

Bannenberg • Jehle (Hrsg.)

Wirtschaftskriminalität

Neue Kriminologische Schriftenreihe

Forum Verlag Godesberg

Britta Bannenberg und Jörg-Martin Jehle (Hrsg.)

Wirtschaftskriminalität

Neue Kriminologische Schriftenreihe
der Kriminologischen Gesellschaft e.V. **Band 112**

Herausgeber:

Kriminologische Gesellschaft (KrimG, vormals NKG)
Wissenschaftliche Vereinigung deutscher, österreichischer
und schweizerischer Kriminologen e.V.

Wirtschaftskriminalität

Herausgegeben von

Britta Bannenberg und Jörg-Martin Jehle

mit Beiträgen von:

Britta Bannenberg, Matthias Braasch, Kai-D. Bussmann, Dieter Dölling,
Thomas Fischer, Frank M. Hülsberg, Dieter John, Johannes Kaspar, Ralf
Kölbel, Christian Laue, Bernd-Dieter Meier, Carsten Momsen, Klaus
Moosmayer, Mark Pieth, Steffen Salvenmoser, Barbara Scheben, Melanie
Schmitt, Hendrik Schneider, Eva Schrödel, Christian Schröder

Forum Verlag Godesberg GmbH

Mönchengladbach 2010

Bibliografische Information Der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2010 Forum Verlag Godesberg GmbH, Mönchengladbach
Gesamtherstellung: Books on Demand GmbH, Norderstedt
Printed in Germany

ISSN: 1615-9357

ISBN: 978-3-936999-80-8 (Printausgabe)

ISBN: 978-3-936999-81-5 (Online-Ausgabe/PDF-Dokument)

Vorwort der Herausgeber

Die 11. wissenschaftliche Tagung der Kriminologischen Gesellschaft (KrimG) beschäftigte sich mit zwei Hauptthemen, die sowohl grundsätzliche Fragestellungen unseres Faches berühren wie auch aktuelle Entwicklungen aufnehmen: Wirtschaftskriminalität sowie Gewaltdelinquenz. Ob es um die Banken- oder Finanzkrise, Korruption und Compliance in Unternehmen oder Delinquenz im Gesundheitswesen ging oder um neue empirische Erkenntnisse der Wirkungsforschung zur Straftäterbehandlung und Gewaltprävention, es wurden stets zentrale Aspekte dieser wichtigen Problemfelder diskutiert. Einen breiten Raum nahm auch die Entwicklung bei den strafrechtlichen Sanktionen ein. Für die Veröffentlichung haben wir uns entschieden, wegen des Umfangs der eingereichten Beiträge zwei Bände aufzulegen. Der vorliegende Band befasst sich mit Wirtschaftskriminalität und Band 2 wird die Gewaltdelinquenz und die Sanktionen behandeln. Zum ersten Mal wird ein Band unserer Schriftenreihe in doppelter Weise erscheinen: in der gewohnten Papierform und als elektronisches Buch, das online eingesehen und kostenfrei auch heruntergeladen werden kann. Damit hoffen wir, zur größeren Verbreitung der Autorenbeiträge und unserer Schriftenreihe beizutragen.

Für die Wirtschaftskriminalität ist angesichts der praktisch bedeutsamen Entwicklungen auf den Forschungsbedarf besonders hinzuweisen. Aus den Folgen strafrechtlicher Ermittlungen gegen Verantwortliche namhafter Unternehmen entstand in kurzer Zeit eine Entwicklung von Compliance-Programmen, die atemberaubend ist. Auch in der eher wirtschaftsrechtlich orientierten Literatur kam es insoweit zu einer Veröffentlichungsflut. Was tatsächlich von Compliance-Bestrebungen in der Unternehmenswirklichkeit zu halten ist, erschließt sich nicht so leicht. *Kai Bussmann* von der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg und PricewaterhouseCoopers sprechen in der Einleitung ihrer aktuellen Umfrage zu „Compliance und Unternehmenskultur“ zu Recht kritisch vom „Zauberwort“ Compliance, dessen Realitätsgehalt zu überprüfen ist. Was sich hinter möglichen Fassaden schöner Compliance-Programme verbirgt, sollte nicht nur der Interpretation der Unternehmen selbst überlassen bleiben. Kriminologische Forschung ist hier mehr denn je gefragt. In den Beiträgen werden empirische Erkenntnisse zum Zusammenhang von Wirtschaftskriminalität und Unternehmenskultur dargestellt, internationale Dimensionen von Bestechung aufgezeigt, spezifische Probleme wie Delinquenz im Gesundheitswesen und die Rechtswirklichkeit der Angestelltenbestechung beleuchtet. Die Tagung bot Gelegenheit zum Austausch mit Vertretern von Unternehmen und Unternehmensberatungen,

was sich auch in den Beiträgen spiegelt. Breiten Raum nahm die Diskussion um die Entwicklung der Rechtsprechung und der Rechtspraxis, um rechtliche Grundlagen, dogmatische Fragen und Grenzen der Aufklärung ein. Die äußerst komplexe und diffizile Problematik der Ursachen und Bewältigung der Finanzmarktkrise führt zur Notwendigkeit künftiger auch kriminologischer Forschung in diesem Bereich. Am Ende dieses Bandes finden sich die Laudationes im Rahmen der Beccaria-Preisverleihung für *Lawrence D. Sherman* und *Heinz Schöch*.

Das Gelingen der Tagung war von vielen Faktoren abhängig. Insbesondere ist die großzügige Bereitschaft der Justus-Liebig-Universität Gießen hervorzuheben, die das Hauptgebäude mit Aula und zahlreichen Räumen für diese Tagung zur Verfügung gestellt hat und mit einem Grußwort des Herrn Vizepräsidenten *Prof. Dr. Mukherjee* die Eröffnung eingeleitet hat. Ohne die finanzielle Unterstützung vieler Institutionen und Personen wäre die Tagung nicht durchführbar gewesen. Darunter ist besonders das Bundesministerium der Justiz zu nennen, das auch mit einem Grußwort der Frau Ministerin *Brigitte Zypries*, vertreten durch Herrn Parlamentarischen Staatssekretär *Alfred Hartenbach*, Interesse an der Tagung bekundet hat. Hervorzuheben ist auch die Unterstützung durch die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft KPMG, die das Tagungsprogramm und das begleitende Programmheft gedruckt sowie den Druck dieses Tagungsbandes mit einem bedeutenden Beitrag unterstützt hat. Allen Förderern sei herzlich gedankt!

Alle Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter sowie Hilfskräfte der Professur für Kriminologie der Justus-Liebig-Universität Gießen haben engagiert bei der Durchführung der Tagung mitgewirkt. Frau *Carina Agel* hat dabei jederzeit den Überblick behalten und die Organisation mit unermüdlichem Einsatz koordiniert. Ihr gilt auch der Dank für die Mithilfe bei der Gestaltung dieses Tagungsbandes. An der Fertigung des elektronischen Datensatzes und der Druckvorlage haben Frau *Marion Heinze* sowie Herr *stud. jur. Julian Alfaenger*, Frau *stud. jur. Anna-Luisa Hoffmann*, Herr *can. jur. Tim Krause* und Frau *stud. jur. Sevil Uguz* von der Abteilung für Kriminologie, Jugendstrafrecht und Strafvollzug der Georg-August-Universität Göttingen tatkräftig mitgewirkt. Allen gilt unser herzlicher Dank!

Gießen,
Göttingen, im Oktober 2010

Britta Bannenberg
Jörg-Martin Jehle

Grußwort des Parlamentarischen Staatssekretärs bei der Bundesministerin der Justiz

Alfred Hartenbach

Sehr geehrte Frau Professor Bannenbergr,

meine sehr geehrten Damen und Herren,

auch im Namen von Frau Bundesjustizministerin *Brigitte Zypries* möchte ich Sie sehr herzlich zu Ihrer Fachtagung begrüßen. Frau *Zypries* ist auf Grund eines anderen Termins verhindert und hat mich gebeten, Ihnen auch ihre besten Wünsche für einen erfolgreichen Verlauf der Veranstaltung zu übermitteln.

Mit den beiden Themen „Gewaltdelinquenz“ und „Wirtschaftskriminalität“ hat die Kriminologische Gesellschaft – einer guten Tradition folgend – wiederum sehr aktuelle Themenbereiche für ihre diesjährige Fachtagung ausgewählt.

Schwere Formen der Gewaltkriminalität stellen eine gesellschaftliche Herausforderung dar. Dabei reicht das Spektrum vom internationalen Terrorismus bis hin zur Tötung von Kindern durch Eltern, die mit sich selbst und ihrer Lebenslage nicht zurecht kommen. Nicht zu vergessen sind jugendliche Gewalttäter, die alle Hemmungen vergessen und ihre Opfer mit schwersten Verletzungen misshandeln oder gar zu Tode bringen. Hier war und ist die Politik weiterhin gefordert, unter Wahrung rechtsstaatlicher Grundsätze alle Möglichkeiten auszuschöpfen, um solchen gesellschaftlichen und individuellen Bedrohungen möglichst frühzeitig entgegenzuwirken.

Auf die jüngere Gesetzgebungsvorhaben außerhalb des Strafrechts, wie etwa familiengerichtliche Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls und die Reform des Verfahrens in Familiensachen und in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, will ich hier aus Zeitgründen nicht näher eingehen. Hiervon erwarten wir auch präventive Wirkungen zur Vermeidung von Ge-

walt in der Familie. Denn wir wissen, dass das Strafrecht in seinen Wirkungen begrenzt ist und nur das letzte Mittel darstellt.

Nach der Tat von München-Solln war natürlich – wie so oft – der Ruf nach einem härteren Jugendstrafrecht vorprogrammiert. Ich teile die Auffassung des Deutschen Richterbundes und vieler anderer Sachkundiger, dass genau diese Rechnung nicht aufgeht und höhere Strafen hier nicht weiterhelfen.

Zur Bekämpfung von Gewalt sind seit den 90er Jahren viele neue strafrechtliche Regelungen geschaffen worden; eine Entwicklung, die bis in die jüngste Zeit anhält. Sie reichen von neuen Vorschriften des Staatsschutzrechtes gegen die Vorbereitung von terroristischen Gewalttaten und die Anleitung zu solchen Taten, das neue Gesetz zur Kronzeugenregelung, das Gesetz über ein erweitertes Führungszeugnis, die Novellierung der Strafvorschriften zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornografie, bis hin zur Ausweitung der Sicherungsverwahrung, zuletzt durch Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung bei Verurteilungen nach dem Jugendstrafrecht. Die Reform der Führungsaufsicht und eine Novelle des Rechts der freiheitsentziehenden Maßregeln, beide aus dem Jahr 2007, sollen potentielle Opfer von Gewalttaten besser schützen, indem eine effektivere Behandlung und Kontrolle sowohl während des Vollzuges von Strafen und Maßregeln als auch in der Phase danach sichergestellt werden.

Wirtschaft und Gesellschaft befinden sich in einem stetigen Wandel. Technische Fortentwicklungen in der Produktion, vor allem aber in der Kommunikation, schaffen neue Handlungsmöglichkeiten, die man als Fortschritte ansehen kann. Sie sind aber zugleich auch mit neuen Risiken verbunden, die es zumindest abzumildern gilt, wenn man schon nicht jeglichen Missbrauch verhindern kann.

Die durch den Bankensektor ausgelöste weltweite Wirtschaftskrise hält uns noch immer in Atem und niemand wagt zu prognostizieren, welche weiteren Folgen sie noch zeitigen könnte. Ob es nur ein übersteigertes, Risiken missachtendes Gewinnstreben war, das den Kapitalmarkt und in der Folge die ganze Weltwirtschaft hat aus den Fugen geraten lassen, oder ob am Ende auch kriminelle Machenschaften zu dieser Krise beigetragen haben, lässt sich heute noch nicht abschließend beurteilen. Vielleicht kann ja der Vortrag von Herrn Professor *Schröder* zu diesem Thema etwas bewegen.

Ihre Fachtagung fällt in eine Zeit, in der nicht nur eine Legislaturperiode zu Ende geht, sondern die auch einen Rückblick auf fast 10 Jahre nach der Jahrtausendwende und auf 20 Jahre nach der deutschen Einigung nahelegt.

Nicht nur Wirtschaft und Gesellschaft, auch die Politik hatte in diesen Zeitabschnitten große Herausforderungen zu bewältigen.

Es ist sicher auch der kriminologischen Diskussion im vergangenen Jahrhundert zu verdanken, dass die Wirtschaftskriminalität stärker in den Blickpunkt von Öffentlichkeit und Politik gerückt ist. Die wesentlichen strafrechtlichen Reformen zur Bekämpfung von Wirtschaftskriminalität wurden in den 70er und 80er Jahren des letzten Jahrhunderts geschaffen. Als Staatsanwalt gehörte ich damals zu den Pionieren auf diesem Gebiet. In den 90er Jahren nahmen Maßnahmen zur Bekämpfung der Korruption einen wichtigen Stellenwert ein.

Das Thema „Korruptionsbekämpfung“ wird uns auch in der nächsten Legislaturperiode noch beschäftigen. Es gilt, die internationalen Vorgaben der Vereinten Nationen, des Europarats und der EU umzusetzen. Leider hat der Deutsche Bundestag den Entwurf des Bundesministeriums der Justiz wegen der Problematik der Abgeordnetenbestechung nicht abschließend beraten.

Verstärkt wurden zudem die Möglichkeiten, wie zu verhindern ist, dass Wirtschaftsstraftäter auch noch dauerhaft in den Genuss ihres kriminell erzielten Gewinns gelangen. Als Beispiel sei hierfür das Gesetz zur Stärkung der Rückgewinnungshilfe und der Vermögensabschöpfung bei Straftaten zu nennen, das am 1. Januar 2007 in Kraft getreten ist. Dieses Gesetz enthält auch Vorschriften, die es dem Opfer erleichtern, seine Ansprüche gegen den Täter durchzusetzen.

Die kriminologische Wissenschaft begleitet einen Teil unserer Reformmaßnahmen durchaus kritisch. Etliche Foren Ihrer Fachtagung befassen sich eingehend mit diesen Maßnahmen. Schon morgen wird zum Beispiel im Forum 1 das Thema Korruption und Wirtschaftskriminalität und im Forum 2 die Frage einer wirksamen Strategie gegen Gewalt behandelt. Im Forum 3 steht die Problematik „Gewaltschutz“ und „Jugend“ im Vordergrund. Besonders gespannt wäre ich auf das Ergebnis des Forums zur Sicherungsverwahrung.

Diese wünschenswerte kritische Diskussion kann ähnlich wie auch die Erfahrungen aus der Strafrechtspraxis das politische Handeln beeinflussen, da sie die Aufmerksamkeit auf Grenzen bestehender strafrechtlicher Regelungen

gen und damit oftmals auch auf einen bestehenden strafrechtspolitischen Handlungsbedarf lenken kann.

Mit Ausweitungen des strafrechtlichen Schutzes sind zum Teil jedoch auch Eingriffe in Freiheitsrechte verbunden. Dabei ist es ein stetes Anliegen der Rechtspolitik, diese Einschränkungen auf das notwendige Maß zu begrenzen.

Mit den strafrechtlichen Neuregelungen der jüngsten Zeit konnte aber auch eine Stärkung rechtsstaatlicher Garantien erreicht werden: Als Beispiel dafür lassen sich vor allem die Normierung der Verständigung im Strafverfahren, das neue Untersuchungshaftrecht sowie das 2. Opferrechtsreformgesetz anführen.

Die Welt rückt näher zusammen: In einer fortschreitenden internationalen Vernetzung wird unser aller Leben globalisierter. Leider gilt das auch für die Kriminalität. So kennt etwa das Internet, das gerade auch von Wirtschaftskriminellen als Tatmittel missbraucht wird, keine nationalen Grenzen. Zudem nutzen Straftäter bewusst die Grenzen nationaler Reaktionsmöglichkeiten aus, um einer strafrechtlichen Verfolgung zu entgehen. Deshalb wird nicht nur auf Ebene der Europäischen Union, sondern auch weltweit die Zusammenarbeit bei der Kriminalitätsbekämpfung und -verhütung intensiviert.

Auf EU-Ebene haben wir inzwischen eine ganze Reihe von Instrumentarien, die die strafrechtliche Zusammenarbeit vereinfachen und beschleunigen. Einige davon, insbesondere den Rahmenbeschluss zum Europäischen Haftbefehl, haben wir bereits in das deutsche Recht implementiert. Andere europäische Rechtsinstrumentarien müssen noch umgesetzt werden. Ein wichtiges Beispiel dafür ist das Gesetz zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses über die Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung auf Einziehungsentscheidungen. Das Gesetz wird morgen im zweiten Durchgang im Bundesrat beraten werden. Dieser Rahmenbeschluss bezweckt die Verbesserung der Zusammenarbeit bei der Vollstreckung von strafrechtlichen Entscheidungen, die den endgültigen Entzug von Tatwerkzeugen oder Erträgen aus Straftaten anordnen. Dadurch wird die Wirtschaftskriminalität wirksamer bekämpft werden können, denn deren Triebfeder ist das Gewinnstreben um jeden Preis. Es ist deshalb wichtig, grenzüberschreitend sicherzustellen, dass inkriminierte Vermögenswerte durch Einziehung und Verfall EU-weit effektiv abgeschöpft werden.

Abschließend möchte ich Sie noch kurz über aktuelle kriminologische Forschungsvorhaben des Bundesministeriums der Justiz unterrichten. Im Jahre 2006 wurde nach sorgfältigen Voruntersuchungen ein umfangreiches Forschungsvorhaben zur Überprüfung der „Legalbewährung nach strafrechtlichen Sanktionen“, das auch unter dem Stichwort „Rückfallstatistik“ bekannt ist, in Auftrag gegeben. Dieses Vorhaben ermöglicht die Überprüfung erneuter strafrechtlicher Reaktionen prospektiv für einen Zeitraum von drei Jahren. Dieses Vorhaben wird fortgesetzt werden bis 2012 mit dem Ziel, dann auch einen größeren Rückfallzeitraum von sechs Jahren überschauen zu können und erste Aussagen über die zeitliche Entwicklung von Rückfallraten zu ermöglichen.

Für das Bundesministerium der Justiz hat die Kriminologische Zentralstelle eine Begleituntersuchung zur Praxis der sozialtherapeutischen Behandlung von Sexualstraftätern im Justizvollzug und zu den wissenschaftlichen Evaluationen der Länder durchgeführt. Die Veröffentlichung der Ergebnisse in unserer Reihe „recht“ wird gerade vorbereitet.

Des Weiteren fördert das Bundesministerium der Justiz Untersuchungen zum Täter-Opfer-Ausgleich.

Erwähnen möchte ich in diesem Zusammenhang auch den Zweiten Periodischen Sicherheitsbericht, auch wenn sein Erscheinen inzwischen bereits drei Jahre zurückliegt. Auf der Grundlage von Kriminalstatistiken, Strafrechtspflegestatistiken und kriminologischen Forschungsergebnissen zeichnet er ein kohärentes Bild der Kriminalitätslage, der Strafverfolgung und der strafrechtlichen Sanktionen einschließlich des Straf- und Maßregelvollzuges – eine Wissensquelle, auf die auch das Justizministerium immer wieder zurückgreift. Mein nochmaliger Dank gebührt allen, die an seiner Erstellung mitgewirkt haben.

Da die Forschung nur ein kleiner Teilaspekt der Arbeit im Bundesministerium der Justiz sein kann, hoffe ich darauf, dass die kriminologischen Forschungsstellen in und neben den Universitäten aktuelle strafrechtspolitische Forschungsfragen aufgreifen, von denen die Gesetzgeber des Bundes und der Länder sowie ihre Justizministerien schon so oft in der Vergangenheit profitieren konnten.

Diese Fachtagung bietet auch einen willkommenen Anlass, Ihnen für diese Eigeninitiativen ausdrücklich zu danken.

Ihnen allen wünsche ich erkenntnisreiche Fachvorträge, anregende Diskussionen, und vor allem der Veranstalterin, organisatorisch und in personam, einen erfolgreichen Verlauf.

Inhalt

Vorwort V
Grußwort des parlamentarischen Staatssekretärs VII

I. Wirtschaftskriminalität und Strafrechtspraxis

Wirtschaftskriminalität und Korruption – Aktuelle Entwicklungen in der
Rechtsprechung
Thomas Fischer 3

Mehr Freiheitsstrafen für Wirtschaftsstraftäter? Signal aus Karlsruhe
und die Folgen
Carsten Momsen 25

Aktuelle Erscheinungsformen der Wirtschaftskriminalität und
Schwierigkeiten ihrer Bewältigung – Verteidigung in
Wirtschaftsstrafsachen
Eva Schrödel 47

II. Wirtschaftskriminalität aus Sicht der Unternehmen

Wirtschaftskriminalität und Unternehmenskultur
Kai-D. Bussmann 57

Das Compliance Programm von Siemens:
Vorbeugen (Prevent) – Aufdecken (Detect) – Reagieren (Respond) und
fortlaufende Verbesserung (Continuous Improvement)
Klaus Moosmayer 83

Wirtschaftskriminalität – Möglichkeiten und Grenzen von
Präventionsmaßnahmen
Frank M. Hülsberg & Barbara Scheben 97

III. Wirtschaftskriminologie und Wirtschaftsstraftäter

Die konventionelle Theorie als Grundlage der Wirtschaftskriminologie
und des Wirtschaftsstrafrechts
Christian Laue 117

Die Möglichkeiten strafrechtlicher Prävention von Wirtschaftsdelinquenz aus kriminologischer Sicht <i>Johannes Kaspar</i>	135
Persönlichkeit von Wirtschaftsstraftätern: Eine empirische Studie <i>Steffen Salvenmoser & Melanie Schmitt</i>	151
Der Wirtschaftsstraftäter in seinen sozialen Bezügen. Empirische Befunde und Konsequenzen für die Unternehmenspraxis <i>Hendrik Schneider & Dieter John</i>	159
IV. Spezielle Bereiche	
Bestechung ausländischer Amtsträger im Geschäftsverkehr. Eine kriminologische Studie <i>Mark Pieth</i>	173
Korruption in der Privatwirtschaft. Eine kriminologisch-strafrechtliche Untersuchung zur sogenannten Angestelltenbestechung <i>Matthias Braasch</i>	185
Betrug im Gesundheitswesen – Ergebnisse einer empirischen Untersuchung <i>Bernd-Dieter Meier</i>	205
Unternehmensdelinquenz im Gesundheitssystem. Zu Abrechnungsverstößen bei der stationären Versorgung <i>Ralf Kölbl</i>	221
Ursachen und Bewältigung der Finanzmarktkrise aus strafrechtlicher Sicht <i>Christian Schröder</i>	241
Beccaria-Preisverleihung	
Laudatio für Professor Dr. Lawrence Sherman (<i>H.J. Kerner</i>)	255
Laudatio für Professor Dr. Heinz Schöch (<i>D. Dölling</i>).....	265
<i>Verzeichnis der Herausgeber und Autoren</i>	271
<i>Neue Kriminologische Schriftenreihe</i>	273

I. Wirtschaftskriminalität und Strafrechtspraxis

Wirtschaftskriminalität und Korruption

Aktuelle Entwicklungen in der Rechtsprechung

Thomas Fischer

Gliederung

1. Einleitung
2. Reichweite der BGH-Rechtsprechung
3. Überblick über einige Schwerpunkte der BGH- Rechtsprechung
 - 3.1 Amtsträger- Stellung
 - 3.2 Unrechtsvereinbarung- Sozialadäquanz
 - 3.3 Untreue durch verdeckte Schmiergeldkassen
 - 3.4 Schaden
4. Weitere aktuelle Probleme
5. Schluss

1. Einleitung¹

Ich bedanke mich für die Einladung, im Rahmen Ihrer Fachtagung ein einleitendes Referat mit einem Überblick zu dem Themenkomplex Wirtschaftskriminalität zu halten. Ich habe, als ich mit der Vorbereitung des Vortrags begann, zunächst überlegt, ob Sie möglicherweise Kriminologisches von mir zu hören wünschen, oder ob ich versuchen sollte, mich durch Einstreuen empirischer Bezüge als Freund der Kriminologie zu empfehlen. Ich habe mich – zu Ihrem Vorteil, wie ich hoffe – hinsichtlich beider Fragen negativ entschieden. Stattdessen möchte ich mich an das mir vorgegebene Thema halten: (BGH-)Rechtsprechung zu Wirtschaftskriminalität und Korruption. Seine Formulierung ist auslegungsfähig. Bedeutet es: Das Verhältnis der Wirtschaftskriminalität zur Korruption? Ist Korruption Teil der Wirtschaftskriminalität oder etwas ganz anderes? Stehen beide Begriff zufällig oder in programmatischer Absicht nebeneinander? Da im Tagungs-Thema die Korruption nicht (gesondert) vorkommt, habe ich mich dafür entschieden, sie für mich und für Zwecke dieses Referats als Teil dessen zu verstehen, was die Veranstalter wohl dem Begriff „Wirtschaftskriminalität“ zuordnen möchten.

¹ Der Vortragscharakter des Manuskripts ist beibehalten; es ist für die Veröffentlichung nur um einige Quellenangaben und Verweise ergänzt worden.

Diese kleine Vergewisserung zur Einleitung mag mir nachgesehen werden; sie ist nicht als Spitzfindigkeit gemeint. Was „Wirtschaftskriminalität“ ist, ist bekanntlich in hohem Maße streitig. Erhebliche Teile wirtschaftlich motivierter, nach ökonomischen Grundsätzen strukturierter und allein gewinnorientierter Kriminalität werden dem Bereich „Wirtschaftskriminalität“ in der Regel gar nicht zugeordnet; so etwa das Betäubungsmittel-Strafrecht, die Kriminalität im Bereich der Sex-Industrie (also etwa Menschenhandel, Zuhälterei oder Ausbeutung von Prostituierten), Proliferations-Kriminalität, die meist eher dem Bereich des politischen Strafrechts zugeordnet wird. Andererseits sind nicht ganz unerhebliche Teile der „Korruption“ im weiteren Sinn der klassischen „Wirtschaftskriminalität“ nicht zuzuordnen. Die begriffliche Zusammenstellung ist daher nicht in jeder Hinsicht überzeugend. Das ist freilich für mein Thema unschädlich, wenn wir uns darüber einig sind, was hier gemeint ist. Ich möchte im Folgenden versuchen, Ihnen einen kurzen Überblick über einige Schwerpunkte der jüngeren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs im Bereich der „klassischen“ vom Thema genannten Kriminalitätsfelder zu geben. Über die Zuordnung mag man im Einzelnen streiten.

2. Reichweite der BGH-Rechtsprechung

Die tatsächliche Bedeutung und Reichweite der BGH-Rechtsprechung zum Wirtschaftsstrafrecht muss jedenfalls differenziert gesehen werden: Hierzu ist zunächst zu berücksichtigen, dass der weitaus größte Teil des rechtlich problematischen Verhaltens von der formellen Sanktionierung im Strafverfahren gar nicht erfasst wird. Hierbei geht es nicht allein um die übliche Dunkelfeld-Problematik, sondern darum, dass informelle Verhandlungslösungen zwischen Beteiligten sowie vorbeugende Beratungsstrategien erfolgreich darauf abzielen, die Erfassung durch Instanzen der staatlichen Strafverfolgung von vornherein zu vermeiden. Das gilt fast gleichermaßen für die „Täter“- wie für die „Opfer“-Seite, namentlich soweit auf beiden Seiten Unternehmen beteiligt sind.

Darüber hinaus ist hier aber auch auf tiefgreifende Veränderungen des formellen Verfahrens selbst hinzuweisen. Aus vielerlei Gründen, die jeweils in hohem Maß streitig sind und auf die in diesem Rahmen nicht näher einzugehen ist, ist das auf Wahrheits-Erforschung und individuelle Schuld-Zuschreibung ausgerichtete Strafverfahren in der Vergangenheit – jedenfalls nach vielfacher Beurteilung – immer weniger in der Lage gewesen, Sachverhalte

der sog. Wirtschaftskriminalität überhaupt mit einem zufrieden stellenden Maß an Wahrheits-Gewähr, in vertretbarer Zeit und mit sozial akzeptierten Ergebnissen aufzuklären und abzuurteilen. Das hat bekanntlich zu einer ausufernden, vom Gesetz mehr und mehr entfernten Praxis so genannter „Verständigungen“ (Deals) über den Inhalt, die Form und das Ergebnis von Strafverfahren geführt; Wirtschaftsstrafverfahren waren und sind hiervon in besonderem Maß und so großem Umfang betroffen, dass man mit Recht schon vom Entstehen einer (nach h. M.: praeter legem, nach wohl zutreffender a. A.: contra legem) entwickelten Sonder-Verfahrensordnung sprechen kann. Wahrheits-Erforschung ist nur noch eingeschränkt ihr Ziel. Da der Umfang des Erforschungsaufwands unmittelbar mit dem Drohpotential der Seite des Beschuldigten zusammenhängt, das sich letztlich vor allem auf Verfahrensverlängerung, Komplizierung und Fehleranfälligkeit konzentriert, ist auch das Schuldmaß zum Gegenstand der Verhandlung, besser: eines Handels geworden.

Die Senate des BGH sind dieser Entwicklung über lange Zeit nicht ernstlich und konsequent genug entgegen getreten; sie haben sie vielmehr zunächst gar nicht beachtet oder gar geleugnet, schließlich, als dies schlechterdings nicht mehr möglich war, die „Auswüchse“ einzugrenzen versucht. Der große Senat für Strafsachen hat mit der Entscheidung vom 3. März 2005² eine neben der StPO stehende Sonder-Verfahrensordnung faktisch anerkannt, weil – angeblich – ohne eine solche Rechtsfortbildung eine weit reichende Funktionsunfähigkeit der Strafjustiz in Deutschland eintreten werde. Diese Begründung einer richterrechtlichen Verfahrensordnung³ mit Argumenten des Staatsnotstands konnte als zumindest zweifelhaft bezeichnet⁴ werden. Die Diskussion ist aber durch das Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren vom 29. 7. 2009 (BGBl I 2353) vom Gesetzgeber überholt worden, der in der Absicht und Annahme handelte, „Vorgaben“ des BGH (nur) „umzusetzen“. Die Neuregelung ist am 4. August 2009 in Kraft getreten und sieht in §§ 160b, 202a, 212 und 257b, vor allem aber in § 257c StPO ein Abspracheverfahren positiv-rechtlich vor.

Die rechtspolitische und verfahrensrechtliche Bewertung dieses Verfahrens ist nicht Gegenstand meines Vortrags; ich stehe, wie ich an anderer Stelle

2 BGHSt 50, 40.

3 Praktische Anwendungsbereiche vor allem: Wirtschaftsstrafverfahren; Betäubungsmittelverfahren; Sexualstrafverfahren; Verfahren mit Auslandsbezug (Auslandszeugen; Auslieferung).

4 Vgl. dazu *Fischer* NStZ 2007, 433, 434.

dargelegt habe⁵, nicht nur dem Entstehungs- und Begründungsgang des Gesetzes, sondern auch dem Abspracheverfahren insgesamt sehr kritisch gegenüber. Dass, wie § 257c Abs. 1 S. 2 StPO ausführt, die Aufklärungspflicht „unberührt“ bleibe, darf man jedenfalls – in sehr freundlicher Umschreibung – als recht substanzlosen gesetzlichen Euphemismus bezeichnen: Denn die Berührtheit der Aufklärungspflicht ist ja gerade Zweck und Hauptinhalt jeder Verfahrensabsprache.⁶ Dasselbe gilt für die Annahme, unüberprüfbar vorsätzlichen Fehlentscheidungen stehe nun das gesetzliche Verbot von Vereinbarungen über den Schuldspruch entgegen (§ 257c Abs. 2 Satz 3 StPO): Sie verwechselt in für juristisches Denken typischer Weise Sein und Sollen und hält ein Problem daher für „gelöst“, wenn eine Regel vorschreibt, dass es nicht bestehen dürfe. In der Praxis wird aber (selbstverständlich) nicht eine (rechtsbeugende) Absprache dahingehend getroffen, das materielle Recht auf den festgestellten Sachverhalt falsch anzuwenden. Verbreitet sind aber, wie vielfach beschrieben wurde und auch die Erfahrung mit revisionsgerichtlichen Überprüfungen „gescheiterter“ oder fehlerhafter Absprachen nahe legt, Vereinbarungen über die Feststellungen selbst und über das Maß an Wahrheit, welches ihnen zugrunde liegt.

Wenn also etwa, um ein Beispiel zu nennen, in einem größeren Betrugs-Verfahren nach intensiven „Vergleichs“-Verhandlungen eine Vereinbarung getroffen wird, wonach gegen die Ankündigung des Beschuldigten, drei der angeklagten Fälle des Betrugs mit nicht besonders großem Vermögensverlust zu gestehen, vom Gericht zugesagt wird, dass

1. dieses Geständnis „geglaubt“ ,
2. weitere fünf Fälle des Betrugs mit Vermögensverlusten großen Ausmaßes als „nicht nachweisbar“ angesehen und
3. die Einlassung des Beschuldigten zur Gutgläubigkeit bei einer ihm weiter vorgeworfenen Untreue als „unwiderlegbar“ angesehen werden wird,

so bleibt von der gesetzlich angeordneten „Unberührtheit“ des Aufklärungsgrundsatzes und vom Verbot der Absprache des Schuldspruchs faktisch wenig übrig. Hierzu sowie zur grundlegenden Bedeutung des Abspracheverfahrens für die Geltungskraft und die Legitimierungsfunktion des Strafprozesses insgesamt will ich hier nichts weiter ausführen, sondern insoweit auf

⁵ Fischer StraFo 2009, 177 ff.

⁶ Dies erkennen zutr. auch Jahn/Müller NJW 2009, 2625, die daher meinen, die Aufklärungspflicht des § 244 Abs. 2 StPO könne nur „in modifizierter Form“ weiter gelten.

Ausführungen an anderer Stelle verweisen.⁷ Für den Bundesgerichtshof und seine gerichtliche Rechtsprechung zu Fragen des Wirtschaftsstrafrechts ergeben sich freilich weit reichende, kaum zu überschätzende Konsequenzen, die nach meiner Ansicht nicht gründlich genug und nicht im Zusammenhang eines Gesamt-Konzepts des Strafprozesses bedacht worden sind. Sie können stichwortartig zusammengefasst werden:

1. Der weitaus größte Teil der problematischen Verfahren erreicht den Bundesgerichtshof als gemeinsames oberstes Revisionsgericht nicht mehr.
2. Der Bundesgerichtshof ist – zunehmend – mit der revisionsrechtlichen Beurteilung von fiktiven (gemeint: erkennbar fiktiven) Sachverhalten befasst, bei denen sich schon aus den Urteilsgründen ergibt, dass der „festgestellte“ Sachverhalt bestenfalls einen Kompromiss zwischen den Interessenlagen der Verfahrensbeteiligten wiedergibt.
3. Die Entscheidungen des BGH haben, selbst wo es um Grundsatzfragen geht, faktisch nur schwer einschätzbare Wirkung, weil sie vielfach nur als Richtschnur für analoge Grenz- und Positionsbestimmungen im Absprache-Verfahren genutzt werden.
4. Es besteht die Gefahr einer zunehmenden Regionalisierung des Rechts, weil ausgehandelte Verfahren gezielt einer revisionsrechtlichen Kontrolle entzogen werden; hierdurch kommt es zur bedenklichen Ausbildung merkwürdiger „Landrechte“, wie man sie früher vielleicht bei Bagatelldaten und Ordnungswidrigkeiten im amtsgerichtlichen Verfahren kannte.
5. Unklar ist vorerst, welches Maß an Gesetzesgehorsam in der Zukunft von Gerichten, Staatsanwaltschaften und Strafverteidigern zu erwarten ist, nachdem in der Vergangenheit angeblich das Fehlen (!) einer gesetzlichen Regelung über die Zulässigkeit informeller Verfahrensabsprachen verhindert hat, dass diese unterblieben. Kennzeichen von Vereinbarungen zwischen den professionell am Verfahren Beteiligten ist gerade, dass bei Einigkeit jegliche Kontrolle ausgeschaltet werden kann, und dass dies der Natur der Sache nach um so mehr gelingt, je mehr sich das Ergebnis vom Gesetz entfernt und je vorteilhafter dies für die Beteiligten wechselseitig ist. Eine gesetzliche Regelung, die eine derart gravierende strukturelle Schwäche als Grundlage einer „neuen“ Verfahrensordnung voraussetzt, entfernt sich von allen rechtlichen, politischen und psychologischen Erfahrungen, die zur Herausbildung rechtsstaatlicher Verfahrensordnungen

⁷ Vgl. *Fischer StrFo* 2009, S. 177 ff. Dazu auch *Schlothauer/Weider*, Strafverteidiger 2009, 600 ff.; *Meyer-Goßner*, StPO 52. Auflage, Ergänzungsheft, zu § 257c StPO; *Niemöller* in: *Niemöller/Schlothauer/Weider*, Gesetz zur Verständigung im Strafverfahren, Kommentar, 2010, StPO § 257c Rn. 70 ff.

geführt haben, und ersetzt deren differenziertes System interner und externer Kontrolle durch naive Appelle an die rechtliche Gesinnung. Man wird abzuwarten haben, ob der Bundesgerichtshof die zu erwartenden Verstöße gegen die neuen Verfahrensvorschriften (namentlich ihr komplettes Unterlaufen durch schlichtes Nicht-Beachten!) in das System revisionsgerichtlicher Kontrolle überhaupt integrieren können (und wollen). Heute gelegentlich zu hörende Drohungen mit dem Rechtsbeugungstatbestand oder der „konsequenten“ Aufhebung von Urteilen aus fehlerhaft geführten Abspracheverfahren klingen nach meiner Ansicht eher wie ein Pfeifen im dunklen Keller. Viel wahrscheinlicher erscheint es leider, dass die Revisionsrechtsprechung sich, da Verstöße gegen die Abspracheregeln nicht als absolute Revisionsgründe geregelt worden sind, binnen kurzer Zeit auf die Unbeweisbarkeit entsprechenden Rügevorbringens und auf fehlendes Beruhen von geständnis-gestützten Urteilen auf Mängeln des Absprache-Verfahrens einrichten wird. Damit wären die Regeln, die unser Strafverfahren in seinen Grundlagen geändert haben und die der Große Senat für Strafsachen in seinem dramatischen Appell zur Rettung des rechtsstaatlichen Strafprozesses gefordert hat, zu bloßen Ordnungsvorschriften herabgestuft, deren Nichtbeachtung gegenüber der (angeblich) materiellen „Richtigkeit“ des Ergebnisses kein Gewicht hat.

Mit diesen Vorbehalten ist die Rechtsprechung des BGH, gegebenenfalls ergänzt durch verfassungsgerichtliche Vorgaben und Korrekturen, selbstverständlich auch weiterhin bestimmt und geeignet, Leitlinien der Verfolgung von Wirtschaftskriminalität zu setzen und Zweifelsfragen zu klären. Hierbei ist im Bereich der Wirtschaftskriminalität noch deutlicher als in anderen Kriminalitätsfeldern, dass die höchstrichterliche Rechtsprechung weder allein gesetzliche Vorgaben „umsetzt“ noch dass sie regelmäßig autoritativ eigenständige Grenz-Setzungen vornehmen kann. Schon die Vielzahl blankettartiger Tatbestände mit weit reichender Einbeziehung zivilrechtlicher oder verwaltungsrechtlicher Vorfragen sowie privater Gestaltungen, weiterhin die gerade in diesem Bereich verbreitete Verwendung unbestimmter, im Einzelnen hoch umstrittener Rechtsbegriffe stehen dem entgegen.

3. Überblick über einige Schwerpunkte der BGH-Rechtsprechung

Mein kurzer, notwendig lückenhafter Überblick über aktuellere Entwicklungen soll einige wenige Schwerpunkte der jüngeren BGH-Rechtsprechung vorstellen oder in Erinnerung rufen. Es sind dies:

- der Begriff des Amtsträgers im Bereich der Korruptionsdelikte;
- Fragen der Sozialadäquanz der Zuwendung von Vorteilen;
- Fragen im Zusammenhang mit der Untreue, namentlich zu Lasten juristischer Personen des Privatrechts;
- Fragen im Zusammenhang mit dem Schadensbegriff des StGB und dem subjektiven Tatbestand der einschlägigen Straftatbestände.

3.1 Amtsträger-Stellung

Mit dem zunehmenden Rückzug des Staats sowie öffentlich-rechtlicher Körperschaften aus dem Bereich der Daseinsfürsorge ist der Begriff des Amtsträgers in § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB zunehmend unsicher geworden; hier namentlich die Variante des Buchst. c: Amtsträgerschaft aufgrund sonstiger Bestellung zur Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben „bei einer Behörde oder seiner sonstigen Stelle oder in deren Auftrag“, und zwar „unbeschadet der zur Aufgabenerfüllung gewählten Organisationsform“. Sonstige Stellen im Sinne von § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c StGB sind nach der Rechtsprechung des BGH behördenähnliche Institutionen, die bei der Ausführung von Gesetzen mitwirken⁸, zum Beispiel Anstalten des öffentlichen Rechts.⁹ Juristische Personen des Privatrechts können „sonstige Stellen“ sein, wenn Merkmale vorliegen, die eine Gleichstellung rechtfertigen.¹⁰ Insbesondere müssen – in funktionaler Betrachtungsweise – von dem Bestellten Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrgenommen werden. Das ist, insbesondere bei Privatrechts-Subjekten, immer wieder Gegenstand von BGH-Entscheidungen:

- a) Aufgaben öffentlicher Verwaltung sind solche, die ein Hoheitsträger zulässigerweise für sich in Anspruch nimmt; weiterhin Aufgaben, die ein Privatrechtssubjekt als „verlängerter Arm“ hoheitlicher Gewalt zur Umsetzung öffentlicher Interessen wahrnimmt. Liegt eine am Gemeinwohl

8 BGHSt 43, 370; 49, 214; BGH NJW 2007, 2931.

9 Zu öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten als „sonstige Stellen“ vgl. jetzt BGHSt 54, 202.

10 BGHSt 49, 214; 50, 299, 303 = NStZ 2006, 210; NStZ 2006, 628.

orientierte Zielsetzung privatwirtschaftlicher Tätigkeit vor, ist dies ein Indiz für die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben.¹¹ Eine neben gemeinwohlorientierten Zwecken bestehende Absicht der Gewinnerzielung steht der Annahme einer öffentlichen Aufgabe nicht entgegen.¹² Zum Bereich der öffentlichen Verwaltung zählen nach ständiger Rechtsprechung auch Aufgaben der Daseinsvorsorge¹³; weiterhin der erwerbswirtschaftlich-fiskalische Bereich der Verwaltung.¹⁴

b) Wenn eine Tätigkeit von Privatrechtssubjekten ausgeführt wird, kommt es darauf an, ob diese als „verlängerter Arm des Staates“ erscheinen.¹⁵ Das setzt eine organisatorische Anbindung an eine Behörde voraus; weiterhin muss die Tätigkeit inhaltlich mit typisch behördlicher Tätigkeit vergleichbar sein.¹⁶

c) Beispiele aus der neueren Rechtsprechung:

Die Eigenschaft als öffentliche Verwaltung ist bejaht worden zum Beispiel:

- für eine im städtischem Alleinbesitz stehende GmbH, deren wesentliche Geschäftstätigkeit die Fernwärmeversorgung ist;¹⁷
- für eine aus einem Zweckverband entwickelte GmbH zur Müllentsorgung, deren einziger Gesellschafter ein Landkreis ist;¹⁸
- für ein 100%iges Tochterunternehmen der Deutschen Bahn AG im Konzernbereich Fahrweg (DB Netz AG) hinsichtlich des Aufbaus und der Erhaltung des Schienennetzes;¹⁹

Verneint worden sind diese Voraussetzungen:

- für die in einem privatrechtlichen Dienstverhältnis stehenden Angestellten der Flughafen AG Frankfurt;²⁰

11 Beispiele: BGH NJW 2007, 2932, 2934 (kommunale Wohnungsverwaltung); KG NJW 2008, 2132 (kommunale Verkehrsbetriebe); Strafverteidiger 2009, 239 (medizinisch-psychologische Begutachtungsstelle).

12 Beispiel: NJW 2004, 693 (kommunale Energieversorgungs- GmbH); NStZ 2006, 628, 629 (Stadtwerke- AG); NJW 2007, 2932, 2934 (Wohnungsverwaltung).

13 BGHSt 38, 199, 201.

14 BGHSt 31, 269.

15 BGHSt 43, 370, 377; 45, 16, 19; 46, 310, 312 f.; 49, 214, 219; 50, 299, 303 = NStZ 2006, 210, 211; BGH NJW 2004, 693, 694.

16 BGHSt 45, 16; 46, 313; zur Abgrenzung etwa BGH NJW 2007, 2932, 2933 f. mit krit. Anmerkung *Dölling* JR 2008, 171 (nicht bei Bestandsverwaltung kommunaler Wohnungsbaugesellschaft); insg. krit. zur Kriterienbildung des BGH *Heinrich* JZ 2010, 529 ff.

17 BGH NJW 2004, 693; NStZ 2006, 628.

18 BGH *wistra* 2007, 17.

19 BGHSt 52, 290 = NJW 2008, 3724.

20 BGHSt 45, 16.

- für den Geschäftsführer einer GmbH, deren einziger Gesellschafter das Bayerische Rote Kreuz (Körperschaft des öffentlichen Rechts) ist;²¹
 - für statusrechtliche Beamte der ehemaligen Deutschen Bundesbahn, die ohne Bezüge beurlaubt sind und in einem privatrechtlichen Dienstverhältnis mit der Deutschen Bahn AG stehen;²²
 - für Mitarbeiter einer kommunalen Wohnungsbaugesellschaft als einer von vielen Anbietern von Wohnraum, der mit städtischen Belegungsrechten belastet ist;²³
 - für Geschäftsführer und Mitarbeiter einer GmbH als medizinisch-psychologischer Begutachtungsstelle für die Eignung zum Führen von Kfz.²⁴
- d) Bei Beteiligung von Privaten ist ein privatrechtlich, unter Mehrheitsbeteiligung der Öffentlichen Hand organisiertes Unternehmen der Daseinsversorgung nach der Entscheidung des 5. Strafsenats in BGHSt 50, 299²⁵ keine „sonstige Stelle“, wenn der Private durch eine Sperrminorität wesentliche unternehmerische Entscheidungen mitbestimmen kann.²⁶ Der Strafverteidiger *Sven Thomas* hat diese Entscheidung als „die Götterdämmerung des Amtsträgerbegriffs“ bezeichnet.²⁷ Das könnte zutreffen.

Jede der genannten Entscheidungen ist in der Literatur sowohl auf Zustimmung als auch auf Kritik gestoßen. Der BGH geht, wie häufig, einen Weg eher vorsichtigen Vorantastens, ohne über eine im Voraus formulierte Systematik zu verfügen.

- e) Abschließend hierzu: Gesetzgebung ist keine „öffentliche Verwaltung“; das ergibt sich mittelbar auch aus § 108e StGB. Mehrfach hatte sich der BGH mit der Frage zu befassen, ob kommunale Mandatsträger Amtsträger sind. Ursprünglich ging die Rechtsprechung in der Regel hiervon aus. In der Literatur wird Amtsträgerschaft hingegen bejaht, wenn ein Gemeinderat in zusätzlicher Funktion eine konkrete Verwaltungstätigkeit ausübt; sie wird jedenfalls in dem Bereich verneint, in dem der Mandatsträger inhaltlich als Abgeordneter tätig ist. Der Bundesgerichtshof hat sich im Ergeb-

21 BGHSt 46, 310.

22 BGHSt 49, 210.

23 BGH NJW 2007, 2932 mit Anmerkung *Dölling* JR 2008, 171.

24 BGH Strafverteidiger 2009, 239.

25 BGHSt 50, 299 = NJW 2006, 210.

26 Zum Kölner Müllskandal; zustimmend *Saliger* NJW 2006, 3377, 3379 f.; ablehnend *Radtke* NSTZ 2007, 57, 60 f.

27 *Thomas*, Soziale Adäquanz und Bestechungsdelikte, Festschrift für *Heike Jung*, 2007, 973, 975.

nis der letztgenannten, differenzierenden Ansicht angeschlossen.²⁸ Der 5. Strafsenat hat dieses Ergebnis insbesondere auch auf die Annahme gestützt, § 108e StGB enthalte eine abschließende Sonderregelung für die korruptive Beeinflussung von Mandatsträgern in Volksvertretungen. Eine Amtsträgerstellung setzt hier im Ergebnis somit die Wahrnehmung einer konkreten Verwaltungsaufgabe durch den Mandatsträger voraus. Das kommt zum Beispiel in Betracht bei der Entsendung oder Wahl von Mandatsträgern in Gremien, die selbst keine Volksvertretungen sind (zum Beispiel Aufsichtsräte, Ausschüsse).²⁹

3.2 Unrechtsvereinbarung – Sozialadäquanz

Vor zwölf Jahren, zur Zeit der Verabschiedung des Korruptionsbekämpfungsgesetzes vom 13.8.1997, das die Vorschriften der §§ 331 ff. StGB umgestaltet und §§ 299 ff. (neben § 298) neu ins StGB eingefügt hat, herrschte eine kriminalpolitische Stimmung, die dieser wesentlichen Erweiterung der Strafverfolgung von Korruption sowohl im öffentlichen als auch im privaten Sektor ausgesprochen positiv gegenüberstand. Die Interessen und Zielsetzungen eher konservativer Ordnungsfreunde trafen sich mit damals schon 25 Jahre alten Forderungen eher strafrechtskritischer Geister nach Überwindung eines einseitigen Unterschicht-Strafrechts und nach hartem Einsatz strafrechtlicher Instrumentarien auch gegen gewinnorientierte Regelverstöße höherer Gesellschaftsschichten. Beflügelt wurde dies von europarechtlichen Vorgaben, angestoßen vermutlich auch von den Verwerfungen der deutschen Wiedervereinigung und dem Verschwinden von Milliardenbeträgen der mit der Gießkanne über die verdorrten östlichen Landschaften ausgeschütteten Transferleistungen, gestützt von internationalen Stimmungen, Trends und Tendenzen, die auf der Grundlage exorbitanter Dunkelziffer- und Schadensschätzungen Korruption und Geldwäsche zu zentralen Bedrohungen³⁰ der Gesellschaften auch in den USA und Europa definierten.

Vor diesem fast schon strafrechts-euphorischen Hintergrund, der in seinem konjunkturartigen Gewicht wohl nur noch mit dem Aufschwung der Sexual- und Pornographiedelikte verglichen werden kann, erschien selbst eine differenzierende, auf Begrenzungen ausgerichtete Position, wie sie etwa in dem grundlegenden, das spätere Korruptionsbekämpfungsgesetz wesentlich prä-

28 BGHSt 51, 44, 46 ff. (= NJW 2006, 2050; *Kremendahl I*); ebenso BGH NSTz 2007, 36; 2007, 624.

29 BGHSt 51, 44, 58.

30 Zur Kritik an diesem Konzept vgl. *Fischer StGB*, 57. Auflage 2010, § 261 Rn. 4 ff.

genden Gutachten von *Dölling* zum DJT 1996 vertreten wurde, vielen als noch nicht weitgehend genug.

Hiervon ist – nicht ganz überraschend – im Jahr 2009 nicht sehr viel übrig geblieben. Die als Folge der Erweiterung der Unrechtsvereinbarung in § 331 Abs. 1 StGB und der Einführung des § 299 StGB (insbesondere auch nach dessen Ergänzung um Absatz 3 für Bestechungen im ausländischen Wettbewerb im 2002) sowohl von Befürwortern als auch von Skeptikern vorhergesagte Flut von Strafverfahren (oder auch nur: strafrechtlichen Ermittlungsverfahren) ist nicht eingetreten. Ob das Ausmaß öffentlicher oder privater Korruption abgenommen oder zugenommen hat oder gleich geblieben ist, weiß niemand. Offenbar ergeben sich Anhaltspunkte für eine zutreffende Einschätzung auch nicht aus der öffentlichen, medialen und formalen „Bewältigung“ des Problems. Wie viele hundert Tagungen, Lehrgänge, Vorträge zum Thema „Korruptionsbekämpfung“ abgehalten, wie viele „Compliance“-Abteilungen eingerichtet, strukturiert und restrukturiert wurden, kann niemand sagen; die Anzahl der Veröffentlichungen zum Thema ist unüberschaubar. Trotz dieser erheblichen Anstrengungen sind unter dem Eindruck der Schlaglichter, die einige spektakuläre, auch vom BGH entschiedenen Fälle auf die Wirklichkeit geworfen haben, wohl doch Zweifel an der Wirksamkeit, möglicherweise auch am Willen zur Wirksamkeit angezeigt.

Neuere Entscheidungen des BGH befassten sich zum einen mit dem Vorteils-Begriff in § 331 Abs. 1 StGB. Als vermögenswerte Vorteile sind unter anderem angesehen worden:

- Gewährung eines zinslosen Darlehens;³¹
- Honorarzahlungen (zum Beispiel für wertlose „Gutachten“);
- Zur-Verfügung-Stellen technischer Geräte für Forschungseinrichtungen, Klinikabteilungen, etc.

Das ist im Grundsatz weithin unstrittig. Nicht geklärt ist in der Rechtsprechung, ob immaterielle Vorteile nur dann von § 331 StGB erfasst sind, wenn sie mittelbar zu vermögenswerten Vorteilen führen. In der bekannten EnBW-Entscheidung vom 14.10.2008³² hat der 1. Strafsenat entgegen der Ansicht der Vorinstanz (LG Karlsruhe), das Verschenken von Freikarten für Sportereignisse und Einladungen in den „VIP-Bereich“ eines Sponsor-Unternehmens insbesondere an Mitglieder einer Landesregierung als geldwer-

31 BGH NStZ 2005, 334.

32 BGHSt 53, 6 = NJW 2008, 3580.

ten Vorteil angesehen. Dass die Empfänger ohnehin Zugang zu dem Sportereignis gehabt hätten, stand dem nicht entgegen.

Schwerpunkt der Kontroversen und auch der Befassung des BGH sind Fragen der Bewertung der so genannten Unrechtsvereinbarung, im Zusammenhang damit Abgrenzungsprobleme der so genannten Sozialadäquanz sowie der Bildung von Fallgruppen möglicherweise unzulässiger Verknüpfung von Dienstausübung und Vorteilsgewährung oder -vereinnahmung, -forderung oder -angebot. Es ist im Rahmen dieses kurzen Vortrags nicht möglich, hierzu einen einigermaßen vollständigen Überblick zu geben; daher nur einige Stichworte: Zutreffend hat der 1. Strafsenat in der genannten Entscheidung festgestellt, dass „das Merkmal der Unrechtsvereinbarung im Randbereich kaum trennscharfe Korrekturen aufweist“.³³ Dies führt zu Beweisschwierigkeiten, insbesondere jedoch zu einem erheblichen Definitions-Spielraum des Tatrichters. Ob Vorteilsgeber und Vorteilsnehmer ein von §§ 331 ff. StGB pönalisiertes Ziel des „Gegenseitigkeits-Verhältnisses“ verfolgen, ist weitgehend Tatfrage. Nach der Rechtsprechung des BGH sind für die Beurteilung alle Umstände des konkreten Falles, vor dem Hintergrund

- einerseits der gesetzlich weitgehenden Zielrichtung des Gesetzgebers,
- andererseits des sozialen und wirtschaftlichen Sinn-Zusammenhangs der jeweiligen Fallgestaltung,

zu bewerten und zu berücksichtigen. Dies führt etwa im Bereich des Sponsoring öffentlicher Sport- oder Kulturveranstaltungen regelmäßig zu anderen Bewertungen als etwa bei der Beurteilung von Zuwendungen an private Vereine oder einzelne Amtsträger im Zusammenhang mit der Absatzförderung von Unternehmen und möglichen verdeckten Provisionen oder Kick-Backs.³⁴

Drittmittel-Einwerbung und Sponsoring sind, auch nach inzwischen ständiger Rechtsprechung des BGH, nicht von vornherein mit einer Vermutung für strafbares korruptives Verhalten belastet. Hier, wie auch in anderen Bereichen, insbesondere im Bereich

- des Beschaffungswesens im weiteren Sinne inklusive des Bauwesens,
- öffentlicher Kassen und Sozialsysteme,
- des Gesundheitswesens,

³³ BGHSt 53, 6, 17.

³⁴ Klassisches Beispiel: Zur Verfügung-Stellen von Großgeräten für Klinikabteilungen mit der Möglichkeit der Privat-Liquidation durch den Abteilungsleiter = Chefarzt.

gibt es weiterhin zahlreiche Zweifelsfragen und Abgrenzungsnotwendigkeiten. Dies mag in Einzelfällen zu Unsicherheiten führen. Freilich kann aus Sicht der Rechtsprechung einem nicht selten zu hörenden allgemeinen Wehklagen über eine angeblich komplette Verunsicherung von Entscheidungsträgern und Verantwortlichen an korruptionsgefährdeten Stellen nicht zugestimmt werden. Die gelegentlich beklagten angeblich „unüberwindlichen“ Auslegungs- und Feststellungsschwierigkeiten erscheinen im Ergebnis doch recht oft als interessengestützte Resultate ungenügenden Rechts-Willens – volkstümlich formuliert: als Nebelkerzen des Lobbyismus.

Besonders hinzuweisen ist noch auf die Entscheidung des 3. Strafsenats zu Parteispenden zur Wahlkampfunterstützung in BGHSt 49, 275.³⁵ Hier hat der 3. Strafsenat entschieden, eine Notwendigkeit einschränkender Auslegung der §§ 331, 333 StGB ergäbe sich bei Zuwendungen zur allgemeinen „Klimapflege“ an Wahlbewerber/Parteivertreter im Wahlkampf aus dem Gleichheitsgrundsatz. Danach dürfe ein Wahlbewerber, der (schon) Amtsträger ist (Wiederwahl!), nicht schlechter gestellt werden als ein Bewerber, der sich um dieses Amt erst bewirbt. Gegen dieses Argument ist – mit erheblicher Plausibilität – eingewandt worden, eine solche Differenzierung zwischen Amtsträgern und Nicht-Amtsträgern sei gerade der Sinn des Gesetzes.³⁶ Es mag aber in der Tat für den Wahlkampf – also für eine mögliche Bevorzugung zukünftiger Amtsträger – eine besondere Fallgruppe anzunehmen sein. Das ändert aber nichts daran, dass die Grenze zwischen der allgemeinen Förderung von Zielen, Vorstellungen und Interessen und unlauterer Einflussnahme zur Verfolgung von Individualinteressen hier einheitlich zu bestimmen ist und im Einzelfall problematisch sein kann. Wie im Bereich der Drittmittelbeschaffung, der Honorierung von Nebentätigkeiten sowie des Sponsorings im weiteren Sinne gewinnen bei der Feststellung und Beweiswürdigung insbesondere Vorkehrungen zur Verschleierung erhebliches individuelles Gewicht, nicht nur für Vorsatz und Unrechtsbewusstsein, sondern bereits für das Bestehen einer Unrechtsvereinbarung: Wer aufwändige gesellschaftsrechtliche oder finanztechnische Konstruktionen benutzt, um Zuwendungen zu verschleiern, kann schwerlich mit der Erklärung gehört werden, er habe diese als „ganz normalen Vorgang“ angesehen.

Im Bereich des § 299 StGB ist es in der 16. Wahlperiode zum Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens eines Zweiten Korruptionsbekämpfungsgesetzes

35 Fall *Kremendahl*, Wuppertal.

36 Vgl. etwa *Kargl* JZ 2005, 503, 512; *Zöller* GA 2008, 151, 163; zust. aber z.B. *Knauer/Kaspar* GA 2005, 385, 399.

nicht gekommen. Ob dies möglicherweise an Fragen des § 108e StGB (Abgeordneten-Bestechung) und damit zusammenhängenden Problemen lag, die seit Jahrzehnten trotz angeblicher Übereinstimmung in der Beurteilung der Dringlichkeit nicht gelöst werden können, vermag ich nicht zu sagen.

Erstaunlich ist, dass die Anzahl von Strafverfahren, erst Recht von Verurteilungen nach § 299 StGB, bisher außerordentlich gering ist. Es ist, nicht erst seit den Erkenntnissen aus den Siemens-Verfahren und manchen Enthüllungen aus dem Bereich des Pharma-Vertriebs, nicht vorstellbar, dass allein die Einführung der Strafdrohung zu einem dramatischen tatsächlichen Rückgang korruptiver Verhaltensweisen geführt haben könnte, die zuvor jahrelang als geradezu ubiquitär bezeichnet wurden. Vielmehr wird, selbst noch nach Ausdehnung des Tatbestands auf den ausländischen Wettbewerb, immer wieder offen (und mit wahrhaft erstaunlicher Flexibilität der Rechtstreue-Anforderungen) darauf hingewiesen, ohne Korruption sei ein Absatz in dieser oder jener Branche, in diesem oder jenem (fernen) Ausland gar nicht möglich. Hierzu ist allgemein zu sagen, dass klare Entscheidungen des nationalen wie des europäischen Gesetzgebers einer solchen Ansicht entgegenstehen. Sie findet daher im Gesetz keine Stütze und sollte als das verstanden und behandelt werde was sie ist: eine kaum verhohlene Aufforderung zu Straftaten, jedenfalls aber deren Bagatellisierung.

Der 2. Strafsenat hat im Siemens-Fall³⁷ entschieden, § 299 StGB sei vor der Einführung des Absatz 3 auf Taten im ausländischen Wettbewerb nicht anwendbar gewesen. Diese Entscheidung hat, soweit ersichtlich, allgemeine Zustimmung gefunden.

3.3 Untreue durch verdeckte Schmiergeldkassen

Mit der zuletzt zitierten Entscheidung des 2. Strafsenats bin ich bei dem dritten Teil meines Überblicks angelangt: dem Problemfeld „Verdeckte Kassen“.

Der BGH hatte mehrmals schon in der Vergangenheit die Frage zu entscheiden, ob so genannte schwarze Kassen im öffentlichen Bereich, also im Zusammenhang mit der so genannten Haushaltsuntreue, durch § 266 StGB erfasst werden.³⁸ In der Entscheidung BGHSt 51, 100³⁹ hatte der 2. Strafsenat

37 BGHSt 52, 323.

38 Vgl. etwa BGHSt 40, 287, 294 ff.; BGH NSTZ-RR 2005, 83 ff.

39 Urteil vom 18.10.2006, Fall *Kanther/Weyrauch*.

nat dann eine „Schwarze Kasse“ unter dem Gesichtspunkt der Untreue zulasten einer politischen Partei, also eines nicht rechtsfähigen Vereins, zu beurteilen; der Sachverhalt ist bekannt. Im Anschluss an frühere Entscheidungen hat der Senat hier eine vollendete Untreue schon mit Einrichten der so genannten Schwarzen Kasse und unabhängig von einer konkreten Verwendungsabsicht angenommen, wenn und weil das Entziehen oder Vorenthalten von Vermögenswerten vor dem Treugeber (hier: dem Verein) diesem die Möglichkeit nahm (und nehmen sollte), nach Maßgabe seiner Vertretungsregelungen (Vorstand, Parteitag) über die Verwendung des Geldes zu verfügen. Hierin lag zum einen eine Pflichtwidrigkeit der angeklagten Partei-Mitglieder. Zum anderen war auch ein (vollendeter) Schaden (Nachteil im Sinne von § 266 Abs. 1 StGB) gegeben. Das Vorenthalten oder Beiseiteschaffen von Vermögen auf verschleierte Drittkonten (Stichwort: Stiftung „Zaunkönig“, Liechtenstein) hatte hier nicht nur eine faktische Einschränkung der Dispositions-Möglichkeit des Treugebers zur Folge, sondern führte zu einem effektiven Vermögensverlust. Ohne Einfluss auf die Feststellung des Schadens blieb es, dass die Täter „letzten Endes“ die ideellen Interessen des Treugebers fördern⁴⁰ und sich nicht persönlich bereichern wollten.

Eine ähnliche, aber weitergehende Problematik stellte sich wiederum dem 2. Strafsenat im Fall Siemens.⁴¹ Hier hatten bekanntlich zwei Manager der Siemens AG, die in einem Geschäftsbereich führend tätig, aber nicht Mitglieder des Zentralvorstands waren, erhebliche Geldmittel in verdeckten Kassen geführt und zur Bestechung von leitenden Mitarbeitern einer italienischen Aktiengesellschaft verwandt, um durch Manipulation von Ausschreibungsverfahren Großaufträge für Kraftwerksbauten zu akquirieren. Die Führung der verdeckten Kassen und die Bestechung im Ausland erfolgten entgegen einer ausdrücklichen Compliance-Vorschrift und nach der Feststellung des Landgerichts ohne Wissen des Zentralvorstandes; die erlangten Geschäftsabschlüsse führten zu einem Gewinn der Siemens AG von über 100 Millionen Euro. Der Senat hat in diesem Fall – kurz zusammengefasst – entschieden:

- Die Einrichtung oder Unterhaltung von so genannten Schattenkassen zum Zweck der Schmiergeldzahlung ist pflichtwidrig, wenn sie ohne wirksame Zustimmung des Vermögensinhabers und ohne dessen Wissen erfolgt.

40 Freilich nach Maßgabe rein persönlicher Beurteilung und Vorlieben, deren Durchsetzung außerhalb des legitimierten Entscheidungsverfahrens der Partei durch deren Satzung gerade ausgeschlossen war. Vom Schwarzgeldkonto flossen je nach Sympathie und Stimmungslage des angeklagten Vorstandsmitglieds Beiträge an einzelne Orts- und Kreisvereine oder Kandidaten zur Unterstützung dortiger Aktivitäten.

41 Urteil vom 29.08.2008, BGHSt 52, 323.

- Eine Zustimmung kann die Pflichtwidrigkeit grundsätzlich entfallen lassen, wenn sie rechtlich zulässig und wirksam ist und vom zuständigen Organ einer juristischen Person erteilt wird.
- Ob sich aus § 76 Absatz 1 AktG eine allgemeine Zustimmungsbefugnis des AG-Vorstands zur Einrichtung von Schmiergeldkassen ergibt, oder ob insoweit eine Einschränkung aus § 93 AktG erfolgt, konnte im konkreten Fall offen bleiben; vieles spricht für eine normative Einschränkung der Zustimmungsbefugnis.
- Für die Pflichtwidrigkeit im Sinne von § 266 Abs. 1 StGB ohne Belang ist der vom Täter verfolgte Verwendungszweck „letzten Endes“ zum Vorteil des Treugebers zu handeln.
- Ein Vermögensschaden ist schon mit Einrichten der Schattenkasse gegeben. Es handelt sich nicht um einen so genannten „Gefährdungsschaden“, sondern um einen endgültigen Vermögensverlust. Spätere Rückzahlungen oder mittelbare Vorteile sind nur Schadenswiedergutmachungen.
- Weder der durch Schmiergeldzahlung erlangte Abschluss von Verträgen mit Dritten noch gar schon die Absicht hierzu stellen unmittelbare Kompensationen dar, die der Entstehung eines Schadens rechnerisch entgegenstehen.

Diese Entscheidung des 2. Strafsenats ist verschiedentlich kritisiert worden.⁴² Ich kann an dieser Stelle hierauf nicht im Einzelnen eingehen.⁴³ Beispielhaft hervorheben will ich einen mir fern liegend erscheinenden Einwand: Die Entscheidung „bekämpfe“ die Korruption mithilfe des Untreuetatbestands; die dogmatische Konstruktion erfolge nur, um zu einer Strafbarkeit der Schmiergeldzahlungen zu gelangen und weil § 299/§ 334 StGB im konkreten Fall nicht anwendbar gewesen seien. Dies unterlaufe die §§ 299, 331 ff. und tausche unzulässig das Rechtsgut des § 266 StGB aus.⁴⁴ Dieser Einwand überzeugt schon im Ansatz nicht: Korruption ist nicht nach § 266 StGB, sondern nach Maßgabe der Korruptions-Tatbestände (§§ 299, 331 ff. StGB) strafbar. Wer von § 266 StGB nicht erfasst werden möchte, darf fremdes Vermögen nicht treuwidrig schädigen. Niemand schreibt Korruptionstätern vor, Schmiergeld mit gestohlenem, geraubtem oder treuwidrig entzoge-

42 Wobei das wissenschaftliche Anliegen gelegentlich dadurch geschwächt erscheinen mag, dass Mandats- und Beratungsverträge von Kritikern in derselben oder einer parallelen Sache bestehen.

43 Vgl. *Fischer*, NSTz-Sonderheft für *Miebach*, 2009, 8 ff.; *ders.*, Strafverteidiger 2010, 95 ff.

44 Vgl. zur Kritik stellvertretend *Jahn* JuS 2009, 173; *Schlösser* HRRS 2009, 19; *Knauer* NSTz 2009, 51; *Satzger* NSTz 2009, 297.

nen Geld zu leisten. Dass Diebstahl, Raub und Untreue strafbar sind, hat mit § 299 oder §§ 331 ff. StGB nichts zu tun.

Im tatsächlichen Bereich ist wohl davon auszugehen, dass die Entscheidung des 2. Strafsenats im Fall Siemens zur Einrichtung von Schattenkassen erhebliche Folgen gehabt hat und weiter haben wird. Eine offene Zustimmung von AG-Vorständen oder GmbH-Geschäftsführern zur Errichtung von Schmiergeldkassen ist angesichts der klaren gesetzlichen Entscheidung ausgeschlossen. Selbst wenn sie erteilt würde, dürfte sie im Hinblick auf § 93 AktG, § 43 GmbHG unwirksam sein. Daher handelt in der Regel untreu im Sinne von § 266 Abs. 1 StGB, wer einer treugebenden juristischen Person des Privatrechts Geldmittel zum Zweck der Schmiergeldzahlung entzieht. Wo bereits Schattenkassen existieren, ist der Tatbestand danach schon vollendet; Rückzahlungen sollten unter dem Gesichtspunkt der strafmildernden Schadenswiedergutmachung baldmöglichst erfolgen.

Nicht entschieden hat der BGH bislang, ob diese Grundsätze auch dann gelten, wenn (allein-)vertretungsberechtigte Geschäftsführer oder Vorstände handeln. Aus dem Vorangehenden ergibt sich nach meiner Ansicht, dass schon im Hinblick auf die gläubigerschützenden Vorschriften des Gesellschafts- und Bilanzrechts erhebliche Gesichtspunkte für eine solche Annahme sprechen. Auch allein geschäftsführende Gesellschafter und AG-Vorstände sind nicht Einzelkaufleuten gleichzustellen; das von ihnen zu betreuende Gesellschaftsvermögen bleibt fremd im Sinne von § 266 Absatz 1 StGB. Wer die Haftungsbeschränkungen der juristischen Person im Verhältnis zu den Gläubigern in Anspruch nehmen will, kann m. E. nicht andererseits unter Verweis auf seine Geschäftsführungsbefugnis verlangen, hinsichtlich seiner Vermögensbetreuungspflicht wie ein Einzelkaufmann gestellt zu werden. Ob insoweit eine Grenze in Fällen erreicht ist, in denen geschäftsführende Alleingesellschafter einer GmbH handeln, mag dahinstehen. Mit Spannung sind jedenfalls zukünftige Entscheidungen des BGH zu erwarten, die sich mit Schattenkassen durch Vorstands- und Geschäftsführerhandeln befassen.

Von großem Interesse ist die Frage, wie sich die – auch in der Folge der Siemens-Entscheidung entstandene – angeblich schockartige Erkenntnis, dass Schwarze Kassen und Schmiergeldkonten strafbar sind, wirtschaftlich auswirken wird. Wir haben über viele Jahre gehört, dass lukrative Auslandsgeschäfte in manchen Gegenden der Welt ausschließlich mittels Korruption erreichbar seien und dass jede Einschränkung die Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Exportindustrie und damit den „Standort Deutschland“ beschädi-

gen würde. Dies steht in offenem Gegensatz zu § 299 Absatz 3 und § 334 StGB in Verbindung mit dem Internationalen BestechungsG. Es bedürfte daher unbedingt einer Erklärung, wenn ein (krisenbereinigter) Rückgang der Auslandsaufträge trotz nunmehr gesetzestreuem Verhalten nicht einträte. Denn dies könnte letztlich nur zwei verschiedene Gründe haben: Entweder war die Korruption schon früher gar nicht „erforderlich“; diese Erkenntnis würde ein sehr merkwürdiges Licht auf die Rationalität jahrzehntelangen unternehmerischen Handelns werfen. Oder die gesetzlichen Verbote werden weiterhin nicht befolgt, sondern – ggf. auf neuen Wegen – umgangen. Dies müsste zu rechtspolitischen Konsequenzen führen, wenn nicht die mit größtem Aufwand dargebotene „Korruptionsbekämpfung“ sich als schlichte Produktion heißer Luft enthüllen wollte.

3.4 Schaden

Eine derzeit innerhalb des BGH strittige, spannende Frage ist die nach einer möglichen Neubestimmung des Schaden-Begriffs in § 263 und § 266 StGB, damit zusammenhängend nach dem Inhalt des Begriffs des „Gefährdungsschadens“ (herkömmlich: „schadensgleiche Vermögensgefährdung“) und nach den Anforderungen an den subjektive Tatbestand des Schadens-Merkmals, insbesondere des bedingten Vorsatzes. Hier gibt es eine interessante und ans Grundsätzliche rührende Kontroverse zwischen dem 2. Strafsenat⁴⁵ und dem 1. Strafsenat.⁴⁶ Kurz zusammengefasst:

- Der 1. Strafsenat will den Begriff des Gefährdungsschadens als „verschleiern“ und „überflüssig“ abschaffen;
- Er will den Vermögensschaden durchgängig nach Maßgabe betriebswirtschaftlicher Bewertungs- und Bilanzregeln feststellen;
- Er will schließlich auf die Kategorie des bedingten Vorsatzes bei der Schädigung durch Kreditbetrug, Kredituntreue sowie Betrug und Untreue bei Risikogeschäften ganz verzichten; nach seiner Ansicht liegt hier stets direkter Vorsatz vor.
- Der 2. Strafsenat hält dagegen an der auch normativen Konstruktion eines Gefährdungsschadens fest.
- Er will an Begriff und Voraussetzung des bedingten Vorsatzes festhalten.

45 Insbesondere im Hinblick auf die *Kanther-* und *Siemens-*Entscheidungen BGHSt 51, 100 und BGHSt 52, 323; vgl. jetzt auch Beschl. vom 7. April 2010- 2 StR 153/ 09.

46 Insbesondere NJW 2008, 2451 und BGHSt 52, 199. Vgl. dazu auch schon einerseits *Nack StraFo* 2008, 277 ff.; andererseits *Fischer StraFo* 2008, 269 ff.

- Er will den bedingten Vorsatz des Gefährdungsschadens in einzelnen Fallgruppen im Sinne des Erfordernisses einer „überschießenden Innentendenz“ einschränken; danach soll der bedingte Vorsatz des Gefährdungsschadens nicht nur die Kenntnis und Billigung der Verlustmöglichkeit, sondern auch eine Billigung der „endgültigen“ Verwirklichung des Verlust-Risikos voraussetzen.

Namentlich der letztere Vorschlag⁴⁷ wird in der Literatur als dogmatisch widersprüchlich kritisiert.⁴⁸ Ähnliche Einwände haben freilich den BGH in der Vergangenheit nicht gehindert, zusätzliche subjektive Hürden bei anderen Tatbeständen aufzustellen.⁴⁹ Auch das Bundesverfassungsgericht hatte in der Entscheidung zur Geldwäsche von Strafverteidigern⁵⁰ eine ähnliche Konstruktion zur Tatbestandseinschränkung gewählt, obgleich sie dem Wortlaut des § 261 StGB nicht zu entnehmen ist. In einer ersten Entscheidung zum Begriff des Gefährdungsschadens aus dem Jahr 2009⁵¹ hat das Bundesverfassungsgericht festgestellt, dass die vom 2. Strafsenat vorgeschlagene einschränkende Rechtsauslegung „gerade dem Bestimmtheitserfordernis aus Art. 103 Absatz 2 GG Rechnung tragen (kann).“ Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts in noch anhängigen Verfahren (insbesondere auch zum Fall Siemens) bleibt abzuwarten. Ich habe weiterhin die Hoffnung, dass sich die differenzierende Position des 2. Strafsenats, der am „Gefährdungsschaden“ als „Durchgangsschaden“ festhalten will, im Ergebnis durchsetzen wird.

47 BGHSt 51, 100, 120 ff; ebenso NStZ 2007, 704; Beschl. v. 7. April 2010- 2 StR 153/09.

48 Vgl. schon *Bernsmann* GA 2007, 219 ff.; *Saliger* NStZ 2007, 545; *Beulke* in: Festschrift für *Eisenberg*, 2009, S. 372 ff.

49 Vgl. etwa BGHSt 46, 53 ff. (1. Strafsenat) zur Strafvereitelung durch Verteidigerhandeln; dort freilich auf der Grundlage einer tatsächlichen „Vermutung“, wonach Strafverteidiger regelmäßig den von § 258 Abs. 1 StGB vorausgesetzten direkten Vereitelungsvorsatz nicht aufweisen sollen (zur Kritik vgl. *Fischer* StGB 57. Auflage § 258 Rn. 26 f.). Dies wird dann auf „verteidigungs-spezifische“ Begleitfaktoren ausgedehnt (vgl. schon BGHSt 38, 345), was auf eine rechtliche Privilegierung hinausläuft, die zwar möglicherweise rechtspolitisch sinnvoll ist, aber aus dem Gesetzeswortlaut nicht folgt.

50 Urteil vom 30.03.2004, BVerfGE 110, 226 = NJW 2004, 1305.

51 Beschluss vom 10.03.2009 - 2 BvR 1980/07, StV 2010, 70 (Besprechung *Fischer* StV 2010, 95; *Küper* JZ 2009, 800; Anmerkungen von *Schäfer* JR 2009, 289; *Rübenstahl* NJW 2009, 2392; *Schlösser* NStZ 2009, 663).

4. Weitere aktuelle Probleme

Ich möchte zum Schluss einige kurze Hinweise zu Fragen geben, die der Bundesgerichtshof bislang nicht beantwortet hat.

Die Neuregelungen des Gesellschaftsrechts durch das MoMiG, das am 1.11.2008 in Kraft getreten ist, haben insbesondere auch § 30 Abs. 1 GmbHG geändert. Das wird sich vermutlich auf Fragen der Untreuestrafbarkeit von GmbH-Geschäftsführern bei existenzgefährdenden Eingriffen auswirken. Insoweit ist auch insbesondere auf die Entscheidung des II Zivilsenats im Fall Trihotel hinzuweisen⁵², mit der die Haftung von GmbH-Gesellschaftern von der Existenz-Gefährdung (§ 30 GmbHG) gelöst und als Fall einer schadensersatzrechtlichen Innenhaftung nach § 826 BGB angesehen wurde. Das könnte sich auf die strafrechtliche Bewertung auswirken. In einer ersten Entscheidung hierzu hat der 2. Strafsenat entschieden⁵³, dass die Änderung der zivilrechtlichen Haftungsgrundlage jedenfalls nicht zum Wegfall der Pflicht des GmbH-Geschäftsführers führt, außerhalb des Liquidationsverfahrens existenzgefährdende Eingriffe zu unterlassen.

Noch keinen Widerhall in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs haben bislang Sachverhalte und Fälle gefunden, die unmittelbar mit der Finanzkrise der Jahre 2008/2009 zusammenhängen.⁵⁴ Fälle von „Schneeballsystemen“, die schon bisher und weiterhin abgeurteilt werden, stellen sich meist als „gewöhnliche“ Betrugs- oder Untreuesysteme dar. Beispiel hierfür ist die oben erwähnte Entscheidung BGHSt 53, 199 des 1. Strafsenats. Freilich kann man darüber ernsthaft nachdenken, ob und unter welchen Bedingungen die im Herbst 2008 geplatzte Finanzblase insgesamt als eine Art allgemeines „Schneeballsystem“ anzusehen sein könnte. Denn offenbar lagen weder den tatsächlich entstandenen Gewinnen noch den Gewinnversprechungen oder gar den in Billionenhöhe begründeten spekulativen Kreditschöpfungen reale Werte zugrunde, so dass die in Aussicht gestellte unabsehbare Fortdauer der wundersamen Geldvermehrung bei rationaler Betrachtung von vornherein ausgeschlossen war. Eben dies ist aber ein wesentliches Kennzeichen betrügerischer Schneeballsysteme. Sie verlieren diesen Charakter nicht schon dadurch, dass sie eine globale Größe erreichen.

52 BGHZ 173, 246 = NJW 2007, 2689.

53 BGHSt 54, 52 = NJW 2009, 3666.

54 Vgl. dazu jetzt auch die Beiträge in *Schünemann* (Hrsg.), Die sogenannte Finanzkrise-Systemversagen oder global organisierte Kriminalität? (Tagungsband eines Symposiums vom 31.10.2009), 2010.

Dies mag Schlussfolgerungen in verschiedene Richtungen nach sich ziehen. Hierzu nur zwei Anmerkungen:

- Die Einlassung der Verantwortlichen von Finanzdienstleistern, sie hätten die von ihnen vertriebenen Finanzprodukte selbst nicht verstehen und überschauen können, kann unter dem Gesichtspunkt des bedingten Vorsatzes (des Betrugs bei Fremdgeschäften, der Untreue bei Eigengeschäften) nicht überzeugen.
- Die soweit ersichtlich einhellige Ansicht, Systeme wie das „System Mad-doff“, also Schneeballsysteme von großem Umfang, seien im Ergebnis „schlichte“ Betrugs-Fälle und durch § 263 StGB oder § 266 StGB ohne besondere dogmatische Schwierigkeiten zu erfassen, würde bei Anwendung der auch von der neueren BGH-Rechtsprechung angewandten Regeln zu der Annahme führen, dass tausende von Anlegern, die über Jahre mit diesem System gut verdient haben, in Wahrheit Opfer von Vermögensstrafataten waren. Dies zeigt, dass bei Überschreiten bestimmter Grenzen zu „systemrelevanten“ Größenordnungen nicht nur Tatbestände verschwimmen können, sondern zusehends auch Täter- und Opferrollen. Dies ist freilich ein eher schon kriminologisches Problem. Es ist jedenfalls mit Spannung zu erwarten, ob der aufgeregte Nebel angeblich vollständiger Unvorhersehbarkeit und Gutgläubigkeit und die an Naturkatastrophen erinnernden Sprachregelungen zur Finanzkrise eine straf- (und schadensersatz-) rechtliche Erfassung ihres sozialschädlichen Handlungskerns verhindern werden. Die vielfach erhobenen Forderungen, das Strafrecht solle sich aus der (Selbst-)Regulierung der Marktwirtschaft heraushalten⁵⁵, zeigen insoweit interessante Interessen-Konstellationen und verweisen auf weit reichende Konsequenzen.

Und schließlich: die derzeit lebhaft diskutierten Fragen der Korruption im Bereich des Vertragsarzt-Systems und des Gesundheitsbereichs insgesamt sowie Probleme einer möglichen Beauftragtenstellung oder Treuepflicht von Vertragsärzten gegenüber fremdem Vermögen (namentlich der Krankenkas-

55 Beispielhaft sei verwiesen auf *Lüderssen*, Finanzmarktkrise, Risikomanagement und Strafrecht, Strafverteidiger 2009, 486 ff.; sowie auf die Beiträge in *Kempff/Lüderssen/Volk* (Hrsg.), Die Handlungsfreiheit des Unternehmers – wirtschaftliche Perspektiven, strafrechtliche und ethische Schranken (Tagungsband eines Symposiums im Institute for Law and Finance, Universität Frankfurt, am 6./7.11.2008), 2009. Die Beiträge der Folgetagung vom 20./21.11.2009 zur Finanzkrise werden im Laufe des Jahres 2010 erscheinen. Zur Abgrenzung oder Überschneidung von Täter- und Opferrolle vgl. dort insb. den Beitrag von *Arzt*.

sen) haben den Bundesgerichtshof noch nicht erreicht. Auch dem kann mit Spannung entgegen gesehen werden.

5. Schluss

Ich bin am Ende meines kurzen Überblicks über einige Felder wirtschaftsstrafrechtlicher Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs angelangt. Fragen des § 266a StGB (Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt), der §§ 283 ff. StGB (Bankrott- und Insolvenzstrafrecht), des Wertpapierhandels sowie des weiten Bereichs des Steuerstrafrechts (materiellrechtlich und verfahrensrechtlich, etwa bei der Verwertung illegal beschaffter Steuerdaten) fehlen in meiner Zusammenstellung. Sie hätten den Rahmen endgültig gesprengt.

Ich hoffe, ich habe Ihnen trotzdem einen knappen Eindruck davon vermitteln können, dass und wie der Bundesgerichtshof an der Fortentwicklung von Grenzziehungen der Sanktionierung im wirtschaftlichen Bereich mitwirkt. Dass er die allgemeinen gesellschaftlichen Verständigungsprozesse über das Gewünschte, Sozialadäquate oder zu Sanktionierende oft nur abbilden, gelegentlich mitbestimmen, nie aber selbst setzen kann, wird gerade in den dargestellten neuen Diskussionen deutlich.

Mehr Freiheitsstrafen für Wirtschaftsstraftäter? Signale aus Karlsruhe und die Folgen

Carsten Momsen

Gliederung

1. Einleitung
2. Das „Signal aus Karlsruhe“? – Die Entscheidung des 1. Strafsenats vom 2. Dezember 2008
3. Weitere Entscheidungen der Senate des BGH
4. Ausweitung der strafrechtlichen Haftung in Großunternehmen -
5. „Kollateralschäden“ einer vollstreckbaren Freiheitsstrafe
6. Absprachen – die entscheidende Determinante
7. Ergebnis

1. Einleitung

Vergangenen Herbst war in einem vielgelesenen Internet-Medium folgende Nachricht zu lesen:

„Studie: Wirtschaftskriminalität verursacht Milliarden Schaden“

„Die Wirtschaftskriminalität ist dem Bundeskriminalamt zufolge 2008 deutlich zurückgegangen - insgesamt ist durch Delikte in diesem Bereich aber noch immer ein Schaden von weit mehr als drei Milliarden Euro entstanden.“

Im zweiten Jahr in Folge ging die Zahl der entdeckten Wirtschaftsdelikte zurück, diesmal um 3,8 Prozent. Die Schadenssumme lag sogar um 16,7 % unter der des Vorjahres. Die Zahl der registrierten Tatverdächtigen sank um 5,7 % auf knapp 35.500“.¹

Bereits diese Daten deuten daraufhin und auch die folgende Analyse wird ergeben, dass sich mithin weder eine valide empirische Aussage dahin gehend treffen lässt, dass Wirtschaftsstraftäter in den letzten Jahren in Ansehung der abgeurteilten Straftaten häufiger mit Freiheitsstrafen belegt werden, als dies

1 Spiegel-online v. 11.09.2009.

zuvor der Fall gewesen ist, noch hat sich die materiell-rechtliche Gesetzeslage zwischenzeitlich so verändert, dass dies in unmittelbarer Zukunft zu erwarten wäre – völlig ungeachtet der davon zunächst zu trennenden Frage, ob derartige Veränderungen wünschenswert oder sinnvoll erscheinen.

Davon zu trennen ist das, was in der Medien- und Fachöffentlichkeit wahrgenommen wird, denn bereits basale Erhebungen im Internet zeigen in den letzten 5 Jahren eine ständig steigende Häufigkeit von Presseartikeln zum Thema Wirtschaftskriminalität im Allgemeinen und „Managerkriminalität“ im Besonderen. Diese Entwicklung hat durch die sogenannte „Bankenkrise“ lediglich einen weiteren Impetus erhalten, wichtiger scheinen die großen Strafverfahren der letzten Jahre, wie *Mannesmann*, *Siemens*, *WestLB*, *Infineon*. Begriffe wie „Compliance“ gehören mittlerweile fast schon zum Allgemeinut.

Diese Beobachtungen wären wissenschaftlich-methodisch zu untermauern, ich möchte allerdings darauf verzichten und mich vorerst mit dem Hinweis darauf begnügen, dass sich diesem Zeitgeist weder die instanzgerichtliche noch die revisionsgerichtliche Rechtsprechung zur Gänze entziehen können, so dass neben den Signalen, welche von Karlsruhe ausgehen, wohl auch die Signale zu entschlüsseln wären, welche dort und an anderen Gerichten empfangen werden. Hiermit aber begeben wir uns auf das von meinem ehemaligen Kollegen an der Saarbrücker Fakultät, *Heike Jung*, bestens erforschte Feld der Richtersozioologie, die jedoch nicht Thema dieser Tagung ist.

Was aber besagen dann die bereits im Untertitel erwähnten „Signale aus Karlsruhe“?

Das Signal, um welches es in der (fach-)öffentlichen Wahrnehmung zuvor-derst geht, ist die steuerstrafrechtliche Entscheidung des 1. Strafsenats aus dem Dezember 2008.² Dass gerade diese Entscheidung zu so massiven Ausschlägen auf dem Seismographen der öffentlichen Wahrnehmung geführt hat, liegt allerdings nicht darin begründet, dass sie so außerordentlich brisante Inhalte aufzuweisen hätte, und schon gar nicht darin, dass diese Inhalte hier erstmalig durch den BGH vermittelt wurden. Wer die Entscheidung genau liest und den enthaltenen Verweisen einigermaßen sorgfältig nachgeht, stößt vielmehr sehr schnell auf ein Urteil des 5. Strafsenats aus dem November 2006³, welches vergleichbare Überlegungen enthält, die nun in dieser

2 BGH, Urteil vom 02.12.2008 - 1 StR 416/08.

3 BGH, Urteil vom 29.11.2006 – 5 StR 324/06 = wistra 2007, 145.

Entscheidung 2 Jahre später weiter ausgeführt und in begrenztem Maße fortentwickelt wurden.

Ihre mediale Wirkung verdankt die aktuellere Entscheidung wohl schlicht dem Umstand, dass zeitgleich das Ermittlungsverfahren gegen den ehemaligen Vorstandsvorsitzenden der Post, *Klaus Zumwinkel*, in ein entscheidendes Stadium gelangte und man nun glaubte, die Strafe für *Zumwinkel* mit mathematischer Genauigkeit vorhersagen zu können.

Dass diese Erwartung enttäuscht werden musste, liegt für jeden, der mit dem Strafzumessungsrecht auch nur einigermaßen vertraut ist, auf der Hand; gleichwohl will ich die Implikationen, welche sich aus der Senatsentscheidung und ihrer Vorgeschichte für die Strafzumessung im weiteren Bereich der Wirtschaftskriminalität ergeben können, im Folgenden näher untersuchen.

2. Das „Signal aus Karlsruhe“? – Die Entscheidung des 1. Strafsenats vom 2. Dezember 2008⁴

Der Entscheidung zugrunde liegt ein eher unspektakulärer Sachverhalt:

Der Angeklagte betrieb als Einzelfirma ein Trockenbau-Unternehmen, das für verschiedene Auftraggeber als Subunternehmer tätig war. Aufgrund der Preisvorgaben der Auftraggeber war dem Angeklagten in den Jahren 2001 bis 2005 ein „auskömmliches Wirtschaften“ nur dadurch möglich, dass er den wesentlichen Teil seiner Arbeitnehmer „schwarz“ beschäftigte. Darüber hinaus erklärte er die Umsatzerlöse, die er aufgrund der Tätigkeit der nicht gemeldeten Arbeitnehmer erzielte, in den Umsatzsteuervoranmeldungen und -jahreserklärungen nicht. Er wollte hierdurch die Abführung von Umsatzsteuern auf die unter Einsatz der illegal beschäftigten Arbeitnehmer erbrachten Leistungen vermeiden. Um andererseits den Auftraggebern zu ermöglichen, die an ihn als Subunternehmer geleisteten Zahlungen ertragsteuerlich als Betriebsausgaben ansetzen und umsatzsteuerlich einen Vorsteuerabzug geltend machen zu können, unterstützte der Angeklagte die Auftraggeber bei der Beschaffung sog. Abdeckrechnungen. Bei diesen Rechnungen handelte es sich um Scheinrechnungen mit gesondertem Vorsteuerausweis, mit denen unter dem Namen von Firmen, die tatsächlich nicht tätig geworden waren, Leistungen abgerechnet wurden.

4 BGH, Urteil vom 02.12.2008 - 1 StR 416/08.

Insgesamt verkürzte der Angeklagte durch diese Vorgehensweise in den Jahren 2001 bis 2005 Umsatzsteuern in Höhe von mehr als 373.000 Euro sowie Lohnsteuern von 354.000 Euro und enthielt Gesamtsozialversicherungsbeiträge in Höhe von mehr als 947.000 Euro vor.⁵ Zudem ermöglichte er durch das Ausstellen von Scheinrechnungen seinen Geschäftspartnern in deren Umsatzsteuererklärungen ungerechtfertigt Vorsteuern in einer Gesamthöhe von mehr als 220.000 Euro geltend zu machen.

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Steuerhinterziehung, Beihilfe zur Steuerhinterziehung und wegen Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt in einer Mehrzahl von Fällen zu der vollstreckbaren Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und elf Monaten verurteilt.

Strafzumessungsrechtlich interessant ist der zweite Leitsatz der Entscheidung, der scheinbar als Richtlinie formulierten Bemerkungen zu §§ 370 I, III 2 Nr. 1 AO und 266a StGB enthält:

„Das Merkmal «in großem Ausmaß» des Regelbeispiels gemäß § 370 III 2 Nr. 1 AO liegt nur dann vor, wenn der Hinterziehungsbetrag 50.000 Euro übersteigt. Jedenfalls bei einem sechststelligen Hinterziehungsbetrag wird die Verhängung einer Geldstrafe nur bei Vorliegen von gewichtigen Milderungsgründen noch schuldangemessen sein. Bei Hinterziehungsbeträgen in Millionenhöhe kommt eine aussetzungsfähige Freiheitsstrafe nur bei Vorliegen besonders gewichtiger Milderungsgründe noch in Betracht.“

Man hat diese Ausführungen teilweise als feste Richtwerte für die Strafzumessung zu interpretieren versucht: Bis zu 50 bzw. 100.000 Euro sei noch eine Geldstrafe möglich, oberhalb von 1 Million Euro komme regelmäßig nur noch eine vollstreckbare Freiheitsstrafe in Betracht. Zur Bewährung ausgesetzte Freiheitsstrafen seien in diesem Raster bei Schadenssummen zwischen diesen Grenzen möglich.

Sehen wir uns zur Überprüfung dieser Thesen kurz die relevanten Strafzumessungserwägungen des Senats an:

„Grundlage für die Zumessung der Strafe ist bei einer Steuerhinterziehung - wie bei jeder anderen Straftat auch - die persönliche Schuld des Täters. Dabei sind auch die Wirkungen zu berücksichtigen, die von der Strafe für das künftige Leben des Täters in der Gesellschaft zu erwarten sind (§ 46 Abs. 1

⁵ Die Zahlen sind hier nur näherungsweise und teilweise zusammengefasst wiedergegeben.

StGB). § 46 Abs. 2 Satz 1 StGB bestimmt, dass bei der Zumessung der Strafe die Umstände gegeneinander abzuwägen sind, die für und gegen den Täter sprechen. Dabei kommen namentlich die in § 46 Abs. 2 Satz 2 StGB genannten Umstände in Betracht.

Bei der Zumessung einer Strafe wegen Steuerhinterziehung hat das von § 46 Abs. 2 Satz 2 StGB vorgegebene Kriterium der „verschuldeten Auswirkungen der Tat“ im Rahmen der erforderlichen Gesamtwürdigung besonderes Gewicht. „Auswirkungen der Tat“ sind insbesondere die Folgen für das durch die Strafnorm geschützte Rechtsgut. Das durch § 370 AO geschützte Rechtsgut ist die Sicherung des staatlichen Steueranspruchs.⁶ Deshalb ist die Höhe der verkürzten Steuern ein bestimmender Strafzumessungsgrund i.S.d. § 267 StPO.⁷

Das gilt nicht nur für die Strafraumenwahl (§ 370 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 AO), sondern auch für die konkrete Strafzumessung in dem zugrunde gelegten Strafraumen des § 370 Abs. 1 AO. Dass der Hinterziehungsbetrag nicht nur ein bestimmender Strafzumessungsfaktor, sondern darüber hinaus, dann wenn er hoch ist, ein auch für die konkrete Strafzumessung gewichtiger Strafschärfungsgrund ist, zeigt insbesondere die gesetzgeberische Wertung in § 370 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 AO.

(Gleichwohl) kann allein dessen Ausmaß für die Strafhöhenbemessung nicht in dem Sinne ausschlaggebend sein, dass die Strafe gestaffelt nach der Höhe des Hinterziehungsbetrags schematisch und quasi „tarifmäßig“ verhängt wird. Jeder Einzelfall ist vielmehr nach den von § 46 StGB vorgeschriebenen Kriterien zu beurteilen“.

An dieser Stelle bereits hätten diejenigen, die meinten, dass das Urteil feste Straftaxen offerieren würde, ihre Annahme kritisch überprüfen und feststellen können, dass der Senat den Rahmen des Üblichen nicht verlassen würde. Doch zunächst weiter zu den Strafzumessungserwägungen des Senats:

„Das schließt indes nicht aus, die Strafhöhe an den vom Gesetzgeber auch in § 370 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 AO vorgegebenen Wertungen auszurichten.

Das gilt auch für die konkrete Strafzumessung innerhalb des gefundenen Strafraumens, und zwar auch beim Normalstrafrahmen des § 370 Abs. 1 AO. Gerade auch bei der Bemessung der schuldangemessenen Strafe kommt dem

⁶ vgl. BGHSt 36, 100, 102; BGHSt 40, 109, 111; BGHSt 41, 1, 5; BGHSt 46, 107, 120.

⁷ vgl. auch BGH wistra 1998, 269, 270.

Merkmal „großes Ausmaß“ Bedeutung zu, weil es aufzeigt, wann der Gesetzgeber eine Freiheitsstrafe (mit erhöhtem Mindestmaß) für angebracht hält. Dazu bedarf das Merkmal einer näheren Konturierung“.

Der Senat ist der Ansicht, dass insoweit vergleichbare Kriterien wie für das wortgleiche Merkmal in § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB (auf das auch § 263a Abs. 2, § 266 Abs. 2 StGB verweisen) zur Anwendung kommen müssen.

„Das dem Betrug vergleichbare Merkmal des „großen Ausmaßes“ im Sinne des § 370 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 AO hat der Bundesgerichtshof bislang nicht - wie beim Betrug mit 50.000 Euro - betragsmäßig bestimmt.⁸ Auch in der Kommentarliteratur finden sich bisher sehr unterschiedliche und daher keine hinreichend klaren Maßstäbe für eine Grenzziehung. Das Merkmal „in großem Ausmaß“ im Regelbeispiel des § 370 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 AO bedarf nach Ansicht des Senats - in gleicher Weise wie beim Betrug - der Interpretation durch die Gerichte. Nur dann erhält das Merkmal seine den Anforderungen der Rechtssicherheit gerecht werdenden Konturen. Für eine Vergleichbarkeit mit dem Betrug spricht auch, dass der 5. Strafsenat⁹ zu Recht ausgeführt hat, es sei geboten, „dem drohenden Ungleichgewicht zwischen der Strafpraxis bei der allgemeinen Kriminalität und der Strafpraxis in Steuer- und Wirtschaftsstrafverfahren entgegenzutreten und dem berechtigten besonderen öffentlichen Interesse an einer effektiven Strafverfolgung schwerwiegender Wirtschaftskriminalität gerecht zu werden“. Der Senat ist daher der Ansicht, dass das Merkmal „in großem Ausmaß“ des § 370 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 AO wie beim Betrug nach objektiven Maßstäben zu bestimmen ist. Das Merkmal „in großem Ausmaß“ liegt danach nur dann vor, wenn der Hinterziehungsbetrag 50.000 € übersteigt“.

Dabei soll berücksichtigt werden, dass bei großen Geschäftsvolumina Steuerschäden in dieser Größenordnung schneller erreicht werden als bei wirtschaftlicher Betätigung im kleineren Umfang. Entsprechend der Relation von Geschäftsvolumen und Steuerschaden kann sich allerdings das Gewicht des Hinterziehungsbetrags bei der Strafzumessung vermindern.

⁸ Das lag in erster Linie daran, dass bei der früheren Gesetzesfassung - zu der die Entscheidungen ergangen sind - die objektive Komponente („großes Ausmaß“) mit der subjektiven Komponente („aus großem Eigennutz“) verknüpft war, so dass eine eigenständige Auslegung nur des Merkmals „großes Ausmaß“ nicht veranlasst war.

⁹ BGHSt 50, 299, 309.

„Die Betragsgrenze von 50.000 € kommt namentlich dann zur Anwendung, wenn der Täter ungerechtfertigte Zahlungen vom Finanzamt erlangt hat, etwa bei Steuererstattungen durch Umsatzsteuerkarusselle, Kettengeschäfte oder durch Einschaltung von sog. Serviceunternehmen. Ist hier - der „Steuerbetrug“ hat zu einem „Vermögensverlust“ geführt - diese Wertgrenze überschritten, dann ist das Merkmal erfüllt.

Beschränkt sich das Verhalten des Täters dagegen darauf, die Finanzbehörden pflichtwidrig über steuerlich erhebliche Tatsachen in Unkenntnis zu lassen und führt das lediglich zu einer Gefährdung des Steueranspruchs, dann kann das „große Ausmaß“ höher angesetzt werden. Der Senat hält hierbei eine Wertgrenze von 100.000 € für angemessen.

Ob die Schwelle des „großen Ausmaßes“ überschritten ist, ist für jede einzelne Tat im materiellen Sinne gesondert zu bestimmen. Dabei genügt derjenige Erfolg, der für die Vollendung der Steuerhinterziehung ausreicht.¹⁰ Der Senat ist der Ansicht, dass bei mehrfacher tateinheitlicher Verwirklichung des Tatbestandes der Steuerhinterziehung das „Ausmaß“ des jeweiligen Tat Erfolges zu addieren ist, da in solchen Fällen eine einheitliche Handlung im Sinne des § 52 StGB vorliegt, die für die Strafzumessung einer einheitlichen Bewertung bedarf“.

Interessant ist hier, dass der Senat zwar von § 263 her kommend seine Argumentation auf der Differenzierung „Schaden-Gefährdung“ aufbaut. In der Sache selbst jedoch differenziert er zwischen Tun und Unterlassen. Denn selbstverständlich liegt in dem „bloßen In-Unkenntnis-Lassen“ der Finanzbehörden von der Struktur her ein Unterlassungsdelikt begründet. Bemerkenswert daran ist, dass die Strafzumessung für das Unterlassen in dieser Lesart anderen Grenzen folgen würde als für das positive Tun – auch außerhalb des formalen Anwendungsbereichs von § 13 StGB keine Selbstverständlichkeit. Bevor auf die Bedeutung des Unterlassens für die Sanktionierung von Wirtschaftsstraftätern zurückzukommen ist, sei noch ein kurzer Blick auf das Verhältnis des Hinterziehungsbetrags zu den allgemeinen Strafzumessungserwägungen des Senats gerichtet:

„Liegt nach den vorgenannten Maßstäben eine Hinterziehung von „großem Ausmaß“ vor, so hat dies, unabhängig von der Frage, ob die Regelwirkung einer besonders schweren Steuerhinterziehung im konkreten Fall zur Anwendung kommt, „Indizwirkung“ für die zu findende Strafhöhe, freilich

¹⁰ vgl. *Franzen/Gast/Joeks*, Steuerstrafrecht 6. Aufl. § 370 AO Rn. 268.

auch nicht mehr. Das bedeutet: Jedenfalls bei einem sechsstelligen Hinterziehungsbetrag wird die Verhängung einer Geldstrafe nur bei Vorliegen von gewichtigen Milderungsgründen noch schuldangemessen sein. Bei Beträgen in Millionenhöhe kommt eine aussetzungsfähige Freiheitsstrafe nur noch bei Vorliegen besonders gewichtiger Milderungsgründe in Betracht.¹¹

Schon deswegen wird bei der letztgenannten Fallgestaltung (Millionenbetrag) ein Strafbefehlsverfahren regelmäßig nicht als geeignet erscheinen (vgl. § 400 AO i.V.m. § 407 StPO). Hinzu kommt, dass bei Steuerverkürzungen in dieser Größenordnung in der Regel auch das Informationsinteresse der Öffentlichkeit an der Wahrung der Gleichbehandlung vor Gericht - das eine öffentliche Hauptverhandlung am besten gewährleistet - nicht gering zu achten ist (vgl. § 407 Abs. 1 Satz 2 StPO)“.

Diese Aussage selbst ist nicht überraschend – bemerkenswert ist indes, dass der Senat bei Millionenbeträgen überhaupt erwägt, dass ein Strafbefehlsverfahren, wenn auch nur in Ausnahmefällen, in Betracht kommen kann! Damit bewegt sich bei Lichte betrachtet alles im üblichen Rahmen, die Entscheidung ist bis hierher weit entfernt davon, neue Strafzumessungsrichtlinien für Wirtschaftsstraftäter aufzuzeigen! Weiter mit dem Senat:

„Die „Indizwirkung“ des „großen Ausmaßes“ kann einerseits durch sonstige Milderungsgründe beseitigt, andererseits aber auch durch Strafschärfungsgründe verstärkt werden.

Ein die Indizwirkung des Hinterziehungsbetrages beseitigender Milderungsgrund ist etwa gegeben, wenn sich der Täter im Tatzeitraum im Wesentlichen steuerlich verhalten hat und die Tat nur einen verhältnismäßig geringen Teil seiner steuerlich relevanten Betätigungen betrifft. Bedeutsam ist daher das Verhältnis der verkürzten zu den gezahlten Steuern. Hat sich der Täter vor der Tat über einen längeren Zeitraum steuerlich verhalten, ist auch dies in den Blick zu nehmen. In die vorzunehmende Gesamtwürdigung ist auch die Lebensleistung und das Verhalten des Täters nach Aufdeckung der Tat einzubeziehen, etwa ein (frühzeitiges) Geständnis, verbunden mit der Nachzahlung verkürzter Steuern oder jedenfalls dem ernsthaften Bemühen hierzu. Der „Schadenswiedergutmachung“ durch Nachzahlung verkürzter Steuern kommt schon im Hinblick auf die Wertung des Gesetzgebers im Falle einer Selbstanzeige (§ 371 AO) besondere strafmildernde Bedeutung zu.

11 vgl. BGH NStZ-RR 2007, 176, 178.

Gegen eine Geldstrafe oder - bei entsprechend hohem Hinterziehungsbetrag – eine aussetzungsfähige Freiheitsstrafe spricht es insbesondere, wenn der Täter Aktivitäten entfaltet hat, die von vornherein auf die Schädigung des Steueraufkommens in großem Umfang ausgelegt waren, etwa weil der Täter unter Vorspiegelung erfundener Sachverhalte das „Finanzamt als Bank“ betrachtete und in erheblichem Umfang ungerechtfertigte Vorsteuererstattungen erlangt hat oder weil der Täter die Steuerhinterziehung in sonstiger Weise gewerbsmäßig oder gar „als Gewerbe“ betrieb. Gleiches gilt auch für den Aufbau eines aufwändigen Täuschungssystems, die systematische Verschleierung von Sachverhalten und die Erstellung oder Verwendung unrichtiger oder verfälschter Belege zu Täuschungszwecken.

Strafschärfende Bedeutung hat es zudem, wenn der Täter besondere Unternehmensstrukturen aufgebaut hat, die auch der Bereicherung durch Steuerhinterziehung dienen sollten, wenn der Täter das Ziel verfolgt hat, das Steueraufkommen durch wiederholte Tatbegehung über einen längeren Zeitraum nachhaltig zu schädigen, wenn er andere Personen verstrickt hat, wenn er systematisch Scheingeschäfte getätigt oder Scheinhandlungen vorgenommen hat (vgl. § 41 Abs. 2 Satz 1 AO) oder wenn er in größerem Umfang buchtechnische Manipulationen vorgenommen oder gezielt schwer aufklärbare Sachverhalte geschaffen hat.¹²

Die Bejahung bzw. Verneinung des Regelbeispiels in einem ersten Prüfungsschritt bei der Strafraumenwahl bedeutet freilich, dass - wie bei sonstigen Regelbeispielen - in einem zweiten Schritt zu prüfen ist, ob die Besonderheiten des Einzelfalls die Indizwirkung des Regelbeispiels entkräften, bzw. ob – umgekehrt - ein unbenannter besonders schwerer Fall der Steuerhinterziehung vorliegt, obwohl der Hinterziehungsbetrag unter 50.000 € liegt.

Insoweit gelten die allgemeinen Grundsätze für die Strafraumenwahl bei Regelbeispielen.“

Lässt man dies Revue passieren, so enthält die Entscheidung nicht weniger, aber eben auch nicht mehr, als die Ausfüllung der allgemeinen Strafzumessungsgrundsätze, wie sie seit Jahrzehnten feststehen, durch die besonderen Deliktsmerkmale der §§ 370 AO, 266a StGB.

Umso überraschender erscheinen einige der in Fach- und Tagespresse gezogenen Schlussfolgerungen:

12 Anmerkung: Durch Einschaltung von Domizilfirmen im Ausland oder Gewinnverlagerungen ins Ausland.

Wiederholt wurden die dargelegten Strafzumessungserwägungen unmittelbar nach Erscheinen der Pressemitteilung, ausgesprochen prägnant zu der Erkenntnis „Steuersünder werden zukünftig härter bestraft“¹³ zusammengefasst:

Die «*Süddeutsche Zeitung*» meldete am 29.01.2009 hingegen anlässlich des Steuerstrafprozesses gegen *Klaus Zumwinkel*, das BGH-Urteil werde irritierend interpretiert. Keine Rede könne mehr davon sein, dass «die Million die magische Grenze sei.» Zwischen der Pressemitteilung über die Entscheidung und der eigentlichen Urteilsbegründung lägen «Welten». Unter den Praktikern habe das Urteil «ungewöhnlichen Widerspruch» ausgelöst. «Irritierende» Interpretationen und wenig hilfreiche «starre Mathematik» werden hier beklagt. Der Kommentator der *Süddeutschen Zeitung* verdeutlicht mit dieser Einschätzung die (enttäuschte) Fehlvorstellung bzw. unrealistische Erwartung, dass sich die Entscheidung des Senats schablonenhaft auf den *Zumwinkel*-Prozess übertragen lassen könnte. Dies war schon deshalb unzutreffend, weil der Senat selbst betont hat, dass die Instanzgerichte auch weiterhin die konkreten Tatumstände, die Persönlichkeit des Täters, die aufgewandte kriminelle Energie sowie das Nachtatverhalten zu berücksichtigen haben.

Ob eine andere Folgerung zutrifft, muss ebenfalls bezweifelt werden:

Der Erste Strafsenat habe, so heißt es hier, „mit ungewöhnlicher Ernsthaftigkeit und Schärfe eine Messlatte für die Strafverfolgung in Fällen der systematischen Schwarzarbeit, der Umsatzsteuerkarusselle, der Kolonnen- und Rechnungsschiebereien sowie anderen modernen Formen der gewerbsmäßigen Steuer- und Sozialbetrugskriminalität aufgelegt“.

Bevor aufzuzeigen ist, dass die festgestellte „Ernsthaftigkeit und Schärfe“ für die Strafsenate insoweit keineswegs ungewöhnlich ist, sei der Hinweis gestattet, dass die Strafsenate der Revisionsgerichte empirisch gesehen nicht der bestimmende Faktor der Strafzumessung sind. Dies sind die Instanzgerichte.

Weiterhin findet sich die Auffassung, dass „wenn bereits die Schwelle für einen Straffrahmen von bis zu 10 Jahren Freiheitsstrafe (§ 370 Abs. 3 AO) bei einem Hinterziehungsbetrag von 50.000 Euro greife und bereits bei mehr als

13 Steuersünder werden zukünftig härter bestraft. Dies ist das Fazit, das der Herausgeber des Beck-Fachdienstes Strafrecht Rechtsanwalt *Thomas C. Knierim* im Rahmen seiner Kommentierung einer aktuellen Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 02.12.2008 zieht (Az.: 1 StR 416/08, BeckRS 2008, 25845).

100.000 Euro eine Freiheitsstrafe von 12 Monaten ausgeworfen werden sollte, sich die Strafverfolgung in diesen Fallgruppen und in der Urteilspraxis deutlich verschärfen werde“.

Zwar mag dies mit einem Blick auf die Statistik dieser Delikte – soweit ausgewiesen – auf den ersten Blick eine naheliegende Erwartung sein, jedoch dürfte sie gleichwohl die prozessuale Realität, auf die sogleich einzugehen ist, außer Acht lassen.

Im konkreten Fall, den der Senat zu entscheiden hatte, wurde die Verurteilung des Angeklagten zu einer vollstreckbaren Freiheitsstrafe bestätigt, obwohl – was bspw. *Knierim* „nachdenklich macht“ – der Angeklagte im übrigen eine «weiße Weste» besaß und die «Millionengrenze» nicht erreicht wurde. Wenn man spätestens seit *Sutherland* weiß, dass der sog. „weiße Kragen“, d.h. die über reine strafrechtliche Unauffälligkeit hinausgehende soziale Eingebundenheit des Täters geradezu typisch für das wirtschafts- und steuerstrafrechtliche Täterprofil ist¹⁴, so ist dieses Kriterium offenkundig als spezifische Strafzumessungserwägung wenig geeignet. Wiederum kann es nur um die allgemeinen Kriterien des § 46 StGB gehen, hier das „Vorleben des Täters“ genauer gesagt um die Frage der Vorbelastungen.

Weiterhin ist bei der BGH-Entscheidung zu beachten, dass hier vom Revisionsssenat einerseits „lediglich“ eine erstinstanzliche Entscheidung als nicht mit so schweren Rechtsfehlern behaftet angesehen wurde, dass der Senat zur Aufhebung des Strafausspruchs genötigt war. Andererseits und vor allem, dass eine Reihe von Strafschärfungsgründen vorlag, wie bspw. vielfach wiederholte Tatbegehung, Einbindung einer Mehrzahl anderer Personen, Aufbau eines komplexen auf Täuschung angelegten Systems, so dass die Versagung einer Strafaussetzung nicht unerwartet war, noch dazu in Anbetracht der Tatsache, dass sowohl der Gesamtsteuerbetrag knapp 1 Million Euro betrugen als auch Sozialversicherungsbeträge in entsprechender Höhe nicht abgeführt wurden, mithin die 1 Millionengrenzen gleich zweimal nahezu erreicht wurde.

Was der Senat allerdings deutlich formuliert, ist eine grundsätzliche methodische Linie, welche die Instanzgerichte für die Begründung ihrer Rechtsfolgenentscheidung einzuhalten haben: Oberhalb einer Schadenssumme von 50/100.000 Euro bedarf die Verhängung einer Geldstrafe anstelle einer Bewährungsstrafe einer besonderen Begründung. Oberhalb der Millionengren-

14 *Sutherland*, White Collar Crime, 1984; dt. Zusammenfassung bereits in: Kriminalsoziologie 1968, 187 ff.

ze bedarf die Verhängung einer aussetzungsfähigen Strafe beziehungsweise die Aussetzung einer besonderen Begründung.

3. Weitere Entscheidungen der Senate des BGH

Betrachtet man andere aktuellere Entscheidungen des Bundesgerichtshofs, die sich zumindest auch mit Strafzumessungsrevisionen befassen, so lässt sich dem ebenfalls keine Determinantenverschiebung entnehmen.

Der 4. Strafsenat hielt 2006¹⁵ die Verurteilung wegen Bestechung, Betruges und wettbewerbsbeschränkender Absprachen jeweils in einer Vielzahl von Fällen zu einer ausgesetzten Gesamtfreiheitsstrafe von 2 Jahren Dauer gegenüber der Revision der Staatsanwaltschaft aufrecht, welche eine vollstreckbare Strafe angestrebt hatte. Strafschärfend wurde bewertet, dass der Täter mit erheblicher krimineller Energie und hohem Organisationsgrad eine Vielzahl von Taten mit erheblichem Schaden begangen hatte. Strafmildernd wirkte sich aus, dass der Täter durch ein umfassendes Geständnis zur Aufklärung des Sachverhalts auch über die angeklagten Taten hinaus beigetragen, sowie den Schaden komplett wieder ausgeglichen habe. Dieses erfolgte u.a. durch die Firma „in deren Interesse“ er als persönlich haftender und geschäftsführender Gesellschafter die Taten begangen hatte. Entscheidend für die Aussetzung waren daneben zwei Gesichtspunkte: Einerseits habe derartige Verhalten zeitweise als branchenüblich gegolten, andererseits habe der Angeklagte infolge schwerer Krankheit unter massiven Existenzängsten gelitten. Meines Erachtens hebt sich die aktuelle Entscheidung von diesen Strafzumessungserwägungen nicht wesentlich ab, zumal bereits hier die Aussetzung im Schadensbereich zwischen 100.000 und 1 Million Euro nur mit besonderem Begründungsaufwand „gerade noch“ in Betracht kommen soll. Die Entscheidungen liegen somit auch methodisch „auf einer Linie“.

2004 hielt der 5. Strafsenat eine Verurteilung zu Freiheitsstrafen von über 4 und über 3 Jahren aufrecht.¹⁶ Zugrunde lagen 45 Fälle des Betrugs im besonders schweren Fall mit einem Gesamtschaden von 3, 5 Millionen Euro. Die Strafe wurde – angesichts der Vorbelastungen – zwar als sehr milde, nicht jedoch als unvertretbar niedrig eingeordnet.

15 BGH 4 StR 374/05 Urteil vom 19.01.2006.

16 BGH 5 StR 511/03 Urteil vom 4.2.2004.

Bereits 2001 vertrat der 4. Strafsenat¹⁷ die Auffassung, eine Verurteilung zu einer Bewährungsstrafe von zwei Jahren für Untreue teilweise in Tateinheit mit Urkundenfälschung in 53 Fällen sei zwar außerordentlich milde, aber noch innerhalb des dem Tatrichter eingeräumten Beurteilungsrahmens. Im Übrigen – so wird zu Recht unterstrichen – sei dem Revisionsgericht eine ins Einzelne gehende Richtigkeitskontrolle verwehrt.

Mit demselben Argument hatte schon der 3. Senat 1995¹⁸ die Verurteilung eines Notars zu einer Bewährungsstrafe von zwei Jahren wegen Untreue in sechs Fällen und einer Schadenssumme von insgesamt über 530.000 Euro aufrechterhalten.

Damit spricht der 3. Senat an, was der 4. Senat 2007¹⁹ bestätigt hat und was auch heute in gleicher Weise gilt: Solange das Tatgericht sich innerhalb des vom BGH mehr oder weniger scharf konturierten Beurteilungsrahmens für die Strafzumessung bewegt, die Urteilsgründe erkennen lassen, dass alle relevanten Strafzumessungserwägungen angestellt wurden und damit die vertretbare Entscheidung ausreichend begründet ist, wird der BGH auch für den Bereich der Wirtschaftskriminalität auch zukünftig nicht in diese Domäne der Tatgerichte einbrechen.

Es ist daher auch bei Zugrundelegung der 2008er – Entscheidung (eine methodisch korrekte Urteilsbegründung vorausgesetzt) nicht davon auszugehen, dass die Senate aus heutiger Perspektive anders entschieden hätten.²⁰

Gegen die Annahme einer strafzumessungsrechtlichen Gezeitenwende spricht auch die vielfach vorliegende materiell-prozessuale Gemengelage der überlangen Verfahrensdauer, welche den Bereich der Wirtschaftsstrafverfahren typischerweise prägt. Konkret:

Der 3. Senat hob 2007 auf die Revision des Angeklagten ein Urteil des Landgerichts Kiel auf, welches diesen wegen Betruges und Untreue einer Schadenssumme von umgerechnet deutlich über der 1 Millionen-Euro-Grenze zu einer Geldstrafe von 240 Tagessätzen verurteilt hatte. Dieser erstaunliche Vorgang ist jedoch kein Beleg für eine früher mildere Strafzumessungs-

17 BGH 4 StR 363/01 Urteil vom 13.12.2001.

18 BGH 3 StR 478/95 Urteil vom 22.11.1995.

19 BGH 4 StR 5/07 Urteil vom 5.4.2007.

20 BGH 4 StR 5/07 Urteil vom 5.4.2007 kommt deshalb zur Aufhebung, weil die Urteilsbegründung Hinweise darauf ergebe, dass das Tatgericht die – niedrige – Strafhöhe nur deshalb festgesetzt habe, um noch zur Bewährung aussetzen zu können und die Strafe insoweit nicht schuldangemessen sei.

praxis in Wirtschaftsstrafsachen. Zwar geht es letztendlich in diesem Fall um die Frage der Strafzumessung. Das Urteil des Landgerichts begründet die ausgesprochen geringe Strafhöhe jedoch nicht mit dem niedrigen Unrechtsgehalt sondern mit der Dauer des Verfahrens. Dass dem Senat dieser Strafausspruch „immer noch“ zu hoch war, ist auf eine zwischenzeitlich ergangene Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zurückzuführen²¹, welches der Vollstreckungslösung endgültig den Vorzug vor der Verfahrenslösung und der Zumessungslösung gegeben hatte. Dies bedeutet: Dauert ein Verfahren aufgrund von Umständen, welche nicht der Angeklagte zu vertreten hat, ungebührlich lange (hier bereits über drei Jahre seit erstinstanzlicher Entscheidung), so ist dies weder dadurch zu kompensieren, dass das Verfahren grundsätzlich einzustellen ist, noch dadurch, dass eine geringere als die schuldangemessene Strafe auszusprechen ist, sondern dadurch, dass ein Teil der Strafe als bereits vollstreckt zu behandeln ist.

Beispielsweise für hochkomplexe Wirtschaftsstrafverfahren kann dies infolge überlanger Verfahrensdauer bedeuten, dass zwar eine Strafe von über 2 Jahren ausgesprochen wird, diese jedoch in Anwendung der Vollstreckungslösung nicht vollzogen werden muss. Entsprechendes kann man auch einer Entscheidung des 4. Strafsenats aus dem vergangenen Jahr²² entnehmen, insoweit dort die Möglichkeit einer Anrechnung auf die auszusprechende Strafe ausdrücklich offen gelassen wird.

4. Ausweitung der strafrechtlichen Haftung in Großunternehmen - Garantpflichten eines „Compliance-Officers“

Im Hinblick auf die Fragestellung bedeutsamer als die steuerrechtliche Entscheidung des 1. Senats ist indes eine vor wenigen Wochen ergangene Entscheidung des 5. Strafsenats.²³

Von unmittelbarer Entscheidungsrelevanz ist zwar die Aussage, dass den Leiter der Innenrevision einer Anstalt des öffentlichen Rechts eine Garantpflicht treffen kann, betrügerische Abrechnungen zu unterbinden, auch wenn sich ein aktives Handeln oder auch nur eine Anwesenheit des Angeklagten bei den Sitzungen, in denen die verfahrensgegenständlichen überhöhten Ent-

21 BVerfG 2 BvR 1447/05 Beschluss vom 14.6.2007.

22 BGH 4 StR 623/07 Urteil vom 12.2.2008.

23 BGH 5 StR 394/08 Urteil vom 17. Juli 2009.

gelte festgelegt worden sein, nicht feststellen lasse. In die Zukunft weisen allerdings die obiter dicta gemachten Ausführungen zur strafrechtlichen Haftung der sogenannten „Compliance-Officers“:

Der Inhalt und der Umfang der Garantenpflicht bestimmen sich aus dem konkreten Pflichtenkreis, den der Verantwortliche übernommen hat. Dabei ist auf die besonderen Verhältnisse des Unternehmens und den Zweck seiner Beauftragung abzustellen. Entscheidend kommt es auf die Zielrichtung der Beauftragung an, ob sich die Pflichtenstellung des Beauftragten allein darin erschöpft, die unternehmensinternen Prozesse zu optimieren und gegen das Unternehmen gerichtete Pflichtverstöße aufzudecken und zukünftig zu verhindern, oder ob der Beauftragte weitergehende Pflichten dergestalt hat, dass er auch vom Unternehmen ausgehende Rechtsverstöße zu beanstanden und zu unterbinden hat. Unter diesen Gesichtspunkten ist gegebenenfalls die Beschreibung des Dienstpostens zu bewerten.

Eine solche, neuerdings in Großunternehmen als „Compliance“ bezeichnete Ausrichtung, wird im Wirtschaftsleben mittlerweile dadurch umgesetzt, dass so genannte „Compliance Officers“ geschaffen werden.²⁴ Deren Aufgabengebiet ist die Verhinderung von Rechtsverstößen, insbesondere auch von Straftaten, die aus dem Unternehmen heraus begangen werden und diesem erhebliche Nachteile durch Haftungsrisiken oder Ansehensverlust bringen können.²⁵ Derartige Beauftragte wird regelmäßig strafrechtlich eine Garantenpflicht im Sinne des § 13 Abs. 1 StGB treffen, solche im Zusammenhang mit der Tätigkeit des Unternehmens stehende Straftaten von Unternehmensangehörigen zu verhindern. Dies ist die notwendige Kehrseite ihrer gegenüber der Unternehmensleitung übernommenen Pflicht, Rechtsverstöße und insbesondere Straftaten zu unterbinden“.²⁶

Dies bedeutet nicht nur eine konsequente Fortführung der Rechtsprechung zum Fall Siemens/Schwarze Kassen aus dem 52. Band, sondern deren Weiterentwicklung hin zu einer spezifischen Garantenpflicht des Compliance-Officers. Nimmt man die beispielsweise im Wuppertaler-Schwebbahn Fall²⁷ dargelegten Grundsätze des gestuften Garantenpflichten begründenden

24 vgl. BGH 2 StR 587/07 Urteil vom 29.8.2008 = BGHSt 52, 323, 335; *Hauschka*, Corporate Compliance 2007 S. 2 ff.

25 vgl. *Bürkle* in *Hauschka* aaO S. 128 ff.

26 vgl. *Kraft/Winkler* CCZ 2009, 29, 32.

27 Die Sorgfaltspflichtverletzung kann auch darin bestehen, dass der Täter Aufgaben übernimmt, denen er nicht gewachsen ist (so genanntes „Übernahmeverschulden“). Dies gilt insbesondere im Fall arbeitsteiligen Zusammenwirkens bzw. der Delegation von Verant-

Auswahlverschuldens hinzu, so ergibt sich ein wesentlich erweitertes Haftungsbild gerade für Großunternehmen. Zwar führt diese Entscheidung nicht dazu, dass insgesamt davon gesprochen werden könnte, infolge der aktuelleren BGH-Rechtsprechung würden leichter, mehr oder höhere Freiheitsstrafen gegen Wirtschaftsstraftäter verhängt, jedoch wird der Weg zu einer verbindlichen und insoweit neuartigen Haftungsstruktur im Bereich der Compliance-Maßnahmen aufgezeigt. Auch wenn hier sicherlich flankierende Regelungen erst noch gefunden werden müssen, erscheint mir dieses „Signal“ aus Karlsruhe in Bezug auf die Behandlung von Wirtschaftskriminalität folgenreicher zu sein, als die zunächst referierte steuerrechtliche Entscheidung.

5. „Kollateralschäden“ einer vollstreckbaren Freiheitsstrafe

Namentlich von einer Strafzumessungspraxis nach dem Modell der Vereinigten Staaten sind wir weit entfernt. Betrachtet man als eines der jüngeren exemplarischen Beispiele den Fall des Anlagebetrügers *Madoff*²⁸, so darf man die sichere Erwartung aussprechen, dass vergleichbare Strafaussprüche hierzulande bis auf weiteres keine Zielvorstellungen sein werden. Zudem sind – was auch den Strafsenaten des BGH offenkundig sehr bewusst ist – die Folgen der freiheitsentziehenden Sanktion gegen den Täter für Dritte zu beachten: Mit der Verhängung einer vollstreckbaren Freiheitsstrafe sind als weitere unerwünschte Nebenfolgen zu beispielsweise gegenwärtigen: der Verlust von Arbeitsplätzen, Verluste bei Gläubigern. Sofern durch die Strafverbüßung der Unternehmensverantwortliche dauerhaft daran gehindert wird, sein Unternehmen fortzuführen, wirkt sich die Freiheitsstrafe gegen den Täter nicht selten in der Liquidation des Unternehmens mit allen Konsequenzen aus. Vor allem aber gilt: Die Erbringung von Schadensersatz- und Wiedergutmachungsleistungen setzt regelmäßig ein Fortbestehen einer Einkommensquelle voraus, das bedeutet: Der Täter kann die angerichteten Schäden häufig nur dann ausgleichen, wenn er seinen Betrieb fortführen kann. Auch unter Berücksichtigung eines legitimen und notwendigen Schuldausgleichs ist festzuhalten, dass es bei sozial nicht desintegrierten Wirtschaftsstraftätern häufig einen strukturellen Zwang zur Vermeidung von vollstreckbarer Freiheitsstrafe gibt. Dies gilt umso mehr dann, wenn der Tä-

wortung bspw. in einem Unternehmen (sehr instruktiv BGH NSz 2002, 421 – „Wuppertaler Schwebbahn“).

28 Vgl. bspw. Die Schilderung bei *Müller, Leo*, Bankräuber, 2. Aufl. 2010, S. 242 ff.

ter „für“ das vermeintliche Betriebsinteresse gehandelt hat. Exemplarisch hierfür ist etwa eine Entscheidung des 4. Senats aus dem Januar 2006²⁹, in welcher der Senat als einen Grund für die Aussetzung der Strafe die Erwägung anerkennt, der Angeklagte habe aus persönlichen Mitteln und mit Hilfe seines Betriebs den Schaden ausgeglichen.

6. Absprachen – die entscheidende Determinante

Die Frage der Strafzumessung bei Wirtschaftskriminalität wird aber in der Verfahrenspraxis wie bisher auch entscheidend durch eine – prozessuale – Determinante geprägt werden: Die weit überdurchschnittliche Komplexität von Verfahren mit wirtschaftsstrafrechtlichem Hintergrund, wird die Verfahrensbeteiligten auch in Zukunft zu Absprachen nötigen. Denn eine wirksame personelle Entlastung der Strafverfolgungs- und Justizorgane ist nicht zu erwarten.³⁰ Kommt es aber zu einer Absprache, so ist Dreh- und Angelpunkt in der weit überwiegenden Zahl der Fälle, die für eine Verfahrenseinstellung nicht mehr in Betracht kommen, allein die Frage, ob noch eine bewährungsfähige Strafe ausgeurteilt werden wird. Hieran wird sich auch durch gesetzliche Neuregelung von Absprachen im Rahmen der Strafprozessordnung nichts ändern. Die Urteilsabsprache über den Ausgang des Verfahrens wird namentlich in § 257c StPO geregelt. Diese zentrale Vorschrift für eine Verständigung im Strafverfahren – von Generalbundesanwältin Harms als „Königsnorm“ apostrophiert³¹ – kodifiziert die Voraussetzungen und Grenzen der Urteilsabsprache im Strafprozess. Die Regelung lässt Absprachen über die Sanktionsentscheidung ausdrücklich zu.

Hält das Gericht eine Einigung für möglich, kann es unter freier - freilich aus dem Inbegriff der bisherigen Sachverhandlung (§ 261 StPO) zu schöpfender - Würdigung aller Umstände und unter Beachtung der allgemeinen Strafzumessungsregeln der §§ 46, 46a StGB eine Strafober- und Untergrenze angeben (257c III 2 StPO). Die Verständigung selbst kommt dann nach Gewährung rechtlichen Gehörs bindend zu Stande, wenn Angeklagter und Staatsanwaltschaft dem Vorschlag zustimmen, § 257c III 4 StPO.³² Dies entspricht der bisherigen, durch den BGH abgeseigneten Praxis.

29 BGH 4 StR 374/05 Urteil vom 19.1.2006.

30 vgl. WK v. 24.8.2009.

31 Harms, in *Jahn/Nack* (Hrsg.) Gesetzgebung, Rechtsprechung, Lehre: Wer regelt das Strafrecht? 2009, S. 42; vgl. auch *Jahn/Müller* NJW 2009, 2628.

32 *Jahn/Müller*, NJW 2009, 2627.

§ 257c II 1 StPO regelt abschließend die zulässigen Abspracheinhalte. Hierzu zählen namentlich die Rechtsfolgen, die Inhalt eines Strafurteils oder eines dazugehörigen Beschlusses sein können - beispielsweise der Bewährungsbeschluss, § 268a I StPO - und auch eine Schadenswiedergutmachung durch den Angeklagten kann im Rahmen einer Absprache erörtert und für die Sanktionsfindung berücksichtigt werden.

Zwar sind ausdrücklich unzulässig nach § 257c II 3 StPO unter anderem Absprachen über den Schuldspruch, also die Anwendung des materiellen Strafrechts durch das Gericht (z.B. die so genannte „Hinwegdefinition“ eines nach dem Stand der Beweisaufnahme verwirklichten Qualifikationstatbestands).³³ Gleichwohl verbleibt, worauf *Jahn* und *Müller* zutreffend hinweisen, dort eine Grauzone für schuldspruchbezogene Absprachen, wo schon durch eine Verständigung über „verfahrensbezogene Maßnahmen“ i.S. des § 257c II 1 StPO verhindert wird, dass überhaupt subsumtionsfähige Feststellungen getroffen werden. Beispielsweise wenn von Seiten der Staatsanwaltschaft oder der Nebenklage auf einen Beweisantrag verzichtet wird, der auf die Tatbestandsvoraussetzungen des § 224 I Nr. 2 StGB zielt, und man stattdessen die Schadenswiedergutmachung durch den Angeklagten wegen der bereits prozessordnungsgemäß festgestellten einfachen Körperverletzung (§ 223 I StGB) akzeptiert.³⁴ Zwar mag man der Ansicht sein, in einem solchen Fall sei die Amtsaufklärungspflicht verletzt (§ 257c I 2 StPO i.V. mit § 244 II StPO), die das Gericht noch zu einer weiteren Beweiserhebung anhält. Jedoch bleibt dies folgenlos, wenn die Absprache hält und keine Rechtsmittel eingelegt werden.

Im Ergebnis wird nach wie vor ein hoher Prozentsatz der wegen wirtschafts- und steuerstrafrechtlicher Vorwürfe geführten Verfahren gar nicht erst vor ein Revisionsgericht gelangen.³⁵ Sofern keine Seite die Absprache durch die Einlegung von Rechtsmitteln gegenstandslos macht, bleibt den Tatgerichten de facto ein sehr weites Ermessen, um zu einer bewährungsfähigen Strafe zu gelangen. Es ist sogar zu erwarten, dass dieser Prozentsatz in den nächsten Jahren ansteigt, da der Absprache gerade durch die gesetzliche Regelung das Image des „Schmuddeligen“ genommen wird und manchem Tattrichter, der bisher davor zurückgeschreckt ist, seine ureigenste Domäne zum Gegenstand von „Verhandlungen“ der übrigen Verfahrensbeteiligten zu machen,

33 *Jahn/Müller* NJW 2009, 2628.

34 Beispiel von *Jahn/Müller*, NJW 2009, 2628, 2630.

35 Vgl. bereits *Altenhain/Hagemaijer/Haimerl/Stammen*, Die Praxis der Absprachen in Wirtschaftsstrafverfahren, 2007.

die Bedenken vor einer konsensualen Verfahrensbeendigung genommen werden.

7. Ergebnis

Abschließend will ich versuchen, die vorgetragenen Mosaiksteine zu einem Bild zusammenzufügen:

Die Entscheidung des 1. Strafsenats aus Dezember 2008 stellt sich als lineare Fortsetzung der Entscheidung des 5. Strafsenats aus dem November 2006³⁶ dar. Ihr sind insoweit keine Hinweise auf eine substantielle Veränderung der Sanktionspraxis im Bereich der Wirtschaftskriminalität zu entnehmen.

Wesentlich bedeutsamer ist meines Erachtens die jüngste Entscheidung des 5. Strafsenats, in welcher das Gericht *obita dicta* zur Garantenstellung des Compliance-Officers erstmals deutlich aufzeigt, dass es sich bei der Implementierung von institutionalisierten Compliance-Maßnahmen nicht nur um ein *nobile officium* handelt. Compliance ist nicht nur ein unternehmenskosmetisches Mittelchen, welches bei mäßigem Aufwand dazu dienen kann, die Wahrnehmung des – in der Regel von Wirtschaftskriminalität im Interesse des Betriebes betroffenen – Unternehmens in der Medienöffentlichkeit und bei den politischen Entscheidungsträgern zu verbessern. Compliance ist nicht nur als gleichsam kompensatorische Maßnahme dazu geeignet, den „good will“ der Unternehmensleitung zu dokumentieren und damit zugleich retrospektiv die von Verteidigungsseite geltend gemachten Zweifel an der subjektiven Zurechenbarkeit der begangenen Taten bis zur Unternehmensspitze zu verstärken. Compliance führt auch zu strafrechtlichen Pflichten.

Der Senat hat dargelegt, dass eine zusätzliche strafrechtlich relevante Haftungsstruktur entstehen kann, welche eine funktional-pauschalisierte Zurechnung von Straftaten im „Betriebsinteresse“ ermöglicht. Konkret: Mit dem Compliance-Officer steht eine natürliche Person zur Verfügung, deren strafrechtlich abgesicherte Pflicht es ist, Straftaten im Betriebsinteresse zu verhindern. Damit wird künftig in vielen bisher kaum zu erfassenden Fällen ein Anknüpfungspunkt für eine schuldgebundene strafrechtliche Zurechnung bis in die Unternehmensspitze oder ihr unmittelbares Umfeld vorhanden sein, welcher es ermöglicht der Verschleierung von Verantwortung durch funktio-

36 BGH, Urteil vom 29.11.2006 – 5 StR 324/06 = wistra 2007, 145.

nale Diversifizierung entgegenzuwirken, wie sie für die Wirtschaftskriminalität in großen Unternehmen typisch ist.³⁷

Dies setzt natürlich voraus, dass es – möglicherweise abhängig von Umsatz- oder Mitarbeitergröße – zu einer gesetzlichen Verpflichtung zur Benennung von Compliance-Beauftragten kommt. Dann aber wären die vorhandenen Zurechnungsstrukturen des Schuldstrafrechts ein gutes Stück auf dem Weg vorangekommen, wirtschaftskriminelle Verhaltensweisen adäquat erfassen und sanktionieren zu können. Die oftmals quälende und bedenkliche Blüten treibende Diskussion um die Schaffung eines schuldunabhängigen Unternehmensstrafrechts könnte damit zugleich entscheidend versachlicht werden.

Zugleich hat der 1. Strafsenat mit seiner steuerrechtlichen Entscheidung ein methodisches Instrumentarium dafür geschaffen, von der Strafzumessung her bedenkliche Entscheidungen dann in weiterem Umfang aufzuheben, wenn sie dezidierte Ausführungen zur Begründung des Rechtsfolgenausspruchs vermissen lassen. Das eigentliche Signal dieser Entscheidung liegt daher meines Erachtens in der Verdeutlichung der Begründungslast in Abhängigkeit von den aufgezeigten Schadensgrenzen. Hieraus aber eine Gezeitenwende hin zu stetig ansteigenden Strafen für Wirtschaftsstraftäter folgern zu wollen, erschiene überzogen.

Die Sanktionsentscheidung verbleibt im Ermessen des Tatgerichts, welches nur einer sehr begrenzten Richtigkeitskontrolle durch die Revisionsgerichte unterliegt. Dies gilt insbesondere für den Fall einer geglückten Absprache, welche mangels Rechtsmitteleinlegung ohnehin nicht für die Revisionsenate zur Entscheidung offen steht.

Unter Beachtung des Leitprinzips eines gerechten Schuldausgleichs gilt es unnötige Kollateralschäden für Belegschaft, Geschädigte und Gläubiger durch einen Freiheitsentzug für den Unternehmensverantwortlichen zu vermeiden. Denn die vermeidbare Vollstreckung einer Freiheitsstrafe kann das Unternehmen lähmen und verhindern, dass Leistungen erwirtschaftet werden können, welche insbesondere zum Schadensausgleich verwendet werden können. Unter diesen Bedingungen dürfte es auch dem Ziel des Rechtsfriedens dienen, eine Liquidation an sich überlebensfähiger Betriebe zu vermeiden.

Somit bleibt das Fazit, dass es seit längerem Signale aus Karlsruhe gibt, Wirtschaftsstraftaten nicht mehr als white-collar- Kriminalität besonders

37 Näher, Verf. in FS-Puppe, erscheint 2010.

milde zu behandeln und die unternehmerische Freiheit nicht als Exkulpationsgrund misszuverstehen. Gleichwohl ist ein verstärkter Griff zu dem Knüppel der vollstreckbaren Freiheitsstrafe mit guten Gründen nicht zu befürchten.

Aktuelle Erscheinungsformen der Wirtschaftskriminalität und Schwierigkeiten ihrer Bewältigung

Verteidigung in Wirtschaftsstrafsachen

Eva Schrödel

Gliederung

1. Einleitung
2. Zunehmende Komplexität
3. Aufweichung von Tatbestandsstrukturen
4. Überlange Verfahrensdauer
5. Zusammenfassung

1. Einleitung

In einem Arrestbeschluss des Amtsgerichts Wetzlar aus dem Jahre 2006 war zur Verdachtsbegründung im Wesentlichen Folgendes zu lesen¹:

„Die Beschuldigten haben als fest zusammengefügte Gruppe durch organisatorisches Zusammenwirken und massive wirtschaftliche Betätigung eine Vielzahl von in- und ausländischen Firmen aufgebaut und diese faktisch beherrscht. Über inländische Firmen werden mit dubiosen Geschäftspraktiken Gelder in Millionenhöhe vereinnahmt ...“

Diese Verdachtsbegründung ist für die aktuelle Situation in der Praxis der Verteidigung in Wirtschaftsstrafsachen zwar nicht der Regelfall, aber symptomatisch. Sie spiegelt zugleich diejenigen – tatsächlichen und rechtlichen – Aspekte wider, die die Verteidigung in Wirtschaftstrafverfahren aktuell bewegt. Sie sollen im Folgenden kurz und überblicksartig vorgestellt werden.

Aus Sicht der Verteidigung in Wirtschaftsstrafsachen schlägt sich dies im Wesentlichen in folgenden Punkten nieder:

¹ 47 Gs – 2 Js 52827/06.

- zunehmende Komplexität der Ermittlungsverfahren, internationale Bezüge und großangelegte interne Untersuchungen durch internationale Anwaltskanzleien,
- Ausweitung der Strafrechtsanwendung auf wirtschaftliche Sachverhalte, reaktive Strafgesetzgebung und Aufweichung von Tatbestandsstrukturen,
- Umgang mit einer überlangen Verfahrensdauer (Strafvollstreckungslösung des großen Senats in Strafsachen)

Bei Wirtschaftstraftaten handelt es sich definitionsgemäß um Straftaten bei sonstiger sozialer Unauffälligkeit, die im Zusammenhang mit der Ausübung einer legitimen Berufstätigkeit oder legalen wirtschaftlichen Betätigung begangen werden.² Kriminologische Untersuchungen der Wirtschaftskriminalität erfolgten in jüngster Vergangenheit unter dem Titel „Leipziger Verlaufsmodell“ von *Schneider*³ und darauf aufbauend wurde gerade eine Studie in Zusammenarbeit von der Universität Leipzig mit *Rölfs* WP Partner AG erstellt.⁴ Die Ergebnisse dieser Studie werden an anderer Stelle im Rahmen anlässlich dieser Tagung dargestellt.

2. Zunehmende Komplexität

Die Verteidigungstätigkeit im Wirtschaftsstrafrecht ist immer mehr von einer hochgradigen Komplexität der Sachverhalte geprägt, und zwar sowohl in rechtlicher als auch in tatsächlicher Hinsicht.

- a) Die Komplexität in rechtlicher Hinsicht ergibt sich dabei nicht nur aus der Klärung vielfältiger nicht-strafrechtlicher Vorfragen, sondern etwa aus ihrer Verquickung mit länderübergreifender unternehmerischer Tätigkeit, die eine Auseinandersetzung mit den höchst unterschiedlichen gesetzlichen Regelungen und dem jeweiligen Rechtsverständnis erfordert. Die Sachverhalte können ohne Inanspruchnahme inter-disziplinärer Unterstützung umfassend kaum mehr erschöpfend erarbeitet werden. So stellt sich bereits für die Begründung einer inländischen strafgerichtlichen Verfolgbarkeit die Frage nach der Strafbarkeit von Verhaltensweisen, die im Ausland begangen werden. Zur Gewährleistung der Verteidigungsrechte des Mandanten dürfte zunehmend die Einholung von Rechtsgutachten zu (straf-)rechtlichen Regelung am Tatort unentbehrlich sein. Dass dabei die

2 Vgl. *Schwind*, Kriminologie; § 21 Rn 17.

3 NStZ 2007, 555 ff.

4 abrufbar unter: roelfspartner.de/de/portal/presse/pressemitteilungen/2009/2009-8.htm.

Überwindung der sprachlichen Barrieren gegenüber der Identifizierung geeigneter Gutachter (Hochschullehrer, Anwaltskollegen) – man denke an die Länder Afrikas oder der GUS – noch harmlos ist, hat mancher Kollege bereits hinreichend erfahren dürfen.

Ebenso interessant wie bedeutsam sind daneben die Fragen, die sich aus den gesellschafts-, verwaltungs- und aufsichtsrechtlichen Regelungen am Ort der Konzernmutter ergeben können. Dies betrifft etwa die vielschichtigen rechtlichen Probleme, auf die US-börsennotierte Unternehmen und deren Mitarbeiter treffen können, wenn interne Untersuchungen für die Börsenaufsicht SEC angestoßen werden. Das Beispiel der internen Untersuchungen durch die Kanzlei *Debevoise & Plimpton* im Fall Siemens hat bereits Eingang in die (strafrechtliche) Literatur gefunden.⁵ Die Problematik besteht in

- dem Fehlen jeglicher Verfahrensregelungen und Verfahrensrechte für die betroffenen Mitarbeiter (Protokolle werden nicht zur Durchsicht und Unterschrift herausgegeben),
- der arbeitsrechtlichen Verpflichtung der Auskunftserteilung gegenüber dem Arbeitgeber auf der einen Seite
- und den drohenden Schadensersatzansprüchen der Gesamtschuldnerhaftung, Kündigungen, der Nichtfreistellung von Verteidigungskosten auf der anderen Seite,
- sog. Amnestieprogrammen einschließlich des immanenten Risikos der Falschbelastungen.

Aus Sicht der Verteidigung, deren Aufgabe die Gewährleistung der verfassungsrechtlich verbürgten Beschuldigtenrechte ist, bergen diese internen Untersuchungen insbesondere im Hinblick auf das Schweigerecht des Beschuldigen bzw. die Auskunftsverweigerungsrechte von Zeugen die erhebliche Gefahr, gänzlich unterlaufen zu werden. Denn die internen „Ermittler“ sind regelmäßig auch damit beauftragt, ihre Ergebnisse der zuständigen Staatsanwaltschaft zu übergeben. Die im Rahmen intern geführter Interviews gewonnenen Erklärungen von Mitarbeitern, die als potentiell Beschuldigte in Betracht kommen, gelangen so weitgehend ungeschützt zur Kenntnis und Verwendung der Ermittlungsbehörden. Die Diskussion, ob und inwieweit hier Beweiserhebungs- oder Beweisverwertungsverbote⁶ implementiert werden können oder gar müssen, steckt erst in den Kinderschuhen. Gleichwohl steht der Verteidiger bereits heute vor

⁵ *Jahn*, StV 2009, 41; *Wehnert*, Festschrift für *Egon Müller*, S. 729 ff.

⁶ *Jahn*, aaO, 45.

der Schwierigkeit, unter Abwägung der rechtlichen Rahmenbedingungen, der Kraft des Faktischen und dem Interesse des Mandanten den geeigneten Weg zu finden. Eine allgemeingültige Klärung dieser Konfliktsituation ist dringend zum Schutz verfassungsrechtlich gewährter Verfahrensrechte erforderlich.

- b) Neben der Komplexität rechtlicher Art bringen derartige Ermittlungsverfahren auch Probleme rein faktischer Natur mit sich. Denn die Ermittlungsverfahren gegen große – oftmals auch internationale – Konzerne gehen mit einer kaum überschaubaren Flut an (auch fremdsprachlichen) Beweismitteln einher, die selbst mit einem ganzen Stab von Mitarbeitern – auch auf Seiten der Strafverfolgungsbehörden – kaum auch nur annähernd einer Sichtung und Bewertung unterzogen werden können. Angesichts erfolgter oder drohender Zwangsmaßnahmen, wie etwa die Arrestierung der Firmenkonten, können weichenstellende Entscheidungen in einem frühen Stadium der Ermittlungen zunehmend schwierig auf einer hinreichend gesicherten Basis getroffen werden. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Originalunterlagen sichergestellt sind und in kurzer Frist keine Möglichkeit besteht, diese auf Seiten des Betroffenen einer objektiven Risikobewertung zu unterziehen.

Gleichzeitig erleben Verteidiger in Wirtschaftsstrafverfahren immer wieder, dass – wie in dem eingangs zitierten Beschluss – eine „massive wirtschaftliche Betätigung“ und das „Vereinnahmen von Geldern in Millionenhöhe“ oftmals als Verdachtsgrundlage für Durchsuchungsbeschlüsse und die Arrestierung von Vermögenswerten hinreichend erscheinen. Sechs- bis siebenstellige Beträge auf ausländischen Konten oder die Komplexität und Undurchsichtigkeit wirtschaftlicher Vorgänge tragen – so scheint es – per se den Makel des Illegitimen, ohne dass ein strafrechtlich subsumierbarer Sachverhalt dargetan wäre. Angesichts des Zusammenbruchs der Märkte wird auch der Ruf nach moralischer Verantwortung einschließlich ihrer strafrechtlichen Sanktionierung lauter, ein „Schuldiger“ für das Fehlschlagen wirtschaftlicher Unternehmungen oder dem Verlust finanzieller Mittel muss gefunden werden.

Es ist festzustellen, dass die Legislative zunehmend aktuelle Skandale oder Krisen als Anlass nimmt, Strafgesetze zu verschärfen oder neu zu erlassen. Die Legitimität einer solchen Gesetzgebung wird zu Recht in

Frage gestellt.⁷ Es stellt sich dabei insbesondere unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten die Frage, ob eine strafrechtliche Sanktionierung tatsächlich in diesem Umfang erforderlich und verhältnismäßig ist.⁸ Fundierte und verlässliche Erhebungen dazu, ob die strafrechtliche Sanktionierung – neben den zahlreichen Maßnahmen etwa der Selbstkontrolle oder des Wirtschaftsverwaltungsrechts – tatsächlich geeignet ist, den angestrebten Zweck überhaupt zu erreichen, fehlen vollständig. Auch ist die Frage zu stellen, ob im Hinblick auf den Gedanken vom Strafrecht als ultima ratio der Tadel des „Vorbestraften“ neben den anderen möglichen Sanktionen (Versagung der Gewerbeausübung, Abberufung als Geschäftsführer oder die Betriebsstilllegung)⁹ wirklich die schärfste und effektivste Waffe darstellt und somit im verfassungsrechtlichen Sinn auch erforderlich ist. So sehr das Anliegen, auch die „Profiteure dranzukriegen“ menschlich nachvollziehbar sein mag, so sehr muss aber ein Rechtsstaat dem widerstehen, denn die strafgerichtliche Intervention ist der schwerwiegendste Eingriff in die Freiheitsrechte des Bürgers.

3. Aufweichung von Tatbestandsstrukturen

Ähnliche Tendenzen sind auch in der höchstrichterlichen Rechtsprechung festzustellen. Die Rechtsprechung neigt in den letzten Jahren zu einer immer extensiveren Auslegung der gesetzlichen Tatbestandsmerkmale mit der erkennbaren und zum Teil erklärten Zielrichtung „strafwürdige“ Sachverhalte zu erfassen. Insbesondere ist dies anhand der Entwicklung der Rechtsprechung zum Tatbestand der Untreue gem. § 266 StGB zu beobachten, die mit der *Siemens*-Entscheidung des BGH¹⁰ ihren vorläufigen Höhepunkt erreicht hat. Die Konturenlosigkeit dieses Tatbestandes wird nicht erst in jüngster Zeit beklagt.¹¹ Die Entwicklung der Rechtsprechung zu den sog. Schwarzen Kassen erstreckte sich in ihren Begründungsansätzen von Verstößen gegen Haushaltsgrundsätze¹² als schadensgleiche Vermögensgefährdung, über die Beeinträchtigung der Dispositionsfreiheit des Vermögensinhabers im Fall

7 Vgl. *Achenbach*, Strafrecht als Mittel der Wirtschaftslenkung, ZStW 119 (2007), 789 ff; ders. StV 2008, 324 ff mwN; vgl. auch *Ebner*, Kriminalistik 2008, 432 ff.

8 Vgl. *Achenbach*, ZStW 119 (2007), 789, 811 ff.

9 *Achenbach*, StV 2008, 324, 326 f.

10 BGHSt 52, 323.

11 *Ransiek*, ZStW 116 (2004), 634 „§ 266 StGB passt immer“; *Dahs*, NJW 2002, 272; *MK/Dierlamm*, § 266 Rn 4 ff.

12 BGH NJW 1995, 603.

*Kanther/Weihrauch*¹³ bis zur Annahme des Eintritts eines endgültigen Schadenseintritts mit Einrichtung der verdeckten Kasse.¹⁴

Auf die Diskussion um die dogmatischen Fragen im Zusammenhang mit den sog. schwarzen Kassen, dem Gefährdungsschaden und der Vorverlagerung des Eintritts eines Vermögensschadens durch die *Siemens*-Entscheidung allein in den letzten fünf Jahren soll an dieser Stelle hingewiesen werden, sie sind an anderen Stellen ausgiebig diskutiert worden. Eine Auswirkung auf die Praxis der strafrechtlichen Beratung – auch im Präventivbereich – hat diese stetige und zum Teil unvorhersehbare Entwicklung aber in erheblichem Maße. Zunehmend suchen Geschäftsführer, Vorstände oder Aufsichtsräte oder auch kommunale Vertretungsorgane anlässlich anstehender Entscheidungen von mehr oder weniger großer Bedeutung bereits im Vorfeld die anwaltliche Beratung über strafrechtliche Risiken. Die kontinuierlichen Veränderungen in der Rechtsprechung, die teilweise unter Aufgabe dogmatischer Grundsätze aus Einzelfallerwägungen erfolgt, führt dazu, dass auch bei sorgfältigster Beratung eine zuverlässige Prognose der weiteren Entwicklung der Rechtsprechung und damit eine verlässliche Rechtsauskunft kaum mehr möglich ist. Nicht nur unter Bestimmtheitsgrundsätzen ist diese Entwicklung aus verfassungsrechtlicher Sicht höchst bedenklich.

4. Überlange Verfahrensdauer

In der kriminologischen Literatur wird als ein Merkmal der Wirtschaftskriminalität der Umstand beschrieben, dass im Hinblick auf die Vielzahl der Taten und Opfer verhältnismäßig niedrige Strafen ausgesprochen werden und die Erledigung der Ermittlungsverfahren regelmäßig durch Absprachen erfolge.¹⁵ Dies sei – so liest man – der überlasteten Justiz einerseits und den hoch qualifizierten Verteidigern andererseits geschuldet. Diese Zwangsläufigkeit war in jüngerer Zeit stark rückläufig. Ein frühes Geständnis verbunden mit der Aufdeckung weiterer Tatkomplexe oder Benennung anderer Tatbeteiligter sowie einer weitestgehenden Schadenswiedergutmachung mit der Folge der Verhängung einer bewährungsfähigen Freiheitsstrafe ist heute nicht mehr in jedem Fall ein erreichbares Verteidigungsziel. Verstärkt wird

13 BGHSt 51, 100.

14 BGHSt 52, 323, 336.

15 Vgl. *Schwind*, aaO, Rn 46.

dies nun durch die Entscheidung des großen Senats zur Vollstreckungslösung.¹⁶

Während die in Wirtschaftsstrafverfahren häufig anzutreffende überlange Verfahrensdauer bislang regelmäßig dazu führte, dass der Beschuldigte nach drei- bis fünfjähriger Verfahrensdauer eine (noch) bewährungsfähige Freiheitsstrafe zu erwarten hatte, ist dieser Weg nun häufig verstellt. Denn die Kompensation der mit der langen Verfahrensdauer ein Hergehen der Belastung des Betroffenen und die Verletzung seines Anspruchs auf die rasche Durchführung des Verfahrens erfolgt nach der Entscheidung des großen Senats nun nicht mehr im Rahmen der Strafzumessung. Der Antritt zumindest einer kurzzeitigen Vollzugsdauer wird damit zum Regelfall.

Die prozessuale Zulässigkeit der Entscheidung des großen Senats wird genauso angezweifelt, wie die Zweckmäßigkeit dieser Konstruktion und die materiell-rechtliche Stimmigkeit dieser Lösung insgesamt.¹⁷ Für die Wirtschaftskriminalität jedenfalls ist festzuhalten, dass die Strafvollstreckungslösung hier ihren breitesten und – aus Sicht vieler Verteidiger – folgenreichsten Anwendungsbereich finden wird bzw. heute schon findet. Die Erkenntnis, dass die Straffälligkeit der Wirtschaftsstraftäter in aller Regel ein singulärer Vorgang ist, macht dies deutlich. Eine Straftat mit all ihren Folgen wie mehr oder weniger öffentlichkeitswirksame Durchsuchungsaktionen ggf. Untersuchungshaft, Arbeitsplatzverlust, Schadensersatzklagen und sehr häufig den Verlust der persönlichen Bindungen liegt zum Zeitpunkt des Urteils bereits drei, vier, fünf oder mehr Jahre zurück, die Straftat oft noch länger. Der Betroffene hat es in dieser Zeit in den meisten Fällen geschafft, wieder am Erwerbsleben teilzunehmen und ein persönliches Umfeld aufzubauen. In dieser Situation wird nun mit Blick auf die Verfahrensdauer nicht mehr wie bisher eine Bewährungsstrafe sondern eine zu verbüßende Freiheitsstrafe. Die eingeleitete Resozialisierung ist damit dahin; der Betroffene hat ein Alter von Anfang/Mitte 50 erreicht, in dem ein erneuter Resozialisierungsversuch nur in den glücklichsten Fällen gelingen kann. Geholfen ist damit aber weder der Gerechtigkeit noch der Gesellschaft.

16 BGHSt 52, 124.

17 Vgl. etwa *Ignor/Bertheau*, NJW 2008, 2209; *Gaede*, JZ 2008, 422; *Ziegert*, StraFo 2008, 321.

5. Zusammenfassung

Die aktuellen Entwicklungen der Wirtschaftskriminalität und die Veränderung in der Rechtsprechung und der Gesetzgebung bringen für alle beteiligten erhebliche Anforderungen mit sich. Dies kann und darf aber nicht zu einer Beschneidung der grundrechtlich geschützten Verfahrensrechte der Beschuldigten führen. Das Strafrecht darf stets nur das letzte Mittel der Wahl, nicht das erste sein.

II. Wirtschaftskriminalität aus Sicht der Unternehmen

Wirtschaftskriminalität und Unternehmenskultur

Kai-D. Bussmann

Gliederung

1. Die Karriere von Compliance in Unternehmen
2. Das Bild vom Wirtschaftskriminellen in Unternehmen
3. Homo Oeconomicus
4. Compliance-Ansatz
5. Unternehmenskultur
6. Eigene Forschungsansätze
7. Internationale Beispiele – Beispiel Japan
8. Fazit

1. Die Karriere von Compliance in Unternehmen

Spätestens zu Beginn dieses neuen Jahrhunderts ist das Thema Wirtschaftskriminalität ins Bewusstsein der Öffentlichkeit gerückt. Das Thema erlangt nunmehr auch in Unternehmen eine zunehmende Aufmerksamkeit, da Vorfälle von Wirtschaftskriminalität wie noch nie zuvor von der Öffentlichkeit, den Medien und von Nicht-Regierungsorganisationen und der Justiz beobachtet werden. Der Motor dieser wachsenden Sensibilisierung für Wirtschaftskriminalität lag unzweifelhaft in spektakulären Wirtschaftsstraftaten, die nicht nur die Strafverfolgungsbehörden, sondern auch nationale Gesetzgeber und supranationale Verbände wie Weltbank, United Nations, OECD und IWF mobilisiert haben.

Strenge US-Regelungen wie insbesondere der Sarbanes Oxley Act oder die US Federal Sentencing Guidelines trieben die unternehmensinternen Anforderungen in diesem Feld nicht nur für börsennotierte Unternehmen weiter nach oben.

Diese US-Regelungen fordern von den Unternehmen die Einführung verschiedener Maßnahmen wie Compliance-Programm, Verhaltenskodex, Anti-Fraud-Training, Whistleblowing System usw.¹

Im Zuge dieser Entwicklung wurde der aus dem angelsächsischen Wirtschaftsrecht stammende Begriff „Compliance“ ebenso selbstverständlich in den deutschen Diskurs übernommen wie zuvor der Begriff „Corporate Governance“.² Erste Fachzeitschriften widmen sich ausschließlich diesem Themengebiet.

Compliance bedeutet aus juristischer Sicht im Grunde eine Selbstverständlichkeit, nämlich die Einhaltung rechtlicher Gebote.³ Für Unternehmen geht es aber um die praktische Frage, auf welche Weise Normbefolgung in einer komplexen sozialen, gewinnorientierten Organisation gewährleistet werden kann. Compliance-Programme enthalten zahlreiche Maßnahmen wie ethische Richtlinien, Schulungen, Hinweisgebersysteme, Anti-Korruptions-Programme.⁴ Entsprechend der Wurzeln dieser Entwicklung haben westeuropäische Unternehmen im Vergleich zu nordamerikanischen Unternehmen auf dem Gebiet der Prävention noch erheblichen Nachholbedarf.

1 Details in *Hopson, M.D., Koehler, K.G.*: Effektive ethische Compliance-Programme im Sinne der United States Federal Sentencing Guidelines. In: *Corporate Compliance Zeitschrift (CCZ)*, 2008, 1 (6), S. 208-213. Zu den weltweiten Auswirkungen der US-Regelungen *Bussmann, K.-D., Matschke, S.*: Der Einfluss des nationalen Rechts auf Kontroll- und Präventionsmaßnahmen in Unternehmen. In: *Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht (Wistra)*, 3/2008, S. 88-95.

2 *Fleischer, H.*: Corporate Compliance im aktienrechtlichen Unternehmensverbund. In: *CCZ*, 2008, 1 (1), S. 1-6.

3 *Dieners, P.*: Vermeidung von Korruptionsrisiken aus Unternehmenssicht. In: *Dölling D.* (Hrsg.): *Handbuch der Korruptionsprävention*. München 2007, Rn. 5; *Hauschka, Ch. E.*: Allgemeine Unternehmensorganisation. In: *Hauschka, Ch. E. Buck-Heep, P.* (Hrsg.): *Corporate Compliance. Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen*. München 2007, Rn. 1 ff.

4 Details bei *Sieber, U.*: Compliance-Programme im Unternehmensstrafrecht. Ein neues Konzept zur Kontrolle von Wirtschaftskriminalität. In: *Sieber, U., Dannecker, G., Kindhäuser, U., Vogler, J., Walter, T.* (Hrsg.): *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht, Festschrift für Tiedemann*. Köln 2008, S. 429-447.

Dies gilt auch für deutsche Unternehmen, aber weniger für US-Töchter in Deutschland.⁵

Nach den Ergebnissen des Global Economic Crime Survey in 2007 von PricewaterhouseCoopers⁶ verfügen zwar 61 % der deutschen Unternehmen über ethische Richtlinien, aber nur 37 % über Compliance-Programme; gegenüber 94 % bzw. 73 % in Nordamerika. Ähnliches gilt auch für unsere Großunternehmen in Deutschland.

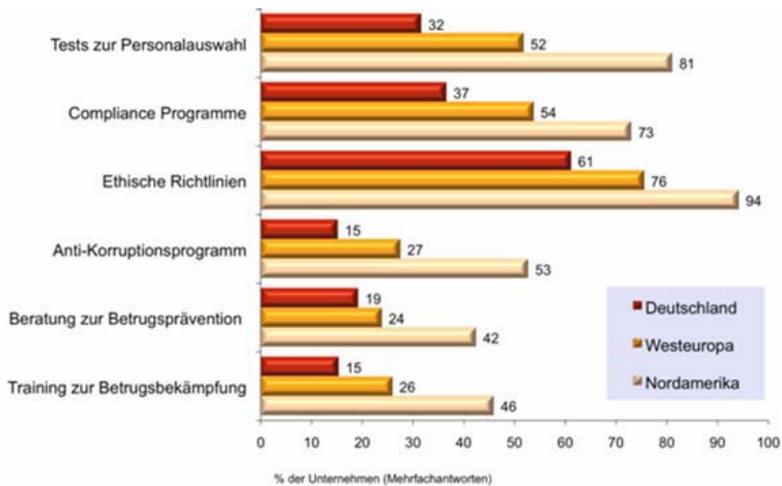


Abbildung 1: Präventionsmaßnahmen

Den hohen Stellenwert, den Unternehmen Compliance nunmehr zumessen, erkennt man daran, dass neben den Abteilungen für Revision und Controlling auch Compliance-Abteilungen eingeführt wurden, teilweise sogar mit

5 Bussmann, K.-D.: The control-paradox and the impact of business ethics: A comparison of US and German Companies. In: Monatschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform (MschrKrim), 2007, 90 (Sonderheft, 2/3 Crossing the Borders, Hrsg. K.-D. Bussmann), S. 260-276; ders.: Nationales Recht und Anti-Fraud Management - US-amerikanische und deutsche Unternehmen im Vergleich. In: Löhr, A., Burkatzki, E. (Hrsg.): Wirtschaftskriminalität und Ethik. München 2008, S. 111-132.

6 PricewaterhouseCoopers (PwC) International: Economic Crime: People, Culture and Controls. The 4th biennial Global Economic Crime Survey. Eigenverlag 2007. Am biennialen Global Economic Crime Survey beteiligten sich 2007 weltweit 5.428 Unternehmen in 40 Ländern (1.166 in Deutschland); vgl. a. Bussmann, K.-D., Salvenmoser, S.: Der Wert von Compliance und Unternehmenskultur. In: Corporate Compliance Zeitschrift (CCZ) 2008, 1 (5), S. 192-196.

der Position eines Chief Compliance Officers. Ein sichtbarer Wandel im Problembewusstsein setzte in der Wirtschaft somit relativ spät ein und erst aufgrund des zunehmenden öffentlichen und rechtlichen Drucks, obwohl viele Unternehmen durch Wirtschaftskriminalität geschädigt wurden.⁷ Eine derartige Passivität von Kriminalitätsoffern ist eigentlich erstaunlich, da in der klassischen Kriminalität normalerweise körperliche, sexuelle oder finanzielle Viktimisierungserfahrungen zu Vermeidungsverhalten führen.

Bemerkenswert ist überdies: Der Markt scheint derartige Fehlentwicklungen nicht regulieren zu können. Die Gründe hierfür sind vielfältig. Vier Gründe lassen sich anführen.

1. *Unterschätzung der Risiken*: Zuerst zeigt sich, dass die Risiken, selbst Opfer zu werden, von den Unternehmen schlicht unterschätzt werden. Lange Zeit befanden sich diese Risiken allenfalls am Rande ihres „Radars“. So halten auch in Deutschland nur 10 % der in der genannten Studie befragten Unternehmen das Risiko, Opfer eines Wirtschaftsdelikts zu werden für wahrscheinlich, obwohl in der gleichen Studie fast jedes zweite hierüber berichtet hat.
2. *Viktimisierung als operatives Risiko*: Darüber hinaus wurden die verursachten finanziellen Schäden infolge von Wirtschaftskriminalität lange Zeit als Teil operativer Risiken angesehen. Gemessen hieran schien vielen Unternehmen eine effektive unternehmensinterne Kriminalprävention als zu unwirtschaftlich.

Allerdings war es schon in der „Vor-Siemens-Zeit“ nicht richtig, die finanziellen Risiken infolge von Wirtschaftskriminalität zu unterschätzen.⁸ In der genannten Global Economic Crime Survey⁹ beliefen sich die finanziellen Schäden für deutsche Unternehmen auf durchschnittlich über 1,04 Millionen Euro pro Unternehmen und 1,67 Millionen Euro in Westeuropa. Überdies darf man nicht übersehen, dass es sich bei den genannten Verlusten um Durchschnittswerte handelt, und gerade kleinere und mittlere Unternehmen können empfindlich getroffen werden. Bei 7 % der mittelständischen Unternehmen mit weniger als 1000 Mitarbeitern verursachten Wirtschaftsdelikte in den letzten beiden Jahren einen Schaden in Höhe von über 1 Million Euro,

7 PricewaterhouseCoopers (PwC): Wirtschaftskriminalität 2007. Sicherheitslage der deutschen Wirtschaft. Eigenverlag. <http://pwc.com>.

8 Ausführlich Bussmann, K.-D.: Compliance in der Zeit nach Siemens – Corporate Integrity, das unterschätzte Konzept. In: Betriebswirtschaftliche Forschung und Praxis (BFuP), 2009, Themenheft „Unternehmerisches Verhalten in der Kritik“, S. 502-522.

9 PwC International 2007 (o. Fn. 6).

bei 1 % überstieg der Schaden 10 Millionen Euro. Zumindest für mittelständische Betriebe konnten die Schäden daher leicht existenzbedrohende Ausmaße annehmen.

Hinzu kommen die erhöhten Risiken im Auslandsgeschäft. Die finanziellen Schäden, die Unternehmen infolge von Wirtschaftskriminalität in Wachstumsmärkten erleiden, übersteigen bei weitem den Durchschnitt in den übrigen Ländern. 3,76 Millionen Euro je Unternehmen in den Emerging Markets¹⁰ stehen 1,25 Millionen Euro in den anderen Ländern gegenüber. Die finanziellen Risiken, die Unternehmen aus den westlichen Industrieländern bei Investitionen in den Emerging Markets ausgesetzt sind, sind somit dreimal so hoch. Bei Korruptionsvorfällen müssen Unternehmen sogar allein hinsichtlich der ohnehin schwer bezifferbaren unmittelbaren Schäden mit einem Faktor 6 rechnen. Für mittelständische Unternehmen sind dies beachtliche Summen. Zudem lässt sich dieses Risiko im Unterschied zu anderem unternehmerischen Handeln weder nach Art, Umfang noch Zeitpunkt des Eintreffens derartiger Schädigungen abschätzen. Wirtschaftskriminalität bleibt unkalkulierbar.

Ferner übersahen Unternehmen lange Zeit die immateriellen Folgen aufgrund von Verwicklungen in Wirtschaftsdelinquenz. So berichteten im Global Survey über die Hälfte der Unternehmen weltweit über einen gravierenden Zeitaufwand.¹¹ An zweiter Stelle rangiert in Deutschland der zeitliche Aufwand für den Rechtsstreit, gefolgt von erheblichen Beeinträchtigungen der Geschäftsbeziehungen sowie auch Rückgang der Arbeitsmoral. Nicht unerheblich sind des Weiteren stärkere Überwachungen durch Aufsichtsbehörden und Beeinträchtigung der Beziehungen zu Regulierungsbehörden, die erhöhte Aufmerksamkeit und Ausgaben erfordern. Außerdem verwundert es angesichts der anhaltenden Verstrickungen deutscher Großunternehmen in Korruptionsaffären nicht, dass vor allem Verwicklungen in Korruptionsvorfälle bei fast einem Drittel der deutschen Unternehmen eine empfindliche Beschädigung ihrer Reputation bzw. Marke verursacht haben.

10 Berücksichtigt wurden die durchschnittlichen Schadenssummen in China, Russland, Indien, Brasilien, Mexiko, Indonesien und Türkei.

11 PwC International 2007 (o. Fn. 6), vgl. a. *Bussmann, Salvenmoser* 2008 (o. Fn. 6).



Abbildung 2: Indirekte Schäden für Unternehmen infolge von Wirtschaftskriminalität

Hinzu kommt, die Auswirkungen auf die Aktienkurse börsennotierter Unternehmen sind in Westeuropa und weltweit zwar noch eher schwach, aber dies sieht in Nordamerika bereits anders aus. Jedes zweite US-Unternehmen, in dem der Haupttäter aus dem eigenen Senior- oder Top-Management stammte, berichtete über ernste Folgen für die Kursentwicklung.¹² Selbst immaterielle Schädigungen schlagen daher dort aufgrund der strengeren US-Regularien und der mittlerweile hohen Sensibilität der Bevölkerung sehr viel schneller in finanziell messbare Folgen um. Die gegenwärtige Finanzmarktkrise dürfte nunmehr auch bei uns die Bevölkerung für jede Art von Wirtschaftsskandalen weiter sensibilisiert haben.

Außerdem handelt es sich keinesfalls nur um rein immaterielle Auswirkungen, sondern die Folgen von Verwicklungen des Unternehmens bzw. seiner Verantwortlichen in Wirtschaftsstraftaten sind durchaus auch finanzieller Art. Neben Reputationsrisiken drohen Unternehmen die Kosten, die sie aufwenden müssen, um derartige Vorfälle zu managen.

¹² PwC International 2007 (o. Fn. 6).

Rechnet man somit die Kosten für das Management der Fälle hinzu,¹³ so erhöht sich die durchschnittliche Schädigung deutscher Unternehmen um durchschnittlich über 400.000 Euro auf 1,46 Millionen Euro. 3 % der deutschen Unternehmen berichteten über Managementkosten, die über einer Million Euro lagen, 1 % über 10 Millionen Euro.

3. *Furcht vor Reputationsschäden*: Compliance in Unternehmen im Sinne einer umfassenden Kriminalprävention war auch deshalb kaum ein Thema, da man angesichts drohender Reputationsschäden derartige Risiken und insbesondere eingetretene Vorfälle besser nicht zu thematisieren meinte.

Immerhin stammt etwa die Hälfte der Täter aus dem eigenen Unternehmen. Zudem handelt es sich um einen hohen Anteil ranghöherer Täter, die erhebliche finanzielle und auch immaterielle Schäden verursachen. Nach internationalen und auch deutschen Befragungen gehören etwa 20 % zum Senior- und Topmanagement und 25 % zum mittleren Management.¹⁴

4. *Benefiziar*: Der Mantel des Schweigens wurde über dieses Thema auch geworfen, weil viele Unternehmen nicht nur Opfer, sondern auch selbst auf der Täterseite anzutreffen sind. Mittlerweile scheinen Unternehmen jedoch zunehmend zu erkennen, dass sich die anfänglichen Vorteile deliktischer Handlungen wie Bestechung und Kartellabsprachen spätestens dann zum Nachteil kehren, wenn diese öffentlich werden. Ein langes Schweigen oder gar Vertuschen führt dann zu einer besonders scharfen Ächtung im öffentlichen Ansehen. Erhebliche indirekte negative Folgen sind dann für das betroffene Unternehmen unvermeidlich.

Mittlerweile gesellen sich zu den finanziellen und indirekten Auswirkungen auch haftungsrechtliche Folgen hinzu. Zunehmend erkennen Unternehmen, dass Compliance-Maßnahmen auch zur Minimierung von Haftungsrisiken erforderlich sind. Aufgrund der Entwicklung in der Rechtsprechung drohen Unternehmen mittlerweile erhebliche strafrechtliche Haftungsrisiken; Tendenz steigend. Ihre Haftung ergibt sich in Deutschland aus dem allgemeinen

13 Zu den Managementkosten zählten Prozesskosten, Ausgaben für Untersuchungen, Stakeholdermanagement usw. Die indirekten finanziellen Schäden infolge von Reputationsverlust, Rückgang des Aktienkurses oder Beeinträchtigung von Geschäftsbeziehungen wurden hingegen nicht berücksichtigt, *PwC 2007* (o.Fn. 7).

14 *Bussmann, K.-D., Werle, M.*: Addressing crime in companies. First findings from a global survey of economic crime. In: *British Journal of Criminology*, 2006, 46 (6), S.1128-1144.

Ordnungswidrigkeitenrecht (§§ 130, 30 OWiG) sowie aus (branchen-) spezifischen Spezialregelungen (bspw. § 91 II AktG, § 25a KWG, § 64a VAG). Bußgeldrechtlich kann Unternehmen und ihren Verantwortlichen – unabhängig von deren Willen oder Kenntnis – ein strafbares Organisationsverschulden aufgrund von §§ 130, 30 OWiG vorgeworfen werden, wenn Unternehmensangehörige ein betriebsbezogenes Wirtschaftsdelikt begangen haben. Die zu treffenden Maßnahmen müssen sich jedenfalls an dem Grundsatz orientieren, dass die betriebsbezogenen Pflichten aller Voraussicht nach eingehalten werden, es nicht aus dem Kreis der Mitarbeiter und Manager zu Korruption oder wettbewerbswidrigen Absprachen o.ä. kommt.¹⁵

Im Sommer 2009 ging der Bundesgerichtshof noch einen Schritt weiter und begründete in einem spektakulären obiter dictum für Compliance Officer eine ‘Sonderverantwortlichkeit’ für die Integrität des übernommenen Verantwortungsbereichs. Nach dieser höchstrichterlichen Rechtsprechung schützt ein Compliance-Programm vor allem dann nicht, wenn es nur als Feigenblatt diene. Die regelmäßig vorliegende Garantienpflicht der Compliance-Officer ist aus Sicht des BGH „die Kehrseite ihrer gegenüber der Unternehmensleitung übernommenen Pflicht, Rechtsverstöße und insbesondere Straftaten zu unterbinden“.¹⁶

2. Das Bild vom Wirtschaftskriminellen im Unternehmen

Welche Ursachen sehen Unternehmen jedoch für Wirtschaftskriminalität? Wie ordnen sie die Gründe für die Entstehung derartiger Delikte, welches Bild vom Wirtschaftskriminellen herrscht in Unternehmen vor? Worauf richten Sie Compliance aus?

Bemerkenswerterweise führt die Mehrheit der Unternehmen ihre Schädigungen nicht primär auf mangelnde interne Kontrollen und Sicherheitsmaßnahmen zurück (31 %), sondern vor allem auf fehlendes Unrechtsbewusstsein (63 %), finanzielle Anreize (61 %) und leichte Verführbarkeit (38 %). Sie individualisieren die Gründe; im Zentrum steht eine schwache und defizitäre Täterpersönlichkeit. Dagegen führten weniger als 20 % der Befragten Wirtschaftsdelikte auf eine zu hohe Anonymität unter den Unternehmensangehörigen zurück oder auf Gründe wie berufliche Enttäuschung

¹⁵ Überblick in *Bussmann, K.-D., Matschke, S.*: Die Zukunft der unternehmerischen Haftung bei Compliance-Verstößen. In: *CCZ*, 2009, 2 (4), S. 132-138.

¹⁶ *BGH*, Urteil vom 17. Juli 2009, 5 StR 393/08, Rn. 27 (NJW 2009, 3173, 3175).

(12 %), mangelnde Übereinstimmung mit den Unternehmenszielen (15 %) oder zu hoher Druck durch Zielvorgaben (13 %).

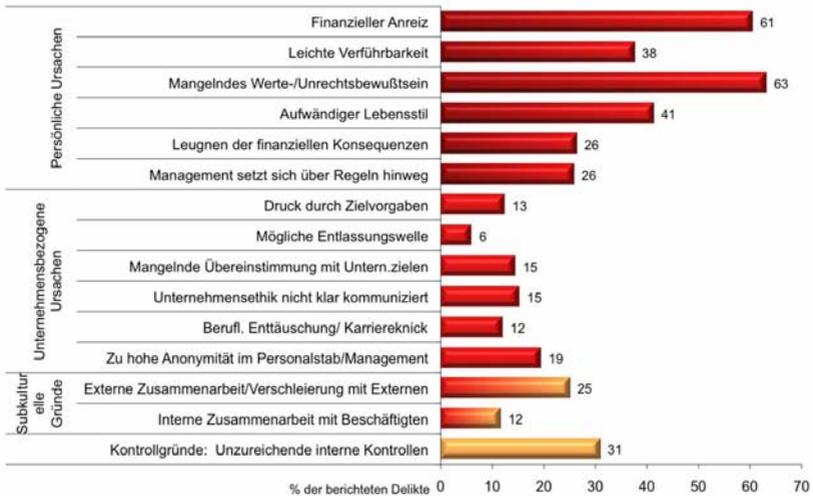


Abbildung 3: Ursachen von Wirtschaftskriminalität aus Sicht der betroffenen Unternehmen

Zur Analyse wurden die genannten Ursachen vier Gruppen zugeordnet. Die folgende Tabelle erlaubt sowohl eine Übersicht über die Bedeutung der vier Ursachengruppen als auch eine Differenzierung nach der Position des Täters. Aus Vergleichbarkeitsgründen wurden zudem nur Täter aus dem eigenen Unternehmen einbezogen. Unabhängig von der Position des Täters überwiegen individuelle Gründe bei der Erklärung von Wirtschaftskriminalität. Dies gilt insbesondere für das Management. Für diese Gruppe wurden am häufigsten menschliche Schwächen als Tatgrund genannt. Unzureichende Kontrollen reihen sich in ihrer Bedeutung erst dahinter ein. Hingegen spielen aus Sicht der Befragten unternehmenskulturelle Gründe nur eine vergleichsweise untergeordnete, wenn auch nicht unbedeutende Rolle. Ich meine allerdings, dass diese wahrscheinlich vollkommen unterschätzt werden.

Tabelle 1: Ursachengruppen und Täter in verschiedenen Positionen (Mehrfachantworten möglich)

Interne Täter aus dem eigenen Unternehmen in Deutschland, in %	Senior/ Topmanagement	Mittleres Management	Andere Beschäftigte	Alle Täter
Individuelle Gründe	56	38	40	41
Unternehmenskultur	18	12	11	12
Kollatives Zusammenwirken	42	20	15	18
Mangelnde Kontrollen	33	26	36	33

Sicher nicht überraschend, aber dennoch erklärungsbedürftig: Warum spielen aus Sicht der Unternehmen individuelle Gründe für die Begehung eines Wirtschaftsdelikts eine so große Rolle? Die einfachste Antwort wäre: Weil auf diese Weise die eigene Mitverantwortung des Unternehmens nicht erkennbar wird. Dabei drängt sich diese in vielen Fällen geradezu auf. Dabei meine ich nicht schon die Delikte, die ohnehin vom Unternehmen selbst veranlasst wurden, wie Bestechung von Auftraggebern oder kartellwidrige Absprachen im Dienste des Unternehmens. So kommen zuvörderst verdeckte Anreize in Arbeitsverträgen, wie Gratifikationsregeln, aber auch überzogene Zielvereinbarungen in Betracht. Überdies wird insgesamt gesehen die Rolle des eigenen Unternehmens, insbesondere der eigenen Unternehmenskultur – wie ich noch ausführen werde – vollkommen unterschätzt. Hier fehlt es am Problembewusstsein.

3. Homo Oeconomicus

Dieser blinde Fleck im Problembewusstsein erklärt auch das in der Wirtschaft vorherrschende Menschenbild und die dort gebräuchliche Handlungstheorie. In den verantwortlichen Positionen der Unternehmen befinden sich seltener Juristen, sondern zumeist Ökonomen (Betriebswirte) und Ingenieure – jedenfalls keine Kriminologen, Psychologen oder Soziologen. In ihrem Weltbild dominiert vor allem das Verhaltensmodell des homo oeconomicus. Die wichtigste Annahme ist hiernach, dass jedem Wirtschaftsdelikt eine rationale Entscheidung vorausgegangen ist, in der Vor- und Nachteile vor der Tat gegeneinander abgewogen wurden.

Diese Erklärung ist zwar nicht vollkommen falsch, verkürzt aber die Zusammenhänge. Diese schlichte Variante des Rational-Choice-Modells invisibilisiert die Frage, wie Täter zu ihren Bewertungskriterien über die Vor- und Nachteile ihres Handelns gelangt sind. Aus diesem Grund wurden so häufig Gründe wie leichte Verführbarkeit, aufwendiger Lebensstil, Neutralisierungen der Schadensfolgen und mangelndes Unrechtsbewusstsein genannt. Diese Gründe sind ohne Zweifel zutreffend, aber interessant wird doch die Frage: Woher stammen diese Werte und Verhaltensorientierungen und Schwächen?

Die „üblichen Verdächtigen“ sind die Gesellschaft und die Familie. Die ohnehin letztlich für alles herhalten müssen, auch zuweilen zumindest aus Sicht vieler Banker für die Folgen der Finanzmarktkrise. Die Gier geriert leicht zur Ursuppe aller Wirtschaftskriminalitätskausalität. In einem schlichten RC-Modell wird sie zur alles erklärenden Variable.

Bevor ich in diese Thematik tiefer einsteige, will ich zumindest ein komplexeres Rational-Choice-Modell skizzieren.¹⁷ Man könnte sicherlich auch an die Systemtheorie denken, aber sie ist doch eher eine Makrotheorie und eignet sich nur bedingt für die Erklärung von Entscheidungsprozessen auf der Mikro-Ebene. Dies kann hier nicht vertieft werden; zumindest sei angedeutet, dass sich auch mit einer systemtheoretischen Brille die völlige Unterkomplexität eines simplen RC-Modells aufzeigen ließe.

In einem komplexeren RC-Modell, beispielsweise in dem von mir favorisierten Framing-Modell von Hartmut Esser ist die Grundidee,¹⁸ die Komplexität einer Situation ist für Akteure nicht vollständig erfassbar, d.h. kein Akteur ist jemals voll informiert. Nötig sind daher gedankliche Orientierungen, Bezugsrahmen – sogenannte Frames, die dem Akteur zeigen, um was es in der typischen Situation überhaupt geht. Diese Frames bieten Vorgaben des Denkens, Fühlens, Handelns und erleichtern die Orientierung in der Situation.

17 Krit. a. bspw. *Dannecker, G.*: Der strafrechtliche Schutz des Wettbewerbs: Notwendigkeit und Grenzen einer Kriminalisierung von Kartellrechtsverstößen. In: *Sieber, U., Tiedemann, K.* (Hrsg.): Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht: Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen; Festschrift für *Klaus Tiedemann* zum 70. Geburtstag. Köln 2008, S. 789, 808 f.; *Schneider, H.*: Das Leipziger Verlaufsmodell wirtschaftskriminellen Handelns. Ein integrativer Ansatz zur Erklärung von Kriminalität bei sonstiger sozialer Unauffälligkeit. In: *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ)*, 2007, 27 (10), S. 555-562.

18 *Esser, H.*: Soziologie. Spezielle Grundlage. Band 6: Sinn und Kultur. Frankfurt/M. 2001, S. 259 ff.

Die Gesamtheit der Bezugsrahmen in einer Gesellschaft ist hiernach die Kultur. Handlungsleitend für einen Akteur ist daher die in einem historischen Prozess entstandene Kultur. Menschen agieren nicht nur innerhalb einfacher Rational-Choice-Kalküle, sondern sie bewegen sich immer innerhalb eines sozial vorgegebenen Deutungsrahmens, einer spezifischen Wertekultur und in unserem Kontext: Unternehmenskultur. Werte, eingebettet in Frames, wirken vor jeglichem Kosten-Nutzen-Denken quasi als Filter, bestimmte Handlungen gehen daher nicht, bspw. weil es nicht anständig wäre, dies zu tun. Sie sind jeder Kosten-Nutzen-Überlegung vorgeschaltet.¹⁹ Der Mensch als homo oeconomicus, der immer alles das tut, was ihm nützt, ist aus psychologischer, soziologischer und kriminologischer Sicht ein Mythos.²⁰

Es gibt noch einen weiteren Grund, weshalb Werte eine zentrale Rolle spielen. Eine hohe Akzeptanz von Gesetzen und Werten hemmt die Wahrnehmung krimineller Gelegenheiten. Denn Crime Opportunities müssen erst bewusst als eine solche Option gesehen werden, bevor man sich für sie entscheidet. Der jeweils passende Frame kann die Wahrnehmung krimineller Optionen verhindern. Eine hohe Akzeptanz von Werten filtert schlicht diesen Teil der Wahrnehmung. Denn Gelegenheiten zu strafbaren Handlungen gibt es viel mehr als die meisten Menschen überhaupt wahrnehmen.²¹

4. Compliance-Ansatz

Im Zentrum einer unternehmensinternen Kriminalprävention sollte daher der Blick auf Unternehmen in seiner Gesamtheit geworfen werden. Die gegenwärtige Situation in vielen Unternehmen scheint dagegen eine andere zu sein. Man flüchtet geradezu in das neue Konzept des Compliance. So richtig dieser Schritt in Richtung Kriminalprävention ist: Hierdurch droht eine Verkürzung des gerade erst gewonnenen Weitblicks.

19 Bussmann, K.-D.: Kriminalprävention durch Business Ethics. Ursachen von Wirtschaftskriminalität und die besondere Bedeutung von Werten. In: *Zeitschrift für Wirtschafts- und Unternehmensethik (zfwu)*, 2004, 5(1), S. 35-50; Bussmann, K.-D., England, P., Hiensch, A.: Risikofaktor Wirtschaft? Forschungsergebnisse zur Bereicherungs- und Wirtschaftskriminalität. In: *MschKrim*, 2004, 87 (3/4), S. 244-260.

20 Karstedt, S., Greve, W.: Die Vernunft des Verbrechens. Rational, irrational oder banal? Der Rational-Choice-Ansatz in der Kriminologie. In: Bussmann, K.-D., Kreissl, R. (Hrsg.): *Kritische Kriminologie in der Diskussion: Theorien, Analysen, Positionen*. Opladen 1996, S. 171-210.

21 Bussmann 2004 (o.Fn. 19); s.a. Karstedt, Greve (o. Fn. 20), S. 180 f. m.w.N.

Abgesehen von den Unternehmen, die dies ohnehin nur halbherzig tun, um sich haftungsrechtlich abzusichern, besteht eine andere Gefahr. Gegenwärtig bemächtigen sich vor allem Juristen dieses Themas, sie dominieren die einschlägigen Tagungen und Zeitschriften sowie auch die Besetzung der entsprechenden Positionen in den Unternehmen. Das Problem ist jedoch: In diesem derzeit eher juristisch ausgerichteten Compliance-Konzept richten sich alle Maßnahmen vor allem auf die Aufstellung von Regeln und ihrer Kontrolle. Es droht nicht nur eine überzogene Formalisierung und Bürokratisierung aller Unternehmensaktivitäten, sondern ein solcher Ansatz greift zu kurz.

Denn vor allem müssen die Unternehmensangehörigen Normen, Werte- und Handlungsorientierungen verinnerlicht haben und im Unternehmen auch leben können. Ein Anti-Korruptionsprogramm hat es schwer, wenn im Unternehmen der Zweck die Mittel heiligt oder Transparenz keine Tugend ist. Die Gefahr ist daher, dass Compliance-Abteilungen über das Ziel hinauschießen. Und damit dies nicht geschieht, nur halbherzig Compliance-Maßnahmen einführen. In vielen Unternehmen die Regel. Man hofft schlicht, von den Strafverfolgungsbehörden nicht erwischt zu werden, wenn betriebsbezogene Delikte begangen worden sind.²²

5. Unternehmenskultur

Im Zentrum einer unternehmensinternen Kriminalprävention sollte daher der Blick auf kriminogene Framing-Muster in Unternehmen geworfen werden. Aus Sicht der Organisationspsychologie, aber auch der Kriminologie wäre der Kandidat hierfür die Unternehmenskultur.²³

In der Kriminologie wird der Sozialisation der Täter eine wesentliche Bedeutung für die Entstehung von Kriminalität zugeschrieben. Unterschieden wird zwischen primärer und sekundärer Sozialisation. Die primäre findet in der Familie statt, die sekundäre Sozialisation im Freundeskreis, in der Schule und im Beruf. Folglich kommt der Sozialisation im Unternehmen eine nicht zu vernachlässigende Bedeutung bei der Verhinderung kriminellen Verhaltens zu. Dies gilt in diesem Deliktsbereich umso mehr, da Wirtschaftstraftäter im Durchschnitt um die 40 Jahre alt und überwiegend männlich sind sowie schon seit vielen Jahren dem Unternehmen angehören, in

22 Ausführlich *Bussmann* 2009 (o. Fn. 8).

23 Ebd.

Deutschland durchschnittlich 10 Jahre. Sie sind demnach keine Berufsanfänger, vielmehr sind sie im Unternehmen „groß geworden“.²⁴

Die klassische Idee erfolgreichen Personalmanagements – Corporate Commitment²⁵ oder Identity – stellt auch aus Sicht der kriminologischen Forschung eine wirksame Strategie zur Kriminalprävention dar. Social Bond Theories, bspw. von Travis Hirschi, kehren die Fragestellung um und fragen nicht danach, warum jemand kriminell wird, sondern warum die Mehrheit es nicht wird.²⁶ Mit dieser Frage erkennt man die präventive Bedeutung persönlicher Bindungen an andere Menschen oder Gruppen („Attachment“), weil man ihren Erwartungen entsprechen und auch seine soziale Existenz nicht riskieren möchte („Commitment“). Des Weiteren hat das „Involvement“ im jeweiligen Verband eine kriminalitätshemmende Wirkung. Zusätzlich kommt es nach diesem Konzept darauf an, dass man die Werte und Normen („Beliefs“) der Gemeinschaft akzeptiert.

Wir wissen heute zudem, dass Selbstkontrolle keine im Erwachsenenalter invariable Größe ist. Man orientiert sich immer auch an seinem sozialen Umfeld. Mit Hinweis auf die empirisch gestützte Age-Graded Life-Course Theorie wird davon ausgegangen,²⁷ dass soziale Ereignisse kriminelles Verhalten auch bei Erwachsenen beeinflussen können. Niedrige Selbstkontrolle ist demnach keine stabile Größe; sie kann direkt von sozialen Ereignissen wie die berufliche Einbindung beeinflusst werden.

Die Unternehmenskultur kann sowohl für die Entstehung von kriminellen Handlungen (mit-) verantwortlich sein, als auch für den mangelnden Erfolg von Compliance-Maßnahmen. Sie wird als ein Muster gemeinsamer Grundprämissen definiert, welches eine Gruppe zur Bewältigung von externen Anpassungs- und internen Integrationsproblemen erlernt hat.²⁸ Das Muster gilt als bewährt – und somit auch als bindend – und wird als gültiges Wertesystem an neue Mitglieder weitergegeben. Die Beschäftigten nehmen die Verhaltensnormen wahr und berücksichtigen sie bei ihren Entscheidungen. Auf diese Weise entstehen institutionalisierte Normen, die den Organisationsmitgliedern allgemein bekannt sind.

24 Bussmann, Werle (o. Fn. 14).

25 Überblick Felfe, J.: Mitarbeiterbindung. Göttingen 2008.

26 Details Bussmann 2004 (o. Fn. 19).

27 Sampson, R.J., Laub, J.H.: Crime in the making: Pathways and turning points through life. Cambridge 1993.

28 Schein, E.H.: Organizational culture and leadership, San Francisco 1985; ders. Unternehmenskultur. Ein Handbuch für Führungskräfte, Frankfurt a.M. 1995.

Theoretisch kann man diesen Prozess durch das Framing abbilden. Also auch mit dem beliebten Rational-Choice-Ansatz kann man diese Komplexität in der Theorie abbilden. Aus Sicht der Organisationspsychologie besitzt jede Organisation ein charakteristisches ethisches Klima, welches sich als eine alles durchdringende Charakteristik systematisch erfassen lässt. Studien bestätigen die postulierten Zusammenhänge zwischen den wahrgenommenen moralischen Normen in Organisationen mit den Einstellungen und Verhaltensweisen der Beschäftigten.²⁹ Die Gerechtigkeitsforschung belegt,³⁰ dass sich wahrgenommene Fairness und Gerechtigkeit deutlich auf Variablen wie die Arbeitsleistung, Zufriedenheit oder das Commitment auswirken.³¹ Es fand sich zudem ein Zusammenhang zwischen mangelhafter Begründung von Lohnkürzungen und dem Anstieg der Diebstahlsquote.³² Das Commitment zum Unternehmen trägt somit zur Vermeidung unternehmensschädigenden Verhaltens bei.

Allerdings kann ein Übermaß an Commitment auch zu „Kadavergehorsam“ und „Korpsgeist“ führen. Sie können das Vertuschen und Billigen unethischer Handlungen begünstigen, weil sie in der Organisation immer noch als richtig angesehen werden,³³ so dass Compliance-Programme aus diesem Grund keine Wirkung haben, wenn die herrschenden Normen im Unternehmen dem widersprechen. Kurzum, die Suche nach potentiellen Tätern mit „kriminogenem Charakter“ behindert daher den Blick auf komplexere Zusammenhänge.

29 *Eigenstetter, M., Dobiasch, S., Trimpop, R.*: Commitment and counterproductive work behaviour as correlates of ethical climate in organizations. In: *MschrKrim*, 2007, 90 (2/3), S. 224-244.

30 Überblick bei *Liebig S.*: Gerechtigkeit in Organisationen. In: *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie (KZfSS)*, 2002, 52 (Sonderheft 42): Organisationssoziologie, S. 151-187, *Taylor, T.*: Why People Obey the Law. New Haven 1990.

31 *Lind, E.A.*: Procedural justice and culture: Evidence for ubiquitous process concerns. In: *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 1994, 15 (1), S. 24-36; *Viswesvaran, C., Ones, D.S.*: (2002) Examining the construct of organizational justice: A meta-analytic evaluation of relations with work attitudes and behaviors. In: *Journal of Business Ethics*, 2002, 38 (3), S 193-203.

32 *Greenberg, J.*: Employee theft as a reaction to underpayment inequity: The hidden costs of pay cuts. In: *Journal of Applied Psychology*, 1990, 75, pp. 561-568, *Marcus, B.*: Kontraproduktives Verhalten im Betrieb - Eine individuumsbezogene Perspektive. Göttingen 2000, S. 107 f. m.w.N.

33 *Felfe* (o. Fn. 25), S. 12 f., *Ones, D.S., Viswesvaran, Ch., Schmidt, F.L.*: Comprehensive meta-analysis of integrity test validities: Findings and implications for personnel selection and theories of job performance. In: *Journal of Applied Psychology*, 1993, 78, pp. 679-703.

Zwar werden Gewissenhaftigkeitstests oder Integritätstests angeboten, da einige Personen mehr als andere zu unternehmensschädigenden Verhaltensweisen neigen.³⁴ An diesen Ansätzen wird jedoch kritisiert, dass sie nicht primär die Neigung zu Straftaten erfassen, sondern eher arbeitsrelevante Merkmale, die sich vor allem auf Produktivität und Effizienz auswirken.³⁵ Ferner beschränken die Studien sich auf Bagatelldelicten wie Diebstahl am Arbeitsplatz und Sachbeschädigungen und berücksichtigen keine Wirtschaftsstraftaten wie Korruption.³⁶ Die deutsche Studie von Blickle stellte zwar bei inhaftierten Wirtschaftsstraftätern eine Neigung zu Hedonismus, Narzissmus, niedriger Integrität und niedriger Selbstkontrolle fest, ermittelte aber auch eine erhöhte Neigung zu Pflichtbewusstsein.³⁷ Dies erklären die Autoren vor allem damit, dass viele der inhaftierten Befragten im Interesse der Unternehmen gehandelt hatten – im Sinne eines „Kadavergehorsams“. Im Ergebnis halten die Autoren ihre Befunde auch aufgrund methodischer Einschränkungen (noch) nicht für eine Personalauswahl geeignet, um eine individuelle Neigung zur Wirtschaftsdelinquenz diagnostizieren zu können.³⁸

Mein Fazit: Die Wirkrichtung von Persönlichkeitsmerkmalen ist nicht eindeutig.³⁹

Die Unternehmenskultur ist noch aus einem anderen Grund von Bedeutung. Sie vermag auch die informelle Sozialkontrolle der Unternehmensangehörigen positiv oder negativ zu prägen. Strafbare Verhaltensweisen können sich auf diese Weise entweder ungestört ausbreiten oder aber werden eingedämmt. Die informelle soziale Kontrolle erfüllt eine wichtige Kontrollfunktion durch Abschreckung. Aber nicht durch Drohung mit Strafanzeigen oder strafrechtliche Sanktionen, sondern durch soziale Missbilligung auf eine Straftat im persönlich-informellen Umfeld des Täters.

34 *Nerdinger, F.W.*: Unternehmensschädigendes Verhalten erkennen und verhindern. Göttingen 2008.

35 *Murphy, K.R.*: What constructs underlie measures of honesty or integrity? In: *Goffin, R.D., Helmes, E.* (eds.): Problems and solutions in human assessment: Honoring Douglas N. Jackson at seventy. Boston 2000, pp. 265-284.

36 Krit. auch *Blickle, G., Schlege, A., Fassbender, P., Klein, U.*: Some personality correlates of Business White-Collar Crime. In: *Applied Psychology: An International Review*, 2006, 55 (2), pp. 220-233; vgl. a. *Nerdinger* (o. Fn. 34), S. 32 f., 58.

37 *Blickle et al.* (o. Fn. 36).

38 Ebd. S. 231.

39 *Felfe* (o. Fn. 25), S. 148 f.

Ich erwähne hier den insoweit interessanten Ansatz des Kollegen Braithwaite zum Re-Integrating Schaming.⁴⁰ Je höher daher die Kommunikationsbereitschaft und Transparenz in einem Unternehmen ist, je wahrscheinlicher eine soziale Ächtung droht, desto mehr müssen potentielle Täter befürchten, auf strafbare Verhaltensweisen angesprochen zu werden. Ihre Tathemmungen werden höher sein, auch weil eigentlich ein anderes Framing im sozialen Kontext des Unternehmens dominiert. Man gefährdet dann ungern sein Ansehen und den Status in der Gemeinschaft.

Als Schutzmechanismus entwickeln die Meisten daher wie alle Straftäter Rechtfertigungs- und Neutralisierungstechniken.⁴¹ Derartige Reaktionen zeigen jedoch, wie sehr wir in einer Gemeinschaft eingebunden sind und wie sehr wir ein Bedürfnis haben, uns vor dieser auch zu rechtfertigen.

6. Eigene Forschungsansätze

Aus diesem Grund kann die Kultur eines Unternehmens einerseits für die Entstehung strafbarer Handlungen (mit-)verantwortlich sein, aber andererseits auch für den mangelnden Erfolg von Compliance-Maßnahmen.

In der jüngsten Studie von PricewaterhouseCoopers, diesmal beschränkt auf Deutschland, haben wir in diesem Jahr erneut Variablen zur Unternehmenskultur erhoben. Wir haben mittlerweile aus den vorherigen Studien in 2005 und 2007 gelernt. Aufbauend auf die bisherige Forschung zur Arbeits- und Organisationspsychologie wurden Verantwortlichen in 500 Großunternehmen in Deutschland entsprechende Fragen vorgelegt.⁴² Hierzu wurden Weiterentwicklungen eingesetzt, die die Team-Atmosphäre, die Bereitschaft zur Kommunikation von Fehlern und die Toleranz gegenüber Regelverstößen messen.

40 Speziell zur Wirtschaftskriminalität siehe auch *Braithwaite, J., Fisse, B.*: The impact of publicity on corporate offenders. Albany 1983.

41 *Coleman* James W.: Toward an integrated theory of White-Collar Crime. In: *American Journal of Sociology*, 1987, 93 (2), pp. 406-439; *Schneider* (o. Fn. 17).

42 PwC: Auswirkungen von Compliance und Unternehmenskultur in Großunternehmen. Eigenverlag 2009, im Erscheinen.

Eine gute Team-Atmosphäre bedeutet, dass der Zusammenhalt als hoch eingeschätzt wurde und man aufeinander achtet.⁴³ Der Index zur Kommunikation von Fehlern misst das Potenzial in Unternehmen zur informellen Sozialkontrolle im Falle von Fehlverhalten.⁴⁴ Dieser Index fällt hoch aus, wenn Unternehmensangehörige sich eher trauen derartiges anzusprechen und auch wissen, an wen sie sich gegebenenfalls wenden können. Der Index Toleranz gegenüber Regelverstößen erhebt dagegen Werte, die zumindest eine Duldung von Compliance-Verstößen bedeuten. Er misst somit die Bedeutung formaler Regeln im Unternehmen.⁴⁵

Aus den genannten drei Indizes wurde ein Gesamtindex zur Unternehmenskultur gebildet.⁴⁶ Dieser unterteilt die Unternehmen in drei Gruppen einer guten (N=98), durchschnittlichen (N=304) und unterdurchschnittlichen Unternehmenskultur (N=98). Diese Gruppen sind hinsichtlich der Merkmale wie Größe und Branchen jedoch vergleichbar zusammengesetzt.⁴⁷

43 Index „Team-Atmosphäre“ enthält folgende Themen: Vertrauensvoller Umgang zwischen allen Ebenen, man achtet aufeinander und übt angemessene Kritik, jeder kümmert sich nur um sich selbst (unterdurchschnittliches Statement, wird im Index gedreht).

44 Index „Fehler-Kommunikation“: Gravierendes Fehlverhalten wird mitgeteilt, Wissen um Ansprechpartner bei Fehlverhalten anderer.

45 Index „Toleranz gegenüber Regelverstößen“: Keine Aufregung bei Regelverstoß, Regelabweichung für 'guten Job' ist in Ordnung.

46 Mittels Faktorenanalyse wurde diese drei Dimensionen identifiziert und zu einem Index zusammengeführt.

47 Allerdings ist der Anteil der börsennotierten (38% vs. „unterdurchschnittlich Gruppe“ 33%) sowie familien- bzw. eignergeführten Unternehmen (36% vs. „unterdurchschnittlich Gruppe“ 32%) in der Gruppe mit einer positiven Unternehmenskultur etwas höher als in den anderen Gruppen. Letzteres überrascht nicht.

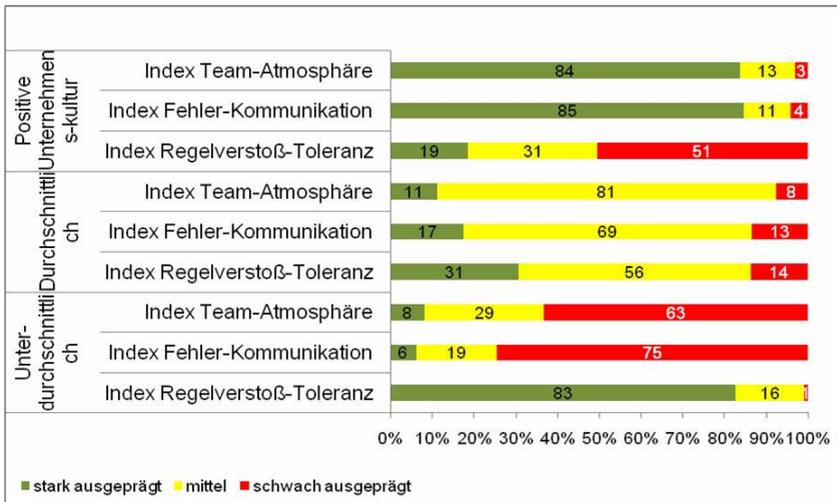


Abbildung 4: Unternehmenskultur-Index

Unternehmen mit einer ungünstigen Unternehmenskultur sind somit durch einen niedrigeren Grad des Zusammenhalts, geringere informelle Sozialkontrolle und relativen Gleichmut gegenüber Regelverstößen gekennzeichnet. Unsere These war, dass in einer derartigen Unternehmenskultur nicht nur die Akzeptanz von präventiven Maßnahmen wie Compliance-Programm und Hinweisgebersystem niedriger ist, sondern sich auch Formen von Wirtschaftskriminalität ungehindert ausbreiten können. Denn Unternehmen mit einer unterdurchschnittlichen Unternehmenskulturindex sind durch einen niedrigen Grad des Zusammenhalts, geringere informelle Sozialkontrolle und relativen Gleichmut gegenüber Regelverstößen gekennzeichnet.

Eine überdurchschnittliche Unternehmenskultur zu haben, bedeutet jedoch nicht, dass diese Unternehmen ihren Mitarbeitern und Managern mit mehr Vertrauen begegnen. Vielmehr sind sie ebenso kontroll- bzw. vertrauensorientiert wie die beiden Vergleichsgruppen, wie sich aus einer Zusatzfrage ergab. Es kommt somit auf eine gute Balance zwischen Vertrauen und Kontrolle an. Ein Ergebnis, für das wir bereits in unserer vorhergehenden Studie Anhaltspunkte gefunden haben.⁴⁸ Allerdings ist bei Unternehmen mit einer guten Unternehmenskultur die Personalfuktuation niedriger, wobei vermutlich eine Wechselbeziehung zwischen einer positiven Unternehmenskultur

48 PwC 2007 (o. Fn. 7), S. 45.

und niedrigen Personalfuktuation besteht. Auch sind etwas häufiger eigengeführte Unternehmen vertreten.

Dagegen sind bei Unternehmen mit einer unterdurchschnittlichen Unternehmenskultur in den letzten beiden Jahren etwas häufiger gravierende strukturelle Veränderungen durch Fusion, Übernahme, Verkauf, Outsourcing und Stellenabbau aufgetreten. Demgegenüber erfolgte bei Unternehmen mit einer positiven Unternehmenskultur deutlich seltener ein gravierender Stellenabbau (29 % vs. „unterdurchschnittlich Gruppe“ 45 %). Unternehmen mit einer ungünstigen Unternehmenskultur weisen somit eine Reihe von zusätzlichen Belastungsfaktoren auf, die sich bereits in unseren früheren Studien als Risikofaktor erwiesen haben.

Die Ergebnisse: Im Vergleich zeigte sich, dass Unternehmen mit einer positiven Unternehmenskultur nicht nur seltener über Viktimisierungen berichtet haben, sondern sowohl ihr Compliance-Programm als auch ihr Hinweisgebersystem wesentlich besser akzeptiert wurden. Außerdem stößt ein Hinweisgebersystem auf eine sehr viel höhere Akzeptanz, wenn ein Unternehmen über eine positive Unternehmenskultur verfügt. Am geringsten ist die Zustimmung, wenn sie unterdurchschnittlich ist.

Der Erfolg von Hinweisgebersystemen wird zudem entscheidend durch die Unternehmenskultur beeinflusst. So ist die Zahl der Hinweise, die zur Entdeckung und Aufklärung von Compliance-Verstößen geführt hat, bei Unternehmen mit einer positiven Unternehmenskultur sehr viel höher. Mindestens jeder dritte Hinweis (37 %) führte bei diesen Unternehmen zur Aufklärung von Verstößen. Dies ist eine beachtliche Quote. Schlechte Erfahrungen mit Hinweisgebersystemen beruhen ebenfalls zu einem großen Teil auf einer zu geringen Akzeptanz und vor allem auf einer ungünstigen Unternehmenskultur. So beträgt der Anteil von Hinweisen, die sich nicht bestätigen ließen und offensichtlich missbräuchlich gemeldet wurden, bei Unternehmen mit einer positiven Unternehmenskultur im Durchschnitt 6 %, gegenüber 20 % bei Unternehmen mit einer unterdurchschnittlichen.⁴⁹

Sehr erfreuliche Ergebnisse. Wermutstropfen ist jedoch für mich und meinem Team, dass diese Studie methodisch nicht befriedigen kann. Denn es konnte immer nur ein Verantwortlicher pro Unternehmen befragt werden, der eben auch die Fragen zur Unternehmenskultur und zur Akzeptanz von Compliance-Programmen usw. zu beantworten hatte. Zwar handelte es sich

49 PwC 2009 (o. Fn. 42).

in den Studien immer um eine relativ große Stichprobe, 1.200 Unternehmen im Jahr 2005, 2007 über 1000 Unternehmen und in diesem Jahr 500 Großunternehmen, alle nach dem Zufallsprinzip ausgewählt. Aus methodischen Gründen favorisieren wir jedoch natürlich eine Mitarbeiterbefragung.

Ein entsprechender Forschungsantrag liegt der DFG vor, hat leider noch nicht vollständig methodisch überzeugt. Dieses Forschungsfeld enthält zu-gegebenermaßen zahlreiche Tücken.

7. Internationale Beispiele – Beispiel Japan

Ich will abschließend noch einen anderen methodischen Ansatz vorstellen, den wir ebenfalls in unserer empirischen Forschung zur Wirtschaftskriminologie verfolgen. Hierzu greife ich wieder auf Daten aus dem Global Economic Crime Survey 2007 zurück.

Die Globalisierung der Weltwirtschaft hat ihre Schattenseiten. So verwundert nicht, dass die Exportregionen Westeuropa und Deutschland im weltweiten Vergleich den höchsten Anteil an ausländischen Tätern aufwiesen. Wir haben die Unternehmen in dieser Studie danach gefragt, aus welchen Ländern die Täter stammten. Die Täter kommen insgesamt gesehen am häufigsten aus Ländern und Regionen, die über das größte Außenhandelsvolumen verfügen. Hierzu zählen die G 8 Länder, aber seit längerem auch China, dessen Export die Grenze von 600 Milliarden Euro überschritten hat (2005). Aus diesem Grund sind westeuropäische und nordamerikanische Länder sowie China stark vertreten. 27 % der ausländischen Täter kamen aus China, 24 % aus Westeuropa⁵⁰ und 20 % aus Zentral- & Osteuropa⁵¹ (Russland 11 %), 18 % aus anderen asiatischen Ländern⁵² sowie 17 % aus afrikanischen Ländern. Gemessen am Anteil des weltweiten Außenhandelsvolumens bedeutet dies eine erhöhte Kriminalitätsbelastung in den Wachstumsmärkten.

Bemerkenswert war jedoch, obwohl Japan zu den führenden Industrie- und auch Exportnationen gehört, wurden von den befragten international operie-

50 Bei Westeuropa wurden die Ergebnisse zu Deutschland und United Kingdom nicht mit einberechnet, sondern separat ausgewiesen.

51 In die Ergebnisse für die Region Zentral & Osteuropa gingen diejenigen zu Russland und Türkei nicht mit ein, sondern wurden gesondert wiedergegeben.

52 In die Ergebnisse für die Region Asien gingen diejenigen zu China und Indien nicht mit ein, sondern wurden gesondert wiedergegeben.

renden Unternehmen kaum Wirtschaftsdelikte unter Beteiligung von Tätern aus Japan genannt (2 %). Das Land taucht daher in der Grafik nicht auf. Die niedrige Quote für Indien erklärt sich demgegenüber damit, dass es überwiegend auf dem Binnenmarkt aktiv ist und nicht zu den großen Exportationen zu zählen ist.

Werfen wir zusätzlich ein Blick nach Japan und Asien sowie im Vergleich auf Deutschland und Westeuropa, so fällt auf, dass japanische Unternehmen eine unterdurchschnittliche Wirtschaftskriminalitätsquote aufweisen, siehe auch die Ergebnisse zur Belastung mit Vermögensdelikten und Korruption.⁵³

Tabelle 2: Internationaler Vergleich der Viktimisierungsquote von Unternehmen in 2007

Betroffene Unternehmen in den letzten 2 Jahren	Japan N=130	Asien N=894	Deutschland N=1.166	Westeuropa N=2.550	Global N=5.428
Wirtschaftskriminalität insgesamt	27%	39%	49%	38%	43%
Betrug/ Unterschlagung	14%	28%	33%	25%	30%
Korruption	3%	14%	10%	7%	13%
Nach Bestechungsgeld gefragt worden	4%	20%	13%	9%	18%

Dies deckt sich in bemerkenswerter Weise mit der ebenfalls geringeren Kriminalitätsquote im klassischen Deliktsbereich in Japan.⁵⁴ Wie kann man dieses Phänomen erklären?

Die Unternehmensphilosophien haben in Japan eine lange Tradition⁵⁵ und verfolgen das Ziel, moralische Verhaltensrichtlinien für die Unternehmensangehörigen festzulegen, um das Wohlergehen und die Kontinuität der Be-

53 Eigene Berechnungen auf der Basis der Daten aus dem Global Economic Crime Survey PwC International 2007 (o. Fn. 6).

54 *Hamai, K., Jimba, K.*: Sicherheit und Sicherheitspolitik in Japan. In: *MschrKrim*, 2009, 92 (4), S. 345-358; *Komiya, N*: A Cultural Study of the low Crime Rate in Japan. In: *British Journal of Criminology*, 1999, 39 (3), 369-390.

55 Einige Unternehmensphilosophien lassen sich bis in das 12. Jahrhundert zurückverfolgen. Zu dieser Zeit besaßen zahlreiche einflussreiche höhergestellte Familien vom Oberhaupt niedergeschriebene Verhaltensrichtlinien. Siehe ausführlich zu den geschichtlichen Ursprüngen: *Feldmann, T.*: Kultur als Determinante der Wirtschaft? Unternehmensphilosophien in Japan. München 2007, S. 58 f.

triebsgemeinschaft sicherzustellen.⁵⁶ Sie verpflichten zur Kooperation, verlangen Selbstdisziplin und betonen die Loyalität zum Unternehmen.⁵⁷ Die Unternehmensphilosophie stellt ein wichtiges Instrument zur betriebs-internen Wissensgeneration dar und wird durch Bilder, Slogans und Symbole transportiert.⁵⁸

Die Unternehmensphilosophie spielt insofern eine zentrale Rolle, da sie die Grundsätze des Unternehmens stets ins Gedächtnis der Mitarbeiter ruft.⁵⁹ Diese unmittelbar von der nationalen japanischen Kultur geprägten Werte sollen die Beschäftigten zu besseren Leistungen befähigen und ein Gemeinschaftsgefühl schaffen. Das durch die Unternehmensphilosophie vermittelte Wertesystem dient der Betriebsgemeinschaft zur Bewältigung von externen Anpassungs- und internen Integrationsproblemen. Die Unternehmensgrundsätze entstammen der Feder der Unternehmensgründer und werden im Betriebsalltag durch symbolische Handlungen (Morgenappell, Firmenhymnen) belebt.⁶⁰ Auf diese Weise wird sichergestellt, dass jeder Mitarbeiter mit den Handlungsvorschriften der Institution vertraut gemacht wird und ein mangelndes Wertebewusstsein nicht entstehen kann.⁶¹ Mit der Implementierung der Unternehmensphilosophie wird aus kriminologischer Sicht eine Sozialisation der Beschäftigten bewirkt, die einem Regelverstoß entgegenwirkt.

Der japanische Führungsstil zeichnet sich überdies dadurch aus, dass er auf gegenseitige Rücksichtnahme beruht.⁶² Wenn es um die Entscheidungsfindung geht, herrscht in japanischen Betrieben das Konsensdenken vor.⁶³ Das Management trifft somit nicht allein die Entscheidung, sondern gibt lediglich den Anstoß für eine Neuerung.⁶⁴ Bevor Entscheidungsreife eintritt, muss ein langer Prozess der Konsultation und Einigung vorgenommen

56 Mit Beispielen zu den Leitsätzen von Unternehmensphilosophien siehe: *Rothacher, A.*: Die Rückkehr der Samurai. Japans Wirtschaft nach der Krise. Berlin 2007, S. 67 ff.; *Feldmann* (o. Fn. 55), S. 58.

57 *Feldmann* (o. Fn. 55), S. 62.

58 Ebd., S. 59.

59 Ebd., S. 86.

60 Ebd., S. 61.

61 Auch bei global tätigen japanischen Unternehmen wird die Unternehmensphilosophie in die ausländischen Gesellschaften übertragen, vgl. *Feldmann* (o. Fn. 55), S. 68, 88.

62 Das Streben nach Harmonie dominiert auch den japanischen Führungsstil; vgl. *Feldmann* (o. Fn. 55), S. 55.

63 *Feldmann* (o. Fn. 55), S. 56; *Rothlauf J.*: Interkulturelles Management: mit Beispielen aus Vietnam, China, Japan, Russland und den Golfstaaten. München 2009, S. 290 ff.

64 *Rothlauf* (o. Fn. 63), S. 291.

werden.⁶⁵ Der japanischen Mentalität entspricht es, die Entschlussfassung durch die Betriebsgemeinschaft vorbereiten zu lassen. Der japanische Führungsstil setzt ebenso auf die persönliche Einbindung aller Betriebsangehörigen und fördert damit das Commitment zum Unternehmen.⁶⁶ Die Partizipation an der Entscheidungsfindung erhöht zudem die Motivation der Mitarbeiter bei der Durchführung der Neuerung. Außerdem wird mit der Beteiligung aller die Entscheidung transparent und nachvollziehbar, was eine Identifikation mit der neuen Regelung bewirkt, die die Wahrscheinlichkeit des Regelverstoßes minimiert.

8. Fazit

All dies klingt ideal und man darf sicher die Frage stellen, ob durch die Globalisierung und die gegenwärtige Wirtschaftskrise sich die Dinge auch in Japan verändern werden. Viel spricht dafür, dass die zentralen Werte der japanischen Kultur und somit auch der Unternehmenskultur einem Wandel unterliegen werden, sie „verwestlicht“ werden. Dies wäre in Bezug auf die dann zu erwartende höhere Kriminalitätsbelastung zweifellos eine negative Entwicklung.

Auch bleibt zu bedenken, dass die für die japanische Unternehmenskultur typische Gruppenorientierung zwar einerseits zum Zusammenhalt der Betriebsgemeinschaft führt und so unternehmensschädigendes Verhalten verhindert – dies würde die geringere Kriminalitätsbelastung in japanischen Unternehmen erklären, aber andererseits findet auch eine starke Abgrenzung nach außen statt.⁶⁷ Die Unternehmensphilosophie gilt nur innerhalb des Betriebes, so dass strafbares Verhalten gegenüber anderen Unternehmen nicht vom Wertekanon erfasst wird. Die aggressive Vorgehensweise der Japaner bei der Markteroberung verdeutlicht, dass das Harmonieprinzip nur innerhalb des Unternehmens Gültigkeit besitzt.⁶⁸ Der Schädigung von Konkurrenzunternehmen steht die Unternehmensphilosophie gerade nicht entgegen.

65 Das zur Konsensbildung als *Ringi Seido* bezeichnete Verfahren charakterisiert den japanischen Entscheidungsprozess. Bei dem Verfahren ist genau geregelt, ob, inwieweit und in welcher Form eine Entscheidung auf welcher Ebene erforderlich ist. Es handelt sich demnach um ein Rotationssystem, was die Prozesse des Entwurfs, der Diskussion und schließlich der Beschlussfassung bestimmt: *Rothlauf* (o. Fn. 63), S. 291.

66 *Rothlauf*, (o. Fn. 63), S. 291.

67 *Komiya*, (o. Fn. 54).

68 *Rothacher*, (o. Fn. 56), S. 70.

Vor diesem Hintergrund ließe sich erklären, dass nach den Daten von Transparency International die Kriminalitätsbelastung hinsichtlich Korruption auch in Japan westeuropäische Ausmaße erreicht.⁶⁹ Vielleicht haben uns in der genannten PwC-Studie japanische Unternehmen nur von Korruptionsdelikten zu ihrem Nachteil berichtet und über eigennützige Korruption geschwiegen. Aber eigentlich dürfte diese Logik für alle Unternehmen weltweit gelten. Wie auch immer sich diese Ungereimtheiten in Zukunft aufklären lassen, diese Forschungsrichtung zu den Auswirkungen sowohl der Unternehmenskultur als auch nationalen Kultur auf Wirtschaftskriminalität bleibt spannend.

Und wie sagt man doch mit asiatischer Weisheit. „Je mehr man weiß, desto mehr weiß man, wie wenig man weiß“. Die Kriminologie hat sich mit derartigen Fragen zur Wirtschaftskriminalität jedenfalls überraschend wenig beschäftigt.⁷⁰ Es liegt an uns, dies zu ändern. Wir werden daher mehr Mut aufbringen müssen, um dieses auch in methodischer Hinsicht zugegebenermaßen schwierige Forschungsfeld der Kriminologie weiter zu erschließen.

Es formt sich auch infolge der dynamischen Entwicklung des Wirtschaftsstrafrechts eine Subdisziplin, die man als „Wirtschaftskriminologie“ bezeichnen kann. Die bislang häufig noch recht leidenschaftlich betriebene Diskussion um die Begriffe wie „Wirtschaftskriminalität“ oder „White-Collar-Crime“ usw. wird jedenfalls nichts für diese bereits laufende Wissensentwicklung beitragen. Sie wurde überdies durch diese Taxonomie schon zu lange behindert, denn die fachliche Evolution bedarf der Vielfalt. Hierzu gehören auch produktive begriffliche Unschärfen und neue Ansätze wie sich zeigt. Denn dieses neue Fachgebiet generiert sich gerade nicht über diesen ebenso klassischen wie fruchtlosen Streit, sondern über konkrete Problemstellungen, die sich entlang der betroffenen zunehmend spezielleren Wirtschaftsdelikte – und besonders wichtig – beteiligten Akteurgruppen entwickeln.⁷¹ Der Veranstalterin Britta Bannenberg ist daher dafür zu danken, dass auf dieser Tagung wie noch nie zuvor in der deutschen Kriminologie wirtschaftskriminologische Themen behandelt werden konnten.

69 Vgl. dazu TI-Ranking: Corruption Perceptions Index 2008, verfügbar unter: <http://www.transparency.de/Tabellarisches-Ranking.1237.0.html>.

70 Krit. a. *Schneider* (o. Fn. 17).

71 Vgl. *Bussmann, K.-D.*: Business Ethics und Wirtschaftsstrafrecht. Zu einer Kriminologie des Managements. In: *MschKrim*, 2003, S. 89-104.

Das Compliance Programm von Siemens

Vorbeugen (Prevent) – Aufdecken (Detect) – Reagieren (Respond) und fortlaufende Verbesserung (Continuous Improvement)

Klaus Moosmayer¹

Gliederung

- | | |
|--|---|
| 1. Einleitung | 5.2. Compliance Untersuchungen |
| 2. Verantwortung des Managements:
„The Tone from the Top“ | 5.3. Compliance Prüfungen und
Kontrollen |
| 3. Compliance Organisation | 6. Reagieren („Respond“) |
| 4. Vorbeugen („Prevent“) | 6.1 Disziplinarische Ahndung von
Verstößen |
| 4.1 Compliance Regelwerk | 6.2 Globale Fallverfolgung |
| 4.2 Training und weitere
Kommunikationsmaßnahmen | 6.3 Monitoring der Effektivität der
Compliance Maßnahmen |
| 4.3 Zentralisierung | 7. Fortlaufende Verbesserung
(Continuous Improvement) |
| 4.4 Compliance Helpdesk (Teil I) | 8. Collective Action |
| 4.5 Integration der Compliance in
Personalprozesse | 9. Ausblick |
| 5. Aufdecken („Detect“) | |
| 5.1. Compliance Helpdesk (Teil II) | |

1. Einleitung

Das heutige Compliance Programm von Siemens entstand in den Jahren 2007 und 2008 und zwar als Reaktion auf die strafrechtlichen Ermittlungen der Staatsanwaltschaft München, der US Börsenaufsicht, des US Justizministeriums und zahlreicher anderer Ermittlungsbehörden weltweit. Im Zuge dieser Ermittlungen und der im Januar 2007 begonnenen und im Januar 2009 beendeten internen unabhängigen Untersuchungen der US Kanzlei *Debevoise & Plimpton* wurden langjährige und systematische Verstöße gegen die Anti-Korruptionsgesetze und Buchführungsregeln in zahlreichen Geschäfts-

¹ Rechtsanwalt und Chief Counsel Compliance der Siemens AG

bereichen und Regionalgesellschaften von Siemens aufgedeckt, wie sie auch in den Dokumenten der US-Behörden im Rahmen des Verfahrensabschlusses in den USA am 15. Dezember 2008 anschaulich dargestellt wurden. Der Abschluss der Verfahren in Deutschland und den USA gegen das Unternehmen war – so ausdrücklich die US Behörden – nur möglich, weil Siemens innerhalb von weniger als zwei Jahren neben der ermittlungstechnischen Aufarbeitung der Vergangenheit und der vollumfänglichen Kooperation mit den Behörden ein umfassendes neues Compliance Programm entwickelt und weltweit implementiert hat. Das neue Compliance Programm beruht auf einer klaren Systematik, der sich alle Compliance-Maßnahmen im Konzern zuordnen lassen müssen:

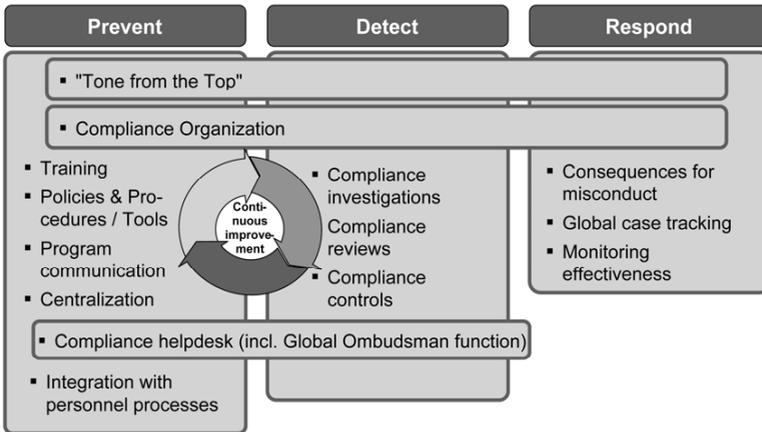


Abbildung 1: Systematik des Compliance Programms

Nachfolgend werden die wesentlichen Grundzüge des neuen Compliance Programms dieser Systematik folgend dargestellt.

2. Verantwortung des Managements: „The Tone from the Top“

Eine wesentliche Erkenntnis aus den Ermittlungen der vergangenen Jahre war, dass die Führungskultur im Bereich Compliance versagt hatte und so systematische Korruption ermöglichte. Im Verlauf des Jahres 2007 wurden daher zentrale Positionen neu besetzt, nämlich die des Aufsichtsratsvorsitzenden (Dr. *Gerhard Cromme*) und des Vorstandsvorsitzenden (*Peter Lö-*

scher), des General Counsels (*Peter Solmssen*, der gleichzeitig zum Vorstandsmitglied mit den Zuständigkeiten für Recht und Compliance ernannt wurde), des Chief Compliance Officers (*Dr. Andreas Pohlmann*) und des Chief Audit Officers (*Hans Winters*). Auch der Vorstand der *Siemens AG* wurde fast vollständig neu benannt. Der neue Vorstandsvorsitzende, *Peter Löscher*, erklärte in einer wegweisenden Rede folgendes:

„Only clean business is Siemens business – everywhere – everybody – every-time... Compliance as part of Corporate Responsibility is 1st priority“

Alle Führungskräfte des Konzerns wurden aufgefordert, diese Botschaft ins Unternehmen zu tragen. Bis zum Ende des Geschäftsjahres 2008 besuchten die Vorstände, der Chief Compliance Officer und leitende Mitarbeiter der Compliance Organisation in einer speziell aufgesetzten „Compliance Roadshow“ insgesamt 54 Länder, die entweder aufgrund des großen Geschäftsvolumens oder aufgrund bestehender Korruptionsrisiken für den Erfolg des Compliance Programms besonders bedeutsam sind und sprachen in Mitarbeiterversammlungen und mit dem lokalen Management über die Bedeutung der Compliance. Diese Maßnahme wurde seither fortgeführt.

Eine im Sommer 2008 bei 90.000 repräsentativ ausgewählten Mitarbeitern weltweit auf anonymer Basis durchgeführte Umfrage („*Compliance Perception Survey*“) bestätigte, dass diese Botschaft bei den Mitarbeitern angekommen ist. Bei über 80% der Antworten wurde angegeben, dass das Management Compliance gegenüber den Mitarbeitern vertritt, das Compliance Programm und die Verantwortung der Mitarbeiter für dessen Einhaltung verstanden und Verstöße ernst genommen und geahndet werden. Die Umfrage wurde auch im Geschäftsjahr 2009 wiederholt, um die weitere Entwicklung nach verfolgen zu können und hat eine noch größere Zufriedenheit der Mitarbeiter mit den Compliance-Maßnahmen ergeben.

Die Verantwortung für die Compliance liegt letztlich beim Management, die Compliance Organisation stellt hierzu die Prozesse zur Verfügung. Um dies auch nachhaltig zu verankern, wurde bei Siemens unternehmensweit ein „Compliance Review Process“ eingeführt. Vierteljährlich besprechen das Management und die Compliance Organisation den Stand des Compliance Programms, seiner Implementierung und wesentliche Entwicklungen und Fälle. Der Compliance Review Process aggregiert dabei die Erkenntnisse über die verschiedenen Berichtslinien nach oben. So liegen dem Bericht des CCO im Vorstand und im Compliance Committee des Aufsichtsrates die

Daten und Erkenntnisse zu Grunde, die auf der Ebene des operativen Geschäfts gewonnen und dort mit dem Management besprochen wurden.

3. Compliance Organisation

Noch Anfang 2007 bestand die Compliance Organisation bei Siemens aus einer Handvoll Anwälte in der Zentrale und etwa 60 Compliance Officer in den Geschäftsbereichen und Regionen, die ganz überwiegend Compliance als Nebentätigkeit wahrnahmen. Dies hat sich dramatisch geändert. Heute arbeiten rund 600 Mitarbeiter „full time“ in einer einheitlichen Organisation, an deren Spitze der Chief Compliance Officer (CCO) steht.

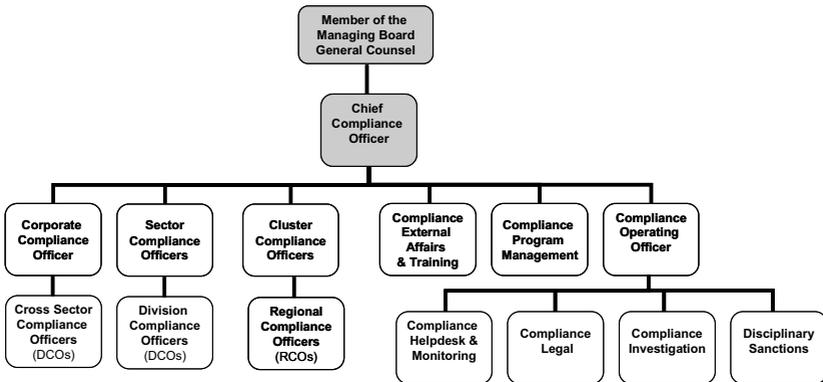


Abbildung 2: Compliance Organisation

Hiervon arbeiten etwa 80 Mitarbeiter in der Zentrale, die übrigen Mitarbeiter verteilen sich zu annähernd gleichen Teilen auf die Sektoren/Divisionen und die Regionalgesellschaften des Unternehmens.

In dieser „durchgestochenen“ Organisation entscheidet der CCO dabei auch in fern entlegenen Ländern über die Beurteilung, Karriere und auch Entlohnung seiner Compliance Officer, die alle letztlich ihm berichtspflichtig sind. Die Verantwortungen sind dabei klar verteilt. Die Compliance Officer sind in Ihren Verantwortungsbereichen (Corporate Units, Sektoren, Divisionen und Regionen) für die Einführung und Implementierung des Compliance Programms zuständig. Cluster Compliance Officer leiten die Compliance Organisation in den Weltregionen des Siemens Konzerns. Eine eigene Abtei-

lung kümmert sich um das Compliance Training, den „Roll out“ und die Kommunikation des Compliance Programms. Eine weitere Abteilung koordiniert das Compliance-Berichtswesen, verantwortet die Erstellung und Umsetzung des Compliance Control Framework (CCF), die Compliance Strategie und sorgt für die Abstellung von erkannten Defiziten bei der Implementierung des Compliance Programms („Remediation“). Der Compliance Operating Officer (COO) führt die vier Abteilungen Compliance Helpdesk, Compliance Legal, Compliance Investigations und Compliance Disciplinary Sanctions. Die Organisation des COO deckt den gesamten Prozess der Bearbeitung von Hinweisen auf mögliche Compliance-Verstöße von ihrem Eingang im Unternehmen, über ihre juristische Behandlung und Untersuchung bis hin zu einer ggf. erforderlichen arbeitsrechtlichen Ahndung ab.

Die Compliance Organisation soll nicht statisch, sondern zu den anderen Stabs- und operativen Einheiten des Unternehmens hin durchlässig sein. Es ist für den Erfolg der Compliance von zentraler Bedeutung, dass die Arbeit in der Compliance Organisation als Karriereschritt begriffen wird. Hierzu wurde in Zusammenarbeit mit der Personalabteilung ein eigenes Programm zum Kompetenzaufbau entwickelt („*Competency Management*“), das zu einer systematischen Förderung der Mitarbeiter in der Compliance Organisation beitragen soll.

Um den Zusammenhalt innerhalb der Compliance Organisation zu stärken finden regelmäßig *Compliance Konferenzen* sowohl in den Regionen als auch globale Zusammenkünfte der Compliance Officer statt (so 2007 und 2008 in Feldafing/München, Berlin und Mumbai). In 2009 wurden Regionalkonferenzen u.a. in Jakarta, Warschau, Peking, Mexico City und Hong Kong abgehalten.

4. Vorbeugen („Prevent“)

4.1 Compliance Regelwerk

Das Herzstück des Siemens Compliance Programms sind die „*Business Conduct Guidelines*“, die im Januar 2009 in überarbeiteter Form vom Vorstand verabschiedet wurden. Sie enthalten die zentralen Verhaltensvorgaben und gehen dabei weit über die Korruptionsbekämpfung und das Wettbewerbsrecht hinaus. Das ergänzende Compliance-Regelwerk ist umfassend und behandelt Compliance bei M&A-Transaktionen ebenso wie Fragen des Sponsorings und von Spenden. Im Verlauf des Jahres 2008 hat sich aller-

dings die Erkenntnis durchgesetzt, dass eine Flut von Regelungen die Mitarbeiter eher verunsichert als echte Hilfestellung bietet. Compliance gerät in die Gefahr, als Bürokratie angesehen zu werden. Deshalb wurden 2008 und 2009 wesentliche Compliance-Regelungen – unter Beibehaltung der hohen Standards – weniger komplex gestaltet und in die Geschäftsabläufe integriert. Als ein Beispiel sei die neue *Business Partner Policy* herausgestellt: Bis Mitte 2008 mussten unternehmensweit sämtliche Zahlungen und Vertragsabschlüsse mit vertriebsunterstützenden Beratern zentral vom CCO bzw. COO in Deutschland freigegeben werden, nachdem diese Vorgänge zuvor in einem langwierigen Verfahren vom Management und den zuständigen Compliance Beauftragten der betroffenen Einheiten geprüft worden waren. Hintergrund war ein Anfang 2007 verhängtes Moratorium, nachdem der Einsatz dieser Berater als eines der wesentlichen Instrumente für die Herausschleusung von Geldern aus dem Unternehmen und deren korruptive Verwendung erkannt worden war. Allerdings hatte dieses Verfahren zahlreiche Nachteile: Es war zu bürokratisch, langwierig, machte keinen Unterschied bezüglich des mit dem Berater tatsächlich verknüpften Compliance Risikos und trug nicht der Tatsache Rechnung, dass korruptive Zahlungen ebenso über andere Geschäftspartner wie etwa Handelsvertreter, Zollagenten und Konsortialpartner möglich sind.

Deshalb wurde Mitte 2008 mit der Business Partner Policy ein neuer Ansatz gewählt. Alle Geschäftspartner mit Mittlerfunktion zwischen Siemens und dem Kunden müssen einer Risikoprüfung unterzogen werden, die unternehmensweit einheitlich ist und über ein elektronisches Tool erfolgt. Anhand von bestimmten Risikoindikatoren – wie etwa dem Korruptionsrisiko im Einsatzland – wird eine Risikoklasse (hohes, mittleres oder geringes Risiko) für den Geschäftspartner festgelegt, die anschließend das weitere Vorgehen bestimmt (Due Diligence, Genehmigungserfordernisse und zwingende Vertragsklauseln). Bislang wurden bereits rd. 14.000 Geschäftspartner über diesen Prozess klassifiziert und vor Veranlassung einer Zahlung oder eines Neuabschlusses eines Vertrages entsprechend ihrer Risikoklasse behandelt. Dies zeigt die Akzeptanz dieses risikoorientierten Regelungsansatzes im operativen Geschäft. Vergleichbares gilt auch für den Genehmigungsprozess des Projektgeschäftes von Siemens („Limits of Authority“). Mögliche Aufträge werden hierbei nunmehr nicht mehr nur nach finanziellen und technischen Risiken bewertet, sondern auch nach ihren spezifischen Compliance-Risiken.

In 2009 wurden zwei weitere wesentliche Schritte zur Fortentwicklung und leichteren Handhabung von Compliance Regelungen unternommen. Im pra-

xisrelevanten Bereich der *Geschenke und Einladungen* wurde die bestehenden Regelungen dergestalt überarbeitet, dass die Mitarbeiter anhand von länderspezifischen „Scorecards“ selbst und eigenverantwortlich prüfen können, ob z.B. Essenseinladung der Genehmigung durch die Führungskraft oder den Compliance Officer bedürfen. *Sponsoring, Spenden und Mitgliedschaften* werden unternehmensweit nach einheitlichen Compliance Kriterien über ein neues elektronisches Tool erfasst und genehmigt.

4.2 Training und weitere Kommunikationsmaßnahmen

Die besten Compliance Regelungen sind nutzlos, sofern sie den Mitarbeitern nicht bekannt und in der Anwendung vertraut sind. Siemens hat bei der Implementierung des Compliance Programms daher einen Schwerpunkt auf das Training gesetzt. Seit 2007 wurden über 220.000 Mitarbeiter weltweit in Compliance geschult, davon rd. 79.000 in persönlichen Trainings mit einer Dauer zwischen vier und acht Stunden und rd. 140.000 Mitarbeiter mit Unterschriftsberechtigung über elektronische Schulungsprogramme. Auch das Top-Management war von der Teilnahme an den Compliance-Trainings nicht ausgenommen und besonderer Wert wurde auf das Training von Funktionen wie Recht, Einkauf und Vertrieb gelegt. Nach der erfolgreichen Durchführungen eines „Train-the-Trainer“-Konzepts ist Siemens inzwischen in der Lage, die Trainings ohne fremde Unterstützung durch die Compliance Organisation und die Siemens-interne Fortbildungseinrichtung durchzuführen. Ein besonders intensives Training erfahren schließlich alle neuen Compliance Officer weltweit, die einen viertägigen Einführungskurs in München durchlaufen. Um die Nachhaltigkeit des Compliance Wissens und des entsprechenden Verhaltens sicherzustellen, wurden regelmäßige "refreshers" im Trainingsbereich für Führungskräfte und sog. "sensitive functions" (z.B. Vertrieb) durchgeführt. Außerdem sollen Compliance Module noch mehr Eingang in die Grundausbildung von Siemens Mitarbeitern finden.

Neben dem Training hat Siemens zahlreiche weitere Kommunikationsmaßnahmen eingeführt, um Compliance im Unternehmen nachhaltig zu verankern. Mitarbeiter und Management werden zeitnah über Intranet und E-Mail über neue Maßnahmen und Entwicklungen informiert und in der Mitarbeiterzeitschrift wird regelmäßig über Compliance-Themen berichtet. Für die Compliance-Organisation gibt es einen eigenen, im Rhythmus von zwei bis drei Monaten erscheinenden Newsletter. Die große Herausforderung für die Zukunft ist es, all diese Maßnahmen im Rahmen einer längerfristig angelegten Kommunikationsstrategie für Compliance fortzuentwickeln.

4.3 Zentralisierung

Neben der bereits vorgestellten einheitlichen Compliance Organisation wurden 2008 auch die Funktionen Recht und Revision zentralisiert, um einheitliche Arbeitsprozesse und Qualitätsstandards zu erreichen. Ein weiterer Schwerpunkt bei der Zentralisierung von wesentlichen Kontrollmechanismen war der Zahlungsverkehr. Die Anzahl der Bankkonten im Konzern wurde stark reduziert. Das Vorhalten von Bargeld – von streng überwachten und dokumentierten Ausnahmen abgesehen – wurde völlig verboten. Ausgehende Zahlungen werden bei Risikohinweisen (etwa Zahlungen in Länder mit hohem Korruptionsrisiko) zentral einer Nachprüfung unterzogen.

4.4 Compliance Helpdesk (Teil I)

Der Compliance Helpdesk übt wesentliche Funktionen im Bereich der Vorbeugung („Prevent“), bei der Aufdeckung von Compliance-Verstößen („Detect“) und bei der kontinuierlichen Fortentwicklung des Compliance Programms („Continuous Improvement“) aus. Nachfolgend geht es zunächst um den Bereich der Vorbeugung. Die Mitarbeiter von Siemens haben weltweit die Möglichkeit, per E-Mail an das Helpdesk Fragen zum Compliance-Programm, seiner Auslegung und praktischen Anwendung zu stellen (Funktion „Ask Us“). Seit dem Start des Helpdesks im September 2007 sind bereits über 8000 Fragen an die dort tätigen Mitarbeiter gestellt worden, die diese mit Hilfe eines unternehmensweiten Netzwerks von Experten beantworten. Die Antworten, die im Normalfall innerhalb von wenigen Arbeitstagen erfolgen, werden von Anwälten der Abteilung Compliance Legal freigegeben. „Ask us“ ist dabei ein wichtiger Gradmesser für Themen, die die Mitarbeiter im Bereich Compliance aktuell besonders beschäftigen. Ebenfalls zum Bereich der Vorbeugung gehört die neue Funktion „Approve It“, mit der Anträge auf die Vorabgenehmigung von Geschenken und Einladungen zentral von der Compliance Organisation bearbeitet und dokumentiert werden können. Die Funktion „Find It“ erlaubt den Mitarbeitern die weltweit und lokal geltenden Compliance Regelungen sowie weitere Informations- und Trainingsmaterialien schnell auf einer EDV-Plattform zu finden.

4.5 Integration der Compliance in Personalprozesse

Als eines der ersten Unternehmen weltweit hat Siemens 2008 Compliance zum Bestandteil des Vergütungssystems des oberen Managements (rd. 5.500

Mitarbeiter weltweit) gemacht („*Compliance Related Incentive System*“). Im Geschäftsjahr 2009 hingen 20 % des auf die Unternehmenseinheiten bezogenen Jahresbonus vom Erreichen definierter Compliance-Ziele ab. Neben den Ergebnissen der bereits erwähnten Mitarbeiterbefragung waren Kriterien für die Zielerreichung die von der Revision getestete Umsetzung des Compliance Programms und die Frage, ob das Management auf neue Compliance-Vorgänge angemessen reagiert, sie unverzüglich an die Compliance Organisation gemeldet und diese bei der Aufklärung unterstützt hat.

Die Ergebnisse waren für das letzte Geschäftsjahr zwar insgesamt überdurchschnittlich gut, allerdings gab es zwischen den einzelnen Einheiten und Regionalgesellschaften erhebliche Unterschiede im positiven wie negativen Bereich. Auch im Geschäftsjahr 2010 wird die Erreichung der Compliance-Ziele wieder die Höhe der Bonusauszahlung mitbestimmen.

Ein weiterer wichtiger Bezug der Compliance zu den Personalprozessen besteht im „*Compliance-Screening*“ von Mitarbeitern, die für Konzernschlüsselpositionen oder für eine Tätigkeit bei Compliance, Revision oder Rechtsabteilung vorgesehen sind. Entsprechende Kandidaten werden vor der endgültigen Auswahlentscheidung von der Compliance Organisation daraufhin überprüft, ob Hinweise auf Fehlverhalten (etwa laufende interne oder behördliche Untersuchungen) vorliegen, die einer Beförderung entgegenstehen könnten. Dieser von der Personalabteilung und der Abteilung Compliance Disciplinary Sanctions verantwortete Prozess ist im Übrigen den Kandidaten vorab klar kommuniziert.

5. Aufdecken („Detect“)

5.1 Compliance Helpdesk (Teil II)

Neben den bereits im Bereich der Vorbeugung behandelten Funktionen verfügt der Compliance Helpdesk mit der Funktion „*Tell us*“ auch über eine „Whistleblower-Hotline“ für die Meldung möglicher Compliance-Verstöße. Diese ist 24 Stunden am Tag in nahezu allen Sprachen für Mitarbeiter und Dritte weltweit verfügbar und wird von einem von Siemens unabhängigen Anbieter betrieben. Dies ermöglicht anonyme bzw. geschützte Hinweise, die zwar unverzüglich an den Helpdesk in Berichtsform weiter gegeben werden, es dem Helpdesk aber nicht ermöglichen, den Hinweis gegen den Willen des Hinweisgebers nachzuverfolgen. Alle beim Helpdesk eingehenden Hinweise werden dort erfasst und anschließend von Anwälten der Abteilung Compli-

ance Legal daraufhin geprüft, ob ein Anfangsverdacht besteht, der weitere Maßnahmen oder eine Untersuchung erfordert. Daneben verfügt *Siemens* seit Anfang 2007 über einen unabhängigen anwaltlichen Ombudsmann in Nürnberg, mit dem auch eine persönliche Kontaktaufnahme möglich ist. Im Geschäftsjahr 2009 sind bei „Tell Us“ und dem Ombudsmann rd. 570 Hinweise (darunter viele im Bereich Personalwesen) eingegangen, von denen rd. 440 Hinweise weitere Nachprüfungen oder Untersuchungen erforderlich machten.

5.2 Compliance Untersuchungen

Eine wesentliche Erkenntnis aus der Aufarbeitung der Vergangenheit und der Defizite des früheren Compliance Programms von *Siemens* war, dass den vorhandenen Hinweisen auf Fehlverhalten nicht frühzeitig und kompromisslos nachgegangen wurde. Mit der Einführung des neuen Compliance Programms wurde daher beschlossen, einen speziellen Untersuchungsprozess für Compliance-Verstöße mit den hierzu erforderlichen Ressourcen zu schaffen.

Untersuchungen von Hinweisen auf mögliches Fehlverhalten, die etwa über „Tell Us“-Meldungen, den Ombudsmann oder über Ermittlungsbehörden an das Unternehmen gelangen, werden unternehmensweit zentral vom CCO beauftragt und rechtlich vom COO, der auch als Chief Counsel Compliance & Investigations fungiert, verantwortet. Die Untersuchungen werden von der neu aufgestellten Abteilung Compliance Investigations oder von der Revision durchgeführt und rechtlich von Anwälten der Abteilung Compliance legal begleitet. Der Untersuchungsprozess trägt der Unschuldsvermutung, den Mitbestimmungsrechten des Betriebsrats und dem Datenschutz Rechnung. Abgeschlossene Untersuchungen werden von einer weiteren Gruppe von Spezialisten aus der Compliance Organisation nachbereitet, um zu prüfen, ob die identifizierten Defizite abgestellt wurden und ob es etwa zu strukturellen Versäumnissen bei der Implementierung des Compliance Programms kam („*Remediation*“).

5.3 Compliance Prüfungen und Kontrollen

Neben den Compliance Untersuchungen hat die neue, zentrale Revisionsorganisation auch eine eigene Abteilung *Compliance Audit* aufgestellt, die regelmäßig die Implementierung des Compliance Programms prüft. Besondere

Bedeutung hatten Compliance Prüfungen und Kontrollen im Geschäftsjahr 2008 bei dem Testing des „*Implementation Toolkit Anti-Corruption*“. Bis Ende März 2008 hatten insgesamt 56 „High Risk Entities“ und weitere 106 Einheiten mit besonders hohem Umsatzvolumen über 100 Kontrollen zum Compliance Programm lokal zu implementieren. Dabei ging es beispielsweise um die nachweisbare Kommunikation des Compliance Programms, den Aufbau einer Compliance Organisation, die Meldung und Verfolgung von Compliance-Fällen, die Durchführung der Trainings und die Umsetzung der Vorgaben etwa zu der Behandlung von Geschäftspartnern oder der Zentralisierung des Zahlungsverkehrs. Die Implementierung dieser Maßnahmen wurde von der Revision in mehreren Wellen getestet und führte zum Ende des Geschäftsjahrs 2008 dazu, dass der Abschlussprüfer Siemens bestätigte, wieder über ein effektives internes Kontrollsystem zu verfügen, nachdem dieses Testat weder 2006 noch 2007 erteilt werden konnte. Im Zuge der bereits geschilderten Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz und Entbürokratisierung des Compliance Programms wird ab 2009 das bisherige „*Toolkit Anti-Corruption*“ durch das „*Compliance Control Framework (CCF)*“ ersetzt. Das CCF beinhaltet nunmehr auch Kontrollmaßnahmen für die Compliance im Bereich Kartellrecht und strukturiert die bisherigen Kontrollen neu, so dass sie für die operativen Einheiten besser zu handhaben sind.

6. Reagieren („Respond“)

6.1 Disziplinarische Ahndung von Verstößen

Vor 2007 wurde bei Siemens auf Gesetzesverstöße im Bereich Korruption und Wettbewerbsrecht kaum mit disziplinarischen Konsequenzen reagiert. Dies hat sich mit dem neuen Compliance Programm grundlegend geändert. Im August 2007 wurde das „*Corporate Disciplinary Committee*“ (CDC) eingerichtet, das durch interne oder behördliche Untersuchungen festgestelltes Fehlverhalten bei Mitgliedern des Managements bewertet und verbindliche Handlungsempfehlungen gibt. Die Vorgänge werden arbeitsrechtlich von der Abteilung Compliance Disciplinary Sanctions vorbereitet, die auch die nachfolgende Umsetzung durch die Personalabteilungen der zuständigen Einheiten überwacht.

Das CDC ist hochrangig besetzt: Den Vorsitz führt der General Counsel der *Siemens AG*, der auch Mitglied des Vorstands ist. Weitere Mitglieder sind der Personalvorstand, der Personalleiter, der Leiter der konzernweiten Füh-

rungskräfteentwicklung, der CCO und der COO. Zusätzlich werden jeweils die Führungskräfte der betroffenen Mitarbeiter hinzugezogen, die zuvor auch gemeinsam mit Vertretern der Abteilung Disciplinary Sanctions und dem COO bzw. Anwälten von Compliance Legal an der Anhörung der Mitarbeiter teilgenommen hatten. Im CDC wurden seit seiner Einrichtung bereits rd. 150 Entscheidungen getroffen, die von einer formlosen Ermahnung bis hin zur fristlosen Kündigung reichten. Daneben führt die Abteilung Compliance Disciplinary Sanctions auch die Statistik über die unternehmensweit getroffenen arbeitsrechtlichen Maßnahmen bei Compliance-Verstößen, die nicht vom CDC behandelt werden, soweit keine Mitglieder des höheren Managements betroffen sind. Im Geschäftsjahr 2009 wurden weltweit rd. 800 arbeitsrechtliche Maßnahmen mit Compliance-Bezug ausgesprochen, davon über 240 Kündigungen.

Bei der Bewertung der arbeitsrechtlichen Maßnahmen ist auch das *Amnestieprogramm* von *Siemens* zu berücksichtigen. Zur Unterstützung der unabhängigen Untersuchung der US Kanzlei *Debevoise & Plimpton* wurde in Abstimmung mit den US Behörden und der Staatsanwaltschaft München Mitarbeitern unterhalb der obersten Führungsebenen ein vom 31. Oktober 2007 bis 29. Februar 2008 befristetes Amnestieangebot gemacht, sofern Mitarbeiter vollumfänglich mit der Untersuchung kooperierten und korruptive Sachverhalte offenbarten. Das Amnestieangebot umfasste den Verzicht auf die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen und auf eine einseitige Lösung des Arbeitsverhältnisses durch das Unternehmen. Insgesamt meldeten sich 123 Mitarbeiter unter dem Amnestieprogramm, von denen der Großteil wertvolle Hinweise für die Aufklärung der Compliance-Verstöße in der Vergangenheit machte und daher auch Amnestie erhielt.

6.2 Globale Fallverfolgung

Die an die Compliance Organisation gemeldeten Hinweise auf mögliche Compliance-Verstöße werden unternehmensweit durch ein einheitliches „Case Tracking Tool“ erfasst und zwar – abhängig vom Schweregrad des Vorwurfs – zentral in der Abteilung Compliance Legal oder vom zuständigen Compliance Officer. Zentral zu melden sind weltweit behördliche Ermittlungsverfahren, Hinweise auf Verletzungen der Anti-Korruptionsgesetze, des Wettbewerbsrechts sowie Vorgänge mit möglichen materiellen finanziellen Folgen oder einem drohenden Reputationsverlust für das Unternehmen. Sämtliche in das System eingegebenen Vorgänge werden mit der Finanz- und Steuerabteilung sowie dem Abschlussprüfer des Unternehmens

auf ihre bilanzielle Relevanz hin überprüft und fließen in die Berichte des CCO an Vorstand und den Compliance Ausschuss des Aufsichtsrates ein.

6.3 Monitoring der Effektivität der Compliance Maßnahmen

Die von der Compliance Organisation betriebenen Systeme (etwa das Business Partner Tool oder die zahlreichen Funktionen des Compliance Helpdesk) werden kontinuierlich ausgewertet, um zum einen Entwicklungen frühzeitig erkennen zu können und zum anderen durch Plausibilitätsprüfungen und Stichproben die Funktionsfähigkeit und Anwendungsbreite im Unternehmen zu überwachen. Diese Monitoring-Aktivitäten sind von den formellen Prüfungen durch die Revision zu unterscheiden, die im Rahmen der Compliance Audits erfolgen.

7. Fortlaufende Verbesserung (Continuous Improvement)

Das Compliance Programm von Siemens muss sich stets fortentwickeln, um auf Erkenntnisse aus den Compliance-Prozessen und aus dem Geschäft zu reagieren. Entscheidend ist allerdings, dass die entsprechenden Quellen auch genutzt werden. Hierzu zählen in erster Linie die Mitarbeiter. Beim Compliance Helpdesk wurde daher eine weitere Funktion „*Improve it*“ eingerichtet, bei der die Mitarbeiter die Möglichkeit haben, Anregungen und Verbesserungsvorschläge zu adressieren. Eine weitere wichtige Quelle sind die Erkenntnisse aus Compliance Untersuchungen, die im Rahmen der „Remediation“, d.h. der bereits erwähnten strukturellen Nachbereitung der Fälle und der ebenfalls bereits vorgestellten „Compliance Reviews“ gewonnen werden. Das Compliance Programm von Siemens wird daher nie „endgültig“ fertig gestellt sein, sondern sich in einem fortlaufenden Veränderungs- und Verbesserungsprozess befinden.

8. Collective Action

Für eine wirksame Bekämpfung der Korruption ist über die Anstrengung einzelner Unternehmen zum Aufbau ihres Compliance Programms hinaus ein gemeinsames Handeln erforderlich. Gemeinsam mit dem World Bank Institute und anderen Partnern hat Siemens daher einen „*Collective Action Guide*“ zur Korruptionsbekämpfung entwickelt und im Juni 2008 veröffent-

licht. Es handelt sich hierbei um eine praktische Anleitung für die Gründung und Durchführung von Integritätsvereinbarungen mit Wettbewerbern und Kunden, um einen korruptionsfreien Wettbewerb zu schaffen. Siemens hat es sich zum Ziel gesetzt, 2009 aktiv für die Umsetzung dieser Vorgaben einzutreten und entsprechende, bereits identifizierte Projekte gemeinsam mit Partnern aus der Industrie und der öffentlichen Hand zu verwirklichen.

9. Ausblick

Nach der erfolgreichen Einführung des Compliance Programms mit den dargestellten Elementen „*Vorbeugen (Prevent) – Aufdecken (Detect) – Reagieren (Respond) und fortlaufende Verbesserung (Continuous Improvement)*“ kommt es nun auf die nachhaltige Verankerung im Unternehmen an. Letztlich geht es um einen umfassenden „*Change Management Process*“, der langfristig angelegt ist. Besondere Bedeutung kommt hierbei der richtigen Kommunikation von Compliance durch das Management zu, Compliance muss als selbstverständlicher Teil der Geschäftsprozesse verstanden werden. Der im Rahmen der Vereinbarungen mit den US Behörden von *Siemens* beauftragte „*Independent Compliance Monitor*“, Dr. *Theo Waigel*, wird in den kommenden Jahren bewerten, wie dieser Prozess im Unternehmen voranschreitet. Die Compliance Maßnahmen von *Siemens* haben dabei schon Anerkennung außerhalb des Unternehmens erfahren. Hierzu nur ein Beispiel: Die *Siemens* AG wurde wiederum vom renommierten Dow Jones Sustainability World Index (DJSI) als Nr. 1 im Bereich „Diversified Industrials“ benannt. *Siemens* hat dabei seine führende Stellung aus dem letzten Jahr in den zwei Bewertungskategorien „Compliance“ und „Risk Management“ ausgebaut und dieses Jahr die höchstmögliche Punktzahl in jeder der beiden Kategorien erzielt.

Literatur

Moosmayer, K., (2010), *Compliance- Praxisleitfaden für Unternehmen*, München 2010.

Wirtschaftskriminalität – Möglichkeiten und Grenzen von Präventionsmaßnahmen

Frank M. Hülsberg und Barbara Scheben

Gliederung

- | | | | |
|-------|--|-------|---|
| 1. | Einleitung | 4.1.6 | Heimliche Überwachung/Überprüfung, Detekteien |
| 2. | Unternehmensrisiko Wirtschaftskriminalität | 4.1.7 | Einbindung des Datenschutzbeauftragten |
| 3. | Möglichkeiten von Präventionsmaßnahmen | 4.2 | Strafrechtliche Relevanz |
| 4. | Rechtliche Grenzen der Prävention | 4.3 | Arbeitsrechtliche Aspekte |
| 4.1 | Überblick einzelner Überwachungsmaßnahmen | 4.3.1 | Personalakte |
| 4.1.1 | Überwachung der Telefonverbindungen | 4.3.2 | Interne Richtlinien/Betriebsvereinbarungen |
| 4.1.2 | Überwachung des E-Mail-Verkehrs | 4.3.3 | Einbindung des Betriebsrats |
| 4.1.3 | Videoüberwachung | 5. | Handlungsempfehlungen |
| 4.1.4 | Handy-Ortung | 6. | Zusammenfassung |
| 4.1.5 | RFID | | |

1. Einleitung

In deutschen Wirtschaftsunternehmen hat sich in den letzten Jahren zunehmend die Einsicht durchgesetzt, dass angesichts der bestehenden Gefährdungslage im Bereich der Wirtschaftskriminalität betriebliche Maßnahmen zur Betrugs- und Korruptionsbekämpfung (Anti Fraud Management) unverzichtbar sind. Im Mittelpunkt der Diskussion der entsprechenden Fachkreise standen daher zunehmend Fragen der inhaltlichen Ausgestaltung eines möglichst effektiven Anti Fraud Managements. Erst in jüngster Zeit ist – ausgelöst durch mehrere, in den Medien ausführlich dargestellte Datenskandale – die Frage nach den Grenzen der Zulässigkeit von betrieblichen Präventionsmaßnahmen stärker in den Blick geraten. Im Vordergrund stehen hierbei die sich aus dem Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) und dem Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Mitarbeiter ergebenden Anforderungen. Hat ein Unternehmen die Grenzen des Zulässigen überschritten, kann dies

neben rechtlichen Konsequenzen zu erheblichen Reputations- und Vertrauensverlusten führen.

In der Praxis sind die Grenzen zwischen zulässigen Präventionsmaßnahmen und unzulässigem Eingriff in die Persönlichkeitsrechte der Mitarbeiter schon aufgrund der Notwendigkeit einer Abwägung der jeweils schutzwürdigen Interessen im Einzelfall schwierig zu ziehen¹. Zwar hat der Gesetzgeber mit der Einführung des neuen § 32 BDSG reagiert, jedoch steht eine umfassende gesetzliche Regelung des Arbeitnehmerdatenschutzes noch aus.² In den Medien und in der Öffentlichkeit werden zudem die im Bereich der Korruptionsprävention in den letzten Jahren erzielten Erfolge eher am Rande erwähnt. Vor diesem Hintergrund ist gegenwärtig eine starke Verunsicherung der in den Unternehmen für das Anti Fraud Management verantwortlichen Personen zu registrieren. Es kann daher nicht ausgeschlossen werden, dass auch auf sachgerechte Präventionsmaßnahmen verzichtet und damit das mittlerweile in den Unternehmen erreichte Schutzniveau reduziert wird.

Dem gegenüber ist auf die grundlegende Bedeutung der Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität für die nachhaltige Funktionsfähigkeit der Wirtschaft – wie sie u. a. auch durch die zentrale Stellung der Korruptionsbekämpfung im Rahmen der UN Global Compact Initiative zum Ausdruck kommt – hinzuweisen.

Ausgehend von einer Einführung in das komplexe Phänomen der Wirtschaftskriminalität sollen daher im Folgenden die bestehenden Möglichkeiten und rechtlichen Grenzen des Anti Fraud Managements dargestellt werden.

2. Unternehmensrisiko Wirtschaftskriminalität

Wirtschaftskriminalität gibt es schon so lange, wie es wirtschaftliches Handeln gibt. In heutiger Zeit haben sich jedoch die Möglichkeiten für Betrug, Untreue und Unterschlagung drastisch verändert. Ein beinahe unbegrenzter Handel gefördert durch die globale Vernetzung der Geschäftspartner, lässt

1 Vgl. *Freckmann, Anke*: Korruptionsbekämpfung. Eine Gratwanderung, in: *BETRIEBSBERATER* Nr. 22/2009, M 1.

2 Vgl. *Däubler, Wolfgang*: Gläserne Belegschaften? Datenschutz in Betrieb und Dienststelle, 4. Aufl., 2002, Rn. 50 ff.; Bundesbeauftragter für den Datenschutz und die Informationsfreiheit: Tätigkeitsbericht zum Datenschutz für die Jahre 2007 und 2008, Berlin, S. 122 f.

wirtschaftskriminelle Straftaten nicht mehr durch Türen und Tresore außen vor halten. Zum einen erleichtert die Digitalisierung des Wissens den schnellen und oftmals unbemerkten Zugriff auf große Datenmengen, zum anderen kommt ein Großteil der Betrugsfälle aus dem Unternehmen selbst, und schließlich war und ist Korruption fester Bestandteil (nicht nur) wirtschaftlichen Handelns.

Deutschen Unternehmen entstehen hieraus in jedem Jahr Schäden in Milliardenhöhe. Dennoch stand bis vor wenigen Jahren die Bekämpfung von Wirtschaftskriminalität nicht im Fokus von Unternehmen und Politik. Eine Reihe von spektakulären Fällen hat jedoch auch in Deutschland zu einer intensiven öffentlichen Diskussion der Problematik geführt. Im Rahmen dieser Diskussion wurden eine größere Transparenz und eine stärkere interne Kontrolle und Prävention in den Unternehmen eingefordert. Die Gesetzgeber haben u. a. mit dem Sarbanes-Oxley Act in den USA sowie in jüngster Zeit mit dem Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz in Deutschland die Anforderungen an die Transparenz und die Kontrolle der Unternehmen in erheblichem Maße ausgeweitet. In den Unternehmen sind mittlerweile gegen Wirtschaftskriminalität gerichtete Präventionsmaßnahmen zum unverzichtbaren Bestandteil einer guten Unternehmensführung geworden.

Nach einer in der Praxis bewährten Definition werden als Wirtschaftskriminalität Straftaten und Ordnungswidrigkeiten bezeichnet, bei denen das in der Wirtschaft vorhandene Vertrauensprinzip missbraucht und eine Schädigung des Unternehmens beabsichtigt oder billigend in Kauf genommen wird³.

Neben den klassischen Kategorien der Vermögensschädigung und der Bilanzfälschung (d. h. der falschen Darstellung der finanziellen Lage eines Unternehmens) führt die Association of Certified Fraud Examiners (ACFE) „Korruption“ als dritte Kategorie von Wirtschaftskriminalität auf. Nachstehende Übersicht, der sogenannte „Fraud Tree“ der ACFE, zeigt die drei Kategorien und benennt wesentliche Erscheinungsformen in der Praxis.

3 Vgl. *KPMG: Anti Fraud Management – Best Practice der Prävention gegen Wirtschaftskriminalität*, 2006, S. 5.

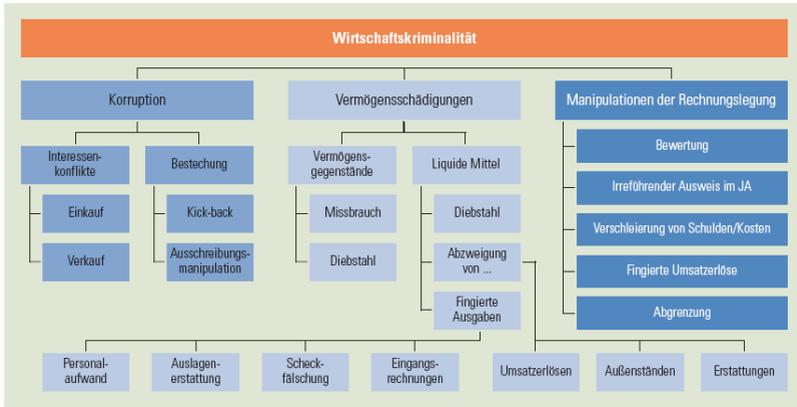


Abbildung 1: Klassifizierung von Wirtschaftskriminalität „Fraud Tree“, Association of Certified Fraud Examiners (ACFE), 1996

In der Fachwelt werden verschiedene Erklärungsansätze für Wirtschaftskriminalität diskutiert.⁴ Einer der bekanntesten ist das sogenannte „Fraud Triangle“ nach *Cressey*. Dieser Ansatz wurde von *Donald R. Cressey* bereits in den 1940er Jahren entwickelt und nennt drei grundlegende Voraussetzungen für die Durchführung einer wirtschaftskriminellen Handlung/Straftat: Gelegenheit, Motivation und Rechtfertigung.

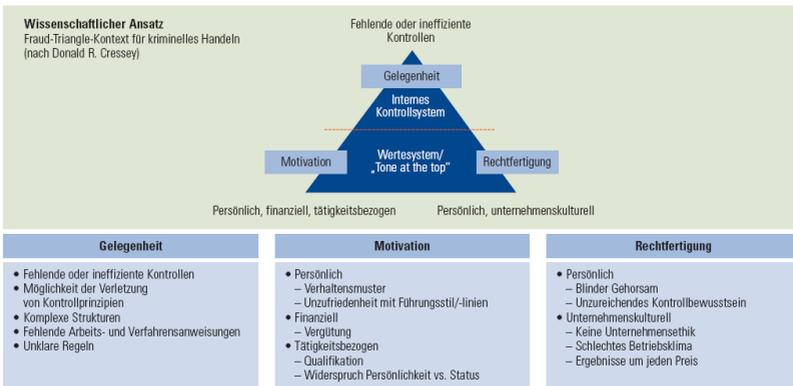


Abbildung 2: Eigene Darstellung angelehnt an den Ansatz von Cressey

4 Vgl. für einen ökonomischen Erklärungsansatz *Pies, Ingo*: Wie bekämpft man Korruption?, 2008.

Der Ansatz besagt, dass wirtschaftskriminelle Handlungen im Regelfall dann auftreten, wenn in der Person des Täters Gelegenheit, Motivation und Rechtfertigung zusammentreffen.

Danach hat jeder Täter im Regelfall ein Motiv für eine Fehlhandlung. Es kann sich dabei um finanzielle Sorgen, Spielsucht oder Ähnliches handeln. Darüber hinaus existieren auch nicht-finanzielle Motive, beispielsweise der Wunsch nach einer Steigerung der eigenen Anerkennung oder das Ziel, eine positive Entwicklung für das eigene Unternehmen herbeizuführen.

Aufgrund des Motivs beginnt der potenzielle Täter nach einer Gelegenheit Ausschau zu halten. Als Gelegenheit wird dabei jede Möglichkeit verstanden, eine wirtschaftskriminelle Handlung zu begehen, ohne eine Aufdeckung befürchten zu müssen. Relevant hierfür sind die vorhandenen Informationen und die technischen Fähigkeiten des Einzelnen. An dieser Stelle kommt neben der Persönlichkeitsebene auch die Organisationsebene in den Blick.

Nach *Cressey* müssen jedoch immer alle drei Aspekte des Fraud Triangle zusammentreffen. Neben der Motivation und der Gelegenheit muss der Täter also immer auch eine eigene Rechtfertigung für sein Verhalten finden. Beispiele sind persönliche Rechtfertigungen wie „das habe ich verdient“, „es tut ja niemandem weh“, „wir sind ja versichert“ und „die anderen machen das auch so“.

Der Ansatz von *Cressey* zeigt deutlich auf, dass Wirtschaftskriminalität immer eng mit persönlichen Aspekten des Täters verbunden ist. Bei der Entwicklung von Präventionsmaßnahmen sollten daher diese Aspekte immer mit einbezogen werden.

Nach der KPMG-Studie „Profile of a Fraudster“⁵ zeichnen den typischen Täter folgende Merkmale aus:

Alter zwischen 36 und 55 Jahren (70 %), männlich (85 %), Einzeltäter (68 %), Mitarbeiter des Unternehmens (89 %), Mitglied der Führungsebene (86 %), langjähriger Mitarbeiter im Unternehmen (36 % zwischen 3 und 5 Jahre; 22 % über 10 Jahre).

Als häufig auftretende Gründe für wirtschaftskriminelle Handlungen wurden Habgier und das Erkennen einer günstigen Gelegenheit identifiziert. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass 91 % der Täter Wiederholungs-

5 Vgl. KPMG: Profile of a Fraudster, 2007, S. 5.

täter sind. Ein Drittel der Täter handelte mehr als 50 Mal in wirtschaftskrimineller Absicht.

Im Rahmen einer an der Hochschule Pforzheim im Jahre 2008 durchgeführten empirischen Untersuchung wurden drei typische Täterprofile identifiziert:

Den „Visionär“ in den Ausprägungen „egozentriert“, „frustriert“ und „narzisstisch“, der „Abhängige“ und der „Naive“. Die Studie legt zudem nahe, dass Geld nur als ein Quasi-Bedürfnis zu verstehen ist⁶ und oft soziale Komponenten im Vordergrund stehen.

Folgende grundlegende Erkenntnis dieser Studie ist hervorzuheben: „Die Rahmenbedingungen eines Ethik- und Compliance-Systems müssen zwar in der Regel für alle Mitarbeiter (...) gleich ausgestaltet werden, sie wirken jedoch aufgrund individueller motivationaler und emotionaler Unterschiede nicht auf alle Beteiligten in gleicher Weise.“ Hieraus folgt für die konkrete Ausgestaltung des Anti Fraud Managements, dass es jeweils darum geht, einen für die spezifischen Verhältnisse eines Unternehmens optimalen Mix von Präventionsmaßnahmen zu finden.

3. Möglichkeiten von Präventionsmaßnahmen

Ausgehend von dem oben dargestellten Fraud Triangle und unter Berücksichtigung der Persönlichkeitsmerkmale von Tätern, können Präventionsmöglichkeiten grob in technische („harte“) Kontrollen sowie in Maßnahmen, die persönlichkeitsbezogene („weiche“) Aspekte betreffen, unterteilt werden.

Der Faktor „Gelegenheit“ kann zum großen Teil über „harte“ Kontrollen ausgeschlossen werden. Damit sind in weitestem Sinne Anti Fraud Maßnahmen gemeint, die durch entsprechende Prozessgestaltung „technisch“ umgesetzt werden können.

Die Faktoren „Motivation“ und „Rechtfertigung“ sind eher auf der Persönlichkeitsebene angesiedelt. Um diese Faktoren angemessen zu adressieren, sind sogenannte „weiche“ Maßnahmen erforderlich. Hierbei handelt es sich primär um unternehmenskulturbezogene Maßnahmen insbesondere in den Bereichen Personalauswahl und Personalentwicklung.

⁶ Vgl. Cleff/Luppold/Naderer/Volkert: Tätermotivation in der Wirtschaftskriminalität, in: Beiträge der Hochschule Pforzheim, Nr. 128, 2008, S. 23.

Nachfolgend werden Beispiele für mögliche Maßnahmen genannt. Diese sollten grundsätzlich in ein umfassendes Gesamtkonzept⁷ integriert sein und die Aspekte Prävention (Vermeidung), Aufdeckung und Adressierung (Reaktion) abdecken. In der folgenden Abbildung werden die Zusammenhänge im Überblick dargestellt:



Abbildung 3: Gesamtkonzept zum Anti Fraud Management (eigene Darstellung)

Im Rahmen der *Prävention (Vermeidung)* von wirtschaftskriminellen Straftaten und Handlungen werden in einem ersten Schritt, dem sogenannten Fraud Risk Assessment, die Hauptrisikokategorien für ein Unternehmen identifiziert und hinsichtlich möglicher Folgen bewertet. In diesem Zusammenhang sollten Prozesskontrollen überprüft und ggf. angepasst werden. Prozessschwächen lassen sich dabei häufig auf Nichtbeachtung grundlegender Kontrollprinzipien bzw. auf die nicht konsistente Umsetzung der vorgesehenen Sollprozesse in den operativen Systemen zurückführen.⁸

Nach Abschluss des Fraud Risk Assessments müssen die erkannten Risiken (Bruttorisiken) den vorhandenen Kontrollen gegenübergestellt werden. Auf diese Weise ergeben sich die Nettorisiken. Diese müssen sodann über ausgewählte „harte“ und „weiche“ Maßnahmen gezielt adressiert werden.

Die Entwicklung und Einführung bzw. die Überprüfung und Anpassung interner Kontrollsysteme gelten als „harte“ Präventionsmaßnahmen. Zu diesen

⁷ Vgl. KPMG: Compliance-Management-Systeme, 2007.

⁸ Vgl. KPMG: Anti Fraud Management - Best Practice der Prävention gegen Wirtschaftskriminalität, 2006, S. 11.

Maßnahmen kann beispielsweise die Einführung von Integrity Due Diligence Prozessen bei MitarbeiterEinstellungen zählen. Nach der KPMG-Studie „Profile of a Fraudster“ sind 14 % der Täter bereits vorher im eigenen oder fremden Unternehmen auffällig geworden. Eine gezielte Prüfung hinsichtlich der Richtigkeit von Lebenslaufangaben ermöglicht Risikopotenziale frühzeitig zu identifizieren. Dies gilt vor allem bei der Besetzung von Top Management und Führungsfunktionen.

Neben solchen „harten“ Aspekten müssen in diesem Schritt auch „weiche“ Faktoren betrachtet werden. Darunter fallen die definierten und gelebten Werte und unternehmenskulturellen Leitlinien eines Unternehmens. Lange wurden diese Aspekte im Zusammenhang mit Präventionsmaßnahmen vernachlässigt. Aufgrund der schweren Fassbarkeit der Begriffe ist dies verständlich. Versteht man Werte jedoch als die Persönlichkeitsmerkmale eines Unternehmens, also als unsichtbare Regeln, die das Handeln der Mitarbeiter bestimmen, dürfen diese Aspekte nicht länger vernachlässigt werden. Integritätsmanagement wird damit zu einer wichtigen Führungsaufgabe.⁹ Die Einführung oder Weiterentwicklung eines Code of Conduct kann hierbei hilfreich sein. Entscheidend ist aber der „Tone from the top“, die glaubhaft kommunizierte, auf Unternehmensintegrität ausgerichtete und insoweit vorbildliche Haltung des Top Managements.

Es geht darum, klare und nachvollziehbare Aussagen zu treffen. Diese sollten von Kommunikationsmaßnahmen flankiert werden, um eine möglichst breite Streuung und Bekanntheit innerhalb des Unternehmens zu erzeugen. Glaubwürdige Aussagen in Bezug auf die Anwendung der Leitlinien auf alle Mitarbeiter und klare Sanktionierungen („Zero Tolerance Policy“) sind vor diesem Hintergrund entscheidend.

Eine große Bedeutung kommt auch dem Training und der Fortbildung von Führungskräften und Mitarbeitern im Hinblick auf die Verhaltenserwartung des Unternehmens sowie auf den Umgang mit Dilemmasituationen zu. Besonders Funktionen, denen eine wichtige Rolle bei der Früherkennung von wirtschaftskriminellen Straftaten und Handlungen zukommt, müssen darüber hinaus auf die Bedeutung von Frühwarnindikatoren (sog. „Red Flags“) hingewiesen und hinsichtlich ihres Erkennens geschult werden.

Alle angesprochenen „weichen“ Maßnahmen sollen das Vertrauensverhältnis zwischen Unternehmen/Leitungsebene und Mitarbeitern stärken. Dies

⁹ Vgl. *BDI* und *KPMG*: Sichere Geschäfte? Wirtschaftskriminalität – Risiken für mittelständische Unternehmen, 2009, S. 16.

geschieht über klare Führungslinien, eine offene und deutliche Kommunikation auch und gerade im Umgang mit Fehlern. Darüber hinaus sollen Führungskräfte für die spezifischen Dilemmata der Mitarbeiter sensibilisiert werden, damit sie gezielt Hilfestellungen geben können.

Ein zweites Maßnahmenbündel eines umfassenden Anti Fraud Managements bezieht sich auf die *Aufdeckung* von wirtschaftskriminellen Handlungen und Straftaten.

Wirtschaftskriminelles Handeln wird in der Regel verschleiert. Es bleiben jedoch fast immer Auffälligkeiten zurück. Forensische Prüfungen zielen auf die Aufdeckung dieser Red Flags und nutzen dazu die im Unternehmen vorhandenen elektronischen Daten, Papierdokumentationen sowie das spezifische Fachwissen der Mitarbeiter als Untersuchungsbasis.¹⁰

Tatsächlich können dolose Handlungen in vielen Fällen durch die Analyse von Datenbeständen eines Unternehmens erkannt werden. Daher bietet sich in diesem Bereich der Einsatz von analytischer Prüfungssoftware an, welche die Prüfung und den Abgleich vorhandener Daten in einem Umfang ermöglicht, der manuell nie zu erreichen wäre. Allerdings sind hierbei alle einschlägigen Regelungen im Zusammenhang mit dem Datenschutz, dem allgemeinen Persönlichkeitsrechts und dem Betriebsverfassungsgesetz zu beachten. Auch ist generell eine Information und Einbindung des Betriebsrates zu empfehlen.

Eine weitere Maßnahme zum Schutz von Unternehmen vor Angriffen durch externe Dritte ist die Durchführung von Integrity Due Diligence-Prüfungen von Lieferanten und Kunden. Im Rahmen dieser Prüfungen werden Hintergrundinformationen der Unternehmen zusammengestellt. Dabei werden auch länderspezifische und kulturelle Aspekte einbezogen.

In den letzten Jahren haben sich darüber hinaus zunehmend sogenannte „Whistleblowing Hotlines“ („Hinweisgebersysteme“) etabliert. Wichtig für den Erfolg dieser Systeme ist es, dass sie Mitarbeitern ermöglichen, anonyme Hinweise über Verstöße gegen Gesetze oder unternehmensinterne Richtlinien abzugeben. Dabei müssen diese Systeme nicht zwangsläufig mit einer komplexen, kostenintensiven Struktur verbunden sein. Häufig genügt bereits die Einrichtung von telefonischen Hotlines zu Ombudsleuten oder die Einrichtung eines elektronischen Briefkastens.¹¹

10 Vgl. *BDI und KPMG: Sichere Geschäfte? Wirtschaftskriminalität – Risiken für mittelständische Unternehmen*, 2009, S. 13.

11 Vgl. *BDI und KPMG: Sichere Geschäfte? Wirtschaftskriminalität – Risiken für mittelständische Unternehmen*, 2009, S. 14.

Das dritte Element eines umfassenden Anti Fraud Managements ist die *Adressierung (Reaktion)* bei Vorliegen von (Verdachts-)Fällen.

Strukturierte Prozesse für eine angemessene Reaktion auf Verdachtsmomente und entdeckte Fälle sind erforderlich. Dabei stehen die Sicherung von Beweisen, die Vermeidung von weiteren Schäden und vor allem auch der Arbeitnehmerschutz im Fokus der Bemühungen.

Hierzu ist die Einführung und Einhaltung eines Notfall- bzw. Krisenplans erforderlich. Dieser gibt gezielte Handlungsanweisungen, wie im Krisenfall reagiert werden muss und definiert die einzuschaltenden Stellen und Verantwortlichkeiten. Dabei sollten sowohl technische Aspekte (Sicherung von Beweismaterial und Vermögenswerten usw.) als auch Kommunikationsmaßnahmen definiert werden. Beispielsweise kann die Einschaltung von einer PR-Agentur notwendig sein. Eine der jeweiligen Situation angemessene interne und externe Kommunikation ist vor dem Hintergrund der bestehenden Reputationsrisiken unverzichtbar.¹² Mit den in diesem Abschnitt aufgeführten Aspekten soll das Augenmerk auf möglich relevante Maßnahmen gerichtet werden. Ein Anspruch auf Vollständigkeit kann dabei nicht erhoben werden. Aufgrund der Komplexität des Phänomens Wirtschaftskriminalität sind „One-Size-Fits-All“-Lösungen nicht möglich. Durch unternehmensspezifische Maßnahmen kann jedoch das Risiko eines Unternehmens, von wirtschaftskriminellen Handlungen betroffen zu werden, erheblich reduziert werden.

4. Rechtliche Grenzen der Prävention

In der aktuellen öffentlichen Diskussion werden zu der Frage der Grenzen zulässiger Präventionsmaßnahmen verschiedene, z. T. gegensätzliche Positionen vertreten.¹³ So sind Unternehmenssicherheit und Korruptionsbekämpfung als wichtige Aufgaben und berechtigtes Interesse des Unternehmens im Sinne des BDSG anerkannt. Allerdings sind diese Interessen gegen das

12 Vgl. *BDI und KPMG*: Sichere Geschäfte? Wirtschaftskriminalität – Risiken für mittelständische Unternehmen, 2009, S. 14.

13 Vgl. zur aktuellen Diskussion *Diller*, „Konten-Ausspäh-Skandal“ bei der Deutschen Bahn: Wo ist das Problem?, BB 2009, 438 ff.; *Steinkühler*, Kein Datenproblem bei der Deutschen Bahn AG? Mitnichten!, BB 2009, 1294 f.; *Schmidt*: Vertrauen ist gut, Compliance ist besser! Anforderungen an die Datenverarbeitung im Rahmen der Compliance-Überwachung, BB 2009, 1295 ff.

allgemeine Persönlichkeitsrecht der von den Präventionsmaßnahmen betroffenen Mitarbeiter abzuwägen.

Die Grenzen der Präventionsmaßnahmen ergeben sich regelmäßig aus dem grundrechtlich abgesicherten allgemeinen Persönlichkeitsrecht der Mitarbeiter, insbesondere dem daraus abgeleiteten Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Dieses Recht ist durch verschiedene Gesetze konkretisiert worden, wie z. B. durch das Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) oder das Telekommunikationsgesetz (TKG). Jede einzelne Maßnahme des Unternehmens zur Kontrolle und Überwachung seiner Mitarbeiter ist überdies darauf zu überprüfen, ob sie geeignet, erforderlich und angemessen ist.

4.1 Überblick einzelner Überwachungsmaßnahmen

4.1.1 Überwachung der Telefonverbindungen

Bei der Kontrolle von Telefonverbindungen kommt es maßgeblich darauf an, ob die private Nutzung der betrieblichen Telefonverbindung erlaubt ist oder nicht. Ist die private Nutzung verboten, sind bei der Erfassung von Telefondaten die Interessen des Arbeitgebers und der Mitarbeiter bzw. deren Gesprächspartner gegeneinander abzuwägen. Das Recht des Arbeitgebers, bei dienstlichen Telefonaten Zeitpunkt und Dauer von ausgehenden Verbindungen zu speichern, wird schon unter dem Aspekt der Kostenkontrolle zu bejahen sein.¹⁴ Es ist allerdings umstritten, ob der Arbeitgeber die vollständige Zielnummer erfassen darf. Da zwischen dem externen Gesprächspartner und dem Arbeitgeber regelmäßig kein Vertragsverhältnis besteht, das eine Rechtfertigung darstellen könnte, geschweige denn der Dritte von der Erfassung weiß, empfiehlt es sich, nur die Vorwahl und einen Teil der Zielrufnummer zu speichern. Eine solche „Verschlüsselung“ wird für eine stichprobenartige Überprüfung oder Kostenkontrolle i. d. R. ausreichend sein.

Ähnliches gilt bei den eingehenden Telefonverbindungen. Auch wenn der Anrufer zumeist die Möglichkeit hätte, seine Rufnummer zu unterdrücken, sollte aus Vorsichtsgründen nur eine verschlüsselte Speicherung erfolgen.

Wenn die private Nutzung der Diensttelefone erlaubt ist, ist die Anonymisierung der Telefonverbindungen, etwa durch Unkenntlichmachung der letzten drei Ziffern, unbedingt anzuraten, da anderenfalls eine Verletzung des Fernmeldegeheimnisses in Betracht kommt.

14 BAG, NZA 1996, 643 ff.

4.1.2 Überwachung des E-Mail-Verkehrs

Auch bei der Nutzung des betrieblichen E-Mail-Systems ist die Unterscheidung danach, ob nur eine dienstliche Nutzung oder auch die Privatnutzung gestattet ist, von wesentlicher Bedeutung.

Sofern das E-Mail-System nur dienstlich genutzt werden darf, sprechen in der Regel keine Bedenken gegen die Erfassung der Daten (z. B. Absender, Empfänger, Zeitpunkt der Versendung sowie der Inhalt der E-Mail, etc.), da es sich um einen Teil der Unternehmenskommunikation handelt.¹⁵

Wenn aber auch die private Nutzung der dienstlichen E-Mail-Accounts erlaubt ist, unterliegen ein- und ausgehende E-Mails auf dem Weg vom bzw. zum PC des Mitarbeiters dem Fernmeldegeheimnis. Zugriffe ohne Einwilligung des Mitarbeiters und des Dritten sind strafrechtlich sanktioniert (§ 206 StGB).

Ist eine private E-Mail nur noch auf den Rechner des Mitarbeiters gespeichert, ist ein Zugriff datenschutzrechtlich grundsätzlich nur mit Einwilligung des Mitarbeiters oder aufgrund einer Rechtsvorschrift erlaubt. In Betracht kommt § 32 Abs. 1 S. 2 BDSG. Danach dürfen personenbezogene Daten eines Beschäftigten dann erhoben, verarbeitet oder genutzt werden, wenn

- zu dokumentierende tatsächliche Anhaltspunkte den Verdacht begründen, dass der Betroffene im Beschäftigungsverhältnis eine Straftat begangen hat,
- die Datenerhebung, -verarbeitung oder -nutzung zur Aufdeckung erforderlich ist; und
- das schutzwürdige Interesse des Beschäftigten an dem Ausschluss der Maßnahme nicht überwiegt.

Insbesondere dürfen Art und Ausmaß im Hinblick auf den Anlass nicht unverhältnismäßig sein.

4.1.3 Videoüberwachung

Der Arbeitgeber darf bei einem überwiegenden Sicherheitsinteresse zum Schutz seines Betriebes oder der für ihn tätigen Mitarbeiter eine Videoüberwachungsanlage einsetzen.¹⁶ Bei öffentlich zugänglichen Räumen ist die Tatsache der Überwachung gem. § 6b Abs. 2 BDSG erkennbar zu machen.

¹⁵ Vgl. *Gola*, BDSG, 9. Aufl. 2007, § 28 Rn. 20a.

¹⁶ *Gola*, BDSG 9. Aufl. 2007, § 6b Rn 20.

Dies rechtfertigt aber nicht ohne weiteres die Videoüberwachung der Mitarbeiter selbst. Hinzukommen muss u. a. ein berechtigtes Interesse des Arbeitgebers, z. B. der Schutz konkret gefährdeten Firmeneigentums oder aufgrund der konkrete Verdacht des Verrats von Betriebsgeheimnissen. Die Videoüberwachung ist zudem grundsätzlich offen und nur als ultima ratio nach sorgfältiger Interessensabwägung heimlich durchführbar.

Zu bedenken ist, dass die durch eine rechtswidrige Überwachung gewonnenen Erkenntnisse einem arbeitsgerichtlichen Beweisverwertungsverbot unterliegen können.¹⁷

4.1.4 Handy-Ortung

Die Überwachung mittels Ortung des Diensthandys kann gerechtfertigt sein, wenn der Arbeitgeber hieran ein berechtigtes Interesse hat, z. B. zur Kontrolle des Standorts eines mobil eingesetzten Arbeitnehmers, und wenn dem Arbeitnehmer der Umstand der Kontrolle bekannt ist. Unzulässig wäre allerdings eine dauerhafte Ortung oder die Überwachung des privaten Bereichs des Mitarbeiters, z. B. wenn er sein Diensthandy auch privat nutzen darf.¹⁸

4.1.5 RFID

RFID-fähige Vorrichtungen, z. B. Zugangskarten, können unter den Voraussetzungen des § 6c BDSG verwendet werden. Insbesondere ist dem Mitarbeiter die Verfahrensweise zu erläutern und er ist über die Ausübung seiner Rechte zu unterrichten. Eine lückenlose Kontrolle des Mitarbeiters ist jedoch, wie bei der Handy-Ortung, mit Blick auf sein allgemeines Persönlichkeitsrecht von vornherein unzulässig.

4.1.6 Heimliche Überwachung/Überprüfung, Detekteien

Das heimliche Überwachen eines Arbeitnehmers durch Detektive, z. B. zum Schutz gegen Diebstahl oder zur Krankenkontrolle, ist nur bei begründetem Verdacht eines schweren Fehlverhaltens (z. B. Diebstahlsverdacht, begründeter Verdacht schwerwiegender Verletzung der Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis) als letztes Mittel zulässig.¹⁹ Verstöße können datenschutzrechtliche und auch strafrechtliche Konsequenzen haben (siehe unter 4.2).

17 BAG, NJW 2003, 3436 ff.

18 Gola, NZA 2007, 1139, 1144.

19 Gola, BB 1995, 2323; BAG, BB 1998, 2475 f.

4.1.7 Einbindung des Datenschutzbeauftragten

Sofern der Arbeitgeber Daten der Arbeitnehmer automatisiert verarbeiten will, ist der Datenschutzbeauftragte des Unternehmens einzubinden. Dieser hat ggf. eine Vorabkontrolle des Verfahrens durchzuführen. Ist noch kein Datenschutzbeauftragter bestellt, ist die zuständige Aufsichtsbehörde (Landesdatenschutzbeauftragter) zu informieren.

4.2 Strafrechtliche Relevanz

Werden Telefonate oder E-Mails zu Unrecht überwacht, kann dies strafrechtlich relevant sein. In Rede stehen die Verletzung des Fernmeldegeheimnisses (§ 206 StGB) und die Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes (§ 201 StGB).

Das Mithören und Aufzeichnen von Telefonaten ist ohne oder gegen den Willen des Arbeitnehmers bzw. des Gesprächspartners – auch bei rein dienstlichen Telefonaten – grundsätzlich unzulässig. Etwas anderes kann nur ausnahmsweise, z.B. bei Vorliegen einer Einwilligung der Gesprächsteilnehmer oder bei zu Ausbildungszwecken nach vorheriger Ankündigung mitgehörten Gesprächen²⁰, gelten.

Bei der Kontrolle von E-Mails und Dateien ist außerdem § 202a StGB (Auspähen von Daten) zu beachten. Danach macht sich strafbar, wer sich oder anderen unbefugt unter Überwindung der Zugangssicherung Zugang zu Daten verschafft, die nicht für ihn bestimmt sind. Eine Rechtfertigung dürfte hier regelmäßig nur durch eine Einwilligung des Mitarbeiters in Betracht kommen.

Nicht nur das unbefugte Öffnen von Briefen oder verschlossenen Schriftstücken, sondern auch das Lesen eines Schriftstücks, das durch ein verschlossenes Behältnis, z. B. eine abgeschlossene Schublade, gegen unbefugte Kenntnisnahme gesichert ist, kann eine Verletzung des Briefgeheimnisses darstellen (§ 202 StGB).

Werden Fotoaufnahmen von einer Person, die sich in einer Wohnung oder in einem gegen Einblick besonders geschützten Raum, z. B. einem Umkleideraum, befindet, gefertigt, übertragen, gebraucht oder zugänglich gemacht, und dadurch deren höchstpersönlicher Lebensbereich verletzt, kann dies eine

20 BAG, NZA 1996, 218, 221.

Strafbarkeit nach § 201a StGB (Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereiches durch Bildaufnahmen) begründen.

Die datenschutzrechtswidrige Erhebung oder Verarbeitung personenbezogener Daten kann als Ordnungswidrigkeit nach § 43 Abs. 2 BDSG zu bewerten sein. Geschieht dies vorsätzlich und entgeltlich oder in der Absicht, sich oder einen anderen zu bereichern oder einen anderen zu schädigen, kann sogar eine Straftat nach § 44 BDSG vorliegen.

4.3 Arbeitsrechtliche Aspekte

4.3.1 Personalakte

In die Personalakte darf nicht jede Angabe über einen Arbeitnehmer aufgenommen werden. Erforderlich ist ein Bezug zum Arbeitsverhältnis. Vor allem ist dafür zu sorgen, dass nur berechtigte Personen die Personalakte einsehen dürfen. Die Offenlegung gegenüber Dritten ist nur unter besonderen Voraussetzungen erlaubt, z.B. gegenüber zur Verschwiegenheit verpflichteten Revisoren bei überwiegendem Interesse des Arbeitgebers.²¹ Besonders sensible Daten, wie Angaben zum körperlichen Zustand, sind zusätzlich vor der Einsichtnahme zu schützen. Diese Grundsätze sind zu beachten, wenn für Kontrollmaßnahmen des Arbeitgebers Daten aus der Personalakte verwendet oder gerade für Kontrollzwecke bestimmte Daten in die Personalakte aufgenommen werden sollen (beispielsweise der Beruf der Ehefrau). Auch hier ist zwischen den schutzwürdigen Interessen des Arbeitgebers an der Durchführung von Kontrollmaßnahmen und den Schutzinteressen des Arbeitnehmers abzuwägen.

4.3.2 Interne Richtlinien/Betriebsvereinbarungen

In gewissem Umfang können interne Richtlinien oder Betriebsvereinbarungen zur Klärung der Frage der Rechtmäßigkeit von Überwachungsmaßnahmen herangezogen werden, z. B. zur Abgrenzung der rein dienstlichen von der auch privaten Nutzung von E-Mail-Accounts oder Blackberrys. Auf diesem Wege können wichtige Weichenstellungen erfolgen, so dass auch hierauf ein besonderes Augenmerk gerichtet werden sollte.

21 *Küttner*, Personalbuch, 16. Aufl. 2009, Kap. P.A.3. Rn 8.

4.3.3 Einbindung des Betriebsrats

Werden Mitarbeiter mit technischen Mitteln überwacht, so macht dies in der Regel die Einbindung und Mitbestimmung des Betriebsrates erforderlich.

5. Handlungsempfehlungen

Aus den o. a. Ausführungen sollte deutlich geworden sein, dass Präventionsmaßnahmen und Datenschutz nicht im Gegensatz zueinander stehen. Vielmehr geht es bei der Einführung von Betrugs- und Korruptionsbekämpfungsmaßnahmen immer um die tatsächliche Begründung für oder gegen eine konkrete Maßnahme und um deren Verhältnismäßigkeit in Abwägung zwischen den schutzwürdigen Interessen des Unternehmens und der Mitarbeiter.

Ansätze für ein umfassendes Handlungskonzept wurden aufgezeigt. Eine vorgefertigte und allseits anwendbare Lösung kann es angesichts der Komplexität des Phänomens „Wirtschaftskriminalität“ und der unterschiedlichen Risikolage der Unternehmen nicht geben. Vor diesem Hintergrund sollten vor dem Einsatz von Präventions- und Monitoringmaßnahmen folgende Kernfragen geprüft und die maßgeblichen Ergebnisse entsprechend dokumentiert werden:

Kernfragen zu den Möglichkeiten und Grenzen der Betrugs- und Korruptionsbekämpfung

- Sind die geplanten Maßnahmen zur Identifikation von unerlaubten Handlungen geeignet?
- Sind die angestrebten Maßnahmen nach Art und Umfang tatsächlich erforderlich?
- Sind die geplanten Maßnahmen für das verfolgte Ziel tatsächlich angemessen?
- Bestehen insbesondere aus datenschutz-, arbeits- und strafrechtlicher Sicht keine sonstigen (rechtlichen) Bedenken an der Durchführung der angestrebten Maßnahmen?

6. Zusammenfassung

Unternehmen, die sich vor wirtschaftskriminellen Handlungen schützen wollen, stehen eine Fülle von möglichen Maßnahmen zur Verfügung. Entscheidend für den Erfolg sind dabei die Kombination der Einzelmaßnahmen und die Integration in ein Gesamtkonzept.

Vor dem Hintergrund der zunehmenden Verbindung zwischen der Reputation von Unternehmen und deren wirtschaftlichem Erfolg wird über die Vermeidung von Wirtschaftskriminalität hinausgehend die Herstellung und Sicherung einer umfassenden Unternehmensintegrität zukünftig immer stärker zu einer wichtigen Aufgabe für das Top Management von Unternehmen.²²

Literatur

- Bundesbeauftragter für den Datenschutz und die Informationsfreiheit* (2009): Tätigkeitsbericht zum Datenschutz für die Jahre 2007 und 2008, Berlin.
- Bundesverband der Deutschen Industrie [BDI] & KPMG AG* Wirtschaftsprüfungsgesellschaft [KPMG] (2009): Sichere Geschäfte? Wirtschaftskriminalität – Risiken für mittelständische Unternehmen, Berlin.
- Cleff, L., Naderer, V.* (2008): Tätermotivation in der Wirtschaftskriminalität. Beiträge der Hochschule Pforzheim, Nr. 128, S. 23.
- Däubler, W.* (2002): Gläserne Belegschaften? Datenschutz in Betrieb und Dienststelle (4. Aufl.), Frankfurt a.M.
- Diller, M.* (2009): „Konten-Ausspäh-Skandal“ bei der Deutschen Bahn: Wo ist das Problem?, in: Betriebs Berater, S. 438-440.
- Freckmann, A.* (2009): Korruptionsbekämpfung. Eine Gratwanderung, in: Betriebs Berater, Nr. 22/2009, M 1.
- Gola, P.* (1995): Krankenkontrolle, Datenschutz und Mitbestimmung, in: Betriebs Berater, S. 2318-2326.
- Gola, P., Schomerus, R. & Klug, C.* (2007): Bundesdatenschutzgesetz Kommentar (9. Aufl.), München.
- Gola, P.* (2007): Datenschutz bei der Kontrolle „Mobiler“ Arbeitnehmer – Zulässigkeit und Transparenz, in: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, S. 1139-1144.
- KPMG* (2006): Anti Fraud Management – Best Practice der Prävention gegen Wirtschaftskriminalität, Berlin.
- KPMG* (2007): Compliance-Management-Systeme, Berlin.
- KPMG* (2007): Profile of a Fraudster, Berlin.
- Küttner, W.* (2009): Personalbuch 2009 (16. Aufl.), München.
- Maak, T. & Ulrich, P.* (2007): Integre Unternehmensführung. Ethisches Orientierungswissen für die Wirtschaftspraxis, Stuttgart.
- Pies, I.* (Hrsg.) (2008): Wie bekämpft man Korruption?, Berlin.

22 Vgl. *Maak, Thomas; Ulrich, Peter*: Integre Unternehmensführung. Ethisches Orientierungswissen für die Wirtschaftspraxis, 2007.

Schmidt, B. (2009): Vertrauen ist gut, Compliance ist besser! Anforderungen an die Datenverarbeitung im Rahmen der Compliance-Überwachung, in: Betriebs Berater, S. 1295-1299.

Steinkühler, B. (2009): Kein Datenproblem bei der Deutschen Bahn AG? Mitnichten!, in: Betriebs Berater, S. 1294-1295.

III. Wirtschaftskriminologie und Wirtschaftsstraftäter

Die konventionelle Theorie als Grundlage der Wirtschaftskriminologie und des Wirtschaftsstrafrechts

Christian Laue

Gliederung

- | | |
|---|------------------------------------|
| 1. Einleitung | 2.2 Public Goods-Experimente |
| 2. Die experimentellen
Wirtschaftswissenschaften | 2.3 Altruistische Bestrafung |
| 2.1 Ultimatumspiel | 2.4 Treuhandspiele |
| | 3. Schädliche Wirkungen der Strafe |

1. Einleitung

Die Wirtschaftskriminologie, aber mehr noch das Wirtschaftsstrafrecht, basieren auf der ökonomischen Theorie der Kriminalität. *Tiedemann* verweist in seinem Standardlehrbuch des Wirtschaftsstrafrechts ausdrücklich auf den ökonomischen Ansatz von *Gary S. Becker* (*Becker*, 1968) und *Isaac Ehrlich* (*Ehrlich*, 1996) und meint: „Die Gültigkeit dieser Abschreckungshypothese ist teilweise auch durch empirische Studien im deutschen Sprachraum belegt.“ (*Tiedemann*, 2007, Rn. 31).

In den Wirtschaftswissenschaften und damit auch in der ökonomischen Theorie der Kriminalität setzen Verhaltensanalysen traditionell ein bestimmtes Verständnis von der Natur des Menschen voraus (*Camerer/Fehr*, 2006, S. 47; *Frey/Benz*, 2001, S. 5 ff.). Es ist dies der rational handelnde *homo oeconomicus*, der sich insbesondere durch zwei Eigenschaften auszeichnet:

1. handelt er nach rationalen Entscheidungen und
2. verwirklicht er ausschließlich selbstbezogene Präferenzen.

Die Rationalität äußert sich in zwei Ausprägungen:

- Der *homo oeconomicus* schätzt Ereignisse und das Verhalten der Mitmenschen in seiner Umwelt korrekt ein und
- er trifft die Entscheidungen, die seine Bedürfnisse am besten befriedigen.

Von selbstbezogenen Präferenzen spricht man, wenn es einem Individuum grundsätzlich gleichgültig ist, welche Erträge und Konsequenzen aus einer Interaktion für andere resultieren.¹

Darauf basierend wurde in den Wirtschaftswissenschaften lange Zeit ein bestimmter Mechanismus der menschlichen Kooperation vorausgesetzt, den man als die sog. konventionelle Theorie bezeichnen kann. Insbesondere von *Mancur Olson jr.* wurde 1968 eine einflussreiche Logik des kollektiven Handelns formuliert, die auf individuell und rational handelnden Akteuren basiert. Je größer eine Gruppe im Sinne *Olsons*² ist, desto größer ist auch der Anreiz für einzelne Gruppenmitglieder, als Trittbrettfahrer vom Kollektivgut der Gruppe zu profitieren, ohne selbst einen Beitrag zur Versorgung mit diesem Gut zu leisten. Größere Gruppen, wie etwa Gewerkschaften, müssen daher „selektive Reize“ setzen, um ihre Mitglieder zu einem gruppenkonformen Verhalten zu bewegen:

„(...) wird die Bereitstellung einer optimalen Menge eines Kollektivgutes umso weniger erreicht, je größer die Gruppe ist, und sehr große Gruppen werden in der Regel nicht einmal geringe Mengen eines Kollektivgutes bereitstellen, wenn nicht Zwang oder besondere äußere Anreize eingesetzt werden.“ (*Olson*, 1968, S. 46).

Dieses Konzept des einerseits rational und selbstbezogen handelnden Akteurs, der aber andererseits durch äußere Reize motivier- und lenkbar erscheint, herrscht nicht nur in den Wirtschaftswissenschaften vor, sondern beeinflusst auch bestimmte Strömungen in der Psychologie sowie den Politik- und Sozialwissenschaften (siehe etwa *Esser*, 1999, S. 183 ff., 247 ff.) Die Natur des Menschen ist danach grundsätzlich egoistisch. Das bedeutet nicht, dass ein Akteur anderen schaden will; die eigene absolute Nutzenmaximierung steht im Vordergrund, nicht der Vorteil gegenüber anderen. Zur Erreichung dieses Ziels agiert der Mensch rational, das heißt, er tut stets das, was seinen Nutzen am besten fördert und wägt alle Alternativen nach diesem Kriterium ab. Das Verhalten von Mitakteuren und Konkurrenten wird antizipiert und das eigene Verhalten nach dieser Antizipation ausge-

1 Die selbstbezogenen Präferenzen des *homo oeconomicus* führen daher dazu, dass der Mensch nach dieser Sichtweise weder dauernd Gutes für die Mitmenschen tut, noch danach trachtet, ihnen Böses zuzufügen. Menschen sind daher nach *Frey / Benz*, 2001, S. 8, „weder Heilige noch Verbrecher“.

2 Eine Gruppe ist nach *Olson*, 1968, S. 7, „eine Anzahl von Personen mit einem gemeinsamen Interesse“. Entscheidend ist somit das Vorhandensein eines „Gruppeninteresses“.

richtet. Der Nachteil eines anderen ist keinesfalls Selbstzweck und nicht automatisch ein Vorteil.

Weil der Mensch streng nutzenorientiert und rational handelt, ist er empfänglich für äußere Anreize: Er kalkuliert die Vorteile und Nachteile von Strafen und Belohnungen und bezieht diese Kalkulation in seine eigene Handlungsentscheidung mit ein. Dies macht ihn beeinflussbar. Grundsätzlich gilt, dass ein Anreiz immer das Verhalten eines Akteurs beeinflussen kann, wenn der Anreiz nur groß genug ist. Wenn die Strafe so schwer ausfallen wird, dass der Nutzen aus einem Verhalten den Nachteil aus der Bestrafung nicht überwiegt, wird der *homo oeconomicus* nicht handeln. Wenn ein positiver Anreiz so groß ist, dass die Belohnung mehr Nutzen bringt als das Unterlassen einer Handlung, wird diese Handlung vorgenommen. Der Mensch handelt nach dieser Vorstellung wie eine Maschine, die Input und Output stets scharf kalkuliert und ihr Verhalten nach dieser Kalkulation ausrichtet.

Natürlich ist es auf den ersten Blick klar, dass kein Mensch so agiert wie der Idealtyp des *homo oeconomicus*. Daraus ist eine Diskussion entstanden, wie dieses Modell in den Wirtschaftswissenschaften gehandhabt werden soll. Handelt es sich dabei um einen Idealtyp, eine nützliche Annäherung an das Verhalten real agierender Personen oder um eine Als-ob-Konstruktion, die lediglich der ökonomischen Modellbildung dient? Wie dem auch sei, der Realbezug des *homo oeconomicus* dürfte im Wirtschaftsstrafrecht besonders hoch sein, denn dieses Rechtsgebiet setzt – anders als das Kernstrafrecht mit seinen Bemühungen zur Verhinderung der Gewalt- und Elendskriminalität – konsequent auf Abschreckung eines mehr oder weniger rational agierenden, auf Nutzenmaximierung ausgerichteten Akteurs.

2. Die experimentellen Wirtschaftswissenschaften

Der Beantwortung der Frage nach der empirischen Realität des *homo oeconomicus* haben sich die experimentellen Wirtschaftswissenschaften verschrieben. Sie nutzen dabei vor allem die Methode der Spieltheorie. Die Spieltheorie ist – insbesondere von *John v. Neumann* in Zusammenarbeit mit *Oskar Morgenstern* – Mitte des 20. Jahrhunderts entwickelt worden, um ökonomische Entscheidungsprozesse mit ihren charakteristischen Interessenkonflikten und Koordinationsproblemen zu analysieren. Spieltheorie ist immer dann das passende Analyseinstrument, wenn der Erfolg eines Indivi-

duums von anderen abhängt (Nowak/Sigmund, 2004). Für die Analyse dieses Wechselspiels von entgegensetzten Interessen ist die Spieltheorie entwickelt worden. Die Spieltheorie „erwuchs aus der Erkenntnis, dass Handelnde für die Komplexität der Welt von entscheidender Bedeutung sind“ (Dennett, 1997, S. 349). Sie ist – nach einer geläufigen Definition (Holler/Illing, 2006, S. 1) – die Analyse von strategischen Entscheidungssituationen, in denen

- das Ergebnis von den Entscheidungen mehrerer Entscheidungsträger abhängt, so dass ein einzelner das Ergebnis nicht unabhängig von der Wahl der anderen bestimmen kann,
- jeder Entscheidungsträger sich dieser Interdependenz bewusst ist,
- jeder Entscheidungsträger davon ausgeht, dass alle anderen sich ebenfalls der Interdependenz bewusst sind und
- jeder Entscheidungsträger die vorangegangenen drei Punkte berücksichtigt.

2.1 Ultimatumspiel

Interessante Rückschlüsse auf das spezifisch menschliche Verhalten und die dahinter stehenden Motive werden dem sog. Ultimatumspiel zugeschrieben. Dabei treffen zwei Verhandler aufeinander. Die Verhandlungssituation ist aber äußerst eingeschränkt. Es gilt eine Summe (geschenkten) Geldes zwischen den beiden Spielern zu verteilen. Der erste Spieler macht einen Vorschlag über die Verteilung, der zweite Spieler kann diesen Vorschlag akzeptieren oder zurückweisen. Wenn er akzeptiert, erhalten beide Spieler das Geld nach dem gemachten Verteilungsvorschlag. Wenn der zweite Spieler den Vorschlag zurückweist, erhalten beide Spieler nichts. Beide Spieler kennen die Regeln.

So muss man – unter der Annahme des *homo oeconomicus*, der seinen Gewinn durchgehend zu maximieren trachtet – voraussagen, dass Spieler 2 jedes positive Angebot akzeptieren wird. Er wird es eher tun als es zurückzuweisen und so gar nichts zu erhalten. Ein erstes unter rationalen Spielern vorauszusagendes Gleichgewicht lautet daher, dass Spieler 1 dem Spieler 2 nur das geringstmögliche Angebot unterbreiten wird und Spieler 2 dennoch akzeptiert (Güth et al., 1982, S. 372). Noch weiter gehend ist sogar zu erwarten, dass ein Gleichgewicht auch dann eintritt, wenn Spieler 1 die gesamte Summe sich zubilligt und Spieler 2 danach 0 erhält. Auch dann gewinnt er

durch die Ablehnung des Angebots nichts und wird daher akzeptieren (Hoffman, et al., 1994, S. 348; Roth et al., 1991, S. 1069).

Die tatsächlichen Ergebnisse solcher Experimente weichen durchgehend von den Gleichgewichtsprognosen ab, und dies in zweierlei Hinsicht: Die Angebote der vorschlagenden Spieler sind deutlich höher als vorausgesagt und auch die Ablehnungsquote durch Spieler 2 ist beträchtlich (Güth et al. S. 373 ff.). In einer Versuchsanordnung in vier verschiedenen Kulturen (USA, ehemaliges Jugoslawien, Israel und Japan) machten die vermuteten Gleichgewichtsangebote von zwischen 0 und 5 % der zur Verfügung stehenden Geldsumme nur unter 1 % aller tatsächlichen Angebote aus. Im Gegenteil belieben sich die vorgeschlagenen Verteilungen zumeist auf 50:50 oder auf 60:40 zu Gunsten des Spielers 1 (Roth et al., 1991; Bowles/Gintis, 1998, S. 5; Ostrom, 2000, S. 140). Dies entspricht den Ergebnissen zahlreicher bisher durchgeführter Experimente (Nowak/Page/Sigmund, 2000). Von dieser üblichen, aber eigentlich irrationalen Verteilung zu Ungunsten des Spielers 2 abweichende Angebote werden zu einem erheblichen Prozentsatz zurückgewiesen, so dass keiner der beiden Spieler irgendetwas erhält. Die Grenze liegt überwiegend bei einem Angebot von unter 30 % der aufzuteilenden Geldsumme.

Doch wurden diese Experimente zu einem ganz überwiegenden Teil mit Studenten durchgeführt. Damit konnte naturgemäß nur ein relativ kleiner Teilbereich von Einstellungen, Werten und kulturellen Hintergründen erfasst werden, eben lediglich die von Studierenden in industrialisierten Gesellschaften. In einer groß angelegten Versuchsreihe wurde untersucht, ob das bisher festgestellte Spielverhalten auch für kleinere Stammesgesellschaften in allen Teilen der Erde zutrifft. Mit Personen aus insgesamt 15 kleineren Gesellschaften aus 5 Kontinenten wurde das Ultimatumspiel gespielt (Henrich et al., 2005, S. 799 ff.). Die Geldsumme belief sich auf ein landesübliches Tages- bis zu einem Zweitagesgehalt. Auch dabei verhielten sich die Probanden keineswegs wie ein *homo oeconomicus*, sondern machten in der Rolle des Spielers 1 weitaus großzügigere Angebote. Das durchschnittliche Angebot variierte zwischen 26 % der Geldsumme bei den Machiguenga in Peru bis zu 58 % bei den Lamelara in Indonesien. Das häufigste Angebot betrug bei den meisten Gesellschaften 50 %. Die Zurückweisungsrate war höchst unterschiedlich und folgte kaum dem aus den Industrienationen bekannten Muster. So wurden z.B. nicht selten auch mehr als faire Angebote, d.h. Angebote über 50 %, zurückgewiesen.

Diese Ergebnisse weichen zwar in mancherlei Hinsicht von den bisherigen, in Industriegesellschaften gewonnenen, ab, dennoch bestätigen auch sie die enttäuschte Erwartung der Ökonomen: Statt einer eigensüchtigen, Gewinn maximierenden Strategie, dominieren Fairnessgedanken das Spielverhalten, sowohl bei dem anbietenden Spieler 1 als auch beim akzeptierenden oder eben zurückweisenden Spieler 2.

Ein Wunsch nach Fairness allein kann diese Entwicklung nicht erklären. Wäre es so, dass Menschen einen ihnen zur Verteilung anvertrauten Wert stets fair teilen wollten, müsste dies auch für eine Variante des Ultimatumspiels gelten, das Diktatorspiel. Auch in diesem Spiel entscheidet Spieler 1 über die Verteilung der Geldsumme, der Unterschied zum Ultimatumspiel besteht aber darin, dass Spieler 2 keine Möglichkeit der Einflussnahme hat. Er kann das Angebot nicht zurückweisen und so beide Spieler wieder auf 0 setzen, sondern nur jede Entscheidung akzeptieren.³ Auch hier teilen einige Spieler den Betrag fair auf, die Anzahl derjenigen, die sich einen deutlich höheren Betrag zuweisen oder sogar alles einbehalten, ist aber signifikant höher als beim Ultimatumspiel, vor allem dann, wenn nach den Spielregeln die Beträge tatsächlich vom Spielleiter ausbezahlt werden (*Forsythe et al.*, 1994).

Auch wenn die Rollenverteilung beim Ultimatumspiel nicht ausgelost wird und damit vom Zufall abhängt, sondern sich nach dem Abschneiden bei einem vorher durchgeführten Wissensquiz richtet, und damit „verdient“ wurde, teilen sich die Spieler 1 deutlich höhere Beträge zu und dennoch ist die Zurückweisungsrate nicht höher (*Hoffman et al.*, 1994, S. 361). Dies zeigt, dass Spieler 1 bei einer „verdienten“ Zuweisung der Entscheiderrolle glauben, einen größeren Betrag für sich in Anspruch nehmen zu können und dass diese Erwartung auch von den Spielern 2 geteilt wird.

Aber gleichgültig, unter welchen Bedingungen das Ultimatum- oder das Diktatorspiel durchgeführt wird, es kommt nie zu dem von Ökonomen unter der Annahme des *homo oeconomicus* gemachten Voraussage von durchgehend selbstsüchtig handelnden Spielern.

3 Dabei handelt es sich dann nicht mehr um ein „Spiel“, sondern vielmehr um eine Einpersonen-Entscheidung.

2.2 Public Goods-Experimente

Während die Ultimatum- und Diktatorspiele im Wesentlichen 2-Personeninteraktionen darstellen, geht das menschliche Sozialleben über solche Konstellationen regelmäßig hinaus. Besondere Herausforderungen an die Kooperationsbereitschaft stellt der Umgang mit öffentlichen Gütern (*public goods*). Öffentliche Güter sind solche, die von allen Gruppenmitgliedern konsumiert werden können, auch von denjenigen, die nichts zu ihrem Gewinn oder ihrer Erhaltung beitragen (*Fehr/Fischbacher*, 2004). Jede Person unterliegt daher der Verführung, den Nutzen des Gutes zwar in Anspruch zu nehmen, aber dafür entstehende Kosten zu vermeiden. Einige dieser als Trittbrettfahren zu bezeichnenden Verhaltensweisen, sind sozial höchst unerwünscht und daher auch unter Strafe gestellt, wie etwa die Steuerhinterziehung (§§ 370, 370a AO) oder das Erschleichen von Leistungen (§ 265a StGB).

2.3 Altruistische Bestrafung

In einem dieser Experimente werden 240 Probanden jeweils zu einem „Projekt“ aus vier Personen zusammengefasst (*Fehr/Gächter*, 2002). Jedes der Projektmitglieder hat einen Betrag von 20 Geldeinheiten zur Verfügung. Dieses Geld kann der Proband für sich behalten oder aber dem Projekt übertragen. Von jeder übertragenen Geldeinheit fließen – vom Versuchsleiter aufgestockt – 0,4 Einheiten wieder zur eigenen Verfügung an jeden Probanden zurück. Da der Rückfluss mit 0,4 geringer ist als das einbehaltene Geld, steht es im Selbstinteresse jedes Einzelnen, sein Geld zu behalten. Übertragen aber alle vier Gruppenmitglieder ihr ganzes Geld auf das Projekt, verdienen sie mit $0,4 \times 80 = 32$ mehr, als wenn alle Mitglieder ihre 20 Einheiten behalten.

Die Zuteilungen werden gleichzeitig gemacht, ohne dass die Projektmitglieder wissen, wie viel Geld ihre Projektpartner einbezahlen oder behalten. Das Experiment kann in wiederholten Runden durchgespielt werden, wobei in einer Variante die Gruppen stets gleich bleiben, in einer anderen nach jeder Runde die Gruppenzusammensetzung nach dem Zufallsprinzip geändert wird (*Fehr/Fischbacher/Gächter*, 2002, S. 13). Der Spielverlauf ähnelt dann jeweils einem wiederholten Gefangenendilemma (*Bowles/Gintis*, 1998). Darüber hinaus kann der Versuch derart variiert werden, dass die Projektmitglieder die Möglichkeit haben, selbst Geld einzusetzen, um andere für

ihre unterdurchschnittlichen Beiträge zu bestrafen, oder dass sie diese Möglichkeit nicht haben.

Wenn keine Möglichkeit der Bestrafung besteht, müsste – nach den Voraussagen der Wirtschaftswissenschaftler – der nur auf seinen Vorteil bedachte *homo oeconomicus* stets die Einzahlung in das Projekt verweigern. Er behält sein eigenes Geld und kann, falls andere Gruppenmitglieder das Projekt fördern, davon zusätzlich profitieren. Im besten Fall, wenn die restlichen drei Mitglieder ihr gesamtes Geld einzahlen, behält der Egoist seine 20 Geldeinheiten und erhält aus dem Projekt noch $0,4 \times 60 = 24$, insgesamt also 44. Die Voraussage läuft aber darauf hinaus, dass alle Teilnehmer egoistisch sind und daher jeder lediglich seine ursprünglichen 20 Einheiten behält.

Mit der Möglichkeit der Bestrafung ist das Verfahren wie folgt geregelt: Nach der Einzahlung werden die jeweiligen Aufwendungen der vier Mitglieder bekannt gemacht und die Probanden haben die Möglichkeit, ihre Projektpartner zu bestrafen. Mit der Hingabe von 1 Geldeinheit an den Versuchsleiter können sie ein anderes Projektmitglied dazu verpflichten, 3 Geldeinheiten – ebenfalls an den Versuchsleiter – abzugeben. Die Bestrafung eines anderen kostet den Strafenden also Geld. Auch hierbei droht dem Egoisten – nach der rationalen Voraussage – bei einer Zusammensetzung der Gruppe aus durchwegs egoistischen Mitgliedern also keine Gefahr, denn niemand wird eigenes Geld investieren, um andere zu bestrafen. So lautet die Gleichgewichtsvoraussage.

Daran ändert die Wiederholung der Spielrunden nichts. Dies ist bei der Variante der zufälligen Gruppenzusammensetzung offensichtlich: Niemand könnte von einer solchen Bestrafung direkt profitieren, denn weder erhalten die Strafenden das Strafgeld, sondern der Versuchsleiter, noch könnten sie auf Besserung ihres Partners hoffen: Die jeweiligen 4 Probanden bilden nur einmal eine gemeinsame Gruppe, bevor sie für die nächste Runde wieder neu zusammengestellt werden. Wenn mit der Strafe eine Disziplinierung – als ein spezialpräventiver Zweck – verbunden sein sollte, so haben die Bestrafenden davon nichts; ein möglicher Lerneffekt kommt nur den neuen Partnern des Bestraften zu Gute. Man spricht daher von „altruistischer Bestrafung“ (*O’Gorman/Wilson/Miller, 2005*).

Auch bei der Variante der gleich bleibenden Gruppenzusammensetzung besteht kein Anreiz zu kooperieren. Die Verweigerung der Kooperation ist zumindest in der letzten Runde die Gewinn maximierende Entscheidung.

Dies gilt uneingeschränkt für die Variante ohne Bestrafungsmöglichkeit. Aber auch bei möglicher Bestrafung ist Nichtkooperation die beste Option. Nach dieser Runde endet das Spiel und ein nur auf Gewinnmaximierung gerichteter Spieler wird danach kein Geld mehr hergeben, nur um einen anderen zu bestrafen. Der rationale Egoist kann dies antizipieren und wird daher nicht mehr investieren. Da dieses Verhalten in der letzten Runde somit feststeht, lohnt es sich auch nicht, in der vorletzten Runde noch eine kostenintensive Bestrafung auszusprechen. Da aber auch dies unter rationalen Egoisten vorhersehbar ist, wird keine Verhaltensänderung durch eine Bestrafung in der Runde davor zu erreichen sein. Diese rückwärts gerichtete Betrachtung kann bis zur ersten Spielrunde durchgeführt werden – immer mit demselben Ergebnis, so dass auch in der wiederholten Strafvariante mit gleicher Gruppenzusammensetzung unter reinen Egoisten nie Kooperation aufkommen wird (Fehr/Fischbacher/Gächter, 2002).

Zwei typische Ergebnisse bei den *public-goods*-Experimenten stehen besonders hervor:

Zum einen wurden auch bei diesem Spiel die rationalen Gleichgewichtserwartungen enttäuscht: Obwohl die Bestrafung den Strafenden in der Variante der zufälligen Gruppenzusammensetzung nichts einbrachte, ihnen sogar Kosten verursachte, wurde relativ häufig gestraft: Insgesamt 6 Runden wurden gespielt und dabei sprachen 84,3 % mindestens eine Strafe aus, 34,3 % strafte öfter als fünf Mal und 9,3 % sogar öfter als zehn Mal (Fehr/Gächter, 2002). Auch Strafen in der letzten Spielrunde kamen vor (Fehr/Fischbacher/Gächter, 2002; Bowles/Gintis, 1998). Es strafte überwiegend diejenigen, die überdurchschnittliche Beiträge leisteten und bestraft wurde in Korrelation zum Ausmaß des Unterschreitens durch den Bestraften (Fehr/Gächter, 2002). Dabei fielen die Strafen hart aus: Ein Gruppenmitglied, das deutlich unter der durchschnittlichen Zuteilung seiner drei Partner blieb, musste mit Bestrafungsausgaben von fast 10 Geldeinheiten rechnen, so dass eine Strafe von annähernd 30 Geldeinheiten drohte. Auch in der Form der Bestrafung zeigten die Probanden also Altruismus, das heißt sie verzichteten auf Vorteile.

Wenn der unmittelbare Zweck der Bestrafung nicht darin liegen kann, den eigenen wirtschaftlichen Erfolg zu erhöhen – weil sie nicht unmittelbar dem Strafenden zu Gute kommt und ihm sogar Kosten verursacht –, müssen hinter der Strafe andere Motive stehen (Fehr/Nowak/Sigmund, 2002). Die Spieler wurden befragt, welche Gefühle sie gegenüber den Trittbrettfahrern, die verminderte Beiträge leisteten, hätten. Auf die Frage, ob sie Zorn und

Verärgerung gegenüber denjenigen empfänden, die deutlich weniger einzahlten, entschieden sich auf einer Skala von 1 bis 7 (1 = überhaupt nicht; 7 = sehr groß) 47 % für die Stufen 6 und 7 und 37 % für Stufe 5. Die ganz überwiegende Mehrheit der Befragten verspürte somit Zorn und Ärger. Noch deutlicher fiel die Einschätzung der Reaktion auf eigenes hypothetisches Trittbrettfahren aus: Als die Frage gestellt wurde, welche Empfindungen jemand von seinen Mitspielern erwarte, der deutlich unter deren Einzahlungen geblieben ist, antworteten sogar 74,5 % mit Stufe 6 und 7 und 22,5 % mit Stufe 5. Es scheint also eine signifikante moralische Norm zu existieren, die darauf hinwirkt, dass Abweichungen vom gemeinsamen Beitrag zum kollektiven Wohl zu relativ heftigen negativen Emotionen und daraus resultierend zu altruistischer Bestrafung führen.

Zum zweiten war die Kooperation der Teilnehmer, also die Höhe ihrer Einzahlungen in das gemeinsame Projekt, ganz signifikant davon abhängig, dass eine Bestrafungsmöglichkeit bestand oder nicht. In einem *public goods*-Experiment von *Fehr* und *Gächter* wurden in mehreren Varianten jeweils 20 Runden gespielt, von denen in 10 Runden eine Bestrafungsmöglichkeit bestand und in 10 Runden nicht.

Die Abhängigkeit der Einzahlungshöhe lässt sich sehr gut an den Originalschaubildern von *Fehr/Gächter* (1; 2) ablesen (Quelle: *Fehr/Gächter*, 2000, S. 986, 989, mit freundlicher Genehmigung von *E. Fehr*):

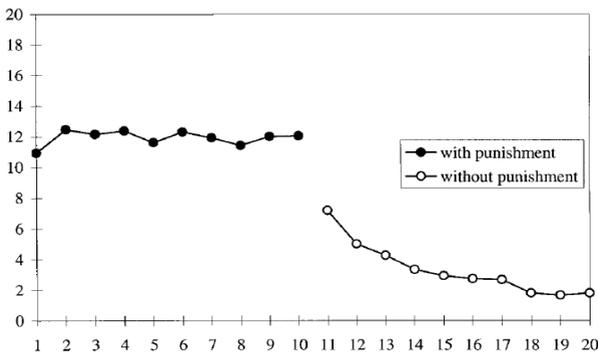


Abbildung 1: Durchschnittliche Einzahlungsbeiträge im Zeitverlauf, Sitzung 1,2

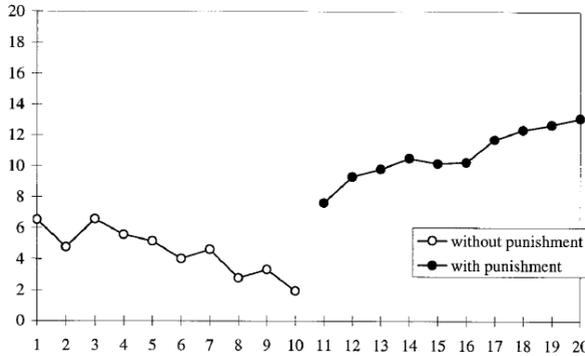


Abbildung 2: Durchschnittliche Einzahlungsbeiträge im Zeitverlauf, Sitzung 3

Die X-Achse zeigt den Ablauf der Spielrunden von 1 bis 20, die Y-Achse die Höhe der durchschnittlichen Einzahlungen. Am auffälligsten ist der enorme Sprung in den durchschnittlichen Einzahlungen zwischen den Spielabschnitten mit und ohne Bestrafungsmöglichkeit. Dies gilt sowohl für die Sitzungen 1 und 2, bei denen zuerst bestraft werden konnte und dann diese Möglichkeit wegfiel, als auch für die Sitzung 3, bei der der Spielverlauf umgekehrt war. Durchgehend ist bei den Runden ohne Bestrafung ein Absinken der Einzahlungshöhe und damit der Kooperation zu beobachten. Dagegen stabilisiert die Bestrafungsmöglichkeit kooperatives Verhalten.

Im Einzelnen steigt die Einzahlungsquote bei bestehender Bestrafungsmöglichkeit deutlich an: Sie erreicht das Zwei- bis Vierfache der Variante ohne Bestrafung. Im Durchschnitt wurden 58 % der Geldausstattung in das gemeinsame Projekt eingezahlt. Bei der Variante ohne Bestrafungsmöglichkeit sinken die Einzahlungen im Spielverlauf so weit ab, dass sie der totalen Verweigerung nahe kommen. Erfahrungen mit *public-goods*-Experimenten belegen aber, dass die nach dem Modell des *homo oeconomicus* erwartete totale Verweigerung der Kooperation praktisch nicht vorkommt. In der Bestrafungsvariante gibt es dagegen kein einheitliches Muster: weder steigen noch sinken die durchschnittlichen Einzahlungen durchgehend. Die Strafen fallen grundsätzlich höher aus, je mehr der Beitrag des Bestraften die durchschnittliche Einzahlung der anderen Projektmitglieder unterschreitet.

In der Bestrafungsvariante verursachen die Strafen zu Anfang einen Rückgang der individuellen Erträge. Gegen Ende des Spieles bewirken die Strafen dagegen eine relative Ertragssteigerung.

Dieser Verlauf bildet keine Einzelergebnisse ab, sondern ist vielmehr durchgehend bei Spielen dieser Art zu beobachten (*Ostrom/Walker/Gardner*, 1992; *Ostrom*, 2000). Strafe, so kann man daraus schließen, fördert Kooperation und ihr Wegfall nähert die Spielstrategien den Erwartungen von rational handelnden, den eigenen Gewinn maximierenden Akteuren an.

2.4 Treuhandspiele

Die Gruppe der Treuhandspiele hat ein weiteres, den Voraussagen des *homo oeconomicus* widersprechendes Ergebnis gezeigt. Treuhandspiele laufen im Grundmuster so ab: Die Spieler erhalten einen Geldbetrag, z.B. 10 Geldeinheiten. Spieler 1 kann sein Geld ganz oder teilweise an Spieler 2 übertragen. Der Versuchsleiter verdoppelt das transferierte Geld. Spieler 2 kann einen Teil oder das gesamte erhaltene Geld wieder an Spieler 1 zurück übertragen, wobei keine Erhöhung stattfindet. Am besten stehen beide Spieler daher da, wenn sie all ihr Anfangsgeld an den jeweils anderen übertragen. Wenn beide das ihnen anfangs anvertraute Geld behalten, erlangt jeder 10 Einheiten. Wenn sie ihr gesamtes Geld übertragen, erhalten sie jeweils 20 Einheiten (*Fehr/Fischbacher*, 2003, S. 786). Ein rational agierender und Nutzen maximierender Spieler 2 würde aber alles bei sich behalten. Das wiederum kann ein rationaler Spieler 1 antizipieren, weswegen er nicht an Spieler 2 transferiert.

Dennoch baut sich auch bei diesen Spielkonstellationen zu einem guten Teil Kooperation zwischen den Spielern auf. Der Anteil der Zusammenarbeit ist aber abhängig von der konkreten Ausgestaltung des Spieles. Spieler 2 überträgt an Spieler 1 nach den bisherigen Erfahrungen regelmäßig, aber auch nur dann etwas, wenn ihm zuvor etwas von Spieler 1 transferiert wurde. Entscheidend ist also das Verhalten von Spieler 1. Vertraut er seinem Widerpart, kann er selbst mit einem Transfer von Spieler 2 rechnen (*Fehr/Fischbacher*, 2003). Dies ist übergreifend über verschiedene Kulturkreise der Fall (*Buchan/Croson/Dawes*, 2002).

Auch bei diesem Spieltypus agieren Menschen somit nicht rein selbstsüchtig, sondern opfern Werte, um Kooperation zu bewirken. Sie werden überwiegend dadurch belohnt, dass ihre Partner ihnen das entgegengebrachte Vertrauen durch Hingabe von Werten vergelten. Es ist also durchaus angebracht, in diesen Fällen von einer altruistischen Belohnung durch den jeweiligen Spieler 2 zu sprechen.

3. Schädliche Wirkungen der Strafe

Bei den bisher vorgestellten Experimenten, Computersimulationen und mathematischen Modellen hatte Bestrafung durchwegs eine die Kooperation erhöhende Wirkung. Bei manchen Modellen ist die Entstehung von Kooperation sogar ganz von der Möglichkeit einer Bestrafung abhängig. Wo keine Strafe verhängt werden kann – so in der Versuchsanordnung von *Fehr/-Gächter* –, bricht die Kooperation früher oder später fast – aber nicht ganz – zusammen. Bei einem den soeben dargestellten Treuhandspielen ganz ähnlichen Experiment zeigen sich allerdings auch die Schattenseiten der Bestrafung. Sie kann in bestimmten Konstellationen Kooperation auch hemmen.

Dabei wurde das ursprüngliche Spiel, das als „Vertrauensvariante“ ebenfalls durchgeführt wurde, durch eine „Anreizvariante“ erweitert. Dabei kann Spieler 1 als Investor gleichzeitig mit der Übertragung des Geldes eine Erwartung äußern, wie viel er von Spieler 2, dem Treuhänder, zurückerwartet; der Treuhänder hat danach zu entscheiden, wie viel er von dem erhaltenen Geld an den Investor zurückzahlt.

Die Anreizvariante kann erweitert werden um die zusätzliche Möglichkeit des Investors, dem Treuhänder eine Strafe aufzubürden. Die Höhe der Strafe beträgt 4 Geldeinheiten und sie wird dem Treuhänder von seinem Ertrag abgezogen; der Ertrag des Investors bleibt davon direkt unberührt. Sie darf nur verhängt werden, wenn der Treuhänder mit seiner Rückzahlung unter der vom Investor geäußerten Erwartung bleibt. Ob der Investor beabsichtigt eine Strafe zu verhängen, muss er bereits bei seiner Übertragung an den Treuhänder und der Formulierung seiner Erwartung über die Rückzahlung klarstellen. Der Treuhänder weiß also im Moment seiner Entscheidung, ob der Investor beabsichtigt eine Strafe zu verhängen oder nicht.

Die Strafe wird nicht so genannt, um wertgeladene Konnotationen zu vermeiden. Sie wird in den Anweisungen an die Probanden als Abzug vom Ertrag des Treuhänders bezeichnet. Es bleibt aber zu erwarten, dass die Möglichkeit ihrer Verhängung das Spielverhalten beeinflusst. Ausgehend von rationalen, den Gewinn maximierenden Spielern, ist zu erwarten, dass alle Investoren eine Strafe androhen und dass nur in den Fällen, in denen eine Strafe angedroht ist, die Treuhänder etwas zurückzahlen. Die Möglichkeit der Strafe müsste die Treuhänder zu einer gewissen Kooperation zwingen; der Investor hat ein Druckmittel, um den erwarteten rationalen Egoismus der Treuhänder zu brechen.

Tabelle 1: Verhaltensmuster und durchschnittliche Erträge von Investoren und Treuhändern (Fehr/Rockenbach, 2003, S. 139)

	Vertrauens- variante	Anreizvariante mit Strafandrohung	Anreizvariante ohne Strafandrohung
1. Investition	6,5	6,8	8,7
2. Erwünschte Rückzahlung (% der verdreifachten Investition)	59,9	67,4	63,7
3. Tatsächliche Rückzahlung	7,8	6,0	12,5
4. Tatsächliche Rückzahlung (% der verdreifachten Investition)	40,6	30,3	47,6
5. Tatsächliche Rückzahlung (% des erwünschten Betrags)	74,4	54,5	74,1
6. Ertrag des Investors	11,3	9,2	13,8
7. Ertrag des Treuhänders	21,8	22,4	23,5
8. Anzahl der Fälle	24 Paare	30 Paare	15 Paare

Wie aus *Tabelle 1* ersichtlich, widersprechen die Ergebnisse diesen Voraussagen deutlich. Zeile 1 zeigt, dass die Investoren durchschnittlich 2/3 ihrer Ausstattung investierten. In beiden Varianten zahlten die Treuhänder erhebliche Beträge an die Investoren zurück (Zeilen 3, 4) und zeigten damit ein nicht zu unterschätzendes Maß an Altruismus. Die Höhe der Rückzahlung war proportional zu der Übertragung durch die Investoren (siehe *Abbildung 3*):

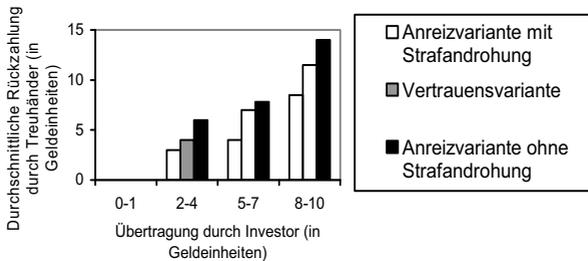


Abbildung 3: Rückzahlung der Treuhänder (Fehr/Rockenbach, 2003, S. 138)

Der Altruismus der Treuhänder war damit abhängig von dem durch die Investoren entgegengebrachten Vertrauen. Dies ist ein weiterer Hinweis auf den reziproken Charakter menschlichen Altruismus’.

Wichtiger aber noch erscheint die Tatsache, dass die Strafe – entgegen der Voraussage – keineswegs höhere Rückzahlungen durch Treuhänder bewirkt, sondern genau das Gegenteil: Bei der Anreizvariante mit einer ausgesprochenen Strafandrohung sind die Rückzahlungen signifikant niedriger als bei der Vertrauensvariante und – in noch deutlicherem Ausmaß – bei der Anreizvariante, bei der vom Investor auf die Strafandrohung verzichtet wurde (*Tabelle 1, Z. 3-5*). Dies gilt für jede Höhe der anfänglichen Übertragung (*Abbildung 3*).

Bei Verzicht auf die Strafandrohung in der Anreizvariante zahlte keiner der Probanden in der Rolle des Treuhänders gar nichts zurück und 47 % (7 von 15) einen Betrag von mindestens 15 Geldeinheiten, der Durchschnitt der Rückzahlung betrug 12,5. Ganz anders das Ergebnis, wenn eine Strafe angedroht wurde: 33 % der Treuhänder zahlten nichts an den Investor zurück und nur 13 % (4 von 30) mindestens 15 Einheiten, so dass der Durchschnitt der Rückzahlungen nur 6 betrug. Dieser Rückgang ist signifikant, so dass man davon ausgehen kann, dass die Androhung der Strafe sich auf den Altruismus der Treuhänder schädlich auswirkt (*Fehr/Rockenbach, 2003*). Der Verzicht auf die Strafandrohung bescherte den Investoren auch einen signifikant höheren Ertrag (*Tabelle 1, Z. 6*).

Trotz dieser schädlichen Wirkungen der Strafandrohung haben 2/3 der Investoren (30 von 45) in der Anreizvariante bei ihrer Übertragung eine Strafe angedroht. Sie haben damit ihre Ertragschancen verringert. *Fehr/Rockenbach* interpretieren dieses Ergebnis mit einem starken Gefühl der Probanden für strenge Reziprozität. Die Teilnehmer hätten, wie Probanden aus anderen Experimenten, eine deutliche Präferenz dafür, unfaires Verhalten zu sanktionieren. Dies gehe so weit, dass sogar eigene Nachteile in Form eines verminderten Ertrags in Kauf genommen werden (*Fehr/Rockenbach, 2003, S. 139*).

Das eigentlich überraschende Ergebnis dieses Experiments ist aber die Tatsache, dass eine Strafandrohung in der hier vorgestellten Interaktion Kooperation geradezu hemmt, während sie in anderen Kontexten Kooperation auslöst und aufrecht erhält. Dort, etwa beim Experiment von *Fehr/Gächter* (*Fehr/Gächter, 2000*), erscheint eine Strafe als Reaktion auf unfaires Verhalten, als legitime Antwort auf Trittbrettfahrer. Hier dagegen könnte die Strafandrohung an sich schon als unfreundlicher Akt eingestuft werden, denn sie ist nicht Reaktion auf Unfairness. Statt dessen antizipiert sie entweder die vermutete Unfairness des Treuhänders, in dessen Kooperation offensichtlich kein Vertrauen besteht, oder sie unterstützt das eigene unfaire

Begehren des Investors. Die erste Interpretation lässt sich im Nachhinein nicht mehr nachprüfen. Hinweise für die Gültigkeit der zweiten Interpretation geben die Rückzahlungserwartungen der Investoren. Man muss bedenken, dass eine Rückzahlung von $\frac{2}{3}$ des verdreifachten Übertragungsbetrags zu einem ausgeglichenen Ergebnis zwischen Investor und Treuhänder führt. Man kann daher Rückzahlungserwartungen der Investoren von mehr als $\frac{2}{3}$ als hoch ansehen. In Fällen solch hoher Rückzahlungserwartungen geben die Treuhänder durchschnittlich nur 22 % des verdreifachten Übertragungsbetrags, wenn eine Strafe angedroht wurde, aber 60,1 %, wenn auf die Strafdrohung verzichtet wurde. Bei einer Strafandrohung zur Abstützung einer hohen Rückzahlungsforderung gaben die Treuhänder zu 46 % gar nichts zurück und die durchschnittliche Rückzahlung sank auf 3,82 Geldeinheiten. In diesem Fall einer übermäßigen Forderung, die durch Strafe unterstützt werden soll, scheint sich somit der Altruismus der Treuhänder vollständig verflüchtigt zu haben (Fehr/Rockenbach, 2000, S. 140).

Literatur

- Becker, G. S., 1968: Crime and Punishment: An Economic Approach. *Journal of Political Economy* 76, S. 169-217.
- Bowles, S. / Gintis, H., 1998: The Evolution of Strong Reciprocity. Presentation at the Santa Fe Institute. <http://www.santafe.edu/research/publications/workingpapers/98-08-073.pdf>.
- Buchan, N.R. / Croson, R.T.A. / Dawes, R.M., 2002: Swift Neighbors and Persistent Strangers: A Cross-Cultural Investigation of Trust and Reciprocity in Social Exchange. *The American Journal of Sociology* 108, S. 168-206.
- Camerer, C.F. / Fehr, E., 2006: When Does „Economic Man“ Dominate Social Behavior? *Science* 311, S. 47-52.
- Demmett, D. C., 1997: Darwins gefährliches Erbe. Die Evolution und der Sinn des Lebens. Hamburg.
- Ehrlich, I., 1996: Crime, Punishment, and the Market for Offenses. *Journal of Economic Perspectives* 10, S. 43-67.
- Esser, H., 1999: Soziologie I, Situationslogik und Handeln. Frankfurt a.M.
- Fehr, E. / Gächter, S., 2002: Altruistic Punishment in Humans. *Nature* 415, S. 137-140.
- Fehr, E. / Fischbacher, U., 2004: Social Norms and Human Cooperation. *Trends in Cognitive Sciences* 8, S. 185-190.
- Frey, B.S. / Benz, M., 2001: Ökonomie und Psychologie: eine Übersicht. Working Paper No. 92. Universität Zürich. Institute for Empirical Research in Economics.
- Güth, W. / Schmittberger, R. / Schwarze, B., 1982: An Experimental Analysis of Ultimatum Bargaining. *Journal of Economic Behavior and Organization* 3, S. 367-388.
- Henrich, J. / Boyd, R. / Bowles, S. et al., 2005: ‚Economic Man‘ in Cross-Cultural Perspective: Behavioral Experiments in 15 Small-Scale Societies. *Behavioral and Brain Sciences* 28, S. 795-815.
- Hoffman, E. / McCabe, K. / Shachat, K. / Smith, V., 1994: Preferences, Property Rights, and Anonymity in Bargaining Games. *Games and Economic Behavior* 7, S. 346-380.

- Holler, M.J. / Illing, G.*, 2006: Einführung in die Spieltheorie. 6. Aufl. Berlin, Heidelberg.
- Nowak, M.A. / Page, K.M. / Sigmund, K.*, 2000: Fairness Versus Reason in the Ultimatum Game. *Science* 289, S. 1773-1775.
- Nowak, M.A. / Sigmund, K.*, 2004: Evolutionary Dynamics of Biological Games. *Science* 303, S. 793-799.
- O’Gorman, R.O. / Wilson, D.S. / Miller, R.R.*, 2005: Altruistic Punishment and Helping Differ in Sensitivity to Relatedness, Friendship, and Future Interactions. *Evolution and Human Behavior* 26, S. 375-387.
- Olson jr., Mancur*, 1968: Die Logik des kollektiven Handelns. Kollektivgüter und die Theorie der Gruppen. Tübingen.
- Ostrom, Elinor*, 2000: Collective Action and the Evolution of Social Norms. *Journal of Economic Perspectives* 14/3, S. 137-158.
- Roth, A.E. / Prasnikar, V. / Okuno-Fujiwara, M. / Zamir, S.*, 1991: Bargaining and Market Behavior in Jerusalem, Ljubljana, Pittsburgh, and Tokyo: An Experimental Study. *The American Economic Review* 81, S. 1068-1095.
- Tiedemann, K.*, 2007: Wirtschaftsstrafrecht – Einführung und Allgemeiner Teil. 2. Aufl. Köln, München.

Die Möglichkeiten strafrechtlicher Prävention von Wirtschaftsdelinquenz aus kriminologischer Sicht

Johannes Kaspar

Gliederung

- | | | | |
|-----|--|---------|---|
| 1. | Einführung | 3.2.1 | Reaktionen im sozialen Umfeld |
| 2. | Zur spezialpräventiven Wirkung des Strafrechts | 3.2.2 | Moralische Verbindlichkeit der Norm |
| 3. | Zur generalpräventiven Wirkung des Strafrechts | 3.2.3 | Kosten-Nutzen-Erwägungen |
| 3.1 | Empirische Befunde zur Generalprävention | 3.2.3.1 | Kenntnis der Normgeltung |
| 3.2 | Aspekte der generalpräventiven Wirkung des Strafrechts bei Wirtschaftsdelinquenz | 3.2.3.2 | Negative Konsequenzen strafrechtlicher Verfolgung |
| | | 3.2.3.3 | Wahrscheinlichkeit strafrechtlicher Verfolgung |
| | | 4. | Fazit |

1. Einführung

Ich möchte in meinem Beitrag die Möglichkeiten der Prävention von Wirtschaftsdelinquenz aus kriminologischer Sicht beleuchten und mich dabei auf die spezialpräventive und generalpräventive Wirkung des Strafrechts konzentrieren. Für eine Annäherung an diese immer noch reichlich komplexe Thematik will ich untersuchen, inwiefern die Besonderheiten der Wirtschaftsdelinquenz auch spezifische Probleme für die strafrechtliche Prävention mit sich bringen und wie Lösungsansätze aussehen könnten.

Ich will mich dabei nicht nur auf bereits vorliegende Arbeiten stützen, sondern an geeigneten Stellen auch Bezug nehmen auf erste Eindrücke aus einer eigenen explorativen Studie, bei der die Einschätzung erfahrener Strafverteidiger aus dem Bereich des Wirtschaftsstrafrechts erhoben wurde. Es handelte sich dabei um etwa 90minütige qualitative Interviews mit Anwälten aus 10 spezialisierten Münchener Kanzleien.

Zur Präzisierung des Themas ist noch eine Bemerkung zum Begriff der Wirtschaftskriminalität erforderlich. Dieser ist bekanntlich bis heute umstritten.

ten.¹ Um das insgesamt durchaus heterogene Feld „der Wirtschaftskriminalität“ nicht zu pauschal in den Blick zu nehmen, möchte ich die gängige Differenzierung zwischen allgemein berufsbezogener Wirtschaftskriminalität („occupational crime“) und Unternehmenskriminalität (sog. „corporate crime“²) heranziehen. Unternehmenskriminalität verstehe ich dabei als Taten mit wirtschaftlichem Bezug, die im unmittelbaren wirtschaftlichen Interesse des Unternehmens begangen werden. Man kann dies verkürzt auch als „unternehmensnützige Kriminalität“ bezeichnen. Als Prototypen solcher Delinquenz seien wettbewerbsbeschränkende Absprachen (§ 298 StGB) sowie Bestechung im geschäftlichen Verkehr (§ 299 StGB) genannt. Auf diese Delinquenz will ich meine Ausführungen konzentrieren; denn gerade hier scheinen die Hürden für erfolgreiche Prävention aus noch näher darzulegenden Gründen besonders hoch zu sein.

2. Zur spezialpräventiven Wirkung des Strafrechts

Nur einige kurze Bemerkungen zur spezialpräventiven Wirkung; kurz nicht nur aus Zeitgründen, sondern auch, weil die Spezialprävention in all ihren Teilaspekten (Besserung, Sicherung und Abschreckung³) in diesem Bereich wenig relevant erscheint.

Was die Besserung oder Resozialisierung anbelangt, fehlt es regelmäßig schon an einem Bedürfnis bei Wirtschaftsstraftätern. Diese gehören zwar nach verschiedenen Studien nicht stets der gesellschaftlichen Elite an, entstammen aber doch überwiegend der Mittel- und Oberschicht und sind sozial gut integriert.⁴ Auffällig ist auch, dass überführte Wirtschaftsstraftäter offenbar in vielen Fällen Personen sind, die hinsichtlich ihrer Wertorientierung unauffällig sind und sogar hohe Zustimmung zum Werttyp „Konformität“ äußern.⁵ Das korrespondiert mit dem Selbstbild als „anständige Bürger“, das schon *Sutherland* in seiner grundlegenden Arbeit zum white-collar-crime be-

1 Vgl. nur *Grunst/Volk* in *Volk* (Hrsg.), Verteidigung in Wirtschafts- und Steuerstrafsachen, 2006, § 1 Rn. 4 ff.

2 *Clinnard/Quinney*, Criminal Behavior Systems, 3. Aufl. (1994).

3 S. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Band 1, 4. Aufl. (2006), § 3 Rn. 12.

4 Vgl. nur *Shover/Hochstettler* MschKrim 2007, 119.

5 *Weisburd/Waring*, White-collar crime and criminal careers, 2001, 148; *Liebl*, MschKrim 2004, 15 f.; s. auch die Studie von *Schlegel*, Werthaltungen inhaftierter Wirtschaftsstraftäter, in: *ders.* (Hrsg.), Wirtschaftskriminalität und Werte, 2004.

schrieben hat.⁶ Als weiterer Gesichtspunkt kommt hinzu, dass die vollstreckte Freiheitsstrafe, die eine besonders intensive Einwirkung im Rahmen des Strafvollzugs mit sich bringt, im Wirtschaftsstrafrecht die Ausnahme darstellt, erst recht bei der hier diskutierten „unternehmensnützigen Delinquenz“.

Aus diesem Grund kann hier auch dahingestellt bleiben, ob Sicherung als zweiter denkbarer Teilaspekt der Spezialprävention überhaupt ein legitimer eigenständiger Strafzweck ist; denn eine echte Sicherungswirkung wird ohnehin nur von der seltenen vollstreckten Freiheitsstrafe erzielt.

Es bleibt der Aspekt der individuellen Abschreckung, der aber in seiner Bedeutung hinter die generalpräventive Wirkung zurücktritt: die Entdeckung, vor allem aber die Sanktionierung im Rahmen einer Hauptverhandlung stellen bei Wirtschaftsstraftaten die Ausnahme dar, wenn man sich die Gesamtzahl aller begangenen Delikte vor Augen hält.

Bei den Tätern, die im Bereich der „unternehmensnützigen Delinquenz“ tatsächlich entdeckt und sanktioniert werden, kann man in der Regel von einer erheblichen spezialpräventiven Wirkung ausgehen, wie sich den Aussagen der befragten Strafverteidiger deutlich entnehmen ließ: schon aufgrund des starken Eindrucks, den das strafrechtliche Ermittlungsverfahren bei diesem Täterkreis hinterlässt, z. T. auch aufgrund außerstrafrechtlicher Konsequenzen wie dem Verlust des Arbeitsplatzes, werden hier kaum Rückfälle registriert.

Da schon die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens aber immer noch eher die Ausnahme darstellt, ist zugleich festzuhalten, dass auf viele potenzielle oder aktuelle Täter nicht in dieser Weise, d. h. unmittelbar mittels einer strafrechtlichen Sanktionierung, individuell abschreckend eingewirkt werden kann. Wenn das Strafrecht hier Erfolge feiern will, muss es daher auch auf seine generalpräventive Breitenwirkung setzen.

⁶ *Schneider*, Wirtschaftskriminalität, in: *ders.* (Hrsg.), *Die Psychologie des 20. Jahrhunderts*, Bd. 14, 1981, 141.

3. Zur generalpräventiven Wirkung des Strafrechts

3.1 Empirische Befunde zur Generalprävention

Die generalpräventiven Wirkungen des Strafrechts sind hierzulande nur selten empirisch untersucht worden.⁷ Das gilt vor allem für die positive Generalprävention, die *Roxin* als Stärkung der Rechtstreue der Bevölkerung durch einen Befriedungs-, Vertrauens-, und Lerneffekt beschreibt.⁸ Manche Autoren gehen sogar davon aus, diese wenig greifbaren und eher langfristig wirkenden Mechanismen seien der empirischen Überprüfung vollständig entzogen.⁹

Was die negative Generalprävention anbelangt, ist die Befundlage etwas besser. Als wichtigste Studie kann hierzulande nach wie vor die Untersuchung von *Schöch* und *Schreiber* in Göttingen Anfang der 80er Jahre gelten. Diese hat ergeben, dass der Existenz des Strafrechts als solcher durchaus eine generalpräventive Wirkung zukommt. Allerdings zeigte sich nicht die Höhe der angedrohten Strafe als entscheidend, sondern (in begrenztem Umfang) nur die von den Befragten angenommene Entdeckungswahrscheinlichkeit.¹⁰ Noch relevanter für die Frage der eigenen Tatbegehung waren die subjektiv empfundene Strafschwere, die moralische Verbindlichkeit der Norm und die informellen Reaktionen im Umfeld des Täters.¹¹

Diese Ergebnisse wurden bei der Betrachtung von Kriminalität insgesamt oder einzelner ausgewählter Delikte erzielt und können daher nicht ohne weiteres auf die Wirtschaftsdelinquenz übertragen werden.¹² Dennoch lege ich der folgenden Darstellung die Annahme zugrunde, dass die genannten Faktoren auch für die Begehung von Wirtschaftsdelinquenz von Relevanz sind. Für die „moralische Verbindlichkeit der Norm“ lässt sich als theoretisch

7 *Dölling* ZStW 1990, 9.

8 *Roxin* (o. Fn. 3), Rn. 27.

9 *Meier*, Strafrechtliche Sanktionen, 3. Aufl. (2009), 29; zur Möglichkeit empirischer Überprüfung s. auch *Baurmann* GA 1994, 376 ff.

10 *Schöch*, Empirische Grundlagen der Generalprävention, in: *Vogler* (Hrsg.), Festschrift für Jescheck, Band 2, 1985, 1081, 1090.

11 *Dölling* ZStW 1990, 7. Diese Befunde wurden in einer aktuellen Metaanalyse tendenziell bestätigt, s. *Dölling* u. a., *European Journal of Criminal Policy Research* 2009, 201.

12 Das wird von *Schöch* (o. Fn. 10), 1102 betont.

scher Bezugsrahmen die Kontrolltheorie *Hirschi* in ihrer ursprünglichen Variante heranziehen, wo „belief in the moral validity of rules“ generell als protektiver Faktor für das Abstandnehmen von Delinquenz formuliert wird.¹³ Für die erwarteten Reaktionen im sozialen Umfeld lässt sich schlagwortartig u. a. auf Lerneffekte im Sinne der Theorie der differentiellen Assoziation sowie – damit zusammenhängend – auf eine „Unternehmenskultur“ verweisen, sofern sie illegales Verhalten billigt oder gar fördert und damit zugleich die Entstehung von Neutralisationstechniken begünstigt.¹⁴ Auch dass Kosten-Nutzen-Erwägungen im Sinne eines rational-choice-Ansatzes zumindest im hier vorliegenden ökonomischen Kontext eine Rolle spielen, ist nicht nur plausibel, sondern lässt sich m. E. auch als vorsichtiges Fazit aus verschiedenen Studien ziehen.¹⁵ Daher will ich in die nun folgende Betrachtung möglicher generalpräventiver Faktoren auch diese Perspektive mit einbeziehen.

3.2 Aspekte der generalpräventiven Wirkung des Strafrechts bei Wirtschaftsdelinquenz

3.2.1 Reaktionen im sozialen Umfeld

Die zu erwartenden Reaktionen auf ein Strafverfahren im privaten Umfeld sind schwer abschätzbar und generalisierbar, dürften bei sozial integrierten, vergleichsweise gut situierten Tätern aber regelmäßig stark missbilligenden Charakter haben.¹⁶ Mögliche Reaktionen im unmittelbaren beruflichen Umfeld dagegen sind ambivalent, zumindest nicht eindeutig negativ, solange eine Art Unternehmenssubkultur¹⁷ im eben beschriebenen Sinn tatsächlich existiert. Hier könnten m. E. Business-Ethics-Richtlinien und Compliance-Programme insofern helfen, als zumindest öffentliche Verstöße und deren Billigung innerhalb des Unternehmens vermieden werden¹⁸, womit auch Neutralisationstechniken und Lernprozesse durchbrochen werden könnten.¹⁹

13 *Hirschi*, Causes of Delinquency, 1969.

14 Zur wichtigen Bedeutung der Akzeptanz des Verhaltens in der jeweiligen Umgebung des Täters s. auch *Bussmann* u.a. MschKrim 2004, 247; zum „group support“ s. auch die Erörterung mit weiteren Nachweisen bei *Schünemann*, Unternehmenskriminalität, 1979, 18 ff.

15 *Shover/Hochstetler* MSchKrim 2007, 118; *Weisburd/Waring* (o. Fn. 5).

16 Vgl. *Schneider* NSTZ 2007, 560.

17 *Bussmann* u. a. MschKrim 2004, 247 sowie 255.

18 Vgl. *Bussmann* u. a. MschKrim 2004, 258.

19 Das hält auch *Hefendehl* JZ 2006, 124 für möglich, der dieser Entwicklung im Übrigen eher kritisch gegenüber steht; s. auch *Theile* ZIS 2008, 410.

Dass diese bei der „unternehmensnützigen Kriminalität“ ohne persönliche Bereicherung besonders wirkmächtig sind, liegt auf der Hand.

Eine solche Wirkung der Richtlinien hängt natürlich davon ab, ob diese nur zur positiven Außendarstellung als „Feigenblatt“ verwendet werden²⁰, oder ob eine ernsthafte interne Umsetzung erfolgt. Fraglich ist auch stets, ob entsprechende interne Maßnahmen nur die Angestellten betreffen oder auch in der Unternehmensspitze handlungsleitend werden.²¹ Beide Bedenken wurden auch von den befragten Strafverteidigern angegeben. Immerhin werden positive Beispiele in der Literatur genannt, bei denen auf eine Implementation der Richtlinien und die interne Sanktionierung von Verstößen Wert gelegt wurde.²²

3.2.2 Moralische Verbindlichkeit der Norm

Man kann es als geradezu klassische „Achillesferse“ des Wirtschaftsstrafrechts bezeichnen, dass seine moralische Verbindlichkeit nur schwach ausgeprägt ist. *Schünemann* bezeichnet sie als „ethisch farblos“²³, *Kühne* spricht von der fehlenden „Unwertevidenz“.²⁴ Dies wird mit der Art der Delikte in Zusammenhang gebracht, die oft als abstrakte Gefährdungsdelikte ausgestaltet sind, die keine individuellen, sondern kollektive Rechtsgüter schützen. Bei den meisten dieser Delikte fehlt es an einem sinnlich wahrnehmbaren Sozialschaden²⁵; beispielhaft kann auf die Korruptionstatbestände verwiesen werden.

Es ist interessant, dass die öffentliche Diskussion zwar durchaus eine stark moralische Komponente aufweist: man prangert pauschal die „Unanständigkeit“ oder die „Gier“ von Managern an und fordert eine „neue Moral“.²⁶ Aber diese unspezifischen Vorhalte sind kaum geeignet, die moralische Basis der Tatbestände genauer zu fassen und ins Bewusstsein potenzieller Täter zu rücken.²⁷ Eine „sittenbildende Kraft“ im Sinne eines (auch moralischen) positiv generalpräventiven Lerneffekts hat das Strafrecht allein durch seine

20 *Theile* ZIS 2008, 418.

21 *Hefendehl* JZ 2006, 124; *Theile* ZIS 2008, 417.

22 Vgl. *Bussmann* MschKrim 2003, 100 f.

23 *Schünemann* (o. Fn. 14), 23

24 *Kühne* DRiZ 2002, 23.

25 *Grunst/Volk* (o. Fn. 1), Rn. 111.

26 *Leyendecker*, Die große Gier, 2007.

27 Aus diesem Grund ist der Versuch von *Green* interessant, die moralische Basis von Wirtschaftsdelinquenz auf negative Konzepte der Alltagsmoral wie „Lügen“, „Stehlen“ und „Betrügen“ zurückzuführen, s. *Green*, Lying, Cheating and Stealing, 2007.

bloße Existenz bislang offensichtlich kaum entwickelt; andernfalls wären die Werthaltungen und das Selbstbild vieler Wirtschaftsstraftäter als anständige und „Konformität“ schätzende Bürger schwer erklärbar. Dieses ist offenbar nicht nur Fassade, da sie als im Übrigen sozial unauffällig und seltener vorbestraft beschrieben werden.²⁸

Dauerhafte Erfolge sind in einem ökonomischen Kontext m. E. nur dann zu erwarten, wenn man über rein moralische Appelle hinaus – seien sie auch in Ethikrichtlinien enthalten – auf die soziale Schädlichkeit der entsprechenden Verhaltensweisen und zugleich auf denkbare finanzielle Einbußen für das eigene Unternehmen hinweist.²⁹ Soweit möglich, sind daher die zugrunde liegenden moralischen Anliegen in die „Sprache des Geldes zu übersetzen“.³⁰ Damit ist man schon bei Kosten-Nutzen-Erwägungen angelangt, auf die ich nun abschließend eingehen möchte.

3.2.3 Kosten-Nutzen-Erwägungen

Eine auch nur im Ansatz rationale Kosten-Nutzen-Abwägung weist mehrere spezifische Punkte auf, die zu einem großen Anreiz zur Begehung von Wirtschaftsstraftaten führen müssten; die nur selten bestrittene Annahme eines äußerst großen Dunkelfeldes³¹ würde hiermit übereinstimmen.

Zunächst kann man anführen, dass unter Wirtschaftsstraftätern offenbar in erhöhtem Maße „risikobereite Personen“, sog. „risk-seeker“³² zu finden sind. Der Zusammenhang von Risikobereitschaft und allgemeiner Delinquenz ist empirisch recht gut belegt³³ und leuchtet auch im Kontext der negativen Generalprävention ein: das Risiko von Kosten einschließlich der Sanktion wird von dieser Personengruppe eher in Kauf genommen als von risikoscheuen Personen. Zu nennen ist weiterhin die Vielzahl an Tatgelegenheiten, die durch die Möglichkeiten des Internets noch deutlich zugenommen haben. Schließlich kann der „Nutzen“ der Tat als erwarteter materieller Gewinn hier offensichtlich mit relativ geringem Aufwand äußerst groß sein.

28 *Schneider* NSTZ 2007, 557 f.

29 Ähnlich aus systemtheoretischer Perspektive *Theile* ZIS 2008, 413.

30 *Burkatzki/Löhr*, Wirtschaftskriminalität und Ethik, 2008, 16.

31 Vgl. etwa für die Korruption *Bannenber* in *Wabnitz/Janovsky* (Hrsg.), Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 3. Aufl. (2007), 626, die das Dunkelfeld auf 99 % der Taten schätzt. A. A. allerdings *Gottfredson/Hirschi*, A General Theory of Crime, 1990, 198: „relative rarity of white-collar crime“.

32 *Bussmann* MschKrim 2003, 95 m. w. N.

33 *Schulz*, Beyond Self Control, 2006, 205 ff.

Es handelt sich dabei durchweg um strukturell bedingte Hemmnisse der Generalprävention, die durch rechtliche Maßnahmen kaum zu beeinflussen sind. Folglich müsste eine Verbesserung der präventiven Wirkung auf der Seite der „Kosten“ ansetzen. Diese werden im Hinblick auf das Strafrecht durch drei Faktoren geprägt: die Kenntnis der Normgeltung, die Art und Schwere der möglichen negativen Konsequenzen des Handelns sowie die Einschätzung der Wahrscheinlichkeit strafrechtlicher Verfolgung. Auf diese drei Punkte möchte ich abschließend eingehen.

3.2.3.1 Kenntnis der Normgeltung

Es scheint in der Tat so zu sein, dass die Akteure im Wirtschaftsleben die Strafbarkeit mancher Verhaltensweisen schlicht nicht erkennen³⁴, entweder weil schon die Norm selbst nicht bekannt ist oder weil sie im gegebenen Kontext nicht als einschlägig angesehen wird. Dieser kriminologisch gut belegte Befund³⁵ hat sich auch bei der Befragung der Strafverteidiger gezeigt: viele Betroffene hätten bei bestimmten Handlungsweisen, die einer gängigen Praxis im Unternehmen entsprachen, niemals an eine strafrechtliche Relevanz gedacht. Man erlebe hier oft erstaunte und geradezu entsetzte Gesichter, wenn man etwa im Rahmen von anwaltlicher Beratung erfahre, dass man jahrelang gegen strafrechtliche Verbote verstoßen habe.

Ein „Lerneffekt“ durch das Strafrecht wäre hier durchaus denkbar. Die Befragung der Strafverteidiger hat jedenfalls deutliche Hinweise darauf ergeben, dass nach deren Einschätzung Ermittlungsverfahren und Verurteilungen in bestimmten Bereichen eine große „Warnfunktion“ entwickelt haben. Immer wieder wurde auf wichtige Verfahren und einzelne Urteile verwiesen, etwa auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofs zur Strafbarkeit der Submissionsabsprachen wegen Betrugs, das „*Mannesmann*-Verfahren“ oder – besonders häufig – den Fall „Siemens“. Diese offenbar im Unternehmensbereich erhöhte Wachsamkeit für strafrechtliche Risiken³⁶ (vor allem die Bereiche der Korruption sowie der Untreue wurden auffallend häufig genannt) schlägt sich auch deutlich nieder bei der Inanspruchnahme von strafrechtlicher Präventivberatung. Diese hat in den letzten Jahren nach einhelliger Aussage deutlich zugenommen³⁷ und machte bis zu 70 % der täglichen Arbeit der befragten Strafverteidiger aus.

34 Friedrichs MschKrim 2007, 96.

35 Nachweise bei Bussmann/Salvenmoser NSTZ 2006, 207.

36 So auch Bussmann MSchKrim 2003, 92.

37 Vgl. auch Verjans, Strafrechtliche Präventivberatung, in: Volk (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Verteidigung in Wirtschafts- und Steuerstrafsachen, 2006, § 8 Rn. 45.

Das sind m. E. deutliche Indizien für eine generalpräventive verhaltenslenkende Wirkung des Strafrechts, auch eine Art „Lerneffekt“ also, der aber nicht zwingend allein der positiven Generalprävention zuzuordnen ist, sondern als Vergegenwärtigung des gesetzlichen Verbots und seiner Durchsetzung zugleich Voraussetzung eines möglichen (negativ) generalpräventiven Effekts ist.³⁸ Denn nur so kommen potenzielle negative Konsequenzen der strafrechtlichen Verfolgung überhaupt in den Blick. Auf diese Konsequenzen komme ich nun zu sprechen.

3.2.3.2 Negative Konsequenzen strafrechtlicher Verfolgung

Hier ist zu differenzieren zwischen außerstrafrechtlichen und strafrechtlichen Konsequenzen, die den Einzelnen, aber auch das Unternehmen treffen können.

Ein wichtiger Punkt dürfte die mittlerweile für Wirtschaftsdelikte äußerst sensibilisierte Öffentlichkeit sein: der Ansehensverlust durch strafrechtliche Ermittlungen wird zunächst von betroffenen einzelnen Personen gefürchtet, insbesondere von denen aus höheren Etagen, die um die Sauberkeit ihrer „weißen Krägen“ bemüht sind. Hier kann erneut auf das oben zitierte Selbstbild der Täter und deren Werte verwiesen werden, die insofern in dieser Hinsicht als besonders „strafempfindlich“ bzw. besser: „strafverfahrensempfindlich“³⁹ anzusehen sind. Negative Schlagzeilen werden zugleich auch von den Unternehmen gefürchtet, nicht zuletzt aufgrund der drohenden ökonomischen Konsequenzen. Diese sind zwar in ihrem Umfang schwer zu beziffern; entsprechende Forschungen haben kein eindeutiges Bild ergeben.⁴⁰ Wie man dies auch einschätzen mag: jedenfalls die Gefahr von ökonomisch nachteiligen Folgen aufgrund des Reputationsverlusts besteht⁴¹ und wird von den Unternehmen auch entsprechend gefürchtet. Auch das wurde von den befragten Strafverteidigern deutlich hervorgehoben und überwiegend sogar als der wichtigste Aspekt eines möglichen generalpräventiven Effekts genannt.

Dazu kommen wie im Fall Siemens die Kosten für die Aufklärung des Falles, um den Vorgaben der US-amerikanischen Börsenaufsicht SEC zu genü-

38 Ohnehin sind die Grenzen beider Formen der Generalprävention fließend, s. *Kaspar*, Wiedergutmachung und Mediation im Strafrecht, 2004, 48 ff.

39 S. *Levi* MschKrim 2007, 159: bereits das Verfahren sei hier Teil der Strafe.

40 S. die Fallstudie von *Alalehto* MschKrim 2007, 204, die einen langfristigen ökonomischen Nachteil tendenziell eher verneint, vor allem dann, wenn einzelne Verantwortliche ausgetauscht wurden.

41 Vgl. *Verjans* (o. Fn. 37), Rn. 7.

gen. Deren Macht wird nach der Untersuchung von Bussmann und Werle mittlerweile von den Unternehmen mehr gefürchtet als jede Sanktionszahlung⁴², was von den befragten Strafverteidigern bestätigt wurde. Denn hier drohe im Extremfall der Ausschluss von der New Yorker Börse und damit ein weitaus höherer wirtschaftlicher Schaden.

Man kann insgesamt davon ausgehen, dass es den in den Unternehmen handelnden Akteuren jedenfalls mehr und mehr bewusst wird, dass Rechtsverstöße mit den genannten erheblichen „indirekten finanziellen Kosten“ verbunden sein können⁴³ - auch das ist ein Teil des oben beschriebenen Lerneffekts, den nicht so sehr die Existenz des Strafrechts in Gang bringt, sondern dessen Durchsetzung in konkreten, öffentlichkeitswirksamen Einzelfällen.

Hinzu kommen die Belastungen durch die unmittelbaren strafrechtlichen Konsequenzen. Bei Tätern „unternehmensnütziger“ Kriminalität kann man wie oben erwähnt davon ausgehen, dass bereits der Kontakt mit dem Strafrecht, von möglichen strafprozessualen Zwangsmaßnahmen wie Durchsuchungen bis hin zur eigentlichen Sanktion, einen nachhaltigen Eindruck hinterlässt, so dass sie in Zukunft, wie einer der befragten Strafverteidiger zugespitzt formuliert hat, „an jeder roten Ampel halten“. Ist dies richtig, käme ganz in Übereinstimmung mit den oben erwähnten Ergebnissen der Generalpräventionsforschung der Art der Sanktion – Geldstrafe oder Freiheitsstrafe – keine entscheidende Bedeutung zu.

Das steht allerdings im Gegensatz zu der Annahme, Wirtschaftsstraftäter seien durch bloße Geldstrafen nicht zu beeindrucken, so dass gegen sie verstärkt (kurze) Freiheitsstrafen verhängt werden müssten.⁴⁴ Wäre dies zutreffend, wäre die vergleichsweise milde Sanktionierung⁴⁵ (nicht zuletzt gefördert durch die hier besonders häufigen Absprachen⁴⁶) unter präventiven Gesichtspunkten prekär. Die Behauptung, dass Wirtschaftsstraftäter eine Geldstrafe ohne weiteres in Kauf nähmen und nur durch Freiheitsstrafen hinreichend zu beeindrucken seien, kann aus kriminologischer Sicht aber nicht überzeugen.⁴⁷ Nicht nur fehlen hierfür empirische Anhaltspunkte. Auch das

42 *Bussmann/Werle* BritJCrim 2006, 1128; s. auch *Hefendehl* ZStW 2007, 836.

43 *Bussmann* MschKrim 2003, 98.

44 *Tiedemann*, Wirtschaftskriminalität und Wirtschaftsstrafrecht, Band 1, 1976, 73, 284 ff.

45 Nach einer Untersuchung von *Liebl* (MschKrim 2004, 13) wurden Täter von Betrugs- und Untreuedelikten signifikant milder bestraft, wenn sie der „Wirtschaftskriminalität“ zugerechnet wurden.

46 *Kaiser/Schöch*, Juristischer Studienkurs, 6. Aufl. (2006), Rn. 12.

47 *Kaiser/Schöch* (o. Rn. 46), Rn. 45 ff.

Argument, die Geldstrafe belaste die Täter zu wenig, um Eindruck zu hinterlassen, ist angesichts der oben erwähnten sonstigen Begleiterscheinungen eines Strafverfahrens und erst recht einer öffentlichen Hauptverhandlung, die mit einer Verurteilung endet, nicht realitätsnah, jedenfalls nicht bei der hier erörterten Klientel der Täter von „unternehmensnütziger Delinquenz“.

Das ist auch die fast einhellige Meinung der befragten Experten: zwar sei natürlich der Freiheitsentzug, die Konfrontation mit der „ganz anderen Welt“ des Gefängnisses das, was der Mandant am meisten fürchte. Es wurde aber für den Bereich der Unternehmenskriminalität durchweg auf die schon ausreichend eindrucksvolle belastende Wirkung des „Gesamtpaktes“ aus Strafverfolgung und den beschriebenen Nebenfolgen hingewiesen. Dafür spricht auch die oben erwähnte offenbar eher geringe Rückfälligkeit überführter Täter in diesem Bereich.

Folgerichtig erscheint auch eine mögliche Erhöhung der Strafrahmen nicht zielführend. Die Höhe angedrohter Strafen ist schon nach den oben wiedergegebenen Ergebnissen der Generalpräventionsforschung nicht die entscheidende Größe für die Frage der Begehung von Delikten. Anzeichen dafür, dass dies bei Wirtschaftsstraf Tätern anders sein könnte, sind nicht ersichtlich. Auch die befragten Strafverteidiger lehnten dies durchweg ab.

Auf Seiten der Unternehmen sind die strafrechtlichen Sanktionen und Nebenfolgen zu nennen, die durchaus erheblich sein können. Das betrifft zunächst die Geldbußen nach § 30 OWiG, vor allem aber Kartellgeldbußen, die hunderte Millionen Euro betragen, damit durchaus „schmerzhaft“ sein können.⁴⁸ Weiterhin zu nennen sind der Verfall und die Gewinnabschöpfung, die nach dem Eindruck der befragten Strafverteidiger verstärkt betrieben werden – man habe hier auf Seiten der Strafverfolgungsbehörden mittlerweile deutlich mehr Know-How und betreibe solche „Vermögensmaßnahmen“ mit spezialisierten Abteilungen, die ihr Wissen auch durch Fortbildungen und Schulungen weiter verbreiteten. Besonders diese Folgen, die den wirtschaftlichen Ruin bedeuten können, werden offenbar von Unternehmensseite zunehmend gefürchtet – auch dies wurde in der Befragung deutlich bestätigt.

Ob eine echte „Unternehmensstrafe“ gegenüber diesem Bündel an negativen Folgen noch einen zusätzlichen Effekt haben könnte⁴⁹, ist schwer abzuschätzen. Das Sanktionsspektrum ist von vornherein beschränkt, die Freiheitsstrafe naturgemäß ausgeschlossen. Bleibt aber als wichtigste Sanktion nur die

48 *Verjans* (o. Rn. 37), § 8 Rn. 4.

49 Zur Problematik s. statt vieler *Dannecker* GA 2001, 101 ff.

Geldstrafe, scheint dies für die betroffenen Unternehmen ohne große Relevanz zu sein: das Etikett der Rechtsfolge ändert sich im Vergleich zur Geldbuße, aber hier wie dort geht es um Geld.⁵⁰ Hier besteht so oder so die Gefahr, dass reine Geldzahlungen in die Kalkulation mit aufgenommen werden.⁵¹ Die Aufnahme von Ermittlungen mit der damit verbundenen Öffentlichkeitswirkung droht dagegen in beiden Konstellationen. Denkbar wäre allenfalls, dass eben dieses Etikett der „echten Kriminalität“ zu einer erhöhten Aufmerksamkeit der Öffentlichkeit bzw. der Strafverfolgungsbehörden und damit zu mehr Einbußen für das Unternehmen führt. Dies ist allerdings eher spekulativ; ein klares Meinungsbild hierzu hat die Befragung der Strafverteidiger nicht ergeben.

Zusammenfassend kann man also sagen, dass schon jetzt sowohl für betroffene Einzelpersonen als auch für Unternehmen ausreichend gravierende Konsequenzen einer Wirtschaftsstraftat bestehen, um die Kosten-Nutzen-Analyse maßgeblich zugunsten von legalem Verhalten zu beeinflussen. Hier erscheinen keine grundlegenden Reformen nötig, erst recht nicht im Sinne eines weiteren Drehens an der „Sanktionsspirale“. Der entscheidende Punkt ist vielmehr nach den Erkenntnissen der Generalpräventionsforschung, ob eine hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht und auch den Betroffenen bewusst ist, dass Straftaten aufgedeckt und sanktioniert werden.

3.2.3.3 Wahrscheinlichkeit strafrechtlicher Verfolgung

Auf den (wenn auch nur begrenzten) Stellenwert der Wahrscheinlichkeit strafrechtlicher Verfolgung nach den allgemeinen Ergebnissen der Generalpräventionsforschung wurde oben bereits hingewiesen. Nimmt man bei Wirtschaftsdelikten ein stärker ausgeprägtes Kosten-Nutzen-Denken an, müsste diesem Faktor hier offensichtlich eine noch größere Bedeutung zukommen als in anderen Deliktsbereichen.

Nun wird aber gerade hier aus vielerlei Gründen schon das Risiko der Entdeckung als eher gering einzuschätzen sein.⁵² Das liegt kurz zusammen gefasst daran, dass die Opfer der Taten ihre Viktimisierung oft nicht erken-

50 Insofern ist auch fraglich, ob die „Hochstufung“ von Ordnungswidrigkeiten zu echten Straftaten (wie auch die Überführung von Normen aus dem Nebenstrafrecht ins StGB) in dieser Hinsicht einen präventiven Gewinn bringt. Vermutlich wird ein solcher nur über den Umweg der dann intensiver betriebenen Strafverfolgung erzielt, wie einer der befragten Anwälte äußerte.

51 *Grunst/Volk* (o. Fn. 1), § 1 Rn. 36.

52 *S. Grunst/Volk* (o. Fn. 1), § 1 Rn. 89: nach denen die „eigentlichen Schwierigkeiten (...) bei der Aufdeckung und dem Nachweis derartiger Delikte“ gesehen werden.

nen⁵³ und selbst, wenn dies der Fall ist, oft von einer Anzeige absehen.⁵⁴ Besonders problematisch ist die Lage bei den opferlosen Delikten, die sich wie die Korruption gegen abstrakte Kollektivrechtsgüter richten. Bei diesen sogenannten Kontrolldelikten⁵⁵ fallen Private als Anzeigeerstatter regelmäßig aus⁵⁶, so dass die Strafverfolgung weitgehend von der Initiative der Strafverfolgungsbehörden abhängt.⁵⁷ Wie kann vor diesem Hintergrund eine Erhöhung der Entdeckungswahrscheinlichkeit bei Wirtschaftsstraftaten erzielt werden?

Eine denkbare Maßnahme wäre natürlich die bessere personelle und sachliche Ausstattung der Strafverfolgungsbehörden, auch wenn diese Forderung in Zeiten leerer öffentlicher Kassen wenig Aussicht auf Realisierung hat. Hinweise darauf, dass dies in der Vergangenheit durchaus Wirkung gezeigt hat, haben sich jedenfalls aus der Befragung der Strafverteidiger ergeben. Diese verwiesen immer wieder auf die „Professionalisierung“ und bessere personelle Ausstattung der Behörden, vor allem durch die Einrichtung der Schwerpunktstaatsanwaltschaften und deren Arbeit, die von den Unternehmen durchaus wahrgenommen werde. Zugleich sei man nach ihrem Eindruck bemüht, auch Verantwortliche in leitenden Positionen zu belangen und sich nicht – wie mehrfach formuliert wurde – mit „Bauernopfern“ aus den unteren Etagen zufrieden zu geben.⁵⁸

Allerdings greift es zu kurz, allein auf staatliche Kontrolltätigkeit zu setzen. Eine signifikante Erhöhung der Entdeckungswahrscheinlichkeit kann wohl nur dann erzielt werden, wenn zugleich private Anzeigen gefördert werden.⁵⁹

Damit ist man beim sehr umstrittenen „whistle-blowing“ angelangt. Die Formen des whistle-blowing sind vielfältig, denkbar sind u.a. anonyme Hotlines, die Einsetzung interner Compliance-Beauftragter oder externer Ombudsmänner.⁶⁰ Hier liegt ein großes Potenzial, da nach verschiedenen Studien interne Hinweise die wichtigste Quelle zur Aufdeckung von Wirt-

53 Von einer großen Zahl „unentdeckter Viktimisierungen“ gehen auch *Bussmann/Salvermoser* NStZ 2006, 203 aus.

54 S. *Bussmann* MSchKrim 2003, 93.

55 *Boers* MSchKrim 2003, 336.

56 *Grunst/Volk* (o. Fn. 1), § 1 Rn. 33.

57 *Lindemann* ZRP 2006, 127.

58 Vgl. auch *Verjans* (o. Fn. 37), § 8 Rn. 2 sowie Rn. 13.

59 Vgl. *Koch* ZIS 2008, 502.

60 Vgl. *Koch* ZIS 2008, 501 m. w. N.

schaftskriminalität darstellen.⁶¹ Diese Chance sollte man nutzen. Ich halte es für falsch, die Institutionalisierung von Anzeigemöglichkeiten für Mitarbeiter eines Unternehmens und deren Schutz pauschal mit Denunziantentum gleichzusetzen und damit zu diskreditieren.⁶² Missbrauch⁶³ durch anonyme Anzeigen ist auch heute schon möglich. Der Gefahr falscher Verdächtigungen kann mit einer entsprechenden Gestaltung des Verfahrens Rechnung getragen werden. Dazu kommt, dass nach den vorliegenden empirischen Studien bedenkliche Motive der whistle-blower im Sinne eines Missbrauchs überwiegend keine nennenswerte Rolle gespielt haben.⁶⁴ Es handelt sich daher trotz aller Bedenken um ein „wichtiges Mittel, um entsprechenden Druck auf Unternehmen auszuüben“⁶⁵ und den Ruf nach „Compliance“ nicht zum reinen Lippenbekenntnis werden zu lassen.

Die bislang insgesamt offenbar noch geringe Bereitschaft potenzieller Anzeigerstatter, sich den Strafverfolgungsbehörden anzuvertrauen, dürfte auch daran liegen, dass sie oft selbst in die strafbaren Handlungen verstrickt sein können. Hier wäre bei nur geringer eigener strafrechtlicher Verantwortlichkeit die Einführung einer Einstellungsmöglichkeit in Anlehnung an § 154 c StPO zu erwägen.

In diesem Kontext kann auch die neue Kronzeugenregelung in § 46b StGB genannt werden. Diese enthält die Möglichkeit der Strafmilderung, wenn Hinweise zu Straftaten aus dem Katalog gem. § 100 a StPO gegeben werden. Dort sind u. a. auch Wirtschaftsstraftaten wie Geldwäsche, schwerer Betrug, wettbewerbswidrige Absprachen und schwere Bestechung im geschäftlichen Verkehr enthalten. Eine Konnexität der abzuurteilenden Tat des Kronzeugen

61 Vgl. *Koch* ZIS 2008, 501.

62 So tendenziell aber *Hefendehl* ZStW 2007, 841 f.; wie hier *Kölbel* JZ 2008, 1134; *Koch* ZIS 2008, 501.

63 So der Vorwurf von *Hefendehl* ZStW 2007, 842 der darüber hinaus negative Folgen für die „Unternehmenskultur“ befürchtet; anders aber *Bussmann/Salvenmoser* NSTz 2006, 208, nach deren Einschätzung die befürchteten innerbetrieblichen Widerstände und Konflikte „nahezu ausgeblieben“ sind.

64 S. die Nachweise bei *Kölbel* JZ 2008, 1140 sowie *Bussmann/Salvenmoser* NSTz 2006, 208.

65 So auch *Kölbel* JZ 2008, 1134. Demgegenüber erscheint es verkürzt, den „Ertrag“ solcher Systeme allein anhand der Zahl erfolgter Verurteilungen zu messen, so aber *Lindemann* ZRP 2006, 127 f. Richtig ist aber der Hinweis auf die Problematik zu wenig substanzialer Angaben, die dann häufig zu einer Einstellung des Verfahrens gem. § 170 II StPO führen.

und derjenigen, zu der Hinweise geliefert werden, ist bislang⁶⁶ nicht vorgesehen. Das bedeutet, dass in Zukunft bei beliebigen Strafverfahren gegen Unternehmensangehörige für diese die Möglichkeit besteht, eine Strafmilderung zu erlangen durch Auskünfte über illegale Vorgänge im Unternehmen. Auf die Bedenken gegen die Kronzeugenregelung kann ich hier nicht im Detail eingehen⁶⁷, und ob sie sich als effektiv erweisen wird, bleibt abzuwarten; sicher ist aber, dass sie unter dem Aspekt einer Erhöhung der Entdeckungswahrscheinlichkeit durchaus einen präventiven Gewinn erbringen kann.

4. Fazit

Als Fazit lässt sich sagen: zwar ist es richtig, dass es spezifische strukturelle Besonderheiten der Wirtschaftskriminalität gibt, die die Präventionswirkung des Strafrechts gefährden. Dennoch gibt es keinen Grund zur Resignation. Es gibt deutliche Indizien, dass das Strafrecht auch hier Wirkung entfaltet, und zwar sowohl unmittelbar über die Androhung und Verhängung von Sanktionen als auch mittelbar durch die sonstigen damit verbundenen negativen Konsequenzen für die betroffenen Personen wie auch Unternehmen. Auch letztere setzen wohlgerne die strafrechtliche Verfolgung als „Transmissionsriemen“ voraus.⁶⁸ Es erscheint zwar zutreffend, dass eine effektive und nachhaltige Prävention von Wirtschaftskriminalität auf mehreren Säulen ruhen sollte, also sowohl auf Maßnahmen staatlicher Gesetzgebung als auch auf unternehmensinternen Programmen⁶⁹ – man muss sich nur darüber im Klaren sein, dass eine Selbstregulierung der Wirtschaft ohne die „Zwangswirkung“ des Strafrechts, die zugleich einen nicht nur moralisch, sondern vor allem ökonomisch unterlegten Anreiz zur Normbefolgung liefert, illusorisch erscheint.⁷⁰ Dass sich das Strafrecht der Wirtschaftskriminalität gegenüber als „zahnloser Tiger“ erwiesen habe,⁷¹ ist nach allem also eine zu negative Sicht der Dinge.

66 Die Einführung einer entsprechenden Konnexitätsregel ist ein Vorhaben der seit 2009 amtierenden Regierungskoalition, s. Koalitionsvertrag S. 99.

67 S. dazu näher *Kaspar/ Weugenroth GA 8/ 2010*.

68 Vgl. *Bussmann MschKrim 2003*, 101 sowie 103, wonach Selbstregulierungsmechanismen innerhalb von Unternehmen nur „im Schatten des Leviathan“, d. h. der staatlichen Strafverfolgung, Erfolg versprechend seien; s. auch *Theile ZIS 2008*, 411.

69 *Burkatzki/Löhr* (o. Fn. 30), 18 f.

70 Insoweit zutreffend *Hefendehl JZ 2006*, 123.

71 So *Hefendehl JZ 2006*, 121.

Eine auf diese Weise begründete Hoffnung auf eine präventive Wirkung des Strafrechts gilt insbesondere bei der hier erörterten Unternehmensdelinquenz in vergleichsweise „normalen Lagen“. Das Strafrecht kann dagegen nicht verhindern, dass „klassische Betrügerpersönlichkeiten“⁷² immer wieder versuchen, Opfer zu finden oder dass Unternehmen vor allem in wirtschaftlichen Notlagen „kreative“, aber illegale Wege einschlagen, um ihr Überleben zu sichern. Hier wie auch sonst gilt, dass das Strafrecht kein Allheilmittel ist und Kriminalität nur eindämmen, aber nicht beseitigen kann.⁷³

⁷² Vgl. *Schneider* NStZ 2007, 557.

⁷³ Zu den „Steuerungsgrenzen des Rechts“ in diesem Kontext zusammenfassend *Burkatzki-Löhr* (o. Fn. 30), 15 f.

Persönlichkeit von Wirtschaftsstraftätern

Eine empirische Studie

Steffen Salvenmoser, Melanie Schmitt

Gliederung

1. Einleitung
2. Untersuchungsdesign und Modelle
3. Tätertypen
4. Relevante Einflussfaktoren
5. Ableitung von Präventionsmaßnahmen

1. Einleitung

Wirtschaftskriminalität stellt sowohl für die Volkswirtschaft als auch für einzelne Unternehmen eine stetige Bedrohung dar. Zahlreiche Publikationen, wie etwa die polizeiliche Kriminalstatistik oder die *PwC*-Studie zur Wirtschaftskriminalität 2009¹ geben Aufschluss über Ausprägung, Häufigkeit und die Folgen wirtschaftskrimineller Handlungen. Doch aus welchen Motiven begehen die Täter Unterschlagung oder Bilanzfälschung? Diese bislang weitgehend unbeantwortete Fragestellung wurde von Professoren und Studenten der Hochschule Pforzheim in Kooperation mit *PricewaterhouseCoopers* untersucht und die Ergebnisse in der Studie „Wirtschaftskriminalität – Eine Analyse der Motivstrukturen“² veröffentlicht.

Um die für die Tatbegehung ausschlaggebende Motivationslage von Wirtschaftsstraftätern zu ergründen, wurden dreizehn qualitativ-psychologische Interviews mit verurteilten Wirtschaftsstraftätern aus verschiedenen Justizvollzugsanstalten durchgeführt. Darüber hinaus wurden Gerichtsakten von Wirtschaftsstraftätern aus elf Staatsanwaltschaften systematisch analysiert und ausgewertet. Durch Persönlichkeitstests und eine Clusteranalyse wurden die Ergebnisse validiert. Im Fokus standen die Straftaten Betrug, Unterschlagung, Untreue und Korruption auf Management- und Geschäftsführerebene.

1 *PricewaterhouseCoopers*; Wirtschaftskriminalität 2009, Sicherheitslage in deutschen Großunternehmen; September 2009.

2 *PricewaterhouseCoopers*; Wirtschaftskriminalität, Eine Analyse der Motivstrukturen; Oktober 2008.

Hierbei wurden vor allem die für die Tat ausschlaggebenden Motive, charakteristische Persönlichkeitsmerkmale, Wertvorstellungen und andere Rahmenbedingungen untersucht. Im Ergebnis war zu erkennen, dass sich bestimmte Charakteristika über verschiedene Fälle hinweg wiederholten.

2. Untersuchungsdesign und Modelle

Im Zentrum der Untersuchung stand das komplexe Zusammenspiel von individuellen Wahrnehmungsprozessen auf dem Weg zur Straftat zu verstehen, um daraus mögliche Konsequenzen für die Prävention und Bekämpfung von Wirtschaftskriminalität zu identifizieren. Dazu wurde das Instrument des qualitativ-psychologischen Interviews gewählt, das in der Kriminologie häufig Anwendung findet, und welches die Möglichkeit bietet, die Handlungen der Straftäter aus ihrer eigenen Perspektive zu verstehen.

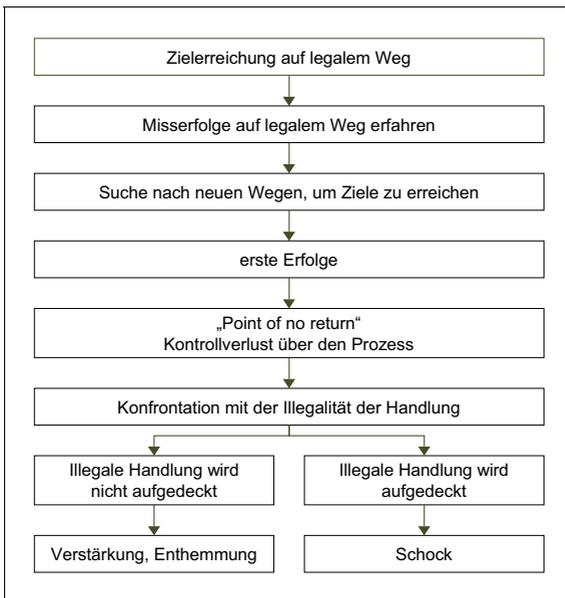


Abbildung 1: Prozessmodell

Die kriminelle Handlung an sich stand unabhängig von den unterschiedlichen Motivationslagen bei allen untersuchten Fällen immer am Ende eines mehr oder weniger langen Prozesses. Dieser Prozess ist abhängig von einer

Vielzahl an Einflussgrößen und muss nicht zwangsläufig in einer illegalen Handlung enden. Ein vereinfachtes Prozessmodell zeigt sechs verschiedene Phasen, die ein Täter auf dem Weg zur Tat durchläuft (vgl. Abbildung 1).

Am Anfang versuchen die Täter, ihre beruflichen oder privaten Ziele auf legalem Weg zu erreichen, was ihnen in Phase zwei jedoch Misserfolge einbringt. Diese Misserfolge führen zu negativen Gefühlszuständen und schließlich zu einer Suche nach neuen, nun auch illegalen Wegen. In Phase vier führen diese zu ersten Erfolgen, was die Täter in ihrem Handeln bestärkt. In der fünften Phase gelangen die Wirtschaftsstraftäter dann an den „Point of no return“ – sie sind nun bereits so sehr in die Handlungen verstrickt, dass eine Rückkehr nicht mehr möglich ist. Am Ende dieses Prozesses in Phase sechs steht dann die Konfrontation mit der illegalen Handlung.

Wie Personen sich in den oben beschriebene Prozessphasen verhalten und ob es zu einer wirtschaftskriminellen Handlung kommt, hängt von verschiedenen Einflussgrößen ab. Neben der Persönlichkeitsstruktur der Person spielt vor allem das individuelle Wertesystem sowie die Ausprägung des eigenen Rechtsbewusstseins eine entscheidende Rolle. Externe Einflüsse, wie etwa die jeweilige Arbeitssituation und daraus resultierende Gefühlszustände (z.B. Misserfolg) beeinflussen ebenfalls die Handlungsweise von Personen. In Abbildung 2 werden die tatrelevanten Einflussfaktoren auf eine Wirtschaftsstraftat dargestellt und deren Zusammenhänge verdeutlicht.

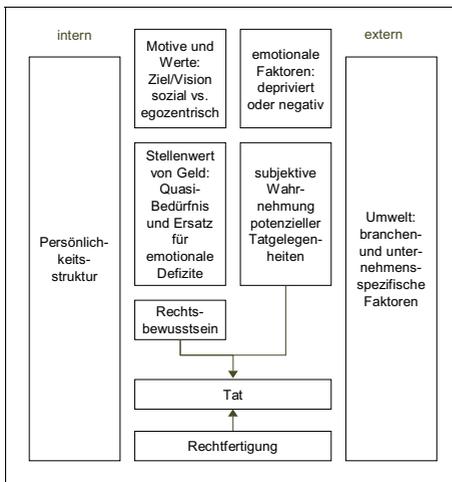


Abbildung 2: Erklärungsmodell der Einflussfaktoren

Es sei herausgestellt, dass dieses Erklärungsmodell keinen unabwendbaren Automatismus darstellt und das Auftreten eines Faktors nicht zwangsläufig zu wirtschaftskriminellen Handlungen führt. Wohl aber scheint es sich zu bestätigen, dass das intensive Auftreten mehrerer Faktoren das Risiko für doloses Verhalten erhöht.

3. Tätertypen

Die Untersuchung hat klar gezeigt, dass es nicht den Prototyp des wirtschaftskriminellen Straftäters gibt. Doch bei aller Individualität der analysierten Persönlichkeiten zeigten sich doch charakteristische Erklärungsmuster und Handlungszusammenhänge, aus denen fünf Grundtypen entwickelt werden konnten (vgl. Abbildung 3).



Quelle: eigene Darstellung

Abbildung 3: Täterprofile

Beim Typ des Visionärs konnten drei unterschiedliche Ausprägungen identifiziert werden: der egozentrierte, der frustrierte und der narzisstische Visionär. Allen drei Ausprägungen ist gemeinsam, dass sich ihr Handeln auf berufliche Erfolge mit dem Ziel etwas zu bewegen und zu schaffen konzentriert. Im Vordergrund steht die Verwirklichung von Missionen. In der Regel handelt es sich bei diesem Typ um einen sehr intelligenten Menschen.

Der egozentrierte Visionär ist dabei auffallend selbstbewusst und ehrgeizig, er handelt überlegt und kontrolliert. Nach außen wirkt er wenig emotional. Um seine ehrgeizigen Ziele zu erreichen, setzt sich dieser Tätertyp bewusst über geltende Regeln und Gesetze hinweg. Oftmals sind diese Ziele dabei materieller Art. Dieser Typ bedient am ehesten gängige Stereotype über Wirtschaftsstraftäter.

Der Typ des frustrierten Visionärs entspricht einem erfolgsorientierten „Macher-Typen“ mit hoher Intelligenz und sehr guter Bildung. Er scheitert jedoch immer wieder an den hohen Erwartungen, die er an sich selbst setzt. Dabei sind seine Ziele in der Regel eher ideell oder sozial motiviert. Dieser Typ wird dem „typischen“ Wirtschaftskriminellen am wenigsten gerecht.

Beim narzisstischen Visionär ist die narzisstische Neigung, die im Übrigen auch die beiden anderen Ausprägungen des Visionärs zeigen, sehr stark ausgeprägt. Er legt sehr viel Wert auf die Anerkennung und Wertschätzung von außen und möchte ständig sein übersteigertes Selbstbild bestätigt bekommen. Dabei verkraftet er Kritik oder Niederlagen nur schlecht.

Das Täterprofil des Abhängigen kennzeichnet sich durch eine starke emotionale Abhängigkeit von sozialen Beziehungen. Er wird besonders stark durch soziale und/oder emotionale Verlustängste gequält und neigt dazu, eine passive Fremdbestimmung durch andere zu akzeptieren. Hierbei kann es sein, dass er dadurch sein persönliches Rechtsbewusstsein verletzt.

Der naive Typ des Wirtschaftsstraftäters orientiert sich an von außen definierten Zielen und Werten. Er ist eher zurückhaltend, verschlossen und leicht überfordert. Sein Handeln ist oftmals naiv und leichtgläubig. Dem Naiven kann man in der Regel kaum ein bewusstes illegales Handeln unterstellen.

4. Relevante Einflussfaktoren

Die Einflussfaktoren für das Begehen von Wirtschaftskriminalität (interne sowie externe Einflussfaktoren, wie beispielsweise Motive und Werte, emotionale Faktoren, Umwelt, unternehmensspezifische Aspekte, Rechtfertigung, Rechtsbewusstsein, Gelegenheit etc.) haben auf die einzelnen Tätertypen unterschiedliche Wirkung. Allen gemeinsam ist aber, dass Geld lediglich ein „Quasibedürfnis“ darstellt und häufig nur der Verwirklichung von tiefer liegenden Motiven wie z. B. Unabhängigkeit, (sozialer) Anerkennung, Selbstbestätigung/ Selbstverwirklichung oder Existenzsicherung dient. So erlaubt Geld dem egozentrierten Visionär das zur Schau stellen von Prestigeobjekten, während es dem narzisstischen Visionär Anerkennung und Selbstbestätigung vermittelt, dem Abhängigen soziale Zugehörigkeit ermöglicht und dem Naiven die eigene Existenz sichert.

Die emotionale Gefühlslage von Wirtschaftsstraftätern ist häufig gekennzeichnet durch Frustration oder Angstzustände in Form von Erfolgsdruck, Kränkung durch Misserfolge, Versagensängste oder der Angst vor dem Verlust sozialer Bindungen. Diese sind bei den Wirtschaftsstraftätern unterschiedlich ausgeprägt. Während der egozentrierte Visionär unter seinem eigenen Erfolgsdruck leidet, werden der frustrierte Visionär von Versagensängsten, der Abhängige von Verlustängsten und der Naive von Existenzängsten gequält.

Der Einflussfaktor Umwelt umfasst neben der natürlichen Umwelt unter anderem auch gesellschaftliche Normen und Vorstellungen von Legitimität und Rechtsnormen bis hin zu den formalen Grenzen der Legalität. Häufig wird diese Umwelt von den Wirtschaftsstraftätern jedoch nur noch verzerrt wahrgenommen oder wird durch eine eigene, selbst erschaffene Realität ersetzt. Dabei lassen sich gewisse Branchenabhängigkeiten entdecken (beispielsweise hoher Wettbewerbsdruck oder überdurchschnittlich hohe Transaktionsvolumen).

In der Regel haben Wirtschaftskriminelle ein äußerst subjektives Rechtsempfinden. Die Täter definierten ihre Regeln und Normen selbst und orientieren sich nicht an der Frage, inwieweit eine Handlung legal oder illegal ist. Vielmehr ist entscheidend, inwieweit eine Handlung von den Tätern als legitim oder illegitim empfunden wird. Wirtschaftskriminelle neigen häufig zur Bagatellisierung ihrer eigenen Straftaten und zur Kritik am eigenen Strafmaß. So argumentieren zum Beispiel der frustrierte und der narzisstische Visionär, dass das Delikt zum Wohle des eigenen Unternehmens begangen wurde.

Hinsichtlich des Einflussfaktors Gelegenheit unterscheiden sich die Tätertypen besonders stark. So sucht der egozentrierte Visionär aktiv und gezielt nach einer Gelegenheit, während der frustrierte und der narzisstische Visionär eher latent zur Tat bereit sind und der Naive eher zufällig über eine Tatgelegenheit „stolpert“.

5. Ableitung von Präventionsmaßnahmen

Eine erfolgreiche Prävention von Wirtschaftskriminalität sollte bereits an den Ursachen für die Entstehung von Wirtschaftskriminalität ansetzen. Die dargestellten Täterprofile können dabei unterstützen, diese Ursachen besser zu verstehen und Anhaltspunkte für die Prävention von wirtschaftskriminellen Handlungen zu liefern.

Unterschiedliche Motive für wirtschaftskriminelle Handlungen erfordern eine differenzierte Präventionsstrategie. Zudem setzen die verschiedenen Präventionsmaßnahmen an unterschiedlichen Punkten an (z. B. durch Sensibilisierung oder Kontrolle oder auch individuell oder kollektiv). Darüber hinaus muss beachtet werden, dass einzelne Präventionsmaßnahmen auf einzelne Tätertypen unterschiedlich wirken können. Ein umfassendes Präventions-

konzept sollte daher auch einer differenzierten Täterstruktur Rechnung tragen.

Einen zentralen Punkt im Kampf gegen Wirtschaftskriminalität stellt die Vereinbarung und klare Kommunikation der im Unternehmen geteilten Werte dar. So können beispielweise Ethik-Richtlinien zumindest für einige Tätertypen die Hemmschwelle für das Begehen von dolosen Handlungen erhöhen und eine erste Orientierung bieten. Den egozentrierten und dem narzisstischen Visionär wird man jedoch in der Regel mit der Verankerung von Integritätszielen nicht erreichen, da sich diese sehr stark an eigenen Zielen orientieren und nicht dem Unternehmen weniger verbunden sind als andere Typen.

Ein weiteres sinnvolles Element zur Vermeidung von Wirtschaftskriminalität sind Hinweisgebersysteme, welche Mitarbeitern die Möglichkeit gibt, etwaige Verdachtsmomente vertraulich zu melden. Die obligatorische Vertraulichkeit eines solchen Systems kann dabei alle Tätertypen hinsichtlich der Angst vor erwarteten Repressalien entlasten.

Weiterhin kann ein funktionierendes Berichtswesen mitsamt Kontrollen helfen, Tatgelegenheiten aktiv zu suchen und abzustellen. Dies wirkt besonders dem egozentrierten Visionär entgegen, der aktiv eben diese Gelegenheiten sucht und ausnutzt. Zudem wird durch regelmäßige Kontrollmaßnahmen das subjektiv betrachtete Risiko entdeckt zu werden erhöht.

Die vorgestellten Präventionsmaßnahmen sind im Idealfall individuell auf das Unternehmen zugeschnitten. Keinesfalls sollten zu viele und extreme Kontrollsysteme im Unternehmen etabliert sein. Schließlich geht es nicht darum, Mitarbeiter unter Generalverdacht zu stellen und das allgemeine Arbeitsklima zu belasten, sondern darum, die schwarzen Schafe aufzuspüren und das Wertebewusstsein aller Mitarbeiter zu stärken.

Die vollständige Studie „Wirtschaftskriminalität - Eine Analyse der Motivstrukturen“ kann bei den Autoren oder unter www.pwc.de kostenlos angefordert werden.

Der Wirtschaftsstraftäter in seinen sozialen Bezügen. Empirische Befunde und Konsequenzen für die Unternehmenspraxis

Hendrik Schneider und Dieter John

Gliederung

- | | | | |
|-------|--|---------|---|
| 1. | Lücken im Forschungsstand der Wirtschaftskriminologie | 3.2.3.1 | Täter mit einem wirtschaftskriminologischen Belastungssyndrom |
| 2. | Untersuchungsanlage und Vorgehensweise bei der Datenerhebung | 3.2.3.2 | Krisentäter |
| 3. | Ergebnisse | 3.2.3.3 | Abhängige |
| 3.1 | Quantitative Auswertungsebene | 3.2.3.4 | Unauffällige |
| 3.2 | Qualitative Auswertungsebene | 4. | Konsequenzen für die Unternehmenspraxis |
| 3.2.1 | Tatgelegenheitsstrukturen | 4.1 | Empfehlungen für die Präventionspraxis |
| 3.2.2 | Die Beziehung des Täters zur Tatgelegenheit: Gelegenheitsergreifer und Gelegenheitsucher | 4.2 | Empfehlungen für die Sonderuntersuchung von Verdachtsfällen |
| 3.2.3 | Personale Risikokonstellationen | | |

1. Lücken im Forschungsstand der Wirtschaftskriminologie

Zur Person des Wirtschaftsstraftäters hat die kriminologische Forschung neben einigen verallgemeinernden Befunden zu Alter, Geschlecht und Vorstrafenbelastung¹ bislang nur einige Mosaiksteine empirischer Erkenntnisse vorgelegt.² Insbesondere fehlen Untersuchungen, die dem Gesichtspunkt Rech-

1 Zusammenfassend *Schwind*: Kriminologie. Heidelberg 2009, § 21, Rn. 21; *Göppinger-Schneider*: Kriminologie. München 2006, § 25, Rn. 10-15.

2 *Benson, Moore*: Are white collar and common offenders the same? *Journal of Research in Crime and Delinquency* 29 (1992), S. 251-272; *Blickle, Schlegel, Fassbender, Klein*: Some personality correlates of business white-collar crime. *Applied Psychology: An International Review* 55 (2006), S. 220-233; *Schlegel*: Werthaltungen inhaftierter Wirtschaftsdelinquenten. In: ders. (Hrsg.): *Wirtschaftskriminalität und Werte*. Nordhausen

nung tragen, dass es sich bei Wirtschaftsstraftätern in den meisten Fällen um „latecomer to crime“ handelt und die deshalb die *biographischen Wendepunkte* fokussieren, die das Abdriften in die Kriminalität auslösen können.

Das Gemeinschaftsprojekt „Der Wirtschaftsstraftäter in seinen sozialen Bezügen“ der Universität Leipzig und der *Rölfs WP Partner Wirtschaftsprüfungsgesellschaft*³ ist auf diese Lücke im Forschungsstand bezogen.⁴ Ziel ist die Identifikation unterschiedlicher Typen von Wirtschaftsstraftätern auf der Grundlage einer Systematisierung der im Leipziger Verlaufsmodell wirtschaftskriminellen Handelns⁵ dargestellten personalen und situativen Risikofaktoren.

2003, S. 113-173; *Collins, Schmidt*: Personality, integrity, and white collar crime: a construct validity study. *Personnel psychology* 46 (1993), S. 295-311; *Burkatzki*: Verdrängt der homo oeconomicus den homo communis? Wiesbaden 2007 (mit Rezension *Schneider*, MschrKrim 2008, S. 488-489); *Cleff, Luppold, Naderer, Volkert*: Wirtschaftskriminalität. In: Hochschule Pforzheim/*PriceWaterhouseCoopers* (Hrsg.): Wirtschaftskriminalität. Frankfurt am Main 2009, S. 17-20; vgl. ferner die Hinweise bei *Robert, Punch*: Motivations and Intent of White-Collar Criminals. In: *Pontell, Geis* (Hrsg.): International Handbook of White Collar and Corporate Crime. New York 2007, S. 98ff.

3 Ausführlicher Forschungsbericht: *Schneider*: Der Wirtschaftsstraftäter in seinen sozialen Bezügen. In: Universität Leipzig/*RölfsPartner* (Hrsg.): Der Wirtschaftsstraftäter in seinen sozialen Bezügen. Köln 2009, im Internet unter:

http://www.roelfspartner.de/de/wp/leistungsspektrum/wp/files/rp_studie_wikri-studie_final.pdf und <http://www.uni-leipzig.de/~prozess/>. Vgl. zu dieser Untersuchung ferner: Handelsblatt IKB Aktuell, 05. November 2009: Wirtschaftskriminalität: Wer wird wann zum Täter? und *Terpitz*: Wenn Manager zu Tätern werden. In: Handelsblatt, 11. September 2009.

4 Näher zu den Lücken im Forschungsstand der Wirtschaftskriminologie: *Schneider*: Über die Erstarrung der deutschen Kriminologie zwischen atypischem Moralunternehmertum und Bedarfswissenschaft. In: *Kempf, Lüderssen, Volk* (Hrsg.): ILFS Band 6: Wirtschaft – Strafrecht – Ethik. Berlin 2009, S. 61-79.

5 *Schneider*: Das Leipziger Verlaufsmodell wirtschaftskriminellen Handelns. *NStZ* 2007, S. 555-562; ders.: Über die Bedeutung personaler und situativer Risikofaktoren bei wirtschaftskriminellem Handeln. In: *Löhr, Burkatzki* (Hrsg.): DNWE-Schriftenreihe (Folge 16), Wirtschaftskriminalität und Ethik. München 2008, S. 136ff.; *Göppinger-Schneider*: Kriminologie. München 2006, § 25, Rn. 26; vgl. zum Leipziger Verlaufsmodell auch *Bock*: Kriminologie. München 2007, Rn. 906; *Schwind*: Kriminologie. Heidelberg 2009, § 21, Rn. 19f.; *Cleff, Luppold, Naderer, Volkert*: Wirtschaftskriminalität. In: Hochschule Pforzheim/*PriceWaterhouseCoopers* (Hrsg.): Wirtschaftskriminalität. Frankfurt am Main 2009, S. 17ff.

2. Untersuchungsanlage und Vorgehensweise bei der Datenerhebung

Die Datenerhebung erfolgte in zwei unterschiedlichen Erhebungsschritten. Erstens wurden alle im Jahr 2007 verkündeten Urteile der drei Berliner Wirtschaftsstrafkammern anhand eines teilstandardisierten Erhebungsbogens analysiert. Nach Ausscheiden der Freisprüche und für die Untersuchung irrelevanten Verfahren standen 21 Verfahren mit 37 Angeklagten zur Verfügung. Neben quantitativen Daten unter anderem zu Geschlecht, Alter usw. enthielt der Erhebungsbogen Rubriken, in die verfügbare Informationen zur Tatgelegenheitsstruktur sowie zu den im Leipziger Modell systematisierten personalen Risikofaktoren eingetragen werden konnten.

Ferner musste der Fall eines jeden Angeklagten einer von zwei alternativen Konstellationen der „Beziehung des Täters zur Tatgelegenheit“ zugeordnet werden. Unter Bezug auf die von *Weisburd&Waring* getroffene Differenzierung zwischen „*opportunity taker*“ und „*opportunity seeker*“⁶ wurde auch in der vorliegenden Untersuchung zwischen Gelegenheitssuchern und Gelegenheitsergreifern unterschieden, wobei es das Ziel des Projektes war, diese Begriffe induktiv fortzuentwickeln und wirtschaftskriminologisch zu spezifizieren.

Zweitens wurden teilstandardisierte Interviews mit Mitarbeitern des Competence Center Fraud, Risk, Compliance der *Röhlfs* WP Partner AG in Köln zu 9 Fällen aus forensischen Ermittlungen mit 13 ermittelten Tätern analysiert. Zur Datenauswertung standen daher insgesamt 30 Vorgänge mit 50 Tätern zur Verfügung.

3. Ergebnisse

3.1 Quantitative Auswertungsebene

Bei den Tätern handelt es sich überwiegend um Männer (94 %) deutscher Staatsangehörigkeit (92 %) mittleren Alters (Altersdurchschnitt bei Begehung des Bezugsdelikts: 46 Jahre). Die Vorstrafenbelastung liegt bei 24 %, sie schwankt zwischen 1 und 5 Vorstrafen und beträgt bei den Tätern mit Vorstrafen durchschnittlich 3,7 Taten. Das durchschnittliche Alter bei Begehung der ersten registrierten Straftat liegt bei 44 Jahren. 22 (44 %) hatten ei-

⁶ *Weisburd, Waring*: White-Collar Crime and Criminal Careers. Cambridge u.a. 2001.

nen Universitätsabschluss, zwei waren promoviert. Die anderen Täter wiesen zumindest eine abgeschlossene Berufsausbildung auf. Zwei Täter waren Träger des Bundesverdienstkreuzes. Etwa 72 % der Täter war zum Zeitpunkt der Tat (überwiegend seit geraumer Zeit) verheiratet.

Unter den von den Tätern verwirklichten Straftatbeständen standen Betrug (28 Fälle) und Untreue (12 Fälle) an erster Stelle. Ferner bezogen sich die Verurteilungen auf die Tatbestände des Bankrotts, der Insolvenzverschleppung, der Urkundenfälschung, Steuerhinterziehung, Verletzung der Buchführungspflicht, strafbarer Werbung, Unterschlagung, Bestechlichkeit sowie des Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt.

Die Strafen waren zu 83 % Freiheitsstrafen, die in 63 % zur Bewährung ausgesetzt wurden. In vier Fällen wurde neben einer zur Bewährung ausgesetzten Freiheitsstrafe eine Geldstrafe verhängt. In den verbleibenden Fällen kam es „nur“ zu einer Geldstrafe. Die Schadenshöhe betrug im Durchschnitt: 3.907.083 €, der niedrigste Schaden betrug 11.000,- €, der höchste 50 Mio. €. Beschränkt man die Analyse auf die Berliner Daten ergibt sich ein Schadensdurchschnittsbetrag von 1.103.122 € (kleinster Betrag: 11.277,69,-, höchster Betrag 3.320.000,- €).

3.2 Qualitative Auswertungsebene

3.2.1 Tatgelegenheitsstrukturen

Die in Rede stehenden Gelegenheiten bestanden in *Möglichkeiten, einen Vermögensvorteil zu erzielen*. Die Gelegenheiten zeichnen sich grundsätzlich durch *Kontrolldefizite während der Tatbegehung* aus. Der Vergleich zwischen Aufwand und Ertrag zeigt, dass die Gelegenheiten, die von den Tätern des vorliegenden Untersuchungssamples genutzt wurden, *erhebliche illegitime Gewinnmöglichkeiten bei geringem Einsatz von Arbeitskraft* versprachen. Die aus den Tatgelegenheiten resultierenden Gewinnmöglichkeiten überstiegen in der Regel bei weitem die Erträge, die sich aus den legitimen Erwerbsmöglichkeiten ergaben. Die genannten Merkmale des Begriffs der Tatgelegenheit bestätigen daher die Grundannahmen des routine activity approach⁷ „suitable target“ und „absence of a capable guardian“.

⁷ Cohen, Felton: Social change and crime rate trends: A Routine Activity Approach. American Sociological Review 44 (1979), S. 588-608.

3.2.2 Die Beziehung des Täters zur Tatgelegenheit: Gelegenheitsergreifer und Gelegenheitssucher

23 Täter (46 %) konnten dem Typus „*Gelegenheitsergreifer*“ zugeordnet werden. 19 von ihnen (83 %) sind Ersttäter. Im Verfahren imponiert ihre hohe Geständnisbereitschaft. Unter den Gelegenheitsergreifern befanden sich auch die drei weiblichen Täter. Gelegenheitsergreifer sind den oben geschilderten Strukturen entweder aufgrund ihrer beruflichen Stellung ausgesetzt, und sie verfügen über das Wissen, diese zu entdecken (1. Untergruppe), oder sie werden von anderen auf die Gelegenheit hingewiesen, wobei teilweise ein Machtverhältnis und/oder eine nötigungsähnliche Situation ausgenutzt wird (2. Untergruppe).

In den Fällen der ersten Untergruppe agiert der Täter alleine. Die mangelnde Kontrolle ergibt sich aus der exponierten Stellung, die der Gelegenheitsergreifer aus Gründen spezieller Fachkenntnisse („er war eine Koryphäe, keiner wusste genau, was der eigentlich den ganzen Tag gemacht hat“) oder einer defizitären Organisation der Arbeitsläufe im Unternehmen inne hat. In den Fällen der zweiten Untergruppe trifft der Gelegenheitsergreifer im privaten oder geschäftlichen Umfeld zumeist auf einen Gelegenheitssucher, der ihm eine erkennbar deliktische „Geschäftsidee“ vorschlägt. Zur Tatbegehung muss der Gelegenheitsergreifer nicht selbst initiativ werden, oft leistet er lediglich eine Unterschrift oder er führt die ihm nahe gelegten Handlungen gegen Entgelt aus.

Bei 23 Tätern (46 %) handelte es sich um Gelegenheitssucher. 9 wiesen Vorverurteilungen (39 %) auf. Alle Probanden mit mehr als einer Vorstrafe waren Gelegenheitssucher. Nur die Gelegenheitssucher wiesen Vorstrafen außerhalb des wirtschaftskriminologischen Spektrums auf. Gelegenheitssucher suchen in ihrem beruflichen Alltag aktiv nach Tatgelegenheiten, für deren Nutzung in der Regel Vorarbeiten erforderlich sind oder sie führen bei Kontakten mit Vertragspartnern gezielt Informationsasymmetrien herbei, die sie nutzen, um deliktische Vorteile zu erlangen. Die Taten kennzeichnet insgesamt erhebliche Zielstrebigkeit und eine längerfristige Planung.

Bei drei Tätern des Untersuchungssamples⁸ ließen es die zur Auswertung zur Verfügung stehenden Informationen zu, delinquente Entwicklungsverläufe über einen längeren Zeitraum in der Biographie des Täters eingehender zu

⁸ Ein Fall ließ sich nicht einordnen. Das Urteil beruht offensichtlich auf einer verfahrensbeendenden Absprache, so dass die Entscheidungsgründe äußerst knapp gehalten sind und nicht die erforderlichen Informationen enthielten.

untersuchen. Die drei Fälle legen die mit den Lerntheorien⁹ begründbare Annahme nahe, dass es eine innere Dynamik des sukzessiven Abdriftens in „harte“ Wirtschaftskriminalität gibt, an deren Anfang das Ergreifen einer günstigen Gelegenheit steht.

3.2.3 Personale Risikokonstellationen

Das Untersuchungssample konnte nicht nur den oben genannten Typen der Beziehung des Täters zur Tatgelegenheit zugeordnet werden, sondern es war auch eine Systematisierung nach personalen Risikofaktoren möglich. Folgende idealtypische Konstellationen ließen sich von einander abgrenzen:

3.2.3.1 Täter mit einem wirtschaftskriminologischen Belastungssyndrom

Als Täter mit einem wirtschaftskriminologischen Belastungssyndrom wurden Probanden bezeichnet, bei denen es zu einer Kumulation der personalen Risikofaktoren kam. Insgesamt handelt es sich um 11 Täter, von denen einer als Gelegenheitsergreifer und 9 als Gelegenheitssucher einzustufen waren. In einem Fall, bei dem mehrere Delikte innerhalb eines längeren Zeitintervalls begangen wurden, liegt die oben dargestellte Mischform vor.

Im Unterschied zu den Tätern der anderen Gruppen zeigen sich bei diesen Tätern vielfach Auffälligkeiten im Leistungsbereich. Es handelt sich um *Quereinsteiger mit diskontinuierlichen Erwerbsbiographien* und schillernden Lebensläufen (Testfahrer in den USA, Spion usw.). Allerdings befinden sich in dieser Gruppe auch einige *Führungspersönlichkeiten*, die sich bei langer Unternehmenszugehörigkeit und beeindruckender gradliniger Karriere sukzessive in Wirtschaftskriminalität verstrickt haben. Da es sich auch bei den Tätern dieses Typus um latecomer to crime handelt, sind biographische Wendepunkte erkennbar, die mit der Entstehung der Delinquenz im Zusammenhang stehen. Die Taten fallen in die Zeit eines *Kontrollvakuums*, in der ein Lebensstil „*earning&burning money*“ gepflegt wird. Ähnlich wie bei der Jugendkriminalität, die häufig in eine Phase zwischen der Dissoziation von der Herkunftsfamilie und der Hinwendung zu einer festen Partnerschaft fällt, geht die wirtschaftskriminelle Hochphase bei diesen Tätern mit einer zumindest emotionalen Dissoziation von der Prokreationsfamilie einher. Dieser

9 Zusammenfassend: *Niesing*: Die Bedeutung der Lerntheorien für die Kriminalätiologie, Verbrechensprävention und –sanktionierung. Münster 1996. Zur Bedeutung der Lerntheorie für die Erklärung von Wirtschaftskriminalität, vgl. bereits *Sutherland*: White-Collar criminality. American Sociological Review Vol. 5 (1940), S. 11 und *Opp*: Soziologie der Wirtschaftskriminalität. München 1975, S. 68ff.

kann eine räumliche Trennung von der Familie, zum Beispiel während eines geschäftsbedingten längerfristigen Auslandsaufenthalts, vorausgegangen sein. Die in diesem „zweiten oder dritten Frühling“ stattfindenden Kontakte weisen eine ausgeprägte erotische Komponente auf und sind nicht als tragende Bindungen zu interpretieren.

Soweit es sich nicht um die Taten von Selbständigen handelt, waren ferner Anhaltspunkte für *arbeitsplatzbezogene Subkulturen* ersichtlich. Neutralisierungsstrategien kamen hier offensichtlich deshalb keine Bedeutung zu, weil bei einer ausgeprägten subkulturellen Orientierung der Akteure keine Reibung an Konformitätswerten stattfindet und der abweichende Charakter des Verhaltens kaum mehr wahrgenommen wird.

3.2.3.2 Krisentäter

19 der 50 Täter (38 %) des Untersuchungssamples sind Krisentäter.¹⁰ Keiner von ihnen wies eine Vorstrafe auf. In der Regel handelt es sich um aufstiegsorientierte Männer mit kontinuierlichen Erwerbsbiographien, die ihre beruflichen Chancen zu nutzen wussten.

Bei allen Krisentätern gab es ein Ereignis in Karriere oder Privatleben, das *anomischen Druck* ausgelöst hat.¹¹ Im Rahmen ihrer bis auf einen Fall stets geständigen Einlassung als Beschuldigte deutet sich ferner kognitive Dissonanz¹² im Sinne eines Konfliktes mit einem ersichtlich nicht delinquenten Selbstbild an, der schließlich durch *Neutralisierungsstrategien* besänftigt wird.¹³

Die Krisen sind heterogene Ereignisse, durch die ein Statusverlust droht und der bisherige Lebensstil nicht mehr beibehalten werden kann. Das adäquate Anspruchsniveau wird durch die Krise zu einem *inadäquaten Anspruchsniveau*: Der alte Lebensstil soll buchstäblich „um jeden Preis“ beibehalten werden. In diese Rubrik fallen zunächst einige Selbständige des Samples, deren Unternehmen in wirtschaftliche Schwierigkeiten gerät. Das drohende wirtschaftliche Scheitern wird zumeist nicht auf das eigene Verhalten zu-

10 Der Begriff greift den Terminus „crisis responder“ der Untersuchung von *Weisburd, Waring*: *White-Collar Crime and Criminal Careers*. Cambridge u.a. 2001, S. 59 auf.

11 Ebenso *Bock, Brettel*: *Schulden und Kriminalität*. ZVI 2009, S. 3 zum Zusammenhang zwischen Schulden und Kriminalität.

12 *Festinger*: *Theorie der kognitiven Dissonanz*. Bern u.a. 1978.

13 *Walter*: *Wie kann ein Mensch so etwas tun?* In: *Feltes, Pfeiffer, Steinhilper* (Hrsg.): *Festschrift für Hans-Dieter Schwind*. Heidelberg 2006, S. 1150-1170.

rückgeführt, sondern *fatalistisch external attribuiert*.¹⁴ Der drohende Verlust des Arbeitsplatzes ist auch bei der kleinen Gruppe so genannter „*Fehlerverdeckter*“ ein Auslöser der Tat. Anstatt sich dem Vorgesetzten zu offenbaren, versuchen diese Täter einen fahrlässig begangenen Fehler bei der Ausübung des Berufes durch vorsätzliche Handlungen zu verschleiern.

Krisenkriminalität lag auch in einem Fall aus dem Bereich des „*Top Management Fraud*“ vor. Die Taten (es handelte sich um Untreue durch Vergabe riskanter Kredite) fallen in eine „Umbruchphase“, „in der die bisherigen Geschäftsfelder der Bank wegbrachen und neue Geschäftsfelder gesucht werden mussten“. Angesichts dieses Innovationsdrucks lassen sich die Beteiligten auf Investition in neue Geschäftsbereiche ein, deren Risiken sie nicht beurteilen können. Anomischer Druck trifft hier mit der Überforderung der älteren und mit zahlreichen Ämtern und Ehrenämtern überlasteten Täter zusammen, die sich im Wesentlichen auf ihr Gespür verlassen und Bedenken auch mit Blick auf das Charisma der Geschäftspartner verdrängen. Gleichzeitig zeigt sich eine *Störung der „Control Balance Ratio“*.¹⁵ Die Täter sind praktisch keiner Kontrolle ausgesetzt, sondern sie kontrollieren die Abläufe in verschiedenen Gremien und sind es gewohnt, Entscheidungen von großer Tragweite letztverantwortlich und unter Zeitdruck zu treffen.

Eine Sondergruppe innerhalb des Berliner Samples stellen ferner die „*Wendeschicksale*“ dar. Hierbei handelt es sich um Täter mit in der DDR erfolgreich verlaufender Karriere, die durch die Wiedervereinigung nicht nur ihren Beruf, sondern auch ihre gesellschaftliche Stellung verloren haben und nun Hilfsarbeiten verrichten oder auf staatliche Transferleistungen angewiesen sind. Durch die Tat wird der Versuch unternommen, Einkommen und Status zurück zu erobern und so einen ihrer gehobenen Ausbildung entsprechenden Platz in der Gesellschaft wieder zu erlangen. Neben strain sind kontrolltheoretische Aspekte bedeutsam. Durch die Wende haben diese Täter sowohl inneren als auch äußeren Halt verloren: Den Staat, dem sie sich verpflichtet fühlten, den Beruf und in den hier untersuchten Fällen – infolge des Scheiterns der Ehe – zuletzt auch das Familienleben.

14 Zu diesem Begriff vgl.: *Wallston, Wallston, DeVellis*: Development of the Multi-dimensional Health Locus of Control (MHLC) Scales. Health Education Monograph 6 (1978), S. 101-105.

15 *Tittle*: Control Balance: Toward a General Theory of Deviance. Boulder CO 1995, S. 180ff., vgl. auch *Göppinger-Bock*: Kriminologie. München 2006, S. 132f. mit weiteren Nachweisen.

Die Krisentäter des vorliegenden Untersuchungssamples beschränkten sich überwiegend darauf, ihnen sich bietende Gelegenheiten zu ergreifen (12 der 19 Krisentäter waren Gelegenheitsergreifer). In anderen Fällen wurde der anomische Druck jedoch als so stark empfunden, dass die Täter innovativ¹⁶ tätig wurden und gezielt Gelegenheiten gesucht haben (7 von 19 Fällen).

3.2.3.3 Abhängige

Bei den „Abhängigen“ (6 Täter=12 %) handelt es sich um „Gelegenheitsergreifer“, die von einem Haupttäter, zumeist einem Gelegenheitssucher, wirtschaftlich oder aufgrund sonstiger Faktoren abhängig sind. In diese Rubrik fallen zunächst die Frauen des Samples, die auf Geheiß ihres Ehemannes Straftaten begingen. Auch in arbeitsplatzbezogenen Subkulturen gibt es Abhängigkeiten, z.B. wenn ein Gelegenheitsergreifer fürchtet, er sei im Fall der Gefolgschaftsverweigerung erheblichen Repressionen ausgesetzt. Ähnlich wie bei den Krisentätern kann die Tat in diesen Fällen mit den Strain-Theorien erklärt werden.

3.2.3.4 Unauffällige

13 Täter waren diesem Spektrum zuzuordnen. Es handelt sich um 4 Gelegenheitsergreifer, 7 Gelegenheitssucher und einen Fall, der der oben genannten Mischform zugeordnet werden konnte.¹⁷ In den genannten Fällen konnten keine manifesten personalen Risikofaktoren festgestellt werden. Allenfalls gibt es Hinweise auf bestimmte *kritische Relevanzbezüge*, die darauf schließen lassen, dass der Täter Statussymbolen, Luxusartikeln und einem entsprechenden Lebensstil zugeneigt ist und deshalb erhöhten Geldbedarf hat.

4. Konsequenzen für die Unternehmenspraxis

4.1 Empfehlungen für die Präventionspraxis

Aufgrund der *Bedeutung der Tatgelegenheit* sind situative Präventionsmaßnahmen auf Unternehmensebene unabdingbar. Sie sollten deshalb insbesondere in Zeiten der Wirtschafts- und Finanzkrise, in der ohnehin mit zuneh-

16 Merton: Sozialstruktur und Anomie. In: Sack, König (Hrsg.): Kriminalsoziologie. Wiesbaden 1968, S. 302.

17 Ein Fall konnte auch insoweit nicht zugeordnet werden, vgl. Fn.8.

mender Mitarbeiterkriminalität zu rechnen ist, nicht abgebaut oder eingeschränkt werden.

Durch konsequente *Aufklärung, unmittelbare Sanktionierung* von Verstößen und *geeignete Kommunikation* der Aufdeckung und der Sanktionen im Unternehmen wird das Entdeckungsrisiko sowohl objektiv als auch subjektiv in der Wahrnehmung eines potentiellen Gelegenheitsergreifer gesteigert. In die gleiche Richtung lässt sich die Wirkung von Hotlines mit Beratungsangeboten (sog. „Help Desks“) interpretieren, die ebenso wie *verdachtsunabhängige fraud-präventive Prozessanalysen* in geldnahen Bereichen das Gefühl der Präsenz eines „capable guardian“ vermitteln und deshalb zumindest reine Gelegenheitsergreifer und damit auch einen Großteil der abhängigen und unauffälligen Täter von der Tat abhalten.

Täter mit einem *wirtschaftskriminologischen Belastungssyndrom* sollten im Rahmen eines *personalen Risikomanagements* („Gate Keeping“) bereits bei der Einstellung identifiziert werden. Mit Blick auf die Vorstrafenbelastung dieses Tätertypus ist die Vorlage des *polizeilichen Führungszeugnisses* und der Zeugnisse im Original sinnvoll. Außerdem sollten Zeugnisse und Urkunden auf ihre Echtheit geprüft und im Zweifel angemessen verifiziert werden. Bei der Besetzung exponierter Risikopositionen ist es ferner angemessen, nach geeigneten *Referenzpersonen* zum Zweck der Kontaktaufnahme zu fragen. Wirtschaftskriminell vorbelastete Mitarbeiter werden versuchen, dies mit allen Mitteln zu verhindern.

Krisentäter können z.B. gegen die bei diesem Tätertypus bedeutsamen Neutralisierungsstrategien durch *Business Ethics Guidelines* mit klar kommunizierten ethischen Werten und einem entsprechenden „*Tone from the Top*“ kognitiv geimpft werden. Außerdem bieten sich hier *Sensibilisierungsmaßnahmen von Führungskräften* an, durch die erreicht wird, dass vermehrt auf Mitarbeiter in feststellbaren ernsthaften Lebenskrisen geachtet wird.

4.2 Empfehlungen für die Sonderuntersuchung von Verdachtsfällen

Da bei Tätern mit wirtschaftskriminologischem Belastungssyndrom keine Geständnisbereitschaft besteht, sind Interviews nach der Maxime der „*optimalen Informationsgewinnung*“ anzulegen. Ein Hinarbeiten auf ein Geständnis wirkt sich bei diesen Tätern beziehungsbelastend zum Interviewer aus und wird die Informationsgewinnung daher erschweren.

Andererseits ist insbesondere bei reinen Gelegenheitsergreifern, Krisentätern und Abhängigen wesentlich häufiger ein Geständnis zu erwarten. Wenn hier mehr oder minder stark ausgeprägte Neutralisierungstechniken vorhanden sind, kann in der Praxis festgestellt werden, dass von diesen Tätern bei Aufdeckung der Taten eine Last abfällt und sie sich im Sinne einer Lebensbeichte den Ermittlern offenbaren. Sind arbeitsplatzbezogene Subkulturen zu vermuten, sollte bei der Informationsgewinnung bei diesen Tätertypen angesetzt werden, weil durch ihr Geständnis eine umfängliche Aufklärung des Sachverhalts möglich ist und sich dem Geständnis ggf. andere Täter anschließen werden.

Forensische Interviews sollten daher zunächst auf die Person fokussieren (und nicht auf die Sache) und strukturiert auf Erforschung der Beziehung zwischen Täter und Tat und der personalen Risikofaktoren abzielen.

IV. Spezielle Bereiche

Bestechung ausländischer Amtsträger im Geschäftsverkehr Eine kriminologische Studie

Mark Pieth

Gliederung

- | | |
|---|--|
| 1. Einleitung: Transnationale Bestechung, ein kriminologisches Thema? | 2.4.2 Methoden |
| 2. Die Auswertung der OECD Tour de Table-Matrix | 2.4.3 Zahlungsformen |
| 2.1 „Grand Corruption“ | 2.4.4 Entdeckung |
| 2.2 Sektoren | 3. Vergleich mit offiziellen Statistiken |
| 2.3 „Opferstaaten“ | 4. Überblick |
| 2.4 Modus operandi | 5. Umgang mit Verfolgungsdefiziten |
| 2.4.1 Zweck der Bestechung | 6. Multi-Stakeholder-Groups und PPP's |
| | 7. Zusammenfassung und Schlussfolgerung |

1. Einleitung: Transnationale Bestechung, ein kriminologisches Thema?

Die kriminalpolitische Debatte um die Bestechung, insbesondere im Geschäftsverkehr, hat sich im Laufe der letzten zwanzig Jahre deutlich intensiviert. Es sind eine Vielzahl neuer Übereinkommen und Soft-law-Instrumente¹ sowie entsprechender Umsetzungsgesetze² entstanden. Dazu steht in

1 OAS: Interamerikanische Konvention gegen Korruption vom 29.03.1996; OECD: Übereinkommen über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr vom 17.12.1997; OECD Empfehlungen des Rates zur Bestechungsbekämpfung im internationalen Geschäftsverkehr 1994, überarbeitet 1997 und 2009; Europarat: Strafrechtsübereinkommen über Korruption; EU: Übereinkommen über die Bekämpfung der Bestechung, an der Beamte der Europäischen Gemeinschaften oder der Mitgliedstaaten der Europäischen Union beteiligt sind vom 25.06.1997; UNO: Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen Korruption vom 31.10.2003 (UNCAC).

2 Für Deutschland v.a.: Gesetz zu dem Übereinkommen vom 17. Dezember 1997 über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr (IntBestG); für die Schweiz: Art. 322septies StGB.

merkwürdigem Kontrast die geringe Zahl der Verurteilungen³ und auch das bislang eher marginale Interesse der kriminologischen Literatur am Thema.⁴

Dabei behauptet das World Bank Institute, dass jährlich eine Billion Dollar weltweit an Bestechungsgeldern bezahlt würden.⁵ Den Schaden durch Korruption beziffert dieselbe Institution mit dem 20-fachen. Dabei dürfte sie einen breiten Begriff der Korruption, wie ihn etwa die UNCAC vorsieht, zugrunde legen. Das geringe Interesse der Justiz, insbesondere am Thema der transnationalen Korruption, beruht einerseits auf der fehlenden Ausbildung, auf mangelnden Ressourcen, wohl aber vor allem auf politischen Widerständen und Zweifeln an der Karrierewirksamkeit solcher Verfahren.⁶

Bislang war man auf anekdotische Angaben über Auslandsbestechung angewiesen, wenn auch inzwischen einige spektakuläre Fallstudien vorliegen.⁷

Die OECD, die Hüterin der Aktion gegen die sog. „Angebotsseite“ der Korruption, hat 1997 eine Konvention erlassen⁸, die inzwischen von allen 38 Mitgliedern der „Working Group on Bribery“ ratifiziert und umgesetzt worden ist. Diese Staatengruppe repräsentiert ca. 80 % der weltweiten Exporte und 90 % der auswärtigen Direktinvestitionen. Eine „Empfehlung des Rats der OECD“ von 1994, geändert und erweitert 1997 und nochmals 2009⁹, ergänzt die Strafrechtskonvention mit Regeln aus dem Bereich des Rechnungslegungs-, des Steuer-, des Vergaberechts und der Exportrisikoversicherung.

Die OECD überprüft in einem intensiven, auf Dauer angelegten sog. „peer monitoring“-Verfahren, ob die Staaten adäquate Regeln erlassen haben und ob sie sie anwenden. Teil dieses gegenseitigen Kontrollverfahrens ist eine viermal jährlich durchgeführte „*Tour de Table*“, in der Fälle aus dem An-

3 Pieth, M.: Art. 322ter StGB. In: *Niggli, M.A./Wiprächtiger, H.* (Hrsg.): *Basler Kommentar Strafrecht II* zu Art. 111 – 392 StGB, Basel 2007, S. 2359.

4 Vgl. aber *Bannenberg, B.*: *Korruption in Deutschland und ihre strafrechtliche Kontrolle. Eine kriminologisch-strafrechtliche Analyse*, Neuwied und Kriftel 2002.

5 www.worldbank.org.

6 Negative Erfahrungen haben insbesondere Richter und Staatsanwälte in Italien und Frankreich gemacht.

7 TI OECD Progress report 2007: *Enforcement of the OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions* (<http://www.transparency.org>).

8 OECD Konvention vgl. oben Fn. 1.

9 OECD Empfehlungen 1994 / 1997 / 2009.

wendungsbereich der Bestechung ausländischer Amtsträger diskutiert werden.¹⁰

Das entsprechende Basisdokument¹¹, das als hoch-vertraulich behandelt wird, beruht zunächst auf einer umfassenden und wiederkehrenden Medienauswertung. Viermal im Jahr können die Beamten der Mitgliedsländer die Fallliste aufgrund ihres Insiderwissens aufdatieren, den Sachverhalt anpassen, Streichungsanträge stellen. Fälle, die erledigt sind (durch Verurteilung, durch Deal, durch Freispruch oder aber Einstellung) oder wo keinerlei Beweise zu finden waren (daher bereits die Eröffnung abgelehnt wurde) werden im Einverständnis aller Gruppenmitglieder in eine andere Datenbank verlagert, in den sogenannten „frigidaire“. Sämtliche Vertragsstaaten haben das Recht, Fälle – auch betreffend anderer Staaten – auf die Liste zu setzen, Fragen an andere Staaten zu richten (z.B. weshalb ein Rechtshilfeersuchen, das sie vor Monaten gestellt hatten, noch immer nicht beantwortet ist oder weshalb das Gegenüber in einem bestimmten Fall nichts unternommen habe).

Durch dieses intergouvernementale Verfahren¹² erlangt die ursprünglich anekdotisch erstellte Fallsammlung eine ganz andere Qualität: Sie wird nicht nur von den betroffenen Staaten (Sitzstaat des behaupteten Täters oder Opferstaat), sondern auch von Drittstaaten validiert. Dabei ist allerdings zu bedenken, dass es Beamten unter Umständen aufgrund des landesinternen Rechtes nicht gestattet ist, in einem ganz frühen Verfahrensstadium detailliert über konkrete Fälle Auskunft zu geben. Hier wird man sich gelegentlich auf die Bestätigung beschränken, dass ein Verfahren eröffnet worden ist.

Die Datenbank der laufenden Fälle weist per 31. Mai 2009 345 Eintragungen auf. In 211 Fällen haben Mitgliedstaaten bestätigt, dass ein Verfahren eröffnet wurde. Die Differenz erklärt sich z.T. dadurch, dass Fälle mehrere Jurisdiktionen betreffen und an einem Ort konzentriert geführt werden. In anderen Fällen sehen die Behörden keinen Anlass, aktiv zu werden, sei es,

10 *Pieth, M.*: Introduction. In: *Pieth, M./Low, L.A./Cullen, P.J.* (Hrsg.): The OECD Convention on Bribery, A Commentary, Cambridge 2007, S. 31 ff.; *Bonucci, N.*: Art. 12. Monitoring and Follow-up. In: *Pieth, M./Low, L.A./Cullen, P.J.* (Hrsg.): The OECD Convention on Bribery, A Commentary, Cambridge 2007, S. 450 ff.

11 Working group on bribery confidential paper as of 21.05.09 named: “Alleged foreign bribery cases”. (zit. Matrix)

12 Es existiert eine besondere Verfahrensordnung, die ebenso vertraulich behandelt wird (vgl. *Pieth, M.*: Introduction. In: *Pieth, M./Low, L.A./Cullen, P.J.* (Hrsg.): The OECD Convention on Bribery, A Commentary, Cambridge 2007, S. 31, Fn. 130).

dass trotz Anstrengungen noch zu wenige Beweise vorliegen, sei es, dass sie sich zu wenig anstrengen oder dass politische Hindernisse im Weg stehen.

Die Fallliste enthält einen zweiten Teil, der noch nicht in allen Details verfeinert ist; er betrifft die Embargoverletzungen im Rahmen des Öl für Lebensmittel Programms der UNO im Irak zwischen 1996 und 2003. Von den vom „Independent Inquiry Committee into the Oil-for-Food Programme of the UN in Iraq“ identifizierten ca. 2500 Fällen illegaler Zahlungen¹³, wurden in 27 OECD-Vertragsstaaten Fälle aufgegriffen. Während sie überwiegend als Embargoverletzungen und nicht als Bestechungsfälle behandelt werden¹⁴, sind nun doch in vielen Ländern Verfahren eröffnet worden (gegen ca. 350 Gesellschaften im Rahmen der OECD Staaten). Bisher ist die Erledigung von ca. 50 Fällen durch Verurteilung zu Busse oder durch Einziehung illegaler Gewinne bekannt geworden. Diese Datenbank bleibt für unsere Zwecke unberücksichtigt, weil sie noch zu instabil ist.

Als weitere Referenzstatistik besteht schließlich die auf Selbstdeklaration beruhende Erledigungsstatistik der OECD Mitgliedsstaaten.¹⁵

Die Auswertung dieser Unterlagen, deren Details vertraulich bleiben müssen, erlaubt es doch wesentlich über den anekdotischen Zugang der bisherigen Literatur hinauszugehen.

Ich werde im Folgenden – gestützt auf die laufenden Fälle und die Liste der Verdachtsfälle – ein Bild dessen zeichnen, womit sich die OECD im Bereich der Korruption beschäftigt:

- Dabei werden erst die (behaupteten) Wirtschaftssektoren analysiert,
- dann die behaupteten *Opferstaaten* dargestellt,
- eine weitere Analyseebene ist die Höhe der behaupteten Bestechungssummen, soweit den Berichten etwas zu entnehmen ist.
- Schließlich enthält das Material eine Fülle von Informationen zum *modus operandi*.

13 Volcker Bericht: *Volcker, P.A., Goldstone, R.J., Pieth, M.*: Independent Inquiry Committee into the United Nations Oil-for-Food Programme, Manipulation of the Oil-for-Food Programme by the Iraqi Regime, Oktober 2005.

14 *Pieth, M.*: „Öl für Lebensmittel“ – Aufpreise für Aufträge. In: *FS Tiedemann*: Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht – Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen, Köln 2008, S. 901 ff.

15 Report on the Results of Enforcement Data Reporting, Compilation of Enforcement Data Received, as of March 2010.

- Interessant ist auch die Rolle, die die *Selbstanzeige* und die *interne Untersuchung* durch Unternehmen (voluntary disclosure) bei der Verfahrenseinkleitung spielt.

2. Die Auswertung der OECD Tour de Table-Matrix

2.1 „Grand Corruption“

Erwartungsgemäß ziehen die Fälle vermuteter großer Bestechung die Aufmerksamkeit der Medien auf sich. Dabei liegen für die Fälle bestätigter Verfahren recht genaue Angaben über die behauptete Bestechungssumme vor. Am oberen Ende der Skala figurieren schwarze Kassen in Milliardenhöhe (v.a. Siemens, BAE, Thales etc.) und einzelne wenig gesicherte Fälle in den hunderten Millionen von Euros. Der Hauptharst der Einzelfälle betrifft entweder den Bereich 1-100 Millionen € (28 Fälle) oder 100'000-1 Mio. € (20 Fälle), unterhalb dieses Niveaus sollen 11 Fälle hängig sein. Für den Rest der Fälle enthält das Material keine Spezifizierung der Summen. Meist wird nur das durch Bestechung generierte Auftragsvolumen genannt.

Individuelle Bestechungssummen

Summe	Fälle
> 1 Mia €	3
> 500 Mio. €	1
100-500 Mio. €	4
1-100 Mio. €	28
100'000-1 Mio. €	20
< 100'000	11
Total	67

2.2 Sektoren

Die Aufschlüsselung nach Sektoren ergibt ebenfalls keine besondere Überraschung: Im Vordergrund stehen Öl, Energie und Minenwesen (77 Fälle), Verteidigung und Zivilluftfahrt (58), Beschaffung von LKW, Schiffen und Zügen (18), Bauwesen (48), IT (32) und schließlich die Pharmabranche (mit 28 Fällen).

Sektoren	Fälle	
Öl + Gas	46	Energie Gesamt 77
Elektro	11	
Wasseraufbereitung	1	
Metall und Minen	19	
Verteidigung und Zivilluftfahrt	58	
Beschaffung von LKW, Schiffen und Zügen	18	
Bau, Ingenieurwesen, Consulting, Immobilienwesen	48	
IT	32	
Pharma	28	
Nahrungsmittel	7	
Logistik und Transport	7	
Finanzwesen	15	
Sicherheit	1	
Katastrophenhilfe	8	
Andere Verwaltungsbereiche	7	
Andere Tätigkeiten	5	
Total der berücksichtigten Fälle	311	

2.3 „Opferstaaten“

Die Konstruktion von „Angebot“ und „Nachfrage“ in der Auslandsbestechung evoziert das Bild eines Sitzlandes des bestechenden Unternehmers (in jedem Fall ein Mitglied des OECD Abkommens) und ein Land, das dadurch „verletzt“ wird, dass sein Amtsträger bestochen wird. Ausgeblendet wird dabei, dass – zumal Staaten des Südens – durch Defizite in ihrer Gouvernanz (bis hin zum „failing state“) Korruption oftmals geradezu provozieren.

Von 334 zuordenbaren Fällen entfielen 135 auf die „reiche Welt“ (Europa, Nordamerika, MENA und der reiche Teil Asiens), 175 Fälle richteten sich gegen Entwicklungsstaaten und 24 Fälle gegen sog. Transitionsstaaten (Russland, China, Indien, Brasilien).

Im Rahmen der europäischen Fälle fiel ein erheblicher Teil auf die neuen EU-Mitgliedstaaten und auf Südeuropa (39). Bei den Fällen gegen Entwicklungsstaaten stand Afrika ganz im Vordergrund (mit 81 Fällen).

„Opferstaaten“

Entwickelte Staaten	Alte EU-Staaten	57
	Neue EU-Staaten	29
	Südeuropa	10
	Amerika	14
	„reiches“ Asien und MENA	25
Entwicklungsstaaten	Afrika	81
	Asien	53
	Lateinamerika	41
Transitionsstaaten	Russland	3
	China	13
	Indien	3
	Brasilien	5
Total		334

2.4 Modus operandi

Auch wenn die Fallsammlung – dies ist in Erinnerung zu rufen – auf noch nicht abgeurteilten Fällen beruht, lässt sich ihr über die Vorgehensweise übers Ganze gesehen einiges entnehmen:

2.4.1 Zweck der Bestechung

Über die Ziele der Bestechung erfahren wir, dass in 11 Fällen eine Baubewilligung, in 47 Fällen Schürfrechte für Bodenschätze und in 12 Fällen weitere (illegale) Lizenzen bewirkt werden sollten. Zu letzteren gehören insbesondere Ein- oder Ausfuhrbewilligungen, Lotterielizenzen, Fahrbewilligungen, die Zulassung von medizinischer Ausrüstung, Telecom-Lizenzen und die (illegale) ökologische Unbedenklicherklärung von Projekten. Damit kommt die Kategorie nah an eine andere Gruppe von Fällen, die der Steuer- oder Abgabevermeidung dienen (19). Spitzenreiter von der Zielsetzung her ist aber ganz eindeutig die Beeinflussung von Beschaffungsentscheiden (162 Fälle). In 11 Fällen wurde behaupteterweise schlicht veruntreut, gestohlen oder betrogen.

2.4.2 Methoden

Immer wieder wurden – so die Annahme – *Intermediäre* (Agenten) oder Finanzintermediäre zwischengeschaltet (in 17 Fällen explizit genannt) oder es wurden *Tochtergesellschaften* und *Joint Venture Partners* missbraucht (15). Häufig wurden dabei *Konsulentenbeziehungen* vorgetäuscht (explizit in 13 Fällen). Sodann wurden immer wieder *Sitzgesellschaften*, gegründet an Off-shore-Orten, vorgeschoben (6).

Eine erhebliche Bedeutung, vor allem bei multinationalen Unternehmen spielen sogenannte *schwarze Kassen*. 6 solche Kassen mit hunderten von Millionen Euro wurden allein beim hier diskutierten Sample behauptet.

2.4.3 Zahlungsformen

Während überwiegend für derartige Summen elektronische Transfers, versteckt mit Hilfe der Methoden der Geldwäsche, im Vordergrund stehen dürften, kamen Barzahlungen, Realgeschenke und auch Einladungen in einzelnen Fällen vor (7).

2.4.4 Entdeckung

In 14 Fällen wurden, nach Angaben der Berichte, die Umstände durch interne Untersuchungen entdeckt und an die Behörden gemeldet.

3. Vergleich mit offiziellen Statistiken

Der Versuch, die Tour de Table-Matrix mit offiziellen Statistiken der Mitgliedsländer im Bereiche transnationale Bestechung zu vergleichen, erweist sich aus mehreren Gründen als schwierig: Zum einen werden oftmals gerade auch große Fälle aus taktischen Erwägungen aufgrund anderer Normen erledigt (der Fall Siemens wurde in den USA als Buchführungsverstoß behandelt, um die obligatorische Sperre bei Vergabeverfahren zu vermeiden). Zum anderen werden etliche Fälle per Deal erledigt und scheinen nicht ohne weiteres in den Verurteilungsstatistiken auf. Schließlich sind nicht alle Staaten bereit, die Anzahl der laufenden Strafuntersuchungen bekannt zu geben.

Betrachtet man die auf freiwilliger Basis erstellte offizielle Statistik der OECD, fällt auf, dass die USA eine hohe Zahl von Verurteilungen (gegen natürliche oder juristische Personen, strafrechtlicher und nicht-strafrecht-

licher Art) aufweist. Ihr entspricht eine regelmäßig hohe Zahl von hängigen Verfahren.¹⁶ Dies entspricht vollkommen dem Eindruck der Matrix.¹⁷ Demgegenüber scheint Ungarn in einem Jahr 27 Personen verurteilt zu haben, allerdings befinden sich nach offiziellen Angaben keine weiteren Verfahren in der „Pipeline“. Grossbritannien, Frankreich und Schweden haben eine ganze Reihe von hängigen Strafverfahren¹⁸, es scheint aber kaum je zu Verurteilungen zu kommen. Demgegenüber weisen Italien, Korea und Norwegen eine ansehnliche Zahl von Verfahrenserledigungen (sei es Verurteilung, oder Freispruch) auf. Finnland führt gegenwärtig 4 Strafverfahren, hat aber noch keine Verurteilung zu melden. Deutschland weist seinerseits 5 Verurteilungen aus, möchte aber die Zahl der hängigen Verfahren nicht zu Protokoll geben. Aufgrund der Matrix müssen es aber gegenwärtig ca. 30 sein. Die anderen Staaten haben bislang praktisch keine gerichtlichen Erledigungen von Fällen ausgewiesen und der Grossteil der eröffneten Untersuchungen ist zwischenzeitlich wieder eingestellt worden. Einige Länder haben über Ermittlungen und Untersuchungen keine Informationen geliefert.

4. Überblick

Sowohl die Datenbank der laufenden Fälle, wie die offiziellen Informationen über abgeschlossene Fälle bestätigen, was wir bereits vom anekdotischen Zugang her vermuten:

Sowohl die „grand“ wie die alltägliche „petty corruption“ sind weit verbreitet. Im Bereiche der „grand corruption“ haben sich grosse Unternehmen, zumal im Verteidigungs- und im Maschinenbaubereich mit Hilfe schwarzer Kassen darauf eingerichtet, regelmäßig Aufträge per Bestechung zu erlangen. Staaten haben ein beschränktes Interesse an der justiziellen Aufarbeitung. In Entwicklungsstaaten stehen typischerweise Interessen profitierender Eliten einem Verfahren entgegen¹⁹, in entwickelten Staaten glauben Wirtschaftsverbände (zumal im Öl- und im Waffensektor) auf Bestech-

16 Vgl. oben Fn. 15 zu USA.

17 92 Fälle.

18 Zwischen 5 und 10.

19 Bsp. Nigeria, Philippinen, Peru. In: *Pieth, M.* (Hrsg.): *Recovering stolen Assets*, Bern 2008.

ung angewiesen zu sein. Aus „nationalen Interessen“ wird Staatsanwälten und Untersuchungsrichtern von der konsequenten Verfolgung abgeraten²⁰.

Die „petty corruption“ wird, wenn überhaupt, nur lokal verfolgt. Sie ist sowohl für die lokale Bevölkerung (die, wie in Mexiko bis zu 20 % des Familieneinkommens in die Alltagskorruption investieren muss) wie für Unternehmer (Nötigung zur Zahlung sog. „facilitation payments“ für geschuldete Leistungen) äußerst lästig. Typischerweise geht es nicht bloß um die Beschaffung eines lebensnotwendigen Zusatzeinkommens durch Polizeibeamte, Krankenschwestern oder Zöllner: Regelmäßig sind sog. „rent-seeking“-Verhaltensweisen²¹ Teil einer organisierten Sammelpyramide zugunsten von Behörden, Leitern und Ministern.

5. Umgang mit Verfolgungsdefiziten

Auch wenn in den meisten OECD-Staaten Anlass zu Strafuntersuchungen bestehen würde, sind die ausgewiesenen Fallzahlen eröffneter Untersuchungen, ja angeklagter Fälle und erst recht justiziell erledigter Fälle auffallend gering im Vergleich zu der auf der Grundlage der Medienberichte erstellten Matrix, zu der die Länder immerhin Stellung nehmen konnten.

Die OECD verfügt zwar über ein Instrument, die Strafverfolgung in den einzelnen Staaten zu ermuntern: das Landesmonitoring²². Offensichtliche Inaktivität angesichts klarer Verdachtsgründe führt zu öffentlicher Kritik in den offiziellen Landesberichten. Wenn die Berichte die Fälle zwar meist anonymisieren, kann die OECD bei besonders gravierenden Situationen durchaus auch Fälle beim Namen nennen.²³ Die Kritik der OECD kann eskaliert werden bis hin zu einer schwarzen Liste für Länder und Unternehmen. Der Effekt ist, dass die Handelspartner mit sämtlichen Unternehmen eines solchen Landes besondere Sorgfalt anwenden müssen. Im Klartext führt das zur Anhebung der Transaktionskosten um 5-10 %. Allerdings

20 Vgl. Fall BAE-SaudiArabien, indem der britische Premierminister *Tony Blair* dem Attorney General geraten hatte, den Fall einstellen zu lassen. *Klitgaard, R.*: Controlling Corruption, Berkeley, Los Angeles, London 1988, S. 43.

21 *Klitgaard, R.*: Controlling Corruption, Berkeley, Los Angeles, London 1988, S. 43.

22 *Pieth, M.*: Introduction. In: *Pieth, M./Low, L.A./Cullen, P.J.* (Hrsg.): The OECD Convention on Bribery, A Commentary, Cambridge 2007, S. 30 f.; *Bonucci, N.*: Art. 12. Monitoring and Follow-up. In: *Pieth, M./Low, L.A./Cullen, P.J.* (Hrsg.): The OECD Convention on Bribery, A Commentary, Cambridge 2007, S. 448 ff.

23 Bsp. siehe oben Fn. 20, Bericht vom Oktober 2008 über UK.

darf die Wirkung des Strafrechts nicht überschätzt werden. Entscheidend ist die freiwillige Unterwerfung des Privatsektors unter die neuen Normen.

6. Multi-Stakeholder-Groups und PPP's

Die Zukunft der Bekämpfung der „Angebotsseite“ der Korruption ist eindeutig in der Ko-Regulierung von öffentlichem und privatem Sektor zu sehen:

Unternehmen bemühen sich zwar mit ihren „Compliance-Systemen“ Bestechung durch ihre Mitarbeiter zu verhindern.²⁴ Vielfach reicht das allerdings nicht, solange keine Gewissheit besteht, dass sich auch die Konkurrenten an dieselben Regeln halten. Daher sind Industrie-Standards von erheblichem Wert. Den besten „return“ bringen „industry specific“ (d.h. branchen-spezifische) Gruppen.²⁵

Gelegentlich bedarf es zusätzlich der Kooperation mit nationalen und lokalen Behörden oder mit internationalen Organisationen.²⁶

7. Zusammenfassung und Schlussfolgerung

Die aktuelle intensive kriminalpolitische Debatte um die Korruption, einschließlich der transnationalen Bestechung, ist berechtigt, weil die Korruption zu einem der größten Entwicklungshindernisse geworden ist. Im *Süden* steht sie Erziehungs-, Gesundheits-, Ernährungs- und Wohnbauprogrammen im Wege. Sie behindert auch das alltägliche Leben nicht unerheblich.

Auch in der *entwickelten Welt* beeinträchtigt sie das Vertrauen in die staatlichen Institutionen, führt zum Verlust von Steuergeldern und zu unfairem Wettbewerb.

24 Maschmann, F.: Vermeidung von Korruptionsrisiken aus Unternehmenssicht, Arbeits- und Zivilrecht, Corporate Governance. In: Dölling, D. (Hrsg.): Handbuch der Korruptionsprävention, München 2007, S. 93 ff.

25 Pieth, M.: Multi-stakeholder initiatives to combat money laundering and bribery. In: Brütsch, Ch./Lehmkuhl, D. (Hrsg.): Law and Legalization in Transnational Relations, Abingdon 2007, S. 81 ff.

26 Heimann, F./Pieth, M.: Moving Anti-Corruption to the Next Level. In: Heimann, F./Vincke, F. (Hrsg.): Fighting Corruption, International Corporate Integrity Handbook, Paris 2003, S. 209 ff.

Die von der Weltbank präsentierten gigantischen Schätzungen der Bestechungssummen und der Schäden lassen sich nicht bestätigen. Überhaupt hat die kriminologische Literatur bisher einen Bogen um die Korruption gemacht. Die in einem politischen Kontext entstandene Datenbank der OECD erweist sich indessen als nützlich, um bestehende Annahmen zu verifizieren: Die auf Medienrecherchen basierende Matrix wird durch Beiträge der Beamten der betreffenden Staaten wie auch von Drittstaaten korrigiert und validiert. Dabei zeigt sich: Das Phänomen und insbesondere der Beitrag der Unternehmen des Nordens sind ernst zu nehmen.

Die OECD wie der Europarat und die UNO haben erhebliche Schwierigkeiten, die Normen gegen die Korruption durchzusetzen. Immerhin ist die OECD – wie wohl kein supranationales Gericht – in der Lage, auch in einem Einzelfall zu intervenieren und von einem Mitgliedstaat Rechenschaft zu verlangen. Dies hat sie betreffend Grossbritannien im Fall „Al Yamamah“ oder bezüglich Schweden im Fall Saab/Gripen bewiesen. Interessant ist dabei, dass es durchaus auch gelingt, die ökonomisch bedeutendsten Staaten zur Rechtfertigung zu verpflichten (auch G7 Staaten).

Längerfristig lässt sich das Programm gegen die „Angebotsseite der Bestechung“ aber nur mit Hilfe der *Wirtschaft* durchsetzen.

Korruption in der Privatwirtschaft

Eine kriminologisch-strafrechtliche Untersuchung zur sogenannten Angestelltenbestechung

Matthias Braasch

Gliederung

1. Einleitung
2. § 299 StGB – Normstruktur und Regelungslücken
3. Korruption in der Privatwirtschaft – Strukturen und Erscheinungsformen
4. Fallbeispiele
5. Was ist zu tun? Ausblick und Forderungen

1. Einleitung

„Die wesentlichen Parameter unternehmerischen Erfolges sind die Bindung allen Handelns an übergeordnete, zeitlos gültige Werte wie Ehrlichkeit, Verlässlichkeit, Fürsorge, Fleiß und Respekt.“

(Heinrich v. Pierer, ehemaliger Vorstandsvorsitzender der Siemens AG, im Jahre 2003)

„Die zynische Funktion des Geldes erweist sich in seiner Kraft, die höheren Werte in schmutzige Geschäfte zu verwickeln.“

(Peter Sloterdijk in seiner „Kritik der zynischen Vernunft“)

Korruption wird seit einigen Jahren in den unterschiedlichsten gesellschaftlichen Bereichen zunehmend als Problem wahrgenommen. Die Bandbreite aufgedeckter Korruptionsskandale reicht von illegalen Parteispenden und schwarzen Kassen in der Politik, Ämterpatronage und flächendeckenden Schmiergeldzahlungen in der öffentlichen Verwaltung bis zu bestochenen Schiedsrichtern und Funktionären in den Verbänden des organisierten Sports sowie der Bestechung von Angehörigen privater Wirtschaftsunternehmen.¹

¹ Bannenberg 2007, S. 615 ff.; Rönnau 2008, S. 76 ff.

Der letztgenannte Bereich ist in der jüngeren Vergangenheit in den Focus der Öffentlichkeit und des medialen Interesses gerückt, nachdem in den Jahren zuvor eher Meldungen über korrupte Amtsträger in den Stadtverwaltungen oder Zahlungen an politische Mandatsträger oder ihre Parteien für Aufsehen gesorgt hatten.² Doch nachdem Staatsanwaltschaften in ganz Deutschland verstärkt gegen Mitarbeiter namhafter Unternehmen ermittelt haben (u.a. *Daimler Chrysler, BMW, Ikea, Infineon, VW, MAN* und insbesondere *Siemens*, mit bisher bekannt gewordenen Schmiergeldzahlungen in Höhe von über einer Milliarde Euro sowie Kosten in Höhe von zweieinhalb Milliarden Euro für Aufklärungsmaßnahmen und Strafzahlungen in Deutschland und den USA³), setzt sich die Erkenntnis durch, dass nicht nur das Bild vom pflichtbewussten und unbestechlichen preußischen Beamten, sondern ebenso jenes vom ehrlichen Kaufmann zu revidieren ist. Galt in früheren Jahrzehnten die Gewährung von „Aufmerksamkeiten“ zur Sicherung von Aufträgen und zur allgemeinen „Klimapflege“ als normal und notwendig, herrscht nun eine verbreitete Unsicherheit vor, welche Handlungen im Wirtschaftsleben noch erlaubt sind, und wann die Grenze zur Strafbarkeit überschritten wird.⁴ Parallel zu dieser Entwicklung werden sich die Verantwortlichen in den Unternehmen und den Wirtschaftsverbänden aufgrund der langfristig entstehenden immensen Schäden der Wichtigkeit bewusst, durch die Implementierung von Präventionsmaßnahmen in der Unternehmensstruktur Wirtschaftskriminalität in jeglicher Ausprägung vorzubeugen. Dass Anspruch und Realität im täglichen Kampf um Angebote und Aufträge oftmals nur schwer in Einklang zu bringen sind, belegen bereits die einleitend angeführten Zitate.

Seit im Jahre 1997 auf der Grundlage des alten § 12 UWG die Strafvorschrift über „Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr“ als § 299 in das StGB aufgenommen worden ist⁵, haben sich auch die Strafrechtswissenschaft und die Kriminologie verstärkt mit der Thematik der Wirtschaftskorruption auseinandergesetzt und dabei zahlreiche dogmatische und praktische Probleme aufgedeckt. Neben der Frage nach der Weite des Schutzbereiches des Tatbestandes und der damit zusammenhängenden Grundentscheidung, in welchem Ausmaß bestehende Strafbarkeitslücken hingenommen werden können, sind im Bereich der „Angestelltenbestechung“ insbesondere fehlende empirische Erkenntnisse zu beklagen. Eine aktuell laufende kriminologisch-strafrechtliche Untersuchung des Verfas-

2 Zu dieser Fallgruppe *Bannenberg/Schaupensteiner* 2007, S. 104 ff.

3 Zum „Fall *Siemens*“ *Leyendecker* 2007, S. 59 ff.

4 Siehe hierzu Arbeitskreis Corporate Compliance 2009.

5 Zur Entstehungsgeschichte der Norm *Koepsel* 2006, S. 25 ff.

sers, basierend auf der Analyse von Straftakten, hat das Ziel, neue Erkenntnisse über das Hellfeld zur Korruption in der Privatwirtschaft zu gewinnen und zur Klärung der genannten Probleme beizutragen.

2. § 299 StGB – Normstruktur und Regelungslücken

Die klassische Grundkonstellation der Korruption in der Privatwirtschaft besteht darin, dass ein Auftragnehmer, der mit verschiedenen Mitbewerbern konkurriert, einem mit Entscheidungsgewalt ausgestatteten Beschäftigten des Auftraggebers einen Geldbetrag zuwendet, um den begehrten Auftrag zu erhalten.⁶ Uneinigkeit besteht allerdings bereits bei der Frage der Schutzrichtung der Vorschrift, d.h. des durch § 299 StGB geschützten Rechtsgutes. Es wird nicht zu Unrecht kritisiert, dass in diesem Zusammenhang ein „Rechtsgutbündel“ angeboten werde, ein „Kaleidoskop“ dessen, was an kriminalpolitischen Überlegungen und Kriminalisierungswünschen aus dem Tatbestand heraus- bzw. in ihn hineingelesen werden könne.⁷ Ganz überwiegend wird vertreten, dass – zumindest vorrangig – der Tatbestand des § 299 StGB den freien, lautereren Wettbewerb als ein allgemeines Interesse der Staatsbürger an funktionierenden Wettbewerbsbedingungen schützt.⁸ Doch werden daneben auch die (Vermögens-)Interessen der Mitbewerber⁹ und des gutgläubigen Geschäftsinhabers¹⁰ sowie darüber hinaus die Kunden des Unternehmens gegen Verteuerung der Ware oder unrichtige Beratung und generell die Allgemeinheit als Verbraucher in ihrem Interesse an nicht überhöhten Preisen¹¹ als mittelbar geschützt angesehen. Diese Vielzahl unterschiedlicher Schutzinteressen ist insoweit als dogmatisch heikel und kontraproduktiv einzustufen, da somit bloße Reflexwirkungen wie die Beeinträchtigung der Interessen der „ehrlichen“ Mitbewerber zum Bestandteil des zu schützenden Rechtsgutes werden. Auf diese Weise wird letztlich die an einem klar definierten Rechtsgut orientierte und Rechtssicherheit gewährleistende Auslegung eines in vielerlei Hinsicht unklaren Tatbestandes erschwert.¹² Denn selbst wenn man mit einer im Vordringen begriffenen Ansicht ausschließlich den freien Wettbewerb als geschützt ansieht und damit die Freiheit der

6 Zöller 2009, S. 138; zum Begriff der Wirtschaftskorruption Vogel 2004, S. 395.

7 Rönau 2008, S. 82 f.; Vormbaum 2006, S. 649.

8 Siehe m.w.N. Bannenberg 2008, § 299 Rn. 3; Fischer 2009, vor § 298 Rn. 6.

9 Dannecker 2005, § 299 Rn. 5.

10 Diemer/Krick 2006, § 299 Rn. 2.

11 Tiedemann 2008, § 299 Rn. 4.

12 In dieser Hinsicht zu Recht krit. Koepsel 2006, S. 62 ff., 91 ff.; Pragal 2006, S. 112 ff.

Marktkonkurrenz von unlauteren, nicht offenbarten Einflüssen meint, die das Austauschverhältnis von Waren und Leistungen einseitig zugunsten eines Beteiligten verzerren¹³, werden bei einzelnen Fallkonstellationen im Hinblick auf einen anzustrebenden weitgehend lückenlosen Schutz des lautereren (Leistungs-)Wettbewerbs widersprüchliche Ansichten vertreten.

Dies gilt zum einen für die Ausgestaltung der Bestechlichkeit nach § 299 Abs. 1 StGB als echtes Sonderdelikt: der Kreis potentieller Täter ist auf Angestellte und Beauftragte eines geschäftlichen Betriebes beschränkt. Als Angestellter gilt derjenige, der in einem mindestens faktischen Dienstverhältnis zum Geschäftsherrn steht und dessen Weisungen unterworfen ist, und als Beauftragter ist anzusehen, wer, ohne Angestellter zu sein, befugtermaßen für einen Geschäftsbetrieb tätig wird. Er muss auf Grund seiner Stellung berechtigt und verpflichtet sein, auf Entscheidungen, die den Waren- und Leistungsaustausch des Betriebs betreffen, Einfluss zu nehmen.¹⁴ Nach geltendem Recht kann somit der Geschäftsinhaber selbst den Tatbestand nicht verwirklichen, und zwar auch dann nicht, wenn ihm die unzulässige Zuwendung des Vorteils an seinen Angestellten bekannt ist, und er diese sogar billigt (Fälle der sog. „entschleierte Schmiergelder“). Dies erscheint dogmatisch wie auch rechtspolitisch im Hinblick auf das zu schützende Rechtsgut des freien Wettbewerbs äußerst zweifelhaft, da dieser beim „Schmieren“ des Betriebsinhabers in gleicher Weise beeinträchtigt werden kann wie bei der Bestechung eines Angestellten oder Beauftragten. So kann der Argumentation nur schwer gefolgt werden, die unter Hinweis auf die „verfassungsrechtlich garantierte Vertragsfreiheit“, die es den Vertragspartnern „innerhalb weiter Grenzen“ ermögliche, „die Konditionen ihres Geschäfts selbst festzulegen“, die Ausklammerung des Geschäftsinhabers aus dem Tatbestand des § 299 Abs. 1 StGB als berechtigt ansieht.¹⁵ Denn wenn der Geschäftsinhaber in den Kreis tauglicher Täter einbezogen wird, sollen damit nicht – wie die besagte Ansicht mutmaßt – die Grundlagen der Wettbewerbs- und Leistungsgesellschaft aufgehoben oder die Verfolgung eigennütziger Motive verhindert werden, sondern es ist auf der Grundlage möglichst konkreter Abgrenzungskriterien zu beurteilen, ob geschäftliche Entscheidungen – und zwar unabhängig davon, wer im Unternehmen diese Entscheidung trifft – sach-

13 *Koepsel* 2006, S. 99 ff., 111; *Rönnau* 2008, S. 84; *Vormbaum* 2006, S. 652. Für diese Sichtweise spricht auch der historische Ursprung der Norm, die dem Regelungszusammenhang des UWG (§ 12 a.F.) entstammt. Insbesondere im Hinblick auf den Wettbewerbsbegriff soll dieser Zusammenhang weiterhin berücksichtigt werden, vgl. *Tiedemann* 2008, vor § 298 Rn. 4; *Zöller* 2009, S. 140.

14 *Bannenberg* 2008, Rn. 8 f.; *Fischer* 2009, Rn. 9 f.

15 So *Rönnau* 2009, S. 304 f.; *Vormbaum* 2006, S. 652 f.

widrig und in einer den fairen Wettbewerb gefährdenden Weise beeinflusst werden. Dies ist dann der Fall, wenn der gewährte oder versprochene Vorteil das Leistungsprinzip als Entscheidungsmaßstab ersetzt.¹⁶ Dass dies bei der Gewährung eines Wellnessaufenthalts in einem Luxushotel zugunsten des Geschäftsinhabers zur Erlangung eines Auftrages *nicht* der Fall, sondern generell zulässig sein soll¹⁷, ist nur schwer nachvollziehbar. Scheinbar sehen die Vertreter dieser Ansicht mit dem Ziel einer weitgehenden Begrenzung des Tatbestandes die Strafwürdigkeit korrupter Handlungen in der Privatwirtschaft i.S. eines Untreue-Elementes primär in einem Pflichtenverstoß im Verhältnis zwischen Geschäftsinhaber und Angestelltem begründet.¹⁸ Um eine modellkonforme und dogmatisch saubere Lösung zu erreichen, kann aus den genannten Gründen zudem in den Fällen der „entschleierte Schmiergelder“ eine rechtfertigende Einwilligung durch den Betriebsinhaber mangels Dispositionsbefugnis des Einzelnen über ein Rechtsgut der Allgemeinheit nicht angenommen werden. Dass bei derartigen Konstellationen nach der aktuell geltenden Rechtslage der Geschäftsinhaber straflos bleibt, wohingegen sich nach h.M. eine Strafbarkeit des Angestellten/Beauftragten gemäß § 299 Abs. 1 StGB begründen lässt, sofern dieser mit eigener Dispositions- und Entscheidungskompetenz tätig wird¹⁹, spricht ebenfalls dafür, zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen den Geschäftsinhaber in den Kreis tauglicher Täter nach Abs. 1 einzubeziehen, anstatt im Wege einer teleologischen Reduktion der Einwilligung des Geschäftsherrn eine rechtfertigende Bedeutung zuzubilligen.²⁰ Die Notwendigkeit zur Schließung dieser Strafbarkeitslücke wird noch deutlicher in dem Fall, dass der Geschäftsinhaber die Vorteilszuwendung nicht nur billigt, sondern er bzw. sein Betrieb Empfänger eines Dritt Vorteils nach § 299 Abs. 1 StGB ist. Auch dabei kommt es darauf an, zu entscheiden, ob das „Aushandeln“ des Vorteils durch den Angestellten zugunsten seines Geschäftsherrn als nicht mehr sozialadäquat und als unlautere Bevorzugung im Wettbewerb zu Lasten der Mitbewerber einzustufen ist. Sofern diese Tatbestandsvoraussetzung erfüllt ist, kann es auch nicht mehr zu Abgrenzungsproblemen in der Hinsicht kommen, dass bevorzugende Handlungen zugunsten des eigenen Geschäftsherrn vom Angestellten zumindest grundsätzlich erwartet werden.²¹ Eine derartige

16 Für eine Einbeziehung des Geschäftsherrn in den Kreis tauglicher Täter *Bürger* 2003, S. 134 f.; *Pragal* 2006, S. 210 ff.; *Schaupensteiner* 2003, S. 12; *Vogel* 2004, S. 404 f.

17 So *Rönnau* 2009, S. 304.

18 Zu dieser Sichtweise *Bürger* 2003, S. 132 f.; *Fischer* 2009, § 299 Rn. 10c.

19 *Fischer* 2009, § 299 Rn. 16; *Heine* 2006, § 299 Rn. 30; *Tiedemann* 2008, § 299 Rn. 55.

20 So aber *Winkelbauer* 2004, S. 391 ff.

21 Siehe hierzu *Rönnau* 2009, S. 305; *Winkelbauer* 2004, S. 391, 393.

„Erwartung“ kann nicht solche Handlungen beinhalten, die gegen §§ 3 ff. UWG oder sogar gegen Strafvorschriften verstoßen. So ist es keineswegs „befremdlich“, bei derartigen Fallkonstellationen die Möglichkeit einer Unrechtsvereinbarung anzunehmen, sondern wäre es dies, stattdessen generell von einem wettbewerbskonformen Verhalten und damit von der Straflosigkeit des Angestellten auszugehen.²²

Weitere im Hinblick auf einen effektiven Schutz des freien (Leistungs-) Wettbewerbs problematische *Strafbarkeitslücken* werden zunehmend kritisiert:

- Vor dem Hintergrund eines stringent angewandten wettbewerbsstrafrechtlichen Regelungsmodells sollte ausdrücklich klargestellt werden, dass die sog. *freien Berufe* (z.B. Architekten, Rechtsanwälte, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer) ebenfalls vom Anwendungsbereich des § 299 StGB erfasst werden. Der bisherige Wortlaut der Norm verlangt, dass der Vorteil dafür gefordert, versprochen oder angenommen wird, dass der Vorteilsgeber vom Vorteilsnehmer im Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzugt wird, und zwar *beim Bezug von Waren oder gewerblichen Leistungen*. Ob unter den letztgenannten Terminus die Tätigkeiten von Freiberuflern fallen, ist umstritten.²³ Daher sollte zur Klarstellung auf das einschränkende Kriterium der „Gewerblichkeit“ verzichtet werden. Es ist für den Schutz des Wettbewerbs irrelevant, ob der Bestochene als Selbständiger oder als Angestellter z.B. Beratungsleistungen erbringt.²⁴
- Gemäß der geltenden Regelung muss der Bestochene den Vorteil als Gegenleistung für eine zukünftige Bevorzugung im Wettbewerb fordern, sich versprechen lassen oder annehmen. Verlangt wird somit, dass zwischen der Tathandlung und der vom Bestechenden erwarteten Bevorzugung ein Zusammenhang in der Weise besteht, dass ein do-ut-des-Verhältnis zwischen dem Vorteil und der von ihm zu erbringenden Bevorzugung begründet ist. Es muss eine sog. Unrechtsvereinbarung vorliegen.²⁵ Da der Gesetzgeber bei § 299 StGB im Gegensatz zu den Vorschriften der Amtsträgerdelikte in den §§ 331, 333 StGB von einer Lockerung der Unrechts-

22 So aber *Römmau* 2009, S. 305; *Winkelbauer* 2004, S. 393 f.; hingegen bejahen eine Strafbarkeit des Angestellten bzw. des Beauftragten *Bürger* 2003, S. 131; *Diemer/Krick* 2006, § 299 Rn. 10; *Tiedemann* 2008, § 299 Rn. 26.

23 Verneinend *Bannenberger* 2007, S. 663 f.; *Dannecker* 2005, § 299 Rn. 54; für eine weite Auslegung des Begriffs und eine Einbeziehung der freien Berufe *Heine* 2006, § 299 Rn. 22; *Koepsel* 2006, S. 192 ff.

24 *Schaupensteiner* 2003, S. 12 f.; *Zöller* 2009, S. 148.

25 *Schaupensteiner* 2003, S. 12 f.; *Zöller* 2009, S. 148.

vereinbarung abgesehen und daran festgehalten hat, dass der Vorteil für eine mehr oder weniger bestimmte Bevorzugung in der Zukunft gegeben werden muss, sind sowohl Zuwendungen für bereits erbrachte Leistungen („Dankeschön-Zahlungen“) als auch das sog. „Anfüttern“ und die „Klimapflege“, um das allgemeine Wohlwollen eines möglichen künftigen Auftraggebers zu erreichen, straflos.²⁶ Hier besteht – auch im Hinblick auf häufig vorkommende Beweisschwierigkeiten – dringender Regelungsbedarf, wenn an dem Bemühen, Korruption im Wirtschaftsleben auch durch strafrechtliche Regelungen möglichst wirksam verhindern zu wollen, festgehalten werden soll.²⁷

- Die Parallelen zwischen dem Wettbewerb in der freien Wirtschaft und dem kommerzialisierten Leistungssport werden nur zögerlich erkannt und die erforderlichen Konsequenzen nicht gezogen. Manipulationen im Leistungssport durch korruptive Handlungen wie z.B. die Bestechung von Schieds- und Wettkampfrichtern oder den Sportlern selbst, Schmiergeldzahlungen an sog. „Berater“ bei Spielerkäufen im Ausland²⁸ oder durch das internationale Dopinggeschäft²⁹, sind bisher strafrechtlich nicht oder nur über Umwege erfasst.³⁰ Da es nahe liegt, dass sich in vielen für alle Beteiligten äußerst lukrativen Bereichen des Leistungssports korruptive Strukturen bilden, und auf diese Weise immense Schäden bei Veranstaltern, Sponsoren und den Mitkonkurrenten entstehen, sind entsprechende Manipulationen als sozialschädlich anzusehen, und kann diesen und den durch sie verursachten schädlichen Sog- und Spiralwirkungen durch strafrechtlichen Schutz entgegengewirkt werden.³¹ Die bisherigen internen Kontrollen und Maßnahmen der Verbände gegen unsachliche Einflussnahmen auf den sportlichen Wettbewerb wie Korruption oder Doping haben sich als weitgehend ineffektiv erwiesen, da es insbesondere an einem geeigneten Instrumentarium zur Ermittlung der Verstöße mangelt, und strafprozessuale Zwangsmittel wie Durchsuchung, Beschlagnahme, Gewinnabschöpfung, Untersuchungshaft etc. nur durch einen entsprechenden strafrechtlichen Schutz zu erreichen sind. In diesem Zusammenhang ist dafür zu plädieren, strafwürdige und strafbedürftige Manipulationen von

26 Bannenberg 2008, § 299 Rn. 12; Rönnau 2008, S. 98 f.

27 Schuppensteiner 2003, S. 12 f.; Zöllner 2009, S. 149.

28 Siehe hierzu Bannenberg 2007, S. 677 ff.; Weinreich 2006, S. 22 ff.

29 Braasch 2008, S. 479 ff.

30 Vgl. den „Fall Hoyzer“, in dem die Beteiligten auf der Grundlage einer umstrittenen rechtlichen Argumentation wegen Betruges bzw. wegen Beihilfe zum Betrug verurteilt worden sind, die eigentliche Bestechungshandlung aber straflos geblieben ist. Siehe hierzu BGHSt 51, 165 ff.

31 Bannenberg/Rössner 2006, S. 216 ff.

Sportwettkämpfen im wirtschaftlich orientierten Leistungssport (Korruption, Doping etc.) durch neue Regelungen, wie z.B. einen § 298 a StGB (Wettbewerbsverfälschungen im Sport) und einen § 299 a StGB (Bestechlichkeit und Bestechung im sportlichen Wettkampf) unter Strafe zu stellen.³²

3. Korruption in der Privatwirtschaft – Strukturen und Erscheinungsformen

Über die grundsätzliche Definition hinaus, korruptive Handlungen als einen Angriff auf die sachgerechte Aufgabenerfüllung durch die regelwidrige Austauschbeziehung zwischen Geber und Nehmer anzusehen³³, lassen sich trotz methodischer Schwierigkeiten für bekannt gewordene Korruptionsfälle einige Strukturmerkmale herausarbeiten. Neben der üblichen Unterscheidung zwischen situativer und struktureller Korruption³⁴ ist insbesondere auf die differenzierte Strukturbildung nach *Britta Bannenberg* hinzuweisen, die sie auf der Grundlage ihrer bundesweit durchgeführten strafrechtlich-empirischen Studie über Korruption entwickelt hat. Hiernach wird zwischen *Bagattell- oder Gelegenheitskorruption* (Struktur 1: der Täter begeht die nicht auf Wiederholung angelegte Tat aufgrund eines spontanen Entschlusses; am Tatgeschehen sind meistens nur zwei oder wenig mehr Personen beteiligt; Geber und Nehmer kennen sich in der Regel vor der Tat nicht), *gewachsenen Beziehungen* (Struktur 2: räumlich und personell begrenzte Fälle; länger andauernde Beziehungen, die auf Wiederholung angelegt sind; in der Regel handeln ein bis zwei Täter auf Nehmerseite und zwei bis zehn Unternehmen, wobei diese Beziehungen sehr lange ungestört wachsen können), *Netzwerken* (Struktur 3: umfangreiche Strafverfahren, die meist der organisierten Wirtschaftskriminalität zugeordnet werden können; es ist eine Vielzahl von Personen auf Nehmer- und Geberseite über Jahre involviert; Korruption gehört zur Strategie, wird von Unternehmen massiv eingesetzt und ist mit weitergehenden Straftaten verbunden; es findet eine Abschottung und Geheimhaltung nach außen statt, Strafanzeigen und Zeugenaussagen sind daher relativ selten) und *organisierter Nicht-Wirtschafts-Kriminalität* unterschieden (Struktur 4: Organisierte Kriminalität im Sinne krimineller

32 *Bannenberg* 2007, S. 679 f.; *Bannenberg/Rössner* 2006, S. 220 ff.

33 Zum Begriff und den strafrechtlichen Grenzen der „Korruption“ *Ahlf* 1996, S. 154 f.; speziell zu den unterschiedlichen Regelungsmodellen der Wirtschaftskorruption *Vogel* 2004, S. 398 ff.

34 So u.a. vom BKA verwandt, siehe Bundeslagebild 2009, S. 5.

Vereinigungen, die nach Deliktsbereichen und dem Einsatz von Gewalt zu charakterisieren ist als Menschenhandel, Drogenhandel, Rotlicht-Kriminalität usw.; systematische Einflussnahmen auf Politik, Justiz und Verwaltung wurden nicht gefunden; in Einzelfällen fanden diese Einflussnahmen aber in subtiler Form durch die Politik sowohl auf die Verwaltung als auch auf die Strafverfolgung statt).³⁵

Es ist schwierig, verbindliche und wissenschaftlich haltbare Angaben über das tatsächliche Ausmaß von Korruption in Deutschland zu machen. Ein Blick auf die amtlichen Statistiken scheint zunächst denjenigen Recht zu geben, die davor warnen, die Zustände der Korruption in diesem Land zu dramatisieren, bzw. davon ausgehen, dass dieses Phänomen lediglich stärker thematisiert würde, als dies in der Vergangenheit der Fall gewesen sei.³⁶ Die Polizeiliche Kriminalstatistik (PKS) weist für das Jahr 2008 lediglich 612 registrierte Fälle der Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr gemäß § 299 StGB sowie 640 Tatverdächtige zu diesem Straftatbestand aus.³⁷ Als noch geringer stellen sich die Zahlen der Verurteilungen bei diesem Delikt dar: für das Jahr 2007 nennt die Strafverfolgungsstatistik 56 Verurteilungen auf der Grundlage von § 299 StGB.³⁸ Für das Jahr 2008 ergibt sich bei insgesamt 6.329 Fällen von Wettbewerbs-, Korruptions- und Amtsdelikten und einer Gesamtzahl von 6.114.128 erfassten Fällen ein Anteil von 0,1 % an der registrierten Gesamtkriminalität.³⁹ Dieser Zustand wird durch das Lagebild Korruption des Bundeskriminalamtes grundsätzlich bestätigt: die Zahl der von der Polizei geführten Verfahren, die Korruptionsdelikte zum Gegenstand haben, ist von 1994 bis 2002 im Wesentlichen kontinuierlich gestiegen (von 258 auf 1683 Verfahren) sowie nach einem leichten Rückgang auf einem gleich bleibend hohen Niveau geblieben (2005: 1.649; 2006: 1.609; 2007: 1.599) und im Jahr 2008 noch einmal deutlich auf 1.808 Verfahren angestiegen.⁴⁰ Die stark schwankende Zahl der in diesen Verfahren bearbeiteten Korruptionsstraftaten ist auf die Erfassung von Ermittlungscomplexen mit einer Vielzahl von Einzelstraftaten zurückzuführen (z.B.

35 Ausf. zur Strukturbildung und den jeweiligen Verfahren *Bannenber* 2002, S. 89 ff., 97 ff., 108 ff.; siehe auch *Bannenber/Schaupensteiner* 2007, S. 72 ff.

36 So *Leyendecker* 2003, S. 104 f.

37 PKS 2009, S. 209; siehe auch *Dölling* 2007, S. 4 f.

38 Strafverfolgung 2009, S. 38 f.; zum Vergleich die Amtsdelikte gemäß §§ 331 ff. StGB: 672 Fälle von Bestechung und Vorteilsgewährung und 1.090 Fälle von Bestechlichkeit und Vorteilsannahme im Jahr 2008, sowie 251 Verurteilungen insgesamt im Jahr 2007 (PKS 2009, S. 209; Strafverfolgung 2009, S. 40 f.).

39 PKS 2009, S. 27, 209.

40 Bundeslagebild 2009, S. 5.

1994: 11.241 gemeldete Korruptionsstraftaten; 1999: 6.743; 2000: 9.348; 2004: 7.610; 2005: 14.689; 2006: 6.895; 2007: 9.583; 2008: 8.569). Seit Jahren liegt der Schwerpunkt der polizeilich bekannt gewordenen Fälle der Korruption im Bereich der allgemeinen öffentlichen Verwaltung, wobei von 2007 auf 2008 aber ein beachtlicher Rückgang von einem Anteil von 79 % auf nur noch 46 % zu verzeichnen ist, wohingegen der Anteil der Taten in der Wirtschaft von 15 % auf 37 %, bei Strafverfolgungs- und Justizbehörden von 5 % auf 15 % sowie in der Politik von 1 % auf 2 % angestiegen ist.⁴¹

Auch wegen der nur sehr eingeschränkten Eignung der Kriminalstatistiken zur Erfassung von Korruption in ihrer gesamten Dimension⁴² und weiterer Indizien gehen Experten von einem sehr hohen Dunkelfeld aus. Nach Schätzungen sollen bis zu 95 % der tatsächlich begangenen Korruptionsdelikte nicht aufgedeckt werden. So handelt es sich bei Straftaten dieser Art um Heimlichkeitsdelikte, da sowohl der Geber als auch der Nehmer eines Korruptionsgeschäftes Täter ist und folglich kein Interesse an der Aufdeckung der Tat hat. Erschwerend kommt hinzu, dass selbst dann, wenn eine Korruptionsstraftat bekannt wird, die Behörden- bzw. die Unternehmensleitung häufig von einer Strafanzeige absieht, da befürchtet wird, dass darunter das Ansehen in der Öffentlichkeit leiden könnte. Auf ein beträchtliches Dunkelfeld deutet auch die Analyse umfangreicher Verfahren hin, die Korruptionsfälle zum Inhalt hatten, bei denen über Jahre hinweg systematisch bestochen worden ist, und aus Kapazitätsgründen oder wegen eingetretener Verjährung nur ein Bruchteil der begangenen Delikte angeklagt werden konnte. Diese Fälle lassen vermuten, dass auch in nicht bekannt gewordenen Fällen in ähnlicher Weise korruptive Handlungsstile ohne größeres Unrechtsbewusstsein praktiziert worden sind.⁴³ Daher ist es nur schwer feststellbar, ob die Zahl der Korruptionsdelikte in den letzten Jahren zugenommen hat, oder ob nur mehr Fälle vom Dunkel- in das Hellfeld überführt worden sind.⁴⁴

41 Bundeslagebild 2009, S. 9; siehe auch *Bannenber* 2007, S. 625.

42 Siehe hierzu *Dölling* 2007, S. 7.

43 *Bannenber* 2007, S. 626; *Dölling* 2007, S. 6 f.

44 Siehe hierzu auch PwC/Martin-Luther-Universität 2007, S. 10 ff., 16 ff., 30 ff. Für diese weltweit durchgeführte Studie zur Wirtschaftskriminalität sind 5.428 Unternehmen, darunter 1.166 in Deutschland, befragt worden. Danach war im Zeitraum zwischen Frühjahr 2005 und Frühjahr 2007 knapp die Hälfte der deutschen Unternehmen durch Korruption und andere Formen der Wirtschaftskriminalität geschädigt worden. Die Vermutung eines großen Dunkelfeldes sei bestätigt worden, da sich speziell bei Korruptionsdelikten die begründete Risikowahrnehmung der befragten Unternehmen als sehr viel höher herausgestellt habe als die von ihnen mitgeteilte Kriminalität. Zudem ließ die Studie trotz immenser materieller Schäden und Imageverlusten nur schwach ausgeprägte Kon-

4. Fallbeispiele

Zur bereits genannten kriminologisch-strafrechtlichen Untersuchung des Verfassers - auf der Grundlage einer Analyse von Straftaten zu „§ 299-Verfahren“ aus mehreren Bundesländern - sollen erste Zwischenergebnisse stichwortartig aufgezeigt werden, die einige strukturelle Charakteristika über korruptive Praktiken in der Privatwirtschaft erkennen lassen:

1. Die Praktiken des „Schmierens“ sind in nahezu allen Branchen anzutreffen.
2. Die Aufdeckung der korrupten Sachverhalte ist weitgehend zufällig und oft von (rechtlich noch immer unzureichend geschützten) Hinweisgebern abhängig.
3. Es kommt kaum zu Verurteilungen; auch aufgrund von Beweisschwierigkeiten hinsichtlich der Unrechtsvereinbarung ist die Einstellung des Verfahrens nach § 153a StPO oder § 170 Abs. 2 StPO eine häufige Folge.
4. Kontroll- oder Präventionssysteme haben im jeweiligen Unternehmen oder in der jeweiligen Branche kaum bestanden bzw. nicht gewirkt.
5. Der steigende Wettbewerbsdruck in den letzten Jahren scheint korruptive Praktiken eher noch befördert zu haben („Umsatz um jeden Preis“).
6. Hinsichtlich der Täterpersönlichkeiten besteht weitgehende Übereinstimmung mit bisherigen Erkenntnissen zum „typischen“ Korruptionstäter; insbesondere ist nur selten ein echtes Unrechtsbewusstsein erkennbar; Korruption wird als Notwendigkeit im Kampf um Marktanteile gerechtfertigt; Schäden jeglicher Art werden bagatellisiert.

Beispielhaft für die in der Untersuchung analysierten Verfahren sollen zwei Bereiche der Korruption etwas näher dargestellt werden, da hieran sowohl typische Verhaltensmuster der Beteiligten als auch die Schwierigkeiten bei der Strafverfolgung sowie kaum nachvollziehbare Strafbarkeitslücken deutlich werden:

Bestechung im (internationalen) Geschäftsverkehr – unvermeidbar?

Als im Mai 2009 die Staatsanwaltschaft die Konzernzentrale eines großen deutschen Industrieunternehmens (es handelt sich um einen der führenden europäischen Hersteller für Lastwagen, Busse, Dieselmotoren, Turbomaschinen und Spezialgetriebe), 39 Niederlassungen und die Wohnungen mehrerer beschuldigter Mitarbeiter durchsuchen ließ sowie zahlreiche Computer und

troll- und Präventionssysteme sowie ein minimiertes Risikobewusstsein bei den Unternehmensführungen in Deutschland erkennen.

Unterlagen beschlagnahmte, wurden Erinnerungen an den „Fall *Siemens*“ als bisher größten „Korruptionsskandal“ in der Privatwirtschaft wach. Denn auch hier lautet der Vorwurf, dass Schmiergeld-Systeme für das In- und Ausland bestanden hätten, um mit Hilfe falscher Rechnungen, verdeckter Provisionszahlungen und Scheinfirmen den Absatz konzerneigener Produkte zu „fördern“. Auf diese Weise seien die Verkäufer in den Niederlassungen in der Lage gewesen, Mitarbeiter inländischer Firmen sowie insbesondere Angestellte und Beauftragte ausländischer Unternehmen und ausländische Amtsträger zu bestechen und hätten erreicht, dass diese Geschäftspartner keine Verträge mit Konkurrenzunternehmen abgeschlossen, sondern sich für Kauf- und Leasingverträge mit ihrem Arbeitgeber entschieden hätten.⁴⁵ Das Ermittlungsverfahren konzentriert sich auf verdächtige Zahlungen im Zeitraum zwischen 2002 und 2005 mit einem Gesamtumfang von geschätzten 16 Millionen Euro (wobei sich die Zahlungen an ausländische Nehmer auf 15 Millionen Euro belaufen sollen) und richtet sich gegen weit über 100 Beschuldigte, darunter rund 50 Beschäftigte des deutschen Unternehmens. Dabei soll es sich überwiegend um Beschäftigte der unteren und mittleren Ebene des Managements handeln. Allerdings ließ sich auch ein Vorstandsmitglied, der Vertriebschef der Lkw-Tochter des Unternehmens, beurlauben, nachdem bekannt geworden war, dass die Staatsanwaltschaft auch gegen ihn ermittelt. Bei den verdeckten Provisionszahlungen im Inland soll es oftmals um kleinere Beträge von lediglich einigen hundert Euro gehen, allerdings handelt es sich wahrscheinlich um mehrere tausend Vorgänge insgesamt. Diese Beträge seien auf die Konten von Verwandten oder Freunden der Einkäufer bei den jeweiligen Kunden geflossen. Die internationalen Geschäfte sollen dagegen teils über Beraterverträge, teils über Scheinrechnungen und Scheinfirmen abgewickelt worden sein, wobei die Bestechungsgelder auch über Länder geflossen sein sollen, die für solche Transaktionen bekannt seien.⁴⁶ Seit Herbst 2005 gab es einen unternehmensinternen Verhaltenskodex, der u.a. Zuwendungen aller Art an Amtsträger oder Mitarbeiter anderer Unternehmen mit dem Ziel, Aufträge oder unbillige Vorteile für das Unternehmen oder andere Personen zu erhalten, allen Mitarbeitern ausdrücklich verbietet. Doch trotz dieser Richtlinien und der zusätzlichen Einrichtung einer Hotline zur anonymen Meldung mutmaßlicher Verstöße und der Installie-

45 Siehe hierzu auch „Korruptionsverdacht: Deutschlandweite Razzia. Staatsanwaltschaft geht bei Lastwagen- und Maschinenkonzern fragwürdigen Zahlungen in Millionenhöhe im In- und Ausland nach, in: Süddeutsche Zeitung vom 6. Mai 2009, S. 17.

46 Siehe auch den Bericht „Schmiergeld in der Wirtschaft: Die Tarmethoden sind raffiniert, aber die Staatsanwälte werden immer hartnäckiger“, in: Süddeutsche Zeitung vom 7. Mai 2009, S. 20.

rung externer Ombudsmänner konnten die beschriebenen illegalen Praktiken scheinbar nicht verhindert werden. Wie der Konzern im Zuge der Ermittlungen bekannt geben musste, seien der Unternehmensführung dubiose Zahlungen nach einer speziellen internen Untersuchung bereits seit dem Jahr 2007 bekannt gewesen. Man habe organisatorische und personelle Konsequenzen gezogen, aber die Staatsanwaltschaft bewusst nicht eingeschaltet, da dies kein Muss gewesen sei. Parallel zu den andauernden Ermittlungen der Staatsanwaltschaft hat das Unternehmen eigene umfassende Untersuchungen eingeleitet und hiermit eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft sowie eine international tätige Anwaltskanzlei beauftragt. Durch die Einrichtung eines firmeninternen Amnestieprogramms sollen Beschäftigte, die etwas über illegale Praktiken wissen oder selbst darin verwickelt sind, zu einer Aussage ermutigt werden. Im Gegenzug will das Unternehmen auf Kündigungen oder Schadensersatzklagen verzichten. Das Programm soll aber nicht für Manager aus den obersten Führungsebenen und auch nicht für Mitarbeiter gelten, die sich persönlich bereichert haben. Nach der Zahlung eines Bußgeldes in Höhe von 150,6 Millionen Euro sollen insbesondere durch den Aufbau einer Compliance-Organisation ähnliche Fälle in der Zukunft verhindert werden.⁴⁷

„Geben und Nehmen“ im deutschen Gesundheitswesen

Aufgedeckte Fälle im Gesundheitswesen lassen ein gezieltes und flächendeckendes System der „Bestechlichkeit und Bestechung“ erkennen⁴⁸, wobei korruptionsanfällige Beziehungen zwischen niedergelassenen Ärzten auf der einen- und unterschiedlichen Beteiligten des Gesundheitssystems auf der anderen Seite bekannt geworden sind:

- zu Krankenhäusern (Zahlung sog. Fangprämien an Ärzte für die Überweisung von Patienten),
- zu Sanitätshäusern, Physiotherapeuten, Optikern (die für die „Empfehlungen“ des behandelnden Arztes bezahlen, sich das jeweilige Produkt bei einem bestimmten Anbieter zu beschaffen),

47 Vgl. den Artikel „Vorstand tritt wegen Korruptionsaffäre ab. Der Fahrzeugkonzern startet ein Amnestieprogramm für Mitarbeiter, die Schmiergeldzahlungen gestehen“, in: *Süddeutsche Zeitung* vom 18. Mai 2009, S. 18.

48 *Badle* 2008, S. 1028 ff.; zu den „Herzklappen- und Medizinprodukte-Verfahren *Bannenberg* 2002, S. 152 ff.; zu den korrupten Beziehungen zwischen Ärzten und der Pharmaindustrie, mit zahlreichen Fallbeispielen, *Weiss* 2008.

- zu pharmazeutischen Unternehmen (Gewährung materieller Vorteile unterschiedlichster Art, um den Arzt zur Verschreibung bestimmter Medikamente zu bewegen).⁴⁹

In einem der größten Verfahrenskomplexe im letztgenannten Bereich haben Staatsanwaltschaften im ganzen Bundesgebiet gegen Vertriebsmitarbeiter und Regionalleiter einer großen Pharmafirma und Tausende niedergelassene Ärzte ermittelt. Wie die Verfahren erkennen lassen, handelt es sich seit Jahren um eine gängige Praxis, die Mediziner mit Geld- und Sachleistungen dazu zu bringen, bestimmte Produkte des jeweiligen Anbieters zu verschreiben.⁵⁰ In einigen Fällen sollen geheime Zusatzvereinbarungen über Umsatzbeteiligungen abgeschlossen worden sein, wonach - abhängig von der Größe der Verschreibung - die Ärzte zwei bis acht Prozent als Beteiligung erhalten hätten, sog. „Kick-back-Zahlungen“, die gegenüber den Kassenärztlichen Vereinigungen verschwiegen worden seien, da ansonsten die Honorare gekürzt worden wären. Häufig sollen dabei die Zahlungen als Gegenleistung für angeblich erbrachte Beratungen, Vorträge oder Schulungen getarnt worden sein.⁵¹ Inzwischen sind bereits mehrere hundert Ermittlungsverfahren eingestellt worden, da das beschriebene Verhalten von Ärzten und Pharmamitarbeitern nach aktueller Rechtslage als nicht strafbar angesehen wird. Dagegen scheinen andere Strafverfolgungsbehörden das Ziel zu verfolgen, Anklage auf der Grundlage von § 299 StGB zu erheben.⁵² Die Kernproblematik besteht dabei in der Rechtsfrage, zu entscheiden, ob der niedergelassene Kassenarzt als Beauftragter des geschäftlichen Betriebes der Krankenkassen eingestuft werden kann, was mit beachtlichen Argumenten nun zunehmend vertreten wird.⁵³ Unabhängig von den rechtlichen Detailfragen, die an dieser Stelle aus Platzgründen nicht geklärt werden können, sind in dieser Fallgruppe jedenfalls solche Verhaltensweisen grundsätzlich als strafwürdig und -bedürftig anzusehen, die darauf abzielen, durch sachfremde Vorteile manipula-

49 Vgl. zu den unterschiedlichen Fallgruppen auch den Beitrag „Deutsche Ärzte: Korruption in Weiß? Die Kranken-Kasse. Manche Mediziner erhalten nicht nur Kopfgeld für Patienten, das System bietet weitere Verlockungen“, in: Süddeutsche Zeitung vom 4. September 2009, S. 2.

50 Zu den Methoden der Pharmaindustrie *Weiss* 2008, S. 17 ff., 45 ff., 75 ff.

51 Siehe hierzu auch den Artikel „Bestechung als System. Gegen 2800 Mediziner wird nun ermittelt“, in: Süddeutsche Zeitung vom 27./28. Juni 2009.

52 Siehe „Geschenke erlaubt. Überraschende Wende im Korruptionsverfahren gegen Mediziner: Die Staatsanwälte können offenbar keinen Straftatbestand erkennen“, in: Süddeutsche Zeitung vom 14. September 2009.

53 *Bannenber* 2008, § 299 Rn. 9; *Fischer* 2009, § 299 Rn. 10a; *Pragal* 2005, S. 134 f.; wohl auch *Tiedemann* 2008, § 299 Rn. 18; eine Strafbarkeit des niedergelassenen Vertragsarztes ablehnend *Geis* 2007, S. 361 ff.; *Klötzer* 2008, S. 12 ff.

tiven Einfluss auf das Verschreibungsverhalten von Ärzten zu nehmen. Allerdings ist der Gesetzgeber auch zur Wahrung des Bestimmtheitsgrundsatzes nach Art. 103 Abs. 2 GG gefordert, in dieser Hinsicht durch Klarstellungen im Tatbestand zur Einbeziehung der „freien Berufe“ in den Kreis tauglicher Täter ein deutliches Signal zu setzen. Die in der Praxis schwierigen Beweisführungen speziell zur Frage der Unrechtsvereinbarung oder Unschärfen bei der Abgrenzung zulässiger von verbotenen Handlungen anhand des Kriteriums der Sozialadäquanz blieben aber auch nach einer Gesetzesänderung bestehen.

5. Was ist zu tun? Ausblick und Forderungen

Noch immer geht zu wenig Initiativkraft von den Unternehmensführungen aus, die häufig eine Doppelmoral erkennen lassen, wenn unlautere Geschäftspraktiken in Ethikerklärungen zwar als verbotene Handlungen bezeichnet werden, solche Normen aber im Unternehmensalltag nicht entschlossen umgesetzt werden.⁵⁴ Zudem müssen die Verantwortlichen in den Geschäftsführungen aktiv in die Präventionsbemühungen einbezogen werden, indem korruptionsspezifische Unternehmenssanktionen geschaffen werden, die neben negativen auch positive Anreize bieten und effektive Korruptionsprävention z.B. im Wege einer Strafmilderung belohnen, ohne dass die jeweiligen Unternehmen Wettbewerbsnachteile zu befürchten hätten. Daneben sind strafrechtliche Sanktionen wie in § 299 StGB trotz der Problematik geringer Entdeckungswahrscheinlichkeit wichtig und unverzichtbar, da die vielfach beschworenen Selbstregulierungskräfte in der Wirtschaft allzu häufig versagen, und strafrechtliche Verbote sowie Ermittlungen den erforderlichen Druck von außen erzeugen, damit Kontrollen verstärkt werden und gesetzeskonformes Handeln zur Normalität wird.⁵⁵ In diesem Zusammenhang ist an den Gesetzgeber zu appellieren, die aufgezeigten Strafbarkeitslücken im Bereich des § 299 StGB zu schließen.⁵⁶

54 *Bachmann/Prüfer* 2005, S. 109 ff.; *Schaupensteiner* 2006, S. 44 ff.; siehe auch PwC/Martin-Luther-Universität 2007, S. 4, 45 ff., 54 f., wonach die Höhe der durch Wirtschaftskriminalität verursachten Schäden noch immer unterschätzt werde, und fast die Hälfte der befragten Unternehmen in Deutschland trotz des grundsätzlich erkannten Risikos größere Veränderungen der Kontrollinfrastruktur für nicht notwendig erachte.

55 *Bachmann/Prüfer* 2005, S. 110, 112 f.; *Schaupensteiner* 2006, S. 48; zur Problematik eines Unternehmensstrafrechts in Deutschland *Bannenber* 2002, S. 409 ff.; *Schaupensteiner* 2003, S. 11.

56 Ein seit dem 30.05.2007 vorliegender Entwurf eines „Strafrechtsänderungsgesetzes“ sieht u.a. für § 299 StGB vor, dass neben den bisher erfassten Konstellationen, in denen

Da die bloße Existenz von Strafgesetzen in der Praxis kaum abschreckend wirkt, und um den erforderlichen Verfolgungsdruck aufbauen zu können, ist die Beseitigung von Mängeln in der Strafverfolgung unverzichtbar. Neben der Kritik an der noch immer unbefriedigenden Personalausstattung bei der Polizei und vielen Staatsanwaltschaften werden insbesondere die regelmäßige Weiterbildung und Spezialisierung der Ermittler für die durch vielfältige praktische Probleme gekennzeichneten Korruptionsstrafverfahren sowie die länderübergreifende organisatorische Vernetzung der Strafverfolgungsbehörden (Schaffung von Landes-Zentralstellen bei Justiz und Polizei) und die Verbesserung der Zusammenarbeit mit anderen Instanzen (Kartellbehörden, Steuerfahndung und Rechnungshöfe) angemahnt.⁵⁷ Zudem wird die Verbesserung des (u.a. arbeitsrechtlichen) Schutzes von Hinweisgebern oder Insidern („whistleblower“) gefordert, die noch immer in vielen Fällen als Nestbeschmutzer oder Denunzianten verunglimpft werden. Da Korruptionsbeziehungen typischerweise nach außen verdeckt werden, und es sich um opferlose Kontrolldelikte handelt, fällt der typische Anzeigerstatter weitgehend aus, um eine Tat zur Kenntnis der Strafverfolgungsbehörden zu bringen. Daher wächst die Bedeutung von Hinweisen durch Insider auf mögliche Korruptionsstraftaten oder andere Formen der Wirtschaftskriminalität, die ihre Informationen aber häufig nur unter Zusicherung von Vertraulichkeit und Anonymität preisgeben, zumal sie nicht selten selbst an den Taten beteiligt sind.⁵⁸ Verbesserungen in dieser Hinsicht versprechen der Einsatz von Ombudsleuten oder technischer Neuerungen wie dem beim LKA Niedersachsen erprobten „Business Keeper Monitoring System“ (BKMS®), einem webbasierten Hinweisgebersystem, welches insbesondere die erforderliche Anonymität bewahrt, da eine Rückverfolgung über die IP-Adresse technisch ausgeschlossen ist.⁵⁹

Somit verspricht ein Gesamtkonzept präventiver und repressiver Maßnahmen den größten Erfolg, um zumindest eine weitere Ausbreitung korrupter Verhaltensweisen in den unterschiedlichen Gesellschaftsbereichen zu verhindern. So groß dabei auch die dem Strafrecht und strafrechtlichen Ermitt-

der Vorteil für eine unlautere Bevorzugung im Wettbewerb angenommen oder gewährt wird, sollen zukünftig auch solche Fälle unter Strafe gestellt werden, in denen die Gegenleistung in einer Pflichtverletzung gegenüber dem Geschäftsherrn besteht („Geschäftsherrenmodell“). Die hierdurch bewirkte unnötige Vermischung unterschiedlichster Regelungsmodelle und nahezu unbegrenzte Tatbestandsfassung wird zu Recht kritisiert. Siehe *Rönnau* 2008, S. 120 ff.; *Zöller* 2009, S. 144 ff.

57 *Bannenberg* 2007, S. 683 ff.; *Bannenberg* 2002, S. 472 ff.; *Schaupensteiner* 2003, S. 16.

58 *Berndt* 2005, S. 2623 ff.; *Bannenberg* 2002, S. 375 ff.

59 *Lindner* 2004, S. 66 ff.; *Schaupensteiner* 2003, S. 16 f

lungen zukommende Bedeutung ist, kann dem Unwesen der Korruption jenseits von Strafgesetzen und Kontrollstrategien nur durch die nachhaltige Anerkennung und Praktizierung ethisch-moralischer Grundwerte wie Fairness, Glaubwürdigkeit und Rechtstreue und die konsequente Ächtung der „Pest des Schmierens“ in all seinen Facetten wirksam begegnet werden.

Literatur

- Ahlf, E. - H.* (1996): Zum Korruptionsbegriff. Versuch einer Annäherung, in: *Kriminalistik* 50, S. 154-157.
- Arbeitskreis Corporate Compliance (2009): *Kodex zur Abgrenzung von legaler Kundenpflege und Korruption*, Düsseldorf.
- Bachmann, G. /Prüfer, G.* (2005): Korruptionsprävention und Corporate Governance, in: *ZRP* 38, S. 109-113.
- Badle, A.* (2008): Betrug und Korruption im Gesundheitswesen – Ein Erfahrungsbericht aus der staatsanwaltschaftlichen Praxis, in *NJW* 61, S. 1028-1033.
- Bannenberg, B.* (2008): Kommentierung der §§ 298-302, in: *Dölling, D. /Duttge, G. /Rössner, D.* (Hrsg.): *Gesamtes Strafrecht. StGB/StPO/Nebengesetze. Handkommentar*, 1. Aufl., Baden-Baden.
- Bannenberg, B.* (2007): Korruption, in: *Wabnitz, H. B. /Janovsky, T.* (Hrsg.): *Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*, S. 615-692, 3. Aufl., München.
- Bannenberg, B.* (2002): *Korruption in Deutschland und ihre strafrechtliche Kontrolle. Eine kriminologisch-strafrechtliche Analyse*, Neuwied und Kriftel.
- Bannenberg, B. /Schaupensteiner, W.* (2007): *Korruption in Deutschland. Portrait einer Wachstumsbranche*, 3. Aufl., München.
- Bannenberg, B. /Rössner, D.* (2006): Straftat gegen den Wettbewerb. Plädoyer für den Einsatz des Strafrechts bei Dopingverstößen, in: *Weinreich, J.* (Hrsg.): *Korruption im Sport. Mafiose Dribblings. Organisiertes Schweigen*, S. 214-227, Leipzig.
- Berndt, T.* (2005): Whistleblowing – ein integraler Bestandteil effektiver Corporate Governance, in: *BB* 60, S. 2623-2629.
- Braasch, M.* (2008): Kriminologische Aspekte des Dopings. Über den Missbrauch von Dopingmitteln im Leistungs- und Freizeitsport und die Strukturen des internationalen Doping Schwarzmarktes, in: *Kriminalistik* 62, S. 479-485.
- Bürger, S.* (2003): § 299 StGB – eine Straftat gegen den Wettbewerb?, in: *wistra* 22, S. 130-136.
- Bundeslagebild (2009): *Bundeskriminalamt* (Hrsg.): *Korruption. Bundeslagebild 2008*, Wiesbaden.
- Dannecker, G.* (2005): Kommentierung der §§ 298-302, in: *Kindhäuser, U. /Neumann, U. /Paeffgen, H. - U.* (Hrsg.): *Strafgesetzbuch. Kommentar. Band 2*, 2. Aufl., Baden-Baden.
- Diemer, H. /Krick, C.* (2006): Kommentierung der §§ 299-302, in: *Joecks, W. /Miebach, K.* (Hrsg.): *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 4*, München.
- Dölling, D.* (2007): Grundlagen der Korruptionsprävention, in: *Dölling, D.* (Hrsg.): *Handbuch der Korruptionsprävention für Wirtschaftsunternehmen und öffentliche Verwaltung*, S. 1-40, München.
- Fischer, T.* (2009): *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 56. Aufl., München.

- Geis, M.* (2007): Ist jeder Kassenarzt ein Amtsarzt? Zu „Vorschlägen“ neuer Strafbarkeiten nach § 299 StGB und den §§ 331 ff. StGB, in: *wistra* 26, S. 361-365.
- Heine, G.* (2006): Kommentierung der §§ 298-302, in: Schönke, A. /Schröder, H.: Strafgesetzbuch. Kommentar, 27. Aufl., München.
- Klötzer, A.* (2008): Ist der niedergelassene Kassenarzt tatsächlich tauglicher Täter der §§ 299, 331 StGB?, in: *NStZ* 28, S. 12-16.
- Koepsel, A. K.* (2006): Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr (§ 299 StGB). Eine Fallanalyse zur Ermittlung von Anwendungsbereich und Grenzen der Norm, zugl. jur. Diss., Göttingen/Osnabrück.
- Leyendecker, H.* (2007): Die große Gier. Korruption, Kartelle, Lustreisen: Warum unsere Wirtschaft eine neue Moral braucht, Berlin.
- Leyendecker, H.* (2003): Korruptionsmuster: Ausgewählte Fälle politischer Korruption in Deutschland, in: Von Arnim, H. H. (Hrsg.): Korruption. Netzwerke in Politik, Ämtern und Wirtschaft, S. 104-115, München.
- Lindner, W.* (2004): Korruptionsbekämpfung im anonymen Dialog. Ein webbasiertes Hinweisgebersystem im Einsatz bei der Zentralstelle Korruptionsbekämpfung des LKA Niedersachsen, in: Transparency International Deutschland e.V. (Hrsg.): Korruption in Deutschland. Strafverfolgung der Korruption: Möglichkeiten und Grenzen, S. 66-73, Berlin.
- PKS* (2009): Bundeskriminalamt (Hrsg.): Polizeiliche Kriminalstatistik Bundesrepublik Deutschland, Berichtsjahr 2008, 56. Ausgabe, Wiesbaden.
- Pragal, O.* (2006): Die Korruption innerhalb des privaten Sektors und ihre strafrechtliche Kontrolle durch § 299 StGB. Erscheinungsformen, Rechtsgut, Tatbestandsauslegung und ein Reformvorschlag, zugl. jur. Diss., Köln/Berlin/München.
- Pragal, O.* (2005): Das Pharma-„Marketing“ um die niedergelassenen Kassenärzte: „Beauftragtenbestechung“ gemäß § 299 StGB!, in: *NStZ* 25, S. 133-136.
- PwC/Martin-Luther Universität* (2007): Wirtschaftskriminalität 2007. Sicherheitslage der deutschen Wirtschaft, Frankfurt a.M./Halle an der Saale.
- Rönnau, T.* (2009): Alte und neue Probleme bei § 299 StGB, in: *StV* 29, S. 302-308.
- Rönnau, T.* (2008): Wirtschaftskorruption, in: Achenbach, H. /Ransiek, A. (Hrsg.): Handbuch Wirtschaftsstrafrecht (HWSt), S. 76-126, 2. Aufl., Heidelberg.
- Schaupensteiner, W.* (2006): Erfolge und Blockaden bei der Korruptionsbekämpfung, in: netzwerk-recherche-Werkstatt: Dunkelfeld Korruption. Herausforderungen für den Recherche Journalismus, S. 40-52, Wiesbaden.
- Schaupensteiner, W.* (2003): Wachstumsbranche Korruption. Lagebildbeschreibung – Korruption in Deutschland, in: *Kriminalistik* 57, S. 9-18.
- Strafverfolgung* (2009): Statistisches Bundesamt (Hrsg.): Fachserie 10, Reihe 3, Rechtspflege, Strafverfolgung 2007, Wiesbaden.
- Tiedemann, K.* (2008): Kommentierung der §§ 298-302, in: Laufhütte, H. W./Rissing van Saan, R./Tiedemann, K. (Hrsg.): Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar, 10. Band, 12. Aufl., Berlin.
- Vogel, J.* (2004): Wirtschaftskorruption und Strafrecht – Ein Beitrag zu Regelungsmodellen im Wirtschaftsstrafrecht, in: Heinrich, B. /Hilgendorf, E. /Mitsch, W. /Sternberg-Lieben, D. (Hrsg.): Festschrift für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag, S. 395-411, Bielefeld.
- Vormbaum, T.* (2006): Probleme der Korruption im geschäftlichen Verkehr. Zur Auslegung des § 299 StGB, in: Hoyer, A. /Müller, H. E. /Pawlik, M. /Wolter, J. (Hrsg.): Festschrift für F.-C. Schroeder zum 70. Geburtstag, S. 649-660, Heidelberg.
- Weiss, H.* (2008): Korrupte Medizin. Ärzte als Komplizen der Konzerne, 2. Aufl., Köln.

- Winkelbauer, W.* (2004): Ketzerische Gedanken zum Tatbestand der Angestelltenbestechlichkeit (§ 299 Abs. 1 StGB), in: Heinrich, B. /Hilgendorf, E. /Mitsch, W. /Sternberg-Lieben, D. (Hrsg.): Festschrift für U. Weber zum 70. Geburtstag, S. 385-394, Bielefeld.
- Zöller, M. A.* (2009): Abschied vom Wettbewerbsmodell bei der Verfolgung der Wirtschaftskorruption? Überlegungen zur Reform des § 299 StGB, in: GA 156, S. 137-149.

Betrug im Gesundheitswesen

Ergebnisse aus einer empirischen Untersuchung

Bernd-Dieter Meier

Gliederung

1. Rechtspolitischer Hintergrund
2. Ziele und Anlage der Untersuchung
3. Untersuchungsergebnisse
 - 3.1 Phänomenologie des Fehlverhaltens aus der Sicht der Krankenkassen
 - 3.1.1 Fallaufkommen und Ergebnis der Fallbearbeitung
 - 3.1.2 Tatverdächtige und Vorgehensweise
 - 3.1.3 Schadenshöhe
 - 3.2 Problemfelder mit Blick auf die Prävention
 - 3.2.1 Personelle Ausstattung der Fehlverhaltensbekämpfungsstellen
 - 3.2.2 Die Erlangung der Kenntnis von den Verdachtsfällen
 - 3.2.3 Die Unterrichtung der Staatsanwaltschaft
 - 3.2.4 Die Erledigungsstrukturen der Justiz
4. Fazit

1. Rechtspolitischer Hintergrund

Mit dem GKV-Modernisierungsgesetz von 2003¹ wurden die Krankenkassen, die Kassenärztlichen und Kassenzahnärztlichen Vereinigungen sowie die Pflegekassen verpflichtet, Stellen zur Bekämpfung von Fehlverhalten im Gesundheitswesen einzurichten (§ 197a Abs 1, § 81a Abs. 1 S. 1 SGB V, § 47a SGB XI). Nach § 197a Abs. 1 S. 1 SGB V, der sich an die gesetzlichen Krankenkassen und ihre Verbände richtet und der im Folgenden im Mittelpunkt stehen soll, haben diese seit dem 1. Januar 2004 organisatorische Einheiten vorzusehen, die Fällen und Sachverhalten nachgehen, die auf Unregelmäßigkeiten oder auf die rechts- oder zweckwidrige Nutzung von Finanzmitteln hindeuten. Da zu diesem Zeitpunkt bereits einige Krankenkassen positive Erfahrungen mit Ermittlungseinheiten gemacht hatten, die sich auf das Aufdecken von vermögensschädigenden Verhaltensweisen zulasten der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) spezialisiert hatten,² wollte der Ge-

1 BGBl. I, 2190.

2 *Hellmann/Herffs*, Der ärztliche Abrechnungsbetrug, 2006, S. 27 f.

setzgeber auf diesem Wege derartige Einrichtungen im gesamten System der GKV etablieren, um so den effizienten Einsatz von Finanzmitteln im Krankenversicherungsbereich zu stärken.³ Ergänzt wurde die Einführung der neuen Einheiten durch die ausdrückliche Festschreibung des Rechts, dass sich jedermann mit Hinweisen auf Fehlverhalten an die Kassen und die neuen Einheiten wenden kann und dass diese glaubhaften Hinweisen auch nachzugehen haben (§ 197a Abs. 2 SGB V). Die Krankenkassen und die neuen Einheiten wurden ferner verpflichtet, zur Erfüllung ihrer Aufgaben untereinander und mit den Kassenärztlichen und Kassenzahnärztlichen Vereinigungen zusammenzuarbeiten (§ 197a Abs. 3 SGB V). Soweit die Ermittlungen zu einem Anfangsverdacht auf strafbare Handlungen mit nicht nur geringfügiger Bedeutung für die GKV führen, wurden die Kassen zur Unterrichtung der Staatsanwaltschaft angehalten (§ 197a Abs. 4 SGB V) und schließlich wurden sie verpflichtet, im Abstand von zwei Jahren, erstmals am 31. Dezember 2005, über die Arbeit und die Ergebnisse der neuen organisatorischen Einheiten zu berichten und diesen Bericht auch der zuständigen Aufsichtsbehörde zuzuleiten (§ 197a Abs. 5 SGB V).

Darüber, ob der Gesetzgeber sein Ziel erreicht hat, den effizienten Einsatz der Finanzmittel im Bereich der GKV durch die wirksamere Bekämpfung von Fehlverhalten zu stärken, liegen bislang keine belastbaren Erkenntnisse vor. Weder gibt es zuverlässige Angaben über den Umfang und das Ausmaß der missbräuchlichen Nutzung von Finanzmitteln in der GKV im Allgemeinen noch ist etwas über die Arbeitsweise der neu eingerichteten Fehlverhaltensbekämpfungsstellen und ihre Effektivität bei der Aufdeckung und Verfolgung von vermögensschädigendem Verhalten bekannt. Aus empirisch-kriminologischer Sicht kann der gesamte Komplex des Betrugs in der GKV als eine „terra incognita“ angesehen werden. Das gleiche gilt für den Umgang der Strafjustiz mit den Fällen, in denen es um den Verdacht strafbarer Handlungen in der GKV geht; auch über die Deliktbilder, die den Strafverfolgungsbehörden bekannt werden, und die Erledigung der entsprechenden Verfahren ist nur wenig bekannt.⁴ Diese Defizite gaben Anlass zu einer umfassenden und bundesweiten Untersuchung, über die im Folgenden berichtet werden soll.⁵

3 BT-Drucks. 15/1525, S. 99, 138.

4 Insoweit finden sich einige Angaben im Bundeslagebild Wirtschaftskriminalität, das vom Bundeskriminalamt herausgegeben wird, sowie bei *Badle*, NJW 2008, S. 1028 ff.

5 Ausführliche Darstellung der Ergebnisse bei *Homann*, Betrug in der gesetzlichen Krankenversicherung, 2009; Zusammenfassung der Hellfeldanalysen bei *Meier/Homann*, MschrKrim 92 (2009), S. 359 ff.

2. Ziele und Anlage der Untersuchung

Methodisch gründet sich die Untersuchung auf drei Ansätze. Um die Arbeitsweise der Fehlverhaltensbekämpfungsstellen und ihre Effektivität zu beleuchten, wurden 140 Tätigkeitsberichte ausgewertet, die die Stellen entsprechend der gesetzlichen Verpflichtung nach § 197a Abs. 5 SGB V für die Jahre 2004 und 2005 verfasst hatten. Geht man davon aus, dass es in diesen Jahren 238 vom Spitzenverband Bund der GKV benannte Krankenkassen gab, wird damit die Tätigkeit von mehr als der Hälfte der gesetzlichen Krankenkassen erfasst (58,8 %). Ergänzt werden die in diesem Teil der Untersuchung gewonnenen Informationen durch eine schriftliche Befragung unter den für die Fehlverhaltensbekämpfung zuständigen Beauftragten der Krankenkassen. An der Befragung nahmen allerdings lediglich 19 Beauftragte und damit weniger als 10 % der zuständigen Personen teil. Um die Vorgehensweise der Strafverfolgungsorgane systematisch zu beleuchten, wurden insgesamt 307 Strafverfahrensakten ausgewertet. Die Strafverfahren wurden in den Jahren 2002 bis 2005 wegen des Verdachts des Betrugs oder der Untreue im Bereich der GKV durchgeführt; sie stammen aus dem gesamten Bundesgebiet und sind für die Gesamtheit der insgesamt für diesen Zeitraum ermittelten 1.471 Verfahren annähernd repräsentativ.

3. Untersuchungsergebnisse

3.1 Phänomenologie des Fehlverhaltens aus Sicht der Krankenkassen

3.1.1 Fallaufkommen und Ergebnis der Fallbearbeitung

Die Auswertung der Tätigkeitsberichte zeigte, dass das von den Fehlverhaltensbekämpfungsstellen der Krankenkassen bearbeitete Fallaufkommen sehr unterschiedlich ist; eine einheitliche Arbeitsstruktur ist hier nicht erkennbar. In den Jahren 2004/2005 schwankte die Zahl der bearbeiteten Verdachtsfälle bei den einzelnen Sozialversicherungsträgern zwischen keinem und 2.258 Fällen, wobei in den zwei Jahren von 17,8 % der Bekämpfungsstellen nur höchstens einem einzigen Fall nachgegangen wurde. Das arithmetische Mittel betrug für den Zweijahreszeitraum 100,8 Fälle pro Krankenkasse, wobei jedoch der Median, der lediglich bei 10 liegt, die tatsächliche Verteilung besser wiedergibt. Das differente Fallaufkommen kam erwartungsgemäß auch in der Zahl der innerhalb des Zweijahreszeitraums abgeschlossenen Fälle zum Ausdruck, welche von keinem bis zu 1.654 Fällen (arithmetisches

Mittel = 53,6; Median = 6) reichte. Von mehr als einem Viertel der Kassen (28,6 %) wurde innerhalb des Zweijahreszeitraums nur höchstens ein einziger Fall abschließend bearbeitet.

Dass die Fehlverhaltensbekämpfungsstellen Unregelmäßigkeiten genauer nachgehen, bedeutet nicht automatisch, dass es sich hierbei auch um strafrechtlich relevantes Fehlverhalten gehandelt haben muss. Die Untersuchungsergebnisse zeigen, dass ein zunächst angenommenes Fehlverhalten bei Abschluss der Fallbearbeitung vielfach nicht bestätigt bzw. nachgewiesen werden konnte. Dies traf bei 40,0 % der betreffenden Krankenkassen auf alle und bei weiteren 36,0 % noch auf mehr als die Hälfte der bearbeiteten Fälle zu. Sofern Unregelmäßigkeiten festgestellt wurden, begnügten sich die Krankenkassen meist damit, die Rückerstattung der unrechtmäßig erlangten Beträge zu fordern, wobei die geforderten Beträge häufig allerdings tatsächlich nicht zurückerlangt werden konnten. Strafanzeigen nach § 197a Abs. 4 SGB V waren daher selten (dazu genauer unten 3.2.3).

3.1.2 Tatverdächtige und Vorgehensweise

Fehlverhalten im Gesundheitswesen war grundsätzlich in allen Leistungsbe-
reichen vorzufinden. Anteilsmäßig wurden in den untersuchten Berichten je-
doch am häufigsten Ärzte (14,6 %), versicherte bzw. nicht versicherte Perso-
nen (12,5 %), Zahnärzte (9,3 %) sowie Hebammen, Apotheker und Unter-
nehmer der häuslichen Krankenpflege (zu jeweils 6,6 %) als Tatverdächtige
benannt. Die sog. Leistungserbringer, also diejenigen, die gegenüber den
Versicherten die medizinischen Dienst- und Sachleistungen erbringen, waren
von den Ermittlungen der Krankenkassen mithin am häufigsten betroffen.
Die Ergebnisse lassen sich zwar aufgrund der relativ geringen Anzahl von
Berichten, denen sich diesbezüglich exakte Angaben entnehmen ließen,
nicht verallgemeinern, sie werden jedoch durch die im Rahmen der Befra-
gung gewonnenen Erkenntnisse im Wesentlichen bestätigt und dürften so die
verdächtigen Gruppen weitestgehend ihrer Bedeutung in der Grundgesamt-
heit entsprechend wiedergeben.

Entsprechend den unterschiedlichen Gelegenheitsstrukturen, die sich bei den
verdächtigten Leistungserbringern naturgemäß anders darstellen als bei den
versicherten und nicht versicherten Personen, gestalteten sich auch die im
Fokus der Ermittlungen stehenden Vorgehensweisen bei der betrügerischen
Erlangung von Vorteilen unterschiedlich. So machte der Missbrauch der
Krankenversichertenkarten den größten Anteil der von den Krankenkassen
verfolgten auffälligen Sachverhalte (13,2 %) aus, gefolgt von der Abrech-

nung tatsächlich nicht erbrachter Leistungen (12,8 %) sowie der Rezept- oder Verordnungsfälschung (8,9 %). Darüber hinaus waren ein hohes Aufkommen von Fällen der Abrechnung höherwertiger Leistungen sowie der fehlenden Weitergabe von Rabatten oder Zuwendungen mit jeweils 8,2 % zu verzeichnen. Zwar lassen sich auch diese Ergebnisse im Hinblick auf die geringe Anzahl von Berichten, denen diesbezüglich Angaben zu entnehmen waren, nicht verallgemeinern. Sie entsprechen jedoch ebenfalls weitestgehend denen der Befragung und bestätigen die Annahme, dass in der Praxis vor allem der Abrechnung nicht erbrachter Leistungen, bei der es sich wohl um den Grundfall des Abrechnungsbetruges handelt,⁶ besondere Bedeutung zukommt. Auch der hohe Anteil von Sachverhalten des Missbrauchs der Krankenversichertenkarte überrascht nicht, da dieser in der Praxis bekanntermaßen ein verbreitetes Problem darstellt und von den Krankenkassen – soweit der Missbrauch durch ein ehemaliges Kassenmitglied erfolgt – im Rahmen der Abrechnungsüberprüfung regelmäßig festzustellen ist.

3.1.3 Schadenshöhe

Entsprechend dem unterschiedlichen bearbeiteten Fallaufkommen gestaltete sich die Höhe der bei den Krankenkassen wahrgenommenen Schäden sehr unterschiedlich. Als „Schaden“ wurden dabei diejenigen Beträge erfasst, die von den Kassen gegenüber den auffällig gewordenen Leistungserbringern sowie gegenüber den versicherten und nicht versicherten Nichtleistungserbringern geltend gemacht wurden. Einschränkend ist dabei zu berücksichtigen, dass hier nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung von einem normativen Schadensbegriff auszugehen ist; entscheidend sind nicht die wirtschaftlichen Einbußen der Kasse, sondern der Wert der aus sozialrechtlicher Sicht zu Unrecht erbrachten Leistungen, wobei eine wirtschaftliche Kompensation unberücksichtigt bleibt. In den Jahren 2004/2005 wurden zwar von einzelnen Krankenkassen (5,9 %) Schäden in Höhe von über einer Millionen Euro geltend gemacht. Auf der anderen Seite gab jedoch mehr als ein Drittel der Kassen (38,6 %) an, überhaupt keine Schäden durch betrügerische Manipulationen erlitten zu haben. Aufgrund der sehr unterschiedlichen Höhe der von den Krankenkassen wahrgenommenen Schäden waren die aus sämtlichen ausgewerteten Tätigkeitsberichten gebildeten Mittelwerte nur wenig aussagekräftig (arithmetisches Mittel = 231.779 €; 5 %-getrimmtes Mittel = 50.422 €; Median = 620 €) und für eine Hochrechnung zu dem durch betrügerische Manipulationen angerichteten Gesamtschaden nur wenig geeignet. Mit einem Konfidenzintervall von 95,0 % ließ sich lediglich feststel-

6 Vgl. *Hancock*, Abrechnungsbetrug durch Vertragsärzte, 2006, S. 129.

len, dass sich der im untersuchten Zweijahreszeitraum durchschnittlich bei einer Krankenkasse verursachte Schaden zwischen 49.219 € und 414.338 € bewegen musste. Legt man diesen Rahmen zugrunde, ergibt sich nach einer Hochrechnung – ausgehend von 238 Krankenkassen – ein im Berichtszeitraum 2004 und 2005 bei allen gesetzlichen Krankenkassen entstandener statistischer Gesamtschaden, der zwischen 11,7 und 98,6 Mio. €, bezogen auf ein Jahr zwischen 5,9 und 49,3 Mio. € liegen muss. Dabei ist davon auszugehen, dass die Untergrenze dieses lediglich hochgerechneten Rahmens auf jeden Fall überschritten wurde, da sich der in den Tätigkeitsberichten mitgeteilte, den Krankenkassen nachweislich entstandene Gesamtschaden im Zeitraum 2004 und 2005 auf 23,4 Mio. €, bezogen auf ein Jahr auf 11,7 Mio. € belaufen hat.

3.2 Problemfelder mit Blick auf die Prävention

3.2.1 Personelle Ausstattung der Fehlverhaltensbekämpfungsstellen

Erste weiterführende Erkenntnis aus der Auswertung der Tätigkeitsberichte und Fragebögen war, dass die personelle Ausstattung der Fehlverhaltensbekämpfungsstellen sehr unterschiedlich ist. Die Ausstattung reichte im Erhebungszeitraum von 0,25 bis zu 8,25 Mitarbeiterstellen, wobei die Werte nicht normal verteilt waren, sondern einer linksschiefen Kurve folgten, d.h. typischerweise waren die Bekämpfungsstellen nur mit wenig Personal ausgestattet; das arithmetische Mittel lag bei 1,1 Mitarbeiterstellen. Aufgrund der erheblichen Streuung des Merkmals (Standardabweichung 1,7) gibt der Median mit 0,5 die Verteilung sogar noch treffender wieder. Selbst wenn es kleinen Kassen schwerer fallen dürfte als großen, mitgliederstarken Kassen, für die Fehlverhaltensbekämpfung ausreichend Personal abzustellen, machen die niedrigen Mittelwerte in der Personalausstattung deutlich, dass die Fehlverhaltensbekämpfung bei vielen Kassen jedenfalls in der Anfangszeit der Jahre 2004/2005 nicht als eine vorrangig zu betreibende Aufgabe angesehen wurde. Dabei ließ sich im Übrigen zwischen der Größe der Krankenkasse (gemessen an der Anzahl der Mitglieder) und der personellen Ausstattung der Stellen nach § 197a SGB V kein statistischer Zusammenhang feststellen; die Ausstattung scheint also weniger mit den Ressourcen einer Krankenkasse zu tun zu haben als mit der Wertigkeit, die von Seiten des Vorstands der Fehlverhaltensbekämpfung beigemessen wird.

Die personelle Ausstattung der Fehlverhaltensbekämpfungsstellen steht in einem statistisch nachweisbaren Zusammenhang mit der Zahl der bearbeitete-

ten Verdachtsfälle. So wurden mehr als zwanzig Verdachtsfälle vor allem von solchen Stellen nach § 197a SGB V bearbeitet, die personell überdurchschnittlich gut (mehr als 0,5 Mitarbeiterstellen) ausgestattet waren. Die unterschiedlichen Fallbearbeitungszahlen lassen sich damit am ehesten mit dem unterschiedlichen Kontrollniveau in den Kassen erklären. Die geringen Fallzahlen vieler Sozialversicherungsträger dürften weniger damit zusammenhängen, dass diese Sozialversicherungsträger nur in geringem Maß von Fehlverhalten betroffen waren, als vielmehr damit, dass hier ein überdurchschnittlich großes Dunkelfeld existiert, das von dem wenigen Personal nicht adäquat aufgeheitelt werden konnte. Hier gibt es einen klaren Anknüpfungspunkt für Überlegungen zur Verbesserung der Prävention.

3.2.2 Die Erlangung der Kenntnis von den Verdachtsfällen

Weiterhin ist interessant, auf welchen Wegen die Fehlverhaltensbekämpfungsstellen ihre Kenntnis von dem Verdacht erlangen, dass es zu Unregelmäßigkeiten oder sonst rechtswidriger oder zweckwidriger Nutzung von Finanzmitteln gekommen ist. Die diesbezügliche Auswertung der Tätigkeitsberichte ließ erkennen, dass die Fehlverhaltensbekämpfungsstellen in den Jahren 2004/2005 sowohl aus internen als auch aus externen Quellen Hinweise erhielten. Von Bedeutung für die Aufnahme von Recherchen schien vor allem die interne Kenntniserlangung, z.B. im Wege von Datenbankanalysen oder der Abrechnungsprüfung in den Fachabteilungen, gewesen zu sein (57,0 % der Krankenkassen erhielten hierüber Hinweise) sowie die kassenartinterne Zusammenarbeit über die Verbände (62,0 %). Zwar erhielten auch 49,1 % der Bekämpfungsstellen Hinweise von anderen Krankenkassen, bei einer näheren Betrachtung zeigte sich jedoch, dass der Anteil der auf diese Weise erlangten Hinweise regelmäßig gering ausfiel. Dieser lag bei nur 23,0 % der Krankenkassen über 10,0 % am Gesamtaufkommen aller Hinweise. Zudem erfolgten auch Hinweise durch kassenartenübergreifende Arbeitsgruppen (dies war in 7,0 % der Berichte vermerkt) nur in seltenen Fällen und auch zu einer Kenntniserlangung durch (ehemalige) Patienten (47,4 %) oder andere Leistungserbringer (27,2 %) kam es, gemessen am gesamten Aufkommen aller Hinweise, nur gelegentlich. Noch seltener erfolgten allerdings Hinweise von (ehemaligen) Mitarbeitern, was in nur zwei Berichten ausdrücklich erwähnt wurde, und anonyme Meldungen, die zwar bei 26,3 % der Krankenkassen zu verzeichnen waren, die aber am Gesamtaufkommen ebenfalls nur einen geringen Anteil ausmachten. Ähnlich war dies für Hinweise der Kassen(zahn)ärztlichen Vereinigungen zu beurteilen, von denen lediglich 9,6 % der Krankenkassen berichten konnten. Da die

Sozialversicherungsträger regelmäßig auf die Hinweise anderer Stellen angewiesen sind, erscheint das Aufkommen vor allem im Verhältnis der Krankenkassen untereinander sowie zwischen diesen und den Kassen(zahn)ärztlichen Vereinigungen noch steigerungsfähig und -bedürftig.

Die hohe Bedeutung, die der internen Kenntniserlangung für die Aufnahme von weitergehenden Ermittlungen in den Fehlverhaltensbekämpfungsstellen zukommt, wird im Übrigen auch daran deutlich, dass sich in der Untersuchung ein hochsignifikanter Zusammenhang zwischen der Art der Ermittlungstätigkeit und der Höhe des bearbeiteten Fallaufkommens feststellen ließ. Insoweit wurde danach unterschieden, ob die Bekämpfungsstellen lediglich auf Hinweise reagierten, die ihnen von Dritten geliefert wurden und die aufgrund einzelner Angaben oder der Gesamtumstände glaubhaft erschienen, oder ob sie darüber hinaus auch eigene Ermittlungen vornahmen, also proaktiv tätig wurden. Mehr als ein Drittel der Krankenkassen gab an, auch proaktiv tätig zu werden (39,4 % gegenüber 56,1 %, die ausschließlich reaktiv tätig wurden). Die statistische Analyse zeigte, dass ein sehr hohes Fallaufkommen regelmäßig nur von solchen Stellen nach § 197a SGB V bearbeitet wird, die sowohl Hinweisen nachgehen als auch eigene Überprüfungen vornehmen. Das mit der eigenen Ermittlungstätigkeit einhergehende höhere Kontrollniveau wird sich mithin nachweisbar positiv auf die Aufdeckung der betreffenden Verhaltensweisen aus.

3.2.3 Die Unterrichtung der Staatsanwaltschaft

Nach § 197a Abs. 4 SGB V sind die Krankenkassen und nach § 81a Abs. 4 SGB V die Kassenärztlichen Vereinigungen gehalten („sollen“), unverzüglich die Staatsanwaltschaft zu unterrichten, wenn die Prüfung ergibt, dass ein Anfangsverdacht auf strafbare Handlungen mit nicht nur geringfügiger Bedeutung für die GKV bestehen könnte. Der Gesetzgeber weist darauf hin, dass das Unterbleiben der Unterrichtung strafbewehrt ist (§ 258 StGB).⁷ Im Hinblick auf die relative Konturlosigkeit der Vorschrift,⁸ die sich aus den unbestimmten Rechtsbegriffen des Anfangsverdachts und vor allem dem der nicht nur geringfügigen Bedeutung des Sachverhaltes ergibt, ist allerdings zu erwarten, dass sich das Vorgehen der Stellen nach § 197a SGB V im Rahmen der Anzeigerstattung nicht einheitlich gestaltet. Diese Erwartung wurde in der Untersuchung bestätigt.

7 BT-Drucks. 15/1525, S. 99.

8 Vgl. auch *Steinhilper*, MedR 2005, S. 133, sowie *Ellbogen*, MedR 2006, S. 459.

Ausschlaggebend für die Entscheidung der Fehlverhaltensbekämpfungsstellen, den Verdachtsfall an die Staatsanwaltschaft weiterzuleiten, ist nach den Untersuchungsergebnissen in erster Linie die Höhe des vermeintlichen Schadens. In der Befragung waren beinahe zwei Drittel der Beauftragten der Meinung, dass die Schadenshöhe für die Bewertung der Frage, ob es sich um ein Fehlverhalten von nicht nur geringfügiger Bedeutung für die GKV handelt, ausschlaggebend sei. Etwa ein weiteres Drittel stimmte dieser Auffassung noch eher zu und lediglich 11,1 % konnten diese Annahme eher nicht bestätigen. Bestand insoweit zwar weitestgehend Einigkeit unter den Befragten, so stellte sich jedoch heraus, dass die Grenzziehung, wann in materieller Sicht die Geringfügigkeitsgrenze überschritten ist, stark variierte. Während einige Fehlverhaltensbekämpfungsstellen angaben, bereits bei vermeintlichen Schäden von mehr als 50 € die Staatsanwaltschaft zu unterrichten, zogen andere Stellen die Grenzlinie erst bei vermeintlichen Schäden von über 1.000 €. Neben den vermuteten finanziellen Schäden stellten die konkrete Vorgehensweise des Verdächtigen bzw. die hinter dieser vermutete kriminelle Energie sowie die Anzahl der festgestellten Auffälligkeiten Umstände dar, die die Entscheidung nach § 197a Abs. 4 SGB V vermehrt beeinflussten. Insgesamt zeigte sich jedoch, dass ein einheitliches Vorgehen der Fehlverhaltensbekämpfungsstellen bei der Weiterleitung der Verdachtsfälle an die Staatsanwaltschaften nicht gegeben war.⁹

Entsprechend den unterschiedlichen Beurteilungsmaßstäben bei der Auslegung der Anzeigepflicht nach § 197a Abs. 4 SGB V variierte auch das Strafanzeigeaufkommen zwischen den einzelnen Bekämpfungsstellen. So zeigte sich im Rahmen der Befragung, dass einige Krankenkassen im Erhebungszeitraum keinen einzigen Verdachtsfall an die Staatsanwaltschaften weitergeleitet hatten, während dies bei anderen Stellen in 80 % aller bekannt gewordenen Fälle erfolgt war, was zu einem Mittelwert von 20,8 % führte.

Einem durchschnittlichen Strafanzeigeaufkommen von etwa 20 % widersprachen allerdings die mittels der Auswertung der Tätigkeitsberichte gewonnenen Ergebnisse, nach denen von den Sozialversicherungsträgern im Berichtszeitraum 2004/2005 lediglich 326 Strafanzeigen gestellt wurden, während insgesamt von 13.608 bearbeiteten Fällen berichtet wurde (2,4 %). Von den betreffenden Krankenkassen haben mehr als die Hälfte (58,6 %) niemals eine Strafanzeige gestellt, womit der Median bei Null liegt, und

⁹ So auch die Erfahrungen der Praxis, wonach das Verständnis der geringfügigen Bedeutung sehr unterschiedlich sein kann; vgl. etwa *Mahnkopf*, in: *Gehl* (Hrsg.), *Tatort Gesundheitsmarkt*, 2007, S. 100.

auch bei den weiteren Krankenkassen war das Anzeigeaufkommen eher gering, die Höchstzahl erhobener Anzeigen betrug jedoch 51. Die dargelegte Verteilung führt zu einem Mittelwert von 2,6 Strafanzeigen pro Krankenkasse, wobei aber auch hier die Streuung mit 7,2 recht groß ist.

Fragt man nach den möglichen Gründen für die geringe Zahl von Strafanzeigen, geraten die Arbeitsbeziehungen mit der Justiz und die Beurteilung der Arbeitsweise der Strafverfolgungsbehörden durch die Krankenkassen in den Blick. Insoweit konnte in der Befragung festgestellt werden, dass sich die Bewertung der Tätigkeit der Strafverfolgungsorgane zwar abhängig von den gemachten Erfahrungen in einzelnen Bereichen recht unterschiedlich gestaltete. Mehrheitlich wurden aber die fehlenden Fachkenntnisse sowie die lange Verfahrensdauer bemängelt. So bezeichneten 61,5 % der Befragten die fachliche Kompetenz der Staatsanwälte bezüglich der Vermögensstraftaten mit sozialrechtlichem Hintergrund als lediglich mittelmäßig und 50,0 % kritisierten die lange Verfahrensdauer, die zumindest in Teilen auf die tatsächlichen und rechtlichen Schwierigkeiten bei den Ermittlungen wegen der besagten Delikte zurückzuführen sein dürfte. Negativ vermerkten die Beauftragten zudem, dass sie während der besagten Strafverfahren nur unzureichend über den Verfahrensgang und -stand informiert und bei Abschluss des Verfahrens als Geschädigte nur selten bei der Auflagenerteilung berücksichtigt würden. Es ist anzunehmen, dass diese eher von Skepsis geprägten Einstellungen gegenüber der Justiz eine effektive Strafverfolgung, zu der es einer Zusammenarbeit mit den Sozialversicherungsträgern bedarf, nicht unerheblich erschweren.

3.2.4 Die Erledigungsstrukturen der Justiz

Ein letzter, rechtspolitisch freilich nicht zu unterschätzender Problempunkt betrifft die Erledigungsstrukturen, die die Justiz im Umgang mit dem Verdacht auf vermögensschädigendes Fehlverhalten in der GKV an den Tag legt. Um sich die Tragweite der Problematik zu verdeutlichen, ist zunächst festzustellen, gegen wen sich die Verfahren richten: Der größte Teil der Strafverfahren wird nach den Ergebnissen der Aktenauswertung gegen die sog. Leistungserbringer durchgeführt. Auf diese Gruppe entfielen knapp drei Viertel (74,6 %) der ausgewerteten Strafverfahren, während sich nur ein Viertel der Verfahren gegen Versicherte (9,1 %) oder Nichtversicherte (16,3 %) richtete. Abrechnungsmanipulationen traten – den Erfahrungen der

Praxis entsprechend¹⁰ – in allen Leistungsbereichen auf; in den ausgewerteten Verfahren wurde gegen Leistungserbringer aller Berufsgruppen ermittelt. Zu einem hohen Anteil waren hiervon jedoch niedergelassene Ärzte (24,5 %, wobei es sich zu 45,2 % um Allgemeinmediziner handelte) und Zahnärzte (23,0 %), aber auch Optiker (8,8 %), Krankentransportunternehmer (6,9 %) und Unternehmer der häuslichen Krankenpflege (6,4 %) betroffen.

Die weitere Auswertung zeigt, dass sich die gegen die Leistungserbringer geführten Verfahren deutlich von den Verfahren unterscheiden, die gegen die Nichtleistungserbringer geführt werden. So wird den Leistungserbringern im Durchschnitt eine deutlich größere Zahl von Einzelhandlungen zur Last gelegt. Während die Nichtleistungserbringer zu 19,2 % lediglich eine einzelne Handlung und nur zu 11,5 % mehr als hundert Einzeltaten durchgeführt haben, so wurde wegen einer einmaligen Tatbegehung bei den Leistungserbringern nur zu 5,4 %, wegen mehr als hundert Taten hingegen zu 33,0 % ermittelt.¹¹ Den Leistungserbringern wird dementsprechend im Durchschnitt auch ein deutlich größerer Schaden zur Last gelegt. So standen bei den Ermittlungsverfahren gegen die im Gesundheitswesen Beschäftigten im arithmetischen Mittel Schäden von 47.097 € pro Verfahren im Raum, wohingegen sich diese bei den übrigen Beschuldigten lediglich auf durchschnittlich 12.421 € beliefen. Zwar ähnelte sich die Verteilung im Bereich geringer Schäden – gegen 25,9 % der tatverdächtigen Nichtleistungserbringer wurde wegen verursachter Schäden von unter 500 € ermittelt, was ebenfalls auf 14,4 % der Leistungserbringer zutraf –, hohe Schäden von über 10.000 € (und sogar über 100.000 €) wurden hingegen seltener von den Nichtleistungserbringern (15,1 %) als von den Leistungserbringern verursacht (46,6 %). Und es gab weitere Unterschiede: Die Nichtleistungserbringer gestehen den Tatvorwurf wesentlich häufiger ein (20,8 %) und zeigen ein Unrechtsbewusstsein (43,4 %) als die Leistungserbringer (9,8 % bzw. 18,5 %). Die Leistungserbringer gestehen auf der anderen Seite zwar häufig (33,2 %) Abrechnungsfehler ein, weisen aber einen Vorsatz oder die Bereicherungs-

10 Vgl. etwa Ehlers, in: *P.-A. Albrecht u.a.* (Hrsg.), Festschrift für Schüler-Springorum 1993, S. 163f.; Leopold, *Die Rentenversicherung* 2006, S. 147.

11 Bei der Erklärung der auffällig großen Zahl von Einzeltaten in der Gruppe der Leistungserbringer ist zu berücksichtigen, dass sich eine einmalige Abrechnungsmanipulation regelmäßig nicht lohnt, sondern erst durch das wiederholte Vorgehen merkliche finanzielle Vorteile zu erlangen sind. Dem entsprechen auch die Erfahrungen der Strafverfolgungsbehörden, dass sich strafrechtlich relevante Abrechnungsfehler selten auf Einzelfälle beschränken. Häufig sollen von den verfolgten Leistungserbringern einzelne Abrechnungsfehler etabliert worden sein, die dann über einen längeren Zeitraum in den Abrechnungen fortgeführt worden sein sollen, vgl. Badle, *NJW* 2008, S. 1029.

absicht weit von sich. Knapp die Hälfte der Nichtleistungserbringer (47,4 %) gibt an, die Tat aufgrund einer ggf. psychischen Erkrankung begangen zu haben. Die Leistungserbringer ersetzen demgegenüber den verursachten Schaden häufiger oder zeigen diesbezügliche Bemühungen. Auch eine anwaltliche Vertretung findet im Ermittlungsverfahren vor allem bei den Leistungserbringern statt (76,9 % gegenüber 32,0 %).

Die rechtlich relevanten Strukturen zwischen den beiden Gruppen sind mit hin deutlich unterschiedlich. Unterschiedlich sind aber auch die Erledigungsstrukturen der Justiz, und zwar auf eine Weise, die in ihrer Deutlichkeit überrascht. Trotz des durchschnittlich höheren Unrechts- und Schuldgehalts werden die Verfahren gegen die Leistungserbringer signifikant häufiger durch Einstellung abgeschlossen als die Verfahren gegen die Nichtleistungserbringer. So erfolgte eine Einstellung gegen Auflagen und Weisungen nach § 153a Abs. 1 und 2 StPO gegenüber 35,0 % der Leistungserbringer und damit wesentlich häufiger als gegenüber den Nichtleistungserbringern, wo dies nur zu 5,2 % geschah. Die Nichtleistungserbringer wurden vielmehr zu 35,9 % im Strafbefehlsverfahren und zu weiteren 16,7 % durch ein strafgerichtliches Urteil abgeurteilt, was einer Verurteilungsquote von 52,6 % entsprach. Demgegenüber wurden die Verfahren gegen Beschuldigte aus dem Gesundheitswesen nur zu 14,0 % durch Strafbefehl und zu 12,2 % durch einen gerichtlichen Schuldspruch beendet, womit in „lediglich“ 26,2 % der Verfahren eine Verurteilung erfolgte. Die signifikanten Unterschiede bleiben dabei auch dann erhalten, wenn man nur die strafrechtlich noch nicht in Erscheinung getretenen Beschuldigten in den Blick nimmt. Die Privilegierung der Leistungserbringer bei der Verfahrenserledigung mag dabei durch die in der Justiz chronische Ressourcenknappheit gerechtfertigt sein; die gegen die Leistungserbringer gerichteten Verfahren sind für die Strafverfolgungsbehörden aufgrund ihrer Komplexität wahrscheinlich objektiv, aber vielleicht auch subjektiv schwieriger zu bewältigen als andere Verfahren. Indes wird es in der Öffentlichkeit – und damit auch bei potentiellen Tätern – durchaus registriert, wenn bestimmte Tätergruppen im Verfahren anders behandelt werden als andere. Es kann deshalb nicht ausgeschlossen werden, dass die sachlich kaum zu rechtfertigende Besserstellung der Leistungserbringer mittel- und langfristig einer Schwächung des strafrechtlichen Normappells Vorschub leistet und damit – wenn auch ungewollt – dem Ziel der Verbesserung der Prävention klar zuwiderläuft.

4. Fazit – Konsequenzen für die Prävention

Welche Konsequenzen lassen sich aus den vorgestellten Untersuchungsergebnissen für die Prävention ziehen? Festzustellen ist zunächst, dass sich bestimmte Parameter auch im besten Interesse der Prävention realistischere Weise nicht verändern lassen. Der Betrug in der GKV wird nach allem, was aus der Kriminologie bekannt ist, vermutlich vor allem durch die Intransparenz des Systems, die auch eine Folge der Entkopplung der Behandlungs- und Vergütungswege ist, durch die damit einhergehende Anonymität der Geschädigten sowie durch die zum Teil komplizierten und unübersichtlichen Abrechnungsregeln erheblich begünstigt. Das System der GKV steht jedoch in seinen Grundstrukturen nicht zur Disposition. Namentlich die Ersetzung des Sachleistungsprinzips durch das Kostenerstattungsprinzip, so wie es in der privaten Krankenversicherung üblich ist, steht bei keiner politischen Partei auf der Agenda.

Die Überlegungen zur Prävention müssen deshalb an einem anderen Punkt ansetzen, nämlich an dem der Kontrolle. Die Begehung von Straftaten – und dies dürfte für Fehlverhalten in seiner ganzen Breite zutreffen – ist vermutlich in den meisten Fällen das Ergebnis einer fehlenden oder nicht ausreichenden Selbst- und Fremdsteuering. Tatgelegenheiten werden um des eigenen Vorteils willen dann ausgenutzt, wenn die Mechanismen der inneren und der äußeren Kontrolle versagen, d.h. wenn und soweit die inneren Hemmungen überwunden werden können und dem Täter das Risiko der möglichen Entdeckung, Verfolgung und Bestrafung der Tat gering erscheint. Die Überlegungen zur Prävention in der GKV müssen dementsprechend bei der Selbststeuerung der Beteiligten und der Erhöhung des Entdeckungs- und Verfolgungs- bzw. Bestrafungsrisikos ansetzen.

Zu der Frage, wie sich die Selbststeuerung der Beteiligten im Bereich der Krankenversicherung, namentlich der Leistungserbringer, stabilisieren und stärken lässt, so dass Tatgelegenheiten auch dann nicht zum eigenen Vorteil ausgenutzt werden, wenn die Gefahr der Entdeckung und der Strafverfolgung nur gering ist, lassen die Untersuchungsergebnisse keine Schlussfolgerungen zu; auf diese Frage hin war die Untersuchung nicht angelegt. Plausibel erscheint es jedoch, dass die Selbststeuerung dadurch gestärkt werden kann, dass von allen Akteuren im Gesundheitssystem der Bagatellisierung

von Fehlverhalten entgegengewirkt wird. Sozialbetrug ist kein Kavaliersdelikt.

Rechtspolitisch bedeutsamer ist die Frage nach der Erhöhung des Entdeckungs- und Verfolgungsrisikos. Insoweit hat die Untersuchung eine ganze Reihe von Ansatzpunkten erbracht, die zu einer Verbesserung der Wirksamkeit der äußeren Kontrollmechanismen ergriffen werden können. So zeigen die Untersuchungsergebnisse, dass sich die Fehlverhaltensbekämpfung nach § 197a SGB V bei den einzelnen Sozialversicherungsträgern sehr unterschiedlich gestaltet. Die Befunde legen dabei den Schluss nahe, dass mögliche Fehlverhaltensfälle zulasten der Krankenkassen, bei denen keine bzw. nur wenige Verdachtsfälle bekannt geworden sind und bei denen damit auch die verursachten Schäden regelmäßig gering ausfielen, zum Teil schlicht nicht wahrgenommen, entdeckt wurden. Eine Erhöhung der Kontrolldichte durch eine flächendeckend angemessene personelle Ausstattung der Stellen nach § 197a SGB V sowie eine auch proaktive Arbeitsweise dieser Stellen dürfte deshalb eine sinnvolle und notwendige Konsequenz sein.

Auch die Zusammenarbeit der Akteure in der GKV bietet einen Ansatzpunkt für die Verbesserung der Prävention. Dies gilt zum einen für die kassenartenübergreifende Zusammenarbeit, insbesondere hinsichtlich des Austausches von Informationen über konkrete Verdachtsfälle, die erforderlich ist, um die auffälligen Sachverhalte in ihrem gesamten Ausmaß noch effektiver aufdecken und verfolgen zu können. Zwar erfolgte eine Zusammenarbeit in einigen Teilen des ausgewerteten Samples, insgesamt war jedoch der Anteil der Krankenkassen, der – direkt oder in Arbeitsgruppen – Hinweise auf Fehlverhalten von anderen Sozialversicherungsträgern erlangt hat, nur gering und wurden diese Kooperationsformen nicht ausreichend genutzt. Ein Wettbewerb der Krankenkassen, der, weil er lediglich die „eigenen“ Fälle im Blick hat, die Bekämpfung von Fehlverhalten in der GKV erschwert, damit letztlich dem Tatverdächtigen zu Gute kommt und die Solidargemeinschaft schädigt, erscheint an dieser Stelle dysfunktional. Zudem bedarf es einer rechtlichen Klarstellung der datenschutzrechtlichen Lage dergestalt, dass konkrete Verdachtsfälle im Sinne des §§ 197a Abs. 4, 81a Abs. 4 SGB V an andere Fehlverhaltensbekämpfungsstellen weitergeleitet werden dürfen.

In diese Formen der Zusammenarbeit sollten zudem die Kassenärztlichen und Kassenzahnärztlichen Vereinigungen stärker eingebunden werden, mit denen eine Kooperation derzeit in weiten Teilen nicht stattzufinden scheint. Es sollte auch das Interesse der Vertragsärzteschaft sein, Abrechnungsmanipulationen von Kollegen zu verfolgen und zu unterbinden, da in der Regel

letztlich sie selbst die hiervon Geschädigten sind. Einem falsch verstandenen Lobbyschutz gilt es, ggf. durch vermehrte Hinweise auf die bestehende Verpflichtung zur Zusammenarbeit durch die Aufsichtsbehörden, entgegenzutreten.

Kritisch ist die derzeitige Regelung der Anzeigepflicht in § 197a Abs. 4 SGB V unter dem Gesichtspunkt zu betrachten, dass fraglich ist, inwieweit die Beurteilung der Geringfügigkeit überhaupt durch einen Sozialversicherungsträger allein erfolgen kann. Da eine auf konkrete Einzelfälle bezogene kassenartenübergreifende Zusammenarbeit jedenfalls derzeit nur in geringem Umfang stattfindet, wird die Beurteilung der Bedeutung eines auffälligen Sachverhaltes für die GKV, die regelmäßig nur durch Einbeziehung einer Vielzahl von Sozialversicherungsträgern abschließend zu klären sein dürfte, letztlich häufig unzureichend, weil unvollständig, sein. Auch unter diesem Gesichtspunkt ist daher in der Intensivierung der Zusammenarbeit zwischen den einzelnen Krankenkassen und auch mit den Kassen(zahn)ärztlichen Vereinigungen ein wichtiger Ansatzpunkt zu sehen, um die Fehlverhaltensbekämpfung im Gesundheitswesen durch eine Steigerung des Kontrollniveaus zu verbessern. Zudem gilt es zu überdenken, ob nicht die Einführung einer umfassenden, einschränkungslosen Anzeigepflicht angebracht wäre, die zu einer größeren Gleichförmigkeit der Strafverfolgung führen und die Beurteilung der Geringfügigkeit den Strafverfolgungsorganen überlassen würde.

Auf der Ebene von Strafverfolgung und Justiz ist das bei diesen vorhandenen Fachwissen zu erhöhen, was vermutlich am sinnvollsten durch eine weitere Spezialisierung im Sinne der vermehrten Bildung von Schwerpunktstaatsanwaltschaften bzw. Sonderdezernaten erfolgen könnte. Hilfsweise sollte aber in jeder Behörde zumindest ein Staatsanwalt bestimmt werden, der den örtlichen Sozialversicherungsträgern als Ansprechpartner zur Verfügung steht und über besondere Fachkenntnisse zum sozialrechtlichen Hintergrund verfügt. Dies dürfte sich in positiver Weise auf den Fortgang des Strafverfahrens auswirken, wodurch sowohl den Interessen der geschädigten Krankenkassen und Kassen(zahn)ärztlichen Vereinigungen als auch denen des Beschuldigten an einer schnellen und möglichst wenig eingriffsintensiven Durchführung des Ermittlungsverfahrens entsprochen werden könnte. Eine solche Spezialisierung der Strafverfolgung würde zudem auch die Strafverfolgungsorgane selbst entlasten, da die Verfahren wegen Betruges zum Nachteil der GKV, die aufgrund ihrer rechtlichen und tatsächlichen Komplexität häufig viele Ressourcen binden, so effektiver bearbeitet und die allgemeinen Dezernate weniger belasten würden.

Schlussendlich sollte in der Justiz aber auch über die Art nachgedacht werden, in der die Strafverfahren wegen des Verdachts des Betrugs oder der Untreue im Gesundheitssystem geführt und erledigt werden. Wenn und soweit von strafrechtlichen Entscheidungen spezial- und generalpräventive Wirkungen ausgehen, ist es dysfunktional, den Beteiligten durch die Verfahrenseinstellung, mag sie auch nach § 153a StPO erfolgen, den Eindruck zu vermitteln, dass die Justiz mit bestimmten Fallkonstellationen – mit komplexeren, schwierigeren, beweisaufwändigeren Fällen, bei denen sich der Beschuldigte schon in einem frühen Verfahrensstadium anwaltlich vertreten lässt – nicht adäquat umgehen kann. Die von einem solchen Eindruck ausgehenden Wirkungen schwächen nicht nur die Selbststeuerung der unmittelbar Betroffenen, sondern tragen vermutlich auch zu einer Erosion des allgemeinen Rechtsbewusstseins bei. Die Gewährleistung der Gleichheit vor dem Gesetz ist für eine effiziente Betrugsprävention unverzichtbar.

Unternehmensdelinquenz im Gesundheitssystem

Zu Abrechnungsverstößen bei der stationären Versorgung

Ralf Kölbel

Gliederung

1. Einleitung
2. Formen und Merkmale korporativer Abrechnungsdelinquenz
3. Daten und Indikatoren
4. Ein Erklärungsmodell
5. Erste Befunde: „Das Risiko liegt gefühlt irgendwo bei Null.“
 - 5.1 Kontrollvarianten
 - 5.2 Primat der Konfliktlösung
 - 5.3 Kontrollwirkungsausfall
6. Resümee

1. Einleitung

Corporate Crime – sich als Unternehmenskriminalität ausdrückend in einem „illegal act potentially punishable by criminal sanctions and committed to advance the interests of the corporate organization“¹ – gilt als zentrale (teilweise gar als die „eigentliche“) Erscheinungsform von Wirtschaftskriminalität. Dabei geht es nicht nur um formelle „Verbrechen“, sondern angesichts der funktionalen Äquivalenz verschiedener Sanktionsformen oft auch um untechnische Kriminalität i.S. irgendeiner staatlichen Sanktionierbarkeit. Kennzeichnend ist jedoch, dass die Normverletzung aus der Organisation heraus begangen wird – d.h. dass das fragliche Verhalten von den Mitgliedern des Unternehmens in erster Linie zu dessen Nutzen (statt zum persönlichen Eigenvorteil) erfolgt und dass es sich allein durch die Organisationsmitgliedschaft der Akteure erklärt. Ungeachtet der allgemeinen Anerkennung dieses Konzeptes ist die Unternehmenskriminalität bislang allerdings in weit geringerem Maße als (große Teile) der konventionellen Kriminalität erforscht worden.² Vor jenem Hintergrund widmet sich dieser Beitrag den sog. Ab-

1 Cullen, F./Maakestad, W./Cavender, G., *Corporate Crime under Attack*, 2. Aufl. 2006, S. 9; näher dazu Slapper, G./Tombs, S., *Corporate Crime*, 1999, S. 16 ff.

2 Forschungsüberblick bei Yeager, P., *Understanding corporate lawbreaking*, in: Pontell, H./Geis, G. (Hrsg.): *Intern. Hdb. of White-Collar and Corporate Crime*, 2007, S. 25 ff.;

rechnungsmanipulationen von Krankenhäusern, um eine charakteristische Form von Unternehmensdelinquenz im Kontext medizinischer Dienstleistungen zu analysieren.³ Hierbei beruht die Wahl dieses speziellen, kriminologisch kaum bearbeiteten Feldes⁴ auf dessen forschungspraktischer Eignung: Da sich in diesem Bereich einige wichtige Rahmenfaktoren aktuell drastisch ändern (Ökonomisierung der stationären medizinischen Versorgung, Umgestaltung des Vergütungsreglements, Neuausrichtung der Kontrollstrukturen), lassen sich relevante Strukturen dort gleichsam „in der Entstehung“ betrachten – was Aufschluss für phänomenübergreifende Aussagen verspricht.

2. Formen und Merkmale korporativer Abrechnungsdelinquenz

Wird ein gesetzlich Versicherter stationär behandelt, steht der behandelnden Klinik eine Vergütung von Seiten der jeweiligen Krankenkasse zu (§ 109 IV 2 und 3 SGB V). Das Gesetz legt hierbei fest, dass die medizinischen Maßnahmen wirtschaftlich sein müssen (§§ 12 I, 70 I SGB V) – und es normiert die Details der Vergütung. Abgerechnet werden danach ganze Leistungskomplexe (statt stationärer Einzelmaßnahmen), wobei dies seit 2003 nicht mehr durch tages-, sondern erkrankungsbezogene Pauschalen geschieht („Diagnosis Related Groups“ bzw. „DRGs“)⁵. Die komplizierte, fallkonkrete Pauschalen-Bestimmung erfolgt automatisiert anhand einiger zentraler Parameter (z.B. Diagnosen, Prozeduren, Komplikationen usw.), die die Mitarbeiter des Krankenhauses⁶ dafür kodiert in eine Software einbringen müssen.⁷

für eine einschlägige deutsche Untersuchung vgl. *Boers, K./Nelles, U./Theile, H.* (Hrsg.), *Wirtschaftskriminalität und die Privatisierung der DDR-Betriebe*, 2010 (i. E.).

3 Außer Betracht bleiben also sowohl die Delikte anderer korporativer Akteure (z.B. Pharmaunternehmen) wie auch anderweitige Delikte von Kliniken, bspw. korruptionsnahes Verhalten wie die Zahlung von Provisionen an einweisende Ärzte (sog. „fee-splitting“, dazu *Green, G.*, *Occupational Crime*, 2. Aufl. 1997, S. 200 f.; *Kölbl, R.*, *Die Einweiservergütung – eine neue Form von Unternehmensdelinquenz im Gesundheitssystem?*, In: *wistra* 2009, S. 129 ff.).

4 Am ehesten ist die Abrechnungsdelinquenz von Individual-Leistungserbringern untersucht worden. Vgl. dazu *Gehl, G.* (Hrsg.): *Tatort Gesundheitsmarkt*, 2007 sowie *Homann, D.*, *Betrug in der gesetzlichen Krankenversicherung*, 2009.

5 Vgl. § 17b KHG i.V.m. dem KHEntgG. Näher *Lüngen, M./Lauterbach, K.*, *DRG in deutschen Krankenhäusern*, 2003.

6 Die Kliniken verteilen die Zuständigkeit ganz unterschiedlich zwischen Ärzten und „medizinischen Kodierern“ bzw. „Dokumentationsassistenten“ oder „Medizincontrollern“; näher *Rapp, B.*, *Praxiswissen DRG*, 2008, S. 18 ff.

Nach Vorlage der DRG und der verschlüsselten Daten löst die Kasse sodann die festgelegte Vergütung aus.

Als manipulativ muss in diesem Zusammenhang eine Abrechnung gelten, die den Abrechnungsregeln nicht nur widerspricht, sondern durch die Mitarbeiter der Klinik bewusst irregulär gestaltet wird – zuweilen, aber nicht notwendig verbunden mit unterstützenden administrativen oder medizinischen Aktivitäten (Anpassung der ärztlichen Dokumentation, strategische Diagnosen usw.). Abrechnungsmanipulationen stellen folglich einen Sonderfall im breiten Spektrum der Falschabrechnungsformen dar. Sie sind insbesondere nicht in eins zu setzen mit:

- versehentlichen Abrechnungsmängeln (i.S.v. nicht-intentionalen Fehlleistungen zu Gunsten oder zu Lasten des Krankenhauses);
- dem sog. Erlösoptimieren, bei dem das Vergütungspotenzial eines Falles extensiv, aber unter Wahrung des rechtlichen Rahmens „ausgereizt“ wird (i.S. gezielten Ausschöpfens von Kategorisierungsspielräumen und diagnostisch-therapeutischen Uneindeutigkeiten);
- sowie Wertungsdifferenzen bei grenzwertiger Kodierbarkeit (i.S.v. offenen, noch nicht verbindlich geklärten Beurteilungs- und Handhabungsdivergenzen).

Ungeachtet der abrechnungspraktisch fließenden Übergänge zwischen diesen Fehlerfällen können doch einige klare Manipulationstypen ausgemacht werden.⁸ Danach zielt ein erster Typ auf die Anhebung der abrechenbaren Fallzahl. Möglich ist dies nicht nur durch die Geltendmachung unnötiger stationärer Aufenthalte, die eigentlich weder zulässig noch vergütungsfähig wären („primäre Fehlbelegungen“), sondern ebenso durch die Abrechnung einer (Gesamt-)Behandlung, die zur Erlössteigerung vorab in zwei getrennte Fälle aufgeteilt wurde (durch taktische Zwischenentlassungen u.ä. Formen von medizinisch nicht indiziertem „Fallsplitting“). Dagegen geht es in den

7 Lediglich für einige Sonderkonstellationen (z.B. ambulante Maßnahmen, bestimmte Medikationen, Verbrauchsmaterialien) sind abweichende Modalitäten vorgesehen.

8 Diese (auf die wichtigsten Manipulationsformen beschränkte) Typenbildung basiert auf dem Fallmaterial einer Bielefelder Studie, die v.a. mit offenen leitfadenorientierten Experteninterviews arbeitet. Diese werden geführt mit (ehemaligen) Kodiermitarbeitern von Kliniken, MDK-Gutachtern sowie Kassenmitarbeitern, die mit der Rechnungsprüfung und Fehlverhaltensermittlung betraut sind. Die bislang vorliegenden Zwischenergebnisse beruhen auf explorativen Erhebungen im Kassen- und kriminalpolizeilichen Bereich und den ersten 15 Interviews (v.a. mit leitenden Mitarbeitern der größten Orts- und Ersatzkassen, die zusammen ca. 2/3 der Gesetzlichen Krankenversicherung abdecken).

Konstellationen des Typs II um eine Anhebung der Fallschwere. Hier werden die Falldaten (v.a. Erkrankungen und Leistungen) derart realitätsabweichend kodiert, dass dies eine höhere Vergütung auslöst, als es der Fall tatsächlich rechtfertigen würde (bspw. durch sog. Upcoding⁹). Bei den übrigen Manipulationsformen handelt es sich schließlich um die Abrechnung fiktiver Maßnahmen (Typ III), von unberechtigt oder unnötig erbrachten Leistungen (Typ IV) oder um die Geltendmachung einzelner Behandlungsbausteine, die an sich in der Fallpauschale enthalten sind (Typ V).

All diese intendierten Falschabrechnungen – die de jure (!) durchweg zur Strafbarkeit des Abrechnungspersonals führen (§ 263 StGB)¹⁰ – haben für die Klinik irgendeinen Nutzen. Oftmals liegt er in einem wirtschaftlichen Vorteil (weil Abrechnungs- und Behandlungswirklichkeit sich so unterscheiden, dass das Haus eine überhöhte Vergütung erhält). Da sich ein solcher illegitimer Mehrerlös in der Regel in niedrigen 4-stelligen oder noch geringeren Euro-Bereichen bewegt, ist er für das Krankenhaus freilich meist erst bei seriellem Vorgehen wirtschaftlich interessant. Allerdings sind für die Häuser daneben (oder alternativ) auch eine Reihe von „weichen“ Manipulationsvorteilen von Belang – sei es die Anhebung der Betten- oder Geräteauslastung, die Sicherung einer bedrohten oder reputationsförderlichen Abteilung oder auch einfach nur der Nutzen bei Marketing und Kundenpflege.¹¹

9 Gemeint ist das realitätsabweichende Einkodieren zusätzlicher Nebendiagnosen oder Behandlungsprozeduren oder das gezielte Vertauschen von Haupt- und Nebendiagnosen. Hiermit vergleichbar sind jene Fälle, die man im Feld als „schlambulant“ bezeichnet, d.h. das taktische Changieren zwischen ambulanten und stationären Abrechnungsposten, um – unabhängig von der tatsächlichen Behandlung – die jeweils höherwertige Vergütungsvariante in Anschlag zu bringen.

10 Näher Kölbel, R.: Abrechnungsbetrug im Krankenhaus, in: Neue Zeitschrift für Strafrecht 2009, S. 312, 314 f.

11 So verhält es sich etwa beim nicht selten erfolgenden „Wunschkaiserschnitt“ (hierzu Lutz, U./Kolip, P., Die GEK-Kaiserschnittstudie, 2006). Da diese Entbindung allein auf Bitten der Schwangeren (ohne medizinische Notwendigkeit) erfolgt, muss sie gegenüber den Kostenträgern wie eine vaginale Geburt abgerechnet werden. Macht die Klinik aber kurzerhand den teureren Fall eines (angeblich) indizierten Kaiserschnitts geltend (= Manipulationstyp IV), werden ihr einmal ihre operativ bedingten Mehrausgaben (längere Liegezeit sowie der größere apparative und medikamentöse Aufwand) ausgeglichen. Darüber hinaus bringt die Schnittentbindung aber auch organisatorische Vorteile (kürzere Dauer, Planbarkeit des Termins, geringerer Personaleinsatz). Und obendrein zählt die Bereitschaft, eine Wunschsectio (auf Kosten der Kassen) vorzunehmen, zu den kundenorientierten (Service-)Angeboten, mit denen sich die Klinik im Wettbewerb mit anderen Häusern zu behaupten versucht.

3. Daten und Indikatoren

In ausländischen Gesundheitssystemen, die bei der stationären medizinischen Versorgung schon seit langem eine vergleichbare DRG-Vergütung praktizieren, hat man das Manipulationsverhalten von Krankenhäusern zuweilen bereits untersucht. Dies betrifft namentlich die USA. Dort vergüten private Gesellschaften sowie v.a. die öffentlichen Krankenversicherungen (Medicare, Medicaid) zumindest einen Teil ihrer Leistungen auf DRG-Basis. In diesem Umfeld wurde in einigen Studien, die Klinikabrechnungen einer nachträglichen Überprüfung unterzogen hatten (Krankenakten-Review mit Rekodierung), ein recht hoher Anteil von Abrechnungen mit entgeltrelevanten Kodierfehlern aufgezeigt (durchschnittlich ca. 18 %).¹² Da solche Fehler überwiegend zu Lasten der Kostenträger gingen, sieht man darin unter anderem auch einen Ausdruck von beträchtlichen Manipulationspotenzialen.¹³ Diese Deutung wird durch Kodierer-Surveys gestützt, in denen nahezu die Hälfte des befragten Personals angab, von ihrem Management zu grenzwertig erlösmaximierender Kodierung angehalten zu werden.¹⁴ Außerdem zeigten Studien, die die Entwicklung der Kodierpraxis innerhalb bestimmter Krankheits- und Maßnahmegruppen beobachtet hatten, eine Zunahme gerade der komplexeren Diagnosevarianten („DRG-Creep“), für die es außer den Mehrvergütungsanreizen keine erlösunabhängige Erklärung (einen realen Fallschwereanstieg o.ä.) gab¹⁵.

Gemessen an dieser Forschungslage ist die Frage, ob und in welchem Maße die Einführung des DRG-Systems auch in Deutschland durch korporative

12 Stellvertretend *Psathy, B./Boineau, R./Kuller, L./Luepker, R.*: The potential costs of upcoding for hearth failure in the United States, in: *Amer. J. Cardiology* 84, 1999, S. 108 f. sowie die Überblicksarbeiten von *Waterstraat, F./Barlow, J./Newman, F.*: Diagnostic coding quality and its impact on healthcare reimbursement, in: *J. AMRA* 61, 1990, S. 52 ff. sowie v.a. *Lüngen, M./Lauterbach, K.*, Fn. 5, S. 109 ff.

13 Zur Forschungslage vgl. *Becker, D./Kessler, D./McClellan, M.*, Detecting medicare abuse, in: *J. Health Economics* 24, 2005, S. 189, 192 ff.; *Jesilow P.*, Policing healthcare at the dawn of the new millennium, in: *Pontell, H./Geis, G.*, Fn. 2, S. 576 ff.; vgl. auch *Vandenburgh, H.*, Feeding frenzy, 1999; *Sparrow, M.*, License to steal, 2. Aufl. 2000; *Gosfield, A.*, Medicare and Medicaid Fraud and Abuse, 2008, S. 27 ff.

14 Vgl. *Lorence, D./Spink, A.*, Regional variation in medical systems data: Influences on upcoding, in: *J. Medical Systems* 26, 2002, S. 369 ff.

15 Vgl. etwa *Baker, S./Kronenfeld, J.*, Medicaid prospective payment: Case-mix increase, in: *Health Care Financing Review* 12, 1990, S. 63 ff.; *Silverman, E./Skinner, J.*, Medicare upcoding and hospital ownership, in: *J. Health Economics* 23, 2004, S. 369 ff. sowie für Schweden ebenso *Serden, L./Lindqvist, R./Rosén, M.*, Have DRG-based prospective payment systems influenced the number of secondary diagnoses in health care administrative data?, in: *Health Policy* 65, 2003, S. 101 ff.

Abrechnungskriminalität begleitet wurde und wird, vollkommen ungeklärt. Von der herkömmlichen Kriminalstatistik werden die fraglichen Sachverhalte gar nicht erfasst, weil – aus noch zu zeigenden Gründen (unten 5.2.) – die Einschaltung der Strafverfolgungsbehörden nahezu ausnahmslos unterbleibt.¹⁶ Etwas aussagekräftiger sind indes einige gesundheitsökonomische Analysen der Krankenhaus-Daten. Beispielweise bildet die amtliche DRG-Abrechnungsstatistik ebenso wie die kassenspezifische Auswertung ausgewählter Abrechnungsbereiche ein modifiziertes Kodierverhalten der Kliniken ab, das eindeutig durch die DRG-Einführung ausgelöst wurde: Namentlich eine zunehmende Mitkodierung von entgeltsteigernden Faktoren (Nebendiagnosen, Prozeduren und Komplikationen) – freilich ohne dass auf dieser Datenebene feststellbar wäre, ob sich darin eine erlösmaximierende Verschlüsselungspraxis niederschlägt oder nur die zunehmende Vermeidung der früheren (ursprünglich vergütungsirrelevanten) Fehler.¹⁷ Relativ eindeutig auf zumindest grenzwertige Vergütungsziele zurückzuführen ist indes die Verteilung der geltend gemachten DRG innerhalb einiger Diagnose- und Behandlungsgruppen, wo das Abrechnungsverhalten – wie in den Diagrammen 1 – 2b demonstriert – ganz offensichtlich auf das Erreichen entgeltsteigernder Schwellwerte ausgerichtet ist.

16 Abfragen bei den Staatsanwälten/innen und LKA-Abteilungen, die auf Delikte im Gesundheitssystem spezialisiert sind, ergaben kaum einschlägige Fälle. Selbst bei den kasseninternen Einheiten zur Fehlverhaltensbekämpfung (§ 197a SGB V) fallen entsprechende Ermittlungen gegen Krankenhäuser entweder gar nicht oder nur sehr selten an (in den großen Kassen seit DRG-Einführung maximal 30 – 50 Verfahren). Vor diesem Hintergrund versucht die Bielefelder Studie durch Kooperation mit den genannten Institutionen die Akten aus möglichst allen strafrechtlichen Ermittlungsverfahren, die seit 2003 im (weiteren) Abrechnungskontext stationärer Leistungen geführt wurden, für eine qualitative Analyse zu erfassen. Nach dem gegenwärtigen Stand ist insofern mit max. 20 – 30 Verfahren zu rechnen.

17 So ausdrücklich: *Statistisches Bundesamt*, Fallpauschalenbezogene Krankenhausstatistik für 2007, 2009, S. 5; zu den Kassendaten vgl. *Friedrich, J./Günster, C.*, Determinanten der Casemixentwicklung in Deutschland während der Einführung von DRGs (2002 bis 2004), in: *Klauber, J./Robra, B.-P./Schellschmidt, H.* (Hrsg.), *Krankenhaus-Report 2005*, 2005, S. 153 ff.; *Heller, G./Schmidt, S.*, Wodurch ist die Veränderung der geburts-hilflichen Diagnosehäufigkeiten in der Krankenhausdiagnosestatistik zu erklären?, in: a.a.O., S. 297 ff.; *Repschläger, U.*, Entwicklungen und Ausgabenfaktoren im Krankenhausbereich, in: *Rau, F./Roeder, N./Hensen, P.* (Hrsg.), *Auswirkungen der DRG-Einführung in Deutschland*, 2009, S. 358, 364 f.

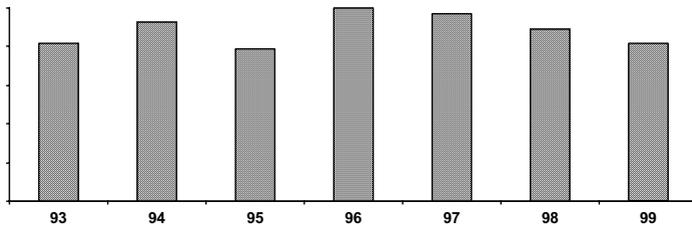


Diagramm 1: Verteilung Beatmungsstunden um erlösrelevanten Schwellwert 96 h¹⁸

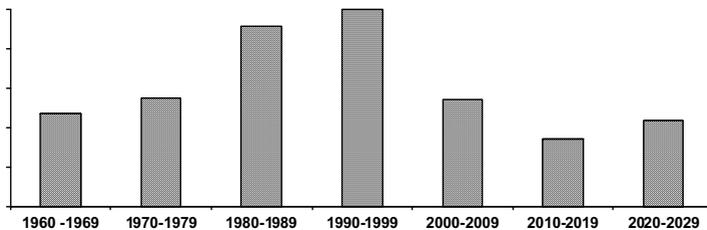


Diagramm 2a: Verteilung Neugeborenen-Aufnahmegewicht um erlösrelevanten Schwellwert 2000 g¹⁹

18 Die DRG-basierte Vergütung von Beatmungsstunden steigt um eine deutliche Stufe bei einer Beatmungsdauer von > 95 Stunden. Nach den hier vorliegenden Auswertungen, die die Verteilung aller im ersten Halbjahr 2009 bundesweit bei den AOKen abgerechneten Fälle in Relativ-Anteilen wiedergeben, zeigen die Beatmungsmaßnahmen eine deutliche Orientierung an diesem Schwellwert, während die knapp darunter liegende Beatmungsdauer mit überzufälliger Deutlichkeit seltener ist. – Zur Verfügung gestellt wurden mir die Daten freundlicherweise von Herrn Jörg Friedrich (WiDO Berlin).

19 Die DRG-basierte Vergütung der Neugeborenenversorgung steigt um eine deutliche Stufe bei Unterschreitung festgelegter Aufnahmegewicht-Schwellwerte (bspw. < 2000 g bzw. < 1500 g). Nach den hier vorliegenden Auswertungen, die die Verteilung aller im ersten Halbjahr 2009 bundesweit bei den AOKen abgerechneten Fälle in Relativ-Anteilen wiedergeben, zeigen die Diagramme 2a und 2b für die geltend gemachten Behandlungen eine überzufällige Häufung des Aufnahmegewichtes an diesem Wert, während das knapp darüber liegende Gewicht mit überzufälliger Deutlichkeit seltener ist. – Zur Verfügung gestellt wurden mir die Daten freundlicherweise von Herrn Jörg Friedrich (WiDO Berlin).

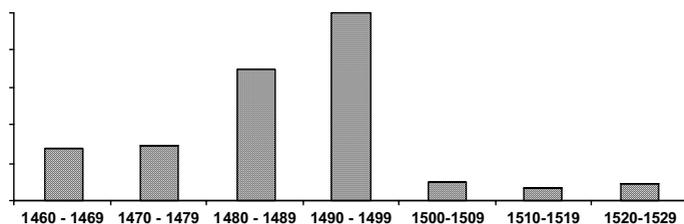


Diagramm 2b: Verteilung Neugeborenen-Aufnahmegewicht um erlösrelevanten Schwellwert 1500 g

Aufschlussreich sind daneben auch die Auswertungen tatsächlich erfolgter Abrechnungskontrollen. So hat der Medizinische Dienst der Krankenkassen (MDK) innerhalb der regulären Überprüfung einzelner Klinik-Abrechnungen (§ 275 V SGB V) – die im kassentübergreifenden Durchschnitt bei etwas über 10 % aller stationären Vergütungen stattfindet²⁰ – in den vergangenen Jahren beständig relativ große Abrechnungsanteile als überhöht reklamiert, im Durchschnitt knapp 40 % (unten *Tabelle 1*).²¹ Die kriminologische Aussagekraft dieser Angaben ist freilich gering, schon weil bei ihnen die Korrektheit der nachträglichen MDK-Einschätzung unterstellt werden muss. Außerdem sind die Prüfgegenstände hier stark vorselektiert, da sich der MDK allein mit jenen Abrechnungen befasst, die von den Krankenkassen als auffällig eingestuft und ihm (wegen eines Entgeltkürzungs-Potenzials) zur Kontrolle zugeführt wurden (näher unten 5.1.). Festgehalten werden kann deshalb nur, dass die Kontroll-Seite einen etwa 3- bis 5-prozentigen Anteil der Abrechnungsgesamtheit (unwidersprochen) als Falschabrechnung deklariert. Darüber hinaus sind aber in dem gewaltigen, 90 %-igen Fallbestand, mit dem sich der MDK gar nicht befasst, mit hoher Wahrscheinlichkeit noch zusätzliche Fehler enthalten.²² Dies belegen die gelegentlich erfolgenden Verfahren nach § 17c KHG, in denen man gerade aus jenen Abrechnungen,

20 Vgl. zu dieser Prüfrate bspw. *Blum, K./Offermanns, M./Perner, P.*, Krankenhaus Barometer. Umfrage 2008, 2008, S. S. 23; *Thieme, M.*, Krankenkassen mit ungebrochener Prüfungslust, in: *KU Gesundheitsmanagement 2008*, S. 48, 49.

21 Diese Aussage bezieht sich freilich nur auf die wenigen MDK, die ihre Prüfdaten auswerten und auch publizieren. Zu sehr ähnlichen Ergebnissen gelangen allerdings Klinik-Befragungen, denen zufolge der MDK insg. 36 - 39,4 % der ihm vorgelegten Abrechnungen als überhöht reklamiert (vgl. *Blum, K./Offermanns, M./Perner, P.*, a.a.O., S. 28; *Thieme, M.*, a.a.O.).

22 Diese Falschabrechnungen werden von den Kassen entweder nicht entdeckt oder nicht moniert oder „im Dialog mit den Kliniken“ korrigiert (unten 5.1.).

die zunächst unauffällig geblieben und keiner Prüfung nach § 275 V SGB V unterzogen worden waren, Stichproben bildet und diese sodann systematisch mit den Falldokumentationen vergleicht. Auch hierbei werden nach den insofern zugänglichen Daten bei erheblichen Abrechnungsanteilen immer wieder entgeltwirksame Fehler zu Lasten der Kassen belegt (unten *Tabelle 2*).²³

*Tabelle 1: Fehleranteile in den Abrechnungen nach MDK-Prüfung gemäß § 275 V SGB V*²⁴

<i>Region/Periode</i>	<i>Fehler zu Gunsten der Kasse in %</i>	<i>Fehler zu Gunsten der Klinik in %</i>
Nordbaden 2003 ²⁵	8	44
Baden-Württemberg 2005 ²⁶	4,6**	33,9**
Westfalen-Lippe 2005 ²⁷	5,3**	39,3**
Nordrhein 2005 ²⁸	5,1**	36,3**
Rheinland-Pfalz 2004 – 2006; speziell 2004/2005 ²⁹	6,1* 6,8*/5,9*	31,1* 31,3*/31,4*
Hessen 2003/04/05 ³⁰	7,9/4,6/3,5	32,2/42,7/38,3

23 Die Daten in Tabelle 2 sind allerdings weder vergleichbar noch verallgemeinerungsfähig, da eine Prüfung nach § 17c KHG stets für jeweils singuläre Sachverhalte (einzelne Abteilungen, ausgewählte Diagnosen, Prozeduren usw.) erfolgt.

24 Mit * gekennzeichnete Daten in Tab. 1 sind Angaben zu reinen Kodierfehlern (bei ** ist dies wahrscheinlich, aber der Arbeit nicht klar zu entnehmen). Ansonsten sind auch Falschabrechnungen wegen Fehlbelegung eingeschlossen.

25 *Rutz, S.*, Die Einführung von Diagnosis Related Groups in Deutschland, 2006, S. 336 ff.

26 *Dirschedl, P./Funk, R./Heine, U./Mohrmann, M.*, DRG-Prüfergebnisse im Ländervergleich: MDK Baden-Württemberg und MDK Westfalen-Lippe, in: *Gesundheitswesen* 69, 2007, S. 141 ff., vgl. auch die – nicht zwischen den Raten der Entgeltunterschreitung und – überhöhung zusammenfassenden – Beanstandungsraten von 45,5 % (2004), 38,4 % (2005), 43,1 % (2006) und 44,7 % (2007) bei *Dirschedl, P.*, Krankenhausleistungen auf dem Prüfstand, in: *Rau, F./Roeder, N./Hensen, P.* (Hrsg.), Fn. 17, S. 348 ff.

27 *Dirschedl, P./Funk, R./Heine, U./Mohrmann, M.*, a.a.O.

28 *Schäfer, R./Buszello, H.*, Kassen ziehen Nutzen aus DRG-Auswertung des MDK Nordrhein, in: *MDK-Forum* 2006, S. 7 ff.

29 *Kuls, G.*, Fn. 38, a.a.O.; *dies./Weibler-Villalobos, U.*, Fn. 38, a.a.O.

30 *Oestreicher, B./v. Essen, J./Fender, H./Hübner, M./v. Mittelstaedt, G.*, Drei Jahre Begutachtung der Kodierqualität durch den MDK in Hessen, in: *MDK-Forum* 2006, 10 ff.

Tabelle 2: Fehleranteile in MDK-Stichprobenprüfungen gemäß oder in Anlehnung an § 17c II KHG

<i>Region/Periode</i>	<i>Ergebnisse</i>
Hessen, 2003 ³¹	bei 3 (kleineren) Stichproben insg. 32,4 % DRG-Fehler zu Lasten der Kasse
Baden-Württemberg, 2004 - 2007 ³²	bei 13 Stichproben (verschiedener Größe) zu Lasten der Kassen zwischen 13,1 und 32,4 % Fehler und um 5,36 % überhöhte Abrechnungsbeträge (Schwerpunkt: falsch kodierte Abrechnungen)
Hessen, bis 2006 ³³	bei 2 (größeren) Stichproben insg. 4,97 % der Abrechnungen zu Gunsten und 7,47 % zu Lasten der Kassen falsch
unbenannte Region, bis 2005 ³⁴	bei einer größeren Stichprobe insg. 29 % mit DRG-relevanten Fehlern (nicht aufgeschlüsselt, zu wessen Gunsten)
Hessen, 2002 ³⁵	bei einer mittelgroßen Stichprobe insg. 35 % DRG-relevante Fehler
Rheinland-Pfalz, 2005/2006 ³⁶	bei 25 Stichproben (verschiedener Größe) zwischen 0 und 50 % Fehler (je nach Fehlerart) und überhöhte DRG-Werte zu Lasten der Kassen von durchschnittlich 2,2 bzw. 2,0 %

Nun beziehen sich die MDK-Prüfdaten nur auf Falschabrechnungen im weiten Sinne (oben 2.). In welchem Maße es täuschungsneutrale Gründe für die Abrechnungsfehler gibt – oder ob und wie oft den festgestellten Fehlern umgekehrt eine entsprechende Übervorteilungsabsicht zugrunde lag –, geht hie-

31 Schnabel, M./Geks, J./Schunk, T./Mann, D./Gerdes, B./Schaeg, M., MDK-Überprüfungen zur Dokumentations- und DRG-Kodierqualität, in: Krankenhaus, 2004, S. 630 ff.

32 Dirschedl, P./Mohrmann, M., Stichprobenprüfungen nach § 17c KHG: Methodik, praktische Erfahrungen und Ergebnisse in Baden-Württemberg, in: Klauber, J./Robra, B.-P./Schellschmidt, H. (Hrsg.): Krankenhaus-Report 2007, 2007, S. 195 ff.

33 v. Essen, J./Hübner, M./v. Mittelstaedt, G., Die Stichprobenprüfung nach § 17c KHG – Erfahrungsbericht aus Krankenhäusern der Maximalversorgung in Hessen, in: Gesundheitswesen 69, 2007, S. 137 ff.

34 Holzwarth, F./Kuypers, H., Kodierqualität immer noch ein Problem, in: Krankenhaus-Umschau 2005, S. 678 ff.

35 Klaus, B./Ritter, A./Große Hülseswiesche, H./Beyrle, B./Euler, H.-U./Fender, H./Hübner, M./v. Mittelstaedt, G., Untersuchung zur Qualität der Kodierung von Diagnosen und Prozeduren, in: Gesundheitswesen 67, 2005, S. 9 ff.

36 Modrack, M./Weibler-Villalobos, U., Stichprobenprüfungen sind wichtiges Prüfinstrument, in: MDK-Forum 2007, S. 12 f.

raus nicht hervor.³⁷ Dennoch lässt sich das MDK-Material als Hinweis auf die Existenz einer relevanten (derzeit nur nicht quantifizierbaren) Manipulationspraxis lesen, weil es hierfür noch eine Reihe weiterer, „weicher“ Indikatoren gibt:

- So ist ein Lerneffekt i.S. einer zunehmenden Abrechnungskonformität, der angesichts der mehrjährigen Etablierung des DRG-Verfahrens zwischenzeitlich eintreten müsste, in den MDK-Prüfdaten nicht feststellbar. Obendrein werden von den MDK nicht nur deutliche Unterschiede in der Fehlerbelastung verschiedener Krankenhäuser, sondern sogar richtiggehend abrechnungsauffällige Kliniken ausgemacht.³⁸
- Die Existenz des Phänomens wird schließlich durch Feldstudien zur Krankenhausärztlichen Berufswelt ebenso dokumentiert³⁹ wie durch eine einschlägige professionsinterne Debatte⁴⁰. Demgemäß sprachen auch die Kassen- und MDK-Mitarbeiter in den Interviews, die im Rahmen der vorliegenden Studie bislang geführt wurden, zwar nur selten von systematischem oder strategischem Manipulieren (vereinzelt sogar nur von „Unstimmigkeiten“), doch dominierte eindeutig die Ansicht: „Wer hinschaut, wird fündig“.

4. Ein Erklärungsmodell

Der gesamten neueren Forschung zum „Corporate Crime“ liegt eine organisationssoziologische Schwerpunktverlagerung zugrunde. Anders als im Bereich personaler Delikte, in dem man gewöhnlich nach einer psychologisch

37 In Kooperation mit dem MDK Baden-Württemberg nimmt deshalb die Bielefelder Studie derzeit in den Prüfdaten eine Sonderauswertung für ausgewählte „Manipulationskandidaten“ vor (d.h. für Abrechnungsfehler, die nach medizinischer und abrechnungstechnischer Erfahrung nur mit einer Täuschungsabsicht erklärt werden können).

38 Dazu v.a. *Kuls, G.*, MDK-Erfahrung: Auf beiden Seiten wächst der bürokratische Aufwand, in: *Krankenhaus Umschau* 2008, S. 51 ff.; *dies./Weibler-Villalobos, U.*, DRG-Kodierqualität in Krankenhäusern hat sich nicht verbessert, in: *Die BKK* 2006, S. 592 ff.

39 Vgl. die Ärzte-/Controller-Interviews bei *Klinke, S.*, Ordnungspolitischer Wandel im stationären Sektor, 2008, S. 178, 220 f., 226 ff.; aufschlussreich auch *Vogd, W.*, Ärztliche Entscheidungsprozesse des Krankenhauses im Spannungsfeld von System- und Zweckrationalität, 2004, S. 178 ff.; 183 Fn. 52; *ders.*, Die Organisation Krankenhaus im Wandel, 2006, S. 111.

40 Kennzeichnend v.a. *Roeder, N./Rochell, B./Juhra, C./Irrps, S./Glocker, S./Fiori, W./Hensen, P.*: Die DRG-Abrechnung muss MDK-sicher sein, in: *f&w* 2002, S. 14 ff.; *Roeder, N./Fiori, W./Loskamp, N./Bunzemeier, H./Juhra, C./Hensen, P./Rochell, B.*: Strategische Kodierung – Schlüssel zum DRG-Erfolg?, in: *Krankenhaus* 2003, S. 780 ff.

und/oder soziologisch angelegten Deutung für das Verhalten individueller Akteure sucht, geht es nunmehr um das Handeln von Organisationsmitgliedern, das sich primär durch die Organisationseinbindung erklärt. In den Vordergrund rücken die Binnenstruktur des Unternehmens (hier: des Krankenhauses) und deren besondere soziale Kontextuierung (wobei die Theorielage zu den Deutungsdetails aber noch offen erscheint). Das hiesige Vorhaben stützt sich insofern zunächst auf ein Konzept, das die allgemeine Straintheorie auf korporative Akteure überträgt⁴¹, um dieses sodann in ein Mehrebenenmodell einzubinden, welches die relevanten kriminogenen Faktoren auf verschiedenen Problemschichten lokalisiert⁴². Rechtswidrige Aktivitäten der Krankenhäuser lassen sich hiernach als Transaktionsformen interpretieren, deren Wahrscheinlichkeit in ökonomischen Drucksituationen steigt, insbesondere bei zugleich vorhandenen Tatgelegenheiten und dem Fehlen von alternativen Bewältigungs-Mechanismen. Die konkrete Ausprägung von strain, opportunity und coping-Potenzial werden dabei von Gegebenheiten auf den System-, Organisations- und Personenebenen bestimmt:

Auf der Systemebene generiert ein neuartiger Ökonomisierungszwang strain-bildende Prozesse. Angesichts der Wettbewerbslage sehen sich die Kliniken mit einem massiven Kostendruck konfrontiert.⁴³ Es werden Rentabilität und andere unternehmerische Ziele bestimmend. Sind Gewinne, Marktpositionen usw. mit dem gegebenen Leistungsspektrum/-umfang eines Hauses nicht realisierbar („blockage of economic goals“) oder bestehen gar ökonomische Schwierigkeiten („threat of economic problems“), wird die Klinik zu innovativen Reaktionen gedrängt (kosten- und ertragsorientiertes Behandlungsverhalten, Ablaufeffektivierung, Spezialisierung, Renommee-Bildung, Leistungsausbau usw.). Falls sich solche „conventional coping resources“ aber als unzureichend erweisen⁴⁴, steigt die Wahrscheinlichkeit,

41 Vgl. *Agnew, R./Piquero, N./Cullen, F.*, General strain theory and white-collar crime, in: *Simpson, S./Weisburd, D.* (Hrsg.): *The Criminology of White-Collar Crime*, 2009, S. 35 ff.; ergänzend *Vaughan, D.*, Controlling Unlawful Organizational Behavior, 1983, S. 54 ff.; *Passas, N.*, Anomie and corporate deviance, in: *Contemporary Crisis*, 14, 1990, S. 157 ff.; *Slapper, G./Tombs, S.*, Fn. 1, S. 131 ff.

42 Zu einer ähnlichen Ebenenbildung vgl. *Gobert, J./Punch, M.*, Rethinking Corporate Crime, 2003, S. 14 ff.

43 Zur Ökonomisierung des Gesundheitssystems vgl. *Bauer, U.*, Die sozialen Kosten der Ökonomisierung von Gesundheit, in: *APuZ* 8-9/2006, S. 17 ff.; speziell für den stationären Bereich bspw. *Vera, A.*: Die „Industrialisierung“ des Krankenhauswesens durch DRG-Fallpauschalen – eine interdisziplinäre Analyse, in: *Gesundheitswesen* 71, 2009, S. e10 ff.

44 Auch hierfür können die Gründe auf der Systemebene liegen – bspw. dort, wo es die Regulierungslage erschwert, dass sich betriebswirtschaftliche Anstrengungen in Über-

dass sich die Innovationen auf die Einnahmeseite konzentrieren und dort in Gestalt von (Abrechnungs-)Devianz niederschlagen. Begünstigt wird dies durch eine manipulationsförderliche Tatgelegenheitsstruktur, die die Systemebene ebenfalls konstituiert. Das geltende Vergütungsverfahren, das von Ambiguitäten gekennzeichnet ist und zahlreiche Erlösmaximierungs-Spielräume aufweist („program vulnerability“), bietet nämlich Missbrauchsoptionen, die allein durch Kontrollen eingrenzbar wären. Da die Prüfpraxis der Kassen aus organisationsstrukturellen Gründen jedoch beträchtliche Lücken belässt und Manipulationen völlig sanktionsfrei bleiben (unten 5.), öffnet sich ein breites deliktisches Möglichkeitsfeld.

Strain-theoretisch ist zu erwarten, dass etliche Krankenhäuser auf die genannten Umfeldbedingungen – d.h. den strikten Erlöserzielungszwang, die Schwierigkeiten legaler Gewinnsteigerung und die Manipulationsgelegenheiten – mit einer irregulären Abrechnungspraxis reagieren. In welchen Kliniken sich der „extra-organizational strain“ tatsächlich in dieser Weise realisiert, hängt dann allerdings von den jeweiligen Binnengegebenheiten auf der Organisationsebene ab. Besonders hoch sind die Risiken dort, wo die abrechnungsbeteiligten Unternehmenseinheiten auch einem „intra-organizational strain“ ausgesetzt sind.⁴⁵ Dies ist in Konstellationen der Fall, in denen – beeinflusst von den jeweiligen Gewinninteressen des Krankenhausträgers⁴⁶ und von der mikropolitischen Machtverteilung zwischen Ärzteschaft und Hausmanagement – rigorose Leistungsziele bestehen, die angesichts der konkret vorhandenen Realisierungsmittel (d.h. der Erlöspotenziale des Fallbestandes) kaum einlösbar sind. Bleibt der Leistungsvollzug dann unterreguliert (durch die Abwesenheit von kulturellen Korrektiven und internen Kontrollen), drängt dies die betroffenen Abteilungen hin zu irregulärer Einnahmeoptimierung.⁴⁷ Ausdruck dessen ist hier, dass nicht nur die techni-

schüssen niederschlagen. So sind bspw. Kliniken angesichts ihres Versorgungsauftrages nicht selten gezwungen, auch unrentable Abteilungen zu unterhalten.

45 Dazu *Simpson, S./Koper, C.*, The changing of the guard: Top management characteristics, organizational strain, and antitrust offending, in: *Journal of Quantitative Criminology* 13, 1997, S. 373 ff.; *Faßbauer, G./Schirmer, F.*, Moderne Leistungssteuerung und Anomie, in: *Soziale Welt* 57 (2006), S. 351 ff.

46 Jedenfalls in den USA tritt Upcoding in den Abrechnungen unternehmerisch geführter Kliniken deutlich häufiger auf als in „non-profit“-Häusern (vgl. *Silverman, E./Skinner, J.*, Fn. 15, a.a.O.; *Steinbusch, P./Oostenbrink, J./Zuurber, J./Schaepkens, F.*: The risk of upcoding in casemix systems: A comparative study, in: *Health Policy* 81, 2007, S. 289, 294 m.w.N.).

47 Möglicherweise reagieren die Abrechnungs- und Controlling-Abteilungen infolge ihrer primär ökonomischen Handlungslogik auf diesen Druck eher als ärztliches Personal, das sich immer noch in erster Linie an medizinischen Aspekten orientiert.

schen Voraussetzungen geschaffen werden (Bereitstellung einer Abrechnungssoftware, die programmgemäß Maximierungsvorschläge generiert; gezielte Schulung und Auswahl der Mitarbeiter), sondern dass sich die Abrechnungs- und Kodierteams auch darauf festlegt sehen, in der Fallbehandlung ein wirtschaftliches Primat umzusetzen (v.a. durch ein entsprechendes Erwartungsklima, die Weisung zur Erlösmaximierung oder eine Bindung der Gehälter an den Abrechnungserfolg⁴⁸). Da sich das Management allerdings individuell bereit finden muss, manipulationsförderliche Strukturen zu implementieren, sind schließlich auf der personalen Ebene auch begünstigende Persönlichkeitsmerkmale von Belang.⁴⁹ Dies betrifft ebenso die Eigenschaften des Kodierpersonals, das ganz verschieden auf Druck, Vorgaben und Anreize ansprechen und eine unterschiedliche Angewöhnungs- und Neutralisierungsneigung zeigen kann.⁵⁰

48 Tatsächlich fanden sich in den Aktenanalysen (Fn. 16) vereinzelt Hinweise auf eingebürgerte Usancen und auch Anordnungen. Anhaltspunkte für „Erfolgsprämien“ gibt es bislang dagegen nicht. Gleichwohl wird von Dienstverträgen der Chefärzte berichtet, die Mindestfallzahlen von lukrativen Fallarten festlegen oder „die Anzahl der für die Kostenträger erfolgreichen Anfragen in ein leistungsorientiertes Vergütungselement integrieren“ (*Rapp, B.*, Fn. 6, S. 175). Auch lässt sich die hausinterne Mittelzuweisung an den Abrechnungserfolg der Abteilungen knüpfen (a.a.O., S. 89 ff.).

49 Zu dieser Frage existieren bislang keine Befunde. Erste, noch sehr vage unternehmenskriminologische Anhaltspunkte bei *Blickle, G./Schlegel, A./Fassbender, P./Klein, U.*, Some Personality Correlates of Business White-Collar Crime, in: *Applied Psychology* 55, 2006, S. 220 ff.

50 Die Untersuchung stieß z.B. auf die geradezu sportive Haltung: „Hochrechnen gegen Rausprüfen“. Daneben ist eine Reihe weiterer, spezifisch verbandsbezogener Neutralisierungen zu erwarten: die Notlage des Hauses; die Erfolgswänge der Abteilung; die Gefährdung des Arbeitsplatzes; die bei der Leitung liegende Verantwortlichkeit; die Annahme, selbst nur ein „austauschbares Rad im Getriebe“ zu sein; die Unsinnigkeit von Regeln (Hinweise hierauf bei *Vogd, W.*, Fn. 39, a.a.O.).

5. Erste Befunde: „Das Risiko liegt gefühlt irgendwo bei Null.“

Nach der hiesigen Konzeption ist für das Manipulationsproblem auch die Kontrollrealität von Bedeutung.⁵¹ Insofern liegt zunächst einmal auf der Hand, dass sich aus Falschabrechnungen an sich noch keine vollendeten Tatsachen ergeben. Da sämtliche Abrechnungen der Kliniken von den Kassen zu prüfen sind, ist der Überzahlungseffekt prinzipiell korrigierbar. Das ist allerdings nur im Verlauf des normalen Abrechnungsprozesses möglich.⁵² Sofern die Prüfteams der Kassen bei der Durchsicht massenhafter Rechnungen – 2008 fielen bundesweit knapp 18 Millionen stationäre Fälle an – die Manipulationen nicht herauszufiltern und zu identifizieren vermögen, sofern sie diese übersehen oder jedenfalls nicht erfolgreich monieren, gehen die Täuschungsfälle zwangsläufig in das Dunkelfeld ein. Die dahingehende Prüfwirklichkeit erschließt sich nun freilich nicht (allein) durch die rechtliche Rahmung. Bestimmend ist deren Handhabung, die wiederum abhängt von Organisationsfaktoren auf Seiten der Kassen. Dazu liegen erste Zwischenergebnisse der Interviews vor.

5.1. Kontrollvarianten

Die Kontrollen der Kassen verlaufen ausgesprochen uneinheitlich, sowohl in den Verfahrensdetails als auch (und wichtiger noch) im Hinblick auf die Kontrollphilosophie. Zunächst einmal setzt der Abrechnungsvorgang aber überall damit ein, dass die Kliniken den Kassen für jeden einzelnen Fall die DRGs nebst den maßgeblichen Parametern zuleiten (§ 301 I, II SGB V). Überwiegend erfolgt bereits auf dieser Grundlage routinemäßig die Vergütungsfreigabe. Eine echte Kontrolle wird nur ausgelöst, wenn sich für die Kassenprüfer bei der ersten software-gestützten Stimmigkeitskontrolle ein Plausibilitätszweifel ergibt. Daran können sich verschiedene Schritte anschließen.

- „Interventionen“: Nachfragen und Einwände gegenüber der Klinik; Aushandeln einer Vergütungslösung (nicht selten im Paket mehrerer Fälle);

51 Vgl. oben in 4. sowie bei *Steinbusch, P./Oostenbrink, J./Zuurbier, J./Schaepkens, F.* (Fn. 46), a.a.O.

52 Die Daten und Unterlagen werden keiner anderweitigen Kontrolle unterzogen – mit Ausnahme der Stichprobenprüfungen nach § 17c KHG, die jedoch ohne praktische Relevanz bleiben (oben Fn. 23).

- Vorberatungen mit dem MDK: Auswahl jener Fehlerverdachts-Fälle, die ein realistisches Erlösenkungspotenzial aufweisen;
- Einschaltung des MDK: Einleitung des semi-formellen Verfahrens nach § 275 SGB V.

Wird die Abrechnung dem MDK übergeben, prüft dieser (je nach Auftrag) z.B. die Notwendigkeit und Dauer der stationären Maßnahme, die Kodierung, die Berechtigung geltend gemachter Zusatzentgelte usw., wobei dies, wie oben bereits erwähnt, immerhin bei etwa jedem 10. Krankenhausfall geschieht. Hinter einer solchen Durchschnittsquote verbirgt sich jedoch ein erhebliches Gefälle zwischen den verschiedenen Kassen. Ob bspw. eine Vorberatung stattfindet, hängt von Ressourcen und der lokalen Beziehungsqualität ab.⁵³ Den MDK überhaupt zu bemühen, ist keinesfalls selbstverständlich. Während einige Kassen vorwiegend „im Gespräch“ mit dem Krankenhaus eine einvernehmliche Lösung suchen, leiten andere Kostenträger dem MDK so gut wie alle ernsthaften Fehlerkandidaten zu. Dies hängt nicht nur von der eigenen Prüf- und Durchsetzungsmacht ab, sondern eher von der generellen Kontroll-Politik. Maßgeblich ist offenbar, ob man der Abrechnungskultur der Häuser mit Skepsis begegnet oder einen Vertrauensvorschuss gewährt. Insofern sind klare Zusammenhänge erkennbar: Umso gravierender sich das Manipulationsphänomen in den Darstellungen einer Kasse gestaltet, desto rigoroser ist die Kontrollphilosophie und desto strikter die Kontrollpraxis. Freilich handelt es sich hierbei stets um Spielarten einer Ausgleichspolitik. Sie betreffen Maß und Intensität und Quantität der MDK-Einbeziehung, mit denen aber allein der Formalisierungs- und Konfrontationsgrad des Verhandlungsverhaltens variiert – ohne dass irgendwo ein hierarchisch-festlegender („polizeilicher“) Kontrollstil aufträte.⁵⁴

5.2. Primat der Konfliktlösung

Diesem Konsens-Paradigma gemäß bleiben Manipulationsfälle im außerstrafrechtlichen Raum. Entsprechende Anlässe werden schon gar nicht als solche erkannt und empfunden, d.h. aufgedeckte Abrechnungsfehler werden in keiner Weise auf ihre Strafrechtswertigkeit hin gedacht. Dies dürfte damit

53 Das Verhältnis zwischen Kassen und MDK ist oft alles andere als konfliktfrei. Nicht selten entsprechen z.B. die Bearbeitungszeiten und –ergebnisse des MDK („Bearbeitungsstau“ und „Abwiegeln“) nicht den Kassenvorstellungen.

54 Dazu fehlte es den Kassen auch an der rechtlichen Macht. Bezeichnenderweise gehen sie dort, wo das Krankenhaus auf seiner monierten Abrechnung beharrt (sog. „Widersprüche“), meist zu Nachverhandlungen über.

zusammenhängen, dass man den Abrechnungsakteur als amorphe, entpersonalisierte Einheit („die Klinik“) wahrnimmt.⁵⁵ Vor allem aber fehlt es für eine solche Deutung bereits am Interesse. Den Sachbearbeitern ist allein daran gelegen, die Ausgaben ihrer Kasse zu senken und für eine stationäre Behandlung nur das Notwendige zu zahlen. Führt der Abrechnungsverstoß zu einer Vergütungskorrektur, ist dieses Kontrollziel erreicht. Ob der Fehlerfall aus einem Betrugsakt hervorging, ist aus jener Warte dagegen eine anderweitige Frage, die man gar nicht erst stellt. Manipulationsverhalten wird deshalb nicht als potenzielle Straftat gedacht, sondern gilt – im Wege eines „downlabeling“ – selbst in kontrollfreudigen Kassen nur als Anlass einer Entgeltabsenkung. Selbst aber dann, wenn man im Prüfteam einen entdeckten Fehlerfall tatsächlich als einen potenziellen Betrug reflektiert, sprechen viele Gründe dafür, dies als unmaßgebliche Privatmeinung auf sich beruhen zu lassen und Eskalationen zu meiden. Denn, wie es in einem unserer Interviews hieß: „Unter Krankenhausleuten geht man nicht so miteinander um.“. Den Vorfall zu dramatisieren und zu melden,

- schadet nämlich der Realisierung des fraglichen Entgeltabzugs, weil ein Strafverfahren, dessen Verlauf, Dauer und Ausgang sich von außen nicht einschätzen und beeinflussen lassen, die Fallabwicklung blockierte;
- schadet den Dauerbeziehungen zur Klinik, die man für die Gewährleistung der örtlichen Behandlungssicherheit braucht;
- und schadet dem Wettbewerbsinteresse, um dessentwegen man die Prüfergebnisse lieber bilateral gegenüber der Klinik verwertet, aber nicht mit den Konkurrenzkassen teilt.

5.3. Kontrollwirkungsausfall

Obwohl man im Prüfgeschäft des Alltags auf Abrechnungsmanipulationen problemlösungs- statt sanktionsorientiert reagiert und demgemäß in der Handlungslogik der Kassenakteure kein Raum für eine Strafrechtsoption ist⁵⁶, könnte anstelle der vollständig ausbleibenden Strafverfolgung doch

55 Es kommt sicher nicht von ungefähr, dass sich in den wenigen einschlägigen Strafverfahren (Fn. 16) innerhalb der kollektiven Struktur einer Klinik stets eine individualisierbare Person fand (Chefarzt, Belegarzt usw.), die für den vorgeworfenen Sachverhalt zentral war und gegen die sich in der Regel auch die Erstanzeige richtete.

56 Damit zeigen die Kassen einen ähnlich selektiven Strafrechtsgebrauch wie beinahe alle Unternehmen im Falle deliktischer Schädigung: Man benutzt Strafrecht rein instrumentell – d.h. nur, wenn es (was hier nicht der Fall ist) der Schadensminimierung o.ä. Interessen dient (hierzu m.w.N. etwa *Bussmann, K.-D.*, Business Ethics und Wirtschafts-

wenigstens das Kassenprüfverfahren eine gewisse Aufdeckungs- und Kontrollwirkung erzielen. Angesichts der oben erwähnten Rechnungs-korrektur-Raten liegt dies keineswegs fern. Allerdings ist unklar, ob die Kassen eine solche Prüffrequenz auf Dauer durchhalten können, zumal inzwischen bei ihnen zu Gunsten der Klinik für jede beanstandungslos endende Einzelfallprüfung eine erhebliche Gebühr fällig wird (§ 275 I c SGB V).⁵⁷ Ohnehin ist bereits das bestehende Prüfsystem in seiner Detektionsfähigkeit stark eingeschränkt. In der Selbstwahrnehmung der Kassen hat dies folgende Gründe:

- Der enge „Datenkranz“, den die Klinik bei der Abrechnung mitteilen muss, bedingt die Unauffälligkeit vieler Manipulationen;
- Die organisatorische Zergliederung der Rechnungsprüfung bei verschiedenen Leistungsbereichen (ambulant/stationär) erschwert die Entdeckung von Manipulationsformen, die gerade auf den Entgeltdifferenzen und Kombinationsmöglichkeiten dieser verschiedenen Maßnahmentearten beruhen;
- Die Leistungsfähigkeit der Prüf-Software bei der „Muster-Erkennung“ hält mit den Innovationen, die die Kodier-Software der Kliniken bei der Entwicklung von Optimiervorschlägen entwickelt, nur teilweise mit.

Besondere Bedeutung gewinnt hierbei freilich eine ökonomische Logik, der die Abrechnungskontrolle gehorcht: Selbst jene Kassen, die auf ein striktes Prüfregime setzen, müssen ihren Aufwand dosieren. In der Regel (wenn auch in unterschiedlich ausgeprägtem Maße) kommen deshalb Nutzenkalküle zum Tragen. Dies äußert sich nicht nur in der Behandlung von entdeckten Fehlerkandidaten (informelle Grenzwerte für die Einschaltung des MDK), sondern schon in früheren Prüfphasen, wo man die Kontrollintensität selektiv gemäß diverser „Aufgreifkriterien“ verteilt.⁵⁸ In unrentablen Feldern, in denen sich wenig „herausprüfen“ lässt, ist die Prüfanstrengung gering. Dagegen liegen die Kontrollschwerpunkte v.a. in jenen Abrechnungsbereichen, die die besten Fehlerentdeckungs- und Fehlernachweis-chancen

strafrecht. In MschrKrim 86, 2003, S. 89, 93 f.; Kölbel, R., Wirtschaftskriminalität und unternehmensinterne Strafrechtsthroughsetzung, in: MschrKrim 91, 2008, S 22, 29.

57 Die 2008 eingeführte Gebühr – nach dem KHRG mittlerweile angehoben auf 300,- € – soll den prüfbedingten Aufwand der Klinik ausgleichen. In welchem Maße sich die Kassen in ihrem Prüfverhalten hiervon beeinflussen („abschrecken“) lassen, hängt nach unseren Interview-Eindrücken von der jeweiligen Kontrollphilosophie ab. Meist ist es eine Kalkulationsgröße in der Nutzenabwägung (zu dieser sogleich).

58 Für ein elaboriertes Berechnungsmodell der Prüfungs-Effizienz vgl. Schönfelder, T./Klewer, J.: Verfahren zur Erkennung von DRG-Upcoding, in: HeilberufeSCIENCE 2008, S. 6 ff.

bieten (was erklärt, weshalb man inzwischen Fehlbelegungen häufiger als Upcoding prüft⁵⁹).

Letztlich sind solche Prüflücken für die Leistungsfähigkeit des gängigen Kontrollverfahrens allerdings nur bedingt relevant. Dessen Überwachungseffekte leiden mindestens ebenso darunter, dass die reguläre Fallprüfung nach § 275 SGB V keine Sanktionsformen kennt: Die Aufdeckung einer Unregelmäßigkeit hat lediglich zur Folge, dass die Kasse die Vergütung gemäß dem MDK-Votum auf das rechtmäßige Maß reduziert. Das Krankenhaus erhält also immer noch den rechtmäßigen Preis (d.h. das Entgelt der eigentlich angezeigten bzw. der tatsächlich erbrachten Leistung), und zwar ohne zusätzliche Abzüge oder sonstige Strafen. So gesehen kann es schwerlich verwundern, dass sich das Sanktionsrisiko in der Kodierer-Wahrnehmung, so eine Aussage aus den Interviews, „gefühlte irgendwo bei Null“ bewegt.

6. Resümee

Nimmt man die Merkmale der Kontrollwirklichkeit zusammen – so das kassenspezifisch differierende, aber übergreifend stark selektive Prüfverhalten, das zudem für die entdeckten Abrechnungsfehler weder strafrechtliche noch sonstige Sanktionen auslöst – zeigt sich darin eben jene Manipulationsanfälligkeit des Vergütungssystems, die sich als deliktförderliche Tatgelegenheitsstruktur ausnimmt und so als Rahmenfaktor im hier vorgeschlagenen Deutungsmodell fungiert. Eine derartige Sichtweise, die mit Devianzbegriffen und Devianzbedingungen operiert, ist in den bisherigen (raren) Diskussionen zum Abrechnungsproblem freilich überhaupt nicht zu finden. Jener Diskurs wird allein in gesundheitsökonomischen Kategorien geführt, ganz unabhängig von Normgeltungs-, Gleichheits- oder gar Gerechtigkeitsfragen. Soweit man dabei überhaupt einen Anlass zur Nachsteuerung sieht, zielt diese nicht darauf, illegitime Erlöse zu unterbinden, sondern deren Kostenfolge durch eine geringfügige Absenkung der regulären DRG-Preise vorsorglich zu vermeiden.⁶⁰ Auf die Abrechnungskontrolle durch Kassen und MDK will man dabei zuweilen sogar gänzlich verzichten.⁶¹ Aus einer krimi-

59 Vgl. zu diesem Trend nur *Rapp, B.*, Fn. 6, S. 168; *Thieme, M.*, Fn. 20, S. 49, 51.

60 In diesem Sinne *Lüngen, M./Lauterbach, K.*, Fn. 5, sowie jetzt auch § 10 III Nr. 4 KHEntgG, wo genau diese Sozialisierung von Upcoding-Effekten vorgesehen ist.

61 Dafür *Fiori, W./Brüning, K./Bunzemeier, H./Roeder, N.*, Codierqualität in den Krankenhäusern. Unberechtigte Vorwürfe, in: *Deutsches Ärzteblatt* 106, 2009, S. A1596 f.; vgl. dagegen zum einen die Berechnungen zu den Systemkosten von Falschabrechnun-

nologischen Werte könnte es freilich kaum verwundern, wenn gerade diese eindeutig „managerielle Regulierungslogik“, die allgemeinen Thematisierungs- und Wahrnehmungsweisen im Feld prägen und so zur Problemreproduktion nicht wenig beitragen würde.

gen, die sich seit 2004 auf mind. 1,9 Milliarden € summiert haben sollen (vgl. *Schönfelder, T./Balázs, S./Klewer, J.*, Kosten aufgrund von DRG-Upcoding durch die Einführung der Diagnosis Related Groups in Deutschland, in: *HeilberufeScience* 2009, S. 77 ff.) sowie die enforcement-bedingte Steigerbarkeit der Abrechnungskonformität bei *Becker, D./Kessler, D./McClellan, M.*, Fn. 13.

Ursachen und Bewältigung der Finanzmarktkrise aus strafrechtlicher Sicht

Christian Schröder

Gliederung

- | | | | |
|-------|--|-------|---|
| 1. | Einleitung | 2.2.3 | Fristentransformation strebt nach „billigem Geld“ |
| 2. | Komplexität als Einfallstor für kriminogene Verhaltensweisen | 2.2.4 | Die Ratings der Commercial Papers |
| 2.1 | Gründe der Komplexität | 2.2.5 | Auch deutsche Banken trieben den ABS-Markt an |
| 2.2 | Exzessive Fristentransformation als zweite Hauptursache | 2.3 | Die Verzahnung der Risiken als Schritt in die systemische Krise |
| 2.2.1 | ABCP-Programme | 3. | Ausblick: Die strafrechtliche Aufarbeitung |
| 2.2.2 | Fristentransformation versus goldene Bankregel | | |

1. Einleitung

Die Auswirkungen der Finanzmarktkrise, die im Jahr 2007 ausbrach und die Finanzmärkte im Jahr 2008 in ihrem Kern erschütterte, waren auch noch im September 2009 zum Zeitpunkt der 11. Wissenschaftlichen Fachtagung der Kriminologischen Gesellschaft spürbar. Mich hat es sehr gefreut, auf dieser Tagung einige Eckpunkte meiner Forschungsergebnisse zu dieser Krise als Gast vorstellen zu dürfen. Ich betone die Gastrolle, weil ich kein Kriminologe bin und mich dem Thema auch in der schriftlichen Fassung meines Vortrags nur unter bank- und strafrechtlichen Gesichtspunkten nähern möchte.

Mit dieser Eingrenzung verzichte ich zugleich darauf, auf die volkswirtschaftlichen Ursachen dieser Krise einzugehen. Wir wissen, dass die Zinspolitik der Notenbanken „Geld billig gemacht“ hat. Dadurch entstand ein starker Anreiz, Kredite günstig aufzunehmen, um damit anderweitig zu spekulieren.¹ Indessen erklärt dieser Umstand allein nicht das Ausmaß der Krise, denn das Ausnutzen von Zinsdifferenzen durch „billiges Geld“ ist keineswegs neu. Die Finanzmarktkrise hat weitere Ursachen, die sich miteinander

¹ Gute Kurzanalyse bei *Beck/Wienert*, APuZ 20/2009, 7 ff.

verzahnt und zu dieser Krise geführt haben. Nach meinem Erkenntnisstand sind darunter zwei Gründe besonders hervorzuheben. Ich möchte diese Ursachen nachfolgend vorstellen, weil sie auch kriminogene Züge enthalten. Das ist freilich nicht nur bank- und strafrechtlich ein interessanter Vorgang, sondern auch kriminologisch von einigem Interesse.

2. Komplexität als Einfallstor für kriminogene Verhaltensweisen

Die erste Ursache besteht darin, dass die Komplexität internationaler Finanzmärkte zum Einfallstor für Kriminalität werden kann.² Diese Erkenntnis ist für sich betrachtet nicht neu, denn sie entspricht gefestigtem kriminalistischem und strafrechtlichem Erfahrungswissen. Nur ein Beispiel soll diese These belegen: In den 70er und 80er Jahren ist es sog. Warenterminoptionsvermittlern immer wieder gelungen, Privatleute zum Kauf von Call-Optionen (also Kaufoptionen) auf Rohstoffe wie Öl zu bewegen. Die Geschäfte wurden zumeist an der Londoner Rohstoffbörse getätigt, da ein Abschluss für Private in Deutschland bis 1990 jedenfalls grundsätzlich nicht möglich war. Den Opfern wurden realistische Gewinnchancen vorgespiegelt. Das war für sich gesehen schon heikel, weil Call-Optionen immer die Möglichkeit des Totalverlusts des eingesetzten Kapitals bergen. Interessant ist aber, dass die Nebenkosten des Geschäfts in Gestalt von Provisionen und Vermittlungsaufschlägen so hoch waren, dass der Abschluss von Anfang an ohne jede Ertragschance war.³ Selbst wer zocken wollte, konnte das mit diesen Geschäften nicht, weil er ohne Chance war. Gleichwohl kauften Anleger die Optionen. Sie meinten also ein Geschäft mit Gewinnchancen abzuschließen, die es nicht gab. Darüber wurde der Anleger zwar auch getäuscht, aber hier interessiert nur der Befund: Der Anleger war ein Geschäft eingegangen, dessen Risiken und Ertragschancen er nicht überblickte.⁴ Als Beleg für diese These kann man auch den Bereich der Kapitalanlagebetrügereien bei Steuersparmodellen anführen. Einige Anleger, die sich an vermeintlich sicheren Immobilien beteiligen wollten, sind über fragwürdige GbR-Modelle in die eigene Insolvenz gerutscht. Geringverdiener, die einem Steuersparmodell

2 Schröder, Handbuch Kapitalmarktstrafrecht, 2. Aufl., Köln 2010, Rn. 1139 f.

3 BGHSt 30, 177 (180); 32, 22 ff.; BGH, wistra 1989, 19 ff.; BGH, NSTZ 2000, 36 f.; vgl. Achenbach, NSTZ 1988, 97 (98 f.).

4 Ausführlich zur Risikoerfassung bei Börsenspekulationsgeschäften Schröder, Aktienhandel und Strafrecht, Köln u.a. 1994, 104; ders., in: Achenbach/Ransiek (Hrsg.), HdB Wirtschaftsstrafrecht, 2. Aufl., Heidelberg 2008, X 2 Rn. 275.

beitreten, das sich überhaupt nur bei hoher Steuerlast rentieren kann, können die Kapitalanlage von vornherein nicht verstanden haben.

Wer Einzelheiten der Finanzmarktkrise analysiert, kommt kaum um die Erkenntnis herum, dass sich das soeben geschilderte Phänomen in dem Kreis der professionellen Marktteilnehmer wiederholt hat. Einige Marktteilnehmer waren schlicht überfordert und nicht in der Lage, die Risiken des Marktes und seiner Produkte voll zu erfassen. Jedenfalls weisen die Geschehnisse um die Sächsische Landesbank oder die IKB in diese Richtung, da letztlich per Kredit aufgenommene Gelder in vermeintlich sichere, aber in Wahrheit risikante Geschäfte gepumpt wurden. Wie Private, die Gelder in von ihnen nicht überblickte Optionsgeschäfte investiert haben, haben Bankmanager Gelder investiert, ohne die Risikolage zu überblicken.

2.1 Gründe der Komplexität

ABS-Anleihen spielen in dieser Krise eine Schlüsselrolle. Diese Wertpapiergattung soll an dieser Stelle nur kurz vorgestellt werden: ABS steht für Asset-Backed Securities. Die Vokabel „Asset“ meint Vermögenswerte, die einen Zahlungsfluss generieren.⁵ Der Zusatz „Backed“ will sagen, dass die Wertpapiere durch die Assets und deren Zahlungsstrom gedeckt sind. In der Literatur ist bisweilen zu lesen, bei den Assets handele es sich um Kredite. Das greift zu kurz. Es kann sich auch um sonstige Forderungen wie Erbbauzinsansprüche⁶ oder Einzelhandelsforderungen⁷ handeln. Richtig ist freilich, dass in der Finanzkrise die Kategorie der ABS-Anleihen, die Immobilienkredite in den USA verbrieften, eine besondere Rolle spielte. Sie stehen auch im Mittelpunkt der nachfolgenden Betrachtung.

ABS-Anleihen wurden in dem hier interessierenden Zusammenhang der Verbriefung von Krediten durch Zweckgesellschaften emittiert.⁸ Emittent einer ABS-Anleihe ist dann eine von der Bank getrennte Zweckgesellschaft. Auf diese Weise kann sich die ursprünglich kreditgebende Bank eines Kreditportfolios entledigen. Das hat den Vorteil, dass man die Kredite nicht weiterhin mit Eigenkapital unterlegen muss und für die Forderungen sofort ei-

⁵ Geiger, in: *Habersack/Mülbert/Schlitt* (Hrsg.), *Unternehmensfinanzierung am Kapitalmarkt*, Köln 2005, § 18 Rn. 7.

⁶ In Deutschland wurden z.B. Erbbauzinsansprüche der *Vivacon AG* verbrieft und platziert.

⁷ So werden z. B. Forderungen der *Garant Schuh AG* zu ABS verbrieft.

⁸ Ausführlich dazu *Schröder*, *Handbuch Kapitalmarktstrafrecht*, 2. Aufl., Köln 2010, Rn. 1084 ff.

nen Kaufpreis erhält. Die Zweckgesellschaft, deren Gründung vor der Krise oft von Investmentbanken arrangiert wurde, kauft der ursprünglich kreditgebenden Bank die Kredite ab. In Deutschland finden also §§ 398 ff. BGB Anwendung. Dafür erhält die ursprünglich kreditgebende Bank einen Forderungskaufpreis. Um dieses Geschäft erfüllen zu können, benötigt die Zweckgesellschaft Kapital. Dieses Geld beschafft sich die Zweckgesellschaft durch die Emission der ABS-Anleihe, die die Forderungen aus den abgetretenen Krediten verbrieft.

Das hört sich in der Theorie einfach an, ist in Wahrheit aber schwierig. Die Käufer der ABS-Anleihen müssen einen so guten Preis zahlen, dass sich der ganze Vorgang lohnt. Bei genauem Hinsehen gilt es, die Differenz zwischen dem Kreditzinsniveau der Einzelkredite und dem regelmäßig darunter liegenden Kapitalmarktzinsniveau zu „retten“. Jeder kennt diese Zinsdifferenz. Der Zins des Einzelkredits bei der eigenen Bank liegt immer höher als der Zins, den man bei dieser Bank durch Einlagen oder Schuldverschreibungen erzielen kann.

Warum sollten aber Käufer der ABS-Anleihen die Risiken eines Kreditportfolios tragen? Dazu sind sie nur bereit, wenn die ABS-Anleihe als sicher erscheint. Deshalb werden dem verbrieften ABS-Portfolio z.B. Kredit- oder Währungsderivate beigemischt. Wichtig ist auch, dass es sich bei der Zweckgesellschaft um eine eigenständige Gesellschaft handelt. Die Kredite müssen aus der Risikosphäre der ursprünglich kreditgebenden Bank abgespalten werden. Am Ende dieses Prozesses werden die ABS-Anleihen durch Rating-Agenturen analysiert und mit einem Rating versehen.

In diesem Zusammenhang fällt auch oft der Begriff CDO (Collateralized Debt Obligation), der bisweilen missverstanden wird. In diesen Konstruktionen werden ABS-Anleihen häufig zu einer Art Anleihen-Portfolio zusammengeführt, das aus unterschiedlichen Tranchen besteht. Dabei soll die nachrangige Tranche einen Risikopuffer für die „besseren Tranchen“ darstellen. Dahinter steht nicht viel Neues, sondern die Idee, die Befriedigung von Gläubigern nach einer Art Rangfolge zu strukturieren. Den Gedanken kennen wir längst durch § 10 ZVG.⁹ Die sog. „Senior Tranche“ wird zuerst bedient, die nachrangigen Tranchen erst, wenn der Zahlungsfluss das noch zulässt.¹⁰

⁹ Zutreffend *Bartsch*, NJW 2008, 3337.

¹⁰ *Früh*, BB 1995, 105 (108); *Zeising*, BKR 2007, 311 (314).

Jenseits dieser Einzelheiten werden ABS-Anleihen durch Rating-Agenturen bewertet. Dabei unterwirft die Agentur das ABS-Portfolio einer Gesamtschau. Dieses Rating hat eine bestimmte Funktion. Potenzielle Käufer müssen den von der Zweckgesellschaft angebotenen ABS-Anleihen vertrauen. Nur dann erzielt man beim Verkauf der ABS-Anleihen so lukrative Preise, dass man der ursprünglich kreditgebenden Bank ein für diese lohnendes Entgelt für das Kreditportfolio bezahlen und daran auch noch verdienen kann.

An sich müsste ein potenzieller Käufer der ABS-Anleihe das dahinter stehende Kreditportfolio und ggf. auch die Zugehörigkeit des Wertpapiers zu einer bestimmten Tranche und deren Zusammenspiel mit anderen Tranchen im Falle des Ausfalls von Kreditforderungen selbst analysieren. Das wäre oft rein tatsächlich zu aufwendig, weil der einzelne Käufer in Deutschland z.B. Einzelkredite in Utah (USA) analysieren müsste. Diese Rolle füllen Rating-Agenturen aus, die die Sicherheit der Wertpapiere bewerten und in Ratingstufen klassifizieren. Dabei führen z.B. die Versicherung von Kreditausfallrisiken oder Garantieerklärungen zu einem besseren Rating.

Indessen kam bei alledem die Frage nach der Qualität der ursprünglich vergebenen Kredite zu kurz. Rating-Agenturen erklären dazu, dass sie sich auf die Angaben der ursprünglich kreditgebenden Bank verlassen haben.¹¹ AAA-Ratings, die wie TÜV-Siegel anmuteten, entpuppten sich als billiger Abklatsch von Angaben derjenigen Banken, die ein Kreditrisiko mittels der Verbriefung weitergeben wollten. Dieser Vorgang ruft an sich nach besonderer Vorsicht, denn wer sich von Kreditforderungen trennen will, wird vor allem diejenigen auswählen, die ihm selbst nicht geheuer sind. Dann können eher zweifelhafte Forderungen weitergereicht und verbrieft werden.

Exakt an dieser Stelle öffnete sich ein Einfallstor für Kriminalität. Der Verbriefungsmarkt entwickelte sich so rasant, dass immer mehr Banken zweifelhafte Kredite mit der bereits bestehenden Absicht auskehrten, die Forderungen an eine Zweckgesellschaft zu verkaufen. Dann steht von Anfang fest, dass man, um es überspitzt auszudrücken, tickende Zeitbomben nicht bis zur Explosion in den Büchern haben wird. Der Schuldner muss nur bis zur Abtretung der Forderung an die Zweckgesellschaft durchhalten, die den Kredit in ein ABS-Portfolio eingehen lässt. Ein Zahlungsausfall ist dann nicht mehr das Problem der ursprünglich kreditgebenden Bank. Ein solches System bie-

¹¹ Vgl. nur *Palan*, manager magazin 3/2008, 52 (54).

tet nicht nur Anreize für eine leichtfertige Kreditvergabe¹², sondern die starke Nachfrage nach ABS-Anleihen, auf deren Ursachen noch sogleich einzugehen sein wird, feuerte das Ganze zusätzlich an. Man brauchte Kreditnehmer, egal wen. Mit der Verbriefung war auf allen Stufen zu viel Geld zu verdienen. Es begann beim Makler, der ein Haus verkauft. Es ging weiter über die ursprünglich kreditgebende Bank mit ihren Abschlussprovisionen. Es verdiente die Investmentbank, die für die Zweckgesellschaft das Kreditportfolio für den Kapitalmarkt trimmte. Auch die Rating-Agenturen, die beratenden Rechtsanwälte und Wirtschaftsprüfer waren Gewinner des Systems. Und am Ende stand viel zu oft ein AAA.

Vieles spricht dafür, dass das Vertrauen in Ratings missbraucht wurde, denn allein der Umstand, dass AAA-Ratings gleich mehrere (!) Ratingstufen herabstürzen konnten, verlangt nach Aufklärung.¹³ Ratings haben den Anspruch, Risikoszenarien abzubilden. Das darauf bezogene Vertrauen wurde erschüttert und wir müssen ermitteln, ob es auch zu Täuschungszwecken missbraucht wurde. Wir, das sind für den Fall kriminogener Verhaltensweisen an globalisierten Märkten auch die amerikanischen Strafverfolgungsbehörden, die sich zwar um Aufklärung bemühen¹⁴, aber bisher die Rolle der Investmentbanken und Rating-Agenturen nur unzureichend hinterfragt haben.

2.2 Exzessive Fristentransformation als zweite Hauptursache

Bis hierhin wurde nur ein Szenario beschrieben, das dazu führte, dass sich vermeintlich werthaltige ABS-Papiere als minderwertig entpuppten. Das allein erklärt nicht das Ausmaß der Krise. Abschreibungsbedarf gab es auch in früheren Krisen. In diesem Zusammenhang sei an die nach der Jahrtausendwende platzende Dot-Com-Blase erinnert. Zu dem systemischen Ausmaß der Krise trug der Umgang mit ABS-Anleihen bei, genauer gesagt eine ex-

12 *Kümpel/Piel*, DStR 2009, 1222 (1223).

13 *Schröder*, Kriminalistik 2009, 12 (13); insoweit zustimmend *Lüderssen*, StV 2009, 486.

14 Siehe nur *Mines*, Kriminalität im Zusammenhang mit der Finanzkrise – Fälle des Subprime Mortgage Fraud, Vortrag anlässlich der BKA-Herbsttagung am 12.11.2008, abrufbar im Internet:
 <http://www.bka.de/kriminalwissenschaften/herbsttagung/2008/mines_langfassung_deutsch.pdf> oder menügeführt über <<http://www.bka.de>>
 →Kriminalwissenschaften→Kriminalistisches Institut→Publikationen
 →Herbsttagungen 2002, 2003, 2004, 2005, 2007 (Tagungsprogramme und Vorträge)→
 2008 – Link zum Tagungsprogramm inkl. Kurz- und Langfassung der Vorträge→
 Langfassung (Stand: 01.11.2009), 5 ff.

zessive Fristentransformation. Das dahinter stehende Gebilde ist sehr komplex, man kann es aber auf die wesentlichen Grundstrukturen reduzieren.

2.2.1 ABCP-Programme

Um die Risiken exzessiver Fristentransformation in ABS-Anleihen zu erkennen, muss man einen Blick auf die sog. ABCP-Programme werfen.¹⁵ Sie ähneln der klassischen ABS-Verbriefung, können aber spekulativer konzipiert sein. Das ABCP-Programm betreibt eine Zweckgesellschaft, die Forderungen aufkauft und damit ein neues Wertpapier unterlegt, das am Kapitalmarkt emittiert wird. Der Unterschied zur klassischen ABS-Verbriefung liegt vor allem darin, dass die angekauften Forderungen aus ABS-Anleihen bestehen. Es werden also nicht die Originalkredite abgetreten und dann verbrieft, sondern die Zweckgesellschaft kauft bereits verbrieft Kreditpakete an, eben ABS-Anleihen.

Um diesen Ankauf tätigen zu können, benötigt die Zweckgesellschaft Geld. Dieses Geld beschafft sich die Zweckgesellschaft durch die Emission kurzlaufender Schuldverschreibungen, die Banken untereinander handeln und als Commercial Papers bezeichnen. Deren Laufzeit betrug zumeist 60 bis 90 Tage. Aus der Emission dieser kurzlaufenden Schuldtitel leitet sich auch der Name dieser Programme ab. Es geht um Asset-Backed Commercial Papers (ABCP).¹⁶ Spekulativ ist diese Konstruktion deshalb, weil man die langlaufenden ABS-Anleihen mit Geld bezahlt, das man nach kurzer Zeit wieder zurückzahlen muss. Das bedingt, zur Rückzahlung anstehende Commercial Papers alsbald durch neu zu emittierende Commercial Paper ersetzen zu müssen.

Tritt man einen Schritt zurück, dann zeigt sich folgendes Bild: Man hat den ersten Zweckgesellschaften, die im ersten Takt Kreditforderungen verbrieften, im zweiten Takt eine Zweckgesellschaft nachgeschaltet. Diese zweite Gesellschaft bezeichnet man in der Fachsprache auch als Conduit. Zwar handelte es sich zumeist um unterschiedliche Initiatoren, aber man ahnt schon, zu welcher Kettenreaktion es kommen kann, wenn die Verbriefung auf der ersten Stufe nicht seriös verläuft. Denn diese ABS-Papiere wurden auf der zweiten Stufe auf Kredit angekauft und das ganze System stand unter der Prämisse, dass mit AAA bewertete Anleihen tatsächlich werthaltig sind.

¹⁵ Überblick bei *Boultab/Marxfeld/Wagner*, IRZ 2008, 497 ff.

¹⁶ *Ricken*, Verbriefung von Krediten und Forderungen in Deutschland, Düsseldorf 2008, 40 f.

2.2.2 Fristentransformation versus goldene Bankregel

Die immer wiederkehrende und kurzfristige Refinanzierung wirkt geteufelt und man fragt sich, warum sich die Zweckgesellschaften derart atemlos refinanzieren. Das liegt im System der ABCP-Programme, mittels derer gerade aus den an Kapitalmärkten vorzufindenden Zinsdifferenzen Kapital geschlagen werden soll. Es entsteht nämlich ein Ertrag, wenn der Zinsgewinn aus der erworbenen ABS-Anleihe höher ist als die Kosten der mittels Commercial Papers aufgenommenen Kredite. Gelingt es, am Kapitalmarkt einen Kredit zu drei Prozent aufzunehmen und kauft man mit diesem Geld eine langlaufende Forderung über acht Prozent, dann entsteht eine Zinsmarge von fünf Prozent. Allgemein bezeichnet man die Hereinnahme von kurzlaufenden Geldern, die man anderweitig gegen ein länger laufendes Zinsversprechen anlegt, als Fristentransformation.

Das Gegenstück dazu bildet die goldene Bankregel, nach der man die Aktiv- und Passivseite zeitlich möglichst kongruent führen sollte. Vereinfacht bedeutet das, dass man als Bank die Vergabe eines über fünf Jahre laufenden Kredits z.B. mit einer entsprechenden Inhaberschuldverschreibung refinanziert. Allerdings ist dann die Zinsmarge sehr viel geringer. Besonders deutlich werden diese Mechanismen bei Realkrediten. Der Pfandbriefmarkt, der sich im Detail freilich auch gewandelt hat, basiert noch immer auf der Grundidee der goldenen Bankregel. Man bietet dem Sparer einen Pfandbrief mit einem Zins von fünf Prozent an, um das so hereingeholte Geld als Hypothekenkredit zu sieben Prozent wieder auszukehren. Infolge der Zinsdifferenz kann die Hypothekbank ihre Kosten decken und einen Ertrag erwirtschaften. Insolvenzrisiken werden dadurch minimiert, dass der vergebene Kredit dinglich über eine im Grundbuch einzutragende Hypothek abgesichert wird. Diese darf 60 Prozent des Verkehrswertes nicht übersteigen, weil sie letztlich auch den Pfandbriefgläubigern als Sicherheit dient.

2.2.3 Fristentransformation strebt nach „billigem Geld“

Die Fristentransformation rechnet sich vor allem dann, wenn das kurzfristig hereingenommene Geld möglichst billig, also nur gering zu verzinsen ist. Das war für die Zweckgesellschaften, in denen die ABCP-Programme abliefen, ein grundsätzliches Problem. Um eine möglichst preiswerte Refinanzierung zu erreichen, musste der Markt für kurzfristige Kredite den Commercial Papers vertrauen.

Niemand wäre bereit gewesen, einer Zweckgesellschaft, die über Commercial Papers Geld aufnimmt, um es höherverzinslich anzulegen, einen günstigen Kredit zu geben. Dazu war nicht nur das Haftkapital der Zweckgesellschaft zu gering, sondern die Gläubiger der Commercial Papers konnten die Güte der seitens der Zweckgesellschaften angekauften ABS-Anleihen nicht beurteilen. Diese Unsicherheiten hätten die Bereitschaft, in Commercial Papers zu investieren, stark gehemmt. Jedenfalls wären Unwägbarkeiten auf den Preis durchgeschlagen. Der Preis eines Kredits besteht aber im Zins. Also müsste der Zins des Commercial Papers in die Höhe schnellen. Dann wäre aber die von dem Conduit mit seinem ABCP-Programm angestrebte Zinsmarge nicht mehr zu erzielen gewesen. Um aus der Fristentransformation einen möglichst hohen Profit zu ziehen, musste der Refinanzierungszins der Zweckgesellschaft möglichst niedrig sein. Niedrige Zinsen bekommen im Interbankenhandel aber nur Topschuldner. Diesen Konflikt galt es zu überwinden. Es galt eine bei isolierter Betrachtung hoffnungslos unterkapitalisierte Zweckgesellschaft zum guten Schuldner zu machen, dem man getrost sehr viel Geld über 60 oder 90 Tage leihen kann.

2.2.4 Die Ratings der Commercial Papers

Die Lösung dieses Konflikts stand ganz in der Tradition des blinden Vertrauens in Ratings. ABCP-Programme wurden von Rating-Agenturen analysiert und die von der Zweckgesellschaft emittierten Commercial Papers bewertet. Das Ziel bestand darin, das Rating eines Commercial Papers besonders gut ausfallen zu lassen. Das war aber eine harte Nuss, denn bei isolierter Betrachtung ist ein zur Fristentransformation eingesetztes Commercial Paper nicht gerade eine Empfehlung. Deshalb gewährten die Initiatoren dieser Zweckgesellschaften sog. „Liquiditätslinien“. Mittels derer gab die Bank eine Art Patronatserklärung für den Fall ab, dass die Rückzahlung der Commercial Papers ins Stocken gerät. Damit schloss sich ein Teufelskreis. Nunmehr konnte man nämlich gefahrlos Commercial Papers zeichnen, weil über der Zweckgesellschaft immer die potentiell rettende Hand einer Bank schwebte.

Dieser Vorgang erklärt auch, warum Banken wie die Industriekreditbank (IKB) oder die Sächsische Landesbank (SachsenLB) über ihre Zweckgesellschaften viele Milliarden Euro kurzlaufender Kredite aufnehmen konnten. Die Gläubiger erwarben zwar Commercial Papers von Zweckgesellschaften, die unter schillernden Firmierungen wie „Rhineland Fund“ (IKB) oder „Ormond Quay“ (SachsenLB) aktiv waren. Für die Rückzahlung der Commercial Papers machte sich jedoch eine „gute Adresse“ der Bankenwelt stark. Im

Fall des „Ormond Quay“ wäre für einen gewissen Zeitraum sogar ein Rückgriff auf die Gewährträgerhaftung des Landes Sachsen denkbar gewesen.

Die mittels der Emission der Commercial Papers vereinnahmten Gelder dienten der Investition in ABS-Anleihen. Besonders gern kaufte man Kreditpakete, in denen Realkredite amerikanischer Schuldner gebündelt worden waren. Da gab es hohe Zinsen und der Ertrag aus der Fristentransformation war entsprechend groß.

2.2.5 Auch deutsche Banken trieben den ABS-Markt an

Mithin trugen auch deutsche Banken zur Krise bei. Sie erzeugten eine starke Nachfrage nach ABS-Anleihen. In den USA suchte man auch aus diesem Grund gleichsam händeringend nach Kreditnehmern. Eine gigantische Geldmaschine wurde angeworfen und auf allen Stufen wurde gut verdient. Die bereits erwähnten Makler, die ursprünglich kreditgebende Bank, die Investmentbank, die Rating-Agenturen, Rechtsanwälte und Wirtschaftsprüfer verdienten an der Verbriefung. Auch dieses Phänomen ist in der Sache nicht neu. Im Bereich der geschlossenen Fonds nennt man das „weiche Kosten“, die als gefährlich gelten, weil sie den Wert einer Anlage mindern. Bemerkenswert ist auch, dass die Ratings noch heute aus diesem System heraus bezahlt werden, also von denen, die ein ABS-Kreditportfolio verkehrsfähig machen wollen.

2.3 Die Verzahnung der Risiken als Schritt in die systemische Krise

Die geschilderten Risiken haben sich auf eine so dramatische Weise mit einander verzahnt, dass dieses Ineinandergreifen als ein Hauptfaktor für die systemische Krise angesehen werden dürfte. Als der Markt für ABS-Anleihen Anfang des Jahres 2007 zusehends skeptischer beurteilt wurde, hatte das eine Rückwirkung auf den Markt für Commercial Papers. Man fragte sich, wie derjenige, der alle 60 bis 90 Tage gewaltige Summen am Kreditmarkt nachfragt, mit diesem Geld verfährt. Bestand die Geschäftsstrategie des Emittenten der Commercial Papers darin, das aufgenommene Geld in ABS-Papiere zu investieren, sah man die Dinge nun kritischer. Trotz der Liquiditätslinien der hinter den Zweckgesellschaften stehenden Banken wurden diese Zweifel immer größer. Das galt insbesondere für die Fälle, in denen von eher kleinen Banken Milliardenrisiken eingegangen worden waren. Zeitgleich trocknete der ABS-Markt aus, die Papiere wurden mehr oder weniger unverkäuflich.

Die fristentransformierenden Zweckgesellschaften saßen damit in einer Kreditfalle, die man sich kaum schlimmer vorstellen kann. Sie konnten den Bestand an ABS-Papieren kaum abbauen, weil am Markt nur noch schlechte oder gar keine Preise mehr zustande kamen. Ein Verkauf war ohnehin schwierig, weil es sich bisweilen um sehr individuelle ABS-Pakete handelte oder die Emissionsbedingungen der Commercial Papers einen vorzeitigen Verkauf ausschlossen. Es begann ein Todeskampf, denn die Zweckgesellschaften benötigten neues Geld, weil die zur Refinanzierung der ABS-Pakete ausgegebenen Commercial Papers Schlag auf Schlag fällig wurden. Anfangs stiegen nur die Zinsen der Refinanzierung, bis sich der Geldmarkt für Commercial Papers schließlich völlig verweigerte. Das war dann eine Art Todesurteil für diejenigen Banken, die hinter den Zweckgesellschaften standen. Denn der Markt stellte letztlich auch die Sicherheit der Liquiditätslinien und damit den Garantiegeber in Frage.

Ab diesem Zeitpunkt drohte den Zweckgesellschaften die Insolvenz. Insolvent ist nämlich auch derjenige, der seinen laufenden Verpflichtungen nicht mehr nachkommen kann. Wer kein Geld mehr hat, um fällig werdende Milliardenkredite abzulösen, befindet sich in dieser Situation. Die garantierende Bank teilt dieses Schicksal, wenn eine Inanspruchnahme der Liquiditätslinie sie überfordert. Das stand bei einigen Banken, die nur durch dramatische Rettungsaktionen überleben konnten, unmittelbar bevor.

3. Ausblick: Die strafrechtliche Aufarbeitung

Die strafrechtliche Aufarbeitung dieser Krise ist ihrerseits sehr komplex, weil man tatsächlich und rechtlich schwierige Sachverhalte ermitteln muss. Man kann aber festhalten, dass die Frage nach strafrechtlicher Verantwortung nicht Gefahr läuft, Manager für eine systemische Krise haften zu lassen, die gleich einer Naturgewalt über uns gekommen ist. Es geht bei genauem Hinsehen nicht um die strafrechtliche Verantwortung auf dem Höhepunkt der Krise, sondern um die Verantwortung auf dem Weg in diese Krise.

In der hier vertieften Fallgruppe der exzessiven Fristentransformation in Zweckgesellschaften gibt es hinreichend Anhaltspunkte, eine Strafbarkeit von Bankvorständen nach § 266 StGB zu prüfen. Eine detaillierte Stellungnahme hätte nicht nur meinen Vortrag, sondern auch dieses Manuskript ge-

sprengt.¹⁷ Hier sei nur bemerkt, dass es zahlreiche Anhaltspunkte für einen Verstoß gegen § 266 StGB gibt. Fraglich ist insbesondere, ob mittels der Liquiditätslinien gegen das Verbot verstoßen wurde, eine Bank existenzgefährdenden Risiken auszusetzen. Im Detail müssen viele Fragen geklärt werden. So wird man nicht die Schadenshöhe anhand der vom Markt verweigerten Refinanzierung berechnen können. Dann würde außer Acht gelassen, dass die ABS-Pakete noch einen Wert hatten.

Der Forschungsbedarf ist enorm, denn die vorstehenden Geschäfte bilden nur einen Unterfall fragwürdiger Formen der Fristentransformation, die als solche zwar zulässig ist und auch sinnvoll sein kann, aber in einem vernünftigen Verhältnis zum Eigenkapital einer Bank stehen muss. Auch der Vertrieb zweifelhafter Zertifikate wird aus strafrechtlicher Sicht zu diskutieren sein. Ferner wird man fragen müssen, ob im Einzelnen gegen das Bilanzstrafrecht verstoßen wurde.

Insgesamt haben die bis zum Jahr 2007 noch schillernd anmutenden Rechtsgüter wie „das Vertrauen in die Funktionsfähigkeit des Kapitalmarkts“ oder „das Vertrauen in die Funktionsfähigkeit des Kreditwesens“ infolge der Krise an Gestalt gewonnen. Das gilt für professionelle und private Anleger. Beide Gruppen wurden in ihrem Vertrauen in scheinbar sichere Finanzprodukte (ABS-Anleihen und Zertifikate) enttäuscht.

Der Schutz der Funktionsfähigkeit des Kapitalmarkts dient nicht mehr nur dazu, die Allokationsfunktion von Kapitalmärkten zu schützen. Es geht längst auch um einen überindividuellen Vermögensschutz. Der Staat hat sich teilweise aus der sozialen Daseinsvorsorge verabschiedet. Insbesondere junge Menschen sind aufgefordert, selbst vorzusorgen. Dann ist es geboten, vertrauenswürdige und transparente Kapitalmärkte zu schaffen. Denn das der Vorsorge dienende Geld des Einzelnen fließt zu großen Teilen an die Kapitalmärkte. Wir fördern das sogar durch steuerbegünstigte Vorsorgemodelle („Riester-Rente“ und „Rürup-Rente“).¹⁸ Wir können uns schwerlich mit einem Abbau von Sozialgesetzen begnügen, ohne dafür Sorge zu tragen, dass der Einzelne die fortan bei ihm liegende Verantwortung in einem vertrauenswürdigen Rahmen wahrnehmen kann.

17 Ausführlich *Schröder*, Handbuch Kapitalmarktstrafrecht, 2. Aufl., Köln 2010, Rn. 1146 ff.

18 *Schröder*, NJW 2009, 465 (467); *Sturm*, ZBB 2010, 20 (30).

Beccaria-Preisverleihung

Laudatio für Prof. Lawrence W. Sherman, Ph.D.

zur Verleihung der Beccaria Medaille in Gold am 17.9.2009 in Gießen¹

Die Kriminologische Gesellschaft ehrt mit ihrer heutigen Verleihung der Beccaria Medaille in Gold an Herrn Prof. *Lawrence W. Sherman*² Ph.D., University of Cambridge (U.K.) und University of Pennsylvania at Philadelphia (P.A., U.S.A.), einen international bekannten, beachteten und geachteten Wissenschaftler, der diesen Preis gleichermaßen für seine herausragenden Verdienste als Forscher, akademischer Lehrer und wissenschaftlicher Redner, als Mittler zwischen Theorie und Praxis sowie als Mittler zwischen Theorie und Politik bestens verdient.

Der Preisträger „passt“ ohne Abstriche in beide Kategorien, die das Beccaria Statut für preiswürdige Personen vorsieht, nämlich

- a) für hervorragende Leistungen in Forschung oder Lehre auf dem Gesamtgebiet der Kriminologie und
- b) für besonders erfolgreiche Tätigkeit bei der Verbrechensverhütung, Verbrechensaufklärung oder der Resozialisierung von Straffälligen.

Mit seinen zahlreichen Aktivitäten ist eine stabile Grundorientierung verbunden. Diese weist ihn als einen würdigen Streiter für eine humane und rationale Kriminalpolitik sowie für eine rechtsstaatliche Kontrolle von Strafverfolgung, Strafjustiz und Strafenpraxis in den Fußstapfen *Césare Beccarias* aus.

Selbst jemand, der *Larry Sherman* nicht kennen würde und lediglich seine schriftlich niedergelegte Vita sowie das Schriftenverzeichnis detailliert läse, könnte an diesem Tagungsort lange Ausführungen vortragen, um allen Fa-

1 Sprachlich überarbeitete und leicht ergänzte Fassung der Lobrede für den Preisträger. Weggelassen wurde hier die englischsprachige Einführung, die außer ganz persönlichen Worten an den Preisträger eine Erläuterung der Entscheidung enthielt, die Rede selbst auf Deutsch zu halten. Die Vortragsform wurde im Übrigen weitestgehend beibehalten.

2 Im weiteren Verlauf der Würdigung werde ich, auch um der persönlichen Färbung willen, die Kurzform des Vornamens „Larry“ verwenden, unter welcher der Preisträger auch gerne außerhalb strikt formeller Anlässe selbst firmiert.

cetten von Person und Werk in gleicher Weise gerecht zu werden. Jemand wie ich, der den Preisträger seit langem gut kennt und in etlichen Angelegenheiten mit ihm zusammen arbeiten konnte, sieht sich versucht, erst recht ganz weit auszuholen. Da solches aus mehreren offensichtlichen Gründen nicht angeht, gilt es, sehr gedrängt und gelegentlich pointiert, ein Bild des Preisträgers in anschaulichen Grundzügen zu zeichnen. Dieses Bild soll die folgenden Elemente enthalten: Lebenslauf; akademische Karriere; Wirken als wissenschaftlicher Organisator und „Beweger“; Aktivitäten in der Theorie-Praxis-Vermittlung; Aktivitäten in der Theorie-Politik-Vermittlung; schließlich wissenschaftliches Oeuvre.

Lebenslauf bis zum Ende des Studiums: Larry Sherman wurde am 25. Oktober 1949 in der Stadt Schenectady im amerikanischen Bundesstaat New York (nahe der Hauptstadt Albany) geboren, als Kind von Eltern, die beide einen europäischen genealogischen Hintergrund als „Pennsylvania Dutch“ hatten. Das weitere Familien- und Schulleben spielte sich dann in verschiedenen Stationen im Bundesstaat Pennsylvania ab.

Nach dem Abschluss der Highschool begann er sein Studium in Political Sciences an der Denison University (B.A. High Honors 1970) und in Social Sciences an der University of Chicago (M.A. 1970). An der englischen University of Cambridge erwarb er 1973 das „Diploma in Criminology“. Nach einem ergänzenden Studium in Sociology an der Yale University (M.A. 1974) wirkte er dort als Associate-in-Research neben einem Promotionsstudium, das er im Jahre 1976 mit dem Ph.D. in Sociology abschloss. Neben der beruflichen Laufbahn erwarb er weitere akademische Grade, nämlich einen M.A. (Hons) im Jahr 1999 in Criminology an der University of Pennsylvania in Philadelphia und einen M.A. in Criminology 2009 an der University of Cambridge.

Akademische Karriere: Larry Shermans Laufbahn als eigenständiger Lehrer und Forscher startete an der School of Criminal Justice der University of Albany als Assistant Professor 1976 und als Associate Professor 1980. Im Jahr 1982 wechselte er als Associate Professor an das Department of Criminology and Criminal Justice der University of Maryland at College Park und wurde dort im Jahr 1984 zum Full Professor sowie dann im Jahr 1998 zum Distinguished University Professor ernannt. Im Jahr 1987 lehrte er im Rahmen eines Sabbaticals an der Graduate School of Criminal Justice der Rutgers University in New Jersey als Seth Boyden Distinguished Visiting Professor. Von 1995 bis 1999 leitete er das genannte Department an der University of Maryland als Dekan (Chair).

Im Jahr 1999 folgte er einem Ruf an die University of Pennsylvania und verblieb dort bis 2007. In dieser Zeitspanne wirkte er seit 2000 auf einem sog. Endowed Chair als Albert M. Greenfield Professor of Human Relations im Department of Sociology. Im Jahr 2003 wurde er zum ersten Inhaber der neu geschaffenen Professur für Kriminologie ernannt und leitete bis 2008 als Dekan das Department of Criminology. Zugleich wirkte er als Direktor des dort angesiedelten und auf empirische Forschung konzentrierten Jerry Lee Centers of Criminology sowie als Direktor des Fels Institute of Government. Von 1994 bis 2005 hatte er neben seinen Hauptämtern noch Positionen in Australien inne. Die eine davon war eng verbunden mit umfangreichen transkulturellen Forschungen zu Victim-Offender Mediation und Restorative Justice: nämlich die Position eines Adjunct Professors an der School of Social Science der Australian National University in Canberra (ACT). Die andere davon war die des wissenschaftlichen Leiters von RISE, eines von der australischen Bundespolizei gesponserten Polizeiforschungsinstitutes.

Im Jahr 2007 folgte er einem Ruf nach England, verbunden mit einer Art „Shuttle-Existenz“ unter Aufrechterhaltung eines Teils der bisherigen Aufgaben bzw. Positionen in Philadelphia. Er wurde, als neuer Inhaber der Wolfson Professur of Criminology (in Nachfolge von Prof. Sir *Anthony Bottoms*), Mitglied eines der weltweit besten kriminologischen Forschungsinstitute außerhalb der USA, des Institute of Criminology an der University of Cambridge, und Fellow des Darwin College. Mit Hilfe des großzügigen Stifters *Jerry Lee* aus Philadelphia konnte er, in gewisser Parallelität zu dem an der University of Pennsylvania errichteten Center, ein Jerry Lee Centre of Experimental Criminology aufbauen, dessen Direktor er seither ist. Außerdem leitet er das Police Executive Programme des Kriminologischen Institutes, in dem u.a. Polizeibeamte, die als Kandidaten für künftige höhere Führungspositionen der Polizei von England und Wales in Betracht kommen, eine intensive, in häusliche Aufgaben und örtliche Vertiefungskurse aufgegliederte, praxisorientierte wissenschaftliche Fortbildung erhalten, die sie je nach der Ausrichtung des konkreten Studienprogramms entweder mit einem Diploma oder mit einem Master in Applied Criminology abschließen können. Verbindungen zur Praxis bzw. angewandten Forschung ergeben sich daneben fortlaufend (in England) aus seiner Tätigkeit als Professional Associate der Outer Temple Chambers in Strand, London, sowie (in den USA) in seiner Rolle als Präsident der Crime Control Research Corporation in Philadelphia.

Vor dem Preis unserer Gesellschaft hat *Larry Sherman* sieben andere bedeutsame Ehrungen erhalten:

- 1993 den Distinguished Scholarship Award in Crime, Law and Deviance der American Sociological Association,
- 1994 den Bruce Smith Sr. Award der Academy of Criminal Justice Sciences,
- 1994 die Ernennung zum Fellow der American Society of Criminology,
- 1999 den Edwin Sutherland Award for Outstanding Contributions to Criminology der American Society of Criminology,
- 2006 den Joan McCord Award for Outstanding Contributions to Experimental Criminology der Academy of Experimental Criminology,
- 2007 die Ernennung zum Fellow der (britischen) Royal Society for the Arts,
- 2009 die Ernennung zum Thorsten Sellin Fellow der American Academy of Political and Social Sciences,

Wirken in wissenschaftlichen Organisationen sowie Kooperation auf internationaler, transnationaler und nationaler Ebene

Internationale Ebene: Larry Sherman ist langjähriges und sehr aktives Mitglied der Société Internationale de Criminologie /International Society for Criminology (ISC/SIC) mit Sitz in Paris. Von seinen dortigen Tätigkeiten und Funktionen sind folgende besonders erwähnenswert: Präsident der Wissenschaftlichen Kommission von 1995 bis 2000; danach von 2000 bis 2005 Präsident der Gesellschaft selbst. Mitorganisator der Weltkongresse für Kriminologie in Seoul 1998, Rio de Janeiro 2003 und (zugleich als Leiter) Philadelphia 2005. Der wissenschaftliche Beirat der SIC hat ihn nach dem Ende seiner Zeit als aktiver Präsident, auf Vorschlag des Exekutivkomitees, zum Ehrenpräsidenten auf Lebenszeit und gekorenes Mitglied des Präsidiums der Gesellschaft gewählt.

Aufgrund intensiver und nachhaltiger Bemühungen in vielen Bereichen sowie Institutionen, in regem Austausch mit Wissenschaftlern aus aller Welt und unter Gewinnung von Stiftern aus verschiedenen Staaten, ist es ihm sodann gelungen, in Stockholm als der Stiftungsstadt *Alfred Nobels*, den „International Prize in Criminology“ zu institutionalisieren, der zunächst vom schwedischen Justizministerium verwaltet wurde, inzwischen aber in eine unabhängige Stiftung des üblichen Rechts überführt ist. Der Stockholm Prize wurde entgegen manchen Unkenrufen sehr rasch international als wichtige Institution der Anerkennung hervorragender Leistungen in der empirischen kriminologischen Forschung bzw. der Förderung einer die Menschenrechte zentral achtenden Kriminalpolitik und Praxis von der wissen-

schaftlichen Gemeinschaft angenommen. Seit 2005 wirkt *Larry Sherman* zusammen mit Prof. *Jerzy Sarnecki* (Kriminologe an der Universität Stockholm) als Leiter des Preiskomitees. Der Preis wird jährlich, und sehr symbolträchtig, im Rahmen einer großen Feier in der Nobelpreis-Halle des Rathauses von Stockholm durch die Justizministerin bzw. den Justizminister überreicht, bislang regelmäßig in Anwesenheit eines Mitglieds der königlichen Familie. Die Preisverleihungszeremonie ist organisatorisch eingebettet in ein mehrtägiges internationales Symposium, auf dem auch die Preisträger vortragen. Für die Kriminologische Gesellschaft ist es, bei dieser Gelegenheit erwähnt, eine Freude, dass mit Prof. *Friedrich Lösel* eines ihrer Mitglieder zu den ersten Preisträgern zählt.

Transnationale Ebene: *Larry Sherman* ist Mitglied des Leitungsausschusses der Crime and Justice Division der so genannten Campbell Collaboration. Diese Collaboration ist ein Zusammenschluss (vor allem) von Wissenschaftlern aus vielen Staaten der Welt, die es sich zur Aufgabe gemacht haben, durch rigorose Reviews, namentlich Meta-Analysen, den Stand des wissenschaftlich gesicherten Wissens (und das heißt gegebenenfalls eben auch des nur vermeintlichen Wissens und daher in Wirklichkeit lediglich Nicht-Wissens) in den verschiedensten Wissenschaftsdisziplinen zu erarbeiten und in Berichten öffentlich zugänglich zu machen. Die Crime and Justice Coordination Group widmet sich in einem Netzwerk von Forschern der Überprüfung von Forschungsbefunden zu Methoden der Delinquenz- und Kriminalprävention sowie zu Programmen der Verbesserung der Qualität von Strafverfolgung, Strafjustiz (u.a. Strafzumessung) und Strafvollstreckung im Bereich der ambulanten Sanktionen wie des Vollzugs von stationären Sanktionen. „Evidence based“-Reviews gibt es zum Beispiel zu Fragen der Familiengewalt, der Video-Überwachung des öffentlichen Raums, von Boot-Camps für Jungtäter, von Anti-Bullying Programmen in Schulen, von kognitiv orientierten Programmen zu Behandlung von erwachsenen Tätern oder von Substitutionsprogrammen bei Drogenabhängigen.

Larry Sherman ist darüber hinaus Gründungsmitglied (und war Gründungspräsident von 1999-2001) der ebenfalls weltweit vernetzten Academy of Experimental Criminology. Bis in die jüngste Zeit war er Co-Principal Researcher, u.a. zusammen mit Professorin *Heather Strang*, eines die USA, Australien und England überspannenden empirischen Implementations- und Evaluationsforschungsprojektes zu verschiedenen Formen des Täter-Opfer-Ausgleiches (Victim-Offender Mediation, Conferencing).

Nationale Ebene: Larry Sherman wirkte in den Jahren 2001-2002 als Präsident der American Society of Criminology. Außerdem war er für mehrere Jahre tätig als Mitglied im National Research Council der amerikanischen National Academy of Sciences in Washington. Er war allein verantwortlicher oder mitverantwortlicher Leiter von zahlreichen, zum Teil sehr umfangreichen, empirischen Projekten sowohl im Bereich der Grundlagenforschung als auch im Bereich der angewandten Forschung. Inhaltlich konzentrier(t)en sich die Forschungen namentlich auf Polizeiforschung, Forschung zu Partner- bzw. Familiengewalt, Forschung zu Kriminalitätsschwerpunkten vor allem in Städten (sog. Hot Spots), Forschung zur Bedeutung von Waffenbesitz und Waffengebrauch bei Straftaten und immer wieder Forschung zur primären, sekundären und tertiären Kriminalprävention.

Im letzteren Forschungsbereich ist sein Name am stärksten über die USA hinaus weithin bekannt geworden, und zwar im Zusammenhang mit einem vom Kongress der Vereinigten Staaten erbetenen und vom National Institute of Justice des amerikanischen Justizministeriums in Auftrag gegebenen sowie finanzierten Drittmittelprojekt zum Stand der Forschung über mögliche oder sogar nachweisbare Effekte von Programmen der Kriminalprävention. Der 1996 dem Kongress vorgelegte und 1997 öffentlich zugänglich gewordene Bericht, in dem zahlreiche Programme einer metikulösen Analyse unterzogen und in einer neuartigen Gewichtungssprozedur auf ihre theoretische Stringenz, methodische Solidität und den Grad des Nachweises (vor allem nachhaltiger) praktischer Wirksamkeit hin eingestuft wurden, trägt den wie ein Motto klingenden Titel „Preventing Crime: What Works, What Doesn't, What's Promising“.³ Er ist zum Vorbild für Analysen in mehreren anderen Staaten geworden.

Seit Mitte der 1970er Jahre ist Larry Sherman als Herausgeber oder Mit-herausgeber bzw. als Beiratsmitglied in diversen wissenschaftlichen und praxisnahen Zeitschriften tätig, so 1977-1981 als Contributing Editor des Criminal Law Bulletin, 1980-1995 im Editorial Committee und 1990-1994 als Deputy Criminology Editor des Journal of Criminal Law and Criminology; 1981-2001 als Executive Editor des Security Law Newsletter, 1988-1991 als Associate Editor der Evaluation Review, 1984-1987 als Associate Editor sowie 1987 bis 1991 als Consultant der Criminology (ASC), schließlich 2002-2005 als Editor der Annals of the American Academy of Political and Social Sciences.

3 Co-Autoren waren Denise Gottfredson, Doris L. McKenzie, John Eck, Peter Reuter und Shawn Bushway.

Theorie-Praxis-Vermittlung: Larry Sherman hat mit zahlreichen Institutionen eng zusammen gearbeitet, darunter rund 30 Polizeibehörden in den USA und in anderen Staaten. Die wesentlichen Tätigkeiten starteten im Jahr 1971, als er im Rahmen eines Stipendiums (Alfred P. Sloan Urban Fellow) für das New York City Police Department als Civil Research Analyst arbeitete. Hier und in späteren Positionen, unter anderem als Berater der FBI National Academy, der Japanese National Police Agency und der Association of Police Officers of England, Wales and Northern Ireland (ACPO), ging es um die praxisnahe Implementation, Prozessevaluation und ggf. auch Effekt-Evaluation von Programmen beispielsweise zur Verminderung von Familiengewalt, zur Verminderung des Tragens und Einsatzes von illegalen Waffen auf Straßen und Plätzen, zum Aufspüren und Schließen von Crack-Häusern, zur Prävention von polizeilicher Korruption, aber auch zur polizeilichen Beratung und Unterstützung von Verbrechenopfern.

Er war als Berater im Stab verschiedener großstädtischer kommunaler oder polizeilicher Führungsgremien tätig, so beispielsweise bei Oberbürgermeister *John Lindsay* in New York, Oberbürgermeister *Stephen Goldsmith* in Indianapolis, Oberbürgermeister *Donald Fraser* und Polizeichef *Anthony V. Bouza* in Minneapolis, u.a. mit dem damals hohe Wellen schlagenden Minneapolis Domestic Violence Experiment in den späten 1980er Jahren, das später in fünf weiteren Städten repliziert wurde. Für Polizeichef *John Timoney* in Philadelphia leistete er grundlegende Beratung zur Frage der Reliabilität der städtischen Kriminalstatistik. In den frühen 1990er Jahren entwickelte und leitete er das Kansas City Gun Experiment in enger Zusammenarbeit mit dem Streifendienst und der Leitung der Polizei in dieser Stadt. Mit verschiedenen Großunternehmungen aus dem Kreis der sog. Fortune 500 entwickelte er Sicherheitsprogramme für Mitarbeiter und Kunden.

Darüber hinaus diente *Larry Sherman* in verschiedenen Research Advisory Committees für Akademien und Stiftungen, so für die National Academy of Sciences, das National Institute of Mental Health, das National Institute on Alcoholism and Alcohol Abuses, die National Science Foundation, das National Institute of Justice, das von der McArthur Foundation geförderte Program on Human Development and Criminal Behavior der Castine Research Corporation.

Theorie-Politik-Vermittlung: *Larry Sherman* war und ist gefragter Sachverständiger bei Regierungen, Parlamenten und anderen Institutionen des politischen bzw. gesellschaftlichen Lebens, hauptsächlich in den USA, aber auch in etlichen anderen Staaten. Zu den Themen von Anhörungen oder

Gutachtenaufträgen gehörten beispielsweise Polizeilicher Einsatz und Wahrung der Bürgerrechte (1979), Polizeiliche Gewaltanwendung mit Todesfolge (1987), Polizeiliche Drogenkontrollereinsätze (1987), Strafjustizreform (1990), Familien- und Partnergewalt (1994), Kontrolle von Korruption bei der Polizei (1994), Effektivität von kriminalpräventiven Programmen (1997), Jugendgewalt (1997), Reform der Drogenpolitik (1999), Prävention von Tötungsdelikten (2006), neue Strategien in der Bewährungshilfe (2007) und Abwehr von Gefahren durch internationalen Terrorismus (2007).

Wissenschaftliche Veröffentlichungen: Larry Sherman hat über Verlagspublikationen hinaus sehr viele Forschungsberichte und andere wissenschaftliche wie für die Fortbildung von Praktikern gedachte Texte für bzw. bei öffentlichen Institutionen, Universitätseinrichtungen, Verbänden und Vereinigungen verfasst, die bibliothekarisch zur sog. Grauen Literatur zählen und zu guten Teilen auf Homepages oder über Informationsdienste des Internets gefunden werden können. Auf diese Werke kann hier generell nicht eingegangen werden. Auf das international am bekanntesten gewordene Dokument, nämlich den Bericht an den amerikanischen Kongress über die Evidenz der Wirksamkeit von Programmen der Kriminalprävention (1996/1997) war oben bereits hingewiesen worden. Die dort stilbildend entwickelten Fragen hat er später mit (teilweise) anderen Kollegen in einer Fachpublikation weiter entwickelt und mit neuen Beispielen vertieft.⁴

Bei der in wissenschaftlichen Verlagen publizierten Literatur ist er in allen „Kategorien“ gut vertreten, als Autor oder Ko-Autor von Monographien, als Herausgeber oder Mitherausgeber von Sammelbänden, als Verfasser oder Mitverfasser von Buchbeiträgen und, aus amerikanischer Perspektive besonders bedeutsam, als Autor oder Mitautor von Aufsätzen in Fachzeitschriften mit anonymer sog. Peer-Review.

Die in der Vielfalt stark hervorstechenden „Leitgebiete“ sind von der umfangreichen einschlägigen empirischen Forschung bis zu einem gewissen Grad sozusagen „natürlich“ vorgegeben:

- Polizeistrukturen, Polizeistrategien, Polizeitaktik und deren Effekte, Polizeigewalt und Polizeikorruption sowie deren effektive Kontrolle und Eindämmung,
- Partnergewalt und Familiengewalt sowie Möglichkeiten von deren Kontrolle und Eindämmung,

⁴ Sherman, Lawrence W. / Farrington, David P. / Welsh, Brandon C. / McKenzie, Doris L.: Evidence Based Crime Prevention. London: Routledge 2002.

- Jugendkriminalität und insbesondere Jugendgewalt, auch Jugendgangs,
- Drogenkonsum und Handel mit illegalen Drogen,
- Alkoholmissbrauch und dessen Folgen, vor allem auch in städtischen Milieus,
- Entwicklung und Endemisierung von Kriminalitätsschwerpunkten in Gemeinden und Städten,
- Situative Kriminalprävention sowie gemeinwesenorientierte Prävention durch Polizei und andere Institutionen,
- Kriminalprävention im primären Bereich in Familien und Schulen,
- Pro-aktive Polizeitätigkeit, unter anderem bei Mehrfach- oder Intensivtätern,
- Experimentelle Forschung im Grundlagen- und Anwendungsbereich,
- Evidenzbasierte Programme, namentlich in der Delinquenzprophylaxe und der Kriminalprävention,
- Kosten-Nutzen-Analysen von Präventions- und Behandlungsprogrammen,
- Sanktionswirkungen, insbesondere unbeabsichtigte Nebenwirkungen von harten Sanktionen⁵ oder objektiv schädliche Wirkungen von behandlungsorientierten Zugriffen trotz allgemeiner Zufriedenheit von Anwendern und Klienten,
- Reintegrative Shaming (auch als Test der von *John Braithwaite* entwickelten Theorie),
- Restorative Justice und Mediation zwischen Opfern und Tätern,

Die Kraft und das Durchhaltevermögen für alle diese und weitere hier nicht genannte Aktivitäten erwächst dem Geehrten neben einer stabilen Konstitution vor allem aus einer sehr disziplinierten Lebensführung und möglichst täglicher sportlicher Ertüchtigung, unter anderem durch frühmorgendliches Jogging auch nach langen vorherigen Abenden bei Tagungen oder Beratungen, zu Zeiten, wenn andere üblicherweise noch nicht einmal ans Wachwerden denken. Er darf als anspornendes Beispiel für die Gültigkeit des römischen Diktums „mens sana in corpore sano“ gelten.

5 Theoretisch bereits im Jahr 1993 in Fortführung von Schriften *Elijah Andersons* (Street Crime etc.), unterfüttert mit dem (auch) hierzulande nur wenig rezipierten Konzept von der durch Sanktionen induzierten Aufsässigkeit oder Auflehnung oder Trotz gerade bei Jugendlichen aus benachteiligten Minderheiten, aber auch bei soziobiographisch gestörten Jugendlichen: „Defiance, Deterrence and Irrelevance: A Theory of the Criminal Sanction“ *International Annals of Criminology* 31, 1993, 79-93.

Alles in allem: Professor *Lawrence W. Sherman* ist ein Preisträger, der wegen seiner Mittlertätigkeit zwischen verschiedenen wissenschaftlichen und praktischen Kulturen und der hohen internationalen Sichtbarkeit seines Wirkens qua Ausstrahlungswirkung auch dem Beccaria Preis selbst bestens ansteht.

Hans-Jürgen Kerner

Laudatio für Prof. Dr. iur. Heinz Schöch

Zur Verleihung der Beccaria Medaille in Gold am 17.09.2009 in Gießen

Es ist mir eine große Freude, die Laudatio für Herrn Prof. Dr. *Heinz Schöch* halten zu können. Ich bin *Heinz Schöch* als sein Schüler und aus vielen Kooperationen eng verbunden. *Heinz Schöch* hat die deutsche Kriminologie seit den 70er Jahren des vorigen Jahrhunderts maßgeblich mit geprägt. Geboren wurde er 1940 in Sarata/Bessarabien. Seit 1945 lebt er in Deutschland. An das Abitur im Jahr 1959 in Stuttgart-Bad Cannstatt schlossen sich ein Studium Generale am Leibniz-Kolleg in Tübingen und ein Jurastudium in Tübingen und Hamburg an. Das Erste juristische Staatsexamen absolvierte *Heinz Schöch* 1965, das Zweite juristische Staatsexamen 1969. Von 1965 bis 1974 arbeitete er als wissenschaftlicher Mitarbeiter, Assistent und Akademischer Rat am Institut für Kriminologie der Universität Tübingen. 1972 wurde er mit einer grundlegenden Arbeit über „Strafzumessungspraxis und Verkehrsdelinquenz“ promoviert. Von 1974 bis 1994 war *Heinz Schöch* ordentlicher Professor für Strafrecht und Kriminologie an der Georg-August-Universität Göttingen. 1985/86 war er Dekan der Göttinger Juristischen Fakultät. Rufe an die Universitäten Bielefeld und Zürich lehnte er ab. Während seiner Göttinger Zeit war *Heinz Schöch* auch vorübergehend als Richter am Landgericht im zweiten Hauptamt tätig.

Seit 1994 hatte *Heinz Schöch* als Nachfolger von *Horst Schüler-Springorum* den Lehrstuhl für Strafrecht, Kriminologie, Jugendrecht und Strafvollzug an der Ludwig-Maximilians-Universität München inne. Von 1996 bis 1998 war er Prodekan der Juristischen Fakultät und Mitglied des Senats der Universität und von 2001 bis 2003 Dekan der Juristischen Fakultät sowie Geschäftsführender Direktor des neu errichteten Departments „Juristisches Seminar“. Seit dem 1. Oktober 2008 ist *Heinz Schöch* emeritiert.

Die Forschungstätigkeit von *Heinz Schöch* ist durch zahlreiche umfangreiche empirische Untersuchungen gekennzeichnet. Bereits seine Dissertation über „Strafzumessungspraxis und Verkehrsdelinquenz“ enthält eine eingehende Untersuchung der Strafzumessungspraxis bei Trunkenheitsdelikten im Straßenverkehr und der spezial- und generalpräventiven Effektivität der straf-

rechtlichen Sanktionen. Weitere wichtige Untersuchungen zur Straßenverkehrsdelinquenz führte *Heinz Schöch* gemeinsam mit dem Würzburger Psychologen *Hans-Peter Krüger* durch. Diese Untersuchungen betreffen die Generalprävention und das Fahren unter Alkoholeinfluss sowie das Fahren unter dem Einfluss von Drogen. Weiterhin hat sich *Heinz Schöch* in zahlreichen Aufsätzen mit dem Fahren unter dem Einfluss von Alkohol, illegalen Drogen und Medikamenten sowie mit den Möglichkeiten der strafrechtlichen Kontrolle dieses Verhaltens befasst.

Zur deutschen Dunkelfeldforschung hat *Heinz Schöch* mit einer Untersuchung zur nicht registrierten Kriminalität bei Strafgefangenen und in der „Normalbevölkerung“, die 1976 unter dem Titel „Ist Kriminalität normal?“ veröffentlicht wurde, einen wichtigen Beitrag geleistet. Außerdem gehört *Heinz Schöch* zu den Begründern der empirischen Forschung in Deutschland über die generalpräventiven Wirkungen des Strafrechts. Ab 1980 hat er in Göttingen Befragungsstudien über Sanktionseinschätzungen und Delinquenz initiiert, durch welche die empirische Generalpräventionsforschung wesentlich gefördert wurde.

Zentrale Beiträge hat *Heinz Schöch* zur empirischen Strafverfahrensforschung geleistet. Ab 1975 hat er in Niedersachsen Feldexperimente über neue Gestaltungen der Hauptverhandlung – die Zweiteilung der Hauptverhandlung und die Hauptverhandlung am Runden Tisch – initiiert. Hinzu traten zahlreiche weitere Untersuchungen zur Rechtswirklichkeit des Strafverfahrens, die u. a. die polizeiliche Ermittlungstätigkeit, die Einstellung von Strafverfahren nach dem Opportunitätsprinzip, die Rechtswirklichkeit und Effizienz der Strafverteidigung, die Stellung des Vorsitzenden in der Hauptverhandlung und die Kosten des Strafverfahrens betrafen. In mehreren Untersuchungen hat sich *Heinz Schöch* mit der Rechtswirklichkeit der Untersuchungshaft befasst und hierbei u. a. die Bedeutung herausgearbeitet, die der frühen Bestellung eines Verteidigers zukommt.

Ein besonderes Anliegen von *Heinz Schöch* ist die Wahrung der Interessen des Opfers im Strafverfahren. Insoweit hat er nicht nur wichtige Beiträge zur Auslegung einschlägiger Vorschriften der Strafprozessordnung geleistet, sondern auch empirische Untersuchungen zur Rechtswirklichkeit der Nebenklage, zur Zeugenbetreuung in der Justiz und zu Erfahrungen mit dem Zeugenschutzgesetz, insbesondere zum Einsatz der Videotechnik, veranlasst. Besondere Aufmerksamkeit hat *Heinz Schöch* der Frage gewidmet, wie die Wiedergutmachung für das Opfer in das Strafverfahren eingefügt werden kann. So hat er in München das Modellprojekt AUSGLEICH initiiert, in

dem Schadenswiedergutmachung in Strafverfahren über eine anwaltliche Schlichtungsstelle geleistet wird. Die Implementierung dieses Modells und seine Wirkungen sind in mehreren empirischen Untersuchungen eingehend analysiert worden.

Einen weiteren Schwerpunkt der Arbeiten von *Heinz Schöch* bilden die strafrechtlichen Sanktionen. In zahlreichen Veröffentlichungen hat er sich u. a. mit der Verwarnung mit Strafvorbehalt, der Geldstrafe, dem Strafzugesetzungsrecht, der Bewährungshilfe und der Führungsaufsicht, der Entziehungsanstalt und der Sicherungsverwahrung befasst. Hierbei ging es ihm insbesondere darum, die Möglichkeiten, mit ambulanten Sanktionen auf Straftaten zu reagieren, auszubauen. Von grundlegender Bedeutung ist insoweit sein Gutachten für den 59. Deutschen Juristentag 1992 über das Thema „Empfehlen sich Änderungen und Ergänzungen bei den strafrechtlichen Sanktionen ohne Freiheitsentzug?“.

Eingehend hat sich *Heinz Schöch* auch mit dem Jugendstrafrecht auseinandergesetzt. So hat er empirischen Untersuchungen über die Behandlung von Heranwachsenden im Jugendstrafverfahren, die Jugendgerichtshilfe, die sogenannten Schülergerichte in Bayern und die Prävention von Graffiti-Delikten junger Täter durch Wiedergutmachung veranlasst. Gemeinsam mit *Bernd-Dieter Meier* und *Dieter Rössner* hat er ein 2007 in 2. Auflage erschienenes Lehrbuch zum Jugendstrafrecht verfasst.

Ein weiteres wichtiges Arbeitsfeld von *Heinz Schöch* ist der Strafvollzug. Neben einschlägigen Aufsätzen ist in diesem Zusammenhang vor allem das Lehrbuch „Strafvollzug“ zu nennen, das *Heinz Schöch* gemeinsam mit *Günther Kaiser* und *Hans-Jürgen Kerner* bearbeitet hat und das in 5. Auflage 2002 als Lehr- und Handbuch und 2003 in einer kürzeren Version als Einführung in die Grundlagen des Strafvollzugs erschienen ist.

Wichtige Beiträge hat *Heinz Schöch* auch zur Kriminalprognose geleistet. Hier sind insbesondere seine Mitarbeit an den 2006 erschienenen Mindestanforderungen an Prognosegutachten und sein Artikel über die Kriminalprognose in dem 2007 erschienenen ersten Band des Internationalen Handbuchs der Kriminologie zu nennen.

Das Werk von *Heinz Schöch* ist weiterhin durch seine enge Zusammenarbeit mit der Forensischen Psychiatrie gekennzeichnet. Diese Zusammenarbeit hat sich in grundlegenden Veröffentlichungen niedergeschlagen, so in seinen 2007 und 2008 erschienenen Kommentierungen der die Schuldfähigkeit be-

treffenden §§ 19 bis 21 StGB und der sich auf die Maßregeln der Besserung und Sicherung beziehenden §§ 61 bis 64 und 67 StGB in der 12. Auflage des Leipziger Kommentars zum StGB, in dem Artikel über die Schuldfähigkeit in dem 2007 erschienenen ersten Band des Handbuchs der Forensischen Psychiatrie, in dem Artikel über den Maßregelvollzug in dem Handbuch der Psychiatrischen Begutachtung von *Venzlaff/Foerster* und in der Mitwirkung bei der Aufstellung der 2005 veröffentlichten Mindestanforderungen an die Schuldfähigkeitsbegutachtung. Weiterhin hat *Heinz Schöch* empirische Untersuchungen über die Rechtswirklichkeit der Schuldfähigkeitsbegutachtung und ihre Auswirkungen auf die gerichtliche Entscheidung veranlasst und betreut.

Auch mit den Grundlagen der Kriminologie hat sich *Heinz Schöch* eingehend befasst. Zu nennen sind hier u. a. Beiträge über „Kriminologie und Sanktionsgesetzgebung“, das Verhältnis von Verstehen und Erklären, das Marburger Programm aus der Sicht der Kriminologie und über den Einfluss der Kriminologie auf das Menschenbild des Strafrechts.

Wie die vorstehenden Ausführungen gezeigt haben, beschränkt sich das Werk von *Heinz Schöch* nicht auf empirisch-kriminologische Untersuchungen, sondern geht es ihm auch um die sachgerechte Auslegung und kriminalpolitische Weiterentwicklung des Straf- und Strafprozessrechts. Intensiv hat sich *Heinz Schöch* mit dem Medizinrecht befasst. Die Veröffentlichungen betreffen insbesondere die Sterbehilfe und die Verantwortung von Ärzten und Klinikpersonal für Suizide. Weitere Veröffentlichungen haben u. a. die ärztliche Aufklärungspflicht, die unterlassene Hilfeleistung und die Gesundheitsfürsorge im Straf- und Maßregelvollzug zum Gegenstand. Auch datenschutzrechtlichen Problemen hat sich *Heinz Schöch* zugewendet. So hat er sich u. a. mit dem Datenschutz in der Sozialarbeit mit Straffälligen, mit den Offenbarungspflichten von Therapeuten im Strafvollzug und im Maßregelvollzug und mit den datenschutzrechtlichen Voraussetzungen der Akteneinsicht für kriminologische Forschungsvorhaben befasst. Im Alternativkommentar zur Strafprozessordnung hat er die §§ 151 bis 160, 238 bis 245 und 403 bis 406 h StPO kommentiert.

Das kriminalpolitische Engagement von *Heinz Schöch* hat sich insbesondere in seiner Mitarbeit an zahlreichen Alternativ-Entwürfen des Arbeitskreises deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer niederschlagen. Er hat an folgenden Alternativ-Entwürfen mitgewirkt: AE Reform der Hauptverhandlung 1985, AE Sterbehilfe 1986, AE Wiedergutmachung 2002, AE Zeugnisverweigerungsrechte und Beschlagnahmefreiheit 1996,

AE Reform des Ermittlungsverfahrens 2001, AE Strafjustiz und Medien 2005, AE Sterbebegleitung 2005 und AE Leben (Reform der Tötungsdelikte) 2008.

Auch für die kriminologische Ausbildung hat *Heinz Schöch* Hervorragendes geleistet. Zahlreiche Dissertationen sind bei ihm entstanden und vier Wissenschaftler (*Bernd-Dieter Meier*, *Torsten Verrel*, *Bert Götting* und mich) hat er bisher zur Habilitation geführt. Weitere Habilitanden befinden sich auf dem Weg. Für seine Schüler ist er ein jederzeit ansprechbarer, verständnisvoller Lehrer, der ihre Arbeiten umsichtig und nachdrücklich unterstützt. Der Juristische Studienkurs Kriminologie, Jugendstrafrecht, Strafvollzug, den er gemeinsam mit *Günther Kaiser* verfasst hat und der 2006 in 6. Auflage erschienen ist, ist für alle Studierenden der Kriminologie eine wertvolle Hilfe.

Über seine Tätigkeit an der Universität hinaus hat sich *Heinz Schöch* in zahlreichen Organisationen engagiert. Von 2001 bis 2003 war er Präsident der Neuen Kriminologischen Gesellschaft. 2003 hat er die Münchener Tagung der Gesellschaft mit dem Thema „Angewandte Kriminologie zwischen Freiheit und Sicherheit“ veranstaltet. *Heinz Schöch* ist Gründungsmitglied des Kriminologischen Forschungsinstituts Niedersachsen. Von 1994 bis 2006 war er Mitglied der Ständigen Deputation des Deutschen Juristentages. Auf dem 62., 64. und 66. Deutschen Juristentag hat er den Vorsitz der strafrechtlichen Abteilung geführt. Seit 2008 ist er Vorsitzender des Fachbeirats des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht in Freiburg. Er ist Mitglied des Vorstandes der Opferhilfevereinigung WEISSER RING e. V. und Vorsitzender des Fachbeirats Strafrecht dieser Vereinigung. Seit 2007 ist er beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte in Straßburg im Auftrag der Bundesregierung tätig. Seine engen Verbindungen zur japanischen Kriminologie und Strafrechtswissenschaft schlagen sich darin nieder, dass er seit 1995 Ehrenmitglied der Japanischen Strafrechtsgesellschaft ist. 2008 wurde *Heinz Schöch* vom Bundespräsidenten das Verdienstkreuz Erster Klasse des Verdienstordens der Bundesrepublik Deutschland verliehen.

Heinz Schöch hat für die Kriminologie Hervorragendes geleistet. Die Kriminologische Gesellschaft freut sich, einen so würdigen Preisträger gefunden zu haben, und wünscht *Heinz Schöch* für die Zukunft weiterhin Erfolg, Glück und Gesundheit.

Dieter Dölling

Verzeichnis der Herausgeber und Autoren

Bannenberg, Britta, Prof. Dr., Fachbereich Rechtswissenschaft, Lehrstuhl für Kriminologie, Justus-Liebig-Universität Gießen, Licher Straße 64, 35394 Gießen

Braasch, Matthias, Dr., Ass. jur., wiss. Mitarbeiter Fachbereich Rechtswissenschaft, Lehrstuhl für Kriminologie, Justus-Liebig-Universität Gießen, Licher Straße 64, 35394 Gießen

Bussmann, Kai-D., Prof. Dr., Juristische und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät, Lehrstuhl für Strafrecht und Kriminologie, Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, Universitätsplatz 6, 06099 Halle (Saale)

Dölling, Dieter, Prof. Dr., Institut für Kriminologie, Juristische Fakultät, Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, Friedrich-Ebert-Anlage 6-10, 69117 Heidelberg

Fischer, Thomas, Prof. Dr., Richter am Bundesgerichtshof, Bundesgerichtshof, 76125 Karlsruhe

Hülsberg, Frank M., Dr., Partner und Leiter des Bereichs Forensic bei der KPMG AG, Klingelhöferstraße 18, 10785 Berlin

Jehle, Jörg-Martin, Prof. Dr., Institut für Kriminalwissenschaften, Juristische Fakultät, Georg-August-Universität Göttingen, Platz der Göttinger Sieben 6, 37073 Göttingen

John, Dieter, Rölfs WP Partner AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, Sachsenring 69, 50677 Köln

Kaspar, Johannes, Dr., Institut für die gesamten Strafrechtswissenschaften, Ludwig-Maximilians-Universität München, Veterinärstr. 1, 80539 München

Kerner, Hans-Jürgen, Prof. Dr., Institut für Kriminologie, Eberhard Karls Universität Tübingen, Sand 7, 72076 Tübingen

Kölbl, Ralf, Prof. Dr., Lehrstuhl für Kriminologie, Strafrecht, Strafverfahrensrecht, Fakultät für Rechtswissenschaft, Universität Bielefeld, Universitätsstr. 25, 33615 Bielefeld

Laue, Christian, PD Dr., Institut für Kriminologie, Juristische Fakultät, Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, Friedrich-Ebert-Anlage 6-10, 69117 Heidelberg

Meier, Bernd-Dieter, Prof. Dr., Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie, Juristische Fakultät, Leibniz Universität Hannover, Königsworther Platz 1, 30167 Hannover

Momsen, Carsten, Prof. Dr., Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Wirtschaftsstrafrecht, Juristische Fakultät, Leibniz Universität Hannover, Königsworther Platz 1, 30167 Hannover

Moosmayer, Klaus, Dr., Chief Counsel Compliance, Siemens AG, Wittelsbacherplatz 2, 80333 München

Pieth, Mark, Prof. Dr., Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie, Juristische Fakultät, Universität Basel, Peter Merian-Weg 8, 4002 Basel

Salvenmoser, Steffen, PricewaterhouseCoopers AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, Moskauer Straße 19, 40227 Düsseldorf

Scheben, Barbara, KPMG Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Barbarossaplatz 1 a, 50674 Köln

Schmitt, Melanie, PricewaterhouseCoopers AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, Moskauer Straße 19, 40227 Düsseldorf

Schneider, Hendrik, Prof. Dr., Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Kriminologie, Jugendstrafrecht und Strafvollzug, Juristenfakultät, Universität Leipzig, Burgstraße 27, Postfach 920, 04109 Leipzig

Schrödel, Eva, Dierlamm Rechtsanwälte, Abraham-Lincoln-Straße 16, 65189 Wiesbaden

Schröder, Christian, Prof. Dr., Juristische und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät, Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht, Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, Universitätsplatz 6, 06099 Halle (Saale)

Neue Kriminologische Schriftenreihe

der Kriminologischen Gesellschaft e.V. (KrimG)

Die Kriminologische Gesellschaft (KrimG, vormals NKG), wissenschaftliche Vereinigung deutscher, österreichischer und schweizerischer Kriminologen, hat sich 1990 konstituiert und als ihr Publikationsorgan die Neue Kriminologische Schriftenreihe begründet. In ihr erscheinen die Bände über die regelmäßigen Fachtagungen der KrimG; sie steht ebenso offen für Bände zu aktuellen oder grundsätzlichen kriminologischen Themen oder für Monographien, deren Themenstellung dem Programm der KrimG entspricht. Nach § 2 ihrer Satzung fördert die KrimG „die erfahrungswissenschaftliche Erforschung der Kriminalität, des Straftäters und des Verbrechensofners sowie der staatlichen und gesellschaftlichen Reaktionen“. Für Publikationen auf diesem Gebiet will die vorliegende Schriftenreihe ein Forum bilden.

Gesellschaft und Schriftenreihe sind zwar „neu“, knüpfen jedoch an längere, bis in die 1920er Jahre zurückreichende Traditionen an. Die Kriminologische Gesellschaft ist hervorgegangen aus dem Zusammenschluss der Gesellschaft für die gesamte Kriminologie und der Deutschen Kriminologischen Gesellschaft. Als Kriminalbiologische Gesellschaft unter maßgeblicher Führung von Österreichern und Deutschen gegründet, entfaltete die Gesellschaft für die gesamte Kriminologie bereits von 1927 bis 1937 und dann, nach einer Unterbrechung, ab 1951 Aktivitäten in Deutschland, Österreich, später auch in der Schweiz. Im Zentrum des Interesses stand zunächst die Täterpersönlichkeit; und der Akzent lag auf psychiatrisch-psychologischen Fragestellungen. Mit der Gründung der Deutschen Kriminologischen Gesellschaft im Jahre 1959 wurde eine Akzentverschiebung und die Einbeziehung auch soziologischer Sichtweisen beabsichtigt; vor allem kamen kriminalistische Aspekte stärker zum Tragen. Es zeigte sich indessen im Laufe der Jahre, dass die Programmatik beider Gesellschaften keineswegs entgegengesetzt war, vielmehr einander in ihrer Ausrichtung weitgehend ähnelte, was sich auch durch die Umbenennung der (ehemals) Kriminalbiologischen Gesellschaft in Gesellschaft für die gesamte Kriminologie und durch eine Reihe von Doppelmitgliedschaften dokumentierte. Nach langjährigen Bemühungen um einen Zusammenschluss hat sich die gemeinsame Gesellschaft auf einer Fachtagung in Frankfurt im Jahre 1990 konstituiert.

Im Kriminalistik Verlag, Heidelberg, erschienene Bände:

Band 101:

Politisch-gesellschaftlicher Umbruch, Kriminalität, Strafrechtspflege

Hrsg. von Günther Kaiser und Jörg-Martin Jehle

1993, 129 S.

ISBN 3-7832-1892-6

Band 102/I:

Kriminologische Opferforschung I

Grundlagen, Opfer und Strafrechtspflege, Opfer von Machtmißbrauch.

Neue Perspektiven und Erkenntnisse.

Hrsg. von Günther Kaiser und Jörg-Martin Jehle

1994, 213 S.

ISBN 3-7832-0794-0

€ 39,-

Band 102/II:

Kriminologische Opferforschung II

Verbrechensfurcht und Opferwerdung.

Individualopfer und Verarbeitung von Opfererfahrungen.

Neue Perspektiven und Erkenntnisse.

Hrsg. von Günther Kaiser und Jörg-Martin Jehle

1995, 246 S.

ISBN 3-7832-0894-7

€ 42,-

Band 103:

Organisierte Kriminalität

Lagebilder und Erscheinungsformen.

Bekämpfung und rechtliche Bewältigung.

Hrsg. von Christoph Mayerhofer und Jörg-Martin Jehle

1996, 306 S.

ISBN 3-7832-0596-4

€ 69,-

Band 104:

Kriminalität, Prävention und Kontrolle

Neue Wege der Kriminalpolitik und Kriminalprävention.
Sozialer Umbruch, Lebenslagen und Kriminalität.
Täterpersönlichkeit und Prognose, sexuelle Abweichungen.
Besondere Erscheinungsformen und ihre Kontrolle.
Kriminalpolitik in einem neuen Bundesland.
Hrsg. von Dieter Rössner und Jörg-Martin Jehle
1999, 406 S.

ISBN 3-7832-0299-X

€ 69,-

Bestellschrift:

NKG-Geschäftsstelle, Institut für Kriminologie, Auf dem Sand 6/7, D-72076 Tübingen

Im Forum Verlag Godesberg GmbH, Mönchengladbach erschienene Bände:

Band 105:

Beccaria als Wegbereiter der Kriminologie

Verleihung der Beccaria-Medaille durch die Neue Kriminologische Gesellschaft.
Zugleich Dokumentation zur Verleihung der Beccaria-Medaillen 1997 und 1999 an
Marvin E. Wolfgang, Esther Giménez-Salinas i Colomer, Elisabeth Müller-Luckmann,
Aglaiia Tsitsoura und Wolfgang Rau
Hrsg. von Dieter Rössner und Jörg-Martin Jehle

2000, X, 82 S.

ISBN 3-930982-57-9

€ 14,-

Band 106:

**Täterbehandlung und neue Sanktionsformen
Kriminalpolitische Konzepte in Europa.**

Hrsg. von Jörg-Martin Jehle

2000, XVIII, 496 S.

ISBN 3-930982-58-7

€ 34,-

Band 107:

Raum und Kriminalität

Sicherheit der Stadt, Migrationsprobleme.

Hrsg. von Jörg-Martin Jehle

2001, XVIII, 353 S.

ISBN 3-930982-59-5

€ 29,-

Band 108:**Kriminologie zwischen Grundlagenwissenschaften und Praxis**

Ideengeschichte der Kriminologie im 20. Jahrhundert

Verhaltenswissenschaftliche Grundlagen der Kriminologie

Soziale und kulturelle Grundlagen der Kriminologie

Auswirkungen der empirischen Kriminalwissenschaften auf Polizei und Justiz

Zentrale Themen der angewandten Kriminologie

Hrsg. von Volker Dittmann und Jörg-Martin Jehle

2003, X, 426 S.

€ 29,-

ISBN 3-930982-87-0

Band 109:**Angewandte Kriminologie zwischen Freiheit und Sicherheit**

Neue Wege der Haftvermeidung, Kriminalprävention,

Persönlichkeitsstörungen, Restorative Justice, Wissenschaftstransfer

Hrsg. von Heinz Schöch und Jörg-Martin Jehle

2004, 638 S.

€ 35,-

ISBN 3-936999-06-6

Band 110:**Kriminologie und wissenschaftsbasierte Kriminalpolitik**

Entwicklungs- und Evaluationsforschung

Hrsg. von Friedrich Lösel, Doris Bender und Jörg-Martin Jehle

2007, 688 S.

€ 35,-

ISBN 978-3-936999-33-4

Band 111:**Drogen – Sucht – Kriminalität**

Bekämpfung der suchtasoziierten Kriminalität

Diagnose und Begutachtung von Abhängigen

Substitution und Intervention

Therapie im strafrechtlichen Rahmen

Aktuelle kriminologische Themen

Hrsg. von Reinhard Haller und Jörg-Martin Jehle

2009, 380 S.

€ 27,-

ISBN 978-3-936999-63-1

Band 112:

Wirtschaftskriminalität

Wirtschaftskriminalität und Strafrechtspraxis

Wirtschaftskriminalität aus Sicht der Unternehmen

Wirtschaftskriminologie und Wirtschaftsstraftäter

Spezielle Bereiche

Hrsg. von Britta Bannenberg und Jörg-Martin Jehle

2010, 292 S.

€ 24,-

ISBN 978-3-936999-80-8 (Printausgabe)

ISBN 978-3-936999-81-5 (Online-Ausgabe/PDF-Dokument)

Erhältlich im Buchhandel und direkt beim Verlag:

Forum Verlag Godesberg GmbH, Ferdinandstraße 16, D 41061 Mönchengladbach

Fon: +49(0)2161 20 66 69, Fax: +49(0)2161 20 91 83

e-mail: contact@forumvg.de

