

Compliance-Maßnahmen als Grund für eine Straffreistellung?

Von Prof. Dr. Prof. h.c. Arndt Sinn, Osnabrück

In diesem Beitrag wird der Frage nachgegangen, ob und auf welcher Systemebene Compliance bei der Straffreistellung eine Rolle spielen kann. Behandelt wird Compliance dementsprechend auf Tatbestands-, Rechtswidrigkeits- und Schuldhaftigkeitsebene. Dabei wird insbesondere auf das vorsätzliche unechte Unterlassungsdelikt sowie auf das Fahrlässigkeitsdelikt eingegangen. Der Beitrag gibt am Ende einen kurzen Überblick über das im Jahr 2021 verabschiedete Gesetz zum Schutz der Lieferketten (LkSG) und seinen möglichen Folgen für die strafrechtliche Compliance.

I. Einleitung

Compliance ist eines der Modethemen der jüngeren deutschen Strafrechtswissenschaft. Auf die Bedeutung und die historische Einordnung weist Markus Wagner in seinem Beitrag¹ hin. Er hat ebenfalls die Wirkung von Compliance-Maßnahmen auf die strafrechtliche Verantwortlichkeit kurz umrissen. In diesem Beitrag soll es um die Frage der Straffreistellung auf der Grundlage von Compliance gehen. Vertieft wird darauf eingegangen, auf welcher Systemebene, mit welcher Methodik und welcher dogmatischen Begründung Compliance-Maßnahmen zur Entlastung – also zur Straffreistellung bzw. Sanktionsfreistellung des Täters bzw. des Unternehmens – führen können (II.). Außerdem wird ein kurzer Einblick in das im Jahr 2021 verabschiedete Gesetz zum Schutz der Lieferketten (LkSG) gegeben, das verpflichtend Risk-Management-Systeme vorschreibt, welches aber im Kontext des Strafrechts bisher kaum wahrgenommen wurde (II. 4. b).

II. Straffreistellung

„Eine Straffreistellung kann aus unterschiedlichen Gründen gewährt werden. Die gegenwärtige Strafrechtsdogmatik verbindet mit den Zurechnungsstufen Handlung, Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuldhaftigkeit jeweils verschiedene Wertungen und erlaubt es somit, aus der Vielzahl täglicher Verhaltensweisen diejenigen herauszufiltern, die sozial unerträglich und deshalb zu bestrafen sind. Systematisch folgt sie damit einem Regel-Ausnahme-System. Das klassische Feld der Freistellung des Täters sind die Zurechnungsstufen der Rechtfertigung und Entschuldigung. Denn dort werden Lebenssachverhalte typisiert und abstrahiert, bei denen strafrechtliches Unrecht oder schuldhaftes Handeln ausnahmsweise nicht verwirklicht wurde.“² Aber auch auf der Ebene der Tatbestandsmäßigkeit gibt es Gründe, die zu einer Straffreistellung führen können. Zum einen kann das methodisch durch die Auslegung von Merkmalen des gesetzlichen Tatbestandes oder durch die Einführung von die Reichweite des gesetzlichen Tatbestandes beschränkenden Zurechnungskriterien auf objektiver und subjektiver Tatseite erreicht werden. Als Beispiele für die Reichweite des gesetz-

lichen Tatbestandes beschränkende Zurechnungskonstruktionen kann die Lehre von der objektiven Zurechnung und die Vorsatzdogmatik genannt werden.

1. Compliance bei der Auslegung der Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes

Die Diskussion um die Bedeutung der Compliance bei der Auslegung einzelner Straftatbestände ist besonders bei dem Untreuetatbestand (§ 266 StGB) und dort beim Tatmerkmal der Pflichtverletzung präsent. Wann eine Pflichtverletzung vorliegt, ist gesetzlich nur insoweit vorgezeichnet, als sie einen Vermögensbezug haben muss, weil Täter einer Untreue nur der sein kann, der eine Vermögensbetreuungspflicht innehat. Darüber hinaus ist die Wortbedeutung sehr offen und schließt sogar die Verletzung des allgemeinen Schädigungsverbot ein.³ Dieser Befund wird von der Literatur als zu weit angesehen, weshalb eine restriktive Auslegung angemahnt wird.⁴ Bei der Auslegung des Pflichtwidrigkeitsmerkmals könnte es also eine Rolle spielen, ob in einem Unternehmen ein Compliance-System eingerichtet wurde. Zwar gibt es von wenigen Ausnahmen (vgl. bspw. GwG, KwG oder LkSG) abgesehen keine gesetzliche Pflicht zur Einrichtung von Compliance-Systemen. Wenn sich aber ein Unternehmen dazu entscheidet, zur Verhinderung von Vermögensschädigungen ein solches System einzurichten, dann stellt sich die Frage, ob die Pflichtwidrigkeit noch bejaht werden kann, wenn trotz aller Sorgfalt hinsichtlich der Einrichtung und Überwachung dieses Systems Vermögensschäden eintreten. Das ist zu verneinen, denn die Einhaltung der unternehmensinternen Compliance-Maximen schließt die Pflichtwidrigkeit in dem Maße aus, wie deren Verletzung die Pflichtwidrigkeit begründen kann.⁵ Seit jeher gilt, dass branchenspezifische Standards die Anforderungen an den einzuhaltenen Pflichtenmaßstab konturieren.⁶ Innerhalb des Fahrlässigkeitsdelikts werden auch bei der Bestimmung des anzulegenden Sorgfaltsmaßstabes die branchentypischen Standards bei der Auslegung herangezogen. Als solche branchentypischen Standards können auch Compliance-Systeme gelten.

Außerdem kann im Kontext der Untreue das Einverständnis des Vermögensinhabers die Pflichtwidrigkeit ausschließen.⁷ Das dürfte heute der h.M. entsprechen. Das Einverständnis ist dann der auf Tatbestandsebene wirkende Straffreistellungsgrund. Auch hier können Compliance-Systeme Bedeutung erlangen, nämlich dann, wenn in den einschlägigen Compliance-Regeln auf den Willen des Vermögensinhabers geschlossen werden kann, dass er mit einer bestimmten

¹ Siehe M. Wagner, ZfIStw 2/2023, 124.

² Sinn, Straffreistellung aufgrund von Drittverhalten – Zurechnung und Freistellung durch Macht, 2007, S. 5.

³ Saliger, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, Strafgesetzbuch, Kommentar, 5. Aufl. 2021, § 266 Rn. 31.

⁴ Saliger (Fn. 3), § 266 Rn. 31 m.w.N. in Rn. 24.

⁵ Vgl. jüngst dazu und differenzierend Pavlakos, NZWiSt 2021, 376.

⁶ Rotsch, in: Rotsch (Hrsg.), Criminal Compliance, Handbuch, 2015, § 2 Rn. 15.

⁷ Saliger (Fn. 3), § 266 Rn. 58 m.w.N.

Vermögensbetreuungshandlung einverstanden war.⁸ Freilich sind dabei die für juristische Personen geltenden gesellschaftsrechtlichen Bedingungen für das Einverständnis zu beachten.

2. Compliance im Rahmen der objektiven Zurechnung des Vorsatzdeliktes

a) Schaffung eines rechtlich relevanten und missbilligten Risikos durch den Betrieb?

Die Lehre von der objektiven Zurechnung ist bestrebt, die Sonderbeziehung zwischen dem Täter und der tatbestandsmäßigen Veränderung in der Außenwelt (Erfolg) normativ zu begründen und zu gestalten. Für die Zurechnung wird eine rechtlich relevante Gefährdung oder die Schaffung eines rechtlich relevanten missbilligten Risikos⁹ für das geschützte Tatobjekt vorausgesetzt, das sich in der tatbestandsmäßigen Veränderung in der Außenwelt verwirklicht. Aus der Perspektive der Äquivalenztheorie ist diese Lehre jedoch eine Lehre von der *Nicht-Zurechnung*. Dementsprechend stellen die gebildeten Fallgruppen solche einer negativen Abschichtung dar. Sie beherrscht der Leitgedanke, dass eine Handlung nur dann zurechenbar ist, wenn sie ein *rechtlich missbilligtes Risiko* für das geschützte Angriffsobjekt geschaffen und sich dieses Risiko in der tatbestandsmäßigen schädigenden Veränderung in der Außenwelt verwirklicht hat. „Objektiv“ ist jene Zurechnung deshalb, weil sie unabhängig von Umständen auf Seiten des Täters bereits im Rahmen der objektiven Elemente der Tatbestandsmäßigkeit die Zurechnung auszuschließen vermag.¹⁰ Die Lehre von der objektiven Zurechnung ist in jüngster Zeit wieder vermehrter Kritik ausgesetzt,¹¹ was aber hier nicht weiter vertieft werden kann. Entscheidend ist im Zusammenhang mit Compliance, ob diese Lehre für die Straffreistellung fruchtbar gemacht werden kann, ob sie also insoweit *leistungsfähig* ist. Es stellt sich die Frage, ob der Täter auch dann ein rechtlich relevantes missbilligtes Risiko schafft, wenn er durch ein Compliance-System Vorkehrungen dafür trifft, dass sich Risiken möglichst nicht realisieren oder anders ausgedrückt, wenn durch Compliance-Systeme eine Risikoreduzierung oder Abschirmung von Gefahren vorgenommen werden soll. Diese Fragestellung ist nicht zu verwechseln mit der nach der Garantstellung im Rahmen der Geschäftsherrenhaftung (siehe unten b). Es handelt sich um verschiedene Einschränkungskriterien, die nicht miteinander verschliffen werden dürfen, weil sonst deren doppelt einschränkender Charakter ineinander aufgehen würde.¹²

Zunächst muss die Frage beantwortet werden, welche rechtlich relevanten und missbilligten Gefahren überhaupt durch ein Unternehmen geschaffen werden und ob sich diese tatbestandspezifisch in einer Veränderung in der Außenwelt realisiert haben. Dabei ist die Einrichtung und Führung eines Unternehmens regelmäßig noch kein Anlass dafür, ein rechtlich relevantes, missbilligtes und deshalb zu vermeidendes Risiko zu begründen, weil die Teilnahme am Wirtschaftsverkehr gerade gewollt ist und damit verbundene Risiken rechtlich nicht missbilligt werden. Natürlich eröffnet jeder organisatorische Zusammenschluss von Personen und Produktionsmitteln in einem Unternehmen die Gefahr, dass in diesem Verbund Straftaten und Ordnungswidrigkeiten begangen werden. Das ist aber keine unternehmenstypische Gefahr und deshalb ist es auch kein rechtlich relevantes und missbilligtes Risiko, wenn Personen und Produktionsmittel in einem Verbund (Unternehmen) gemeinsam wirken.¹³ Da allein durch das Betreiben eines Unternehmens noch keine rechtlich relevante und missbilligte Gefahr geschaffen wird, bedarf es auch keiner Compliance, um Risiken zu minimieren und die Strafbarkeit auszuschließen. Die Compliance setzt dann ein, wenn *typische* betriebliche Risiken minimiert werden müssen, weil eine Pflicht besteht, Schäden abzuwenden. Ob dabei ein Transfer der bspw. zivilrechtlichen Produkthaftungspflichten in das Strafrecht stattfinden kann und muss, hat der 3. *Strafsenat* in der Lederspray-Entscheidung ausdrücklich offengelassen, aber durchaus Sympathie dafür geäußert.¹⁴

b) Die objektive Zurechnung und die Geschäftsherrenverantwortlichkeit

Für die Verantwortlichkeit von Vorgesetzten gilt, dass in den Fällen, in denen sie nicht Tatbeteiligte an der Tat der Mitarbeiter sind, nur dann eine Strafbarkeit infrage kommt, wenn sie nach den Regeln des unechten Unterlassungsdelikts zur Verantwortung gezogen werden können. Danach muss der Unterlassungstäter ebenfalls ein (eigenes) rechtlich relevantes missbilligtes Risiko geschaffen haben, das sich in der Veränderung in der Außenwelt realisiert. Nun liegt es in der Natur des unechten Unterlassungsdelikts, dass die Veränderung in der Außenwelt deshalb mutmaßlich eintritt, weil der Täter untätig geblieben ist. Deshalb ist die Formel zu modifizieren. Die Veränderung in der Außenwelt ist beim unechten Unterlassungsdelikt nur dann objektiv zurechenbar, wenn der Täter durch sein Untätigsein eine anderweitig verursachte rechtlich relevante und missbilligte Gefahr (hier durch die Mitarbeiter) aufrechterhalten hat, die sich in der Veränderung in der Außenwelt realisiert hat.¹⁵ Die vom Vorgesetzten geschaffene

⁸ Vgl. auch Pavlakos, NZWiSt 2021, 376 (381 f.).

⁹ Zur Unterscheidung von Gefährdung und Risiko vgl. Schladitz, Normtheoretische Grundlagen der Lehre von der objektiven Zurechnung, 2021, S. 109 f.; Goeckenjan, Revision der Lehre von der objektiven Zurechnung, 2017, S. 54 ff., 58.

¹⁰ Gropp/Sinn, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2020, § 4 Rn. 85 ff.

¹¹ Schladitz (Fn. 9); Goeckenjan (Fn. 9), S. 134 ff., S. 269 ff.

¹² Ähnlich auch M. Wagner, ZJS 2012, 705 (709).

¹³ Vgl. auch Kudlich HRRS 2012, 177 (179).

¹⁴ BGHSt 37, 106 (115).

¹⁵ Das übersieht Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 2003, § 31 Rn. 182, wenn er beim unechten Unterlassungsdelikt die Schaffung eines rechtlich relevanten Risikos deshalb verneint, weil der Unterlassungstäter dieses bereits vorfindet und nicht selbst geschaffen habe. Übersehen wird, dass dem Unterlassungstäter seine Untätigkeit als Handlungsunrecht vorgeworfen wird und seine Untätigkeit ein rechtlich relevantes Risiko begründet.

rechtlich relevante Gefahr könnte dann darin zu sehen sein, keine Risikominimierungsmaßnahmen ergriffen zu haben, die die von den Mitarbeitern ausgehende rechtlich relevante und missbilligte Gefahr, dass diese Straftaten begehen, herabsetzt. Umgekehrt würde dann die Implementierung von derartigen Gefahrreduzierungsmaßnahmen dazu führen, den Vorgesetzten auf Tatbestandsebene zu entlasten, weil dann gerade kein rechtlich relevantes Risiko geschaffen worden wäre. Werden diese Risikominimierungsmaßnahmen durch Mitarbeiter des Unternehmens nicht beachtet und kommt es zu Schädigungen, so könnte sich der Vorgesetzte immer darauf berufen, *kein* rechtlich relevantes missbilligtes Risiko geschaffen zu haben. Auf eine Garantenstellung käme es dann nicht mehr an. Dieser Ansatz führt jedoch in die Irre. Auch der Vater, der in einem Swimmingpool einen Sensor anbringt, der dann ein Warnsignal aussendet, wenn ein Kind hineinfällt und zu ertrinken droht, wird nicht deshalb entlastet, weil er ein von ihm geschaffenes Risiko (Betreiben eines Swimmingpools) herabgesetzt hat. Ertrinkt das Kind, weil der Vater untätig geblieben ist, das Kind zu retten, dann wird ihm diese Untätigkeit als die Schaffung des rechtlich relevanten und missbilligten Risikos vorgeworfen, gleich ob er einen Sensor installiert hat oder nicht. Es kommt auf diese Risikoverringerungsaktivitäten im Rahmen des vorsätzlichen unechten Unterlassungsdelikts nicht an. Eine andere Frage ist es, ob dem Vater, der das Kind mangels Anwesenheit nicht retten konnte, weshalb ihm auch kein vorsätzlich begangenes Unterlassungsdelikt vorgeworfen werden kann, der Vorwurf fahrlässigen Verhaltens trifft. Denn in diesem Zusammenhang wird allein an das gefahrerhöhende Verhalten angeknüpft, das darin besteht, bei einem Swimmingpool keine gefahrabschirmenden Maßnahmen ergriffen zu haben. Auf das Fahrlässigkeitsdelikt werde ich später noch zurückkommen (vgl. 5./6.).

Vor diesem Hintergrund ist es dann auch nicht zu bestreiten, dass ein Vorgesetzter, der erkennt, dass seine Mitarbeiter entgegen der implementierten Compliance-Maßnahmen Straftaten begehen, ein *rechtlich* relevantes missbilligtes Risiko setzt, das er ohne weiteres ausschalten kann, indem er sein Machtpotential nutzt und die Verletzung verhindert. Hat die Compliance-Maßnahme die Schädigung nicht verhindern können, so hat es der Vorgesetzte nun Kraft Kenntnis in der Hand, die Schädigung abzuwenden. Die rechtliche Relevanz seines Untätigbleibens trotz Compliance ist schon dadurch belegt, dass eine andere Person rechtswidrig verletzt wurde. Auch spricht die Verletzung der allgemeinen Hilfeleistungspflicht (§ 323c Abs. 1 StGB) dafür, dass ein rechtlich relevantes Risiko geschaffen wurde. Dass diese Verletzung missbilligt wird, steht ebenfalls außer Frage. Die Frage ist nur, ob für diese Verletzung auch der Vorgesetzte verantwortlich gemacht werden kann, weil er „dafür einzustehen“ (§ 13 StGB) hatte, dass diese Verletzung nicht eintritt.

Die fehlende Schaffung eines rechtlich relevanten missbilligten Risikos vermag Fälle, wie nicht vorhersehbare, unbeherrschbare und atypische Kausalverläufe, aus der Zurechnung auszuschließen. Für Fälle von Compliance-Maßnahmen im Rahmen des unechten vorsätzlichen Unterlassungsdelikts ist sie jedoch nicht tauglich. Hinzukommt, dass die Frage, welcher Personenkreis zur Abwendung der Veränderung in

der Außenwelt verpflichtet ist, gesetzlich durch die Forderung nach einer Garantenstellung entschieden ist und damit im Vergleich mit dem Begehungsdelikt eine einschränkende Funktion wahrnimmt, welche die Lehre von der objektiven Zurechnung nicht explizit für das Unterlassungsdelikt zu leisten in der Lage ist. Die Garantenstellung hat die Funktion, aus der Vielzahl von Personen, denen durch ein Einschreiten die Abwendung der Veränderung in der Außenwelt möglich gewesen wäre, denjenigen auszuwählen, dessen Aufgabe die Erfolgsabwendung gewesen wäre. Sie dient somit dazu, die beim Tatobjekt eingetretene Veränderung einem bestimmten Unterlassenden zuzurechnen. Die Garantenstellung bildet das zentrale objektive Gleichstellungskriterium des unechten Unterlassens mit dem aktiven Tun.¹⁶ Auch der Nichtgarant setzt also ein rechtlich relevantes und missbilligtes Risiko, wenn er untätig bleibt, er ist aber mangels verpflichtender Sonderstellung nicht Adressat der Handlungspflicht. Wenn also der Vater dem ertrinkenden Kind keine Hilfe leistet, dann ist er Täter eines Totschlags durch Unterlassen, weil er als Garant (§ 1626 BGB) verpflichtet war, den Tod zu verhindern. Die neben dem Vater stehende Eisverkäuferin kann ebenfalls den Tod verhindern. Tut sie es nicht, ist sie allein wegen unterlassener Hilfeleistung zu bestrafen, nicht aber wegen eines Tötungsdelikts, weil sie die Handlungspflicht des unechten Unterlassungsdelikts mangels Garantenstellung nicht trifft. Sie ist nicht Adressat des Gebots, den Tod zu verhindern. Das Beispiel zeigt, dass die Schaffung eines *rechtlich* relevanten missbilligten Risikos in beiden Fällen bejaht werden kann und erst die Garantenstellung den Kreis der handlungspflichtigen Personen bestimmt und damit das unechte Unterlassungsdelikt begrenzt. Zu einem anderen Ergebnis käme man nur dann, wenn man das „rechtlich relevante missbilligte Risiko“ streng tatbestandsspezifisch bestimmen würde, was ganz im Sinne der Lehre von der objektiven Zurechnung ist. Dann aber würde die Frage nach der Garantenstellung mit der Frage nach der Schaffung des rechtlich relevanten Risikos „verschliffen“ werden (s.o.). Denn was eine *rechtlich* relevante missbilligte Gefahrschaffung ausmacht, wird erst durch die Reichweite der Garantenstellung bestimmt. Die Reichweite des rechtlich relevanten missbilligten Risikos, das vom Unterlassungstäter gesetzt werden muss, lässt sich dann gerade nicht ohne die Garantenstellung bestimmen.

In welchen Fällen den Vorgesetzten nun Handlungspflichten treffen, hängt also davon ab, ob er eine Garantenstellung hat. Im Kontext des Wirtschaftsstrafrechts wird dies durch die sog. Geschäftsherrenverantwortlichkeit und das begrenzende Merkmal der „Betriebsbezogenheit“ der Handlungspflicht beantwortet. Auch dieser Begriff ist offen, weil er jede Art spezifisch-betrieblicher Risiken erfassen muss. Der 4. *Strafsenat* begrenzt dessen Reichweite abstrakt jedenfalls insoweit, als dass die Tat „nicht lediglich bei Gelegenheit“ der betrieblichen Tätigkeit begangen worden sein darf und sich mit der Tat „eine gerade dem Betrieb [...] spezifisch

¹⁶ *Gropp/Sinn* (Fn. 10), § 11 Rn. 22.

anhaftende Gefahr verwirklicht“ haben muss.¹⁷ Wenn im Rahmen einer Risikoanalyse feststeht, dass bestimmte Risiken betriebsbezogen sind, weshalb eine Garantenstellung besteht und eine Handlungspflicht ausgelöst wird, dann kann durch die Implementierung von Compliance-Systemen diese Handlungspflicht bspw. durch Überwachung, Kontrolle usw. erfüllt werden. Das zu leisten ist Aufgabe von Risk-Management-Systemen.

Inwieweit die Lehre von der objektiven Zurechnung bei Untreue eine Rolle spielt, steckt nach *Saliger* noch in den Anfängen einer Klärung¹⁸ und es wird die Übertragung verschiedener Elemente dieser Lehre diskutiert.¹⁹ Dem kann hier nicht weiter nachgegangen werden.

3. Compliance im Rahmen der subjektiven Zurechnung des Vorsatzdeliktes

Die Frage der subjektiven Zurechnung, also die Frage nach der Zurechnung zum subjektiven Tatbestand, führt in die Vorsatzdogmatik und damit in einen der dunkelsten Bereiche der deutschen Strafrechtswissenschaft. Diesen Bereich aufzuhellen kann hier nicht geleistet werden. Für die Frage, ob Compliance-Systeme zu einer Straffreistellung im Rahmen der subjektiven Zurechnung beitragen können, werde ich mich deshalb auf die Darstellung einiger Leitlinien zum Vorsatz beschränken müssen:

In Wissenschaft und Rechtsprechung hat sich durchgesetzt, von Vorsatz dann zu sprechen, wenn der Täter mit Wissen und Wollen hinsichtlich der Verwirklichung der objektiven Elemente der Tatbestandsmäßigkeit handelt. Das Wissen (kognitives Element) und das Wollen (voluntatives Element) sind also die beiden tragenden Merkmale des Vorsatzbegriffes.

Abhängig von der Intensität der beiden Vorsatzelemente unterscheidet man bekanntlich drei Arten des Vorsatzes: 1. den *dolus directus* 1. Grades – die Absicht –, 2. den *dolus directus* 2. Grades – die Willentlichkeit – und 3. den *dolus eventualis* – den bedingten Vorsatz.

Bei der Absicht – dem *dolus directus* 1. Grades – dominiert das voluntative Element. Dem Täter kommt es auf den Erfolgseintritt als Ziel seines Handelns an. Demgegenüber schwach darf die Wissensseite sein: Es genügt die Kenntnis, dass der Erfolg möglicherweise aufgrund des eigenen Handelns eintreten wird.

Beim *dolus directus* 2. Grades dominiert die kognitive Komponente des Vorsatzes – das Wissen. Der Täter kennt die Folgen seines Verhaltens. Die Willensseite wird bei sicherer Kenntnis angenommen, ohne dass dies besonderer Diskussionsbedürfte.

Bei der als *dolus eventualis* bezeichneten Vorsatzform hält der Täter den Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolges als Folge seines Handelns nicht für sicher, sondern nur für möglich. Dem Täter fehlt also die sichere Kenntnis der Folgen seiner aktualisierten Handlungsmacht – die Wissensseite

ist also weniger stark ausgebildet als beim *dolus directus* 2. Grades. Außerdem erstrebt der Täter den Erfolg nicht – die Willensseite ist also schwächer als bei der Absicht, dem *dolus directus* 1. Grades, ausgeprägt.

Genau genommen ist der den Erfolg anstrebende Wille nur bei der Absicht unmittelbarer Bestandteil des Vorsatzes. Beim direkten Vorsatz sowie beim bedingten Vorsatz strebt der Täter den Erfolg gerade nicht an. Allerdings weiß der Täter, dass der Erfolg notwendiger- oder möglicherweise mit dem willentlichen Handlungsvollzug verbunden ist.²⁰

Überträgt man diese Erkenntnisse auf das unechte Unterlassungsdelikt, dann handelt der Unterlassende absichtlich, wenn der Zweck seines Untätigbleibens darin besteht, die Veränderung in der Außenwelt eintreten zu lassen. Erkennt der Unterlassende, die Veränderung in der Außenwelt werde mit Sicherheit eintreten, ohne dass sein Untätigbleiben diese Veränderung bezweckt, so handelt er mit *dolus directus* 2. Grades. Im Falle des *dolus eventualis* ist die Veränderung in der Außenwelt vom Untätigbleibenden weder bezweckt noch mit Sicherheit vorhergesehen, allerdings erkennt er, dass sein Unterlassen Folgen haben kann, die im gesetzlichen Tatbestand beschrieben sind.

Aus diesen Wegweisungen zum Vorsatz beim unechten Unterlassungsdelikt ergibt sich für die Frage der Geschäftsherrenhaftung im Zusammenhang mit Compliance-Systemen Folgendes:

Eine Geschäftsherrenhaftung wegen eines vorsätzlichen unechten Unterlassungsdeliktes kommt nur dann in Frage, wenn der Geschäftsherr Kenntnis von der Straftat seiner Mitarbeiter hat. Diese Kenntnis kann er mit oder ohne Compliance-System erlangt haben. Das bedeutet, dass allein die Einrichtung eines Compliance-Systems noch keinen Einfluss auf die kognitive Komponente des Vorsatzes hat. Compliance-Systeme verhindern also nicht die Kenntnis, wenn sie der Geschäftsherr einmal erlangt hat. Eine Konstellation gilt es aber besonders zu betrachten: Handelt der Geschäftsherr auch ohne Kenntnis, wenn er ein Compliance-System etabliert und dann sprichwörtlich zur Vermeidung der Kenntniserlangung die Augen schließt, sich also bewusst zur Nichtwahrnehmung von Verstößen im Unternehmen entschließt? Kann er sich dann darauf berufen, er sei vorsatzlos untätig geblieben? In diesen Fällen ist man bei der schwierigen Konstruktion des *dolus eventualis*, gleich welcher Theorie man zum *dolus eventualis* folgen will. Gemein ist allen Ansichten, dass sie ein kognitives Element voraussetzen. Was weiß der Geschäftsherr also in dem geschilderten Fall? Er weiß, dass ein bestimmtes Risiko zur Begehung von Straftaten durch Mitarbeiter besteht. Deshalb richtet er ein Compliance-System ein. Er weiß auch, dass sich möglicherweise nicht alle an diese Regeln halten werden. Er weiß auch, dass er keine Kontrollen unternimmt. Er weiß, dass er sich „blind“ und „taub“ stellt. Wer das weiß, weiß auch, dass durch diese Fehlorganisation weitere Risiken und Gefahren entstehen, zu deren Verhinderung der Geschäftsherr verpflichtet ist. Und genau darin liegt der Vorsatzvorwurf: Er liegt in der nicht

¹⁷ BGH, Urt. v. 20.10.2011 – 4 StR 71/11, Rn. 13 ff. = BGHSt 57, 42 (45 f.).

¹⁸ *Saliger* (Fn. 3), § 266 Rn. 100.

¹⁹ Vgl. die Nachw. bei *Saliger* (Fn. 3), § 266 Rn. 100.

²⁰ Vgl. *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 29 III. (S. 297 ff.).

erfüllten Erwartung, dass Compliance-Systeme nicht nur etabliert werden, sondern dass deren Effektivität und Effizienz auch mit offenen Augen und Ohren kontrolliert werden. Wer sich blind und taub stellt, handelt also trotz Etablierung eines Compliance-Systems vorsätzlich. Und selbst wenn man – worin ich aber nicht mit der h.M. übereinstimme²¹ – auch beim *dolus eventualis* eine eigenständige voluntative Komponente fordert, so kann diese nicht verneint werden, weil der blinde und taube Geschäftsherr sich gerade damit abfindet, dass Straftaten in seinem Geschäftsherrnbereich begangen werden und er mangels Kontrolle des Compliance-Systems nicht auf deren Ausbleiben vertrauen konnte.

Geht der Geschäftsherr irrig davon aus, er habe durch die Einrichtung eines Compliance-Systems alles Erforderliche getan und ein Monitoring sei nicht erforderlich, so handelt es sich um einen Irrtum über die Reichweite seiner Handlungspflichten und damit nicht um einen Tatumstands-, sondern um einen Verbotsirrtum nach § 17 StGB. Es mangelt nicht an Tatsachenkenntnis, vielmehr ist die Bewertung der Tatsachen fehlerhaft.

4. Compliance im Rahmen der Rechtfertigung

a) Das erlaubte (Compliance-)Risiko als „Rechtfertigungsgrund“

Überlegungen zur Rolle von Compliance-Systemen auf der Ebene der Rechtfertigung sind bisher nicht bekannt. Einfallstor für diese Überlegungen könnte das „erlaubte Risiko“ sein. Allerdings ist die Kategorie „erlaubtes Risiko“ weder inhaltlich noch in seiner Reichweite auch nur annähernd geklärt.²² Vielmehr zieht sie sich durch das gesamte Strafrechtssystem und sie wird funktional auf unterschiedlichen Systemebenen verwendet.

So wird das „erlaubte Risiko“ bspw. schon als Merkmal der objektiven Zurechnung begriffen, um alltägliche risikobehaftete Verhaltensweisen, wie bspw. das Betreiben eines Unternehmens oder die Teilnahme am Straßenverkehr, unter Einhaltung aller gesetzlichen Vorschriften bereits aus dem Deliktstypus, also auf Tatbestandsebene, auszuschneiden. Dieses Ziel hatte auch schon *Welzels* Lehre von der Sozialadäquanz verfolgt, ohne dass dieses Prinzip jemals hinreichend konturiert worden wäre. Beim „erlaubten Risiko“ auf Tatbestandsebene findet keine Interessenabwägung statt.²³ Anders soll es sich dann verhalten, und das bedeute dann auch einen Ebenenwechsel des „erlaubten Risikos“ von der Tatbestandsebene zur Rechtswidrigkeitsebene, wenn nach einer „konkreten Abwägung der widerstreitenden Interessen die Verwirklichung eines Deliktstyps auf ein Risiko hin erst gestattet wird“.²⁴ Der Deliktstyp sei also erfüllt. Alle Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes liegen vor. Das erlaubte Risiko gestatte aber dessen Verwirklichung. Das ist die klassische Domäne der Rechtfertigungsgründe. Jedoch gilt es zu berücksichtigen, dass das „erlaubte Risiko“ lediglich einen

Oberbegriff für eine Reihe von Rechtfertigungsgründen darstellt, bei denen der Täter auf einer unsicheren Tatsachenbasis handelt. Das schließt die mutmaßliche Einwilligung, die Wahrnehmung berechtigter Interessen (§§ 186, 193 StGB) sowie den unvermeidbaren Erlaubnistatumstandsirrtum ein.²⁵ Das „erlaubte Risiko“ ist nur eine Hilfe bei der Strukturierung von Grundtypen der Rechtfertigung und es dient in der Kategorie der Rechtfertigungsgründe Kraft überwiegenden/weichenden Interesses der weiteren Systematisierung. Es kann als anerkanntes Muster innerhalb dieser Rechtfertigungskategorie auch als Kontrolltopos dienen, es kann aber die *Existenz* eines Rechtfertigungsgrundes nicht ersetzen.

Setzt man also voraus, dass das „erlaubte Risiko“ auf der Ebene der Rechtfertigung die Schaffung einer rechtlich relevanten und missbilligten Gefährdung, die zu einer Veränderung in der Außenwelt geführt hat, auf der Grundlage einer Abwägung (Prinzip des überwiegenden Interesses) erlaubt, dann gilt es nun, die in die Abwägung einzustellenden Umstände zu benennen. Nach weit verbreiteter Ansicht soll es auf der einen Seite um die personalen oder kollektiven Sicherheitsinteressen und auf der anderen Seite um die durch Freiheitsgrundrechte garantierten Interessen an der Vornahme der jeweiligen risikobehafteten Handlung gehen.²⁶ Das „erlaubte Risiko“ wird so zu einem Instrument zur Ermöglichung des sozialen Lebens,²⁷ weil das Ergebnis der Abwägung in den Fällen einer Rechtfertigung einen gesamtgesellschaftlichen Nutzen hat. Diese Abwägung findet nicht konkret, wie bei § 34 StGB, statt, sondern sie erfolgt vorab und abstrakt im Rahmen eines gesellschaftlichen und ggf. gesetzgeberischen Diskurses. Weil es sich beim „erlaubten Risiko“ nur um eine besondere Ausformung des Rechtfertigungsprinzips vom „überwiegenden Interesse“ handelt, bedarf es zur Konkretisierung dieses Formalbegriffs der Bildung von Fallgruppen. Eine solche Fallgruppe ist die mutmaßliche Einwilligung. Bei der mutmaßlichen Einwilligung nimmt der Täter ein Interesse wahr, welches dem mutmaßlichen Willen des Berechtigten entspricht. Stellt sich nach der Tat heraus, dass die Mutmaßungen über den Willen des Betroffenen falsch waren, wird die Tat dadurch aber nicht rechtswidrig. Der Handelnde bleibt in Wahrnehmung eines erlaubten Risikos vielmehr straffrei, wenn die Voraussetzungen der mutmaßlichen Einwilligung vorlagen und eine gewissenhafte Prüfung hinsichtlich der Erwartbarkeit der Einwilligung erfolgt war.²⁸

Da das „erlaubte Risiko“ die betreffenden Rechtfertigungsgründe nur klassifizieren, sie aber nicht ersetzen kann,²⁹ kann auch ein Compliance-System nur dann als selbstständiger Rechtfertigungsgrund anerkannt werden, wenn 1. eine Verpflichtung zur Etablierung eines solchen Systems existiert und 2. sich in der normativen Ausgestaltung des Compliance-Systems strukturell das „erlaubte Risiko“ als Form einer Rechtfertigung aufgrund überwiegenden Interesses nachwei-

²¹ Sinn (Fn. 2), S. 301 ff.

²² Roxin/Greco, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2020, § 18 Rn. 1.

²³ Roxin/Greco (Fn. 22), § 18 Rn. 1.

²⁴ So ausdrücklich Roxin/Greco (Fn. 22), § 18 Rn. 1.

²⁵ Gropp/Sinn (Fn. 10), § 5 Rn. 41.

²⁶ Vgl. ausführlich Schladitz (Fn. 9), S. 117 ff.

²⁷ Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 7. Abschn. Rn. 35.

²⁸ So Gropp/Sinn (Fn. 10), § 5 Rn. 369.

²⁹ Gropp/Sinn (Fn. 10), § 12 Rn. 179.

sen ließe. Die erste Voraussetzung begründet sich daraus, dass der einzelne Bürger sich nicht selbst Eingriffsbefugnisse schaffen kann, also nicht selbst durch ein freiwilliges Compliance-System einen Rechtfertigungsgrund erzeugen kann. Ob die zweite Voraussetzung vorliegt, ist ein komplexer Prüfungsvorgang, der nun am Beispiel des Lieferkettengesetzes kurz umrissen werden soll:

b) Die Compliance im Rahmen des Lieferkettensorgfaltspflichtgesetzes (LkSG)

Im Frühjahr 2020 begann in Deutschland eine intensive Diskussion um ein sog. „Lieferkettengesetz“. Ausgangspunkt für die Gesetzesinitiative war ein gemeinsames Eckpunktepapier des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales und des Bundesministeriums für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung vom 10.03.2020.³⁰

Geplant war zunächst, dass Unternehmen ab einer Beschäftigtenzahl von 500 durch bestimmte Sorgfaltspflichten dazu beitragen sollen, dass nicht nur in der eigenen Produktion, sondern auch bei Zulieferern im Ausland, insbesondere in Entwicklungs- und Schwellenländern, die Einhaltung der Menschenrechte beachtet werden. Das betrifft Menschenrechtsverletzungen durch bspw. Kinderarbeit, Ausbeutung, Diskriminierung, fehlende Arbeitnehmerrechte und Gesundheitsbedingungen sowie Umweltzerstörung durch Wasser- und Luftverschmutzung, illegale Abholzung oder Pestizidausstoß. Um die Sorgfaltspflichten einzuhalten, war vorgesehen, dass die Unternehmen künftig nachweisen sollten, dass sie ihr Liefernetzwerk auf Risiken und Verstöße überwachen und proaktiv Maßnahmen planen. Die Risiken sollten für die gesamte Wertschöpfungskette, im Rahmen von Geschäftsbeziehungen sowie für Produkte und Dienstleistungen ermittelt werden.

Nach zähem Ringen zwischen den Ministerien und der damaligen Bundeskanzlerin Angela Merkel und Interventionen aus dem Wirtschaftsministerium, die Haftung der deutschen Unternehmen für Verstöße im Ausland sei nicht tragbar, konnte im Februar 2021 mit einem Referentenentwurf aus dem Bundesministerium für Arbeit und Soziales,³¹ der im März 2021 in einen Regierungsentwurf³² mündete, ein Kompromiss errungen werden, der in das „Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten zur Vermeidung von Menschenrechtsverletzungen in Lieferketten“ (LkSG) mündete. Teil dieses Kompromisses ist, dass *keine* zivilrechtliche Haftung für die Unternehmen für die Menschenrechtsverstöße im Ausland eingeführt wurde. Außerdem wurde der Kreis der verpflichteten Unternehmen modifiziert. Ab 2023 werden zunächst große Firmen mit mehr als 3.000 Beschäftigten

verpflichtet. Unternehmen mit mehr als 1.000 Beschäftigten folgen ab 2024. Zu den Sorgfaltspflichten der Unternehmen zählen:

- Einrichtung eines Risikomanagements und Durchführung einer Risikoanalyse,
- Verabschiedung einer Grundsatzerklärung der unternehmerischen Menschenrechtsstrategie,
- Verankerung von Präventionsmaßnahmen im eigenen Geschäftsbereich und gegenüber unmittelbaren Zulieferern,
- Sofortige Ergreifung von Abhilfemaßnahmen bei festgestellten Rechtsverstößen,
- Einrichtung eines Beschwerdeverfahrens im Falle von Rechtsverstößen,
- Dokumentations- und Berichtspflicht für die Erfüllung der Sorgfaltspflichten.

Durch Einhaltung dieser Sorgfaltspflichten sollen die Rechte von betroffenen Menschen in diesen Lieferketten gestärkt und es soll den legitimen Interessen der Unternehmen an Rechtssicherheit und fairen Wettbewerbsbedingungen Rechnung getragen werden. Die angemessene Weise eines Handelns, das den Sorgfaltspflichten genügt, bestimmt sich jeweils nach unternehmensspezifischen Kriterien. „Die Sorgfaltspflichten begründen eine Bemühens- und keine Erfolgspflicht. Unternehmen müssen nicht garantieren, dass in ihren Lieferketten keine Menschenrechte oder umweltbezogene Pflichten verletzt werden. Sie müssen vielmehr nachweisen können, dass sie die in den §§ 4 bis 10 näher beschriebenen Sorgfaltspflichten umgesetzt haben, die vor dem Hintergrund ihres individuellen Kontextes machbar und angemessen sind.“³³

Im Kontext von Compliance ist die Einrichtung des Risikomanagementsystems von besonderer Bedeutung. „Unternehmen müssen ein angemessenes und wirksames Risikomanagement zur Einhaltung der Sorgfaltspflichten (§ 3 Absatz 1) einrichten. Das Risikomanagement ist in alle maßgeblichen Geschäftsabläufe durch angemessene Maßnahmen zu verankern“ (vgl. § 4 Abs. 1 LkSG). „Wirksam sind solche Maßnahmen, die es ermöglichen, menschenrechtliche und umweltbezogene Risiken zu erkennen und zu minimieren sowie Verletzungen menschenrechtsbezogener oder umweltbezogener Pflichten zu verhindern, zu beenden oder deren Ausmaß zu minimieren, wenn das Unternehmen diese Risiken oder Verletzungen innerhalb der Lieferkette verursacht oder dazu beigetragen hat“ (§ 4 Abs. 2 LkSG). Stellt das Unternehmen die Verletzung einer geschützten Rechtsposition oder einer umweltbezogenen Pflicht in seinem eigenen Geschäftsbereich oder bei einem unmittelbaren Zulieferer fest oder wird er-

³⁰ Abrufbar unter https://die-korrespondenten.de/fileadmin/user_upload/die-korrespondenten.de/Lieferkettengesetz-Eckpunkte-10.3.20.pdf (13.3.2023).

³¹ Referentenentwurf des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales, Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten v. 28.2.2021.

³² Gesetzesentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten, BT-Drs. 19/28649 v. 19.4.2021.

³³ Gesetzesentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten v. 24.3.2021, S. 23, abrufbar unter <https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetze/Regierungsentwurfe/reg-sorgfaltspflichtengesetz.pdf?blob=publicationFile&v=2> (13.3.2023).

kannt, dass diese unmittelbar bevorsteht, so hat es unverzüglich angemessene Abhilfemaßnahmen zu ergreifen, um diese Verletzung zu verhindern, zu beenden oder zu minimieren (vgl. § 7 LkSG). Unmittelbar bezieht sich die Sorgfaltspflicht nur auf das eigene Unternehmen und den ersten direkten Zulieferer. Das Risikomanagement muss dort alle menschenrechts- und umweltbezogenen Umstände in den Blick nehmen. Kern der Pflicht ist also die *Kenntnisverschaffung* durch ein Customer Relationship Management-System. Pflichten hinsichtlich weiter vorgelagerter Lieferanten („mittelbare Zulieferer“, vgl. § 9 LkSG) entstehen nur dann, wenn dem deutschen Unternehmen substantiierte Erkenntnisse vorliegen, dass dort menschenrechtliche oder umweltbezogene Verstöße möglicherweise begangen werden (vgl. § 9 Abs. 3 LkSG). In diesen Fällen muss das Unternehmen diesen Hinweisen nachgehen und u.a. eine Risikoanalyse durchführen. Der Kern dieser Pflicht besteht im *Tätigwerden bei Kenntnis*. Bei Verstößen gegen die Sorgfaltspflichten sind Zwangs- und Bußgelder sowie der Ausschluss von der Vergabe öffentlicher Aufträge von bis zu drei Jahren möglich (§§ 22, 23, 24 LkSG).

In der Begründung zum LkSG geht der Gesetzgeber davon aus, dass die global verflochtenen Lieferketten menschenrechtlich risikobehaftet sind: „Gleichzeitig können aber auch Risiken durch Intransparenz und die oft mangelhafte Durchsetzung von international anerkannten Menschenrechten in den Lieferketten von Unternehmen in der globalen Wirtschaft entstehen.“³⁴ Mit der Einführung des Risikomanagements sollen diese Risiken verringert werden. In der Gesetzesbegründung heißt es dazu: „Das Risikomanagement dient dem Ziel, menschenrechtliche Risiken und Rechtsgutsverletzungen entlang ihrer Lieferketten zu identifizieren, zu verhindern, zu beenden oder zumindest zu minimieren, soweit eine Beendigung nicht möglich oder mit einem unverhältnismäßigen Aufwand verbunden ist. Regelungsgegenstand ist mithin die Verpflichtung zur Einhaltung eigener Sorgfaltspflichten am eigenen Standort.“

Interessant ist, dass der Gesetzgeber die Pflicht zum Risikomanagement an die Risiken anknüpft, welche die Unternehmen selbst „verursacht“ haben. Denn dadurch wird ein erstes Zurechnungsmoment klar benannt: „Unternehmen müssen im Rahmen des Risikomanagements nur solche menschenrechtlichen und umweltbezogenen Risiken adressieren, die sie verursacht haben. Verursachen bedeutet, dass das Unternehmen das Risiko unmittelbar alleine hervorgerufen oder durch seine Handlung zu der Entstehung oder Verstärkung des Risikos beigetragen hat. Der Bezug zu der Lieferkette stellt klar, dass das Risiko dabei beim Unternehmen selbst, d.h. im eigenen Geschäftsbereich, bei einem unmittelbaren Zulieferer oder einem mittelbaren Zulieferer liegen kann.“³⁵

Auch § 4 Abs. 2 LkSG geht von einem Verursachungsbeitrag des Unternehmens oder jedenfalls einem eigenen Beitrag bei der Verletzung aus („[...] wenn das Unternehmen diese Risiken oder Verletzungen innerhalb der Lieferkette verursacht oder dazu beigetragen hat“). Es bedarf nun keiner

weiteren Diskussion darüber, dass die Unternehmen und verantwortlichen Personen zivilrechtlich von der Haftung freigestellt werden, wenn sie alle Sorgfaltspflichten des LkSG einhalten und dann auch eine Sanktionierung nach den Bußgeldtatbeständen (§ 24 LkSG) ausscheidet, selbst wenn ein kausaler Verursachungsbeitrag bei einer Menschenrechtsverletzung festgestellt wird. Zivilrechtlich fehlt es bereits am haftungsbegründenden Tatbestand und als Ordnungswidrigkeit an einer Sanktionsnorm. Allerdings sagt das noch nichts über die *Rechtmäßigkeit* aus. Konkret: Wenn ein Unternehmen ein Risikomanagementsystem einführt und insoweit seine Sorgfaltspflichten erfüllt, es aber in der Lieferkette zu Menschenrechtsverstößen kommt, die kausal auf einem Verursachungsbeitrag des Unternehmens beruhen, kann das Unternehmen dann behaupten, *rechtmäßig* an der Menschenrechtsverletzung mitgewirkt zu haben? Das wäre in der Tat der Fall, wenn sich mit dem LkSG der Nachweis erbringen ließe, dass insbesondere in den Regelungen zum Risikomanagement strukturell das „erlaubte Risiko“ als Unterfall des Prinzips des überwiegenden Interesses enthalten wäre. Tatsächlich klingt eine Abwägung verschiedener Interessen in der Gesetzesbegründung auch an: „Dadurch sollen zum einen die Rechte der von Unternehmensaktivitäten betroffenen Menschen in den Lieferketten gestärkt, zum anderen den legitimen Interessen der Unternehmen an Rechtssicherheit und fairen Wettbewerbsbedingungen Rechnung getragen werden.“³⁶

Auf der einen Seite der Abwägung stehen also die Individualinteressen der in den Lieferketten tätigen Personen, von Umwelt- und Menschenrechtsverstößen verschont zu bleiben, und auf der anderen Seite die Interessen des Unternehmens und darüber hinaus der Gesellschaft an der Teilnahme am globalen Handelsverkehr. Diese Interessen werden im Wege einer abstrakten Vorwegabwägung insoweit in Ausgleich gebracht, als Unternehmen bestimmte Sorgfaltspflichten zu erfüllen haben, um die Individualinteressen zu schützen. Auf der anderen Seite wird durch den Bezug der Sorgfaltspflichten auf ein Bemühen, durch deren Einhaltung die Verletzung von Individualgütern zu verhindern, dem unternehmenssowie dem gesamtgesellschaftlichen Interesse Rechnung getragen, dass globaler Handel Arbeitsplätze schafft und damit Wohlstand und Zukunft in unserer Gesellschaft sichert. Jede zu weite Regulierung würde wegen der unterschiedlichen Wettbewerbsbedingungen entlang der Lieferkette zu einer Gefahr für die deutsche Wirtschaft führen. Deshalb hat der Gesetzgeber die Sorgfaltspflichten auch nicht weiter gefasst, wie dies teilweise gefordert wurde.

Selbst wenn also auch bei Einhaltung aller Sorgfaltsmaßstäbe das Unternehmen kausal an einer Verletzung von Menschenrechten mitgewirkt hat, wird es im Rahmen dieser Abwägung von der Haftung freigestellt. Es handelt sich bei der gefährlichen Lieferantenbeziehung um ein „erlaubtes Risiko“. Zum gleichen Ergebnis gelangt man, wenn man zur Voraussetzung rechtswidrigen Verhaltens zumindest ein objektiv sorgfaltswidriges Verhalten, also einen Handlungsunwert

³⁴ RegE-LkSG (Fn. 32), S. 1.

³⁵ RegE-LkSG (Fn. 32), S. 25.

³⁶ RegE-LkSG (Fn. 32), S. 1.

fordert und den reinen Erfolgswert nicht für ein Rechtswidrigkeitsurteil genügen lässt.³⁷

5. Compliance im Rahmen des Fahrlässigkeitsdelikts³⁸

Die Unterscheidung von vorsätzlichem und fahrlässigem Unrecht liegt nicht im „Handeln“, wie die gegenwärtige Strafrechtstheorie annimmt, sondern im *Gebrauch* der Handlungsmacht. Beim vorsätzlichen Begehungsdelikt wird die Handlungsmacht zur Normverletzung *wissentlich gebraucht*. Der fahrlässig handelnde Täter hat dagegen keine Vorkehrungen dafür getroffen, dass seine Handlungsmacht nicht schädigend in Rechtssphären anderer Personen eingreift. Das Fahrlässigkeitsdelikt stellt nicht die Norm zu sorgfältigem Verhalten auf, weil auch beim Begehungsdelikt nicht pflichtgemäßes Verhalten gefordert wird. Vielmehr gilt wie auch beim vorsätzlichen Begehungsdelikt der Grundsatz, schädigendes Verhalten zu unterlassen.³⁹ Diesem Anspruch kann der Einzelne nur dadurch gerecht werden, dass er seine eigene Machtsphäre so organisiert, dass die ihm zur Verfügung stehende Handlungsmacht aufgrund bestimmter Machtmittel nicht in die Organisationskreise anderer eingreift.⁴⁰ In diesen *Vermeidungsmöglichkeiten* kraft Wissen-Könnens liegt die *Normverletzungsmacht* des Fahrlässigkeitstäters begründet.⁴¹ Zur Organisation der eigenen Machtsphäre gehören deshalb die Kontrolle der eigenen Machtressourcen und die Abschirmung gefährlichen Verhaltens von anderen Personen. Wenn beispielsweise der Waffensammler seine Waffen nicht so verwahrt, dass Unbefugte darauf keinen Zugriff haben, so handelt er fahrlässig, wenn mit einer solchen Waffe eine Straftat begangen wird. Dies gilt aber nicht deshalb, weil er eine sog. „Sorgfaltspflicht“ verletzt hätte, sondern weil er seinen Machtbereich und seine Machtmittel nicht so organisiert hat, dass andere dadurch nicht geschädigt werden. Das Unrecht des Fahrlässigkeitsdelikts besteht deshalb auch nicht in einer bloßen Gefahrschaffung, weil in hoch komplexen Gesellschaften die Gefährdungen aufgrund stetig steigenden persönlichen Machtpotentials immer mehr zunehmen, sondern in der Schaffung einer erhöhten Gefahr.⁴² Fahrlässigkeit zeugt von der Inkompetenz des Täters zur Verwaltung des eigenen Machtbereichs mangels aktueller Folgenkenntnis eigener aktualisier-

ter Handlungsmacht.⁴³ Mit vorsätzlichem Verhalten wird demgegenüber das „Wissen“ um die Folgen aktualisierter Handlungsmacht beschrieben. Dabei geht es also nicht um die Inkompetenz zur Organisation des eigenen Machtbereichs, sondern um erwartbares (kraft „Wissens“) Unterlassen normwidriger Organisation. Damit wird die synallagmatische Verbindung zwischen der Beanspruchung von Freiheit bzw. der Machtverwirklichung auf der einen Seite und der Verantwortung für die Konsequenzen einer unzureichenden Selbstverwaltung auf der anderen Seite deutlich. Denn wer einen Organisations- bzw. Machtbereich zur Selbstverwaltung beansprucht, hat damit zugleich auch die Konsequenzen einer unzulänglichen Verwaltung übernommen.⁴⁴

Die Rolle von Compliance im Zusammenhang mit dem Fahrlässigkeitsdelikt ist von vornherein sachlich beschränkt. Das liegt daran, dass bei den klassischen Compliance-Verstößen, wie bspw. bei der Untreue, im Zusammenhang mit Korruption oder des Betruges, keine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit existiert. Deshalb kann eine Zurechnung im Unternehmen nur über die Verletzung der Aufsichtspflicht gem. § 130 OWiG erfolgen.

Bei den personalen Rechtsgütern der körperlichen Unversehrtheit und des Lebens ist jedoch eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit denkbar, wenn – wie bereits skizziert – sich bei der Unternehmensleitung ein gefahrerhöhendes zurechenbares Verhalten nachweisen lässt, das Ausdruck der Inkompetenz zur Organisation des eigenen Machtbereichs ist. Da der Schwerpunkt fehlender oder mangelnder Compliance aber auch bei den Fahrlässigkeitsstraftatbeständen zum Schutz personaler Rechtsgüter im Unterlassen liegen dürfte, gelten die bereits zum Vorsatzdelikt gemachten Ausführungen entsprechend. Es gilt also auch beim fahrlässigen Unterlassungsdelikt, dass die Reichweite der Handlungspflicht durch die Garantienstellung und nach Ansicht des BGH durch die „Betriebsbezogenheit“ der zu verhindernden Schädigung bestimmt wird. Wenn also ein Compliance-System gerade der Verhinderung solcher Schäden zu dienen bestimmt ist und hätte mit einem solchen System der Schaden mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit verhindert werden können, so ist die unterlassene Etablierung eines solchen Systems das als fahrlässig vorgeworfene Handlungsunrecht. Die h.L. bezeichnet das dann als die verletzte Sorgfaltspflicht.

6. Das Fahrlässigkeitsdelikt, Compliance und das erlaubte Risiko

Definiert man mit der überwiegenden Meinung die Fahrlässigkeit als Verletzung einer Sorgfaltspflicht, dann müsste ein Handeln im erlaubten Risiko ausgeschlossen sein. Denn der Täter kann nicht gleichzeitig gegen eine Sorgfaltspflicht verstoßen und über ein erlaubtes Risiko gerechtfertigt sein. Wer das erlaubte Risiko einhält, der kann nicht gegen eine Sorgfaltspflicht verstoßen. Die überwiegende Meinung lehnt daher – aus ihrer Sicht konsequent – das erlaubte Risiko als Rechtfertigungsgrund bei Fahrlässigkeitsstraftaten ab.⁴⁵

³⁷ Vgl. dazu ausführlich Sinn, GA 2003, 96.

³⁸ Die folgenden Ausführungen haben ihren Ursprung in meiner Habilitationsschrift (Fn. 2), S. 299 ff., und sollen für dieses spezielle Thema fruchtbar gemacht werden, um die Praxistauglichkeit einer machttheoretischen Verbrechenslehre zu zeigen.

³⁹ Vgl. dazu Jakobs (Fn. 27), 9. Abschn. Rn. 6; Gropp/Sinn (Fn. 10), § 12 Rn. 117.

⁴⁰ So schon Sinn (Fn. 2), S. 300; vgl. Jakobs (Fn. 27), 25. Abschn. Rn. 21 – eine Einsicht, die nicht nur das Fahrlässigkeitsdelikt betrifft, sondern ganz allgemein und grundlegend für das Strafrecht gilt.

⁴¹ Sinn (Fn. 2), S. 300.

⁴² Vgl. dazu Gropp/Sinn (Fn. 10), § 12 Rn. 116 ff.; kritisch hierzu Duttge, Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts bei Fahrlässigkeitsdelikten, 2001, S. 127 ff.

⁴³ Vgl. auch Jakobs (Fn. 27), 8. Abschn. Rn. 5.

⁴⁴ So Lesch, JA 2002, 607.

⁴⁵ Vgl. dazu bereits Gropp/Sinn (Fn. 10), § 12 Rn. 177.

Versteht man unter Fahrlässigkeit die unvorsätzliche und zurechenbare Verwirklichung einer Veränderung in der Außenwelt durch Schaffung einer erhöhten Gefahr trotz individueller Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit, so wäre ein Rechtfertigungsgrund des erlaubten Risikos anzuerkennen. Allerdings bedarf es dann immer noch an einer Materialisierung des „erlaubten Risikos“ in einem Rechtfertigungsgrund, wie bereits im Zusammenhang mit dem LkSG beschrieben.

III. Fazit

In der Literatur wird bisher kaum diskutiert, wie sich Compliance-Systeme strafrechtsdogmatisch als Straffreistellungstopos fruchtbar machen lassen. Diese hier niedergelegten Überlegungen haben gezeigt, dass sich Compliance auf verschiedenen Systemebenen und innerhalb verschiedener Argumentationsmuster und dogmatischer Konstruktionen durchaus diskutieren lässt. So kann die straffreistellende Wirkung vor dem Hintergrund von Compliance im Zusammenhang mit der Auslegung von Tatbestandsmerkmalen eintreten.

Für Fälle von Compliance-Maßnahmen im Rahmen des unechten Unterlassungsdelikts hat sich jedoch gezeigt, dass eine straffreistellende Wirkung durch die Lehre von der objektiven Zurechnung nicht möglich ist.

Auf der Ebene der subjektiven Tatseite haben Compliance-Systeme keine Auswirkungen auf den *dolus eventualis*, solange die Person Kenntnis von der Fehlorganisation und der dadurch bewirkten Risiko- und Gefahrensituation hat, zu deren Verhinderung der Geschäftsherr verpflichtet ist.

Im Rahmen des Fahrlässigkeitsdelikts kommt eine Straffreistellung in Frage, wenn ein Compliance-System der Verhinderung solcher Schäden zu dienen bestimmt ist, zu denen die Person verpflichtet ist.

Für die Frage einer Rechtfertigung von bestimmten Schäden (Erfolgsunwert), die trotz eines korrekten und überwachten Compliance-Systems eintreten, wurde am Beispiel des LkSG gezeigt, dass sich Strukturen des „erlaubten Risikos“ im Rahmen des Prinzips des überwiegenden Interesses nachweisen lassen. Das führt zur Annahme eines Rechtfertigungsgrundes. Zur Rechtmäßigkeit der eingetretenen Schäden gelangt man auch auf anderem Wege: Ein Verhalten, das weder vorsätzlich noch objektiv sorgfaltswidrig bzw. nicht über das erlaubte Maß gefahrerhöhend ist, kann trotz der kausalen Bewirkung einer Veränderung in der Außenwelt nicht rechtswidrig sein.⁴⁶ Es fehlt an dem für rechtswidriges Verhalten typischen Handlungsunwert, der für das gesamte Strafrechtssystem leitend ist.

⁴⁶ Sinn, GA 2003, 96 (107).