) sei mit den Grundsätzen des Individualstrafrechts nicht zu vereinbaren, weil sie entweder auf eine Kollektivstrafe oder aber auf eine Zurechnung fremden Verschuldens hinauslaufe, die mit der für das Individualstrafrecht zentralen Isolierung und Abhebung abgrenzbarer Individuen nicht in Einklang zu bringen sei (vgl. S. 133 f. sowie S. 161 f.). Eine Übertragung der für die Mittäterschaft geltenden Zurechnungsvoraussetzungen auf den Bereich fahrlässigen Verhaltens sei unmöglich (vgl. S. 134 ff.). Dies mag für sich gesehen richtig sein, als Argument für die Unmöglichkeit fahrlässiger Mittäterschaft kann es aber nur dann überzeugen, wenn erstens Mittäterschaft zwingend einen gemeinsamen Tatentschluss voraussetzt und dieser zweitens bei fahrlässigem Verhalten nicht denkbar ist, was jedenfalls für den Bereich bewusster Fahrlässigkeit nicht ohne weiteres einleuchtet (vgl. hierzu Wohlers, in: *Ackermann/Wohlers*, Umfangreiche Wirtschaftsstrafverfahren in Theorie und Praxis, Zürich 2008, S. 83 ff.).

Bezogen auf die in der Literatur und – weltweit gesehen – auch vom Gesetzgeber zunehmend als Lösung eingestufte Einführung der Strafbarkeit des Unternehmens selbst (vgl. S. 163 ff.) hält Kim daran fest, dass die Einführung der Strafbarkeit des Unternehmens daran scheitern muss, dass der Schuldbegriff des Individualstrafrechts auf Unternehmen nicht übertragbar ist (S. 170 ff., 183) und es bisher nicht gelungen sei, einen überzeugenden unternehmensspezifischen Schuldbegriff zu entwickeln (S. 174 ff., 183). Die als Sanktionen ohne Schuld diskutierten Modelle stellen – so Kim – einen Etikettenschwindel dar, da die Sanktionen zumindest strafähnlichen Charakter haben (S. 180 ff.). Die im Anschluss hieran erfolgende Analyse zeigt sodann, dass auch das geltende schweizerische Unternehmensstrafrecht die aus der Struktur des Individualstrafrechts resultierenden Zurechnungsprobleme nicht löst, sondern diese vielmehr fortträgt (S. 184 ff.).

Mittelsdorf, Kathleen: *Unternehmensstrafrecht im Kontext.*

Heidelberg: C.F. Müller Verlag 2007. 256 S.

Kathleen Mittelsdorf geht mit ihrer im Wintersemester 2006/2007 an der Friedrich-Schiller-Universität Jena als Dissertation angenommenen Abhandlung zum einen der Frage nach, „ob eine Strafbarkeit von Unternehmen mit dem deutschen Recht in Einklang zu bringen ist und ob eine strafrechtliche Verantwortlichkeit überhaupt einen Effekt auf Verbands kriminalität hat“ (S. 2). Darüber hinaus behandelt sie „die Strafbarkeit von Individualpersonen in Unternehmen“ (S. 2). In einem ersten Schritt legt *Mittelsdorf* dar, dass es hierbei nicht um ein Entweder-oder geht, sondern dass erst „durch das Zusammenspiel von Individual- und Unternehmensbestrafung eine optimale Vergeltung und Prävention erreicht“ werden kann: „Die Unternehmensstrafe füllt exakt diejenige Lücke aus, die aus präventiven und repressiven Gründen bei alleiniger Anwendung der Individualstrafe entsteht“ (S. 21).

In einem zweiten Schritt werden die Grundlagen der Verantwortung von Individuum und Unternehmen analysiert (S. 22 ff.). Ausgehend von der Debatte über die Fiktionstheorie und die Theorie der realen Verbandsperson (vgl. S. 24 ff.) versteht *Mittelsdorf* Unternehmen als autopoietische Systeme, die über eine eigene Identität verfügen und die als personenanalogue Akteure Verantwortung tragen können. Unternehmen „werden einerseits zwar durch Individuen konstituiert, beeinflussen aber durch ihre Identität auch deren Verhalten in hohem Maße. Beide sind daher in struktureller Hinsicht eng gekoppelt“ (S. 36). Die Beeinflussung der Unternehmensangehörigen durch die Verbandsattitüde macht es unmöglich, auf das Verhalten der Unternehmensangehörigen mit den Mitteln des hergebrachten Individualstrafrechts adäquat zu reagieren (S. 36 ff.). Dies führt im Ergebnis dazu, dass das Strafrecht die Probleme der aus Unternehmen heraus begangenen Straftaten „mit seinen auf Mikrokriminalität ausgerichteten Sanktionen nicht effektiv lösen kann. Dies legt es nahe, die überwiegend endogene Steuerung der Mikrokriminalität durch eine exogene, unternehmensbezogene Steuerung bei der Mesokriminalität zu ergänzen“ (S. 45), wobei zwischen korporativer und individueller Verantwortung zu unterscheiden (vgl. S. 45 ff., 52 ff.) und bei letzterer nochmals nach Verantwortungsebenen zu differenzieren sei (vgl. S. 62 ff.). Es stehe aber „nicht die Ablösung des Paradigmas der Individualverantwortung zur Debatte, sondern die sinnvolle Ergänzung durch Ansätze einer Korporativverantwortung“ (S. 51).

Bezogen auf die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens setzt sich *Mittelsdorf* zunächst mit den kriminalpolitischen Gründen für und den dogmatischen Einwänden gegen die Strafbarkeit von Unternehmen auseinander (S. 68 ff.). Sie weist den Einwand der Handlungsfähigkeit von Unternehmen

mit dem Argument zurück, dass die Zurechnung fremder Handlungen im Strafrecht nicht unüblich ist (S. 74 ff.). Die Einwände der Schuldunfähigkeit und der mangelnden Straffähigkeit von Unternehmen sind aus ihrer Sicht lösbar, wenn man sich von den insoweit im hergebrachten Individualstrafrecht herrschenden Vorstellungen löst (vgl. S. 77 ff.): Die Lösung der Schuldproblematik liege „in der Begründung einer eigenen Verbandsverantwortlichkeit“ (S. 83). Und auch die Problematik der Straffähigkeit lasse sich lösen, wenn man den Sinn und Zweck kriminalstrafrechtlicher Sanktionen von den traditionellen Strafzwecken löst: „Wenn der Gesetzgeber gegen Unternehmen eine nicht bloß restitutive Sanktion verhängt, welche geeignet ist, die traditionellen Strafzwecke der Prävention und Vergeltung zu erreichen und zugleich eine Missbilligung von Unternehmenspraktiken enthält, so ist nicht ersichtlich, warum eine derartige Sanktion nicht auch als Strafe behandelt werden kann. Freilich steht es dem Gesetzgeber ebenso frei, den Begriff der Strafe auf individuelle Verantwortung zu begrenzen und einen anderen Begriff einzuführen“ (S. 85). Dass eine derartige Veränderung bzw. Erweiterung des Strafrechtssystems negative Rückwirkungen auf das hergebrachte Individualstrafrecht haben wird, ist nach *Mittelsdorf* dann nicht zu erwarten, „wenn man sich zwar auf gemeinsame Grundlagen von Individual- und Unternehmensstrafrecht besinnt, gleichzeitig aber der Verschiedenheit in unterschiedlichen Haftungsmodellen Rechnung trägt“ (S. 71). Die Bestrafung von Unternehmen ist nach alledem möglich, „wenn und soweit die strafrechtlichen Grundkategorien – die auch im Unternehmensstrafrecht Geltung beanspruchen – in ein Haftungsmodell umgesetzt werden“ (S. 114; zu den verschiedenen Haftungsmodellen vgl. S. 92 ff.).

Bezogen auf die Strafbarkeit von Individuen für aus Unternehmen heraus begangene Taten differenziert *Mittelsdorf* zwischen den verschiedenen, in Unternehmen vorhandenen Verantwortungsebenen. Am Anfang steht hier die Analyse der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Mitglieder der Geschäftsführung (S. 127 ff.). Zwar tragen Führungskräfte „ein erhebliches Risiko, Objekt strafrechtlicher Ermittlungen zu werden. Dagegen ist das Bestrafungsrisiko weitaus geringer“ (S. 141). Die in der Diskussion befindlichen Instrumente zur Intensivierung der Verantwortlichkeit der Geschäftsführung überzeugen nach *Mittelsdorf* nicht. Die vom BGH propagierte Erstreckung der Figur der mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft auf Straftaten, die aus Wirtschaftsunternehmen heraus begangen werden, beurteilt sie in Übereinstimmung mit weiten Teilen der Lehre als praktisch unbrauchbar. Es zeige sich, „dass eine Übertragung der Organisationsherrschaft auf Unternehmen zwar im Einzelfall nicht grundsätzlich ausgeschlossen ist, im Normalfall der Unternehmenskriminalität allerdings kaum einen Anwendungsfall finden wird“ (S. 134). Und nicht

besser ergeht es dem Modell der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung. Selbst wenn man das umstrittene Problem der Garantenstellung lösen könne, werde die Verantwortlichkeit wegen Unterlassens doch an Zurechnungsschwierigkeiten, am fehlenden Vorsatz sowie an prozessualen Beweisproblemen scheitern (S. 134 ff.). Nachdem auch noch kurz die mittlere Leitungsebene (S. 141), die Strafbarkeit der einfachen Mitarbeiter (S. 141 f.) sowie die Wechselwirkung zwischen den Ebenen beleuchtet worden sind (S. 142 f.), kommt *Mittelsdorf* zu dem Ergebnis, „dass Unternehmenskriminalität auch strafrechtlich nicht allein durch Verantwortungszuschreibung an Individuen erfasst werden kann. Die Unternehmensstrafe erscheint vor diesem Hintergrund erneut unabdingbar“ (S. 143).

Konsequenterweise geht *Mittelsdorf* sodann – aufbauend auf den Überlegungen zu den verschiedenen denkbaren Haftungsmodellen (vgl. dazu S. 92 ff.) – der Frage nach, wie ein Gesamtmodell des Unternehmensstrafrechts aussehen könnte, wobei es ihr insbesondere darauf ankommt, zu ermitteln, ob ein solches Gesamtmodell die Interdependenzen zwischen individueller und korporativer Ebene erfassen kann (S. 143). Die Analyse der verschiedenen denkbaren Haftungsmodelle (S. 144 ff.) ergibt, dass sich das Individualstrafrecht und das Unternehmensstrafrecht gegenseitig ergänzen müssen, dass aber die Gleichsetzung individueller und unternehmerischer Verantwortung nicht zu überzeugen vermag (S. 165). *Mittelsdorf* plädiert im Ergebnis dafür, de lege ferenda „eine (auch) repressive Unternehmensstrafe einzuführen. Diese verfolgt das Ziel, die Individualhaftung in repressiver und präventiver Hinsicht zu ergänzen. Sie muss aber in ihren Voraussetzungen von der Strafbarkeit der Individuen unabhängig sein, da die Pflichtverletzung des Unternehmens von der Pflichtverletzung der agierenden Individuen zu unterscheiden ist“ (S. 166).

In den zwei abschließenden Kapiteln gibt *Mittelsdorf* einerseits einen knappen Ausblick auf die prozessualen Auswirkungen der Einführung der Strafbarkeit von Unternehmen (S. 232 ff.) und untersucht andererseits die Frage, wie Unternehmenskriminalität zu sanktionieren ist (S. 167 ff.). Neben der relativ ausführlich thematisierten Sanktionierung von Individualtättern (S. 167 ff.) wird auch auf die Sanktionierung von Unternehmen eingegangen (S. 203 ff.). *Mittelsdorf* legt diesbezüglich einleitend dar, dass die Sanktionierung von Unternehmen nicht allein an den von den Vertretern der Ökonomischen Analyse des Rechts propagierten Kriterien orientiert werden kann, weil sonst „Gerechtigkeitserwägungen außer Betracht gelassen [würden], die in Deutschland bereits aus verfassungsrechtlichen Gründen angezeigt sind“ (S. 204). Die Frage, welche Kriterien bei der Bemessung von Sanktionen gegen Unternehmen zugrunde zu legen sind, ist ihrer Auffassung nach wiederum davon abhängig, welches Haftungsmodell gewählt wird (vgl. S. 205 ff.), wobei ihrer Auffassung nach bei der Konkretisierung der Kriterien neben den Erfahrungen, die mit den Unternehmenssanktionen gemäß

OWiG und im europäischen Kartellrecht gewonnen worden sind, auch ein Blick auf die Federal Sentencing Guidelines des US-amerikanischen Rechts zu werfen sei (vgl. S. 209 ff.).

2. Spezialfragen der Strafbarkeit des Unternehmens

Ryser, Roland M.: *Outsourcing. Eine unternehmensstrafrechtliche Untersuchung.* Zürich/St. Gallen: Dike Verlag 2007. 230 S. (Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Band 260)

Outsourcing, verstanden als dauerhafte Verlagerung von Aufgaben auf unternehmensexterne Dritte, ist ein Phänomen, das aus wirtschaftlichen und rechtlichen Gründen Konjunktur hat. Wenn der nationale Gesetzgeber die Strafbarkeit des Unternehmens eingeführt hat, stellt sich nicht nur die Frage nach der haftungsrechtlichen, sondern darüber hinaus auch die nach der strafrechtlichen Relevanz des Outsourcing. Konkret geht es um die Frage, ob und, wenn ja, unter welchen Voraussetzungen Straftaten, die durch Mitarbeiter des Outsourcingnehmers im Zusammenhang mit der Bearbeitung der outgesourcten Aufgaben begangen werden, dem Outsourcinggeber und/oder dem Outsourcingnehmer als Straftaten zugerechnet werden können. *Roland M. Ryser* geht in seiner von Andreas Donatsch betreuten Abhandlung dieser Frage für das schweizerische (Unternehmens-)Strafrecht nach. Die Abhandlung *Rysers* ist in drei große Abschnitte gegliedert: Zunächst wird das Phänomen des Outsourcing in seinen verschiedenen Ausgestaltungen vorgestellt (vgl. S. 5 ff.) und seine zivilrechtlichen Grundlagen (S. 22 ff.) beleuchtet. In einem zweiten Schritt werden sodann die Grundzüge des schweizerischen Unternehmensstrafrechts dargestellt (S. 39 ff.), bevor dann im dritten Abschnitt die Auswirkungen des Outsourcing auf die Verantwortlichkeit des Outsourcingnehmers und -gebers analysiert werden (S. 135 ff.).

Die Schweiz hat die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens im Jahre 2003 eingeführt. Das schweizerische Recht vereinigt zwei Haftungsmodelle mit teilweise identischen, teilweise aber auch divergierenden Haftungsvoraussetzungen: zum einen existiert eine auf einige wenige Katalogdelikte beschränkte primäre Verantwortlichkeit des Unternehmens (Art. 102 Abs. 2 StGB/CH) und zum anderen eine subsidiäre Verantwortlichkeit des Unternehmens (Art. 102 Abs. 1 StGB/CH). Das schweizerische (Unternehmens-)Strafrecht verlangt – neben einem Unternehmensversagen (vgl. hierzu S. 106 ff.) –, dass „in einem Unternehmen in Ausübung geschäftlicher Verrichtungen im Rahmen des Unternehmenszwecks ein Verbrechen oder Vergehen begangen“ wird. Aus dem Merkmal der Begehung der Anknüpfungstat „in Ausübung geschäftlicher Verrichtungen“ wird die Not-

wendigkeit eines funktionalen Bezugs zum geschäftlichen Tätigkeitsfeld des Unternehmens abgeleitet (vgl. S. 92 ff.) und aus dem Merkmal „im Rahmen des Unternehmenszwecks“ folgt, dass sich in der Anknüpfungstat ein betriebsbezogenes Risiko realisieren muss (vgl. S. 94 ff.). Aus dem Erfordernis schließlich, dass die Anknüpfungstat „in einem Unternehmen“ begangen worden sein muss, wird abgeleitet, dass die natürlichen Personen, die die Anknüpfungstat begehen, organisatorisch in das soziale System Unternehmen eingebunden sein müssen (vgl. S. 98 ff.), was bei Beauftragten und bei sonstigen Drittpersonen Probleme aufwirft (vgl. S. 103 ff.).

Bezogen auf die Verantwortlichkeit des Outsourcingnehmers stellt sich vor diesem Hintergrund zentral die Frage, ob Anknüpfungstaten, die im Zusammenhang mit der Bearbeitung des verlagerten Aufgabenbereichs von Mitarbeitern des Outsourcingnehmers begangen werden, „in Ausübung geschäftlicher Verrichtungen“ (des Outsourcingnehmers) und „im Rahmen des Unternehmenszwecks“ (des Outsourcingnehmers) begangen werden (vgl. S. 147 f.). Demgegenüber stellt sich bezogen auf den Outsourcinggeber die Frage, ob diese Anknüpfungstaten als Delikte eingestuft werden können, die – trotz des Outsourcing – im Unternehmen (des Outsourcinggebers) begangen werden, was im Hinblick auf das sog. interne Outsourcing keinerlei Probleme aufwirft (vgl. hierzu S. 218). Hingegen kommt es – wie Ryser im Einzelnen aufzeigt – in den Fällen des externen Outsourcing darauf an, ob eine Einbindung in die Unternehmensstruktur des Outsourcinggebers vorhanden ist oder nicht (S. 174 ff.), wobei sich der organisatorisch-hierarchische Bezug in Ausnahmefällen auch aus einer Garantenstellung des Outsourcinggebers ergeben können soll (vgl. S. 179 ff.). Ergänzend wird noch der Frage nachgegangen, ob Outsourcingnehmer und -geber als ein Gesamtunternehmen behandelt werden können (vgl. S. 154 ff.), was Ryser für ein Joint Venture bejaht (S. 161 ff.), für den Konzern aber verneint (vgl. S. 158 ff.; zur Analyse der rechtlichen Situation in Konzernverhältnissen vgl. auch S. 199 ff.).

Vogt, Bianca: *Die Verbandsgeldbuße gegen eine herrschende Konzerngesellschaft. Begehungs- und Unterlassungsbeteiligung an Ordnungswidrigkeiten im Unternehmensverbund.* Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 2009. 326 S. (Schriftenreihe zum deutschen, europäischen und internationalen Wirtschaftsstrafrecht, Band 10)

Mit der Einführung strafrechtlicher Sanktionen gegen Unternehmen stellt sich unvermeidbar die Frage, wie mit der Situation umzugehen ist, dass eine Sanktion gegen ein Unternehmen verhängt werden muss, das in einen Konzern eingebunden ist. Für die Rechtslage in Deutschland stellt sich diese Frage de lege lata

vor allem im Bereich des Kartellrechts, wo die wegen kartellrechtswidriger Absprachen in bis zu dreistelligen Millionensummen verhängten Bußgeldbescheide jedenfalls auch Unternehmen betreffen, die Teil eines Konzerns sind. Die Fragen, die sich in diesem Zusammenhang stellen, gehen zum einen dahin, ob neben dem direkt betroffenen Unternehmen möglicherweise auch die Konzernmutter in die Verantwortung zu nehmen ist, was auf europäischer Ebene bereits geschieht, während man sich in Deutschland traditionell innerhalb der Grenzen der juristischen Person gehalten hat und die Frage nach einer konzernweiten Verantwortung erst seit der Einführung des § 81 Abs. 4 Satz 2 GWB gestellt wird. *Bianca Vogt* plädiert in ihrer von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Konstanz im Wintersemester 2008/2009 als Dissertation angenommene Abhandlung dafür, nicht allein die abhängige Gesellschaft die Verantwortung tragen zu lassen, sondern „das Augenmerk auch auf herrschende Konzerngesellschaften zu richten“ (S. 289).

Nachdem sie einleitend kurz auf die Zurechnung im europäischen Kartellrecht (S. 33 ff.) sowie auf die Einstandspflicht des Störers im Immaterialgüterrecht eingegangen ist (S. 36 ff.), erörtert *Vogt* zunächst umfassend die Verantwortung der Konzernmutter für sanktionsrelevantes Verhalten im Konzernverbund (S. 41 ff.). Sie plädiert dafür, dass auch für den Bereich der ordnungswidrigkeitenrechtlichen Verantwortlichkeit kein Grund besteht, vom zivilrechtlichen Zurechnungsmaßstab des § 31 BGB abzuweichen (S. 74 ff.): „Wenn also einer juristischen Person das Verhalten eines Organwalters zivilrechtlich zugerechnet wird, dann ist dieses Ergebnis auch für das Ordnungswidrigkeitenrecht maßgebend [...]. Ein Handeln als Organ [i. S. d. § 30 OWiG] muss folglich entsprechend zum Zivilrecht immer dann angenommen werden, wenn ein funktionaler Zusammenhang mit den Aufgaben vorliegt, die dem Organ zugewiesen sind“ (S. 79 f.). Hieraus ergibt sich: „Begeht ein Organ der Tochtergesellschaft aktiv eine Ordnungswidrigkeit, kann seine Anstellungskörperschaft über § 30 Abs. 1 Nr. 1 OWiG mit einem Bußgeld belegt werden“ (S. 84). Darüber hinaus könne auch die herrschende Gesellschaft mit einem Bußgeld belegt werden, wenn entweder „eine gesonderte Einwirkung der Konzernspitze auf die Tochtergesellschaft nachzuweisen ist“ oder sich eine Verantwortung der Konzernmutter aus einer personellen Verflechtung ergibt und in dem Handeln des Doppelmandatsträgers „die Umsetzung einer Konzernstrategie erkennbar ist“ (S. 84).

In einem nächsten Schritt analysiert *Vogt* die Verantwortlichkeit aufgrund von Unterlassen. Im Rahmen der Aufarbeitung der zentralen Tatbestandsvoraussetzungen des Unterlassungsdelikts (S. 85 ff.) plädiert sie für eine Ableitung der Garantenstellung aus dem Zivilrecht (S. 95), und zwar konkret aus den im Zivilrecht begründeten Verkehrspflichten (S. 109 ff.). Unternehmen seien Gefahrenquellen (S. 115) und die Verantwortlichkeit des Geschäftsherrn folge aus seiner

Stellung als Herr über diese Gefahrenquelle (S. 129 ff.). Den Einwand, die Übertragung der Pflichtenstellung aus dem Zivilrecht trage dem für das Ordnungswidrigkeitenrecht und das Strafrecht zentralen Prinzip der individuellen Verantwortung nicht Rechnung, hält *Vogt* entgegen, dass diesem Prinzip zum einen bei der Ausgestaltung des Umfangs der Garantenpflichten Rechnung getragen werden könne (vgl. S. 135) und darüber hinaus auch andere Tatbestandsvoraussetzungen als Anknüpfungspunkte zur Verfügung stehen (vgl. S. 135 ff.). In einem weiteren Schritt wendet sich *Vogt* sodann der Frage zu, wer Träger der betrieblichen Kontrollpflicht ist, wobei hier zunächst die zivilrechtliche Situation ausführlich analysiert wird (S. 142 ff.), bevor dann auf die Person des Garanten im Strafrecht eingegangen wird (S. 171 ff.). *Vogt* vertritt hier die These, dass – wiederum im Anschluss an die entsprechenden Vorgaben des Zivilrechts – Garant das Unternehmen ist und sich die Verantwortlichkeit natürlicher Personen nur über die § 14 StGB, § 9 OWiG ergeben könne und damit auf den dort erfassten Personenkreis beschränkt sei (S. 172 ff.). Die gewonnenen Erkenntnisse werden sodann auf die Situation im Konzern übertragen (vgl. S. 187 ff.), wobei diesbezüglich aus straf- und ordnungswidrigkeitenrechtlicher Sicht insbesondere die Ausführungen zur Verantwortung der Konzernmutter als faktisches Organ (vgl. S. 233 ff.) sowie nach § 130 OWiG (vgl. S. 281 ff.) von Interesse sind.

Rau, Charlotte: *Compliance und Unternehmensverantwortlichkeit. Materiellrechtliche Fragen der sanktionsrechtlichen Unternehmensverantwortlichkeit unter Berücksichtigung von Compliance-Maßnahmen.* Frankfurt am Main: Peter Lang Verlag 2010. 271 S.
(Frankfurter kriminalwissenschaftliche Studien, Band 125)

Der Begriff Compliance umschreibt ein in der Unternehmenspraxis zunehmend wichtiger werdendes, schillerndes Phänomen, das in der von *Charlotte Rau* im Jahre 2009 an der Goethe-Universität Frankfurt am Main als Dissertation vorgelegten Untersuchung dahingehend definiert wird, dass es um Maßnahmen geht, die von Unternehmen mit dem Ziel ergriffen werden, rechtmäßiges Verhalten von Mitarbeitern zu gewährleisten und so staatlichen Sanktionen vorzubeugen. Da die Errichtung von Compliance-Strukturen mit einem nicht unerheblichen personellen und finanziellen Aufwand verbunden ist und natürlich auch die beste Compliance-Struktur nicht gewährleisten kann, dass es zu keinerlei Regelverletzungen kommen wird, stellt sich die von *Rau* als „Schwerpunkt dieser Untersuchung“ bezeichnete Frage, „welche Bedeutung Compliance-Maßnahmen von Unternehmen im Hinblick auf die Sanktionsverantwortlichkeit haben können“ (S. 11). Ziel der Untersuchung ist es, „die Praxisprobleme an der

Schnittstelle von Sanktionsverantwortlichkeit und Unternehmens-Compliance aus einer nicht beratungsorientierten Perspektive in ihrem dogmatischen Gesamtbild“ darzustellen (S. 12). Konkret geht es um die Frage(n), ob Compliance-Strukturen die Verantwortlichkeit des Unternehmens und/oder der Mitglieder der Geschäftsleitung für etwaige Regelverletzungen ausschließen oder wenigstens im Zuge der Sanktionierung mildernd zu berücksichtigen sind (vgl. zusammenfassend S. 86 ff.).

Die Abhandlung ist – abgesehen von der Einleitung und der Schlussbetrachtung – in drei Abschnitte gegliedert: Zunächst wird unter dem Obertitel „Compliance in Unternehmen“ aufgezeigt, was unter Compliance zu verstehen ist (S. 20 ff.) und was nach geltendem Recht die Folgen einer mangelnden Compliance sein können (S. 57 ff.), wobei *Rau* diesbezüglich das Institut der Ahndung von Aufsichtspflichtverstößen nach § 130 OWiG ins Zentrum rückt (vgl. auch die Darstellung der einschlägigen Rechtsprechung, S. 77 ff.).

In einem zweiten Schritt werden die im geltenden Recht vorgesehenen „Sanktionen gegen Unternehmen“ behandelt (S. 89 ff.), wobei *Rau* insbesondere auf die Unternehmensgeldbuße (§ 30 OWiG) und den Verfall (S. 159 ff.) eingeht, daneben aber auch die Institute der Einziehung (S. 157 f.) und der Mehrerlösabführung (S. 198 ff.) kurz erwähnt. Während Compliance-Anstrengungen im Rahmen des Verfalls keine Rolle spielen, weil es sich um eine „präventiv-ordnende Maßnahme“ handelt, „die ein Verschulden beziehungsweise eine Vorwerfbarkeit nicht voraussetzt“ (S. 196), stellt sich bei der Unternehmensgeldbuße jedenfalls im Hinblick auf die Ahndungskomponente (zur Unterscheidung von Ahndungs- und Abschöpfungsfunktion vgl. S. 120 ff.) die Frage, inwieweit Compliance-Anstrengungen oder deren Fehlen bei der Bemessung der Buße zu berücksichtigen sind. *Rau* stellt die für die Berücksichtigung von Compliance-Maßnahmen im europäischen und deutschen Kartellrecht entwickelten Grundsätze dar (S. 130 ff.) und kommt dann zu dem Ergebnis, dass die „für den Bereich des Kartellrechts aufgezeigten Grundsätze einer Bußgeld mindernden Berücksichtigung von Compliance-Maßnahmen [...] auch außerhalb des kartellrechtlichen Bereichs allgemeine Gültigkeit“ haben müssen (S. 150), wobei allerdings klare Aussagen dazu, was das nun konkret bedeutet, derzeit noch nicht möglich seien, weil Praxis und Wissenschaft sich dieser Thematik außerhalb des Kartellrechts bisher noch nicht in ausreichendem Maße angenommen haben (vgl. S. 150 ff.).

In einem dritten Schritt wird die Frage behandelt, „wie sich die Thematik der Unternehmens-Compliance im Zusammenhang mit den erörterten Sanktionen gegen Unternehmen auswirken kann“ (S. 217). Bezogen auf die individuelle Verantwortlichkeit natürlicher Personen beschränkt sich *Rau* auf recht vage Hinweise, wonach sich unternehmensinterne Compliance-Strukturen „sanktionsbegründend oder aber sanktionsausschließend“ auswirken können, in jedem Fall

aber „hinsichtlich der Strafzumessung im engeren Sinne“ eine Rolle spielen und hier „zu Lasten oder zu Gunsten des Täters zu würdigen“ sind (S. 220). Bezogen auf die Sanktionen gegen Unternehmen seien Compliance-Maßnahmen des Unternehmens „im Rahmen der Einziehungsanordnung gegebenenfalls zu berücksichtigen, und zwar sowohl hinsichtlich der Frage des ‚Ob‘ als auch hinsichtlich der Frage des ‚Wie‘ der Einziehung“ (S. 225); Ansatzpunkt sei die Verhältnismäßigkeit der Einziehung (vgl. S. 225). Demgegenüber scheide die Berücksichtigung von Compliance-Maßnahmen im Rahmen des strafrechtlichen Verfalls und der Mehrerlösabführung aus, weil das unrechtmäßig Erlangte stets abzuschöpfen sei (vgl. S. 226 ff.). Auf die Anordnung des im Ermessen der Sanktionsbehörde stehenden Verfalls nach § 29 a OWiG könne diese Wertung aber nur bedingt übertragen werden (S. 229 f.): „Insofern sind im Rahmen der Gesamtabwägung aller Umstände bei der gegen Unternehmen gerichteten Verfallsanordnung nach § 29 a OWiG entfaltete Compliance-Bemühungen zu werten, und zwar grundsätzlich sowohl hinsichtlich des ‚Ob‘ einer Verfallsanordnung nach § 29 a OWiG als auch hinsichtlich der konkreten Höhe des Verfallsbetrages“ (S. 230). Bei der Unternehmensgeldbuße können Compliance-Bemühungen strafmildernd „allein in Bezug auf den ahndenden Teil der Unternehmensgeldbuße berücksichtigt werden, nicht aber in Bezug auf den abschöpfenden Teil“ (S. 231/232), wobei hier „nicht zwischen vortatlichen und nachtatlichen Compliance-Maßnahmen zu unterscheiden“ sei (S. 232). Daneben könne das Fehlen von Compliance-Bemühungen auch zu Lasten des Unternehmens zu berücksichtigen sein (vgl. S. 232 f.). Die nur eingeschränkt mögliche Berücksichtigung der Compliance-Bemühungen von Unternehmen verschärfte den „unbefriedigenden Zustand einer kaum messbaren wechselseitigen Beeinflussung der möglichen gegen Unternehmen gerichteten Sanktionen der Verfallsanordnung und der Unternehmensgeldbuße“ (S. 236). Der deutsche und der europäische Gesetzgeber seien gefordert, die Sanktionen des Verfalls und der Unternehmensgeldbuße „schärfer zu konturieren und voneinander abzugrenzen. Gerade die aufgezeigte unterschiedliche Berücksichtigung von Compliance-Maßnahmen macht einen diesbezüglichen Handlungsbedarf deutlich“ (S. 247).

II. Untreue

Schon in den Literaturberichten der Jahre 2007 (vgl. ZStW 119 [2007], S. 361, 402 ff.) und 2009 (vgl. ZStW 121 [2009], S. 711, 721 ff.) hat die Untreue nach § 266 StGB eine prominente Stellung eingenommen. Dies ist auch im vorliegenden Berichtszeitraum nicht anders. Die vorzustellenden Werke greifen zum Teil – oft inspiriert durch neuere Entwicklungen in der Praxis – allgemeine Untreuefragen

auf, nehmen teilweise aber auch direkt Bezug auf spezielle Entscheidungen des BGH. In einem Literaturbericht mit einem nicht ganz kurzfristigen Erscheinungsrhythmus sowie mit wechselnden Schwerpunkten ist dabei unvermeidbar, dass sich einzelne in den vorzustellenden Werken behandelte Themen auf der Grundlage der neueren und allerneuesten Rechtsprechung wiederum anders darstellen; dies dürfte aber nichts am Nutzen der Werke für den interessierten Leser ändern, sondern ist im Gegenteil ein Anlass, sich einmal „zurückzulehnen“ und zu überlegen, ob die einschlägigen Fragestellungen tatsächlich (fast) ausschließlich aus dem Fokus neuerer Leitentscheidungen betrachtet werden sollten.

1. Grundfragen der Untreue

Hoffmann, Maïke: *Untreue und Unternehmensinteresse. Erläutert am Beispiel des Schutzes der Interessen von Gläubigern und Arbeitnehmern.*

Baden-Baden: Nomos 2010. 308 S. Schriftenreihe zum deutschen, europäischen und internationalen Wirtschaftsstrafrecht, Band 13.

Insbesondere im Zusammenhang mit Fragen der Untreue bei „einvernehmlicher“ Vermögensschädigung (klassisch: bei Verringerungen des Gesellschaftsvermögens nach Weisung der Gesellschafter) wird nicht selten die kritische Frage aufgeworfen, ob die hierzu vertretenen Strafbarkeitskonstruktionen nicht an sich systemwidrig sind, weil sie gar nicht den Schutz des Gesellschaftsvermögens, sondern letztlich den Schutz Außenstehender und dabei insbesondere der Gesellschaftsgläubiger bewirken. *Maïke Hoffmann* stellt diese Frage in den Mittelpunkt ihrer Untersuchung und widmet diese dem mittelbaren Schutz von Gläubigern und Arbeitgebern durch § 266 StGB.

Nach einer anschaulichen Einleitung, in welcher der (zumindest reflexhafte) Schutz auch für Nichtvermögensinhaber erläutert wird und einige für den Fortgang wichtige Grundlagen (Gesellschaftsrechtsakzessorietät der Untreue; Begriffe des Geschäftsinteresses einer- und des Unternehmens andererseits) knapp geklärt werden, zerfällt die Untersuchung in drei große Teile (C bis E) samt einer kurzen Anwendung der gefundenen Ergebnisse auf einige als relevant erachtete Fälle (F): Zunächst (S. 37 ff.) werden einige typische Untreue-Fallgruppen aus der Rechtsprechung (Risikogeschäfte, Spenden, Vorstandvergütung und Kapitalentnahme) sowie ihre Rezeption in der Literatur knapp, aber solide referiert, bevor sie kurz (und mit ehrlicher Weise überschaubarem Gewinn) in das tatbestandliche Schema des § 266 StGB eingeordnet werden, um sodann festzustellen, dass ihre Probleme jedenfalls mit Blick auf den Schutz von Gläubiger- und Arbeitnehmerinteressen am Merkmal der Pflichtwidrigkeit

hängen. Im nächsten Abschnitt (S. 71 ff.) wird dargelegt, inwiefern eine Orientierung der Untreuestrafbarkeit am Gesellschaftsinteresse als mittelbarer Gläubigerschutz für die GmbH (S. 77 ff.) bzw. für die Aktiengesellschaft (S. 107 ff.) in Betracht kommt. Hierzu werden Rechtsprechung und Literatur daraufhin analysiert, welche Grenzen für die Befugnisausübung grundsätzlich dispositionsbefugter Organe bestehen. Die dort aufgeführten Gesichtspunkte und Argumente bilden dann auch – angereichert etwa auch durch einen Blick ins Ausland, vgl. S. 126 ff. – den Gegenstand der eigenen Analyse, die als Ergebnis zu der Feststellung kommt, dass die auf das Gesellschaftsinteresse gerichtete Untreuestrafbarkeit durchaus mittelbaren Gläubigerschutz leisten kann (wohingegen nicht vertieft darauf eingegangen wird, ob die Untreue diesen auch tatsächlich *leisten soll*).

In vergleichbarer Weise – wenngleich auch nicht parallel aufgebaut, da insbesondere schon viel weniger Rechtsprechung zu analysieren ist – wird sodann auf S. 207 ff. untersucht, inwiefern eine Orientierung am Unternehmensinteresse zu einem mittelbaren Arbeitnehmerschutz durch die Untreue führt bzw. führen kann/soll/muss. Die *Verfasserin* kann hierzu keine spezifischen gesellschaftsrechtlichen Vorgaben ausmachen und kommt letztlich zum Ergebnis, dass insoweit nur eine Art reflexhafter „Minimalschutz“ durch eine erneute Rückkopplung an die Gesellschafts(bestands)interessen dahingehend besteht, dass es auch für die Arbeitnehmer letztlich günstig ist, wenn die Gesellschaft in ihrer Existenz nicht vernichtet wird. Ansätzen einer bewussten weitergehenden Orientierung am Arbeitnehmerschutz bei der Interpretation des § 266 StGB erteilt die *Verfasserin* eine Absage. Den Abschluss bildet dann die Darstellung der Konsequenzen der bisherigen Überlegungen für die einleitend skizzierten Fallgruppen (vgl. S. 265 ff.). Schon im Ansatz ist dabei freilich fraglich, welchen Ertrag sich die *Verfasserin* hier erhofft, soweit sie (ganz zu Recht!) nur einen mittelbaren/reflexhaften Schutz sowohl der Gläubiger als auch der Arbeitnehmer annimmt bzw. umgekehrt gewendet: in deren Schutz kein auslegungsleitendes Kriterium sieht. Wie bei einer solchen Sichtweise fast auch zu erwarten, sind die Konsequenzen für die Lösung der einleitenden Fallgruppen letztlich gering.

Die *Verfasserin* bewältigt eine beachtliche Stofffülle, in welcher Standpunkte und Rechtsprechung und Literatur zuverlässig referiert und die eigenen Standpunkte an den einzelnen Stellen der Arbeit auch durchaus ausführlich begründet werden. Das Ziel und auch der rote Faden der Arbeit werden freilich nicht völlig deutlich, und wenn es tatsächlich – so die *Verfasserin* explizit auf S. 277 – in der „Erkenntnis“ liegen sollte, „dass sowohl Gläubiger als auch Arbeitnehmer durch den Untreuetatbestand nicht unmittelbar, sondern immer nur vermittelt der Absicherung des Vermögens der Kapitalgesellschaft geschützt werden können“, so ist dieses Ergebnis doch relativ dünn. So sympathisch es ist, wenn die *Ver-*

fasserin keinen darüber hinausgehenden Untreueschutz postuliert und so klar es ist, dass jeder Bestandsschutz der Gesellschaft sich mittelbar auch positiv auf Gläubiger- und Arbeitnehmerinteressen auswirkt, so wenig geht die Untersuchung der eigentlich spannenden Frage nach, ob nicht ein strafrechtlicher Schutz des Bestandsinteresses der Gesellschaft auch gegenüber den Gesellschaftern letztlich nur durch Gläubigerinteressen motiviert ist und damit über die mit § 266 StGB legitimerweise zu verfolgenden Ziele hinaus geht.

Lichtenwimmer, Andrea: *Untreueschutz der GmbH gegen den übereinstimmenden Willen der Gesellschafter?* Frankfurt u. a.: Peter Lang 2008. 328 S. Europäische Hochschulschriften, Reihe 2, Band 4676.

Ein wichtiger Ausschnitt des von *Hoffmann* behandelten Themas steht auch im Zentrum der Dissertation von *Andrea Lichtenwimmer*, die untersucht, inwieweit die GmbH gegen ein Handeln geschützt ist, das von einem übereinstimmenden Gesellschafterwillen getragen ist.

Um die Bedeutung ihres Themas zu belegen, holt die *Verfasserin* weit aus und stellt neben der Bedeutung der GmbH für den Wirtschaftsverkehr auch ihre Insolvenzanfälligkeit sowie die Häufigkeit von Untreuehandlungen nach der PKS einleitend dar (vgl. S. 23 ff.). Abgerundet werden die Grundlagen mit Beispielen für denkbare pflichtwidriges Geschäftsführerhandeln und einem Hinweis auf die rechtspolitischen Diskussionen im Zusammenhang mit der GmbH. Im folgenden kurzen Kapitel über die Untreue als strafrechtlichem Anknüpfungspunkt wird vor allem die historische Entwicklung bis zur Aufhebung des Spezialtatbestandes des § 81 GmbHG a. F. nachgezeichnet, welche freilich aus Sicht der Verfasserin in der Folge zu keinen nennenswerten Änderungen geführt hat (und daher eher unter rechtshistorischen Gesichtspunkten als wegen des Ertrags für die nachfolgenden Überlegungen von Interesse ist, vgl. S. 35 ff.).

Das zentrale und umfangreichste dritte Kapitel ist dann den einzelnen Problemfeldern der GmbH-Untreue (und abweichend vom Titel der Arbeit nicht nur dem Untreueschutz gegen den übereinstimmenden Willen der Gesellschafter) gewidmet. Dabei beginnt die Verfasserin mit einer Darlegung des bei der GmbH-Untreue geschützten Rechtsguts (S. 62 ff.), das sie dezidiert allein im Vermögen der GmbH und nicht im Gläubigerschutz sieht, wobei die GmbH hinsichtlich der Vermögenszuordnung auch strafrechtlich als eigene Rechtspersönlichkeit anzuerkennen sei (vgl. S. 71 ff.). Als Träger einer Vermögensbetreuungspflicht sieht *Lichtenwimmer* ausschließlich den Geschäftsführer (S. 97 ff., auch den faktischen, S. 108 ff.) an, im Grundsatz aber nicht die Gesellschafter (S. 114 ff.). Der Inhalt dieser Betreuungspflichten müsse sich grundsätzlich aus

dem Gesellschaftsrecht ergeben, dürfe aber nicht unbesehen übernommen werden, sondern sei hier auf spezifisch vermögensschützende Pflichten begrenzt, wobei als eine solche Pflicht subsidiär auch das allgemeine Schädigungsverbot in Betracht komme (vgl. S. 128 ff.).

Auf dieser Grundlage kommt *Lichtenwimmer* dann – immerhin fast mit der gesamten zweiten Hälfte des Buches – auf die Zustimmung der Gesellschafter zu sprechen. Hierbei wird zunächst abgegrenzt, ob es sich insoweit um eine Einwilligung oder um ein tatbestandsausschließendes Einverständnis handeln würde, wobei die Verfasserin sich für die zweite Lösung entscheidet (vgl. S. 164 ff.), was zu vergleichsweise geringeren Dispositionsschranken führt (vgl. S. 187 ff.). Als Dispositionsschranke aus dem Zivilrecht werden die Kapitalerhaltungsvorschriften diskutiert (S. 203 ff.), welche nach Auffassung der Verfasserin aber allein dem Gläubigerschutz dienen und daher auf das Strafrecht nicht ohne weiteres übertragbar sind (vgl. S. 222 ff.), da der strafrechtliche Untreueschutz gerade nur dem Gesellschaftsvermögen diene. Dies führt nach Auffassung der Verfasserin im Ergebnis zu einer weitgehend unbeschränkten Dispositionsbefugnis der Gesellschafter (vgl. S. 258 ff.), wobei etwaige Strafbarkeitslücken jedoch durch eine zweckentsprechende Auslegung der Bankrottvorschriften (zu denen zum Entstehungszeitpunkt der Arbeit konsequenterweise für die Rechtsprechung allein auf die Interessentheorie verwiesen wird) zumindest teilweise abgefangen werden könnten.

In der Arbeit werden viele allgemeine Fragen behandelt, die in dieser Form auch im Jahr 2008 nicht mehr neu waren; das Kernthema des Untreueschutzes gegen den übereinstimmenden Willen der Gesellschafter wurde ebenfalls nicht nur bereits lang diskutiert, sondern ist letztlich auch schmal zugeschnitten. Gerade diese Fokussierung eröffnet der Verfasserin jedoch die Möglichkeit einer gründlichen und vertieften Diskussion, aufgrund derer sie sich mit beachtlichen Gründen gegen Rechtsprechung und h. M. stellt und den Gedanken des bloßen Vermögensschutzes der Gesellschaft durch den Untreuetatbestand konsequent zu Ende führt.

Cappel, Alexander: *Grenzen auf dem Weg zu einem europäischen Untreuestrafrecht. Das Mannesmann-Verfahren und § 266 StGB als Beispiel eines expansiven Wirtschaftsstrafrechts.* Frankfurt u. a.: Peter Lang 2009. 298 S. Grundlagen Gesamte Strafrechtswissenschaft, Band 4.

Titel (Weg zu einem europäischen Untreuestrafrecht) und Untertitel (Mannesmann-Verfahren) sind scheinbar konträr bzw. hängen nur mittelbar miteinander zusammen. Schon in der Einleitung erläutert der *Verfasser* aber, um welchen

Zusammenhang es ihm in seiner an der Universität Luxemburg als Dissertation angenommenen Abhandlung geht: Er möchte exemplarisch am Mannesmann-Verfahren denkbare Kritikpunkte an einer (von ihm so verstandenen) expansiven Handhabung des Wirtschaftsstrafrechts deutlich machen, die aus diesem Grund kein Vorbild für europäische Lösungen sein können. Dafür stellt *Cappel* seinen Ausführungen ein Zitat von *John Locke* voran, in welchem die Freiheit betont wird, dem „eigenen Willen zu folgen“, wo nichts Abweichendes durch ausdrückliche Regeln vorgeschrieben ist. Diese Freiheit sieht *Cappel* durch die Entwicklung des Wirtschaftsstrafrechts gefährdet. Dass freilich im konkreten Mannesmann-Fall keine solche Regel bestanden hat, sondern das Strafrecht nur zur Befriedigung der moralischen Empörung eingesetzt worden sei (vgl. S. 25 sowie noch sehr oft innerhalb des Buches) ist an dieser Stelle zumindest noch eine nicht belegte Behauptung und lädt spontan zu der Frage ein, ob das Gebot des „neminem laedere“, welches von der Untreue teilweise in den Bereich des Vermögensschutzes transportiert wird, nicht auch eine solche Regel sein kann. Der *Verfasser* geht den oben knapp beschriebenen Kerngedanken auf verschlungenen Wegen nach, bei denen auch nicht an jeder Stelle klar ist, inwiefern diese (um im Bild zu bleiben) zielführend sind und wo es sich um reine „Lustwanderungen“ oder aber mehr oder weniger zwanghaft generierte „Wegstreckenverlängerungen“ handelt.

Das als Ausgangspunkt der Überlegungen immer wieder herangezogene Beispiel ist der Mannesmann-Fall. Nach einem Referat der einschlägigen Entscheidungen (S. 29 ff.) und einer groben Darstellung der aktienrechtlichen Probleme (S. 35 ff.) legt *Cappel* die aus seiner Sicht bestehenden aktien- und strafrechtlichen Schwächen der Entscheidungen (S. 47 ff., 66 ff.) dar. Aus aktienrechtlicher Sicht teilt *Cappel* die vom BGH vorgebrachten generellen Bedenken gegen nachträgliche Prämienzahlungen ohne Verpflichtung nicht. Das von ihm hier herangezogene Argument, dass Vorliegen oder Nichtvorliegen einer entsprechenden vertraglichen Regelung für solche Prämien könne schon deshalb nicht ausschlaggebend sein, weil das Strafrecht sonst von der wirtschaftsrechtlichen Vertragsgestaltung abhängig wäre, was aber „schwerlich im Sinne des Erfinders sein“ könne, verfängt nicht wirklich. Dass eine Strafbarkeit, die auf die Pflichtwidrigkeit des Verhaltens eines Vertragspartners zum Nachteil des anderen Vertragspartners abstellt, nicht zuletzt auch davon abhängig ist, welche vertraglichen Regelungen im Vorfeld getroffen worden sind, ist entgegen der Auffassung des Verfassers nicht „skandalös“ und kann daher wohl auch nicht dahingehend gedeutet werden, dass bei einem hinreichend großen öffentlichen Interesse für eine gesellschaftliche Problemlage ohne Rücksicht auf die Legitimation dafür „auf das Strafrecht als geeignetes Steuerungsmittel zurückgegriffen“ werde (so aber S. 66). Als allgemeine strafrechtliche Probleme der Untreuestrafbarkeit nennt *Cappel* insbesondere die Verschleifung von Tatbestandsmerkmalen sowie den in der Mannes-

mann-Entscheidung ausgesprochenen (zumindest für bestimmte Konstellationen geltenden) Verzicht auf das zusätzliche restriktive Merkmal der „gravierenden Pflichtverletzung“. All dies führt ihn zu der zumindest gewagten These, dass es im Mannesmann-Verfahren „um nichts anderes, als um die Statuierung eines politischen Exempels“ (Zeichensetzung sic) gegangen sei.

Das nachfolgende Kapitel (S. 107 ff.) befasst sich mit den allgemeinen Problemfällen des § 266 StGB, unter denen dann wieder die allgemeinen Vorbemerkungen zur Historie und zur gegenwärtigen Form der Untreue verzichtbar scheinen. Die (zum Teil nochmalige) Darstellung der Problemfelder (etwa Verschleifung und künstliche Versuchsstrafbarkeit, vgl. S. 119 ff.) sind zwar nicht nur aus heutiger, sondern auch schon aus damaliger Sicht nicht neu, sachlich aber durchaus zutreffend. Vor allem die Darstellung der aus den strukturellen Problemen des Untreueparagrafs drohenden Konsequenzen (Einstiegsmöglichkeit in wirtschaftsstrafrechtliche Ermittlungsverfahren; Case Law-Tendenz; vgl. S. 134 ff.) sind überzeugend – anders als der doch sehr pauschal bleibende Hinweis auf den Missbrauch der Untreue „für politische Zwecke“ (S. 137): Dass diese Gefahr im Einzelfall bestehen kann, liegt auf der Hand; es dürfte sich hierbei aber weniger um ein Problem der Gesetzesfassung als vielmehr um persönliche „Defizite“ bei den jeweiligen Rechtsanwendern handeln.

Im nächsten Kapitel (S. 141 ff.) verlässt der Verfasser den engen Bereich der Untreue und wendet sich der Strafrechtsexpansion als allgemeines Problem zu. Die Ausführungen zur Geschichte und zu den Feldern des Wirtschaftsstrafrechts (S. 142 f.) und auch die als Beleg einer Expansion aufgeführten Beispiele (S. 144 ff.) sind zwar zutreffend, gleichzeitig aber auch wenig originell. Ähnliches gilt für die verfassungsrechtliche Kritik (S. 157 f.), bei welcher man dem *Verfasser* aber zugehalten muss, dass er hier Tendenzen zutreffend beschreibt, welche sich teilweise zwei Jahre später auch in der Untreueentscheidung des Bundesverfassungsgerichts wiederfinden. Der aus der Gesetzgebungshistorie abgeleitete und aus Sicht des Verfassers immer noch existente Einsatz der Untreuevorschrift als „Waffe“ gegen missliebige Zeitgenossen (vgl. S. 159 ff.) vermag dagegen nicht zu überzeugen. Die Ausführungen sind hier doch zu einseitig und letztlich auch ideologisch gefärbt. Als Konsequenz seines Verständnisses des § 266 StGB sieht *Cappel* in der Vorschrift bzw. ihrer Anwendung nicht hinnehmbare Kollisionen mit dem Postulat der wirtschaftlichen Freiheit (S. 164 ff.) und kommt damit zum Ergebnis, dass eine richterliche Legitimation für die Norm bzw. ihre Anwendung fehle (vgl. S. 184 f.).

Das folgende Kapitel ist dem Rechtsvergleich gewidmet: Der Verfasser stellt hierzu (vgl. S. 187 ff.) knapp die Untreueregelungen in der Schweiz, in Österreich, in skandinavischen Ländern, in Frankreich, Luxemburg, Spanien und Italien sowie im anglo-amerikanischen Rechtskreis dar. Mag man bei den Einzeldarstel-

lungen noch an ihrem Ertrag zweifeln, ist die zusammenfassende Analyse des Verfassers (S. 210 ff.) im Ausgangspunkt durchaus scharfsinnig. Die daraus gezogenen Konsequenzen sind dagegen wieder teilweise zweifelhaft. Insbesondere der Vergleich zum Schweizer ABB-Fall dürfte schief sein und basiert auf der letztlich unzutreffenden (vgl. auch bereits oben) Annahme, dass vorherige vertragliche Regelungen für Anerkennungsprämien letztlich bedeutungslos seien und diese offenbar unabhängig von jeder vertraglichen Vereinbarung stets einheitlich am Maßstab des § 87 AktG geprüft werden sollten, was doch in einem interessanten Widerspruch zur sonst vom Verfasser so stark eingeforderten Bestimmtheit steht, da das Vorliegen oder Nichtvorliegen entsprechender vorheriger Vereinbarungen ein deutlich trennschärferes Kriterium ist als der mehr oder weniger weiche Katalog der Bemessungsaspekte in § 87 AktG. Aber selbst von seinem eigenen Standpunkt aus, nach welchem in Deutschland die Untreuestrafbarkeit am weitesten ausgedehnt und am wenigsten rechtsstaatlich gesichert sei, steht der Verfasser einer europäischen Harmonisierung zurückhaltend gegenüber. Zwar sei diese wegen der unmittelbaren Berührung von Grundfreiheiten durch eine drohende Untreuestrafbarkeit durchaus geboten; mit Blick auf andere Beispiele sieht der Verfasser in einer europäischen Harmonisierung aber die Gefahr einer weiteren Expansion.

Im abschließenden fünften Kapitel (S. 293 ff.) werden dann Alternativen zum bisherigen Untreuetatbestand diskutiert. Was der Verfasser hier argumentativ für und gegen etwaige Änderungen vorbringt, kann im Ausgangspunkt durchaus überzeugen; wie diese Gesichtspunkte in einer handhabbaren gesetzlichen Regelung formuliert sein sollten, wird aber nicht klar.

Adick, Marcus: *Organuntreue (§ 266 StGB) und Business Judgment.*

Die strafrechtliche Bewertung unternehmerischen Handelns unter Berücksichtigung von Verfahrensregeln. Frankfurt a. M. u. a.:

Peter Lang 2010. XXV, 129 S. Europäische Hochschulschriften, Band 5025.

Ein vergleichsweise allgemeines – dafür aber eben auch für eine Vielzahl von Fällen relevantes – Thema greift in seiner bemerkenswert schlanken Osnabrücker Dissertation *Markus Adick* auf, der sich mit dem Spannungsverhältnis von Untreue und Unternehmerfreiheit unter dem Gesichtspunkt der Business Judgment Rule und der Einhaltung von Verfahrensregeln befasst. Ausgangspunkt seiner Überlegungen ist dabei die von ihm konstatierte Ausuferung der Untreuestrafbarkeit bzw. Untreueverfolgung, welche auch geänderten gesellschaftlichen Wahrnehmungen geschuldet sei. Vor diesem Hintergrund sei für die Betroffenen wichtig zu wissen, ob sich irgendwo „sichere Häfen“ beschreiben ließen, welche

(nicht nur haftungsrechtlich, sondern eben insbesondere auch) strafrechtlich Sicherheit vor Verfolgung gewähren könnten.

Die Abhandlung ist in drei größere Teile gegliedert: Den Anfang macht ein Überblick über Struktur und wichtige Einzelfragen des § 266 StGB (S. 4 ff.). Ähnliche, „kurzkommentarartige“ Zusammenstellungen finden sich am Anfang vieler Dissertationen. Bei einem Buch zur Untreue scheinen sie auf den ersten Blick freilich stärker „verzichtbar“ als in einer Dissertation etwa zu einer Spezialmaterie, bei welcher dem durchschnittlichen Leser selbst die Grundlagen des Gebietes nicht präsent sind. Neben dem (für eine Dissertation eher untypischen) Nutzen, sich in gedrängter Form noch einmal über die wichtigsten Strukturen informieren zu können, ist diese Grundlegung bei *Adick* aber auch deshalb nicht verzichtbar, weil bei der nachfolgenden Behandlung der Spezialfragen naturgemäß immer wieder auf dieses Grundgerüst zurückgegriffen wird.

Der nächste größere Teil ist dann spezifischen Fragen der Organuntreue gewidmet (S. 42 ff.). Hier wird der sich aus § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG für die Unternehmensleitung ergebende Ermessensspielraum aufgezeigt, dessen Konkretisierung sich freilich als schwierig darstellt. Der Meinungsstand wird anhand von wichtigen Leitentscheidungen (insbesondere Mannesmann und ARAG/Garmenbeck) nachgezeichnet. Im Ergebnis ist *Adick* der Auffassung, dass jenseits der evidenten Fälle, in denen „Entscheidungen des Vorstands sich als reine Geschenke darstellen oder der verschleierte Finanzierung von persönlichen Vorlieben dienen“, ein Strafgericht ex post nur schwer verlässlich anhand der Unternehmensinteressen entscheiden können wird, ob die Grenze des § 93 Abs. 1 AktG überschritten worden ist.

Den umfangreichsten und wichtigsten Teil bildet sodann die Untersuchung der Einhaltung von Verfahrensregeln für die Untreuestrafbarkeit (vgl. S. 70 ff.). Ausgehend von „sicheren Häfen“ („Safe Harbors“) im Gesellschaftsrecht (vgl. S. 64 ff.) wird überprüft, inwiefern diese auch auf die Untreue übertragbar sind (vgl. S. 79 ff.). Im Prinzip wird dies bejaht, wobei ein wesentlicher Anhaltspunkt dafür, dass keine evidenten Pflichtverletzungen vorliegen, sondern dass informierte Entscheidungen getroffen wurden und der Geschäftsführer frei von Interessenkonflikten gehandelt hat (vgl. S. 85), darin liegen soll, dass die zentralen Verfahrensvorschriften eingehalten worden sind. Solche können sich laut *Adick* aus dem Deutschen Corporate Governance Codex, aus Regeln zur Sicherung angemessener Informationsgrundlagen, aus Transparenzvorschriften zur Aufdeckung von Interessenkonflikten und auch aus der Einhaltung allgemeiner Compliance-Vorschriften ergeben (S. 90 ff.).

Die Untersuchung zeigt sich nicht nur in ihrem Umfang schlank, sondern verzichtet über weite Strecken auch auf großen wissenschaftlichen Tiefgang. Allerdings bedeutet „schlank“ ja auch sonst nicht durchgehend nur „ausgezehrt“

oder substanzlos, sondern ruft häufig auch die Assoziation „gut in Form“ hervor: Dies mag man auch *Adicks* Werk zugestehen, indem man sich einen raschen und komprimierten Überblick zu vielen Fragen verschaffen und darauf unter diesem Gesichtspunkt auch für die Rechtspraxis (aus der heraus es wohl auch teilweise entstanden ist) zurückgreifen kann; freilich ohne sich hierbei dann zu viele allgemeine Argumentationsanregungen versprechen zu dürfen, die für neu auftretende Konstellationen hilfreich wären.

2. Spezialfragen der Untreue

Strelczyk, Christoph: *Die Strafbarkeit der Bildung schwarzer Kassen.*

Eine Untersuchung zur schadensgleichen Vermögensgefährdung sowie zur objektiven Zurechnung finanzieller Sanktionen infolge schwarzer Kassen als Vermögensnachteil i. S. d. § 266 StGB. Herbolzheim:

Centaurus Verlag 2008. XXI, 224 S. Studien zum Wirtschaftsrecht, Bd. 29.

Ein ebenfalls schon lange diskutiertes, in der jüngeren Vergangenheit aber durch aktuelle Vorfälle noch stärker in den Fokus des Interesses gerücktes Untreueproblem ist die Bildung schwarzer Kassen. Prominent sind hier insbesondere die Fälle Siemens/ENEL (zu dem freilich die Entscheidung des 2. Strafsenats erst nach Fertigstellung des Werkes von *Strelczyk* ergangen ist) und die Parteipendenaffäre der Hessen CDU. Zentrale Probleme sind hier bekanntlich der Vollendungszeitpunkt der Untreue (insbesondere in Gestalt eines nicht nur Gefährdungs-, sondern Verletzungsschadens), die Zurechnung entsprechender finanzieller Sanktionen als Schaden (welcher hier auch im Untertitel erwähnt wird) sowie die Kompensation etwaiger Vermögensverluste durch die finanziellen Vorteile, die durch den Einsatz des Geldes aus den schwarzen Kassen hervorgerufen werden.

*Strelczyk*s Münchner Dissertation gliedert sich in vier Kapitel, deren erstes der „Phänomenologie“ gewidmet ist (S. 2 ff.). Hier werden Erscheinungs- bzw. Gestaltungsformen von „Schwarzen Kassen“ sowie die Motivation zur Einrichtung derselben dargestellt. Diese Vielgestaltigkeit herauszuarbeiten ist ohne Zweifel wichtig, um zu verhindern, dass eine knappe Übertragung von Leitsätzen einzelner Entscheidungen auf eine ganz anders gelagerte Konstellation in dieser Form nicht bestehende Parallelen suggeriert. Konkretisiert wird die abstrakte Darstellung am Beispiel der hessischen CDU und der Gestaltung ihrer schwarzen Kassen. Vergleichsweise knapp wird im Anschluss der Frage nach einer tauglichen Untreuehandlung durch die Einrichtung schwarzer Kassen nachgegangen (S. 16 ff.), wobei einerseits eine Reihe allgemeiner (für den Fortgang der Arbeit keinesfalls zwingender) Überlegungen angestellt wird, andererseits die vielleicht doch nicht

immer triviale Frage der Pflichtwidrigkeit recht knapp behandelt wird, insbesondere auch für Fälle eines etwaigen Einverständnisses des Vermögensinhabers.

Zentraler Gegenstand der Abhandlung ist dann – wenig überraschend, aber in der Sache völlig zutreffend – die Schadensproblematik (S. 36 ff.). Nach einigen allgemeinen Ausführungen zum strafrechtlichen Vermögensbegriff sowie zu Ansätzen in der Literatur, die Strafbarkeit bei bloßen Vermögensgefährdungen (in genereller Weise, aber auch übertragen auf die Schwarze-Kassen-Problematik) zu begrenzen, werden die einschlägigen Stellungnahmen der Rechtsprechung und der Literatur einschließlich der Entscheidung des 2. Strafsenats vom 18. 10. 2006 (BGHSt. 51, 100 ff.) referiert. Der Verfasser übt in der anschließenden Analyse Kritik an Ansätzen, welche den Schaden ohne Rücksicht auf den späteren Verwendungszweck feststellen wollen, wobei aber auch die bisherigen Ansätze zu einer Berücksichtigung des Verwendungszweckes (in strafbarkeitsbegründender wie in strafbarkeitsausschließender Weise) kritisiert werden (vgl. S. 110 ff., in Auseinandersetzung insbesondere mit *Saliger*). Als eigenen Lösungsvorschlag (S. 140 ff.) präsentiert *Strelczyk* einen Vergleich mit der Versuchsstrafbarkeit, der inhaltlich auch von Herrschaftsgesichtspunkten getragen ist: So lange der Täter die Verwendung der Mittel aus der schwarzen Kasse noch beherrscht (und diese insbesondere nicht an Dritte weitergeleitet hat) sowie – bei der hypothetischen Annahme eines Versuches – noch die Möglichkeit zum Rücktritt hätte, soll nach einem restriktiven Verständnis des § 266 StGB noch kein Vermögensschaden durch die Bildung der schwarzen Kasse eingetreten sein. Ohne diese Frage an dieser Stelle vertieft nachgehen zu können, sei hierzu angemerkt: Das Abstellen darauf, ob das Geld mittlerweile einer dritten Person übergeben worden ist, erscheint nicht völlig überzeugend, da nach der täterschaftlichen Strafbarkeit desjenigen, der die schwarze Kasse einrichtet/führt, gefragt ist; ebenso fraglich ist, ob die Rücktrittsmetapher wirklich passt, wenn man umgekehrt berücksichtigt, dass beim „echten“ Rücktritt nach § 24 StGB die Straflosigkeit gerade nicht mit der bloßen Rücktrittsfähigkeit eintritt, sondern nur nach einem durchgeführten Rücktritt, für dessen Gelingen der Täter das Risiko trägt.

Eher summarisch und ergänzend wird abschließend untersucht, in welchem Umfang – in allgemeiner Form und speziell im Zusammenhang mit der Führung schwarzer Kassen im Fall der hessischen CDU (S. 181 ff.) – die Verwirkung von Sanktionen gegen den Vermögensinhaber eine Untreue begründen kann (vgl. S. 168 ff.). Der Verfasser bejaht dies im Grundsatz, soweit „dem Betreuungspflichtigen im Innenverhältnis zum Vermögensträger eine Pflicht traf, die vom Inhalt her der staatlichen Norm (sc.: welche die vermögensrelevante Sanktion anordnet) entspricht“.

Eine Monographie über Schwarze Kassen, welche die Entscheidung des 2. Strafsenats in der Entscheidung Siemens/ENEL noch nicht berücksichtigen

konnte, ist naturgemäß „an sich überholt“. Dies kann *Strelczyk* aber natürlich in doppelter Weise nicht vorgeworfen werden: Weder hinsichtlich der vergleichsweise späten Behandlung seines Werkes im hiesigen Literaturbericht, noch hinsichtlich der relativ kurz nach Fertigstellung seiner Arbeit ergehenden Entscheidung des BGH. Das Buch ist aber gerade mit Blick darauf in einer Hinsicht auch besonders spannend: Die Arbeit dreht sich über weite Strecken darum, wie bzw. unter welchen Voraussetzungen bei der Führung von schwarzen Kassen ein Vermögensschaden in Gestalt eines Gefährdungsschadens abgelehnt werden kann. Der Frage, ob hier eventuell schon ein (endgültiger) Verletzungsschaden vorliegt, wird – soweit ersichtlich – praktisch nicht nachgegangen. Gerade das ist aber der Clou in der Entscheidung des 2. Strafsenats. So überzeugend diese Entscheidung nun auch begründet sein mag, verwundert es angesichts dessen, dass eine kurz vorher erschienene Monographie (!) eine solche Wendung noch nicht einmal ansatzweise für diskussionswürdig hält, dann doch nicht mehr, dass große Teile der Literatur – sei es zu Recht oder zu Unrecht – ausgesprochen überrascht auf den BGH reagiert haben. Umgekehrt muss man freilich auch sagen: Es ist vielleicht auch bezeichnend, dass diese Möglichkeit der Schadensbegründung in dem doch über weite Strecken eher referierenden (und in dem kurzen eigenen Ansatz, wie oben gezeigt, nicht vollständig überzeugenden) Werk nicht gesehen wird.

Burger, Stefan: *Untreue (§ 266 StGB) durch das Auslösen von Sanktionen zu Lasten von Unternehmen*. Herbolzheim: Centaurus Verlag 2007. LVII, 289 S. Studien zum Wirtschaftsstrafrecht, Band 27.

Der bei *Strelczyk* nur knapp und gleichsam annexartig untersuchte Aspekt der Schädigung durch das Auslösen von Sanktionen steht – mit einer etwas anderen Fokussierung – im Mittelpunkt der Tübinger Dissertation von *Burger*.

Zwischen der knappen Einführung und einem zusammenfassenden Schlussteil ist die Arbeit in zwei große Teile gegliedert: Zunächst werden die denkbaren Sanktionen zu Lasten von Unternehmen untersucht, d. h. in ihren Voraussetzungen knapp dargestellt und daraufhin überprüft, ob sie zumindest potentiell vermögensschadensrelevant sind, weil sie dem Unternehmen anlässlich eines entsprechenden Verhaltens mehr entziehen können, als ihm durch dieses Verhalten zugeflossen ist (vgl. S. 5 ff.). Vor diesem Hintergrund werden Verfall und Einziehung nach dem StGB, die Geldbuße nach § 30 OWiG und Geldbußen nach europäischem Recht (in der 2007 geltenden Gestaltung) sowie Zuschläge nach §§ 152, 162 Abs. 4 AO (nicht dagegen die kartellrechtliche Vorteilsabschöpfung nach § 34 GWB) als potentiell untreuerelevante Sanktionen betrachtet.

Im nächsten, noch deutlich umfangreicheren und ganz zentralen Teil (S. 78 ff.) wird sodann untersucht, inwiefern bzw. wann durch das Auslösen einer solchen Sanktion tatsächlich auch eine Untreue vorliegt: Hierbei sieht *Burger* die Möglichkeit einer untreuerelevanten Pflichtverletzung auch bei Verstößen gegen allgemeine (per se nicht vermögensschützende) Regeln als denkbar an, soweit sie eben Sanktionen auslösen, da die Verhaltensweisen in diesen Fällen immer zugleich auch vermögensrelevante Handlungen mit einer Art „Risikogeschäfts-Charakter“ seien (vgl. S. 80, 81 ff.). Soweit für diese „Risikogeschäfte“ keine „Anweisung“ aus dem Unternehmen (also genauer: kein Auftrag zur Vornahme der entsprechenden Handlungen) besteht, kann eine Pflichtwidrigkeit *prima vista* rasch bejaht werden. Die dagegen vorstellbaren Einwände (S. 99 ff.) sind eher allgemeiner Art und nach Auffassung von *Burger* meist auch erfolglos. Nur soweit ein „Einverständnis“ der maßgeblichen Personen vorliegt und diesen die Sanktionsgefahr auch bekannt war, kann die Pflichtverletzung ausgeschlossen sein (was nach Auffassung von *Burger* allerdings bei der AG nicht möglich ist). All dies soll auch für Versuch und Teilnahme, nicht jedoch für die fahrlässige Verwirklichung von Straf- und Bußgeldnormen gelten. Bei der anschließenden Prüfung des Vermögensschadens (S. 139 ff.) ist *Burger* der Auffassung, dass auch staatliche Sanktionen als vermögensrechtlicher Nachteil in Betracht kommen können (vgl. S. 166), auch wenn diese Belastung staatlicherseits ja gerade als Sanktion gewollt ist (vgl. S. 169). Zur Frage, ob für den maßgeblichen Zeitpunkt auf den Moment des Entstehens eines Sanktionierungsrisikos oder aber der Sanktionierung selbst abzustellen ist, antwortet *Burger* differenzierend (vgl. S. 193 ff.), wobei er tendenziell der Auffassung ist, dass eine etwaige Saldierung mit nachfolgenden Vorteilen aus dem Verhalten regelmäßig zumindest nichts an einer Tatbestandserfüllung ändern wird (vgl. S. 223 ff.).

Zum subjektiven Tatbestand befasst sich *Burger* insbesondere mit Irrtumsfragen. Diese können zunächst die Pflichtwidrigkeit betreffen, zu welcher der Verfasser über die Auslegung als normatives Tatbestandsmerkmal zu einer weiten Annahme von vorsatzrelevanten Tatbestandsirrtümern (so insbesondere auch bei bloßen Verbotsirrtümern hinsichtlich der Anknüpfungstat) kommt. Hinsichtlich des Nachteilsvorsatzes wendet *Burger* im Wesentlichen allgemeine Regeln an und lässt insbesondere auch einen Eventualvorsatz hinsichtlich des Gefährdungsschadens explizit ausreichen (vgl. S. 266). Die abweichende Auffassung des BGH in der Kanther-Entscheidung vom 18. 6. 2006 (und damit erst nach Abschluss des Manuskripts im Berufungsverfahren selbst) hält der Verfasser für nicht überzeugend (vgl. S. 267).

Auch *Burgers* Buch ist zwar in einigen Aspekten durch die tatsächliche Entwicklung überholt worden. Nicht nur aufgrund der Weite des von ihm behandelten Themas, sondern auch wegen seiner über den damaligen Meinungsstand an

einigen Stellen hinausweisenden Argumentation „schadet“ dies dem Werk aber nicht, sondern es ist nach wie vor anregend und mit Gewinn zu lesen.

Bauer, Brigitte: *Untreue durch Cash-Pooling im Konzern*. Frankfurt u. a.: Peter Lang 2008. XXXVI, 284 S. Criminalia, Band 46.

In ihrer Münchner Dissertation befasst sich *Brigitte Bauer* mit einem Thema, für welches – wie sie auch selbst darlegt – die Entscheidungen in der Sache „Bremer Vulkan“ Pate gestanden haben, wobei das Problem der Konzernbildung und eines etwaigen Cash-Poolings jedoch durchaus in einem größeren Kontext bearbeitet werden sollte und von *Bauer* auch bearbeitet wird.

Die Verfasserin beginnt ihre Überlegungen mit einer Darlegung der erhöhten Schadensanfälligkeit und der damit einhergehenden erhöhten strafrechtlichen Schutzbedürftigkeit von abhängigen Gesellschaften innerhalb komplexer gesellschaftsrechtlicher Gebilde. Nach einer Definition von wichtigen Grundbegriffen (S. 5 ff.) werden die gesellschaftsrechtlichen Grenzen eines Zugriffs auf das Vermögen einer Kapitalgesellschaft kompakt nachgezeichnet (S. 15 ff.) und auf die Situation im Vertragskonzern sowie im faktischen Konzern übertragen (S. 31 ff.). Diese Überlegungen münden in die Frage ein (S. 53 ff.), ob die von der Rechtsprechung im faktischen Konzern für die herrschende Gesellschaft entwickelten Rücksichtnahmepflichten zugleich auch eine Vermögensbetreuungspflicht i. S. d. § 266 StGB begründen können. Die dagegen von *Bauer* vorgebrachten Argumente, die im Wesentlichen auf die besonders hohen Voraussetzungen einer solchen Rücksichtnahmepflicht abstellen, sind freilich nur bedingt überzeugend, da gerade solche hohen Anforderungen dem ultima-ratio-Gedanken auch des Strafrechts durchaus entsprechen würden.

Der zweite und zentrale Teil behandelt die Konzernuntreue „von der Pike auf“, d. h. beginnend etwa mit (in einer Dissertation mit dem vorliegend verfolgten Erkenntnisinteresse wohl verzichtbaren) Überlegungen zur Tatbestandsstruktur des § 266 StGB in verschiedenen Gestaltungen (S. 56 ff.), nach denen dann aber in instruktiver Form die verschiedenen Sonderverbindungen im Konzern als potentielle Quellen einer Vermögensbetreuungspflicht herausgearbeitet werden (vgl. S. 65 f.). Es folgen eine Darstellung des Meinungsstandes zu den Betreuungspflichten im Konzern in Rechtsprechung und Literatur bis zu den Entscheidungen zum Fall „Bremer Vulkan“, wobei auch die allgemeine Frage des Untreueschutzes gegen das Einverständnis der Gesellschafter behandelt wird (S. 67 ff.). *Bauer* stellt hierbei klar, dass eine Vermögensbetreuungspflicht nicht allgemein durch die Vermögensinhaberschaft (S. 75 f.), möglicherweise aber durch die Konzernierung begründet werden kann (S. 85 ff.).

Im zentralen und allein mehr als die Hälfte des Werkes ausmachenden 7. Kapitel werden dann die einzelnen Tatbestandsmerkmale einer etwaigen Vermögensbetreuungspflicht eingehend analysiert (S. 104 ff.). Die Verfasserin geht dabei ausführlich insbesondere auf die Haftungsverfassung der GmbH sowie auf die Reichweite eines beachtlichen Gesellschafterwillens ein, wobei diese gesellschaftsrechtlichen Fragestellungen immer wieder an den strafrechtlichen Kategorien des Inhalts der Betreuungspflicht, des Schadens und des Vorsatzes rückgekoppelt werden. Im Ergebnis nimmt *Bauer* die für eine Untreue erforderliche „Schädigungsmacht von innen“ in Fällen eines Cash-Pooling an, erinnert aber an den subjektiven Tatbestand, der nur erfüllt ist, wenn nach Eintritt des Liquiditätsnotstandes in Kenntnis dieser Sachlage weiterhin finanzielle Mittel zulasten der finanziellen Stammkapitalziffer der Tochtergesellschaften in den Cash-Pool abgeführt werden und die Verantwortlichen der Konzernmutter dies nicht verhindern, sondern den Schadenseintritt bei der Tochtergesellschaft zumindest billigend in Kauf nehmen (vgl. S. 284), woran es in dem Zeitpunkt, in dem tatsächlich Gelder verschoben werden, oft noch gefehlt haben mag.

Die Arbeit behandelt eine Reihe von Punkten, die aus heutiger Sicht – anders als zum Abschluss des Manuskripts im Wintersemester 2007/2008 – nicht alle „aufregend neu“ erscheinen. In der bereits zivilrechtlich komplexen Konzernsituation stellen sich aber bis heute strafrechtlich zahlreiche Fragen, die einer genauen Betrachtung bzw. zu ihrer Beantwortung einer sorgfältigen Analyse der Betroffeneninteressen bedürfen. *Bauers* Arbeit kann hier gewiss für jeden Rechtsanwender eine lohnenswerte Quelle von Hilfestellungen sein.

Thalhofer, Thomas: *Kick-Backs, Exspektanzen und Vermögensnachteil nach § 266 StGB*. Frankfurt u. a.: Peter Lang 2008. 241 S.

Europäische Hochschulschriften: Reihe 2, Rechtswissenschaft, Bd. 4647

Thalhofers Passauer Dissertation befasst sich mit dem zum Zeitpunkt des Entstehens seiner Arbeit noch weniger ausführlich behandelten Phänomens sogenannter „Kick-Backs“/Rückvergütungsvereinbarungen, die er vorrangig aus dem Blickwinkel einer möglichen Untreue nach § 266 StGB betrachtet.

Die Arbeit startet mit einer anschaulichen, teilweise aber auch weitschweifigen und unnötig breiten Einführung zum Begriff und zu den Erscheinungsformen des Phänomens „Kick-Back“. Insbesondere die Erläuterung, dass die GmbH wegen der Möglichkeit der persönlichen Haftungsbefreiung im Wirtschaftsverkehr attraktiv ist, erscheint ebenso unnötig und fast etwas zwanghaft, genau wie die Abgrenzung von Kick-Back-Fällen zu zufällig auch potentiell untreuerelevanten schwarzen Kassen. Gleichsam als „Grundkonstellation“ für Kick-Back-Geschäfte

beschreibt *Thalhofer* die „Einkaufssituation“, in welcher der für seinen Geschäftsherrn tätige Einkäufer einen überhöhten Preis bezahlt, aus dem ihm dann die Rückvergütung gewährt wird.

Die Situation wird sodann, was auf den ersten Blick etwas untypisch erscheint, sofort unter dem Gesichtspunkt ihrer „Strafwürdigkeit“ untersucht (vgl. S. 34 ff.), wobei sich dann aber zeigt, dass mit dieser Überschrift nur die Frage gemeint ist, ob solche Konstellationen das von § 266 StGB geschützte Rechtsgut betreffen können. Dieses wird ausschließlich im Vermögen, nicht im Vertrauensmissbrauch des Betreuungspflichtigen gesehen, was als Erkenntnis auf den ersten Blick wenig spektakulär erscheint, jedoch immerhin die Sensibilität dafür schärfen kann, dass eine Untreuestrafbarkeit nicht vorschnell wegen einer Verletzung des Prinzipal-Agenten-Verhältnisses angenommen werden kann, sondern dass der Vermögensschaden genau festgestellt werden muss. So richtig dies ist, so wenig hilft es weiter, wenn der Verfasser unter dem Gesichtspunkt der „restriktiven Auslegung“ der Untreue die Konsequenz zieht, dass „genauestens“ (ist das mehr als nur genau?) zu prüfen sei, „welche strafrechtlich relevanten Pflichten der Empfänger der Kick-Back-Zahlung [...] verletzt hat“ (S. 38). Nach diesen Vorüberlegungen wird – an dieser Stelle wieder breiter als nötig – die mögliche Einordnung von Kick-Back-Zahlungen unter den Missbrauchs- bzw. den Treuebruchstatbestand debattiert, wobei der Verfasser eine Missbrauchsstrafbarkeit annimmt, da die entsprechenden Geschäfte regelmäßig wegen Missbrauchs der Vertretungsmacht unwirksam seien. Interessant ist in diesem Zusammenhang allein die Betrachtung der einschlägigen Treuebruchshandlung, welche der Verfasser überzeugend nicht im Nicht-Abführen der Schmiergelder, sondern schon in der Aushandlung des wirtschaftlich nachteiligen Vertrages sieht (vgl. S. 58 ff.).

Den Schwerpunkt der Arbeit bilden die Ausführungen zum Vermögensschaden, wo nach einer breiten Darstellung verschiedener vertretenen Vermögensbegriffe (S. 73 ff.) eine ausführliche Auseinandersetzung mit der Vermögensrelevanz von sogenannten Exspektanzen erfolgt (vgl. S. 85 ff.). Da *Thalhofer* der Auffassung ist, dass die frühere Rechtsprechung zwar vielfach richtige Ergebnisse getroffen habe, aber bedenklich schwankend sowie ungenau und die insoweit strengere „neuere“ Rechtsprechung mitunter im Hinblick auf den Rechtsgüterschutz unzureichend sei, entwickelt er eine eigene Lösung (vgl. S. 126 ff.), bei welcher der Vermögenswert der Exspektanzen insbesondere über zu prognostizierende Konkretisierungsgrade in sachlicher wie persönlicher Hinsicht erfolgen soll. So wünschenswert eine Konkretisierung ist, so fraglich bleibt doch, ob dies über mehr oder weniger gegriffene Wahrscheinlichkeiten auf verschiedenen Ebenen tatsächlich möglich ist und ob damit ein Fortschritt etwa gegenüber den von *Hefendehl* in seiner Dissertation bzw. seiner Kommentierung im Münchener Kommentar zum StGB unterbreiteten Vorschläge erreicht wird.

Die Behandlung des „Grundfalles“ schließt sodann mit Ausführungen zu Vorsatz, Rechtswidrigkeit (Einverständnis), Strafzumessungsfragen und Teilnahmeproblemen (vgl. S. 147 ff.) ab, bevor Sonderkonstellationen (vgl. S. 168 ff.) von „Kick-Backs“ sowie Rückvergütungen bei beratenden Berufen und beim Wertpapierhandel sowie Fragen einer etwaigen Betrugsstrafbarkeit der Beteiligten untersucht werden (vgl. S. 219 ff.). Auch die genannten Sonderkonstellationen hält *Thalhofer* mit seinem Lösungsmodell für angemessen entscheidbar.

3. Untreue in speziellen Gesellschaftsformen

Gleich drei in den Strafrechtlichen Abhandlungen n. F. erschienene und durchweg lesenswerte Arbeiten haben sich im Berichtszeitraum mit der Untreue in speziellen Gesellschaftsformen beschäftigt. Standen (und stehen bis heute) im Mittelpunkt der Diskussion insbesondere GmbH und AG, so werden mit *Brands* Arbeit zur KG und GmbH & Co. KG sowie mit *Soykas* Werk zu den Personengesellschaften im Allgemeinen zwei wirtschaftlich keinesfalls unbedeutende alternative Organisationsformen betrachtet. Gleiches gilt für *Lassmanns* Untersuchungen zur Stiftungsuntreue, die durch die besonderen Zweckbindungen im Stiftungsrecht ihren besonderen Reiz erhält.

Soyka, Till: *Untreue zum Nachteil von Personengesellschaften*. Berlin: Duncker & Humblot 2008. 282 S. Strafrechtliche Abhandlungen n. F., Band 200.

Im Vergleich zur Untreue in Kapitalgesellschaften (GmbH und AG) führt die Untreueproblematik bei Personengesellschaften eher ein Schattendasein. Obwohl bestimmte kriminogene Faktoren zumindest bei gewissen Typen von Personengesellschaften wohl weniger stark ausgeprägt sind, ist dies nicht gerechtfertigt, da die wirtschaftliche Bedeutung der Personengesellschaften insgesamt keinesfalls unterschätzt werden darf. Eine intensive Diskussion hat bis zu der hier vorgestellten Hamburger (Bucerius Law School) Dissertation von *Till Soyka* kaum stattgefunden, obwohl der Streit über die Vermögensträgerschaft bei den Personengesellschaften und dabei insbesondere auch bei der GbR das Zivilrecht seit mehr als zehn Jahren intensiv beschäftigt hat.

Nach der Einleitung ist das Buch in sieben Kapitel gegliedert. Im ersten (S. 21 ff.) werden in kompakter Form die verschiedenen Ansätze zur Vermögensträgerschaft bei der Personengesellschaft (Gesellschafter oder Gesellschaft als Vermögensträger) dargestellt. Dabei geht es freilich weniger darum, zwischen diesen zivilrechtlichen Auffassungen bereits an dieser Stelle eine

Entscheidung zu treffen, sondern sie werden gewissermaßen nur als Grundlage für die nachfolgenden strafrechtlichen Überlegungen referierend gegenüber gestellt.

In den nachfolgenden fünf Kapiteln (S. 56 ff.) werden dann die Konsequenzen der verschiedenen Auffassungen (Vermögensträgerschaft der Gesellschafter, Gesamtzuständigkeit der Gesellschafter, Vermögensträgerschaft der Gesellschaft, Gesellschaftergesamtheit als Vermögensträgerin sowie Anknüpfung an die Mitgliedschaft der einzelnen Gesellschafter) jeweils nach den Gesichtspunkten Vermögensträger, Inhalt etwaiger Betreuungspflichten, Möglichkeit des Einverständnisses, Konsequenzen für die Schadensberechnung und Erfordernis eines Strafantrages bei Taten durch nahestehende Personen (§ 266 Abs. 2 i. V. m. § 247 StGB) durchgespielt. Dabei beschränkt sich *Soyka* nicht auf eine bloße Darstellung, sondern übt durchaus Kritik, wo er dies für angemessen hält, etwa wenn die Strafrechtspraxis auf der Grundlage ihres bis heute verfolgten traditionellen Ansatzes einer Vermögenszuordnung allein bei den Gesellschaftern aus Sicht des Verfassers Dinge „zurechtbiegen“ muss, um zu überzeugenden Ergebnissen zu finden bzw. um die Zivilrechtsakzessorietät durchhalten zu können. Dass die Darstellungen dabei insgesamt im Laufe des Buches immer kürzer werden, liegt nicht daran, dass *Soyka* gegen Ende hin „die Luft ausgehen“ würde, sondern dass er zu vielen Fragen selbstverständlich mehr oder weniger umfangreich auf die jeweils vorangehenden Kapitel verweisen kann, soweit keine wesentlichen Abweichungen bestehen.

Obwohl *Soyka* sich auch in diesem darstellenden Teil mit Kritik nicht zurückhält, wird sein eigener Ansatz zusammenhängend erst im Schlussteil (S. 247 ff.) entwickelt. Ausgangspunkt seiner Überlegung ist dabei das Ergebnis der vergleichenden Analyse, dass die Unterschiede zwischen den verschiedenen Grundkonzeptionen zur Vermögensträgerschaft für die ihn interessierenden Konsequenzen oftmals nicht so groß sind. Allerdings sieht er sich in dem Dilemma, dass die zivilrechtlich praktisch nicht mehr vertretene Einzelbetrachtung (d. h. Vermögensträgerschaft allein bei den Gesellschaftern als natürliche Personen) strafrechtlich an vielen Stellen eher „positiv“ in dem Sinne ist, dass sich relativ zwanglos überzeugende Ergebnisse erzielen lassen, während das aus Sicht des *Verfassers* zivilrechtlich überzeugendste extreme Gegenmodell (mit der Rechtsfähigkeit der Personengesellschaft als solcher) strafrechtlich schwer zu handhaben ist, da etwa § 247 StGB (der ja gerade bei kleineren Personengesellschaften durchaus einen thematischen Anwendungsbereich haben kann) damit praktisch ausgeschaltet wäre und strafrechtliche Schutzlücken bei unwirksamen Mehrheitsbeschlüssen unvermeidbar sind. Als Kompromiss favorisiert *Soyka* daher ein Verständnis, bei dem die Mitgliedschaft in der Gesellschaft als Bestandteil des Privatvermögens der einzelnen Gesellschafter als vermögenswertes Gut betrach-

tet wird. Untreuehandlungen verletzen daher (jedenfalls auch) die Beteiligungsrechte des einzelnen Gesellschafters an der Gesellschaft, welche damit zwanglos als – gegebenenfalls sogar rechtsfähiger – Vermögensträger betrachtet werden kann, ohne im Strafrecht dadurch den individuellen Bezug zum Gesellschafter zu verlieren. Drohende Konkurrenzprobleme (etwa im Sinne einer Strafbarkeit sowohl zum Nachteil der einzelnen Gesellschafter als auch der Gesellschaft oder aber auch einer Strafbarkeit wegen Untreue zum Nachteil des Gesellschaftsvermögens, obwohl gegenüber dem einzelnen Gesellschafter – beispielsweise mangels Strafantrags in einer Konstellation des § 247 StGB – keine Strafbarkeit droht), versucht der Verfasser auf Konkurrenzebene mit der Figur der Konsumtion unter Vorrang der Gesellschafterebene zu lösen, die hier weitgehend Anwendung finden könne, da eine „Sperrwirkung zulasten Dritter“ (S. 266) nicht zu befürchten sei, weil der Dritte in diesem Fall schlichtweg keine über die der Beteiligten hinausgehenden schützenswerten Belange hat, die dadurch preisgegeben würden.

Das Vorgehen *Soykas* in der stets gut lesbaren und auf einem beachtlichen Niveau argumentierenden Arbeit erstaunt auf den ersten Blick, da die Entscheidung zwischen verschiedenen Modellen zur Vermögensträgerschaft als Grundlage der strafrechtlichen Überlegungen erst sehr spät im Buch getroffen wird; auch könnte sich das Vorgehen, erst auf der Grundlage der strafrechtlichen Folgebetrachtung einem Modell anzuschließen und dabei offen zivil- und strafrechtlich „an sich“ verschiedene Modell zu präferieren, dem Vorwurf des Eklektizismus ausgesetzt sehen. In Wahrheit bzw. bei näherer Betrachtung dürfte sich das Vorgehen jedoch sogar als positiv erweisen: Dies nicht nur, weil auch derjenige Leser interessante strafrechtliche Überlegungen erfährt, der eine bestimmte zivilrechtliche Weichenstellung nicht mitgehen möchte. Vielmehr gelingt es *Soyka* mit seinem Vorgehen auch, eine Rechtsfrage gerade an der Schnittstelle zwischen Zivil- und Strafrecht argumentativ vollständig auszuleuchten und damit weder einer „blinden“ Zivilrechtsakzessorietät zu folgen noch in strafrechtlichem Solipsismus die Entwicklung der zivilrechtlichen Diskussion auszublenden. Allein so kann eine Arbeit gelingen, welche die Problematik rechtlich insgesamt beleuchtet und die ihn dann auch zu einer Lösung führt, die ihren Autor letztlich sowohl zivilrechtsdogmatisch als auch in strafrechtlichen Konsequenzen überzeugt.

Brand, Christian *Untreue und Bankrott in der KG und GmbH & Co. KG. Zugleich ein Beitrag zum Gesamthandsprinzip der Verordnung der EG über Insolvenzverfahren und des deutschen Internationalen Insolvenzrechts.* Berlin: Duncker & Humblot 2010. 389 S. Strafrechtliche Abhandlungen, n. F., Band 215.

Eine gewisse Verengung des Fokus nimmt *Christian Brand* in seiner in vielerlei Hinsicht beeindruckenden Konstanzer Dissertation vor, indem er vorrangig aus dem Bereich der Personengesellschaften die KG und die GmbH & Co. KG behandelt, welche nach seiner (plausibel begründeten) Ansicht freilich auch in der Praxis Hauptanwendungsfälle entsprechender Straftaten bilden dürften. Umgekehrt erweitert *Brand* den Fokus aber dahingehend, dass er nicht nur die Untreue, sondern auch den Bankrott (§ 283 StGB) in den Blick nimmt.

Die Arbeit weist neben der Einleitung und der Zusammenfassung fünf größere Kapitel auf, in denen zunächst die Rahmenvoraussetzungen eines Untreueschutzes der Personengesellschaften erläutert werden, bevor der Frage nachgegangen wird, ob Gesamthandsgesellschaften als juristische Personen verstanden werden müssen. Im Anschluss untersucht der *Verfasser* die Vermögensstruktur der Personengesellschaften und – nachdem in den vorangegangenen beiden Abschnitten implizit die Untreue mitbehandelt worden ist – im nachfolgenden Kapitel den Anwendungsbereich der Insolvenzdelikte. Den Abschluss bildet ein Kapitel über die Grenzen der wirksamen Gesellschafterzustimmung.

Im Kapitel über die Rahmenbedingungen (S. 23 ff.) wird der gegenwärtige Diskussionsstand zur Untreuestrafbarkeit in Personengesellschaften samt Kritik an Rechtsprechung und bisheriger Literatur nachgezeichnet. Dabei wendet sich *Brand* insbesondere gegen die im Strafrecht verbreitete Interpretation, im Gesellschaftsrecht werde „trotz der Promotion sämtlicher (Außen-)Personengesellschaften zu rechtsfähigen Identitäten weiterhin an der gesamthänderischen Vermögenszuordnung“ festgehalten (S. 44). Des Weiteren wendet er sich gegen den Schluss von der persönlichen Gesellschafterhaftung auf eine fehlende strafrechtliche Schutzfähigkeit der Gesellschaft (S. 46 ff.). Auch der Lösungsansatz *Soykas* (vgl. dazu oben) wird von *Brand* als teils unnötig, teils unzutreffend zurückgewiesen (S. 58 ff.). Er selbst möchte seine Lösung in noch stärkerer Anlehnung am Zivilrecht entwickeln, da auch eine nähere Analyse (S. 61 ff.) aus seiner Sicht insoweit das Erfordernis einer strengen Zivilrechtsakzessorietät bestätige.

Da wegen der dadurch veränderten Vermögenszuordnung strafrechtlich erhebliche Konsequenzen aus einer Einordnung der KG (oder auch der GmbH & Co. KG) als juristische Person entstehen (vgl. S. 79 f.), untersucht *Brand* im nächsten Kapitel (S. 80 ff.) ausführlich die Unterschiede in der Regelung über die KG und über anerkannte juristische Personen (etwa hinsichtlich der Aspekte Ver-

trags- versus Satzungscharakter, Fremdorganschaft etc.), was ihn letztlich zu der Konsequenz führt, dass die KG ungeachtet ihrer Rechtsfähigkeit nicht als juristische Person angesehen werden kann (vgl. S. 137). Dies führt den Verfasser zum Erfordernis einer ausführlichen Auseinandersetzung mit der Vermögensstruktur innerhalb von Personengesellschaften (S. 143 ff.), innerhalb derer er die verschiedenen Gesamthandsmodelle darstellt und einer kritischen Analyse unterzieht. Diese, hier über weite Strecken rein zivilrechtliche Untersuchung führt ihn selbst zu einem „Trennungsmodell“ (vgl. S. 210), nach dem die Rechtsfähigkeit der Außengesellschaft angenommen und eine dingliche Berechtigung der Gesellschafter am Gesellschaftsvermögen abgelehnt (und damit von der Gesamthand letztlich Abschied genommen) wird. Dies führt zu einer Gleichstellung mit juristischen Personen, auch wenn keine eigene Rechtspersönlichkeit vorliegt. KG und GmbH & Co. KG werden damit selbst zu tauglichen Opfern einer Untreue (vgl. S. 214).

Für die Frage, welche Konsequenzen dies für die Insolvenzdelikte hat, untersucht der Verfasser zunächst die allgemeine Abgrenzung zwischen Untreue und Bankrott in Literatur und Rechtsprechung (S. 215 ff.), wobei er sich insbesondere auch mit der zur Zeit der Entstehung seiner Arbeit noch herrschenden Interessentheorie kritisch auseinandersetzt. Unter den dargestellten Ansätzen zeigt *Brand* eine Sympathie für denjenigen von Radtke, der sich am Vertretungsbezug des Handels orientiert und insofern zwischen Rechtsgeschäft und Realhandeln unterscheidet (vgl. S. 232 ff.). Diesen Ansatz führt er selbst in einem von ihm als solchen bezeichneten „organisationsbezogenen“ Ansatz fort. Kern dieser Überlegung ist die Vorstellung einer (nach § 14 StGB überwältzbaren) strafrechtlichen Handlung der Gesellschaft – was freilich zunächst schon einige, von der Frage nach der Strafbarkeit aber zu trennende, strafrechtliche Handlungsfähigkeit desselben voraussetzt. Wann nun ein solches Gesellschaftshandeln kraft Organhandeln den von *Brand* als streng verbindlich postulierten Selbstschädigungscharakter des § 283 StGB besitzt und wann nicht, soll von der gesellschaftsrechtlichen Organstruktur abhängen: In Fällen der GmbH sei ausschlaggebend, inwiefern das Handeln durch die Gesellschafter konsentiert sei; bei der AG dagegen habe die unabhängige Stellung des Vorstandes zur Folge, dass „sämtliche unternehmerischen Entscheidungen, die sich innerhalb des Satzungsgegenstandes halten, auch unter Bankrottgesichtspunkten eine Bestrafung nach sich ziehen können“ (vgl. S. 278). Die Frage nach der Übertragung dieser Abgrenzungen auf die KG bzw. GmbH & Co. KG sei letztlich von der konkreten Satzungsgestaltung abhängig (S. 278 ff.).

In einem letzten großen Teil behandelt *Brand* die Grenzen der wirksamen Gesellschafterzustimmung (S. 293 ff.) – und dies sowohl für § 266 StGB als auch für § 283 StGB: Bei der GmbH & Co. KG sieht er die Grenze in § 30 GmbHG bzw. bei

der drohenden Existenzvernichtung (§§ 64 Satz 3 GmbHG/130a Abs. 1 Satz 3 HGB); ein etwaiger Verstoß führt sodann zu einer Strafbarkeit des Geschäftsführers nach § 266 StGB (und zwar zum Nachteil sowohl der GmbH als auch der KG), nicht aber zu einer Strafbarkeit nach § 283 StGB. Bei der reinen KG dagegen (S. 318 ff.) würde mangels Geltung von § 30 GmbHG nur der Maßstab der Existenzvernichtung Anwendung finden, wegen dessen häufig fehlender Einschlägigkeit meist Fälle des § 283 StGB vorliegen würden.

Lassmann, Tom: *Stiftungsuntreue*. Berlin: Duncker & Humblot 2008. 246 S. Strafrechtliche Abhandlungen, Band 199.

Trotz des großen Interesses an der Untreue auf der einen Seite und der zunehmenden Beschäftigung mit dem Stiftungsrecht bzw. allgemeiner gesprochen: mit dem „dritten Sektor“ (Non-Profit-Sektor) ist die Untreue im Zusammenhang mit Stiftungen bislang kaum Diskussionsgegenstand gewesen. Dass es auch hier nicht nur dogmatisch interessante Spezialfragen, sondern einen nicht unbedeutenden rechtstatsächlichen Anwendungsbereich gibt, macht *Tom Lassmann* in seiner Hamburger (Bucerius Law School) Dissertation in der Einleitung anhand von geradezu drastisch gelagerten und (wie im Übrigen auch im gesamten Buch) plastisch und lebhaft beschriebenen Fällen deutlich. Überzeugend weist er dabei auch auf die kriminogenen Kontrolldefizite im Stiftungsrecht hin, nicht zuletzt aufgrund der verhältnismäßig schwachen Stellung etwaiger durch den Stiftungszweck begünstigter Personen (sog. Destinatäre).

Kern der Arbeit ist nach einer einführenden – rechtstatsächlichen wie rechtlichen – Beschreibung des Instituts der Stiftung (unter ausdrücklicher Beschränkung auf die Rechtsform der „gemeinnützigen Stiftung“) der zweite Teil der Arbeit, der fast 200 der rund 215 reinen Textseiten umfasst und der konkreten Prüfung der Anwendbarkeit des § 266 StGB auf Fälle im Zusammenhang mit Stiftungen gewidmet ist. Ausgangspunkt der Überlegungen ist die Feststellung, dass es keinen Grund gibt, § 266 selbst nicht generell auch auf Vorfälle im Zusammenhang mit Stiftungen anzuwenden (vgl. S. 39 ff.), wobei das geschädigte Vermögen dasjenige der Stiftung selbst sei und nicht etwa die Erwerbsaussichten der Destinatäre (vgl. S. 49 ff.).

Nach einer kurzen Darstellung des Täterkreises (S. 51 ff.), in welchem auch die für den Strafrechtler oftmals nicht geläufigen Organe der Stiftung kurz beschrieben werden, wird dann zentral auf über 100 Seiten die Frage der Pflichtverletzung thematisiert (S. 76 ff.). Maßstab hierfür sind vor allem das Stiftungsgeschäft bzw. die Stiftungssatzung, aber etwa auch Landesstiftungsgesetze. Neben diesen (und selteneren ergänzend eingreifenden anderen, sich teilweise

auch überlappenden rechtlichen Grundlagen) soll das „allgemeine Schädigungsverbot“ als Pflichtwidrigkeitsmaßstab nach Auffassung des Verfassers keine nennenswerte eigenständige Bedeutung mehr haben. Auch bei der Stiftungsuntreue sei erforderlich, dass ein spezifischer Vermögensbezug der verletzten Pflicht besteht (S. 82 ff.), während *Lassmann* das Erfordernis der „gravierenden Pflichtverletzung“ allgemein und insbesondere auch in den ihn interessierenden Kontext für wenig hilfreich hält (S. 89 ff.).

Im Anschluss an diese allgemeinen Überlegungen werden besondere stiftungstypische Konstellationen näher beschrieben. Dabei widmet sich *Lassmann* Fehlern bei der Vermögensbewirtschaftung (S. 98 ff.), Fällen der Zweckverfehlung hinsichtlich des Stiftungszwecks (S. 124 ff.) sowie sonstigen Treuepflichtverstößen, die in ähnlicher Weise wie auch bei anderen juristischen Personen vorkommen können (S. 144 ff.). Unter dem Gesichtspunkt hinsichtlich der Zurechnung etwaiger Pflichtverstöße bzw. verursachter Schäden behandelt der Verfasser die auch aus anderen Untreuekonstellationen bekannten Probleme der Kollegialentscheidung, des Einverständnisses mit der schädigenden Handlung (S. 170 ff.) sowie mit der Problematik „rein formeller“ Pflichtverstöße (S. 178 ff., welche allerdings nach Auffassung *Lassmanns* in Stiftungsfällen regelmäßig strafrechtsrelevant sein können).

Den letzten Schwerpunkt bilden die Überlegungen zum Vermögensschaden, wobei auch hier spezifische Fallgruppen im Zusammenhang mit der Stiftungsuntreue im Mittelpunkt stehen (vgl. S. 185 ff.), ohne dass diese ihrem Wesen nach nicht teilweise auch bei anderen natürlichen oder juristischen Personen als Opfer vorstellbar wären. Typisch ist dabei für das Stiftungsrecht, dass es einerseits gerade zu den klassischen Zwecken vieler Stiftungen gehört, Leistungen ohne konkrete Gegenleistungen zu erbringen, dass aber andererseits eine enge Zweckbindung des Handelns besteht. Dies führt dazu, dass bei einseitigen Vermögensabflüssen einer möglichen „Zweckverfehlung“ nachgegangen werden muss, wobei *Lassmann* die Zweckverfehlungslehre nicht für unmittelbar einschlägig hält, sondern eher die bekannten Grundsätze der Haushaltsuntreue anwenden möchte; umgekehrt kann bei Austauschverträgen durch den Stiftungszweck in weitem Umfang ein individueller Schadenseinschlag bestehen. Weitere spezielle stiftungsrechtliche Schadensprobleme sind die satzungswidrige Vermögensumschichtung sowie die Gefahr der Aberkennung der Gemeinnützigkeit bei entsprechenden Zweckverfremdungen, welche der Verfasser selbst allerdings noch nicht als hinreichend konkrete Vermögensgefährdung sieht, da der Verlust der Gemeinnützigkeit nicht auf „self-executing-Rechtsnormen“ beruht, sondern immer noch eine konkrete Entscheidung vorgelagert ist, so dass es an der Unmittelbarkeit des Schadens fehle. Im abschließenden Teil über den Vorsatz werden vor allem Irrtumsfragen behandelt, wobei als stif-

tungsrechtliches Spezifikum der Irrtum über den Stiftungszweck im Mittelpunkt steht, der nach Auffassung des Verfassers in weitem Umfang als Tatbestandsirrtum behandelt werden kann.

Tom Lassmann ist eine lesenswerte und an vielen Stellen jedenfalls in der Argumentation innovative sowie stets überzeugende Arbeit gelungen, in welcher die allgemeine Untreuedogmatik souverän aufgegriffen und in sehr anschaulicher Weise auf eine vielen Strafruristen eher wenig bekannte Gesellschaftsform übertragen wird. Insoweit hat *Lassmanns* Buch das Zeug zum Standardwerk in dieser bislang wenig behandelten Frage.

III. Varia

1. Criminal Compliance

Bock, Dennis: *Criminal Compliance*. Baden-Baden: NomosVerlagsgesellschaft 2011. 827 S. (Schriften zur Compliance, Band 1)

Dennis Bock definiert den Begriff der Criminal Compliance in seiner im Wintersemester 2010/11 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel als Habilitationsschrift angenommenen Abhandlung als „Befolgung aller strafrechtlichen Pflichten“ (S. 21). Er konstatiert selbst, dass Compliance derzeit ein „Modethema“ ist, das aber „grundlegende Bedeutung für die Entwicklung und den Bestand von Unternehmen“ habe (S. 22). Als Teil des im Entstehen begriffenen Rechtsgebiets Compliance gehe es im Bereich der Criminal Compliance um das „Unternehmensziel, nicht Objekt staatsanwaltlicher Ermittlungen zu werden“; von Criminal Compliance lasse sich sprechen, „soweit es um das strafrechtliche Risiko der Unternehmensführung für mangelhafte Führungsmaßnahmen geht“. Criminal Compliance sei mithin „strafbewehrte Personalverantwortung der Unternehmensführer für den mangelhaften Einsatz von Instrumenten zur Verhinderung von Straftaten untergebener Mitarbeiter nach innen und außen“ (S. 22).

In einem ersten Schritt wendet sich *Bock* den theoretischen Ausgangspunkten der Criminal Compliance zu (S. 27 ff.). Er lässt hierzu über rund 200 Seiten hinweg praktisch kein Thema aus, das in den letzten Jahrzehnten in den Diskursen um die Bekämpfung von Wirtschaftskriminalität und die Herausforderungen des an steuerungstheoretischen Zielsetzungen interessierten „modernen“ Strafrechts durch die Risikogesellschaft eine Rolle gespielt hat. Eine wesentliche Ursache dafür, dass ein eigenständiges Rechtsgebiet der Compliance entstehen konnte, ist seiner Analyse nach darin zu sehen, dass mit der

Entstehung des „Beauftragten- und Verantwortlichenwesens“ (S. 198 ff.) und mit der Entdeckung des Instruments der in kooperativen und konsensualen Strukturen erfolgenden Normsetzung („Selbst- und Koregulierung“; S. 204 ff.) Unternehmen nicht mehr nur als Teil des Problems, „sondern zunehmend als Teil der Lösung wahrgenommen [werden], da sie konstruktiv an Governance-Prozessen im Falle von Ordnungsdefiziten teilnehmen“ (S. 204). Mit dieser Entwicklung gehen allerdings, wie *Bock* aufzeigt, sowohl Vor- als auch Nachteile einher: Die Vorteile bestehen darin, dass in einem für den Staat kostengünstigen Verfahren unter Rückgriff auf die Sachkompetenz der beteiligten Kreise Regelungen gefunden werden können, die auch bei den Beteiligten Akzeptanz erfahren (S. 206 ff.). Als Nachteile betont *Bock* vor allem die Gefahr, dass die Beteiligten auch eigennützige Interessen verfolgen und die demokratische Kontrolle des Normsetzungsprozesses verloren zu gehen droht (S. 209 ff.). Compliance, die den Aspekt der Selbstregulierung und des Selbstschutzes (vgl. hierzu S. 213 ff.) aufgreift und verbindet, läuft aber – wie *Bock* zutreffend hervorhebt – auf eine „(Teil-)Privatisierung von Strafverfolgung“ hinaus (S. 227), wobei sich dann die stets und gern betonte Autonomie der Betroffenen bei der Mitwirkung am Prozess der Normsetzung jedenfalls teilweise als Augenschere und Selbsttäuschung erweise (S. 227). Compliance habe darüber hinaus eine für die Unternehmen kostenintensive Bürokratisierung zur Folge (S. 232 ff.) und dehne den Bereich des strafrechtlich Relevanten durch die Strafbewehrung von Sekundärpflichten aus (S. 237 ff.).

Im 2. Teil der Abhandlung werden zunächst die Gründe für die zunehmende Bedeutung der Criminal Compliance im Unternehmen aufgezeigt (S. 247 ff.), bevor dann die strafrechtlichen Instrumente im Falle der Non-Compliance analysiert werden (S. 278 ff.). Ausgehend von der Erkenntnis, dass es im Rahmen der Criminal Compliance um die Beeinflussung der Willensbildung der Unternehmensführer geht, werden zunächst die in der Diskussion befindlichen Instrumente zur Intensivierung der Verantwortlichkeit der Mitglieder der Unternehmensleitung analysiert und als untauglich verworfen: Die Figur der mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft lasse sich nicht auf Wirtschaftsunternehmen übertragen (S. 290 ff.), und die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung müsse daran scheitern, dass den Mitgliedern der Unternehmensleitung keine Garantenpflicht obliege, Straftaten ihrer Mitarbeiter zu verhindern (S. 309 ff.). Als Normen, mit denen Non-Compliance geahndet werden kann, verbleiben damit im geltenden Recht der § 266 StGB (S. 350 ff.) und der § 130 OWiG (S. 364 ff.). Die im Rahmen eines Ausblicks behandelte Einführung der Strafbarkeit des Unternehmens (S. 372 ff.) sei ebenfalls abzulehnen: „Die strafrechtliche Sanktionierung eines Kollektivs widerspricht allem, was das moderne rechtsstaatlich-aufgeklärte Strafrecht von anderen staatlichen Eingriffen unterscheidet. Es zeigt sich, dass

Reformen im Individualstrafrecht anzusetzen haben, die dort ohne Charakterverlust möglich sind“ (S. 397).

Im 3. Teil der Abhandlung werden als Grundprobleme der Criminal Compliance die Konkretisierung der einschlägigen Verhaltensvorgaben (S. 442 ff., 511 ff.) sowie die Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (S. 458 ff.) identifiziert. *Bock* zeigt auf, dass es um die „rechtlich geschuldete Aufsichtsintensität“ geht (S. 487), also darum, welche Risiken normativ gesehen akzeptabel sind und welche Anstrengungen zur Vermeidung welcher Risiken als erforderlich einzustufen sind. In einem zweiten Schritt erläutert *Bock* sodann, welche Regelungen im geltenden Recht vorhanden sind und von der behördlichen Praxis und Rechtsprechung gesetzt werden (S. 517 ff.). Im Zuge der für die Konkretisierung der Vorgaben praktisch besonders wichtigen Branchenstandards wird das Problem der eingeschränkten Verbindlichkeit dieser Standards für die Rechtsprechung thematisiert (S. 537 ff.). Als Fazit „verbleibt die Inpflichtnahme des Gesetzgebers, dessen Aufgabe es ist, die vagen rechtlichen Anforderungen an eine ordnungsgemäße Unternehmensaufsicht entweder operabel zu machen oder unterlassene Aufsicht zu entkriminalisieren“ (S. 583). Die Aufgabe, Vorgaben für die Umsetzung der Compliance zu entwickeln, müsse aber vornehmlich eine Aufgabe des Gesellschafts- und Wirtschaftsverwaltungsrechts bleiben: „Strafrecht ist nicht das richtige Mittel zum Herausarbeiten organisatorischer Standards. Es sollte anderen Rechtsgebieten stets zeitlich nachfolgen und an die dort erarbeiteten Pflichtwidrigkeiten anknüpfen. Es sollte nur fachwissenschaftlich erklärliche Risikoerhöhungen pönalisieren und im Übrigen ein Restrisiko tolerieren“ (S. 583/584).

Die Zusammenfassung des 3. Teils endet mit der These: „Ein gewisser Konsens hinsichtlich der zentralen Bestandteile der gehörigen Aufsicht existiert“ (S. 584). Gegenstand der Untersuchung abschließenden 4. Teils ist die umfassende Darstellung der in Rechtsprechung, Praxis und Wissenschaft herausgearbeiteten Bausteine für die Implementierung einer hinreichenden Criminal Compliance (S. 585 ff.). Die rund 200 Seiten umfassende Aufarbeitung und Analyse des Meinungsstandes zu einer den Anforderungen genügenden Criminal Compliance behandelt zunächst die Anforderungen, die an ein betriebliches System der Compliance als solches zu stellen sind (S. 586 ff.). Sodann werden unter dem Titel „Personalverantwortung“ die Notwendigkeit der Zuständigkeitsverteilung und des Wissensmanagements (S. 607 ff.), die für die Personalführung maßgeblichen Auswahl-, Instruktions-, Kontroll- und Überwachungspflichten sowie die Pflicht zum Einschreiten und zur Sanktionierung behandelt (S. 621 ff.). Eigene Abschnitte sind sodann noch der Einrichtung eines Hinweisgebersystems (Whistleblowing; S. 732 ff.) sowie der Compliance-Abteilung (S. 744 ff.; zur Haftung des Compliance Officers vgl. S. 760 ff.) gewidmet. Auf Einzelheiten der umfassenden und ins

Detail gehenden Ausführungen kann an dieser Stelle nicht eingegangen werden (der eilige Leser kann im Übrigen auf die informative Zusammenfassung S. 785 ff. verwiesen werden). Die Ausführungen werden aber auch – und vielleicht sogar: vor allem – für Praktiker interessant sein, die selbst mit der Implementierung einer Compliance-Organisation befasst sind und/oder Compliance-Maßnahmen zu beurteilen haben.

2. Zur Strafrechtlichen Verantwortlichkeit des directors einer Limited

Hinderer, Patrick Alf: *Insolvenzstrafrecht und EU-Niederlassungsfreiheit am Beispiel der englischen private company limited by shares*. Freiburg: Centaurus Verlag 2010. 195 S. (Studien zum Wirtschaftsstrafrecht, Band 34);

Labinski, Carsten: *Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des directors einer englischen Limited*. Freiburg: Centaurus Verlag 2010. 373 S. (Studien zum Wirtschaftsstrafrecht, Band 33);

Worm, Eva-Maria: *Die Strafbarkeit eines directors einer englischen Limited nach deutschem Recht*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 2009. 255 S. (Studien zum Strafrecht, Band 27)

Die Tätigkeit von ausländischen Unternehmen in Deutschland hat für das deutsche Strafrecht so lange keine praktisch bedeutsamen Probleme aufgeworfen, wie man in Anwendung der sog. Sitztheorie davon ausgehen konnte, dass auf eine Gesellschaft, die ihren faktischen Tätigkeitsschwerpunkt in Deutschland hatte (sog. Scheinauslandsgesellschaft), deutsches Recht anzuwenden war. Nachdem der EuGH in seiner Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit den Standpunkt eingenommen hat, dass auch Scheinauslandsgesellschaften grundsätzlich nach ihrem Gründungsstatut zu behandeln sind, stellt sich nun aber die Frage, ob es mit der Niederlassungsfreiheit zu vereinbaren ist, den oder die Verantwortungsträger einer nach dem Recht eines anderen EU-Mitgliedsstaates wirksam gegründeten Gesellschaft dem deutschen Strafrecht zu unterwerfen, wenn diese ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit überwiegend oder sogar gänzlich in Deutschland nachgeht. Die Frage ist, wie es sich mit dem Umstand verhält, dass zugezogene EU-Auslandsgesellschaften ihr durch das Gründungsstatut des Herkunftsstaates bestimmtes gesellschaftsrechtliches Gewand auch im Zuzugsstaat tragen.

Praktische Bedeutung scheint diese Fragestellung insbesondere im Hinblick auf den director einer nach englischem Recht gegründeten private company limited by shares (Limited) zu haben. Die Limited hat sich in den letzten Jahren als eine Gesellschaftsform erwiesen, die aus verschiedenen Gründen auch dann attraktiv

ist, wenn die Tätigkeit der Gesellschaft vorrangig oder gänzlich auf den deutschen Markt abzielt. *Eva-Maria Worm*, *Patrick Hinderer* und *Carsten Labinski* gehen in ihren von Helmut Satzger, Kristian Kühl bzw. Nikolaus Bosch betreuten Arbeiten der Frage nach, ob und, wenn ja, unter welchen Voraussetzungen sich der director einer Limited nach den Normen des deutschen Strafrechts strafbar machen kann. Alle drei Autoren behandeln mit den Insolvenzdelikten nach §§ 283 ff. StGB, der Insolvenzverschleppung nach § 15 a Abs. 4 InsO – bzw. den Vorgängerregelungen – und dem Untreuestraftatbestand des § 266 StGB die Tatbestände, denen im Rahmen der geschäftlichen Tätigkeit eines directors eine wesentliche praktische Bedeutung zukommt. Bei *Hinderer* stehen – was bereits durch den Titel der Arbeit klargestellt wird – die Insolvenzdelikte im Vordergrund; der Untreuestraftatbestand wird von ihm nur im Hinblick darauf behandelt, dass diese Norm ersatzweise dann zur Anwendung kommen kann, wenn man – entgegen der von ihm selbst vertretenen Auffassung (vgl. *Hinderer* S. 46 ff.) – die Anwendbarkeit der §§ 283 ff. StGB auf den director verneinen sollte (vgl. *Hinderer* S. 147 ff.). Demgegenüber behandelt *Labinski* in seiner vom Ansatz her umfassender angelegten Arbeit den Untreuestraftatbestand gleichberechtigt neben den Insolvenzdelikten und der Verletzung der Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrages, während der Fokus bei *Worm* am weitesten ist, wo neben den bereits erwähnten Delikten bzw. Deliktgruppen auch die §§ 264 a, 265 b sowie § 288 angesprochen werden (vgl. *Worm* S. 118 ff.).

Bevor auf die Kernfrage der Anwendbarkeit dieser Straftatbestände eingegangen wird, stellen *Hinderer* (sehr kompakt, S. 5 ff.) und *Labinski* (eher ausufernd, S. 100 ff.) die Rechtsgrundlagen der Limited als Gesellschaft vor. *Labinski* und *Worm* gehen zusätzlich auch noch auf die strafrechtliche Verantwortlichkeit des directors nach englischem Recht ein (*Labinski* S. 123 ff.; *Worm* S. 132 ff.). Weiterhin wird von allen drei die einschlägige Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit nach Art. 49 und 54 AEUV (*Hinderer* S. 11 ff.; *Labinski* S. 34 ff.; *Worm* S. 21 ff., 123 ff.) und deren Bedeutung für das deutsche Strafrecht im Fall einer Scheinauslandsgesellschaft behandelt (*Hinderer* S. 16 ff.; *Labinski* S. 18 ff.).

Die für die Untersuchungen zentrale Kernfrage geht – wie bereits erwähnt – dahin, ob die Anwendung deutscher Straftatbestände auf den director einer nach englischem Recht wirksam gegründeten, in Deutschland tätigen Limited mit der Gewährleistung der Niederlassungsfreiheit zu vereinbaren ist. *Hinderer* fasst die Fragestellung prägnant wie folgt zusammen: „Gilt die Gründungstheorie auch für das Strafrecht, d.h. bringen ausländische EU-Gesellschaften ihr gesamtes im Gründungsrecht geltendes Strafrecht bzw. dessen Schutzniveau i.S. eines Maximums mit in den Zuzugsstaat? Bringen sie zumindest das gesellschaftsakzessorische Strafrecht i.S. eines Maximums mit in den Zuzugsstaat? Oder trifft sie

vielmehr ohne Rücksicht auf das Strafrecht des Herkunftsstaates das gesamte im Zuzugsstaat geltende Strafrecht?“ (S. 22). *Worm* hebt hervor, dass die Fremdrechtsanwendung zwar wegen des damit einhergehenden Souveränitätsverlusts im Hinblick auf den Parlamentsvorbehalt als problematisch erscheint (*Worm* S. 28), dass aber andererseits heute auch das Strafrecht nicht mehr als eine genuin gemeinschaftsrechtsfreie Materie eingestuft werden kann (*Worm* S. 32 ff.).

Die zentrale Frage lautet, ob die Anwendung deutscher Straftatbestände auf den director einen unzulässigen Eingriff in die Niederlassungsfreiheit bedeutet. Unstreitig ist, dass Strafnormen, welche nicht die Stellung der Person als director einer Limited betreffen, sondern die diese nicht weiter und nicht anders belasten als jeden anderen Bürger – wie z. B. Straßenverkehrsdelikte –, keine ungerechtfertigte Beschränkung der Niederlassungsfreiheit darstellen können. *Worm* zeigt auf, dass auch die §§ 264 a, 265 b StGB als in diesem Sinne „neutrale“ Straftatbestände aufzufassen sind (*Worm* S. 119 ff.). An einem Eingriff in die Niederlassungsfreiheit fehlt es aber auch dann, wenn die in Frage stehenden Verhaltensweisen auch nach dem Recht des Herkunftsstaats in mindestens gleichem Umfang und in mindestens gleicher Intensität strafbar sind. Hat das deutsche Strafrecht keine Entsprechung im Strafrecht des Herkunftsstaats oder stellt sich dieses als milder dar als das deutsche, ist ein Eingriff in die Niederlassungsfreiheit zwar zu bejahen, es stellt sich dann aber die Frage, ob die Anwendung der deutschen Strafnorm die Niederlassungsfreiheit in unzulässiger Weise beeinträchtigt oder aber als gerechtfertigt anzusehen ist (vgl. sehr anschaulich *Worm* S. 123 ff. sowie – zur Rechtfertigung eines gegebenen Eingriffs – *Labinski* S. 58 ff.; *Worm* S. 206 ff.).

Für die Beantwortung dieser Frage kommt es auf verschiedene Gesichtspunkte an: Zunächst einmal kann das deutsche Strafrecht nur dann angewendet werden, wenn es – was von *Hinderer* und *Labinski* bejaht wird – nach den für das deutsche Strafrecht geltenden Grundsätzen möglich ist, den director einer Limited als tauglichen Täter der in Frage stehenden Tatbestände einzustufen (vgl. *Hinderer* S. 32 ff. sowie *Labinski* S. 165 ff., 211 ff., 264 ff.). Da, wie *Worm* zutreffend hervorhebt, die Frage der Strafbarkeit des director einer Limited nach deutschem Recht nicht allein anhand des § 14 StGB, sondern „im Zusammenhang mit dem einschlägigen Sonderdelikt“ zu beurteilen ist (vgl. *Worm* S. 140), wenden sich alle drei Autoren dann schwerpunktmäßig der Analyse der einzelnen Straftatbestände zu.

Bei der Strafbarkeit wegen Insolvenzverschleppung verneinen *Hinderer* und *Labinski* im Hinblick auf die Verpflichtung zur Stellung eines Insolvenzantrags und unter Verweis auf die insolvenzrechtliche Qualität dieser Pflicht einen Eingriff in die Niederlassungsfreiheit (*Hinderer* S. 167 ff.; *Labinski* S. 194 ff.). Für die Rechtslage vor Inkrafttreten des § 15 a Abs. 4 InsO bejaht *Worm* die Unanwend-

barkeit der auf bestimmte Gesellschaftsformen beschränkten Tatbestände des GmbHG (Worm S. 47 ff.). Für die geltende Rechtslage stellt die nach deutschem Recht gegebene Strafbarkeit der Verletzung dieser Pflicht nach *Hinderer* und *Labinski* zwar einen Eingriff in die Niederlassungsfreiheit dar, der aber sowohl von *Labinski* – in Anwendung der aus der Rechtsprechung des EuGH abgeleiteten allgemeinen Kriterien (*Labinski* S. 203 ff.) – als auch von *Hinderer* – vor dem Hintergrund der von ihm befürworteten speziellen Anforderungen an die Rechtfertigung derartiger Eingriffe durch strafrechtliche Normen – als gerechtfertigt eingestuft wird (*Hinderer* S. 173 ff.; vgl. im Ergebnis auch Worm S. 231 f. unter Verweis auf den insolvenzrechtlichen Charakter der rechtsformübergreifenden Norm).

Bei den Insolvenzdelikten nach § 283 StGB geht *Labinski* davon aus, dass die § 283 Abs. 1 Nr. 1–4 StGB Verhaltensweisen erfassen, bei denen es „um eine Bewertung anhand von Zahlen, Daten und Fakten geht, nicht um eine juristische, (gesellschafts-)rechtliche Bewertung“ (*Labinski* S. 271), womit sich für ihn das Problem der Fremdrechtsanwendung erledigt hat. Demgegenüber sieht *Hinderer* in den auf die Verminderung der Konkursmasse gerichteten Verhaltensweisen nach § 283 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1–4 StGB einen Eingriff in die Niederlassungsfreiheit. Die Strafdrohung nach deutschem Recht sei schärfer als die nach englischem Recht, weil das deutsche Strafrecht mit den Fällen der bloßen Zahlungseinstellung bei drohender Überschuldung „auch Handlungen vor dem winding up und damit Fälle [erfasse], in denen nach englischem Recht noch keine Strafbarkeit in Betracht kommen [kann]“ (*Hinderer* S. 76). Der in der Anwendung des deutschen Strafrechts liegende Eingriff in die Niederlassungsfreiheit sei – so *Hinderer* – dann nicht zu rechtfertigen, wenn man die Maßstäbe anwende, anhand derer die Rechtfertigung eines solchen Eingriffs gemeinhin gemessen werde (*Hinderer* S. 76 ff.). Aufbauend auf der Erwägung, dass der EU eine Strafrechtssetzungskompetenz fehlt und es geboten sei, die Kohärenz der nationalstaatlichen Strafrechtsordnungen zu gewährleisten (vgl. *Hinderer* S. 95), befürwortet *Hinderer* dann aber eine restriktivere Interpretation: Die Niederlassungsfreiheit werde durch nationale Strafnormen nicht schon dann beeinträchtigt, wenn der Zuzugsstaat strengere Mittel anwende als der Herkunftsstaat, sondern erst dann, wenn die Nachteile, die mit der Anwendung dieser Strafnorm(en) verbunden sind, außer Verhältnis zu den Vorteilen stehen, die mit ihrer Anwendung verbunden sind (vgl. im Einzelnen *Hinderer* S. 92 ff.): „Die Strafnorm darf insofern nicht außer Verhältnis zum Zweck respektive zum Ziel der Maßnahme und den durch die Maßnahme herbeigeführten Beeinträchtigungen“ stehen (*Hinderer* S. 105).

Bezogen auf die in § 283 Abs. 1 Nr. 5–7 StGB erfassten Verletzungen der Buchführungspflichten stellt sich das Problem, auf welche Rechtsordnung abzustellen ist, wenn es darum geht, ob der director einer Limited die ihm obliegen-

den Buchführungspflichten verletzt hat. *Hinderer*, *Labinski* und *Worm* kommen hier übereinstimmend zu dem Ergebnis, dass nicht auf die Buchführungspflichten des deutschen Rechts, sondern auf die Buchführungspflichten des englischen Rechts abgestellt werden muss (*Hinderer* S. 117 ff.; *Labinski* S. 278 ff.; *Worm* S. 69 ff.). *Hinderer* stuft die Anwendung dieser Vorgaben des englischen Rechts im Hinblick auf die Erkennbarkeit des strafrechtlich relevanten Bereichs als nicht problematisch ein (*Hinderer* S. 127 ff.; so auch *Labinski* S. 279 f.; *Worm* S. 79 ff.); er geht aber davon aus, dass die Ausfüllung der von ihm als Blanketttatbestand eingestuften Norm den Parlamentsvorbehalt verletze und deshalb unzulässig sei (*Hinderer* S. 129 ff.; a. A. *Labinski* S. 281 f.; *Worm* S. 84 ff.). Die damit entstehende Strafbarkeitslücke füllt *Hinderer* dann aber dadurch, dass er die Fälle einer verschleiern und auch einer gänzlich unterbliebenen Buchführung unter § 283 Abs. 1 Nr. 8 StGB subsumiert (*Hinderer* S. 135 ff.). *Worm* lehnt das Vorliegen eines Eingriffs in die Niederlassungsfreiheit mit dem Argument ab, dass die strafrechtliche Haftung nach § 283 Abs. 1 Nr. 5–7 StGB i. V. m. § 14 StGB gegenüber dem englischen Recht kein Mehr darstellt (*Worm* S. 140 ff.). Gleiches gilt für die §§ 283 a f. i. V. m. § 14 StGB (S. 160 ff.), während bei § 283 c StGB i. V. m. § 14 StGB (S. 177 ff.), bei § 266 a i. V. m. § 14 StGB (*Worm* S. 190 ff.) und bei § 288 StGB i. V. m. § 14 StGB (*Worm* S. 201 ff.) zwar ein Eingriff in die Niederlassungsfreiheit gegeben ist, dieser aber unter bestimmten Voraussetzungen gerechtfertigt sein kann – nämlich dann, wenn die Gesellschaft im Einzelfall „als Vehikel zur Umgehung von Strafrechtsvorschriften des Zuzugsstaates gegründet und genutzt wird“ (*Worm* S. 226).

Bei der Untreuestrafnorm sind sich alle drei Autoren einig, dass das zentrale Straftatmerkmal des pflichtwidrigen Verhaltens zivilrechtsakzessorisch zu interpretieren ist. Im vorliegenden Zusammenhang stellt sich die Frage, ob die Pflichtwidrigkeit anhand der Vorgaben des Herkunftsstaats (also nach englischem Recht) oder aber anhand der Vorgaben des Zuzugsstaats (also nach deutschem Recht) zu beurteilen sind. Sowohl *Hinderer* als auch *Labinski* als auch *Worm* treten zu Recht für die Orientierung am englischen Recht ein (*Hinderer* S. 151; *Labinski* S. 225 ff.; *Worm* S. 101 ff.), die – wie *Labinski* und *Worm* aufzeigen – auch im Hinblick auf die Vorhersehbarkeit und Bestimmbarkeit des strafrechtlich relevanten Verhaltens keine durchgreifenden Probleme aufwirft (*Labinski* S. 83 ff., 221 ff.; *Worm* S. 110 ff.). Nach *Hinderer* ist die Ausfüllung des Merkmals mit den Vorgaben des englischen Rechts auch mit dem Parlamentsvorbehalt vereinbar, weil es sich bei § 266 StGB nicht um einen Blanketttatbestand, sondern um einen Tatbestand mit normativen Straftatmerkmalen handelt (*Hinderer* S. 156). *Worm* begründet dieses Ergebnis damit, dass trotz der Anbindung an das englische Gesellschaftsrecht der deutsche Gesetzgeber die für die Abgrenzung des Strafbereichs wesentlichen Entscheidungen gefällt habe (*Worm* S. 114 f.). *Labinski*

lässt die Frage der Einordnung des § 266 StGB als Blanketttatbestand oder als Tatbestand mit normativen Tatbestandsmerkmalen im Ergebnis offen; aus seiner Sicht ist ein Verstoß gegen den Parlamentsvorbehalt auch bei Annahme eines Blanketttatbestands schon deshalb ausgeschlossen, weil der deutsche Gesetzgeber die Kompetenz zur Ausgestaltung der Strafnorm über das EU-Recht an andere Mitgliedsstaaten abgetreten hat (vgl. *Labinski* S. 78 f.).

Die Kompatibilität des § 266 StGB mit der Niederlassungsfreiheit ergibt sich sowohl für *Hinderer* als auch für *Labinski* und *Worm* in erster Linie deshalb, weil das einschlägige englische Recht nicht weniger streng sei als das deutsche, der Strafbarkeitsbereich also nicht ausgedehnt werde (vgl. *Hinderer* S. 157 ff.; *Labinski* S. 225 ff.; *Worm* S. 180 ff.). Soweit es – wie insbesondere im Hinblick auf die Erfassung existenzgefährdender bzw. -vernichtender Eingriffe – doch einmal zur Ausdehnung des als strafrechtlich relevant einzustufenden Verhaltens kommt, ist dies nach *Hinderer* nur dann gerechtfertigt, wenn man – wie dies von *Hinderer* befürwortet wird – im Hinblick auf strafrechtliche Normen ein restriktiveres Verständnis der Niederlassungsfreiheit zugrunde legt (*Hinderer* S. 160 ff.). *Labinski* stellt darauf ab, dass es bei der Strafbarkeit wegen existenzgefährdender Eingriffe um eine rechtsformneutrale Verantwortlichkeit gehe (vgl. *Labinski* S. 243 ff.).

3. Wettbewerbsstrafrecht

Wunderlich, Claudia: *Die Akzessorietät des § 298 StGB zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)*. Freiburg: Centaurus Verlag 2009. XXXVI, 280 S. Studien zum Wirtschaftsstrafrecht, Band 31.

In ihrer Bayreuther Dissertation befasst sich *Claudia Wunderlich* mit einem in doppelter Hinsicht spannenden Thema: Das Buch behandelt nämlich nicht nur das brisante Gebiet der Strafbarkeit verbotener Kartelle (auf dem zum Erscheinungsdatum aktuellen Stand, inklusive der 7. GWB-Novelle), sondern auch in allgemeiner Form das im Wirtschaftsstrafrecht wichtige Phänomen der Akzessorietät strafrechtlicher Vorschriften zu außerstrafrechtlichen Primärnormen. Am Beispiel des § 298 wird die Reichweite der Abhängigkeit von diesen Primärnormen – im konkreten Fall also vom GWB – geprüft und dabei untersucht, inwiefern auch etwaige Änderungen der Primärnorm zu einer veränderten Rechtsanwendung des § 298 StGB führen können, ohne dass der strafrechtliche Gesetzestext geändert werden muss.

Ausgangspunkt der Überlegungen ist die Untersuchung des Rechts- bzw. Schutzgutes sowohl des GWB als auch des § 298 StGB. Die These der Verfasserin

ist dabei, dass eine Akzessorietät dann (aber auch nur dann) in Betracht kommt, wenn beide Schutzgüter parallel sind. Dies ist im Grundsatz gewiss überzeugend, wenngleich die vergleichsweise Vagheit einer solchen Schutzgutbestimmung zwangsläufig dazu führen muss, dass eine etwaige Parallelität nur mit einem sehr groben Maßstab gemessen werden kann. Hinsichtlich des Schutzgutes des GWB „prüft sich“ *Wunderlich* durch sämtliche Novellen, was nicht als völlig unverzichtbar angesehen werden kann, um dann – wenig überraschend – zum Wettbewerb als Rechtsgut zu kommen, welcher im Anschluss als Begriff näher bestimmt wird (vgl. S. 21 ff.). Eine Betrachtung des Phänomens „Wettbewerb“ nach allgemeinen Kriterien sowie anhand der Vorgaben des deutschen und europäischen Rechts führt *Wunderlich* dazu, dass zwar keine positive Beschreibung des Zustands möglich sei, in welchem ein hinreichender Wettbewerb bestehe, dass aber eine negative Abgrenzung dahingehend möglich sei (vgl. S. 37), wann ein Mangel an Wettbewerb herrsche. Dieser Mangel lasse sich über die verbotenen Beschränkungsformen definieren. Entsprechend wird auch das Rechtsgut des § 298 StGB untersucht, wobei der zwischen überindividuellem (Wettbewerb) und individuellem (Vermögen) schwankende Meinungsstand referiert wird (vgl. S. 57 ff.) und auch eine Entscheidung der Frage anhand allgemeiner Rechtsgutskonzepte erörtert wird. Im Ergebnis kommt die Verfasserin auch hier zum „Wettbewerb“ als geschütztem Rechtsgut, weshalb eine grundsätzliche Abhängigkeit der Vorschrift vom GWB (von dem § 298 StGB auch in der Gesetzgebungsgeschichte nie isoliert geplant war) anzunehmen sei. Einer näheren Untersuchung bedürfe aber – so *Wunderlich* – noch die Abhängigkeit einzelner Tatbestandsmerkmale.

Als erstes Merkmal des § 298 StGB werden von ihr die „Ausschreibungen“ untersucht (vgl. S. 75 ff.) bei denen eine Akzessorietät hinsichtlich der Vergabearten, hinsichtlich des persönlichen Anwendungsbereiches und hinsichtlich des sachlichen Anwendungsbereiches (der als zentrales Problem sehr ausführlich dargestellt wird) denkbar ist. Im Ergebnis kommt *Wunderlich* dazu, dass der Anwendungsbereich bzw. Gegenstand der Ausschreibungen in § 298 StGB nicht völlig identisch zu denjenigen des GWB ist, dass aber grundsätzlich von einer Akzessorietät ausgegangen werden kann: Soweit identische Ausschreibungsvorgänge berührt sind, sei innerhalb des vom Gesetzgeber selbst gezogenen Rahmens eine Akzessorietät anzunehmen. Als nächstes Merkmal wird – deutlich knapper (vgl. S. 161–186) die „Abgabe eines Angebotes“ auf die Akzessorietät zum GWB untersucht. Der Begriff des Angebots wird dabei im Ergebnis als vergaberechtsakzessorisch angesehen, während der Begriff der „Abgabe“ dem GWB in dieser Form unbekannt und auch ein Rückgriff auf das allgemeine Zivilrecht nicht hilfreich sei. Letztes Merkmal ist dasjenige der rechtswidrigen Absprachen: Der Begriff und damit auch die Arten der Absprache (S. 227 ff.) seien deckungsgleich mit § 1 GWB auszulegen, weshalb durch die entsprechende Änderung des

Kartellrechts auch im Strafrecht abweichend von der Auffassung des BGH vertikale Absprachen von § 298 StGB erfasst seien. Auch die Rechtswidrigkeit der Absprache sei in enger Abhängigkeit vom GWB zu untersuchen (vgl. S. 229 ff.), wobei insbesondere etwaige Freistellungsverordnungen zu prüfen seien. Absprachen, welche kartellrechtlich nicht zu beanstanden seien, könnten auch nicht rechtswidrig i. S. d. § 298 StGB sein.

Was hier in knapper Form an Inhalt referiert wird, klingt auf den ersten Blick vielleicht nicht spektakulär – und ist es möglicherweise auf den zweiten auch nicht; insbesondere die Bestimmung des jeweiligen Schutzgutes „Wettbewerb“ und auch die grundsätzliche Akzessorietät „innerhalb der vom Gesetzgeber selbst gezogenen Grenzen“ können nicht überraschen und hätten auch weniger ausführlich hergeleitet werden können. Dies ändert aber nichts daran, dass *Wunderlich* eine systematisch sehr präzise Untersuchung gelungen ist, welche nicht nur zu zahlreichen (in diesem Rahmen nicht nachzeichenbaren) Einzelheiten zu überzeugenden Ergebnissen führt, sondern welche auch beispielhaft dafür stehen kann, wie Grund und Grenzen der Akzessorietät einer Strafnorm zu einer außerstrafrechtlichen Primärmaterie untersucht werden können, wenn es darauf ankommt.

4. Strafprozessuale Themenstellungen

Theile, Hans: *Wirtschaftskriminalität und Strafverfahren.*

Systemtheoretische Überlegungen zum Regulierungspotential des Strafrechts. Tübingen: Mohr Siebeck 2009. 401 S.

Die von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster im Wintersemester 2007/2008 als Habilitationsschrift angenommene Abhandlung ist aus einem Forschungsprojekt hervorgegangen, dessen Ziel es war, „nähere Erkenntnisse darüber zu gewinnen, unter welchen Voraussetzungen eine strafrechtliche Kontrolle von Wirtschaftskriminalität möglich ist“ (S. 114). *Hans Theile* geht im Anschluss an die unter anderem von Peter-Alexis Albrecht und Winfried Hassemer entwickelten Konzeptionen davon aus, dass die in der frühen Neuzeit zunächst vorherrschende formal-rationale (Straf-)Rechtskonzeption im Zuge der weiteren Entwicklung durch eine auf Steuerungswirkungen ausgerichtete material-rationale Konzeption ersetzt worden ist (S. 5 ff.). Dieser Paradigmawechsel habe das materielle Strafrecht mit einem Steuerungsanspruch belastet, der im Rahmen des formal geltenden Strafprozessrechts nicht erfüllt werde. Dies wiederum werfe dann die Frage auf, „ob und inwieweit es im Wege des Strafverfahrens auf der Grundlage dieses Prozessmodells gelingt, die mate-

rial-rationalen Steuerungsziele über strafrechtliche Interventionen zu verwirklichen, um auf diese Weise den desintegrativen Folgen der innerhalb der Wirtschaft stattfindenden Selbststeuerungsprozesse entgegenzuwirken“ (S. 22). Ziel der Untersuchung ist es, die Frage zu beantworten, „ob und inwieweit es gelingt, das materielle Strafrecht durchzusetzen, sofern sich im Laufe des Strafverfahrens ein auf eine Verletzung des materiellen Strafrechts gerichteter Verdacht verdichtet“ (S. 23). Konkret geht es *Theile* um die auf den Bereich des wirtschaftlichen Handelns bezogene Steuerungswirkung des Strafrechts, wobei er den Bereich des wirtschaftsdelinquenten Verhaltens weder durch strafrechtliche noch durch strafprozessuale Begrifflichkeiten bestimmt, noch im Anschluss an Sutherlands Konzept des White-Collar-Crime. Das spezifische Kriterium sieht er vielmehr darin, dass es sich um berufsbezogene Betriebskriminalität (Occupational Crime) sowie um aus Unternehmen heraus begangene Straftaten (Corporate Crime) handelt (S. 27 ff.).

Den theoretischen Bezugsrahmen der Untersuchung bildet nicht – wie sonst gerade im Bereich wirtschaftsstrafrechtlicher Forschung nicht unüblich – der Rational-Choice-Ansatz (S. 45 ff.), sondern die von Luhmann begründete Systemtheorie, deren Grundannahmen und Inhalte auf rund 50 Druckseiten ausführlich dargestellt werden (S. 55 ff.). *Theile* betont, dass eine direkte kausale Steuerung der Wirtschaft durch das (Straf-)Recht nicht denkbar sei, sondern dass Einflussnahmen nur über Differenzminimierungsprogramme und auf der Basis einer strukturellen Kopplung und Irritation erfolgen könne. Er hebt hervor, dass die Stabilisierung normativer Erwartungen entscheidend davon abhängt, „ob die [das Strafverfahren abschließende] Entscheidung mit den Vorgaben des materiellen und prozessualen Programms in Einklang steht und insofern ‚gerecht‘ ist“. Und hieraus folgt: „Die Orientierung der das Strafverfahren konstituierenden strafprozessualen Kommunikationen an den Vorgaben dieser formellen Programme stellt dann das zentrale Derivat des von Luhmann betonten Konsistenzgebots dar“ (S. 104). Gleichzeitig betont er aber auch, dass die im modernen Strafrecht vorherrschende Zweckorientierung die von Luhmann vorgenommene Einordnung des Rechtssystems als Konditionalprogramm (S. 94 f.) und die in der Prozesswirklichkeit zu beobachtenden informellen Programme die Leistungsfähigkeit des Prozessrechtssystems in Frage stellen (S. 99).

Methodologisch gesehen handelt es sich nicht um eine quantitative, sondern um eine qualitative Untersuchung. Es wurden insgesamt 76 Interviews mit Experten geführt, die in verschiedenen Funktionen an vier Strafverfahren beteiligt waren, welche im Rahmen eines von Klaus Boers geleiteten Forschungsprojekts über die „Verbreitung und Kontrolle der Wirtschaftskriminalität im Zusammenhang mit der Privatisierung der volkseigenen Betriebe und Kombinate der DDR durch die Treuhandanstalt/Bundesanstalt für vereinigungsbedingte Sonderauf-

gaben“ untersucht worden sind (ausführlich zur methodologischen Konzeption S. 106 ff.). Von den vier Verfahren konnten zwei der gegen das Unternehmen gerichteten Betriebskriminalität und zwei der aus dem Unternehmen heraus begangenen Kriminalität zugerechnet werden (zu den Verfahren vgl. S. 119 ff.).

Die empirischen Befunde bestätigen, dass die Verfahrensbeteiligten in ihrer Kommunikation durch ihre Rolle geprägt werden: Während die Beschuldigten durch ihre Rolle als Wirtschaftssubjekte geprägt werden, ist die Kommunikation der Richter und Staatsanwälte vornehmlich normativ-juristisch geprägt: „Während Staatsanwaltschaft und Gericht dazu tendieren, den Bereich des strafrechtlichen Verhaltensverbots zu Lasten der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit auszudehnen, tendieren Beschuldigte und ihre Verteidiger umgekehrt dazu, den Bereich der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit zu Lasten des strafrechtlichen Verhaltensverbots auszudehnen“ (S. 160; zur spezifischen Rolle der Verteidigung vgl. auch noch S. 270 ff.). Das Strafverfahren „wird damit zur Oberfläche, in die die psychischen Systeme [= die an den Verfahren mitwirkenden Menschen] Selbstreferenz und Autopoiesis der sozialen Systeme einschreiben, in denen sie materiell verankert sind“ (S. 160).

Als zentrale Voraussetzung für die Leistungs- und Funktionsfähigkeit des Strafrechts erweist sich das Paradigma der Selektion (S. 162 ff.), wobei die relevanten Selektionskriterien ganz wesentlich durch informelle Programme bestimmt werden (vgl. S. 169 ff. sowie – bezogen auf die subjektive Tatseite – S. 154 f.). Im Einzelnen wird dies anhand von drei Komplexen demonstriert: Zunächst einmal der Frage, ob Ermittlungen dem formalen Konditionalprogramm der StPO folgend aufgenommen und abgeschlossen werden (S. 162 ff.); des Weiteren geht es um den Einsatz von strafprozessualen Zwangsmaßnahmen (S. 235 ff.) und um den für Wirtschaftsstrafverfahren typischen dialogisierenden Verfahrensstil (S. 254 ff.). *Theile* zeigt auf, dass sich die Strafverfolgungsbehörden und Gerichte sowohl bei der Einleitung als auch beim Abschluss von Wirtschaftsstrafverfahren von den in der Strafprozessordnung formal niedergelegten Konditionalprogrammen weitgehend abgekoppelt haben. Stattdessen lassen sie sich von informellen Programmen leiten, die wesentlich prozesstaktisch motiviert und/oder ressourcenorientierten Erwägungen verpflichtet sind, wobei gerade im Bereich der Bekämpfung von Wirtschaftskriminalität die Ressourcen der Beschuldigten es diesen ermöglichen, sich von einer Bestrafung freizukaufen (vgl. insbesondere S. 197 ff.). Informelle Programme sollen aber auch beim Einsatz von Zwangsmaßnahmen feststellbar sein, wobei hier – worauf *Theile* selbst hinweist (S. 249) – auch die Grenzen eines qualitativen Ansatzes deutlich werden: Da ein qualitatives Forschungsprojekt zwangsläufig keine Erkenntnisse zur Verbreitung von apokryphen Haftgründen hervorbringen kann, bietet es keinen Erkenntnisgewinn, der über die bereits vorhandenen anekdotischen Belege entsprechender Praktiken hinaus

geht. Bei den Ausführungen zum dialogisierenden Verfahrensstil ist besonders interessant, dass dieser von den Beschuldigten – bedingt durch ihre Verwurzelung im Wirtschaftssystem – häufig missverstanden wird (S. 255 ff.) und dass dieser richtigerweise im Zusammenhang und in der Wechselwirkung mit den auch im Wirtschaftsverfahren moderner Prägung immer noch vorhandenen konfrontativen Elementen gesehen werden muss (S. 269 f.). Alles in allem belegen die empirischen Befunde den – für den mit der Praxis des Strafverfahrens vertrauten Personenkreis sicherlich nicht überraschenden – Schluss, dass die maßgeblichen Referenzpunkte für die Verfahrenspraxis die informellen Programme sind und nicht die formalen Programme des Straf- und Strafprozessrechts (S. 286). Zusammenfassend hebt *Theile* hervor, „dass in Wirtschaftsstrafverfahren die Durchsetzung des materiellen Strafrechts in den Bahnen des prozessualen Strafrechts mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden ist und sich stattdessen auf der Basis einer strukturellen Kopplung zwischen Strafrechts- und Wirtschaftssystem evolutiv ein Verfahrenstypus herausgebildet hat, als dessen zentrale Merkmale die Paradigmen von Selektion und Konsens extrahiert werden können“. Auch wenn auf diesem Weg strafrechtliche Konfliktlösungen möglich erscheinen, besteht doch „eine Gefahr für die gesamtgesellschaftliche Stabilisierungsfunktion des Strafrechts, da dieser Verfahrenstypus bislang weitgehend von den Vorgaben des formellen prozessualen Programms losgelöst praktiziert wird“ (S. 290).

Abschließend stellt sich damit die Frage, mit welchen Mitteln die Diskrepanz zwischen dem (Steuerungs-)Anspruch des Strafrechts einerseits und der tatsächlichen Irrelevanz der formalen Steuerungsprogramme des Straf- und Strafprozessrechts andererseits „wenn nicht eingeebnet, so doch zumindest verringert werden kann“ (S. 339). *Theile* legt zunächst dar, dass weder eine bloße Verstärkung der Ressourcen der Justiz (S. 293 ff.) noch die Einführung der Strafbarkeit von Unternehmen (S. 304) das Problem bewältigen werden und dass die Rückkehr zum formal-rationalen (Kern)Strafrecht keine reale Option darstellt (S. 295 ff.). Anzusetzen ist nach *Theile* im Prozessrecht (S. 304 ff.), wobei er für eine Lösung über die Ausgestaltung des Strafprozessrechts als reflexives Recht eintritt (S. 308 ff.). Es sei „stärker dem Charakter des Strafverfahrens als eigenständigem sozialem System Rechnung zu tragen“ (S. 315). Dies müsse zum einen „zu der Einsicht führen, dass eine faire Verteilung des Strafverfolgungsrisikos nicht ausschließlich über eine unbedingte Strafverfolgungspflicht herbeigeführt werden muss, sofern nur die Entscheidung über das *Ob* strafprozessualer Regulierung ohne Rücksicht auf partikulare Interessen und damit unparteilich erfolgt“ (S. 323), wobei ein solches Verfahren nach *Theile* „eher zu einem Opportunitäts- als zum bisherigen Legalitätsprinzip“ tendieren wird (S. 330). Und für das *Wie* strafprozessualer Regulierung soll es entscheidend sein, dass den Verfahrensbeteiligten „gleichberechtigte und effektive Partizipationsmöglichkeiten innerhalb des Strafverfahrens

zugestanden werden“ (S. 329). Wie ein solches Verfahren konkret aussehen würde, bleibt weitgehend offen (vgl. die skizzenhaft bleibenden Ausführungen S. 331 ff.): Der Hinweis, dass ein konsensualer Wahrheitsbegriff an die Stelle des bisher korrespondenztheoretisch verstandenen Wahrheitsbegriffs tritt (S. 332 f.), lässt zu viele Folgefragen offen. Und Gleiches gilt für die Forderung nach einem partizipatorischen Ermittlungsverfahren als Schwerpunkt des Strafverfahrens (vgl. S. 332 ff.) und nach Aufnahme „formloser, aber institutionalisierter Rechtsgespräche in die Strafprozessordnung“ (S. 337) sowie für die verstärkte Integration von „am Maßstab der ‚idealen Sprechsituation‘“ orientierten „konsensualen Erledigungsformen“ (S. 338). Abgesehen davon, dass dies alles recht wolkig bleibt, stellt sich die Frage, ob man ein solches Verfahren neuer Art wirklich sinnvollerweise nur für bestimmte Verfahren – z. B. komplexe Wirtschaftsstraftaten (so S. 329) – einführen kann, ohne dass dies Rückwirkungen und Irritationen – man könnte wohl auch von Collateral Damages sprechen – in anderen Bereichen bewirkt. Und wenn die generelle „subsidiäre Fortgeltung des bisherigen Prozessmodells“ mit der Erwägung motiviert wird, dass „die durch Selektion und Konsens gekennzeichnete reflexive strafprozessuale Regulierung im Einzelfall scheitern kann und die Lösung des strafrechtlichen Konflikts dann trotz aller Schwierigkeiten in den traditionellen Bahnen anzustreben wäre“ (S. 329), dann wird deutlich, dass die schöne neue Welt des reflexiven Strafprozessrechts möglicherweise auf nichts anderes hinauslaufen würde als auf die Kodifizierung eines vordergründig partizipativ ausgestalteten Unterwerfungsverfahrens, das von der impliziten Drohung lebt, dass man im Falle der Verweigerung der Unterwerfung eben auch anders kann.

Kleinheisterkamp, Daniela: *Kreditwesengesetz und Strafverfahren.*

Tübingen: Mohr Siebeck 2010. 485 S.

(Veröffentlichungen zum Verfahrensrecht, Band 75)

Das Verbot erzwungener Selbstbelastung (*nemo tenetur se ipsum accusare*; privilege against self-incrimination) hat in den letzten Jahren insbesondere im Zusammenhang mit Wirtschaftsstrafverfahren bzw. mit den Verfahren der für die Aufsicht über bestimmte Bereiche des Wirtschaftslebens zuständigen Verwaltungsbehörden vermehrt Aufmerksamkeit gefunden (vgl. insbesondere auch die Habilitationsschrift von Böse, Wirtschaftsaufsicht und Strafverfolgung, Die verfahrensübergreifende Verwendung von Informationen und die Grund- und Verfahrensrechte des Einzelnen, Tübingen 2005, und hierzu Wohlers/Kudlich ZStW 119 [2007], S. 361). Daniela Kleinheisterkamp nähert sich mit ihrer von der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bayreuth als Disser-

tation angenommenen Abhandlung „dem ‚nemo-tenetur‘-Prinzip vor dem Hintergrund der staatlichen Bankenaufsicht nach dem Kreditwesengesetz. Ziel der Untersuchung ist die Bewertung der Vereinbarkeit der konkreten Befugnisnorm des § 44 c KWG mit der verfassungsrechtlich verbürgten Selbstbelastungsfreiheit natürlicher Personen“ (S. 2). Dass die Diskussion über das nemo-tenetur-Prinzip derzeit vor allem mit Blick auf die besonderen wirtschaftsaufsichtsrechtlichen Regimen unterliegenden Bereiche geführt wird, liegt darin begründet, dass – wie *Kleinheisterkamp* in der Einleitung aufzeigt (S. 1) – in diesen Bereichen die maßgeblich auf der Statuierung von Mitwirkungspflichten aufbauenden Aufsichtsverfahren den Konflikt mit dem für das Strafverfahren grundlegenden Verbot des Mitwirkungszwangs besonders drastisch vor Augen führen; dies auch und gerade, weil das in Frage stehende Verhalten des Beaufsichtigten in der Regel gleichzeitig auch strafrechtlich relevant sein kann.

Kleinheisterkamp zeigt im ersten Kapitel auf, dass es sich bei der staatlichen Bankenaufsicht von der Sache her um Gefahrenabwehr handelt (S. 8 ff.) und dass die Aufsichtsbehörden zur Umsetzung ihrer Aufgaben auf die – gegebenenfalls mit Zwangsmitteln durchzusetzende – aktive Mitwirkung der zu beaufsichtigenden Institute angewiesen ist (S. 38 ff.). Besondere Bedeutung kommt in diesem Zusammenhang § 44 c KWG zu, der es den Aufsichtsbehörden unter anderem ermöglicht, Auskünfte sowie die Vorlage von Unterlagen zu verlangen (vgl. im Einzelnen S. 91 ff.), was dann, wie *Kleinheisterkamp* im zweiten Kapitel herausarbeitet, die Frage aufwirft, „ob die Einräumung eines Auskunftsverweigerungsrechts ohne Belehrungspflicht mit der Freiheit vom Selbstbelastungszwang vereinbar ist. Zum anderen ist bezüglich der bankaufsichtlichen Pflicht zur Unterlagenvorlage zu prüfen, ob das Fehlen von ausdrücklichen gesetzlichen Sicherungsmaßnahmen mit dem geltenden Recht vereinbar ist“ (S. 127).

Im dritten Kapitel wendet sich *Kleinheisterkamp* der Frage zu, ob das „nemo-tenetur“-Prinzip eine verfassungsrechtliche Garantie mit Geltungsanspruch im Rahmen der Gefahrenabwehr ist (S. 128 ff.). Sie zeigt zunächst auf, dass das „nemo-tenetur“-Prinzip rechtsgeschichtlich gesehen eine Folge der Anerkennung der Stellung des Beschuldigten als Rechtssubjekt ist (S. 130 ff.; zu der vor diesem Hintergrund erklärungsbedürftigen Geltung des Prinzips auch für den Zeugen vgl. S. 149 ff. sowie S. 164 ff.). In einem zweiten Schritt wird die einfachgesetzliche Ausprägung des Prinzips analysiert (S. 152 ff.). Die Normen der Strafprozessordnung sprechen nach *Kleinheisterkamp* dafür, dass Grundlage der Selbstbelastungsfreiheit im Strafverfahren eine Differenzierung zwischen zulässigem Zwang zur passiven Duldung und unzulässigem Zwang zur aktiven Mitwirkung sei (vgl. S. 153 ff.), wobei sie die Auswirkungen, die der zunehmende Einsatz heimlicher Ermittlungsmaßnahmen auf diese Konzeption hat, nur am Rande thematisiert (vgl. S. 159 f.). Demgegenüber werde die Geltung des „nemo-tenetur“-Prinzips im

Zivil- und Zivilverfahrensrecht sowie im Öffentlichen Recht (vgl. hierzu S. 166 ff., 171 ff.) auch „über die Zuweisung der Beweis- bzw. Feststellungslast“ gelöst: „In diesen Fällen kann der Betroffene eine strafrechtlich relevante Selbstbelastung dadurch vermeiden, dass er verfahrensrechtliche Nachteile in Kauf nimmt – im Gegenzug aber der Mitwirkung im Verfahren entgeht“ (S. 187).

Aufbauend auf der Erkenntnis, dass das „nemo-tenetur“-Prinzip im Gesetzesrecht nur in Teilbereichen kodifiziert worden ist, wendet sich *Kleinheisterkamp* der Suche nach der Grundlage und normativen Verankerung des Prinzips zu (S. 188 ff.). Sie stellt zunächst zutreffend fest, dass der EMRK nach der Rechtsprechung des EGMR kein über das Strafverfahren hinausreichendes, allgemeines (Menschen-)Recht auf Freiheit von Selbstbelastung zu entnehmen ist (S. 196 und 198). Dass der EGMR eine zumindest partielle Ausweitung dadurch erreicht, dass das Selbstbelastungsverbot bereits dann gilt, wenn der Betroffene sich in der Situation befindet, dass gegen ihn bereits ermittelt wird oder er mit der späteren Einleitung eines Strafverfahrens rechnen muss (wenn er also „substantially affected“ ist), wird von *Kleinheisterkamp*, die auf der Suche nach einer Rechtsgrundlage für ein vom Anwendungsbereich her umfassendes Selbstbelastungsprivileg ist, nicht weiter thematisiert. *Kleinheisterkamp* wendet sich stattdessen der Ebene des nationalen Verfassungsrechts zu (S. 202 ff.) und entwickelt ein als Teil des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts verstandenes und im Rechtsstaatsprinzip verankertes Grundrecht auf Selbstbelastungsfreiheit. Diese Garantie habe „nicht nur durch ihre vorkonstitutionelle Rechtstradition, sondern insbesondere auch durch die Ausgestaltung des einfachen Rechts sowie durch die Rechtsprechung und den wissenschaftlichen Diskurs eine eigenständige Gestalt angenommen. Es ist daher geboten, das ‚nemo-tenetur‘-Prinzip als eigenständige Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, vergleichbar zum Recht auf informationelle Selbstbestimmung, anzuerkennen und als Grundrecht auf Selbstbelastungsfreiheit zu benennen“ (S. 258).

Mit der Etablierung des Grundrechts auf Selbstbelastungsfreiheit verschieben sich dann die Kriterien, anhand derer die Zulässigkeit einer Zwangsanwendung zu messen ist: Da der Schutzbereich des Grundrechts praktisch immer tangiert ist (anders läge es möglicherweise dann, wenn man die von *Kleinheisterkamp* ausdrücklich ausgeklammerte Frage einbezieht, ob auch passive Duldungspflichten den Anwendungsbereich des Grundrechts tangieren; vgl. S. 262 f.), stellt sich nicht die Frage, ob das Grundrecht auf Selbstbelastungsfreiheit betroffen ist. Entscheidend ist, ob der stets gegebene Eingriff in das Grundrecht gerechtfertigt werden kann; maßgeblich sind also die Schranken des „nemo-tenetur“-Prinzips. Diesbezüglich kommt es zunächst darauf an, ob ein Eingriff in den uneinschränk- baren Kernbereich vorliegt, was nach *Kleinheisterkamp* dann der Fall ist, wenn der Adressat eines repressiven Verfahrens einem Zwang zur aktiven Mitwirkung

ausgesetzt wird (S. 269). Anders liegt es dann, wenn es um eine Selbstbelastung im Rahmen eines außerstrafrechtlichen oder außerordnungswidrigkeitsrechtlichen Verfahrens geht: dies sei der „antastbare Bereich“, in dem das Grundrecht auf Selbstbelastungsfreiheit dem einfachen Gesetzesvorbehalt unterliege (S. 269) und unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Interesse des staatlichen Informationsbedürfnisses und/oder im Interesse Dritter eingeschränkt werden könne (vgl. S. 270 ff.).

Bevor sich die Autorin der Frage zuwendet, ob die sich aus § 44 c KWG ergebenden Auskunft- und Vorlagepflichten mit dem Grundrecht auf Selbstbelastungsfreiheit vereinbar sind, behandelt sie im vierten Kapitel zunächst noch einige dogmatische Fragen, die in diesem Kontext von Bedeutung sind: Zunächst ist dies die Lehre von den Beweisverwertungsverböten (S. 286 ff.), denen nach *Kleinheisterkamp* die Funktion des Individualrechtsschutzes zukommt (S. 295) und die grundsätzlich im Wege einer Abwägung zu bestimmen sind (S. 304 ff.). Bezogen auf Beweise, die unter Verstoß gegen das „nemo-tenetur“-Prinzip gewonnen worden sind, stehe allerdings zwingend fest, dass das Interesse des Betroffenen an einer Geheimhaltung der Informationen das Strafverfolgungsinteresse überwiege: „Erkenntnisse, die aufgrund einer erzwingbaren, uneingeschränkten Mitwirkungspflicht offenbart werden müssen, dürfen nicht zweckentfremdet gegen den Willen des Betroffenen in ein gegen ihn geführtes, repressives Verfahren überführt werden“ (S. 309). Es bestehe ein „von Verfassungs wegen gebotenes Verwertungsverbot“ (S. 310), das nach *Kleinheisterkamp* zwar nicht stets, wohl aber „in der Regel“ auch Fernwirkung haben soll (S. 316 f.). Demgegenüber könne man den „Gemeinschuldnerbeschluss“ des Bundesverfassungsgerichts nicht als verbindliche Vorgabe ansehen, „wenn es um die dogmatische und methodische Herleitung eines ungeschriebenen Beweisverwertungsverbots geht“ (S. 350; zu den Grundlagen und Grenzen der Auslegung von Rechtsnormen sowie der Rechtsfortbildung durch die Gerichte vgl. S. 321 ff., 332 ff.).

Im fünften Kapitel wendet sich *Kleinheisterkamp* dann der Prüfung der Ausgangsfrage nach der Vereinbarkeit der Auskunft- und Unterlagenanliegenpflicht natürlicher Personen nach § 44 c Abs. 1 Satz 1 KWG mit dem „nemo-tenetur“-Prinzip zu (S. 353 ff.). Die im aufsichtsrechtlichen Verfahren bestehenden Auskunft- und Vorlagepflichten tangieren zwar den Schutzbereich, greifen nach der Konzeption *Kleinheisterkamps* aber nicht in den unantastbaren Kernbereich des Grundrechts auf Selbstbelastungsfreiheit ein und können deshalb unter bestimmten Voraussetzungen gerechtfertigt werden. Bezogen auf die Auskunftspflicht fehle es bereits an einem Eingriff in den Schutzbereich, weil die Mitwirkungspflicht nach § 44 Abs. 6 KWG entfalle, sobald eine straf- oder ordnungswidrigkeitenrechtliche Selbstbelastung drohe (S. 355 f.). Dass diesbezüglich keine Belehrungspflicht bestehe, ändere an diesem Befund nichts; aus dem Grundsatz des

fairen Verfahrens sei allerdings eine ungeschriebene Belehrungspflicht abzuleiten (S. 356 f.). Bezogen auf die Pflicht zur Vorlage von Unterlagen sei zwar ein Eingriff gegeben, dieser sei aber gerechtfertigt, weil die durch das KWG geschützten öffentlichen Interessen das Geheimhaltungsinteresse des Editionspflichtigen deutlich überwiegen und dessen Interessen durch ein ungeschriebenes Beweisverwertungsverbot ausreichend Rechnung getragen werde (S. 358 ff.). De lege ferenda plädiert *Kleinheisterkamp* für uneingeschränkte Auskunft- und Untergenvorlagepflichten, deren Vereinbarkeit mit dem Grundrecht auf Selbstbelastungsfreiheit durch ein kodifiziertes Beweisverwendungs- und Offenbarungsverbot gewährleistet werden soll (S. 385 ff.). Das abschließende sechste Kapitel ist der Frage gewidmet, ob die gewonnenen Erkenntnisse auf die Mitwirkungspflichten von Verbänden übertragen werden können (S. 388 ff.). Hier stellt sich zunächst die Frage, ob das Grundrecht auf Selbstbelastungsfreiheit auch für Verbände Geltung hat, was *Kleinheisterkamp* gegen BVerfGE 95, 220, 242, im Ergebnis bereits de lege lata bejaht (vgl. S. 416 ff.) und de lege ferenda gesetzlich kodifizieren möchte (S. 440 f.).

