

Offene Grundsatzfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Compliance-Beauftragten in Unternehmen

Von Prof. Dr. Hendrik Schneider, Wiss. Mitarbeiter Peter Gottschaldt, Leipzig

I. Einführung

Der aus der Medizin in die Rechts- und Wirtschaftswissenschaften importierte Begriff Compliance bedeutet die Einhaltung von Gesetzen, insbesondere Strafgesetzen und anderen Verhaltensgeboten durch Mitarbeiter eines Unternehmens und seiner Vertragspartner. Compliance-Maßnahmen, Compliance-Management-Systeme und Compliance-Programme sollen der Einhaltung von Gesetzen und anderen Verhaltensgeboten Vorschub leisten, sie sollen das Entdeckungsrisiko von Compliance-Verstößen steigern und die Normtreue der Mitarbeiter festigen. Der für die genannten Compliance-Aufgaben im Unternehmen verantwortliche „Compliance-Beauftragte“ ist seit der Entscheidung des 5. Strafsenats des Bundesgerichtshofs vom 17. Juli 2009¹ selbst in den Fokus des wirtschaftsstrafrechtlichen Interesses geraten.² Nach der in Form eines obiter dictums geäußerten Ansicht des Senats soll einen Compliance-Beauftragten „regelmäßig strafrechtlich eine Garantenpflicht i. S. des § 13 Abs. 1 StGB“ zur Abwendung von Straftaten treffen, die von Unternehmensangehörigen begangen werden und im Zusammenhang mit der Tätigkeit des Unternehmens stehen.

Die von Praktikern und Strafrechtswissenschaftlern zu dieser Entscheidung auch in der ZIS veröffentlichten Rezensionen und Besprechungsaufsätze³ beziehen sich nahezu ausschließlich auf das vom Bundesgerichtshof in den Vordergrund gerückte Tatbestandsmerkmal der Garantenstellung eines „Compliance Officers“.⁴ Bereits insofern bestehen aber nach wie vor Lücken im Forschungsstand. Denn die Problematik der Garantenstellung wurde bisher nicht mit Blick auf die Hierarchieebene thematisiert, die dem Compliance-Beauftragten im Unternehmen zukommt und die eine rechtliche Einstandspflicht im Sinne des § 13 Abs. 1 StGB auf ein

Tätigwerden von „oben nach unten“ begrenzen könnte.⁵ Neben dieser Problematik ergeben sich aus dem obiter dictum des BGH weitere offene Grundsatzfragen des unechten Unterlassungsdelikts. So ist klärungsbedürftig, ob ein als Garant anzusehender Compliance-Beauftragter zur Abwendung sämtlicher Straftaten der Mitarbeiter verpflichtet ist oder ob sich seine Einstandspflicht, wie dies der Wortlaut des § 13 Abs. 1 StGB nahe legt, lediglich auf Erfolgsdelikte beschränkt. Drittens stellt sich die Frage nach den Anforderungen an die zur Erfolgsabwendung mögliche und geeignete Rettungshandlung, zu der ein Compliance-Beauftragter verpflichtet ist. Auch hier bedürfen die einschlägigen dogmatischen Grundsätze, die an Fallgestaltungen der Straßenspezifität entwickelt worden sind, einer wirtschaftsstrafrechtlichen Spezifizierung und Präzisierung, die bislang noch nicht ausreichend geleistet wurde. Den drei genannten Fragestellungen soll im Folgenden im Rahmen einer praxisorientierten tour d’horizon ohne Anspruch auf Vollständigkeit nachgegangen werden.

II. Der Compliance-Beauftragte in der Unternehmenshierarchie – Konsequenzen für die Begründung der Garantenstellung

1. Die Verankerung von Compliance-Aufgaben im Unternehmen

Compliance ist Aufgabe der Geschäftsführung. Bei der Aktiengesellschaft ist sie Ausdruck der Leitungsverantwortung des Vorstands (§ 76 Abs. 1 AktG).⁶ Danach haben Vorstandsmitglieder die Pflicht, sich selbst gesetzestreu zu verhalten (Legalitätspflicht).⁷ Weiterhin sind sie gehalten, das Unternehmen so zu führen und zu organisieren, dass Gesetzesverstöße vermieden werden (Organisations- bzw. Überwachungspflicht).⁸ Entsprechende Pflichten treffen in der GmbH den oder die Geschäftsführer, vgl. §§ 35 Abs. 1, 43

¹ BGH NJW 2009, 3173 = BGHSt 54, 44.

² Das als „BSR-Entscheidung des Bundesgerichtshofs“ bezeichnete Urteil erschien in mindestens 47 Fachzeitschriften und hat eine beispiellose Flutwelle an Publikationen ausgelöst. Alleine in juris werden 52 Urteilsanmerkungen und Besprechungsaufsätze zitiert.

³ Krüger, ZIS 2011, 1; Reichert, ZIS 2011, 113; Mittelsdorf, ZIS 2011, 123.

⁴ Barton, RDV 2010, 19; Berndt, StV 2009, 689; Bürkle, CCZ 2010, 4; Campos Nave/Vogel, BB 2009, 2546; Dann/Mengel, NJW 2010, 3265; G. Dannecker/C. Dannecker, JZ 2010, 981; Deutscher, WM 2010, 1387; Favoccia/Richter, AG 2010, 137; Fecker/Kinzl, CCZ 2010, 13; Kretschmer, JR 2009, 474; Krieger/Günther, NZA 2010, 367; Lackhoff/Schulz, CCZ 2010, 81; Mosbacher/Dierlamm, NStZ 2010, 268; Ransiek, AG 2010, 147; Rieble, CCZ 2010, 1; Rolshoven/Hense, BKR 2009, 425; Rönnau/F. Schneider, ZIP 2010, 53; Rotsch, ZJS 2009, 712; Rübenthal, NZG 2009, 1341; Spring, GA 2010, 222; Warneke, NStZ 2010, 312; Wybitul, BB 2009, 2590.

⁵ In dem vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall wird ohne nähere Begründung davon ausgegangen, dass Überwachungspflichten auch von unten (Leiter der Innenrevision) nach oben (Mitglied des Vorstands) bestehen, vgl. hierzu grundlegend: H. Schneider, in: Kühl/Seher (Hrsg.), Rom, Recht, Religion, Festschrift für Udo Ebert, 2011 (im Erscheinen).

⁶ Pietzke, CCZ 2010, 45 (50); Reichert/Ott, ZIP 2009, 2173 (2174); U. H. Schneider, ZIP 2003, 645 (647 ff.); Krieger/Günther, NZA 2010, 367. Weiterhin ergeben sich spezialgesetzliche Anknüpfungspunkte (bspw. § 130 OWiG, § 93 Abs. 2 AktG, § 43 Abs. 2 GmbHG) für die Anerkennung von Compliance Aufgaben.

⁷ Dies betrifft sowohl die Einhaltung gesellschaftsrechtlicher Vorschriften wie auch sonstiger Rechtsnormen. Grundlegend Fleischer, in: Fleischer (Hrsg.), Handbuch des Vorstandsrechts, 2006, § 7 Rn. 4 ff.

⁸ Fleischer (Fn. 7), § 8 Rn. 1; Reichert, ZIS 2011, 113 (114); Reichert/Ott, ZIP 2009, 2173.

Abs. 2 GmbHG.⁹ Compliance-Aufgaben können allerdings, ebenso wie andere Organpflichten, horizontal oder vertikal delegiert werden. In manchen Unternehmen wird Compliance als originäre Aufgabe der Geschäftsführung definiert. In anderen Unternehmen steht dagegen an der Spitze der Compliance-Organisation der Leiter der Rechtsabteilung oder der Innenrevision, so dass Compliance auf der ersten Berichtsebene unterhalb des Vorstandes bzw. der Geschäftsführung angesiedelt ist. In größeren Unternehmen bzw. Konzernen arbeiten unter der Leitungsperson weitere Compliance Officer, die eine Ressortverantwortung haben oder z.B. in Konzernen für Tochtergesellschaften zuständig sind. Diese unterschiedliche Verankerung von Compliance in Unternehmen hat Folgen für die Begründung einer Garantenstellung.

2. Die Reichweite der Geschäftsherrenhaftung

Hinsichtlich der Garantenstellung der Geschäftsführungorgane wird im Schrifttum insbesondere auf die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung¹⁰ rekurriert. Nach überwiegender Auffassung¹¹ leitet sich diese aus der „Herrschaft über Untergebene“¹² ab und begründet Überwachungspflichten gegenüber den als Gefahrenquelle für Rechtsgüter des Unternehmens und Dritter thematisierten Mitarbeitern: Die Unternehmensleitung verfüge gegenüber ihren Mitarbeitern über eine arbeits- und organisationsbezogene Weisungsbefugnis und habe dementsprechend die Pflicht, durch bindende Anweisungen und Kontrollen strafbare Betriebshandlungen zu verhindern.

Erkennt man die Geschäftsherrenhaftung im Grundsatz an, ist das mit Compliance-Aufgaben betraute Organ der Geschäftsführung i.S.d. § 13 Abs. 1 StGB verpflichtet, gegen die Straftaten nachgeordneter weisungsgebundener Mitarbeiter einzuschreiten. Allerdings ist eine „Herrschaft über Untergebene“ bereits in komplexen Organisationsstrukturen, wie sie in Großunternehmen anzutreffen sind, zumindest fraglich

⁹ Krieger/Günther, NZA 2010, 367 f.

¹⁰ G. Dannecker/C. Dannecker, JZ 2010, 981 (988 ff.); Deutscher, WM 2010, 1387 (1389); Lackhoff/Schulz, CCZ 2010, 81 (83); Mosbacher/Dierlamm, NSZ 2010, 268 (269); Ransiek, AG 2010, 147 (151); Rönnau/F. Schneider, ZIP 2010, 53 (54f.); Warneke, NSZ 2010, 312 (315).

¹¹ Vereinzelt erfolgt eine Ableitung der Garantenstellung des Geschäftsherrn auch aus dem Ingerenzgedanken; grundlegend Welp, Vorangegangenes Tun als Grundlage der Handlungsäquivalenz der Unterlassung, 1968, S. 235 ff.; vergleichbare Argumentation bei Spring, Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung. Unterlassungshaftung betrieblich Vorgesetzter für Straftaten Untergebener, 2009, S. 259 f.

¹² Schünemann, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, 1971, S. 328 ff.; ders., Unternehmenskriminalität und Strafrecht, 1979, S. 101 ff.; ders., ZStW 96 (1984), 287 (318); Rogall, ZStW 98 (1986), 573 (616 ff.); Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 32 Rn. 137; Schall, in: Rogall u.a. (Hrsg.), Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag, S. 267 (S. 271 ff.); ähnlich Spring, (Fn. 11), S. 222 ff., der von einer „rechtlich anerkannten Autoritätsstellung“ als Grundvoraussetzung spricht.

und bedarf der differenzierten Prüfung im Einzelfall. Häufig sieht es die Geschäftsverteilung nicht vor, dass ein Vorstandsmitglied in den Ressortbereich eines anderen Vorstandsmitgliedes „hineinregieren“ und dort Anordnungen treffen, bzw. Weisungen erteilen darf. Auch gegenüber anderen Mitgliedern der Geschäftsführung fehlt es an der entsprechenden Befehlsgewalt. Dasselbe gilt hinsichtlich der Mitglieder des Aufsichtsrates, die ebenfalls Straftaten zum Nachteil des Unternehmens begehen können und die ein Organ der Geschäftsführung nicht durch ein Machtwort zu unterbinden befugt ist. Aus diesem Grund lässt sich aus der Geschäftsherrenhaftung weiterhin keine Garantenstellung des Compliance Beauftragten der Konzernmutter für Compliance-Verstöße in den Tochterunternehmen ableiten, da die Tochterunternehmen in der Regel selbständige juristische Personen darstellen, und insoweit kein Durchgriffsrecht besteht.

Werden Compliance Aufgaben delegiert,¹³ kann die Geschäftsherrenhaftung ebenfalls nur eingeschränkt als Quelle zur Begründung einer Garantenstellung des kraft Delegation verantwortlichen Mitarbeiters herangezogen werden. Im Sinne einer „Herrschaft über Untergebene“ begründet sie jedenfalls keine Erfolgsabwendungspflichten gegenüber Mitgliedern des Vorstands bzw. der Geschäftsführung. Auch wenn die Straftaten von Mitarbeitern auf niedrigeren Hierarchieebenen begangen werden, wird der Compliance-Beauftragte nur in Ausnahmefällen Herrschaft ausüben können. Denn gegenüber Mitarbeitern außerhalb der Compliance-Abteilung ist er in der Regel nicht weisungsbefugt.¹⁴

Etwas anderes ergibt sich auch nicht unter dem Gesichtspunkt, dass der Compliance-Beauftragte nach der Ausgestaltung der jeweiligen Arbeitsverträge berichtspflichtig im Hinblick auf bestimmte Compliance-Verstöße nachgeordneter Mitarbeiter sein wird. Eine Berichtspflicht begründet kein Weisungsrecht gegenüber einem Mitarbeiter, so dass die Geschäftsherrenhaftung auch unter diesem Blickwinkel als Quelle einer Garantenstellung nicht in Betracht kommt.

Die Geschäftsherrenhaftung muss als Begründungsansatz einer denkbaren Garantenstellung des Compliance-Verantwortlichen ferner ausscheiden, soweit es sich um Schutzpflichten im Hinblick auf Rechtsgüter des Unternehmens handelt. Droht eine Gefährdung der Rechtsgüter des Unternehmens (Eigentum, Vermögen usw.), die außen stehende Dritte zu verantworten haben (z.B. Lieferanten oder Kunden des Unternehmens), kann dieses Delikt wiederum nicht durch ein Machtwort unterbunden werden. Denn auch insoweit gibt es keine Weisungsbefugnis und kein Direktionsrecht des Compliance-Verantwortlichen, auf die eine Garantenstellung im Sinne der Geschäftsherrenhaftung zurückgeführt werden könnte.

¹³ Eingehend zum Prinzip der Delegation von Organpflichten Schmidt-Husson, in: Hauschka (Hrsg.), Corporate Compliance, 2. Aufl. 2010, § 7.

¹⁴ Mangels eines Direktionsrechts übt er somit nicht die „Herrschaft über Untergebene“ aus; so auch Berndt, StV 2009, 689 (691); Deutscher, WM 2010, 1387 (1390); Rönnau/F. Schneider, ZIP 2010, 53 (57); Warneke, NSZ 2010, 312 (316).

3. Vertragliche Erfolgsabwendungspflichten

Auf allen Hierarchieebenen kommt aber eine auf Vertrag gegründete Garantenstellung in Betracht, die sowohl Überwachungs- als auch Schutzpflichten auslösen kann. Nach der Rechtspflichtlehre können Verträge rechtliche Einstandspflichten im Sinne des § 13 Abs. 1 StGB auslösen, soweit die vertragliche Pflicht auch tatsächlich übernommen wurde.¹⁵ Je nach der inhaltlichen Ausgestaltung des Vertrages kann es sich um Überwachungspflichten (Überwachung der Mitarbeiter im Hinblick auf die Begehung von Straftaten zum Nachteil außen stehender Dritter und zum Nachteil des Arbeitgebers) und/oder um die Pflicht, die Rechtsgüter des Unternehmens vor einer Beeinträchtigung auch durch außen stehende Dritte zu schützen, handeln.

Ob und inwieweit eine Garantenstellung besteht, ist durch Auslegung des Arbeitsvertrages und der zugrundeliegenden Stellenbeschreibung festzustellen.¹⁶ Moralische Pflichten oder tatsächlich übernommene Pflichtenkreise genügen nicht, weil es sich nicht um Rechtspflichten im Sinne des § 13 Abs. 1 StGB handelt. In der BSR-Entscheidung war es daher verfehlt, darauf abzustellen, der verantwortliche Leiter der Innenrevision und der Rechtsabteilung sei das „juristische Gewissen“¹⁷ der Berliner Stadtreinigung gewesen. Bei der „tatsächlichen Übernahme“ des Pflichtenkreises handelt es sich nicht um ein konstitutives Merkmal der Garantenstellung,¹⁸ sondern um ein „Haftungskorrektiv“, das zusätzlich zu der Rechtspflicht herangezogen werden kann. Das Merkmal stellt sicher, dass nicht bloße Vertragsverletzungen, sondern nur tatsächlich übernommene Pflichten strafbewehrte Erfolgsabwendungspflichten auslösen können.¹⁹ Da Dienstverträge bei juristischen Personen regelmäßig mit dem Unternehmen abgeschlossen werden, bestehen die Überwachungspflichten nicht gegenüber dem Organ, sondern gegenüber der juristischen Person selbst. Der entsprechende Mitarbeiter ist folglich auf das Unternehmensinteresse verpflichtet und nicht auf den Geschäftsführer oder Vorstand. Deshalb ist es möglich, wirksam Überwachungs- und Schutzpflichten zu begründen, die ein Fehlverhalten der Geschäftsführung einschließen. Das Unternehmen kann ein Interesse daran haben,

einen Mitarbeiter gewissermaßen „auf Posten zu stellen“,²⁰ um die von dem Unternehmen und von allen Mitarbeitern, einschließlich der Geschäftsführung, ausgehenden Gefahren zu überwachen. Ein derartiges Bedürfnis besteht insbesondere dann, wenn es aufgrund einer Börsennotierung in den USA auch dem US-Strafrecht unterliegt, das ein Unternehmensstrafrecht kennt und empfindliche Sanktionen vorsieht. Nach qualitativen Interviews der *Verf.* mit Compliance Officern verschiedener DAX-Unternehmen wird hiervon allerdings in der Praxis offensichtlich kein Gebrauch gemacht: Die den Tätigkeitsbeschreibungen des Arbeitsvertrages zugrundeliegenden Überwachungspflichten schließen die Unternehmensführung zum Teil ausdrücklich aus.

III. Keine Beschränkung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit auf die Verhinderung von Erfolgsdelikten

§ 13 Abs. 1 StGB bezieht sich auf das Unterlassen eines zum Tatbestand eines Strafgesetzes gehörenden Erfolges. Die Erfolgsabwendungspflicht des Compliance-Verantwortlichen könnte damit auf die Verhinderung tatbestandsmäßiger Erfolge im Sinne der Erfolgsdelikte beschränkt sein. Er wäre strafbar bei Nichtverhinderung eines Betruges oder einer Untreue, nicht aber bei Unterlassen der Abwendung von Bestechungsdelikten gem. §§ 299, 331 ff. StGB, die nicht als Erfolgsdelikte ausgestaltet sind.

Diesen Wertungswiderspruch korrigiert eine in Literatur und Rechtsprechung vertretene Auffassung,²¹ nach der unter Erfolg im Sinne des § 13 Abs. 1 StGB allgemein die Verletzung oder Gefährdung eines Rechtsgutes zu verstehen ist. Nach der Gegenansicht überschreitet eine derartige Auslegung von § 13 StGB die Grenzen rechtlicher Bestimmtheit:²² Schon der Wortlaut der Norm verlange, § 13 StGB nur auf solche Tatbestände anzuwenden, die eine von der Handlung trennbare Verletzung oder konkrete Gefährdung des geschützten Rechtsguts voraussetzen. Schlichte Tätigkeitsdelikte könnten deshalb nicht täterschaftlich durch Unterlassen begangen werden. Im Fall des unterlassenden Garanten, der gegen ein Tätigkeitsdelikt eines Begehungstäters nicht einschreite, komme aber Beihilfe durch Unterlassen in

¹⁵ BGHSt 39, 392 (399 f.); 46, 196 (202 f.); 47, 224 (229); *Weigend*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.): Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 13 Rn. 34; *Stree/Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 13 Rn. 28; *Ebert*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2001, S. 178.

¹⁶ Näher *H. Schneider* (Fn. 5).

¹⁷ BGH NJW 2009, 3173 (3175).

¹⁸ So aber *Wybitul*, BB 2009, 2590 (2592); *Barton*, RDV 2010, 19 (23); *Rönnau/F. Schneider*, ZIP 2010, 53 (59); *Bürkle*, CCZ 2010, 4 (5) in Fn. 18; *Reichert*, ZIS 2011, 113 (115) in Fn. 23. Im Ergebnis wie hier: *Deutscher*, WM 2010, 1387 (1392); *Rübenstahl*, NZG 2009, 1341 (1342).

¹⁹ *Seebode*, in: Seebode (Hrsg.), Festschrift für Günter Spindel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992, 1992, S. 317 (S. 341).

²⁰ Zuerst *Kohler*, Studien aus dem Strafrecht, Bd. 1, 1890, S. 47.

²¹ BayObLG JR 1979, 289 (291): „es ist anerkannt, daß § 13 Abs. 1 StGB nicht nur reine Erfolgsdelikte erfaßt, daß vielmehr unter einem zum Tatbestand eines Strafgesetzes gehörenden ‚Erfolg‘ im Sinne der genannten Vorschrift jede Verletzung oder Gefährdung eines Rechtsgutes zu verstehen ist“; ferner OLG Stuttgart NuR 1987, 281; *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1993, 29/2; *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2011, § 13 Rn. 6.

²² *Jescheck*, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 11. Aufl. 2003, § 13 Rn. 2; *ders.*, in: Jescheck/Vogler (Hrsg.), Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag, 1989, S. 795 (S. 796); *Bockelmann/Volk*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 1987, S. 133; *Gropp*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2005, § 11 Rn. 3; *Schünemann* (Fn. 12 – Unternehmenskriminalität), S. 91.

Betracht. Denn in diesem Fall könne die Haupttat als tatbestandsmäßiger Erfolg der durch Unterlassen verwirklichten Beihilfe interpretiert werden.²³ Auf der Grundlage dieser Auffassung ist der Compliance-Beauftragte wegen Beihilfe durch Unterlassen strafbar, wenn er zum Beispiel gegen die Verwirklichung eines Bestechungsdelikts eines Mitarbeiters nicht einschreitet. Verhindert er ein seitens eines Unternehmensmitarbeiters begangenes Erfolgsdelikt nicht, ist zu prüfen, ob der unterlassende Garant neben dem Begehungstäter als Täter oder Teilnehmer einzustufen ist. Nach der Position der Rechtsprechung richtet sich die Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme auch insoweit nach den allgemeinen Kriterien des Interesses am Taterfolg und der Tatherrschaft.²⁴ In der Praxis wird dies – ebenso wie in der BSR-Entscheidung des 5. Senats²⁵ – regelmäßig zur Annahme von Beihilfe durch Unterlassen führen.

IV. Anforderungen an die zur Erfolgsabwendung mögliche und geeignete Rettungshandlung

§ 13 Abs. 1 StGB verpflichtet den Garant nach seinem Wortlaut dazu, den Erfolg abzuwenden. Diese Erfolgsabwendungspflicht wird von Literatur und Rechtsprechung auf die „physisch reale Möglichkeit“ der zur Rettung des bedrohten Rechtsguts erforderlichen Rettungshandlung begrenzt.²⁶ Ist der Garant handlungsunfähig, z.B. weil er selbst bewusstlos oder gefesselt ist²⁷ oder die erforderliche Rettungshandlung Fähigkeiten und Fertigkeiten voraussetzt, über die er nicht verfügt, trifft ihn keine Erfolgsabwendungspflicht. Sein Unterlassen ist nicht tatbestandsmäßig.

Darüber hinaus ist die Erfolgsabwendungspflicht auf vertraglich geschuldete oder gesetzlich vorgesehene Handlungs-

optionen beschränkt. Der Garant darf daher eine ihm physisch mögliche und zum Schutz des Rechtsguts erforderliche Rettungshandlung unterlassen, wenn die Überwachungs- und Schutzpflichten, zu deren Umsetzung er auf Posten gestellt ist, nur bestimmte Handlungen vorsehen, zu denen die erforderliche Handlung nicht gehört. Dies ergibt sich aus dem weithin anerkannten Grundsatz,²⁸ dass Unterlassen im Sinne des § 13 Abs. 1 StGB die Nichtvornahme einer konkreten geforderten Handlung darstellt und insoweit auf bestimmten normativen Handlungserwartungen aufbaut. Entspricht der Garant seinen zivilrechtlichen oder vertraglich geschuldeten Handlungspflichten, macht er sich nicht strafbar, weil die strafrechtliche Verantwortlichkeit nicht weitergehen kann, als die zivilrechtliche Haftung.²⁹ Für den Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft wird dieser Grundsatz insbesondere von Cramer akzentuiert. Im Anschluss an Tiedemann³⁰ geht Cramer³¹ zwar davon aus, „dass der Aufsichtsrat in seiner Gesamtheit und jedes seiner Mitglieder sowohl Überwachergarant (zugunsten Dritter gegenüber Straftaten seitens des Vorstandes) als auch Beschützergarant (zugunsten des Gesellschaftsvermögens gegenüber Schädigungen durch den Vorstand)“ sei. Er begrenzt allerdings aus den oben genannten Gründen die Erfolgsabwendungspflicht auf die rechtlichen Instrumente, die das Aktienrecht dem Aufsichtsrat zur Einwirkung auf den Vorstand vorgibt:

„Eine Rechtspflicht zum Einschreiten kann nur dort bestehen, wo das Gesetz dem Aufsichtsrat die Möglichkeit eines Einschreitens bietet. [...] Ob weitergehend tatsächlich die Möglichkeit besteht, ein strafbares oder ordnungswidriges Verhalten zu verhindern, kann dabei keine Rolle spielen. So ist es durchaus möglich, dass in Anbetracht der tatsächlichen Herrschaftsverhältnisse innerhalb einer Aktiengesellschaft etwa der Einfluss des Aufsichtsratsvorsitzenden so groß ist, dass er seinen Willen dem Vorstand aufzwingen kann. Auf diese tatsächlichen Machtverhältnisse kommt es jedoch nicht an, da von Rechts wegen der Vorsitzende des Aufsichtsrats seine Einflussmöglichkeit nicht dahin einsetzen darf, die Leitung der Aktiengesellschaft in die eine oder andere Richtung zu zwingen, das heißt den Vorstand gegen seinen Willen

²³ Jescheck (Fn. 22 – LK), § 13 Rn. 2; differenzierend Rudolphi/Stein, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 119. Lfg., Stand: September 2009, § 13 Rn. 7 f.

²⁴ Zuletzt BGH NStZ 2009, 321 (322): „Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist für die Abgrenzung zwischen Mittäterschaft und Beihilfe durch Unterlassen zur Tat eines aktiv Handelnden die innere Haltung des Unterlassenden zur Tat bzw. dessen Tatherrschaft maßgebend. War seine aufgrund einer wertenden Betrachtung festzustellende innere Haltung – insbesondere wegen des Interesses am Taterfolg – als Ausdruck eines sich die Tat des anderen zu eigen machenden Täterwillens aufzufassen, so liegt die Annahme von Mittäterschaft nahe. War sie dagegen davon geprägt, dass er sich dem Handelnden – etwa weil er dessen bestimmenden Einfluss unterlag – im Willen unterordnete und ließ er das Geschehen ohne innere Beteiligung und ohne Interesse am drohenden Erfolg lediglich ablaufen, spricht dies für eine bloße Beteiligung als Gehilfe“.

²⁵ BGH NJW 2009, 3173 (3175).

²⁶ BGHSt 15, 18 (22); 47, 318 (320); BGH NStZ 1998, 192 (193); Weigend (Fn. 15), § 13 Rn. 65; Roxin (Fn. 12), § 31 Rn. 15 m.w.N. in Fn. 17: „Die Handlungsmöglichkeit als Voraussetzung des Unterlassens ist in der Literatur im wesentlichen anerkannt“.

²⁷ Stree/Bosch (Fn. 15), Vorbem. § 13 Rn. 142/143.

²⁸ Zum Problem der sog. rechtlichen Unmöglichkeit vgl. Mitsch, in: Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2003, § 15 Rn. 18; Gropp (Fn. 22), § 11 Rn. 48 f.; Joerden, wistra 1990, 1 (2 ff.); Roxin (Fn. 12), § 31 Rn. 14; Weigend (Fn. 15), § 13 Rn. 65.

²⁹ Lüderssen, in: Arnold u.a. (Hrsg.), Menschengerichtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, 2005, S. 163 (S. 170) spricht deshalb zu Recht von einer „asymmetrischen Akzessorietät“ des Strafrechts: „Was im Zivilrecht erlaubt ist, darf nicht zu einem strafrechtlichen Verbot führen. Was im Zivilrecht verboten ist, kann gleichwohl ohne Strafe bleiben.“ Insoweit kommt dem Zivilrecht eine die strafrechtliche Verantwortlichkeit begrenzende Funktion zu.

³⁰ Tiedemann, in: Jescheck/Vogler (Fn. 22), S. 319 (S. 322).

³¹ Cramer, in: Küper/Welp (Hrsg.), Beiträge zur Rechtswissenschaft, Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag, 1993, S. 563 (S. 564 ff.).

zur Durchführung oder Unterlassung bestimmter Geschäftsmaßnahmen zu veranlassen.“³²

Für den Compliance-Verantwortlichen ergeben sich die rechtlichen Grenzen der Erfolgsabwendungspflicht zwar nicht (wie im Verhältnis des Aufsichtsrates zum Vorstand der Aktiengesellschaft) aus dem Gesetz. Sie können aber durch den Arbeitsvertrag und die diesem zugrundeliegende Stellenbeschreibung näher konkretisiert werden. Der Arbeitsvertrag begründet daher nicht nur die Garantenstellung, sondern er begrenzt auch die dem Garanten obliegenden Pflichten.³³ Sieht der Vertrag demnach lediglich Berichtspflichten des Compliance-Verantwortlichen gegenüber den Organen der Geschäftsführung (oder einem anderen Vorgesetzten) vor, macht sich der Garant nicht strafbar, sofern er dieser Pflicht nachkommt.³⁴ Auf die Frage, ob er damit wirksam den tatbestandsmäßigen Erfolg des seitens des Begehungstäters verwirklichten Delikts verhindert, kommt es nicht an.

Weiterhin ist zu beachten, dass Erfolgsabwendungspflichten nur im Zeitraum zwischen unmittelbarem Ansetzen und Vollendung bzw. (bei Bejahung der sukzessiven Beihilfe) der materiellen Beendigung der Straftat durch den Begehungstäter bestehen. Bei Erfolgsdelikten lässt sich der Vollendungszeitpunkt in der Regel präzise bestimmen. Er fällt häufig mit dem Beendigungszeitpunkt zusammen oder geht ihm nur kurze Zeit voraus. Danach bestünde z.B. keine strafbewehrte Handlungspflicht des Compliance-Verantwortlichen, sofern er von einem Betrug erst nach Eintritt des Vermögensschadens erfährt. Probleme bestehen aber bei den praxiswichtigen Korruptionsdelikten. Die Vollendung ist hier – das Bestehen einer Unrechtsvereinbarung vorausgesetzt – an die Verwirklichung der Tathandlungen (Fordern, Sichversprechenlassen oder Annehmen) gekoppelt.³⁵ Da die Rechtsprechung aber die Möglichkeit der sukzessiven Beihilfe anerkennt und den spätestmöglichen Zeitpunkt der Beihilfe auf die Beendigung der Haupttat ausdehnt,³⁶ ist unter Anwendung der vom BGH für den Verjährungsbeginn bei Bestechungsdelikten entwickelten Grundsätze Beihilfe bis zum Zufluss bzw. der Zuwendung des letzten Vorteils bzw. bis zum endgültigen Fehlschlagen der Unrechtsvereinbarung denkbar.³⁷

V. Ergebnis

- Die Garantenstellung des Compliance-Verantwortlichen ergibt sich aus dem Arbeitsvertrag, sofern dieser oder die zugrunde liegende Stellenbeschreibung erkennen lässt, dass dem Arbeitnehmer bestimmte Überwachungs- und/oder Schutzpflichten übertragen wurden und der Compliance-Verantwortliche diese Pflichten auch tatsächlich übernommen hat.
- Die vertraglich übernommenen Pflichten legen fest, ob eine Überwachung nur gegenüber den in der Unternehmenshierarchie nachgeordneten oder weisungsabhängigen Mitarbeitern erfolgen soll, oder ob auch die Geschäftsführung der Überwachung durch den Compliance-Verantwortlichen unterliegt.
- Arbeitsvertrag und Stellenbeschreibung sind auch für die Bestimmung der Grenzen der Erfolgsabwendungspflicht maßgeblich.
- Erfolgsabwendungspflichten sind nicht auf Erfolgsdelikte beschränkt, sie beziehen sich vielmehr auch auf die Verhinderung von Tätigkeitsdelikten, die von einem Mitarbeiter des Unternehmens begangen werden. In diesem Fall macht sich der Compliance-Verantwortliche aber lediglich wegen Beihilfe durch Unterlassen strafbar.
- Erfolgsabwendungspflichten bestehen, sofern man in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung die Figur der sukzessiven Beihilfe anerkennt, bis zur materiellen Beendigung des Delikts durch den Begehungstäter.

³² Cramer (Fn. 31), S. 563 (S. 570).

³³ Kritisch zum vertraglichen Ausschluss der externen Anzeigeberechtigung *Favoccia/Richter*, AG 2010, 137 (143), die darin einen Verstoß gegen § 138 BGB sehen.

³⁴ So auch *Deutscher*, WM 2010, 1387 (1392); *Rübenstahl*, NZG 2009, 1341 (1342).

³⁵ BGHSt 10, 358 (367f.); 47, 22 (25); BGH NJW 2008, 3076 (3077); *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 58. Aufl. 2011, § 299 Rn. 21; *Tiedemann*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 10, 12. Aufl. 2008, § 299 Rn. 50; *Heine*, in: Schönke/Schröder (Fn. 15), § 331 Rn. 31.

³⁶ BGHSt 6, 248 (251); BGH NJW 1990, 654 (655); BGH NStZ-RR 1999, 208; BGH NStZ 2007, 35 (36).

³⁷ BGHSt 11, 345 (347); BGH NJW 1998, 2373; BGH NJW 2003, 2996 (2997); BGH NJW 2006, 925 (927); BGH NJW 2008, 3076 (3077).