

Schriften zum Strafrecht

Band 256

Die Garantenstellung des Compliance-Officers

Zugleich ein Beitrag zu den Rahmenbedingungen
einer Compliance-Organisation

Von

Metin Konu



Duncker & Humblot · Berlin

METIN KONU

Die Garantenstellung des Compliance-Officers

Schriften zum Strafrecht

Band 256

Die Garantenstellung des Compliance-Officers

Zugleich ein Beitrag zu den Rahmenbedingungen
einer Compliance-Organisation

Von

Metin Konu



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Eberhard Karls Universität Tübingen
hat diese Arbeit im Jahre 2013 als Dissertation angenommen.

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.

D21

Alle Rechte vorbehalten

© 2014 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fremddatenübernahme: Konrad Tritsch GmbH, Ochsenfurt

Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0558-9126

ISBN 978-3-428-14243-9 (Print)

ISBN 978-3-428-54243-7 (E-Book)

ISBN 978-3-428-84243-8 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Juristischen Fakultät der Eberhard Karls Universität Tübingen im Wintersemester 2011/2012 als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur konnten im Wesentlichen bis Januar 2012 berücksichtigt werden.

Für die sehr freundliche Unterstützung und Betreuung dieser Arbeit möchte ich zunächst meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Hans-Ludwig Günther, und für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens Herrn Prof. Dr. Dr. Dres. h.c. Kristian Kühl danken.

Ein herzlicher Dank gebührt weiterhin all meinen Freunden, durch die ich die Promotionszeit in schöner Erinnerung behalten werde. Mein persönlicher Dank gilt hierfür insbesondere meinem Mitstreiter Dr. Mesut S. Cekin sowie Felix und Bettina Dietrich, die kurzerhand bereit waren, ihre freie Zeit für das mühsame Korrekturlesen des Manuskripts zu opfern. Danken möchte ich in diesem Zusammenhang auch Sven Grathwohl, der mir bei der Erstellung des Schaubilds unterstützend zur Seite gestanden hat. Meinen Dank verdienen zudem all meine Freunde, die mit wertvollen Anregungen nicht unwesentlich zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen haben.

Ein ganz besonderer Dank gebührt schließlich meiner Familie, insbesondere meinen Eltern Havva und Bekir Konu, die mich auf meinem bisherigen Lebensweg vorbehaltlos in jeglicher Hinsicht unterstützt und gefördert haben. Mit ihrer stetigen familiären Unterstützung, ihren Zuspruch und ihrer Liebe haben sie nicht nur zu meiner persönlichen und beruflichen Entfaltung beigetragen, sondern haben das Gelingen dieser Arbeit überhaupt erst ermöglicht. Ihnen widme ich deshalb diese Arbeit.

Stuttgart, im September 2013

Metin Konu

Inhaltsverzeichnis

Teil 1

Einleitung	17
A. Problemdarstellung	17
B. Zielsetzung, Gang und Einschränkung der Untersuchung	19
I. Zielsetzung	19
II. Gang der Untersuchung	20
III. Einschränkung des Unternehmensgegenstands	20

Teil 2

Compliance	22
A. Historie, Compliance-Begriff, Compliance-Funktionen	22
I. Die Entstehungsgeschichte von Compliance	22
1. Herkunft aus den USA	22
2. Historie in Deutschland	23
II. Der Compliance-Begriff	25
III. Funktionen der Compliance	27
1. Schutzfunktion	28
2. Beratungs- und Informationsfunktion	29
3. Überwachungsfunktion	30
4. Marketingfunktion	30
5. Qualitätssicherungs- und Innovationsfunktion	31
B. Compliance in den gesetzlichen Vorschriften	32
I. Spezialgesetzliche Regelungen	32

II. Der deutsche Corporate Governance Kodex (DCGK)	34
III. Bußgeldrechtlicher Tatbestand (§ 130 OWiG)	34
1. Normzweck	35
2. Täterkreis	35
3. Pflichteninhalt	36
IV. § 91 Abs. 2 AktG	38
V. Legalitätspflicht, § 93 Abs. 1 S. 1 AktG	39
C. Pflicht zur Compliance?	41
I. Darstellung und Stellungnahme	42
II. Grenzen der Compliance-Pflicht	45
III. Fazit	45
D. Rahmenbedingungen für rechtliche Organisationsanforderungen	46
I. Leitungsaufgabe der Geschäftsleitung	48
II. Unterscheidung zwischen Leitung und Geschäftsführung	48
III. Umfang des Leitungsauftrags	49
1. Leitungsaufgaben	49
a) Unternehmensplanung und -politik	50
b) Koordinierung und Steuerung/Organisation	50
c) Überwachung	51
d) Führungsstellenbesetzung	51
e) Maßnahmen von außerordentlicher Bedeutung	51
2. Aufgaben der Geschäftsführung im engeren Sinne	52
IV. Compliance als Leitungsaufgabe	52
V. Keine Möglichkeit der vollständigen Entäußerung von Compliance-Pflichten ..	53
VI. Notwendigkeit der arbeitsteiligen Organisation	54
VII. Zwischenfazit	55

VIII. Delegation der Compliance-Pflichten	55
1. Horizontale Delegation	56
a) Der Grundsatz der Gesamtverantwortung und Allzuständigkeit im Gesellschaftsrecht	56
b) Geschäftsverteilung und Verantwortlichkeitsmodifikation	58
c) Compliance als Vorstandsressort	61
2. Vertikale Delegation	61
a) Die inhaltlichen Grenzen der vertikalen Delegation	62
b) Letztentscheidungsrecht des Vorstands gegenüber nachgeordneten Mitarbeitern	66
c) Kassationsrecht des Vorstands	66
d) Zwischenfazit	67
3. Externe Delegation	67
IX. Übertragung auf den GmbH-Geschäftsführer	68
X. Zusammenfassung	70
E. Die Figur des Compliance-Officers	70
I. Der Unternehmensbeauftragte	71
1. Aufgaben und Kompetenzen des Unternehmensbeauftragten	72
2. Einordnung des CO als Unternehmensbeauftragter?	73
a) Formelle Bestellung	74
b) Kompetenzen	74
c) Unternehmensschutz oder auch Schutz von Allgemeininteressen?	74
d) Folgerung	76
II. Stellung des CO innerhalb des Unternehmens	76
1. Position im Unternehmen	78
2. Unabhängigkeit	79
3. Wirksamkeit	80
a) Fachkenntnisse des CO und die Vertretungsregelung	81
b) Auskunfts-, Einsichts- und Zugangsrechte	81
c) Erforderliche Mittel zur Aufgabenerfüllung	82
aa) Weisungs- und Anordnungsrecht contra Eskalationsrecht	83

bb) Strafanzeigerecht	85
4. Dauerhaftigkeit	86
III. Aufgaben des CO	86
IV. „Regelmäßige“ Straftatverhinderungspflicht des CO	88
1. Straftatverhinderungspflicht	88
2. „Regelmäßig“?	89
V. Zusammenfassung	90

Teil 3

Die Garantenstellung des CO in der Rechtsprechung und der Literatur	91
A. Vorbemerkung	91
B. Die Ansicht des BGH	91
C. Reaktionen in der Literatur	93
I. Kritik der Literatur am methodischen Vorgehen	93
II. Stellungnahme	95
III. Meinungsbild zur Garantenstellung des CO	97
1. Originäre Garantenpflicht des CO kraft Übernahme einer Schutzfunktion/ Beschützergarantenstellung aufgrund tatsächlicher Stellung und Funktion des CO	98
a) Darstellung	98
b) Stellungnahme	100
2. Sekundäre Garantenpflicht des CO kraft Übernahme einer Schutzfunktion gegenüber außenstehenden Dritten	101
a) Darstellung	101
b) Stellungnahme	101
3. Originäre oder sekundäre Garantenpflicht des CO für das Vermögen und Ansehen des Unternehmens kraft freiwilliger Übernahme einer Schutz- bzw. Überwacherfunktion	102
a) Darstellung	102
b) Stellungnahme	103
4. Zwischenergebnis	105

5. Originäre Überwachergarantenstellung des CO aufgrund Übernahme von Überwachungspflichten	105
a) Darstellung	105
b) Stellungnahme	106
6. Abgeleitete, sekundäre Überwachergarantenstellung kraft freiwilliger Übernahme	108
a) Rönnau/Schneider	108
aa) Darstellung	108
bb) Stellungnahme	110
b) Dannecker/Dannecker	111
aa) Darstellung	111
bb) Stellungnahme	112
c) Mosbacher/Dierlamm	113
aa) Darstellung	113
bb) Stellungnahme	114
d) Ransiek	115
aa) Darstellung	115
bb) Stellungnahme	117
e) Hendrik Schneider/Gottschaldt	119
aa) Darstellung	119
bb) Stellungnahme	119
f) Argumente im Schrifttum gegen eine sekundäre Garantenstellung des CO	120
g) Fazit und Stellungnahme	124
aa) Vorbemerkung	124
bb) Die Eigenverantwortlichkeit des unmittelbar handelnden Mitarbeiters	124
(1) Sperrwirkung der §§ 357 StGB, 41 Wehrstrafgesetz, 108 SeemG	125
(2) Sperrwirkung des § 130 OWiG?	128
(3) Fehlende Mittel der Verbandsdisziplin	130
(4) Zwischenergebnis	134
cc) Ist die Nichtanzeige von Straftaten nur nach § 138 StGB strafbar?	134
dd) Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz?	136
ee) Zwischenergebnis	138

7. Garantenstellung aus Ingerenz	140
a) Darstellung	140
b) Stellungnahme	141

Teil 4

Meinungsstand zur dogmatischen Herleitung der Garantenstellung	145
A. Vorbemerkung	145
B. Die Einteilung der Garantenstellungen	147
I. Formelle Rechtsquellenlehre	147
II. Funktionenlehre	149
III. Materialisierungsansätze	150
IV. Stellungnahme	152
1. Allgemein	152
2. Einordnung der Haftung des CO	154

Teil 5

Die Garantenstellung des CO	156
A. Vorbemerkung	156
B. Die Geschäftsherrenhaftung	156
I. Rechtsprechung zur Geschäftsherrenhaftung	157
II. Überblick über den Meinungsstand in der Literatur	159
1. Garantenstellung aus personaler Herrschaft	161
2. Garantenstellung aus der Herrschaft über den „Betrieb als Gefahrenherd“ ..	163
3. Garantenstellung aus der Verknüpfung beider Aspekte	164
4. Stellungnahme	164
III. Der Betrieb bzw. die Organisation der Gesellschaft als Gefahrenquelle?	174
IV. Reichweite der Garantenpflicht des Geschäftsherrn	177
V. Zwischenfazit	180

C. Möglichkeit der strafrechtlichen Delegation der Garantenpflicht auf den CO 181

 I. Allgemein 181

 II. Die Bedeutung des Dienstvertrages bzw. der Stellenbeschreibung 182

D. Übernahmegarantenstellung des CO 182

 I. Garantenstellung aufgrund freiwilliger Übernahme im Allgemeinen 183

 1. Darstellung 183

 2. Stellungnahme 184

 II. Der materielle Grund der Garantenstellung aus freiwilliger Übernahme 185

 1. Die Zusage als materieller Grund der Garantenstellung aus Übernahme? . . . 185

 2. Der Vertrauensgrundsatz 186

 3. Der Vertrauensgrundsatz im Bereich der vertikalen Delegation 187

 4. Zwischenfazit 191

 5. Übertragung bzw. Übernahme der Herrschaft über die Gefahrenquelle 191

 III. Sekundärgarantenstellung des CO 192

 1. Vervollständigung des Informationsvorsprungs, eigene Auffassung 194

 a) Pflicht zur Ergreifung von Maßnahmen zur Verhinderung von Straftaten 194

 b) Herrschaft über die Gefahrenquelle 195

 c) Ist eine Erfolgsabwendung i.S.d. § 13 Abs. 1 StGB durch die Nichtvor-
 nahme der gebotenen Handlung möglich? 198

 2. Der Einwand der Eigenverantwortlichkeit 200

 3. Reichweite der Garantenpflicht 201

E. Zusammenfassung 203

Teil 6

Schlussbetrachtung 205

Literaturverzeichnis 206

Sachregister 230

Teil I

Einleitung

A. Problemdarstellung

Sehr viele Beiträge zur Unternehmenskriminalität verweisen auf die Ungleichheiten bei der Strafverfolgung in einem Unternehmen. Man lasse die Kleinen hängen und die Großen laufen.¹ Die Erfassung der Oberschichten sei ein blinder Fleck der Strafrechtspflege.² Die Tendenz der Bestrafung auch der Unternehmensinhaber³ hat jedoch deutlich zugenommen, so dass sich das Blatt nach und nach gewendet hat. Nunmehr wird wiederum der Ruf lauter, die Kleinen im Unternehmen nicht milder als die Großen zu behandeln.⁴ Man wird sich aber fragen müssen, was es bedeutet „Klein“ oder „Groß“ zu sein bzw. wann man der Unterschicht, Mittelschicht oder der Oberschicht im Unternehmen angehört.

Den „Großen“ wird in der Regel nicht der Vorwurf gemacht, sie hätten jemanden bestochen oder Kartellabsprachen o. ä. getroffen; vielmehr wird ihnen vorgeworfen, ihr Unternehmen nicht ordentlich organisiert zu haben, wodurch es zu rechtswidrigen Handlungen gekommen sei.⁵ Korruptionsskandale bei Siemens, Datenlecks bei Sony, Millionenbetrug beim Fernsehsender Kika und der Wirbel um eine Sexreise von Vertriebsmitgliedern der Munich Re – Tochter Ergo –, sind dabei einige der wenigen Beispiele. Daher haben die Unternehmen in den vergangenen Jahren den Pol verstärkt auf das Thema Compliance gelenkt und im Unternehmen Compliance-Officer (im Folgenden CO) eingesetzt, um die rechtlichen Risiken, die im Unternehmen einzutreten drohen, besser beherrschen zu können.

Gehören die CO nun zur Oberschicht, zur Mittelschicht oder zur Unterschicht in der unternehmensinternen Hierarchie? Können sie zur Verantwortung gezogen werden, wenn sie ihre Aufgaben nicht ordnungsgemäß erfüllen bzw. die Straftat eines Unternehmensangehörigen nicht unterbinden? Zur Strafbarkeit von CO fehlt es

¹ *Ransiek*, Unternehmensstrafrecht, S. 2; *Neudecker*, Verantwortlichkeit, S. 17; siehe *Bock*, Compliance, S. 64 m.w.N.

² *Schünemann*, in: Dt. Wiedervereinigung, Band III, S. 129.

³ Synonym verwandt mit Ausdrücken wie Betriebsinhaber, Geschäftsherr, Unternehmer, Geschäftsführer und Vorstand.

⁴ So *Vogel*, in: FS Lorenz, 2001, S. 65 (73); *ders.*, GA 1990, 241 (248); *Winkelbauer*, in: FS Lenckner, 1998, S. 645 (650); *Rotsch*, Haftung, S. 163 spricht in diesem Zusammenhang davon, dass jetzt nur noch „die Großen“ gehängt werden.

⁵ Siehe *Uwe H. Schneider*, NZG 2009, 1321.

bislang an höchstrichterlicher Rechtsprechung. Der 5. Senat des BGH hat am 17. Juli 2009 in einem obiter dictum die Garantenstellung von CO bejaht.

Die Wiedergabe der genannten Entscheidung⁶ in geraffter Form soll an dieser Stelle der Verdeutlichung der zur Untersuchung anstehenden Materie dienen:

Der Angeklagte war Leiter der Rechtsabteilung sowie der Innenrevision der Berliner Stadtreinigungsbetriebe (im Folgenden: BSR). Wegen eines Kalkulationsfehlers stellten die BSR ca. 170.000 Straßenanliegern überhöhte Straßenreinigungstarife in Rechnung. Als der Angeklagte davon erfuhr, unterließ er „aus falsch verstandener Loyalität“ gegenüber dem Vorstandsmitglied G., der für die Tarifkalkulation verantwortlich war und die Aufdeckung des Fehler verhindern sollte, die Unterrichtung des Vorstandsvorsitzenden. Der Kalkulationsfehler wurde in die nächste Tarifperiode übertragen, wodurch den Anliegern ein strafrechtlich relevanter Schaden von über EUR 23 Mio. entstand. Der Angeklagte wurde vom LG Berlin wegen Beihilfe zum Betrug durch Unterlassen zu einer Geldstrafe von 120 Tagessätzen verurteilt.⁷ Seine dagegen eingelegte Revision blieb erfolglos.

Anlass für das obiter dictum mit grundsätzlichen Aussagen zur Garantenstellung von CO war die Inhaltsbestimmung der Garantenpflicht des Angeklagten, welcher selbst kein CO war. Nachdem der BGH die Garantenstellung des Angeklagten als gegeben ansah, musste er sich ausführlich mit der Reichweite der darauf resultierenden Garantenpflicht auseinandersetzen. Fraglich war nämlich, ob sich die Garantenpflicht auf die Verhinderung von Straftaten und Pflichtverstößen beschränkte, die gegen das Unternehmen selbst gerichtet waren, oder ob der Angeklagte darüber hinaus auch verpflichtet war, aus dem Unternehmen gegen Dritte (die Straßenanlieger) begangene Rechtsverstöße zu beanstanden und zu unterbinden. In diesem Zusammenhang grenzte der BGH den vom Angeklagten konkret übernommenen Pflichtenkreis vom Aufgabengebiet von CO ab und stellte obiter dictu fest, dass CO regelmäßig eine Garantenpflicht in letzterem Sinne treffen wird.⁸

„Eine solche, neuerdings in Großunternehmen als ‚Compliance‘ bezeichnete Ausrichtung, wird im Wirtschaftsleben mittlerweile dadurch umgesetzt, dass sog. ‚Compliance Officers‘ geschaffen werden [...] Deren Aufgabengebiet ist die Verhinderung von Rechtsverstößen, insb. auch von Straftaten, die aus dem Unternehmen heraus begangen werden und diesem erhebliche Nachteile durch Haftungsrisiken oder Ansehensverlust bringen können. [...] Derartige Beauftragte wird regelmäßig strafrechtlich eine Garantenpflicht i.S.d. § 13 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 [...]“.

Die vom BGH angenommene Garantenstellung des CO wirft jedoch insbesondere die Frage auf, ob sich diese dogmatisch untermauern lässt.

⁶ BGH, Urteil vom 17.07.2009 – 5 StR 394/08 = BGHSt 54, 44.

⁷ LG Berlin v. 3.3.2008 – (514) 3 Wi Js 1361/02 KLs (9/04), juris.

⁸ Favvicia/Richter, AG 2010, 137.

B. Zielsetzung, Gang und Einschränkung der Untersuchung

I. Zielsetzung

Die Diskussion über die Garantenstellung des CO wurde erst mit der BSR-Entscheidung des *BGH* hervorgerufen. Während davor, soweit ersichtlich, nur die Abhandlung von *Kraft* und *Winkler*⁹ über die Garantenproblematik des CO existierte, ist die Zahl der Stellungnahmen nunmehr nicht mehr überschaubar.¹⁰ Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des CO bemisst sich nach § 13 Abs. 1 StGB und wird in der Literatur unterschiedlich beantwortet. Als wesentlicher Grund für das Fehlen einer exakten Lösung des Problems ist die dogmatische Unklarheit der Grundlage zu nennen, aber auch die Schwierigkeit, die der Definition der Compliance-Funktion und der Stellung des CO anhaftet.

Bei den im obiter dictum getroffenen Feststellungen zur möglichen Strafbarkeit eines CO handelt es sich nicht um tragende Entscheidungsgründe (*ratio decidendi*), sondern um nichttragende Erwägungen (beiläufige Bemerkung = *obiter dictum* = „nebenbei Gesagtes“), die unverbindlich sind.¹¹ Gleichwohl zeigt es, wie der 5. Strafsenat entscheiden würde, wenn es sich beim Angeklagten um einen CO handelt. Doch sind die Feststellungen des 5. Senats richtig?

Die vorliegende Arbeit befasst sich mit dieser Frage. Trifft den CO regelmäßig eine Garantenpflicht i.S.d. § 13 Abs. 1 StGB, solche im Zusammenhang mit der Tätigkeit des Unternehmens stehende Straftaten von Unternehmensangehörigen zu verhindern oder Maßnahmen zur Verhinderung der Straftat zu ergreifen? Zur Lösung dieser Frage ist zunächst eine Untersuchung im gesellschaftsrechtlichen Bereich angebracht, um das Verständnis von Compliance zu vertiefen. Der Schwerpunkt der Arbeit liegt darin, Grund und Grenzen der Strafbarkeit von CO aus einem Nicht-einschreiten gegen Straftaten von Mitarbeitern auf eine dogmatisch tragfähige Weise zu erläutern.

⁹ *Kraft/Winkler*, CCZ 2009, 29 ff.

¹⁰ Ohne Anspruch auf Vollständigkeit: *Campos Nave*, BB 2009, 2059; *ders./Vogel*, BB 2009, 2546; *Rübenstahl*, NZG 2009, 1341; *Kraft*, wistra 2010, 81; *Rönnau/Schneider*, ZIP 2010, 53; *Rolshoven/Hense*, BKR 2009, 422; *Bürkle*, CCZ 2010, 4; *Grau/Blechschi*, DB 2009, 2143; *Wybitul*, BB 2009, 2590; *ders.*, BB 2009, 2263; *Berndt*, StV 2009, 687; *Mosbacher/Dierlamm*, NSStZ 2010, 268; *Steinheimer*, AuA 2010, 24 f.; *Stoffers*, NJW 2009, 3173; *Thomas*, CCZ 2009, 239; *Dannecker/Dannecker*, JZ 2010, 981, *Dann/Mengel*, NJW 2010, 3265, *Deutscher*, WM 2010, 1387, *Warneke*, NSStZ 2010, 312; *M. Wolf*, BB 2011, 1353 (1358 ff.); *Spring*, GA 2010, 222; *Ransiek*, AG 2010, 147; *Rößler*, WM 2011, 918 (922 ff.); *Rieder*, in: FS Goette, 2011, S. 413; *Vormbaum*, JURA 2010, S. 861 ff.

¹¹ Zur Abgrenzung der *ratio decidendi* und *obiter dictum* vgl. BGHSt 33, 174; *Lilie*, JuS 1993, 565 (567); *Kuhlen*, JA 1986, 589.