

Bundesministerium der Justiz
und für Verbraucherschutz

11015 Berlin

Aktenzeichen: 7036/13-23 293/2019

**Stellungnahme zu dem Referentenentwurf eines Gesetzes zur
Stärkung der Integrität in der Wirtschaft**

Sehr geehrte Damen und Herren,

ich danke für die Übersendung des Referentenentwurfs und nehme innerhalb der gesetzten Frist zusammenfassend unter Zugrundelegung **meiner persönlichen Auffassung** Stellung.

Ich stelle ein **Inhaltsverzeichnis** voran:

I.	Zusammenfassung der Ergebnisse	2
II.	Begründung der Ergebnisse.....	3
1.	Verbandssanktionen sind keine Strafen – Alternativvorschlag....	3
a)	Verbände setzen keine strafbaren Normgeltungsgefahren	3
b)	Systematik des Regelungsentwurfs	4
c)	Zweck der Verbandssanktionen nach dem Referentenentwurf....	4
d)	Das VerSanG als Gefahrenabwehrrecht	5
e)	Änderung der Sanktionszumessung	7
f)	Gelegenheit zur Korrektur des § 30 OWiG.....	8
2.	Verbandssanktion und Verstoß gg. höchstpersönl. Pflichten.....	9
3.	Verbände mit wirtschaftlichem Geschäftsbetrieb	12
4.	Öffentliche Bekanntmachung der Sanktionierung	12

Juristische Fakultät

Akademischer Rat a. Z.
Dr. Thomas Wostry

Düsseldorf, 12.06.2020

**Heinrich-Heine-Universität
Düsseldorf**
Universitätsstraße 1
40225 Düsseldorf

www.hhu.de

I. Zusammenfassung der Ergebnisse

- (1) Verbandssanktionen sind keine Strafen. Sie dürfen nicht mit generalpräventiven Erwägungen, sondern können nur **spezialpräventiv** gerechtfertigt werden. § 3 VerSanG und entsprechende Folgeeregungen sind daher um das Erfordernis einer **negativen Zukunftsprognose** zu ergänzen (S. 5 ff.).
- (2) **§ 30 OWiG** sollte entsprechend dem Vorschlag zu § 3 VerSanG **modifiziert** werden (S. 8 f.).
- (3) Verbandssanktionen betreffen nur vertretbares Handeln, nicht die Erfüllung **höchstpersönlicher Berufspflichten**: Wer in Ausübung eines Berufs tätig wird, welcher einer Schweigepflicht (§§ 53 StPO, 203 StGB) unterliegt, und dabei gegen höchstpersönliche Pflichten verstößt, handelt weder als Leitungsperson des Verbands (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 VerSanG) noch sonst in Wahrnehmung der Angelegenheiten des Verbands (§ 3 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG). **§ 3 VerSanG** sollte daher um einen entsprechenden **vierten Absatz** ergänzt werden (S. 9 ff.).
- (4) Die Ausrichtung des VerSanG auf Verbände, die den Zweck eines **wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs** verfolgen, unterliegt bei Zugrundelegung der hiesigen Auslegung des VerSanG als Gefahrenabwehrrecht keinen Bedenken (S. 12).
- (5) Der **öffentlichen Bekanntmachung** der Sanktionierung stehen grundsätzlich keine Einwände entgegen. Jedoch sollte das Erfordernis einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung in den Wortlaut des § 14 VerSanG integriert werden (S. 12 f.).

II. Begründung der Ergebnisse

1. Verbandssanktionen sind keine Strafen – Alternativvorschlag

a) *Verbände setzen keine strafbaren Normgeltungsgefahren*

Verbandssanktionen dürfen aufgrund des Schuldprinzips keine Strafen sein. Das Schuldprinzip ist ein verfassungsrechtlich gewährleistetetes Prinzip. Es besagt, dass Grundrechtseingriffe, die Gefahren für die Normgeltung abwenden sollen und daher generalpräventiv motiviert sind, nur gerechtfertigt werden können, wenn sie an **schuldhaftes** Verhalten anknüpfen. Das Schuldprinzip ist in jeder durch Strafen beeinträchtigten Grundrechtsgewährleistung als Voraussetzung der Eingriffsrechtfertigung verankert. Aufgrund des Schuldprinzips ist schuldhaftes Verhalten eine notwendige Bedingung jeder Strafe. Der mit einer generalpräventiven Zwecksetzung begründete Eingriff in Grundrechte von Rechtsträgern, in Bezug auf welche die Voraussetzungen schuldhaften Verhaltens **generell nicht vorzufinden** sind, ist damit **stets ausgeschlossen**. Dies betrifft vor allem Verbände:

Verbände handeln **nicht schuldhaft**. Schuldhaftes Verhalten setzt voraus, dass von dem Verhalten Gefahren für die Normgeltung ausgehen. Dazu muss das Verhalten einer Person zurechenbar sein, die durch ihre rechtswidrige Tat die Geltung der verletzten Norm deshalb in Frage stellt, weil andere Personen im Verhältnis zu der die Norm verletzenden Person die Maximen ihres eigenen Verhaltens und ihre Anerkennung der verletzten Norm zu reflektieren pflegen.

Verbände nehmen nicht an dem durch rechtswidrige Taten begründeten Diskurs über die Geltung von Verhaltensnormen teil. In der durch Organe und andere Zurechnungspersonen gestalteten Teilnahme von Verbänden am Rechtsverkehr liegt keine für das eigene Erleben anderer Menschen relevante Missachtung der Norm, die Anlass gäbe, eine unrechtsadäquate staatliche Reaktion durch Strafe zu fordern. Verbände kommen daher nicht für die Zurechnung von Normgeltungsgefahren in Betracht. **Verbandssanktionen** lassen sich folglich nur mit **spezialpräventiven** Zwecksetzungen rechtfertigen. Eine Bestrafung allein aus „Gründen der Gerechtigkeit“ ist nach allgemeiner Auffassung unzulässig.

Die Sanktionierung eines Verbands durch das VerSanG mit der Begründung, dass dem Verband aufgrund vergangener Taten Gefahren für die Normgeltung zugerechnet werden, verstieße somit gegen das Schuldprinzip. Mit dieser Prämisse ist der vorliegende Referentenentwurf grundsätzlich vereinbar, denn er schlägt die Einführung einer Verbandssanktion *sui generis* vor, die gerade nicht strafrechtlicher Natur sein soll. Eine strafrechtliche Regelung wird als mögliche Alternative in Erwägung gezogen – eine verfassungsrechtlich zulässige Alternative wäre dies nicht.

— Referentenentwurf v. 20.4.2020, S. 2, 61 und 71.

Diese Prämisse erfordert **Modifikationen** des VerSanG und leitet die folgenden Erwägungen an. Verfahrensrechtliche Regelungen können m.E. erst nach Klarstellung der materiellen Sanktionsgrundlagen beurteilt werden.

b) Systematik des Regelungsentwurfs

Das in Art. 1 des entworfenen Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft enthaltene Verbandssanktionengesetz (VerSanG) regelt gemäß **§ 1 VerSanG** die Sanktionierung von Verbänden, deren Zweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, wegen Straftaten, durch die Pflichten, die den Verband treffen, verletzt worden sind oder durch die der Verband bereichert worden ist oder werden sollte. Als Verbandssanktionen sind gemäß **§ 8 VerSanG** eine Verbandsgeldsanktion und die Verwarnung mit Verbandsgeldsanktionsvorbehalt vorgesehen.

Die Verbandssanktionen sind gemäß **§ 3 Abs. 1 VerSanG** als Folgen der **Verbandstat** ausgestaltet, die in **§ 2 Abs. 1 Nr. 3 VerSanG** wiederum definiert ist als „*Straftat, durch die Pflichten, die den Verband treffen, verletzt worden sind oder durch die der Verband bereichert worden ist oder werden sollte*“. Unter den Voraussetzungen des **§ 2 Abs. 2 VerSanG** sind Verbandssanktionen auch Folgen von Taten, auf die das deutsche Strafrecht nicht anwendbar ist, die aber den Verbandstaten gleichgestellt sind.

Die Verbandssanktionen sind mithin als **an Straftaten anknüpfende Rechtsfolgen** entworfen, die unter den Voraussetzungen des § 3 Abs. 1, Abs. 2 VerSanG dem sanktionsfähigen Verband (§ 1 Nr. 1 VerSanG) zugerechnet werden.

c) Zweck der Verbandssanktionen nach dem Referentenentwurf

Diese Sanktionen erachtet der Referentenentwurf als „angemessene Reaktion auf Unternehmenskriminalität“. Ihr Zweck ist nach der Begründung des Regelungsentwurfs, auch die von Fehlverhalten der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter profitierenden Unternehmen „wirksam zur Verantwortung“ zu ziehen und auf diesem Weg das „Vertrauen in die Integrität der Wirtschaft [zu] stärken“. Der sanktionierte Verband soll mithin zur Stärkung des Vertrauens in die Wirtschaftsintegrität durch Verbandssanktionen Nachteilen ausgesetzt werden, die an eine Nichtbeachtung der Rechtsordnung anknüpfen.

— Referentenentwurf v. 20.4.2020, S. 50 f.

Zugleich sollen die Verbandssanktionen „auf potentielle kriminogene Aspekte von Verbandsstrukturen und Verbandszugehörigkeit“ reagieren und „ökonomischen Anreizen zur Begehung von Straftaten ausreichend entgegenwirken“.

— Referentenentwurf v. 20.4.2020, S. 52.

Somit handelt es sich bei den entworfenen Sanktionen um an Straftaten anknüpfende Nachteilszufügungen, die **präventive Zwecke** verfolgen. Dies stellt der Referentenentwurf zudem ausdrücklich heraus, soweit er sich auf den „Einsatz von Verbandssanktionen zur Prävention“ bezieht.

— Referentenentwurf v. 20.4.2020, S. 72.

Die zu **II. 1. b)** aufgezeigte Systematik und die zu **II. 1. c)** zitierten Zwecke des VerSanG lassen möglicherweise den Schluss zu, dass es sich bei den vorgesehenen Sanktionen um **Strafen** handeln könnte, da sie ausdrücklich als Rechtsfolgen von Straftaten und zu dem Zweck, das **Vertrauen in die Integrität der Wirtschaft** zu stärken, entworfen sind. Verbände sollen für Verbandstaten deshalb „zur Verantwortung“ gezogen werden. Nicht vollständig auszuräumen ist angesichts dieser Begründungsrichtung der **Eindruck**, als dienten die Verbandssanktionen dem Zweck, infolge vergangener Taten **den Verbänden zuzurechnende** Gefahren für die Akzeptanz strafrechtlicher Normen abzuwehren. Diese als generalpräventiv einzuordnende Begründung griffe unzulässig auf die Annahme zurück, dass Verbände schuldhaft handeln könnten. Dies ist – wie eingangs dargelegt (II. 1. a) – nicht der Fall. Verbandssanktion können jedoch auf **spezialpräventive** Erwägungen gestützt werden und den Zweck verfolgen, von dem Verband ausgehende künftige **Gefahren abzuwehren**. Dieser – der Sache nach in der Wissenschaft schon frühzeitig von anderen Autoren vorgestellten – Erwägung folgt der nachstehende Vorschlag:

d) Das VerSanG als Gefahrenabwehrrecht

Die vorgesehenen Verbandssanktionen können – unter gewissen **Modifikationen** – auf die Erwägung gestützt werden, dass sie zur Abwehr **künftiger** aus einem Verband heraus begangener Straftaten erforderlich sind. In diesem Fall wird der Verband nicht deshalb in Anspruch genommen, weil ihm aufgrund vergangener Taten das staatliche Interesse an der Abwehr von Gefahren für die Normakzeptanz zugerechnet würde, sondern weil von seinem menschlich beeinflussten Agieren – gleich einem „gefährlichen Werkzeug“ – **die Gefahr künftiger Verbandstaten** ausgehen kann, welche über das Leistungsvermögen natürlicher Personen hinausgeht.

Die Verbandssanktionen sollten daher an eine **negative Prognose über die künftige Begehung von Verbandstaten** geknüpft werden. Ein **Regelungsvorschlag** wird diesem Abschnitt angefügt. Dieser Vorschlag greift im Prinzip auf den bereits in einem sehr **frühen Stadium** der Verbandsstrafendiskussion in der **Wissenschaft** unterbreiteten Vorschlag zurück, Verbandssanktionen in Parallele zu den an Straftaten anknüpfenden **Maßregeln der Besserung und Sicherung** auszugestalten, um Konflikte mit dem Straferfordernis des schuldhaften Verhaltens zu vermeiden.

— Diskussion der Maßregellösungen etwa bei von Freier Kritik der Verbandsstrafe, 1998, S. 184 ff. mwN.

Kernbestandteil des VerSanG sollte daher nicht die in § 8 Nr. 1 VerSanG vorgesehene Verbandsgeldsanktion, sondern die **Verwarnung mit Verbandsgeldsanktionsvorbehalt** gemäß § 8 Nr. 2 VerSanG sein. Sie ist den Rechtsfolgen der Verbandstat voranzustellen. Dies könnte durch eine **Änderung der Nummerierung in § 8 VerSanG** erfolgen.

Die nach dem Vorbild der Verwarnung mit Strafvorbehalt gemäß § 59 StGB ausgestaltete **Verbandsverwarnung**, die ebenso wie § 59 StGB keine Strafe, sondern ein „Rechtsinstitut eigener Art“ mit „maßnahmeähnliche[m] Charakter“ ist, knüpft die Sanktionierung des Verbands an eine **Zukunftsprognose** (so auch § 10 Abs. 1 Nr. 1 VerSanG).

— Beide Zitate zur Einordnung des § 59 StGB von:
Kinzig in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl.
2019, § 59 Rn. 3.

Folgerichtig muss auch die **Verbandsgeldsanktion** an eine entsprechende **Zukunftsprognose** gebunden werden. Sie ist nur zur verhängen, wenn zu erwarten ist, dass auch künftig Verbandstaten begangen werden. Daher sollte **§ 3 VerSanG** wie folgt modifiziert werden:

§ 3 Verbandsverantwortlichkeit

(1) Gegen einen Verband wird eine Verbandssanktion verhängt, wenn jemand

1. als Leitungsperson dieses Verbandes eine Verbandstat begangen hat oder
2. sonst in Wahrnehmung der Angelegenheiten des Verbandes eine Verbandstat begangen hat, wenn Leitungspersonen des Verbandes die Straftat durch angemessene Vorkehrungen zur Vermeidung von Verbandstaten wie insbesondere Organisation, Auswahl, Anleitung und Aufsicht hätten verhindern oder wesentlich erschweren können

und zu erwarten ist, dass künftig Verbandstaten begangen werden.

Die vorgeschlagene Formulierung entspricht dem gesetzlichen Wortlaut zu den Maßregeln der Besserung und Sicherung (etwa in § 63 StGB).

Dabei sollte das Gericht zunächst auf die als zentral angesehene **Verwarnung mit Verbandsgeldsanktionsvorbehalt** zurückgreifen, denn dadurch wird das zulässige Anliegen des VerSanG, der Gefahr einer künftigen Begehung von Verbandstaten entgegenzuwirken, am besten erreicht: Die unter der ausgesprochenen Verwarnung notwendigen internen Maßnahmen zur Unterbindung künftiger Verbandstaten finden angesichts der andernfalls u.U. zu verhängenden Verbandsgeldsanktion effektive Umsetzungsanreize.

Die negative Zukunftsprognose ist folgerichtig auch Voraussetzung der Verhängung der **Verbandsgeldsanktion** (derzeit § 8 Nr. 1 VerSanG). Das Gericht kann sie entweder infolge einer Verbandsverwarnung nach Ablauf der Vorbehaltszeit bei entsprechender Negativprognose oder unmittelbar bei wiederholter Begehung von Verbandstaten verhängen, soweit daraus eine Negativprognose folgt. Aus der durchgängig als Voraussetzung der

Verbandssanktionen aufgestellten Negativprognose, die zur Vermeidung eines Konflikts mit dem Straferfordernis des schuldhaften Verhaltens notwendig ist, folgt, dass auch die Regelung in **§ 10 Abs. 5 VerSanG** entsprechend zu modifizieren ist (hierbei wird der unterbreitete Vorschlag zur Ergänzung des § 3 VerSanG um das Prognoseerfordernis zugrunde gelegt):

§ 10 Verwarnung mit Verbandsgeldsanktionsvorbehalt

[...]

(5) Das Gericht verurteilt den verwarnten Verband zu der vorbehaltenen Verbandsgeldsanktion, wenn

1. in der Vorbehaltszeit eine Verbandstat, für die der Verband nach § 3 Absatz 1 verantwortlich ist, begangen wird, oder
2. der Verband gegen ~~Auflagen~~ oder Weisungen gröblich oder beharrlich verstößt **und zu erwarten ist, dass künftig Verbandstaten begangen werden.**

Das Gericht sieht von der Verurteilung ab, wenn es ausreicht, weitere Weisungen ~~oder Auflagen~~ zu erteilen oder die Vorbehaltszeit zu verlängern.

Da die Sanktionierung eines Verbands unter der Geltung des verfassungsrechtlichen Schuldprinzips lediglich zu Zwecken der Gefahrenabwehr möglich ist, ist die Möglichkeit der Erteilung von Auflagen gemäß **§ 12 VerSanG zu streichen**. Die Wiedergutmachung des Schadens sollte jedoch als Beurteilungsfaktor in die zur Sanktion notwendige Zukunftsprognose einfließen.

e) Änderung der Sanktionszumessung

Aufgrund der Ausrichtung der Verbandssanktionen auf das Erfordernis einer Negativprognose sind die Zumessungsregelungen in **§ 15 VerSanG** auf die in § 15 Abs. 3 Nr. 7 VerSanG vorgesehenen Umstände zu beschränken. **Begangene** Verbandstaten entfalten lediglich indizielle Bedeutung im Hinblick auf die Frage, ob ein Verband auch künftig als Mittel der Tatbegehung dienen werde.

Vorzuschlagen ist daher folgende Neufassung des § 15 VerSanG:

§ 15 Bemessung der Verbandsgeldsanktion

Grundlagen für die Bemessung der Verbandsgeldsanktion sind die Art und die Folgen zu erwartender künftiger Verbandstaten. Das Gericht berücksichtigt insbesondere das Bemühen des Verbandes, die Verbandstat aufzudecken und den Schaden wiedergutzumachen, sowie nach der Verbandstat getroffene Vorkehrungen zur Vermeidung und Aufdeckung von Verbandstaten. Vorausgegangene Verbandstaten, für die der Verband nach § 3 Absatz 1 verantwortlich ist, sowie vor der Verbandstat getroffene Vorkehrun-

gen zur Vermeidung und Aufdeckung von Verbandstaten, sind zu berücksichtigen, wenn diesen Umständen Anhaltspunkte dahingehend zu entnehmen sind, ob künftig Verbandstaten begangen werden.

f) Gelegenheit zur Korrektur des § 30 OWiG

Die entworfenen Verbandssanktionen folgen dem Vorbild des heutigen § 30 OWiG. Jede Kritik an dem Referentenentwurf muss daher auch Stellung dazu beziehen, wie sich die Ahndung eines Verbands durch eine Verbandsgeldbuße, die sich nicht auf den Abschöpfungsanteil bezieht, rechtfertigen lässt. Die Einführung eines Verbandssanktionengesetzes sollte die seither bestehende Unsicherheit über die Rechtfertigungsmöglichkeit des § 30 OWiG beseitigen, denn auch hier sind die mit der Verbandsgeldbuße einhergehenden Grundrechtseingriffe eigentlich nur zu rechtfertigen, wenn ein Verband schuldhaft handeln könnte.

Folglich empfiehlt sich auch im Hinblick auf Verbände, die **keinen** wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb aufweisen, § 30 OWiG zu **reformieren**, indem der heute als „Ahndungsteil“ geltende Bestandteil der Verbandsgeldbuße künftig ebenfalls an eine **negative Zukunftsprognose** geknüpft wird:

§ 30 OWiG Geldbuße gegen juristische Personen und Personenvereinigungen

(1) Hat jemand

1. als vertretungsberechtigtes Organ einer juristischen Person oder als Mitglied eines solchen Organs,
2. als Vorstand eines nicht rechtsfähigen Vereins oder als Mitglied eines solchen Vorstandes,
3. als vertretungsberechtigter Gesellschafter einer rechtsfähigen Personengesellschaft,
4. als Generalbevollmächtigter oder in leitender Stellung als Prokurist oder Handlungsbevollmächtigter einer juristischen Person oder einer in Nummer 2 oder 3 genannten Personenvereinigung oder
5. als sonstige Person, die für die Leitung des Betriebs oder Unternehmens einer juristischen Person oder einer in Nummer 2 oder 3 genannten Personenvereinigung verantwortlich handelt, wozu auch die Überwachung der Geschäftsführung oder die sonstige Ausübung von Kontrollbefugnissen in leitender Stellung gehört,

eine Straftat oder Ordnungswidrigkeit begangen, durch die Pflichten, welche die juristische Person oder die Personenvereinigung treffen, verletzt worden sind oder die juristische Person oder die Personenvereinigung bereichert worden ist oder werden sollte (**Anknüpfungstat**), so kann gegen diese eine Geldbuße festgesetzt werden, **wenn zu erwarten ist, dass künftig Anknüpfungstaten begangen werden.**

2. Verbandssanktion und Verstoß gg. höchstpersönl. Pflichten

Die Zurechnung des Interesses an der Abwehr der künftigen Begehung von Verbandstaten regelt **§ 3 VerSanG** (mit den hier vorgeschlagenen Modifikationen). Diese Vorschrift greift auf das Vorbild des § 30 OWiG zurück, indem es die Zurechnung des staatlichen Interesses an der Sanktionierung an das Handeln einer **Zurechnungsperson** knüpft. Gemeinsames Merkmal der Zurechnungspersonen ist, dass sie regelmäßig **fremde Pflichten** erfüllen (hier: Verbandspflichten) oder **fremde Interessen** wahrnehmen (hier: Verbandsinteressen, bspw. an Gewinnerzielung).

Beispiel: Der Geschäftsführer einer GmbH zahlt ein „Schmiergeld“ an einen Abnehmer, um den Absatz des von dem Verband betriebenen Unternehmens zu steigern.

Der **Wortlaut** des § 3 VerSanG erfasst hinsichtlich der Zurechnungskriterien allerdings auch solche Personenkreise, die bei der Ausübung ihrer Berufe **höchstpersönliche Pflichten** erfüllen und deshalb nur „bei Gelegenheit“ der Berufsausübung auch den Nebenzweck verfolgen, Pflichten des Verbandes nachzukommen oder ihn zu bereichern. Dies betrifft vor allem die **freien Berufe**, die zwar in Verbänden zwecks Berufsausübung organisiert sind, bei denen es aber einen **Kernbestand höchstpersönlicher Pflichten** gibt, die an eine konkrete Person anknüpfen: Rechtsanwälte, Ärzte, Steuerberater etc.

Die höchstpersönlichen Pflichten der Angehörigen freier Berufe bestehen auch deshalb, weil diese Berufsgruppen ein **besonderes Vertrauen** genießen, wie die Schweigepflichten des § 203 StGB und die Zeugnisverweigerungsrechte des § 53 StPO aufzeigen. Diese Berufsträger sind mit Angelegenheiten der Privatsphäre befasst und müssen ihre Kernleistungen höchstpersönlich unter Bindung an hohe Berufsausübungsmaßstäbe erbringen.

Beispiel: Die Fachärzte A, B und C haben sich als Gesellschafter in einer Berufsausübungsgemeinschaft (BAG) zusammengeschlossen. A verstößt bei der Behandlung eines Patienten ohne dessen Einwilligung gegen den Facharztstandard, B rechnet als Vertragsarzt eine Behandlungsleistung vorsätzlich falsch ab, C nimmt als Facharzt vorsätzlich Vorteile für die BAG an und verspricht, dafür künftig allein die Arzneimittel des Vorteilsgebers zu verordnen. A begeht in diesem Fall eine Körperverletzung (§ 223 StGB), B jedenfalls nach Auffassung der Rechtsprechung stets einen Abrechnungsbetrug (§ 263 StGB) und C verwirklicht § 299a Nr. 1 StGB.

Nach dem Wortlaut des § 3 Abs. 1 VerSanG iVm. § 2 Abs. 1 Nr. 3 VerSanG kommt eine Zurechnung des Interesses an der Sanktionierung zu dem Verband jeweils in Betracht. In Bezug auf **A** ändert in diesem Fall der Umstand, dass die BAG vertragsrechtlich die Behandlung nach dem Facharztstandard schuldet (§ 630a Abs. 2 BGB), jedoch nichts daran, dass die fachgerechte Behandlung im Hinblick auf die Kernleistungen eine **höchstpersönliche Berufspflicht des Facharztes A** ist. Die Kernleistungen der Behandlung

kann er auch nicht delegieren. Ebenso stellt die Verpflichtung des Vertragsarztes **B** zur „peinlich genauen Leistungsabrechnung“ nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts eine „Grundpflicht“ des Vertragsarztes dar, für die er **selbst** verantwortlich ist. Die Verantwortlichkeit jedes Einzelnen für die Erfüllung dieser höchstpersönlichen Pflicht entfällt nach Auffassung des BSG auch dann nicht, wenn die Partner der BAG die Leistungsabrechnung auf einen der Partner übertragen (BSG, Beschluss vom 28. September 2016 – B 6 KA 14/16 B –, Rn. 9, Juris). C nimmt die gewährten Vorteile unter Verstoß gegen die **nur ihm** – nicht der begünstigten BAG – obliegende **höchstpersönliche Verpflichtung** zur Wahrung einer von sachfremden Erwägungen unbeeinträchtigten Heilberufsentscheidung bei der Arzneimittelverordnung an.

Die Kriterien der Verbandszurechnung, die in § 3 Abs. 1 VerSanG iVm. § 2 Abs. 1 Nr. 3 VerSanG in dem Referentenentwurf niedergelegt sind, betreffen durchweg den Fall, dass – letztlich **auswechselbare** – Zurechnungspersonen die Verbandstaten durch den Verband begehen und **ihn sich nach Art eines „gefährlichen Werkzeugs“** zunutze machen. Dies zeigt der Umstand, dass die Verbandszurechnung auch dann eingreifen soll, wenn jemand „sonst in Wahrnehmung der Angelegenheiten des Verbands“ eine Verbandstat begeht und Leitungspersonen die Verbandstat hätten verhindern oder erschweren können (§ 3 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG).

Diese Systematik passt nicht auf den Fall, dass ein Angehöriger eines freien Berufs eine Verbandstat unter **Verstoß gegen höchstpersönliche Pflichten** begeht. Die durch (intendierte) Bereicherung des Verbandes bereits ausgelöste Zurechnung kollidiert mit dem Erfordernis, dass ein in der Tatbegehung durch den Verband liegender Umstand, der die Organisationssphäre des Verbandes betrifft, die Sanktionierung des Verbandes rechtfertigen muss. Bei dem Verstoß gegen höchstpersönliche Pflichten eines entsprechenden Berufsträgers lässt sich das Bestehen eines Verbandes jedoch ohne **nennenswerte Konsequenzen** für die Bewertung des begangenen Unrechts (oder die Erwartung künftiger Taten, wie hier angenommen) **hinwegdenken**. Auch die Maßnahmen zur Compliance knüpfen im Bereich höchstpersönlicher Pflichten oftmals an die konkrete Person an (etwa durch Fortbildungen etc.).

In Bezug auf Vertragsärzte hat der **Große Senat für Strafsachen des BGH** für die auf ein durch höchstpersönliche Pflichten geprägtes Vertrauensverhältnis bezogene Berufsausübung in den Mittelpunkt gestellt, dass die ärztliche Behandlung „*in erster Linie im Interesse des Patienten und in seinem Auftrag erfolgt. Bei der erforderlichen wertenden Gesamtbetrachtung steht diese Bindung an den Patienten im Vordergrund*“.

— BGH, Beschl. v. 29.3.2012 – GSt 2/11, NJW 2012, 2530 (2534 f.).

Bei **Verstoß gegen höchstpersönliche Berufspflichten** greift der **Zweck des § 3 VerSanG**, das Verhalten fremdnützig handelnder Zurechnungspersonen dem Verband zuzuschreiben, nicht: Weder tragen die Mittel des Verbands bei Verstoß gegen höchstpersönliche Pflichten zur Tatbegehung bei („Verband als gefährliches Werkzeug“), noch erhöht sich die Gefahr künftiger Verbandstaten. Schließlich trifft dann auch die Vermutung nicht zu, dass die für eine Straftat verantwortliche natürliche Person durch ihre Einbindung in einen Verband nicht identifizierbar sei (Sanktionsbegründung kraft „organisierter Unverantwortlichkeit“). Dies führt zu einer **angemessenen Differenzierung** der Verbandszurechnung:

Beispiel: Fachärzte A und B, die in einer Berufsausübungsgemeinschaft zusammenwirken, behandeln entgegen dem Facharztstandard und vorenthalten der Einzugsstelle die geschuldeten Beiträge zur Sozialversicherung für die Angestellten der BAG.

Während die Körperverletzungstaten nach der hier befürworteten Modifikation auch dann nicht zur Verbandszurechnung führen, wenn durch ihre Vornahme der Verband bereichert werden soll, führt das Vorenthalten der geschuldeten Beiträge zur Sozialversicherung für die Angestellten der BAG zur Verbandszurechnung, weil es sich hierbei nicht um eine Verletzung höchstpersönlicher Pflichten von A und B, sondern um einfache Pflichtstellungen handelt, die (auch) A und B treffen.

Diese Differenzierung gilt für alle Angehörigen freier Berufe, soweit sie mit der Verbandstat gegen bestehende **höchstpersönliche Pflichten** verstoßen. Daher ist – unabhängig von einer notwendigen Zukunftsprognose als Sanktionsvoraussetzung – die **Erweiterung des § 3 VerSanG** um einen **vierten Absatz** erforderlich, der Verstöße gegen höchstpersönliche Pflichten von der Verbandszurechnung ausnimmt:

§ 3 Verbandsverantwortlichkeit

(1) Gegen einen Verband wird eine Verbandssanktion verhängt, wenn jemand

1. als Leitungsperson dieses Verbandes eine Verbandstat begangen hat oder
2. sonst in Wahrnehmung der Angelegenheiten des Verbandes eine Verbandstat begangen hat, wenn Leitungspersonen des Verbandes die Straftat durch angemessene Vorkehrungen zur Vermeidung von Verbandstaten wie insbesondere Organisation, Auswahl, Anleitung und Aufsicht hätten verhindern oder wesentlich erschweren können

und zu erwarten ist, dass künftig Verbandstaten begangen werden. [...]

(4) Wer in Ausübung eines Berufs tätig wird, welcher einer Schweigepflicht (§§ 53 StPO, 203 StGB) unterliegt, und dabei gegen höchstpersönliche Pflichten verstößt, handelt weder als Leitungsperson des Verbands (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 VerSanG) noch sonst in Wahrnehmung der Angelegenheiten des Verbandes (§ 3 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG).

Als höchstpersönliche Pflichten gelten vor allem die Kernleistungen des jeweiligen Berufs, die nicht delegiert werden können; ggf. ebenso die Leistungsabrechnung, um das obige Beispiel aufzugreifen. Es erfolgt somit **keine generelle Bereichsausnahme** für freie Berufe, sondern lediglich eine konsequente **Klarstellung der Zurechnungsprinzipien** des § 3 VerSanG bei Verstoß gegen **höchstpersönliche Berufspflichten**.

3. Verbände mit wirtschaftlichem Geschäftsbetrieb

Der Zuschnitt des Anwendungsbereichs in § 1 VerSanG auf **Verbände, deren Zweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist**, soll den Geltungsbereich des Legalitätsprinzips auf diese Verbände konkretisieren. Für andere Verbände sollen weiterhin § 30 OWiG und das allgemeine Opportunitätsprinzip gelten. Dies führt zwar zu einer materiell-rechtlichen Korrektur einer prozessualen Maxime, die angesichts bestehender Opportunitätsregelungen und der hier angenommenen zentralen Stellung der Verwarnung mit Verbandssanktionsvorbehalt nicht zwingend erforderlich wäre. Die Bestimmung der wirtschaftlichen Zwecksetzung kann zudem erhebliche Abgrenzungsschwierigkeiten bereiten.

Da aber bereits die Verbandssanktionen an eine **negative Zukunftsprognose** geknüpft werden sollten, beeinflusst dieses Prognoseerfordernis konsequent auch den Umfang der staatlichen Ermittlungs- und Sanktionspflichten, sodass unter dieser Voraussetzung keine deutlich einseitige Bevorzugung von Verbänden, die nicht den Zweck eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs verfolgen, besteht.

4. Öffentliche Bekanntmachung der Sanktionierung

Mit der Übersendung des Referentenentwurfs ist schließlich um eine Stellungnahme zu der in § 14 VerSanG vorgesehenen öffentlichen Bekanntmachung der Sanktionierung gebeten worden.

Gegen die Regelung dieser Möglichkeit ist grundsätzlich kein Einwand zu erheben, allerdings sollte die in der Entwurfsbegründung dargelegte Einschränkung auf solche Bekanntmachungen, die mangels anderweitiger öffentlicher Berichterstattung erforderlich sind, in den **Wortlaut** des § 14 VerSanG aufgenommen werden.

Die **gesetzgeberische Vorzeichnung der Verhältnismäßigkeitsprüfung** in einer Verfahrensordnung ist nicht ungewöhnlich (vgl. etwa § 112 Abs. 1 Satz 2 StPO) und dient der Rechtsklarheit. Dadurch wird insbesondere herausgestellt, dass die öffentliche Bekanntmachung keine Genugtuungsinteressen verfolgen darf.

§ 14 Satz 1 VerSanG sollte daher wie folgt ergänzt werden:

§ 14 Öffentliche Bekanntmachung der Verurteilung des Verbandes

Bei einer großen Zahl von Geschädigten kann das Gericht neben der Verhängung einer Verbandssanktion nach § 8 zur Information der durch die Verbandstat Geschädigten die öffentliche Bekanntmachung der Verurteilung des Verbandes anordnen, **wenn das Informationsinteresse der Geschädigten im Hinblick auf die Geltendmachung von Ersatzansprüchen dies erfordert, insbesondere weil ihnen keine anderweitigen Informationsquellen zur Verfügung stehen.**

Düsseldorf, den 12.6.2020

Dr. Thomas Wostry