

„Best Criminal Compliance“ im Unternehmen – eine „Falle“ für Beschuldigte und Betroffene im Straf- und Bußgeldverfahren?

Von Dr. Regina Michalke, Frankfurt a.M.

Compliance hat in den vergangenen Jahren eine bemerkenswerte Entwicklung genommen. Sie gilt als Teil der Corporate Governance, einem Regelwerk, das als Ordnungsrahmen für die Leitung und Überwachung eines Wirtschaftsunternehmens dient. Compliance soll das eigentlich selbstverständliche Grundprinzip wahren, wonach die Unternehmen und deren Mitarbeiter im Einklang mit dem geltenden Recht zu handeln haben.¹ Es ist folgerichtig auch immer wieder die Frage aufgeworfen worden, ob es sich dabei nicht um eine geradezu zirkuläre „Plattitüde“ handelt, deren Betonung es gerade zur Vermeidung von Straftaten im Unternehmen („Criminal Compliance“²) nicht bedürfen sollte, weil doch jedem Gesetz und erst Recht jeder Strafnorm der Anspruch auf Geltung immanent ist.³ Andererseits entstehen immer mehr Gesetze, die sich ihrerseits mit Compliance befassen, indem sie die Etablierung von Compliance-Systemen vorschreiben und an ihre Befolgung oder Verletzung positive bzw. negative Rechtsfolgen knüpfen.

Schon dies spricht dafür, dass unsere Rechtsordnung nicht einmal dort, wo sie empfindliche Sanktionen für die Verletzung ihrer Regeln androht, daran glaubt, dass bereits die präventive Wirkung des als Ultima Ratio eingesetzten Strafrechts das gesetzeskonforme Verhalten der in Unternehmen oder sonstigen Organisationen tätigen Menschen bewirken kann, wenn nicht die privat und gesellschaftsrechtlich verantwortlichen Organe der Unternehmen zur Einrichtung zusätzlicher Vorsichtsmaßnahmen angehalten werden, deren Fehlen ihrerseits wieder Sanktionen gegen natürliche Personen oder für das Unternehmen nachteilige Rechtsfolgen nach sich ziehen sollen.

Es soll an dieser Stelle nicht der Frage nachgegangen werden, welches Selbstverständnis einer Rechtsordnung eigen ist, die glaubt, sich einer (solchen) mehrstufigen „Rechtseinhaltungsstrategie“ bedienen zu müssen, bei der dem Bürger (Unternehmen und seinen Organen) abverlangt wird, eigenhändig die Analyse des strafrechtlichen Risikos der „Gefahrenquelle Mensch“ im betrieblichen Umfeld zu definieren, um dann – wiederum eigenhändig – anhand der Risikoanalyse Überwachungs- und Kontrollpflichten einzurichten, von denen er meint, dass sie als Sorgfaltsmaßstab notwendig und geeignet sind, um alle auch nur theoretisch möglichen Gefahren aus drohenden Straftaten zu bannen.⁴ Aber die darin liegende Grundtendenz einer Privatisierung

der ureigenen staatlichen Aufgabe, das geltende Recht durchzusetzen,⁵ hat zur Folge, dass die Grenzen zwischen den von Unternehmen im Zuge von Compliance frei entwickelten Regelwerken und den Normen des Strafgesetzbuches zu verwischen drohen.

Daraus resultieren ganz praktische (bisher ungeklärte) Fragen, die sowohl das Strafverfahrensrecht wie auch das materielle Strafrecht betreffen. Längst gibt es Begehrlichkeiten von Strafverfolgungsbehörden, sich die Ergebnisse von durch Compliance-Abteilungen durchgeführten „internal investigations“ zu verschaffen.⁶ Und muss das Strafrecht überhaupt noch einen gesetzlich normierten Sorgfaltsmaßstab bemühen, wenn doch die unternehmensinterne Compliance nach eigenem „bestem Wissen und Gewissen“ hierzu Regeln aufgestellt hat? Oder sind dem vielleicht Schranken gesetzt durch die zwangsläufige Diskrepanz zwischen einem sinnvollen Vorsichtsprinzip bei der Vorfeldberatung (im Zweifel gegen das Risiko) und dem Ultima-Ratio-Charakter des Strafrechts? Und was ist schließlich mit dem Prinzip „nemo tenetur se ipsum accusare“, wenn der Staat auf der einen Seite den Bürger zu einer Compliance-Organisation zwingt, auf der anderen Seite aber daraus erzielte Erkenntnisse und die unternehmensintern definierten Sorgfaltsstandards zur Grundlage von strafrechtlichen Vorwürfen macht?

Im Folgenden werde ich zunächst Beispiele von gesetzlichen Vorschriften anführen, die Compliance anordnen (I.). Sodann soll gezeigt werden, weshalb auch das Beste aller Criminal-Compliance-Systeme nur auf Unternehmenssubjektiven Einschätzungen aufbaut, was es gleichzeitig aber untauglich macht, als eine dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot genügende Anknüpfung für strafrechtliche Schuldzuweisung zu dienen (II.). Es folgen Überlegungen zu derzeitiger zu beobachtenden rechtspolitischen Tendenzen, die sich die unternehmensinterne Compliance zu Nutze machen (III.). Eine Reminiszenz an eine frühere Diskussion um die Verwertbarkeit von Erkenntnissen aus der staatlich aufgewungenen Eigenmesskontrolle durch Private im Umweltstrafverfahren leitet gleichzeitig das Fazit dieses Beitrages ein (IV.).

I. Vorschriften, die (inzwischen) Compliance anordnen

- Nach § 91 Abs. 2 Aktiengesetz (AktG) ist dem Vorstand einer Aktiengesellschaft die Einrichtung eines Überwachungssystems aufgegeben. Nach den §§ 76, 93 AktG obliegt diese Verpflichtung auch den einzelnen Vorstandsmitgliedern.
- Gemäß § 80 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 Wertpapierhandelsgesetz (WpHG) i.V.m. § 12 Abs. 1 der Wertpapierdienstleistungs-Verhaltens- und Organisationsverordnung (WpD-

¹ Hauschka/Moosmeyer/Lösler, in: Hauschka/Moosmeyer/Lösler (Hrsg.), Corporate Compliance, 3. Aufl. 2016, § 1 Rn. 2.

² Zum Begriff: Rotsch, in: Rotsch (Hrsg.), Criminal Compliance, 2015, § 2 Rn. 6 ff.

³ Michalke, StV 2011, 245 m.w.N.; instruktiv: Kölbl, ZStV 125 (2013), 499.

⁴ Instruktiv hierzu Wessing, in: Hassemer/Kempff/Dörr/Moccia (Hrsg.), In dubio pro libertate, Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag, 2009, S. 867.

⁵ Greeve, StraFo 2013, 89; Rotsch (Fn. 2), § 1 Rn. 68.

⁶ Dazu jüngst das BVerfG zum sog. „Dieselskandal“ unter den Aktenzeichen 2 BvR 1405/17, 2 BvR 1780/17, 2 BvR 1287/17 und 2 BvR 1583/17 vom 27.6.2018.

VerOV) müssen die Wertpapierdienstleistungsunternehmen angemessene Vorkehrungen treffen, um die Kontinuität und Regelmäßigkeit der Wertpapierdienstleistungen und Wertpapiernebenleistungen zu gewährleisten. Der Verstoß hiergegen wird nach § 120 Abs. 9 Nr. 97 WpDVerOV als Ordnungswidrigkeit geahndet.

- Nach dem §§ 25a Abs. 1 S. 1 Kreditwesengesetz (KWG) muss jedes Kredit- und Finanzdienstleistungsunternehmen über ordnungsgemäße Geschäftsorganisationen verfügen, die die Einhaltung der vom Institut zu beachtenden gesetzlichen Bestimmungen und der betriebswirtschaftlichen Notwendigkeiten gewährleistet. Der Verstoß hiergegen kann eine Ordnungswidrigkeit darstellen (§ 56 KWG). Hat die zuständige Behörde eine vollziehbare Anordnung zur Beseitigung eines Verstoßes nach § 25c Abs. 4a oder 4b KWG (u.a. Erstellen einer Risikostrategie und Einrichtung von Kontrollsystemen) erlassen, kann das Zuwiderhandeln hiergegen auch als Straftat geahndet werden (§ 54a KWG).⁷
- § 27 Abs. 1 S. 1 Zahlungsdienstaufsichtsgesetz (ZAG) verpflichtet ein Zahlungsinstitut, eine ordnungsgemäße Geschäftsorganisation zu unterhalten. Die BaFin kann Anordnungen nach § 27 Abs. 3 S. 1 ZAG treffen, damit Anforderungen an die Geschäftsorganisation erfüllt werden. Ein Zuwiderhandeln stellt eine Ordnungswidrigkeit dar (§ 64 Abs. 3 Nr. 5 ZAG), die mit Geldbuße (bis zu einer Mio. Euro) geahndet werden kann.
- Auch Versicherungsunternehmen sind nach § 29 Abs. 1 Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG) verpflichtet, ein „wirksames internes Kontrollsystem“, „das mindestens Verwaltungs- und Rechnungslegungsverfahren, einen internen Kontrollrahmen, eine angemessene unternehmensinterne Berichterstattung auf allen Unternehmensebenen sowie eine Funktion zur Überwachung der Einhaltung der Anforderungen (Compliance-Funktion) umfasst“, einzurichten.
In Absatz 2 heißt es sodann weiter:
„(2) Zu den Aufgaben der Compliance-Funktion gehört die Beratung des Vorstands in Bezug auf die Einhaltung der Gesetzes- und Verwaltungsvorschriften, die für den Betrieb des Versicherungsgeschäfts gelten. Außerdem hat die Compliance-Funktion die möglichen Auswirkungen von Änderungen des Rechtsumfeldes für das Unternehmen zu beurteilen und das mit der Verletzung der rechtlichen Vorgaben verbundene Risiko (Compliance-Risiko) zu identifizieren und zu beurteilen.“
- Nach § 52b Abs. 2 Bundesimmissionsschutzgesetz (BImSchG) hat der Betreiber einer genehmigungsbedürftigen Anlage der zuständigen Behörde mitzuteilen, auf welche Weise sichergestellt ist, dass die dem Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen und vor sonstigen Gefahren, erheblichen Nachteilen und erheblichen Belästigungen dienenden Vorschriften und Anordnungen beim Betrieb beachtet werden.

- Nach § 58 Abs. 2 Kreislaufwirtschaftsgesetz (KrWG) hat der Betreiber einer genehmigungsbedürftigen Anlage im Sinne des § 4 BImSchG der zuständigen Behörde mitzuteilen, auf welche Weise sichergestellt ist, dass die Vorschriften und Anordnungen, die der Vermeidung, Verwertung und umweltverträglichen Beseitigung von Abfällen dienen, beim Betrieb beachtet werden.
- Nach § 28 Abs. 1 FSA Kodex und nach § 26 Abs. 1 VDDGH Kodex haben die pharmamedizinisch-technischen Unternehmen die Mitgliedsunternehmen auf die Einhaltung dieses Kodexes zu verpflichten und durch geeignete organisatorische Vorkehrungen dessen Einhaltung zu sichern, wozu auch die Etablierung und Ausgestaltung der Funktion eines „Compliance-Officers“ durch einen oder mehrere Mitarbeiter zählt. Dies ist vom Bundeskartellamt als Wettbewerbsregel anerkannt. Der Verstoß stellt ein Indiz für einen Wettbewerbsverstoß i.S.d. § 3 UWG dar.
- Nach Ziffer 4.1.3 des Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK) hat der Vorstand von börsennotierten Unternehmen für die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen unter unternehmensinternen Richtlinien zu sorgen und auf die Beachtung durch die Konzernunternehmen hinzuwirken. Es handelt sich dabei um kein zwingendes Recht, sondern um eine Empfehlung.
- Nach § 130 OWiG riskiert der Inhaber eines Betriebes oder eines Unternehmens (auch eines öffentlichen Unternehmens) unter Umständen hohe Geldbußen, wenn er es unterlässt, Aufsichtsmaßnahmen zu ergreifen, die erforderlich sind, um in dem Betrieb oder Unternehmen Zuwiderhandlungen gegen Pflichten zu verhindern, die den Inhaber treffen und deren Verletzung mit Strafe oder Geldbuße bedroht ist.

Die (nicht vollständige) Aufzählung der hier nur skizzenhaft dargestellten gesetzlichen Regelungen von jeweils bereichsspezifischen Compliance-Pflichten zeigt zunächst einmal nur, dass für bestimmte Unternehmensbranchen die Einrichtung von Compliance-Organisationen verbindlich ist und deren Unterlassen als Ordnungswidrigkeit bzw. nach dem Kreditwesengesetz (sogar) als Straftat geahndet werden kann. Im Übrigen, d.h. in den nicht gesetzlich geregelten Fällen, ist die Frage, ob eine Verpflichtung zur Einrichtung einer Compliance-Organisation besteht, umstritten.⁸

⁸ Bejahend *Schneider*, ZIP 2003, 645 (648); ablehnend: *Hauschka*, ZIP 2004, 877; offengelassen von: *Niesler*, in: Graf/Jäger/Wittig (Hrsg.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl. 2017, § 130 OWiG Rn. 15, der sich gleichwohl unter dem Aspekt des § 130 OWiG dafür ausspricht, dass das Unternehmen indes gehalten ist, „Informationen über die Haftungsrisiken zu gewinnen und diese zu überwachen“. Vgl. hierzu auch *Hoffmann/Schieffer*, NZG 2017, 401, die sich dafür aussprechen, dass der Vorstand einer Aktiengesellschaft jedenfalls aber aktiv Vorkehrungen gegen Verstöße von Unternehmensangehörigen treffen muss.

⁷ Zur Historie dieser Bestimmung *Hamm/Richter*, WM 2013, 866; *Kasike*, ZIS 2013, 264.

II. Notwendige Unbestimmtheit von Compliance

Während also das „Ob“ von Compliance dem Grunde nach nicht mehr in Frage steht, eröffnet das „Wie“ von Compliance, also deren Ausgestaltung im konkreten unternehmerischen Einzelfall ein weites Feld von Interpretations- und Handlungsspielräumen. Kernstück von Compliance ist die innerbetriebliche („schonungslose“) Risikoanalyse, die Schwachstellen in Kontroll- und Überwachungssystemen benennt und bedenkliche Vorkommnisse aus der Vergangenheit gewissermaßen antizipierend in die Erwägungen zur Verhinderung aller auch nur wenig wahrscheinlichen und nur theoretisch möglichen strafrechtlichen Risiken einbezieht.⁹ Dass durch die Internalisierung des Strafrechts die – insbesondere für weltweit tätige Konzerne so wichtige – länderübergreifende Risikoeinschätzung eine ganz besondere Herausforderung darstellt, steht außer Frage.¹⁰ Die dann auf die Risikoanalyse gestützte Auswahl an Empfehlungen, Appellen, Ordnungs-, Kontroll- und Schulungssystemen in den Unternehmen, die dazu verhelfen sollen, dass die Mitarbeiter sich gesetzestreu verhalten, ist ebenso umfangreich wie vielfältig. Das gleiche gilt für die Verfahrensvorschläge für die nach Möglichkeit flächendeckende Durchsetzung der Ordnungs-, Überwachungs- und Kontrollsysteme. Bei alledem müssen auch die branchenspezifischen Besonderheiten berücksichtigt werden. Die Compliance eines Medizinprodukteherstellers oder einer Chemiefabrik muss anders ausgestaltet sein als die eines IT-Dienstleisters, die eines Betriebes der Abfallwirtschaft anders als die eines Versicherungsunternehmens oder eines Krankenhauses.¹¹ Auf die zu allen diesen Themen einschlägige Literatur in Handbüchern und Aufsätzen kann an dieser Stelle verwiesen werden.¹²

Die Umsetzung der Compliance Organisation in den einzelnen Unternehmen erfolgt üblicherweise in den betriebsinternen Compliance-Abteilungen oder im Zuge von externer

anwaltlicher Beratung.¹³ Die Beratung orientiert sich dabei an dem für eine jede Prävention sinnvollen Vorsichtsprinzip, das maßgeblich davon bestimmt ist, alle erdenklichen Haftungsrisiken für die Unternehmen zu vermeiden. Das Ziel, möglichst nicht wegen unzureichender Beratung in Haftung genommen zu werden, dürften auch die beteiligten Anwälte im Auge haben. Unternehmen wie Anwälte werden deshalb überobligatorisch den Ausschluss auch nur des geringsten Risikos anstreben und dabei gerne auch den präventiven Kontroll- und Sorgfaltsmaßstab („im Zweifel“) höher ansetzen, als auf Grundlage von einschlägigen Gesetzen und Verordnungen erforderlich wäre.¹⁴ Und schließlich dürfte bei alledem auch eine Rolle spielen, dass der Umstand, dass ein Unternehmen eine Compliance-Organisation eingerichtet hat, für den Fall, dass es dennoch zu strafbaren Handlungen von Mitarbeitern gekommen ist, strafmildernd berücksichtigt werden kann. Der BGH hat kürzlich entschieden, dass sich Compliance-Systeme auf die Unternehmensgeldbuße nach § 30 OWiG sowie die Einziehung von Taterträgen (§§ 29a, 30 Abs. 4, 17 OWiG) positiv auswirken und ggf. zur Enthftung des Aufsichtspflichtigen führen können.¹⁵

Ob die dann ergriffenen Compliance-Vorsorge-Maßnahmen tatsächlich in der Praxis wirksam und geeignet sind, Straftaten zu verhindern, ist eine Frage, die – jedenfalls auf der „Beratungsebene“ – meist offenbleiben muss. Genauso wenig, wie für die Wirtschaftsunternehmen ein allgemeinverbindliches Compliance-System gefunden werden kann, gibt es etwa eine Erfolgsgarantie dafür, dass Straftaten im Unternehmen künftig in einem jeden Fall unterbleiben. Auch die bestgemeinte und sorgfältigste Compliance kann lediglich Vorschläge machen und Anregungen geben, von denen man dann nur hoffen kann, dass sie in der Praxis „das Schlimmste verhindern“.

Schon aus diesem Grund sollte es sich verbieten, jedweden vom Vorsichtsprinzip getragenen unternehmensinternen Compliance-Bewertungen einen bindenden oder gar normer-

⁹ Hoffmann/Schiefer, NZG 2017, 401; Bottmann, in: Park (Hrsg.), Kapitalmarktstrafrecht, 4. Aufl. 2017, Kap. 2.1 Criminal-Compliance, Rn. 3; Rotsch, ZIS 2010, 614 (615 f.); zur Ermittlung des „Ist-Zustands“ im Unternehmen: Knierim, in: Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 4. Aufl. 2014, Rn. 109 und 125 ff. zum Erkennen von „Gefahrenpotentialen“.

¹⁰ Vgl. hierzu Wessing (Fn. 4), S. 868 ff., 873; Knierim (Fn. 9), A. Rn. 82.

¹¹ Siehe z.B. Dieners/Reese/Lembeck/Taschke/Besen (Hrsg.), Handbuch Compliance im Gesundheitswesen, 3. Aufl. 2010; siehe auch Schäfer/Baumann, NJW 2011, 3601 (3602 ff.).

¹² Jäger/Rödl/Campos Nave, Praxishandbuch Corporate Compliance: Grundlagen, Checklisten, Implementierung, 2009; Hauschka/Moosmayer/Lösler (Hrsg.), Corporate Compliance: Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen, 3. Aufl. 2016; Göring/Inderst/Bannenberg (Hrsg.), Compliance: Aufbau – Management – Risikobereiche, 2010; Preuschke/Romeike/Schaupensteiner (Hrsg.), Compliance- und Risikomanagement: Anforderungen kennen – Konzepte optimieren, 2011.

¹³ Zu den Vor- und Nachteilen vgl. Spiekermann, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler (Fn. 12), § 38 Rn. 1 ff.; zu den Aufgaben einer Compliance-Abteilung Merkt, NJW 2014, 2310.

¹⁴ Rotsch, ZIS 2010, 614 (616), unter Hinweis auf Kuhlen, in: Maschmann (Hrsg.), Corporate Compliance und Arbeitsrecht, 2009, S. 11, 21; vgl. auch Schäfer/Baumann, NJW 2011, 3601 (3604), die darauf hinweisen, dass Gerichte häufig von der Zuwiderhandlung auf die unzureichende Prävention schließen.

¹⁵ BGH, Urt. v. 9.5.2017 – 1 StR 265/16 = BeckRS 2017, 114578, Rn. 118 im Falle einer Steuerhinterziehung: „Für die Bemessung der Geldbuße ist zudem von Bedeutung, inwieweit die Nebenbeteiligte ihrer Pflicht, Rechtsverletzungen aus der Sphäre des Unternehmens zu unterbinden, genügt und ein effizientes Compliance-Management installiert hat, das auf die Vermeidung von Rechtsverstößen ausgelegt sein muss“. Vgl. zu diesem Thema auch I. Roxin, StV 2012, 116 (118); Weimann, in: Hohnel (Hrsg.), Kapitalmarktstrafrecht, 2013, 14. Teil Rn. 67; Hoffmann/Schiefer, NZG, 401 (403 f.); Rogall, in: Mitsch (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 5. Aufl. 2018, § 130 Rn. 58.

setzenden Charakter beizumessen. Deshalb vermag auch die Auffassung von Sieber nicht zu überzeugen, der in den Regeln von Compliance insbesondere im Hinblick auf die Bestimmung der für die Fahrlässigkeitsdelikte wesentlichen Sorgfaltspflichtverletzung das Ergebnis von „geronnener Erfahrung“ – ähnlich den DIN-Vorschriften – sieht und von einer „Normsetzung durch die Praxis“ spricht.¹⁶

III. Überobligatorisch „privat“ definierte Regeln als Grundlage für strafrechtliche Haftung?

Rotsch¹⁷ hat bereits vor Jahren auf die Zweischneidigkeit der Bemühungen von Unternehmen hingewiesen, ein möglichst perfektes, lückenloses und gegen jede Kritik gefeites Compliance-Anforderungsprofil zu etablieren: Einerseits wird damit auch in den Grauzonen noch tolerierbarer Übertragung von Eigenverantwortung der Mitarbeiter die jeweils übergeordnete Hierarchieebene gegen Vorwürfe geschützt, andererseits werden damit vielleicht übertriebene Sorgfaltsmaßstäbe definiert, die im Interesse von überobligatorischer „best practice“ häufig die gesetzlichen Vorgaben übersteigen oder schlicht nicht einzuhalten sind. Kommt es dann zu strafrechtlichen Ermittlungen, liegt es nach seiner Auffassung nahe, dass die Staatsanwaltschaft diese *Höchst*-Standards dann im Sinne von *Mindestanforderungen* an die Sorgfaltspflichten anlegt. „Je höher aber dieser Sorgfaltsmaßstab angesetzt wird, desto schwieriger wird es für die Unternehmensmitarbeiter, diese einzuhalten. Damit besteht dann die Gefahr, dass die Unternehmen sich selbst in die Strafbarkeit hineinreglementieren“.¹⁸ In diesem Sinne hatte bereits Kühlen¹⁹ dies als einen „sich selbst validierenden Zirkel“ bezeichnet.

Auch Theile²⁰ warnt davor, dass Unternehmen, die ihrerseits „potentielle Norm- und Sanktionsadressaten sind, in die Rolle der normdefinierenden Instanz aufrücken“, zumal wenn in den entsprechenden Compliance-gestützten „Unternehmensverfassungen“ strafrechtliche Prävention mit (in diesem Sinne subjektiven) ethisch oder moralischen Wertvorstellungen verquickt werden.

Schünemann schließlich spricht in einem Beitrag über „Die Regeln der Technik im Strafrecht“²¹ davon, im öffentlichen Recht bestehe ein breiter Konsens darüber, „dass die dynamische Verweisung auf private Regelwerke, d.h., die Verweisung auf den jeweiligen Inhalt von im Laufe der Zeit

wandelbaren Regelwerken und ‚Normierungen‘ durch private Instanzen ausnahmslos verfassungsrechtlich unzulässig sei, weil sie durch die Verlagerung genuiner Rechtsetzungskompetenzen auf gesellschaftliche Instanzen das Demokratiegebot des Grundgesetzes verletze und weil sie ferner wegen der nirgendwo gesetzlich eingegengten Beliebigkeit der Bekanntgabe privater Regelwerke auch mit dem im Rechtsstaatsprinzip enthaltenen Publikationsgebot von Rechtsvorschriften nicht vereinbar sei“.

Umso mehr müsste sich also der Staat – in Gestalt seiner Strafverfolgungsorgane – jeglichen Versuchen enthalten, sich zur Durchsetzung von Recht und Gesetz der durch Compliance erlangten Unternehmens-privaten Einschätzungen zu bedienen.

Aber tatsächlich ist das Gegenteil der Fall, wie im Folgenden gezeigt werden soll:

IV. Tatsächliche und rechtspolitische Tendenzen: Compliance als Türöffner und Anknüpfungspunkt für Strafrecht

Dass der Staat im Hinblick auf die Vereinfachung von Ermittlungsmaßnahmen ein gesteigertes Interesse an dem Abschöpfen von unternehmensinternen Compliance-Erkenntnissen hat, hat sich unlängst daran gezeigt, dass die Staatsanwaltschaft München die Akten einer Anwaltskanzlei beschlagnahmte, die mit „internal investigations“ im Zuge von staatsanwaltlichen Ermittlungen beauftragt worden war. Die hiergegen erhobenen Verfassungsbeschwerden wurden von dem Bundesverfassungsgericht nicht zur Entscheidung angenommen.²² Die in den Beschlüssen behandelten Spezialfragen im Zusammenhang mit der Reichweite von anwaltlichen Schweigepflichten und der Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs müssen hier nicht thematisiert werden. Denn es bleibt die einfachrechtliche Frage nach der Bedeutung von auch optimaler Compliance für verfahrens- und materielle Strafrechtsanwendung.

Bottmann²³ schreibt über das Interesse der Strafverfolgungsbehörden an der Abschöpfung von Erkenntnissen aus der Compliance-Organisation Folgendes:

„[...] auch der Staat selbst hat ein beachtliches Interesse an der Etablierung von Compliance-Systemen, welches über das bloße und allgemeine Normeinhaltungsinteresse hinausgeht. Indem er private Unternehmen in Gestalt von Überwachungssystemen oder internen Erhebungen für die Durchsetzung des geltenden Rechts in die Pflicht nimmt und seine eigene Pflicht somit auf den privaten Sektor delegiert, kann er diesen zum einen die hiermit einhergehende Kostenbelastung auferlegen, zum anderen aber auch anhand solcher Compliance-Systeme und insbesondere den hierdurch zu Tage geförderten Ergebnissen die originär staatlicherseits durchzuführende Strafverfolgung überhaupt erst ermöglichen,

¹⁶ Sieber, in: Sieber/Dannecker/Kindhäuser/Vogel/Walter (Hrsg.), Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht, Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen, Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag, 2008, S. 449 (469).

¹⁷ Rotsch, ZIS 2010, 614; ders., in: Achenbach/Ransiek/Rönnau (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. 2015, 1. Teil 4. Kap. Rn. 48 ff.; ders., in: Joecks/Ostendorf/Rönnau/Rotsch/Schmitz (Hrsg.), Recht – Wirtschaft – Strafe, Festschrift für Erich Samson, 2010, S. 141 (157).

¹⁸ Rotsch, ZIS 2010, 614 (616).

¹⁹ Kühlen (Fn. 14), S. 11, 21 f.

²⁰ Theile, JuS 2017, 913.

²¹ Schünemann, in: Küper/Puppe/Tenckhoff (Hrsg.), Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987, 1987, S. 367 (376 m.w.N. in Fn. 34).

²² 2 BvR 1405/17, 2 BvR 1780/17, 2 BvR 1287/17 und 2 BvR 1583/17 vom 27.6.2018.

²³ Bottmann (Fn. 9), Kap. 2.1. Rn. 5; vgl. auch Krause-Ablaß, BB 2018, 1323, über „Kooperationsmöglichkeiten des Unternehmens bei staatsanwaltlichen Ermittlungen zu Compliance-Verstößen“.

zumindest aber durch die weitreichenden unternehmens-internen Einblicke erheblich erleichtern.“

Aber auch der Strafgesetzgeber scheut sich nicht, individuelle Unternehmenspflichten zu Anknüpfungsmerkmalen von Strafbarkeit zu erheben. Die kürzlich erfolgte Novellierung des § 299 StGB (Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr) hat in § 299 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2 Nr. 2 StGB – unter Beibehaltung der bisherigen Wettbewerbsvariante – das sog. Geschäftsherrenmodell eingeführt. Danach macht sich strafbar, wer ohne Einwilligung des Unternehmens einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert oder annimmt, „dass er bei dem Bezug von Waren oder Dienstleistungen eine Handlung vornehme oder unterlasse und dadurch *seine Pflichten gegenüber dem Unternehmen verletze*“ (*Hervorhebung durch Verf.*).

Mit den hier angesprochenen Pflichtverletzungen „gegenüber dem Unternehmen“ sind keine durch gesetzliche (etwa wettbewerbsrechtliche) Pflichten gemeint, sondern vielmehr solche, die dem Angestellten oder Beauftragten des Unternehmens gegenüber dem Unternehmen obliegen. Die einzige ersichtliche Einschränkung dieses individuell durch das konkrete Unternehmen selbst bestimmten Pflichtenkreises besteht darin, dass es sich um innerbetriebliche Pflichten, also auch die nur durch privat-, gesellschafts- und arbeitsrechtlich vereinbarte Regeln, handeln muss, mit denen eine einheitliche Handhabung des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen gesichert werden soll. Diese Übertragung von unternehmerischen Leitlinien in das StGB hat bereits im Vorfeld der Novellierung zu heftiger Kritik geführt („unverhältnismäßiger Straftatbestand“²⁴; „unerträgliche Konsequenzen“, wenn es in dieser Weise zu einer „wechselseitigen Aufschaukelung von Strafrecht und Compliance käme“²⁵). Durch das denkbar unbestimmte Tatbestandsmerkmal der Verletzung „unternehmerischer Pflichten“ wird den Unternehmen – ungeachtet des gerade für das Strafrecht aus Art. 103 Abs. 2 GG besonders strengen Parlamentsvorbehalts – praktisch die Aufgabe aufgebürdet, die Voraussetzungen für die Strafbarkeit ihres Personals zu bestimmen. Damit besteht die Gefahr, dass Unternehmen „über besonders strenge Compliance-Regeln in Form von ‚Best Practice‘-Anforderungen den Boden für eine weit reichende Strafbarkeit ihrer Mitarbeiter bereiten“²⁶.

Danach verwundert es auch nicht, dass in einem der ersten Aufsätze zu dem neuen § 299 StGB Überlegungen darüber angestellt werden, ob nicht die Abschaffung des mühsam erarbeiteten Compliance-Programms das probatere Mittel wäre, das strafrechtliche Risiko zu vermeiden. Denn – so die Autoren – wo es an ausdrücklichen innerbetrieblichen Regeln fehle, könne auch keine Pflichtverletzung daraus resultieren.²⁷ Auch wenn die Autoren diesen Gedanken – mit

guten Gründen²⁸ – letztlich wieder verwerfen, zeigt sich an ihrer (theoretisch nur folgerichtigen) Überlegung, mit welcher Beliebigkeit ein Straftatbestand ausgestattet ist, wenn er auf Tatbestandsmerkmale zurückgreift, deren Existenz und Ausformungsgrad allein in der Hand von „Privaten“ – und nicht mehr in der des Staates – liegt.

IV. Lehren aus den Erfahrungen mit dem Umweltstrafrecht

Abschließend sei ein Rückgriff auf einen Meinungsstreit aus den Anfängen des Umweltstrafrechts erlaubt, der auch unser Thema betrifft:

Es gab in den 90er Jahren eine Diskussion, die sich im Umweltstrafrecht mit der Frage befasste, ob Erkenntnisse, die aus einer auf eigene Kosten und von eigenen betrieblichen Mitarbeitern durchgeführten freiwilligen Kontrolle und Überwachung von technischen Anlagen im Strafprozess verwertet werden dürfen. Die Eigenmesskontrolle grenzt sich ab von der amtlichen Kontrolle, die im Regelfall vor Ort durch Beamte der staatlichen umweltrechtlichen Aufsichtsbehörden oder durch externe Sachverständige im Auftrag der Behörden wahrgenommen wird. Bei der betrieblichen Eigenkontrolle ist dem Unternehmen behördlicherseits z.B. durch Befugnis- und Genehmigungsbescheid die Verpflichtung aufgegeben, die Anlagen und Betriebe im Hinblick auf das Gefährdungspotential für die Umwelt eigenhändig zu überwachen und die Aufsichtsbehörden über die Ergebnisse zu unterrichten.²⁹ Diese Pflicht erstreckte sich z.B. auch auf Messwerte, die Grenzwertüberschreitungen und damit Ordnungswidrigkeiten oder sogar Straftaten dokumentierten.

Gegen die Verwertbarkeit von Erkenntnissen aus der staatlich angeordneten Eigenüberwachung wurden damals Bedenken erhoben. Das Hauptargument war, dass der Staat nicht auf der einen Seite die Betriebe dazu verpflichten könne, Eigenkontrollmaßnahmen vorzunehmen, um die hieraus gewonnenen Erkenntnisse dann auf der anderen Seite strafrechtlich gegen ihn zu verwenden. Darin sah man einen Verstoß gegen das Nemo-Tenetur-Prinzip, wonach niemand von Staats wegen verpflichtet werden kann, sich selbst zu belasten.³⁰ In diesem Zusammenhang wurde auf die einige Jahre zuvor ergangene sog. Gemeinschuldner-Entscheidung des

²⁸ U.a. im Hinblick auf mögliche Gefahren aus § 130 OWiG.

²⁹ Michalke, NJW 1990, 417; *dies.*, in: Lüderssen/Volk/Wahle (Hrsg.), Festschrift für Wolf Schiller zum 65. Geburtstag am 12. Januar 2014, 2014, S. 493.

³⁰ Schramm, Verpflichtung des Abwassereinleiters zur Weitergabe von Eigenmesswerten und der nemo-tenetur-Satz, 1990; Günther, ZfW 1996, 290; Michalke, NJW 1990, 417; Schendel, Die Vielfalt der wasserrechtlichen Werte und ihre Bedeutung insbesondere im Gewässerstrafrecht, Korrespondenz Abwasser, 1985, S. 752; *ders.*, in: Meinberg/Möhrenschlager/Link (Hrsg.), Umweltstrafrecht, 1989, S. 255; Hamm, in: Raeschke-Kessler (Hrsg.), Aktuelle Rechtsfragen und Rechtsprechung zum Umwelthaftungsrecht der Unternehmen, S. 88; a.A. Franzheim, Umweltstrafrecht, 1990, S. 2049; siehe auch die Zusammenfassung bei Saliger, Umweltstrafrecht, 2012, Rn. 522 ff.

²⁴ Rönnau, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau (Fn. 17), 3. Teil, Rn. 101 m.w.N.

²⁵ Schünemann, in: Hellmann/Schröder (Hrsg.), Festschrift für Hans Achenbach, 2011, S. 509 (517); *ders.*, GA 2013, 193 (198); Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins vom 15.11.2006, Nr. 66/2006.

²⁶ Rönnau (Fn. 24), 3. Teil, Rn. 102 m.w.N.

²⁷ Wolfram/Peukert, NZWiSt 2017, 208.

Bundesverfassungsgerichts³¹ verwiesen, in der ein strafprozessuales Verwertungsverbot hinsichtlich aller Auskünfte angenommen wurde, die der Gemeinschuldner im Konkursverfahren über strafbare Handlungen erteilen muss. Die Gegenstimmen in der damaligen Diskussion, die sich für eine Verwertbarkeit der Erkenntnisse aus den Eigenkontrollen aussprachen, beriefen sich auf die überragende Bedeutung der Wahrheitsfindung im Strafprozess, die im Interesse des Umweltschutzes eine „ökologische Unternehmenstransparenz“ anstreben müsse.³² Die (wenigen) gerichtlichen Entscheidungen, die mit dieser Thematik ergangen sind, haben derartige Eigenmessprotokolle verwertet.³³

Der Gesetzgeber hat in der Folge im Umweltverwaltungsrecht die Betriebe ausdrücklich verpflichtet, den Aufsichtsbehörden interne Berichte u.a. auch über die Eigenkontrolle vorzulegen (z.B. § 52 Abs. 1b und 2 BImSchG; § 101 Abs. 1 Nr. 3 WHG). Ein Zuwiderhandeln ist bußgeldbewehrt (§ 62 Abs. 2 Nr. 4 BImSchG und § 103 Abs. 1 Nr. 20 WHG nach vollziehbarer Anordnung). Offensichtlich war sich der Gesetzgeber dabei aber der besonderen Schutzbedürftigkeit des Auskunftspflichtigen (Betriebsangehörigen) bewusst, der bei Erfüllung dieser Pflicht in eine Situation geraten kann, dass er zwar per Gesetz den staatlichen Behörden gegenüber zu Auskunft über betriebliche Interna verpflichtet ist, gleichzeitig aber sich selbst belasten muss. Den Auskunftspflichtigen nach den Umweltverwaltungsgesetzen ist deshalb ausdrücklich ein Auskunftsverweigerungsrecht zugebilligt worden (z.B. §§ 52 Abs. 5 BImSchG und 101 Abs. 3 WHG).³⁴ Unge-

klärt ist freilich bis heute, ob von diesem Auskunftsverweigerungsrecht auch die Pflicht zur Vorlage von Unterlagen berührt wird.³⁵ Dass jedenfalls diejenigen Unterlagen, die von dem Auskunftspflichtigen selbst herrühren, keiner Vorlagepflicht unterliegen, wäre nur konsequent.³⁶

Die Diskussion über die Verwertbarkeit von staatlich aufgegebener Eigenkontrolle verebbte nach 1990. Fälle aus der Praxis, in denen die Verwertungsfrage aufgeworfen worden wäre, sind nicht bekannt. Ich habe in einem Aufsatz zu diesem Thema zwei mögliche Gründe für das „Verschwinden“ dieses Problems in den Raum gestellt: Zum einen könnten die Umwelt- und Strafverfolgungsbehörden von sich aus davon Abstand genommen haben, aus der verordneten Eigenüberwachung strafrechtliche Vorwürfe herzuleiten, weil ihnen mehr an dem unbehinderten Informationsaustausch mit den Anlagenbetreibern lag. Zum anderen müsse aber auch in Erwägung gezogen werden, dass von Seiten der Betreiber bewusst die behördlich verordnete Eigenüberwachung unterlassen wurde, weil man das latente Risiko einer Kriminalstrafe in jedem Fall vermeiden wollte und stattdessen „lieber“ ein entsprechendes Bußgeld in Kauf nahm. Letztere, wenngleich naheliegende Konsequenz aus einer ungeklärten Rechtslage, würde allerdings den Willen des Gesetzgebers zur Stärkung der Eigenüberwachung konterkariert haben.³⁷

Die damalige Diskussion im Umweltstrafrecht betrifft im Kern dieselbe Problematik, vor die auch der Umgang mit Compliance gestellt ist: Wenn der Staat die Betriebe und Unternehmen auf der einen Seite zur Einrichtung von Kontroll- und Überwachungsorganisationen zwingt, kann er auf der anderen Seite die daraus erzielten Erkenntnisse nicht ohne Weiteres zur Grundlage eines Anfangsverdachts machen und im dann folgenden Straf- oder Bußgeldverfahren als Beweismittel verwenden. Geschieht es dennoch, könnte dies die Unternehmen über kurz oder lang veranlassen, ihre Compliance nur noch in „Light“-Version und zum „Vorzeigen“ aufrecht zu erhalten, im Übrigen aber von den Inhalten her potentiellen Ermittlungen möglichst wenig „Angriffsfläche“ durch allzu verbindliche innerbetriebliche Festlegungen zu bieten. Dem Compliance-Gedanken wäre damit freilich nicht gedient.

Die andere Möglichkeit ist, dass der Staat seine Begehrlichkeit zügelt und Compliance nicht zum Informationsbeschaffer für strafrechtliche und bußgeldrechtliche Ermittlungen funktionalisiert. Dass Compliance weder verbindliche mit staatlichen Normen vergleichbare Regeln aufstellen kann, noch in seinen Verfahrensprozeduren (u.a. „internal investigations“) auf die Anforderungen rechtsstaatlicher Verfah-

³¹ BVerfG NJW 1981, 1431.

³² *Kloepfer/Vierhaus*, Umweltstrafrecht, 2. Aufl. 2002, Rn. 179.

³³ Näheres zu dieser Diskussion bei *Michalke* (Fn. 29 – FS Schiller), S. 493. Im Hinblick auf die „private“, gänzlich auf freiwilliger Basis durchgeführte Eigenkontrolle wurde die Verwertbarkeit von entsprechenden Aufzeichnungen dem Grunde nach anerkannt, da in dieser Konstellation keine Konfliktsituation zwischen einer Offenbarungspflicht und Selbstbeziehung vorliege. Wer sich aus freien Stücken zu zusätzlichen Kontrollen entschließt, kann dies – wiederum aus freien Stücken – auch lassen. Die Vertreter dieser Auffassung (so auch ich) sparten allerdings nicht an mahnenden Worten, dass die Einbeziehung solcher freiwilliger Überwachungsaufzeichnungen in strafrechtliche Ermittlungen wenig förderlich sei für die Bestrebungen, die Betreiber zu einer eigeninitiativen Kontrolle anzuhalten.

³⁴ Im § 44 Abs. 6 KWG findet sich eine vergleichbare Regelung. Auch dieses Auskunftsverweigerungsrecht soll sich nicht auf die Verpflichtung zur Vorlage von Unterlagen beziehen und auch nicht für das Institut gelten, von dem die Auskunft verlangt wird: *Braun*, in: *Boos/Fischer/Schulte-Mattler* (Hrsg.), *Kommentar zum KWG*, 5. Aufl. 2016, § 44 KWG Rn. 94 f. m.w.N.; a.A. *Samm*, in: *Beck/Samm/Kokenmoor* (Hrsg.), *Gesetz über das KWG*, 201. Lfg., Stand: August 2018, § 44 KWG Rn. 76. Dass die neuen Risikominimierungspflichten strafrechtlich „abgesichert“ sind, machen die hierin liegenden Bedenken wegen der Verletzung des Nemo-Tenetur-Grundsatzes nur noch brisanter.

³⁵ Vgl. nur *Czychowski/Reinhardt*, *Wasserhaushaltsgesetz*, *Kommentar*, 11. Aufl. 2014, § 100 Rn. 25 und § 101 Rn. 36 m.w.N.

³⁶ *Park*, in: *Volk* (Hrsg.), *Münchener Anwaltshandbuch, Verteidigung in Wirtschafts- und Steuerstrafsachen*, 2. Aufl. 2014, Rn. 109 f.; differenzierend und aus Sicht der Staatsanwaltschaft: *Bittmann*, in: *Rotsch* (Fn. 2), § 34 B. Rn. 122 ff.

³⁷ Vgl. *Saliger* (Fn. 30), Rn. 524 m.w.N.

rensordnungen ausgerichtet ist,³⁸ sollte dafür ein ausreichender Grund sein. Wenn der BGH kürzlich darauf hingewiesen hat, dass eine gelebte Compliance-Organisation Anlass zur Strafmilderung geben kann, wäre Compliance genau die Bedeutung und Stellung im rechtsstaatlichen Gefüge eingeräumt, die ihr auch tatsächlich entspricht: nämlich als Beleg für den guten Willen, auch im Unternehmen alles zu versuchen, um die Mitarbeiter zur Rechtstreue anzuhalten.³⁹ Dann müssten auch die Unternehmen und ihre Organe und Mitarbeiter, die daran mitwirken, Risiken aufzudecken und Sorgfaltsmaßstäbe zu entwickeln, nicht mehr befürchten, dafür in Haft(ung) genommen zu werden.

Ein solches Verständnis von der strafrechtlichen Bedeutung einer guten und optimal präventiven Compliance wäre dann mit rechtsstaatlichen Prinzipien vereinbar, weil es gleichsam asymmetrisch immer nur *entlastend* für alle Unternehmenshierarchien wirken würde. Das damit verbundene Postulat eines Meistbegünstigungsprinzips wird man mir vielleicht als typischen Verteidigerwunsch anlasten wollen. Aber eine Verwendung (strenger) Compliance-Systeme zu Lasten von Beschuldigten ist ebenso asymmetrisch, weil es weder den Nemo-tenetur-Grundsatz, noch eine rechtsstaatliche Verfahrensordnung, noch materiell-rechtlich den verfassungsrechtlich gebotenen Gesetzesvorbehalt auf seiner Seite hat.

³⁸ Vgl. *Rotsch* (Fn. 17 – Wirtschaftsstrafrecht), 1. Teil 4.Kap. Rn. 57 ff. m.w.N.

³⁹ Vgl. *Kölbl*, ZStW 125 (2013), 499 (520), u.a. zum Thema: „Compliance kraft Einsicht oder Sanktion?“