

Ingeborg Zerbes/Mark Pieth

Unternehmerische Verantwortlichkeit für Völkerrechtsverbrechen im Ausland*

1 Einleitung und Fragestellungen

Erst in jüngerer Zeit haben die deutschen Medien¹ die – soweit ersichtlich gut belegten – Vorwürfe gegen den Volkswagenkonzern aufgegriffen, nach denen die brasilianische Niederlassung *do Brasil* während der bis 1984 dauernden Diktatur mit der Militärjunta kooperiert haben soll. Berichtet wird von der Ausspähung regimekritischer Mitarbeiter_innen durch die Firmenleitung, von politischen Verhaftungen und Folter – direkt auf dem VW-Werksengelände in São Paulo und vor den Augen des Werkschutzes – und dass die Menschenrechtsverletzungen spätestens ab 1979 auch der VW-Konzernspitze in Wolfsburg bekannt waren.

Derartige Menschenrechtsverletzungen und der Kampf Betroffener um ihre Aufarbeitung stehen für eine fundamentale Schieflage der globalen Wirtschaft. Holzschnittartig charakterisiert entsteht sie dadurch, dass Entscheidungsmacht und Gewinne bei den (Mutter-)Unternehmen in reichen, stabilen Ländern liegen, während der Rohstoffabbau und ein beträchtlicher Teil der Produktion auf (Tochter-)Unternehmen im globalen Süden verlagert wird. Dort, in den typischerweise zwar rohstoffreichen, aber instabilen, teilweise von Gewalt und kriegesischen Auseinandersetzungen geprägten, einst kolonisierten Ländern, fallen somit die sozialen Kosten an – und, wie geschildert, passiert fallweise noch mehr: ein Paktieren mit und Unterstützen von Gewaltregimen bis hin zur Mitwirkung an völkerrechtlichen Verbrechen durch Angehörige von Tochterunternehmen oder anderen abhängigen Betrieben.

Im Strafrecht wirft diese Struktur die Frage auf, inwiefern eine im globalen Norden angesiedelte Konzernspitze für Völkerrechtsverbrechen mitverantwortlich sein kann, obwohl der Ort der eigentlichen Übergriffe weit entfernt ist, obwohl Tochterfirmen häufig in formal vom Mutterbetrieb unabhängiger Rechtsform organisiert sind und obwohl daher häufig die Leitungspersonen des beherrschenden Unternehmens keine aktive Beteiligungshandlung gesetzt haben.

Nun baut Strafrecht auf einem grundsätzlich auf individuelle Verantwortlichkeit zugeschnittenen Konzept auf. Nach einem solchen ist es jedenfalls entstanden; sein traditionelles Zurechnungssystem bezieht sich auf das Handeln Einzelner.² Auch die Strafbarkeit

* Wir danken herzlich Gianna Magdalena Schlichte, Wissenschaftliche Mitarbeiterin von Ingeborg Zerbes an der Uni Bremen, für ihre Recherche und ihre klugen Anmerkungen.

1 Repräsentativ: ARD, Komplizen? – VW und die brasilianische Militärdiktatur, Die Story im Ersten vom 24.7.2017.

2 Kaleck/Saage-Maaß, Unternehmen vor Gericht, Berlin 2016, 65.

nach dem Rom-Statut ist darauf beschränkt, nachdem bislang sämtliche Versuche gescheitert sind, die Kompetenzen des Internationalen Strafgerichtshofs auf die Verfolgung von Unternehmen zu erweitern.³ Dementsprechend betreffen auch die bislang in kontinentaleuropäischen Staaten geführten Verfahren zur unternehmerischen Mit-Verantwortlichkeit für Menschenrechtsverletzungen überwiegend konkrete Führungskräfte. Es bietet sich daher an, zuerst deren möglicher Strafbarkeit nachzugehen (unten 2.). Die über die Summe der Einzelhandlungen hinausgehende Dynamik eines Unternehmens wird damit zwar vorerst ausblendet – eine längst erkannte Schwäche des Strafrechts,⁴ die sich im Völkerstrafrecht durchaus zur Krise verdichtet: Hier geht es typischerweise nicht um Einzel-, sondern um Massenbewegungen, die ohne ein Zusammenspiel mit wirtschaftlicher Macht so nicht zustande kommen könnten.

Die (strafbewehrten) Verhaltensvorgaben für die Leitungsebene eines Unternehmens bauen allerdings auf jenen auf, die ursprünglich dieses Unternehmen selbst treffen – die juristische Person als solche –, genauer gesagt: auf den Pflichten des Unternehmens zur Aufsicht über die Personen, die es als Mitarbeiter_innen, Auftragnehmer_innen oder informell zu den unternehmerischen Zielen einsetzt. Die Verletzung derartiger Aufsichtspflichten, die (auch) auf die Verhinderung schwerer Verbrechen abzielen, kann daher zur Strafbarkeit der juristischen Person selbst führen. Deutschland hat sich dieser Entwicklung zwar noch nicht angeschlossen, dürfte aber kurz davorstehen. Andere, auch durchaus vergleichbare Rechtsordnungen sind bereits weiter (unten 3.). Insgesamt aber ist die Reichweite grenzüberschreitender Aufsichtspflichten, wie sie im gegebenen Kontext interessieren, noch immer weitgehend unklar. Insbesondere in der Schweiz ist zurzeit ein politischer Prozess im Gange, der zur längst fälligen Klärung beitragen könnte (unten 4.).

2 Individuelle strafrechtliche Verantwortlichkeit im Mutterunternehmen

2.1 Fokus: Strafbarkeit wegen Unterlassung

Soweit Angehörige der in Deutschland oder anderen Staaten des globalen Nordens angesiedelten Unternehmen *aktive* Beteiligungshandlungen setzen wie etwa der niederländische Unternehmer Adrianus mit der Lieferung von Gift an das Regime von Saddam Hussein zur Herstellung von Senfgas,⁵ ist vor allem die Rekonstruktion der Fakten schwierig. In diesen Fällen haben einzelne Personen in einem von Arbeitsteilung, Hierarchien, Weisungszusammenhängen, Delegationen und geteilten Verantwortungen geprägten Prozess zusammengewirkt, so dass es an einem weit entfernten Ort zu einem katastrophalen Übergriff gekommen ist. Wer in einem solchen Geschehen kraft Tatherrschaft Täter, wer Anstifter und wer Gehilfe ist und wer, obwohl ebenfalls kausal geworden, keine strafrechtlich relevante Verantwortung auf sich geladen hat, ist zumeist schwierig und nur einzelnen Beteiligten nachweisbar. Aber soweit es tatsächlich gelingt, die konkreten Be-

3 Dazu Stoitchkova, Towards Corporate Liability in International Criminal Law, Antwerpen u.a. 2010, 13 ff., 65 ff.

4 Stratenwerth, Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts, ZStW 1993, 679, 684 f.; noch früher Schünemann, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, Köln u.a. 1979, 13 f.; s.a. Zerbes, Globales Wirtschaftshandeln als Gegenstand des Straf- und Strafprozessrechts: eine Bestandsaufnahme, in: Jeßberger/Kaleck/Singelstein (Hrsg.), Wirtschaftsvölkerstrafrecht, Baden-Baden 2015, 205, 207.

5 Fallschilderung bei Kaleck/Saage-Maaß (Fn. 2), 65 f.

teilungsrollen nachzuvollziehen und gegebenenfalls politische Widerstände gegen eine Anklage zu überwinden,⁶ sind die rechtlichen Probleme grundsätzlich überschaubar.⁷ Sie drehen sich in erster Linie darum, inwiefern eine nur mittelbare, den eigentlichen Übergriffen fernliegende Unterstützung von Unrechtsregimen noch als Beteiligungshandlung gewertet werden kann. Dass allerdings fallweise selbst einer Kreditvergabe der ausreichend enge Zusammenhang mit den dadurch geförderten Verbrechen abgesprochen werden kann, ist nicht sachgerecht.⁸

Darum soll es im Folgenden aber gar nicht gehen, sondern um noch weniger geklärte Konstellationen, in denen von der Konzernspitze keine *aktive* Unterstützung an die Akteure im Ausland ausgegangen ist. Der geschilderte Fall ist repräsentativ: Er dürfte sich dadurch auszeichnen haben, dass die Angehörigen der *deutschen* VW-Zentrale versäumt haben, den Übergriffen in der Niederlassung *do Brasil* entgegen zu wirken. Neben den üblichen Beweisproblemen wirft er die *rechtliche* Frage nach der Strafbarkeit wegen Unterlassen auf. Nach deutschem Recht beurteilt, kommt es daher insbesondere darauf an, ob die Führungskräfte nach § 13 StGB (dem entsprechen § 2 öStGB und Art. 11 chStGB) als Garanten zum Handeln zur Unterbindung der Übergriffe verpflichtet sind.

2.2 Garantenstellung

2.2.1 Grundlage: unternehmerische Aufsichts- und Überwachungspflichten

Ein tragendes Prinzip der strafrechtlichen Zurechnungslehre ist die Selbstverantwortung: Für fremdes Verhalten muss grundsätzlich niemand eintreten. Dementsprechend ist der Risikozusammenhang zwischen einer sorgfaltswidrigen Handlung und einer schlussendlich eingetretenen Verletzungsfolge dann durchbrochen, wenn diese Verletzungsfolge ohne das grob sorgfaltswidrige oder vorsätzliche Verhalten einer anderen, ihrerseits voll verantwortlichen Person nicht eingetreten wäre.

Auf den ersten Blick scheint der beispielgebende Fall so zu liegen: Die Übergriffe wurden *unmittelbar* durch Angehörige ausländischer Behörden, militärischer oder paramilitärischer Einheiten im Zusammenwirken mit in diesem Ausland tätigen wirtschaftlichen Akteuren begangen. Es geht aber nicht um *deren* strafrechtliche Verantwortlichkeit, sondern um die strafrechtliche (Mit-)Verantwortlichkeit von Personen aus Unternehmen des globalen Nordens, die – vorerst untechnisch ausgedrückt – gegenüber den ausländischen Akteuren eine gewisse Machtposition einnehmen, insbesondere als Mutterunternehmen. Spricht das Selbstverantwortungsprinzip zu ihren Gunsten?

Dieses Prinzip entlastet nicht, wenn sich die verletzte Sorgfaltsregel gerade auf fremdes (kriminelles) Verhalten bezieht, anders ausgedrückt: wenn sie eine gewisse Aufsicht und

6 Singelnstein, Grenzen eines internationalen Wirtschaftsstrafrechts, in: Jeßberger/Kaleck/Singelnstein (Fn. 4), 147 ff.

7 Beispielgebend der zurzeit in Frankreich hängige Fall Lafarge, in dem es um die Beteiligung der (französischen) Führungsetage an Terrorismusfinanzierung durch Schutzgeldzahlungen an den IS für eine syrische Zementfabrik geht, berichtet etwa durch die NZZ v.11.12.2017, 20 und v. 15.12.2017, 29.

8 Dazu eingehend und kritisch Saage-Maaß, Geschäft ist Geschäft? Zur Haftung von Unternehmen wegen der Förderung staatlicher Menschenrechtsverletzungen, KJ 2010, 54, insbesondere 59 ff., anhand South African Litigation, 02 MDL 1499, U.S. District Court, Southern District of New York, April 8 2009.

Überwachung der Tätigkeit anderer Personen vorsieht. Arbeitsteilige wirtschaftliche Tätigkeit ist durchaus mit derartigen Aufsichts- und Überwachungspflichten verbunden. Sie ergeben sich aus der Hierarchie von der Chefetage, in der die Entscheidungen fallen, hinunter zu den untergeordneten, operativ tätigen Mitarbeiter_innen oder sonstigen Auftragnehmer_innen in einem Unternehmen. In den Kategorien der Unterlassensdogmatik eingeordnet, lässt sich im „Betreiben eines Unternehmens mittels Delegation bestimmter unternehmerischer Aufgaben an Mitarbeiter, an Auftragnehmer, an Tochtergesellschaften usw. durchaus ... ein – wenn auch legales – Risiko“ erkennen: das Risiko, dass Menschen, die „in eine betrieblichen Dynamik eingegliedert mit anderen arbeitsteilig zur Gewinnmaximierung eingesetzt“⁹ werden, bestimmte, mit ihrer Aufgabe verbundene Straftaten begehen. Es ist kein neuer Gedanke, dem Verursacher eines Risikos – hier: der „Gefahrenquelle Mensch“¹⁰ – die Pflicht aufzuerlegen, Vorkehrungen gegen die Realisierung dieses Risikos zu treffen.

Seit es unternehmerische Delegation gibt, sind die Angehörigen der Unternehmensleitung daher grundsätzlich zur Überwachung und Aufsicht der Mitarbeiter_innen im Hinblick auf die Einhaltung bestimmter Regeln verpflichtet.¹¹ Sie nehmen eine „Aufsichts-Garantenstellung infolge der Befehlsgewalt und Organisationsherrschaft“¹² ein. Dass diese Regeln durchaus auch strafrechtliche Verbote erfassen, wurde ebenfalls nicht erst mit dem Mode- und „Zauberwort Compliance“¹³ entdeckt, sondern fügt sich im Grunde friktionsfrei in das traditionelle strafrechtliche Zurechnungssystem. Für die Haftung wegen der *Verletzung* von Aufsichtspflichten bürgert sich nach und nach auch im Strafrecht der aus dem Zivilrecht stammende Begriff der Geschäftsherrenhaftung ein.¹⁴

9 Beide Zitate: Zerbes, Individuelle Geschäftsherrenhaftung für Auslandstaten, in: Lewisch (Hrsg.), Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit, Wien 2015, 9 (13 f.).

10 Saage-Maaf, Ahndung wirtschaftsverstärkter Kriminalität – Geschäftsherrenhaftung als Ansatz zur Strafverfolgung leitender Manager für Menschenrechtsverletzungen im Konzern?, NK 2014, 228 (233); siehe auch Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht, Einführung und Allgemeiner Teil, 5. Aufl., München 2017, 133 ff.; Kudlich/ Oglakcioglu, Wirtschaftsstrafrecht, 2. Aufl., Heidelberg u.a. 2014, 120 ff.

11 Pieth, Anwendungsprobleme des Verbandstrafrechts in Theorie und Praxis, KSzW 2015, 223 (227); Tiedemann (Fn. 10), 133 ff.

12 Schünemann, Die Unterlassungsdelikte und die strafrechtliche Verantwortung für Unterlassungen, ZStW 1984, 287 (318).

13 Tagungs- und Buchtitel von Lewisch (Hrsg.), Wien 2012.

14 Der BGH hat ihn erst im sog. Mobbing-Urteil, BGH, 20.10.2010, 4 StR 71/11, BGHSt 57, 42, explizit genannt (Mitverantwortung eines Vorgesetzten für brutale Übergriffe einer Gruppe von Mitarbeitern auf einen Kollegen), das Konzept allerdings schon viel früher anerkannt; Bülte, Die Beschränkung der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung auf die Verhinderung betriebsbezogener Straftaten – Zugleich eine Besprechung von BGH, Urt. v. 20.10.2011 – 4 StR 71/11, NWiSt 2012, 176 (177), Fn. 14, zitiert sogar eine Entscheidung des Reichsgerichts aus 1924; s. zur Rspr. auch G. Dannecker/C. Dannecker, Die „Verteilung“ der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung im Unternehmen, JZ 2010, 981 ff.; in der schweizerischen Rspr. hat auch der Begriff der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung selbst schon längere Tradition, etwa BGer 121 IV 10 (1979); dazu Krauß, Probleme der Täterschaft in Unternehmen, plädoyer 1989, 3 ff., abgedruckt in: Heine/Pieth/Seelmann (Hrsg.), Wer bekommt Schuld? Wer gibt Schuld? Gesammelte Schriften von Detlef Krauß, Berlin 2011, 109 (114); in Bezug auf die Strafbarkeit des Unternehmens Pieth, Die strafrechtliche Haftung der schweizerischen Muttergesellschaft für Straftaten in ausländischen Tochterunternehmen, in: FS Sutter-Somm 2015, 1135 (1141 ff.); Godenzi/Wohlers, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Compliance-Officers: Prüfstein der Geschäftsherrenhaftung?, in: FS Donatsch, Zürich

Repräsentativ ist der *Fall Berliner Stadtreinigung* zur Strafbarkeit des Leiters der Innenrevision für das bloße Geschehenlassen von Betrugereien zulasten der Kunden.¹⁵ Das Schweizer Bundesgericht hat bereits 1970 den *Fall Bührle*¹⁶ über die Geschäftsherrenhaftung gelöst: Es verurteilte den Firmenchef wegen vorsätzlicher Mittäterschaft durch Unterlassen an der verbotenen Ausfuhr von Kriegsmaterial durch sein Rüstungsunternehmen. Die ebenfalls aus den 1970er Jahren stammende, ebenfalls schweizerische Entscheidung im *Fall Von Roll*¹⁷ leitet sodann die Diskussion zum Organisationsverschulden ein und damit der Sache nach zur Pflicht, Compliance-Regeln einzuführen – damals noch ohne diesen Begriff zu verwenden. Einem in der Stahlproduktion tätigen Unternehmen wurde nämlich die Verpflichtung auferlegt, „Sicherheitsvorkehrungen zu treffen, die nach Möglichkeit von vornherein Widerhandlungen gegen das KMG [Kriegsmaterialien-gesetz] im Betrieb ausschließen.“ Dem Unternehmen wurde vor allem vorgeworfen, dass „trotz des eindeutigen Warnsignals“ einer embargowidrigen Lieferung an den Irak „nichts unternommen wurde, um die ... Lieferung zu stoppen.“¹⁸ Der Konzernchef und oberste Leiter des Rechtsdiensts wurde aufgrund dieser Unterlassung für fahrlässige Embargoverletzung verantwortlich gemacht.

Inhalt und Reichweite der unternehmerischen Aufsichts- und Überwachungspflichten richten sich nach dem *Unternehmens-, Gesellschafts- und Konzernrecht*: Strafrecht ist akzessorisch. – Wenn daher jene (außerstrafrechtlichen) Rechtsmaterien, die das unternehmerische Handeln allgemein regeln, *keine* entsprechende Handlungspflicht vorsehen, ist ein Unterlassen erlaubt und zwingend straflos.

Hier interessieren allein die Regeln für grenzüberschreitendes Wirtschaftshandeln: Haben die Entscheidungsträger eines *inländischen* Unternehmens Aufsichtspflichten im Hinblick auf die Unterbindung von Straftaten hierarchisch untergeordneter Personen, die für dieses Unternehmen im *Ausland* – unmittelbar oder über ein ausländisches Tochterunternehmen vermittelt – tätig werden? Inwiefern ist es – vor allem nach deutschem Recht, das hier im Zentrum stehen soll – zivilrechtlich oder auch wirtschaftsverwaltungsrechtlich sozialadäquat, die im Ausland eingesetzten Personen nicht zu beaufsichtigen? Dazu so gleich.

2.2.2 Grenzüberschreitende unternehmerische Aufsichts- und Überwachungspflicht

Die Konkretisierung von Aufsichtspflichten wird umso schwieriger, je komplexer die zu beurteilenden Sachverhalte sind, je weniger stabil und kontrollierbar die Krisengebiete sind, in denen investiert wird, und je unabhängiger die im Ausland eingesetzten Akteure sind. Entscheidend ist, inwiefern das inländische Unternehmen deren Tätigkeit beherrscht. Der Auslandseinsatz *eigener Mitarbeiter_innen* oder *Agent_innen*, die sich im Rahmen dieser Tätigkeit an strafbaren Handlungen beteiligen, lässt sich nach dem tra-

u.a. 2012, 223(232 ff). Siehe insgesamt Zerbes (Fn. 9), 11 f. Grundlegend Bülte, Vorgesetztenverantwortlichkeit im Strafrecht, Baden-Baden 2015, insbesondere 95 ff.

15 BGH, 17.7.2009, 5 StR 394/08, BGHSt 54, 44.

16 BGE 96 IV 155 (siehe insbesondere Erwägung II.4); BGE 105 IV 172 aus 1979 (Duldung des Vertriebs strafrechtswidriger harter Pornographie). Zu beiden Fällen kritisch Krauß (Fn. 14), 3 ff.; zum Fall Bührle auch Bülte (Fn. 14), 164 ff.

17 BGE 122 IV 103, 1979; dazu Bülte (Fn. 14), 166 ff.

18 Erwägung IV.2. Guter Überblick über die Schweizer Rechtsprechung zur Geschäftsherrenhaftung bis 2002 bei WiPrächtiger, Strafbarkeit des Unternehmers – Die Entwicklung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung, AJP 2002, 754 ff.

dierten Konzept der *Geschäftsherrenhaftung* erfassen. Der Geschäftsherr, der sich eines Gehilfen bedient, kann sich demnach nach § 831 BGB nur exkulpieren, wenn er „bei ... der Leitung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet“ hat (§ 831 BGB, Haftung für Verrichtungsgehilfen; im Wesentlichen deckungsgleich mit der Schweizer Rechtslage, Art. 55 chOR, Geschäftsherrenhaftung). Daraus lässt sich ableiten, dass der Geschäftsherr „generell auch Pflichten zur sorgfältigen Überwachung und Leitung“ und zur „Aufstellung und tatsächlichen Umsetzung von Dienstanweisungen und Richtlinien“ hat;¹⁹ unterlässt er dies, trifft ihn ein Überwachungsverschulden. Ganz parallel ist § 130 OWiG als *die* außerstrafrechtliche Regelung zu unternehmerischen Aufsichtspflichten konzipiert. Sie setzt ausdrücklich und ohne sich dabei auf das Zivilrecht zu beziehen²⁰ „Aufsichtsmaßnahmen“ voraus, „die erforderlich sind, um in dem Betrieb oder Unternehmen Zuwiderhandlungen gegen Pflichten zu verhindern, die den Inhaber treffen“.

Überwachungsverschulden wird bei Völkerrechtsverbrechen jedenfalls dann vorliegen, wenn dem hier ansässigen Geschäftsherrn Umstände bekannt sind oder bekannt sein müssten, die eine solche Überwachung nötig machen, er aber dennoch untätig bleibt. Ist für ihn erkennbar, dass eine Straftat durch einen im Ausland eingesetzten Gehilfen droht, liegt jedenfalls eine solche Situation vor. Wird ihm etwa von bestimmten Schwierigkeiten im Ausland berichtet, die bevorstehende oder laufende schwere Übergriffe der geschilderten Art nahelegen, müsste er dagegen einschreiten, seine Weisungsmacht gegenüber Mitarbeiter_innen und Agent_innen einsetzen; ein Wegsehen entlastet ihn nicht.²¹

Häufiger sind die unmittelbaren Täter_innen jedoch nicht Mitarbeiter_innen des in Deutschland ansässigen Unternehmens, sondern Angehörige einer eigenständigen *Tochtergesellschaft*. Das führt zu schwierig nachvollziehbaren, fallweise bloß faktischen Machtverhältnissen innerhalb von Konzernstrukturen.²² Die ausländischen Konzern-töchter arbeiten zwar zumeist formal unabhängig, z.B. als eigenständige AG. Aber ihre „faktische Selbständigkeit [...] beschränkt sich oftmals auf ein Minimum“, während „grundlegende Entscheide [...] von der Muttergesellschaft gefällt“²³ werden.

Aufgrund dieser Diskrepanz zwischen formaler Unabhängigkeit auf der einen Seite und tatsächlicher wirtschaftlicher Abhängigkeit andererseits sind die auf das Tochterunternehmen bezogenen Überwachungspflichten des Mutterhauses alles andere als geklärt.²⁴ An einem Ende des Meinungsspektrums stehen die nach wie vor allein an der Rechtsform ausgerichteten Stellungnahmen, die jeglichen Überwachungszusammenhang verneinen: Bei einer als AG errichteten Tochtergesellschaft sei die Holding bloß Mehr-

19 Spindler, BeckOK BGB, § 831 Rz 28 f.

20 Siehe Rogall, Karlsruher Kommentar zum OWiG, 4. Aufl., § 130 OWiG Rz 39 ff., der die Aufsichtspflichten unmittelbar aus § 130 OWiG ohne Rückgriff auf das BGB ableitet.

21 Zerbes (Fn. 9), 16, für die – wiederum im Wesentlichen gleiche – österreichische Rechtslage.

22 Zu bewerten sind auch solche Machtverhältnisse, die nicht von den in § 290 HGB definierten formalen Beherrschungsformen erfasst sind.

23 Schwenzer/Hosang, Menschenrechtsverletzungen – Schadenersatz vor Schweizer Gerichten, SZIER 2011, 273, 277; Urofsky, The Ralph Lauren FCPA-Case: Are there any Limits to Parent Corporate Liability?, Bloomberg BNA, 5.6.2013.

24 Generell Cassani, Grenzüberschreitende Korruption – internationale Zuständigkeit der Schweizer Strafrecht, in: Ackermann/Wohlers (Hrsg.), Korruption, Staat und Wirtschaft, Zürich 2010, 32 ff.; La compétence du juge pénal suisse à l'égard de l'infraction reprochée à l'entreprise, Zürich 2017, 357 ff.

heits- oder Alleinaktionär, als solcher ohne Weisungsbefugnis und damit auch ohne Überwachungshoheit.²⁵

Das *kann* nicht überzeugen, jedenfalls nicht in der typischen Konstellation eines Unterordnungskonzerns (§ 17 AktG), in der die rechtlich selbständigen Konzerntöchter faktisch von der Holding beherrscht werden.²⁶ Sie sind wirtschaftlich abhängig und zumindest informell den Entscheidungen aus dem Mutterhaus unterworfen, häufig werden sogar die Leitungsorgane aus dem Mutterhaus besetzt – diese sind dann freilich auch aus ihrer formalen Führungsposition in der Tochtergesellschaft zur Aufsicht verpflichtet –, die Holding hat zumindest „faktisches Durchgriffsrecht auf die Vorstände der abhängigen Unternehmen“, sie „bestimmt die Geschäftspolitik dieser Unternehmen“, der Konzern ist „faktisch wie ein Unternehmen organisiert. Die Tatsache, dass die einzelnen abhängigen Unternehmen rechtlich selbständig bleiben und daher der Konzern nicht dem aktienrechtlichen Unternehmensbegriff unterfällt, darf [muss!] im Bereich der Aufsichtspflichtverletzung außer Acht gelassen werden. Hier entscheidet allein die faktische Betrachtung“,²⁷ kurzum: Es bestehen grundsätzlich Aufsichtspflichten der Muttergesellschaft gegenüber ihren Tochtergesellschaften.²⁸

Erfüllt werden diese Aufsichtspflichten je nach Aufgabenbereich durch die einzelnen Führungskräfte im Mutterhaus. Schreiten diese daher nicht gegen die Begehung von Straftaten durch die zu beaufsichtigten Personen ein – hier: gegen Menschenrechtsverletzungen bis hin zu Völkerstraftaten –, machen sie sich mitunter als Garanten für diese Unterlassung strafbar.

Der dogmatische Weg, auf dem *grundsätzlich* eine strafrechtliche Mit-Verantwortung von in der Konzernholding beschäftigten Führungskräften zustande kommen kann, ist damit skizziert. Um tatsächlich eine strafrechtliche Aufarbeitung hier in Deutschland einzuleiten, sind allerdings noch weitere rechtliche Hürden zu bewältigen. Einerseits wurde erst festgestellt, dass Pflichten zur (grenzüberschreitenden) Aufsicht und Überwachung bestehen; damit sind die Quellen, aus denen sie sich *konkretisieren* lassen, noch offen (dazu unten 4.1).

Zweitens ist die *subjektive Tatseite* der betreffenden Führungskräfte zu klären: Inwiefern reicht Mitwissen – können sie sich durch Wegsehen aus der Affäre ziehen (2.4)?

25 Dreher, Kartellrechtscompliance. Voraussetzungen und Rechtsfolgen unternehmens- oder verbandsinterner Maßnahmen zur Einhaltung des Kartellrechts, ZWeR 2004, 75 (102 ff.); Deselaers, Uferlose Geldbußen bei Kartellverstößen nach der neuen 10% Umsatzregel des § 81 Abs. 4 GWB?, WuW 2006, 118 (123); Hellmann/Beckemper, Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl., Stuttgart 2013, Rn. 959.

26 Zerbes (Fn. 9), 18; Caracas, § 130 OWiG – Das lange Schwert der Korruptionsbekämpfung im privaten Sektor – Teil 1, CCZ 2015, 167 (168 f.); vorsichtiger ders., Verantwortlichkeit in internationalen Konzernstrukturen, Baden-Baden 2014, 86 f.; Fleischer, Corporate Compliance im aktienrechtlichen Unternehmensverbund, CCZ 2008, 1 (5); OLG Jena, 12.8.2009, 7 U 244/07 (Bestätigung der außerordentlichen Kündigung eines GmbH-Geschäftsführers der Muttergesellschaft, weil dieser Aufsichtspflichten gegenüber einer Tochterfirma verletzt hatte); der BGH, 1.12.1981, KRB 3/79, hat das Problem erkannt, aber bislang offensichtlich offengelassen.

27 Rogall (Fn. 20), § 130 OWiG Rz 27 ff.

28 OLG München, 23.9.2014, 3 Ws 599/14, 3 Ws 600/14; Pieth, Wirtschaftsstrafrecht, Basel 2016, 65 ff.; ders., Die strafrechtliche Haftung für Menschenrechtsverletzungen im Ausland, AJP 2017, 1005 (1013 f.); Feltl, Die Leitungsverantwortung des Vorstandes im Konzern, ecolex 2010, 358 (359 ff.); im Zusammenhang mit dem öVbVG Kert, Verbandsverantwortlichkeit im Konzern, in: Vavrovsky (Hrsg.), Handbuch Konzernhaftung, Wien 2008, 141, (163 f.).

Drittens ist jede unternehmerische Aufsichts- und damit Garantenpflicht auf *betriebsbezogene Straftaten* beschränkt; eine Voraussetzung, die Völkerrechtsverbrechen nicht ohne Weiteres erfüllen (dazu sogleich 2.3).

2.3 Betriebsbezogenheit

2.3.1 Traditionelle Grenze

Die spezifische Grenze der Garantenpflicht ergibt sich aus dem auf die Geschäftstätigkeit zugeschnittenen Überwachungsziel.²⁹ Aufsichtspflichtige sind nicht zur Abwendung sämtlicher Straftaten im Unternehmen zuständig, nicht einmal zur Abwendung aller Straftaten, zu denen die unternehmerische Tätigkeit Gelegenheit gibt. Strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung ist vielmehr auf die spezifische Gefahr der Tätigkeit „Betrieb“ – hier: Auslandsgeschäfte, Betrieb einer Tochterfirma etc. – beschränkt und damit auf solche Straftaten, in denen sich gerade diese spezifische Gefahr verwirklicht. Nur, wenn eine betriebsbezogene Straftat bevorsteht, werden Handlungspflichten der Leitungsorgane ausgelöst.³⁰

Betriebsbezogenheit wurde sowohl in der Judikatur als auch im Schrifttum bisher streng auf die eigentliche Tätigkeit des Unternehmens zugeschnitten. Das konkrete Arbeitsfeld der Mitarbeiter_innen wird in den Blick genommen: der jeweilige Arbeitsauftrag und der Ablauf der Produktion bzw. die jeweilige Dienstleistung. Im zuvor erwähnten *Fall Bührle*³¹ kam es dementsprechend darauf an, dass Mitarbeiter_innen eines Rüstungsunternehmens embargowidrige und somit strafbare Waffenlieferungen unternommen hatten – der oberste Chef des Unternehmens hatte wissentlich unterlassen, diese abzustellen. Ähnliches gilt für die Entscheidung gegen das Stahlwerk *Von Roll*.³² Die embargowidrige Lieferung von Kriegsmaterial an den Irak während des ersten Golfkrieges war jedenfalls betriebsbezogen.

Im deutschen *Mobbing-Urteil* hat es dem BGH demgegenüber an der Betriebsbezogenheit gefehlt, weil selbst wiederholte Misshandlungen, begangen durch eine Gruppe von Arbeitnehmern an einem ihrer Kollegen, keinen „inneren Zusammenhang zur ... im Rahmen des Arbeitsverhältnisses zu erbringenden Tätigkeit“³³ hätten.

Haben unter diesen Prämissen die Führungskräfte der VW-Tochter im geschilderten Fall einen *betriebsbezogenen Machtmissbrauch* begangen? – Nicht im Sinn eines „inneren Zusammenhang[es] mit der betrieblichen Tätigkeit des Begehungstäters oder mit der Art des Betriebes“.³⁴ Ausspähung, Versagen des Schutzes vor Folter und Verhaftung stehen außerhalb der betrieblichen Abläufe in diesem engen Sinn.

Nach einer jüngeren Ansicht wird der Begriff der Betriebsbezogenheit zwar durchaus erweitert, indem nicht nur an die konkrete betriebliche Tätigkeit angeknüpft wird, sondern an die Verletzung einer *betriebspezifischen*, i.S. einer dem Unternehmen als Arbeitgeber auferlegten *Pflicht*.³⁵ Aber selbst damit lassen sich von der Firmenleitung außerhalb

29 Bülte (Fn. 14), 177; die folgende Darstellung stimmt teilweise mit Zerbes (Fn. 9), 24 ff., überein.

30 BGH, 4 StR 71/11, BGHSt 57, 42.

31 Nachweise in Fn. 16.

32 BGE 122 IV 103 (1979).

33 Vgl. BGH Fn. 14.

34 Vgl. BGH Fn. 14.

35 Bülte (Fn. 14), 179 f.

der Arbeitssituation organisierte Gewaltakte nicht erfassen: Das Verbot, derartige Gewaltakte zu organisieren, gilt für jedermann gleichermaßen.

2.3.2 Vorschlag einer Neubestimmung

Die bislang judizierte Beschränkung der Geschäftsherrenhaftung hinterlässt den Eindruck, die tatsächlichen Machtverhältnisse zwischen dem lokal agierenden und dem geographisch weit entfernten, aber beherrschenden Unternehmen nicht angemessen zu bewerten. Aus dieser Perspektive liegt es nahe, die Betriebsbezogenheit einer strafbaren Handlung breiter als anhand der betrieblichen Arbeitsabläufe im engsten Sinn zu definieren.

Ausgangsüberlegung ist, dass der Betrieb einer Tochterfirma in einem Krisengebiet, in dem machtmisshäufiges Verhalten der Eliten gegenüber den nicht privilegierten Volksschichten zur Tagesordnung gehört, ein über die betrieblichen Abläufe hinausgehendes Gefahrenpotential eröffnet: das Risiko, dass die Führungsspitze der Tochterfirma zur Gewinnmaximierung, eventuell gemeinsam mit staatlichen oder parastaatlichen Machträgern, Gewaltakte gegen die Arbeitnehmer oder auch andere Teile des Volkes setzt. Und es fragt sich, ob dieses Gefahrenpotential nicht fallweise ebenfalls als typisch für die Erstreckung der Geschäftstätigkeit in das betreffende Gebiet angesehen werden müsste.

Um diesem Weg Konturen zu verleihen, müsste genauer abgesteckt werden, in welcher Region welche Art von Übergriffen i.S. einer Überwachungspflicht vorhersehbar sind. Derartige Risikoanalysen werden längst gemacht; sie gehören sogar zum Pflichtstoff von Compliance-Systemen, zu deren Entwicklung Unternehmen Profis beauftragen, wenn sie Investitionen in bestimmten Regionen planen.

Ein Unternehmen, das ein Projekt in einer destabilisierten Region entwickelt, müsste also erstens das damit verbundene Risiko abklären lassen; es müsste eine quantitative und qualitative *Risikoanalyse* erstellen lassen, ob und wie weitgehend damit zu rechnen ist, dass Mitarbeiter der eigenen Tochterfirma an schweren Übergriffen gegen die dortige Bevölkerung mitwirken. Zweitens müsste diese Risikoanalyse zur Grundlage eines *Überwachungskonzepts* gemacht werden. Betriebsbezogenheit einer Straftat wäre demnach nicht mehr eng tätigkeitsspezifisch zu verstehen, sondern in einem breiteren *regionsspezifischen* Sinn.

Ein *Zusammenhang* mit dem Betrieb als Form der wirtschaftlichen Tätigkeit bleibt freilich vorausgesetzt: Die Straftaten, auf die die Überwachungspflicht ausgerichtet ist, müssen, wenn auch nur mittelbar, dem unternehmerischen Ziel der Profitsicherung oder -maximierung dienen. Ob das bei VW *do Brasil* der Fall war, ist noch nicht geklärt. Eine Betriebsbezogenheit kommt nach dem hier vertretenen Verständnis dann in Frage, wenn es bei den betroffenen Arbeitnehmer_innen auch darum gegangen sein sollte, sie als Gewerkschaftsvertreter auszulöschen.

2.4 Subjektiver Tatbestand

Den Verantwortlichen im Mutterunternehmen mag häufig nur eine Art *willful blindness* hinsichtlich der Übergriffe im Ausland nachweisbar sein: bewusstes Wegsehen, ein Lieber-nicht-genauer-Hinsehen. Als ein *Hätte-wissen-müssen* erreicht dies zwar noch nicht die Stufe eines *Eventualvorsatzes* nach klassischem Konzept der Billigung einer zumin-

dest mitbewusst und ernsthaft in Betracht gezogenen Möglichkeit der Tatbestandsverwirklichung. Harte Grenzen zwischen Vorsatz und Vorsatzmangel wird es allerdings nur bei recht schlichten Vorgängen geben, aber nicht, wie hier, bezogen auf die Einschätzung des Handelns anderer Personen. Solche Vorgänge lassen sich kaum mit der Lehrbuch-Formel lösen, vielmehr ist die Grenze fließend. Und wenn der Betreffende den ihm zuge-tragenen Hinweisen auf Völkerrechtsverbrechen bewusst aus dem Weg geht, wird er solche wohl bereits ernstlich für möglich halten – wie sollte er sonst *bewusst* ausweichen?³⁶

Selbst wenn Vorsatz mangels Konkretheit der Vorstellungen ausgeschlossen werden muss, bleibt bei Völkerrechtsverbrechen freilich der Vorwurf von *Fahrlässigkeit*.

2.5 Zwischenfazit

Entscheidungsträger_innen – die Leitungsorgane oder die von diesen eingesetzten Füh-rungskräfte – sind aufgrund und im Rahmen ihrer Überwachungspflicht *Garanten* i.S. des § 13 StGB: Unterlassen sie die ihnen auferlegten Maßnahmen, die der Begehung einer strafbaren Handlung entgegenwirken würden, riskieren sie eine entsprechende straf-rechtliche (Mit-)Verantwortung.

Ursprünglich trifft die skizzierte Überwachungspflicht allerdings das Unternehmen selbst; es überträgt sie den individuellen Entscheidungsträger_innen, von denen bisher die Rede war. Für die *Leitungsorgane* einer Gesellschaft ergibt sich dies aus dem Gesetz: §§ 76 ff. AktG und § 116 AktG binden Vorstand³⁷ und Aufsichtsrat an „die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters“ (§ 93 Abs.1 AktG, auf den § 116 AktG verweist). *Führungskräfte* ohne Organstellung übernehmen die Überwachungs-pflichten durch ihren Dienstvertrag,³⁸ aus dem sich ihre leitende Zuständigkeit – hier: für die spezifische Auslandstätigkeit des Unternehmens – ergibt.³⁹

Die Ableitung der für individuelle Personen geltenden Pflichten aus den Pflichten des Unternehmens führt zur Überlegung, ob nicht auch dieses Unternehmen selbst einer strafrechtlichen Haftung ausgesetzt ist, wenn Straftaten – hier: schwere Menschenrechts-verletzungen – durch ausländische Akteure unter seiner Beherrschung begangen werden.

36 Zerbes (Fn. 9), 26.

37 Dementsprechend LG München, 10.12.2013, 5 HK O 1387/10, NZG 2014, 345: Abgeleitet aus dem Aktienrecht haftete ein Vorstandsmitglied einer AG für im Ausland abgewickelte Beste-chungszahlungen durch Mitarbeiter, da es trotz Hinweisen „auf die mangelnde Effizienz des Com-pliance-Systems“ nichts gegen diese illegale Geschäftstätigkeit unternommen hatte. Hier ging es zwar um die Haftung für den Schaden der Gesellschaft, nicht für Schäden Dritter. Die Entschei-dung ist jedoch sehr allgemein gefasst, wenn sie von an den Vorstand delegierten Überwachungs-pflichten des Unternehmens im Hinblick auf die Einhaltung auch ausländischer Rechtsvorschrif-ten spricht.

38 BGH 17.7.2009, 5 StR 394/08, BGHSt 54, 44 für den Leiter einer Innenrevision.

39 Hilf, Wiener Kommentar, 2. Aufl., § 2 StGB Rz 123 ff.

3 Verantwortlichkeit des Mutterunternehmens

3.1 Hintergrund

Bekanntlich hat sich Kontinentaleuropa mit der strafrechtlichen Verbandshaftung lange schwergetan,⁴⁰ während die angelsächsische Welt von vornherein weniger Probleme darin gesehen hat, zivilistisches Denken ins Strafrecht zu übertragen (sei es nach den Modellen der *vicarious liability*⁴¹ oder der *identification theory*⁴²). Inzwischen sind die grundsätzlichen Widerstände weitgehend überwunden. Dazu hat insbesondere die weltweite Harmonisierung der Normen gegen die Korruption beigetragen.⁴³ Im Anschluss daran wurde international die Haftung des Unternehmens auch für verschiedene weitere Formen der Wirtschaftskriminalität gefordert (insbesondere für Geldwäsche, Finanzierung des Terrorismus, Beteiligung am organisierten Verbrechen, aber auch etwa für *cyber crime*⁴⁴). In Deutschland ist die Haftung von Unternehmen für Straftaten nach wie vor im OWiG und damit außerhalb des Strafrechts i.e.S. geregelt. Die Einführung eines *kriminalstrafrechtlichen* Konzepts steht allerdings bevor; führend ist der Vorschlag eines Verbandsstrafgesetzbuchs (E-VerbStrG NRW).⁴⁵

Das Rom-Statut wurde zwar ungeachtet gewichtiger Stimmen in den Vertragsverhandlungen letztendlich auf natürliche Personen beschränkt.⁴⁶ Die Argumente für eine entsprechende Erweiterung haben sich mittlerweile allerdings verdichtet.⁴⁷ In ihrem Sinn lässt sich vorsichtig eine gewisse Weiterentwicklung wahrnehmen: Vor dem Sondertribunal für den Libanon⁴⁸ wurde erstmalig 2015 eine juristische Person angeklagt. Dieser, einem Fernsehsender, wurde vorgeworfen, die Namen geschützter Zeug_innen preisge-

40 Böse, Strafbarkeit Juristischer Personen – Selbstverständlichkeit oder Paradigmenwechsel im Strafrecht, ZStW 126 (2014), 132 ff.; Weigend, *Societas delinquere non potest? A German Perspective*, JICJ 2008, 927 ff.

41 Coffee, Corporate Criminal Liability: An Introduction and Comparative Survey, in: Eser u.a. (Hrsg.), *Criminal Responsibility of Legal of Collective Entities*, Freiburg i.Br. 1999, 14 ff.

42 Wells, Corporate Criminal Liability in England and Wales: Past, Present and Future, in: Pieth/Ivory (Hrsg.), *Corporate Criminal Liability, Emergence, Convergence, and Risk*, Dordrecht u.a. 2011, 91 ff.

43 EU: Zweites Protokoll zum Übereinkommen über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften (ABL C 221, 19.7.1997), Art. 3; United Nations Convention against Corruption (UNCAC, 2003); Inter-American Convention against Corruption (1996); OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions (1997); Europarat: Strafrechtsübereinkommen über Korruption (1999, SEV Nr. 173); Übereinkommen über die Manipulation von Sportwettbewerben (2014, SEV Nr. 215, noch nicht in Kraft); African Union: Convention on Preventing and Combating Corruption (2003).

44 Übereinkommen des Europarates über Computerkriminalität (2001, SEV Nr. 185).

45 Entwurf eines Gesetzes zur Einführung der strafrechtlichen Verantwortung von Unternehmen und sonstigen Verbänden des Landes Nordrhein-Westfalen.

46 Stoitchkova, Towards Corporate Liability in International Criminal Law, Antwerpen u.a. 2010, 13 ff.; Clapham, The Question of Jurisdiction Under International Criminal Law Over Legal Persons, Lessons from the Rome Conference on an International Criminal Court, in: *Liability of Multinational Corporations under International Law*, Kamminga/Zia-Zarifi (Hrsg.), Den Haag u.a. 2000, 139 ff.

47 Unter vielen: Kyriakakis, Corporate Criminal Liability and the ICC Statute: The Comparative Law Challenge, NILR 2009, 333 ff.; Kaeb, The Shifting Sands of Corporate Liability under International Criminal Law, The Geo. Wash. Int'l L. Rev. 2016, 351 ff.

48 Eingereicht nach S/RES/1757.

geben zu haben. Die Berufungsinstanz stellt zwar fest, dass sich Fragen der Verbandsstrafbarkeit (noch) durch keinen international-rechtlichen Standard lösen lassen. Es wendet sodann aber die nationalen Vorgaben an, hier: libanesisches Verbandsstrafrecht.⁴⁹

Während die Mehrheit der Staaten, die eine Verbandshaftung eingeführt haben, nicht nach Straftatbeständen differenzieren (soweit sie einen bestimmten Schweregrad erreichen), findet sich im angelsächsischen Recht, aber auch etwa in der Schweiz, eine Gesetzgebungstechnik, die nach Tatbeständen unterscheidet. Im angelsächsischen Recht entspricht das der eklektischen Methode des *statute law*, in der Schweiz ist das Vorgehen auf Befürchtungen der Wirtschaft um den Verlust ihres Standortvorteils für Mutterunternehmen zurückzuführen: Hier war man – zur Vermeidung von internationalen Wirtschaftssanktionen – zwar bereit, bei den schwersten Formen der Wirtschaftsdelinquenz (vor allem organisiertem Verbrechen, Geldwäsche, Korruption und Finanzierung des Terrorismus) eine starke, prinzipiale Form der strafrechtlichen Unternehmenshaftung einzuführen (Art. 102 Abs. 2 chStGB), während man für alle anderen Delikte (einschließlich Tötung, Körperverletzung und Umweltdelikte) eine schwache, subsidiäre Form vorsah, die kaum je zur Anwendung gelangen dürfte.⁵⁰ Die strafrechtliche Unternehmenshaftung ist daher nach wie vor ein enorm heikles kriminalpolitisches Konfliktfeld. Die Positionen verhärten sich, je mehr die Doppelmoral der Wirtschaft deutlich wird: Gerade in den problematischsten Branchen (Rohstoffhandel, Waffenhandel, Pharmazeutika und Finanzen) streichen Unternehmen ihre Achtung der Menschenrechte in CSR-Broschüren (dazu unten 4.1) hervor. *Leaks* wie die *Panama Papers*⁵¹ oder die *Paradise Papers*⁵² werfen allerdings ein ganz anderes Licht auf die Aktivitäten der betreffenden Unternehmen und der Manager des globalen Nordens im Süden und an offshore Plätzen: Korruption, Handel mit Konfliktmineralien, Landraub oder Waffenhandel in Konfliktgebieten sind Alltagsvorgänge. Die vielbeschworene Selbstregulierung scheint angesichts dieser Enthüllungen wenig überzeugend. Es führt daher kein Weg an einer Form der Co-Regulierung⁵³ vorbei, bei der internationales und nationales Recht sowie Selbstregulierung der Wirtschaft ineinandergreifen.

3.2 Haftungsmodelle

In der über 100jährigen Geschichte der strafrechtlichen Verbandshaftung haben sich – in weltweiter Betrachtung – unterschiedliche Modelle herauskristallisiert. Das US-amerikanische Modell der *vicarious liability* ist eine Ableitung der zivilrechtlichen Kausalhaftung des Prinzipals für den Agenten. Es kommt seit 1909 in einer Reihe von *statutes* bei bundesrechtlichen Vorsatztatbeständen zur Anwendung.⁵⁴ Danach steht das Unternehmen kausal für das Fehlverhalten sämtlicher Angestellter und abhängiger Drittpersonen (wie Agenten) ein. Allfällige Compliance-Anstrengungen können in der Strafzumessung entlastend berücksichtigt werden.

49 Case No. STL-14-05/A/AP, Al Jadeed, 8.3.2016, No. 188 ff.; dazu Kaeb (Fn. 47), 364 ff.

50 Kritisch Heine, Das kommende Unternehmensstrafrecht (Art. 100^{quater} f.), ZStrR 2003, 29 f.

51 Obermayer/Obermaier, Panama Papers, Die Geschichte einer weltweiten Enthüllung, Köln 2016.

52 NZZ v. 6.11.2017, Was zeigen die "Paradise Papers"? Zehn Antworten zu den neuen Leaks.

53 Pieth, Staatliche Intervention und Selbstregulierung der Wirtschaft, in: FS Lüderssen 2002, 317 ff.

54 NY Central & Hudson River Railroad Co. v. U.S., 212 US 481 (1909).

Auch die britische Variante ist bereits älteren Datums.⁵⁵ Allerdings macht das Hauptmodell das Unternehmen lediglich für Fehlverhalten von Organen im engeren Sinne verantwortlich⁵⁶ (*identification model*). Das moderne britische Modell⁵⁷ des *UK Bribery Act* verknüpft eine Kausalhaftung des Unternehmens für Fehlverhalten von Mitarbeiter_innen (*failure to prevent bribery*) mit einem Entlastungsbeweis der guten Verbandsführung und -organisation (*adequate procedures*).⁵⁸

Demgegenüber beruht die Verbandshaftung in den deutschsprachigen Ländern auf dem Entstehen des Verbandes für direktes Fehlverhalten des Organs bzw. für mangelnde Aufsicht und Organisation. Während jedoch das deutsche OWiG nach wie vor als verwaltungsstrafrechtliche Haftung ausgestaltet ist, kennen Österreich und die Schweiz eigentliche strafrechtliche Lösungen. Wird durch einen Organisationsmangel die Begehung der Tat zumindest erleichtert, begründet dies die Haftung des Unternehmens (§ 3 Abs. 3 öVbVG⁵⁹; Art. 102 Abs. 2 chStGB); der Staatsanwaltschaft obliegt die Pflicht zum Nachweis der Desorganisation. Österreich kennt daneben auch ein Identifikationsmodell: Wird die Straftat nicht durch irgendeinen Mitarbeiter, sondern durch einen Entscheidungsträger begangen, wird diese dem Unternehmen unmittelbar zugerechnet (§ 3 Abs. 2 öVbVG). In der Schweiz ist indessen manches im Umbruch,⁶⁰ da die Ansätze den internationalen Anforderungen nicht in jedem Punkt entsprechen.

Weltweit ist die Tendenz zu einem Sorgfaltspflichtmodell, einem „due diligence model of corporate liability“ festzustellen.⁶¹ Das entspricht auch internationalen Vorgaben.⁶²

4 Auf dem Weg zu einer klareren Verteilung von Verantwortlichkeit

4.1 Konkretisierendes Soft Law

Unternehmenshaftungsmodelle, die nicht einfach eine Kausalhaftung für Fehlverhalten von Angestellten und Agenten einführen mögen, stellen typischerweise auf die oben beschriebenen Sorgfaltspflichtverletzungen der Organe ab, auf die Verletzung der klassischen drei *curae* (*cura in eligendo, instruendo et custodiendo*).⁶³ Das Unternehmen steht – und das gilt als Selbstverständlichkeit – für vorsätzliches Fehlverhalten der Unternehmensleitung ein. Darüber hinaus steht aber vor allem die unzureichende Aufsicht und – im weiteren Umfeld dazu – die mangelnde Organisation im Vordergrund:

55 Pieth/Ivory, Emergence and Convergence: Corporate Criminal Liability Principles in Overview, in: Pieth/Ivory (Fn. 42), 7.

56 Tesco Supermarkets Ltd. v. Natrass, [1972] AC 153 at 1 (Reid LJ).

57 Raphael, Blackstone's Guide to the Bribery Act 2010, Oxford 2010, 57 ff.

58 Zu den Reformplänen vgl. Wells, Corporate Criminal Liability in England and Wales: Past, Present and Future, in: Pieth/Ivory (Hrsg.), Corporate Criminal Liability, Emergence, Convergence, and Risk, Dordrecht u.a. 2011, 107 ff.

59 Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit von Verbänden für Straftaten (VbVG), BGBl. I 151/2005.

60 Kritik am Schweizer Modell: Pieth, Wirtschaftsstrafrecht (Fn. 28), 76.

61 Zu einem „due diligence model of corporate liability“: Pieth, Final remarks: Criminal Liability and Compliance Programs, in: Pieth/Ivory (Fn. 42), 393 ff.

62 OECD Recommendation for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, Annex I.

63 Z.B. Art. 55 chOR.

Bei der Konkretisierung von Aufmerksamkeits- oder Sorgfaltspflichten, aber auch von Organisationspflichten, ist man – wie bei der Sorgfaltspflicht beim Fahrlässigkeitsdelikt oder der Garantenpflicht beim unechten Unterlassungsdelikt⁶⁴ – nicht auf strafrechtliche, ja nicht einmal auf lokale Rechtsnormen beschränkt: Was adäquate Compliance etwa bei der Korruptionsabwehr bedeutet, ist weitgehend von der internationalen *compliance industry* definiert worden, bevor es in die Gerichtspraxis Eingang gefunden hat.⁶⁵

In vergleichbarer Weise wird sich über kurz oder lang ein Regelwerk der adäquaten Compliance-Normen im Menschenrechtsbereich herausbilden: Unter dem Schlagwort *Corporate Social Responsibility* (CSR) besteht ein starker transnationaler Trend, die Mitverantwortung der herrschenden Konzerngesellschaft nicht mehr bloß ethisch, sondern auch rechtlich zu verankern. So haben sich auch hier längst durchaus hohe *Soft-law*-Maßstäbe etabliert, die das unternehmerische Verhalten auch bei Auslandsinvestitionen an die Einhaltung von Menschenrechten, von menschenwürdigen Arbeitsbedingungen, von Sozialstandards, von Umweltschutzstandards etc. binden. Führend sind die international konsentierten *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*⁶⁶ (auf Unternehmen bezogen: Nr. 13 ff.) und die *UN Guiding Principles*,⁶⁷ die aus den sog. *Ruggie Principles*⁶⁸ abgeleitet wurden.

In Frankreich etwa wurden diese Standards sogar in den *Code de commerce*⁶⁹ übernommen, in der Schweiz sind sie Gegenstand der Konzernverantwortungsinitiative (siehe unten 4.2), aber in den meisten Staaten erreichen sie nicht die Verbindlichkeit von Gesetzen.⁷⁰ Die oben skizzierte Voraussetzung der Aufsichtspflichten einer zumindest faktischen Hierarchie ändern sie also nicht. Auch wenn daher etwa Nr. 13 der UN-Leitprinzipien fordert, „dass Wirtschaftsunternehmen [...] bemüht sind, negative Auswirkungen auf die Menschenrechte zu verhüten oder zu mindern, die auf Grund einer [bloßen] Geschäftsbeziehung [...] unmittelbar verbunden sind, selbst wenn sie nicht zu diesen Auswirkungen beitragen“, wird damit keine entsprechende Aufsichtspflicht gegenüber unabhängigen Geschäftspartnern begründet. Sie überbrücken auch nicht das Erfordernis der Betriebsbezogenheit der Straftat (oben 2.3), auf die sich die den Unternehmen auferlegte Aufsicht bezieht.

64 Pieth, Wirtschaftsstrafrecht (Fn. 28), 68; Stratenwerth, Voraussetzungen einer Unternehmenshaftung de lege ferenda, ZStrR 2008, 10.

65 Pieth, Wirtschaftsstrafrecht (Fn. 28), 73 f.

66 Abrufbar unter www.oecd.org/berlin/publikationen/oecd-leitsaetze-fuer-multinationale-unternehmen.htm (letzter Aufruf 12.2017).

67 www.globalcompact.de/publikationen/leitprinzipien-wirtschaft-und-menschenrechte-deutsch (letzter Aufruf 12.2017); zur Entstehungsgeschichte und inhaltlichen Grenzen kritisch Massoud, Die Guiding Principles on Business and Human Rights – eine absehbar begrenzte UN-Agenda, KJ 2013, 7, (8 ff.).

68 Ruggie, Protect, Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights 2008, www.reports-and-materials.org/sites/default/files/reports-and-materials/Ruggie-report-7-Apr-2008.pdf (letzter Aufruf 12.2017); dazu Pieth, Justice Beyond Borders: Criminal Responsibility of Parent Corporations for Offences of their Subsidiaries, in: BSC Martin/RA Koen (Hrsg.), Essays in Honour of Lovell Derek Fernandez, Capetown 2015, 33 (40 f.); ders. (Fn. 14), 1137 ff.; kritisch zum beschränkten UN-Mandat Ruggies: Massoud (Fn. 67), 13.

69 Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre.

70 Kritisch daher Massoud (Fn. 67), 11.

Ungeachtet dessen können derartige CSR-Regulierungen ebenso wie die erwähnten sonstigen international anerkannten Compliance-Standards die Bedeutung gewinnen, Aufsichtspflichten, die *prinzipiell gesetzlich verankert* sind, zu konkretisieren.⁷¹ Damit stehen sie den Strafrichtern schon heute zur Verfügung. Die gesetzlichen Regeln binden nämlich zumeist sehr allgemein an die erforderliche Sorgfalt oder die „Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters“ (§ 93 AktG, siehe oben). Mit einer derartigen Offenheit verweisen sie auf die in den entsprechenden Verkehrskreisen geltenden Verhaltensregeln – eine Regelungstechnik, wie sie vor allem die traditionelle Fahrlässigkeitsdogmatik prägt, man denke z.B. an die Sorgfaltsregeln zur Bedienung gefährlicher Geräte, an die *leges artis* für medizinische Eingriffe etc., die die gesetzliche Bindung an die erforderliche Sorgfalt ausfüllen.

Die CSR- und Compliance-Konzepte lassen sich dementsprechend zur Ausfüllung der wirtschaftlichen Sorgfaltsnormen heranziehen.⁷² Immerhin wurden sie unter umfassender Beteiligung der internationalen Wirtschaftsverbände und damit der betroffenen Stakeholder entwickelt; unter den Angehörigen der global agierenden Wirtschaft gehören sie damit zum allgemein akzeptierten Standard.⁷³ Soweit sich aus ihnen daher eine konkrete Verhaltensvorgabe für einen aufsichtspflichtbegründenden Sachverhalt ableiten lässt, könnten sie als verbindliche Sorgfaltsregel aus dem entsprechenden Verkehrskreis gelten.

Bei der Ausweitung der Geschäftstätigkeit in Krisengebiete geht daher etwa (auch) aus den Erläuterungen Nr. 40 ff. der OECD-Leitsätze hervor, dass es zur Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters gehört, bei drohenden (menschenrechtsverletzenden) Straftaten durch Angehörige einer beherrschten Tochterfirma seine Aufsichtsrolle durch klare, einhaltgebietende Anweisungen wahrzunehmen.⁷⁴

Anders als bei den Themen der Geldwäsche oder Korruption fehlt im Menschenrechtsbereich aber noch ein durchschlagendes Monitoring der nationalen Gerichtspraxis. Letztendlich „behalten die standardsetzenden Unternehmen in aller Regel selbst die Kontrolle und Entscheidung über Implementation und Kontrollen“ der CSR-Standards; „Definitions- und Interpretationshoheit“ liegt noch immer bei ihnen.⁷⁵ Das bestehende Monitoring der UN⁷⁶ ist so schwach wie vieles, was diese Organisation vorsieht, weil der Standard von unwilligen Regierungen auf den kleinsten gemeinsamen Nenner gedrückt werden kann.

4.2 Die Schweizer Konzernverantwortungsinitiative

Die Schweizer Konzernverantwortungsinitiative,⁷⁷ die die Kernforderungen der *Ruggie Principles* in verbindliches Recht überführen möchte, setzt nicht beim Strafrecht an. Sie will in ihrem Kern die Unternehmen zur Sorgfalt dahingehend verpflichten, „geeignete

71 Pieth (Fn. 68), 35 ff.

72 Zur ihrer rechtlichen Qualität trotz Vagheit Kocher, Corporate Social Responsibility: Eine gelungene Inszenierung?, KJ 2010, 29 (31).

73 Kocher (Fn. 72), 33.

74 Herausgearbeitet von Saage-Maaß (Fn. 10), 231 ff.

75 Kocher (Fn. 72), 34 f.

76 UNO: IPbPR (1966, in Kraft seit 1976), gem. Art. 49, Art. 40.

77 Abrufbar unter <http://konzern-initiative.ch> (letzter Aufruf 12.2017).

Massnahmen zur Verhütung von Verletzungen international anerkannter Menschenrechte und internationaler Umweltstandards zu ergreifen, bestehende Verletzungen zu beenden [...] [D]iese Pflichten gelten in Bezug auf kontrollierte Unternehmen sowie auf sämtliche Geschäftsbeziehungen; der Umfang dieser Sorgfaltsprüfungen ist abhängig von den Risiken in den Bereichen Menschenrechte und Umwelt“. Damit will sie den Ansichten entgegenreten (oben 2.2.2), die selbst im Unterordnungskonzern jegliche Verantwortlichkeit des beherrschenden Unternehmens für Menschenrechtsverletzungen der Konzentochter ablehnen.

Allerdings versteht sich nach dem Gesagten für die Geschäftsherren- wie für die Unternehmenshaftung, dass eine Präzisierung der Aufsichtspflichten im Unternehmen die Haftungsprinzipien konkretisieren würde. Das zeigt der weitere Text: „Die Unternehmen haften auch für den Schaden, den durch sie kontrollierte Unternehmen aufgrund der Verletzung von international anerkannten Menschenrechten oder internationalen Umweltstandards in Ausübung ihrer geschäftlichen Verrichtung verursacht haben“. Unternehmen, die beweisen, „dass sie alle gebotene Sorgfalt ... angewendet haben,“ haften nicht. Es ist somit nicht ohne Weiteres nachvollziehbar, weshalb gerade die Wirtschaftslobby etwas dagegen einzuwenden hat, dass mit mehr Klarheit auch erhöhte Rechtssicherheit geschaffen wird.⁷⁸

Allerdings haben sich die Defizite der Schweizer Regelung der Haftung des Unternehmens bereits oben angedeutet: Während die prinzipiale Haftung nach Art. 102 Abs. 2 chStGB (die das Unternehmen dafür verantwortlich macht, „dass es nicht alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehren getroffen hat, um eine solche Straftat zu verhindern“) den internationalen Anforderungen entspricht, ist die subsidiäre Regelung von Art. 102 Abs. 1 chStGB (nach der das Unternehmen lediglich dafür einzustehen hat, dass mangels Organisation für die Bezugstat kein Individuum hat zur Verantwortung gezogen werden können) manifest nicht praxistauglich.⁷⁹ Und Art. 102 Abs. 1 wäre gerade auf die meisten durchaus auch schweren Menschenrechtsverletzungen anwendbar.

Die Untauglichkeit der aktuellen Schweizer Lösung reflektiert eine generelle Malaise, aber sie macht sich in Bezug auf Menschenrechtsverletzungen in besonderer Weise bemerkbar. Man kann sich des Eindrucks nicht erwehren, dass hier hinter der Maske des internationalen „Musterschülers“ in Sachen Unternehmensethik ein Piratenhafen zum Vorschein kommt.

5 Fazit

Mit der Auslagerung von Betriebsstätten in Krisengebiete ist durchaus das strafrechtliche Risiko verbunden, für krisengebietsbezogene Übergriffe auch strafrechtlich zur Verantwortung gezogen zu werden – auch bei bloßer Untätigkeit. Das für derartige Konstellationen zur Verfügung stehende Zurechnungsmodell ist das Unterlassungsdelikt. Sein Kern ist die Garantenstellung: eine Verpflichtung, dem inkriminierten tatbestandlichen Erfolg entgegenzuwirken. Im Kontext mit wirtschaftlicher Tätigkeit sind hierzu die *Pflichten der Leitungsorgane und Entscheidungsträger* in einem Unternehmen – der so

⁷⁸ Pieth, AJP 2017 (Fn. 28).

⁷⁹ Kritisch Arzt, Strafbarkeit Juristischer Personen: Andersen, Vom Märchen zum Alptraum, SZW 2002, 227.

genannten Geschäftsherren – heranzuziehen, die ihnen hierarchisch untergeordneten Mitarbeiter, aber auch die von dem betreffenden Unternehmen wirtschaftlich abhängigen Akteure, die im Ausland eingesetzt werden, *zu beaufsichtigen*, selbst wenn diese formal eigenständig organisiert sind. Das lässt sich zwanglos aus den gesetzlichen Funktionsbeschreibungen des Gesellschafts- und Konzernrechts oder dem Arbeitsvertrag ableiten, nach dem sie diese Aufsichtspflichten, die dem Unternehmen als solchem auferlegt sind, übernommen haben.

Aufsichtspflichten, die dem Unternehmen als solchem auferlegt sind: Auch dem Unternehmen droht mittlerweile in vielen Sitz-Staaten eine strafrechtliche Haftung, die – so jedenfalls nach dem typischen Konzept einer Verbandsverantwortlichkeit – gerade an die beschriebenen Aufsichtspflichten anknüpft.

Diese Pflichten wurden mittlerweile unter Beteiligung der internationalen Wirtschaftsverbände auch punkto Menschenrechtsschutz konkretisiert (CSR). Diese gelten zwar bloß als insofern nicht verbindliches *soft law*, gehören aber zum allgemein akzeptierten Verhaltensstandard der globalen wirtschaftlichen Tätigkeit. Damit geben sie den als solchen gesetzlich vorgesehenen Aufsichtshierarchien ihre Inhalte.

Entscheidende Frage ist, welche Straftaten es denn sind, auf die sich diese unternehmerische Aufsichtspflicht erstreckt, und hierzu hat sich der Begriff der *Betriebsbezogenheit* eingebürgert. Das ist durchaus sinnvoll, denn auch die Chefin oder der Chef ist natürlich nicht pauschal für ein straffatfreies Leben der Angestellten verantwortlich. Also kann es nur um Straftaten gehen, die mit der betrieblichen Tätigkeit, mit dem konkreten Einsatz der Mitarbeiter_innen verbunden ist. Dieser Zusammenhang wird traditionell recht eng verstanden: als Straftaten, die quasi in Erfüllung des unternehmerischen Ziels begangen werden, also etwa beim Verkauf von Ware oder bei der Produktion als solcher, bei der Preisgestaltung – Stichwort: Preiskartelle – oder bei der Bewerbung für Aufträge – Stichwort: Bestechung, Submissionskartelle etc.

Das führt zur Überlegung, ob ein derartiges „geschäftsspezifisches“ Verständnis der Betriebsbezogenheit zwingend ist, und diesbezüglich wurde oben überlegt: Nein, gerade für das Betreiben von abhängigen Firmen in ausländischen Krisengebieten lässt sich die Betriebsbezogenheit von Vorgängen, die der Aufsichtspflicht unterliegen, breiter verstehen.

Eine gesetzliche Verankerung der skizzierten CSR-Regeln, wie es den Initianten der Schweizer Konzernverantwortungsinitiative vorschwebt, könnte genau das bewirken: nicht nur Rechtssicherheit, sondern auch eine Neubestimmung der Verantwortung außerhalb der im ganz engen Sinn betrieblichen Abläufe. Es wäre ein großer Schritt zum Einsatz wirtschaftlicher Macht nicht nur zur Profitmaximierung, sondern zum Schutz der zur Profitmaximierung eingesetzten Menschen vor Menschenrechtsverletzungen.