

# Am Ziel vorbei und darüber hinaus

Forderungen nach Verschärfungen des Wirtschaftsstrafrechts wohlfeil und politisch risikolos – Lenkung nicht Aufgabe des Strafrechts

Von Dirk Uwer und Vera Jungkind\*)

Börsen-Zeitung, 14.3.2015

Am 20. Januar 2015 hat die Bundesregierung den Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption beschlossen. Etwa zeitgleich legte der Bundesrat den Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen vor. Beide Gesetzesinitiativen reihen sich ein in zahlreiche Vorstöße, mit denen das Verhalten der Teilnehmer am Wirtschaftsleben künftig durch noch mehr Strafvorschriften gelenkt werden soll. Prominentes Beispiel ist die geplante Bundesratsinitiative zum Unternehmensstrafrecht.

Die jüngsten Gesetzesentwürfe sind trotz der ambitionierten Titel kein großer Wurf: Sie beschränken sich jeweils auf Änderungen des Strafgesetzbuches (StGB), ohne sonstige – außerstrafrechtliche – Maßnahmen zur Korruptionsbekämpfung zu prüfen und zu verbessern. Der allgemeine Gesetzesentwurf verweist auf europäische und völkerrechtliche Vorgaben, die in deutsches Recht umgesetzt werden wollen.

Im Hinblick auf das Gesundheitswesen habe der Kassenarzt-Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 29. März 2012 eine Strafbarkeitslücke offenbart. So politisch ambitionslos die Vorschläge formuliert werden, so einschneidend sind die damit beabsichtigten Verschärfungen des Korruptionsstrafrechts.

## Bestechlichkeit und Bestechung

Herzstück der Vorlage zur allgemeinen Korruptionsbekämpfung ist die Neufassung des § 299 StGB, der die Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr unter Strafe stellt. Bisher macht sich strafbar, wer, etwas verkürzt, als Angestellter einen Vorteil dafür fordert, annimmt oder sich versprechen lässt, dass er einen anderen im Wettbewerb bevorzugt. Spiegelbildlich dazu wird derjenige bestraft, der einen solchen Vorteil anbietet, verspricht oder gewährt. Dies ist das sogenannte Wett-

bewerbsmodell: Nur wenn der freie Wettbewerb für den Bezug von Waren oder Dienstleistungen infolge des korruptiven Zusammenwirkens verzerrt werden soll, ist dies für den deutschen Gesetzgeber bisher strafwürdig. Typisch ist der Kick-back, den der Einkäufer eines Unternehmens von einem Lieferanten dafür erhält, dass er diesem den Auftrag verschafft und nicht dem günstigeren Konkurrenten.

## Ausnahme stößt auf Kritik

Diese Beschränkung auf wettbewerbsverzerrende Praktiken ist im internationalen Vergleich eine Ausnahme, die der Bundesrepublik Kritik einbrachte. Daher – im zweiten Anlauf nach einem gescheiterten Vorhaben zum Ende der vorletzten Legislaturperiode – der Schwenk zum „Geschäftsherrenmodell“: Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr sollen künftig auch dann verwirklicht sein, wenn das korruptive Verhalten lediglich darauf abzielt, dass der Vorteilsempfänger seine Pflichten gegenüber dem Unternehmen verletzt, das ihn angestellt oder beauftragt hat. Vor Augen hat die Regelung offenbar Konstellationen wie diese: Um den bankinternen Vorgaben zuwider ein Darlehen beschleunigt und ohne Bonitätsprüfung zu erhalten, „schmiert“ der Kunde seinen Bankberater. Eine Wettbewerbsverzerrung steht hier nicht im Raum, denn es ist kein anderes Unternehmen betroffen. Nach derzeitiger Rechtslage ist dies nicht strafbar. Das soll sich ändern.

Der Vorschlag für einen neuen § 299a StGB zur Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen folgt der Struktur des „Geschäftsherrenmodells“. Künftig macht sich strafbar, wer etwa als Arzt einen Vorteil dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er zum Beispiel beim Bezug von Arzneimitteln einen anderen im Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzugt oder dass er in sonstiger Weise seine Berufsausübungspflichten verletzt.

Mangels Verpflichtungen gegenüber einem „Geschäftsherrn“ kommt

es bei Ärzten auf die Verletzung ihrer gesetzlichen und berufsständischen Pflichten an.

## Bruch mit der Systematik

Auch wenn das Beispiel von der Kreditvergabe ohne Bonitätsprüfung ein Schutzbedürfnis der betroffenen Bank aufzeigt, bricht die Neuregelung des § 299 StGB mit einem Strukturprinzip. Denn es soll die Ver-

fordern. Dass diese Sanktionen wirkungslos sind, ist nicht erkennbar.

Die geplante Ausweitung des § 299 StGB führt außerdem zu einer widersprüchlichen Vorverlagerung der Strafbarkeit. Vor strafwürdigen Angriffen aus dem Inneren eines Unternehmens schützt bereits jetzt der Untreuetatbestand, der die vorsätzliche Verschwendung anvertrauten Vermögens unter Strafe stellt. Wäre künftig strafbar, dass ein Angestellter einen Vorteil dafür fordert, dass er seine Pflichten gegenüber dem Unternehmen verletzt, betrifft dies eine typische Vorbereitungshandlung zur Untreue, obwohl der Versuch der Untreue selbst weiterhin straflos ist.

Während Brüche in der Systematik des Strafrechts unschön, aber zu verkraften sind, stehen die zwingenden Vorgaben des Grundgesetzes nicht zur Disposition.

Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr vorliegen.

## Ultima Ratio

Die zweite verfassungsrechtliche Kritik ist noch grundlegender: Das Strafrecht ist das schärfste Schwert des Staates, das der Gesetzgeber nur führen darf, wenn andere Mittel wie das erwähnte zivil- und arbeitsrechtliche Instrumentarium keinen hinreichenden Rechtsgüterschutz versprechen. Mit diesem Ultima-Ratio-Grundsatz, den das Bundesverfassungsgericht aus den Grundrechten ableitet, ist die vorgeschlagene Neuregelung des § 299 StGB kaum in Einklang zu bringen. Oder müssen der Gastgeber und das Catering-Personal wirklich mit bis zu drei Jahren Haft bedroht werden, um das Interesse des Caterers am Outfit seiner Angestellten zu schützen? Reichen Abmahnung, Kündigung, Schadenersatz nicht?

Auch im Hinblick auf den neuen § 299a StGB ist der Ultima-Ratio-Funktion eine sorgfältige Bestandsaufnahme des außerstrafrechtlichen, nämlich sozialversicherungs- und heilberufrechtlichen, Verbots- und Sanktionsinstrumentariums geschuldet. Belastbare empirische Studien zur Notwendigkeit einer strafrechtlichen Sanktionierung in einem Ausmaß, wie sie jetzt vorgeschlagen werden, sind nicht vorhanden.

Es bleibt der fade Beigeschmack von gesetzgeberischem Opportunismus: Forderungen nach Verschärfungen des Wirtschaftsstrafrechts sind wohlfeil und politisch risikolos. Gegen allgemeine Opportunismus ist daran zu erinnern, dass Wirtschaftslenkung im Verfassungsstaat nicht Aufgabe des Strafrechts ist. Empirisch gesicherte Fehlentwicklungen sind mit exakt justierten wirtschaftsrechtlichen Instrumenten zu korrigieren, ehe das scharfe, aber populäre Schwert des Strafrechts zum Einsatz kommen darf.

\*) Dr. Dirk Uwer und Dr. Vera Jungkind sind Rechtsanwälte und Partner bei Hengeler Mueller.

## ANZEIGE

**WM** Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht  
11  
Aus dem Inhalt:  
RA Dr. Henning Berger  
Der einheitliche Aufsichtsmechanismus (SSM) – Bankenaufsicht im europäischen Verbund

Fordern Sie heute noch Ihre Leseprobe an: unter Tel. 069/2732-162

## Mangelnde Bestimmtheit

Die neue Formulierung des § 299 StGB ist reichlich unbestimmt. Dem Arbeitnehmer wird kaum klar sein, worin seine sämtlichen „Pflichten gegenüber dem Unternehmen“ bestehen. Die Gesetzesbegründung stellt dazu lediglich fest, dass sich diese „insbesondere aus Gesetz oder Vertrag“ ergeben können. Die entscheidende Frage, ob und unter welchen Umständen solche Pflichten auch aus Weisungen des Arbeitgebers folgen können, bleibt offen. Das stellt den Inhalt der Strafnorm vollständig in das Belieben des jeweiligen Unternehmens.

Je minuziöser es die Pflichten des Arbeitnehmers regelt, desto größer wird der Anwendungsbereich der Vorschrift. Die daraus folgende Unsicherheit für die Betroffenen – wie im Übrigen auch für die Arbeitgeber – ist offenkundig. In dem seit vielen Jahren in der strafrechtlichen Literatur kursierenden Beispiel vom Organisator einer Betriebsfeier, der den Angestellten des Caterers ein Trinkgeld verspricht, falls sie entgegen der – auch mündlich oder durch den Oberkellner vermittelten – Weisung ihres Arbeitgebers auf Schürzen verzichten, könnte in Zukunft (vollen-

## IM INTERVIEW: MATTHIAS TERLAU

# Neuer Weg für Restrukturierungen

Umwandlung von Anleihen in Optionen ohne Prospektspflicht

Börsen-Zeitung, 14.3.2015

Herr Dr. Terlau, Sie haben jüngst die DF Deutsche Forfait AG bei der ordentlichen Hauptversammlung begleitet, die der Ausgabe von Optionen für die bestehende Anleihe 2013/2020 zustimmte. Die Gesellschaft legte damit die Basis für eine umfassende Restrukturierung. Was ist das Besondere an dieser Kapitalmaßnahme?



Matthias Terlau

Im Rahmen der Restrukturierung des Eigen- und Fremdkapitals von börsennotierten Gesellschaften ist es in der Regel erforderlich, früher gebene Anleihen einzubeziehen – oft mit dem Ziel, deren Gläubiger zu einem Verzicht auf Zinsen und vielleicht sogar einen Teil ihrer Hauptforderung zu bewegen. Sollen die Gläubiger nicht ohne Gegenleistung verzichten, können die Gläubiger nach dem Schuldverschreibungsgesetz von 2009 mit qualifizierter Mehrheit auch die Umwandlung oder den Umtausch in Gesellschaftsanteile, andere Wertpapiere oder andere Leistungsversprechen beschließen. Die DF AG hat nun erstmals vorgeschlagen, eine Anleihe in eine Optionsanleihe umzuwandeln.

## Waren die üblichen Maßnahmen keine Alternative?

Der Debt-to-Equity-Swap, also die Einbringung bestehender Anleihen als Sacheinlagen gegen Gewährung von Aktien, unterliegt in der Regel Prospektspflichten. Es ist ungeklärt, ob nicht schon die Einladung zur Gläubigerversammlung ein öffentliches Angebot der neuen Aktien an die Anleihegläubiger darstellt. Dann müsste ein von der BaFin gebilligter Prospekt bereits vor der Einladung veröffentlicht sein. Das ist ein großes Hindernis für die Praxis.

## Und die anderen Varianten?

Der Debt-to-Debt-Swap oder Debt-to-Mezzanine-Swap durch Tausch der bestehenden Anleihe gegen eine neue Anleihe, gegebenenfalls mit Wandlungs- oder Optionsrechten, könnte zwar grundsätzlich nach dem Schuldverschreibungsgesetz mit qualifizierter Mehrheit beschlossen werden. Aber auch hiermit würde die Gesellschaft neue Wertpapiere anbieten und deshalb der Prospektspflicht unterfallen. Zwar gibt es erwägenswerte Gründe, diese Prospektpflicht abzulehnen, aber auch die aktuellen Verlautbarungen der BaFin sprechen eher für die Prospektpflicht. Angesichts der Haftung des Emittenten und des Anbieters bei fehlendem Prospekt wäre die Durchführung des Umtauschs ohne vorherige Veröffentlichung eines Wertpapierprospekts sehr risikoreich.

## Was spricht gegen einen Prospekt? Der könnte doch sogar neues Vertrauen schaffen.

Es geht nicht um die Vermeidung der Prospektpflicht überhaupt, sondern um den sehr ungünstigen Zeitpunkt, namentlich vor der Einladung zur Gläubigerbeschlussfassung. Das stellt in der Restrukturierungs-

situation eine Herausforderung dar, weil die Verhandlungen mit Gläubigern, Aktionären und Neuinvestoren eine schnelle Durchführung der erforderlichen Beschlussfassungen erfordern.

## Warum entfällt die Pflicht bei der Umwandlung in eine Optionsanleihe?

Hier wird eine bestehende Anleihe geändert. Ihr wird nur eine Option in Form eines unverbrieften und nicht getrennt verbrieften Optionsrechts hinzugefügt. Es entsteht kein neues Wertpapier. Ein Angebot von neuen Wertpapieren, nämlich Aktien der Gesellschaft, würde dann erstmalig bei Ausübbarkeit der Optionen stattfinden. Nach den Stellungnahmen der Aufsichtsbehörden zu Aktienoptionen dürfte aber auch dann ein Wertpapierprospekt nicht erforderlich sein.

## Warten die Hürden in anderen Bereichen?

Das Aktienrecht sieht eine Beschlussfassung der Hauptversammlung hierfür bisher nicht vor. Es gibt hierzu kaum Stellungnahmen und keine Urteile, die sich mit dieser Frage befassen. Andererseits lässt sich aus den bestehenden Vorschriften des Aktienrechts zu Wandelanleihen der Schluss ziehen, dass auch eine „Hinzufügung von Optionen“ auf Aktien der Gesellschaft der vorherigen Beschlussfassung der HV bedarf. Die Gerichte haben durch das neue Schuldverschreibungsgesetz einen „Auftrag“ zur Gesetzesinterpretation insbesondere für Sanierungssituationen erhalten – den dürfen sie hier in entsprechender Weise nutzen.

Dr. Matthias Terlau ist Partner im Kölner Büro von Osborne Clarke und Leiter der deutschen Praxisgruppe Bank- und Kapitalmarktrecht. Die Fragen stellte Sabine Wadewitz.

# Insolvenzrecht ermöglicht ungeahnte Gestaltungen im Gesellschaftsrecht

Fall Suhrkamp lässt aufhorchen – Potenzial des ESUG genutzt

Von Achim Frank\*)

Börsen-Zeitung, 14.3.2015

Der Fall Suhrkamp hat viele Facetten: Zwei Gesellschafter, die sich entzweiten. Eine Krise, die im Insolvenzverfahren mündet. Doch die Insolvenz soll nicht das Ende von Suhrkamp sein: Vielmehr zielen die handelnden Personen auf eine Neuerung des Insolvenzrechts. Über einen Insolvenzplan soll Suhrkamp nicht nur fortgeführt werden, der Verlag soll von einer Kommandit- in eine Aktiengesellschaft überführt werden – unter Beteiligung, aber nicht zwingend mit Zustimmung der beiden Gesellschafter. Das neue Insolvenzrecht (ESUG) macht es möglich. Gleichwohl wird Suhrkamp nicht als Prototyp einer neuen Insolvenzrechtskultur in die Rechtsgeschichte eingehen. Das Verfahren lässt aber aufhorchen und zeigt, was mit dem neuen Insolvenzrecht alles umgesetzt werden kann.

## Strikte Trennung aufgehoben

Fakt ist, dass der Gesetzgeber mit dem ESUG seit dem 1. März 2012 die strikte Trennung von Insolvenz- und Gesellschaftsrecht aufgehoben hat. Um die Sanierungsmöglichkeiten zu optimieren, sind jetzt auch Regelungen im Insolvenzplan zugelassen, die Kapitalmaßnahmen vorsehen – insbesondere die Umwandlung von Forderungen in Gesellschaftsanteile. Gläubiger stehen damit nicht mehr vor dem Alles-oder-Nichts-Prinzip, wenn Anteilshaber Kapitalmaßnahmen blockieren. Sie haben die Chance, durch unmittelbare plangestalterische wirkende Elemente an den Erträgen des sanierten Unternehmens zu partizipieren und dessen Aktivitäten mitzubestimmen. Die Anteilshaber werden so direkt in den Sanierungsprozess eingebunden und sind Planbetroffene. Das heißt: Mit dem Insolvenzplan kann

in ihre Rechte eingegriffen werden. Ihre schützenswerte Rechtsposition beschränkt sich nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens auf den restlichen Vermögenswert ihres Anteils- und Mitgliedschaftsrechts: Im Regelinsolvenzverfahren wird der Rechtsträger abgewickelt.

## In Inhaberrechte eingreifen

Im Gegenzug erhält der Anteilshaber aber das Recht, über den Insolvenzplan abzustimmen. Entscheidend für das Ergebnis der Abstimmung ist (vereinfacht) eine Mehrheit nach Köpfen und nach Summe der Forderungen beziehungsweise Beteiligungen. Der oder die Gesellschafter können also von den Gläubigern überstimmt werden. Ist dies der Fall, bekommt der Gesellschafter das, was er in der Regelabwicklung erhalten würde – in der Regel wenig oder nichts. Ein überstimmter Gesellschafter kann zwar Rechtsmittel einlegen. Hat er Erfolg, bekommt er jedoch auch dann nur das, was er in der Regelabwicklung erhielt.

Die dafür gesellschaftsrechtlich erforderlichen Eingriffsmöglichkeiten sind in der Insolvenzordnung, kurz InsO, geregelt. Nach § 217 Satz 2 können Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte der am Schuldner beteiligten Personen in den Insolvenzplan einbezogen werden. § 225a Abs. 1 stellt klar, dass mit einer Planregelung in Inhaberrechte eingegriffen werden kann. Die Beteiligten haben so die Möglichkeit, mit einer entsprechenden Planregelung gesellschaftsrechtliche Gestaltungsmaßnahmen zu treffen. Das heißt: Alles, was (gesellschafts-)rechtlich individualvertraglich zulässig ist, kann im Insolvenzplan geregelt werden.

Die Regelungsmöglichkeiten selbst sind aber ebenso ergebnisoffen formuliert wie die übrigen Gestaltungsmöglichkeiten mit dem Planverfahren. Diesen maß-

geblichen Grundsatz nimmt § 225a Abs. 3 InsO auf. Dort ist festgelegt, dass die gesellschaftsrechtlichen Strukturen des schuldnerischen Unternehmens grundlegend umgestaltet und den Bedürfnissen angepasst werden können. Mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens wird die betroffene Gesellschaft von Gesetzes wegen aufgelöst. Als typische Anwendung nennt das Gesetz daher die Fortsetzung der schuldnerischen Gesellschaft. Im Insolvenzplan muss deshalb im Einzelnen aufgenommen werden, was geregelt und wie die angestrebte Maßnahme technisch umgesetzt werden soll.

## Im Planverfahren zur AG

Diese Regelung spielt auch im Suhrkamp-Verfahren eine besondere Rolle. Außerhalb der Insolvenz wäre die Veränderung im Gesellschafterkreis aufgrund der fehlenden Zustimmung wahrscheinlich nicht umsetzbar gewesen. Im Planverfahren wurde Suhrkamp – auf Basis von § 225a Abs. 3 InsO – in eine AG umgewandelt.

Für sich betrachtet bietet der Fall Suhrkamp wenig Überraschendes. Er ist, was den Gang des Insolvenzverfahrens betrifft, solide und handwerklich sauber gearbeitet – ein Praxisfall, der das Potenzial des ESUG nutzt. Die grundsätzliche Frage bleibt offen: Durften die Beteiligten im Fall Suhrkamp das Insolvenzverfahren nutzen, um gesellschaftliche Konflikte zu lösen? Die Antwort darauf hängt maßgeblich davon ab, ob die Krise – und damit der Grund für den Insolvenzantrag von Suhrkamp – allein im Gesellschafterkreis oder auch im Unternehmen zu finden war. Diese Frage wird sicherlich noch weitere Beratergenerationen beschäftigen.

\*) Achim Frank ist Geschäftsführer der Partner bei Schultze & Braun.