

Dogmatik versus Rechtspolitik? Rechtshistorische Überlegungen zur Regulierung im Wirtschaftsstrafrecht

Müller, Maximilian Erdmann*

ZUSAMMENFASSUNG

Seit dem letzten Drittel des 20. Jahrhunderts findet sich die Gesetzgebung im Bereich des Wirtschaftsstrafrechts aufgrund der Komplizierung der Regelungsmaterie zunehmend in Sackgassen wieder. Vor diesem Hintergrund gewinnt die Justiz als Regulierungsakteur erheblich an Bedeutung. Gerade der weit und unbestimmt gefasste Untreuetatbestand – die Allzweckwaffe des Wirtschaftsstrafrechts – bietet dabei gerichtlicher Regulierung ein Einfallstor. Die justizielle Aufarbeitung der Siemens-Korruptionsaffäre kann dies eindrücklich illustrieren. Dabei befindet sich die Justiz, so wie auch die Legislative, in einem Spannungsfeld zwischen Dogmatik und Rechtspolitik.

Keywords Wirtschaftsstrafrecht; Rechtsgeschichte; Siemens-Korruptionsaffäre; Untreue; Regulierung; Rechtspolitik

A. Einleitung

Anlässlich der Aufarbeitung des sog. Mannesmannverfahrens Anfang der 2000er Jahre wurde kritisch erörtert, ob die gerichtliche Auslegung des Untreuetatbestandes „zur international verheerenden Kriminalisierung des ‚Wirtschaftsstandortes Deutschland‘ führt oder aber – umgekehrt – die letzte Aushilfe gegen Willkür und Raffgier der Spitzenmanager ist“.¹ Verfahrensgegenständlich war die Frage, ob dienstvertraglich unbegründete, durch Gesellschaftsorgane angewiesene Prämienzahlungen eine Strafbarkeit i.S.d. § 266 StGB auslösen können.

Auf einer Meta-Ebene tangiert der Fall jedoch die Problemstellung, inwieweit das Strafrecht im Allgemeinen und der Untreuetatbestand im Besonderen als „Mittel der Wirtschaftslenkung“² fungieren können und welche Rolle der Justiz als Regulierungsakteur im Wirtschaftsstrafrecht dabei zukommen kann. Passend dazu wird die gerichtliche Auslegung des Untreuetatbestandes seit Beginn der 2000er Jahre zunehmend dafür kritisiert³, die Untreue als „zentrales Wirtschaftsdelikt“⁴ einzusetzen. So war der Tatbestand in die Aufarbeitung einiger prominenter Wirtschaftsskandale, wie dem Fall Kanther, der Berliner Bankenkrise, dem sog. System Schreiber, dem VW-Bestechungsskandal oder der Siemens-Korruptionsaffäre verwickelt.⁵

Insbesondere die Entscheidung des BGH im Fall Siemens/Enel⁶, wurde in der „bedenklichen Tendenz“⁷ gesehen, den Untreuetatbestand als „Allzweckwaffe“⁸ des Wirtschaftsstrafrechts zu nutzen. Zeitgenössischen Betrachtungen zufolge zeichnete sich die Fallgestaltung durch den Konflikt zweier offenbar widerstreitender Pole aus, der Wahrung dogmatischer Korrektheit auf der einen und dem rechtspolitischen Bedürfnis nach Bestrafung auf der anderen Seite.⁹

Aus rechtstechnischer Sicht erklärt zunächst die „Vagheit“¹⁰ des Untreuetatbestandes dessen Offenheit für richterliche Auslegung und Rechtsfortbildung. Jedoch ist immer häufiger von „Sackgassen der Gesetzgebung“¹¹ im gesamten Bereich des Wirtschaftsstrafrechts zu lesen. Dies deutet auf eine tiefere regulatorische Krise

* Maximilian Erdmann Müller ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Neuere und Neueste Rechtsgeschichte, Zivilrecht und Gewerblichen Rechtsschutz von Prof. Dr. Louis Pahlow (Goethe-Universität).



Attribution 4.0 International (CC BY 4.0)

Zitieren als: Müller, Dogmatik versus Rechtspolitik? Rechtshistorische Überlegungen zur Regulierung im Wirtschaftsstrafrecht, FraLR 2024 (02), S. 114-124. DOI: 10.21248/gups.87024

¹Schünemann (2004), Organuntreue, S. 42; s. auch: Ransiek, NJW 2006, 814; Rönnau/Höhn, NSTZ 2004, 113; Kort, NZG 2006, 131; Daniels, ZRP 2004, 270.

²Kritisch: Achenbach, ZStW 2007, 789 und Hefendehl, ZStW 2007, 816.

³Ziemann (2016): Wirtschaft und Strafrecht. Der Konflikt zwischen wirtschaftlicher Freiheit und rechtlicher Bindung im Wirtschaftsstrafrecht. Historische und systematische Perspektiven, S. 24: „Diese kriminal- und wirtschaftspolitische Instrumentalisierung wird unterschiedlich aufgenommen“, dort m.w.N.

⁴Schünemann, FS Frisch, 2013, 837; auch „Allroundtalent“ des Wirtschaftsstrafrechts, Jahn, JuS 2009, 173 (175); Ransiek, ZStW 2004, 634; Bernsmann, GA 2007, 219 (230).

⁵S. Rönnau, ZStW 2007, 887 mit weiteren Fällen.

⁶BGH Urteil vom 29.8.2008 – 2 StR 587/07 = BGHSt 52, 323 = BGH NSTZ 2009, 95; eingehend dazu: Graeff/Schröder/Wolf (Hrsg.): Der Korruptionsfall Siemens: Analysen und praxisnahe Folgerungen des wissenschaftlichen Arbeitskreises von Transparency International Deutschland, 2009.

⁷Jahn, JuS 2009, 173 (175); ebenso kritisch: Satzger, NSTZ 2009, 297 (299 ff.); Knauer, NSTZ 2009, 151 (153); Bosch, JA 2009, 233 (235 ff.); s. auch Ziemann, S. 23: „Tendenz der Rechtsprechung, [...] vermögensfremde Rechtsgüter und Interessen zu schützen“.

⁸Brand/Hotz, NZG 2017, 976 (980); s. auch Brand, NZG 2020, 780: „über nahezu jeder unternehmerischen Entscheidung [schwebt] das Damoklesschwert der Untreuestrafbarkeit“.

⁹S. nur Satzger, NSTZ 2009, 297 (298): „aus kriminologischer, wirtschaftsethischer und rechtspolitischer Sicht mag es nun unbefriedigend erscheinen“; ausführl. dazu C.III.3.

¹⁰Jahn, JuS 2009, 173 (174).

¹¹Schünemann, FS Frisch, 2013, 837 (840); so schon Tiedemann, in Ders. (Hrsg.): Die Verbrechen in der Wirtschaft. Neue Aufgaben für Strafjustiz und Strafrechtsreform, 1972, 9: „Wirtschaftskriminalität als Problem der Gesetzgebung“.

hin, die den Bedeutungsgewinn der Judikative als Regulierungsakteur im Sinne eines Lückenbüßers erklären könnte. Da Regulierung insgesamt ereignisgetrieben funktioniert¹² und somit der wirtschaftlichen, gesellschaftlichen und politischen Entwicklung „hinterherhinkt“, sind die Wurzeln dieser Krise in der rechtshistorischen Entwicklung des Wirtschaftsstrafrechts zu finden. Erste Anzeichen gewisser Engpässe lassen sich bereits zu Beginn der 1970er Jahre ausmachen, als die Erkenntnis einsetzte, dass neue Problemlagen und Schutzerfordernisse eine Anpassung auf normativer Ebene erfordern; neue Schutz- und Kontrolltechniken gerieten infolgedessen mit dem *ultima-ratio*-Grundsatz in Kollision. Mit Beginn der 1990er Jahre wuchs nicht nur die Fülle wirtschaftsstrafrechtlicher Normen, sondern auch die Bedeutung kooperativer Regulierungsformen (B.). Das infolge gesetzgeberischer Überforderung freigewordene Feld schien die Justiz mit der Jahrtausendwende zu bestellen. Hierfür steht der Siemens-Fall exemplarisch. Dieser kann das sich dabei auffächernde Spannungsfeld zwischen Rechtspolitik und Dogmatik sowie die Bedeutung der Untreue für das Wirtschaftsstrafrecht eindrücklich illustrieren (C.).

Während sich das Thema Wirtschaftskriminalität in der Wirtschaftsgeschichte großer Beliebtheit erfreut¹³, wird ihm in der rechtsgeschichtlichen Forschung nur wenig Beachtung geschenkt, auch wenn zunehmend mögliche „Koordinaten eines Forschungsfeldes“¹⁴ Wirtschaftsstrafrechtsgeschichte abgesteckt werden. Rechtshistorisch fundierte Erklärungsansätze zu der Tendenz in der Rechtsprechung, die Untreue als Allzweckwaffe anzuwenden, sind dabei bislang noch nicht zu finden. Ebenso ist der Siemens-Fall noch nicht Gegenstand rechtshistorischer Betrachtungen im engeren Sinne gewesen.¹⁵

B. Die Entwicklung des Wirtschaftsstrafrechts als Regulierungsinstrument wirtschaftlichen Fehlverhaltens

Die legislativen Regulierungsbemühungen im Wirtschaftsstrafrecht verlaufen in Abhängigkeit von gesellschaftlichen, politischen und wirtschaftlichen Entwicklungen in „Zickzack- und Gegenbewegungen“¹⁶. Die Bekämpfung wirtschaftsdevianten Verhaltens war nach dem 2. Weltkrieg vornehmlich dem Wirtschaftsverwaltungsrecht vorbehalten (I.). Das Aufkommen neuer Problemlagen hatte ab 1970 eine umfassende Reform des Wirtschaftsstrafrechts unter Anpassung des Regelungsstils zur Folge (II.). Die 1990er Jahre waren durch eine weitere Expansion des Wirtschaftsstrafrechts geprägt, gleichzeitig wuchs kooperativen Regulierungsformen eine zentrale Funktion zu (III.).

I. Entkriminalisierung und Bedeutungsgewinn des Wirtschaftsverwaltungsrechts

Die Ausdifferenzierung eines „modernen“ Wirtschaftsstrafrechts setzte zum Ende des 19. Jahrhunderts ein, als auch der Bestand an Wirtschaftsrecht zunahm, sodass beide Gebiete eng miteinander verwoben sind.¹⁷ Während das Strafrecht bis zum Ende des 1. Weltkrieges die Festsetzungen des Wirtschaftsrechts abstützen sollte¹⁸, gipfelte dieser Ansatz zur Zeit des NS-Regimes in verwaltschaftsmachtstaatlichen und „totalitäre[n] Exzesse[n]“¹⁹

zur strafrechtlichen Absicherung der Plan- und späteren Kriegswirtschaft. Nach dem 2. Weltkrieg bestand demgegenüber eine gewisse Skepsis, das Strafrecht als volkswirtschaftliches Steuerungselement einzusetzen, sodass die Strafbewehrung in erster Linie über das *Wirtschaftsverwaltungsrecht* erfolgte. Die damit verbundene Zurückdrängung des Strafrechts verlief insoweit kohärent mit dem Bekenntnis der Bundesrepublik zum ordoliberalen Konzept der sozialen Marktwirtschaft: Der Staat sollte der Wirtschaft lediglich einen Ordnungsrahmen vorgeben.²⁰ Bis Mitte der 1950er Jahre erlassene Gesetze sollten das Strafrecht der sog. Kommandowirtschaft zurückbauen.²¹

Mit dem wirtschaftlichen Aufschwung infolge des sog. Wirtschaftswunders, bestärkt durch die sich intensivierende globale Verschränkung der Handelsbeziehungen, setzten eine Ausdifferenzierung wirtschaftlicher Abläufe

¹²Mankowski (2016), Rechtskultur, S. 168-169 m.w.N.; zu kriseninduzierter Gesetzgebung im Strafrecht: Pieth, FS Lüderssen, 2002, 317 und insbesondere im Korruptionsstrafrecht: Androulakis (2007), Die Globalisierung der Korruptionsbekämpfung. Eine Untersuchung zur Entstehung, zum Inhalt und zu den Auswirkungen des internationalen Korruptionsstrafrechts unter Berücksichtigung der sozialökonomischen Hintergründe, S. 479-484 m.w.N.

¹³Vgl.: Berghoff/Rauh/Welskopp (Hrsg.): Tatort Unternehmen. Zur Geschichte der Wirtschaftskriminalität im 20. und 21. Jahrhundert, 2016 oder Engels/Fahrmeir/Monier/Dard (Hrsg.): Krumme Touren in der Wirtschaft. Zur Geschichte ethischen Fehlverhaltens und seiner Bekämpfung, 2015; Werner (2014), Unternehmenskriminalität; Teupe, in Kretschmer/Zabel (Hrsg.): Geschichte des Wirtschaftsstrafrechts, 2018, 111 (115-116 m.w.N.).

¹⁴Zabel, in Kretschmer/Ders. (Hrsg.): Geschichte des Wirtschaftsstrafrechts, 2018, 11; in diesem Sinne: Vormbaum, in Kretschmer/Zabel (Hrsg.): Geschichte des Wirtschaftsstrafrechts, 2018, 57; diesem Ansatz verpflichtet ist ebenfalls Ziemann (2016), Wirtschaft und Strafrecht. Der Konflikt zwischen wirtschaftlicher Freiheit und rechtlicher Bindung im Wirtschaftsstrafrecht. Historische und systematische Perspektiven; s. auch: Pieth (2015), Strafrechtsgeschichte.

¹⁵Der Fall war bislang vornehmlich Gegenstand organisationssoziologischer und kriminologischer Forschungen, z.B.: Bergmann, in Ders./Hahn/Langhof/Wagner (Hrsg.): Scheitern – Organisations- und wirtschaftssoziologische Analysen, 2014, 213 oder Verschoor, Strategic Finance 2007, 11; lediglich vereinzelt geblieben: Plumpe, in Weidenfeld (Hrsg.): Nützliche Aufwendungen? Der Fall Siemens und die Lehren für das Unternehmen, die Industrie und Gesellschaft, 2011, 139.

¹⁶Naucke (1975), Tendenzen in der Strafrechtsentwicklung, S. 61; so auch: Ziemann, S. 14.

¹⁷Ziemann, S. 15 ff.; s. auch: Tiedemann (2017), Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl., § 1 Rn. 92.

¹⁸Ziemann, S. 49: „Antworten auf Krisensituationen“.

¹⁹Tiedemann (2017), Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl., § 1 Rn. 93.

²⁰Ziemann, S. 105: „untergeordnete Rolle des Strafrechts“ oder S. 107: „Das Schweigen des Strafrechts“; s. auch: Wittig (2023), Wirtschaftsstrafrecht, § 3 Rn. 6; ausführlich zum Konzept der sozialen Marktwirtschaft: Abelshäuser (Hrsg.): Das Bundeswirtschaftsministerium in der Ära der Sozialen Marktwirtschaft: der deutsche Weg der Wirtschaftspolitik, 2016 und Ambrosius (1977), Die Durchsetzung der sozialen Marktwirtschaft in Westdeutschland, 1945-1990.

²¹Insbesondere das 1. Wirtschaftsstrafgesetz 1949, dazu: Rahn/Grimmsinski (1949), Wirtschaftsstrafgesetz vom 26.7.1949, S. 1-160, und das Wirtschaftsstrafgesetz 1954, dazu: Tiedemann (2017), Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl., § 1 Rn. 97, sowie das Gesetz über Ordnungswidrigkeiten vom 25.3.1952, BGBl. I 1952, 177, dazu: Zabel (2017), Die Ordnung des Strafrechts. Zum Funktionswandel von Normen, Zurechnung und Verfahren, S. 357.

sowie eine Zunahme der Technisierung ein.²² Infolgedessen entstanden neue Problemlagen, die wiederum eine legislative Anpassung der Reglementierungen des Wirtschafts- und des Wirtschaftsstrafrechts erforderlich machten. Mit Beginn der 1960er Jahre nahmen so die Regulierungsbemühungen im Bereich des Wirtschaftsrechts und des Wirtschaftsstrafrechts angesichts dieser Ausdifferenzierung wirtschaftlicher Schutzzfordernisse und dem Aufkommen neuer Formen wirtschaftsschädlichen Verhaltens wieder zu. Dies zeigte sich in dem Erlass zahlreicher Wirtschaftsverwaltungsgesetze mit Straf- und Bußgeldvorschriften zur Durchsetzung der enthaltenen Gebote und Verbote. Die Novelle des KWG von 1961 sollte „heutigen Erfordernissen“ der Ordnungs- und Währungspolitik Rechnung tragen, wobei die Einhaltung des Gesetzes über eine Straf- bzw. Bußgeldbewehrung sichergestellt werden sollte.²³ Ebenso wurden in der Abgabenordnung, dem Aktiengesetz oder dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen Bußgeldvorschriften normiert.²⁴ Über solche Gesetze konnten oftmals auch Bußgelder gegen juristische Personen mit verselbstständigtem Vermögen verhängt werden, um diejenigen Gewinne zu entziehen, die ihnen durch Straftaten ihrer Organe zugeflossen waren.²⁵ Zur Vereinheitlichung dieser unübersichtlichen Fülle an Spezialgesetzen, wurde mit der OWiG-Novelle von 1968 in § 26 OWiG eine einheitliche Geldbuße für juristische Personen als Nebenfolge einer Ordnungswidrigkeit oder Straftat eingeführt.²⁶

An der Vermehrung wirtschaftsverwaltungsrechtlicher Normkomplexe ist sehr gut die zunehmende Komplizierung der Regelungsmaterie ablesbar, während die Unübersichtlichkeit der in verschiedenen Gesetzen neu geschaffenen Straf- und Bußgeldnormen als erste Anzeichen gesetzgeberischer Überforderungserscheinungen hinsichtlich der Bekämpfung wirtschaftlichen Fehlverhaltens gedeutet werden kann.²⁷

II. Neuer Anspruch an das Strafrecht? „Re-Regulierung“ ab 1972

Diese Überforderung hinsichtlich der angemessenen Sanktionierung wirtschaftlichen Fehlverhaltens schien mit Beginn der 1970er Jahre ein solches Ausmaß angenommen zu haben, dass umfassende gesetzgeberische Reformbemühungen für unumgänglich gehalten wurden: Die Eindämmung der Wirtschaftskriminalität „mit allen möglichen und vertretbaren Mitteln“ sei unter diesen Umständen „nicht zuletzt ein verfassungsrechtliches Gebot“²⁸. Retrospektiv wird die mit den 1970er Jahren im Hinblick auf das Wirtschaftsstrafrecht einsetzende Reformperiode als eine Phase der „Re-Regulierung“²⁹ bezeichnet.

1. *Gesetze zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*
Die umfassenden Reformbemühungen der 1970er und 1980er Jahre hatte ein Gutachten des Hochschullehrers Klaus Tiedemann ausgelöst, nach dem Formen der Wirtschaftskriminalität potentiell hohe volkswirtschaftliche Schäden verursachen können.³⁰ Infolgedessen wurde eine Sachverständigenkommission zur Erarbeitung von Reformvorschlägen einberufen. Auf Grundlage der Empfehlungen wurden das 1. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität von 1976 (1. WiKG)³¹ und das 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität von 1986 (2. WiKG)³² verabschiedet. Teilweise wurden

einige Regelungskomplexe aus Wirtschaftsverwaltungsgesetzen zurück in das StGB verlagert, während auch gänzlich neue Strafvorschriften zur Erfassung bislang noch nicht aufgetretener Formen devianten Verhaltens eingeführt wurden.³³ Vorschriften zum Subventions- und Kreditbetrug aus dem 1. WiKG sollten dem inflationärem Auftreten dieser Delikte, insbesondere in transnationalen Kontexten, entgegenwirken.³⁴ Die Herausbildung neuer Deliktformen unter Zuhilfenahme computertechnischer Mittel war eine Folge der technischen Entwicklung: So wurden z.B. zur Verschleierung einer Bankeninsolvenz Mitte der 1970er Jahre³⁵ bestimmte Geschäfte mittels einer „Abbruchtaste“³⁶ aus der Bilanz herausgenommen. Das 2. WiKG sollte solche Ausprägungen der sog. Computerkriminalität erfassen.³⁷ Um der Zunahme von Bankeninsolvenzen im Verlaufe der 1970er Jahre³⁸ Rechnung zu tragen, wurden die Konkursstraftaten von der Konkursordnung „aus generalpräventiven Gründen“³⁹ in das StGB verlagert. Auch im Hinblick auf die Ausdifferenzierung wirtschaftlicher Arbeitsabläufe in größeren Unternehmen wurde Reformbedarf gesehen. Angesichts

²²Ausführl. dazu: Wehler (2008), Deutsche Gesellschaftsgeschichte, Band 5: Bundesrepublik und DDR: 1949-1990, S. 53-60; Weimer (1998), Deutsche Wirtschaftsgeschichte. Von der Währungsreform bis zum Euro, S. 71-162.

²³RegE BuReg BT-Drcks. 1114, 20, 26.

²⁴Wittig, § 3 Rn. 12.

²⁵Rogall, Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, § 30 OWiG Rn. 22.

²⁶BGBI. I 1968, 481 (487-488); ausführl. zur Entwicklung: Dannecker, FS Böttcher, 2007, 465 (467-472).

²⁷Ähnlich Ziemann, S. 109: „Sprachlosigkeit des Strafrechts“ oder S. 121: „organisatorische Überforderung der Strafrechtspraxis“ sowie S. 127: „institutionelle Unfähigkeit bzw. Unwilligkeit“.

²⁸RegE BuReg 1. WiKG BT-Drcks. 7/3441, 14, s. schon die Zitate in Fn. 27.

²⁹Pieth (2015), Strafrechtsgeschichte, S. 115-116.

³⁰Tiedemann, in Deutscher Juristentag (Hrsg.): Verhandlungen des neunundvierzigsten deutschen Juristentages. Düsseldorf 1972, 1972, C1 (C 21 ff.).

³¹BGBI. I 1976, 2034; zudem wurden im Jahre 1980 Umweltdelikte in das StGB eingefügt, §§ 311d, 311e, 324-330d StGB, BGBI. I 1980, 373 (374-377).

³²BGBI. I 1986, 721.

³³S. ausführl. zum 1. WiKG: Tiedemann, ZStW 1975, 253 (260-266) und zum 2. WiKG: Achenbach, NJW 1986, 1935.

³⁴Die §§ 264, 265b StGB, BGBI. I 1976, 2034 (2034-2035); zu dem Problem der Subventionserschleichung im Kontext der Außenhandelskriminalität: Gurski, in Tiedemann (Hrsg.): die Verbrechen in der Wirtschaft. Neue Aufgaben für Strafrecht und Strafrechtsreform, 1972, 29.

³⁵Die sog. Herstatt-Pleite, ausführl. dazu: Rudolph, in Lindenlaub/Burhop/Scholyseck (Hrsg.): Schlüsselereignisse der deutschen Bankengeschichte, 2013, 402; Pahlow, Der Staat 2011, 621.

³⁶Ausführl. zu devianten Verhaltensweisen, die mit ursächlich für die Insolvenz der Herstatt-Bank waren: Knüwer, in Pohl (Hrsg.): Deutsche Bankiers des 20. Jahrhunderts, 2008, 227 (229-236); s. auch die Spiegel-Serie „Anatomie der Herstatt-Pleite“: 13/14/15/1975; der Einsatz der „Abbruchtaste“ entsprach einer Inputmanipulation, Kohl (1991), Wirtschaftskriminalität. Wirtschaftsdelikte im Rechnungswesen der Unternehmung und ihre Bekämpfung, S. 148.

³⁷So z.B. die neu geschaffenen §§ 202a, 263a, 269, 270, 303a, 303b StGB, BGBI. I 1986, 721 (722-724).

³⁸Samm, ÖBA 1976, 308 (309 in Fn. 1-4 m.w.N. zu Bankinsolvenzen im Zeitraum 1973-1976).

³⁹Vgl.: Berz, BB 1976, 1435 (1439).

der gestaffelten Verantwortlichkeit in größeren, insbesondere als juristische Personen verfassten, Unternehmen wurden bei Straftaten, die im Kontext des Unternehmens begangen wurden, Zurechnungs- und Nachweisprobleme offenbar. Dies lag (und liegt) darin begründet, dass entsprechende Bußgeldvorschriften die Haftbarkeit an die Verantwortlichkeit von Leitungspersonen, d.h. vertretungsberechtigten Organen, knüpften. So musste nämlich die Kenntnis über deviante Verhaltensweisen, die zumeist in den unteren Unternehmensebenen, wie z.B. in der Buchhaltung bei Bilanzdelikten, ausgeführt wurden, erst den Leitungspersonen des Unternehmens nachgewiesen werden. Die Neuerungen des 2. WiKG sollten bestehenden „organisatorischen Verschleierungsmanövern“⁴⁰ in größeren Unternehmen entgegenwirken.⁴¹ Infolge der Durchgriffsschwierigkeiten des Strafrechts in dieser Hinsicht⁴² entlud sich zunehmend der öffentliche Unmut in Form eines Vorwurfs der „Ohnmacht der Strafjustiz“⁴³; insgesamt wurde eine sozial ungleichmäßige Kriminalisierung sozialschädlichen Verhaltens kritisiert: So engagierte sich doch die Staatsanwaltschaft „in den Augen des Publikums allenfalls zu wenig, doch nie zu sehr [...] gegen weiße Kragen“⁴⁴. Zur stärkeren Durchsetzung des Strafrechts sollte auch die Einführung von Schwerpunktstaatsanwaltschaften für Wirtschaftskriminalität beitragen, die technisch-organisatorisch besonders ausgestattet und deren Angehörige speziell ausgebildet wurden.⁴⁵

2. *Ausdifferenzierung und Anpassung des Regelungsstils*
Weitergehend zeichneten sich diese legislativen Reformbemühungen durch eine Anpassung der Regelungstechnik aus. Beginnend mit dem 1. WiKG hatte ein veränderter Regelungsstil Eingang in das Wirtschaftsstrafrecht gefunden, für den Gefährdungsdelikte, Fahrlässigkeitsmodalitäten sowie unbestimmte und weite Tatbestände prägend sind. Diese „neuen“ Schutz- und Kontrolltechniken wurden insbesondere im Hinblick auf den *ultima-ratio*-Grundsatz kritisch gesehen.⁴⁶

Durch die angepasste Regelungsmethodik sollte das Eingriffspotential für das Strafrecht erhöht und flexibler gestaltet werden.⁴⁷ Gerade weite und unbestimmte, generalklauselartige Tatbestände eignen sich hierfür, da sie einer Fortentwicklung durch Gerichte zugänglich sind und damit der Legislative einen Teil der Normierungslast abnehmen können. Gefährdungsdelikte bieten sich deswegen an, da sie gegenüber Erfolgsdelikten „anspruchssärmer“⁴⁸ sind und sich infolgedessen leichter zurechnen und nachweisen lassen, insbesondere im Hinblick auf die arbeitsteilige Organisation in Unternehmen. So ist nicht etwa die Zurechnung eines konkreten Erfolgs erforderlich, sondern lediglich die Vornahme einer *gefährlichen* Handlung.⁴⁹ Fahrlässigkeitstatbestände lassen sich deswegen einfacher zurechnen, da nicht der schwierige Nachweis des Vorsatzes zu erbringen ist; ausreichend ist bereits das außer Acht lassen bestimmter Sorgfaltspflichten, die durch verschiedene Wirtschaftsverwaltungsgesetze formuliert sind bzw. werden und damit zur Haftungsbeurteilung herangezogen werden können.

Gerade die Neuerungen im Bereich des Konkursrechts durch das 1. WiKG sind von diesem Regelungsstil durchzogen; so erfolgten die Novellierungen unter der Zielsetzung, bestehende Nachweis- und Zurechnungsprobleme zu beheben, gerade auch weil die Durchsetzung der

Zielsetzungen des Insolvenzrechts „angesichts deutlicher Krisenerscheinungen [...] zweifelhaft“⁵⁰ geworden war. Der gänzlich neu eingefügte § 283b StGB unterstreicht dies. So sollte die Vorschrift als „typisches Gefährungsdelikt“⁵¹ die Verletzung von Buchführungspflichten im Zusammenhang mit der Insolvenz pönalisieren und wurde sogar in einer späteren Phase des Gesetzgebungsverfahrens um eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit ergänzt.⁵² Wie sich den Gesetzgebungsunterlagen entnehmen lässt, sei die Ergänzung deswegen erforderlich gewesen, da in der gerichtlichen Praxis „in den meisten Fällen nur der Fahrlässigkeitstatbestand zur Anwendung“⁵³ komme – insofern sollte durch die Reform auch den Gerichten die Arbeit erleichtert werden. Weiterhin sollte die Durchgriffsfähigkeit der Norm angesichts der gestaffelten Verantwortlichkeit in der Organisation juristischer Personen sichergestellt werden: Über den Fahrlässigkeitstatbestand sollten diejenigen Fälle erfasst werden können, in denen der „Kaufmann behauptet, er habe einen Dritten mit der Führung der Bücher usw. beauftragt, sich aber um die Einhaltung seiner Anordnung nicht gekümmert“ und die auch sonst nicht über eine „Verletzung der Aufsichtspflicht zu erfassen“⁵⁴ seien. Die Generalklausel des § 283 Abs. 1 Nr. 8 StGB a.F.⁵⁵ ist dabei das in Gesetzesform gegossene,

⁴⁰Sog. *organisierte Unverantwortlichkeit*, ausführlich: Schünemann (1979), Unternehmenskriminalität und Strafrecht. Eine Untersuchung der Verantwortlichkeit der Unternehmen und ihrer Führungskräfte nach geltendem und geplantem Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht, 13-60, 197-232 mit Reformvorschlägen.

⁴¹Durch das 2. WiKG wurden auch die Vorschriften zur Sanktionierung von Verbänden überarbeitet, BGBl. I 1986, 721 (724-724).

⁴²Achenbach, NJW 1986, 1835 (1841): bemängelte den fehlenden „Biß“ der Neuerungen.

⁴³Bei der Aufarbeitung des sog. Contergan-Skandals wurde auf Kausalitätsprobleme und gesetzl. Lücken hingewiesen: Schütze, in Schultz (Hrsg.): Große Prozesse. Recht und Gerechtigkeit in der Geschichte, 1997, 392 (398-401).

⁴⁴Berichterstattung des Spiegels über die Strafrechtsprozesse der Herstatt-Pleite, Der Spiegel, 13.05.1979, <https://www.spiegel.de/politik/das-ist-alles-furchtbar-traurig-a-710c0cce-0002-0001-0000-000040349864> (zuletzt abgerufen am 22.09.2024); dazu auch: Vormbaum (2019), Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte, 4. Aufl., S. 247-248.

⁴⁵BGBl. I 1971, S. 1513; vgl. RegE BuReg BT-Drcks., 7/3441, 14.

⁴⁶Vertiefend: Zabel (2017), Die Ordnung des Strafrechts. Zum Funktionswandel von Normen, Zurechnung und Verfahren, S. 368; Pieth (2015), Strafrechtsgeschichte, S. 99-100.

⁴⁷Naucke (1975), Tendenzen in der Strafrechtsentwicklung, S. 58: „Bestreben, flexiblere, d.h. aber größere Zurgriffsmöglichkeiten“.

⁴⁸Schünemann, (1979), Unternehmenskriminalität und Strafrecht. Eine Untersuchung der Verantwortlichkeit der Unternehmen und ihrer Führungskräfte nach geltendem und geplantem Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht, S. 41.

⁴⁹Kubicel, in Jahn/Kempf/Lüderssen/Prittowitz/Schmidt/Volk (Hrsg.): Strafverfolgung in Wirtschaftsstrafsachen. Strukturen und Motive, 2015, 158 (162).

⁵⁰RegE BuReg BT-Drcks. 7/3441, 20.

⁵¹Blei, JA 1976, 807 (810).

⁵²S. zunächst den RegE BuReg BT-Drcks. 7/3441, 6, die Begründung zur Überarbeitung im Bericht und Antrag des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, in: BT-Drcks. 7/5291, 19 und die endgültige Normfassung BGBl. I, 1976, 2034 (2036).

⁵³Bericht und Antrag des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, BT-Drcks. 7/5291, 19.

⁵⁴Bericht und Antrag des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, BT-Drcks. 7/5291, 19.

⁵⁵BGBl. I, 1976, 2034 (2035).

legislative Eingeständnis, dass nicht mehr alle denkbaren devianten Verhaltensweisen vorab normiert werden können. Aufgrund der Vorschrift sollten alle *sonstigen*, den Anforderungen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft grob widersprechenden Verhaltensweisen, die das Vermögen verringern oder die geschäftlichen Verhältnisse verschleiern, unter Strafe gestellt werden. Wie die Regelungsbeurteilung unverhohlen zugibt, sollten damit all diejenigen sozialschädlichen Verhaltensweisen erfasst werden können, die sich einer „Typisierung (noch) entziehen“⁵⁶, was naturgemäß in einem Spannungsfeld zu dem strafrechtlichen Bestimmtheitsgebot nach Art. 103 Abs. 2 GG steht. So wurde gewissermaßen als Kehrseite der Medaille nicht nur diese Generalklausel, sondern z.B. auch die Neufassung des Tatbestandes des schweren Bankrotts gemäß § 283a StGB a.F.⁵⁷ als „verfassungspolitisch bedenklich“⁵⁸ unbestimmt kritisiert.

Insoweit manifestiert sich an der verwandten Regelungstechnik die Absicht, „den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers“ im Sinne einer „effektiven Sozialkontrolle“⁵⁹ auf Kosten der Normbestimmtheit zu erweitern.

III. Paradigmatische Änderung der Funktionsweise des Wirtschaftsstrafrechts

Mit Beginn und Ausgang der 1990er Jahre setzte sich dieser Trend zur „Expansion des Strafrechts“⁶⁰ fort. Beispielhaft kann auf die Kriminalisierung korruptiver Verhaltensweisen verwiesen werden: 1997 wurden u.a. wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Ausschreibungen, §§ 298 ff. StGB, und durch Art. 2 § 1 IntBestG die Bestechung ausländischer Amtsträger unter Strafe gestellt sowie insgesamt die Korruptionsvorschriften verschärft (§§ 331-339 StGB); 2002 folgte die Bestechung im internationalen Privatwirtschaftsverkehr (§ 299 Abs. 3 StGB a.F.) und zuletzt 2016 Tatbestände zur Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen (§§ 299a, 299b StGB).⁶¹ Zudem wurde im Jahre 1992 der Straftatbestand der Geldwäsche eingeführt (§ 261 StGB).⁶²

Neben der extensiven Schaffung neuer Strafnormen äußerte sich die zunehmende legislative „Überforderung“ in einem paradigmatischen Wandel in Bezug auf die „Funktionsweise“⁶³ des Wirtschaftsstrafrechts, der zur Jahrtausendwende eingesetzt hatte. Mit Beginn der 1990er Jahre wuchs die Bedeutung kooperativer Selbstregulierung, auch als *Compliance* bezeichnet. Insoweit ist auch von einer „Compliance-Revolution“⁶⁴ die Rede. Der Begriff *Compliance* umschreibt die Implementierung *interner* Kontrollsysteme durch Unternehmen zur Steuerung und Vermeidung von Devianz, sodass es sich um eine Form der institutionalisierten Selbstregulierung handelt.⁶⁵ Compliance gilt deswegen als eine Form der kooperativen Regulierung, da Compliance-Programme oder -Empfehlungen regelmäßig im Wege einer „staatlich-privaten Ko-Regulierung“⁶⁶ entstehen. Somit wird ein Teil des Problems in doppelter Hinsicht auf die Privatwirtschaft verlagert, da diese nicht nur an der Normierung von Verhaltensgebote beteiligt, sondern auch in die Pflicht genommen wird: Denn in bestimmten Strafnormen wird das *Fehlen* ordnungsgemäßer Compliance-Strukturen als Mangel der Unternehmensorganisation zur Strafbarkeitsbegründung herangezogen. Paradebeispiele sind Vorschriften wie § 54a KWG, der „die Strafbarkeit an

die Vernachlässigung bestimmter Organisationspflichten der Geschäftsleiter“⁶⁷ knüpft, oder § 130 OWiG. Die Vorschrift des § 54a KWG⁶⁸ war im Zuge der Aufarbeitung der Bankenkrise von 2008 infolge des öffentlichen Drucks eingeführt worden und sollte als unzureichend empfundene Möglichkeiten entgegenwirken, Geschäftsleiter von Kreditinstituten strafrechtlich zur Verantwortung zu ziehen, wenn das Unternehmen durch Missmanagement in eine Schieflage geraten war.⁶⁹ Durch diese und vergleichbare Vorschriften konnte auch dem Problem begegnet werden, dass in inflationärem Ausmaß⁷⁰ bußgeldbewehrte Verhaltensgebote in Verwaltungsgesetzen wie dem KWG geschaffen wurden; da die Strafbarkeit an das Bestehen ordnungsgemäßer Strukturen als *Ganzes* geknüpft wird, bezieht sich die Strafandrohung mittelbar auf alle einschlägigen Verhaltensgebote.⁷¹ Zuletzt wird auf diese Weise auch ein weiterer unternehmensinterner Anreiz zur Regulierung in Form des Risikos *zivilrechtlicher* Haftungsklagen gesetzt. Aufgrund der ausformulierten Compliance-Pflichten können leitende Geschäftsorgane in Anspruch genommen werden, wenn sie ihr Pflichtenprogramm, das u.a. in der Abfassung und Durchsetzung der Compliance-Vorschriften besteht, unzureichend wahrgenommen haben. Da für diese Haftung bereits Fahrlässigkeit ausreicht, bewegen sich Leitungspersonen von Unternehmen in einem haftungsrechtlich riskanten Umfeld⁷², was diese dazu veranlassen soll, auf eine ordentliche Unternehmensführung hinzuwirken.⁷³

⁵⁶RegE BuReg BT-Drcks. 7/5291, 18.

⁵⁷BGBI. I, 1976, 2034 (2036): das Regelbeispiel Nr. 1 sieht eine Strafe von bis zu zehn Jahren vor, wenn der Täter aus „Gewinnssucht“ handelt.

⁵⁸Löwer, JZ 1979, 621 (631); Berz, BB 1976, 1435 (1440), warnt vor einer Ausdehnung ins „Uferlose“.

⁵⁹Zabel (2017), Die Ordnung des Strafrechts. Zum Funktionswandel von Normen, Zurechnung und Verfahren, S. 368.

⁶⁰Stellvertretend: Sánchez (2003), Die Expansion des Strafrechts. Kriminalpolitik in postindustriellen Gesellschaften.

⁶¹Dannecker, Kindhäuser/Neumann/Paeffgen Nomos Kommentar Strafgesetzbuch, Vor §§ 298 ff. Rn. 2-9; von Heintschel-Heinegg/Trüg, BeckOK StGB, § 11 Rn. 13.

⁶²BGBI. I 1992, 1302; dazu: Wittig, § 3 Rn. 17.

⁶³Pieth, FS Lüderssen, 2002, 317 (318-319); Hervorhebung stammt vom Verfasser.

⁶⁴Berghoff, in Ders./Rauh/Welskopp (Hrsg.): Tatort Unternehmen. Zur Geschichte der Wirtschaftskriminalität im 20. und 21. Jahrhundert, 2016, 19 (32).

⁶⁵Ausführl.: Sieber, FS Tiedemann, 2008, 449 (451-454).

⁶⁶Sieber, FS Tiedemann, 2008, 449; zur „Normsetzung durch nicht-staatliche, private Akteure“: Ziemann, S. 197 ff.

⁶⁷Lindemann, Boos/Fischer/Schulte-Mattler KWG – CCR-VO, § 54a KWG Rn. 1-2; Wegner, in Schork/Groß (Hrsg.): Bankstrafrecht, 2013, § 6 Rn. 682-702.

⁶⁸BGBI. I 2013, 3090 (3104).

⁶⁹Lindemann, § 54a KWG Rn. 1-2.

⁷⁰Wegner, § 6 Rn. 712; vgl. den nahezu „explodierenden“ Tatbestand des § 56 KWG.

⁷¹Kubiciel, 158 (164); Beck, BeckOK OWiG, § 130 Rn. 8-11.

⁷²So auch: Habersack, in Weidenfeld (Hrsg.): Nützliche Aufwendungen? Der Fall Siemens und die Lehren für das Unternehmen, die Industrie und Gesellschaft, 2011, 151 (152-153).

⁷³Hefendehl, ZStW 2007, 816 (825): „Einfallstor für den Steuerungsgedanken im Zivilrecht ist das Schadensersatzrecht“.

Neben der bereits beschriebenen Anpassung der Regelungstechnik offenbart insbesondere der Bedeutungsgewinn der Compliance als Regulierungsinstrument legislative „Sackgassen“. Diese bestehen darin, dass die Ausdifferenzierung der Arbeitsabläufe in der Wirtschaft – und damit auch die Ausdifferenzierung wirtschaftsdevianten Verhaltens – in einem solchen Tempo voranschreitet, dass ein legislatives „Schritthalten“ zunehmend unmöglich wird.

C. Regulierung durch Gerichte am Beispiel des Siemens-Falls

Weite und unbestimmte Tatbestände erweitern nicht nur den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers, sondern bieten auch der Justiz als Regulierungsakteur ein Einfallstor für Rechtsgestaltung und -fortbildung. Daher gilt der als „Blankett“⁷⁴ ausgestaltete Untreuetatbestand mittlerweile nicht umsonst als die Allzweckwaffe des Wirtschaftsstrafrechts, kommt ihm doch in beinahe jedem größeren Wirtschaftsstrafverfahren entscheidende Bedeutung zu.⁷⁵ Dabei kann die justizielle Aufarbeitung der Siemens-Korruptionsaffäre eindrücklich die Anpassungsfähigkeit des Tatbestandes an die Anforderungen des Einzelfalls verdeutlichen. Dabei hatte der Siemens-Skandal Zäsurcharakter: „Korruptionsforscher [werden] von der Zeit vor und der Zeit nach dem Siemens-Fall sprechen“⁷⁶ (I.). Zuvor hatte sich in Bezug auf die Wahrnehmung auslandskorruptiver Praktiken ein paradigmatischer Bedeutungswandel vollzogen (II.). Das Urteil im Enel-Verfahren und dessen Resonanz können den grundlegenden, wirtschaftsstrafrechtlichen Konflikt zwischen der Wahrung dogmatischer Korrektheit und dem Bedürfnis nach angemessener Bestrafung verdeutlichen (III.).

I. Die Siemens-Korruptionsaffäre: Schattenreich der Korruption

Die Aufarbeitung der Siemens-Korruptionsaffäre begann im November 2006 mit der Durchsuchung mehrerer Siemens-Büros in Deutschland und Österreich. Die Ermittler gingen Hinweisen auf Korruption bei Auslandsgeschäften nach, die sie durch einen anonymen Hinweisbrief von Siemens-Mitarbeitern erhalten hatten.⁷⁷ Die Ermittler stießen im Folgenden auf ein „beispielloses Schattenreich der Korruption“⁷⁸: In nahezu allen Unternehmensbereichen war es zu Bestechungszahlungen im internationalen Geschäftsverkehr gekommen.⁷⁹ Allein für die Telekommunikationssparte wurden 1,16 Mrd. Euro in sog. schwarzen Kassen bereitgehalten, d.h. in Konten, die eigens für die Abwicklung von Bestechungszahlungen vorgesehen waren. Unter dem Begriff „schwarze Kassen“ werden die strafrechtlichen Implikationen des pflichtwidrigen Einziehens von nicht in der Bilanz des Unternehmens erfassten Vermögenswerten zur Einrichtung dem Treugeber unbekannter Konten subsumiert.⁸⁰ Mithilfe der Zahlungen sollten für den Konzern günstige Aufträge erlangt werden. Die Existenz solcher Konten lässt sich bis mindestens in die 1990er Jahre zurückverfolgen. Mit Beginn der 2000er Jahre wurden die Zahlungen in einem mehrstufigen Geflecht von Scheinberaterfirmen versteckt⁸¹, wohl auch, um sich der im Wandel befindlichen Rechtslage anzupassen.⁸² Es gab sogar ein Zettelsystem und eine

Code-Sprache zur Anweisung der Zahlungen – die Anti-Korruptionsabteilung sowie die Hausrevision sollen dies über Jahre gedeckt haben.⁸³ Nach den Angaben eines Top-Managers, der infolge seines umfangreichen Geständnisses als Verwalter der schwarzen Kassen bekannt wurde, waren die schwarzen Kassen schon lange Bestandteil der Firmenpraxis von Siemens; es habe sogar Fälle gegeben, in denen der „Zentralvorstand [...] die Wirtschaftsprüfer angewiesen hatte, bestimmte Praktiken nicht zu durchleuchten“⁸⁴.

II. Schmiermittel oder zero tolerance?

Der Blick auf Auslandskorruption durch Politik und Wirtschaftspraxis hatte seit der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts einen bemerkenswerten Wandel durchlaufen. Auslandskorruption bezeichnet korruptive Praktiken von privaten Wettbewerbern gegenüber Amtsträgern anderer Staaten und anderen Wettbewerbern im Privatwirtschaftsverkehr.⁸⁵ Vor 1973 hatte sich niemand „an der Auslandskorruption von Konzernen gestoßen“⁸⁶, bis zur Jahrtausendwende hatte sich jedoch eine *zero tolerance*-Haltung durchgesetzt.

Die deutsche Wirtschaftspraxis der Nachkriegszeit hatte „gegenüber Bestechungen ein Übermaß an Toleranz“⁸⁷ gezeigt. Korruption wurde „als Öl im Motor einer sich entwickelnden Wirtschaft“⁸⁸, als „der Treibsatz,

⁷⁴Rönnau/Hohn, NStZ 2004, 113.

⁷⁵Brand/Hotz, NZG 2017, 976 (980): Auch im Rahmen der Dieselabgasaffäre wurde den VW-Managern Untreue vorgeworfen.

⁷⁶Leyendecker, SZ, 14.01.2011, <https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/siemens-korruptionsaffaere-das-ist-wie-bei-der-mafia-1.1046507> (zuletzt abgerufen am 22.09.2024).

⁷⁷S. für einen Abdruck des Hinweisbriefes: Leyendecker (2007), Die große Gier. Korruption, Kartelle, Lustreisen: Warum unsere Wirtschaft eine neue Moral braucht, S. 71 f.

⁷⁸Dahlkamp/Deckstein/Schmitt, Der Spiegel, 14.08.2008, <https://www.spiegel.de/politik/die-firma-a-a98e74c0-0002-0001-0000-000056574293> (zuletzt abgerufen am 22.09.2024).

⁷⁹Wolf, in Graeff/Schröder/Ders. (Hrsg.): Der Korruptionsfall Siemens: Analysen und praxisnahe Folgerungen des wissenschaftlichen Arbeitskreises von Transparency International Deutschland, 2009, 9 (10).

⁸⁰Fischer, StGB, § 266 Rn. 130 m.w.N.

⁸¹Ausführl. zur Historie schwarzer Kassen bei Siemens: BGH NStZ 2009, 95 (96-97), LG Darmstadt BeckRS 2007 16611, Rn. 1-102.

⁸²„Nachdem Bestechung im Ausland 1999 auch strafbar in Deutschland geworden sei, hätten ihn seine Vorgesetzten er sucht, ein neues System aufzubauen. „Würden Sie das bitte übernehmen?““, Hartmann/Hildebrand, Die Welt, 26.05.2008, <https://www.welt.de/wirtschaft/article2035729/Der-Herrder-schwarzen-Kassen-packt-aus.html> (zuletzt abgerufen am 22.09.2024); ausführl. dazu: C.II.

⁸³Bergmann, in Ders./Hahn/Langhof/Wagner (Hrsg.): Scheitern – Organisations- und wirtschaftssoziologische Analysen, 2014, 231 (237-238).

⁸⁴Freiberger/Hagelücken/Ott, SZ, 17.05.2010, <https://www.sueddeutsche.de/geld/reden-wir-ueber-geld-28-reinhard-siekaczek-eine-million-in-der-aktentasche-1.576064> (zuletzt abgerufen am 22.09.2024).

⁸⁵Vgl.: Androulakis, S. 60-64.

⁸⁶Berghoff, 19 (21).

⁸⁷Zybon (1972), Wirtschaftskriminalität als gesamtwirtschaftliches Problem, S. 18.

⁸⁸Böckmann, in Achathaler/Hofmann/Pázmándy (Hrsg.): Korruptionsbekämpfung als globale Herausforderung. Beiträge aus Praxis und Wissenschaft, 2011, 149 (153).

die Zündung, das Schmiermittel für die Wirtschaft“⁸⁹ angesehen. Da es „ohne Bestechung keine Aufträge“⁹⁰ gäbe, sei diese, sozialpolitisch argumentiert, eben auch erforderlich, „um den Betrieb als Ganzes und vor allem die Arbeitsplätze zu erhalten“⁹¹. Historiker vermuten daher, dass Auslandskorruption ein „wesentlicher Bestandteil des westdeutschen Exportwunders seit den 1950er Jahren gewesen“⁹² ist. Obwohl seit der Einführung des UWG Korruption im Geschäftsleben im *nationalen* Kontext unter Strafe stand, konnten in Deutschland betriebliche Ausgaben, die in der Zahlung von Schmiergeld bestanden, ohne Belege als *nützliche Aufwendungen* von der Steuer abgesetzt werden.⁹³ Bemerkenswerterweise hatte damit das Steuerrecht eine Handlung und ihre Folgen als „statthaft“ angesehen, die „nach anderen Gesetzen unter ein beachtliches Strafmaß gestellt“⁹⁴ worden ist. Diese steuerliche Begünstigung von Auslandskorruption lässt die herausragende Bedeutung für Exportwirtschaften nach dem 2. Weltkrieg vermuten⁹⁵; bereits in den 1970er Jahren wurde dies als massiver „kriminogener Faktor“⁹⁶ für Wirtschaftskorruption ausgemacht. Jedoch hatte der BGH noch 1985 festgehalten, dass „von einem deutschen Unternehmer [...] nicht erwartet werden [kann], daß er in den Ländern, in denen staatliche Aufträge nur durch Bestechung [...] zu erlangen sind, auf dieses Mittel völlig verzichtet und damit das Geschäft weniger gewissenhaften Konkurrenten überläßt“⁹⁷. So galt auch das Führen schwarzer Kassen als *das* typische wirtschaftskorruptive Verhalten der Nachkriegszeit und der Blockkonfrontation.⁹⁸

Auch von nahezu allen anderen westlichen Industrienationen wurden, wohl um die nationalen Wirtschaften auf fremden Märkten zu schützen, auslandskorruptive Praktiken ignoriert.⁹⁹ Erst mit der Verabschiedung des Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) in den USA im Dezember 1977 wurde eine gegenläufige Bewegung in Gang gesetzt.¹⁰⁰ Zunächst handelte es sich bei der Kriminalisierung der Bestechung ausländischer Amtsträger um einen unilateralen Schritt seitens der USA, der Mitte der 1990er Jahre in globalen Bemühungen kulminierte, alle Ausprägungen von Auslandskorruption zu kriminalisieren.¹⁰¹ Zunächst hatten Anfang der 1990er Jahre vermehrt NGOs, wie z.B. die Weltbank, gefordert, das Entwicklungshindernis Korruption auf breiter internationaler Ebene zu verfolgen. Zunehmend verlangte auch die US-Wirtschaft von ihrer Regierung die Herstellung von Waffengleichheit, um die verschärften Wettbewerbsnachteile infolge der unilateralen Einführung des FCPA wieder auszugleichen. Dies führte zur FCPA-Novelle von 1988, die den amerikanischen Präsidenten verpflichtete, auf ein internationales Abkommen zur Ausdehnung des FCPA hinzuarbeiten.¹⁰² Infolgedessen kam es zu mehreren internationalen Abkommen und Empfehlungen von internationalen Organisationen wie der OECD, welche eine Kriminalisierung insbesondere für den Privatwirtschaftsverkehr forderten.¹⁰³ Zwar hatten die deutsche sowie andere europäische Regierungen weiterhin erheblichen Widerstand gegen eine Kriminalisierung von Auslandskorruption geleistet.¹⁰⁴ Dieser kam jedoch interessanterweise dadurch zum Erliegen, dass Siemens und andere große europäische Konzerne in einem offenen Brief die Kriminalisierung der Auslandskorruption und das Ende

ihrer steuerlichen Absetzbarkeit forderten.¹⁰⁵ Im Dezember 1997 wurde schließlich die sog. Anti-Bribery Convention verabschiedet, welche die Signatarstaaten zur Umsetzung dieser Forderungen verpflichtete: Deutschland stellte zunächst die Bestechung ausländischer Amtsträger unter Strafe und auch die steuerliche Absetzbarkeit wurde abgeschafft.¹⁰⁶ Die Bestechung von Angehörigen ausländischer, privatwirtschaftlicher Wettbewerber wurde jedoch zunächst weiter außen vor gelassen.¹⁰⁷ Nachdem die europäischen Mitgliedsstaaten 1998 die gemeinsame Maßnahme betreffend die Bestechung im privaten Sektor¹⁰⁸ erlassen hatten, welche die Kriminalisierung von Bestechung im privatwirtschaftlichen Wettbewerb forderte, kam Deutschland 2002 schließlich seiner Umsetzungsverpflichtung nach.¹⁰⁹

III. Die Justiz als Lückenbüßer

Da die fraglichen Tathandlungen im Enel-Fall in die Jahre 1999 und 2000 fielen, ergab sich für die juristische Aufarbeitung eine schwierige Ausgangssituation: Die entsprechenden Vorschriften des StGB waren noch nicht anwendbar. Der BGH griff in seiner insbesondere aus

⁸⁹Zybon, S. 18.

⁹⁰„Wirtschaftsbeziehungen würden ohne (Korruption) schlicht zusammenbrechen“, so der Leiter der deutschen Außenhandelskammer Heinz Commer Anfang der 1970er, zit. nach: Decurtins (2004), Siemens. Anatomie eines Unternehmens, S. 244; s. auch: Böckmann, 149 (153); Heimann/Mohn, in Pieth/Eigen (Hrsg.): Korruption im internationalen Geschäftsverkehr: Bestandsaufnahme, Bekämpfung, Prävention, 1999, 531 (531).

⁹¹Zybon, S. 18.

⁹²Berghoff, 19 (29).

⁹³Berghoff, 19 (29-30).

⁹⁴Zybon, S. 84.

⁹⁵Böckmann, 149 (153); Heimann/Mohn, 531.

⁹⁶Tiedemann, in Ders. (Hrsg.): Die Verbrechen in der Wirtschaft. Neue Aufgaben für Strafjustiz und Strafrechtsreform, 1972, 9 (23); Zybon, S. 84: der Staat werde „als Ganzes [...] korrumpiert“.

⁹⁷BGH NJW 1985, 2405 (2406).

⁹⁸Colombo, in Pieth/Eigen (Hrsg.): Korruption im internationalen Geschäftsverkehr: Bestandsaufnahme, Bekämpfung, Prävention, 1999, 148 (153); Bannenber, in Löhr/Burkatzki (Hrsg.): Wirtschaftskriminalität und Ethik, 2008, 73 (74).

⁹⁹Das Gros der westlichen Staaten sah Auslandsbestechung als legal an, vgl.: Androulakis, S. 74-83; Nagel (2007), Entwicklung und Effektivität internationaler Maßnahmen zur Korruptionsbekämpfung, S. 24; Korte, wistra 1999, 81 (82); Wolf, in Graeff/Schröder/Ders. (Hrsg.): Der Korruptionsfall Siemens: Analysen und praxisnahe Folgerungen des wissenschaftlichen Arbeitskreises von Transparency International Deutschland, 2009, 63 (64-65).

¹⁰⁰Berghoff, 19 (27-32).

¹⁰¹Kahsnitz (2015), Strafbarkeit von Korruption deutscher Unternehmen im Ausland. Unter besonderer Berücksichtigung des Strafanwendungsrechts, S. 46; Wolf, 63 (66-68).

¹⁰²S. ausführl. zur Geschichte des FCPA und der internationalen Korruptionsbekämpfung: Berghoff, 19 (32-34).

¹⁰³Wolf, 63 (65); Kahsnitz, S. 52; Böckmann, 149 (158 ff.).

¹⁰⁴Vgl.: Berghoff, 19 (35); Korte, NSTZ 1997, 513 (513-514, 519); s. auch: BT-Drcks. 13/617, 1-8; 13/742, 1-8; 13/1717, 1-2.

¹⁰⁵Berghoff, 19 (35); s. auch: Lüderssen, FS Müller-Dietz, 2001, 467.

¹⁰⁶BGBI. I 1997, 2038; vgl.: Wolf, 63 (66).

¹⁰⁷Wolf, 63 (66).

¹⁰⁸ABl. EG L 358 vom 31.12.1998, 2 ff., 9 ff. und Art. 8 der Gemeinsamen Maßnahme.

¹⁰⁹BGBI I, 3385 (3387 ff.); Kahsnitz, S. 53, 66.

rechtsdogmatischen Gründen stark kritisierten Entscheidung auf den Untreuetatbestand zurück, gerade auch um, der typischen Korruptionsvorfeldtat des Bildens schwarzer Kassen habhaft werden zu können.

1. Die Entscheidung des BGH im *Enel-Fall* Verfahrensgegenständlich waren Bestechungszahlungen zur Erlangung von Ausschreibungen des italienischen Stromversorgerkonzerns Enel in den Jahren 1999 und 2000. Siemens gewann die Ausschreibungen, nachdem der Angeklagte, der Bereichsvorstand der Kraftwerkssparte, Zahlungen i.H.v. insgesamt 6,4 Mio. Euro an Entscheidungsträger von Enel veranlasst hatte. Durch diese Aufträge erwirtschaftete Siemens Gewinne i.H.v. 103,8 Mio. Euro. Der Angeklagte erzielte keinen persönlichen Vorteil aus dem Geschäft. Er hielt zwar die Strafbarkeit seines Verhaltens für möglich, hatte aber nie die Vorstellung, dass Siemens ein Schaden entstehen könnte, da er die Zahlungen angesichts der lukrativen Aufträge und des erhofften Einstiegs auf dem italienischen Markt als vorteilhaft erachtete. Die Aufdeckungswahrscheinlichkeit stufte er als äußerst gering ein. Die Existenz der einigen Mitarbeitern bekannten Schwarzgeldkonten ließ sich bis in die 1970er Jahre zurückverfolgen. Eine Kenntnis des Zentralvorstands konnte hingegen nicht belegt werden. Dem Bereichsvorstand oblag die kaufmännische Leitung, sodass er autorisiert war, Zahlungen in unbegrenzter Höhe anzuweisen. Er war zudem für die Einhaltung der Compliance-Vorschriften zuständig.¹¹⁰

Der BGH verurteilte den Bereichsvorstand wegen Untreue durch Unterlassen: Dieser hätte als kaufmännischer Leiter und Compliance-Verantwortlicher die Pflicht gehabt, die vorgefundenen Konten zu melden. Der Vermögensnachteil läge bereits in dem *Führen* einer schwarzen Kasse und der damit verbundenen, pflichtwidrigen *Vorenthaltung* der Mittel, sodass die Treugeberin dauerhaft und endgültig nicht mehr auf diese zugreifen konnte. Darin läge bereits ein *endgültiger* Nachteil. Der Bejahung des Vorsatzes stünden nicht die „guten Absichten“ des Angeklagten entgegen. Wegen Bestechung im geschäftlichen Verkehr gemäß § 299 StGB a.F.¹¹¹, könne er hingegen nicht bestraft werden: Die Vorschrift habe im Tatzeitraum nur den *inländischen*, aber nicht den *ausländischen* Wettbewerb geschützt. Der inländische Wettbewerb sei aber, da Siemens der einzige deutsche Bewerber gewesen sei, nicht beeinträchtigt gewesen. Die Vorgängerinstanz hingegen hatte die Vorschrift im Wege unionsrechtskonformer Auslegung auf den europäischen Wettbewerb ausgedehnt.¹¹²

Bemerkenswert an der Entscheidung war die Verurteilung wegen Untreue, da an der Bejahung nahezu aller Tatbestandsmerkmale, namentlich der Pflichtverletzung und des Schadens, erhebliche Bedenken bestanden und daher mit einem Freispruch gerechnet wurde.¹¹³ So bestanden große Vorbehalte, Korruption mit dem Schwert der Untreue zu verfolgen, insbesondere sog. Korruptionsvorfelddelikte wie das Unterhalten schwarzer Kassen.¹¹⁴ Diese Kritik reihte sich in die Bedenken ein, welche die Ausdehnung der Untreue auf verschiedene Spezialmaterien des Wirtschaftsstrafrechts im Allgemeinen bereits zuvor erfahren hatte.¹¹⁵ Das Eingreifen der Untreue war deswegen von entscheidender Bedeutung, weil die Auslandsbestechung im Wirtschaftsverkehr zur Tatzeit nicht strafbar war.

2. *Kritik des Urteils: Transformation der Untreue?* Die Frage nach der Anwendbarkeit von § 299 StGB a.F. galt zumindest als geklärt, nachdem der Gesetzgeber im Jahr 2002 der Vorschrift einen dritten Absatz beigefügt hatte, nach dem auch „Handlungen im ausländischen Wettbewerb“¹¹⁶ erfasst seien. Diesem augenscheinlich unbefriedigendem Ergebnis schien sich das vorinstanzlich entscheidende LG Darmstadt entgegenstemmen zu wollen, als es den Anwendungsbereich der Norm ausgedehnt hatte.¹¹⁷ Entgegengehalten wurde, dass nicht *heutige* Maßstäbe und Erwartungen auf eine *früher* weit verbreitete Praxis bei Unternehmen projiziert werden dürften, allein entscheidend sei das geltende Strafrecht; dem schloss sich der BGH wie erwartet an.¹¹⁸ Es war aber auch davon ausgegangen worden, dass der BGH die Verurteilung wegen Untreue aufheben würde.

Das entscheidende Problem des Umgangs mit Straftaten, die im vorgeblichen Unternehmensinteresse begangen worden sind, wurde bereits mit Beginn der 2000er Jahre intensiv problematisiert¹¹⁹: Leitungspersonen von Unternehmen hatten sich zunehmend darauf berufen, dass die Begehung der Straftaten erforderlich war, „um im Wettbewerb bestehen zu können“¹²⁰. Es wurde diskutiert, ob es nicht dem Charakter der Untreue als Vermögensschädigungsdelikt widerspreche, einen Vermögensschaden und einen darauf gerichteten Vorsatz anzunehmen, wenn die Vorteile aus der Bestechung die aufgewendeten Unternehmensmittel aufwiegen oder gar übersteigen und wenn die handelnden Personen die Bestechung *im Interesse* des Treugebers einsetzen wollten.¹²¹ Vor diesem Hintergrund wurde eine Überdehnung des Untreuetatbestandes befürchtet¹²², da auch ein *endgültiger* Untreueschaden erst dann vorliegen sollte, wenn sich zwischen dem Wert des Vermögens vor und nach Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht ein negativer Saldo

¹¹⁰Zum Sachverhalt: BGH NStZ 2009, 95 (96-97); LG Darmstadt BeckRS 2007 16611, Rn. 1-102.

¹¹¹BGBI. 1997 I, 2037 (2038 ff.).

¹¹²S. zum Ganzen: BGH NStZ 2009, 95 (97-100).

¹¹³Die Entscheidung kritisierend: Saliger/Gaede, HRRS 2008, 57 (66); Knauer, NStZ 2009, 151; Schösser, HRRS 2009, 19 (27); Rönnau, StV 2009, 246 (248); Brand, NJW 2010, 3458 (3464); ebenso: Mansdörfer, JuS 2009, 114 (117); Tsagkaraki (2013), Die Bildung der sog. „schwarzen Kassen als strafbare Untreue gemäß § 266 StGB, S. 236; Ransiek, NJW 2009, 89 (95), i.E. zustimmend; statt vieler begrüßend: Brammsen/Apel, WM 2010, 781 (783-785); Fischer, § 266 Rn. 137-139.

¹¹⁴Satzger, NStZ 2009, 297 (298-299); Saliger/Gaede, HRRS 2008, 57 (66); Rönnau, ZStW 2007, 887; Kempf, FS Hamm, 2008, 255.

¹¹⁵Ransiek, ZStW 2004, 634: Untreue „passt immer“; Schünemann, FS Frisch, 2013, 837 (840, 852 ff.); Bernsmann, GA 2007, 219 (230).

¹¹⁶BGBI I, 3385 (3387 ff.); dazu: Schuster/Rübenstahl, wistra 2008, 201 (206).

¹¹⁷Vgl.: LG Darmstadt 2007 BeckRS 16611, Rn. 106; so auch teilweise das Schrifttum: Tiedemann, Leipziger Kommentar StGB, § 299 Rn. 54; Heine, Schönke/Schröder StGB, § 299 Rn. 2; Knierim, CCZ 2008, 37 (38); Walter, wistra 2001, 321 (323).

¹¹⁸BGH NStZ 2009, 95 (99); dazu: Pelz, ZIS 2008, 333 (339).

¹¹⁹Taschke, FS Lüderssen, 2002, 663; Kempf, FS Hamm, 2008, 255; Dierlamm, FS Widmaier, 2008, 607; Haft/Schwoerer, FS Weber, 2004, 367; Lüderssen, FS Müller-Dietz, 2001, 467.

¹²⁰Taschke, FS Lüderssen, 2002, 663 (663).

¹²¹Kempf, FS Hamm, 2008, 255 (267).

¹²²Taschke, FS Lüderssen, 2002, 663 (670 m.w.N., 671); Kempf, FS Hamm, 2008, 255 (267).

ergibt.¹²³ So müsse auch die Absicht, die Kassen im Sinne des Treugebers zu führen, bereits *objektiv* einem Nachteil entgegenstehen: Da die Fälle der schadensgleichen Vermögensgefährdung eine „materiale Versuchsstruktur“ aufwiesen, sei zur Bestimmung des objektiven Nachteils die „Prognose eines zukünftigen Verlusts“¹²⁴ seitens des Täters erforderlich. Zumindest sei eine konkrete, vom Vorsatz umfasste, Verlustgefahr zu fordern, die hier hätte abgelehnt werden müssen.¹²⁵ Überhaupt sei zweifelhaft, ob der Wirtschaftsverkehr den Inhalt schwarzer Kassen als wertlos ansehen würde.¹²⁶ Der BGH konnte sich jedoch dieser Überlegungen *entledigen*, indem er bereits an die pflichtwidrige Vorenthaltung der Mittel aus dem Zugriff des Treugebers angeknüpft hatte.¹²⁷

Beide Instanzen hatten sich eines weiteren „Kniffs“ bedient, um die Handhabung des § 266 StGB zu erleichtern: Zur Begründung der *strafrechtlichen* Untreuepflichtverletzung stellten die Gerichte auf die Verletzung *zivilrechtlicher* Pflichten ab. So wurden die „Verletzung der formellen und materiellen Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung“, der Verstoß gegen Compliance-Regeln oder allgemeine Verhaltensstandards, wie die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns, herangezogen.¹²⁸ Weiterhin wurde aus der Stellung als Bereichsvorstand und Compliance-Verantwortlicher und der damit einhergehenden Aufsicht über die ordnungsgemäße Buchhaltung eine *Offenbarungspflicht* im Hinblick auf missbräuchliches Verhalten gefolgert, wobei offenblieb, wie weit diese Pflicht reichen sollte. Weiterhin trafen Buchführungspflichten qua Gesetz den Vorstand einer AG¹²⁹, sodass es zunächst der Feststellung einer wirksamen Pflichtendelegation bedurft hätte. Darüber hinaus sei die Position des Bereichsvorstandes gesetzlich nicht normiert und hätte daher nicht ohne Weiteres zur Begründung einer strafrechtlichen Pflichtverletzung herangezogen werden dürfen. Insgesamt sei daher ein Trend zur „Simplifizierung des zivilrechtlich festgelegten Pflichtenprogramms“¹³⁰ erkennbar, durch den das Merkmal der Pflichtverletzung zunehmend „amorph“ werde; auch die Begründung des Schadens durch die Entziehung der Mittel trage hierzu bei, da dieses Merkmal zeitlich vor die (die Pflichtverletzung erst begründende) Offenbarungspflicht gezogen werde.¹³¹ Letztlich werde so der Schutz der Dispositionsfreiheit besonders in den Vordergrund gestellt, was i.E. einer Rechtsgutsverschiebung gleichkäme.¹³² So sei die Untreue „in der täglichen Praxis [...] ein Gefährdungsdelikt“¹³³ oder, noch zugespitzter formuliert, ein „Entscheidungsfreiheitsgefährdungsdelikt“¹³⁴ geworden. Hervorzuheben ist, dass infolgedessen der Anwendungsradius der Vorschrift erheblich *erweitert* wurde, wobei auch Zurechnungsprobleme *abgeschnitten* werden konnten. Denn mithilfe der so in Richtung *Gefährdungsdelikt* angepassten Untreue war es zumindest „einfacher“ geworden, die pflichtwidrige Vorenthaltung von Vermögenswerten unter Verletzung einschlägiger Buchführungspflichten als typische Vorfeldtat für zeitlich später gelagerte kriminelle Verhaltensweisen, strafrechtlich zu erfassen. Die Problematik hat jedenfalls nicht an Aktualität eingebüßt und ist nach wie vor hochumstritten.¹³⁵

3. *Dogmatik versus Rechtspolitik* Abschließend lässt sich im Hinblick auf den Siemens/Enel-Fall ein ambivalentes Zwischenergebnis festhalten: Einerseits bestanden in der Literatur grundsätzliche, insbesondere dogmatisch

begründete Bedenken an einer Untreuestrafbarkeit, die als Ausfluss einer übermäßigen Korruptionsbekämpfung gesehen wurde.¹³⁶ Andererseits gab es ein nahezu einheitliches Anerkenntnis für ein rechtspolitisches sowie kriminologisches Bedürfnis an einer Bestrafung: Ein anderes Ergebnis wurde aus „kriminologischer, wirtschaftsethischer und rechtspolitischer Sicht [...] [für] unbefriedigend“¹³⁷ gehalten. Somit befanden sich die entscheidenden Gerichte in einem schwierigen Spannungsfeld: Sie hatten den Erwartungen eines gewandelten Verständnisses, besonders in der öffentlichen Meinung¹³⁸, bezüglich der Behandlung von Korruption zu entsprechen, aber nur ein begrenzt einsatzfähiges Korruptionsstrafrecht, gerade in Bezug auf Korruptionsvorfelddelikte, wie das Unterhalten schwarzer Kassen.¹³⁹ Auch dies verdeutlicht, dass der Gesetzgeber angesichts der zu erfassenden, wirtschaftsstrafrechtlichen Lebenssachverhalte ins Hintertreffen geraten war und infolgedessen in der Hoffnung auf mehr Einzelfallflexibilität zunehmend, aber scheinbar erfolglos auf alternative Regelungsmodelle zurückgriff.¹⁴⁰ Auch das kooperative Regulierungsmodell der Compliance erlebte infolge der Aufarbeitung des Siemens-Skandals eine regelrechte Hochkonjunktur, die noch immer anhält¹⁴¹. Nicht nur Siemens reagierte wegen der strafbarkeits- und haftungsbegründenden Wirkung des Fehlens ordnungsgemäßer

¹²³Fischer, § 266 Rn. 114-115, § 263 Rn. 110-112a.

¹²⁴Rönnau, FS Tiedemann, 2008, 713 (732): „Berücksichtigung des auf Mehrung, nicht Schädigung des Vermögens gerichteten Tätervorsatzes schon auf objektiver Ebene zwingt“; ähnlich: Dierlamm, FS Widmaier, 2008, 607 (613).

¹²⁵So die h.Lit.: Rönnau, StV 2009, 246 (249); Jahn, JuS 2009, 173 (175); Saliger, NSTz 2007, 545 (547); Dierlamm, FS Widmaier, 2008, 607 (611 ff.).

¹²⁶Rönnau, StV 2009, 246 (249, 250); Tsagkaraki, S. 236; Mansdörfer, JuS 2009, 114 (115); Schlösser, HRRS 2009, 19 (24); Jahn, JuS 2009, 173 (174-175); Schlösser, HRRS 2009, 19 (25).

¹²⁷Vgl.: Fischer, § 266 Rn. 138.

¹²⁸Satzger, NSTz 2009, 297 (300); ausführl. zum Einfluss des Zivilrechts auf die Auslegung der Pflichtwidrigkeit i.S.d. § 266 StGB: Rönnau, ZStW 2007, 887 (906); s. auch: Tasche, FS Lüderssen, 2002, 663 (669 m.w.N.).

¹²⁹S. § 91 AktG, ausführl. dazu: Grigoleit/ Tomasic, AktG, § 91 Rn. 1-9.

¹³⁰Satzger, NSTz 2009, 297 (300-301); in diesem Trend schon das Urteil des BGH im sog. Mannesmannverfahren, vgl. BGH NSTz 2006, 214; kritisch: Kort, NZG 2006, 131; Liebers/Hoefs, ZIP 2004, 97.

¹³¹Volk, FS Hamm, 2008, 803 (805); Satzger, NSTz 2009, 297 (301).

¹³²Satzger, NSTz 2009, 297 (303): „Senat [...] [geht] den entscheidenden Schritt zu weit.“

¹³³Fischer, § 263 Rn. 161.

¹³⁴Jahn, JuS 2009, 173 (175).

¹³⁵Vgl. die zahlreichen Lit.-Nachweise zu „Untreue und Gesellschaftsrecht; Compliance“ bei Fischer, § 266 S. 2056-2058; Wittig, BeckOK StGB, § 266 Rn. 46.8; Dierlamm/Becker, MÜKo StGB, § 266 Rn. 309-315.

¹³⁶S. nur: Jahn, JuS 2009, 173 (175); Knauer, NSTz 2009, 151.

¹³⁷Satzger, NSTz 2009, 297 (298 m.w.N.).

¹³⁸Ausführl. zur Wirkung medialen Drucks auf kriseninduzierte Gesetzgebung: Mankowski, S. 168-169 m.w.N.

¹³⁹So auch: Olteanu, in Achathaler/Hofmann/Pázmány (Hrsg.): Korruptionsbekämpfung als globale Herausforderung. Beiträge aus Praxis und Wissenschaft, 2011, 203 (207).

¹⁴⁰S. dazu schon unter: B.II.2.

¹⁴¹Nietsch (Hrsg.): Nachhaltiges Aktienrecht. 9. Wiesbadener Compliance-Tag der EBS Law School - Center for Corporate Compliance, 2023; Jahn/Schmitt-Leonardy/Schoop (Hrsg.): Das Unternehmensstrafrecht und seine Alternativen, 2016.

Compliance¹⁴² mit einem umfassenden Ausbau entsprechender Strukturen; der Siemens-Fall gilt insoweit als (Mit-)Auslöser der „Compliance-Revolution“ der 2000er Jahre.¹⁴³ Die damit einhergehende, teilweise Verlagerung der Normierungslast auf die Privatwirtschaft dokumentiert insoweit auch das legislative Eingeständnis, dass nicht mehr alle wirtschaftsstrafrechtlichen Sachverhalte zufriedenstellend und abschließend in Straftatbeständen erfasst werden können.

Insbesondere mit Blick auf die Korruptionsdelikte manifestiert sich dieses gesetzgeberische Hinterherhinken: So wurde und wird der im Rahmen der Korruptionsdelikte erforderliche, aber in der Praxis äußerst schwierig zu führende Nachweis einer Unrechtsvereinbarung als die „normative Schwachstelle“¹⁴⁴ dieser Vorschriften wahrgenommen. Insofern schien die Justiz – auch für künftige Fälle – über die Untreue und die Fokussierung auf das Korruptionsvorfeld, namentlich auf die Bildung schwarzer Kassen, dieser Schwäche etwas entgegensetzen zu wollen. Darüber hinaus hätte wohl eine Verneinung der Strafbarkeit eine verheerende Wirkung auf die Erwartungsbildung gehabt, da anderenfalls die Siemens'sche Korruptionspraktik auf deutschem Boden – in den USA musste Siemens infolge eines FCPA-Verfahrens eine Strafe i.H.v. 800 Mio. Dollar zahlen¹⁴⁵ – strafrechtlich sanktionslos geblieben wäre.¹⁴⁶ Dies wollten der BGH und das LG Darmstadt offensichtlich verhindern, auch wenn damit der Tatbestand weiter an Bestimmtheit verliert.

Insgesamt ist, bezogen auf die BGH-Rechtsprechung zur Untreue in Wirtschaftsstrafsachen, häufig von einer „höchstrichterlichen Domestizierung“¹⁴⁷ der Vorschrift zur Sicherstellung einer möglichst variablen Einsetzbarkeit in verschiedensten wirtschaftsstrafrechtlichen Sachverhalten die Rede. Dabei verwässern allerdings als Begleiterscheinung dogmatische Grundsätze, insbesondere bezogen auf die Feststellung des Untreueschadens im Rahmen der Fallgruppe der schadensgleichen Vermögensgefährdung. Gleichzeitig verdeutlicht die Rechtsprechung zur Siemens-Korruptionsaffäre, dass für die „strafrechtliche Bewertung“ des nicht „legitimierte Benutzens großer Geldmengen an einer dem Problem angemessenen Vorschrift [...] fehlt“¹⁴⁸. Insoweit übernehmen angesichts legislativer Engpässe Justiz und Untreue im Verbund die Rolle eines Lückenbüßers. Die Justiz gerät dabei in ein Dilemma, das in einem Widerstreit von Dogmatik versus Rechtspolitik besteht. Die Entscheidung des BGH im Siemens-Fall verdeutlicht diesen Befund eindringlich, da der BGH den Untreuetatbestand *rechtspolitisch* fortentwickelt, dessen Rechtsgut verschoben und damit auch dessen Deliktcharakter als Ganzes verändert hat, um diese Lücke ausfüllen zu können.¹⁴⁹ Gleichzeitig unterstreicht dieser Umstand die Bedeutung der Untreue als „kennzeichnendes Delikt der Wirtschaftskriminalität“¹⁵⁰, in dem sich stellvertretend für den gesamten Bereich des Wirtschaftsstrafrechts ein „Brennpunkt [...] zwischen wirtschaftlicher Freiheit und rechtlicher Bindung“¹⁵¹ bildet.

D. Abschließende Zusammenfassung

1. Im Verlaufe des 20. Jahrhunderts haben sich Gefährdungs- und Fahrlässigkeitsdelikte sowie general-klauselartige Tatbestände als die wichtigsten legislativen

Regulierungsinstrumente im Bereich des Wirtschaftsstrafrechts herausgebildet. Entsprechende Tatbestände ermöglichen einen flexibleren und oftmals größeren Zugriffsradius, stehen aber insbesondere mit dem strafrechtlichen Bestimmtheitsgebot sowie dem *ultima-ratio*-Grundsatz und so auch mit tragenden strafrechtlichen Dogmen im Konflikt. Zuletzt haben auch kooperative Regulierungsformen in Gestalt der Compliance eine zentrale Funktion eingenommen. Dies dokumentiert legislative Überforderungserscheinungen bzw. Sackgassen.

2. In diese Lücke stößt zunehmend die Justiz vor. Gerade weite und unbestimmte Tatbestände, wie die Untreue, bieten das hierfür erforderliche Einfallstor. Infolgedessen gilt der Untreue-Tatbestand als das zentrale Delikt bzw. die „Allzweckwaffe“ des Wirtschaftsstrafrechts. Dies liegt u.a. darin begründet, dass die Unbestimmtheit des Tatbestandes diesen einer rechtsfortbildenden Auslegung durch Gerichte, die den Umständen des Einzelfalls gerecht werden kann, zugänglich macht. Im Verbund scheinen Untreue und Justiz immer mehr die Rolle eines Lückenbüßers zu übernehmen.

3. Der Siemens-Fall illustriert dies eindrücklich: Der Rückgriff auf den Untreue-Tatbestand und dessen Weiterentwicklung durch die Rechtsprechung ermöglichten eine Bestrafung, weil andere Vorschriften (noch) nicht eingegriffen haben. Insofern ist das Enel-Urteil auch ein Produkt seiner rechtshistorischen Umstände. Die Entscheidung des BGH im Enel-Verfahren, so wie die Fortentwicklung des Untreueparagrafen durch die Rechtsprechung insgesamt, fallen in das Spannungsfeld von Rechtspolitik und Dogmatik. Auch unter dem Druck eines gewandelten Korruptionsverständnisses scheint der BGH rechtspolitischen Gesichtspunkten gegenüber dogmatischer Stringenz den Vorzug gegeben zu haben. Die Entscheidung steht damit

¹⁴²Ausführl. dazu: Moosmayer, Compliance. Praxisleitfaden für Unternehmen, 2021, Rn. 39-70.

¹⁴³S. dazu schon unter: B.III.; Graeff/Wolff, in Weidenfeld (Hrsg.): Nützliche Aufwendungen? Der Fall Siemens und die Lehren für das Unternehmen, die Industrie und Gesellschaft, 2011, 55 (57); Pieth, in Weidenfeld (Hrsg.): Nützliche Aufwendungen? Der Fall Siemens und die Lehren für das Unternehmen, die Industrie und Gesellschaft, 2011, 75; Engels, in Kretschmer/Zabel (Hrsg.): Geschichte des Wirtschaftsstrafrechts, 2018, 323 (331).

¹⁴⁴Schaupensteiner, NSTZ 1996, 409 (412); so auch: Satzger, NSTZ 2009, 297 (298); ausführl. dazu: Momsen/Laudien, BeckOK StGB, § 299 Rn. 45-68; Pfaffendorf, NZWiSt 2016, 8.

¹⁴⁵Pressemeldung des US Department of Justice vom 15.12.2008, <https://www.justice.gov/archive/opa/pr/2008/December/08-crm-1105.html> (zuletzt abgerufen am 22.09.2024).

¹⁴⁶a.A.: Klinkhammer, in Lämmlin/Pohlmann (Hrsg.): Neue Werte in den Führungsetagen? Kontinuität und Wandel in der Wirtschaftselite, 2011, 136 (137): größere Präventionswirkung durch Steigerung der ökonomischen Risiken für Unternehmen.

¹⁴⁷Zabel, in Kretschmer/Ders. (Hrsg.): Geschichte des Wirtschaftsstrafrechts, 2018, 11 (18 in Fn. 28 m.w.N.).

¹⁴⁸Naucke (2012), Der Begriff der politischen Wirtschaftsstraftat – Eine Annäherung, S. 49; Hervorhebung stammt vom Verfasser.

¹⁴⁹Es ginge nicht mehr um „Feinde im Innern“, Schlösser, HRRS 2009, 19 (25).

¹⁵⁰Rönnau, ZStW 2007, 887; Schünemann, FS Frisch, 2013, 837: „zentrales“ Delikt des Wirtschaftsstrafrechts; Naucke (2012), Der Begriff der politischen Wirtschaftsstraftat – Eine Annäherung, S. 47: „eine positivrechtliche Heimat: § 266 StGB“.

¹⁵¹Ziemann, S. 17.

sinnbildlich für einen Konflikt, in dem sich das Wirtschaftsstrafrecht insgesamt zu befinden scheint.