

13. Syndikusanwaltstag

Welche Aufgaben mit strafrechtlicher Verantwortung
kommen auf den Syndikusanwalt zu?

Eberhard Kempf, Frankfurt am Main

I.

Syndikusanwälte beraten das Unternehmen oder die Institution, in denen sie angestellt sind, - so die Auskunft von Wikipedia - „in der Regel in allen wirtschaftsrechtlichen Fragestellungen, etwa über marken- und urheberrechtliche Probleme, über Versicherungsverträge und -fälle, Vertragsmanagement und -monitoring, bis hin zu haftungs- und kartellrechtlichen Fragen bei Unternehmenskäufen und -verkäufen.“ Und nun soll auch noch Strafrecht dazukommen!

Ich habe die Einladung, als Strafverteidiger zu Ihnen zu sprechen, gerne angenommen. Es ist an der Zeit, wenn nicht höchste Zeit, dass unsere Gebiete zusammen kommen, dass wir über die gemeinsamen Schnittmengen sprechen, die viel zu oft bereits unsere gemeinsame Praxis beherrschen.

Wie kam es dazu? Ohne mich lange daran aufzuhalten, scheint es mir für das gegenseitige Verständnis hilfreich, einige Gedanken darauf zu verwenden:

II.

- Strafgesetze formulieren gewöhnlich: „Wer ... einen Menschen tötet, ... eine fremde bewegliche Sache wegnimmt, ... in der Absicht, sich zu bereichern, das Vermögen eines anderen beschädigt, ... vor Gericht falsch aussagt ...“ Kurz: Das Strafgesetz wendet sich an oder besser: gegen jedermann. Also auch an oder gegen Mitarbeiter in Unternehmen, Verbänden oder staatlichen Dienststellen. So der theoretische Ansatz.
- Strafrecht bezieht seine Legitimation als ultima ratio und dient im klassischen Verständnis dem Schutz von Leib, Leben, Eigentum und dem Schutz der staatlichen Organisation und Organe. Es sichert ein „ethisches Minimum“ in Gesellschaft, Politik und Wirtschaft.
- Moderne Gesellschaften mit Marktwirtschaft sind darauf angewiesen, dass die Moral, weil sie die Verbindlichkeit verloren hat, die sie noch in vormodernen Gesellschaften hatte, in die staatlich gesetzte Rahmenordnung integriert wird. Strafrecht wird dadurch mehr und mehr zu einem Steuerungsinstrument für alle tatsächlichen oder auch nur gefühlten Missstände. Diese Entwicklung eines säkularisierten, liberalen Strafrechts zum gesellschafts- und wirtschaftspolitischen Steuerungsinstrument ist gekennzeichnet durch die „Bekämpfung“-Gesetze seit Mitte der 70er Jahr:
 - 1. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität
 - Gesetz zur Bekämpfung der Umweltkriminalität
 - Gesetz zur Bekämpfung des Terrorismus

- Gesetz zur Bekämpfung der Korruption
- Verbrechensbekämpfungsgesetz
- Gesetz zur Bekämpfung von Steuerverkürzungen
- Gesetz zur Bekämpfung von Betrug und Fälschung im Zusammenhang mit unbaren Zahlungsmitteln

Und wie sie sonst alle heißen mögen.

- Ein ultima ratio-Strafrecht ist das Strafrecht der trennscharfen Tatbestandsmerkmale. Hier gilt nullum crimen sine lege. Strafrechtliche Tatbestände sind die Ausnahme, die Lücke die Regel. Wo ihre Tatbestandsmerkmale nicht sicher festgestellt werden können, findet keine Bestrafung statt. Der Bedeutungswandel des Strafrechts hin zu einem wirtschaftspolitischen Steuerungsinstrument hat Folgen: die Präzision des Tatbestandsmerkmals wird durch eine deutlich unschärfere Zielbeschreibung ersetzt. Jetzt geht es um die Herbeiführung gleicher Wettbewerbsbedingungen für alle; um die Transparenz des Kapitalmarkts, um den Schutz von Gläubigern und Anlegern, um die Lauterkeit der öffentlichen Verwaltung, um die Sauberkeit der Umwelt. Strafrecht, das als Steuerungsinstrument eingesetzt wird, wird unter dem Aspekt des verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebots problematisch. Es verliert die Steuerungsfunktion, wenn es nicht flächendeckend eingesetzt wird.

Diese Entwicklung mag man gut heißen oder schlecht: Wir - Sie Syndici und wir Strafverteidiger - müssen uns dieser Realität stellen.

Contergan-Verfahren, die zahlreichen Verfahren des ersten Parteispenskandals in den 80er Jahren, das Neue Heimat- und das co-op-Verfahren, das Holzschutzmittelverfahren, die sog. Bankenverfahren wegen Geldtransfers nach Luxemburg, in die Schweiz und Liechtenstein ab Einführung der Zinsbesteuerung 1992 sind nur einige wenige Marksteine, die für diese Entwicklung des Strafrechts hin zu einem wirtschaftspolitischen Steuerungsinstrument stehen.

III.

Im Zentrum dieser Entwicklungen stehen § 266 StGB, die Untreue, und Korruption. Ich will das an Hand einiger weniger Beispielsfälle verdeutlichen:

1. Untreue

In dem Bemühen um möglichst enge Steuerung und Kontrolle des wirtschaftlichen Geschehens wird § 266 StGB zum passe partout der Polizei, der Staatsanwaltschaften und Gerichte. Ich nenne Ihnen nur wenige Beispiele:

- Ein leveraged buy out, eine fremdkapitalfinanzierte Übernahme einer Aktiengesellschaft, kann Untreue sein, wenn die Zielgesellschaft unmittelbar oder mittelbar zur Finanzierung beiträgt.
- Eine Kreditgewährung durch eine Bank kann Untreue sein, wenn das Maß des zulässigen Risikos überschritten ist und die Verfahrenssicherungen zur Beherrschung des Risikos nicht eingehalten sind.

- Cash pooling einer Tochter-Aktiengesellschaft an die Konzernobergesellschaft außerhalb eines Vertragskonzerns kann Untreue sein, wenn es nicht streng at arm's length erfolgt.
- Wie weit darüber hinaus jeder bewusste Verstoß gegen Ordnungsvorschriften, der finanzielle Sanktionen nach sich zieht, obendrein noch eine Untreue darstellen kann, ist heute eine noch offene Frage. Nehmen Sie als Beispiel eine Kartellordnungswidrigkeit. Sie führt zu einer Kartellbuße gegen die Verantwortlichen der beteiligten Unternehmen. Sie führt aber auch zur Festsetzung einer Geldbuße gegen die als Nebenbetroffene beteiligten Unternehmen selbst. Dabei könnte die für das Vorliegen einer Untreue vorausgesetzte Pflichtverletzung in der Kartellordnungswidrigkeit liegen, die zum Schaden - dem zweiten Tatbestandsmerkmal von § 266 StGB - führt, der in der Kartellbuße liegt. Eine offene Frage, zu deren weiterer Klärung möglicherweise das Urteil des BGH in Sachen Kanther vom 18.10.2006 beitragen könnte.
- Oder nehmen Sie die „kreuzweise“ Untreue, die im Zusammenhang mit Bestechung - innerhalb oder außerhalb des geschäftlichen Verkehrs - auftritt:

Das Auftragnehmende Unternehmen, das sich den Auftrag durch Zahlung von Schmiergeld sichert, begeht möglicherweise eine Untreue, wenn das Schmiergeld höher war als der Gewinn. Möglicherweise liegt aber auch hier ein Untreueschaden darin, dass das, was das Unternehmen

durch Bestechung im Sinne der strafrechtlichen Verfallsvorschriften der §§ 73 ff. StGB „erlangt“ hat, für verfallen erklärt wird.

Das Auftrag-gebende Unternehmen begeht in der Regel eine Untreue, weil das Schmiergeld in die Auftragssumme eingerechnet wird.

Damit sind wir bei der Korruption, dem anderen wirtschaftsstrafrechtlichen Brennpunkt:

2. Korruption

Das vorhin schon erwähnte Korruptionsbekämpfungsgesetz von 1997 ist ein typisches wirtschaftspolitisches Steuerungsgesetz. Bei seinem Erlass herrschte Einigkeit darüber, dass zwar die konsequente strafrechtliche Verfolgung der Korruption dringend erforderlich sei, dass aber ihre Wirksamkeit in hohem Maß von präventiven Maßnahmen und von der Stärkung eines korruptionshemmenden Rechtsbewusstseins der Bevölkerung abhängt. Das BMJ hat in diesem September den Referentenentwurf eines „Zweiten Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption“ vorgelegt. Es geht dabei insgesamt um folgende neue Bestimmungen:

- Durch das 1. Korruptionsbekämpfungsgesetz wurde der alte Tatbestand des § 12 UWG, Bestechung im geschäftlichen Verkehr, mit der Bestimmung von § 299 StGB in das Strafgesetzbuch aufgenommen und allein dadurch schon aufgewertet.

- Durch das EuBestG vom 18.09.1998 wurden Amtsträger der EU oder eines anderen Mitgliedstaates der EU dem deutschen Amtsträger gleichgestellt, wie er in § 11 Ziff. 2 StGB definiert worden ist.
- Durch das IntBestG vom gleichen Tag wurde die aktive Bestechung eines „Amtsträgers eines ausländischen Staates“ unter Strafe gestellt. Darüber, ob ein solcher Amtsträger die jedenfalls in der Rechtsprechung präzise herausgearbeiteten Eigenschaften eines deutschen Amtsträgers aufweisen muss, oder ob er auch einfach Mitarbeiter „eines öffentlichen Unternehmens mit Sitz im Ausland“ sein kann, also eines Unternehmens, das mehrheitlich dem ausländischen Staat gehört, ist bis heute noch völlig offen.
- Nach der Abschaffung der steuerlichen Abzugsfähigkeit euphemistisch so bezeichneter „nützlicher Aufwendungen“ zuerst im Inland und dann auch im Ausland wurde die Reichweite von § 299 StGB auch auf „Handlungen im ausländischen Wettbewerb“ ausgedehnt.
- Mit dem jetzt im Entwurf vorgelegten „Zweiten Korruptionsbekämpfungsgesetz“ soll nicht nur die Gewährung von Vorteilen „bei dem Bezug von Waren oder gewerblichen Leistungen“, sondern für jedes pflichtwidrige Handeln auch dann, wenn es keinen Bezug zum Wettbewerb hat, unter Strafe gestellt werden.

3. Kapitalmarktstrafrecht

Die gekennzeichnete Entwicklung im Bereich alt bekannter Straftatbestände wie der Untreue und der Bestechung wird ergänzt durch eine große Zahl von Strafvorschriften des Kapitalmarktstrafrechts, nämlich beispielsweise

- die Insiderdelikte des § 38 Abs. 1 WpHG,
- die Börsendelikte der §§ 38, 39 und 20a WpHG,
- die Delikte über „Falsche Angaben“ und „unrichtige Darstellung“ der §§ 399, 400 AktG, 331 HGB, 82 GmbHG,
- die Verletzung der Berichtspflicht nach den §§ 332 HGB und 403 AktG
- die Straftaten nach dem KWG

Ich will es bei diesem kurzen Blick in die strafrechtliche Pandorabüchse bewenden lassen und einen ganz anderen Aspekt ansprechen, der die strukturelle Gefahr von Strafrecht als Steuerungsinstrument gerade in der Tätigkeit von Syndici in besonderem Maß kennzeichnet.

IV.

Wir Strafverteidiger werden in der klassischen Vorstellung post festum aufgesucht, wenn Polizei oder Staatsanwaltschaft bereits tatsächliche Anhaltspunkte für strafrechtliche Vorwürfe bejaht haben.

Zunehmend wird unsere präventive Beratung gesucht, werden wir gebeten, uns gutachtlich zu Möglichkeiten wirt-

schaftlicher Gestaltung, vor allem zu ihren strafrechtlichen Risiken und Nebenwirkungen zu äußern. Solche Präventivberatung – wie sie von jeher zum Tätigkeitsfeld des Syndikus zählt – ist im „modernen“ Strafrecht mit seinen eher offenen Tatbeständen nur mit äußersten Vorbehalten zu verantworten.

Auf zwei Aspekte ist in diesem Zusammenhang besonders hinzuweisen: Um den Anforderungen an die business judgment rule von § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG gerecht zu werden, werden durch Präventivberatung

- die Anforderungen an die Dokumentation von Entscheidungsabläufen erheblich steigen. Das mag für sich allein nützlich sein; es bringt aber auch die Gefahr mit sich, dass aus der nachgewiesenen umfangreichen Dokumentation geschlossen wird, dass das Risiko einer Gesetzesverletzung durchaus gesehen wurde, dass sie in der Sprache des Strafrechts also „billigend in Kauf genommen wurde“;
- gleichzeitig erfährt der Markt der Gutachter eine Hausse sondergleichen. Ob der Wert der Gutachten im selben Umfang steigen wird, darf bezweifelt werden. Vielleicht wird irgendwann einmal noch eine ISO-9000-Zertifizierung von Gutachtern gefordert und eingeführt werden.

V.

Ich will einen letzten Aspekt ansprechen, der die Tätigkeit des Syndikus im Zusammenhang mit strafrechtlichen Themen kennzeichnet:

Im Gegensatz zur Inanspruchnahme von Strafverteidigern sind die Aufgabe und das Ziel der Tätigkeit des Syndikus, wenn er mit strafrechtlichen Themen konfrontiert wird, offen. Der Strafverteidiger führt eine Freispruchsverteidigung oder, wenn sie nicht möglich ist, eine Strafmaßverteidigung. Der Syndikus weiß im praktischen Beispielsfall einer Durchsuchung im Unternehmen noch nicht, wohin die Reise geht: Ist das Unternehmen Opfer einer Straftat von außen geworden? Oder sind Mitarbeiter des Unternehmens involviert? Wird die Staatsanwaltschaft auf Vermögenswerte des Unternehmens zugreifen, weil das Unternehmen aus der behaupteten Straftat etwas erlangt hat? Soll das Unternehmen Position an der Seite von möglicherweise selbst beschuldigten Mitarbeitern beziehen, sich neutral verhalten oder die Ermittlungen der Staatsanwaltschaft gegen eigene Mitarbeiter unterstützen, gegen die dann Ersatzansprüche des Unternehmens geltend zu machen wären? Wie definiert das Unternehmen seine Haltung zwischen der Scylla geschuldeter oder jedenfalls gewollter Unterstützung eines Mitarbeiters in seiner Abwehr strafrechtlicher Vorwürfe und der Charybdis von ARAG/Garmenbeck, dem Untreuevorwurf, der sich aus der Nichtgeltendmachung von Ansprüchen ergeben kann, die dem Unternehmen gegen einen Mitarbeiter zustehen? Übernimmt das Unternehmen die Verteidigungskosten

eines Mitarbeiters und ggf. auch eine Geldstrafe oder begeht es damit eine eigene Untreue? Und last but not least: Wie reagiert das Unternehmen im Zusammenhang mit strafrechtlichen Vorwürfen gegenüber der Presse?

Fragen über Fragen, die, wenn überhaupt, nur im konkreten Einzelfall einigermaßen ernsthaft und solide beantwortet werden können. Vielleicht gelingt es uns in der Diskussion, in den einen oder anderen Aspekt aus der gemeinsamen Schnittmenge unserer Tätigkeitsbereiche etwas mehr Klarheit zu bringen.