

Die strafrechtliche Haftung des Compliance Officers

Die Aufgabe des Compliance Officers besteht darin, Compliance im Unternehmen sicherzustellen und rechtswidrige Handlungen zu verhindern. Aber auch wenn sich seine Tätigkeit im Wesentlichen auf das Überprüfen von unternehmensinternen Vorgängen und das proaktive Verhindern von Gesetzesverletzungen beschränkt, ist seine Tätigkeit nicht risikolos. Schaut er bei strafbaren Handlungen im Unternehmen weg, drohen Freiheitsstrafen von bis zu zehn Jahren.

Von Christopher Schrank | Daniel Oesterreicher

Grundsätzlich stellt das Strafrecht auf das aktive Tun ab: Nur derjenige, der etwa selbst jemand anderen vorsätzlich besticht, betrügt oder Bilanzen fälscht, kommt als Täter in Betracht. Ebenso strafbar sind alle Formen der Mittäterschaft, somit das Anstiften zu strafbaren Handlungen, wie auch jede Form der Beteiligung an strafbaren Handlungen Dritter.

Es ist davon auszugehen, dass ein Compliance Officer als „Hüter des Compliance Codes“ selbst weder aktiv strafbare Handlungen setzt, noch sich aktiv an strafbaren Handlungen von Mitarbeitern beteiligt. Allerdings könnte einem Compliance Officer vorgeworfen werden, dass er Straftaten der Geschäftsführung oder von Mitarbeitern nicht verhindert oder bewusst weggesehen hat und er deshalb strafrechtlich zur Verantwortung zu ziehen ist.

In solchen Fällen kommt eine Strafbarkeit wegen Unterlassens in Betracht. Eine Strafbarkeit wegen Unterlassens ist – wie § 2 StGB festlegt – möglich, wenn

- es sich bei dem in Betracht kommenden Tatbestand um ein Erfolgsdelikt handelt;
- die Rechtsordnung dem Täter eine sogenannte Erfolgsabwendungspflicht auferlegt, deren Erfüllung möglich und zumutbar ist („Garantenstellung“) und
- die Unterlassung einer Begehung durch aktives Tun „gleichzuhalten“ ist („Gleichwertigkeitskorrektiv“).

Folglich ist zu klären, wann diese Voraussetzungen auf den Compliance Officer zutreffen können.

Strafbarkeit wegen Unterlassens

Erfolgsdelikte

Im Strafrecht wird zwischen „schlichten Tätigkeitsdelikten“ und „Erfolgsdelikten“ unterschieden. Bei Tätigkeitsdelikten knüpft die Strafbarkeit bereits an die Vornahme einer bestimmten Handlung; ob in weiterer Folge dadurch ein entsprechender Erfolg eintritt, ist nicht relevant. Im Gegensatz dazu verlangen Erfolgsdelikte zusätzlich zur Handlung eine von dieser getrennte Veränderung in der Außenwelt. Die Handlung muss daher einen Erfolgseintritt bewirken. Ein typisches Erfolgsdelikt ist etwa der Betrug (§ 146 StGB): Stellt ein Mitarbeiter einem Kunden tatsächlich nicht erbrachte Leistungen in Rechnung, täuscht er den Kunden über die Höhe des geschuldeten Betrages. Überweist der Kunde die Rechnung, tritt der gewünschte Erfolg ein: Das Unternehmen wird bereichert und der Kunde geschädigt. Auch die Untreue oder die Bilanzfälschung sind Erfolgsdelikte. Keine Erfolgsdelikte sind hingegen die Korruptionsdelikte; sie können daher nicht durch Unterlassen begangen werden.

Garantenstellung

Weiters kann ein Unterlassen gemäß § 2 StGB nur dann strafbar sein, wenn der Täter „zufolge einer ihn im besonderen treffenden Verpflichtung durch die Rechtsordnung dazu verhalten ist“, die Straftat zu verhindern. Die Pflicht, die Verwirklichung von Straftaten zu verhindern, trifft jedoch nicht jedermann, son-

dern nur bestimmte Personen (sog. „Garanten“). Allerdings sagt das Strafgesetz nicht ausdrücklich, wann diese Pflicht nun konkret besteht, sondern verweist dazu auf die Rechtsordnung, aus der sich folgende Merkmale ableiten lassen:¹

- Es muss eine Rechtspflicht vorliegen, die sich aus dem Gesetz, aus einer vertraglichen oder vertragsähnlichen Pflichtenübernahme oder aus einem gefahr begründenden Vorverhalten ergeben kann. Bloße moralische oder sittliche Pflichten genügen hingegen nicht.
- Die Rechtspflicht muss den Täter im Besonderen treffen, also auf einen verhältnismäßig kleinen Kreis von Handlungspflichtigen beschränkt sein. Allgemeine Pflichten, die jedermann treffen, genügen nicht.

Folglich kann sich die Stellung als Garant und die daraus resultierende Erfolgsabwendungspflicht sowohl aus gesetzlichen als auch aus vertraglichen Pflichten ergeben. So haben etwa Geschäftsführer und Vorstandsmitglieder nach den gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen die Vermögensinteressen der Gesellschaft zu wahren und sind diesbezüglich Garanten.

Es stellt sich nun die Frage, ob und ggf. unter welchen Umständen dem Compliance Officer eine solche Garantenstellung zukommen kann. In Österreich gibt es dazu keine (veröffentlichten) Urteile. Der deutsche BGH hat sich – bei durchaus vergleichbarer Rechtslage – jedoch schon vor rund zehn Jahren mit der Frage der Garantenstellung von Compliance Officern auseinandergesetzt und dabei Folgendes festgehalten:²

„Entscheidend kommt es auf die Zielrichtung der Beauftragung an, ob sich die Pflichtenstellung des Beauftragten allein darin erschöpft, die unternehmensinternen Prozesse zu optimieren und gegen das Unternehmen gerichtete Pflichtverstöße aufzudecken und zukünftig zu verhindern, oder ob der Beauftragte weitergehende Pflichten dergestalt hat, dass er auch vom Unternehmen ausgehende Rechtsverstöße zu beanstanden und zu unterbinden hat.“

Konkret zum Compliance Officer führt der BGH aus, dass dessen Aufgabengebiet „die Verhinderung von Rechtsverstößen [ist], insbesondere auch von Straftaten, die aus dem Unternehmen heraus begangen werden und diesem erhebliche Nachteile durch Haftungsrisiken oder Ansehensverlust bringen können [...]. Derartige Beauftragte wird regelmäßig strafrechtlich eine Garantenpflicht [...] treffen, solche im Zusammenhang mit der Tätigkeit des Unternehmens stehende Straftaten von Unternehmensangehörigen zu verhindern. Dies ist die notwendige Kehrseite ihrer gegenüber der Unter-

nehmensleitung übernommenen Pflicht, Rechtsverstöße und insbesondere Straftaten zu unterbinden.“

Aus dem Gesetz kann sich eine Garantenstellung des Compliance Officers freilich nur dort ergeben, wo eine gesetzliche Regelung der Compliance-Tätigkeit existiert. Die österreichische Rechtsordnung kennt aber weder eine Definition des Begriffs Compliance noch eine allgemeine Verpflichtung für Unternehmen, ein Compliance-System zu installieren. Eine solche Pflicht besteht auf Betreiben des europäischen Gesetzgebers nur im Finanzsektor. So wird etwa in den Bereichen des Börse-,³ Banken-,⁴ und Investmentfondwesens⁵ die Einrichtung einer Compliance-Funktion ausdrücklich angeordnet. In diesen Branchen ergeben sich die Pflichten des Compliance Officers somit unmittelbar aus dem Gesetz. Er hat die Wirksamkeit des implementierten Compliance-Systems laufend zu überwachen und einen jährlichen Bericht zu erstellen. Damit er seine Aufgabe ordnungsgemäß wahrnehmen kann, hat ihm das Unternehmen außerdem die hierfür

notwendigen Informationsrechte und Zugangsbefugnisse einzuräumen. Dies führt zu einer konkreten Rechtspflicht des Compliance Officers iSd § 2 StGB. Innerhalb jener Branchen, in denen der Gesetzgeber die Compliance-Tätigkeit geregelt hat, ist eine Garantenstellung und somit eine Erfolgsabwendungspflicht des Compliance Officers zu bejahen.⁶ Allerdings erstreckt sich diese Garantenstellung immer nur auf die Einhaltung jenes Gesetzes, das die Einrichtung eines Compliance-Systems vorschreibt. So hat der Compliance Officer eines börsennotierten Unternehmens etwa in Bezug auf Insidergeschäfte eine gesetzliche Garantenstellung, nicht aber automatisch in Bezug auf zB Betrugshandlungen.

Sofern nun außerhalb des Geltungsbereichs der gesetzlichen Regelwerke freiwillig Compliance-Abteilungen eingerichtet werden, ist nun einzelfallbezogen anhand des konkreten Aufgabengebiets des Compliance Officers zu beurteilen, ob bzw wie weit diesem eine Garantenstellung zukommt. Konkret ist zu prüfen, ob den Compliance Officer Überwachungs-

ImmoZak

Fachzeitschrift für Bauvertrags- und Immobilienrecht

Neu im Sortiment - Für Ihren Vorsprung im Arbeitsalltag!



Für den Durchblick im rechtlichen Normen- und Judikaturdschungel vom Spatenstich bis zur Besenreinigung.

NEU!

Jetzt Einführungsabo für 2020 sichern!



Weil Vorsprung entscheidet.



lesen.lexisnexis.at/immozak



und Meldepflichten treffen und ob diese Pflichten durch Auskunfts-, Einsichts- und Zugangsrechte oder Anordnungs- und Weisungsbefugnisse ergänzt werden. Maßgeblich werden hier vor allem der Dienstvertrag und die Stellenbeschreibung sein. Je klarer daraus hervorgeht, dass der Compliance Officer für die Verhinderung von strafbaren Handlungen im Unternehmen verantwortlich ist, umso mehr spricht dies nämlich für eine Garantstellung. Bei der Gestaltung des Arbeitsvertrags sollten die Aufgabenbereiche des Compliance Officers deshalb möglichst präzise definiert werden; je unmissverständlicher die Formulierungen, umso besser lässt sich der Umfang einer möglichen Garantstellung beschränken.⁷

Gleichwertigkeitskorrektiv

Schließlich ist nach § 2 StGB ein Unterlassen nur dann strafbar, wenn es einer Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestands durch ein aktives Tun gleichzuhalten ist. Diese Strafbarkeitsvoraussetzung wird „Gleichwertigkeitskorrektiv“ genannt. Ihre Rechtsnatur, Bedeutung und Reichweite sind im Einzelnen jedoch umstritten. Allgemein anerkannt ist nur, dass das bloße Bestehen einer Garantstellung den Unwertgehalt eines Unterlassens nicht demjenigen eines Tuns gleichstellt. In der Praxis prüft die Rechtsprechung das Gleichwertig-

keitskorrektiv anhand einer wertenden Gesamtbetrachtung aller Umstände des Einzelfalls.⁸ Die Aufgabe des Gleichwertigkeitskorrektives ist es, eine Überdehnung der Unterlassungsstrafbarkeit in jenen Fällen zu verhindern, „die dem Sinngehalt des Begehungsdelikts nicht entsprechen“ und bei denen deshalb eine Strafbarkeit nicht angemessen erscheint.⁹ Für die Verteidigung bietet sich hier ein gewisser Argumentationsspielraum, um die strafrechtliche Haftung eines Compliance Officers abzuwehren. Gelingt nämlich der Nachweis, dass trotz der Garantstellung das durch die Unterlassung verwirklichte Unrecht einer aktiven Tatbegehung nicht gleichzuhalten ist, entfällt die Strafbarkeit.

Sonstige Strafbarkeitsvoraussetzungen

Neben den Voraussetzungen des § 2 StGB müssen für eine strafrechtliche Haftung des Compliance Officers auch noch die „allgemeinen“ Erfordernisse einer Strafbarkeit vorliegen.

Der Compliance Officer muss daher – sofern das Gesetz nicht im Einzelfall eine andere Vorsatzform verlangt – mit Eventualvorsatz (*dolus eventualis*) handeln. Dieser liegt vor, wenn der Täter die Verwirklichung eines tatbildmäßigen Sachverhalts für möglich erachtet und sich damit abfindet. Bezogen auf Unterlassungsdelikte bedeutet Vor-

satz, dass dem Täter zu Bewusstsein kommt, dass i) er Garant ist, ii) eine pflichtbegründende Situation vorliegt, iii) er handeln müsste und iv) er aber trotzdem den Entschluss fasst, nichts zu tun. Solange dieses Bewusstsein und dieser Unterlassungsentschluss fehlen, mangelt es am Unterlassungsvorsatz.¹⁰ Dies ist eine ganz wesentliche Haftungsbeschränkung: Erkennt der Compliance Officer nämlich zB gar nicht, dass im Unternehmen strafbare Handlungen passieren, die er durch sein Handeln abstellen könnte bzw müsste, handelt er nicht vorsätzlich und folglich auch nicht strafbar. Dies gilt auch dann, wenn die mangelnde Kenntnis des Compliance Officers auf Fahrlässigkeit zurückzuführen ist. Sind dem Compliance Officer daher etwa Betrugshandlungen im Unternehmen aufgrund seiner mangelhaften Kontrolle (somit bloß fahrlässig) nicht bekannt, scheidet eine Strafbarkeit dennoch aus.

Schließlich setzt eine Strafbarkeit voraus, dass der Compliance Officer auch die Möglichkeit hat, den strafbaren Erfolg abzuwenden. Welche Möglichkeiten bestehen, um eine Straftat zu verhindern, richtet sich wiederum nach den im Arbeitsvertrag vorgesehenen Kompetenzen. Direkt gegen den betroffenen Mitarbeiter einzuschreiten, wird dem Compliance Officer nur dann möglich sein, wenn ihm auch entsprechende Weisungsbefugnisse zukommen. Fehlen diese, kommt in erster Linie eine Meldung an die Geschäftsleitung oder den Aufsichtsrat in Betracht. Dies wird im Regelfall bereits ausreichen, um eine Unterlassungsstrafbarkeit abzuwenden. Präventiv sollten daher bereits im Vorhinein Berichtslinien und ein klares Prozedere für den Ernstfall festgelegt werden. Eine weitere denkbare Maßnahme wäre die Anzeige des Gesetzesverstößes bei einer zuständigen Behörde. Der Compliance Officer ist hierzu aber nicht verpflichtet. Bedenkt man die potenziellen negativen Konsequenzen einer solchen Anzeige für das Unternehmen und auch für sein Dienstverhältnis, wird ihm dies auch nur zumutbar sein, wenn er keine andere Möglichkeit hat, einen besonders gravierenden Rechtsbruch zu verhindern.¹¹

Rechtsfolgen

Wenn die Voraussetzungen einer Unterlassungsstrafbarkeit vorliegen, droht dem Compliance Officer grundsätzlich die gleiche Strafe, wie dem Mitarbeiter, dessen Straftat er nicht verhindert hat. Schaut er daher bewusst weg, wenn von Seiten des Unternehmens Kunden betroffen werden, kann dies Freiheitsstrafen von bis zu zehn Jahren nach sich ziehen. Allerdings ist im Fall einer Verurteilung die Tatsache, dass die Tat nicht durch aktive Handlung, sondern „nur“ durch Unterlassung begangen worden ist, als Milderungsgrund zu berücksichtigen.

Neben dem Compliance Officer kann auf Grundlage des Verbandsverantwortlichkeitsgesetzes (VbVG) auch das Unternehmen bestraft werden. Voraussetzung ist, dass die strafbare Handlung zugunsten des Unternehmens vorgenommen wird (§ 3 VbVG). Dies ist etwa dann der Fall, wenn die Bestechung vorgenommen wird, um dem Unternehmen einen Auftrag zu sichern. Damit die strafbare Handlung eines Mitarbeiters dem Unternehmen zuzurechnen ist, muss diesem außerdem ein Organisationsverschulden anzulasten sein.¹² Die Implementierung eines funktionierenden Compliance-Management-Systems (CMS) ist nun eine ganz wesentliche Maßnahme, um ein solches Organisationsverschulden abzuwenden. Gleichzeitig wird man von einem CMS aber verlangen müssen, dass dem Compliance Officer die klare Aufgabe, Gesetzesbrüche zu verhindern, zugeordnet wird. Dies führt zu einem gewissen Spannungsverhältnis: Einerseits sollten – um dem Vorwurf des Organisationsverschuldens zu entgehen – die Kompetenzen des Compliance Officers

eher umfassend festgelegt und genau definiert werden. Andererseits zieht dies eine weitergehende Garantenstellung des Compliance Officers nach sich, die dann wiederum umso eher zu einer Verbandsverantwortung der Gesellschaft führen kann.

Zusätzlich zu einer Bestrafung können auch zivilrechtliche Konsequenzen drohen. Die meisten Strafgesetze sind nämlich sog. „Schutzgesetze“: Wer durch rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten einen Schaden verursacht, ist verpflichtet, dem Geschädigten Schadenersatz zu leisten. Dies hat für die strafrechtlich Verurteilten die Konsequenz einer persönlichen, unmittelbaren und betraglich unbeschränkten zivilrechtlichen Haftung gegenüber den geschädigten Personen. Werden mehrere Personen verurteilt, haften sie für den verursachten Schaden solidarisch. Duldete ein Compliance Officer daher, dass beispielsweise Kunden überhöhte Abrechnungen gelegt werden (was Betrug indiziert), kann neben den aktiv handelnden Mitarbeitern ebenso der Compliance Officer gegenüber den Kunden für den verursachten Schaden haften.

Wie kann sich der Compliance Officer schützen?

Um ihre strafrechtlichen Risiken prüfen zu können, sollten Compliance Officer besonderes Augenmerk auf die Ausgestaltung ihres Dienstvertrages und ihrer Stellenbeschreibung legen. Darin sollten die Verpflichtungen und Kompetenzen des Compliance Officers klar definiert werden.¹³ Darüber hinaus sollte darauf geachtet werden, dass der Compliance Officer in jenen Bereichen, hinsichtlich

derer er für die Einhaltung der Gesetze zu sorgen hat, auch entsprechende Anordnungs- und Weisungsbefugnisse hat.

Weiters ist auch ein Einschluss in die D&O-Versicherung und – sofern diese Strafrecht nicht abdeckt – auch in die Strafrechtsschutzversicherung sinnvoll. Dadurch sind einerseits die Kosten von Strafverfahren (einschließlich allfälliger Gutachterkosten) abgedeckt. Andererseits kommt die D&O-Versicherung für zivilrechtliche Haftungen auf, die oft mit Strafrechtsverstößen verbunden sind. Allerdings ist darauf zu achten, wann die Versicherungen „aussteigen“: Vielfach ist dies bereits bei Eventualvorsatz der Fall, was dazu führt, dass eigentlich nur die in der Praxis kaum relevanten Fahrlässigkeitsdelikte gedeckt sind und die Versicherung damit *de facto* sinnlos ist. Wirklichen Schutz bieten die D&O- und die Strafrechtsschutzversicherung daher nur dann, wenn der Versicherungsschutz auch Vorsatzdelikte deckt.

- 1) *Fuchs/Zerbes*, Strafrecht Allgemeiner Teil I¹⁰ Kap 37 Rz 36ff.
- 2) BGH 17. 7. 2009, 5 StR 394/08.
- 3) § 3 Abs 3 BörseG unter Verweis auf Art 21 bis 34 VO (EU) 565/2017.
- 4) § 39 Abs 6 Z 2 BWG.
- 5) § 15 InvFG.
- 6) *Petsche*, Droht dem Compliance Officer die schnelle Vorstrafe?, *Compliance Praxis* 2010, H 1, 30.
- 7) *Petsche*, Droht dem Compliance Officer die schnelle Vorstrafe?, *Compliance Praxis* 2010, H 1, 30.
- 8) *Hilf in Höpfell/Ratz*, WK² StGB § 2 Rz 130.
- 9) EBRV 1971, 61.
- 10) *Fuchs/Zerbes*, Strafrecht Allgemeiner Teil I¹⁰ Kap 37 Rz 67ff.
- 11) *Illichmann* in *Petsche/Mair*, Handbuch Compliance³, 797.
- 12) Ist der Täter ein „Entscheidungsträger“ gem. § 2 VbVG, bedarf es keines gesonderten Organisationsverschuldens.
- 13) *Petsche*, Droht dem Compliance Officer die schnelle Vorstrafe?, *Compliance Praxis* 2010, H 1, 30.



Die Autoren

MMag. Dr. Christopher Schrank (links im Bild) ist Rechtsanwalt und Partner der Brandl & Talos Rechtsanwälte GmbH und auf Gesellschafts- und Wirtschaftsstrafrecht sowie Corporate Compliance spezialisiert (www.btp.at; schrank@btp.at). In diesen Bereichen ist Christopher Schrank Autor zahlreicher Fachpublikationen und auch regelmäßig als Universitätslektor und auch sonst als Vortragender (etwa beim MBA Compliance & Risikomanagement) aktiv.

Daniel Oesterreicher (rechts im Bild) ist juristischer Mitarbeiter der Brandl & Talos Rechtsanwälte GmbH.

