

Herausgegeben von: Ministerialrat a. D. Dr. Erich Göhler, Bonn – Präsident des Bundeskartellamtes a. D. Prof. Dr. Wolfgang Kartte, Berlin – Prof. Dr. Günter Kohlmann, Köln – Rechtsanwalt und Notar Dr. Wilhelm Krekeler, Dortmund – Steuerberater Karl-Heinz Mittelsteiner, Hamburg – Ministerialrat Dr. Manfred Möhenschlager, Bonn – Präsident des Bundesgerichtshofs a. D. Prof. Dr. Gerd Pfeiffer, Karlsruhe – Prof. Dr. Erich Samson, Kiel – Präsident des Oberlandesgerichtes a. D. Günther Weinmann, Stuttgart. **Schriftleitung:** Prof. Dr. Erich Samson – Dr. Roland Schmitz, Institut für Umweltschutz-, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht der Universität Kiel – Prof. Dr. Wolfgang Joecks, Universität Greifswald

Rechtsanwalt Dr. Volker Gallandi, Gorxheimertal

### Professionell adäquate Kriminalität

Eine Anmerkung zu Schwierigkeiten mit Dunkelziffern und Labeling

#### 1. Die Problemstellung

Als die Diskussion über die Strafbarkeit von Parteispenden geführt wurde, fanden sich Autoren bereit, die Straflosigkeit des Handelns der Parteien und ihrer Suborganisationen zu bestätigen<sup>1</sup>. Selbiges passiert, nachdem in den Geschäftsräumen der Dresdner Bank AG und zahlreicher anderer Banken und ähnlicher Organisationen durchsucht wurde<sup>2</sup>.

Von den Ermittlungen betroffen sind wie bei der Kassenarzt kriminalität<sup>3</sup> oder beim Ausschreibungsbetrug<sup>4</sup> gesellschaftlich etablierte Gruppierungen, die für sich die Vermutung legalen Handelns in Anspruch nehmen möchten, d. h. eine Art präventiven Ermittlungsverzicht wünschen.

Dieser Beitrag stellt die Frage, ob die Auseinandersetzung der Justiz mit den betreffenden Gruppen nicht eher dokumentiert, daß angesichts der modernen Ausdifferenzierung von technischen Leistungen und Dienstleistungen, politischer und wirtschaftlicher Macht und den sich daraus ergebenden variantenreichen Kriminalitätsformen die klassische Strafverfolgungsorganisation aus Polizei, Staatsanwaltschaft und Gericht gegenüber professionell adäquater Kriminalität immer ineffizienter agiert. Oder wie es neulich ein Staatsanwalt formulierte: „Unter uns gesagt, wir erwischen nur die Doofen.“

#### 2. Strukturelle Vorgaben für Labeling und Dunkelfeld

Geht man nach dem Wahrscheinlichkeitsgrundsatz „Was gemacht werden kann, wird auch gemacht“, ist nachvollziehbar, wann sich in welchen Bereichen strafrechtlich relevantes Verhalten entwickelt und staatlich oder nichtstaatlich sanktioniert wird oder auch nicht.

Hierbei können, ohne Anspruch auf Vollständigkeit, Typen von struktureller Kontrollineffizienz gebildet werden, die sich aus Erfahrungssätzen ableiten lassen:

- Kriminalitätswahrscheinlichkeit besteht immer dann, wenn der Täter einen relativ hohen Nutzen bei einem relativ geringen Risiko erwartet.
- Der Täter muß für die Kalkulation von Nutzen und Risiko eine Art Multifaktorenprognose abgeben und bemüht sein, sämtliche Faktoren, die den Umfang des Risikos und den Umfang des möglichen Nutzens, seine Fähigkeiten, Eigenschaften des Opfers und Umfeldes usw. bestimmen, zu kennen und genau im voraus zu erfassen, um planmäßig vorgehen zu können.

- Hilfreich werden dem Täter dabei die Faktoren sein, die er beherrschen kann, beim Computerbetrug den Computer, beim Diebstahl den kontrollfreien Raum, bei Delikten im Rotlichtmilieu das räumliche Viertel und die sozialen Kontakte, bei treuwidrigen Handlungen im Konzern die Abschirmbarkeit der organisatorischen Einheit, beim Umweltdelikt im großen Chemieunternehmen den abgrenzbaren Betriebsteil etc.
- Neben den räumlichen Strukturen und der günstigen Situation wird die Fähigkeit, unentdeckt oder sonstwie unsanktioniert handeln zu können, um so mehr vom planerischen und professionellen Geschick abhängen, je schwieriger die Kontrolle ist. Während der Handtaschendiebstahl auf offener Straße für jeden erkennbar eine Straftat ist, kann das Fertigen von Raubkopien aus einer Software selbst für den Profi nachher vielleicht nicht oder nur mit großen Mühen nachvollziehbar sein.
- Häufig werden spezielles Know-how und spezielles professionelles Vorgehen zur Schaffung günstiger Situationen, zur Verschleierung von Spuren etc. zusammenwirken müssen, um eine rundum professionelle Handlung darzustellen.

Aus Zeitungen und Spielfilmen sind regelmäßig professionelle Kenntnisse populär geworden, die sich auf das Beherrschen von Schußwaffen, die Fähigkeit zu schnellen Verfolgungsfahrten etc. ergeben. Im Film „Der Pate II“ wird eine speziellere Professionalität geschildert. Der junge Vito Corleone wird in die kriminellen Praktiken hineingezogen, indem sich direkt gegenüber der eigenen Wohnung ein Fenster öffnet und jemand sagt „Du bist doch Sizilianer, kannst du mir mal einen Gefallen tun“. Er gibt ihm dann sofort ein verhülltes Paket „zum Aufbewahren“. In dem Paket befinden sich Pistolen, die der Nachbar später mit der Frage zurückholt, ob Vito Corleone in das Paket hineingeschaut habe, er verneint. Mit der direkten Bereitschaft, zu handeln, und der dann mit der Antwort „nein“ geäußerten Bereitschaft, sich in ein arbeitsteiliges System zu integrieren, ohne Fragen zu stellen und nachzuforschen, qualifiziert er sich für weitere Kooperationen.

1 Vgl. etwa Kohlmann „Zur Bindungswirkung steuerlicher Regelungen im Bereich der Parteienfinanzierung – dargestellt am Beispiel der Staatsbürgerlichen Vereinigung“, *wistra* 1986, 85 ff.  
2 Vgl. etwa Hassemer, „Professionelle Adäquanz“, *wistra* 1995, 41 ff., 81 ff.  
3 Vgl. BGH, *wistra* 1992, 95 ff.  
4 Vgl. BGH, *wistra* 1992, 98 ff., mit Anmerkung Joecks, „Zur Schadensfeststellung beim Submissionsbetrug“, *wistra* 1992, 247 ff.

Es ist evident, daß diese Art von Mitwirkung überall dort angezeigt ist, wo die Inhaberschaft von Teilwissen auch zum ordnungsgemäßen professionellen Ablauf gehört. In einem System, in dem Kommunikationsstränge und Abhängigkeiten zu einem gut organisierten Netzwerk verknüpft werden, wird daher ohne Insiderwissen die Abgrenzung von legalem und illegalem professionellen Handeln kaum gelingen. Die Strafverfolgungsbehörden reagieren konsequent mit dem Wunsch an den Gesetzgeber, wenigstens die Gespräche abzuhören und V-Männer einsetzen und mit der Kronzeugenregelung einen Anreiz zum Plaudern geben zu dürfen. Bevor man die Zulässigkeit von solchen Interventionen der Strafverfolger prüfen kann, lohnt sich jedoch ein Blick auf das, was das Professionelle, jedenfalls auch, typisiert.

### 3. Typisierungen des Professionellen

Es ist bereits dargelegt worden, daß der Profi möglicherweise anders arbeitet als der Spontantäter. Der eine riskiert den Überfall auf offener Straße und will in einer kurzen Aktion schnell seinen Vorteil erreichen (Handtaschendieb), der andere arbeitet über eine lange Zeit und viele räumliche und technische Bereiche hindurch, um sämtliche hineinwirkenden Faktoren zu beherrschen. Dies gibt der professionell adäquaten Kriminalität naturgemäß eine andere Typologie als allen unintelligenteren Formen der Kriminalität. Im einzelnen:

a) Möglich ist ein geplanter Eingriff bereits in die Faktoren, die zur gesetzmäßigen Bestrafung zusammenwirken müssen, Gesetzgebung, Ermittlungsverfahren, Wertung von Beweismitteln, organisatorische Effizienz der Strafverfolger, ausreichende Besetzung der Strafverfolgungsbehörden, ausreichende Qualifikation der mit der Strafverfolgung befaßten Personen etc. Mit unzureichend qualifizierten Beamten, unzureichenden Gesetzen, unzureichendem Zugriff auf Beweismittel etc. gerät die staatliche Strafverfolgung zwar in den Ruf prophylaktischer Strafvereitelung, für professionelle Kriminalität ergeben sich jedoch direkte Ansatzpunkt zur Reduzierung des eigenen Risikos.

b) Die erste Intervention ist bereits im Gesetzgebungsverfahren möglich. Man kann lobbyistisch Privilegien durchsetzen, daß etwa die Bestechung von Abgeordneten straffrei ist, daß eine bestimmte Verfehlung nur als Ordnungswidrigkeit geahndet werden kann, eine kurze Verjährungszeit festgelegt wird etc. Zu dieser Art der Prophylaxe gehört auch die Einflußnahme auf die Haushaltsposten der Behörden, deren Ineffizienz gewünscht ist, und von deren Tätigkeit die Strafverfolgungsorgane im engen Sinne abhängig sind. Wenig oder unzureichend strukturiertes und ausgebildetes Personal zur Kontrolle der Einhaltung von Außenwirtschaftsgesetz, Lebensmittelgesetz, Kreditwesengesetz, Gesundheitsvorschriften usw. und/oder gebundenes Ermessen im Sinne einer Fesselung verhindern dann geplant Effizienz.

c) Die zweite Intervention kann sich auf die Wahrscheinlichkeit der Entdeckung beziehen. Bei räumlicher und zeitlicher Beherrschung aller Spuren, die zur Entdeckung der Tat und der Täter führen können, Beherrschung aller Datenträger und Personen ist der Zugriff für die Strafverfolgung strukturell ineffizient. Daten im PC können gelöscht, Papiere in den Reißwolf gesteckt und potentielle Zeugen umstrukturiert oder desinformiert werden, die Art und Weise des jeweils geeigneten Vorgehens ergibt sich aus der Struktur des jeweiligen Unternehmens oder der jeweiligen Behörde als gesellschaftliches Subsystem, das nach eigenen Sachgesetzmäßigkeiten und Regeln funktioniert. Diese „Insiderkriminalität“ setzt genaue Kenntnis der Organisation, der Abläufe, der technischen Hilfsmittel, der Räumlichkeiten etc. voraus. Hinzu kommt die Fähigkeit des Täters, gestaltend auf diese Faktoren einwirken zu können. Angestrebt wird dann eine spezielle Form des „Datenschutzes“, d. h. die Nichtzugänglichkeit von Informationen, die die Spur auf die Tat und die Täter lenken können. Entsteht etwa bei einer Bank, z. B. durch treuwidrige Handlungen eines Abteilungsleiters, Direktors

oder des Vorstandes, ein Wertberichtigungsbedarf, kann sowohl die Feststellung des Wertberichtigungsbedarfs selbst, seine Größenordnung als auch die rechtliche Einordnung so definiert werden, daß die Wahrscheinlichkeit einer Strafverfolgung sehr unwahrscheinlich wird.

d) Eine dritte Intervention kann stattfinden, wenn das Ermittlungsverfahren läuft. Der Austausch der ermittelnden Personen, Einwirkungen auf dieselben, Einflußnahme auf die beschlagnahmten Unterlagen, auf das Weisungen gebende Justizministerium etc. können zu einer Demotivierung der Strafverfolger führen. Auch hier bedarf es eines speziellen professionellen Know-hows über juristische, politische und organisatorische Zusammenhänge.

e) Die vierte Intervention ist bei der Auswertung der Beweismittel möglich. Während viele Fachbegriffe und Datenträger dem Ermittlungsbeamten überhaupt nichts sagen, so daß er Sachverständige hinzuziehen muß, kann längst eine Einflußnahme auf den Sachverständigen stattgefunden haben. Diese professionelle Einwirkung hat um so größere Chancen, je wahrscheinlicher es ist, daß der Sachverständige nicht aus der Behördenorganisation der Ermittlungsbehörde rekrutiert werden kann. Schließlich können Organisationen, Verträge, Verflechtungen etc. so strukturiert werden, daß Mehrdeutigkeiten, Unklarheiten, Alternativen etc. genutzt werden wie eine gute Software. Es läßt sich dann nicht widerlegen, daß der Vertrag X zugrunde zu legen ist, wonach der Geschädigte einer Schädigung zugestimmt hat (z. B. bei Warenterminhändlern), es kann nicht ausgeschlossen werden, daß der Y gar keinen Zugriff auf diese organisatorische Einheit, in der die Straftat begangen wurde, hatte. Der Grundsatz „Im Zweifel für den Angeklagten“ erleichtert für den, der professionell Zweifel setzen kann, enorm die Arbeit.

f) Eine strukturelle Blockade ist weiterhin möglich, wenn die Gruppe oder Organisation, die möglicherweise der Strafverfolgung ausgesetzt ist, ein Bestreben hat, nach außen als fehlerfrei, rein, integer etc. zu erscheinen.

In diesem Fall kann sich selbst bei nicht organisierten Delikten jedes Mitglied der Gruppe auf eine Art Kameraderiestruktur verlassen, die dazu führt, daß Beweismittel vernichtet werden, Kollegen günstig aussagen etc.

Aus der Presse bekannt sind in diesem Zusammenhang die regelmäßig nicht zur Verurteilung führenden Verfahren gegen Polizisten wegen Körperverletzung im Amt, das Stillschweigen über sexuellen Mißbrauch durch Priester oder Vertuschungsmuster nach dem klassischen Labeling: Die Tochter aus dem Prominentenviertel wird nach dem Ladendiebstahl von der Polizei zu den Eltern gebracht, die gleichaltrige Ladendiebin aus dem sozialen Brennpunkt bekommt die Anklageschrift und muß zur öffentlichen Hauptverhandlung antreten.

g) Unendlich sind schließlich die Möglichkeiten, die sich für den professionellen Täter daraus ergeben, daß die Weiterentwicklung von Wissenschaft, Organisation und Technik immer neue Varianten der Begehung entstehen läßt, die nur dem Profi zugänglich sind. Während man vielleicht weiß, was der schlecht kontrollierte Bauunternehmer an schlechten Baustoffen und Pfusch einbauen wird, wird man sich überraschen lassen müssen, welche Mißbrauchsformen sich aus der Entdeckung neuer Chemikalien, etwa im Lebensmittelrecht, aus der Gentechnik, im Kunstfehlerbereich oder bei der Verschleierung von Wirtschaftskriminalität in allen Formen ergeben.

### 4. Die Wahrscheinlichkeit gesellschaftlicher Reaktionen

Die beschriebene Spezialisierung im Aufbauen straffreier Deliktsbereiche durch Professionalisierung führt dazu, daß sich gegen kriminelle professionelle Handlungen nur noch diejenigen wehren können, die die ausreichenden finanziellen Mittel haben, sich selbst adäquate Professionalität zu beschaffen. Macht etwa eine Bank eine

Anschlußfinanzierung bei einem Bauträger, den eine konsortialführende Bank als Kunden eingeführt hat, wird man den Verdacht der Untreue durch eigene Profis ermitteln lassen und dies nicht der zuständigen Staatsanwaltschaft übergeben. Das System professionell adäquater Kriminalität läßt also gleichsam balancierend Gegen(macht)systeme entstehen. Das Risiko für die Akzeptanz staatlicher Stellen ist, daß die ihr verbleibende Kriminalitätsbekämpfung „für die Armen“, nur symbolische Effizienz hat.

Der Eindruck, professioneller Überlegenheit hilflos ausgeliefert zu sein und gegen professionell adäquate Kriminalität nichts machen zu können, würde ohne Zweifel das Rechtsgefühl weiter Teile der Bevölkerung beeinträchtigen. Daher ist feststellbar, daß sowohl die Rechtsprechung als auch die Gesetzgebung eine starke Tendenz zeigen, der sich ausbreitenden strukturellen Übervorteilung durch Zusammenwirken von Profis aller Art Grenzen zu setzen. Wo mit cleveren Techniken, ausgeklügelten Verträgen, Schulungen in der Technik des Überrumpelns, professionell adäquate Kriminalität etwa in der Form des Betrugs Verbreitung findet, reagiert Gesetzgebung in der Gestalt, daß sich „Lug und Trug als Profitcenter“ nicht mehr lohnen sollen. Die Rechtsprechung zu den allgemeinen Geschäftsbedingungen, das Haustürwiderrufsgesetz, das Verbraucherkreditgesetz, das Wertpapierhandelsgesetz, das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb und die rechtliche Konstruktion des konkludenten Beratungsvertrages, der unentgeltlich und nicht ausdrücklich abgeschlossen werden kann, sowie die Produkthaftung als Verbraucher- oder Unterlegenschutz für die Opfer führen nicht nur für die Täter, sondern für alle, die mit einer Dienstleistung oder einem Produkt auf den Markt gehen, zu einer neuen Typisierung von Risiken. Dazu gehört auch das Risiko, ungerechtfertigt Objekt einer Strafverfolgungsmaßnahme zu werden. Rechtsschutzversicherungen, die den Strafverteidiger zu frei gewählten Honoraren ebenso finanzieren wie die Kautions, reagieren auf diesen Trend.

Besonders riskant, im Hinblick auf gerechtfertigte oder unberechtigte Strafverfolgung sind, wie die Erfahrung zeigt, alle Straftatbestände, die sich direkt oder indirekt gegen den Staat richten. Hierbei ist der Bereich der Steuerhinterziehung als besonderer Risikobereich bekannt.

Gerade weil die professionell adäquate Cleverneß sehr viele Möglichkeiten gibt, Aufwendungen abzuschreiben, Verluste vom Fiskus bezahlen zu lassen, Gewinne in den Bilanzen zu verstecken sowie privilegiert mit zivilrechtlichen und steuerrechtlichen Gestaltungsformen sowie auf der Zeitschiene zu jonglieren, so daß eine deutliche Privilegierung gegenüber dem Lohnsteuerzahler eintritt, ist es traditionell für solche privilegierten Gruppen riskant, noch mehr Geld mit noch mehr Cleverneß herauszuschlagen zu wollen. Wenn eine politische Partei bereits direkt Steuergelder bekommt und Spenden privilegiert sind, verwundert es nicht, daß die Konstruktion von verdeckten Parteispenden zu einem Zugriff führt. Gleiches gilt, wenn Bankenkonzerne, die über ihre Rechtsabteilungen und ihr spezielles Know-how alle Privilegien des internationalen Geschäftsverkehrs nutzen können, dazu übergehen, den Schwarzgeldtransfer nicht mehr den dubiosen Firmen des grauen Kapitalmarkts zu überlassen.

Da die staatliche Strafverfolgung keinerlei Möglichkeiten hat, Wirtschaftssubjekte zu motivieren, sich an ungeschriebene Regeln der Redlichkeit und Seriosität zu halten und den Bogen nicht zu überspannen, bedeutet das Austesten von Grenzen auch das Risiko, daß in einer staatlichen Reaktion „Das Kind mit dem Bade ausgeschüttet“ wird. Dies gehört allerdings zu dem von den professionellen Beteiligten eingerechneten Kalkül und damit zum typischen Risiko. So wie derjenige, der mit besonders cleveren Geschäftsbedingungen den Kunden „übers Ohr haut“, damit rechnen muß, daß ihm ein Zivilrichter die Vertragsklausel für unwirksam erklärt, müssen Banken für ambivalente Transferkonstruktionen mit strafrechtlichen Reaktionen rechnen.

Nicht nachvollziehbar ist insofern, wenn *Hassemer* formuliert:

„Wessen Profession eine staatliche und gesellschaftliche Aufgabe erfüllt, wer überdies die Handlungsregeln des beruflichen Bereichs vor der öffentlichen Wahrnehmung nicht versteckt, ist gegenüber der Vermutung, seine Regeln stünden quer zu denen des Strafrechts, nicht in derselben Situation wie etwa das Mitglied einer kriminellen Vereinigung, für welche in beiden Hinsichten jeweils das Gegenteil zutrifft.“<sup>5</sup>

Wie bereits dargestellt, ist jede Person und jede Organisation, die zu professionell adäquatem Handeln in der Lage ist, mit hoher Wahrscheinlichkeit dann dazu bereit, mit diesem professionell adäquaten Know-how auch Straftaten zu begehen, wenn die Kosten-/Nutzenkalkulation zu einem günstigen Ergebnis führt. Ob die Profession auch eine staatliche oder gesellschaftliche Aufgabe erfüllt, dürfte dann unbeachtlich sein, weil diese Aufgabenerfüllung im Falle des Mißbrauchs der eigenen professionellen Fähigkeiten jedenfalls nicht zu einer ethischen Rückkoppelung führt und von daher auch keine Privilegierung ermöglicht. Das Nichtfunktionieren der Selbstkontrolle ergibt sich schon aus dem Anfangsverdacht.

Auch die zweite Voraussetzung, daß sich die Profession nicht versteckt, ist nicht gegeben, da es gerade zu den typischen professionellen Kommunikationsformen gehört, ein eigenes Bild in der öffentlichen Meinung aufzubauen, welches in den Medien gut und mit guten Ergebnissen transportiert werden kann, während das professionelle Know-how und seine Mißbrauchsformen gerade nicht nach außen getragen werden sollen, weil es um die Vermeidung von Entdeckung und um die Verschleierung problematischer Handlungsweisen geht und nicht um die Offenbarung. Demgegenüber kann ein echtes Problem darin bestehen, daß das professionelle Handeln so abgehoben erfolgt, daß selbst für den bemühten Ermittler die Grenzen zwischen strafbarem und nicht strafbarem Handeln nicht oder schwer bestimmbar sind. Dies kann zu sehr langwierigen Ermittlungsverfahren und Zufallsergebnissen führen, die auch eine ungerechte Verurteilung zur Folge haben. Auch das ist nichts Neues, betrachtet man nur den Indizienprozeß, der im professionellen Wertungsbereich die nur vom Sachverständigen zu offenbarende Tatsache kennt.

## 5. Rechtspolitische Konsequenzen

Es ist wahrscheinlich, daß die klassischen Kriminalitätsformen, Kapitalverbrechen, Diebstahl etc. zwar nicht zurückgehen, die Bedeutung von allen Kriminalitätsformen, die sich mit Hilfe professionellen Know-hows auch durch gesellschaftlich renommierte Gruppen und Organisationen begehen lassen, aber zunimmt. Von daher ist eine langfristige kriminalpolitische Strategie wünschenswert, professionell adäquate Kriminalität frühzeitig zu erfassen und zu sanktionieren. Anders als bei Jedermann delikten ist zu erwarten, daß ein erfolgreiches Vorgehen gegen einzelne Beteiligte aus einem professionellen Segment eine hohe generalpräventive Wirkung zeigt, weil Branchen aller Art primär funktionieren, weil sich alles rasch herumspricht.

Die Bekämpfung professionell adäquater Kriminalität dürfte mit dem zur Verfügung stehenden Fachpersonal stehen oder fallen. Ohne spezielles professionelles Know-how innerhalb der Kriminalämter und Polizeibehörden sowie innerhalb der Staatsanwaltschaft dürfte es wenig bringen, Telefonmitschnitte zu genehmigen oder verdeckte Ermittler einzusetzen, die mit dem, was sie hören, mangels Know-how und Professionalität nichts anfangen können.

Spezialisierte Polizeibehörden setzen spezialisierte Staatsanwaltschaften und Richter voraus, um in einem System der Gewaltenbalance ein Controlling ausüben zu können. Es bedarf also der Entwicklung spezieller Transparenzkriterien für die Ermittlungstätigkeit, die die Aufdeckung professionellen Handelns auch für die gerichtliche Informationsverarbeitung zugänglich macht. Dieses

<sup>5</sup> Vgl. aaO., *wistra* 1995, 85.

System der Strafverfolgung muß wiederum in einem Balancesystem zur Verteidigung und zur Beschuldigtenseite allgemein stehen, um ein faires Verfahren zu ermöglichen. Dies bedeutet aber, daß durch Organisation, Macht, Geld und Professionalität privilegierte Gruppen im beschriebenen Sinne ihre Überlegenheit vorstrukturieren können, weil die diesbezügliche Gesetzgebung etwa einem lobbyistischen Zugriff ausgesetzt ist. Insofern ist es naheliegend, die weitgehenden Ermittlungsmöglichkeiten, die bisher für terroristische und kriminelle Vereinigungen gelten, auch zuzulassen, wenn es um organisierte Kriminalität geht, um die Privilegierung organisierten — gerade wirtschaftskriminellen — Handelns aufzuheben. Dies führt im Balancesystem dann allerdings zu ebenso weitgehenden Rechten der Verteidigung, die sich dann aber einer Gegenkontrolle ausliefern muß, um den professionellen Mißbrauch zu vermeiden.

Beschreibt man nur grob diese Aufgaben an ein leistungsfähiges Strafrechtssystem, wird erkennbar, daß die heutige Hard- und Software der Strafverfolgung und auch der Strafprozeßordnung gegenüber professionell adäquater Kriminalität ineffizient und eine Erweiterung aus klassisch strafprozessual-verfassungsrechtlicher Sicht bedenklich ist.

Eine Alternative zum hochqualifizierten omnipräsenten Polizei- und Justizstaat wäre die Entkriminalisierung. Anstelle des Strafrechtssystems träte ein Sanktionensystem eigener Art, welches mit der Widerrufung von Betriebsgenehmigungen, der Sperrung von Konten, der Untersagung von Tätigkeiten und praktisch unbegrenzten Bußgeldern arbeiten könnte. Mit einem solchen Instrumenta-

rium könnte Transparenz und Offenlegung erzwungen und ein Zugriff entsprechend spezialisierter Behörden auf die relevanten Daten zwangsweise durchgesetzt werden, ohne daß strafprozessuale Prinzipien im Sinne eines Verbots der Selbstbelastung etc. verletzt würden. Diese Offenbarungspflicht ist etwa nach dem Kreditwesengesetz oder der Konkursordnung längst anerkannt<sup>6</sup>, nur sind die Interventionsinstrumente der zuständigen Behörden stumpf. Kann der Profi seine Ressourcen Intransparenz und professionelle Überlegenheit durch Transparenz- und Erklärungszwang nicht mehr nutzen, können auch viele professionelle Kriminalitätsformen nach heutigem Recht zum Verschwinden gebracht werden. Der Bauunternehmer muß dann beweisen, daß er tatsächlich den teuren Baustoff durch Facharbeiter hat einarbeiten lassen, und nicht den billigen durch Schwarzarbeiter. Der Speditionsunternehmer muß nachweisen, daß der Fahrtschreiber immer richtig benutzt wird, das Chemieunternehmen, daß es jedes Zweitwerk perfekt kontrolliert. Die Bank muß nachweisen, daß sie bei der Beratung der Kunden allein ihre Aufgabe wahrgenommen hat, in wirtschaftlicher Hinsicht eine Anlageberatung durchzuführen und das System der Geldweiterleitung und der vertraglichen Bindungen zu erläutern, ohne auf die steuerhinterziehenden Aspekte in irgendeiner Form einzugehen.

Das hochorganisierte und spezialisierte Unternehmen müßte in einem solchen System das entsprechende Controlling und Dokumentations-Know-how bereithalten, welches es im übrigen zur Wahrnehmung eigener Belange gegenüber ungetreuen Angestellten, neugierigen Konkurrenten etc. meist ohnehin betreiben muß. Ist der professionell adäquaten Kriminalität damit ein Offenbarungszwang dezent vorgegeben, ist zu erwarten, daß sich die entsprechenden Bereiche als selbstorganisierte Systeme so umstrukturieren, daß Kriminalität als Profitcenter nicht mehr lukrativ erscheint.

6 Vgl. Gallandi, „Das Auskunftsverweigerungsrecht nach § 44 Abs. 4 KWG“, *wistra* 1987, 127 ff. m.w.N.

Referendar Dr. Georg-Friedrich Güntge, Kiel

## Untreueverhalten durch Unterlassen

### I. Einleitung

Gemeinsam mit dem Betrug bildet die Untreue den Kernbereich des Vermögensstrafrechts. Nicht nur die Gesetzessystematik legt diese Aussage nahe, auch in der Praxis der Strafgerichte nehmen die Verstöße gegen die §§ 266 ff. StGB eine herausragende Stellung ein. Neuere Erhebungen zeigen, daß die Untreuehandlungen hinter dem Betrug und dem Komplex der Taten gegen wirtschaftsstrafrechtliche Nebengesetze<sup>1</sup> immerhin den 3. Rang in der Kriminalstatistik für Wirtschaftsstraftaten einnehmen<sup>2</sup>, wobei — im Gegensatz zu der zuletzt genannten Deliktsgruppe — bei der Untreue in den vergangenen Jahren eine kontinuierliche Steigerung der erfaßten Deliktbegehungen zu verzeichnen ist<sup>3</sup>.

Es ist aber weniger diese zahlenmäßige Entwicklung, die in jüngerer Vergangenheit den Blick des Strafruristen auf den § 266 StGB gelenkt hat. In den Mittelpunkt des Interesses ist der Untreueparagraf vielmehr durch eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs

aus dem Jahre 1989 gerückt. Dieses Urteil, das sich im 36. Band der amtlichen Entscheidungssammlung befindet<sup>4</sup>, hat lebhaft Diskussionen um einen bis dahin stark vernachlässigten, in Schrifttum und Rechtsprechung kaum diskutierten Bereich strafbaren Untreueverhaltens entfacht. Der BGH hat in seiner Entscheidung zu dem Fragenkomplex einer Untreuebegehung durch Unterlassen Stellung genommen, wobei er insbesondere das Verhältnis des § 266 StGB zu der allgemeinen Unterlassungsbestimmung des § 13 StGB beleuchtet hat. Die Urteilsbegründung ist in der Literatur auf zum Teil heftigen Widerstand gestoßen. Die daraus resultierenden und noch anhaltenden Kontroversen nimmt der vorliegende Beitrag zum Anlaß, einmal gesondert auf den Bereich des Untreueverhaltens durch Unterlassen, seine Voraussetzungen und seine strafrechtliche Bedeutung einzugehen.

### II. Die dogmatische Grundstruktur des Untreuetatbestandes

Bevor sich das Augenmerk auf die spezielle Form der Tatbegehung durch Unterlassen richtet, erscheint es tunlich, zunächst die grundsätzlichen Voraussetzungen der Unrechtsverwirklichung bei § 266 StGB einer näheren Betrachtung zu unterziehen, um so vorab den Rahmen abzustecken, in dem sich ein strafbares Untreueverhalten (durch Unterlassen) nach dem Willen des Gesetzgebers bewegen muß.

1 Hier sind vor allem die Straftatbestände des GmbHG und des AktG zu nennen.

2 Polizeiliche Kriminalstatistik Bundesrepublik Deutschland (PKS), Berichtsjahr 1993, hrsg. vom Bundeskriminalamt, Wiesbaden 1994, S. 16.

3 10962 im Jahr 1991 erfaßten Fällen stehen 12283 Fälle für das Jahr 1992 und 14389 Fälle für das Jahr 1993 gegenüber. Quelle: PKS, Berichtsjahr 1991, Wiesbaden 1992, S. 14; PKS, Berichtsjahr 1992, Wiesbaden 1993, S. 16; PKS, Berichtsjahr 1993, Wiesbaden 1994, S. 16.

4 BGHSt 36, 227 ff. = *wistra* 1989, 345.