Schriften zu Compliance 18

Thomas Rotsch (Hrsg.)

Criminal Compliance – Status quo und Status futurus

Nomos

Schriften zu Compliance

herausgegeben von

Prof. Dr. Martin Burgi, München
Prof. Dr. Peter Kindler, München
Prof. Dr. Carsten Momsen, Berlin
Prof. Dr. Michael Nietsch, Wiesbaden
Prof. Dr. Thomas Rotsch, Gießen

Band 18

Thomas Rotsch (Hrsg.)

Criminal Compliance – Status quo und Status futurus

Nomos

Onlineversion
Nomos eLibrary

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

ISBN 978-3-8487-7807-2 (Print)

ISBN 978-3-7489-2211-7 (ePDF)

1. Auflage 2021
© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2021. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort des Herausgebers

Vor mittlerweile zehn Jahren begann in Deutschland die wissenschaftliche Auseinandersetzung mit einem Phänomen, das als »Criminal Compliance« die Diskussion im Strafrecht – auch international – nachhaltig beeinflusst und verändert hat. Mit dem vorliegenden Buch erscheint in den Schriften zu Compliance nach 2012[1] und 2013[2] nunmehr der dritte Band mit Beiträgen einer Vielzahl renommierter Kolleginnen und Kollegen, die sich über die gesamte Spannbreite kriminalitätsbezogener Compliance erstrecken. Ziel des Buches ist dabei, nach dem ersten Jahrzehnt eine erste Bilanz zu ziehen, aber auch einen Ausblick in die Zukunft dieses dynamischen Rechtsgebiets zu wagen. Denn trotz der auch international stürmischen Entwicklung der Criminal Compliance[3] ist ihr Potential sicherlich noch immer erst in Ansätzen erforscht. Nach wie vor gilt das im Vorwort des 2013 erschienenen Bandes Gesagte: »Es bleibt daher die Aufgabe der Wissenschaft – in Kooperation mit der Praxis – diese Entwicklung kritisch zu begleiten. Criminal Compliance wird einer der beherrschenden Diskussionsgegenstände der nächsten Jahrzehnte bleiben, nach wie vor steht die Diskussion im Strafrecht erst ganz am Anfang. Der vorliegende Band möge seinen Beitrag leisten, dieses Bewusstsein zu schärfen, die zukunftsträchtigen Fragen kriminalitätsbezogener Compliance zu formulieren und erste Versuche ihrer Beantwortung zu unternehmen.«

Dem Nomos Verlag, namentlich Frau *Melanie Sauer* und insbesondere Frau *Anke Maria Tröltzsch*, sei auch an dieser Stelle für die unproblematische und großzügige Realisierung des Sammelbandes gedankt. Ein Dank geht auch an meinen Wiss. Mitarbeiter, Herrn *Dennis Klein*, der nicht nur als Co-Autor unseren gemeinsamen Beitrag maßgeblich vorangebracht, sondern auch unermüdlich sämtliche anderen Beiträge gesetzt und in Form gebracht hat. Verbliebene Fehler gehen freilich allein zu meinen Lasten.

Gießen, im Oktober 2020 *Thomas Rotsch*

1 Rotsch (Hrsg.), Wissenschaftliche und praktische Aspekte der nationalen und internationalen Compliance-Diskussion, 2012.

2 Rotsch (Hrsg.), Criminal Compliance vor den Aufgaben der Zukunft, 2013.

3 Vgl. umfassend nur Rotsch (Hrsg.), Criminal Compliance, Handbuch, 2015, ebenfalls im Nomos Verlag. Jüngst *ders.*, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl. 2019, 4. Kap.; *ders.*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, Band 1: Grundlagen des Strafrechts, 2019, § 26; *ders.*, in: Momsen/Grützner (Hrsg.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl. 2020, 1. Kap., B. Rn. 88 ff.

Inhaltsverzeichnis

Vorwort des Herausgebers V

Dennis Bock
Zum Zustand der Geschäftsherrenhaftung des Betriebsinhabers für betriebsbezogene Straftaten seiner Mitarbeiter (BGH, Beschl. v. 6.2.2018 – 5 StR 629/17 = NStZ 2018, 648) 1

Ute Bottmann
Compliancerechtliche Folgen der Leerverkaufsattacken 19

Davina Bruhn, Jens Bülte
Subventionsbetrug und Verletzung von Cross-Compliance-Vorgaben 39

Janique Brüning
Künstliche Intelligenz und strafrechtliche Haftung – Compliance-Anforderungen im digitalen Zeitalter mit Blick auf die Finanzwirtschaft 63

Jörg Eisele, Sonja Kreß
Criminal Compliance und Datenschutz-Grundverordnung 89

Bernd Heinrich, Udo E. Stauß
Sponsoring durch Wirtschaftsunternehmen – (strafrechtliche) Zulässigkeit und Grenzen 111

Ralf Kölbel
Kriminologisch-empirische Forschung zu Criminal Compliance 139

Marianne Johanna Lehmkuhl
Der Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes und die Förderung von Compliance 165

Carsten Momsen
Attorney-Client Privilege und strategische Compliance?
Zum Verhältnis von »Fact Finding«, Individualverteidigung und
Unternehmensverteidigung auf Basis des Entwurfs eines Gesetzes zur
Bekämpfung der Unternehmenskriminalität 185

Juan Pablo Montiel, Carolina Boehler
Eignungstest für Compliance-Systeme und das »Drei-Filter-Modell« 211

Christian Pelz
KYC-Prüfungspflichten im Exportkontrollrecht 235

Cornelius Prittwitz, Sarah Zink
Criminal Compliance und Verbandssanktionenrecht 251

Andreas Ransiek
Unternehmenssanktionen und Compliance 273

Michael Reinhart, Petra Wittig
Strafrechtliche Risiken bei der nachträglichen Rabattgewährung 297

Thomas Rotsch, Dennis Klein
Criminal Compliance als verfassungsrechtliche Auslegungsarbeit 321

Imme Roxin
Vorteile und Nachteile eines Compliance-Management-Systems
im Unternehmen – Bilanz und Ausblick 351

Giovani Agostini Saavedra
Criminal Compliance in Brasilien: Fortschritte und neue Entwicklungen 367

Sascha Süße
Das Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen und seine Bedeutung
im Rahmen von Criminal Compliance 379

Jürgen Taschke, Daniel Zapf
(Criminal) Compliance im Pharmabereich 403

Hans Theile
Aktivierung risikobezogenen Unternehmenswissens durch Strafrecht?
Zum Regulierungsmodell des § 54a KWG 431

Markus Wagner
Besonderheiten der Criminal Compliance im Vergleich zur nicht-
strafrechtsbezogenen Compliance 449

Ingeborg Zerbes, Mark Pieth
Whistleblowing – Drei Fälle, drei Strafrechtsordnungen,
drei Traditionen des Geheimnisschutzes 465

Autorenverzeichnis 495

Zum Stand der Geschäftsherrenhaftung des Betriebsinhabers für betriebsbezogene Straftaten seiner Mitarbeiter (BGH, Beschl. v. 6.2.2018 – 5 StR 629/17 = NStZ 2018, 648)

Dennis Bock

I. Fragestellung

Mit der Entscheidung des *4. Strafsenats* des BGH vom 20.11.2011[1] ist – endgültig[2] – die Garantenstellung nach § 13 Abs. 1 StGB qua Funktion als sog. Geschäftsherr höchstrichterlich, insbesondere im Anschluss an das OLG Karlsruhe, anerkannt worden, jedenfalls in gewissen, noch näher zu beleuchtenden Grenzen, namentlich der Betriebsbezogenheit der zu verhindernden Straftat.

Die für diesen Beitrag als Anlass dienende Entscheidung des *5. Strafsenats* aus dem Jahre 2018[3] – welche sich übrigens mit der restriktiveren Zivilsenatsentscheidung des BGH aus dem Jahre 2012[4] ebenso wenig

1 BGH, Urt. v. 20.10.2011 – 4 StR 71/11 = BGHSt 57, 42 = NJW 2012, 1237 = NStZ 2012, 142 = StV 2012, 403 (Anm. *Bosch*, JK 2012 StGB § 13 I/45; *Jäger*, JA 2012, 392; *Wagner*, ZJS 2012, 704; *Mansdörfer/Trüg*, StV 2012, 432; *Roxin*, JR 2012, 305; *Schramm*, JZ 2012, 969; *Kudlich*, HRRS 2012, 177; *Kuhn*, wistra 2012, 297; *Poguntke*, CCZ 2012, 158; *Bülte*, NZWiSt 2012, 176; *Schlösser*, NZWiSt 2012, 281; *Zimmermann*, WiJ 2013, 94; *Selbmann*, HRRS 2014, 235).

2 Vgl. bereits aus der vorherigen Judikatur, aus der sich bald mehr, bald weniger Rückschlüsse auf die Anforderungen an die Geschäftsherrenhaftung ziehen ließen RG, Urt. v. 28.3.1924 – I 818/23 = RGSt 58, 130; OLG Karlsruhe, Urt. v. 25.3.1971 – 3 Ss 5/71 = GA 1971, 281; BGH, Urt. v. 23.3.1973 – 2 StR 390/72 = BGHSt 25, 158 = NJW 1973, 1511 (Anm. *Koch*, NJW 1973, 1849); BGH, Urt. v. 6.7.1990 – 2 StR 549/89 (Lederspray) = BGHSt 37, 106 = NJW 1990, 2560 = NStZ 1990, 587 = StV 1990, 446 (Anm. *Schmidt-Salzer*, NJW 1990, 2966; *Kuhlen*, NStZ 1990, 566; *Brammsen*, Jura 1991, 533; *Hassemer*, JuS 1991, 253; *Samson*, StV 1991, 182; *Beulke/Bachmann*, JuS 1992, 737; *Meier*, NJW 1992, 3193; *Puppe*, JR 1992, 30; *Hirte*, JZ 1992, 257; *Brammsen*, GA 1993, 97; *Hilgendorf*, NStZ 1994, 561; *Jähnke*, Jura 2010, 582; *Rotsch*, ZIS 2018, 1; *Puppe*, ZIS 2018, 57).

3 BGH, Beschl. v. 6.2.2018 – 5 StR 629/17 = NStZ 2018, 648 = StV 2019, 16 (Anm. *Nassif*, CCZ 2019, 98; *Wagner*, NZWiSt 2019, 365).

4 BGH, Urt. v. 10.7.2012 – VI ZR 341/10 = BGHZ 194, 26 = NJW 2012, 3439

auseinandersetzt wie umgekehrt diese mit der eher extensiven des *4. Strafsenats* – liefert weitere Erkenntnisse zur Zukunft dieser Rechtsfigur. Im Folgenden wird angesichts der nunmehrigen Festigung der Rechtsprechung die m.E.[5] – anders seit langem die h.L.[6] – berechtigte grundsätzliche Kritik an der (Überwacher-)Garantenstellung der Unternehmensführung nicht erneut vorgebracht; vielmehr mag es darum gehen, die von der Rechtsprechung angenommenen Grundsätze in inhaltlich überzeugender Weise subsumierbar zu konkretisieren, zumal die Begründung der Entscheidung des *5. Strafsenats* keineswegs zu überzeugen vermag. Im Einzelnen:

1. BGH, Urt. v. 20.10.2011 – 4 StR 71/11 = BGHSt 57, 42[7]

Der Angeklagte war in der Straßenbauabteilung der Stadt H. beschäftigt. Nach deren Zusammenlegung mit der Grünflächenabteilung der Stadt im städtischen Bau-

(Anm. *Schirmer*, NJW 2012, 3398; *Dannecker*, NZWiSt 2012, 441; *Szesny*, WiJ 2013, 33).

5 Eingehend *Bock*, Criminal Compliance, 2. Aufl. 2013, S. 310 ff.; zusammenfassend *Bock*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2018, S. 568 f.; siehe auch *Geneuss*, ZIS 2019, 259 (260) m.w.N.

6 Siehe nur *Hilgendorf/Valerius*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2015, § 11 Rn. 59; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2019, § 50 Rn. 68 ff.; *Krey/Esser*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2016, Rn. 1166; *Gaede*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 13 Rn. 53; aus der Aufsatzliteratur vgl. *Göhler*, in: Jescheck/Lüttger (Hrsg.), Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag am 29. April 1977, 1977, S. 611; *Schünemann*, wistra 1982, 41; *Otto*, JURA 1998, 409; *Schünemann*, in: Roxin/Widmaier/Canaris/Heldrich/Schmidt (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. 4, Strafrecht, 2000, S. 621; *Gimbernat Ordeig*, in: Schünemann/Achenbach/ Bottke/Haffke/Rudolphi (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, 2001, S. 651; *Schall*, in: Rogall/Puppe/Stein/Wolter (Hrsg.), Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag, 2004, S. 267; *Otto*, in: Hoyer/Müller/ Pawlik/Wolter (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, 2006, S. 339; *Nietsch*, CCZ 2013, 192; *Hernández Basualto*, in: Freund/Murmann/Bloy/ Perron (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag, 2013, S. 333; *Lindemann/Sommer*, JuS 2015, 1057; *Roxin*, in: Fahl/Müller/Satzger/Swoboda (Hrsg.), Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag, 2015, S. 239; *Timpe*, StraFo 2016, 237; *Geneuss*, ZIS 2016, 259; monografisch *Walter*, Die Pflichten des Geschäftsherrn im Strafrecht, 2000; *Spring*, Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung, 2009; *Noll*, Grenzen der Delegation von Strafbarkeitsrisiken durch Compliance, Zugleich ein Beitrag zur Geschäftsherrenhaftung, 2018.

7 BGH, Urt. v. 20.10.2011 – 4 StR 71/11 = BGHSt 57, 42 = NJW 2012, 1237 = NStZ 2012, 142 = StV 2012, 403 (Anm. *Wagner*, ZJS 2012, 704; *Mansdörfer/*

hof im Frühsommer 2006 war er Vorarbeiter einer Kolonne, der außer ihm die Mitangeklagten S, K und B angehörten. Zwischen Februar 2006 und Juli 2008 wurde der ebenfalls beim städtischen Bauhof angestellte, aber in einer anderen Kolonne tätige Geschädigte D während der Arbeitszeit wiederholt Opfer demütigender körperlicher Übergriffe von Seiten der Mitangeklagten, die hierfür bisweilen auch Knüppel, Ketten oder andere Werkzeuge verwendeten. Unter anderem kam es zu folgenden Vorfällen: Am 22.2.2006 drängten die Mitangeklagten den Geschädigten D in eine Friedhofskapelle. Die Mitangeklagten K und B hielten den Geschädigten an den Armen fest, während der Mitangeklagte S ihm mit einem Holzknüppel mehrere wuchtige Schläge gegen den Oberkörper versetzte. Nach einem Positionstausch zwischen den Mitangeklagten S und K schlug dieser ebenfalls mehrfach auf den Geschädigten ein. Sodann ließen die Mitangeklagten den Geschädigten, der eine Rippenfraktur erlitten hatte und wegen der starken Schmerzen mehrere Stunden nicht bewegungsfähig war, in der Kapelle zurück und entfernten sich. Anfang 2008 forderten die Mitangeklagten S und K einem gemeinsamen Tatplan entsprechend den Geschädigten auf, sich einen vermeintlichen Schaden an einem der zum Bauhof gehörenden Fahrzeuge anzuschauen, packten ihn, als er sich dem Fahrzeug genähert hatte, von hinten und stießen seinen Kopf heftig auf die Motorhaube. Im Frühjahr 2008 erhielt der Geschädigte D, weil er sich für eine berufliche Fortbildung angemeldet hatte, beim Beladen eines Fahrzeugs Schläge zunächst vom Mitangeklagten S, sodann vom Mitangeklagten K.

Der *4. Strafsenat* des BGH hat in dieser Entscheidung aus dem Jahr 2011 das implizite Erfordernis der Betriebsbezogenheit erstmals höchstrichterlich statuiert.

Zwar könne sich aus der Stellung als Betriebsinhaber bzw. Vorgesetzter je nach den Umständen des einzelnen Falles eine Garantenpflicht zur Verhinderung von Straftaten nachgeordneter Mitarbeiter ergeben. Diese beschränke sich indes auf die Verhinderung betriebsbezogener Straftaten und umfasse nicht solche Taten, die der Mitarbeiter lediglich bei Gelegenheit seiner Tätigkeit im Betrieb begehe. Betriebsbezogen sei eine Tat dann, wenn sie einen inneren Zusammenhang mit der betrieblichen Tätigkeit des Begehungstäters oder mit der Art des Betriebes aufweise. Die Beschränkung der Garantenhaftung des Betriebsinhabers auf betriebsbezogene Taten sei unabhängig davon geboten, welche tatsächlichen Umstände für die Begründung der Garantenstellung im Einzelfall maßgebend seien. Weder mit einem auf dem Arbeitsverhältnis beruhenden Weisungsrecht gegenüber Mitarbeitern noch mit der Herrschaft über die »Gefahrenquelle Betrieb«

Trüg, StV 2012, 432; *Roxin*, JR 2012, 305; *Schramm*, JZ 2012, 969; *Kudlich*, HRRS 2012, 177; *Kuhn*, wistra 2012, 297; *Poguntke*, CCZ 2012, 158; *Bülte*, NZWiSt 2012, 176; *Schlösser*, NZWiSt 2012, 281; *Zimmermann*, WiJ 2013, 94; *Selbmann*, HRRS 2014, 235).

oder unter einem anderen Gesichtspunkt ließen sich eine über die allgemeine Handlungspflicht hinausgehende, besondere Verpflichtung des Betriebsinhabers begründen, auch solche Taten von voll verantwortlich handelnden Angestellten zu verhindern, die nicht Ausfluss seinem Betrieb oder dem Tätigkeitsfeld seiner Mitarbeiter spezifisch anhaftender Gefahren seien, sondern die sich außerhalb seines Betriebes genauso ereignen könnten.

Anhand dieser Maßstäbe hat der BGH in dem konkret zu entscheidenden Fall die Betriebsbezogenheit und insofern eine Einstandspflicht des Betriebsinhabers abgelehnt, wobei sich aus der Subsumtion weitere Anhaltspunkte für das Verständnis der Betriebsbezogenheit gewinnen lassen.

Es handele sich bei den Misshandlungen nicht um betriebsbezogene Straftaten. Sie stünden weder in einem inneren Zusammenhang zur von den Mitangeklagten im Rahmen des Arbeitsverhältnisses zu erbringenden Tätigkeit, noch habe sich in ihnen eine gerade dem Betrieb des städtischen Bauhofs spezifisch anhaftende Gefahr verwirklicht. Insbesondere sei den Mitangeklagten die Schikanierung des Geschädigten weder als Teil der »Firmenpolitik« – etwa um einen unliebsamen Mitarbeiter zum Verlassen des Unternehmens zu bewegen – von der Betriebsleitung aufgetragen worden, noch hätten die Mitangeklagten ihnen durch ihre Stellung im Betrieb eingeräumte arbeitstechnische Machtbefugnisse zur Tatbegehung ausgenutzt. Eine andere Bewertung sei auch nicht deshalb geboten, weil die Taten Bestandteil einer Serie wiederkehrender und sich über einen Zeitraum von mehreren Jahren erstreckender Misshandlungen waren. Zwar werde die Betriebsbezogenheit solcher mit dem Begriff »Mobbing« bezeichneter Tatserien bisweilen mit der Begründung bejaht, dass sich eine in der Betriebsgemeinschaft allgemein angelegte Gefahr verwirkliche, weil für solche Taten der abgegrenzte soziale Raum des Betriebes ohne ausreichende Ausweichmöglichkeiten für das um seinen Arbeitsplatz und damit seine wirtschaftliche Existenz fürchtende Opfer konstitutiv seien. Damit jedoch würde das Merkmal der Betriebsbezogenheit jedenfalls für Fälle wie den vorliegenden überdehnt. Die Gefahr auch wiederholter, unter Kollegen begangener Körperverletzungen bestehe in jedem Unternehmen mit mehr als einem Mitarbeiter, ist also keine gerade dem konkreten Betrieb innewohnende Gefahr. Auch ändere sich am Fehlen eines inneren Zusammenhangs zwischen dem Betrieb des Bauhofs bzw. dem Aufgabenbereich der Mitangeklagten und der Misshandlung des Geschädigten nichts dadurch, dass diese wiederholt begangen wurde. Insbesondere verlören die Körperverletzungstaten hierdurch nicht ihren Charakter als Exzesstaten. Ließe man allein das iterative Moment für die Annahme der Betriebsbezogenheit aus-

reichen, würde die mit diesem Merkmal bezweckte und im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG gebotene Einschränkung der Haftung des Geschäftsherrn aufgegeben und dieser im Ergebnis doch für eine insgesamt straffreie Lebensführung seiner Mitarbeiter während der Arbeitszeit verantwortlich gemacht.

2. Exkurs: BGH, Urt. v. 10.7.2012 – VI ZR 341/10 = BGHZ 194, 26

> Der Kläger ist Insolvenzverwalter über das Vermögen der N. AG. Er nimmt den Beklagten wegen Beihilfe zu Untreuetaten des Vorstandsvorsitzenden der N. AG auf Schadensersatz in Anspruch. Der Beklagte ist Mitglied des Vorstands der O. AG, zu der die N. AG langjährige Geschäftsbeziehungen pflegte. Während derer stellte die O. AG nicht leistungsunterlegte Scheinrechnungen, deren Begleichung der Vorstandsvorsitzende der N. AG anwies. Zwar hatte der Beklagte die Scheinrechnungen weder selbst verhandelt noch ausgestellt. Nach Ansicht der Vorinstanzen hätte sich ihm aber aufdrängen müssen, dass die O. AG der N. AG Scheinrechnungen ausstellte, deren Begleichung zu einem Vermögensverlust der N. AG führte. Da der Beklagte hiergegen nicht eingeschritten ist, habe er die Untreuetaten des Vorstandsvorsitzenden der N. AG gefördert i.S.d. § 27 StGB.

Der BGH verneinte eine Garantenstellung des Beklagten zu 3. (und mithin einen Anspruch aus §§ 823 Abs. 2 i.V.m. 266, 27, 13 StGB) und zwar bemerkenswerterweise, ohne an die Kriterien der Geschäftsherrenhaftung der oben angeführten strafrechtlichen Judikate anzuknüpfen. Vielmehr nahm der *Senat* lediglich gesellschaftsrechtliche Verpflichtungen im Innenverhältnis an, ohne dass sinngemäß eine nach außen wirkende Überwachergarantenstellung zugunsten des Klägers angenommen werden könnte.

Zwar ist hieran gewiss die mangelnde rechtsgebietsübergreifende Würdigung zu kritisieren,[8] zumal § 823 Abs. 2 BGB ein Paradebeispiel der Verzahnung von Straf- und Zivilrecht ist und eine bestmögliche Angleichung der Auslegung des § 13 Abs. 1 StGB der Rechtssicherheit diente; einmal mehr freilich werden unterschiedliche Zielsetzungen von Zivil- und Strafverfahren manifest. Jedenfalls ist die Entscheidung aus strafrechtlicher Warte unergiebig; ohnehin hat der BGH in Strafsachen auch 2018 der Unterscheidung von Innen- und Außenwirkung unternehmerischer Stellungen keine Beachtung geschenkt.

8 Siehe z.B. *Dannecker*, NZWiSt 2012, 441 (442 f.).

3. BGH, Beschl. v. 6.2.2018 – 5 StR 629/17 = NStZ 2018, 648

> T war Eigentümer und Betreiber eines Spätkaufs mit Internetcafé. Seinen Bruder G beschäftigte er dort als Angestellten. G beschloss, Drogen zu verkaufen und sich dabei die Infrastruktur und den Laden von T zu Nutze zu machen. Er besorgte sich im Herbst 2016 500 Gramm Marihuana mit einem Wirkstoffgehalt von ca. 80 Gramm THC und 30 Gramm Kokain guter Qualität, um die Drogen gewinnbringend weiterzuverkaufen. In der Folgezeit wurden aus diesem Vorrat etwa fünf Gramm Kokaingemisch und ca. 200 Gramm Marihuana verkauft. G bezog in den Verkauf ab Januar 2017 den im Laden ebenfalls beschäftigten Nichtrevidenten E ein und gab ihm etwas vom Drogenvorrat zum Verkaufen an die Ladenkundschaft, die er zu ihm schickte. In unmittelbarer Nähe zu dem Aufbewahrungsort der im Laden zu verkaufenden Drogen unter dem Verkaufstresen lag für G griffbereit ein Baseballschläger und auf dem Tresen ein Teleskopschlagstock. Beide Gegenstände hatte er dazu bestimmt, den Spätkauf zu schützen, notfalls aber auch den Betäubungsmittelhandel hiermit absichern oder verteidigen zu können. T wusste hiervon. Ein großer Teil der angeschafften Drogen konnte bei einer Durchsuchung im Februar 2017 im Laden und in der Wohnung von G festgestellt werden. Der Ladeninhaber T, der sich nahezu täglich und vielfach gemeinsam mit G im Laden aufhielt, erfuhr alsbald von der Tätigkeit seines Bruders, billigte diese und schritt nicht ein. Dabei war ihm klar, dass das Geschäft von G in dieser Form nur möglich war, weil der Laden mit seinen abgeklebten Scheiben, seiner schweren Einsehbarkeit von außen, dem separaten Lagerraum hinter dem Verkaufstresen und der recht hohen Frequenz von Lauf- und Stammkundschaft sowie der geringen Anzahl von Mitarbeitern (nur G und der Nichtrevident) hierfür optimale Bedingungen bot. Aufgrund seiner Position als Eigentümer und Betreiber wäre es T ohne weiteres möglich gewesen, den Handel seines Bruders zu unterbinden.

Der *5. Strafsenat* des BGH hat sich im Jahr 2018 mit dem Merkmal der Betriebsbezogenheit befasst. Er hat sich der zuvor von dem erstinstanzlich entscheidenden LG Berlin vertretenen Rechtsauffassung – Beihilfe durch Unterlassen durch den Ladenbetreiber an dem durch den Angeklagten begangenen bewaffneten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge – angeschlossen. Die Frage, die durch die mit der Sachrüge begründete Revision des Angeklagten aufgeworfen wurde, lautete insbesondere, ob den Ladeninhaber eine Garantenstellung in Bezug auf das deliktische Verhalten seines Angestellten treffen könne. Diese bejaht der BGH.

Die Feststellungen belegten die Voraussetzungen der vom LG angenommenen Garantenstellung des Angeklagten T aus seiner Stellung als Betriebsinhaber nach den Grundsätzen der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung. Nach der Rechtsprechung des BGH könne sich aus der Stellung als Betriebsinhaber bzw. Vorgesetzter je nach den Umständen des Einzelfalls eine Garantenpflicht zur Verhinderung von Straftaten von Mitarbeitern

ergeben. Diese beschränke sich auf die Verhinderung betriebsbezogener Straftaten und umfasse nicht solche Taten, die der Mitarbeiter lediglich bei Gelegenheit seiner Tätigkeit im Betrieb begehe. Betriebsbezogen sei eine Tat dann, wenn sie einen inneren Zusammenhang mit der betrieblichen Tätigkeit des Begehungstäters oder mit der Art des Betriebes aufweise.

In der vorliegenden Sachverhaltskonstellation sei dies der Fall. Der Angeklagte G habe Betäubungsmittel unter Nutzung der Verkaufs- und Lagerräume gleichsam in Erweiterung des legalen Geschäftsbetriebes an die Ladenkundschaft verkauft. Diese Geschäfte unter Einschaltung des Nichtrevidenten E seien Ausfluss seiner betrieblichen Tätigkeit als Verkäufer im Ladenlokal seines Bruders gewesen, was auch die Einbindung von Stammkundschaft in den Betäubungshandel belege. Die Ausstattung der Räume (abgeklebte Scheiben) sowie die Art und Weise des Geschäftsbetriebes (hohe Frequenz, kurze Aufenthaltszeiten) erleichterten zudem das Durchführen illegaler Geschäfte.

II. Würdigung

Der *5. Strafsenat* nimmt an, es gebe »Grundsätze der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung«. Der Wert dieser Grundsätze steht und fällt mit der Möglichkeit, hieraus rechtssichere Kriterien für die Beurteilung zukünftiger Fälle abzuleiten. Die Begründung des Urteils, gerade im Zusammenspiel mit wörtlichen Bezugnahmen auf die Entscheidung des *4. Strafsenats*, gibt Anlass zur Kritik:

1. Erforderlich sei eine »Stellung als Betriebsinhaber bzw. Vorgesetzter«. Fraglich ist hier bereits, ob wirklich jede Vorgesetzteneigenschaft genügen kann.[9] Erstens passt quantitativ und qualitativ dies kaum zur Begrifflichkeit der Geschäftsherrenhaftung, jedenfalls, wenn man bedenkt, dass es auch in eher kleinen Unternehmen eine Fülle von Vorarbeitern, Team-Leadern oder ähnliches geben kann, deren Herrschaftsbereich z.B. nur wenige Untergebene oder nur ganz enge Sachbereiche betrifft. Betriebsinhaber, Organe und höhere/leitende Angestellte sind eher diejenige Personengruppe, die man, im Zeitalter flacher Hierarchien und kollegialer Betriebsführung, als Vorgesetzte bezeichnen würde, zumal im Hinblick auf Grundfragen der

9 Kritisch auch *Schlösser*, NZWiSt 2012, 281 (285 f.).; *Bülte*, NZWiSt 2012, 176 (180 f.), der in diesem Zusammenhang verfassungsrechtliche Bedenken sub specie Art. 103 Abs. 2 GG hat; vgl. ferner *Poguntke*, CCZ 2012, 158 (158 f.).

Unternehmensabläufe, mithin das höhere und ggf. auch mittlere Management.

2. Bezugspunkt sei die Verhinderung »betriebsbezogener« Straftaten im Gegensatz zu Straftaten, die der Mitarbeiter lediglich bei Gelegenheit seiner Tätigkeit im Betrieb begehe. Diesem Gegensatzpaar – ersichtlich an die Auslegung der §§ 278[10] und 831[11] BGB angelehnt[12] – kommt eher die Aufgabe zu, das Problem zu umreißen, als zur Lösung beizutragen. Ein echtes Restriktionspotential kommt dem Betriebsbezug kaum zu, was erstens an der gänzlich unklaren Bedeutung des »Bezugs« liegt, zweitens aber auch darin wurzelt, dass der Begriff des Betriebs (vgl. vor allem §§ 30 Abs. 1 Nr. 5, 130 Abs. 1 OWiG) schon denkbar weit ist, nämlich jede räumlich zusammengefasste Organisationseinheit umfasst, mit der arbeitstechnische Zwecke, die über die Deckung des Eigenbedarfs hinausgehen, unter Einsatz von personellen, sachlichen und immateriellen Mitteln fortgesetzt verfolgt werden.[13]

Dass eine Straftat, von der ein »Geschäftsherr« Kenntnis erlangen kann, nicht zu irgendeinem dieser Aspekte einen Bezug herzustellen vermag, ist wohl eher die Ausnahme und betrifft dann reine Privatbelange, die in einer Kaffeepause oder ähnliches mehr oder weniger thematisch zufällig zur Sprache kommen. Nähme man den Aspekt des Personalmittels als hinreichende Bedingung an, könnte der Bezug allein schon darin liegen, dass ein Betriebsangehöriger der Begehungstäter ist. Nähme man den Aspekt des Sachmittels als hinreichende Bedingung an, so genügte jede Nutzung der Immobilie oder von z.B. Büromitteln (bis hin zu Schreibgerät, Stühlen, Licht oder Elektrizität) – auch dies kann nicht richtig sein. Der Rekurs auf Personalmittel ist also annähernd trivial (es geht ja gerade um zu verhindernde *Mitarbeiter*straftaten), der auf Sachmittel gewiss nicht hinreichend, wohl aber notwendig. An der Grenze beider Aspekte wäre die Frage der Nutzung der Arbeitszeit, vorausgesetzt es gibt überhaupt feste Arbeitszeiten des Untergebenen. Hinreichend kann das Handeln während der Arbeitszeit

10 Handeln in Erfüllung oder nur bei Gelegenheit? Siehe nur *Grundmann*, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limperg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2, 8. Aufl. 2019, § 278 Rn. 47 ff.

11 Schädigung in Ausführung der Verrichtung oder nur bei Gelegenheit? Siehe nur *Spindler*, in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann (Hrsg.), Beck-Online Großkommentar, Zivilrecht, Stand: 1.10.2019, § 831 Rn. 28 ff.

12 Vgl. *Wagner*, ZJS 2012, 704 (708), auch zu weiteren Normen des BGB und OWiG. Die Übertragbarkeit der diesbzgl. Rspr. und Lehre ist jedoch aufgrund anderer Zwecksetzung dieser Vorschriften zweifelhaft.

13 *Beck*, in: Graf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Ordnungswidrigkeitengesetz, Stand: 1.1.2020, § 130 Rn. 27.

schon deswegen nicht sein, weil sich reine – auch strafbare – Privatangelegenheiten nicht selten während dieser erledigen lassen, und sei es in Gestalt der Handynutzung beispielsweise. Angesichts dessen, dass ein übermotivierter Arbeitnehmer auch in seiner Freizeit zu einer Straftat zugunsten des Unternehmens schreiten mag, ist auch anzunehmen, dass ein Handeln innerhalb der Arbeitszeit nicht notwendig ist.

Versucht man, die arbeitstechnischen Zwecke näher zu konkretisieren, so ist man mit einer großen Spannbreite an Wirtschaftstätigkeit zur Erstellung mannigfacher Produkte und Dienstleistungen konfrontiert. Hinzu kommt, dass selbst die wichtigsten hier interessierenden Facetten der denkbaren Straftatbegehung im Betriebskontext (zugunsten des Geschäftsherrn, zu Lasten der Kunden, zu Lasten der Kollegen, Nebenerwerbstätigkeiten des Mitarbeiters) kaum einen gemeinsamen Nenner aufweisen, abgesehen von der Untergebeneneigenschaft des Begehungstäters und der Nutzung mobiler oder immobiler Sachmittel. Immerhin lässt sich sagen, dass Handlungen zugunsten des Geschäftsherrn in dieser Rolle dem arbeitstechnischen Zweck dienen; für die Konstellationen der aus Sicht des Geschäftsherrn wirtschaftlichen Neutralität oder Negativität mangelt es an Aussagekraft.

Wenn nun die vom BGH 2011 und 2018 identisch mitgeteilte Definition auf einen inneren Zusammenhang mit der betrieblichen Tätigkeit des Begehungstäters oder mit der Art des Betriebes abstellt,[14] ist dies ein Austausch an Worten (statt »Bezug« nun »innerer Zusammenhang«) ohne Erkenntnisgewinn.

3. Entsprechend kritikwürdig erscheint die Subsumtion des *5. Strafsenats*: Die »Nutzung der Verkaufs- und Lagerräume gleichsam in Erweiterung des legalen Geschäftsbetriebes« enthält zwei Aspekte.

Beim ersteren rückt der Begriff der Nutzung in den Mittelpunkt, schließlich soll die bloße Tatbegehung des Begehungstäters in den Räumlichkeiten des Unterlassenden nach heutiger ständiger Rechtsprechung[15] nicht für die Begründung einer Garantenpflicht genügen. Freilich nutzt man einen Raum, in dem man sich befindet, immer in gewisser Weise (und sei es z.B., dass dieser bei Regen trocken oder im Winter beheizt ist und also Schutz bietet). Hierhin gehört auch, dass der *Senat* auf die abgeklebten Scheiben und die schwere Einsehbarkeit von außen hinweist; zumindest letzteres ist für einen Raum der Normalfall und das Verbergen vor Blicken anderer

14 Vgl. auch schon *Otto* (Fn. 6 – FS Schroeder), S. 343.

15 Vgl. zuletzt BGH, Urt. v. 25.4.2017 – 5 StR 106/17 = NStZ-RR 2017, 219 = StV 2018, 503; BGH, Beschl. v. 28.3.2019 – 1 StR 598/18 = NStZ-RR 2019, 218.

keine spezifisch betriebsbezogene Nutzung, ganz abgesehen von Abgrenzungsschwierigkeiten zu anderen Fenster- und Fassadengestaltungen.

Der zweite Aspekt betrifft die spezifische Widmung der Räume zu Verkauf und Lagerung. Was allerdings die Lagerung angeht, so kommen häufig auch eigentlich nicht dazu gewidmete Räumlichkeiten in Betracht, sofern diese nur groß genug sind, zumal im zu entscheidenden Fall der für die Betäubungsmittel benötigte Platz nicht exorbitant groß gewesen sein dürfte. Auch ein Verkauf (und auch die Erfüllung des – § 134 BGB beiseitegelassen – Kaufvertrags durch Besitzübergabe) von Betäubungsmittel kann im Prinzip überall stattfinden. Eine Art kategoriale Oberbegriffs-Beziehung, dass sowohl die legalen Waren bestimmungsgemäß im Geschäft als auch die Betäubungsmittel *verkauft* werden, kann als Konnex nicht genügen, da der Verkauf von Dingen geschäftlich und privat ubiquitär ist. Anders mag es sein, wenn etwa die gleiche Ware bald legal, bald illegal veräußert wird (z.B. Arzneimittel).[16] Richtig ist, dass die Kundenbesuche eines »normalen« Geschäfts eine gewisse Tarnung der illegalen Kundenbesuche ermöglichen. Dies würde aber überall auch dort gelten, wo regelmäßig Menschen ein- und ausgehen und bisweilen Handtaschen etc. tragen (auch etwa Museen, Postämter); eine genuin geschäftsverursachte Risikosteigerung des Ladenbetreibers fehlt.

Die »Erweiterung des legalen Geschäftsbetriebs« erweist sich als schlichtes Mitbenutzen der Räumlichkeiten und die Inkriminierung des Ladeninhabers und passt nicht zur großzügigeren Rechtsprechung bzgl. Privatleuten, in deren Räumlichkeiten Straftaten begangen werden. Spätestens im Lichte dessen, dass auch bei bestimmten Hobby-Aktivitäten auf Privatgrundstücken ähnliche Tarnmöglichkeiten entstehen, zeigt sich ein Wertungswiderspruch. Eine Erweiterung ist überdies bereits sprachlich von einem Bezug entfernt, da das Tätigkeitsareal eben *erweitert* wird. Von einem »Ausfluss seiner betrieblichen Tätigkeit als Verkäufer im Ladenlokal seines Bruders« kann keine Rede sein. Die Formulierung lässt eher befürchten, dass der BGH das persönliche Näheverhältnis insgeheim mitberücksichtigt oder schlicht die räumliche Herrschaft als wirklichen Anknüpfungspunkt verschleiert.

Unklar ist, was der *Senat* unter »Einbindung von Stammkundschaft in den Betäubungshandel« versteht. In Betracht kommt, dass legale Kunden auch Illegales erwerben. Der bloße Bequemlichkeits-, da Synergieeffekt des Aufsuchens der Räumlichkeit für zweierlei Zwecke durch die Kunden

16 *Wagner*, NZWiSt 2019, 365 (366).

beträfe aber ebenso alle anderen Räumlichkeiten auch, die, das ist die Regel, mehreren Zwecken dienen können.

Die »Ausstattung der Räume«, hier in Gestalt abgeklebter Scheiben betont, ist als Kriterium des Betriebsbezugs derart vage, dass wiederum alles Mögliche Tarnende (vor allem Einsehbarkeit) und Nützliche (z.B. Trockenheit und Wärme) darunterfällt, was auch für Privaträumlichkeiten gälte.

Die »Art und Weise des Geschäftsbetriebes (hohe Frequenz, kurze Aufenthaltszeiten)« ist ebenfalls nichts spezifisch Geschäftliches, sondern kann öffentliche (z.B. Einwohnermeldeamt, Kfz-Zulassungsstelle) und sogar private Räumlichkeiten – man denke nur an Gemeinschaftsräume von Studenten- oder Schwesternwohnheimen – vielerlei Art betreffen, in denen dann das »Durchführen illegaler Geschäfte« gleichermaßen »erleichtert« würde. Überhaupt ist anzunehmen, dass diese Erleichterung zumindest erheblich kompensiert wird durch ein nicht unbeträchtliches Entdeckungsrisiko bzgl. rechtstreuer, normaler Kunden, die eventuell Zeuge verdächtiger Transaktionen werden. Wenn der BGH hier von »optimalen Bedingungen« spricht, dann ist das schon faktisch eine zweifelhafte Behauptung, zudem einmal mehr ohne Aussagekraft gerade hinsichtlich der spezifischen Betriebsgefahr.

Insgesamt behauptet der BGH im gewissermaßen kommerziellen Kontext der Geschäftsherrenhaftung gesteigerte Verantwortlichkeiten, ohne aber die wirtschaftsstrafrechtliche Komponente näher auszuarbeiten; vielmehr verstrickt er sich in Wertungswidersprüche zur Frage der Garantenstellung bei Beherrschung insbesondere von privaten Wohnungen. Es droht aber auch eine Benachteiligung von Betrieben gegenüber anderen Kollektiveinheiten, bei denen das Leitungspersonal nicht einer Geschäftsherrenhaftung unterliegt.

4. Vergleicht man die Entscheidung des *5. Senats* aus dem Jahre 2018 mit der des *4. Senats* aus dem Jahre 2011, so zeigt sich eine offenbar gesteigerte Gefahr der Entgrenzung der Geschäftsherrenhaftung, bei der zwar der Betriebsbezug im Munde geführt wird, letztlich aber die Eigenschaft als Wirtschaftssubjekt dem Unterlassenden zum Verhängnis wird.

Die Zurückhaltung des *4. Senats* zeigt sich weniger in den oben dargestellten Grundlagenformeln (um nicht zu sagen Floskeln), sondern in der zur Zurückhaltung mahnenden Subsumtion in einem konkreten Mobbing-Geschehen. Den hier durchscheinenden weiteren Prüfungspunkten hat der *5. Senat* zu wenig Beachtung geschenkt; eventuell wäre eine Divergenzvorlage (§ 132 Abs. 2 GVG) angebracht gewesen[17].

17 So schon *Wagner*, NZWiSt 2019, 365 (367).

Dies betrifft zunächst den Hinweis des *4. Senats* auf die Relevanz der dem »Betrieb oder dem Tätigkeitsfeld seiner Mitarbeiter spezifisch anhaftende[n] Gefahren«. Er stellt klar, dass ein Weisungsrecht allein nicht verantwortungsbegründend wirkt, auch nicht die Herrschaft über die »Gefahrenquelle Betrieb«.[18] In der Tat sorgt ein synallagmatisch-vertraglich begründetes arbeitsrechtliches Direktionsrecht nicht für eine umfassende Beaufsichtigungspflicht bzgl. erwachsener freier Menschen (BGH: »voll verantwortlich handelnde Angestellte«). Ebenso zutreffend ist es angesichts der kaum handhabbaren Betriebs-Definition (s.o.), dieses amorphe Gebilde nicht pauschal zu einer zu überwachenden Gefahrenquelle umzuformen, ungeachtet der Tatsache, dass dort Menschen arbeiten und nicht bloße Technik oder Tiere überwacht werden.

Alles dreht sich nun darum, wann eine Gefahr spezifisch anhaftet. Dem stellt der BGH diejenigen Taten erläuternd entgegen, »die sich außerhalb seines Betriebes genauso ereignen könnten«. Hiermit ist jedenfalls die Konstellation von Mitarbeiterstraftaten untereinander ausgeschieden. Nähme man den *Senat* beim Wort, müsste man freilich auch in anderen Konstellationen prüfen, ob dieselbe Tat des Begehungstäters nicht auch außerhalb genauso sich ereignen könnte. Angesichts der weitgehenden Austauschbarkeit von Waren und Dienstleistungen am freien Markt ist dies nicht selten der Fall (näher unten III.). Immerhin wird man aber altruistische Taten des Begehungstäters zugunsten des Unternehmens des Geschäftsherrn insbesondere zu Lasten der Kunden als in diese Sinne spezifisch ansehen können. Hierauf dürfte die Bemerkung des *4. Senats* bzgl. der »Firmenpolitik«[19] abzielen.[20]

Wann aber sind egoistische Taten erfasst? Es verbleibt also vor allem die Frage der illegalen Nebenerwerbstätigkeit, wie z.B. der Betäubungsmittelhandel in der Entscheidung des *5. Senats*: Entscheidend ist doch eher der kumulative »Glücksfall« für den Begehungstäter gewesen, dass ausgerechnet sein Bruder über geeignete Räumlichkeiten verfügt. Dies entlastete ihn davon, einen eigenen Laden zu eröffnen oder nach einem Dritten zu suchen, der ebenfalls über geeignete Räumlichkeiten verfügt. Ganz ohne Alternative war der Begehungstäter also nicht, das Spezifische war eher das zumal ressourcensparende familiäre Näheverhältnis, auf das sich der *5. Senat* aber

18 Hierzu vgl. schon *Schall* (Fn. 6), S. 282; zutreffend krit. angesichts der Vagheit (auch) *Selbmann*, HRRS 2014, 235 (240).

19 Hierzu näher *Geneuss*, ZIS 2019, 259 (264 f.).

20 Vgl. auch *Wagner*, NZWiSt 2019, 365 (366), der zutreffend ausführt, dass in einem solchen Fall bereits aktives Tun vorliegt; *Jäger*, JA 2012, 392 (394), geht dann jedenfalls von Ingerenz aus.

nicht stützt (wohl da eine Überwachergarantenstellung bzgl. Geschwistern allgemein nicht anerkannt wird). Im Grunde kann von einer spezifischen Gefahr erst bei Betriebsmitteln ausgegangen werden, die am Markt nicht in gleicher Quantität oder Qualität anderweitig verfügbar sind.

Wenn der *4. Senat* noch die Überlegung einführt, ob der Begehungstäter die durch seine »Stellung im Betrieb eingeräumte[n] arbeitstechnische[n] Machtbefugnisse zur Tatbegehung ausgenutzt« hat, so klingt dies nach einem weiteren Hinweis, dass die Mitarbeiterstellung allein nie genügen kann. Freilich ist ungeklärt, welche Mitarbeiter arbeitstechnische Machtbefugnisse haben, und wann sie diese zur Tatbegehung ausnutzen. Immerhin betrifft das Näheverhältnis anscheinend explizit die Arbeitstechnik, mithin das für die Erstellung und den Vertrieb der Dienstleistungen und Produkte Eingesetzte. Verstünde man diese Passage als notwendige Bedingung der Geschäftsherrenhaftung, wäre zu konstatieren, dass es jedenfalls kaum der Regelfall sein kann, dass in der Konstellation der Nebenerwerbstätigkeit (für Betäbungsmittelhandel bspw.) von diesem Konnex zwischen Begehungstäter, Unterlassendem und weiteren Mitarbeitern auszugehen ist. Vielmehr sind dies, mit einem anderen Wort der Entscheidung, »Exzesstaten«; die Gefahr zu ihrer Begehung besteht in jedem Unternehmen mit mehreren Mitarbeitern. Verschiebt man die Betonung von »eingeräumte arbeitstechnische« auf »Machtbefugnisse«, so greifen die Überlegungen des *4. Senats* ohnehin nur für solche Begehungstäter, die quasi als mittlere Führungsebene selbst Untergebene haben,[21] aber dies kann für die Frage, ob eine eigenmächtige Nebenerwerbstätigkeit erfasst ist, schon prima facie allenfalls dann eine Rolle spielen, wenn der Begehungstäter seine Untergebenen hierfür einsetzt.

In der Entscheidung des *5. Senats* kommt es der Sache nach nicht einmal mehr darauf an, ob der Begehungstäter überhaupt Mitarbeiter ist (sämtliche als Argument herangezogenen Umstände betreffen die Räumlichkeit und insbesondere die faktische Tarnung der Taten, die auch bestanden hätte, wenn der Begehungstäter schlicht faktisch als Familienmitglied, Freund oder Gast die Situation genutzt hätte[22]), geschweige denn auf eine unternehmenstypische hierarchische Verantwortungsverteilung im Innen- und Außenverhältnis.

Ein nicht zu unterschätzender Gesichtspunkt ist es schließlich, wenn der *4. Strafsenat* Art. 103 Abs. 2 GG für eine gebotene Einschränkung der

21 Näher *Selbmann*, HRRS 2014, 235 (244).
22 Siehe *Wagner*, NZWiSt 2019, 365 (366).

Geschäftsherrenhaftung anführt.[23] Zwar ist die verfassungsgerichtliche Kontrolldichte der Strafrechtsanwendung im materiellen Bereich gering, jedoch hatte der *4. Strafsenat* eine gewisse Tendenz vorgegeben, die von ihm statuierten Voraussetzungen der Geschäftsherrenhaftung nicht allzu rasch anzunehmen. Hierüber hat sich der *5. Strafsenat* letztlich mit einer Summe aus Scheinbegründungen hinweggesetzt,[24] so dass nun doch der Unterlassende, anders als es der *4. Strafsenat* prospektierte, »für eine insgesamt straffreie Lebensführung seiner Mitarbeiter während der Arbeitszeit verantwortlich« gemacht wird, jedenfalls bei äußerlich der legalen Geschäftstätigkeit ähnlich erscheinendem illegalen Nebenerwerb. Eine solche naturalistische Betrachtung hat mit einer spezifischen Betriebsgefahr insbesondere dann nichts zu tun, wenn es sich um einen Betrieb handelt, den es in ähnlicher Form bundesweit tausende Male gibt (wie dies bei Kiosken, Tabak- und Lebensmittelläden etc. der Fall ist).

Selbstverständlich, und der Verdacht liegt nicht ganz fern, darf im Übrigen eine pauschale Unterlassungshaftung des Geschäftsherrn nicht dafür eingesetzt werden, Beweisschwierigkeiten bei der Ermittlung aktiver vorsätzlicher Tatbeiträge (die im konkreten Fall angesichts täglicher aktiver Verrichtungen eines Ladeninhabers zur Aufrechterhaltung eines regelmäßigen Geschäftsbetriebs auch nicht fernliegen), sei es als Täter oder Teilnehmer, inklusive etwaiger Entlohnungen zu überwinden.

III. Grenzen der Geschäftsherrenhaftung im Falle der »Nebenerwerbstätigkeit«; Ausblick

Akzeptiert man angesichts der deutlichen h.M. eine Geschäftsherrenhaftung, genauer: Vorgesetztenverantwortlichkeit, bei betriebsbezogenen Straftaten, so gilt es – nach Ausscheidung klar privater Taten und nach Ausscheidung der klar erfassten Taten zugunsten des Unternehmens – in Fällen der Nutzung betrieblicher Sachmittel eines Mitarbeiters zu eigenen kriminellen Zwecken Exzess-Konstellationen von denen spezifischer Gefahr-Realisierung so trennscharf wie möglich abzugrenzen, und zwar bereits beim objektiven Merkmal der Garantenstellung (und nicht etwa erst subjektiv, wie die Rechtsprechung dies z.B. bei der sog. »neutralen Beihilfe« unternimmt).

23 Siehe auch *Bülte*, NZWiSt 2012, 176 (177 f.): »Betriebsbezogenheit als verfassungsrechtlich gebotene Grenze der Geschäftsherrenhaftung«.

24 Vgl. auch *Wagner*, NZWiSt 2019, 365 (367): »äußerer Anschein«.

Dies kann nur gelingen, wenn sich die benutzten Sachmittel danach unterscheiden lassen, ob sie ohne größere Umstände außerbetrieblich verfügbar gemacht werden können (dann ist ein Betriebsbezug mangels spezifisch anhaftender Gefahr abzulehnen) oder nicht.

Klare Fälle im letzteren Sinne sind privat nicht oder nur illegal zu besorgende Sachen und Daten, klare Fälle im ersteren Sinne sind alltägliche Dinge, die üblicherweise in einem Privathaushalt ebenso vorhanden sind oder in einer Vielzahl von Geschäften ohne großen Aufwand erworben werden können (z.B. Standard-Büromaterial).

Problematisch sind Mittel, deren Privatbeschaffung durch den Begehungstäter legal, aber nur mühevoll bzw. ressourcenaufwändig möglich ist (insbesondere eine erhebliche Geldsumme kostet), z.B. anzumietende Räumlichkeiten oder technische Vorrichtungen, die den üblichen Wohnraum bzw. die übliche Haushaltsausstattung übersteigen. Die »Erleichterung« durch das Vorhandensein des Betriebs beschränkt sich hier auf ökonomische Ersparnis. Die Unterlassenshaftung des Betriebsherrn kann aber nicht von quasi betriebswirtschaftlichen Privatentscheidungen des mal mehr, mal weniger wohlhabenden, mal mehr, mal weniger investitionsfähigen und -freudigen Begehungstäters abhängen. Der vorhandene Betrieb ist hier nur eine kostengünstige Gelegenheit der Bedarfsdeckung. Zuzugeben ist, dass der Anwendungsbereich der betrieblichen Unterlassungshaftung signifikant schrumpft, da eben Lager- und Verkaufsräumlichkeiten, Büro-Infrastruktur, Geräte und Substanzen fast aller Art auf dem Privatmarkt legal beschaffbar sind. Hierin zeigt sich aber nur, dass eine Nebenerwerbstätigkeit eines Mitarbeiters schlicht kein typisches Betriebsrisiko eines konkreten Unternehmens ist, selbst wenn er sich die Finanzkraft eines Betriebes zunutze macht. Zu erinnern ist an den drohenden Wertungswiderspruch, wenn der Begehungstäter private Räumlichkeiten oder Geräte eines anderen mit dessen Wissen nutzt, diesen aber keine Garantenpflicht treffen soll.

Eine spezifisch anhaftende Gefahr lässt sich folglich etwa dann bejahen, wenn der betreffende Betrieb über individuell angefertigte Spezialgeräte verfügt, über geheime oder regulierte Substanzen (Chemikalien, Medikamente), über nicht öffentliche Datensätze oder über privat nicht legal errichtbare Räumlichkeiten. Hinzu kommen Konstellationen, in denen der Betrieb anvertraute Zugangsmöglichkeiten zu Kunden und deren Sachen nutzt (z.B. Wohnungsschlüssel, Codes). Benötigt der Begehungstäter etwas aus diesem exklusivem Vermögen, erlangt er es aufgrund seiner Mitarbeiterstellung und ge- oder verbraucht er es zu seinen Zwecken, dann dürfte sich eine spezifisch dem Betrieb anhaftende Gefahr realisiert haben und eine Unterlassungsverantwortlichkeit eines Geschäftsherrn angemessen

sein (obwohl es nicht selten zahllose vergleichbare Betriebe gibt, zu denen der Begehungstäter freilich keinen Zugang hat). Ein Grenzfall sind Kundenkontakte, und zwar im Hinblick auf eine etwaige Akquise durch Ansprechen in einem zu anderen Zwecken aufgesuchten Geschäft. Aber auch dies wäre nicht das charakteristische Risiko gerade des konkreten Geschäfts, sondern erfasst wiederum alle Orte, die regelmäßig von Menschen aufgesucht werden, sei es zu geschäftlichen oder sonstigen Zwecken. Es handelt sich demgegenüber gerade um ein Musterbeispiel der bloßen »Gelegenheit« ohne Betriebsbezug, was auch dann gilt, wenn Kunden aufgesucht werden, wie schon das OLG Karlsruhe[25] für Fälle des Diebstahls zutreffend herausgearbeitet hat, wobei für Betäubungsmittelhandel dasselbe gelten wird.

Beseitigt oder gemildert werden durch diesen eher formalen Ansatz bzgl. des Einsatzes von Betriebsmitteln eine Reihe von Abgrenzungsschwierigkeiten, die sich aus der Mehrzahl der in der Rechtsprechung (und Lehre) verwendeten auslegungsbedürftigen Begriffe ergibt. Dadurch, dass ein betriebsübergreifender Maßstab angesetzt wird, erledigt sich auch die Frage, wie der *4. Senat* zu verstehen ist, wenn er darauf abstellt, ob sich die Begehungstaten »außerhalb seines Betriebes genauso ereignen könnten«[26], sehr oft nämlich wird zumindest in anderen gleichartigen Betrieben (auch das ist ja außerhalb des konkret betrachteten Betriebs, »seines«) ein tatgeneigter Täter ähnlich gut nutzbare Bedingungen vorfinden. Eine solche überbetriebliche Betrachtung zöge einen alternativen Kausalverlauf heran, der nichts daran ändern kann, dass der Täter tatsächlich aber konkrete genuine Betriebsmittel für seine Tat verwendet hat. Beim Worte genommen griffe die Geschäftsherrenhaftung dann nur bei wirklich einzigartigen betrieblichen Verhältnissen. Dies überzeugt jedenfalls in den oben angeführten Fällen nicht, in denen das Betriebsmittel – wenn es auch ähnlich in mehreren Betrieben verfügbar ist – nicht legal privat erworben werden kann, sondern ein Begehungstäter in eine entsprechende betriebliche Sphäre eintreten muss. Relevant ist mithin die außerbetrieblichkeitstypische Substituierbarkeit.

25 OLG Karlsruhe, Urt. v. 25.3.1971 – 3 Ss 5/71 = GA 1971, 281.

26 Die diesbzgl. Unklarheit betont *Bülte*, NZWiSt 2012, 176 (178): »Es kann hier kaum gemeint sein, dass nur Gefahren betriebsbezogen sind, die ausschließlich diesen konkreten Betrieb kennzeichnen. Andernfalls wären branchentypische Straftaten nicht Gegenstand der Geschäftsherrenhaftung. Scheiden aber nur solche Begehungsgefahren aus, die ausnahmslos alle Wirtschaftsbetriebe in sich tragen, so entstehen bereits im Beispielsfall erhebliche Zweifel an der Durchführbarkeit einer solchen Abgrenzung.«

Wenn es das Bestreben der Rechtsprechung ist, die Unterlassensverantwortlichkeit in Unternehmensstrukturen zu erweitern, dann muss dies transparent erfolgen und nicht durch die Wiedergabe von prima facie strengen Maßstäben, die dann per Subsumtion aufs äußerste gestreckt werden. Inhaltlich und methodisch ehrlicher, wenn auch sperrig, wäre es, von einer Haftung des Geschäftsherrn und seiner mit Leitungsaufgaben versehenen Angestellten für alle Straftaten der Mitarbeiter zu sprechen, die unter Einsatz von nicht legal privat substituierbaren sachlichen Betriebsmitteln begangen wurden (wenn man nicht gleich gänzlich abschließend auf die Beherrschung der räumlichen Sphäre abstellt). Unklar bleibt bei alledem, ob das allgemeine (erlaubte, sozialadäquate) Betriebsrisiko es sachlich rechtfertigt, die dortigen Verantwortlichen zu Garanten zu erklären, die Mitglieder nichtbetrieblicher Kollektive (inkl. z.B. Wohngemeinschaften), die über nützliche exklusive Sachmittel und/oder Räumlichkeiten verfügen, aber nicht bzw. unter deutlich engeren Voraussetzungen.

De lege ferenda mag die Schaffung eines echten Unterlassungsdelikts erwogen werden (etwa in Anlehnung an § 130 OWiG), wodurch freilich zwar das Erfordernis einer Garantenstellung nach § 13 Abs. 1 StGB entfällt, jedoch nicht die Aufgabe rechtssicherer Pflichtenbestimmung i.S.d. Konkretisierung der Handlungspflicht betrieblicher Vorgesetzter.[27] Gleiches gälte im Falle einer ausdrücklichen Aufnahme einer Geschäftsherrn- oder Vorgesetztenverantwortlichkeit in den Allgemeinen Teil des StGB.

27 Hierzu näher *Bock*, wistra 2011, 201.

Compliancerechtliche Folgen der Leerverkaufsattacken

Ute Bottmann

I. Einführung

Die sogenannten »Leerverkaufsattacken« oder auch »Short-Seller-Attacken« stellen eine immer größer werdende Bedrohung für deutsche Unternehmen dar. Hierbei identifizieren Leerverkäufer überbewertete Unternehmen und verkaufen infolgedessen Wertpapiere des betroffenen Unternehmens »short«, also ohne diese selbst zu besitzen.[1] Dabei spekulieren die short-seller auf fallende Kurse, um die aus den Leerverkäufen geschuldeten Wertpapiere zu einem günstigeren Preis erwerben zu können als sie die Aktien short verkauft haben. In diesem Zusammenhang ist zwischen dem passiven Leerverkäufer, der die Anpassung des Kurses auf seinen eigentlichen Wert abwartet, und dem aktiven Leerverkäufer zu unterscheiden. Der aktive Leerverkäufer betreibt eine sogenannte Leerverkaufsattacke, indem er negative Informationen über das Unternehmen an die Öffentlichkeit bringt und somit selbst für einen Kurssturz sorgt.[2] Doch Angriffe von Muddy Waters auf Ströer, Zatarra auf Wirecard, Viceroy Research Group auf ProSiebenSat.1 Media SE, Viceroy Research Group auf Steinhoff Gruppe sowie Gotham City Research auf Aurelius sind keine Einzelfälle.[3] Die Studie »Investor Activism«, durchgeführt von dem Bundesverband der Unternehmensjuristen e.V. (BUJ) gemeinsam mit Corporate Legal Insights (CLI) und der Wirtschaftskanzlei CMS[4], ergab, dass zwei Drittel der be-

1 *Bayram/Meier*, BKR 2018, 55; *Möllers*, NZG 2018, 649 (650).

2 Bei den aktiven short-sellern handelt es sich häufig um aktivistische Investoren, wie beispielsweise Gotham City Research, die im Jahr 2017 der Beteiligungsgesellschaft Aurelius Equity Opportunities SE & Co. KGaA vorwarfen, dass der Wert der Unternehmensbeteiligungen zu hoch angesetzt und deshalb die Bilanzzahlen falsch seien. Dies hätte laut Gotham City Research zu einem um 88 % erhöhten Börsenwert der Aurelius-Aktie geführt. Aurelius reagierte und widerlegte mithilfe deutscher Finanzanalysten diese Vorwürfe; hierzu näher *Möllers*, NZG 2018, 649 (650); *Wentz*, WM 2019, 196 (197 f.).

3 *Bayram/Meier*, BKR 2018, 55; *Hasselbach/Rauch*, BB 2019, 194 (198).

4 Pressemitteilung CMS Hasche Sigle v. 19.3.2018, abrufbar unter https://www.presseportal.de/pm/62707/3894644 (14.4.2020).

fragten Unternehmen keinen Notfallplan für eine Leerverkaufsattacke besitzen. Es stellt sich in diesem Kontext die Frage, ob eine entsprechende Ausgestaltung der Compliance-Systeme den betroffenen Unternehmen verstärkt Schutz vor Kursstürzen, Haftungsrisiken und Reputationsverlust bieten kann.

Im Zentrum der Betrachtungen stehen sicherlich der Umgang mit Informationen und die Strukturierung der sensiblen und transparenten Marktkommunikation auf dem schnelllebigen Börsenparkett. Hierbei nehmen die Finanzanalysten, die qua ihres Berufsbildes Informationen über Finanzinstrumente oder deren Emittenten sammeln, eine zentrale Rolle ein, denn sie sammeln Daten über die von ihnen beobachteten Werte, analysieren sie und leiten sie an andere Marktteilnehmer weiter. Folglich nehmen sie eine wesentliche Rolle im Informationsaggregationsprozess auf dem Kapitalmarkt ein. Neben dieser für die Chancengleichheit beim Preisfindungsprozess am Kapitalmarkt wichtigen Aufgabe der Sicherung der Markttransparenz besteht allerdings auch die Gefahr, dass die Finanzanalysten mit negativen oder gar fehlerhaften Finanzanalysen den Börsenkurs eines Unternehmens erheblich beeinflussen können.

II. Funktion und Stellung der Finanzanalysten auf dem Kapitalmarkt

Der Begriff des Finanzanalysten umfasst alle Personen, »die Finanzanalysen im Sinne der Definition der Deutsche Vereinigung für Finanzanalyse und Asset Management (DVFA) durchführen, dh eine Dienstleistung zur systematischen/methodischen Aufbereitung von Informationen von Unternehmen, Branchen und Märkten zum Zwecke der Vorbereitung bzw. als Grundlage von Anlageentscheidungen [vornehmen]«.[5] Des Weiteren können Finanzanalysten in Sell-Side- und Buy-Side-Analysten unterteilt werden, welches von ihrer institutionellen Zugehörigkeit abhängt.[6] Dabei sind die Buy-Side-Analysten häufig bei institutionellen Anlegern angestellt und richten ihre Analysen an einen begrenzten Adressatenkreis, während die Sell-Side-Analysten einen weiten Adressatenkreis ansprechen und regel-

5 *Kremer/v. Werder*, in: Kremer/Bachmann/Lutter/v. Werder, Deutscher Corporate Governance Kodex, Kommentar, 7. Aufl. 2018, Rn. 1611.

6 *Brunnberg*, Kapitalmarktkommunikation und Finanzanalysten, 2018, S. 40; *Göres*, in: Habersack/Mülbert/Schlitt (Hrsg.), Handbuch der Kapitalmarktinformation, 2. Aufl. 2013, § 24 Rn. 2; *Oberdörster*, Finanzberichterstattung und Prognosefehler von Finanzanalysten, 2009, S. 59.

mäßig für Universalbanken, Investmentbanken oder Brokerhäuser tätig werden. Daneben gibt es auch Finanzanalysten, die ihre Analysen potenziellen Anlegern für ein bestimmtes Entgelt zur Verfügung stellen und somit unabhängig tätig sind.

Die Funktion dieser sog. Informationsintermediäre besteht darin, dass sie Informationen über ein bestimmtes Unternehmen sammeln und auswerten sowie auf Basis dieser gesammelten Informationen eine Finanzanalyse erstellen.[7] Diese Finanzanalyse hilft vor allem privaten Investoren und Kleinanlegern, Informationen über ein bestimmtes Unternehmen zu kanalisieren und Investitionsentscheidungen zu treffen. Zudem genießen Finanzanalysten aufgrund ihrer Sachkunde gegenüber den Anlegern eine Vertrauensstellung und wirken deshalb auch bei der Preisbildung auf dem Kapitalmarkt mit. Doch nicht allein deshalb kommt den Finanzanalysten eine große ökonomische Bedeutung zu.

Dadurch dass Finanzanalysten nicht nur bereits vorliegende Informationen auswerten, sondern auch eigens Informationen ermitteln, kommt ihnen eine sog. »private-enforcement-Funktion« zu.[8] Eine fundierte Finanzanalyse verhindert folglich auch das Entstehen von Informationsasymmetrien zwischen Vorstand und Aktionären eines Unternehmens. Andererseits kann ein großes, börsennotiertes Unternehmen auch durch Gewinnprognosen oder ähnliches die Finanzanalysten gezielt steuern (sogenannte »analyst guidance«).

Aus compliancerechtlicher Sicht stellt sich zunächst die interessante Frage, wie die Weitergabe von Insiderinformationen an Finanzanalysten zu bewerten ist. Grundsätzlich ist die Weitergabe von Insiderinformationen an Finanzanalysten unbefugt, wenn sie nicht im üblichen Rahmen bei Ausübung der Arbeit oder des Berufs oder in Erfüllung von Aufgaben des Insiders für den Emittenten erfolgt.[9] Die Weitergabe von Insiderinformationen an Finanzanalysten wird aber dann für rechtmäßig gehalten, wenn diese im

7 *Göres* (Fn. 6), § 24 Rn. 1; *Löffler*, Der Beitrag von Finanzanalysten zur Informationsverarbeitung, 1998, S. 2; *Oberdörster* (Fn. 6), S. 58 ff.

8 *Brunnberg* (Fn. 6), S. 40; *Möllers/Cyglakow*, JZ 2018, 1131 (1136).

9 *Assmann*, in: Schneider/Assmann (Hrsg.), Wertpapierhandelsrecht, Kommentar, 7. Aufl. 2018, WpHG § 14 Rn. 104; *BaFin*, Emittentenleitfaden 2013, III. 2.2.2.1 (S. 41); *Mennicke*, in: Fuchs (Hrsg.), Wertpapierhandelsgesetz, Kommentar, 2. Aufl. 2016, § 14 Rn. 263; *Meyer*, in: Meyer/Veil/Rönnau (Hrsg.), Handbuch zum Marktmissbrauchsrecht, 2018, § 8 Rn. 45; *Pananis*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 7, 3. Aufl. 2019, WpHG § 119 Rn. 244; *Stemper*, WM 2011, 1740 (1741).

Rahmen eines zwischen ihnen und dem Emittenten bestehenden Auftragsverhältnisses tätig werden und sie die betreffende Information zur Erfüllung der ihnen übertragenen Aufgaben benötigen. Ob die externe Person, die die Insiderinformation erhält, ihrerseits einem gesetzlichen oder vertraglichen Verschwiegenheitsverbot unterliegt, ist für die Beurteilung der unbefugten Weitergabe unerheblich. Entscheidend ist vielmehr, ob die Weitergabe der Information freiwillig erfolgt, was wiederum im Ermessen des betroffenen Unternehmens steht. Die Weiterleitung von Insiderinformationen an einen Finanzanalysten muss zudem erst recht möglich sein, wenn dieser eigens vom betroffenen Unternehmen beauftragt wurde, »um eine bessere Einschätzung über die eigene Kreditwürdigkeit oder auch die Erforderlichkeit einer Ad-hoc-Mitteilung erhalten zu können«.[10] Diese Frage ist deshalb für das Compliance-Management-System (CMS) von Bedeutung, weil der Finanzanalyst bei Erhalt von Insiderinformationen auch interne Verstöße aufdecken und diese in die Finanzanalyse einfließen lassen kann. Der beauftragte Finanzanalyst kann somit eine Kontrollfunktion im Unternehmen einnehmen, sofern das Unternehmen ihm Insiderinformationen zur Verfügung stellt.

III. Pflichten eines Finanzanalysten

Eine Finanzanalyse muss nach Art. 20 Abs. 1 MAR objektiv dargestellt sein.[11] Des Weiteren sollen Finanzanalysten ihre Identität nach Art. 2 Abs. 1 der Delegierten VO (EU) 2016/958 angeben und gem. § 85 Abs. 1 S. 1 WpHG so organisiert sein, dass Interessenkonflikte i.S.d. Art. 20 Abs. 1 MAR minimiert werden. Zudem müssen Finanzanalysten nach Art. 37 Abs. 2 lit. d VO (EU) 2017/565 unabhängig sein und dürfen grundsätzlich gem. Art. 37 Abs. 2 lit. b VO (EU) 2017/565 keine Eigengeschäfte in den analysierten Finanzinstrumenten entgegen der aktuellen Empfehlung tätigen.

Obwohl die Tätigkeit eines Finanzanalysten ausdrücklich geregelt ist, kommt es in der Praxis zum Missbrauch dieser ökonomisch bedeutenden Funktion des sog. Informationsintermediärs. Die Stellung des Finanzana-

10 *Meyer* (Fn. 9), § 8 Rn. 45; siehe auch *Mennicke* (Fn. 9), § 14 Rn. 264.

11 *Rothenhöfer*, in: Meyer/Veil/Rönnau (Fn. 9), § 23 Rn. 2 ff.; *Möllers*, NZG 2018, 649 (652); *Möllers/Cyglakow*, JZ 2018, 1131; *Faust*, in: Schimansky/Bunte/Lukowski (Hrsg.), Bankrechts-Handbuch, Bd. 4, 5. Aufl. 2017, § 109 Rn. 158a.

lysten im Fall der Leerverkaufsattacken und deren Folgen für den Kapitalmarkt sowie das CMS wird nachfolgend zu klären sein.

IV. Funktion der Leerverkäufe am Markt

Aktienleerverkäufe haben nicht nur eine liquiditätsspendende Funktion, sondern fördern auch die effiziente Preisbildung von Wertpapieren, indem Short Seller überbewertete Unternehmen identifizieren und auf fallende Kurse spekulieren.[12]

Leerverkäufer schließen einen Kaufvertrag über ein Wertpapier, das sie erst nach Abschluss dieses Kaufvertrags von dem Emittenten des Wertpapiers erwerben.[13] Dabei spekulieren sie auf fallende Kurse im Zeitpunkt, in dem die Verschaffung des Wertpapiers gem. § 271 Abs. 1 BGB fällig wird. So können Short Seller das geschuldete Finanzinstrument an der Börse günstiger erwerben und erhalten dennoch den vor dem Kursrutsch vereinbarten Kaufpreis. Folglich machen Leerverkäufer Gewinn, indem sie die leerverkauften Aktien nach dem Kurssturz günstiger erwerben und so ihrer Erfüllungspflicht aus dem Leerverkauf ordnungsgemäß nachkommen können.

Zudem kann zwischen aktivistischen und passiven Short Sellern unterschieden werden.[14] Während ein passiver Leerverkäufer den Markt beobachtet und abwartet, bis der Kurs des überbewerteten Unternehmens fällt, greift ein aktivistischer Leerverkäufer aktiv in die Preisbildung ein, indem er negative Informationen über das betroffene Unternehmen veröffentlicht, die daraufhin zu einem Kurssturz führen. Die Tätigkeit eines aktivistischen Short Sellers kann somit auch als die gegen ein bestimmtes Unternehmen gerichtete Leerverkaufsattacke bezeichnet werden.

12 *Bayram/Meier*, BKR 2018, 55 (56); *Lange*, Die Regulierung von Aktienleerverkäufen in der Europäischen Union und in den USA unter Berücksichtigung der ökonomischen Auswirkungen von Leerverkäufen auf die Aktienmärkte sowie unter Einbeziehung rechtshistorischer Aspekte, 2017, S. 64.

13 *Lange* (Fn. 12), S. 18 ff.; *Möllers/Cyglakow*, JZ 2018, 1131 (1132).

14 *Bayram/Meier*, BKR 2018, 55 (56); *Mülbert*, ZHR 2018, 105 (106).

V. Bedeutung der Finanzanalysten im Fall der Leerverkaufsattacken

Leerverkaufsattacken stellen für börsennotierte Unternehmen eine erhebliche Gefahr dar, auf die die betroffenen Emittenten nur in den seltensten Fällen vorbereitet sind.[15] Die Mehrheit der Gesellschaften rechnet gerade nicht mit solchen Angriffen, obwohl der sogenannte »shareholder activism« in Form von immer intensiveren Auskunftsbegehren der Aktionäre deutlich zunimmt. Die BaFin warnte bereits am 12.3.2018 wegen eines Verstoßes der Viceroy Research Group gegen § 86 Abs. 1 WpHG und erstattete Anzeige gegen dasselbe Unternehmen wegen Verdachts der Marktmanipulation.[16] Erstmals seit September 2008 verbat die BaFin dann am 18.2.2019 durch Allgemeinverfügung, neue Leerverkaufspositionen in Aktien der Wirecard AG zu begründen oder bestehende Leerverkaufspositionen zu erhöhen.[17]

Bei diesen Short-Seller-Attacken erscheinen kurz nach Verkauf des Wertpapiers eines bestimmten Unternehmens belastende Informationen auf Twitter oder anderen Kommunikationsmedien, wodurch der Kurs des betroffenen Unternehmens tatsächlich fällt.[18] Da auch negative Finanzanalysen den Börsenkurs eines Unternehmens beeinträchtigen können,[19] gewinnt der Finanzanalyst im Bereich der Leerverkaufsattacken immer mehr an Bedeutung. Auch für die Finanzanalysten besteht die Möglichkeit, als Short Seller zu agieren und durch ein Glattstellen der Short-Position, nach dem selbst verursachten Kursrutsch, Gewinne zu realisieren.

15 *BaFin*, BaFinJournal v. 15.5.2017, abrufbar unter https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Fachartikel/2017/fa_bj_1705_Markmanipulation.html (14.4.2020); Pressemitteilung CMS Hasche Sigle (Fn. 4).

16 *BaFin*, Meldung v. 12.3.2018, abrufbar unter https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Meldung/2018/meldung_180309_viceroy_research.html (14.4.2020); *Hasselbach/Rauch*, BB 2019, 194 (198).

17 *BaFin*, Allgemeinverfügung v. 18.2.2019, Geschäftszeichen WA 25-Wp 5700-2019/0002; *Mülbert/Sajnovits*, BKR 2019, 313; *Weber*, NJW 2019, 968 (970).

18 *Möllers/Cyglakow*, JZ 2018, 1131 (1132); *Wentz*, WM 2019, 196 (197).

19 *Oberdörster* (Fn. 6), S. 73.

VI. Positive und negative Folgen der Leerverkaufsattacken

Ohne Zweifel stellen Leerverkaufsattacken aus Sicht des betroffenen Unternehmens immer ein Risiko dar, jedoch dürfen die Folgen solcher Short-Seller-Attacken nicht nur einseitig betrachtet werden.

So werden nicht selten eklatante Verfehlungen des Managements einer Gesellschaft aufgedeckt und dadurch die gesamte Informations- und Bewertungseffizienz am Markt gesteigert.[20] Zudem treten Leerverkaufsattacken der Schwäche von Ad-hoc-Mitteilungen gem. Art. 17 MAR entgegen, die vom Vorstand des betroffenen Unternehmens selbst getätigt werden müssen und deshalb regelmäßig zu Informationsasymmetrien zwischen Vorstand und Aktionären führen. Short Seller als Akteure der externen Corporate Governance fördern folglich auch die Preisbildung am Markt und verhindern somit die Überbewertung einer Gesellschaft.

Ein Vorstand, der keine Rechtsverstöße begeht und im Sinne der Investoren agiert, bietet gerade keine bzw. nur selten eine Angriffsfläche für Leerverkaufsattacken.[21] Aber auch die Abschreckungswirkung der Leerverkaufsattacken auf nicht betroffene Unternehmen sollte als ihre positive Folge gesehen werden und zu einer transparenten Marktkommunikation zur Erzielung der Marktfairness führen. Die Folgen für das gesamte Unternehmen gehen bei Regelverstößen weit über die Vorschriften der Vorstandshaftung nach § 93 AktG oder der Folgemaßnahmen nach §§ 97 ff. WpHG hinaus, wenn eine Leerverkaufsattacke stattgefunden hat. Die aus Short-Seller-Attacken resultierenden sinkenden Kurse oder auch die Gefährdung der Anleger sind geeignet, eine präventive Wirkung auf nicht betroffene Unternehmen zu entfalten, die noch einmal mehr die Begehung von Straftaten innerhalb der Gesellschaft zu verhindern versuchen.

Ein Mosaikstein zur Vermeidung von Regelverstößen innerhalb eines Unternehmens ist die Implementierung eines ausgearbeiteten Compliance-Systems, worauf an späterer Stelle noch näher eingegangen wird (siehe IX.). Die Verhinderung der Begehung von Straftaten und die Förderung eines Compliance-Systems im Unternehmen als positive Folge der Short-Seller-Attacken nimmt auch deshalb an Bedeutung zu, weil die Veröffentlichung einer nachteiligen Information über ein Unternehmen nicht nur die Gesellschaft selbst trifft, sondern auch die an dem Unternehmen beteiligten

20 *Möllers/Cyglakow*, JZ 2018, 1131 (1132 ff.); *Mülbert*, ZHR 2018, 105 (109 f.).
21 *BaFin*, BaFinJournal v. 15.5.2017 (Fn. 15); *Wentz*, WM 2019, 196 (197).

Aktionäre, die keine Short-Position halten.[22] Die Interessen der Anleger sind damit ebenso gefährdet wie die des betroffenen Unternehmens selbst.

Insbesondere ist zu beachten, dass die von Short Sellern erstellten Berichte in der Presse oder auch die Finanzanalysen oftmals eine Mischung von Tatsachenbehauptungen und Werturteilen darstellen und somit nicht immer als verlässliche Informationsquelle gesehen werden können. Auch Finanzanalysten haben nicht stets die Möglichkeit, die ihnen vorliegende Information bis hin zur vollständigen Beweisbarkeit zu überprüfen, bevor diese in die Finanzanalyse einbezogen wird. Für eine vollständige Überprüfung der Information würden die Short-Seller nicht selten einen Zugang zu den unternehmensinternen Kommunikations- und Betriebsabläufen des betroffenen Unternehmens benötigen, der ihnen in der Regel nicht zusteht. Die das Unternehmen schädigende Information kann also ohne Wissen des Short-Sellers unrichtig sein, was den durch die Veröffentlichung dieser Information entstehenden Kurssturz sowie den Reputationsschaden des Unternehmens umso schlimmer macht. Ebenso fraglich ist die irreführende Zusammenstellung bereits bekannter Informationen, bspw. in Form einer Finanzanalyse, die dieselben Auswirkungen auf das geschädigte Unternehmen hat. Die Gefahr für das betroffene Unternehmen besteht folglich in einem Reputationsverlust und einem Kurssturz, der unabhängig vom Wahrheitsgehalt der verbreiteten Information eintreten kann.

Aus diesem Grund sind Leerverkaufsattacken, trotz ihrer positiven Auswirkungen auf die Preisbildung auf dem Markt und die Förderung einer Compliance-Struktur im Unternehmen, kritisch zu betrachten. Fraglich bleibt deshalb, wie die negativen Folgen einer Short-Seller-Attacke verhindert werden können. Eine Allgemeinverfügung zum Verbot der Begründung und Vergrößerung von Netto-Leerverkaufspositionen in dem betroffenen Unternehmen würde auch die positiven Folgen der Short-Seller-Attacken für die Marktkommunikation und die faire Preisbildung am Kapitalmarkt verhindern.

VII. Lösungsansatz – Anhörungspflicht

Ein möglicher Lösungsansatz könnte in der Regulierung der Marktkommunikation in Form der Auferlegung einer Anhörungspflicht für die Finanz-

22 *BaFin*, BaFinJournal v. 15.5.2017 (Fn. 15); *Möllers/Cyglakow*, JZ 2018, 1131 (1136); *Mülbert*, ZHR 2018, 105 (110).

analysten liegen, indem diese vor Veröffentlichung einer auf Verdachtsfällen und belastenden Informationen beruhenden Finanzanalyse das betroffene Unternehmen anhören müssten.[23] Dies hätte für den Informationsintermediär eine gewisse Warnfunktion, indem er sich durch die Anhörung seiner Pflicht zur objektiven Darstellung gem. Art. 20 Abs. 1 MAR klar bewusst würde. Dadurch könnte zum einen die Verbreitung unwahrer Aussagen reduziert werden. Auf der anderen Seite wäre auch das Unternehmen vorgewarnt und erhielte die Gelegenheit, eine eigene Stellungnahme vorzubereiten und auf die negative Finanzanalyse rasch, z.B. mittels einer Richtigstellung, zu reagieren. Fraglich bleibt jedoch die rechtsdogmatische Herleitung einer solchen Anhörungspflicht.

Die Anhörungspflicht der Finanzanalysten könnte aus der Anhörungspflicht eines Arbeitgebers im Fall der arbeitsrechtlichen Verdachtskündigung[24] abgeleitet werden. Bei einer Verdachtskündigung muss der Verdacht auf objektiven Tatsachen beruhen sowie eine große Wahrscheinlichkeit dafür bestehen, dass der betroffene Arbeitnehmer die in Frage stehende Straftat tatsächlich begangen hat. Unterlässt der Arbeitgeber die Anhörung des Arbeitnehmers zu den Vorwürfen, so ist die arbeitsrechtliche Verdachtskündigung unwirksam. Der Sinn und Zweck dieser Anhörungspflicht besteht nicht nur darin, den Arbeitgeber vor übereilten Entscheidungen zu bewahren, sondern auch darin, den Verdacht – wenn möglich – auszuräumen. Dabei reicht es nicht aus, dem Arbeitnehmer den gegen ihn gerichteten Vorwurf nur grob zu schildern und ihm wesentliche Erkenntnisse vorzuenthalten. Vielmehr muss der Arbeitnehmer klar erkennen können, welcher Tat er verdächtig ist, um ausreichend Stellung zu den Vorwürfen nehmen zu können. Der Schutz des Arbeitnehmers ist hier vergleichbar mit dem des Emittenten, über den belastende und unwahre Informationen verbreitet werden sollen. In beiden Fällen wird eine Gelegenheit zur Stellungnahme und zur Ausräumung des Verdachts gegeben, um sich vor unberechtigten Vorwürfen schützen zu können.

Die Kriterien zur Verdachtsberichterstattung im Journalismus können ebenfalls zur Begründung einer Anhörungspflicht der Finanzanalysten herangezogen werden.[25] Auch hier muss erst ein Mindestbestand an Beweistatsachen ermittelt werden, was unter anderem auch durch eine Anhörung des Betroffenen geschieht. Ebenso muss ihm der gesamte Sachverhalt, der

23 *Möllers*, NZG 2018, 649 (655); *Möllers/Cyglakow*, JZ 2018, 1131 (1132 ff.).
24 BAG NJOZ 2003, 2259; BAG NZA 2008, 809; *Eylert*, NZA-RR 2014, 393 (400).
25 LG Köln NJW-RR 2018, 299; LG Hamburg ZUM-RD 2018, 96.

den Verdacht begründet, vorgelegt werden. Werden die Grundsätze der Verdachtsberichterstattung eingehalten, so gilt die Äußerung auch dann als rechtmäßig, wenn sich im Nachhinein der Verdacht als unzutreffend herausstellt. Die Verdachtsberichterstattung im Journalismus und die Verbreitung von Finanzanalysen sind in dieser Hinsicht gut vergleichbar, zumal in beiden Fällen die Öffentlichkeit mit negativen Informationen konfrontiert wird. So heißt es auch in einem Urteil des LG Hamburg vom 28.4.2017, dass unter »Berücksichtigung der […] Schwere des Verdachts, die geeignet ist, das Vertrauen der Öffentlichkeit […] zu erschüttern, […] auf die Gelegenheit zur Stellungnahme nicht ausnahmsweise verzichtet werden [kann]«.[26] Auch die belastende Finanzanalyse kann das Vertrauen der Öffentlichkeit in das betroffene Unternehmen erschüttern, so dass auch hieraus ableitbar ist, vor einer Veröffentlichung der Analyse eine Gelegenheit zur Stellungnahme geben zu müssen.

Genauso wie in der Verdachtsberichterstattung ist es auch für Finanzanalysten nicht immer möglich, Informationen, auf denen die Finanzanalyse basiert, vollständig hinsichtlich ihres Wahrheitsgehalt und ihrer Beweisbarkeit zu überprüfen.[27] Oftmals handelt es sich bei den Informationen des Analysten auch um Unternehmensinterna, die er als Außenstehender in der Regel nicht weiter untersuchen kann, wenn ihm nicht der Zugang zu unternehmensinternen Kommunikations- und Betriebsabläufen gewährt wird. Dies wird jedoch bezüglich der Veröffentlichung einer für das betroffene Unternehmen belastenden Finanzanalyse nur selten der Fall sein. Gerade im Hinblick auf die Funktion des Finanzanalysten, Kleinanleger bei ihrer Investitionsentscheidung zu unterstützen und Informationsasymmetrien zwischen Vorstand und Aktionären zu verringern, kann es dem Informationsintermediär dennoch nicht verwehrt sein, solche Verdachtsfälle in die Finanzanalyse einfließen zu lassen.

Wie in der Verdachtsberichterstattung muss auch bei Veröffentlichung einer Finanzanalyse zwischen Tatsachen und Werturteilen differenziert werden.[28] Bei dem Angriff von Zatarra auf Wirecard konnte bspw. nachgeprüft werden, ob Wirecard tatsächlich pornografische Inhalte auf ihrem Server hatte und gegen den »Unlawful Internet Gambling Enforcement Act« verstoßen hat. Mithin enthält jede Finanzanalyse einen überprüfbaren Tat-

26 LG Hamburg ZUM-RD 2018, 96.
27 *Möllers/Cyglakow*, JZ 2018, 1131 (1132 ff.); *Oberdörster* (Fn. 6), S. 63 ff.
28 *Möllers/Cyglakow*, JZ 2018, 1131 (1135); *Oberdörster* (Fn. 6), S. 70 f.; *Wentz*, WM 2019, 196 (198).

sachenkern. Allerdings lässt ein Informationsintemediär auch eigene Schlussfolgerungen aus seinen Ermittlungen in die Analyse einfließen, so dass die Finanzanalyse nur selten eine reine Tatsachenbehauptung darstellt. Dies ist deshalb von Bedeutung, weil eine Anhörungspflicht lediglich für den Bericht über unbewiesene bzw. belastende Tatsachen gefordert werden kann.

Folglich kann eine Anhörungspflicht des Finanzanalysten auch nur für diese Teile seiner Analyse gelten, was jedoch ausreichen würde, um dem Analysten seine nach Art. 20 Abs. 1 MAR bestehende Pflicht zur objektiven Darstellung bewusst zu machen und dem Unternehmen die Möglichkeit zur Stellungnahme zu eröffnen. Die Veröffentlichung unwahrer oder irreführender Informationen in Form einer Finanzanalyse kann aber nur dann effektiv verringert werden, wenn die Missachtung einer Anhörungspflicht wirksam sanktioniert und verfolgt wird.

VIII. Lösungsansatz – Verstoß gegen das Verbot der Marktmanipulation und des Insiderhandels

Das Ausmaß der Veröffentlichungen unwahrer und irreführender Informationen könnte zudem durch die strengere strafrechtliche Verfolgung verringert werden. Fraglich ist, welche Straftatbestände ein Finanzanalyst bei Verbreitung einer fehlerhaften oder irreführenden Finanzanalyse erfüllt.

1. Scalping gem. Art. 15, 12 Abs. 2 lit. d MAR

In Betracht käme zum einen ein Verstoß gegen das Verbot des Scalpings nach Art. 15, 12 Abs. 2 lit. d MAR.[29] Hierbei geht der Scalper eine Long- oder Short-Position in einem Finanzinstrument ein und gibt im Nachgang eine Stellungnahme zu dem betroffenen Wertpapier ab, ohne dabei seinen Interessenkonflikt offenzulegen. Den durch seine Stellungnahme verursachten Kursrutsch nutzt er daraufhin, um seine Position glattzustellen. Die Täuschung besteht hier gerade in der Kombination von abgegebener Stellungnahme und dem Verschweigen des Interessenkonflikts.

Unter dem Begriff der Stellungnahme fällt jede Bewertung, die geeignet ist, den verständigen Anleger in seiner Anlageentscheidung zu beeinflus-

29 *BaFin*, BaFinJournal v. 15.5.2017 (Fn. 15); *Wentz*, WM 2019, 196 (198 ff.); *Wilken/Bertus*, BB 2019, 2754 (2756 f.).

sen.[30] Somit ist auch eine Anlageempfehlung gem. Art. 3 Abs. 1 Nr. 35 MAR, wie sie von den Finanzanalysten abgegeben wird, von dem Begriff der Stellungnahme erfasst. Des Weiteren muss der Scalper bei Veröffentlichung der Stellungnahme einen Medienzugang benutzt haben, was bei der Verbreitung einer Finanzanalyse zu bejahen ist. Der Finanzanalyst zieht daraus auch einen Nutzen i.S.d. Art. 12 Abs. 2 lit. d MAR, indem er im Wege des Glattstellens seiner Position einen Gewinn erzielt.

Legt der Finanzanalyst somit bei Veröffentlichung seiner Analyse nicht offen, dass er selbst in das betroffene Finanzinstrument eine Long- oder Short-Position eingegangen ist und zieht nach Verbreitung der Finanzanalyse einen Nutzen daraus, hat er sich gem. Art. 15, 12 Abs. 2 lit. d MAR wegen Verstoßes gegen das Verbot des Scalpings strafbar gemacht.

2. Marktmanipulation gem. Art. 12 Abs. 1 lit. a MAR

Zudem ist ein Verstoß des Finanzanalysten gegen das Verbot der verhaltensgestützten Marktmanipulation gem. Art. 12 Abs. 1 lit. a MAR zu prüfen.[31] Hierbei kann zum einen der erforderliche »Abschluss eines Geschäftes« die Eingehung einer Leerverkaufsposition darstellen. Zum anderen kann die Vornahme einer »anderen Tathandlung« in der Veröffentlichung der Finanzanalyse liegen.

Der Tatbestand des Art. 12 Abs. 1 lit. a MAR erfasst grundsätzlich jede Transaktion auf dem Kapitalmarkt.[32] Der Unionsgesetzgeber hat ausdrücklich die Vornahme von Leerverkaufsattacken (dort auch als »trash and cash« bezeichnet) als Indikator für das Vorliegen einer Marktmanipulation anerkannt.[33]

Auch aus der Leerverkaufsverordnung ergibt sich für den Finanzanalysten eine Offenlegungspflicht nach Art. 6 SSR, die zum Vorliegen einer informationsgestützten Marktmanipulation führen kann.[34] Zwar sieht Art. 12 Abs. 1 lit. c MAR keinen ausdrücklichen Unterlassungstatbestand vor, so

30 *Bayram/Meier*, BKR 2018, 55 (57 ff.); *Schmolke*, in: Klöhn (Hrsg.), Marktmissbrauchsverordnung, Kommentar, 2018, MAR Art. 12 Rn. 365; *Mülbert*, ZHR 2018, 105 (108).

31 *Bayram/Meier*, BKR 2018, 55 (60); ausführlich hierzu *Wentz*, WM 2019, 196 (200).

32 *Schmolke* (Fn. 30), MAR Art. 12 Rn. 34 ff.; *Wentz*, WM 2019, 196 (200).

33 Delegierten VO (EU) 2016/522 Anhang II Abschnitt 1 Nr. 4.

34 *Bayram/Meier*, BKR 2018, 55 (60 f.).

dass die Nichtoffenlegung nicht zur Erfüllung dieses Tatbestandes führt, jedoch kann das Unterlassen der Offenlegung unter das Tatbestandsmerkmal »jede andere Handlung« i.S.d. Art. 12 Abs. 1 lit. a MAR subsumiert werden. Folglich ergibt sich auch hieraus ein Strafbarkeitsrisiko des Finanzanalysten wegen Verstoßes gegen das Verbot der verhaltensgestützten Marktmanipulation gem. Art. 12 Abs. 1 lit. a MAR.

3. Marktmanipulation gem. Art. 12 Abs. 1 lit. b MAR

Des Weiteren kommt ein Verstoß gegen das Verbot der Marktmanipulation gem. Art. 12 Abs. 1 lit. b MAR in Betracht.[35] Dazu muss der Finanzanalyst das Tatbestandsmerkmal des »Vorspiegelns falscher Tatsachen« erfüllen. Hierfür kommt nicht nur die Veröffentlichung einer Finanzanalyse ohne Offenlegung des Interessenkonflikts, sondern auch die Verbreitung einer fehlerhaften Analyse in Betracht. Folglich ist auch eine Strafbarkeit des Informationsintermediärs wegen Verstoßes gegen das Verbot der Marktmanipulation nach Art.12 Abs. 1 lit. b MAR denkbar.

4. Marktmanipulation gem. Art. 12 Abs. 1 lit. c MAR

Zuletzt ist auch ein Verstoß des Finanzanalysten gegen das Verbot der informationsgestützten Marktmanipulation nach Art. 12 Abs. 1 lit. c MAR in Erwägung zu ziehen.[36] Dazu muss zunächst das Tatbestandsmerkmal der »Verbreitung von Informationen« erfüllt sein. Dies ist im Wege der Veröffentlichung von Finanzanalysen stets zu bejahen. Des Weiteren müssen diese Informationen »falsch« oder »irreführend« sein. Soweit die Finanzanalyse auf unwahren Tatsachen basiert, sind die sich aus ihr ergebenden Informationen falsch. Doch auch die Kombination aus bereits öffentlichen und wahrheitsgemäßen Tatsachen kann zu einer irreführenden Finanzanalyse führen, insbesondere wenn der Analyst die Informationen derart selektiert und zusammenstellt, dass ein fehlerhafter Gesamteindruck entsteht. Der Tatbestand des Art. 12 Abs. 1 lit. c MAR kann auch dann erfüllt sein, wenn sich der Finanzanalyst ausschließlich wahren Tatsachen zur Erstel-

35 Hierzu näher *Bayram/Meier*, BKR 2018, 55 (59); *Mülbert*, ZHR 2018, 105 (107).
36 *BaFin*, BaFinJournal v. 15.5.2017 (Fn. 15); *Bayram/Meier*, BKR 2018, 55 (59); *Wentz*, WM 2019, 196 (201).

lung seiner Analyse bedient. Eine Strafbarkeit wegen Verstoßes gegen das Verbot der informationsgestützten Marktmanipulation nach Art. 12 Abs. 1 lit. c MAR kommt somit ebenfalls in Betracht.

5. Verbot von Insidergeschäften gem. Art. 14 lit. a i.V.m. 8 Abs. 1 S. 1 MAR

Sofern der Finanzanalyst jedoch seinen Interessenkonflikt i.S.d. Art. 15, 12 Abs. 2 lit. d MAR offenlegt und seine Analyse wahrheitsgemäß ist, stehen ihm die Verbotsnormen der Marktmanipulation bei der Durchführung von Leerverkaufsattacken nicht entgegen. Allerdings ist noch an einen Verstoß gegen das Verbot von Insidergeschäften nach Art. 14 lit. a i.V.m. Art. 8 Abs. 1 S. 1 MAR zu denken, wenn es sich bei dem Inhalt der veröffentlichten Finanzanalyse um eine Insiderinformation handelt.

a) Finanzanalyse als Insiderinformation

Eine Insiderinformation liegt gem. Art. 7 MAR dann vor, wenn die Information präzise, nicht öffentlich bekannt und geeignet ist, im Fall des öffentlichen Bekanntwerdens ein erhebliches Kurspotenzial zu entfalten. Allerdings ergibt sich bereits aus Erwägungsgrund 28, dass Analysen auf Basis öffentlich verfügbarer Informationen grundsätzlich keine Insiderinformation i.S.d. Art. 7 MAR sind. Gleichwohl werden in Erwägungsgrund 28 S. 2 und 3 Fälle aufgeführt, in denen es sich dennoch um eine Insiderinformation handeln kann.[37] Die Leerverkaufsaktivisten müssen hiernach für die Feststellung über das Vorliegen einer Insiderinformation berücksichtigen, in welchem Umfang die Informationen nicht-öffentlich und welche Auswirkungen auf die Finanzinstrumente möglich sind, wenn sie vor der Veröffentlichung oder Verbreitung handeln würden. Nach Erwägungsgrund 28 S. 2 und 3 besteht für die Maßnahmen von Short Sellern zwar ein Strafbarkeitsrisiko, allerdings herrscht aufgrund der vagen Formulierung des Erwägungsgrundes Unsicherheit darüber, wann ein Verstoß gegen Art. 14 lit. a i.V.m. Art. 8 Abs. 1 S. 1 MAR zu bejahen ist; aber das Strafbarkeitsrisiko ist sicherlich erhöht für diejenigen Finanzanalysten, die über eine hohe Reputation bzw. einen hohen Bekanntheitsgrad auf dem Markt verfügen und gleichzeitig Leerverkäufe tätigen.

37 *Wilken/Bertus*, BB 2019, 2754 (2758 f.).

Klarheit besteht hingegen für die Fallvariante, in der ein Short Seller eine Leerverkaufsposition in Kenntnis einer bevorstehenden Finanzanalyse eines Dritten eingeht.[38] Hier geht der Short Seller die Position nur deshalb ein, weil er weiß, dass eine negative Finanzanalyse einen Kurssturz bewirken und sich für ihn gewinnbringend auswirken wird. Dies stellt einen klassischen Fall eines Insidergeschäfts dar und verstößt somit gegen Art. 14 lit. a i.V.m. Art. 8 Abs. 1 S. 1 MAR.

b) Auf Whistleblowing basierende Finanzanalysen als Insiderinformationen

Eine von Finanzanalysten durchgeführte Leerverkaufsattacke kann auch dann einen Verstoß gegen Art. 14 lit. a i.V.m. 8 Abs. 1 S. 1 MAR darstellen, wenn die Finanzanalyse auf einer Information von Whistleblowern basiert.[39] Bei Whistleblowern handelt es sich um Unternehmensangehörige, die durch eine unternehmensinterne oder -externe Weitergabe von Informationen Missstände und Regelverstöße im Unternehmen aufdecken.[40] Die auf einem Whistleblowing basierende Finanzanalyse enthält unstreitig eine hinreichend präzise Information, die den Emittenten betrifft und im Fall ihres öffentlichen Bekanntwerdens geeignet ist, den Kurs des Finanzinstruments erheblich i.S.d. Art. 7 Abs. 1 lit. a MAR zu beeinflussen.

Die neue EU-Whistleblower-Richtlinie[41], die das Europäische Parlament am 7.10.2019 verabschiedet hat und am 16.12.2019 in Kraft getreten ist, regelt die Pflicht der Unternehmen mit mehr als 50 Beschäftigten, zukünftig ein internes Meldesystem zur Entgegennahme von Hinweisen einzurichten. Hierin wird der hohe Stellenwert, den Hinweisgebersysteme in Unternehmen einnehmen deutlich, und dass sie integraler Bestandteil eines funktionierenden CMS sind.

Die Form des Whistleblowings nimmt eine wichtige Aufgabe im Compliancebereich wahr, indem Missstände möglichst schnell aufgedeckt werden können und Regelverstößen entgegengewirkt werden kann;[42] es steht

38 *Wilken/Bertus*, BB 2019, 2754 (2758 f.).
39 *Wilken/Bertus*, BB 2019, 2754 (2758).
40 *Gerdemann*, RdA 2019, 16; *Bottmann*, in: Park (Hrsg.), Kapitalmarktstrafrecht, Handkommentar, 5. Aufl. 2019, Kap. 2.1. Rn. 44; *Rotsch/Wagner*, in: Rotsch (Hrsg.), Criminal Compliance, Handbuch, 2015, § 34 C. Rn. 1 ff. (3).
41 Richtlinie zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden (Richtlinie [EU] 2019/1937).
42 *Sonnenberg*, JuS 2017, 917 (920 ff.); *Steffen/Stöhr*, RdA 2017, 43 (48).

dem auch nicht zwangsläufig das Verbot von Insidergeschäften gem. Art. 14 lit. a i.V.m. Art. 8 Abs. 1 S. 1 MAR entgegen. Es können durchaus mit Finanzanalysen, die auf der Information eines Whistleblowers basieren, Regelverstöße des Unternehmens aufgedeckt und Informationsasymmetrien aufgehoben werden; dies dient der Markttransparenz und der -fairness auf dem Kapitalmarkt. Der veröffentlichende Finanzanalyst darf dabei nur nicht unter Ausnutzung der Whistleblower-Information eine Leerverkaufsposition eingehen und die Finanzanalyse zur Herbeiführung eines Kurssturzes missbrauchen.

Folglich verhindert das Verbot von Insidergeschäften nach Art. 14 lit. a i.V.m. Art. 8 Abs. 1 S. 1 MAR zwar eine Leerverkaufsattacke basierend auf der Information eines Whistleblowers, gewährleistet aber nicht unbedingt – problematisch bleiben hier nur die vagen Ausführungen in Erwägungsgrund 28 – die ordnungsgemäße Offenlegung einer Insiderinformation im Wege einer wahrheitsgemäßen Finanzanalyse.

6. Folgen der Marktmanipulation und des Insiderhandels

Ein Finanzanalyst, der zugleich als Short Seller tätig wird und den Kurssturz des betroffenen Unternehmens durch Veröffentlichung einer Finanzanalyse eigens verursacht, verwirklicht unter bestimmten Umständen mehrere Fälle der Marktmanipulation gem. Art. 12 Abs 1, 2 MAR und verstößt ggf. auch gegen das Insiderhandelsverbot gem. Art 14 lit.a MAR. Die Verstöße werden strafrechtlich in § 119 WpHG bzw. ordnungswidrigkeitenrechtlich in § 120 WpHG geahndet.

In diesem Kontext ist zu beachten, dass aus jeder existierenden strafbewehrten Norm die Notwendigkeit resultiert, deren Befolgung durch die Einrichtung von Compliance-Maßnahmen sicherzustellen.[43] Das Ziel muss sein, die aus einem Rechtsverstoß eintretenden negativen (Rechts-)Folgen für das Unternehmen zu vermeiden. Im Bereich des Bank- und Kapitalmarktrechts geht es vor allem um die Verhinderung von Straftaten im Zusammenhang mit den oben dargelegten Vorschriften des Anlegerschutzes. Im Konkreten bedeutet dies, sowohl die interne als auch die externe Kommunikation im Unternehmen zu regeln und zur Vermeidung strafrechtlich relevanten Verhaltens, das Basis für Leerverkaufsattacken sein kann, ein auf das jeweilige Unternehmen angepasstes Compliance-System zu imple-

43 *Bock*, Criminal Compliance, 2013, S. 246.

mentieren, um somit Verstöße zu verhindern bzw. schnellstmöglich aufzudecken.

7. Auswirkungen auf die Leerverkaufsattacken

Die obigen Ausführungen zeigen, dass die Leerverkaufsattacke eines Finanzanalysten als Short Seller durchaus strafrechtlich von Belang ist und geahndet werden kann. Um die negativen Folgen solcher Leerverkaufsattacken zu minimieren und dennoch weiterhin von den positiven Auswirkungen der Short-Seller-Attacken profitieren zu können, sollten diese vor allem im Hinblick auf die Tätigkeit der Finanzanalysten stärker beobachtet und geahndet werden. Die Angst vor strafrechtlicher Ahndung kann neben dem Erfordernis der Anhörungspflicht dazu führen, dass Finanzanalysten künftig alle in ihre Finanzanalyse einfließenden Informationen kritischer prüfen und gegebenenfalls nachforschen werden, bevor sie ihre Finanzanalyse der Öffentlichkeit zugänglich machen. Zuletzt forderte auch der Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins in seiner Stellungnahme zum »Entwurf des Emittentenleitfadens Modul C – Regelungen aufgrund der Marktmissbrauchsverordnung (MAR)« das Einfügen eines Unterkapitels über die Marktmanipulation durch Short-Seller-Attacken.[44] Diese gesamten Maßnahmen haben zum Ziel, dass Finanzanalysten in Zukunft bei einer Leerverkaufsattacke lediglich einen tatsächlich begangenen Verstoß der Gesellschaft aufdecken und für eine Verringerung der Informationsasymmetrie zwischen Vorstand und Aktionären sorgen, anstatt eine fehlerhafte Finanzanalyse zur Erzielung eigenen Gewinns zu missbrauchen.

IX. Folgen der Leerverkaufsattacken für das Compliance-Management-System eines Unternehmens

Die negativen Folgen von Leerverkaufsattacken, wie Kursstürze und Reputationsschäden von in Wahrheit ordnungsgemäß handelnden Unternehmen, können zum einen durch die Einführung einer Anhörungspflicht und zum anderen durch die verstärkte strafrechtliche Verfolgung bei Veröffentlichung fehlerhafter Informationen verringert werden. Die positiven Folgen dieser Attacken, wie die Steigerung der Informations- und Bewertungseffi-

44 *DAV*, NZG 2019, 1138 (1146).

zienz am Markt, aber auch die Aufdeckung eklatanter Verfehlungen des Managements einer Gesellschaft, bleiben dadurch erhalten.

Die Forderung einer Anhörungspflicht für Finanzanalysten und die stärkere strafrechtliche Verfolgung können dazu führen, dass ausschließlich rechtswidrig handelnde Unternehmen in das Visier der Short Seller gelangen und Rechtsverstöße der Gesellschaft auf dem Kapitalmarkt schneller aufgedeckt werden.

Aus compliancerechtlicher Sicht können die Leerverkaufsattacken aber auch dazu führen, dass sich Unternehmen um eine Verbesserung des Compliance-Systems bemühen. Short Seller kritisieren durch ihre Leerverkaufsattacken nicht nur Fehler in der Rechnungslegung, sondern decken auch Compliance-Defizite eines Unternehmens auf.[45] Durch die Einrichtung eines adäquaten Compliance-Systems kann das Unternehmen folglich selbst Verstöße schneller aufdecken und dafür Sorge tragen, dass den Short Sellern erst gar keine Angriffsfläche für eine Leerverkaufsattacke geboten wird.[46] Ebenso kann die effiziente Einrichtung eines Whistleblowing-Systems, bei dem sich Unternehmensangehörige zur Aufdeckung von Regelverstößen an eine unternehmensinterne oder externe Stelle wenden können, verhindern, dass solche Whistleblower-Informationen an Finanzanalysten gelangen, die diese wiederum zur Durchführung einer Leerverkaufsattacke auf das betroffene Unternehmen ausnutzen.[47]

Die Optimierung des CMS und somit die konkrete Ausgestaltung des unternehmensinternen Risikomanagements ist abhängig von Art, Umfang, Komplexität und Risikogehalt der jeweils ausgeübten Geschäftstätigkeit.

Aus den gesellschaftsrechtlichen Überwachungs- und Sorgfaltspflichten folgt auch eine Risikosteuerungspflicht der Geschäftsleitung zur Verhinderung von Wirtschaftsstraftaten. Die Antizipation strafrechtlicher Risiken gehört damit als Bestandteil der allgemeinen Leitungsaufgabe zum Kernbereich jeder Unternehmensleitung. Dementsprechend muss sie permanent beurteilen, welche kriminalitätsbezogenen Compliance-Maßnahmen rechtlich notwendig, für das Unternehmen förderlich sowie betriebswirtschaft-

45 *Mayer-Uellner/Engelen*, CMS Deutschland bloggt v. 20.7.2017, abrufbar unter https://www.cmshs-bloggt.de/gesellschaftsrecht/aktienrecht/short-attack-im-visier-von-short-sellern-typische-kriterien/ (14.4.2020); Boerse Social Network v. 19.3.2018, abrufbar unter https://boerse-social.com/2018/03/19/inbox_was_tun_bei_short-attacken (14.4.2020).

46 *Mülbert/Sajnovits*, BKR 2019, 313 (321).

47 *Wilken/Bertus*, BB 2019, 2754 (2758).

lich sinnvoll sind. Insoweit ist die Implementierung eines entsprechenden Compliance-Systems ein wichtiger Schutzfaktor zur Vermeidung von Leerverkaufsattacken.

Sollte es trotz des ausgearbeiteten Compliance-Systems einmal zu einem eklatanten Verstoß kommen, so wäre das Unternehmen zumindest rechtzeitig informiert und könnte einen sogenannten Notfallplan für eine drohende Leerverkaufsattacke entwickeln. Die Vizepräsidentin der Deutschen Schutzvereinigung für Wertpapierbesitz e.V. hat das vom Leerverkaufsverbot der BaFin betroffene Unternehmen Wirecard als ein DAX-Unternehmen bezeichnet, »das nicht daxfähig [ist], weil es nicht die Struktur eines DAX-Unternehmens [hat] – nicht in der Compliance, nicht bei Corporate Governance, nicht bei internen Kontrollsystemen«.[48] Die Leerverkaufsattacke der Viceroy Research Group richtete sich somit gegen ein Unternehmen, das kein geeignetes CMS besaß. Auch dies sollte andere deutsche Unternehmen dazu anhalten, ein adäquates Compliance-System zu errichten und Rechtsverstöße rechtzeitig aufzudecken.

Das zahlenmäßige Ansteigen von Leerverkaufsattacken in Deutschland stellt zwar eine Bedrohung für die Unternehmen dar, jedoch fördert es auch die Transparenz des Kapitalmarktes und sorgt dafür, dass Unternehmen noch stärker versuchen werden, eigene Rechtsverstöße zu verhindern. Die Unternehmen haben die Veröffentlichung belastender Informationen im Wege der Ad-hoc-Mitteilungen nach Art. 17 MAR nun nicht mehr unter alleiniger Kontrolle, sondern müssen befürchten, dass eine Offenlegung des Verstoßes durch eine Leerverkaufsattacke schneller in den Fokus der Öffentlichkeit rückt, als es dem Interesse des Unternehmens entspricht.

Somit stellt diese Bedrohung für Unternehmen zugleich einen Schutz für potenzielle Anleger dar und begünstigt ein reibungsloses Funktionieren des Kapitalmarkts.

Sofern der Missbrauch von Short-Seller-Attacken durch Finanzanalysten und andere Informationsintermediäre verhindert oder zumindest minimiert werden kann, sind Leerverkaufsattacken aus compliance- und kapitalmarktrechtlicher Sicht durchaus transparenz- und funktionssichernd.

48 *Müncher*, goingpublic.de v. 31.5.2019, abrufbar unter https://www.goingpublic.de/going-public-und-being-public/leerverkaeufer-die-boesen-buben-am-kapitalmarkt/ (14.4.2020); siehe auch *Zimmermann*, Risiko & Compliance v. 8.3.2019, abrufbar unter http://www.riskcompliance.de/news/wirecard-spannender-als-ein-krimi/ (14.4.2020).

Subventionsbetrug und Verletzung von Cross-Compliance-Vorgaben

*Davina Bruhn, Jens Bülte**

Agrarbetriebe stehen aufgrund der hohen Anforderungen, die sich aus den berechtigten Interessen der Allgemeinheit an einer umweltschonenden Landwirtschaft unter Schutz der Gesundheit von Mensch und Tier sowie anderer ökologischer und kultureller Belange ergeben, unter starkem wirtschaftlichem Druck. Daher ist die Forderung nach einer Subventionierung des Agrarsektors durch die Gesellschaft, die eben diese Rücksichtnahme von der Landwirtschaft verlangt, durchaus berechtigt. Doch steht und fällt dieses Recht auf Gewährung von Subventionen mit der Erfüllung dieser Nachhaltigkeitskriterien für Mindestbedingungen der Tierhaltung, Verwendung von Düngemitteln oder Erhaltung von Landschaftsmerkmalen. Wer Subventionen beantragt, obwohl er seinen Betrieb nicht im Einklang mit den sog. »Grundanforderungen an die Betriebsführung« führt und damit diese als »anderweitige Verpflichtungen« oder Cross-Compliance-Pflichten bezeichneten Vorgaben missachtet, verletzt den Grundkonsens der EU-Agrarförderung. Er verliert (zumindest teilweise) seinen Anspruch auf Unterstützung und kann sich zudem wegen Subventionsbetrugs gem. § 264 StGB strafbar machen.

I. Agrarsubventionen in der Europäischen Union

Im Haushalt der Europäischen Union sind für das Jahr 2019 für Agrarsubventionen unter dem Haushaltstitel »Nachhaltiges Wachstum: natürliche Ressourcen« Zahlungen in Höhe von 58,4 Mrd. Euro – das sind 36,1 % der Gesamtmittel der EU – vorgesehen.[1] Damit stellt die Gemeinsame Agrar-

* Der Beitrag ist erschienen in ZIS 2019, 517. *Dr. Davina Bruhn* ist Rechtsanwältin (Hamburg); Prof. *Dr. Jens Bülte* ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Universität Mannheim. Die *Autoren* danken Frau ref. iur. *Anna-Lena Dihlmann* für sehr wertvolle Anregungen und die kritische Durchsicht des Textes.

1 http://www.europarl.europa.eu/factsheets/de/sheet/106/die-finanzierung-der-gemeinsamen-agrarpolitik (24.2.2020).

politik (GAP) den vom Finanzvolumen her zweitwichtigsten Bereich der Politik in der Europäischen Union dar.[2] Die Agrarförderung erfolgt über zwei Säulen, zum ersten über den europäischen Garantiefonds für Landwirtschaft (EGFL), der marktbezogene Ausgaben und Direktzahlungen an Landwirte beinhaltet, und zum zweiten über den europäischen Landwirtschaftsfonds für die Entwicklung des ländlichen Raums (ELER).[3] Der Haushaltsansatz für die erste Säule belief sich im Jahr 2019 auf 40,5 Mrd. Euro.[4] Für diese Direktzahlungen an Agrarunternehmer erhält Deutschland zwischen 2014 und 2020 jährlich rund 4,85 Mrd. Euro von der Europäischen Union.[5] Allein in Nordrhein-Westfalen wickelt die zuständige Landwirtschaftskammer jährlich Fördermittel in Höhe von ca. 600 Millionen Euro ab, die zu 90 % aus dem Haushalt der EU stammen.[6] Für den hier darzustellenden Zusammenhang ist ausschließlich die Unterstützung von Betrieben durch diese Direktzahlungen relevant.

Seit Ende der 1970er Jahre hatte sich gezeigt, dass staatlich garantierte Annahmepreise für landwirtschaftliche Produkte zu einer unkontrollierten Überproduktion führten, die später als Butterberg und Milchsee bekannt wurden. Daher ging man in den 1990er Jahren dazu über, Stützpreise abzubauen und produktbezogene durch betriebsbezogene Subventionen zu ersetzen. Mit der Agrarreform 2003 begann eine Entkoppelung der Subventionen von den konkreten Produkten, um den Agrarunternehmern mehr unternehmerische Freiräume zu eröffnen und Wettbewerbsverzerrungen abzubauen.[7] Das führte dazu, dass heute mehr als 98 % der Direktzahlungen an Betriebsinhaber in Deutschland in Form der Betriebsprämie und damit

2 Zu den Zielen der GAP Art. 38 bis 44a AEUV; ferner *Groteloth*, in: Dombert/Witt (Hrsg.), Münchner Anwaltshandbuch, Agrarrecht, 2. Aufl. 2016, § 27 Rn. 16.

3 Hierzu und zur historischen Entwicklung der EU-Agrarsubventionen eingehend *Booth*, in: Dombert/Witt (Fn. 2), § 27 Rn. 61 ff.

4 http://www.europarl.europa.eu/factsheets/de/sheet/106/die-finanzierung-der-gemeinsamen-agrarpolitik (24.2.2020).

5 Vgl. hierzu Informationen des Bundesministeriums für Ernährung und Landwirtschaft »Grundzüge der gemeinsamen Agrarpolitik (GAP) und ihre Umsetzung in Deutschland«, abrufbar unter https://www.bmel.de/DE/Landwirtschaft/Agrarpolitik/_Texte/GAP-Nationale-Umsetzung.html (24.2.2020).

6 Angabe der Landesregierung NRW, Landtag NRW Drs. 17/3350, S. 2.

7 Vgl. zum Begriff der Entkopplung *Booth* (Fn. 3), Rn. 78.

unabhängig von Art und Umfang der landwirtschaftlichen Produktion gewährt werden.[8] Auf diese Weise sollen Anreize für Überschussproduktionen beseitigt und den Betriebsinhabern die Möglichkeit gegeben werden, sich flexibel und an den betrieblichen Vermarktungsmöglichkeiten orientiert auszurichten. Ferner sollen damit handelsverzerrende Einflüsse auf Preise und die Produktion in außereuropäische Staaten vermieden werden. Seit dem Antragsjahr 2012 und ab dem Haushaltsjahr 2013 wurde ausschließlich die Betriebsprämie gewährt.

Im Jahr 2013 wurden die Agrarsubventionen dahingehend reformiert, dass die bis einschließlich 2014 gewährten Betriebsprämien durch ein differenzierteres System von Direktzahlungen abgelöst wurden. Nunmehr werden ab 2015 flächenabhängige Basisprämien, Umverteilungsprämien und ab 2016 Greeningprämien und gegebenenfalls Junglandwirteprämien ausgezahlt. Insbesondere die Umverteilungsprämie sollte der effektiven Förderung kleiner und mittlerer Betriebe dienen.[9]

Diese Direktzahlungen sind zum einen von der bewirtschafteten Fläche des Betriebs abhängig, zum anderen davon, dass der Unternehmer die unionsrechtlichen Vorgaben des Natur-, Umwelt-, Tier- und Verbraucherschutzes sowie zur Erhaltung der Flächen in gutem landwirtschaftlichen und ökologischen Zustand, etwa zur Erosionsvermeidung oder zum Schutz von Grund- und Oberflächengewässern, einhält. Weil diese Vorgaben zur Nachhaltigkeit nicht im unmittelbaren Zusammenhang mit der Produktion selbst stehen müssen, spricht man insofern von Cross-Compliance-Vorgaben (CC-Vorgaben).[10] Die Direktzahlungen sollen also nicht nur die wirtschaftliche Existenz der Agrarunternehmen und die Ernährung der Bevölkerung sichern, sondern auch einen Beitrag zum Erhalt landeskultureller Werte, nachhaltiger Landwirtschaft und verantwortungsvoller Tierhaltung sowie zum Verbraucherschutz leisten.[11]

8 Vgl. hierzu Informationen der Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung »Gemeinsame Agrarpolitik und EU-Agrarausgaben«, abrufbar unter https://www.agrar-fischerei-zahlungen.de/agrar_foerderung.html (24.2.2020).

9 Vgl. *Booth* (Fn. 3), Rn. 96 ff.

10 Vgl. *Booth* (Fn. 3), Rn. 79, 163 ff.

11 Vgl. hierzu Informationen der Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung: »Gemeinsame Agrarpolitik und EU-Agrarausgaben«, abrufbar unter https://www.agrar-fischerei-zahlungen.de/agrar_foerderung.html (24.2.2020).