

2. Teil: Schutz eines Individualrechtsguts

§ 5: Schutz des Vermögens (Teil 2)

5. Betrug: Problemschwerpunkt Vermögensschaden

a) Fortsetzung Fall Hoyzer

Zum Sachverhalt und zur konkludenten Täuschung siehe bereits KK 101 f.

Problematisch ist, ob der Abschluss der Wettverträge durch Ante S. zu einem (bezahlbaren) Vermögensschaden bei den Wettanbietern geführt hat.

Dies könnte fraglich sein, da der Wettanbieter auch bei Manipulation von Spielen durchaus Gewinn aus der Gesamtheit der Wetten erzielen kann. So liegt der Fall etwa, wenn der Anbieter von vornherein nur einen bestimmten Prozentsatz der Wetteinsätze als Gewinn wieder ausschüttet.

Anders liegt der Fall jedoch bei festen Quoten. Der BGH bejaht im Fall Hoyzer (BGHSt 51, 165, 175 = NStZ 2007, 151, 154 f.) einen Vermögensschaden in Form des Eingehungsbetrugs: „Bei Sportwetten mit festen Quoten (sog. Oddset-Wetten) stellt die aufgrund eines bestimmten Risikos ermittelte Quote gleichsam den ‚Verkaufspreis‘ der Wettchance dar; die Quote bestimmt, mit welchem Faktor der Einsatz im Gewinnfall multipliziert wird. Weil die [...] Manipulation der Fußballspiele das Wettisiko ganz erheblich zugunsten [des Wettenden] verschoben hatte, entsprachen die bei dem Vertragsschluss vom Wettanbieter vorgegebenen Quoten nicht mehr dem Risiko, das jeder Wettanbieter seiner eigenen kaufmännischen Kalkulation zugrunde gelegt hatte.“

Eine derart erheblich höhere Chance auf den Wettgewinn ist aber wesentlich mehr wert, als [der Wettende] hierfür jeweils in Ausnutzung der erfolgten Täuschung gezahlt hat.“

Der BGH sieht den Schaden also in einer *Quotendifferenz*. Der Täuschende hat aufgrund der Spielmanipulation eine höhere Gewinnquote erhalten (z.B. 1:10), als dies seinem gezahlten Entgelt bzw. dem eingegangenen Risiko entspricht (danach z.B. nur Quote von 1:5 angemessen).

Ein auf diese Weise *pauschal* und ohne nähere Wertbestimmung konstruierter **Quotenschaden** ist allerdings Bedenken ausgesetzt. Die Manipulation von Schiedsrichtern (oder Spielern) verändert nicht einfach die ermittelte Quote um einen bestimmten Zahlenwert. Bei einem Wissen um die Manipulation wäre die Wette vielmehr schlicht vom Markt genommen worden. Im Übrigen handelt es sich bei einer Wettquote um ein komplexes Konstrukt: Der Wettanbieter greift zur Bestimmung einer solchen auf mehrere unterschiedliche Faktoren zurück, z.B. Einschätzung der Wettenden, eventuelle besondere Anreize, Wettbüro-Aufschläge, Wahrscheinlichkeit des Spielausgangs etc. Das prognostizierte Spielergebnis stellt somit nur einen Teilaspekt der Quote dar. Schließlich verlangt die neuere Rechtsprechung des BVerfG gerade auch eine *Bezifferung* des Schadens (BVerfG NJW 2010, 3209, 3215). Der bloße Hinweis, die Quote wäre im Falle der Kenntnis um die Manipulation schlechter ausgefallen wäre, dürfte diesbezüglich kaum ausreichen.

In einer zweiten Grundlagenentscheidung zum Wettbetrug (BGHSt 58, 102 = NJW 2013, 883) greift der vierte Senat des BGH insbesondere den Kritikpunkt der fehlenden Bezifferbarkeit des Quotenschadens auf und präzisiert die Anforderungen an die Schadensbestimmung. Danach sei der Geldwert der wechselseitigen Ansprüche (zwischen Wettendem und Wettanbieter) zu ermitteln und zu vergleichen.

Dieser jüngeren BGH-Rechtsprechung ist insofern zuzustimmen, als sich ein Schaden in den Fällen des Wettbetruges – wie auch in anderen Konstellationen – nur über eine Saldierung der wechselseitigen Leistungen ermitteln lässt. Die Frage, ob Wetteinsatz und Wettquote in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen, kann über das Hilfsmittel der Bilanz konkretisiert werden.

Erforderlich sind dafür mehrere Schritte: Zunächst sind der Anspruch des Wettenden (auf Auszahlung des Wettgewinnes) und derjenige des Wettanbieters (auf das Behaltendürfen des Wetteinsatzes) für den Fall eines *nicht manipulierten* Wettereignisses wertmäßig zu bestimmen und zu saldieren. Die gleiche Berechnung hat sodann unter *Berücksichtigung der Manipulation* des Wettereignisses zu erfolgen. Insofern ist zu beachten, dass bei einer Manipulation der Wette die *Wahrscheinlichkeit des Eintritts des Wettereignisses* (also z.B. der Sieg einer bestimmten Mannschaft) verändert wurde. Aus diesen Saldi ist schließlich ein Gesamtsaldo zu bilden, der den eingetretenen Schaden darstellt. Die Bestimmung des Geldwertes der jeweiligen Forderungen wird dabei in aller Regel nur durch einen *Sachverständigen* zu leisten sein.

Der zweiten Entscheidung des BGH zum Schaden beim Wettbetrug ist allerdings insofern zu widersprechen, als sie in den Fällen einer **tatsächlich erfolgten Gewinnauszahlung** einen Schaden in dieser Höhe bejaht und dabei maßgeblich auf die Erfüllungsphase des Vertrages abstellt. Erfülle der Getäuschte nämlich seine vertragliche Pflicht restlos, sei für die Schadensbemessung allein auf die Erfüllungsphase abzustellen. Da Wettanbieter keine Wetten auf manipulierte Spiele angenommen hätten, sei der Schaden in der Auszahlung des Gewinnes zu sehen (BGH NJW 2013, 883, 884 f.). Dies überzeugt nicht, denn es kommt beim Wettvertrag als sog. Risikogeschäft nicht darauf an, wie sich der Gegenstand des Vertrages *nach Vertragsschluss weiterentwickelt*

(wie also z.B. das Fußballspiel ausgeht). Die Saldierung erfolgt vielmehr im Zeitpunkt des *Vertragsschlusses*. Eine Bewertung der wechselseitigen Forderungen zu diesem Zeitpunkt ist somit unabdingbar.

Um die eben dargestellten Nachweisschwierigkeiten zu überwinden, hat der Gesetzgeber 2017 den Tatbestand des Sportwettbetrugs (§ 265c StGB) eingeführt. Der Eintritt eines Vermögensschadens ist dort nicht erforderlich. Entgegen seiner Bezeichnung und systematischen Stellung ist § 265c StGB indes dem Korruptionsstrafrecht zuzuordnen und wird dementsprechend später behandelt (§ 9 der Vorlesung).

b) Submissionsbetrug

aa) Definition und praktische Bedeutung

Unter Submissionsabsprachen oder Ausschreibungsabsprachen sind Absprachen unter Anbietern bei Ausschreibungen der öffentlichen Hand oder privater Auftraggeber zu verstehen, die darauf abzielen, dass die Konkurrenten überhöhte „Scheinangebote“ abgeben, damit reihum jeweils ein Unternehmer mit seinem Angebot als „Günstigster“ den Zuschlag erhält. Ggf. verpflichtet sich derjenige, der nach der Absprache den Zuschlag erhalten soll, auch zu Ausgleichszahlungen gegenüber den Mitbietern.

bb) Problemverortung

→ Betrug

Die Bestimmung des Vermögensschadens weist Probleme auf, da der Vergleich von Leistung und Gegenleistung anhand eines Marktwertes wegen des fehlenden Wettbewerbs aufgrund der Absprachen schwierig ist.

→ Wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Ausschreibungen: § 298 StGB

Die Strafbarkeit wettbewerbsbeschränkender Absprachen bei Ausschreibungen gem. § 298 StGB kommt ohne das Merkmal des Vermögensschadens aus und stellt eine zusätzliche Pönalisierung der Verletzung des Vertrauens in den freien Wettbewerb dar.

cc) Historische Entwicklung

Frühe Bemühungen, einen Sonderstrafatbestand der Einflussnahme auf die Vergabe zu schaffen, scheiterten bis 1997 vor allem am erfolgreichen Widerstand der Wirtschaft. Es bestand lediglich die Möglichkeit der Ahndung als Kartellordnungswidrigkeit nach dem GWB.

Erst 1997 wurde durch das Gesetz zur Bekämpfung der Korruption § 298 StGB eingeführt. Die ursprüngliche Intention der Behebung prozessualer Probleme beim Betrug war nach der Rheinausbauentscheidung des BGH (NJW 1992, 921, dazu KK 132 ff.) eigentlich obsolet. Schwerpunkt liegt nun auf dem Wettbewerbsschutz; im Ergebnis ist die Umgehung der Probleme der Beweisbarkeit des Vermögensschadens intendiert.

dd) Geschütztes Rechtsgut und Systematik des § 298 StGB

Rechtsgut ist das Vertrauen in den freien Wettbewerb bei Ausschreibungen als Institution des Wirtschaftslebens. Weiterhin geschützt ist das Vermögen des Veranstalters der Ausschreibung, wenn das „bestimmte Angebot“ seine Interessen berührt. Streitig und im Ergebnis abzulehnen ist, ob – so die h.M. – auch das Vermögen der (potenziellen) Mitbewerber geschützt ist. Ihre Vermögensinteressen sind insofern nicht hinreichend konkretisiert.

- Tauglicher Täter kann jedermann sein; kein Sonderdelikt.
- Tatsituation: Ausschreibung gem. Abs. 1 oder freihändige Vergabe gem. Abs. 2

Ausschreibung ist ein Verfahren, mit dem ein Veranstalter Angebote einer Mehrzahl von Anbietern für die Lieferung bestimmter Waren/Leistungen einholt. Der Ausschreibende will unter den Angeboten auswählen können, was freien Wettbewerb voraussetzt. Erfasst sind insbesondere auch öffentliche Ausschreibungen im Hinblick auf die Vergabe-VO, welche einen Hauptteil der gesetzgeberischen Motivation ausgemacht haben.

Über Abs. 2 gilt dies auch bei einer freihändigen Vergabe nach vorangegangenem Teilnahmewettbewerb. Dort sind die Kriterien einer „echten Ausschreibung“ zwar nicht erfüllt; der Vergabende will gleichwohl aus nicht abgesprochenen Angeboten auswählen können. Wesensmerkmal ist somit nicht die freihändige Vergabe, sondern vielmehr der Teilnahmewettbewerb, der das Vertrauen des Veranstalters und die Pönalisierung nach § 298 StGB erst rechtfertigt.

Tathandlung ist die Abgabe eines Angebots, beruhend auf einer rechtswidrigen Absprache, mithin einer kartellrechtswidrigen Absprache gem. § 1 GWB mit dem Ziel, den Veranstalter zur Annahme eines bestimmten Angebots zu veranlassen.

Subjektiver Tatbestand: Bedingter Vorsatz reicht aus. Dieser muss sich auch auf die Rechtswidrigkeit der Absprache erstrecken. Zusätzlich ist Kenntnis des Ziels der Absprache erforderlich. Str. ist, ob Ziel als technische Absicht auszulegen ist. Nach richtiger Ansicht wird dies vom Wortlaut des § 298 StGB nicht gefordert (MüKo/Hohmann § 298 Rn. 85).

Vollendung und Tätige Reue (Abs. 3): Die Tat ist mit Abgabe des auf der Absprache beruhenden Angebots vollendet. Ausreichend und nötig ist also der Zugang beim Veranstalter. Erkennt der Veranstalter die Absprache und schließt die Unternehmen vom Vergabeverfahren aus, so ändert dies nichts an der Strafbarkeit (vgl. LG Düsseldorf WuW 2007, 1135).

Die Tätige Reue als persönlicher Strafaufhebungsgrund soll dem frühen Vollendungszeitpunkt und der daher abgeschnittenen Möglichkeit des Rücktritts Rechnung tragen.

Konkurrenzen: § 263 StGB und § 298 StGB verdrängen sich aufgrund der unterschiedlichen Rechtsgüter nicht wechselseitig, beide Tatbestände sind also nebeneinander anwendbar.

c) **Fall zu Submissionsabsprachen (nach BGHSt NJW 1992, 921; NStZ 2001, 540) – Sachverhalt**

A ist neben seinem Standgeschäft, dem Garten- und Sargbau, auch im Bereich des Ausbaus von Flussrinnen für den Schifffahrtsverkehr tätig. Dies macht er aber nicht mit seiner kleinen Firma allein. Vielmehr schließt er sich zu solchen Projekten mit den Baufirmen Schwabenhoch und Klostermann zusammen. Zusammen firmieren sie unter der Bezeichnung BG-A (BG = Bietergemeinschaft).

Als solche nahmen sie auch an der förmlichen Ausschreibung des Wasser- und Schifffahrtsamtes (W&S) Bingen zum Ausbau der Schifffahrtsrinne des Rheins (sog. Bauvorhaben Ehrental) teil. Da der Markt hart umkämpft ist und eine einzelne Bietergemeinschaft unter ehrlichen Bedingungen nach As Verständnis sowieso keine Chance hat, nahm er Kontakt mit den Bietergemeinschaften BG-B und BG-C auf. Die drei Bietergemeinschaften trafen eine Vereinbarung über die Bildung eines Kartells über die Vergabe von Wasserbauarbeiten an die Mitglieder des Kartells. Auch kam es zu einer Einigung über die abzugebenden Angebotspreise bzgl. des Bauvorhabens Ehrental, die bezweckte, dass der Auftrag an die BG-B vergeben werden sollte.

Dazu wurden folgende Angebotspreise vereinbart:

BG-A: 22.365.000 €

BG-B: 21.000.000 €

BG-C: 21.840.000 €

Die Berechnung der Angebotspreise fand wie folgt statt: Zuerst wurde eine sog. **Nullbasis** festgelegt, die sich aus dem arithmetischen Mittel aller innerhalb des Kartells abgegebenen (reell kalkulierten) Angebote unter

Vernachlässigung des höchsten und des niedrigsten Angebotes errechnet. Hier wurde also intern reell berechnet, welcher Preis tatsächlich festzusetzen war, um den ausgeschriebenen Auftrag wirtschaftlich vernünftig durchführen zu können. Heraus kamen 15.000.000 Euro (Nullbasis = 100 %). Dieser reelle Betrag musste nun noch aufgestockt werden. Zum einen um die sog. *Präferenzzahlungen* (also Ausgleichszahlungen) an die Kartellmitglieder (4 Mio. Euro) und dann noch um Zahlungen an die Außenseiter (BGen X und Y), welche außerhalb des inneren Kartellkreises standen, aber sog. Schutzangebote abgeben sollten, die deutlich über den von diesem Kartell abgegebenen Preis liegen. Diese Außenseiter sollten insgesamt 2 Mio. Euro bekommen. Daraus ergibt sich, dass die BG-B mit 21.000.000 Euro an den Start geht. Die anderen BGen setzten ihre Angebote dann absprachegemäß 4 % bzw. 6,5 % über diese Summe.

Für den Fall, dass die BG-B den Auftrag nicht bekommen sollte, war vorgesehen, dass die obsiegende BG der BG-B eine Präferenzvergütung i.H.v. 1,1 Mio. Euro zahlen und die Außenseiterabfindungen (2 Mio. Euro) übernehmen solle.

In den Angeboten gegenüber dem W&S Bingen wurde versichert, dass keine Preisabsprachen mit anderen Firmen getroffen worden seien. Falls dies absprachewidrig doch der Fall sein sollte, gingen sie die Verpflichtung ein, eine Vertragsstrafe zu zahlen.

Den Zuschlag erhielt die an dritter Stelle liegende BG-A, da das W&S Bingen festgestellt hatte, dass die BG-A Vergünstigungen in das Angebot eingebaut hatte, die ihnen im Ergebnis den Zuschlag sicherte.

Nach Ausführungen der Arbeiten leistete die Bundesrepublik Deutschland an die BG-A 22.365.000 Euro. Dieser Gesamtpreis liegt unterhalb dessen, was das W&S Bingen im Rahmen seiner Vorkalkulation ermittelt hatte.

Der gezahlte Gesamtpreis bewegte sich außerdem innerhalb des von einem Sachverständigen errechneten Bereichs „angemessener Gebote“.

Strafbarkeit der Mitglieder der BG-A?

d) Strafrechtliche Würdigung – Teil I

Strafbarkeit der (Mitglieder der) BG-A gem. § 263 StGB zu Lasten des Staates

- Täuschung (+), Aussage, Angebot sei ohne Absprache mit anderen Bietergemeinschaften erfolgt. Aber selbst bei Fehlen einer diesbezüglichen ausdrücklichen Versicherung wäre eine (dann konkludente) Täuschung zu bejahen. Der Erklärungsinhalt des Angebots ist nämlich normativ durch das Verbot entsprechender Kartellabsprachen (§ 1 GWB) vorstrukturiert (vgl. allgemein zu einer normativen Vorstrukturierung des Erklärungsinhalts MüKo/Hefendehl § 263 Rn. 117 ff.).
- Irrtum (+), Sachbearbeiter ging von absprachefreiem Angebot aus.
- Vermögensverfügung (+), durch Zuschlag (Eingehungsbetrug)
- **Problem: Vermögensschaden**

Nach wirtschaftlicher Vermögenslehre Vergleich von Leistung und Gegenleistung anhand des Marktwertes.

Problematisch ist indes, dass es bei Ausschreibungen in Bezug auf das geplante Projekt keinen vorab feststehenden und objektiv feststellbaren Marktpreis gibt: bei Ausschreibungsobjekten handelt es sich um Unikate;

denkbar ist allenfalls die Ermittlung eines *groben Preisrahmens*. Ein solcher Preisrahmen wurde vorliegend nicht überschritten, da der Preis unterhalb der Vorkalkulation des W&S Bingen und innerhalb der vom Sachverständigen als „angemessen“ befundenen Spanne lag. Möglicherweise könnte ein Schaden aber darin liegen, dass der Getäuschte das Ausschreibungsobjekt *auch zu einem geringeren Preis hätte erlangen können?*

e) Entwicklungslinien in der Rechtsprechung:

- Seit 1961 – BGH NJW 1962, 312, 313 (Freiburger Mensa-Fall): kein Betrug mangels eines Vermögensschadens.
- 1992 – BGH NJW 1992, 921: Wandel in der Rspr.; ausreichend für einen Vermögensschaden ist die Überzeugung des Tatrichters auf der Grundlage von Indizien, aus denen sich mit hoher Wahrscheinlichkeit ergibt, dass der Auftraggeber ohne die Absprache und die Täuschung durch den Auftragnehmer ein nur geringeres Entgelt hätte versprechen und zahlen müssen. Indizien sollen sein:
 - Kartellbildung als solche
 - Aufhebung der Heimlichkeit des Angebots
 - Präferenzzahlungen an andere Kartellmitglieder
- 2001 – BGH NSTz 2001, 540, 541: Der erzielbare Preis ist der erzielte Preis abzüglich der absprachegemäß bedingten Preisaufschläge. Dies gilt auch bei freihändiger privater Vergabe. Dabei sind Schmiergeldzahlungen und Ausgleichszahlungen (an die anderen an der Absprache beteiligten Unternehmer

gezahlten Abstandssummen) nahezu zwingende Beweisanzeichen dafür, dass der ohne Preisabsprache erzielbare Preis den tatsächlich vereinbarten Preis unterschritten hätte.

f) Kritik an neuer Rechtsprechung:

- Schadenseintritt wäre nur möglich, falls der Leistung ein Verkehrswert zukommt. Die Rechtsprechung sieht den Schaden letztlich im *Verlust eines hypothetisch günstigeren Vertragsabschlusses*; sie unterstellt nämlich, dass ein Kontrahieren auch zu einem um die Schmiergeld- und Ausgleichszahlungen verringerten Preis möglich gewesen wäre. Indes handelt es sich dabei lediglich um eine (irrelevante) Erwerbssaussicht, die sich noch nicht zu einer *vermögenswerten Exspektanz* verdichtet hat.
- Die Bildung des hypothetischen Marktpreises ist im Strafverfahren unzulässig.
- Schließlich ist auch unsicher, ob *Motiv* und *Wirkung* von Kartellen in jedem Fall tatsächlich Preissteigerungen sind.

g) Alternative Modelle zur Begründung des Schadens:

- Schaden auch durch Sachverständigengutachten oder Vorkalkulationen der Ausschreibenden ermittelbar. Ergebnis wäre der angemessene Preis.

Problem: Angemessener Preis unvereinbar mit dem marktwirtschaftlichen System sowie dem Zweck der Ausschreibung.

- Schaden liegt in Verhinderung von unverfälschtem Wettbewerb.

Problem: Diese Sichtweise ist gerade nicht mit der Lehre von den Exspektanzen vereinbar.

- Schaden durch wirtschaftliche Zweckverfehlung zu ermitteln.

Problem: Zweckverfehlung leidet an dem Problem der vagen Umsetzbarkeit.

h) Strafrechtliche Würdigung – Teil II

Strafbarkeit der BG-A nach § 298 StGB

- Mitglieder der BG-A sind – unterstellt, es handelt sich dabei um natürliche Personen – taugliche Täter; es handelt sich um eine förmliche Ausschreibung i.S.d. Abs. 1 (+)
- Ausschreibung über Dienstleistung (vgl. dazu NK/*Dannecker* § 298 Rn. 116) (+)
- rechtswidrige (gemeint kartellrechtswidrige) Absprache
→ hier: Verstoß gegen § 1 GWB mit dem Ziel, den Veranstalter zur Annahme eines bestimmten Angebots zu veranlassen (+)
- Angebot beruht auf Absprache (+)

- Vorsatz (+)
- Ergebnis: Strafbarkeit (+)

Konkurrenzverhältnis zu § 263: Tateinheit zu § 263 wegen unterschiedlicher Rechtsgüter, da § 298 StGB jedenfalls auch ein kollektives Vertrauensrechtsgut schützt.

i) Hinweis zur Strafbarkeit der Mitglieder der BG-B und BG-C :

Auch diese haben sich gem. § 298 StGB strafbar gemacht.

Fraglich ist, ob daneben auch eine Strafbarkeit gem. § 263 StGB in Betracht kommt. Zunächst ist – je nach vertretener Ansicht zum Schaden (s.o.) – der objektive Tatbestand des § 263 erfüllt, ohne dass es dazu einer Zurechnung gem. § 25 II bedürfte (aus Klarstellungsgründen kann allerdings § 25 II erwähnt werden). Die Mitglieder der BGen B und C haben nämlich ebenfalls getäuscht, indem sie bei Abgabe ihrer Angebote erklärt haben, dass keine Absprache mit anderen Bietergemeinschaften stattgefunden habe. Es liegt auch ein diesbezüglicher Irrtum sowie eine Vermögensverfügung – Zuschlag an die BG-A – vor. Ebenfalls ist der Kausalzusammenhang zwischen Irrtum und Vermögensverfügung zu bejahen. Es genügt nämlich, dass der durch die BGen B und C verursachte Irrtum zumindest mitursächlich für die Verfügung an die BG-A gewesen ist. Dies kann bejaht werden, denn hätten die BGen B und C nicht getäuscht – hätten sie also wahrheitsgemäß angegeben, dass sie sich mit der BG-A abgesprochen hatten – hätte auch die BG-A nicht den Zuschlag erhalten.

Auch der subjektive Tatbestand ist erfüllt. Folgt man der Ansicht der Rspr., dürfte insbesondere auch die Stoffgleichheit zwischen der erstrebten Bereicherung (Präferenzzahlungen) und dem Schaden zu bejahen sein,

da der Schaden des Staates letztlich dadurch bemessen wird, dass er einen um die Präferenzzahlungen erhöhten Preis zahlt. Daneben könnte man auch daran denken, eine Drittbereicherungsabsicht zu bejahen, da der Zuschlag an die andere BG ein *notwendiges Zwischenziel* für die eigene Bereicherung (Präferenzzahlung) darstellt.

6. AT-Problem 3: Geschäftsherrenhaftung und Garantenstellung des Compliance-Officers

a) Allgemeines

Unter dem Topos der **Geschäftsherrenhaftung** wird diskutiert, ob sich Führungspersonen in Unternehmen wegen eines unechten Unterlassungsdelikts strafbar machen können, wenn sie Straftaten untergeordneter Mitarbeiter nicht verhindern. Ob sich eine entsprechende *Garantenpflicht* von Geschäftsherren dogmatisch legitimieren lässt, ist sehr umstritten.

b) Fallbeispiel

G ist Geschäftsführer einer großen GmbH, die verschiedenartige (Hoch-)Bauleistungen erbringt. Unterhalb der Geschäftsführungsebene gibt es mehrere leitende Angestellte, die jeweils für einen bestimmten Bereich von Leistungen zuständig sind (etwa Einfamilienhäuser; gewerbliche Bauleistungen; Freizeitanlagen). Diese leitenden Angestellten sind auf ihrem jeweiligen Sachgebiet insbesondere für die Erstellung entsprechender Angebote, für die Koordination der eigentlichen Baumaßnahmen sowie für die Erstellung von Rechnungen verantwortlich. Um die Motivation seiner Führungskräfte zu erhöhen, verspricht G diesen Bonuszahlungen, wenn die von ihnen betreuten Bauprojekte eine bestimmte Umsatzgrenze im Jahr überschreiten.

A, der den Sachbereich „Einfamilienhäuser“ in seiner Verantwortung hat, ist aufgrund seines verschwenderischen Lebensstils in finanzieller Not. Aus diesem Grund möchte er sich auf jeden Fall die jährliche Bonuszahlung sichern. Da ihm dies auf legalem Weg nicht möglich erscheint, hat er folgenden Plan: Er legt der Rechnung

gegenüber dem Kunden K Personalkosten zugrunde, die die branchenüblichen Stundentarife um 8 % überschreiten. A hofft, dass K dies nicht bemerken werde. Immerhin wurde in dem ursprünglichen Angebot nur angegeben, dass bzgl. des Personaleinsatzes der „branchenübliche Stundensatz“ angesetzt werde, eine konkrete Bezifferung wurde also nicht vorgenommen. Aufgrund gewisser Unwägbarkeiten (bautechnisch schwierige Lage des Baugrundstücks) sah das Angebot zudem auch keine fest verbindliche Endsumme vor, sondern der Rechnungsbetrag darf vereinbarungsgemäß um maximal 5 % vom Angebotspreis abweichen.

Bevor die Rechnung an den Kunden K versendet wird, wird sie nochmals dem G vorgelegt, wie dieser es ab einem bestimmten Rechnungsvolumen rein pro forma wünscht. Entgegen seiner üblichen Vorgehensweise wirft G einen vertieften Blick in das Dokument und entdeckt dort auch die Berechnung überhöhter Personalkosten. Da er denkt, dass dies letztlich dem Unternehmen zugutekommt, schreitet er allerdings nicht dagegen ein. Die Rechnung wird schließlich auf Veranlassung des A an K versendet und anstandslos beglichen.

Strafbarkeit von A und G gem. § 263 StGB?

c) Lösung

aa) Strafbarkeit des A

Die Betrugsstrafbarkeit des A ist weitgehend unproblematisch: Er hat den Kunden K über die Höhe der üblichen Stundensätze getäuscht. K erlag auch einem entsprechenden Irrtum und beglich die überhöhte Rechnung (Vermögensverfügung, Schaden).

Bezüglich des subjektiven Tatbestandes ist darauf hinzuweisen, dass eine eigennützige Bereicherungsabsicht ausscheidet. Denn der intendierte Vermögensvorteil (Bonuszahlung) ist nicht mit dem Schaden des K (überhöhte Rechnung) stoffgleich. Allerdings kann eine *Drittbereicherungsabsicht* bejaht werden, da es sich bei der Bereicherung *der GmbH* um ein *notwendiges Zwischenziel* zur Erlangung seiner Sonderzahlung handelt.

→ § 263 (+)

bb) Strafbarkeit des G

Anhaltspunkte für eine Beteiligung durch aktives Tun an der Tat des A bestehen nicht. Insbesondere wurde kein gemeinschaftlicher Tatentschluss gefasst.

Dem G wurde die Rechnung rein pro forma vorgelegt. Sie bedurfte also nicht etwa positiv seiner Genehmigung. Nach überwiegender Ansicht (vgl. das Problemfeld Abgrenzung Tun/Unterlassen <http://strafrecht-online.org/problemfelder/at/unterl/tb/tun-unterl/>) kommt daher nur ein Unterlassen in Betracht.

Problematisch ist, ob G eine **Garantenpflicht** zur Verhinderung der Straftat des A innehatte:

- Der BGH (BGH NJW 2012, 1237; NStZ 2018, 648) und die h.M. in der Literatur (etwa *Roxin* AT II § 32 Rn. 134 ff.) bejahen eine solche *Geschäftsherrenhaftung*. Diese wird aber dadurch begrenzt, dass eine Strafbarkeit nur bei Nichtverhinderung von **betriebsbezogenen Straftaten** in Betracht kommt. Die Be-

triebsbezogenheit ist nach Ansicht der Rechtsprechung zu bejahen, wenn die Tat „einen inneren Zusammenhang mit der betrieblichen Tätigkeit des Begehungstäters oder mit der Art des Betriebes aufweist“ (BGH NJW 2012, 1237, 1238).

→ Bezogen auf den Ausgangsfall wäre demnach eine entsprechende Garantenstellung zu bejahen.

Als **Argument für die Bejahung** der Geschäftsherrenhaftung wird insbesondere vorgebracht, dass Leitungspersonen infolge ihrer Weisungsbefugnisse sowie ihres überlegenen Informationsfundus den Betrieb *beherrschen* und somit prinzipiell auch triebsbezogene Straftaten von Mitarbeitern verhindern könnten. Insoweit bestehe auch eine Parallele zu *Sachgefahren*: Nach ganz überwiegender Ansicht ist die Führungsebene nämlich zur Verhinderung von mit dem Betrieb einhergehenden *sächlichen* Gefahrenquellen verantwortlich. Nichts anderes könne daher für „Personengefahren“ gelten. Schließlich sei eine entsprechende Garantenstellung auch Ausdruck eines fairen Nutzen-Lastenausgleichs: Unternehmen begründeten privatnützige Vorteile für deren Inhaber, schafften aber zugleich Risiken für die Allgemeinheit. Von daher sei es – als Kehrseite der privaten Vorteile – nur angemessen, wenn Unternehmer zur Verhinderung von aus dem Betrieb resultierenden Straftaten verpflichtet seien.

- Gegen eine solche Geschäftsherrenhaftung werden aber auch **gewichtige Bedenken** vorgetragen:

So wird zunächst das *Autonomieprinzip* angeführt: Die Eigenverantwortlichkeit des Arbeitnehmers müsse respektiert werden. Diese stelle eine „normative Barriere“ dar, die einer Unterlassungsstrafbarkeit des Betriebsinhabers für von Arbeitnehmern begangene Straftaten entgegenstehe (LK/Weigend § 13 Rn. 56).

Darüber hinaus wird auch mit einem *Gegenschluss* aus § 357 StGB argumentiert: Es fehle an einer § 357 StGB vergleichbaren Vorschrift für den Geschäftsherrn (*SK/Rudolphi/Stein*, 8. Aufl. 2011, § 13 Rn. 35a) Die h.M. wendet gegen dieses Argument allerdings ein, § 357 StGB sei Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens und stehe der Geschäftsherrenhaftung daher nicht entgegen (siehe etwa *Roxin AT II* § 32 Rn. 140).

Im Übrigen sei auch der Begründungsansatz der h.M., wonach das Leitungsorgan die Gefahrenquelle Betrieb „beherrsche“, kritisch zu sehen. Dies würde der systeminternen Verantwortungsteilung nicht gerecht. Der Arbeitnehmer habe sich zu einem eigenständigen und selbstverantwortlichen Mitarbeiter im Team gewandelt. Es handele sich zudem weder beim Betrieb noch beim Arbeitnehmer per se um eine „Gefahrenquelle“. Es widerspreche schon dem allgemeinen Sprachgebrauch, einen autonomen Menschen als Gefahrenquelle aufzufassen; dies sei nur ausnahmsweise – in Fällen rechtlich abgesicherter Weisungsgewalt kraft öffentlich-rechtlich angeordneter partieller Unmündigkeit der Weisungsunterworfenen (Lehrer, Strafvollzugsbeamte, militärische Vorgesetzte) – zulässig (*Bock Criminal Compliance* [2011] S. 330 ff.).

- Trotz der vorstehenden Argumente wird eher vereinzelt der Schluss gezogen, eine Geschäftsherrenhaftung sei ausnahmslos abzulehnen. Häufiger findet sich eine **differenzierende Ansicht**, wonach eine Garantenpflicht von Geschäftsherren lediglich dann zu bejahen sei, wenn sich die Mitarbeiterstraftat als Ausfluss einer vom Geschäftsherrn beherrschten *sächlichen* Gefahrenquelle darstelle.

→ Hiernach wäre eine Garantenpflicht des G zu verneinen. Insbesondere verwirklicht sich in der Angabe von erhöhten Stundensätzen auch keine – mit Bauunternehmungen einhergehende – *sächliche* Gefahrenquelle.

Garantenpflicht daher (+)/(-). Insgesamt sprechen die besseren Argumente aber gegen eine (*unbeschränkte*) Geschäftsherrenhaftung.

Bejaht man dagegen eine Garantenpflicht, sind die weiteren Voraussetzungen einer Unterlassungsstrafbarkeit zu prüfen. Insofern soll unterstellt werden, dass A bei einem Einschreiten des G seinen Plan aufgegeben und die Rechnung nicht eigenmächtig versendet hätte (Quasi-Kausalität). Weiterhin müsste zu dem Streitstand Stellung bezogen werden, wie Täterschaft und Teilnahme beim Unterlassungsdelikt abzugrenzen sind (dazu etwa *Rengier AT § 51 Rn. 15 ff.*).

d) **Garantenstellung des Compliance Officers**

Der Begriff Compliance bezeichnet zunächst die Gesamtheit der *Maßnahmen*, mit denen ein rechtmäßiges Verhalten der Unternehmensangehörigen gewährleistet werden soll. Mit dem Begriff werden außerdem spezielle Unternehmensabteilungen bezeichnet, die für die Einhaltung der Rechtsvorschriften im Unternehmen zuständig sind (Compliance-Abteilungen). Speziell im Bereich des Strafrechts (Criminal Compliance) stellt sich vor allem die Frage, wie es sich für die Unternehmensführung auswirkt, wenn diese geeignete Führungsmaßnahmen unterlässt und dadurch Straftaten von Mitarbeitern ermöglicht. Nach *Bock* versteht man unter Cri-

minal Compliance daher die „strafbewehrte Personalverantwortung der Unternehmensführer für den mangelhaften Einsatz von Instrumenten zur Verhinderung von Straftaten untergebener Mitarbeiter nach innen und außen“ (Bock Criminal Compliance [2011] S. 22).

Viele Unternehmen setzen mittlerweile sog. Compliance Beauftragte (Compliance Officer) ein, die die Einhaltung von Rechtsvorschriften überwachen sollen.

aa) Abwandlung vom Ausgangsfall (KK 140 f.):

Da G mitbekommt, dass viele Geschäftsführer-Kollegen auf Kongressen fast ausschließlich über „Compliance“ reden, entschließt er sich schließlich, auch bei seiner GmbH eine Compliance-Organisation einzuführen. Er engagiert daher den Compliance-Officer C, der verschiedene Aufgaben übernimmt (u.a. Formulierung von Verhaltensgrundsätzen für Unternehmensmitarbeiter [code of conduct]; präventive rechtliche Beratung in Zweifelsfällen; Durchführung von Stichprobenkontrollen etc). Eigene *Weisungs- bzw. Sanktionsbefugnisse* stehen C aber nicht zu. Beim Auffinden etwaiger Rechtsverstöße hat er G zu *informieren*.

G, dem die Rechnung vor Versendung an K pro forma vorgelegt wird, wundert sich etwas über die vergleichsweise hohen Kosten des Gesamtbauwerks. Er legt die Rechnung daher C zur Prüfung vor. C erkennt die Zugrundelegung überhöhter Stundensätze.

Droht C eine Unterlassungsstrafbarkeit, wenn er G nicht über den Vorfall informiert?

bb) Lösung der Abwandlung (Garantenstellung von Compliance Officers)

Aufgeworfen ist somit die in jüngerer Zeit vielfach diskutierte Frage nach der Garantenstellung von Compliance Officers.

- Der BGH lege – allerdings im Rahmen eines obiter dictums – dar, einen Compliance Officer treffe dann eine Garantenstellung zur Verhinderung von aus dem Unternehmen heraus begangenen Straftaten trifft, wenn die Verhinderung von Rechtsverstößen zu *seinem Aufgabenbereich* gehöre (BGH NJW 2009, 3173, 3175). Maßgeblich für das Bestehen und den Inhalt bzw. Umfang einer Garantenstellung ist danach also der *konkrete Pflichtenkreis*, den der Verantwortliche übernommen hat.
 - Danach wäre eine Garantenstellung zu bejahen, denn zum Pflichtenkreis des C gehört auch die Durchführung von Kontrollmaßnahmen (und somit die Verhinderung strafbarer Vorgänge).
- Gegen die pauschale Annahme einer solchen Garantenstellung werden aber auch vielfach Bedenken vorgetragen: Eine entsprechende Pflicht kann nach ganz überwiegender Ansicht allenfalls aus der *Geschäftsherrenhaftung abgeleitet* werden (sofern man diese überhaupt anerkennt, s.o.) und kann daher nicht weitergehen als diese. Konsequenterweise kann die Verantwortlichkeit des Angestellten auch nur dort gegeben sein, wo eine dem Unternehmensinhaber *vergleichbare* „strafrechtliche Überwachungsposition“ mit *entsprechenden Befugnissen* besteht (Rößler WM 2011, 918, 923). Solche vergleichbaren Befugnisse stehen den Compliance Officers in der Regel (so auch im hier gebildeten Abwandlungsfall) aber gerade nicht zu (Lackhoff/Schulz CCZ 2010, 81, 86 f.).
 - Hiernach wäre eine Garantenstellung des C zu verneinen.

- Teilweise wird auch eine Unterscheidung zwischen Innenverhältnis (im Beispielsfall: Verhältnis zwischen C und der GmbH) und Außenverhältnis (zwischen C und dem Kunden K) vorgenommen. Der Compliance-Officer übernehme allein eine Pflichtenstellung gegenüber der Gesellschaft. Er sei daher auch allenfalls in diesem Innenverhältnis zur Verhinderung von Straftaten verpflichtet.
 - Im Fall geht es um einen Betrug zu *Lasten des K*. In diesem Außenverhältnis wäre demnach eine Garantenpflicht des C zu verneinen.

Garantenpflicht des C daher nach Rspr. (+), nach h.L. (-). Folgt man der Rspr., sind die weiteren Voraussetzungen einer Unterlassungsstrafbarkeit zu prüfen (insbesondere stellt sich erneut die Frage nach der Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme beim Unterlassungsdelikt).

cc) Kriminalpolitischen Bewertung der Compliance-Diskussion

Seit den letzten Jahren erlebt die die Compliance-Diskussion einen regelrechten Boom, man beachte allein die Vielzahl von Publikationen, die in letzter Zeit zu diesem Thema veröffentlicht wurden.

Zu einem gewissen Grad mag die Diskussion deswegen verständlich sein, da sie auch eine Reaktion auf eine strafrechtliche Ausdehnungstendenz darstellt (vgl. insbesondere die Ausweitung der Unterlassungsstrafbarkeit durch die Figur der Geschäftsherrenhaftung, s.o.). Allerdings scheint es auch so zu liegen, dass der Begriff Compliance einen lukrativen Markt eröffnet (für Anwälte, für Unternehmen, für die Wissenschaft, ...), in dem längst bekannte Überlegungen im Gewande eines zeitgemäßen Modewortes feilgeboten werden. Es erscheint

kaum vorstellbar, dass die Unternehmensführung vor Jahrzehnten nicht auch schon ein Interesse daran gehabt hätte, eine strafrechtliche Verantwortung zu vermeiden.

Möglicherweise sind die über Compliance eröffneten Optionen auch als Mittel der weiteren Kontrolle und Überwachung der Unternehmensmitglieder erwünscht.

Schlagwörter zur Wiederholung:

- I. Quotenschaden
- II. Liegt beim Submissionsbetrug ein Vermögensschaden vor?
- III. Die BGH-Rechtsprechung zum Submissionsbetrug
- IV. Wie lautet das Rechtsgut des § 298 StGB?
- V. Argumente pro und contra die Geschäftsherrenhaftung
- VI. Garantenpflicht des Compliance Officers?

Literaturhinweise:

Zum Quotenschaden

Greco NZWiSt 2014, 334

MüKo/Hefendehl § 263 StGB Rn. 597 ff.

Zum Submissionsbetrug

Grüner JuS 2001, 882-887

Hefendehl JuS 1993, 805-813

Hotz JuS 2017, 922

Achenbach/Ransiek/Rönnau/Achenbach S. 404-412

Zur Geschäftsherrenhaftung

BGHSt 57, 42 (= NJW 2012, 1237)

Mansdörfer/Trüg StV 2012, 432-436

Bock Criminal Compliance (2011) S. 317 ff.

Tiedemann Rn. 350 ff.

Zur Garantenstellung von Compliance Officers

BGHSt 54, 44 (= NJW 2009, 3173)

Kraft/Winkler CCZ 2009, 29

Warneke NSTZ 2010, 312

Allgemein zu Criminal Compliance

Rotsch ZIS 2010, 614-617