



Rechtswissenschaftliche Fakultät Institut für Strafrecht und Strafprozessrecht

Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht,
Rechtsphilosophie und Rechtsvergleichung

Prof. Dr. Dr. Frauke Rostalski

Tel.: +49 221 470 – 4279

Fax: +49 221 470 – 1970

E-Mail: frauke.rostalski@uni-koeln.de

Sek.: Anja Wellerdick

Tel.: +49 221 470 4284

E-Mail: anja.wellerdick@uni-koeln.de

Web: <https://rostalski.jura.uni-koeln.de/>

Köln, den 22.05.2020

Stellungnahme zum Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes (VerSanG)

Die Gründe gegen die Einführung einer Sanktionierung juristischer Personen sind weder neu noch unzureichend häufig kundgetan worden. Sie sollen hier nicht wiederholt werden (s. nur MünchKommStGB/*Freund*, 3. Aufl. 2017, Vor §§ 13 ff. Rn. 146 ff.; *Frisch*, Wolter-FS, S. 349, 349 ff.; *Jakobs*, Strafrecht AT, 6/45; *Jescheck/Weigend*, Strafrecht AT, § 23 VII 1. ff. (S. 227 ff.); *Köbler*, Strafrecht AT, S. 557 ff.; *Kübl*, Strafrecht AT, § 10 Rn. 7; *Murmann*, Unternehmensstrafrecht, in: Aktuelle und grundsätzliche Fragen des

Wirtschaftsstrafrechts/Questions actuelles et fondamentales du droit pénal des affaires, hrsg. v. Ambos u. Bock, 2019, S. 57 ff.; *Rostalski*, Der Tatbegriff im Strafrecht, 2019, S. 407; *Roxin*, Strafrecht AT I, § 8 Rn. 59, 62; *Zieschang*, GA 2014, 91, 95.). Gleichwohl entscheiden sich die Entwurfsverfasser nunmehr für die Einführung eines eigenständigen Verbandssanktionengesetzes (VerSanG) und folgen damit sowohl einem internationalen Trend als auch verbreiteten Überlegungen zur Effizienz. Dabei soll die Sanktionierung von Unternehmen auf eine „neue Grundlage“ gestellt werden (S. 1 des Entwurfs): Das Ordnungswidrigkeitenrecht habe sich als unzureichendes Instrument erwiesen. Eine Ergänzung des Ordnungswidrigkeitenrechts würde darüber hinaus „mit erheblichen systematischen Verwerfungen einhergehen“ (S. 2 des Entwurfs). Die Einführung eines Unternehmensstrafrechts erscheint den Entwurfsverfassern derzeit „nicht zwingend geboten“ (S. 2 des Entwurfs). Das bedeutet also: Eine dritte Spur soll her – es ist die Aufgabe der Wissenschaft, gegen dieses Vorhaben kritisch die Stimme zu erheben:

1. Unklare Zweckrichtung und einhergehendes rechtsstaatliches Defizit

Der Entwurf zum VerSanG nennt viele *pragmatische* Gründe, die prima facie für die Einführung eines neuartigen Ahndungsinstruments in Bezug auf juristische Personen sprechen. Den legitimen Zweck, dem jedes staatliche Gesetz aus verfassungsrechtlichen Gründen verpflichtet ist, muss der Leser zwischen den Zeilen suchen – zumal es sich dabei ausdrücklich weder um Ordnungswidrigkeiten- noch Strafrecht handeln soll (wenngleich die Gesetzgebungskompetenz durchaus auf das Strafrecht gestützt wird). Insoweit findet sich etwa in § 10 Abs. 1 VerSanG-E die Formulierung, dass von einer Sanktion abgesehen werden kann, wenn eine Verwarnung ausreicht, um Verbandstaten dieses Verbands in Zukunft zu vermeiden und auch das Ziel der Verteidigung der Rechtsordnung dem nicht entgegensteht. Spezialprävention ist also im Spiel, was auch auf einer Linie mit früheren Vorschlägen liegt, die dem Gesetzgeber von Seiten der Wissenschaft antizipatorisch unterbreitet wurden („Kölner Entwurf“ oder die Thesen von *Jahn/Schmitt-Leonardy*). Der Entwurf wäre dann also als Teil des Gefahrenabwehrrechts einzuordnen. Gegen eine solche Verortung ist prinzipiell nichts einzuwenden. Allerdings müsste der Entwurf dann Wort halten mit eben jenem Zweck und seine Fassung und die darin enthaltenen, teils schwerwiegenden Eingriffsinstrumente konsequent hieran ausrichten. Wie sogleich gezeigt wird, ist dies nicht der Fall. Vielmehr picken sich die Entwurfsverfasser die (aus eingriffsorientierter Perspektive:) „Rosinen“ heraus und nehmen dabei wenig bis keine Rücksicht auf die jeweiligen verfassungsrechtlichen Vorgaben, die das gewählte Eingriffsregime formuliert. Dem Betrachter drängt sich dabei der Eindruck auf, dem Entwurf habe die Überlegung zugrunde gelegen, dass das Schaffen einer eigenständigen „Spur“ im deutschen Sanktionenrecht einherginge mit weitestgehender

Freiheit von verfassungsrechtlichen Vorgaben. Etwa die Einordnung als Strafrecht hat die Bindung an den Schuldgrundsatz und den Bestimmtheitsgrundsatz zur Folge. Das Gefahrenabwehrrecht muss sich den Vorgaben des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes stellen. Insofern zeigt sich, dass die Einordnung in das eine oder andere Regelungsregime keine beliebige Übung ist, sondern die Weichen in ganz bestimmter Weise stellt. Ihnen zu folgen, ist rechtsstaatliches Gebot, weshalb sich aus dem jeweiligen Legitimationskonzept Art, Maß und Intensität der jeweils gerechtfertigten Eingriffsmaßnahmen ableiten. Dieser Kontrolle kann sich nicht entziehen, wer schlicht eine neue „Spur“ ohne klare Zwecksetzung formuliert und sich zugleich reichhaltig aus dem Eingriffsinstrumentarium und der Systematik bekannter Rechtsgebiete bedient. Vielmehr muss das eine zum anderen passen, sodass nicht etwa vordergründig behauptet werden kann, man bewege sich im Gefahrenabwehrrecht, zugleich aber der Sache nach Strafrecht betrieben wird. Im Gegenteil: Wer strafrechtlich agiert, muss sich auch am Schuldgrundsatz und anderen, dafür geltenden Verfassungsprinzipien messen lassen.

Vor diesem Hintergrund bietet der Entwurf ein rechtsstaatlich mehr als bedenkliches Bild der Unzusammengehörigkeit von Zweckerwägungen und Eingriffsinstrumenten. Weil offenbar auch den Entwurfsverfassern klar ist, das Strafrecht gegenüber Verbänden in Ermangelung individueller Schuld einer juristischen Person *unmöglich* ist, greifen sie zur eigenständigen „Spur“ – der Verbandssanktion. Inhaltlich füllen sie diese aber mit strafrechtlichen Erwägungen der individuellen Verantwortlichkeit und Schuld. Das kann nicht zusammenpassen. Weil sich auf der Basis von gefahrenabwehrrechtlicher Spezialprävention kein schuldorientiertes Eingriffsmodell rechtfertigen lässt, büßt der Entwurf seine verfassungsrechtliche Rechtfertigung ein. Seinen Verfassern ist zu empfehlen, hiervon Abstand zu nehmen und ein stimmiges Regelungsinstrument mit klarer Zweckvorgabe zu schaffen.

2. Per se Verantwortlichkeit für Straftaten von Leitungspersonen

Der Entwurf setzt auf die „Zurechnung“ des Verhaltens einer Leitungsperson bzw. eines in Wahrnehmung der Verbandsangelegenheiten Handelnden als Instrument zur Begründung der eigenen Verbandsverantwortlichkeit. Auch solche Zurechnungsmodelle für natürliche und juristische Personen wurden in der Vergangenheit mehrfach und in überzeugender Weise in ihrer sachlichen Berechtigung widerlegt (*Frisch*, Wolter-FS, S. 349, 354 ff.; *Mulch*, Strafe und andere staatliche Maßnahmen gegenüber juristischen Personen, 2017, S. 70 ff.; *Rostalski*, Der Tatbegriff im Strafrecht, 2019, S. 409 ff.; *Wittig*, Wirtschaftsstrafrecht, § 8 Rn. 7.). Grund hierfür ist, dass eine „Zurechnung“ nur möglich ist, sofern auch ein tauglicher Zurechnungsadressat besteht. Dies setzt aber wiederum voraus, dass der Zurechnungsadressat

sämtlich Eigenschaften aufweist, die erforderlich sind, um *für ihn* eine Verantwortlichkeit für Fehlverhalten zu begründen. Zurechnung verfolgt den Zweck, eine Verantwortlichkeit zu begründen, selbst wenn der Betreffende den Normverstoß nicht bzw. nicht vollständig selbst verwirklicht hat. Dann kann unter bestimmten Umständen das Verhalten eines anderen herangezogen werden, zu dem er eine Sonderbeziehung aufweist, um dennoch die eigene Verantwortung zu begründen. Bekannt ist dies etwa aus dem Kontext der strafrechtlichen Mittäterschaft, in der Handlungsbeiträge des einen dem anderen aufgrund eines gemeinsamen Willensentschlusses zugerechnet werden. Das entscheidende Kriterium, warum dies rechtlich möglich ist, ist aber die Tatsache, dass prinzipiell beide Mittäter für sich genommen alle Eigenschaften aufweisen, um einen Normverstoß zu verwirklichen. Bei Verbänden ist dies aber nicht der Fall. Ihnen fehlt insbesondere die Fähigkeit zum Andershandeln („Schuld“). Dann aber hilft eine „Zurechnung“ von Drittverhalten nicht weiter: Vielmehr geht sie ins Leere, weil sie nicht auf ein taugliches Zurechnungssubjekt trifft. Bereits aus diesem Grund ist der Entwurf eines Verbandsanktionengesetzes nicht dazu in der Lage, eine Verbandsverantwortung für Straftaten Dritter zu begründen und hieran eine Sanktionierung zu knüpfen.

Ohnedies setzt sich der Entwurf selbst bei grundsätzlicher Anerkennung entsprechender Zurechnungsfiktionen unter diesem Gesichtspunkt in erheblichem Maße der Kritik aus. Im Einzelnen: § 3 VerSanG-E trifft für die Verantwortlichkeit des Verbands eine Unterscheidung danach, welcher Personenkreis für den Verband tätig geworden ist. So soll lediglich bei Straftaten von Leitungspersonen eine Verbandssanktion verhängt werden können, während Straftaten sonstiger Mitarbeiter ausschließlich bei Vorliegen eines Organisationsverschuldens einer Leitungsperson zur Sanktionierung des Verbands führen sollen. Hintergrund dürfte hierbei die Überlegung sein, dass Leitungspersonen aufgrund ihrer internen Handlungsmacht dem Verband „näher stehen“, woraus sich im Umkehrschluss eine höhere Verantwortlichkeit des Verbands für diesen Personenkreis ergebe. Die Regelung dürfte damit dem Grundsatz folgen, dass die Entscheidung eines Verbands für eine bestimmte Leitungsperson mit der sanktionsrechtlichen Verantwortlichkeit für verbandsbezogene Straftaten dieser Person einhergeht. Indessen besteht ein solcher Automatismus allenfalls unter der zusätzlichen – der Regelung offenbar unterliegenden – *Vermutung* eines Organisationsverschuldens des Verbandes, die immer dann greift, wenn Leitungspersonen verbandsbezogene Straftaten begehen. Weil gerade keine Personenidentität zwischen der Leitungsperson und dem Verband besteht, bedarf es eines spezifischen *Zurechnungsgrundes*, um die Verantwortlichkeit des Verbands für Straftaten des Einzelnen zu rechtfertigen. Anderenfalls hat der Verband selbst „nichts falsch gemacht“ – die bloße Einstellung von Leitungspersonen stellt ein rechtlich erlaubtes Verhalten dar. Hier sind die Entwurfsverfasser offenbar davon ausgegangen, dass

die Straftatbegehung von Personen mit einer gewissen Handlungsvollmacht eine (auf Basis des Entwurfs *unwiderlegbare!*) Vermutung für ein Organisationsverschulden des Verbandes begründet: Sofern Leitungspersonen dazu in der Lage sind, aus ihrer Funktion heraus Straftaten zu begehen, muss der Verband (in Gestalt anderer Leitungspersonen) Fehler in der Auswahl oder Überwachung vorgenommen haben.

— Eine entsprechende Vermutung des Organisationsverschuldens bei Straftatbegehung von Leitungspersonen und damit einen bloßen und zugleich unwiderlegbaren Verdacht zum Anknüpfungspunkt erheblicher Sanktionierungen von Verbänden zu machen, erscheint aus rechtsstaatlicher Perspektive in höchstem Maße problematisch. Insofern ist kaum nachvollziehbar, weshalb die Entwurfsverfasser meinen, im Hinblick auf Leitungspersonen in Gänze auf den Nachweis irgendeines Fehlers in der Einstellung oder Überwachung der Betreffenden verzichten zu können. Auf diese Weise wird die Organisation in einem Verband per se als rechtlich unerlaubtes Verhalten und werden Verbände selbst als „Rechtsfeinde“ klassifiziert. Nicht zuletzt der Gedanke der Einheit der Rechtsordnung mit ihren ihren zulässigen Organisationsstrukturen steht dem aber ausdrücklich entgegen.

— Auch bei sonstigen Personen, die in Wahrnehmung der Verbandsaufgaben handeln, setzt sich diese Regelungstechnik fort. Gemäß § 3 Abs. 2 VerSanG-E ist im Hinblick auf Straftaten dieses Personenkreises der zusätzliche Nachweis eines Organisationsverschuldens einer Leitungsperson erforderlich. Erneut bedarf es allerdings keines Nachweises eines Fehlers in der Auswahl bzw. Überwachung dieser Leitungsperson. Auch auf eine Möglichkeit zur Widerlegung eines solchen Fehlers wird im Entwurf verzichtet, sodass es bei der Reaktion auf eine bloße Vermutung bleibt, die sich bezogen auf die juristische Person bei genauerem Hinsehen als kontrafaktische Fiktion erweist.

Zusammenfassend wird damit eine Verantwortlichkeit des Verbands daraus abgeleitet, dass eine Leitungsperson ein Organisationsversagen trifft, das sich aber nicht in einer konkreten Zuwiderhandlung eines Mitarbeiters realisiert haben muss. Auf dieser Basis fragt sich dann aber, welchen Stellenwert die Zuwiderhandlung des Mitarbeiters überhaupt einnehmen kann: Mehr als ein Anlass für die Überprüfung eines generellen Organisationsversagens einer Leitungsperson kann sie nicht sein. Dann aber fragt sich, weshalb auf ein solches Mitarbeiterhandeln zur Sanktionierung des Verbands gewartet werden muss – wäre es nicht einzig konsequent, das bloße Organisationsversagen für sich genommen als – freilich noch immer fiktive – „Verbandsverfehlung“ einzustufen?

3. Aus spezialpräventiver Perspektive systemwidrige Differenzierung von Leitungspersonen und sonstigen Personen, die in Wahrnehmung der Verbandsangelegenheiten handeln

Allerdings erweist sich die Regelungstechnik des Entwurfs vor dem Hintergrund einer gefahrenabwehrrechtlich-spezialpräventiven Zielsetzung alles andere als stimmig. So knüpft § 3 VerSanG-E die Verbandssanktion an Straftaten, die als Leitungsperson oder „in Wahrnehmung der Angelegenheiten des Verbandes“ begangen werden. Insofern werden beide Personengruppen durch ihre Tätigkeit für den Verband in die Möglichkeit zur Begehung einer Zuwiderhandlung versetzt. Für die Beurteilung der Gefährlichkeit eines Verbandes macht es indessen keinen Unterschied, wie seine Mitarbeiter intern eingestuft werden, solange sie aufgrund ihrer Tätigkeit zur Straftatbegehung befähigt sind und sich dieses Risiko in einer Zuwiderhandlung verwirklicht. Insofern lässt sich das bei einfachen Mitarbeitern aufgestellte (höhere) Erfordernis eines zusätzlichen Organisationsfehlers einer Leitungsperson sachlich nicht rechtfertigen: Einen Verband trifft eine Gefährlichkeitsvermutung, solange aus ihm heraus Straftaten begangen werden – unabhängig davon, welche Rolle der Betreffende intern wahrnimmt.

4. Verbandstat bei bloß (intendierter) Bereicherung des Verbandes

Besonders fragwürdig ist die Annahme einer Verbandstat als Anknüpfungspunkt für die Unternehmenssanktionierung, sofern dabei nicht einmal eine Pflicht des Verbandes verletzt wurde, sondern lediglich dessen Bereicherung erzielt oder beabsichtigt worden ist (§ 1 Nr. 3 VerSanG). Hier zeigt sich mit besonderer Deutlichkeit die Gefährlichkeit des Fehlens eines dogmatischen Fundaments, unter dem der Entwurf in besonderer Weise leidet: Übertragen auf das Kernstrafrecht hieße das im VerSanG-E Geregelter nämlich, dass A bestraft werden kann, weil B ohne das Wissen des A oder jedwede vorherige Absprache einen Diebstahl an C begeht, um die Beute A später zu schenken. Hier lässt sich keine irgendwie geartete Verantwortlichkeit von A konstruieren. Und wer nun behauptet, das Argument gehe fehl, da der Entwurf zum VerSanG schließlich der Spezialprävention und damit der Gefahrenabwehr verschrieben sei, ist gleichwohl nicht geschützt vor Kritik. Denn selbst eine Gefährlichkeit des A lässt sich hier nicht konstruieren: Allein dass B den A so sehr schätzt, dass er einen Diebstahl begeht, um ihn zu beschenken, macht A nicht zu einer gefährlichen Person. Ebenso verhält es sich aber auf der Ebene eines Verbandes. Was hier also neuerlich geahndet wird, ist die bloße Vermutung, dass A etwas mit der Straftat zu tun haben könnte, weil er schließlich davon profitiert hat bzw. profitieren soll. Eine solche Verdachtssanktionierung ist aber schlicht verfassungswidrig. Es lassen sich hieran unter Umständen gewisse, mindere gefahrenabwehrrechtliche Instrumente knüpfen – nicht aber eine Sanktionierung.

5. Verstoß gegen allgemeine Zurechnungsgrundsätze durch Berechnung des Umsatzes anhand der „wirtschaftlichen Einheit“

Besondere Kritik verdient der Entwurf noch unter einem weiteren Gesichtspunkt. Gemäß § 9 Abs. 2 VerSanG-E ist die Höhe der Geldzahlung wie folgt zu ermitteln: „Bei der Ermittlung des durchschnittlichen Jahresumsatzes ist der weltweite Umsatz aller natürlichen Personen und Verbände der letzten drei Geschäftsjahre, die der Verurteilung vorausgehen, zugrunde zu legen, soweit diese Personen und Verbände mit dem Verband als wirtschaftliche Einheit operieren.“ Der Begriff der wirtschaftlichen Einheit ist insbesondere aus dem Kartellbußgeldrecht bekannt und hier – zu Recht – deutlich kritisiert worden. Durch das Konstrukt der wirtschaftlichen Einheit soll auch im VerSanG-E der Zugriff auf Vermögen von natürlichen und juristischen Personen ermöglicht werden, die ihrerseits nicht Zurechnungsadressat einer Verbandsverfehlung sind. Im Kartellbußgeldrecht sieht der Gesetzgeber hierin eine „bewusste Lösung vom gesellschaftlichen Trennungsprinzip und den Besonderheiten der nationalen Regelungen über die Verantwortlichkeit juristischer Personen“, wie sie auch der Rechtsprechung des EuGH entspricht (BT-Drs. 18/10207, S. 88). Dem Trennungsprinzip entspricht es dabei, Rechte, Pflichten und folglich auch Sanktionen gegenüber jedem Rechtsträger individuell zuzuschreiben (*Thomas*, AG 2017, 637, 638; *Seeliger/de Crozals*, ZRP 2017, 37, 38 [„Grundsatz der rechtlichen Selbstständigkeit der Konzerngesellschaften“]; *Voet van Vormizeele*, WuW 2010, 1008, 1014). Durch die Figur der wirtschaftlichen Einheit soll zur Festsetzung einer Geldbuße auf ein eigenes Kennen oder Kennenmüssen der konkreten Ordnungswidrigkeit von Seiten der Muttergesellschaft verzichtet werden können. Insofern seien lenkende Konzerngesellschaften in den Kreis der Bußgeldschuldner „als Teil der verantwortlichen Gemeinschaft“ einzubeziehen. Auf diese Weise bestehe eine eigene Verantwortlichkeit der Muttergesellschaft und nicht lediglich ein Einstehenmüssen für das Fehlverhalten eines Dritten (BT-Drs. 18/10207, S. 90). Entsprechendes schwebt dem Entwurf zum VerSanG ersichtlich vor.

Im Ordnungswidrigkeitenrecht verstößt eine solche Regelung gegen das Schuldprinzip. Nach verbreiteter Auffassung gilt dieses auch im Hinblick auf juristische Personen (S. nur *Tiedemann*, NJW 1988, 1169, 1172; vgl. ferner *Dannecker*, GA 2001, 101, 112 f.). Auf Basis der Prämisse, dass der Entwurf allein spezialpräventive Zwecke verfolgt, könnten sich dessen Vertreter allerdings auf den Standpunkt stellen, das Schuldprinzip finde für ihr Regelwerk keine Anwendung. Was gleichwohl bliebe, wären allgemeine Zurechnungsgrundsätze, die auch die Entwurfsverfasser – wie gezeigt – ihrem System der Verantwortlichkeits- und Gefährlichkeitsbegründung unterlegen. Danach bedarf es eines Zurechnungsgrundes, der bei Leitungspersonen etwa in einer fehlerhaften Auswahl oder Überwachung liegen könnte (de

facto freilich fehlt, weil für Auswahl und Überwachung nur natürliche Personen in Betracht kommen). Sofern eine andere juristische Person indessen weder Einfluss auf die Auswahl oder die Überwachung von Leitungspersonen eines Verbandes hat, lässt sich für diese von vornherein kein Zurechnungsgrund zur Begründung seiner Gefährlichkeit herleiten. Selbst ein noch so loser Verdacht der Gefährlichkeit kann auf diese Weise nicht entstehen.

Unabhängig davon, dass das Konstrukt der wirtschaftlichen Einheit angesichts des gesellschaftsrechtlichen Trennungsprinzips für sich genommen fragwürdig erscheint (*Seeliger/de Crozals*, ZRP 2017, 37, 38.), kann auf diese Weise ohnehin nicht mehr gelingen, als die Verantwortlichkeit der wirtschaftlichen Einheit selbst zu begründen (*Thomas*, AG 2017, 637, 638 m. Fn. 8). Als Teil derselben bedürfte es für die einzelne Person nach wie vor eines eigenen Grunds der Verhaltensmissbilligung, aus dem sich eine Zurechnung ableiten kann. Insbesondere lässt sich in diesem Zusammenhang nicht die Überlegung einer Verantwortlichkeit in Anlehnung an die strafrechtlichen Organisationsdelikte fruchtbar machen. Die Beteiligung an einer wirtschaftlichen Unternehmensgruppe stellt ein rechtlich erlaubtes Verhalten dar – anders etwa als die Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung. Die bloße Möglichkeit, dass innerhalb einer Konzernstruktur Straftaten begangen werden, macht diese nicht zu einer unmittelbar auf die Begehung von Straftaten gerichteten Vereinigung. Eine Übertragung der Sachgesichtspunkte, die für die Strafbarkeit der Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung herangezogen werden können, ist insofern ausgeschlossen.

6. Aus spezialpräventiver Perspektive systemwidrige Reaktionsmöglichkeit gegenüber Rechtsnachfolgern

Mängel weist der Entwurf ferner im Hinblick auf die in § 30 VerSanG-E getroffene Regelung zur Rechtsnachfolge auf. Danach können die Rechtsfolgen einer Verbandsverfehlung des Rechtsvorgängers auch gegenüber dem Rechtsnachfolger angeordnet werden. Wiederum steht hier der Vorwurf eines Verstoßes gegen allgemeine Zurechnungsprinzipien im Raum. Abgesehen von Fällen der bloßen Änderung der Rechtsform und des Unternehmensnamens bei wirtschaftlicher Identität der alten und neuen Gesellschaft bedürfte es hier einer eigenständigen Verantwortlichkeit im Sinne der Regeln zu Täterschaft und Teilnahme, um dem Nachfolger einen individuellen Vorwurf zu unterbreiten. Immerhin müsste ihm ein Unterlassen im Hinblick auf Maßnahmen zur Abwendung der Gefährlichkeit des übernommenen Unternehmens nachgewiesen werden können. Der Rechtsnachfolger selbst hatte im Tatzeitpunkt weder Einfluss auf die Auswahl noch die Überwachung von Leitungspersonen. Sofern diese mit dem übrigen Verband übernommen werden, kann sich eine Gefährlichkeit des Rechtsnachfolgers daher allein daraus ergeben, dass die bestehende Gefährlichkeit der juristischen Person nicht abgewendet bzw. durch Duldung aufrechterhalten

wird. § 30 VerSanG-E erhebt all dies jedoch gerade nicht zur Voraussetzung, sondern geht von einer schlichten Übertragung der Gefährlichkeit aus. Um ein paralleles Beispiel aus dem Baurecht zu wählen, hieße dies, dass der Erwerber eines einsturzgefährdeten Gebäudes auch dann ein gegenüber dem Voreigentümer erlassenes Zwangsgeld zu zahlen hätte, wenn er umgehend sämtliche Maßnahmen zur Abwendung der Gefahr ergriffen hätte.

7. Ergebnis und Zusammenfassung

Verstanden als rein spezialpräventives Regelwerk weist der Entwurf eine Vielzahl an inneren Unstimmigkeiten auf, von denen an dieser Stelle lediglich einige Beispiele genannt wurden. Nicht zuletzt fragt sich, weshalb ein als Polizeirecht etikettiertes Gesetz (gefahrenabwehrrechtliche Spezialprävention als wesentlicher Zweck) in verfahrensrechtlicher Hinsicht auf die *Strafprozessordnung* rekurriert. Konsequenter hätte hier das Verwaltungsverfahren als prozessualer Weg eingeschlagen werden müssen. Angesichts dieser systematischen Brüche einhergehend mit wenig eindeutigen Äußerungen des Entwurfs im Hinblick auf die Legitimationsbasis des „Verbandssanktionengesetzes“ drängt sich daher der Verdacht auf, dass legitimatorische Stringenz nicht ganz oben auf der Agenda seiner Verfasser stand. Vielmehr scheint aus der Gruppe anerkannter Zwecküberlegungen zur Rechtfertigung unterschiedlicher staatlicher Eingriffe in gewissem Umfang dasjenige herausgegriffen worden zu sein, was auf die jeweils gewünschte Einzelregelung am besten zu passen scheint. Gegen eine entsprechende Herangehensweise sprechen indessen verfassungsrechtliche Gründe, gegen die auch ein noch so starker Pragmatismus am Ende nicht ankommen kann (und darf). Wer lediglich gefahrenabwehrrechtliche Spezialprävention betreiben möchte, muss dies auch in letzter Konsequenz tun – und kann dann aber keine Elemente in sein Regelwerk aufnehmen, die sich allenfalls aus einem strafrechtlichen, repressiven Blickwinkel verstehen, gegenüber Unternehmen und Verbänden jedoch nicht rechtfertigen lassen.

In seiner jetzigen Fassung ist der Entwurf weder Fisch noch Fleisch. Verstanden als spezialpräventives Regelwerk muss dagegen insbesondere der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ins Feld geführt werden, der von Verfassungsrang ist. Auf der Basis des Entwurfs eines Verbandssanktionengesetzes lassen sich erhebliche Rechtseingriffe durchführen, die an einen unwiderlegbaren Gefährlichkeits- bzw. Organisationsverschuldensverdacht anknüpfen. Sachlich werden die betroffenen Unternehmen dabei zur Kooperation mit der Staatsanwaltschaft verpflichtet, da allein auf diese Weise eine (mitunter besonders hohe) Geldzahlung vermieden werden kann. Entsprechende Kooperationen stellen indessen einen gravierenden Eingriff in die Rechte des Verbands dar, der im Einzelfall angesichts des Grads des jeweiligen Verdachts unverhältnismäßig sein kann. Für eine entsprechende Balance der in Rede stehenden

Interessen zur Wahrung des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bietet der Entwurf aufgrund seiner Vermengung mit Repressionsinstrumenten keinerlei Anknüpfungspunkte. Das Regelwerk muss auf dieser Basis als in Gänze unverhältnismäßig eingestuft werden.

Zur Klarstellung: Der voranstehenden Kritik kann nicht dadurch entgangen werden, dass es bei dem Entwurf schließlich „auch“ um eine Antwort auf eine Straftat etc. gehe. Wer so argumentiert, gerät unmittelbar in das Fahrwasser des Strafrechts und muss sich dann den in diesem Kontext zu Recht seit Langem erhobenen (ebenfalls verfassungsrechtlichen) Einwänden stellen. Dabei geht es mitnichten um einen bloß begrifflichen Streit – sicherlich ließe sich der Begriff der „Strafe“ auch ohne Schuld bilden und ggf. sogar ohne Begriffsverwirrungen gegenüber dem Individualstrafrecht verwenden. Allein ändert dies nichts daran, dass Reaktionen, die eine individuelle Vorwerfbarkeit voraussetzen, ausschließlich legitimiert werden können, wenn eben jene Vorwerfbarkeit vorhanden ist bzw. sein kann. Wenn also der Entwurf Sanktionen daran anknüpfen wollte, dass sich ein Verband falsch verhalten hat (und nicht bloß gefährlich ist) – und dafür spricht die voranstehende Analyse –, dann muss er sich daran festhalten lassen und begründen können, wie dies vor verfassungsrechtlichem Hintergrund möglich sein soll. Eine Antwort hierauf hat der Entwurf nicht gegeben – und nach Jahren der ausführlichen wissenschaftlichen Diskussion wird an dieser Stelle bezweifelt, dass eine solche gegeben werden kann.

Prof. Dr. Dr. Frauke Rostalski



Rechtswissenschaftliche Fakultät Institut für Strafrecht und Strafprozessrecht

Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht,
Rechtsphilosophie und Rechtsvergleichung

Prof. Dr. Dr. Frauke Rostalski

Tel.: +49 221 470 – 4279

Fax: +49 221 470 – 1970

E-Mail: frauke.rostalski@uni-koeln.de

Sek.: Anja Wellerdick

Tel.: +49 221 470 4284

E-Mail: anja.wellerdick@uni-koeln.de

Web: <https://rostalski.jura.uni-koeln.de/>

Köln, den 22.05.2020

Stellungnahme zum Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes (VerSanG) – Kurzfassung

1. Der Entwurf zum VerSanG sieht vor, Verbandssanktionen als neuartiges Ahndungsinstrument in Bezug auf juristische Personen zu etablieren. Dabei soll es sich weder um Ordnungswidrigkeitenrecht noch um Strafrecht handeln. Dieser „neuen Spur“ im deutschen Sanktionenrecht fehlt es aber nicht nur an einer klaren Zweckbestimmung, sondern auch an einem eindeutigen Inhalt. Während vordergründig gefahrenabwehrrechtliche Spezialprävention als Zweck benannt wird, umfassen die geplanten Regelungen der Sache nach Vorschriften, die auf eine Verantwortlichkeit für im strafrechtsrelevanten Sinne gewichtiges Fehlverhalten aufbauen – und bewegen sich damit im Regelungsbereich des Strafrechts. Insofern bleibt freilich im Dunkeln, welchen genauen Inhalt der gegenüber der juristischen Person mit der ahndenden Sanktion erhobene Vorwurf haben soll. Diese Unzusammengehörigkeit von Zweckbestimmung und gewählten Eingriffsinstrumenten führt dazu, dass das geplante VerSanG insgesamt verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen ist.

2. Der Entwurf setzt auf die „Zurechnung“ des Verhaltens Dritter (Leitungspersonen/in Wahrnehmung der Verbandsangelegenheiten Handelnde) zur Begründung der Verbandsverantwortlichkeit als solcher. Eine solche Zurechnung ist schon deshalb nicht möglich, weil es in Gestalt des Verbands an einem tauglichen Zurechnungsadressaten fehlt. Ein solcher muss sämtliche Eigenschaften aufweisen, um in eigener Person individuelles Fehlverhalten zu verwirklichen. Dies ist bei einem Verband nicht der Fall. Daher ist ein dennoch erhobener Vorwurf sachlich unberechtigt.

— 3. Die verfassungsrechtlichen Bedenken gegen ein solches Zurechnungsmodell, das auf eine Verantwortlichkeitsfiktion gegründet ist, richten sich auch gegen dessen konkrete Umsetzung im VerSanG-E. Die Verantwortung des Unternehmens als juristische Person wird an den (unwiderlegbaren!) Verdacht eines Auswahl- oder Überwachungsverschuldens im Hinblick auf das Verhalten von Leitungspersonen geknüpft. Die Entwurfsverfasser gehen davon aus, dass die Begehung von Straftaten durch Personen mit einer gewissen Handlungsvollmacht eine Vermutung für ein Organisationsverschulden „des Verbandes“ begründe: Sofern Leitungspersonen dazu in der Lage sind, aus ihrer Funktion heraus Straftaten zu begehen, müsse der Verband (wohl in Gestalt anderer Leitungspersonen?) Fehler in der Auswahl oder Überwachung vorgenommen haben. Ein solcher Automatismus besteht aber aus zwei Gründen nicht: Zum einen ist es ohne weiteres denkbar, dass es zu Straftaten von Leitungspersonen kommt, obwohl alle anderen Leitungspersonen korrekt organisiert und die straffällig gewordene Person durchaus sorgfältig ausgewählt haben. Zum anderen stellt sich selbst bei gegebenem Organisationsverschulden dieser anderen Personen die Frage, welcher Vorwurf auf dieser Basis der juristischen Person gegenüber berechtigterweise erhoben werden kann. Was kann die juristische Person dafür, dass sie schlechte Sachwalter hat? Letztlich bewirkt daher der Entwurf, dass die Organisation in einem Verband per se als rechtlich unerlaubtes Verhalten und Verbände selbst als „Rechtsfeinde“ klassifiziert werden. Nicht zuletzt der Gedanke der Einheit der Rechtsordnung mit ihren zulässigen Organisationsstrukturen steht dem aber ausdrücklich entgegen.

— 4. Die Regelungstechnik des Entwurfs erweist sich auch vor dem Hintergrund einer gefahrenabwehrrechtlich-spezialpräventiven Zielsetzung alles andere als stimmig. So knüpft § 3 VerSanG-E die Verbandssanktion an Straftaten, die als Leitungsperson oder „in Wahrnehmung der Angelegenheiten des Verbandes“ begangen werden. Insofern werden beide Personengruppen durch ihre Tätigkeit für den Verband in die Möglichkeit zur Begehung einer Zuwiderhandlung versetzt. Für die Beurteilung der Gefährlichkeit eines Verbandes macht es indessen keinen Unterschied, wie seine Mitarbeiter intern eingestuft

werden, solange sie aufgrund ihrer Tätigkeit zur Straftatbegehung befähigt sind und sich dieses Risiko in einer Zuwiderhandlung verwirklicht. Insofern lässt sich das bei einfachen Mitarbeitern aufgestellte (höhere) Erfordernis eines zusätzlichen Organisationsfehlers einer Leitungsperson sachlich nicht rechtfertigen: Einen Verband trifft eine Gefährlichkeitsvermutung, solange aus ihm heraus Straftaten begangen werden – unabhängig davon, welche Rolle der Betreffende intern wahrnimmt.

5. Besonders fragwürdig ist die Annahme einer Verbandstat als Anknüpfungspunkt für die Unternehmenssanktionierung, sofern dabei nicht einmal eine Pflicht des Verbands verletzt wurde, sondern lediglich dessen Bereicherung erzielt oder beabsichtigt worden ist (§ 1 Nr. 3 VerSanG). Hier zeigt sich mit besonderer Deutlichkeit die Gefährlichkeit des Fehlens eines dogmatischen Fundaments, unter dem der Entwurf in besonderer Weise leidet: Übertragen auf das Kernstrafrecht hieße das im VerSanG-E Geregelter nämlich, dass A bestraft werden kann, weil B ohne das Wissen des A oder jedwede vorherige Absprache einen Diebstahl an C begeht, um die Beute A später zu schenken. Hier lässt sich keine irgendwie geartete Verantwortlichkeit von A konstruieren. Hieran ändert sich nichts dadurch, dass der Entwurf zum VerSanG in den Dienst der Spezialprävention und damit der Gefahrenabwehr gestellt wird. Denn selbst eine Gefährlichkeit des A lässt sich hier nicht konstruieren: Allein dass B den A so sehr schätzt, dass er einen Diebstahl begeht, um ihn zu beschenken, macht A nicht zu einer gefährlichen Person. Ebenso verhält es sich aber auf der Ebene eines Verbandes. Was hier also neuerlich geahndet wird, ist die bloße Vermutung, dass A etwas mit der Straftat zu tun haben könnte, weil er schließlich davon profitiert hat bzw. profitieren soll. Eine solche Verdachtssanktionierung ist aber schlicht verfassungswidrig. Es lassen sich hieran unter Umständen gewisse, mindere gefahrenabwehrrechtliche Instrumente knüpfen – nicht aber eine Sanktionierung.

6. Mängel weist der Entwurf ferner im Hinblick auf die in § 30 VerSanG-E getroffene Regelung zur Rechtsnachfolge auf. Danach können die Rechtsfolgen einer Verbandsverfehlung des Rechtsvorgängers auch gegenüber dem Rechtsnachfolger angeordnet werden. Wiederum steht hier der Vorwurf eines Verstoßes gegen allgemeine Zurechnungsprinzipien im Raum. Abgesehen von Fällen der bloßen Änderung der Rechtsform und des Unternehmensnamens bei wirtschaftlicher Identität der alten und neuen Gesellschaft bedürfte es hier einer eigenständigen Verantwortlichkeit im Sinne der Regeln zu Täterschaft und Teilnahme, um dem Nachfolger einen individuellen Vorwurf zu unterbreiten. Immerhin müsste ihm ein Unterlassen im Hinblick auf Maßnahmen zur Abwendung der Gefährlichkeit des übernommenen Unternehmens nachgewiesen werden können. Der Rechtsnachfolger selbst hatte im Tatzeitpunkt weder Einfluss auf die Auswahl

noch die Überwachung von Leitungspersonen. Sofern diese mit dem übrigen Verband übernommen werden, kann sich eine Gefährlichkeit des Rechtsnachfolgers daher allein daraus ergeben, dass die bestehende Gefährlichkeit der juristischen Person nicht abgewendet bzw. durch Duldung aufrechterhalten wird. § 30 VerSanG-E erhebt all dies jedoch gerade nicht zur Voraussetzung, sondern geht von einer schlichten Übertragung der Gefährlichkeit aus. Um ein paralleles Beispiel aus dem Baurecht zu wählen, hieße dies, dass der Erwerber eines einsturzgefährdeten Gebäudes auch dann ein gegenüber dem Voreigentümer erlassenes Zwangsgeld zu zahlen hätte, wenn er umgehend sämtliche Maßnahmen zur Abwendung der Gefahr ergriffen hätte.

Dieser Stellungnahme schließen sich – bei Wahrung eigenständiger Positionen im Detail – an:

Prof. Dr. Dr. h.c. dupl. Georg Freund

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Wolfgang Frisch

Prof. Dr. Dr. Milan Kuhli (bezüglich der Nummern 1, 4, 5, 6)

Prof. Dr. Wolfgang Mitsch

Prof. Dr. Hendrik Schneider

Prof. Dr. Arndt Sinn

**Marianne Johanna Lehmkuhl
Wolfgang Wohlers**

Herausgeber

UNTERNEHMENS- STRAFRECHT

Materiellrechtliche und prozessuale Aspekte

**Helbing Lichtenhahn Verlag
Nomos Verlag**

Inhaltsverzeichnis

I.	Vorbemerkungen	312
II.	Zur Typologie unrechtausgleichender Rechtsfolgen	313
	1. Schadensersatz- und Kondiktionsansprüche	313
	2. Strafe	314
	3. Geldbusse	316
	4. Einziehung	317
	5. Wirkeinheit der Rechtsfolgen	317
	6. Vergleich der Sanktionensysteme	318
III.	Zur Kritik der These einer ahndungsbegründenden Verbands- verantwortlichkeit.	319
	1. Die Theorie von der Verbandstäterschaft	320
	a) Systemtheorie	320
	b) Theorie der realen Verbandspersönlichkeit	321
	2. Die These von der Zurechnung fremder Schuld	322
	a) Zurechnung in Analogie zu § 31 BGB	322
	b) Theorie vom Organisationsverschulden	323
	c) Inkonsistenzen der Bussgeldzumessung	324
	3. Fazit	325
IV.	Die Verbandsgeldbusse als Gewinnabschöpfung mit Säumniszuschlag	326
	1. Verbandsgeldbusse bei Ordnungswidrigkeiten als Anknüpfungstaten	326
	a) Gewinnabschöpfung mit Säumniszuschlag	326
	b) Replik auf Kritik	328
	c) Neuorientierung der Zumessung der Verbandsgeldbusse	330
	2. Verbandsgeldbusse bei Straftaten als Anknüpfungstaten	332
V.	Zusammenfassung	332

I. Vorbemerkungen

Das deutsche Ordnungswidrigkeitenrecht kennt mit § 30 Abs. 1 OWiG eine Regelung, die im deutschsprachigen Rechtsraum recht einzigartig ist. Danach kann gegen die dort genannten Verbände nicht nur dann ein Bussgeld angeordnet werden, wenn deren Leitungspersonen eine Ordnungswidrigkeit begehen, sondern auch dann, wenn sie sich einer Straftat schuldig gemacht haben. Daran ist zweierlei überraschend. Zum einen: Obwohl das Strafrecht dadurch gekennzeichnet ist, einen höchstpersönlichen Vorwurf zu erheben, und sich daher mit seinem ganzen rechtsethischen Gewicht an Menschen richtet, stellt § 30 OWiG ihnen bestimmte Verbände als Sanktionsadressaten an die Seite. Zum anderen geschieht dies nicht dergestalt, dass diese sich ebenfalls die Strafe zuziehen; vielmehr belässt es diese Vorschrift bei einer Rechtsfolge, die eigens als Reaktion auf Verwaltungsunrecht konzipiert worden ist, und die deshalb eine Verwaltungsbehörde anordnen darf, § 35 Abs. 2, § 88 OWiG. Aufgrund der besonderen Ausrichtung der Verbandsgeldbusse auf die Gewinnabschöpfung (§ 30 Abs. 2, § 17 Abs. 4 OWiG) und der Vereinfachung des Verfahrens ihrer Anordnung präferiert die Praxis diese Sanktion geradezu als Königsweg zur Bewältigung unternehmensbezogener Kriminalität.¹ Da die Auferlegung einer Verbandsgeldbusse ähnlich wie die Verhängung einer Geldstrafe im Ergebnis dazu führt, jemanden einer Zahlungsverpflichtung auszusetzen, ist dieser Spurwechsel aber auch als Etikettenschwindel gebrandmarkt worden.²

Die Berechtigung dieser Kritik soll hier auf den Prüfstand gestellt werden. Hierzu muss eine Typologie unrechtsausgleichender Rechtsfolgen entwickelt werden, die es gestattet, die verschiedenen Sanktionen des positiven Rechts sachhaltig voneinander zu unterscheiden (II.). Die Untersuchung wird hier zu dem Ergebnis kommen, dass Strafe und Individualgeldbusse zwar im Moment der Ahndung vorwerfbareren Unrechts übereinkommen, wegen der unterschiedlichen Eigenart des Unrechts, auf das sie reagieren, aber verschiedene Wege gehen. Sodann wende ich mich der Frage zu, ob man

1 ROGALL KLAUS, in: Wolfgang Mitsch (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, 5. Aufl., München 2018 (zit. *KK-OwiG-ROGALL*), § 30 N 288 m.w.N.; vgl. weiter GRÜTZNER THOMAS, *Unternehmensstrafrecht vs. Ordnungswidrigkeit*, CCZ 2015, 56 ff., 59 f.; KORTE MATTHIAS, *Der Schutz der Europäischen Gemeinschaften mit den Mitteln des Strafrechts – Das «Zweite Protokoll»*, NJW 1998, 1464 ff., 1465.

2 Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK), *Stellungnahme Nr. 46/2012 vom Oktober 2012*, 6 (<<https://www.brak.de/zur-rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2012/oktober/stellungnahme-der-brak-2012-46.pdf>> [22.11.2019]); FROMM INGO E., *Auf dem Weg zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen/Unternehmensvereinigung in Europa?*, ZIS 2007, 279 ff., 286; GROSSMANN SVEN, *Liberales Strafrecht in der komplexen Gesellschaft*, Baden-Baden 2016, 340; HETZER WOLFGANG, *Verbandsstrafe in Europa – Wettbewerbsverzerrung durch Korruption*, EuZW 2007, 75 ff., 78; WOHLERS WOLFGANG, *Grundlagen der Verbandsverantwortlichkeit*, NZWiSt 2018, 412 ff., 416 f. m.w.N.

auch Verbänden gegenüber den für diese Rechtsfolgen typischen Vorwurf erheben kann (III.). Es wird sich zeigen, dass dies nicht möglich ist, sodass man einen neuen Ansatz wählen muss, um die Rechtsnatur der Verbandsgeldbusse zu klären. Sie ist als Gewinnabschöpfung mit Säumniszuschlag zu charakterisieren (IV. 1.). Diese bereits in einem früheren Aufsatz entwickelte These bedarf freilich einer Modifikation: Sie passt nur als Reaktion auf ein Ordnungsunrecht, bei dem der Bereicherung des Verbandes kein Schaden auf Seiten eines Opfers entspricht. Da jedoch Straftaten typischerweise zu einer solchen Einbusse führen, ist bei derartigen Anknüpfungstaten von verbandsbezogener Kriminalität *de lege ferenda* eine an der Einziehung von Taterträgen orientierte Rechtsfolge zu empfehlen (IV. 2.).

II. Zur Typologie unrechtausgleichender Rechtsfolgen

Ob und wie auf begangenes Unrecht zu reagieren ist, steht nicht im Belieben des Staates. Nach dem Grundgesetz ist die Bundesrepublik Deutschland gemäss dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) zur Einhaltung materieller Gerechtigkeit verpflichtet. Nichts anderes gilt in Österreich, in Liechtenstein und der Schweiz. Nun hat sich zwar noch nicht über alle Aspekte der Gerechtigkeit Einigkeit erzielen lassen. Mit Gewissheit lässt sich aber sagen, dass es zu ihren essenziellen Bestandteilen zählt, das Recht dort, wo es verletzt ist, in seine Integrität wiedereinzusetzen.³

I. Schadensersatz- und Kondiktionsansprüche

Ist jemandem Unrecht zugefügt worden, so steht für ihn gewiss der Ersatz des erlittenen Schadens im Vordergrund. Dementsprechend kennt das zivilrechtliche Delikts- bzw. Bereicherungsrecht Ansprüche, die einen Ausgleich herbeiführen sollen (§ 812 ff., § 823 ff. BGB). Während dabei das klassische Deliktsrecht typischerweise auf den verschuldeten Schaden blickt, rückt das Kondiktionsrecht dagegen die bei einem anderen unabhängig von dessen Verschulden eingetretene Vermögensmehrung in den Blick.⁴ Ist die Bereicherung bei dem einen die Kehrseite des Schadens bei dem anderen, dann konkurrieren beide Ansprüche meist miteinander.⁵ Mehr noch: In diesem Fall trifft auch den Bereicherungsschuldner gemäss dem schon im Römischen Recht zu findenden Prinzip «*fur semper in mora*» (Digesten 13.1.8.1) eine verschärfte Haftung: Er kann sich dann nicht auf eine Entreicherung berufen, sondern haftet auch für den

3 STERN KLAUS, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1, 2. Aufl., München 1983, 855 m.w.N.

4 STAAKE MARKO, Gesetzliche Schuldverhältnisse, Berlin 2014, Rz. 8 f.

5 SCHLECHTRIEM PETER H., Vertragsordnung und außervertragliche Haftung, Frankfurt a.M. 1972, 31 ff.

zufälligen Untergang oder eine zufällige Wertminderung, § 819 Abs. 1, § 818 Abs. 4, § 287 S. 2 BGB). Das ist auch im Weiteren im Auge zu behalten (Ziff. II.4 und IV.1a).

2. Strafe

Trotz des Ausgleichs von Schaden und Bereicherung ist im Falle eines schuldhaften Rechtsbruchs das Recht noch nicht in jeder Hinsicht wiederhergestellt. Wer einen Anderen willentlich angreift, der bringt zum Ausdruck, dass dieses Rechtsgut nicht sein soll bzw. nicht in Acht zu nehmen sei. Dadurch wird freilich nicht (bloss) der Geltungsanspruch dieses Rechtsgutes missachtet; vielmehr wird darüber hinaus dem Opfer die Rechtsfähigkeit abgesprochen, derartige Rechtsgüter sein Eigen nennen zu dürfen.⁶ Diesem Geltungsanspruch tritt das Recht typischerweise mit der Strafe entgegen.

Die wissenschaftlichen Bemühungen, die Strafe als Rechtsinstitut zu definieren, nehmen noch immer ihren Ausgangspunkt in Grotius Begriffsbestimmung: «Poena est malum passionis, quod infligitur propter malum actionis.»⁷ Die Darstellung in Lehrbüchern und Kommentaren ist dabei häufig summarisch. Meist wird heute das Moment der Übelzufügung⁸ bzw. die damit verbundene soziaethische Missbilligung (der Tadel) des sanktionierten Verhaltens⁹ betont.¹⁰ Dies lehnt sich an entsprechende Sentenzen in der Rechtsprechung an.¹¹ Soweit die Begriffsdefinition eingehendere Ausformulierung

6 KLESZCZEWSKI DIETHELM, Strafrecht Besonderer Teil, Tübingen 2016, § 1 Rz. 11 ff. m.w.N.

7 GROTIUS HUGO, *De iure belli ac pacis libri tres*, Paris 1625, 2. Buch 20. Kap. I. 1.; daran anknüpfend z.B.: BOCKELMANN PAUL/VOLK KLAUS, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., München 1987, 2; EBERT UDO, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Heidelberg 2001, 230; FRISTER HELMUT, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., München 2009, § 1 Rz. 1; ebenso: SCHMIDHÄUSER EBERHARD, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Tübingen 1975, Rz. 2/7 («Vorbegriff»); kritisch: JAKOBS GÜNTHER, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Berlin 1991, Rz. 13; KÖHLER MICHAEL, Strafrecht Allgemeiner Teil, Berlin 1997, 37.

8 Darauf beschränkt es vornehmlich: BLEI HERMANN, Strafrecht Allgemeiner Teil, 18. Aufl., München 1983, § 114 I, § 99 Vor I.

9 Hierauf fokussierend: KINDHÄUSER URS, Strafrechtsgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 7. Aufl., Baden-Baden 2017, Vor § 1 Rz. 27; BAUMANN JÜRGEN/WEBER ULRICH/MITSCH WOLFGANG/EISELE JÖRG, Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Aufl., Bielefeld 2016, § 30 Rz. 1; FREUND GEORG, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Berlin 2009, § 1 Rz. 21; MAURACH REINHART/ZIPP HEINZ, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 1, 8. Aufl., Heidelberg 1992, § 1 Rz. 9; ähnlich: FRISTER (Fn. 7), § 1 Rz. 1.

10 Beide Elemente gleichrangig betont bei: KÜHL KRISTIAN, in: Karl Lackner/Kristian Kühl (Hrsg.), Strafrechtsgesetzbuch Kommentar, 29. Aufl., München 2018, § 46 Rz. 1; ähnlich auch: HASSEMER WINFRIED/NEUMANN ULFRID, in: Urs Kindhäuser/Ulfrid Neumann/Hans-Ulrich Paeffgen (Hrsg.), Strafrechtsgesetzbuch, Kommentar, 5. Aufl., Baden-Baden 2017, Vor § 1 N 103; OTTO HARRO, Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre, 7. Aufl., Berlin 2004, § 1 Rz. 8; SCHMIDHÄUSER (Fn. 7), Rz. 2/7; WELZEL HANS, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl., Berlin 1969, § 32 I 1 a).

11 BVerfGE, Urteil vom 6.6.1967, 2 BvR 375, 53/60, 22, 49 (79 f.); Beschluss vom 26.2.1969, 2 BvL 15, 23/68, 25, 269 (286); Beschluss vom 16.7.1969, 2 BvL 2/69, 27, 18 (33); Beschluss vom

erfährt, wird die Strafe durch drei Elemente definiert: Sie ist erstens eine Übelzufügung, die zweitens allein wegen einer schuldhaften Unrechtstat verhängt wird, um drittens eine sozialetische Missbilligung zum Ausdruck zu bringen.¹² Demgegenüber hebt MICHAEL KÖHLER zu Recht hervor, dass es bei der Rechtsstrafe nicht um die Zufügung irgendeines Übels gehen kann, sondern um die Zufügung einer Einbusse am Grundrechtsstatus des Täters gerade wegen seiner Straftat.¹³ Nun kennt unsere Rechtsordnung eine Vielzahl von Rechtseinbussen als Reaktion auf Unrecht. Um das Eigentümliche der Strafe herauszuarbeiten, ist es nötig, das Moment des Tadels von seinen (bloss) sozialetischen Konnotationen zu befreien und auf einen rechtlichen Aspekt zu gründen. Der Rechtsbegriff des tadelnden Urteils lässt sich § 193 dStGB entnehmen.¹⁴ Es handelt sich um eine wertende Äusserung, mit der dem Betroffenen über die Kritik an einer seiner Leistungen hinaus ein Ehrenmangel vorgeworfen wird.¹⁵ Es geht also um eine Zurücksetzung der Person (im Römischen Recht, auch in Bezug auf Strafe, *capitis deminutio* genannt, *Digesten* 4.5.11.), also um eine Kürzung ihres vollen Status an Rechtsfähigkeit. Daher definiere ich Strafe als diejenige Rechtseinbusse, die wegen eines Angriffs auf fremde Rechtsfähigkeit verhängt und mit der dem Täter (als Ausdruck des Tadels) partiell die Rechtsfähigkeit aberkannt wird.¹⁶

Dieser Begriff der Strafe liegt auch dem geltenden Recht zugrunde. Das lässt sich anhand der beiden Hauptstrafen des dStGB, der Freiheits- und der Geldstrafe, dartun: Wie sich § 2 S. 1 StVollzG entnehmen lässt, dient der Vollzug der Freiheitsstrafe dazu, den Verurteilten zu befähigen, in sozialer Verantwortung ein Leben ohne Straftaten zu führen. Damit typisiert das Gesetz den Strafgefangenen als jemandem, dem diese Kompetenz abgeht, und spricht ihm damit auf gewisse Zeit die Fähigkeit ab, überhaupt mit anderen verantwortungsvoll in Freiheit zusammenzuleben. Ähnlich liegt es

9.11.1976, 2 BvL 1/76, 43, 101 (105); BGHSt, Urteil vom 27.10.1953, 5 StR 723/52, 5, 28 (32); Beschluss vom 4.11.1957, GSt 1/57, (GS) 11, 263 (264 f.), BayObLG, 17.12.1970, RReg. 4 St 40/70, NJW 1971, 630 ff., 631. Ein Teil des Schrifttums deutet das Tadelement kommunikativ als Akt des Widerspruchs zu der als Widerspruch zur Rechtsnorm verstandenen Straftat, vgl. die Herleitung bei: KINDHÄUSER URS, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 9. Aufl., Baden-Baden 2020, § 2 Rz. 15; grundlegend: JAKOBS (Fn. 7), Rz. 1, 2 f.

- 12 Methodisch präzise so: SEEBODE MANFRED, *Strafvollzug I*, Lingen 1997, 83 ff. (welcher das Übel auch als Rechtseinbusse definiert); ähnlich: BOCKELMANN/VOLK (Fn. 7), 2; EBERT (Fn. 7), 230 f.; JESCHECK HANS-HEINRICH/WEIGEND THOMAS, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., Berlin 1996, § 2 II 1; zustimmend: GROPP WALTER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Aufl., Berlin 2015, § 1 Rz. 159; SCHREIBER HANS-LUDWIG, *Widersprüche und Brüche in heutigen Strafkonzptionen*, ZStW 1982, 279 ff.
- 13 KÖHLER (Fn. 7), 37.
- 14 Zu dieser Vorschrift: KLESCZEWSKI (Fn. 6), § 4 Rz. 45 ff.
- 15 JOECKS WOLFGANG/PEGEL CHRISTIAN/REGGE PHILIPP, in: Wolfgang Joecks/Klaus Miebach (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 3. Aufl., München 2017, § 193 StGB N 12 m.w.N.
- 16 KLESCZEWSKI DIETHELM, *Ordnungswidrigkeitenrecht (OWiR)*, 2. Aufl., München 2016, Rz. 30, 36.

bei der Geldstrafe. Sie wird nach dem Tagessatzsystem zugemessen. Die Höhe eines Tagessatzes ergibt sich aus dem vom Täter jeweils an einem Tag erzielten Nettoeinkommen, vgl. § 40 Abs. 2 S. 2 dStGB (ähnlich: § 19 Abs. 2 öStGB; Art. 34 Abs. 2 StGB). Die Verhängung einer Geldstrafe bringt daher in der Anzahl ihrer Tagessätze zum Ausdruck, wie lange dem Verurteilten die Fähigkeit entzogen wird, überhaupt ein Einkommen für sich zu erzielen. Sie spricht ihm damit insofern die an sich jedermann zukommende Erwerbsrechtsfähigkeit ab.

3. Geldbusse

Hiervon unterscheidet sich die Geldbusse, wie sie gem. § 17 OWiG aus Anlass einer Ordnungswidrigkeit gegen eine Einzelperson angeordnet wird. Die Geldbusse gilt als eine Rechtsfolge eigener Art.¹⁷ Sie kombiniert Elemente der Repression, der Prävention und der Gewinnabschöpfung (vgl. § 17 Abs. 4 S. 1 OWiG).¹⁸ Durch ihre ersten beiden Aspekte scheint die Geldbusse grosse Ähnlichkeit mit der Strafe zu haben. Denn diese soll ja im Rahmen des Schuldangemessenen ebenfalls der Vorbeugung weiterer Straftaten dienen.¹⁹ Es bestehen freilich auch grosse Unterschiede. So stellt die Straftat den Bruch konstitutiver Normen eines Gemeinwesens dar, weswegen die Strafe durch partielle Aberkennung von Rechtsfähigkeit ein sozialetisches Unwerturteil zum Ausdruck bringt. Zwar wird auch mit der Geldbusse nach § 17 OWiG ein Normbruch geahndet.²⁰ Bei diesen handelt es sich aber um ein sozialetisch blosses, meist nur generell gefährliches Fehlverhalten. Das Unwerturteil geht lediglich dahin, sich an die hier und jetzt zwar geltenden, aber auch anders möglichen Gefahrenvorsorgestandards nicht gehalten zu haben. Demgegenüber treten die präventiven Wesenszüge mehr in den Vordergrund: Weil Gefahrenvorsorgestandards immer auch anders möglich sind, kommt ihnen eine gewisse »Willkürlichkeit« und »Künstlichkeit« zu. Damit korrespondiert, dass ihre Adressaten sich ihren Gehalt häufig nicht durch den Gedanken wechselseitigen Respekts erschliessen können. Sind diese Normen nicht aus sich heraus einsichtig, werden sie folglich im lebensweltlichen Umgang der Menschen miteinander typischerweise gar nicht oder nur sehr oberflächlich internalisiert. Ord-

17 MITSCH WOLFGANG, in: Wolfgang Mitsch (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, 5. Aufl., München 2018 (zit. KK-OWiG-MITSCH), § 17 N 4.

18 ACHENBACH HANS, *DIE STEUERLICHE ABSETZBARKEIT MEHRERLÖSBEZOGENER KARTELLGELDBUSSEN*, BB 2000, 1116 ff., 1119; KK-OWiG-MITSCH (Fn. 17), § 17 N 4; SCHROTH HANS-JÜRGEN, *DER REGELUNGSGEHALT DES 2. GESETZES ZUR BEKÄMPFUNG DER WIRTSCHAFTSKRIMINALITÄT IM BEREICH DES ORDNUNGSWIDRIGKEITENRECHTS*, wistra 1986, 158 ff., 160.

19 Näher: KLESZCZEWSKI DIETHELM, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3. Aufl., Leipzig 2017, Rz. 22 ff.

20 Zur repressiven Funktion der Geldbusse: BayObLG, Urteil vom 27.3.1991, RReg 4 St 15/91, DAR 1991, 347; 3.1991, RReg. 4 St 15/91, DAR 1991, 347; DRATHLER JOHANN, *Die Abschöpfung rechtswidrig erlangter Vorteile im Ordnungswidrigkeitenrecht*, Köln 1997, 29 m.w.N.; KK-OWiG-MITSCH (Fn. 17), § 17 N 8; SCHROTH, wistra 1986 (Fn. 18), 159.

nungswidriges Verhalten offenbart daher typischerweise einen vorwerfbaren Mangel an Einübung der geltenden Gefahrenvorsorgestandards. Diesem spezialpräventiven Aspekt wird die Geldbusse dadurch gerecht, dass sie als nachdrückliche Pflichtenmahnung verstanden sein will.²¹ Schliesslich verknüpft die Geldbusse nach § 17 OWiG diese Zwecke mit dem der Gewinnabschöpfung. Damit führt sie nicht nur technisch den Ausgleich einer ungerechtfertigten Bereicherung herbei. Indem sie zugleich zum Ausdruck bringt, dass sich ein Rechtsbruch nicht lohnt, verleiht sie der Pflichtenmahnung zusätzlichen Nachdruck.²²

4. Einziehung

Schliesslich dient auch die Einziehung von Taterträgen (§§ 73 ff. dStGB; § 29a OWiG) auf eigene Weise dem Unrechtsausgleich. Der BGH sieht in ihr zu Recht ein kondiktionsähnliches Rechtsinstitut²³, das im Endeffekt der Entschädigung des Verletzten dient, § 459h dStPO. Zwar unterbleibt eine Einziehung, wie sich § 73c dStGB, § 29a Abs. 1 OWiG entnehmen lässt, nicht schon, weil der Täter entreichert ist. Der Einziehung trotz Entreichung kommt gleichwohl keine strafähnliche Wirkung zu, wie es im Schrifttum vertreten wird.²⁴ Denn auch der bösgläubige Bereicherungsschuldner kann sich, wie wir gesehen haben (II. 1.), nicht auf Entreichung berufen. Hier kehrt der Rechtsgedanke «*fur semper in mora*» wieder. Er ist schadensrechtlicher, nicht strafrechtlicher Natur. Wäre die Einziehung eine strafähnliche Massnahme, müsste sich die Höhe der mit ihr zu konfiszierenden Beträge nach dem Ausmass der Schuld richten. Das entspräche aber weder § 73 dStGB, der keine schuldhaftige Tat voraussetzt, noch würde dies der Durchsetzung des Grundsatzes «*crime does not pay*» dienen.²⁵

5. Wirkeinheit der Rechtsfolgen

Um das Unrecht, das mit einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit verwirklicht worden ist, vollständig zu beheben, sind sowohl die zivilrechtlichen Ausgleichsansprüche als auch die auf die Tat gesetzte ahndende Sanktion (Strafe oder Geldbusse) auszusprechen. Dies kann geschehen, indem der Verletzte den Zivilrechtsweg beschreitet,

21 BVerfGE, Beschluss vom 16.7.1969, 2 BvL 2/69, 27, 18 (33); GÜRTLER FRANZ, in: Erich Göhler (Hrsg.), Ordnungswidrigkeitengesetz, 17. Aufl., München 2017, Vor § 1 OWiG N 9; KK-OWiG-MITSCH (Fn. 17), § 17 N 9.

22 Vgl. KLESZCZEWSKI (Fn. 16), Rz. 48.

23 BGH, 1.3.1995, 2 StR 691/94, NJW 1995, 2235; BGH, 27.10.1999, 3 StR 309/99, NSZ 2000, 137; HEUCHEMER MICHAEL, in: Bernd von Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar StGB, 42. Edition (Stand 1.5.2019), München 2019, § 73 StGB N 1 m.w.N.

24 MK-JOECKS (Fn. 15), § 73 StGB N 13 m.w.N.

25 Zu diesem Grundsatz: THEILE HANS, Grundprobleme der strafrechtlichen Verfallsvorschriften nach den §§ 73 ff. StGB, ZJS 2011, 333 ff.

während die Staatsanwaltschaft oder die zuständige Verwaltungsbehörde die Verfolgung der Tat aufnimmt. Durch diese Spaltung des Rechtsweges kann es namentlich, was den Schadensausgleich angeht, zu Friktionen kommen. Um dies tunlichst zu vermeiden, hat der Gesetzgeber mit der Reform des Einziehungsrechts den Schutz der Opferinteressen mit neuem Nachdruck zu einer Aufgabe der Straf- und Bussgeldbehörden gemacht.²⁶ Nun gilt der Grundsatz, neben der Strafe auch die Einziehung von Taterträgen auszusprechen. Strafe und Einziehung bilden dann eine «Wirkeinheit», die zum umfassenden Unrechtsausgleich führt. Zwar dient auch die Geldbusse der Gewinnabschöpfung. Der zu zahlende Betrag wandert hier aber in die Staatskasse (§ 90 Abs. 2 S. 1 OWiG). Das macht Sinn, soweit die Tat, auf die sie reagiert, sich – wie bei Ordnungswidrigkeiten typisch – gegen ein staatlich verwaltetes Allgemeininteresse wendet. Bildet dagegen eine Straftat gegen ein Rechtsgut einer Privatperson den Anknüpfungspunkt, scheint diese Rechtsfolge widersinnig, gefährdet sie doch den Schadensausgleich beim Verletzten. Darauf ist zurückzukommen (s.u. IV. 2.).

6. Vergleich der Sanktionensysteme

Bezieht man diese Typologie auf die Verbandssanktionen, wie sie im Recht Österreichs zu finden sind²⁷, so ergibt sich: Da die Verbandsgeldbusse gemäss § 6 Abs. 1, § 4 Abs. 4 VbVG ganz ähnlich wie die Geldstrafe gem. § 19 öStGB nach dem Tagessatzsystem bemessen wird, bringt ihre Verhängung eine Aberkennung von Erwerbsrechtsfähigkeit zum Ausdruck. Sie ist daher materiell eine Strafe. Nicht ganz so klar ist dagegen die Einordnung der schweizerischen Verbandsbusse nach Art. 102 StGB.²⁸ Sie wird im Unterschied zur Geldstrafe zwar nicht nach dem Tagessatzsystem zugemessen. Gleichwohl spielt bei ihr neben dem Ausmass des Schadens und dem Organisationsmangel des Unternehmens ausdrücklich auch dessen wirtschaftliche Leistungsfähigkeit eine Rolle. Mit dem letztgenannten Zumessungskriterium soll nicht ein etwaiger durch die Anlasstat erlangter Gewinn erfasst werden. Zu dessen Abschöpfung dient das Institut der Einziehung.²⁹ Folglich bleibt kein anderer Weg, als bei der Bemessung der Verbandsbusse die Jahresumsätze oder das Jahresnettoeinkommen zugrunde zu legen und davon einen Bruchteil zu bestimmen. Geht man so vor, liegt darin ebenfalls eine partielle Aberkennung von Erwerbsrechtsfähigkeit, sodass das Schweizerische Strafge-

26 BECK SUSANNE/KNIERIM THOMAS, in: Thomas Knierim/Susanne Beck/Claudius Geisler/Anna Oehmichen (Hrsg.), *Gesamtes Strafrecht aktuell*, Baden-Baden 2018, 229 f.

27 Eingehend hierzu WOHLERS WOLFGANG, *Der Gesetzesentwurf zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen und sonstigen Verbänden*, ZGR 2016, 364 ff., 369 ff.

28 Ausführlich dazu WOHLERS, ZGR 2016 (Fn. 27), 373 ff.

29 PIETH MARK, *Anwendungsprobleme des Verbandsstrafrechts in Theorie und Praxis: Erfahrungen aus der Schweiz*, in: Martin Henssler/Elisa Hoven/Michael Kubiciel/Thomas Weigend (Hrsg.), *Grundfragen eines modernen Verbandsstrafrechts*, Baden-Baden 2017, 177 ff., 191 f.

setzbuch ganz folgerichtig davon spricht, dass der Verband mit der Busse «bestraft» wird. Aus dem gleichen Grund trägt auch die Verbandssanktion nach § 4 des Kölner Entwurfs eines Verbandssanktionengesetzes³⁰ zumindest strafähnliche Züge³¹: Der Rechtsfolgenrahmen ist umsatzorientiert. Die Sanktion dient selbst nicht der Gewinnabschöpfung. Leitungspersonen dürfen nicht in Regress genommen werden. Es gilt das strafprozessuale Legalitätsprinzip.

§ 30 OWiG erschwert es demgegenüber dem Interpreten, die Verbandsgeldbusse in die Rechtsfolgentypologie einzuordnen. Einesteils trägt sie denselben Namen wie das gegen eine Einzelperson nach § 17 OWiG anzuordnende Bussgeld. Darüber hinaus hat sich der Gesetzgeber bei den in § 30 Abs. 2 OWiG zu findenden Bussgeldrahmen an der Schwere der Anknüpfungstat orientiert. Andererseits spricht § 30 OWiG im Unterschied zu § 17 OWiG mit keinem Wort von Ahndung. Des Weiteren verweist § 30 Abs. 3 OWiG allein auf § 17 Abs. 4 OWiG und betont damit den Aspekt der Gewinnabschöpfung besonders. Damit korrespondiert, dass § 30 Abs. 1 Nr. 2 2. Alt. OWiG bei der Anknüpfungstat gerade auf den Aspekt der Bereicherung des Verbandes abstellt. Um die Rechtsnatur der Verbandsgeldbusse zu klären, bedarf es daher grundlegender Überlegungen.

III. Zur Kritik der These einer ahndungsbegründenden Verbandsverantwortlichkeit.

Im Schrifttum zum Ordnungswidrigkeitenrecht ist zum einen der Versuch unternommen worden, § 30 OWiG als Regelung einer originären Verbandstäterschaft zu deuten (III. 1.), während zum anderen der Rechtsgrund der Verbandsgeldbusse in einer Zurechnung fremden Unrechts erblickt wird (III. 2.). Beide Deutungen überzeugen nicht. Die folgende Kritik fusst auf Gedankengängen, die ich an anderer Stelle ausführlich begründet habe.³²

30 HENSSLER MARTIN/HOVEN ELISA/KUBICIEL MICHAEL/WEIGEND THOMAS, Kölner Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes, NZWiSt 2018, 1 ff., 2. Der Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz für ein Gesetz zur Bekämpfung der Unternehmenskriminalität ist in seinen §§ 8, 9, 16 dagegen offener formuliert.

31 Ähnlich WOHLERS, NZWiSt 2018 (Fn. 2), 418 f.

32 KLESCZEWSKI DIETHELM, Gewinnabschöpfung mit Säumniszuschlag – Versuch über die Rechtsnatur der Verbandsgeldbuße (§ 30 OWiG), in: Hendrik Schneider/Michael Kahlo/Diethelm Kleszczewski/Heribert Schumann (Hrsg.), Festschrift für Manfred Seebode zum 70. Geburtstag, Berlin 2008, 179 ff., 180 ff.

1. Die Theorie von der Verbandstäterschaft

Nach einer im Schrifttum vordringenden Ansicht regelt § 30 Abs. 1 OWiG die Täterschaft des Verbandes.³³ Zur Begründung bezieht man sich einesteils zumeist auf die von OTTO VON GIERKE formulierte Theorie von der realen Verbandspersönlichkeit.³⁴ Anderenteils macht man Anleihen bei der Systemtheorie.³⁵

a) Systemtheorie

Die Systemtheorie versteht Verbände als sinnhaft strukturierte Systeme. Soziales Handeln sei Sinnausdruck. Daher lasse sich auch das Verhalten sozialer Systeme als Handlung verstehen.³⁶ Da soziale Systeme sich durch spezifische Sinnselektion konstituierten, sei neben einer individuellen auch eine kollektive Sinnkonstitution denkbar, folglich auch eine fehlerhafte kollektive Sinnsetzung, sprich: eine Verbandsschuld.³⁷ Dementsprechend könne man nicht nur das Individuum, sondern auch den Verband für ein Delikt ahnden.³⁸ Diese Deutung lasse sich grundsätzlich auch mit § 30 Abs. 1 OWiG vereinbaren.³⁹

33 KK-OWiG-ROGALL (Fn. 1), § 30 N 8 ff. m.w.N.; so auch EIDAM GERD, Unternehmen und Strafe, 5. Aufl., Köln 2018, 250.

34 VON GIERKE OTTO, Das Wesen der menschlichen Verbände, Darmstadt 1954 (zit. Wesen menschlicher Verbände), 15, 16 ff., 18, 20 f., 24, 26; DERS., Deutsches Privatrecht I, Leipzig 1895 (zit. Deutsches Privatrecht), 470, 473, 487; DERS., Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, Berlin 1887 (zit. Genossenschaftstheorie), 21 f.; eingehend dargestellt bei: SCHMIDT KARSTEN, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., Köln 2002, § 8 II. 3.

35 KK-OWiG-ROGALL (Fn. 1), § 30 N 10, verweist insbesondere auf: KRIEGER DAVID J., Einführung in die allgemeine Systemtheorie, 2. Aufl., München 1998, 60 ff.; ORTMANN GÜNTHER, Für ein Unternehmensstrafrecht Sechs Thesen, sieben Fragen, eine Nachbemerkung, NZWiSt 2017, 241 ff., 244.

36 KK-OWiG-ROGALL (Fn. 1), § 30 N 10 (m.V. auf KRIEGER [Fn. 35], 60 ff.); von einer Handlungsfähigkeit des Verbandes gehen – freilich von einem anderen Ansatz ausgehend – auch aus: EHRHARDT ANNE, Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe, Köln 1994, 185; HIRSCH HANS J., Die Frage der Straffähigkeit von Personenverbänden, Opladen 1993, 12; SCHROTH HANS-JÜRGEN, Unternehmen als Normadressaten und Sanktionssubjekte, Giessen 1993, 189 f.

37 KK-OWiG-ROGALL (Fn. 1), § 30 N 11, der auf ähnliche Topoi bei anderen Autoren (Verbandsgeist: [BOTTKE WILFRIED, Standortvorteil Wirtschaftskriminalrecht: müssen Unternehmen «strafmündig» werden?, wistra 1997, 241 ff., 252, BUSCH RICHARD, Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbände, Leipzig 1933, 113], Verbandsattitüde: [SCHÜNEMANN BERND, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, Köln 1979, 158]) verweist.

38 VON GIERKE, Genossenschaftstheorie (Fn. 34), 774 f.; ähnlich: KK-OWiG-ROGALL (Fn. 1), § 30 N 12 m.w.N.; vgl. weiter EHRHARDT (Fn. 36), 199 ff.; HIRSCH (Fn. 36), 16 ff.; VOLK KLAUS, Zur Bestrafung von Unternehmen, JZ 1993, 429 ff., 430 ff.

39 KK-OWiG-ROGALL (Fn. 1), § 30 N 14.

Das überzeugt nicht.⁴⁰ Zwar trifft es zu, dass die Systemtheorie Verbände als sich selbst erzeugende Handlungssysteme beschreibt, die sich auch im Wechsel ihrer Elemente erhalten.⁴¹ Gleichwohl konstruiert die Systemtheorie die Selbstkonstitution sozialer Systeme nach dem Modell funktional-kybernetischer Regelkreise. Für die Systemtheorie beruht diese Selbstkonstitution aber gerade nicht auf Bewusstseinsprozessen. Sozialen Systemen fehlt es daher an einer eigenen Fähigkeit zur Einsicht in das Recht⁴², folglich an einer zentralen Voraussetzung von Schuld und Vorwerfbarkeit (§ 20 dStGB, § 12 Abs. 2 OWiG). Mit Rückgriff auf die Systemtheorie lässt sich daher eine eigene Schuld des Verbandes nicht begründen.⁴³

b) Theorie der realen Verbandspersönlichkeit

OTTO VON GIERKE sieht in den Verbänden soziale Organismen mit realer Verbandspersönlichkeit.⁴⁴ Der Verband äussere sich in den Handlungen seiner als Organe funktierenden Mitglieder.⁴⁵ Die Verbandspersönlichkeit sei mehr als die Summe Organisationsakte ihrer Mitglieder, existiere aber nur in diesen als Einheit.⁴⁶ Der einzelne Mensch als Organwalter habe nicht nur eine Gliedstellung im Verband, sondern bleibe auch Individuum mit Eigenleben.⁴⁷ Dem entspreche eine Doppelnatur seines Handelns: In ihm äussere sich nicht nur seine Persönlichkeit, sondern zugleich auch der Verbandswille. Begehe ein Mensch in seiner Rolle als Organwalter ein Verbrechen, komme darin neben seinem individuellen rechtsfeindlichen Willen auch der zum Rechtsbruch entschlossene Verbandswille zum Ausdruck.⁴⁸

Geht man von dieser These aus, erhebt sich gerade bei willentlichen Rechtsbrüchen die Frage, warum das individuelle Verhalten zugleich auch eine Verbandshandlung ausmacht. Denn ein Verband lässt sich als soziale Erscheinung nur durch seine Sat-

40 VON FREIER FRIEDRICH, Kritik der Verbandsstrafe, Berlin 1998, 125 ff., 145 ff., 165 ff.; vgl. weiter DERS., Zurück hinter die Aufklärung: Zur Wiedereinführung von Verbandsstrafen, GA 2009, 98 ff.; zustimmend KÖHLER (Fn. 7), 562.

41 TEUBNER GUNTHER, Unternehmenskorporatismus, KritV 1987, 61 ff., 67 f., 70; ähnlich früher auch: JAKOBS (Fn. 7), Rz. 6/21, 6/44.

42 So: VON FREIER (Fn. 40), 136 ff. m.w.N.; ähnlich: LEIPOLD KLAUS, Strafbarkeit von Unternehmen, NJW Spezial 2008, 216 ff., 217; WOHLERS, NZWiSt 2018 (Fn. 2), 416 f.

43 So jetzt auch: JAKOBS GÜNTHER, Strafbarkeit juristischer Personen, in: Cornelius Prittwitz/Michael Baumann/Klaus Günther/Lothar Kuhlen/Reinhard Merkel/Cornelius Nestler/Lorenz Schulz (Hrsg.), Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag, Baden-Baden 2002, 559 ff., 571.

44 VON GIERKE, Wesen der menschlichen Verbände (Fn. 34), 15, 20 f.; daran anschliessend: HAFTER ERNST, Delikts- und Straffähigkeit der Personenverbände, Berlin 1903, 47 ff.

45 VON GIERKE, Wesen der menschlichen Verbände (Fn. 34), 23 ff.; DERS., Deutsches Privatrecht (Fn. 34), 472; DERS., Genossenschaftstheorie (Fn. 34), 624.

46 VON GIERKE OTTO, Das deutsche Genossenschaftsrecht, Bd. 2, Graz 1954, 906.

47 VON GIERKE, Genossenschaftstheorie (Fn. 34), 707.

48 VON GIERKE, Genossenschaftstheorie (Fn. 34), 768; ähnlich: HAFTER (Fn. 44), 103 ff.

zung und seinen Verbandszweck identifizieren.⁴⁹ Beides darf aber nicht dem geltenden Recht zuwider sein (Art. 9 Abs. 2 GG). Ist dem so, müsste sich jedes gewollte Unrecht eines Organwalters als ein dem Verband nicht zurechenbarer Exzess darstellen.⁵⁰ OTTO VON GIERKE sucht dieser Konsequenz zu entgehen, indem er die Verbandstäterschaft als die zweite Seite der Doppelnatur der Organdelinquenz konstruiert. Auch dies lässt sich nicht widerspruchsfrei durchhalten. Der Wille der Verbandspersönlichkeit äussert sich in der Organhandlung «neben» der individuellen Willenskomponente gleichsam als deren «unwillkürliches» Element. Demnach ist die Repräsentation des Verbandswillens dort am grössten, wo der individuelle Teil am kleinsten ist. Perfekt wäre sie erst, wo der Organwalter selbst nicht mehr vorwerfbar, d.h. nicht willentlich, handelte.⁵¹ Mit dem Wegfall des Individualwillens ist aber dessen Identifikation mit dem Verbandswillen aufgehoben.⁵² Darüber hinaus lässt sich dies nicht mit § 30 Abs. 1 OWiG (ähnlich: § 3 Abs. 3 VbVG; Art. 102 StGB, § 3 Abs. 1 des Kölner Entwurfs für ein Verbandssanktionengesetzes) vereinbaren. Denn diese Vorschrift setzt voraus, dass der Organwalter seinerseits eine vorwerfbare Ordnungswidrigkeit bzw. eine schuldhaftige Straftat begeht. Schliesslich geht § 30 Abs. 4 OWiG davon aus, dass der Verband selbst kein Tatbeteiligter ist.

2. Die These von der Zurechnung fremder Schuld

Aus Sicht der überwiegenden Auffassung enthält § 30 OWiG die gesetzliche Grundlage, dem Verband das Verschulden seiner Leitungspersonen wie eigenes zuzurechnen.⁵³

a) Zurechnung in Analogie zu § 31 BGB

Zur Begründung begnügt man sich einesteiils mit dem Hinweis auf § 31 BGB. Gewichtige Stimmen im Zivilrecht sehen § 31 BGB in der Tat als eine Norm zur Zurechnung

49 SCHMIDT (Fn. 34), § 4 I 1, § 5 I 1.

50 VON FREIER (Fn. 40), 160.

51 VON FREIER (Fn. 40), 165 f.

52 ALWART HEINER, Strafrechtliche Haftung des Unternehmens – vom Unternehmenstäter zum Täterunternehmen, ZStW 1993, 752 ff., 757, 763.

53 BVerfGE, Beschluss vom 23.10.1966, 2 BvR 506/63, 20, 323 (335 f.) (obiter dictum); zustimmend: GÜRTLER (Fn. 21), Vor § 29a OWiG N 12; ähnlich: BUSCH (Fn. 37), 158 ff.; EHRHARDT (Fn. 36), 179 ff., 192 ff.; HEINE GÜNTHER, Die strafrechtliche Verantwortung von Unternehmen, Baden-Baden 1995, 220 ff.; MÜLLER EKKEHARD, Die Stellung der juristischen Person im Ordnungswidrigkeitenrecht, Köln 1985, 16 ff., 18 ff., 23; OTTO HARRO, Die Haftung für kriminelle Handlungen im Unternehmen, JURA 1998, 409 ff., 417; RANSIEK ANDREAS, Strafrecht im Unternehmen und Konzern, ZGR 1999, 613 ff., 652 ff.; SCHROTH (Fn. 36), 173 ff., 184 ff., 191 ff., 203 ff.; TIEDEMANN KLAUS, Die «Bebussung» von Unternehmen nach dem zweiten Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, NJW 1988, 1169 ff., 1171 ff.

von Fremdverschulden an.⁵⁴ Diesen Gedanken, dass derjenige, der Vorteile aus dem Einsatz eines Organs ziehe, auch die Nachteile dessen zu tragen habe, habe sich auch der Gesetzgeber des deutschen Ordnungswidrigkeitengesetzes zu Eigen gemacht.⁵⁵

Dieses Argument überzeugt nicht. § 31 BGB lässt zum Zwecke des gerechten Schadensausgleichs das in einer Gesellschaft verselbständigte Vermögen haften.⁵⁶ Dementsprechend ist nur einmal Ersatz zu zahlen (vgl. § 840 Abs. 1, § 422 Abs. 1 S. 1 BGB).⁵⁷ Im Unterschied dazu tritt die Verbandsgeldbusse grundsätzlich neben die Strafe bzw. die Individualgeldbusse. Daraus geht hervor, dass mit Strafe und Individualgeldbusse ein höchstpersönlicher Vorwurf erhoben wird. Dies steht einer Zurechnung der Anknüpfungstat zum Verband entgegen⁵⁸, weil dieser selbst nicht vorwerfbar handeln kann (s.o. III. 1.).

b) Theorie vom Organisationsverschulden

Demgegenüber stellt man auf ein Organisationsverschulden des Verbandes ab.⁵⁹ Wie Menschen bei Strafe dazu verpflichtet seien, sich in einem Zustand zu erhalten, in denen sie nicht aufgrund von rauschbedingter Schuldunfähigkeit dazu neigten, mit Strafe bedrohte Handlungen zu begehen (vgl. § 323a Abs. 1 dStGB), so hätten sich auch Verbände so einzurichten, dass von ihrer Sphäre keine Rechtsbrüche ausgingen.⁶⁰ Begehe ein Organwalter eine Straftat oder Ordnungswidrigkeit, zeige dies, dass der Verband nicht genügend Vorsorge betrieben habe.⁶¹ Darin liege ein mit der Verbandsgeldbusse zu ahndendes Organisationsverschulden.

54 FLUME WERNER, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 2. Teil, 3. Aufl., Berlin 1979, 381 ff.; LANDWEHR GÖTZ, Die Haftung der juristischen Person für körperschaftliche Organisationsmängel, AcP 1964, 504 ff., 506; MARTINEK MICHAEL, Repräsentantenhaftung, Berlin 1979, 32; WESTERMANN HARRY, Haftung für fremdes Handeln, JuS 1961, 333 ff., 334; WIEACKER FRANZ, Zur Theorie der Juristischen Personen des Privatrechts, in: Ernst Forsthoff/Werner Weber/Franz Wieacker (Hrsg.), Festschrift für Ernst Rudolf Huber zum 70. Geburtstag, Göttingen 1973, 339 ff.

55 KÖNIG PETER, in: Erich Göhler (Hrsg.), Ordnungswidrigkeitengesetz, 17. Aufl., München 2017, Vor § 29a OWiG N 12; vgl.: Entwurf eines Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten, BT-Drs. V/1269, 58 f.

56 FLUME (Fn. 54), 388, 394.

57 COING HELMUT, in: Julius von Staudinger (Hrsg.), Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., Berlin 2005, § 31 BGB N 49.

58 Eingehend: VON FREIER (Fn. 40), 95 ff., 121 ff.

59 TIEDEMANN, NJW 1988 (Fn. 53), 1172; ausführlicher: BRENDER MARKUS, Die Neuregelung der Verbandstäterschaft im Ordnungswidrigkeitenrecht, Rheinfelden 1989, 109 f.; vgl. weiter: OTTO, JURA 1998 (Fn. 53), 409 ff.

60 TIEDEMANN, NJW 1988 (Fn. 53), 1172 f.

61 TIEDEMANN, NJW 1988 (Fn. 53), 1172; BRENDER (Fn. 59), 93 ff.; ähnlich: DANNECKER GERHARD, Zur Notwendigkeit der Einführung kriminalrechtlicher Sanktionen gegen Verbände, GA 2001, 101 ff., 115 ff.; DERUYCK FILIEP, Verbandsdelikt und Verbandssanktion, Giessen 1990, 163 f.

Richtig gesehen ist dabei, dass das moderne Wirtschaftsleben von Unternehmen geprägt ist⁶², die miteinander konkurrieren und dadurch jedenfalls bei zugespitzten Marktstrukturen die Gefahr schaffen, dass ihre Leitungspersonen um der Gewinnerzielung willen notfalls auch zu Rechtsbrüchen neigen.⁶³ Daraus lässt sich freilich nur herleiten, dass Verbände mit ihrem Vermögen für die von ihren Leitungspersonen begangenen Taten haften. Ein Organisationsverschulden begründet es für sie nicht. Denn alle organisatorischen Fehlentscheidungen treten nur als menschliches Handeln in Erscheinung. Sie müssten daher ihrerseits ad infinitum als Ausdruck vorhergehenden Organisationsverschuldens eines anderen Individuums gedeutet werden.⁶⁴ Zu einem originär dem Verband vorwerfbaren Handeln kommt man so gerade nicht. Nicht zuletzt lässt sich § 30 OWiG nicht anhand der These vom Organisationsverschulden erklären. Wäre dieses der Grund der Verbandsgeldbusse, müsste es die Möglichkeit der Exkulpation geben.⁶⁵ Diese sieht § 30 OWiG nicht vor.⁶⁶ Liest man dieses Erfordernis in die Vorschrift hinein, wird sie schlicht überflüssig: Entweder hat keine Leitungsperson schuldhaft gehandelt, dann fehlt es an einer Anknüpfungstat. Oder aber es lässt sich einer von ihnen der Vorwurf organisatorischen Fehlverhaltens machen, dann droht § 130 OWiG ihr hierfür schon eine Individualgeldbusse an.⁶⁷

c) Inkonsistenzen der Bussgeldzumessung

Schliesslich führen die soeben dargetanen Inkonsistenzen beider Ansichten zu unaufhebbareren Widersprüchen bei der Zumessung der Verbandsgeldbusse. Einerseits soll es bei ihr auf die Schwere der von der Leitungsperson verschuldeten Anknüpfungstat ankommen.⁶⁸ Andererseits soll ein Organisationsmangel, der den Vorwurf gegenüber einer Leitungsperson mildert, in gleichem Masse dem Verband erschwerend zur Last fallen.⁶⁹ Gegenläufige Motive finden sich auch zur zweiten Stufe der Bussgeldzumessung: Zum einen soll es hier grundsätzlich allein auf die Vermögenslage des Verbandes

62 TIEDEMANN, NJW 1988 (Fn. 53), 1169.

63 Zu diesem Zusammenhang: EISENBERG ULRICH/KÖLBEL ROLF, Kriminologie, 7. Aufl., Tübingen 2017, § 57 Rz. 51.

64 Zutreffend: SCHÜNEMANN BERND, in: Heinrich Wilhelm Laufhütte/Ruth Rissing-van Saan/Klaus Tiedemann (Hrsg.), Leipziger Kommentar zum StGB, Bd. I, 12. Aufl., Berlin 2010, Vor § 25 StGB N 22 ff.; zustimmend: KK-OWiG-ROGALL (Fn. 1), § 30 N 6; WOHLERS, NZWiSt 2018 (Fn. 2), 415.

65 Während TIEDEMANN ersteres fordert (NJW 1988 [Fn. 53], 1172), hält er letzteres für entbehrlich (NJW 1988 [Fn. 53], 1173).

66 KK-OWiG-ROGALL (Fn. 1), § 30 N 6.

67 KK-OWiG-ROGALL (Fn. 1), § 30 N 6.

68 BGH, 24.4.1991, KRB 5/90, wistra 1991, 268, 268 f.; OLG Hamm, 28.6.2000, Ss OWi 604/1999, wistra 2000, 393, 394 f.; zustimmend: GÜRTLER (Fn. 21), § 30 OWiG N 36a.

69 GÜRTLER (Fn. 21), § 30 OWiG N 36a.

ankommen, um die Sanktion gerade für diesen fühlbar zu gestalten.⁷⁰ Zum anderen will die h.M. die Auswirkungen auf die Anteilseigner nicht ausser Acht lassen: Für den Fall, dass sich diese an der Anknüpfungstat beteiligt hätten, seien die Folgen der Verbandsgeldbusse bei der Zumessung der Individualgeldbusse mildernd in Anschlag zu bringen.⁷¹ Im anderen Fall dürfe die Verbandsgeldbusse diese nicht unangemessen hart treffen.⁷² Beide Male gehen die eindeutigen Bezugspunkte verloren, sodass das Bussgeld nicht mehr rational nachprüfbar zugemessen werden kann. Indem § 5 VbVG, Art. 102 StGB, § 4 des Kölner Entwurfs eines Verbandssanktionengesetzes gleiche oder ähnliche Zumessungsgesichtspunkte aufzählen, setzen diese Vorschriften den Rechtsanwender ähnlichen Schwierigkeiten aus.

3. Fazit

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten: Einer ahndenden Geldbusse gegen den Verband wegen der Anknüpfungstat einer seiner Leitungspersonen steht das Schuldprinzip entgegen. Denn Verbände können selbst nicht vorwerfbar handeln. Deswegen fehlt auch der Grund, ihnen fremdes Verschulden als eigenes zuzurechnen. Hiergegen lässt sich nicht einwenden, dass Verbände sich nicht auf das Schuldprinzip berufen dürften.⁷³ Zwar trifft es zu, dass Art. 1 Abs. 1 GG, die Wurzel des Schuldprinzips in seiner limitierenden Funktion, nicht für Verbände gilt.⁷⁴ Jedoch fusst die Schuld gerade als begründende Voraussetzung von Strafe im Rechtsstaatsprinzip.⁷⁵ Es handelt sich um eine Ausprägung der ausgleichenden Gerechtigkeit, welche einzuhalten der Rechtsstaat strikt verpflichtet ist (s.o. II.). Aus diesem Grunde kann die Verhängung von Strafe auch nicht an beliebige Voraussetzungen geknüpft werden.⁷⁶ Es ist ja auch noch niemand auf die Idee gekommen, etwa die Eingriffsbefugnisse der §§ 28 ff. des Infektionsschutzgesetzes auf juristische Personen mit der Begründung auszudehnen, diese könnten sich nicht auf das Grundrecht der Freiheit der Person berufen (Art. 2

70 OLG Hamm, 28.6.2000, Ss OWi 604/1999, wistra 2000, 393; zustimmend: GÜRTLER (Fn. 21), § 30 OWiG N 36a.

71 GÜRTLER (Fn. 21), § 30 OWiG N 29.

72 GÜRTLER (Fn. 21), § 30 OWiG N 36a; differenzierend: KK-OWiG-ROGALL (Fn. 1), § 30 N 139.

73 HENSSLER et al., NZWiSt 2018 (Fn. 30), 9.

74 BVerfGE, Urteil vom 30.6.2009, 2 BvE 2, 5/08, 2 BvR 1010, 1022, 1059/08, 182/09, 123, 267 (413); HERDEGEN MATTHIAS, in: Theodor Maunz/Günter Dürig (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 86. Lfg., München 2019, Art. 1 GG N 72. Für eine verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer Verbandsstrafe dagegen: JAHN MATTHIAS, «There is no such thing as too big to jail» – Zu den verfassungsrechtlichen Einwänden gegen ein Verbandsstrafgesetzbuch unter dem Grundgesetz, in: Matthias Jahn/Charlotte Schmitt-Leonardy/Christian Schoop (Hrsg.), Das Unternehmensstrafrecht und seine Alternativen, Baden-Baden 2016, 53 ff.

75 BVerfGE, Urteil vom 25.2.1975, 1 BvF 1, 2, 3, 4, 5, 6/74, 39, 1 (47); Beschluss vom 15.12.2015, 2 BvR 2735/14, 140, 317, 344.

76 Ähnlich kritisch: WOHLERS, NZWiSt 2018 (Fn. 2), 413 f.

Abs. 2 S. 2 GG)⁷⁷. Spezifische verfassungsmässige Voraussetzung der Strafe (und der Geldbusse) ist die Fähigkeit zur Einsicht in das eigene Unrecht.⁷⁸ Diese Fähigkeit kommt Verbänden nicht zu (s.o. III. 1.).

IV. Die Verbandsgeldbusse als Gewinnabschöpfung mit Säumniszuschlag

Lässt sich die Deutung der Verbandsgeldbusse als eine Sanktion, welche den Verband für das schuldhafte Handeln seiner Leitungspersonen ahndet, nicht legitimieren, bedarf es eines Perspektivenwechsels. Wendet man den Blick weg von der Anknüpfungstat und hin zu den Folgen, die ihren Verbandbezug herstellen, lässt sich eine verfassungsrechtlich zulässige Sinngebung für die Verbandsgeldbusse entwickeln: Sie ist, wie ich an anderer Stelle eingehend begründet habe⁷⁹, eine mit einem Säumniszuschlag versehene Gewinnabschöpfung. Diese Deutung erhalte ich aufrecht, wenn die Anknüpfungstat eine Ordnungswidrigkeit ist (1.). Ist sie hingegen eine Straftat, bedarf die These einer Modifikation (2.).

1. Verbandsgeldbusse bei Ordnungswidrigkeiten als Anknüpfungstaten

Die Verbandsgeldbusse reagiert nicht auf das mit der Anknüpfungstat verwirklichte Unrecht, sondern auf ein *Perpetuierungsunrecht* des Verbandes, das sich mit der Aufrechterhaltung (und Nutzung) eines rechtswidrigen Vermögenszuwachses an die Anknüpfungstat anschliesst. Dadurch, dass § 30 Abs. 3, § 17 Abs. 4 OWiG androht, dass die Verbandsgeldbusse höher zu bemessen ist als der erzielte Gewinn, soll der Verband von sich aus dazu motiviert werden, Vorteile, die Leitungspersonen durch Anknüpfungstaten für ihn rechtswidrig erworben haben, von sich aus auszukehren. Um dies sicherzustellen, erhebt § 30 OWiG, wenn Gewinne abgeschöpft werden, bei untätig gebliebenen Verbänden ein Zwangsgeld als Aufschlag, das man angelehnt an den Säumniszuschlag im Steuerrecht deuten sollte.

a) Gewinnabschöpfung mit Säumniszuschlag

Hierfür spricht, dass § 30 Abs. 4 OWiG ausschliesslich auf § 17 Abs. 4 OWiG verweist. Diese Akzentsetzung auf die Gewinnabschöpfung ist für das BVerfG ein entscheidender Aspekt der Verfassungsmässigkeit der Verbandsgeldbusse.⁸⁰ Dem entspricht es, dass nach § 30 Abs. 1 2. Hs. 2. Var. OWiG die Bereicherung des Verbandes durch das Handeln seiner leitenden Personen den Verbandsbezug ihrer Taten begrün-

77 Zur Unanwendbarkeit dieses Grundrechts auf Verbände: REMMERT BARBARA, in Theodor Maunz/Günter Dürig (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 86. Lfg., München 2019, Art. 19 Abs. 3 GG N 101.

78 BVerfGE, Beschluss vom 15.2.2015, 2 BvR 2735/14, 140, 317 Rz. 343.

79 KLESZCZEWSKI, FS Seebode (Fn. 32), 189 ff.

80 BVerfGE, Beschluss vom 26.2.1997, 1 BvR 2172/96, 95, 220 (242).

det. Das Einbehalten dieses Vermögensvorteils stellt einen Unrechtssachverhalt dar, der zu dem der Anknüpfungstat hinzukommt. Es ist dem Verband gerade deswegen gemäss § 31 BGB zuzurechnen, weil und soweit einer seiner verfassungsmässig berufenen Vertreter die Tat schuldhaft begangen hat.⁸¹ Dies erhellt auch, warum § 30 OWiG den Täterkreis der Anknüpfungstat auf diese Leitungspersonen beschränkt. Zwar führt dieses Perpetuierungsunrecht für den Verband ebenfalls nicht zu einem höchstpersönlichen Vorwurf, der eine Ahndung begründet. Gleichwohl haftet der Verband zivil- oder öffentlich-rechtlich dafür, diesen Unrechtszustand durch umgehende Auskehrung der Bereicherung von sich aus zu beheben.⁸² Wer bösgläubig ist, der ist stets im Verzug. Hier kehrt das Prinzip «*fur semper in mora*» wieder. Da die Aussicht der Anordnung einer Einziehung und deren Vollstreckung keinen hinreichenden Anreiz setzt, den Verband dazu zu bewegen, die Bereicherung herauszugeben, muss man eine Sanktion gegen ihn verhängen, die den durch die Tat erlangten wirtschaftlichen Vorteil übersteigt. Eine solche, unabhängig von individuellem Verschulden zu verhängendes, Zwangsmittel kennt § 240 Abs. 1 AO mit dem Säumniszuschlag.⁸³

Den Säumniszuschlag sieht die ständige Rechtsprechung als Zwangsmittel eigener Art an, das den Steuerpflichtigen zur rechtzeitigen Zahlung anhalten soll.⁸⁴ Das entspricht auch dem Willen des Gesetzgebers.⁸⁵ Das BVerfG hält den Säumniszuschlag für ein verfassungsrechtlich legitimes Mittel, eine ausstehende Steuerschuld einzutreiben.⁸⁶ Eine Vielzahl von Vorschriften des bundesdeutschen Rechts verweisen auf § 240 AO⁸⁷ und machen so den Säumniszuschlag zu einem breit anerkannten Rechtsinstitut. Dies gestattet es, ihn auch zur Deutung der Verbandsgeldbusse heranzuziehen. Die Verbandsgeldbusse ist daher – kurz gesagt – eine Gewinnabschöpfung mit Säumniszuschlag.⁸⁸

81 BGHZ, Urteil vom 30.10.1967, VII ZR 82/65, 49, 19 (21); BGH, 1.3.1984, IX ZR 34/83, NJW 1984, 1953; RGZ, Urteil vom 17.1.1940, II ZR 82/39, 163, 21 (29 f.); näher: SCHMIDT (Fn. 34), § 10 V 2.

82 Dass es um Haftung, nicht um kriminalstrafrechtliche Sanktionen geht, betont auch: RANSIEK ANDREAS, Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen, NZWiSt 2012, 45 ff., 51.

83 BFHE, Beschluss vom 8.12.1975, GvS 1/75, (GS) 117, 352; BFHE, Urteil vom 2.8.1955, I 99/54 U, 61, 251; Urteil vom 21.9.1973, III R 153, 154/72, 110, 318; Urteil vom 22.5.1975, VII R 54/72, 116, 87; Urteil vom 23.5.1985, V R 124/79, 143, 512; Urteil vom 16.7.1997, XI R 32/96, 184, 193; vgl. weiter SEER ROMAN, in: Klaus Tipke/Joachim Lang (Hrsg.), Steuerrecht, 23. Aufl., Köln 2018, § 21 Rz. 363.

84 BFH, 8.11.1955, V 90/55; 21.9.1973, III R 153, 154/72; 21.9.1973, III R 153, 153/72, NJW 1974, 719, 720; 22.4.1975, VII R 54/72; 29.8.1991, V R 78/86.

85 Drucksache des deutschen Bundestages 6/1982, 173.

86 BVerfGE, 30.1.1986, 2 BvR 1336/85 (<www.juris.de/perma?d=KVRE407161401> [22.11.2019]).

87 § 24 SGB IV, §§ 18, 30 KSVG, § 16 BGebG, § 18 AKostG, § 35 StanAG, § 10a BetrAVG, § 160 FinDAG, § 350c LAG, § 193 Abs. 6 VVG, § 4 Abs. 2 BFStrMG, § 12f Abs. 2 RStruktFG; § 5 Abs. 3 InfrAG.

88 Zustimmend: GERHOLD SÖNKE FLORIAN, in: Jürgen Graf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar OWiG, 10. Edition (Stand 15.1.2016), München 2019, Einl. N 44.

b) Replik auf Kritik

Die Kritik an der hier vertretenen Ansicht wirft ihr Gesetzeswidrigkeit vor.⁸⁹ Zuzugeben ist, dass mein Ansatz an mehreren Stellen⁹⁰ zu einer teleologischen Reduktion bzw. zu einer einschränkenden Auslegung zwingt. Wie dargelegt (III.), harmonisieren jedoch die konkurrierenden Ansätze noch weniger mit dem positiven Recht und führen zu Aporien in der Bussgeldzumessung. Ein Vorzug des hier gewählten Ansatzes besteht demgegenüber darin, dass er erklären kann, warum der Täterkreis der Anknüpfungstat auf Leitungspersonen beschränkt ist. Nur deren Wissensstand vermittelt die nötige Bösgläubigkeit des Verbandes.⁹¹ Ferner ist nun einsehbar, warum diese Vorschrift den Verbandsbezug u.a. in der Bereicherung des Verbandes erblickt. Zwar stellt nach § 30 Abs. 1 2. Hs. 1. Var. OWiG auch die Verletzung von Pflichten des Verbandes den Verbandsbezug her. Da die Einhaltung derartiger Pflichten freilich mit Kosten verbunden ist, liegt die Bereicherung bei deren Bruch in den ersparten Aufwendungen.⁹² Ferner lässt sich die Haftung des Gesamtrechtsnachfolgers nur mit der hier vertretenen Auffassung begründen.⁹³ So erstaunt es nicht, dass sich der Gesetzgeber bei der Einführung von § 30 Abs. 2a OWiG an § 45 AO orientiert⁹⁴ und dort damit ebenfalls den Zusammenhang zum Abgabenrecht hergestellt hat.

Gegen die hier vorgetragene Ansicht spricht nicht, dass der Gesetzgeber mit der Geldbusse als Rechtsfolge in erster Linie die Ahndung von Ordnungswidrigkeiten bezweckt, § 1 Abs. 1 OWiG.⁹⁵ Hier hat er die Individualgeldbusse vor Augen, wie ein Vergleich dieser Vorschrift mit § 30 OWiG ergibt. Während dort die Geldbusse ausdrücklich als ahndende Rechtsfolge für vorwerfbares ordnungswidriges Handeln angesprochen wird, geht es hier mit keinem Wort um die Ahndung von Unrecht. Darüber hinaus stehen auch die Rechtsfolgenanordnungen in § 30 Abs. 2 OWiG dem hier entwickelten Ansatz nicht entgegen. Zwar trifft es zu, dass der Gesetzgeber mit ihnen zum Ausdruck bringen wollte, dass sich die Zumessung der Geldbusse nach dem Ausmass des Verschuldens der Leitungsperson richten soll.⁹⁶ Doch findet sich diese Vorstellung

89 KK-OWiG-ROGALL (Fn. 1), § 30 N 18; zurückhaltender MEYBERG ALEXANDER, in: Jürgen Graf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar OWiG, 24. Edition (Stand 15.9.2019), München 2019, § 30 OWiG N 17.2.

90 Näher: KLESZCZEWSKI (Fn. 16), Rz. 657, 665 f.

91 SCHMIDT (Fn. 34), § 10 V 1.

92 Zu ersparten Aufwendungen als Bereicherung: BGHZ, Urteil vom 18.4.1956, V ZR 183/54, 20, 270 (275).

93 Die von ACHENBACH HANS (Verbandsgeldbuße und Aufsichtspflichtverletzung (§§ 30 und 130 OWiG) – Grundlagen und aktuelle Probleme, NZWiSt 2012, 321 ff., 327 f.) aufgezeigten Probleme entstehen nach der hiesigen Deutung nicht.

94 BT-Drs. 17/11053, 22.

95 Näher: KK-OWiG-MITSCH (Fn. 17), § 17 N 4, 8 f.

96 Entwurf eines Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten, BT-Drs. V/1269, 62.

des Gesetzgebers nicht eindeutig im Gesetz wieder. § 30 Abs. 2 S. 1 Nr. 1, 2 OWiG unterscheidet zwar vorsätzliche und fahrlässige Anknüpfungstaten. Er ordnet aber jeweils einen einheitlichen Bussgeldrahmen ganz unabhängig von den einschneidenden Schwereunterschieden an, die zwischen verschiedenen Straftaten bestehen. Auch der in § 30 Abs. 2 S. 2 OWiG enthaltene Verweis zwingt nicht zu einer sklavischen Ausrichtung auf die Schwere der Anknüpfungstat.⁹⁷ Zum einen würde sie zu einer widersprüchlichen Bussgeldbemessung führen (s.o. III. 2. c). Zum anderen kennen auch die Tatbestände von Anschlussdelikten eine akzessorische Rechtsfolgenanordnung (§ 257 Abs. 2, § 258 Abs. 3 dStGB). Diese ist daher auch typisch für Perpetuierungsunrecht, wie es hier ebenfalls vorliegt.

Als gewichtiger Einwand bleibt daher allein der Verweis auf § 30 Abs. 1 2. Hs. 3. Var. OWiG. Hier lässt der Wortlaut des Gesetzes als Verbandsbezug auch genügen, dass mit der Anknüpfungstat die Bereicherung des Verbandes lediglich versucht wurde. Das Motiv des Gesetzgebers, auch dies als Verbandsbezug ausreichen zu lassen, ist zumindest unklar, wenn nicht gar widersprüchlich. Einerseits führt er an, dass der kriminalpolitische Zweck der Einführung einer Verbandsgeldbusse die Ausdehnung auf Anknüpfungstaten mit bloss beabsichtigter Bereicherung notwendig mache.⁹⁸ Andererseits sieht er diesen Zweck darin, denjenigen, der Vorteile aus dem Einsatz eines Organs zieht, auch die Nachteile dessen tragen zu lassen.⁹⁹ Im Falle einer erfolglos auf Bereicherung gerichteten Anknüpfungstat kommen dem Verband aber gerade keine Vorteile zugute. Angesichts dessen erweist sich der Wortlaut von § 30 Abs. 1 OWiG als zu weit gezogen, sodass sich eine teleologische Reduktion anbietet, wenn sie den Gesetzeszweck besser zur Geltung bringt.¹⁰⁰ Wie dargelegt, führt nur eine Deutung von § 30 OWiG als besondere Vorschrift der Gewinnabschöpfung zu einer konsistenten Interpretation dieser Vorschrift. Da die teleologische Reduktion hier zudem zur Folge hat, den Bereich der Ahndbarkeit zu verringern, verstösst sie auch nicht gegen Art. 103 Abs. 2 GG.

97 So aber die überwiegende Ansicht: ACHENBACH HANS, in: Wolfgang Jaeger/Juliane Kokott/Petra Pohlmann/Dirk Schroeder (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, § 81 GWB N 345; KK-OWiG-ROGALL (Fn. 1), § 30 N 115; REBMANN KURT/ROTH WERNER/HERRMANN SIEGFRIED, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 3. Aufl., 19. Lfg. (Stand April 2014), § 30 OWiG N 43a; WEGNER CARSTEN, Die Auswirkungen fehlerhafter Organisationsstrukturen auf die Zumessung der Unternehmensgeldbusse, wistra 2000, 361 ff., 362; zurückhaltender: BRENDER (Fn. 59), 156 f.; GÜRTLER (Fn. 21), § 30 OWiG N 36a; KORTE MATTHIAS, Aus der Rechtsprechung zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, NStZ 2001, 582 ff., 584.

98 Entwurf eines Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten, BT-Drs. V/1269, 61.

99 Entwurf eines Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten, BT-Drs. V/1269, 58 f.

100 LARENZ KARL/CANARIS CLAUS-WILLHELM, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Studienausgabe, 3. Aufl., Berlin 1995, 210 ff.

c) Neuorientierung der Zumessung der Verbandsgeldbusse

Für die Zumessung der Verbandsgeldbusse bedeutet dies, dass zunächst der dem Verband zugeflossene wirtschaftliche Vorteil zu ermitteln ist. Hierzu zählen auch die Zugewinne durch Nutzung des Erlangten¹⁰¹ (z.B. Zinsen oder sonstige Erträge).¹⁰² In einem zweiten Schritt ist sodann der Säumniszuschlag zu berechnen. Nach § 240 Abs. 1 AO beträgt er 1% für jeden angefangenen Monat, also 12% p.a.

Da dieser Aufschlag jedenfalls derzeit weit über den Zinssätzen liegt, für die man sich Geld leihen kann, lässt sich darin in erster Näherung ein hinreichend wirksames Zwangsmittel sehen. Die ökonomische Analyse der Kartellbussenzumessung weist aber zu Recht darauf hin, dass man für die Adressaten einer Verbandsgeldbusse, nimmt man deren Entscheidungsträger als streng zweckrational handelnde Personen, auch die Ahndungswahrscheinlichkeit mit in das Kalkül nehmen muss.¹⁰³ Beträgt etwa die Aufklärungsquote bei einer bestimmten Ordnungswidrigkeit 75%, so ist danach der als abzuschöpfender Gewinn ermittelte Betrag um den Kehrwert (hier 4/3) zu vervielfachen. Ist etwa ein Zufluss von EUR 10 000 festgestellt, so sind EUR 3333 draufzuschlagen.

Dieser Berechnung des Säumniszuschlages stösst aber auf Schwierigkeiten.¹⁰⁴ Zum Ersten sind bei den wenigsten Ordnungswidrigkeiten die Aufklärungsquoten bekannt. Zum Zweiten hängt das Ausmass erfolgreicher Verfolgung auch davon ab, wie viele Ressourcen der Staat den zuständigen Behörden zur Verfügung stellt. Das entzieht sich aber meist dem Einfluss der potenziellen Adressaten von Verbandsgeldbussen. Zum Dritten würden die Aufschläge um ein Vielfaches den einzutreibenden Betrag überschreiten, sollte die Aufklärung sehr unwahrscheinlich sein. Sie würden dann gegen den Grundsatz der Verhältnismässigkeit verstossen.¹⁰⁵

Ein im Detail durchgerechnetes Alternativmodell kann ich derzeit nicht bieten. Zu denken wäre daran, das Konzept der monatlich zu erhebenden Säumniszuschläge mit

101 KK-OWiG-MITSCH (Fn. 17), § 30 N 120.

102 Geht es um eine Kartellordnungswidrigkeit, sieht § 81 Abs. 6 GWB ab Erlass des Bussgeldbescheides eine Hinzurechnung von Zinsen auch unabhängig davon vor, ob sie tatsächlich gezogen worden sind. Da es um Gewinnabschöpfung geht, ist diese Regelung unabhängig von dem zweifelhaften Motiv des Gesetzgebers sachlich angemessen, s. KLESZCZEWSKI (Fn. 16), Rz. 674.

103 Grundlegend SHAVELL STEVEN, *The Optimal Structure of Law Enforcement*, 36 *The Journal of Law and Economics* 1993, 255 ff., 266; anschaulich: BLOCK MICHAEL K., *Optimal Penalties, Criminal Law and the Control of Corporate Behaviour*, 71 *Boston University Law Review* 1991, 395 ff., 397 ff.; eingehende Diskussion bei FEDERMANN BERND A., *Kriminalstrafen im Kartellrecht*, Baden-Baden 2006, 377 ff. m.w.N.

104 Zum Folgenden: PIERENKEMPER ROGER, *Kartellbussen aus rechtlicher und ökonomischer Sicht*, Tübingen 2012, 161 ff.; FEDERMANN (Fn. 103), 363 ff., 425.

105 FEDERMANN (Fn. 103), 363 ff. Meine Zustimmung zu dieser Art der Verbandsgeldbussenbemessung (KLESZCZEWSKI [Fn. 16], Rz. 673) gebe ich auf.

dem Ansatz vom Kehrwert der Aufklärungswahrscheinlichkeit zu kombinieren. Die Aufklärung von Ordnungswidrigkeiten vollzieht sich in der Zeit. Dementsprechend ist die Ahndungswahrscheinlichkeit kurz nach Beendigung der Tat mit Gewissheit am geringsten und nimmt typischerweise mit jedem Monat zu. Um dem gerecht zu werden, wäre der Säumniszuschlag im ersten Monat besonders hoch anzusetzen und dann degressiv zu staffeln. Im Augenblick der Festsetzung einer Verbandsgeldbusse kennt man das Datum der Tat und kann folglich den Zeitraum, den die Ermittlungen gebraucht haben, in Monaten angeben. Demgemäß lässt sich anhand von deren Anzahl typisierend die monatliche Steigerung der Aufklärungswahrscheinlichkeit bestimmen. Hat etwa das Erkenntnisverfahren bis zur ersten rechtskraftfähigen Entscheidung 10 Monate gedauert, dann steigt die Aufklärungswahrscheinlichkeit in diesem Modell in 10%-Schritten. Dementsprechend nimmt der Kehrwert ab, mit dem man den Säumniszuschlag in Höhe von jeweils einem Prozent des abzuschöpfenden Betrages multipliziert. Dieser ist dann bei der Festsetzung der Verbandsgeldbusse um die Summe aller so berechneten Säumniszuschläge zu erhöhen. Nimmt man s für den Säumniszuschlag, g für den Gewinn und m für die Anzahl der Monate, die das Erkenntnisverfahren dauert, ergibt sich folgende Formel:

$$s = \frac{g}{100} \times m + \frac{g}{100} \times \frac{m}{2} + \frac{g}{100} \times \frac{m}{3} + \dots + \frac{g}{100} \times \frac{m}{m}$$

Bezogen auf das obige Beispiel bedeutet das, dass am Ende auf die EUR 10000 EUR 2928,95 draufzuschlagen wären. Die Leitungsebene eines jeden Unternehmens-trägers ist damit in der Lage zu berechnen, wieviel ihr Stillhalten am Ende kosten wird. Je mehr Zeit die Aufklärung der Anknüpfungstat benötigt, umso teurer wird es.

Durch die Deutung der Geldbusse nach § 30 OWiG als Gewinnabschöpfung mit Säumniszuschlag zahlen sich Massnahmen der Geschäftsleitung, ungerechtfertigte Bereicherungen auszukehren, sofort in der Minderung oder in dem Wegfall des Säumniszuschlages aus. Es bedürfte daher de lege lata keiner Einführung einer derartigen Regelung ins deutsche Ordnungswidrigkeitengesetz.¹⁰⁶

Empfehlenswert wäre es de lege ferenda eine Regelung einzuführen, nach der die Auferlegung des Säumniszuschlages zur Bewährung ausgesetzt werden kann, soweit dies zur Finanzierung eines Monitors erforderlich ist, der die Implementation von Compliance-Massnahmen überwacht (vgl. § 5 Abs. 4 S. 5 des Kölner Entwurfs eines Verbandssanktionengesetzes).¹⁰⁷

106 Entsprechende Regelungen finden sich in den Bussgeldleitlinien des Bundeskartellamtes (<https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Leitlinien/Bekanntmachung%20-%20Bu%C3%9Fgeldleitlinien-Juni%202013.html> [22.11.2019]). Vgl. weiter § 4 Abs. 3 lit. e) und g) des Kölner Entwurfs eines Verbandssanktionengesetzes, HENSSLER et al., NZWiSt (Fn. 30), 1 f.

107 HENSSLER et al., NZWiSt (Fn. 30), 1 f.

2. *Verbandsgeldbusse bei Straftaten als Anknüpfungstaten*

Bildet eine Straftat die Anknüpfungstat, so lässt sich das eben entwickelte Modell nicht ohne Weiteres übertragen. Im Unterschied zu Ordnungswidrigkeiten, die sich fast ausnahmslos nur gegen ein staatliche verwaltetes Ordnungsinteresse (auf Einhaltung der institutionellen Gefahrenvorsorgestandards) richten, greifen die meisten Straftaten Rechtsgüter an, die Privatpersonen zugeordnet sind. In diesen Fällen entspricht der Bereicherung auf der Seite des Täters bzw. auf der Seite der Verbände, für die er gehandelt hat, ein Schaden auf Seiten des Opfers. Hier erscheint mir die Verbandsgeldbusse, so wie sie in Deutschland derzeit ausgestaltet ist, nicht in jeder Hinsicht die angemessene Rechtsfolge. Sie führt gemäss § 90 Abs. 2 OWiG dazu, dass der abgeschöpfte Gewinn in die Staatskasse wandert. Gleichzeitig untersagt es § 30 Abs. 5 OWiG, eine Einziehung gemäss §§ 73 ff. dStGB anzuordnen. Der Ausgleich der vom Opfer erlittenen Einbusse steht hinten an. Das missachtet nicht nur die Opferinteressen. Es schmälert auch die Wirkeinheit des Rechtsfolgenausspruchs und damit die überzeugende Wiederherstellung des Rechts. Es empfiehlt sich daher für diese Fälle, eine dem Art. 74 StGB entsprechende Regelung in das Gesetz aufzunehmen. Dies würde es erlauben, den zunächst für die Staatskasse abgeschöpften Gewinn in Höhe des erlittenen Schadens an den Verletzten weiterzureichen.

V. Zusammenfassung

Eine Strafe gegen Verbände lässt sich nicht legitimieren. Ferner kommt es einem Etikettenschwindel gleich, wenn man Verbände wegen Straftaten ihrer Leitungspersonen mit einer Geldbusse ahndet. Der Königsweg besteht dagegen darin, die Verbandsgeldbusse als eine Gewinnabschöpfung mit Säumniszuschlag zu deuten. Dem steht auch nicht das Recht der Europäischen Union entgegen. Denn dieses verlangt nur wirksame, abschreckende und angemessene Sanktionen, legt aber die Rechtsfolge nicht auf einen Ahndungscharakter fest.¹⁰⁸ Ist eine Ordnungswidrigkeit Anknüpfungstat, bieten die § 30 Abs. 1, § 90 Abs. 2 S. 1 OWiG eine angemessene und praxistaugliche Reaktionsmöglichkeit. Ist dagegen eine Straftat gegen Rechtsgüter einer Privatperson Bezugstat, bedarf es der Ergänzung dieser Vorschriften um eine Regelung, die es der Bussgeldbehörde oder dem Gericht gestattet, den Gewinn zum Schadensausgleich an den Verletzten auszukehren.

108 DANNECKER GERHARD/DANNECKER CHRISTOPH, Europäische und verfassungsrechtliche Vorgaben für das materielle und formelle Unternehmensstrafrecht, NZWiSt 2016, 162 ff., 164. Nur Änderungsbedarf bei der Bussgeldhöhe, nicht bei der Sanktionsart sehen RÖNNAU THOMAS/WEGNER KILIAN, Reform des Rechts der Verbandssanktionen – europäische und internationale Vorgaben, ZRP 2014, 158 ff., 162.