

Wirtschaftsstrafrecht

Einführung und Allgemeiner Teil mit wichtigen Rechtstexten

von
Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Klaus Tiedemann

4. Auflage

Wirtschaftsstrafrecht – Tiedemann

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

Nebenstrafrecht

Verlag Franz Vahlen München 2013

Verlag Franz Vahlen im Internet:

www.vahlen.de

ISBN 978 3 8006 4717 0

IV. Behördliche Genehmigung und Einwilligung

schutzrechtliche Anzeige) den Rückgriff auf die ordnungsrechtliche Generalklausel zuzulassen, die Nebenwirkungen also nicht schlechthin als gerechtfertigt anzusehen. Nach heute h.M. sind Nebenwirkungen dann gerechtfertigt, wenn die Genehmigung unter Abwägung der Gefahren auch für Individualrechtsgüter erteilt wurde.³⁵ Strafrechtlich unbeachtlich ist dagegen eine Genehmigung, wenn sie gemäß § 44 VwVfG verwaltungsrechtlich *nichtig* ist (vgl. Rn. 175). Die bloße *Genehmigungsfähigkeit*, also das Vorliegen der materiellen verwaltungsrechtlichen Voraussetzungen für die Erteilung einer rechtlich erforderlichen Genehmigung, die nicht beantragt oder nicht erteilt worden ist, bleibt bei der Beurteilung der Strafbarkeit nach h.M. unberücksichtigt,³⁶ wirkt aber strafmildernd, da unrechtsmindernd.

2. Ausschluss von Tatbestand oder Rechtswidrigkeit?

Im Übrigen geht es vor allem um die Einordnung der Genehmigung als Tatbestandsausschluss- oder Rechtfertigungsgrund, was nicht nur für Irrtumsfragen Konsequenzen hat. Auch für das Strafrecht hat insoweit die verwaltungsrechtliche Unterscheidung von sog. präventiven Verboten mit Erlaubnisvorbehalt und sog. repressiven Verboten mit Befreiungsvorbehalt Bedeutung: Bei den erstenen (»Kontrollerlaubnissen«) ist das fragliche Verhalten an sich sozialadäquat, und das Erfordernis einer behördlichen Genehmigung bezweckt lediglich die Kontrolle über möglicherweise entstehende Gefahren (Beispiel: Ausfuhr von Waren nach § 18 AWG). Bei letzteren (»Ausnahme-Bewilligungen«) wird dagegen nach Abwägung kollidierender Interessen ein an sich bestehendes Verbot im Einzelfall mit Rücksicht auf höherrangige Interessen aufgehoben (Beispiel: § 22 a KWKG – Ausfuhr von Kriegswaffen, die nach Art. 26 Abs. 2 Satz 1 GG als gefährlich einzustufen sind; vgl. unten Text-Anhang III. 5. und BGH NJW 1994, 61 f.). Bei der Ausfuhr von Kriegswaffen müssen übrigens beide Genehmigungen – nach dem AWG und nach dem KWKG – nebeneinander vorliegen, damit die Ausfuhr rechtmäßig ist (BGHSt 41, 357). – Das präventive Verbot mit Erlaubnisvorbehalt ist (negatives) Tatbestandsmerkmal, also schon auf der Tatbestandsebene zu berücksichtigen (so z.B. die behördliche Genehmigung bei der Luftverunreinigung nach § 325 StGB); dagegen betrifft das repressive Verbot mit Befreiungsvorbehalt erst die Rechtswidrigkeit (so z.B. die Genehmigung bei der Gewässerverunreinigung nach § 324 StGB, da diese Handlung generell verboten ist).³⁷ Den Verstoß gegen das verwaltungsrechtliche Genehmigungserfordernis erheben §§ 327, 328 StGB zum Tatbestand. Nach richtiger, wenn auch bestrittener Auffassung findet bei *Erschleichung* und sonstigem Missbrauch der Genehmigung dann kein »Durchgriff« auf die Rechtswidrigkeit des wirksamen Verwaltungsaktes statt, wenn es um eine tatbestandsausschließende Erlaubnis geht; dagegen steht bei der rechtfertigenden Genehmigung Art. 103 Abs. 2 GG nicht der Einschränkung der Verwaltungsakzessorietät durch den Rechts-

320

35 Rönnau aaO Rn. 289 m.N.; auch Saliger Rn. 122 m.w.N.

36 BGHSt 37, 29; Dannecker, in Tiedemann (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht in der EU S. 401; Saliger Rn. 118 f.

37 Dannecker, LK § 1 Rn. 139 f.; a.A. Hegemanns, Grundzüge einer Dogmatik der Straftatbestände zum Schutz von Verwaltungsrecht oder Verwaltungshandeln (2000), der durchweg Tatbestandsausschluss annimmt. Kritisch auch T. Walter, LK Vor § 13 Rn. 53 f. m.w.N.

§ 6 Rechtfertigungslehre

missbrauchsgedanken entgegen.³⁸ Daneben gibt es ausdrückliche gesetzliche Missbrauchsklauseln in §§ 17 Abs. 6, 18 Abs. 9 AWG, 96 Abs. 6 AufenthG, 330 d Nr. 5 StGB und § 16 Abs. 4 AusführungsG zum Chemiewaffen-Übereinkommen für das Außenwirtschafts-, Ausländer-, Umwelt- und Chemiewaffenstrafrecht; diese gesetzgeberischen Lösungen durchbrechen den Grundsatz des § 48 VwVfG, nach dem eine erschlichene Erlaubnis nur rechtswidrig und nicht unwirksam ist. Die herrschende Meinung akzeptiert diese gesetzgeberischen Durchbrechungen der Verwaltungsrechtsakzessorietät, beschränkt sie aber auf die ausdrücklichen Regelungen der genannten Rechtsgebiete. BGHSt 50, 112 ff. sprach für die Erschleichung eines Touristenvisums durch ausländische Arbeitnehmer (aus Nicht-EU-Staaten) von einer *Tatbestandswirkung* der Aufenthaltsgenehmigung (durch das Visum), die mit Blick auf Art. 103 Abs. 2 GG nicht durch Missbrauchserwägungen durchbrochen werden dürfe. »Diese Lücke zu schließen, ist Aufgabe des Gesetzgebers.« (BGH aaO S. 116). Dieser Aufgabe ist der Gesetzgeber 2007 nachgekommen (BT Rn. 608 Fn. 61). Entsprechend bestraft jetzt BGHSt 57, 239 ff. Mitglieder einer vietnamesischen Bande (und ihre Schleuser), die ihre Visa durch Täuschung der ausländischen Behörden über den wahren Reisezweck erlangt hatten.

3. Insbesondere der Gegenstand der Genehmigung

- 321 Im Einzelfall kommt besondere Bedeutung der Frage zu, *was* verwaltungsrechtlich genehmigt ist. Dazu aus dem Bereich des Kriegswaffenexportes

Fall 19 (OLG und LG Düsseldorf NStZ 1987, 565 und 1988, 231 – Rheinmetall): Die Düsseldorfer Rheinmetall GmbH exportierte während des Falkland-Krieges zwischen Argentinien und Großbritannien Kriegswaffen (Maschinenkanonen) und Waffenbestandteile (Zwillingsflaksysteme) nach Spanien an eine Firma SB und erhielt hierfür die außenwirtschaftsrechtliche und die kriegswaffenrechtliche Genehmigung. Als Zielort, Empfänger und Endverbleibsland bzw. Endverwendungsland wurde Spanien angegeben. In Wirklichkeit wurden die Waren mit Kenntnis des Vorstandes der Fa. Rheinmetall von Spanien nach Argentinien weiter geliefert. Strafbarkeit nach dem AWG und KWKG?

- 322 Zum wesentlichen Inhalt einer kriegswaffenkontrollrechtlichen Genehmigung gehört u.a. die Angabe des ausländischen Zielortes und des dortigen Empfängers (§ 3 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 und 2 KWKG; vgl. unten Text-Anhang III. 5.). Vom Umfang der kriegswaffenrechtlichen Genehmigung ist somit nur gedeckt, was vom Antragsteller zur Genehmigung gestellt und worüber von der Behörde entschieden wurde. Die vom Antragsteller verschwiegenen Umstände über Zielort, Empfänger usw. schränken daher den Umfang der Genehmigung ein, so dass bei Nichtübereinstimmung des tatsächlichen Sachverhalts (Ausfuhr nach Argentinien) mit dem genehmigten Sachverhalt (Ausfuhr nach Spanien) eine *Ausfuhr ohne Genehmigung* vorliegt. Die Gerichte haben dies in den 1980er Jahren aus dem Zweck des KWKG in Verbindung mit Art. 26 GG abgeleitet. In neuerer Zeit wird eine ausdrückliche Endverbleibsklausel in die Genehmigung aufgenommen, so dass die subjektive Richtigkeit der Angabe zum Gegenstand der Genehmigung gemacht wird (vgl. § 10 Abs. 1 KWKG). Eine erschlichene Genehmigung nach dem KWKG, die auf bewusst unrichtigen Angaben des

³⁸ So vor allem Baumann/Weber/Mitsch, Allgem. Teil § 17 Rn. 130; v. Burchard S. 130 ff.; Rönnau aaO Rn. 281 ff.; Lenckner/Sternberg-Lieben, in Schönke/Schröder Rn. 63 a ff. vor §§ 32 ff. m.w.N.; a.A. Dannecker aaO Rn. 141.

IV. Behördliche Genehmigung und Einwilligung

Antragstellers beruht, ist somit unbeachtlich und hat keine die Strafbarkeit ausschließende Wirkung, ohne dass es auf die vorerwähnten Streitfragen um den Rechtsmissbrauch ankäme. – Auch nach dem AWG ist inzwischen die Angabe des Endverwendungs- bzw. Endverbleibsortes wesentlicher Genehmigungsinhalt und nicht bloße Genehmigungsvoraussetzung. Falschangaben in dieser Hinsicht führen damit ebenfalls zu dem Ergebnis, dass die Ausfuhr nicht von der Genehmigung gedeckt ist. Insoweit greift zusätzlich (und mit gleichem Ergebnis) § 18 Abs. 9 AWG (unten Text-Anhang III. 4.) ein, der die Erschleichung einer Genehmigung durch unrichtige oder unvollständige Angaben als Fall des Fehlens der Genehmigung behandelt (vgl. bereits Rn. 320 a. E.).

Für den oben Rn. 289 behandelten Bereich der *klinischen Arzneimittelprüfung* sehen §§ 40, 41 AMG besondere Voraussetzungen vor, die im Wesentlichen auf die Kombination der echten Einwilligung (oder ihre Ersetzung durch rechtfertigenden Notstand, § 41 Abs. 1 Satz 2 AMG, unten Text-Anhang III. 6.) in Verbindung mit dem Votum einer Ethikkommission sowie eventuell einer Anzeige an die zuständige Bundesoberbehörde hinauslaufen. Bei Einhaltung dieser kombinierten Voraussetzungen stellt die Durchführung des Experiments ein *erlaubtes Risiko* dar, so dass wegen Rechtmäßigkeit der Handlung auch bei Eintritt von Tötungs- und Körperverletzungserfolgen keine Strafbarkeit anzunehmen ist.³⁹ Auch das schweizer. Strafrecht kennt die Lehre vom erlaubten Risiko.⁴⁰

4. Einwilligung, insbesondere bei (Organ-)Untreue

Die *Einwilligung* des Rechtsgutsträgers kann grundsätzlich nur Straftaten gegen Individualrechtsgüter rechtfertigen.⁴¹ Daher ist bei der *Schwarzarbeit* die Einwilligung des Arbeitnehmers in eine Nettolohnzahlung und Nichtabführung von Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen durch den Arbeitgeber unbeachtlich, da § 370 AO das staatliche Interesse an einem vollständigen Steueraufkommen und § 266 a StGB das Interesse der Sozialversicherungsträger und der Solidargemeinschaft der Versicherten an dem vollständigen Beitragsaufkommen schützt.⁴²

Wenn allerdings individuelle und überindividuelle Rechtsgutsaspekte gleichrangig nebeneinander treten, kann die Einwilligung der individuellen Rechtsgutsträger unter bestimmten Voraussetzungen durchaus rechtfertigend wirken. Ein Beispiel hierfür ist die Zustimmung aller Gläubiger eines insolventen Unternehmens zu *Sanierungsmaßnahmen* (wie der Gründung eines Auffangunternehmens), die als solche ein Beiseitenschaffen von Vermögensbestandteilen darstellen: Der mit dem Gläubigerschutz gleichrangige Schutz der Kreditwirtschaft durch § 283 Abs. 1 StGB erfordert insoweit, dass die Maßnahmen nicht gegen die Anforderungen einer ordnungsgemäßen (Kredit-)Wirtschaft verstößen.⁴³

³⁹ Tiedemann/Tiedemann, FS R. Schmitt (1992) S. 151; Ulsenheimer, Art. Arzneimittelprüfung, in HWiStR (1990).

⁴⁰ Riklin, Allgem. Teil § 13, 44 m.N.

⁴¹ Ebenso für das schweizer. Strafrecht Riklin aaO § 14, 59.

⁴² Vgl. zu § 370 AO Kohlmann Rn. 9; zu § 266 a Tag, Vorenthalten von Arbeitnehmerbeiträgen S. 33 ff., je m.N.; auch BT Rn. 556.

⁴³ Tiedemann, LK Vor § 283 Rn. 57 m.N.

323

324

325

§ 6 Rechtfertigungslehre

- 326 Praktische Relevanz hat der Rechtfertigungsgrund der Einwilligung vor allem auch bei § 266 StGB und seiner Anwendung im Gesellschaftsrecht (»gesellschaftsrechtliche Untreue« oder »Organuntreue«, BT Rn. 390). Die Einwilligung der Gesellschafter als wirtschaftliche Inhaber des Gesellschaftsvermögens kann die Pflichtwidrigkeit einer Vermögensverfügung des Geschäftsführers, aber auch den Vermögensnachteil der GmbH ausschließen. Da beide Merkmale zum Tatbestand der Untreue gehören, wird meist von *Einverständnis* gesprochen. Nicht selten verwendet die Rechtsprechung aber auch die Formulierung, es werde ein »rechtswidriger Vermögensnachteil« ausgeschlossen.⁴⁴
- 327 **Fall 20** (BGHSt 35, 333 – Privatentnahme): Der Angeklagte war alleiniger Geschäftsführer und Mitgesellschafter einer Bau-GmbH. Bei der Errichtung von mehr als 70 Häusern zeichneten sich Gewinne von insgesamt 8 Mio. DM vor Steuern ab. Der Angeklagte beschloss, hiervon 1,5 Mio. DM auf private Objekte zu »verlagern« und veranlasste Vertragspartner zur Erstellung fiktiver Rechnungen, deren Beträge er in der Bilanz der GmbH als gewinnmindernden Aufwand auswies. Die Mitgesellschafter waren mit diesem Vorgehen einverstanden. Das LG Osnabrück verurteilte den Angeklagten nach § 266 StGB, weil er der GmbH pflichtwidrig 1,5 Mio. DM entzogen habe, die sie nicht hätte zahlen müssen.
- 328 Der BGH hob die Verurteilung auf, da bereits erzielte Gewinne mit Einverständnis der Gesellschafter dem GmbH-Vermögen entnommen werden dürfen, also in der Regel kein rechtswidriger Nachteil für die GmbH entsteht; die Gesellschafter haben nämlich nach § 29 Abs. 1 und 2 GmbHG Anspruch auf den Jahresüberschuss oder Bilanzgewinn. Zwar entsteht ein klagbarer Anspruch des einzelnen Gesellschafters erst mit dem Feststellungs- oder Gewinnverteilungsbeschluss. »Doch ist auch die Zahlung von Gewinnvorschüssen zulässig« (aaO S. 336). Hierüber muss die Gesellschafterversammlung entscheiden, wenn die Zahlung nicht im Gesellschaftsvertrag vorgesehen ist. »Für die strafrechtliche Beurteilung kommt es aber nicht darauf an, ob die Formen des § 46 Nr. 1 GmbHG gewahrt sind.« (BGH aaO S. 337) Die *unrichtige Buchführung* allein mache die *Einwilligung nicht unwirksam* (während BGHSt 34, 387 ff. Unwirksamkeit bei Verstoß der Maßnahme gegen die Grundsätze eines ordentlichen Kaufmanns, insbesondere bei Verschleierung durch unrichtige Buchführung, angenommen hatte; vgl. oben Fall 6 Rn. 231). Unwirksamkeit der Einwilligung sei vielmehr – nunmehr in Übereinstimmung mit dem gesellschaftsrechtlichen Schrifttum – nur anzunehmen, wenn die Entnahme gegen § 30 GmbHG verstößt, also das Stammkapital der GmbH angreift, *oder* die Existenz oder Liquidität der GmbH gefährdet.⁴⁵
- 329 Dass neben dem Angriff auf das Stammkapital auch die sonstige Gefährdung der Existenz der GmbH missbräuchlich und nach § 266 StGB strafbar ist, entspricht der im Gesellschaftsrecht zunehmenden Anerkennung eines für die Gesellschafter nicht disponiblen *Bestandsinteresses der Gesellschaft*.⁴⁶ Maßstab der Pflichtwidrigkeit ist § 43 GmbHG, aber auch § 41 GmbHG mit dem Erfordernis ordnungsgemäßer Buchführung. Die Einwilligung der Gesellschafter lässt daher nach richtiger Ansicht nicht die Pflichtwidrigkeit z.B. der Bilanzmanipulation, wohl aber den Vermögens-

44 Vgl. Schönke/Schröder/Perron § 266 Rn. 21 m.N.; Fischer § 266 Rn. 90 sieht das Einverständnis als Tatbestandsfrage, will aber aaO Rn. 92 die Regeln der rechtfertigenden Einwilligung anwenden (ähnlich Schünemann, LK § 266 Rn. 249 und 254).

45 Ebenso BGH GmbHR 2013, 480 (481); Tiedemann, GmbH-Strafrecht Rn. 9 Vor §§ 82 ff. m.w.N.

46 Tiedemann ZStW Bd. 111 (1999) S. 694 und GmbH-Strafrecht Rn. 8 Vor §§ 82 ff. m.N.

IV. Behördliche Genehmigung und Einwilligung

nachteil entfallen, soweit das GmbH-Vermögen disponibel ist.⁴⁷ Mit beachtlichen Gründen will dagegen *Zieschang*⁴⁸ entscheidend auf die Treuwidrigkeit der Gesellschafter abstehen, für die der Maßstab des § 43 GmbH nicht gilt.

Fall 20 ist zugleich ein Beispiel für eine *verdeckte Gewinnausschüttung*, die gem. § 27 KStG zu einer Erhöhung der Körperschaftssteuer führt (und unter diesem Gesichtspunkt Liquiditätsschwierigkeiten der GmbH begründen kann: BGH aaO S. 339). 330

Höchstrichterlich allenfalls ansatzweise geklärt ist, ob die Einwilligung der *Gesellschaftermehrheit* in dem vorgenannten Rahmen ausreicht oder ob für die Wirksamkeit der Einwilligung *Einstimmigkeit* erforderlich ist.⁴⁹ Mangels einer abweichenden Regelung im Gesellschaftsvertrag reicht die Mehrheit nur aus, wenn in der GmbH-Gesellschafterversammlung ein Beschluss gefasst wird (§§ 46 Nr. 1, 47 Abs. 1, 48 ff. GmbHG)⁵⁰, also alle Gesellschafter mit der Frage einer Billigung der Pflichtwidrigkeit inhaltlich befasst werden (BGHSt 55, 266 Rz. 36). BGHSt 35, 337 formuliert mit dem grundsätzlichen Verzicht auf diese Form des GmbHG allerdings anscheinend großzügiger. Im Übrigen ist bei allseitigem Einverständnis der GmbH-Gesellschafter ein Gesellschafterbeschluss auch formlos möglich.⁵¹ Für die AG wird teilweise strenger eine strafrechtliche Verantwortung des Vorstandes wegen Untreue auch bei Zustimmung aller Aktionäre angenommen, da der Vorstand in seiner umfassenden Leitungsmacht von Weisungen und Zustimmungen der Aktionäre und selbst der Hauptversammlung unabhängig ist.⁵² Jedoch ist zu bedenken, dass die Straflosigkeit bei Einwilligung aller GmbH-Gesellschafter nicht auf ihrer Weisungsbefugnis, sondern ihrer Entscheidung als zentrales Willensorgan beruht.⁵³ Im Fall 3 (Mannesmann) hält BGHSt 50, 342 f. einen Beschluss »der Gesamtheit der Aktionäre« in der Hauptversammlung über die Verwendung des Bilanzgewinns für erforderlich. Es komme auf die »Zustimmung aller Anteilseigner« oder der »diese repräsentierenden Hauptversammlung« (oder des Alleinaktionärs) an. Danach dürfte eine Mehrheitsentscheidung der Hauptversammlung ausreichen (ebenso Schünemann, LK § 266 Rn. 261 m.N.). Das Einverständnis eines zukünftigen Alleinaktionärs (Vodafone) habe dagegen nur für die Strafzumessung Bedeutung, da es für seine rechtliche Wirksamkeit vor der Tat erteilt sein muss. Dies ist zwar grundsätzlich zutreffend, überspielt aber das Problem, ob der Untreueschaden schon in der Bewilligung oder erst in der gezielt späteren Auszahlung der Prämien (als Vodafone Alleinaktionär war) zu sehen ist (Tiedemann ZIP 2004, 2057; Vogel/Hocke JZ 2006, 570, die erwägen, die Zustimmung einer Aktionärsmehrheit dann genügen zu lassen, wenn ein die Maßnahme deckender Beschluss in einer ordentlichen Hauptversammlung hätte herbeigeführt werden können).⁵⁴ Im Übrigen kann bei der AG nicht etwa der *Aufsichtsrat* sein Ein- 331

⁴⁷ Tiedemann, GmbH-Strafrecht, aaO, Rn. 9 m.N. auch zur Zivilrechtsprechung. Nachw. zu dem neuerdings umfangreichen monographischen Schrifttum bei Tiedemann ZStW Bd. 111 (1999) S. 673 ff. und BT vor Rn. 379.

⁴⁸ FS Kohlmann (2003) S. 361 f.

⁴⁹ Im letzteren Sinn Fischer § 266 Rn. 95 m.N.

⁵⁰ Fleck ZGR 1990, 31 ff. Fußnote 1; Tiedemann aaO Rn. 10 m.N.; zust. Schünemann aaO Rn. 254.

⁵¹ Schünemann aaO Rn. 254; Tiedemann aaO Rn. 10.

⁵² Fischer § 266 Rn. 102 im Anschluss an Rönnau, FS Ameling (2009) S. 266. Offen gelassen von BGHSt 55, 266 Rz. 38 m.w.N.

⁵³ Tiedemann, FS Weber (2004) S. 320.

⁵⁴ Kritisch zu BGHSt 50, 342 f. auch Bernsmann GA 2007, 221 m.w.N.; Perron SchwZStrafR Bd. 125 (2007) S. 188 f.

§ 6 Rechtfertigungslehre

verständnis mit vermögensschädigenden Maßnahmen des Vorstandes erklären, da ihn selbst eine Vermögensbetreuungspflicht trifft, die Einverständniserklärung also pflichtwidrig wäre.⁵⁵

- 332 Die Einwilligungsgrundsätze über Zulässigkeit und Grenzen der Privatentnahmen gelten der Sache nach auch für die Behandlung der sog. *Konzernuntreue*, wenn eine AG ihre Tochter-GmbH zur Vornahme finanziell nachteiliger Maßnahmen anweist.⁵⁶ Ein früher Beispielsfall (BASF/Glasurit) findet sich bei *Tiedemann*, FS v. Caemmerer (1978) S. 645 f.: Die Konzernmutter K-AG erwirbt von dem schweizerischen Erfinder Reuter Polyurethan-know how, das in Gestalt von Aktenordnern der Konzern-tochter A übergeben, während der Kaufpreis auf Weisung von K durch die Konzern-tochter G entrichtet wird; aufgrund der hohen Zahlung wird G insolvent. Eine Untreue entfiel hier nur deshalb, weil G mit K durch einen Gewinn- und Verlustabführungsvertrag verbunden, K also ausgleichspflichtig war. Dieser wirtschaftlich sichere Ersatzanspruch schließt bei § 266 den Schaden aus (zust. *Schünemann*, LK § 266 Rn. 266).
- 333 BGHZ 149, 10 ff. (»Bremer Vulkan«)⁵⁷ hat für den Schutz einer abhängigen GmbH im faktischen Konzern die früher geübte Analogie zu aktienrechtlichen (Vertragskonzern-) Vorschriften verworfen und orientiert die zivilrechtliche (Haftungs-) Lösung nunmehr an § 266 StGB (und seit BGHZ 173, 246 ff. »Trihotel« an § 826 BGB) mit den Kriterien der Erhaltung des Stammkapitals und der Gewährleistung von Bestandsschutz.⁵⁸ Das entsprechende Strafurteil des LG Bremen vom 21.12.2001 wegen Veruntreuung von 680 Mio. DM Aufbauhilfen für die Schiffswerft GmbH in Wismar durch den früheren Vorstandsvorsitzenden Hennemann der Bremer Vulkan Verbund AG und weitere Mitangeklagte wurde von BGHSt 49, 147 ff. (mit Anm. *Tiedemann* JZ 2005, 45 ff.) aufgehoben: Die Weisung der Mutter-AG als Gesellschafterin der GmbH zu einer existenzgefährdenden Anlage der Gelder im Konzern (»cash pool«) – die GmbH war am Jahresende mit mehr als 220.000 DM überschuldet – sei in Übereinstimmung mit der Zivilentscheidung des BGH unwirksam, da die Einwilligungsgrundsätze zur Entnahme aus dem GmbH-Vermögen überschritten waren. Zweifelhaft ist allerdings die vom BGH gewählte Konstruktion einer Vermögensbetreuungspflicht als Garantenpflicht des Alleingeschäftlers aus »faktischer Dominanz«: Der Gesellschafter hat nach bisher h.M. *keine Garantenstellung* zur Betreuung des GmbH-Vermögens (*Livonius* wistra 2009, 93 ff.; *Tiedemann* aaO und BT Rn. 392 m.w.N.). Da die Vermögensbetreuungspflicht nach § 266 2. Alt. eine gesteigerte Garantenpflicht darstellt, ist die Betreuungspflicht ohne Garantenstellung nicht denkbar. Im Fall BGHSt 49, 147 ff. kommt eine solche nur aus Geschäftsbesorgung in Betracht.⁵⁹ Weitergehend allerdings (beschränkt auf Fälle der Existenzgefährdung) auch BGH GmbHR 2009, 1202 ff. mit Anm. *Bittmann*.

55 *Schünemann*, LK § 266 Rn. 261 m.N.; einschränkend auf gravierende Pflichtverletzungen des Vorstandes *Fischer* § 266 Rn. 106.

56 Vgl. BGHSt 52, 57 ff.; *Schünemann*, LK § 266 Rn. 265; *Tiedemann*, GmbH-Strafrecht Rn. 17 ff. Vor §§ 82 ff. m.N.; BT Rn. 391 ff.

57 Mit Bspr. *Mödl* JuS 2003, 14 ff.

58 Kritisch dazu die Anm. von *Schünemann*, LM § 309 AktG 1965 Bl. 902 ff. und *Schünemann*, LK Rn. 250 ff. sowie die Bspr. von *Beckemper* GmbHR 2005, 594 ff. und *Drygala* GmbHR 2003, 729 ff.; ferner *Ransiek*, FS Kohlmann (2003) S. 207 ff. m.w.N.

59 *Kasiske* wistra 2005, 84; *Tiedemann*, GmbH-Strafrecht Rn. 18 Vor §§ 82 ff.

5. Konzerninteresse als Rechtfertigungsgrund

Die Konzernzugehörigkeit eines Unternehmens kann diesem Vorteile, aber auch Nachteile bringen (z.B. durch Zwang zur Einbringung von liquiden Mitteln in einen konzerninternen Cash-Pool im Fall Bremer Vulkan Rn. 333). Sofern diese Nachteile nicht durch sichere Ersatzansprüche ausgeglichen werden (Rn. 332), fragt sich, ob das übergeordnete Konzerninteresse für § 266 StGB rechtfertigend wirkt. Der bejahenden Ansicht von *Seier*⁶⁰ sind rechtsvergleichende Hinweise entgegen zu halten: Art. 2634 Abs. 3 des italienischen Codice civile verlangt bei der »infedeltà patrimoniale« eine ernsthaft zu erwartende Kompensation, und die französische Cour de cassation erkennt in ihrem vom deutschen gesellschaftsrechtlichen Schrifttum vielbeachteten Beschluss vom 4.2.1985 im Fall »Rozenblum« einen Wegfall des Straftatbestandes des »abus de biens sociaux« unter dem Gesichtspunkt des Konzerninteresses nur an, wenn der Schaden bzw. das Risiko der benachteiligten Konzergesellschaft nicht zu groß ist und durch das Gleichgewicht des Konzerns erforderlich wird.⁶¹ Auch im deutschen Strafrecht kann das Konzerninteresse nur eher geringfügige Nachteile kompensieren und keinesfalls existenzgefährdende Eingriffe rechtfertigen.⁶²

V. Whistle blowing

Unter dieser englischen Bezeichnung (für das negativ besetzte deutsche »Verpfeifen«) wird kriminalpolitisch und arbeitsrechtlich zunehmend die Zulässigkeit der Erstattung von Strafanzeigen, Meldungen an betriebsinterne oder betriebsexterne Stellen und Mitteilungen an die Öffentlichkeit durch Unternehmensangehörige diskutiert, wenn es um die *Aufdeckung betrieblicher Unregelmäßigkeiten* rechtlicher oder moralischer Art einschließlich Straftaten geht. Im Gegensatz zu England, Frankreich, Japan und den USA ist in Deutschland ein Gesetzentwurf zur Einführung eines einschlägigen § 612 a BGB in den letzten beiden Legislaturperioden nicht verwirklicht worden.⁶³ Auslöser für ihn war der sog. »Gammelfleisch«-Skandal, bei dem Fleisch trotz Ablaufs der Lagerfrist an Lebensmittelhändler verkauft und in den Handel gebracht worden war. Da die Unternehmen, die die Abnahme der Ware abgelehnt hatten, nicht die Behörden verständigten, werden sie seit einer Novelle des LFGB von 2008 nunmehr unter Bußgelddrohung zu einer solchen Anzeige verpflichtet. Die *lege lata* ist eine *Rechtfertigung* der strafatbestandsmäßigen Offenbarungs-Handlung von Unternehmensbeschäftigten, insbesondere nach § 17 UWG, schwierig, da die herrschende Meinung für § 17 Abs. 1 UWG von einem Vorrang des Vermögensschutzes des Unternehmens ausgeht und dieser nur in schwerwiegenden Ausnahmefällen (des § 34 StGB) zurücktritt.⁶⁴ Die Schwierigkeiten liegen schon in der Grundannahme begründet, dass auch *rechtswidrige Geheimnisse* (z.B. illegale Kartellabsprachen

60 *Seier*, in Achenbach/Ransiek Kap. V 2 Rn. 327 und 331.

61 *Fleischer* NJW 2004, 2867 (2870); *Foffani*, FS Tiedemann (2008) S. 784 f. m.w.N.

62 *Tiedemann*, GmbH-Strafrecht Rn. 21 Vor §§ 82 ff.

63 Zu dem Gesetzentwurf und rechtsvergleichend (USA, England) *Groneberg*, Whistleblowing (2011); *Kölbl/Herold* MschrKrim 2010, 426 ff. Ablehnend *Hefendebl*, FS Amelung (2009) S. 641 ff. (private law enforcement als Widerspruch zu einer liberalen Gesellschafts- und Unternehmenskonzeption).

64 *Aldoney*, Strafrechl. Schutz S. 359 f.; *Deiseroth/Derleder* ZRP 2008, 248 ff.; *Koch* ZJS 2008, 503; *Kölbl* JZ 2008, 1134 ff.; *Tiedemann*, GmbH-Strafrecht § 85 Rn. 26 und 26 a m.w.N.

§ 6 Rechtfertigungslehre

oder Schmiergeldzahlungen zwecks Erlangung von Aufträgen) wegen ihres wirtschaftlichen Wertes für das Unternehmen vom Strafrecht geschützt werden (BT Rn. 235). Auch bei dem Geheimnisschutz nach §§ 203 StGB, 404 AktG, 85 GmbHG tut sich die h.M. schwer, außerhalb der Präventivfälle des § 138 StGB Strafanzeigen durch Unternehmensangehörige nach § 34 StGB zuzulassen, soweit es nicht um schwerwiegende Straftaten oder um Wiederholungsgefahr geht.⁶⁵ Der EGMR führt im Fall einer Berliner Altenpflegerin, die in einer Strafanzeige Pflegemissstände in einem Altersheim angeprangert hatte, die *Meinungsfreiheit* der Arbeitnehmerin an, um die Kündigung für unwirksam und einen Schadensersatzanspruch über 15.000 Euro zu begründen.⁶⁶ Bei Einrichtung eines unternehmensinternen Compliance-Systems (Rn. 11) mit einer institutionalisierten whistle blowing-Instanz liegt dagegen ein *Einverständnis* des Unternehmens mit der – dann straflosen – Geheimnisoffenbarung gegenüber dieser Instanz vor.⁶⁷ Das *österreich. StGB* sieht einen speziellen Rechtfertigungsgrund vor, wenn die Offenbarung eines Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisses »nach Inhalt und Form durch ein öffentliches oder ein berechtigtes privates Interesse gerechtfertigt ist« (§ 122 Abs. 4).

⁶⁵ *Tiedemann* aaO Rn. 26 m.N.; sehr großzügig allerdings RAG JW 1931, 490.

⁶⁶ EGMR ZWH 2011, 39 m. Bspr. *Göpfert/Wiegandt* S. 19 ff.

⁶⁷ *Aldoney* aaO S. 356 ff., 360; *Tiedemann* aaO Rn. 26 a. Vgl. weiter *Schemmel/Rubmannseder/Witzigmann*, Hinweisebersysteme (2012). Zur Praxis *Moosmayer* S. 56 ff.