

## Aufsätze und Kurzbeiträge

### Unternehmensstrafrecht

Rechtsanwalt Dr. Markus Rübenstahl, Mag. iur., Frankfurt a.M.<sup>1</sup>

# Anmerkungen zur Kodifizierung eines Unternehmenssanktionenrechts – Zugleich Kommentar zum “Kölner Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes”

## TEIL 1: Allgemeines, Anwendungsbereich und Tatbestände

Der m.E. verdienstvolle “Kölner Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes” (Anfang 2018 vorgestellt von der interdisziplinären Forschungsgruppe „Verbandsstrafrecht – praktische Auswirkungen, theoretische Rückwirkungen“ der Universität zu Köln, basierend auf mehrjährigen Forschungsarbeiten, gefördert von der VolkswagenStiftung<sup>2</sup>) möchte - ausgehend von der Annahme, dass auf politischer Ebene die grundsätzliche Bereitschaft vorhanden ist, eine über das Ordnungswidrigkeitenrecht hinausgehende Reform der Sanktionierung von Verbänden in Angriff zu nehmen - ein Gesetzgebungsmodell für eine faire, effektive und praktikable Regelung der Verbandssanktionierung darstellen. Der Entwurf will – primär gestützt auf eine deutschlandweite Untersuchung der Anwendung des geltenden Rechts sowie auf rechtsvergleichende Praktikerbefragungen in den USA und Österreich<sup>34</sup> - konkrete Lösungsvorschläge für die materiell-rechtlichen, strafprozessualen und gesellschaftsrechtlichen Fragen eines Verbandssanktionenrechts formulieren.<sup>5</sup>

Insbesondere vor dem Hintergrund, dass die von den Entwurfsverfassern angenommene Ausgangslage nach Maßgabe des Koalitionsvertrags von CDU/CSU und SPD vom 12. März 2018 augenscheinlich in der laufenden (19.) Legislaturperiode vorliegen dürfte,<sup>6</sup> verdient der “Kölner Entwurf” eine intensive, konstruktiv-kritische Befassung, in der Annahme, dass die Auseinander-

<sup>1</sup> Der Autor ist Lehrbeauftragter der Universität Freiburg i. Br. für Unternehmensstrafrecht und Steuerstrafrecht sowie Gründer von Rübenstahl Rechtsanwälte.

<sup>2</sup> Henssler/Hoven/Kubiciel/Weigend NZWiSt 2018, 1, 5 ff.; vgl. auch Hoven/Weigend ZRP 2018, 30 ff.; der Autor war als Experte im Rahmen von Tagungen an den Diskussionen der Forschungsgruppe beteiligt, nicht aber an der Formulierung des Entwurfs.

<sup>3</sup> Hiif NZWiSt 2016, 189 ff.; Dietrich NZWiSt 2016, 186 ff.

<sup>4</sup> Andere naheliegende rechtsvergleichende Blickwinkel, etwa auf die Schweiz, vgl. El-Ghazi ZStW 130 (2018), 254 ff.; auf Frankreich, vgl. Walther NZWiSt 2016, 181 ff.; auf Italien, vgl. Rübenstahl RIW 2012, 505 ff. wurden demgegenüber wohl aus Kapazitäts- und Zeitgründen nicht vertieft, vgl. auch den Gesamtüberblick von Engelhart NZWiSt 2015, 201 ff.

<sup>5</sup> Henssler/Hoven/Kubiciel/Weigend NZWiSt 2018, 1, 8.

<sup>6</sup> „Ein neuer Aufbruch für Europa - Eine neue Dynamik für Deutschland - Ein neuer Zusammenhalt für unser Land“, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD für die 19. Legislaturperiode (im Weiteren: „KV“ oder Koalitionsvertrag) S. 126, Fundstelle [https://www.cdu.de/system/tdf/media/dokumente/koalitionsvertrag\\_2018.pdf?file=1](https://www.cdu.de/system/tdf/media/dokumente/koalitionsvertrag_2018.pdf?file=1) : „Wir wollen sicherstellen, dass Wirtschaftskriminalität wirksam verfolgt und angemessen geahndet wird. Deshalb regeln wir das Sanktionsrecht für Unternehmen neu. Wir werden sicherstellen, dass bei Wirtschaftskriminalität grundsätzlich auch die von Fehlverhalten von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern profitierenden Unternehmen stärker sanktioniert werden. Bislang liegt es im Ermessen der zuständigen Behörde, ob auch das betreffende Unternehmen verfolgt wird. Durch die Abkehr vom Opportunitätsprinzip des bislang einschlägigen Ordnungswidrigkeitenrechts sorgen wir für eine bundesweit einheitliche Rechtsanwendung. Durch klare Verfahrensregelungen erhöhen wir zudem die Rechtssicherheit der betroffenen Unternehmen. Zugleich werden wir spezifische Regelungen über Verfahrenseinstellungen schaffen, um der Justizpraxis die notwendige Flexibilität in der Verfolgung einzuräumen. Wir werden das Sanktionsinstrumentarium erweitern: Die geltende Bußgeldobergrenze von bis zu zehn Millionen Euro ist für kleinere Unternehmen zu hoch und für große Konzerne zu niedrig. Wir werden sicherstellen, dass sich die Höhe der Geldsanktion künftig an der Wirtschaftskraft des Unternehmens orientiert. Bei Unternehmen mit mehr als 100 Millionen Euro Umsatz soll die Höchstgrenze bei zehn Prozent des Umsatzes liegen. Zudem schaffen wir weitere Sanktionsinstrumente. Weiterhin schaffen wir konkrete und nachvollziehbare Zumessungsregeln für Unternehmensgeldsanktionen. Die Sanktionen sollen auf geeignetem Weg öffentlich bekannt gemacht werden. Um Rechtssicherheit für alle Beteiligten zu schaffen, werden wir gesetzliche Vorgaben für „Internal Investigations“ schaffen, insbesondere mit Blick auf beschlagnahmte Unterlagen und Durchsuchungsmöglichkeiten. Wir werden gesetzliche Anreize zur Aufklärungshilfe durch „Internal Investigations“ und zur anschließenden Offenlegung der hieraus gewonnenen Erkenntnisse setzen.“ Dazu vgl. auch Baur AG 2018, 457 ff.

setzung mit dem "Kölner Entwurf"<sup>7</sup> – mehr wohl als die mit dem dezidiert strafrechtlich geprägten NRW-Entwurf<sup>8</sup> - auch die anlaufenden Gesetzgebungsarbeiten prägen dürfte.<sup>9</sup>

## I. Sinnhaftigkeit der Kodifizierung eines Verbandssanktionengesetzes

Im Grundsatz kann auch aus Verteidigersicht durchaus der Aussage der Verfasser des Kölner Entwurfs zugestimmt werden, "dass die Frage einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Verbänden in Deutschland nach neuen Antworten verlangt"<sup>10</sup>, wobei aus diesseitiger Sicht eine Kodifizierung nicht etwa deshalb nötig erscheint, weil "juristische Personen und Personenverbände derzeit lediglich mit Geldbußen nach § 30 OWiG belegt werden"<sup>11</sup> können. Auch wird die Sichtweise der Entwurfsverfasser nicht geteilt, denen offenbar die in der geltenden Rechtslage vorgesehene Sanktion des Unternehmenbußgeldes ihrer rechtlichen Kategorie (Ordnungswidrigkeitenrecht als Minus zum Strafrecht) und wirtschaftlichen Relevanz (Begrenzung der Geldbuße in ihrer Ahndungsfunktion gemäß § 30 Abs. 2 OWiG auf 10 Millionen Euro) nach zu wenig gewichtig erscheint. Auch wird die Besorgnis nicht geteilt, eine Geldbuße von 10 Mio. Euro führe "zu einer relativen Ungleichbehandlung zwischen kleineren Unternehmen und Großkonzernen". Wenn auch das Argument abstrakt nachvollziehbar erscheint, gibt die praktische Erfahrung jedenfalls für diese These bislang nicht viel her, insbesondere weil bei der Begehung von Straftaten aus kleineren Unternehmen § 30 OWiG bislang kaum zur Anwendung kommen dürfte. Der weit überwiegende Anteil einer verhängten Unternehmensgeldbuße gemäß § 30 OWiG ergibt sich in der bisherigen Anwendungspraxis der Vorschrift ohnehin nicht aus der Ahnungskomponente, sondern aus der Gewinnabschöpfungskomponente (§ 17 Abs. 4 OWiG). Diese richtet sich jedoch unabhängig von der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des betroffenen Unternehmens nach dem aus der Straftat erlangten Gewinn. Auch ist zu berücksichtigen, dass es im Strafrecht ganz vergleichbare "Ungleichbehandlungen" gibt: Man wird kaum bestreiten können, dass eine längere zeitige Freiheitsstrafe einen 50-jährigen oder 60-jährigen Verurteilten regelmäßig härter trifft, als einen 21-jährigen. Es ist Aufgabe der Strafzumessungsentscheidung sowie der Entscheidungen in Strafvollstreckung und Strafvollzug, der individuellen Belastung angemessen Rechnung zu tragen. Dies ist im faktisch bereits existierenden Unternehmenssanktionsrecht genau wie im Individualstrafrecht (wie insbesondere in §§ 46 ff. StGB vorgesehen) bezüglich ahndender Sanktionen nötig und möglich, im Rahmen von Abschöpfungsentscheidungen (vgl. §§ 73 ff. StGB) hingegen hier wie dort nur sehr eingeschränkt.

Auch für die These der Entwurfsverfasser, dass bei "wirtschaftlich potenten internationalen Wirtschaftsunternehmen ... selbst die maximale Geldbuße kaum eine abschreckende Wirkung" entfaltet, dürfte es kaum tragfähige empirische Belege geben. Jedenfalls wenn man die Individualabschreckung eines gemäß § 30 OWiG in der Fassung vom 01.07.2013 sanktionierten Unternehmens meint, dürfte der Nachweis bereits am mangelnden Material wegen unzureichenden Zeitablaufs seit Einführung der Neufassung scheitern. Die Erfahrungen des Verfassers und vieler anderer anwaltlicher Unternehmensvertreter zeigen, dass das von einem unternehmensbezogenen Verfahren und einer Sanktion nach § 30 OWiG betroffene Unternehmen regelmäßig unter erheblichen wirtschaftlichen Aufwendungen und organisatorischen Anstrengungen bemüht ist, zumindest nachträglich, eine effektive Compliance-Organisation aufzubauen und zumeist auch, mit den Strafverfolgungsbehörden bei der Aufarbeitung der Anlassstrafat – kooperativ und mitunter proaktiv – zusammenzuarbeiten.<sup>12</sup> Die negativ-spezialpräventive bzw. individualabschreckende Wirkung der existierenden Unternehmenssanktionen lässt sich bzgl. einmal betroffener Unternehmen m.E. schwer bezweifeln.

Zutreffend ist hingegen die Kritik der Entwurfsverfasser, dass das geltende deutsche Recht keinerlei positivierten Maßstab für die Zumessung der finanziellen Sanktion (Unternehmensgeldbuße) vorgibt.<sup>13</sup> Nicht einmal eine dem § 46 StGB vergleichbare allgemeine Zumessungsvor-

<sup>7</sup> Dazu bereits Beisheim/Jung CCZ 2018, 63 ff.; vgl. auch Baur AG 2018, 457 ff.

<sup>8</sup> Dazu vgl. Krems ZIS 2015, 5 ff.; Böse ZStW 126 (2014), 132 ff.; Görtz WiJ 2014, 8 ff.; Kubiciel ZRP 2014, 133 ff.; Löffelmann JR 2014, 185 ff.; Heuking/v. Coelln BB 2014, 3016 ff.; Hoven/Wimmer/Schwarz/Schumann NZWiSt 2014, 201 ff.; Grützner CCZ 2015, 56, 59 ff.; Rübenstahl ZRfC 2014, 26 ff.; Rübenstahl/Tsambikakis ZWH 2014, 8 ff.

<sup>9</sup> Darin liegt keine Abwertung oder gar grds. Ablehnung von Alternativkonzepten wie etwa dem OWiG-basierten Konzept des BUJ, vgl. Beulke/Moosmayer CCZ 2014, 146 ff.; Grützner CCZ 2015, 56, 60 ff.; oder den „Frankfurter Thesen“ zur (nicht-strafrechtlichen) Unternehmensverantwortung, Jahn/Schmitt-Leonardy/Schoop wistra 2018, 27 ff. Vor dem Hintergrund der vorzitierten Leitlinien des Koalitionsvertrags dürften derartige Konzeptionen jedoch in der laufenden Legislaturperiode nur geringe Umsetzungschancen haben.

<sup>10</sup> Hier Hoven/Weigend ZRP 2018, 30; entsprechend Henssler/Hoven/Kubiciel/Weigend NZWiSt 2018, 1, 5; vgl. auch Kubiciel NZWiSt 2016, 178 ff.

<sup>11</sup> Hoven/Weigend ZRP 2018, 30.

<sup>12</sup> Vgl. Beulke/Moosmayer CCZ 2014, 146 ff.; Grützner CCZ 2015, 56 ff.

<sup>13</sup> Hoven/Weigend ZRP 2018, 30.

schrift existiert für die Bemessung der Geldbuße gemäß § 30 OWiG.<sup>14</sup> Ebenfalls tragfähig ist die Überlegung der Entwurfsverfasser, dass derzeit ausweislich der gesetzlichen Regelungen "für Unternehmen nicht absehbar" ist, in welchem Umfang Compliance-Maßnahmen oder interne Untersuchungen zu einer Verringerung der Geldbuße führen.<sup>15</sup> Klarheit kann sich insofern lediglich in einem fortgeschrittenen Verfahrensstadium im Rahmen von Gesprächen zwischen Unternehmensverteidigern und Strafverfolgern ergeben, ohne dass als Matrix gesetzliche Vorgaben zur Verfügung stünden. Zweifellos kann dies in Einzelfällen die Entscheidung für eine Kooperation mit den Behörden und eine Offenlegung der Ergebnisse einer internen Untersuchung erschweren oder zumindest verzögern.

Nur im Ansatz geteilt wird die Sichtweise der Entwurfsverfasser, dass sich "Defizite des geltenden Rechts zeigen", wenn das deutsche Wirtschaftsstrafrecht (auch) als Wettbewerbsfaktor verstanden wird, weil ausländische Rechtsordnungen, beispielsweise diejenigen der USA, nicht nur deutlich härtere Strafen für juristische Personen, sondern auch einen erheblich weiteren Anwendungsbereich der Verbandsstrafbarkeit vorsehen.<sup>16</sup> Problematisch ist allerdings nicht, dass die Sanktionen gemäß § 30 OWiG zu milde wären, sondern der Umstand, dass bei Unternehmen, bei denen eine mögliche Strafverfolgung insbesondere in den USA in Rede steht, mitunter eine übertriebene und einseitige Orientierung an den (teils nur vermuteten oder durch US-Rechtsanwälte vermittelten) Vorgaben der US-Strafverfolgungsbehörden und US-Aufsichtsbehörden unter Vernachlässigung der Ermittlungsinteressen deutscher Strafverfolgungsbehörden zu beobachten ist, weil die drohenden Rechtsfolgen in Deutschland und verfahrensrechtlichen Möglichkeiten der Behörden systematisch unterschätzt werden. Umgekehrt wird unter dem Einfluss von US-Unternehmensanwälten die Effektivität und Intensität der US-Strafverfolgung mitunter systematisch überschätzt und die hieraus resultierenden Offenlegungs- und Kooperationsbedürfnisse ebenso systematisch überpriorisiert. Die Unterschätzung des deutschen Ordnungswidrigkeitenrechts und der auf dieser Basis erwartbaren strafprozessualen Maßnahmen kann dann zur Folge haben, dass von einer gegebenenfalls auch gegenüber deutschen Behörden strategisch gebotenen, von dieser erwarteten Kooperation abgesehen wird oder dass diese jedenfalls zeitlich im Hinblick auf als vorrangig und dringlicher angesehene Kooperationserfordernisse bezüglich der USA zurückgestellt wird. Dies führt wiederum oft zu extrem imageschädlichen öffentlichen Ermittlungsmaßnahmen bei in Deutschland präsenten Unternehmen.

Eine prominentere, klarere und transparentere – materiellrechtliche und verfahrensrechtliche – Regelung des deutschen Unternehmenssanktionenrechts gepaart mit einer konsistenteren Anwendungspraxis könnte solchen "Missverständnissen" tendenziell entgegenwirken. Auch sollte – entsprechend der Intention der Entwurfsverfasser – der Sanktionslosigkeit von Straftaten mit Inlandsbezug aus solchen ausländischen Unternehmen gesetzgeberisch entgegengewirkt werden, die ihren Sitz und ihre Geschäftsleitung nicht in Deutschland haben bzw. im Rechtssinne nicht hier handeln. Deshalb können diese derzeit wegen des hier geltenden strikten Territorialitätsprinzips (§§ 5, 7 OWiG) häufig nicht nach § 30 OWiG sanktioniert werden, weil die Straftat oder die Aufsichtspflichtverletzung nicht nachweislich (!) im Inland begangen wurde, weil weder Tathandlung noch Taterfolg im Rechtssinne in Deutschland eintreten (vgl. § 7 Abs. 1 OWiG).<sup>17</sup>

Nachvollziehbar erscheint auch, dass die Entwurfsverfasser "die praktischen Anwendungsdefizite des Ordnungswidrigkeitenrechts" als schwerwiegend ansehen.<sup>18</sup> Diese sind empirisch nachgewiesen, nicht nur für die weiter zurückliegende Vergangenheit, sondern auch für die letzten Jahre. Die von der Kölner Forschungsgruppe zum Verbandsstrafrecht für die Jahre 2011-2016 durchgeführte Untersuchung zur Anwendungspraxis des § 30 OWiG hat gezeigt, dass die Verhängung von Geldbußen gegen Unternehmen auch weiterhin bundesweit völlig uneinheitlich und insgesamt nur selten erfolgt.<sup>19</sup> Man kann zwar bezweifeln, ob tatsächlich das bei der Verfol-

<sup>14</sup> Vgl. auch Baur AG 2018, 457, 461.

<sup>15</sup> Hoven/Weigend ZRP 2018, 30.

<sup>16</sup> Henssler/Hoven/Kubicel/Weigend NZWiSt 2018, 1; die Weite dieses personellen u. territorialen Anwendungsbereichs ist durchaus kritikwürdig, vgl. Rübenthal/Boerger NZWiSt 2013, 281 ff.

<sup>17</sup> Vgl. Henssler/Hoven/Kubicel/Weigend NZWiSt 2018, 1.

<sup>18</sup> Hoven/Weigend ZRP 2018, 30.

<sup>19</sup> Kayadibi, Praxis und Anwendungsprobleme des § 30 OWiG, Eine empirische Untersuchung, Präsentation im Rahmen einer Tagung in Köln vom 23.02.2018. Von den insgesamt 49 kontaktierten Staatsanwaltschaften, vorwiegend Schwerpunktstaatsanwaltschaften für Korruption und Wirtschaftskriminalität, teilten 18 Staatsanwaltschaften mit, dass sie in den vergangenen fünf Jahren (2011–2016) keine Geldbußen gegen ein Unternehmen verhängt hatten. Die Mehrheit der übrigen befragten Staatsanwaltschaften hatten jährlich weniger als drei Verfahren mit Geldbußen gegen Unternehmen abgeschlossen. Zudem zeigten sich im bundesweiten Vergleich erhebliche regionale Unterschiede; so wurden im Norden und Osten Deutschlands deutlich seltener Geldbußen verhängt als im Süden und Westen des Landes; Hoven/Weigend ZRP 2018, 30.

gung von Ordnungswidrigkeiten geltende Opportunitätsprinzip (§ 47 OWiG) ursächlich ist, weil es "den Staatsanwaltschaften ein weites Ermessen einräumt, ob sie einem Verdacht nachgehen".<sup>20</sup>

Nach den seit längerem geltenden – und für die Staatsanwälte rechtsverbindlichen – Vorgaben von Nr. 180a Abs. 1 S. 1 RiStBV "prüft der Staatsanwalt, ob auch die Festsetzung einer Geldbuße gegen die juristische Person oder Personenvereinigung in Betracht kommt", wenn der Beschuldigte zum Leitungsbereich einer juristischen Person oder Personenvereinigung gehört. Die bisher sehr geringe Anzahl von Bußgeldverfahren gegen Unternehmen im Zusammenhang mit Wirtschaftsstrafverfahren gegen Geschäftsführungsorgane lässt sich praktisch wohl nur dadurch erklären, dass schon dieser Prüfungspflicht – ob aus Unkenntnis, Überforderung oder Überlastung – bei manchen Staatsanwaltschaften nahezu durchgehend nicht nachgekommen wird. Zutreffend wird darauf hingewiesen, dass RiStBV Nr. 180a im Jahr 2006 auf Basis einer Empfehlung von GRECO<sup>21</sup> eingeführt wurde, um eine möglichst einheitliche Anwendung des die Verhängung einer Verbandsgeldbuße ermöglichenden § 30 OWiG sicherzustellen. Die Vorschrift konkretisiert zugleich das staatsanwaltschaftliche Ermessen dahingehend, dass namentlich im Bereich der Wirtschaftskriminalität oder bei Bereicherung des Verbandes durch die Tat auf die Verhängung einer Verbandsgeldbuße hinzuwirken ist.<sup>22</sup> Zwar kann vor diesem Hintergrund kaum angenommen werden, es gebe tatsächlich ein breites pflichtgemäßes Ermessen bezüglich der (Nicht-)Verhängung von Unternehmensgeldbußen, da es zu dessen Ausübung in den kritikwürdigen Fällen offenbar nicht kommt. Die Nichtverfolgung erfolgt wohl vielmehr in bewusster oder unbewusster Missachtung der Ermessensbindung<sup>23</sup> bzw. im Hinblick auf eine angenommene tatsächliche Unmöglichkeit mangels Ressourcen,<sup>24</sup> wobei regelmäßig nicht erst eine Entscheidung zur Nicht-Sanktionierung, sondern meist eine zur Nichtermittlung bzgl. eines Verbandsbußgelds getroffen wird, die im klaren Widerspruch zu RiStBV Nr. 180a stehen dürfte.

Jedenfalls muss mit den Entwurfsverfassern konstatiert werden, dass sich nach allen vorliegenden Untersuchungen das Ordnungswidrigkeitenrecht – jedenfalls in der Fläche des Bundesgebiets und vom Einzugsbereich besonders aktiver Schwerpunktstaatsanwaltschaften einmal abgesehen – noch nicht als wirksames Instrument zur Ahndung von Unternehmenskriminalität darstellt. Aus diesseitiger Sicht wäre es (jedenfalls de lege ferenda) durchaus hinnehmbar, wenn nur die schwerwiegendsten von Führungskräften aus Unternehmen heraus begangenen Straftaten zu Unternehmensgeldbußen oder echten Unternehmenssanktionen anderer Art führen würden, sofern der Verfolgungsentscheidung und der Ahndungsentscheidung eine bewusste, gleichmäßige und nachvollziehbare Ausübung des Ermessens nach Prüfung der Sach- und Rechtslage zugrunde läge. Insbesondere die in Fußnote 18 angedeuteten regionalen – offensichtlich allein von der Zuständigkeit und Spezialisierung der jeweiligen Staatsanwaltschaft und dem Engagement der Landesjustizverwaltung abhängigen<sup>25</sup> – Anwendungsunterschiede, die jedenfalls bisher in der Praxis auf eine durchgehende Nichtanwendung des § 30 OWiG in Teilen des Bundesgebiets hinauslaufen<sup>26</sup> – erscheinen im Hinblick auf das Gebot der Rechtsanwendungsgleichheit im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG<sup>27</sup> sowie auf das Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG)<sup>28</sup> kaum hinnehmbar. Vor diesem Hintergrund kann der Aussage der Entwurfsverfasser zugestimmt werden, dass eine Reform das Ziel verfolgen sollte, Verstöße von Verbänden in gleichmäßiger und vorhersehbarer Weise zu ahnden und auf diese Weise für alle Unternehmen gleiche Wettbewerbsbedingungen zu schaffen.<sup>29</sup>

<sup>20</sup> Hoven/Weigend ZRP 2018, 30.

<sup>21</sup> Vgl. zur positiven Bewertung der Vorschrift auch [www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round2/GrecoRC2\(2007\)3\\_Germany\\_DE.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round2/GrecoRC2(2007)3_Germany_DE.pdf), mit der GRECO 2007 ausgehend von einer dadurch vereinheitlichten Anwendungspraxis des § 30 OWiG die Einführung von RiStBV Nr. 180a begrüßte.

<sup>22</sup> BeckOK StPO/Meyberg RiStBV 180a Einf. und Rn. 1

<sup>23</sup> Die meisten im Rahmen der oben erwähnten Untersuchung Befragten schätzten die Wahrscheinlichkeit, dass bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 30 OWiG (!) tatsächlich eine Geldbuße verhängt würde, auf unter 20 Prozent ein. Fast alle Befragten meinten, dass Staatsanwälte auch bei an sich klaren Sachverhalten gelegentlich von einem Verfahren gegen Unternehmen absehen, Henssler/Hoven/Kubicel/Weigend NZWiSt 2018, 1.

<sup>24</sup> Als wesentliche Gründe wurden im Rahmen der o.g. Untersuchung die fehlende Expertise von Staatsanwältinnen im Bereich des OWiG und ein Mangel an personellen Ressourcen angegeben, Henssler/Hoven/Kubicel/Weigend NZWiSt 2018, 1.

<sup>25</sup> Von den insgesamt angeschriebenen 49 Staatsanwaltschaften, vorwiegend Schwerpunktstaatsanwaltschaften für Korruption und Wirtschaftskriminalität, teilten 18 Staatsanwaltschaften mit, dass sie in den vergangenen fünf Jahren (2011–2016) keine Geldbußen gegen ein Unternehmen verhängt hatten, Henssler/Hoven/Kubicel/Weigend NZWiSt 2018, 1.

<sup>26</sup> Vgl. Henssler/Hoven/Kubicel/Weigend NZWiSt 2018, 1.

<sup>27</sup> BVerfGE 1, 418, 420; BVerfGE 66, 331, 335 f.; BVerfG NVwZ 1993, 467; BVerfG (K) DVBl 1999, 165 f.

<sup>28</sup> Vgl. BVerfG, NVwZ 2005, 81, 82 = NJW 2005, 409 L; Gusy, DÖV 1992, 468; Knops/Brockner, WM 2010, 1101, 1107; Brocker NJW 2012, 2996, 2997 ff. m.w.N.

<sup>29</sup> Hoven/Weigend ZRP 2018, 30.

Die obenstehenden Überlegungen allein würden aus diesseitiger Sicht allerdings noch nicht den Ausschlag für die Befürwortung einer Kodifizierung hergeben. Vorzugswürdig kann die Kodifikation eines strafrechtsähnlichen bzw. strafrechtsartigen Unternehmenssanktionenrechts vielmehr sein, wenn und soweit sie ein spezifisch und detailliert geregeltes, rechtsstaatlich-liberales Unternehmensstrafverfahrensrecht sowie ein hinreichend bestimmtes und unrechtsangemessenes Sanktionszumessungsrecht enthält, da insbesondere die Einführung eines zureichende Garantien gebenden Verfahrensrechts im Ordnungswidrigkeitenrecht nicht zu erwarten ist<sup>30</sup> und dort wohl überdies nicht systemkonform umsetzbar wäre.

Eine insbesondere das Verfahrensrecht und das Sanktionsrecht vertieft regelnde Kodifikation ist dringend erforderlich, weil nach wohl einhelliger Auffassung die dürftigen verfahrensrechtlichen Regelungen, die spezifisch für unternehmensbezogene Bußgeldverfahren aus Anlass von Straftaten aus rechtsstaatlichen und praktischen Gründen gelten, völlig unzureichend sind: Ganz allgemein kann gesagt werden, dass die rudimentären Verfahrensregeln aus § 444 StPO (partielle Verweisung auf das strafprozessuale Verfahren bei der Einziehung, §§ 424, 426-428 StPO sowie Teile der §§ 429-436 StPO mit weiterer Verweisung auf Vorschriften des Ermittlungsverfahrens) und §§ 87, 88 OWiG zum einen unvollständig und zum anderen nicht billig und interessengerecht sind.<sup>31</sup>

Die Kritik diesbezüglich hat bereits bei den Zuständigkeitsregelungen für das vorgerichtliche Bußgeldverfahren und das selbständige gerichtliche Verfahren anzusetzen, da zum einen nach herrschender Auffassung der Bußgeldbescheid gemäß § 30 OWiG durch die Staatsanwaltschaft als Verwaltungsbehörde (und ermittelnde Behörde zugleich, wie Bußgeldverfahren generell, §§ 35, 36 OWiG) und nicht durch ein unabhängiges Gericht erlassen wird, während im gerichtlichen Verfahren auf den Einspruch (§ 67 OWiG) hin das Amtsgericht durch den Strafrichter in einer – entsprechend den Regelungen des Ordnungswidrigkeitenrechts restriktiv ausgestalteten – Hauptverhandlung über die Rechtmäßigkeit des Bußgeldbescheids entscheiden soll (§§ 71-78 OWiG).<sup>32</sup> Angesichts dessen, dass es sich in der Praxis bisher fast immer um komplexe Umfangverfahren mit einem großen Aktenbestand handelt, kann der Strafrichter aus Kapazitätsgründen faktisch weder auf der Basis einer Bewertung der Aktenlage noch auf Basis einer hinreichend intensiven Hauptverhandlung eine effektive Überprüfung der Bußgeldentscheidung vornehmen. Da im Nachgang zu dessen Entscheidung nur noch die – gegenüber der Revision noch weniger effektive, ebenfalls nur Rechtsfragen betreffende – Rechtsbeschwerde zum Bußgeldsenat des zuständigen Oberlandesgerichts offensteht, kann die verfahrensführende Staatsanwaltschaft davon ausgehen, dass sich die anwaltlichen Unternehmensvertreter gezwungen sehen werden, bereits im (vorgerichtlichen) Bußgeldverfahren eine Einigung über die Höhe der Unternehmensbuße zu suchen. Eine streitige Verteidigung im gerichtlichen Verfahren wird schon im Hinblick auf die zwangsläufig fehlende Effektivität der richterlichen Kontrolle jedenfalls im vorgesehenen Rechtszug des selbstständigen Bußgeldverfahrens gegen das Unternehmen nicht ernstlich in Betracht kommen.

Zu Recht wurde gerade auch aus der Perspektive der Justiz darauf hingewiesen, dass die Rechtsstellung des potentiellen Nebenbeteiligten in einem gegen den gesetzlichen Vertreter des Unternehmens oder gegen eine Leitungsperson im Sinne des § 30 Abs. 1 OWiG anhängigen strafrechtlichen Ermittlungsverfahren im Bußgeldverfahren gegen das Unternehmen weitgehend ungeregt ist.<sup>33</sup> Zwar ist der Verbandsvertreter schon im vorbereitenden Verfahren wie ein Beschuldigter zu hören (§§ 432 Abs. 1, 444 Abs. 2 S. 2 StPO i. V. m. Nr. 180a Abs. 1 RiStBV), wenn sich bereits in diesem Zeitraum Anhaltspunkte dafür ergeben, dass gegen den Verband die Festsetzung einer Geldbuße in Betracht kommt, doch bleiben die Form der Beteiligung und der Anhörungszeitpunkt offen.<sup>34</sup> Zwar wird zutreffend vertreten, dass der Verband im Ermittlungsverfahren förmlich durch aktenkundig zu machende Verfügung zu beteiligen sei, sobald analog § 152 Abs. 2 StPO Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass eine Sanktionierung des Verbandes gemäß § 30 OWiG in Betracht kommt, sofern dadurch keine Gefährdung des Ermittlungserfolgs entsteht und ihm analog §§ 444 Abs. 2 S. 2, 432 Abs. 2, 136, 434 Abs. 1 S. 2, 148 StPO Beschuldigtenrechte zuzubilligen sind.<sup>35</sup> Es ist zudem in der Praxis mangels expliziter Regelung für das Unternehmensbußgeldverfahren jedoch gerade nicht gewährleistet, dass dem gefolgt wird.

<sup>30</sup> Das OWiG-basierte Konzept des BUJ, vgl. Beulke/Moosmayer CCZ 2014, 146 ff., setzt hier leider keinen Schwerpunkt.

<sup>31</sup> Kritisch auch Wimmer NZWiSt 2017, 252.

<sup>32</sup> Vgl. Wimmer NZWiSt 2017, 252.

<sup>33</sup> Wimmer NZWiSt 2017, 252.

<sup>34</sup> Wimmer NZWiSt 2017, 252, 253.

<sup>35</sup> Wimmer NZWiSt 2017, 252, 253.

Insbesondere das nach dieser Auffassung dem Unternehmen entsprechend zu gewährende Schweigerecht (§ 136 StPO)<sup>36</sup> soll einem Verband nach anderer Auffassung gerade nicht zustehen.<sup>37</sup> Große Unsicherheit besteht – auch nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 27.06.2018 – über den genauen Zeitpunkt, zu dem de lege lata dem Unternehmen Beschuldigtenrechte und dem Anwalt des Unternehmens verteidigergleiche Rechte (vgl. u.a. §§ 97, 148, 160a Abs. 1 StPO) zustehen sollen;<sup>38</sup> entgegen dem ersten Anschein schafft die Entscheidung neuen Regelungsbedarf.<sup>39</sup> Ohne dass an dieser Stelle ins Detail gegangen werden kann oder müsste, dürfte zudem auch unstrittig sein, dass das Recht der Eingriffsbefugnisse für (selbstständige) Bußgeldverfahren nach § 30 OWiG ebenfalls unzureichend ist, da hier nur die Maßnahmen zur Verfügung stehen, die durch die Verweisung des OWiG auf die StPO zugelassen sind, der Sache nach praktisch wohl nur Durchsuchungen im Sinne des § 102 StPO.<sup>39</sup>

Vor dem Hintergrund der oben stehenden Ausführungen kann kurz zusammenfassend festgehalten werden, dass die Vorzüge einer paragrafenrechtlichen Kodifizierung des Unternehmenssanktionenrechts – wie im „Kölner Entwurf“ – primär in der detaillierten, sachgerechten und rechtsstaatlichen Gestaltung eines Unternehmenssanktionsverfahrens einschließlich von geeigneten Diversionenmöglichkeiten (insbesondere der Verfahrenseinstellung nach dem Opportunitätsprinzip) sowie in der Spezifizierung der Zumessungsregelungen unter besonderer Berücksichtigung kooperativen Verhaltens sowie präventiver wie sukzessiver Compliance liegen können und sollten. Hinsichtlich einer faktischen Ausweitung des personellen Anwendungsbereichs – der in der bisherigen Praxis des § 30 OWiG typischerweise ganz überwiegend größere Konzerne im Zusammenhang mit umfangreichen und systemischen Wirtschaftsstraftaten umfasste – ist hingegen aus praktisch-verfahrensökonomischen Gründen sowie zur Vermeidung von normativ und rechtspolitisch unerwünschten Nebenfolgen eine Selbstbeschränkung des Gesetzgebers geboten. Dasselbe gilt aus diesseitiger Sicht auch hinsichtlich der Art und des Umfangs der Unternehmenssanktionen selbst und bezüglich des wirtschaftlichen Gewichts pekuniärer Sanktionen (s. Teil 2 dieses Beitrags in WiJ 4/2018).

## II. Kommentar zum Kölner Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes

### 1. Zum personellen Anwendungsbereich der Verbandssanktionen (§ 1 II, IV KE-VSG)

Gemäß §§ 3, 1 des Kölner Entwurfs („KE“) eines Verbandssanktionengesetzes (im weiteren „KE-VSG“) sollen Verbandssanktionen durch verbandsbezogene rechtswidrige Zuwiderhandlungen gegen Straftatbestände (Verbandsverfehlungen) von Leitungspersonen und Mitarbeitern ausgelöst werden. Von Interesse ist zunächst die Reichweite des Verbandsbegriffs, ergänzend soll auch der Begriff der Leitungsperson des KE untersucht werden.

#### a) Zum Verbandsbegriff (§ 1 II KE-VSG)

Verbände im Sinne des KE-VSG sind nach § 1 Abs. 2 KE-VSG juristische Personen, nicht rechtsfähige Vereine und rechtsfähige Personengesellschaften des privaten und öffentlichen Rechts; ausgenommen sind Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts nur, „soweit sie in Ausübung hoheitlicher Befugnisse tätig werden“.<sup>40</sup>

#### aa) Juristische Personen des öffentlichen Rechts

Kritisch zu hinterfragen ist die Einbeziehung sämtlicher juristischer Personen des öffentlichen Rechts in den Anwendungsbereich des KE-VSG: Juristische Personen des öffentlichen Rechts sind bekanntermaßen Rechtssubjekte, die auf öffentlich-rechtlichem und privatrechtlichem Gebiet Rechtsfähigkeit kraft Gesetzes besitzen. Sie bestehen aufgrund öffentlich-rechtlicher Hoheitsakte oder öffentlich-rechtlicher Anerkennung; Ihnen gemeinsam ist das Recht der Selbstverwaltung, sie unterstehen staatlicher Aufsicht – soweit sie nicht selbst als Bundesland oder die Bundesrepublik Deutschland „Staat“ sind – und können in der Regel objektives Recht im Rah-

<sup>36</sup> KK-OWiG/Rogall § 30 Rn. 196/197, 208 ff.; BeckOK-OWiG/Meyberg § 30 Rn. 114ff.; Wimmer NZWiSt 2017, 252, 253.

<sup>37</sup> Serini/Witzigmann in Vordermayer/v. Heintschel-Heinegg, Handbuch des Staatsanwalts, 5. Aufl. (2016), 2. Teil Kap. 5, S. 595f.; vgl. auch bzgl. der verfassungsrechtlich angeblich fehlenden Erforderlichkeit eines Schweigerechts BVerfG, NJW 1997, 1841, 1844.

<sup>38</sup> Vgl. Uwer/van Ermingen-Marbach wistra 9/2018 im Erscheinen; Rübenthal/Graf ZWH 9/2018 im Erscheinen.

<sup>39</sup> Wimmer NZWiSt 2017, 252, 253.

<sup>40</sup> Diese u. alle weiteren §§ des KE VSG werden zitiert nach Henssler/Hoven/Kubicel/Weigend, NZWiSt 2018, 1 ff.

men ihrer Zuständigkeit setzen. Generell wird unterschieden zwischen Körperschaften des öffentlichen Rechts, Anstalten des öffentlichen Rechts und Stiftungen öffentlichen Rechts. Im Rahmen des § 30 OWiG wurde nach strittiger, aber überwiegender Ansicht die Anwendbarkeit auf öffentlich-rechtliche Rechtspersönlichkeiten nur im Grundsatz bejaht.<sup>41</sup> Zurecht wurde jedoch bereits bezogen auf § 30 OWiG von der herrschenden Meinung darauf hingewiesen, dass sich Beschränkungen aus der Natur der Sache ergeben müssen, insbesondere wenn die Bußgeldbehörde derselben Funktionseinheit wie der betroffene Verband angehört; zudem müssen auch Geldbußen zulasten des Staates (Bund und Länder) insgesamt ausgeschlossen sein.<sup>42</sup> Der Ausschluss der Anwendbarkeit auf Bund und Länder sollte de lege ferenda auch im Bereich eines zukünftigen Unternehmensanktionenrechts gelten und dementsprechend in der vorzitierten Formulierung des § 1 Abs. 2 KE-VSG klargestellt werden. Es erscheint wenig sachdienlich, wenn ein nordrhein-westfälisches Landgericht dem Land Nordrhein-Westfalen – wegen Straftaten von Angehörigen der Landesregierung, von Vertretungsorganen z.B. einer obersten Landesbehörde, einer Landesoberbehörde oder eines Landeseigenbetriebs – zugunsten des Justizfiskus eine Geldbuße von bis zu 15 % des Umsatzes (des Landeshaushalts?) auferlegen kann. In vergleichbaren Fällen würden sich zudem schwer lösbare Probleme bezüglich der sachgerechten (Nicht-) Ausübung der Aufsicht durch die Landesjustizminister über die für Unternehmensanktionsrecht ständigen Staatsanwaltschaften und faktisch auch im Hinblick auf die Gewährleistung der richterlichen Unabhängigkeit ergeben.

Wenig sachdienlich erscheint aus diesseitiger Sicht darüber hinaus auch die Verhängung von Geldbußen gegen andere Gebietskörperschaften (Landkreise und Gemeinden) und Verbandskörperschaften (Gemeindeverbände), da die potentiell sehr einschneidenden pekuniären Sanktionen nach dem KE-VSG hier letztlich dazu führen können, dass die Erfüllung öffentlicher Aufgaben – die hier stets im Allgemeininteresse zumindest aller Angehörigen der Gebietskörperschaft liegt – beeinträchtigt wird. Zudem muss man sich fragen, welche spezialpräventiv erzieherische Wirkung etwa die Geldstrafe von 10% des „Umsatzes“ (?) einer Gemeinde gegen diese haben soll. Gegen eine sinnvolle Präventionswirkung spricht etwa, dass Gebietskörperschaften aus Rechtsgründen nicht insolvent werden können (§§ 12 Abs. 1, Abs. 2 InsO) und dass die ihnen durch Sanktionen entzogenen Mittel regelmäßig im Rahmen von Finanzausgleichsmaßnahmen aus anderen öffentlichen Mitteln (d.h. vom Steuerzahler) aufgebracht werden müssen. Letztlich wirkt eine Bestrafung von Gebietskörperschaften stets nur zu Lasten der Allgemeinheit, nicht zu Lasten von in einem Verband zusammengeschlossenen (privaten) Sonderinteressen. Eine Präventionswirkung durch die Androhung von Verbandssanktionen gegenüber öffentlich-rechtlichen Gebietskörperschaften, dürfte auch nicht erforderlich sein, da deren Leitungspersonen – anders als die von Unternehmen – durch allgemeine, freie und demokratische Wahlen ausgetauscht werden können, parlamentarisch kontrolliert werden und (insbesondere auf kommunaler Ebene) besonderen öffentlich-rechtlichen Aufsichts- und Disziplinarmaßnahmen ausgesetzt sind.

Darüber hinaus ist auch zu hinterfragen, ob Personal- und Realkörperschaften – etwa (staatliche) Universitäten – oder öffentlich-rechtliche Anstalten (öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten) oder Stiftungen (Deutsche Bundesstiftung Umwelt, Stiftung Preussischer Kulturbesitz), d.h. öffentlich-rechtlich verselbstständigte Institutionen, die im Wesentlichen über staatliche Gelder finanziert werden, in den Anwendungsbereich des Unternehmensanktionenrechts aufgenommen werden sollten, da dessen Präventionswirkung im Wesentlichen ökonomische Sanktionen vorsieht, mit denen sich der Staat hier faktisch selbst belasten würde. Letztlich würden erhebliche Verfahrenskosten anfallen nur damit ein Teil des Staates (etwa: Land über den Justizfiskus) auf Kosten einer staatlich finanzierten, verselbstständigenden öffentlich-rechtlichen Institution (etwa: Universität) bereichert würde. Regelmäßig würde zusätzlich das Paradox auftreten, dass der bereicherte Teil des Gemeinwesens (Bundesland) für die aufgrund der Sanktion eingetretene Finanzierungslücke bei der rechtlich verselbstständigten aber staatlich finanzierten Institution (Universität) aus rechtlichen und politischen Gründen aufkommen müsste. Neben der mangelnden wirtschaftlichen Sinnhaftigkeit ist auch darauf hinzuweisen, dass gezielte disziplinarische und strafrechtliche Sanktionen gegen die tätigen Individuen (oft schon diesbezügliche Ermittlungsverfahren) und öffentlich-rechtlichen Aufsichtsmaßnahmen präventiv wesentlich wirksamer sein dürften. Gerade Beamte und sonstige Amtsträger sind sich regelmäßig sehr

<sup>41</sup> OLG Frankfurt NJW 1976, 1276; OLG Hamm NJW 1979, 1312; KK-OWiG/Rogall § 30 Rn. 35 f.; Göhler/Gürtler OWiG § 30 Rn. 2; Lemke/Mosbacher OWiG § 30 Rn. 13; Bohnert/Krenberger/Krumm Rn. 12; Mitsch Rn. 16/9; Achenbach, FS f. Stree/Wessels, 1993, S. 545, 553 f.; Eidam wistra 2003, 449; Theile/Petermann JuS 2011, 496, 500; a.A. z.B. Hirsch ZStW 107 [1995], 308.

<sup>42</sup> KK-OWiG/Rogall § 30 Rn. 37.

deutlich dessen bewusst, dass disziplinarische Maßnahmen und oft schon verhältnismäßig geringe strafrechtliche Sanktionen existenzielle Folgen für sie persönlich auslösen können. Umgekehrt dürfte eine (gegebenenfalls zusätzliche) Schädigung des jeweiligen öffentlichen Haushalts (aufgrund drohender Unternehmenssanktionen) für sie im Hinblick auf insoweit fehlende spezifische Inzentivierungsmechanismen meist nur deutlich geringere steuernde Wirkung entfalten.<sup>43</sup> Insgesamt dürfte es vorzugswürdig, wenn auch nicht absolut zwingend sein, die Unternehmenssanktionen lediglich für Personen des Privatrechts vorzusehen. Wettbewerbsrechtliche Ordnungswidrigkeiten insbesondere Verstöße gegen das GWB, die eine Anwendbarkeit von § 30 OWiG auch auf öffentlich-rechtliche Rechtspersönlichkeiten erforderlich erscheinen lassen könnten, dürften nicht unter den KE-VSG fallen.

Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass auch die Einschränkung, dass Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts ausgenommen sind, soweit sie in Ausübung hoheitlicher Befugnisse tätig werden (§ 1 Abs. 2 S. 2 KE-VSG), nicht ausreichend ist. Es ist davon auszugehen, dass die Begrifflichkeit des Art. 33 Abs. 4 GG (Ausübung hoheitlicher Befugnisse) gemeint ist. Hiervon wird nur ein geringer Bereich staatlicher und kommunaler Tätigkeitsbereiche aus dem Anwendungsbereich des KE-VSG ausgeschlossen. Hoheitlich ist eine Tätigkeit dann, wenn sie aus der Staatsgewalt abgeleitet ist; dabei kommt öffentliches Recht zur Anwendung, welches durch ein Überordnungs- und Unterordnungsverhältnis gekennzeichnet ist. Das Staatswesen übt bei der Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben hoheitliche Gewalt aus, die Obrigkeit nimmt Aufgaben mit potenziell zwangsbewehrter Gewalt wahr. Gerade diejenigen Tätigkeitsbereiche der öffentlichen Verwaltung, die jedenfalls für Wirtschaftsstraftaten am anfälligsten sind – Leistungsverwaltung, Daseinsvorsorge, Beschaffung, fiskalische Hilfstätigkeiten etc. – blieben demnach laut KE-VSG im Anwendungsbereich des Verbandssanktionenrechts. Zwar wird ein erheblicher Teil der hier zu begehenden Straftaten aufgrund von § 1 Abs. 3 KE-VSG – der Taten ausschließt, durch die der Verband unmittelbar geschädigt wurde, nicht bereichert wurde und nicht bereichert werden sollte oder alternativ fordert, dass eine Verbandspflicht verletzt sein muss<sup>44</sup> – nicht zu einer Zuwiderhandlung im Sinne des KE-VSG werden. Dies könnte passive Korruptionsdelikte (§§ 299 Abs. 1, 331, 332 StGB) aus dem Anwendungsbereich des KE-VSG ausschließen. Zweifelhafte ist dies allerdings bereits bezüglich von Fällen der Untreue (§ 266 StGB), die i.E. auf eine Bereicherung des Verbands abzielten, diese aber nicht oder zunächst nicht erreichten (etwa unerlaubte Risikogeschäfte und andere Formen der Haushaltsuntreue<sup>45</sup>). Übersehen wurde zudem möglicherweise, dass Steuerstraftaten und Taten nach § 266a StGB aus juristischen Personen des öffentlichen Rechts heraus – und mutmaßlich diverse andere Straftatbestände – ohne weiteres eine Zuwiderhandlung nach § 1 Abs. 3 KE-VSG sein dürften.

Zieht man all dies in Betracht, erscheint es sinnvoll, juristische Personen des öffentlichen Rechts aus dem Anwendungsbereich des Verbandssanktionenrechts insgesamt auszuschließen, wie dies auch in anderen europäischen Ländern der Fall ist: In Italien etwa ist seit 2001 eine breite Anwendung findende Kodifikation eines Verbandssanktionengesetzes (decreto legislativo (Legislativdekret Nr. 231 vom 8.6.2001) in Kraft.<sup>46</sup> Ausgeschlossen von der Haftung für Straftaten von Mitarbeitern sind hier gemäß Art. 1 Abs. 3 der italienische Staat, andere Gebietskörperschaften sowie öffentlich-rechtliche Verbände und juristische Personen; nicht ausgenommen sind hingegen privatrechtliche (Kapital-)Gesellschaften mit Beteiligung der öffentlichen Hand oder solche im (Allein-)Eigentum der öffentlichen Hand<sup>47</sup>. Obwohl das Legislativdekret Nr. 231/2001 in den letzten 17 Jahren breitflächig angewandt,<sup>48</sup> vielfach geändert und sein Anwendungsbereich erheblich erweitert wurde, wurde soweit ersichtlich von niemandem das Erfordernis gesehen, seinen Anwendungsbereich auf juristische Personen des öffentlichen Rechts auszudehnen.

Soweit ersichtlich ist auch in den USA eine Strafbarkeit öffentlich-rechtlicher juristischer Personen bzw. von deren Behörden ausdrücklich nicht vorgesehen.<sup>49</sup> Österreich schließt gem. § 1

<sup>43</sup> Bei einem erfolgsabhängig vergüteten Manager kann dies hingegen durchaus anders sein, sofern sich die Vergütung auch auf den längerfristigen Erfolg eines bestimmten „profit centers“ bezieht.

<sup>44</sup> Zuwiderhandlungen sind verbandsbezogen, wenn durch sie a) der Verband bereichert wurde oder bereichert werden sollte oder b) eine Pflicht verletzt wurde, die den Verband trifft, sofern er durch die Zuwiderhandlung nicht unmittelbar selbst geschädigt ist.

<sup>45</sup> Vgl. Rübenstahl/Wasserburg NSTZ 2004, 521 ff.

<sup>46</sup> Vgl. dazu näher Rübenstahl RIW 2012, 505 ff.

<sup>47</sup> *Giarda/Spangher* Codice di Procedura Penale, 4. Aufl. 2011, d.lgs. 231/2001 Art. 1-4 Rn. III.2. Diese sind in Italien zahlreich und oft Großunternehmen von besonderer wirtschaftlicher Bedeutung (etwa ENI s.p.a., Treni d'Italia s.p.a., Finmeccanica s.p.a., Telecom Italia S.p.a., ENEL s.p.a. u. v. a. m.).

<sup>48</sup> Zu den Änderungen vgl. Rübenstahl RIW 2012, 505, 506 ff.

<sup>49</sup> So der (kommentierte) Model Penal Code § 2.07 IV a zum Ausschluss von Regierungsorganisationen aus dem Begriff der „corporation“ die strafrechtlich verantwortlich ist: „corporation“ does not include an entity organized as or by a governmental agency for the execution of a governmental program;“ ; ergänzend hält der Kommentar aus-



Abs. 3 Nr. 2 VbVG „Bund, Länder, Gemeinden und andere juristische Personen, soweit sie in Vollziehung der Gesetze handeln“ – d. h. dem Wortlaut nach wohl über den Bereich der Eingriffsverwaltung hinaus – sowie gem. Nr. 3 Kirchen etc. aus dem strafrechtlichen Verbandsbegriff aus,<sup>50</sup> die Schweiz in Art. 102 Abs. 3 b StGB-CH zumindest Gebietskörperschaften aus dem Anwendungsbereich des strafrechtlichen Unternehmensbegriffs.<sup>51</sup> Im internationalen Vergleich und auch im Hinblick darauf, dass schon für § 30 OWiG kaum Anwendungsfälle der Verhängung von Geldbußen gegen juristische Personen des öffentlichen Rechts konstatiert werden,<sup>52</sup> erscheint es nicht erforderlich, die schärfere – strafrechtsähnliche – Sanktionierung nach einem Verbandssanktionengesetz auf öffentlich-rechtliche Personen auszudehnen, zumal Verstöße gegen das GWB voraussichtlich ohnehin nicht im Rahmen dieses Gesetzes verfolgt werden würden.

#### bb) Gemeinnützige juristische Personen

Ergänzend sollte im Rahmen eines etwaigen Gesetzgebungsverfahrens zum Verbandssanktionenrecht überdacht werden, ob nicht zumindest Sonderregelungen für anerkannte gemeinnützige (§ 52 Abs. 2 AO) eingetragene Vereine, Stiftungen und (g)GmbHs vorgesehen werden sollten, die Verbandssanktionen nur unter bestimmten zusätzlichen Voraussetzungen zulassen. Diese sind ähnlich wie Gebietskörperschaften und verschiedene andere juristische Personen des öffentlichen Rechts dazu bestimmt, dem allgemeinen Nutzen bzw. dem Gemeinwohl zu dienen. Eine – pekuniäre – Sanktionierung des Verbandes bei einer Straftat einer Leitungsperson ist insofern jedenfalls dann aus gesamtgesellschaftlicher Perspektive kontraproduktiv, wenn der gemeinnützige Verband trotzdem tatsächlich die Voraussetzungen der Gemeinnützigkeit (weiterhin) erfüllt. Möglicherweise kann hieran angeknüpft werden, um eine Sanktionierung im Ergebnis zu verneinen (vergleichbar einem Strafausschlussgrund oder einem Absehen von Strafe). Umgekehrt wäre denkbar, hier eine Sanktionierung zuzulassen, sofern (auch) ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb (§ 14 AO) vorliegt und diese hierauf zu beschränken.

#### b) Zum Begriff der Leitungsperson (§ 1 IV KE-VSG)

Die Zuwiderhandlung einer Leitungsperson nach § 1 IV KE-VSG soll unter den Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 KE-VSG zu Verbandssanktionen führen. Vor diesem Hintergrund – und unter Berücksichtigung des Umstands, dass die Verbandshaftung gem. § 3 Abs. 2 KE-VSG zusätzlich auch durch Zuwiderhandlungen von Mitarbeitern ausgelöst werden kann, wenn durch Leitungspersonen erforderliche und zumutbare (Compliance-) Maßnahmen unterlassen wurden – erscheint es geboten, den Anwendungsbereich des Begriffs der Leitungsperson möglichst klar zu konturieren und zugleich nicht zu überdehnen. Letzteres insbesondere deshalb, weil die Konzeption des KE vorsieht, dass letztlich die Handlung jeder verbandsangehörigen Person zur Unternehmenssanktion führen kann, bei Mitarbeiterverhalten aber nur unter der Voraussetzung, dass Leitungspersonen die erforderlichen organisatorischen Maßnahmen unterlassen haben. Damit ist letztlich gesagt, dass das strafbare Mitarbeiterverhalten dem Verband nicht unmittelbar zugerechnet werden soll, da die Mitarbeiter im Gegensatz zu den Leitungspersonen nicht mit der erforderlichen Eigenständigkeit und Verantwortlichkeit für den Verband agieren. Diese Differenzierung erscheint im Grundsatz richtig und liegt auch der bisherigen Unternehmensgeldbuße auf der Basis einer Straftat einer Leitungsperson gemäß § 30 Abs. 1 OWiG bzw. auf der Basis einer Straftat eines anderen Mitarbeiters i.V.m. §§ 130, 30 Abs. 1 OWiG zugrunde. Aus Gründen der Praktikabilität und der Gleichmäßigkeit der Rechtsanwendung wäre es wohl wünschenswert gewesen, nicht im Rahmen des KE-VSG neue Begrifflichkeiten zur Abgrenzung der Leitungsperson von dem Mitarbeiter zu treffen, sondern die existierenden zu übernehmen. Jedenfalls die offenbare Ausweitung des Begriffs der Leitungsperson im KE-VSG im Verhältnis zu § 30 Abs. 1 OWiG erscheint verfehlt, da nicht nachvollziehbar ist, dass einem Verband Straftaten leitender oder anderer Mitarbeiter in einem weitergehenden Umfang zuzurechnen sein sollten als Ordnungswidrigkeiten (auf die § 30 Abs. 1 OWiG anwendbar bleiben wird). Im Einzelnen:

#### aa) Faktische Leitungsperson, § 1 Abs. 4 d KE-VSG

Gemäß § 1 Abs. 4 d sollen Leitungspersonen im Sinne dieses Gesetzes – an deren Handeln Verbandssanktionen anknüpfen – u.a. auch „Personen, die in einem Verband eine Leitungsfunktion

drücklich fest, "Corporation" is defined to exclude governmental entities.", vgl. [https://ia600102.us.archive.org/29/items/ModelPenalCode\\_ALI/MPC%20full%20%28504%20pages%29.pdf](https://ia600102.us.archive.org/29/items/ModelPenalCode_ALI/MPC%20full%20%28504%20pages%29.pdf)

<sup>50</sup> [https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=200044\\_25](https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=200044_25)

<sup>51</sup> <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19370083/index.html#id-1-1-7>

<sup>52</sup> Göhler/Gürtler OWiG § 30 Rn. 2; KK-OWiG/Rogall § 30 Rn. 37.

wahrnehmen, auch ohne rechtmäßig dazu bestellt worden zu sein“ sein. Damit wird – soweit ersichtlich in der deutschen Rechtsordnung erstmals kodifiziert – der Begriff einer „faktischen Leitungsperson“ eingeführt, der wohl der Begrifflichkeit des faktischen Geschäftsführers und allgemein des faktischen (Geschäftsführung-) Organs, wie er im materiellen Strafrecht in Rechtsprechung und Literatur anerkannt ist,<sup>53</sup> entlehnt wird. Bedauerlicherweise wird jedoch nicht allein der Begriff des Organs (§ 1 Abs. 4 a) in Bezug genommen, sondern der sehr viel weitergehende der Leitungsperson, die in § 1 Abs. 4 KE-VSG insgesamt (Buchstaben a bis f) definiert ist.

Zunächst ist zu bemängeln, dass die Definition der faktischen Leitungsperson des § 1 Abs. 4 d) KE-VSG deutlich geringere Anforderungen enthält als die anerkannte Definition des faktischen Organs (insbesondere Geschäftsführers) im Zusammenhang mit § 14 StGB oder § 9 OWiG:

Der faktisch Organwalter kann nach h.M. strafrechtlich belangt werden, wenn er die Stellung eines Geschäftsführers, Vorstandsmitglieds oder Liquidators o.ä. tatsächlich eingenommen hat. Diese Voraussetzung ist dann erfüllt, wenn sowohl betriebsintern, als auch nach außen alle Dispositionen weitgehend von ihm ausgehen und er auch im Übrigen auf Geschäftsvorgänge, die üblicherweise von der Geschäftsführung entschieden werden, bestimmenden Einfluss nimmt.<sup>54</sup> Auf die entsprechende Stellung kann aus der Zusammenschau der einzelnen Tätigkeiten, die insofern bloße Beweiszeichen darstellen, geschlossen werden, wobei ein Handeln nach außen erforderlich ist.<sup>55</sup> Zusätzlich zu der tatsächlichen Aufnahme der Geschäftsführungstätigkeit verlangt die h. Rspr. ein Handeln im Einverständnis mit den Gesellschaftern oder dem Aufsichtsrat, wobei auch die bloße Duldung des maßgebenden Gesellschaftsorgans (oder Gesellschafters) oder der Mehrheit seiner Mitglieder ausreichen soll, denn hierin sei ein faktisches Einverständnis zu sehen.<sup>56</sup> Sofern ein wirksam bestelltes Geschäftsführungsorgan existiert, ist nach h. M. zudem erforderlich, dass der lediglich faktische Organwalter gegenüber dem bestellten Organwalter eine „überragende Stellung“ oder jedenfalls „das deutliche Übergewicht“ hat.<sup>57</sup> Aus der Definition des KE geht nicht hinreichend deutlich hervor, ob bzw. dass das fest etablierte Erfordernis des zumindest konkludenten Einverständnisses der Eigentümer des Verbands bzw. seiner Vertreter anerkannt wird; genauso wenig wird deutlich, dass im Falle der Bestellung von Organwaltern eine faktische Organstellung nur bei deutlichen Übergewicht bzw. überragender Stellung des faktischen Organwalters gegenüber den bestellten Organwaltern besteht. Dies ist zur Sicherstellung des Gleichlaufs der Maßstäbe im Individualstrafrecht und im Unternehmenssanktionenrecht – die zudem auch für denselben Sachverhalt relevant werden können – geboten.<sup>58</sup> Vorzugswürdig könnte sogar sein, von einer Definition der faktischen Organstellung im KE-VSG im Hinblick auf die ständige Rechtsprechung zur faktischen Organstellung im Individualstrafrecht zu verzichten, und in der Gesetzesbegründung lediglich von deren entsprechender Anwendbarkeit auszugehen. Andernfalls käme in Betracht, § 30 Abs. 1 Nr. 5 OWiG entsprechend zu übernehmen (etwa: „sonstige Personen, die für die Leitung des Betriebs oder Unternehmens eines Verbands verantwortlich handeln, wozu auch die Überwachung der Geschäftsführungsorgane oder die sonstige Ausübung von Kontrollbefugnissen in leitender Stellung gehört“). Hierdurch würden – neben dem unter § 1 Abs. 4 a – c KE-VSG erfassten Personenkreis – alle Mitarbeiter mit echter Leitungsverantwortung erfasst.

Die vorgenannte Vorschrift des OWiG deckt eine faktische Leitungsverantwortung hinreichend breit ab: Nach der Generalklausel des § 30 Abs. 1 Nr. 5 OWiG können taugliche Täter auch alle sonstigen Personen sein, die nicht schon aus formalen Gründen (§ 30 Abs. 1 Nr. 1–4 OWiG), sondern faktisch für die Leitung eines Betriebes oder Unternehmens verantwortlich handeln.<sup>59</sup> Maßgeblich ist damit auch bei § 30 Abs. 1 Nr. 5 OWiG die materielle (faktische) Verantwortlichkeit für die Unternehmensleitung; auf die Wirksamkeit eines Bestellungsaktes kommt es nicht

<sup>53</sup> BGHSt 3, 32, 37; BGHSt 31, 118, 121; BGH NJW 2000, 2285 m. w. N.

<sup>54</sup> BGHSt 3, 32, 37; BGH NJW 2000, 2285 m. w. N. – h. Rspr.

<sup>55</sup> BGHSt 31, 118, 121 = NJW 1983, 240; Als Hinweise kommen in Betracht: Selbständige Leitung sämtlicher Außengeschäfte; Auftreten gegenüber den Mitarbeitern als Geschäftsführer; Auftreten gegenüber den Kunden als Geschäftsführer; Erteilung von Buchungsanweisungen an einen mit der Führung der Geschäftsbücher betrauten Steuerberater; Entscheidung über Steuerangelegenheiten; Einstellung und Entlassung von Mitarbeitern, Ausstellen von Zeugnissen; Vereinbarung von Stundungen oder Aushandeln von Zahlungsbedingungen mit Lieferanten; Verhandlungen mit Banken; Vergütung, die dem Gehalt eines Geschäftsführers entspricht. Fehlt es an einzelnen Merkmalen, steht dies einer tatsächlichen

Geschäftsführertätigkeit nicht zwingend entgegen, vgl. BGH a.a.O.

<sup>56</sup> BGHSt 3, 32, 38; BGHSt 21, 101, 103 f. = NJW 1966, 2225; BGH NSTz 2000, 34, 35.

<sup>57</sup> BGHSt 3, 32, 37; BGHSt 31, 118, 122 = NJW 1983, 240; BGH, BGHR GmbHG § 64 Abs. 1 Antragspflicht 3; BGH wistra 1990, 97; BGH NJW 2000, 2285.

<sup>58</sup> Es macht keinen Sinn, wenn wegen der strengeren Maßstäbe des StGB die faktische Geschäftsführung zu verneinen ist, obwohl möglicherweise die Zurechnung im Unternehmenssanktionenrecht möglich wäre. Hier würde dann wohl auch schon die Anknüpfungswiderhandlung fehlen, weshalb dann die Zurechnung ins Leere ginge.

<sup>59</sup> Göhler/Gürtler OWiG § 30 Rn. 14; KK-OWiG/Rogall OWiG § 30 Rn. 86 m.w.N.

an; nach Maßgabe der oben zitierten h. Rspr. kann jedenfalls auch der faktische Geschäftsführer die Zurechnung der Ordnungswidrigkeit zum Verband begründen.<sup>60</sup> Auch vor diesem Hintergrund bedarf es keines neuen Definitionsversuchs bezüglich einer faktischen Leitungsfigur.

bb) Beauftragte Leitungspersonen im Sinne der Buchstaben a) bis e),  
§ 1 IV f KE-VSG

Die Zurechnung von Zuwiderhandlungen zulasten des Verbandes soll auch insoweit in Betracht kommen, als sie von „Personen, die beauftragt worden sind, in eigener Verantwortung Aufgaben gemäß Buchst. a bis e wahrzunehmen“ begangen wurde. Hiermit dürften wohl verbands-externe Personen – Berater und sonstige Dienstleister – gemeint sein. Insofern dürfte aber die Verweisung auf Buchst. d fragwürdig sein, da es sich hier ja gerade um Personen handelt, die eine Leitungsfunktion wahrnehmen „auch ohne rechtmäßig dazu bestellt worden zu sein“. Der verbleibende Anwendungsbereich könnte dann wohl allenfalls einen Personenkreis betreffen, der in nicht rechtswirksamer Weise beauftragt wurde, Aufgaben gemäß den Buchstaben a bis e wahrzunehmen. Es erscheint zweifelhaft, ob gerade bei verbandsexternen Personen, die nicht wirksam beauftragt sind, eine strafrechtsartige Verbandshaftung eingreifen sollte. Vor diesem Hintergrund wäre zu überlegen, den Verweis in § 1 Abs. 4 Buchst. f bzgl. des Buchst. d zu streichen.

Es erschließt sich auch nicht ohne weiteres, inwieweit die Verweisung in § 1 Abs. 4 Buchst. f auf Buchst. e sinnhaft ist. Gemäß Buchst. e sind Zuwiderhandlungen von „Personen, denen im Verband die Überwachung der Geschäftsführung oder die Ausübung von Kontrollbefugnissen in leitender Stellung übertragen worden ist“, Anknüpfungspunkt für Unternehmenssanktionen. Es ist nicht ersichtlich, inwieweit § 1 Abs. 4 Buchst. f KE-VSG, in dem lediglich zusätzlich die „Beauftragung in eigener Verantwortung“ mit der jeweiligen Leitungsaufgabe erfasst wird, den Anwendungsbereich des Buchst. e sinnvoll erweitert. Möglicherweise soll hier die externe Wahrnehmung von Kontrollfunktionen – Ausübung der Compliance-Funktion (Compliance Officer), Compliance-Untersuchungen, Geldwäscheprävention etc., eventuell auch noch weitergehendes „Outsourcing“ von Kontrollfunktionen an Dienstleister – erfasst werden. Wäre dies so, wäre allerdings kritisch zu hinterfragen, ob bei verbandsbezogenen Zuwiderhandlungen von deren Seite tatsächlich eine unmittelbare strafrechtsähnliche Verantwortlichkeit des Verbandes eingreifen sollte.

Richtiger erschiene es, insofern zu erwägen, ob nicht vergleichbar zum Haftungsmaßstab des § 130 Abs. 1 S. 2 OWiG die neue Unternehmenshaftung nur dann greifen sollte, wenn bezüglich Bestellung, sorgfältiger Auswahl oder Überwachung dieser externen, mit Kontrollaufgaben beauftragten „Leitungspersonen“ seitens der hierfür zuständigen, internen Leitungspersonen des Verbandes gegen Aufsichts- bzw. Sorgfaltpflichten verstoßen wurde. Es erscheint unbillig, wenn das Fehlverhalten korrekt ausgewählter und überwachter externer Dienstleister dem Verband in derselben Weise unmittelbar zugerechnet werden würde wie dasjenige seiner Organe oder sonst geschäftsführungstätiger Leitungspersonen. § 30 Abs. 1 Nr. 5 OWiG dürfte jedenfalls nach zutreffender Auffassung Ordnungswidrigkeiten externer Compliance-Dienstleister nicht erfassen, da hier von der „Ausübung von Kontrollbefugnissen in leitender Stellung“ – gemeint ist: der juristischen Person oder Personenvereinigung – die Rede ist.<sup>61</sup>

Soweit dagegen argumentiert wird, ein Unternehmen dürfe sich nicht durch Verlagerung von Kontrollverantwortung an Externe seiner Verantwortung entziehen<sup>62</sup> – ist dem entgegenzuhalten, dass das hier wie dort gewählte Zurechnungsmodell über das Verhalten von Leitungspersonen nur dann sachgerecht ist, wenn allen die Zurechnung zum Verband auslösenden Leitungspersonen eine annähernd vergleichbare Verantwortung für den Verband, eine vergleichbare Verantwortung des Verbandes für die Leistungsperson sowie eine annähernd gleiche Beeinflussungsmöglichkeit der Leitungsperson bezüglich der Aktivitäten des Verbandes eigen ist. Bei externen Dienstleistern ist die Verbandsnähe bereits durch die Externalisierung der Dienstleistung abgeschwächt. Auch sind die Durchgriffsmöglichkeiten des Dienstleisters in den Verband hinein regelmäßig bereits durch das zu Grunde liegen einer dem Wettbewerb ausgesetzten Geschäftsbeziehung faktisch reduziert. Auch die Einwirkungs- und Kontrollmöglichkeiten des Verbandes sind – weil kein Arbeitsverhältnis oder ein vergleichbares Rechtsverhältnis (Geschäftsführerdienstvertrag) besteht – deutlich reduziert, wenn und soweit Dienstleister rechtlich

<sup>60</sup> BGH NJW 1966, 2225; BGH NJW 2013, 624, 625; Göhler/Gürtler OWiG § 30 Rn. 14; Többens NSTz 1999, 6.

<sup>61</sup> KK-OWiG/Rogall § 130 Rn. 84; Achenbach wistra 2002, 441, 443; Trüg ZWH 2011, 6, 8; a.A. BeckOK-OWiG/Meyberg § 30 Rn. 55.

<sup>62</sup> A.A. BeckOK-OWiG/Meyberg § 30 Rn. 55.

und wirtschaftlich selbstständig sind. Zudem ist der Dienstleister oft ein eigener Verband. Der Verband sollte hier strafrechtsähnliche Verantwortung nur tragen, insoweit als Auswahl- oder Überwachungsver schulden im Sinne des § 130 Abs. 1 S. 2 OWiG vorliegt. Vor diesem Hintergrund erscheint ein Verweis des Buchst. f auf Buchst. e ohne entsprechende Modifizierung des Zurechnungsmaßstabes de lege ferenda nicht wünschenswert.

cc) Geschäftsführungsverantwortung aufgrund rechtsgeschäftlicher Vertretungsmacht, § 1 Abs. 4 c KE-VSG

Soweit Leitungspersonen im Sinne des § 3 Abs. 1 KE-VSG auch „sonst aufgrund rechtsgeschäftlicher Vertretungsmacht für die Geschäftsführung verantwortliche natürliche Personen“ sein sollen (§ 1 Abs. 4 Buchst. c KE-VSG), stellt sich zunächst die Frage, was bzw. wer damit gemeint ist. Dem ersten Anschein nach könnten Personen mit einer besonders weitreichenden Vollmacht – wie etwa Generalbevollmächtigte, Prokuristen oder Handlungsbevollmächtigte (wie sie in § 30 Abs. 1 Nr. 4 OWiG erfasst sind) – gemeint sein. Dies erscheint zumindest vertretbar. Die ungewöhnliche und vom Vorbild abweichende Terminologie könnte vielleicht im Hinblick auf die Einbeziehung auch nicht privatrechtlicher juristischer Personen und Personenvereinigungen offener gehalten worden sein als in der Vorschrift des § 30 Abs. 1 Nr. 4 OWiG.

Das ändert nichts daran, dass sie – ohne Legaldefinition – unklar und latent widersprüchlich erscheint. Letztlich sind für die Geschäftsführung nämlich die gesetzlich bestimmten Geschäftsführungsorgane verantwortlich und gerade nicht Personen, die sei es auch als Generalbevollmächtigte oder Prokuristen, rechtsgeschäftlich bevollmächtigt sind. Jedenfalls nicht befürwortet werden könnte eine Regelung, bei der jede (bzgl. eines bestimmten Geschäfts- oder Zuständigkeitsbereichs) zeitweise oder vertretungsweise erfolgende Bevollmächtigung mit der Wahrnehmung von Teilen der Befugnisse oder einzelnen Befugnissen eines Geschäftsführungsorgans zur Unternehmenshaftung gemäß § 3 Abs. 1 KE-VSG bei Zuwiderhandlungen des Bevollmächtigten führen würde. Erst recht wäre eine Vorschrift inakzeptabel, bei der jeder Mitarbeiter mit Personalverantwortung bzw. Abteilungsleitung oder mit einem bestimmten Zuständigkeitsbereich oder mit einer ähnlichen Stellung die Zurechnung auslösen würde. Zum einen kann das Verhalten von Personen auf diesen unteren Führungsebenen regelmäßig nicht als Ausdruck des Unternehmenswillens verstanden werden. Zum anderen würde eine derartige Ausgestaltung der Zurechnungsnormen (insbesondere auch unter Einbeziehung von vertretungsweise tätigen Personen) bei größeren Unternehmen dazu führen, dass für diese völlig unübersichtlich werden würde, welcher (dann häufig große bzw. nicht überschaubare Personenkreis) die unmittelbare Zurechnung von Straftaten zum Unternehmen bewirken kann und daher besonders sorgfältig auszuwählen und intensiv zu überwachen ist.

c) Zum Begriff des Mitarbeiters, § 1 Abs. 5 KE-VSG

Verbandssanktionen können auf Basis und nach Maßgabe des § 3 Abs. 2 KE-VSG auch dann gegen einen Verband verhängt werden, wenn Mitarbeiter – die keine Leitungspersonen sind – Zuwiderhandlungen begehen. Gemäß § 1 Abs. 5 KE-VSG sind „Mitarbeiter im Sinne dieses Gesetzes ... Personen, die Arbeitsleistungen für den Verband a) auf Grund eines Arbeits-, Leiharbeits-, Dienst- oder Ausbildungsverhältnisses oder b) im Rahmen eines zwischen dem Verband und einem Subunternehmen geschlossenen Vertrages erbringen.“

aa) Arbeitsleistungen erbringende Personen, § 1 Abs. 5 a KE-VSG

Anscheinend soll die Definition des Buchst. a nicht mit dem in Arbeits-, Sozial- und Strafrecht (vgl. § 266a StGB) bekannten Begriff des „Arbeitnehmers“ identisch sein. Bezüglich der Mitarbeiterdefinition ist aber auch in den Blick zu nehmen, dass der Beziehung zwischen Verband und Mitarbeiter zwar ersichtlich unterschiedliche Rechtsverhältnisse zugrunde liegen können (sollen), was vor dem Hintergrund der Ausdehnung auch auf Personen des öffentlichen Rechts nahe liegt, für alle denkbaren Vertragsgestaltungen jedoch vorausgesetzt wird, dass „Arbeitsleistungen für den Verband“ – nicht also: Werkleistungen, Dienste im Rahmen von Dienstleistungsverträgen oder Geschäftsbesorgungen etc. im zivilrechtlichen Sinne – erbracht werden.

Eine Einschränkung auf zumindest arbeitsvertragsähnliche Rechtsverhältnisse erscheint aus diesseitiger Sicht zutreffend und geboten, um eine Überdehnung des Zurechnungszusammenhangs – durch Einbeziehung von Werkunternehmern, externen Dienstleistern etc. – zu vermeiden. Insgesamt erscheint es nicht verkehrt, im Wesentlichen die Annahme zugrunde zu legen, dass eine Zurechnung zum Verband aufgrund von Taten auf unterer Ebene (durch Mitarbeiter)

nur in Betracht kommt, wenn diese „Mitarbeiter“ faktisch ein zumindest arbeitsvertragsähnliches Verhältnis zum Verband haben.<sup>63</sup> Nur dann sind sie organisch Teil desselben und sollten eine Verbandsverantwortlichkeit auslösen.

Jedenfalls sollte die Reichweite der Zurechnung zum Verband nicht über die Maßstäbe des § 130 OWiG hinausgehen: In dem Bereich des Buchst. a löst sich der KE jedenfalls dem Wortlaut nach von den Definitionen der §§ 30, 130 OWiG, obwohl § 130 OWiG – wenn auch passiv und indirekt formuliert – bereits eine Regelung bzgl. derjenigen Personen unter der Ebene der Leitungspersonen enthält, die deren Pflichtenverstoß zur Bußgeldhaftung des Verbands führen kann, nämlich „wenn in dem Betrieb oder Unternehmen“ eine „Zu widerhandlung ... begangen“ wird, die sich gegen „Pflichten des Inhabers richtet“.

Nach h.M. zu § 130 OWiG können Täter der Zu widerhandlung gegen Inhaberplichten alle Betriebsangehörigen sein, worunter auch freie Mitarbeiter und Leiharbeiter zu zählen sind.<sup>64</sup> Zwingend erforderlich ist allerdings, dass der Dritte tatsächlich für den Inhaber tätig ist und er mit dem Verband nicht nur als Abnehmer der Ware oder Empfänger der Dienstleistung in Kontakt steht.<sup>65</sup> Weitergehend sollen als taugliche Täter der Zu widerhandlung auch vorübergehend für den Verband tätige Dritte in Betracht kommen, die gegenüber dem Betroffenen selbstständig Pflichten erfüllen, wenn der Dritte bei der Wahrnehmung von Betriebsangelegenheiten eine dem Inhaber obliegende Pflicht verletzt.<sup>66</sup>

Zwar ist für den Bereich des § 130 OWiG zum Täter der Anknüpfungstat der Aufsichtspflichtverletzung vertreten worden, dass u.U. auch Externe haftungsbegründend tätig werden können, weil sonst problematische Bereiche des Betriebs auf Externe übertragen werden könnten, um sich so einer Haftung zu entziehen. Erforderlich für eine Zurechnung bei § 130 OWiG ist nach zutreffender Auffassung aber, dass ein Dritter bei der Wahrnehmung von Betriebsangelegenheiten eine dem Inhaber obliegende Pflicht verletzt.<sup>67</sup> Bei der Übertragung von Pflichten auf externe Dienstleister muss für eine Zurechnung von deren Verhalten klar und genau geregelt sein, welche Pflichten und welche Befugnisse übertragen werden.<sup>68</sup> Entsprechendes muss auch für ein zukünftiges Verbandssanktionenrecht gelten. Die Zurechnung eines (strafrechtlich relevanten) Fehlverhaltens zum Verband scheidet daher wie im Rahmen des § 130 OWiG z.B. bei mangelhaften bloß steuerlichen, rechtlichen oder Compliance-Dienstleistungen durch Externe aus, da es sich hierbei nicht um Pflichtverletzungen des Verbandes handelt. Unabhängig hiervon ist wie bei § 130 OWiG zusätzlich erforderlich, dass überhaupt eine „Aufsicht“ des Verbandes im Sinne eines Subordinationsverhältnisses möglich sein muss, d.h. ein Direktions- und Weisungsrecht des Verbandes gegenüber dem Externen ist für die Zurechnung erforderlich.<sup>69</sup> Der Sache nach ist dies regelmäßig nur bei vorübergehend in den Verband organisatorisch eingeordneten Personen der Fall.<sup>70</sup>

#### bb) Arbeitsleistungen im Rahmen eines Vertrags mit einem Subunternehmer, § 1 Abs. 5 b KE-VSG

Mitarbeiter im Sinne des KE-VSG sollen auch Personen sein, „die Arbeitsleistungen für den Verband ... im Rahmen eines zwischen dem Verband und einem Subunternehmen geschlossenen Vertrages erbringen“. Diese Formulierung erscheint präzisierungsbedürftig. Der KE geht hier explizit vom Bestehen eines Vertragsverhältnisses zwischen dem Verband und einem Subunternehmer aus. Es ist nicht ganz klar, wie der KE den Begriff des „Subunternehmers“ definiert. Normalerweise würde man unterstellen, dass es einen Auftraggeber eines Werks (den Verband), einen Werkunternehmer und einen Subunternehmer gibt; für letzteren sind dann möglicherweise die Personen tätig, deren Handeln hier wohl dem Verband zugerechnet werden soll. Ein (jedenfalls formales) Vertragsverhältnis zwischen dem Verband und dem Subunternehmer, wie es in der oben zitierten Vorschrift unterstellt wird, besteht dann aber gerade nicht. Die Bezugnahme

<sup>63</sup> Etwa im Sinne des § 266 a StGB, d. h. im Sinne eines sozialversicherungsrechtlichen Arbeitsverhältnisses: Arbeitgeber ist der nach §§ 611ff BGB Dienstberechtigte, d.h. derjenige, dem der Arbeitnehmer Dienste leistet und von dem er persönlich abhängig ist (BSG NJW 1967, 2031; BGH NStZ 2014, 321; 2015, 648); ob ein sozialversicherungspflichtiges Arbeitsverhältnis vorliegt, bestimmt sich allein nach den tatsächlichen Gegebenheiten, nicht nach der von den Vertragsparteien gewählten Rechtsform (BGH NJW 2011, 3047; 2012, 471; NStZ 2016, 348). Maßgeblich ist der wirkliche Sachverhalt (BGH NStZ 2001, 599, 600; Sch/Sch/Perron § 266a Rn. 11).

<sup>64</sup> BayObLG VRS 70, 28, 29; Göhler/Gürtler OWiG § 130 Rn. 19.

<sup>65</sup> OLG Hamm NStZ 1992, 499; Hecker GewArch 1999, 320, 323.

<sup>66</sup> BayObLG NStZ 1998, 575; OLG Düsseldorf wistra 1991, 277; einschränkend KK-OWiG/Rogall § 130 Rn. 92.

<sup>67</sup> OLG Hamm NStZ 1992, 499; OLG Düsseldorf wistra 1991, 277; BayObLG NStZ 1998, 575; Göhler/Gürtler OWiG § 130 Rn. 19; RRH/Förster OWiG § 130 Rn. 8; Erbs/Kohlhaas/Senge OWiG § 130 Rn. 23.

<sup>68</sup> Vgl. Müller-Gugenberger/Schmid/Fridrich WirtschaftsStR § 30 Rn. 131.

<sup>69</sup> BayObLG NStZ 1998, 575; BeckOK OWiG/Beck OWiG § 130 Rn. 88.

<sup>70</sup> Vgl. BeckOK-OWiG/Beck OWiG § 130 Rn. 88; Rogall ZStW 98, 606.

auf einen Subunternehmer, der in einem Vertragsverhältnis zu dem zu sanktionierenden Verband stehen soll, würde nur dann einen Sinn ergeben, wenn man unterstellen würde, der Verband habe die Funktion des (Werk-)Unternehmers (§ 631 BGB) gegenüber einem hier nicht genannten – und nicht in die Zurechnungskette einbezogenen Auftraggeber. Es ist aber fraglich, ob dies wirklich gemeint ist, zumal sich dann die Frage aufdrängt, ob und wieweit dann eine verbandssanktionsrechtliche Zurechnung der Taten der für den Subunternehmer handelnden Personen zum Auftraggeber des Werks in Betracht kommt, sofern es sich um einen Verband handelt.

Im Gegensatz zu dem, was § 1 Abs. 5 b KE-VSG suggerieren könnte, nämlich eine Zurechnungskette vom Auftraggeber bis zum Mitarbeiter des Subunternehmers, schließt § 130 OWiG eine solche Zurechnungskette zu recht aus (s.o.), da ein Subunternehmer aufgrund des mit dem Unternehmer geschlossenen Vertrages das Werk selbstständig herstellt und die werkvertraglichen Anweisungsrechte es dem bestellenden Verband nicht gestatten, dem Unternehmer sein Handeln vorzuschreiben.<sup>71</sup> Soweit dies für § 130 OWiG vereinzelt anders gesehen wurde und eine Zurechnung des Handelns von Subunternehmern bzw. Auftragnehmern angenommen wurde,<sup>72</sup> kann dies nicht verallgemeinert werden, denn der Entscheidung lag die Besonderheit zugrunde, dass es zwischen dem Nebenbetroffenen und dem Dritten eine enge räumliche und organisatorische Verflechtung gab und keine wirtschaftliche Trennung wie bei einem echten Subunternehmer.<sup>73</sup>

Da es kein Bedürfnis für eine Zurechnung des Verhaltens des Subunternehmers gibt und dies auch nach bisherigen Rechtsmaßstäben regelmäßig nicht legitim erscheint, sollte § 1 Abs. 5 b) KE-VSG ersatzlos gestrichen oder explizit nur auf Fälle der Arbeitnehmerleihe bezogen werden. Insoweit als ein tatsächliches Arbeitsverhältnis im arbeitsrechtlichen Sinne vorliegt oder fingiert wird (§§ 9, 10 AÜG) kommt nämlich die Zurechnung des Verhaltens des Leiharbeitnehmers zum Verleiher und/oder zum Entleiher in Betracht.<sup>74</sup>

## 2. Zum räumlichen Anwendungsbereich (§ 2 KE-VSG)

### a) Begehung der Zuwiderhandlung im Inland, § 2 Nr. 1, Nr. 2 KE-VSG

§ 2 Nr. 1 KE-VSG (Begehung der Zuwiderhandlung durch die Leitungspersonen oder den Mitarbeiter des Verbands im Inland) dürfte so zu verstehen sein, dass entweder Tathandlung oder Taterfolg der Anknüpfungsstraftat wie in §§ 3, 9 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 1. HS StGB definiert im Inland liegen müssen.

Weniger klar ist, ob § 9 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 2. HS StGB durch die Regelung des § 2 Nr. 2 KE-VSG ersetzt wird, soweit Unterlassungen in Rede stehen; inhaltlich dürfte kein Unterschied bestehen. Weitergehend stellt sich die Frage, ob die Begehung der Zuwiderhandlung im Inland im Sinne des KE-VSG auch angenommen werden soll, wenn der Teilnehmer an einer Auslandstat – sofern er Leitungsperson oder Mitarbeiter eines Verbandes ist – im Inland gehandelt hat und wenn die Tat nach dem Recht des Tatorts nicht mit Strafe bedroht ist (vgl. 9 Abs. 2 S. 2 StGB, hiernach wäre für den Teilnehmer das StGB anwendbar). Zwar spricht dafür der Gleichlauf von individueller Verbandsverantwortlichkeit. Es dürfte aber zweifelhaft erscheinen, ob es stets erforderlich ist, insbesondere ausländische Verbände in Deutschland für die (im Inland erfolgte) Teilnahme eines Mitarbeiters bzw. einer Leitungsperson an einer im Ausland begangenen Haupttat zu sanktionieren, die dort – am Tatort der Haupttat – nicht strafbar ist. Fälle, in denen eine Anwendbarkeit deutschen Unternehmenssanktionenrechts wegen der Intensität des Bezugs zum Deutschland erforderlich erscheint, könnten wohl in hinreichender Weise durch die § 2 Nr. 3, Nr. 4 KE-VSG erfasst werden, wenn die Vorschrift – wie unten erläutert – modifiziert werden würde.

### b) Verbände, die ihren Verwaltungssitz im Inland haben, § 2 Nr. 3 KE-VSG

Im Hinblick auf die angestrebte Gleichheit im Wettbewerb zwischen in Deutschland und im Ausland ansässigen Verbänden (insbesondere Unternehmen) ist allerdings darauf zu achten,

<sup>71</sup> BayObLG NSTZ 1998, 575.

<sup>72</sup>Vgl. OLG Köln GewArch 1974, 141, 143: Einstandspflicht des Betroffenen auf eine Zuwiderhandlung durch ein selbstständiges Werbeinstitut.

<sup>73</sup> GJW/Niesler OWiG § 130 Rn. 59; KK-OWiG/Rogall § 130 Rn. 92.

<sup>74</sup> Arbeitgeber aufgrund faktischen Arbeitsverhältnisses ist auch der gewerbsmäßige Verleiher von Arbeitskräften (LG Oldenburg NSTZ-RR 1996, 80), bei illegalem Verleih sind es Verleiher und Entleiher nebeneinander (BGH NSTZ 2001, 599, 600; zur faktischen Arbeitgeberstellung des Lohnauszahlenden Verleihers LG Oldenburg wistra 2005, 117).

dass der Begriff des „Verwaltungssitzes im Inland“ (§ 2 Nr. 3 KE-VSG) – bezüglich im Ausland domizilierter Gesellschaften – möglicherweise zu einschränkend oder zu unklar sein könnte, sofern die sanktionsrechtliche Verantwortung von Unternehmen sichergestellt werden soll, bei denen maßgebliche Teile der Geschäftsleitung in Deutschland ansässig sind. Der Begriff des Verwaltungssitzes scheint jedenfalls gesetzlich nicht eindeutig definiert zu sein.<sup>75</sup> Problematisch ist insbesondere, dass die Formulierung „seinen Verwaltungssitz“ im Entwurf darauf schließen lässt, dass der (einzige) Hauptverwaltungssitz des Verbandes gemeint ist. Dieser wird oft bei ausländischen Gesellschaften nicht im Inland liegen.

Sinnvollerweise sollte das Vorliegen jedenfalls einer wirtschaftlich-organisatorisch verselbstständigen inländischen Betriebsstätte (§ 12 AO) eines ausländischen Verbandes – jedenfalls soweit die Zuwiderhandlung aus den Aktivitäten dieser Betriebsstätte resultiert – zur Begründung strafrechtlicher Verantwortlichkeit des ausländischen Verbandes genügen, auch wenn dieser seinen (Haupt-)Verwaltungssitz (und seinen rechtlichen Sitz) im Ausland hat.

Es ist etwa in der Praxis nicht unüblich, dass z.B. große französische Unternehmen die Konzernzentrale (d. h. den Hauptverwaltungssitz und den Sitz der juristischen Person) in Paris haben, in Deutschland hingegen zwar – oftmals außerordentlich große und deutschlandweit zuständige – Niederlassungen, die eigenständige geschäftliche Aktivitäten steuern, aber nicht gesellschaftsrechtlich verselbstständigt sind, d. h. gesellschaftsrechtlich ein unselbständiger Teil der französischen juristischen Person sind. Sofern nun durch (oftmals deutsche) Mitarbeiter oder gar leitende Mitarbeiter einer solchen deutschen Betriebsstätte eines ausländischen Verbandes im Ausland (!) Straftaten zugunsten der Betriebsstätte begangen werden würden – beispielsweise aktive Bestechungsdelikte – würde der räumliche Anwendungsbereich des KE-VSG, wie er derzeit in § 2 Nr. 1-Nr. 4 KE-VSG definiert ist, nicht greifen. Anders wäre dies in derselben Konstellation, wenn der Verband seinen (Haupt-) Verwaltungssitz in Deutschland hätte. Von gesellschaftsrechtlich und steuerrechtlich determinierten Organisationsentscheidungen internationaler Konzerne sollte aber die Sanktionierung oder Nichtsanktionierung gleichgewichtigen, strafrechtlich relevanten Verhaltens des Verbandes nicht abhängen.

In steuerlicher Hinsicht würde sich bei festen Geschäftseinrichtungen eines ausländischen Verbandes in Deutschland um eine – nach deutschem Steuerrecht selbstständig zu betrachtende und steuerlich zu veranlagende – Betriebsstätte (§ 12 AO) handeln. Jedenfalls wenn diese ein gewisses Gewicht (bezüglich Personal, Räumlichkeiten und Organisationsstruktur) hat und wenn (auch) sie mit der Zuwiderhandlung bereichert wurde oder bereichert werden sollte oder wenn sich die Pflichtverletzung auf dieser Betriebsstätte bezieht, sollte sie dem Hauptverwaltungssitz bzw. in der Terminologie der AO dem Sitz der Geschäftsleitung (§ 10 AO) gleichgestellt werden. Denkbar wäre dann, die – gegebenenfalls umsatzabhängige (§ 4 Abs. 2 KE-VSG) – pekuniäre Unternehmenssanktion auf die Substanz der deutschen Betriebsstätte zu beschränken, in deren Interesse die Zuwiderhandlung erfolgt bzw. deren Pflichten betroffen sind.

Ergänzend wäre zu überlegen, ob man die territoriale Anwendbarkeit des deutschen Unternehmenssanktionenrechts gem. § 2 Nr. 3 KE-VSG zusätzlich immer bejahen sollte, wenn der Verband entweder seinen rechtlichen Sitz (vergleiche § 11 AO) oder (!) den Sitz seiner Geschäftsleitung (vergleiche § 10 AO) im Inland hat. Ersteres scheint bislang nicht vorgesehen, sofern sich rechtlicher Sitz und Verwaltungssitz/ Sitz der Geschäftsleitung nicht (wie allerdings häufig) decken. Die Ermittlung und der Nachweis des tatsächlichen Verwaltungssitzes bzw. des Sitzes der Geschäftsleitung kann – bei weniger transparenten Verbänden – aufwendig sein. Die Ermittlung des rechtlichen Sitzes hingegen ist eher einfach. Wenn ein Verband deutsches Recht wählt, ist zudem nicht einzusehen, warum er nicht deutschem Verbandssanktionenrecht unterworfen sein soll, zumal dies seitens der USA entsprechend gehandhabt wird.<sup>76</sup> Die faktische Verlagerung von Geschäftsaktivitäten und Organisationsstrukturen, insbesondere von Leitungsstrukturen, ins Ausland könnte unter Umständen unwillentlich gefördert werden, wenn man bezüglich der Begründung der territorialen Anwendbarkeit lediglich hierauf abstellt und der rechtliche Sitz zur Begründung der Anwendbarkeit deutschen Rechts nicht genügen würde, wie derzeit im Entwurf vorgesehen.

<sup>75</sup> Vgl. aber BGHZ 97, 269, 272.

<sup>76</sup> Rübenstahl/Boerger NZWiSt 2013, 281 ff.

c) Zuwiderhandlungen gegen die Bundesrepublik Deutschland, einen Deutschen oder einen Verband mit Sitz im Inland, § 2 Nr. 4 KE-VSG

Nachvollziehbar erscheint der Ansatz des KE, eine territoriale Anwendbarkeit des Unternehmenssanktionenrechts auch für den Fall zu begründen, dass ausländische Verbände außerhalb Deutschlands eine Zuwiderhandlung gegen die Bundesrepublik, einen inländischen Verband oder einen deutschen Staatsangehörigen begehen (§ 2 Nr. 4 KE-VSG). Nach diesseitigen Verständnis dürfte der KE hier auf die Zuordnung der jeweils von den Anknüpfungsstraftaten betroffenen Rechtsgütern zu den in § 2 Nr. 4 KE-VSG genannten Rechtssubjekten ausgehen, d.h. wenn ein der Bundesrepublik, einem inländischen Verband oder einen deutschen Staatsbürger zuzuordnendes Rechtsgut durch die Anknüpfungsstraftat verletzt oder gefährdet ist.

Es kann allerdings bezweifelt werden, ob hiermit ein zureichender Schutz bezüglich der Begehung von Zuwiderhandlungen durch ausländische Verbände aus dem Ausland geschaffen ist. Solche Straftaten können sich auf die Verwirklichung von Anknüpfungsstraftaten richten, deren (überpersonale) Rechtsgüter nicht unmittelbar deutsche natürliche Personen oder Verbände mit Sitz in Deutschland schützen. In diesem Zusammenhang stellt sich etwa die Frage, ob im Sinne der Regelung etwa Amtsträgerkorruptionsdelikte (§§ 331 ff. StGB) „gegen“ die Bundesrepublik Deutschland oder andere Körperschaften des öffentlichen Rechts begangen werden, sofern sie deutsche Amtsträger involvieren. Angesichts des (nach h. M.) komplexen Rechtsguts des Schutzes der Lauterkeit des öffentlichen Dienstes sowie des Vertrauens der Allgemeinheit auf die Unkäufllichkeit von Amtshandlungen bzw. Amtsträgern und auf die Sachlichkeit staatlicher Entscheidungen könnte dies bezweifelt werden, da sich diese Rechtsgüter nicht zwingend einem der genannten Rechtssubjekte zuordnen lassen.<sup>77</sup> Die noch eindeutigere Einbeziehung von Straftatbeständen in den territorialen Anwendungsbereich, die überindividuelle Rechtsgüter im Interesse jedenfalls auch der Allgemeinheit in Deutschland bzw. auch in Deutschland ansässiger Personen, Institutionen oder Gruppen schützen, erscheint jedenfalls erwägenswert.

3. Verbandsverfehlung, § 3 KE-VSG

Die Verbandsverfehlung ist nach der Terminologie des KE die Entsprechung der Individualstraftat im StGB und damit Anknüpfungspunkt der Verbandssanktion. Der KE sieht zwei unterschiedlich ausgestaltete Verbandsverfehlungstatbestände vor, die in § 3 Abs. 1 KE-VSG und in § 3 Abs. 2 KE-VSG geregelt sind. § 3 Abs. 1 KE-VSG behandelt die verbandsbezogene Zuwiderhandlung durch eine Leitungsperson (Verbandsverfehlung einer Leitungsperson), während § 3 Abs. 2 KE-VSG die verbandsbezogene Zuwiderhandlung durch einen Mitarbeiter regelt (Verbandsverfehlung eines Mitarbeiters). Eine Verbandsverfehlung setzt in beiden Alternativen voraus, dass entweder eine Leitungsperson oder ein Mitarbeiter eine sogenannte verbandsbezogene Zuwiderhandlung begangen haben.

a) Allgemeine Voraussetzungen der verbandsbezogenen Zuwiderhandlung, § 1 Abs. 3 KE-VSG

aa) Verwirklichung des Tatbestands eines Strafgesetzes

Es ist darauf hinzuweisen, dass der KE als Anknüpfungstat für die verbandsbezogene Zuwiderhandlung stets die Verwirklichung eines Strafgesetzes voraussetzt, d.h. die Verwirklichung von Kartellordnungswidrigkeiten oder des § 130 OWiG nicht zur Anwendung des KE-VSG führen kann.

(1) Verhältnis zu § 81 GWB

Demnach wird – insbesondere bei Kartellbußgeldverfahren, die auch strafrechtliche Vorwürfe nach §§ 263, 298 StGB nach sich ziehen bzw. in mit diesen in demselben prozessualen Sachverhalt verbunden sind (§ 264 StPO) – im Rahmen des Verfahrens nach dem KE-VSG lediglich der strafrechtlich relevante Teil eines solchen Sachverhalts behandelt und geahndet werden können. Verbleibt die Rechtslage im Übrigen – bezüglich der Kartellordnungswidrigkeiten – wie sie heute ist, würde in solchen Fallkonstellationen regelmäßig ein Kartellbußgeldverfahren (nach den Vorschriften des OWiG) wegen Vorwürfen gemäß § 81 GWB durch das Bundeskartellamt bzw. die Generalstaatsanwaltschaft Düsseldorf und vor dem Oberlandesgericht Düsseldorf ge-

<sup>77</sup> Vgl. BGHSt 15, 96 = NJW 1960, 2154; BGHSt 31, 280 = NStZ 1984, 501; BGHSt 39, 46 = NJW 1993, 1085; BGHSt 47, 25 = NStZ 2001, 479; MüKo-StGB/Korte StGB § 331 Rn. 2–9; Schönke/Schröder/Heine/Eisele § 331 Rn. 8 ff.; Lackner/Kühl § 331 Rn. 1; LK-StGB/Sowada Vor § 331 Rn. 29 ff.; Heinrich, Der Amtsträgerbegriff im Strafrecht 2001, 209 ff.; von anderen wird die Funktionalität des Staatsapparats in Mitten gestellt, vgl. Schönke/Schröder/Heine/Eisele § 331 Rn. 3.



gen den Verband geführt werden, während parallel ein staatsanwaltschaftliches Verfahren und gegebenenfalls ein Verfahren vor dem zuständigen Landgericht (Wirtschaftsstrafkammer) bezüglich der strafrechtsrelevanten Verbandszuwiderhandlungen nach dem KE-VSG geführt werden müsste. Zwar ergeben sich vergleichbare Bedingungen schon jetzt für Individuen, die sowohl einem Strafprozess wegen Vorwürfen des Betrugs und des Submissionsbetrugs, als auch einem Bußgeldverfahren wegen Kartellordnungswidrigkeiten (hier zusammen mit den jeweiligen Verbänden) unterworfen werden. Es dürfte jedoch bislang für Verbände praktisch keine Verdoppelung der (Bußgeld-) Verfahren (bisher gemäß § 30 OWiG) geben. Idealerweise sollten daher verfahrensrechtliche Regelungen gefunden werden, die die Verdoppelung der Verfahren möglichst vermeiden. Erst recht aber sollte eine faktisch verdoppelte Sanktionierung des Verbandes, soweit dieselben Sachverhalte von strafrechtlichen und ordnungswidrigkeitenrechtlichen Vorwürfen betroffen sind, auf der Basis des § 81 GWB und der Vorschriften des KE-VSG vermieden werden. Jedenfalls sollten hier wechselseitige Anrechnungsmechanismen bezüglich pekuniärer Sanktionen vorgesehen werden, sofern kein einheitliches Verfahren geführt werden kann.

### **(2) Verhältnis zu §§ 30, 130 OWiG**

An die Stelle der Regelungen der §§ 130 i.V.m. § 30 OWiG und der darauf beruhenden Verbandsgeldbußen – soweit letztlich die Verwirklichung von Straftatbeständen zugrunde liegen – sollen nach dem KE-VSG offenbar Verbandssanktionen auf der Basis von § 3 Abs. 2 KE-VSG – der strukturell ersichtlich § 130 OWiG angenähert ist – treten. Dementsprechend müssten sowohl die Bezugnahmen in § 130 OWiG als auch in § 130 OWiG auf Straftaten zur Vermeidung einer Verfahrensverdoppelung und Sanktionierung gestrichen werden. Es ist davon auszugehen, dass dies von den Entwurfsverfassern vorausgesetzt wurde, aber im Hinblick auf die Konzentration auf die Formulierung des Kodifikationsentwurfs im Rahmen des KE-VSG nicht explizit festgehalten wurde. Umgekehrt dürfte klar sein, dass nach der Intention der Entwurfsverfasser für zugrundeliegende Ordnungswidrigkeiten die §§ 130 i.V.m. § 30 OWiG weiter Anwendung finden können.

### **(3) Fehlender Straftatenkatalog und fehlende Aussonderung von Bagatelldelikten**

Bedauerlich ist, dass der KE darauf verzichtet hat, einen Straftatenkatalog für die zur Begründung einer Verbandshaftung in Betracht kommende Zuwiderhandlungen vorzusehen. Nach derzeitiger Entwurfslage sind sämtliche Straftatbestände des Kern- und Nebenstrafrechts von §§ 3, 1 Abs. 3 S. 1 KE-VSG erfasst. Dies erscheint im Hinblick auf praktische Bedürfnisse der unternehmensbezogenen Strafverfolgung und die bekannte themenbezogene Schwerpunktbildung (insbesondere Korruption, Steuerhinterziehung, Betrug etc.) der Strafverfolgungspraxis, die faktisch nur wenige Dutzend Straftatbestände betrifft, nicht erforderlich.

Zudem dürfte in dem in der Vorschrift zum Ausdruck kommenden Anspruch, Strafverfolgungsbehörden müssten nunmehr bezüglich jeder von einem Unternehmen ausgehenden Straftat zunächst von Amts wegen Ermittlungen gemäß § 13 Abs. 1 KE-VSG einleiten, eine enorme Überforderung und Überlastung der Strafverfolgungsbehörden liegen. Diese Überbeanspruchung der Staatsanwaltschaften kann zum einen dazu führen, dass Schwerpunkte der Strafverfolgung nicht nach dem Gewicht der Verbandsverfehlung gesetzt werden, sondern nach den Erfolgsaussichten und den verfügbaren Ressourcen. Zum anderen dürfte sie zwangsläufig dazu führen, dass die – praktisch unerfüllbare – flächendeckende Ermittlungspflicht von Amts wegen nicht ernst genommen und faktisch nicht umgesetzt wird.

Vor dem Hintergrund dessen, dass mit dem KE zwar formal ein Verbandssanktionenrecht, der Sache nach jedoch vor allem ein Unternehmenssanktionenrecht eingeführt werden soll, das im Kern vor allem bewirken soll, dass gewichtige Wirtschaftsstraftaten, die von Unternehmen ausgehen, effektiv verfolgt werden, böte es sich an, einen positiven Straftatenkatalog, etwa orientiert an bzw. jedenfalls ausgehend von § 74 c Nr. 1 – Nr. 6 GVG (Zuständigkeit der Wirtschaftsstrafkammer) auszuarbeiten. Bezüglich der Nr. 6 sollte es nicht auf die besonderen Kenntnisse des Wirtschaftslebens ankommen, sondern bezüglich § 74 c Nr. 1 – Nr. 6 GVG sollte vielmehr der Verdacht von Straftaten von einem – näher zu definierenden – gewissen Gewicht erforderlich sein. Denkbar wäre insofern unter Umständen, darauf abzustellen, ob zu Beginn der Ermittlungen (regelmäßig gegen Individuen), eine Zuständigkeit des Landgerichts (§ 74 GVG) wahrscheinlich erscheint. Der Katalog des § 74c GVG muss insofern nicht abschließend sein, als jedenfalls auch Straftaten gegen die Umwelt und Straftaten gegen Leib und Leben (insbesondere im Zusammenhang mit Produkthaftung und der Verletzung von Arbeitsschutzvorschriften so-

wie allgemein Sorgfaltspflichten) durchaus einen typischen Unternehmensbezug haben dürfen.

Auch zur Bestimmung eines solchen Straftatenkatalogs für das Verbandssanktionsrecht kann der Blick nach Italien von Nutzen sein, wo Art. 24 ff. Legislativdekret Nr. 231 / 2001 einen seit 2001 nach und nach erheblich angewachsen Straftatenkatalog vorsieht, der inzwischen nicht mehr als besonders erweiterungsbedürftig angesehen werden dürfte, dennoch aber weite Teile des italienischen Kern- und Nebenstrafrechts außer Betracht lässt.<sup>78</sup>

bb) Voraussetzung der vorsätzlichen bzw. fahrlässigen, rechtswidrigen und schuldhaften Verwirklichung, §§ 3 Abs. 1, 1 Abs. 3 S. 1 KE-VSG

§ 1 Abs. 3 S. 1 KE-VSG sieht vor, dass „Zuwerhandlungen im Sinne dieses Gesetzes ... rechtswidrige Handlungen [sind], die den objektiven Tatbestand eines Strafgesetzes erfüllen.“ Die Vorschrift dürfte also inhaltlich § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB entsprechen und deutlich machen, dass eine Zuwerhandlung eine tatbestandsmäßige und rechtswidrige Handlung sein muss.<sup>79</sup>

Bezüglich der Verbandsverfehlung einer Leitungsperson (§ 3 Abs. 1 1. HS KE-VSG) hält der Entwurf sodann ausdrücklich fest, dass die verbandsbezogene Zuwerhandlung „vorsätzlich, rechtswidrig und schuldhaft“ begangen worden sein muss, soweit es sich um eine Vorsatzstrafat handelt; bei einem auch fahrlässig zu verwirklichenden Strafatabestand ist nach dem 2. HS auch eine fahrlässige (rechtswidrige und schuldhafte) Verwirklichung der Zuwerhandlung durch die Leitungsperson ausreichend.

cc) Voraussetzung des Verbandsbezuges, § 1 Abs. 3 S. 2 KE-VSG

Nur verbandsbezogene Zuwerhandlungen im Sinne des § 1 Abs. 3 S. 2 KE-VSG können die Voraussetzungen der Verbandsverfehlung gem. § 3 KE-VSG (unabhängig davon, ob es sich um den Tatbestand des Abs. 1 oder den des Abs. 2 handelt) erfüllen. Danach sind „Zuwerhandlungen verbandsbezogen, wenn durch sie a) der Verband bereichert wurde oder bereichert werden sollte oder b) eine Pflicht verletzt wurde, die den Verband trifft, sofern er durch die Zuwerhandlung nicht unmittelbar selbst geschädigt ist“.

**(1) Angestrebte oder eingetretene Bereicherung des Verbands,  
§ 1 Abs. 3 Buchst. a KE-VSG**

Im Ergebnis entsprechend den Regelungen zur Zurechnung in § 30 Abs. 1 OWiG wird der Verbandsbezug der Verwirklichung eines Strafatabestandes nach § 1 Abs. 3 Buchst. a KE-VSG durch die Absicht zur Bereicherung des Verbandes oder durch die tatsächliche Bereicherung des Verbandes mittels der Tat hergestellt. Bezüglich der Variante der tatsächlichen Bereicherung wird jedenfalls nicht explizit ein Vorsatzerfordernis aufgestellt. Es ist wohl davon auszugehen, dass bedingter Vorsatz insofern nicht erforderlich sein soll. Vor dem Hintergrund der Anlehnung der Formulierung an die des § 30 Abs. 1 OWiG dürfte nämlich unter anderem auch für dieses Merkmal von einer entsprechenden Auslegung auszugehen sein.<sup>80</sup> Zudem ist wie für § 30 OWiG davon auszugehen, dass eine für möglich gehalten und billigend in Kauf genommene oder auch eine mit „sicherem Wissen vorausgesehene“ Bereicherung nur dann zur Zurechnung führt, wenn sie auch tatsächlich eintritt, da es für den Fall der Bereicherungsabsicht hier wie dort erforderlich ist, dass es dem Täter auf die Bereicherung ankommt, weshalb bedingter Vorsatz und Wissentlichkeit nicht genügen.<sup>81</sup> Hiervon sollte auch de lege ferenda nicht abgerückt werden, weil beim Nichteintritt der Bereicherung ein hinreichender Verbandsbezug nur dann angenommen werden kann, wenn es dem Täter (Leitungsperson/ Mitarbeiter) auf die Bereicherung des Verbandes ankommt.

Auch das italienische Unternehmenssanktionenrecht des Legislativdekrets Nr. 231/2001 fordert für die Zurechnung in Art. 5 ein Handeln „im Interesse oder zum Vorteil“ des Verbandes. Nach herrschender italienischer Rechtsprechung handelt es sich bei den Tatbestandsmerkmalen „Interesse“ und „Vorteil“ des Unternehmens um solche mit unterschiedlichem Bedeutungsgehalt. Beide beziehen sich jedoch auf den wirtschaftlichen Nutzen des Unternehmens und schließen

<sup>78</sup> Vgl. im Einzelnen Rügenstahl RIW 2012, 505, 506-508.

<sup>79</sup> Vgl. BGHSt 31, 132, 133.

<sup>80</sup> KK-OWiG/Rogall § 30 Rn. 98; RRH/Förster § 30 Rn. 31; BeckOK-OWiG/Meyberg § 30 Rn. 85; Göhler/Gürtler § 30 Rn. 22.

<sup>81</sup> KK-OWiG/Rogall OWiG § 30 Rn. 104; Demuth/Schneider BB 1970, 642, 651; Göhler/Gürtler § 30 Rn. 22; Engelhart, S. 418; Eidam wistra 2003, 454.

rein immaterielle Aspekte als Zurechnungsgrund aus<sup>82</sup>. Hinsichtlich des „Interesses“ sei das subjektive Anstreben eines Nutzens zugunsten des Unternehmens ausreichend, mit dem Begriff „Vorteils“ sei hingegen dessen tatsächliche Erreichung (ggf. auch ohne Finalität) gemeint<sup>83</sup>. Es ist für die Zurechnung ausreichend, wenn alternativ eine dieser Voraussetzungen vorliegt<sup>84</sup>. Der italienischen Rechtsprechung zufolge kann die Straftat auch im Interesse des Unternehmens begangen worden sein, wenn diese nur das Versuchsstadium erreicht<sup>85</sup>. Nur wenn die Tat(-handlung) nicht einmal teilweise im objektiven Interesse des Unternehmens liegt, kann diesem die Straftat nicht zugerechnet werden<sup>86</sup>. Vor dem Hintergrund der Einbeziehung der Fahrlässigkeitsdelikte in den Straftatenkatalog der Art. 25 ff. des Legislativdekrets Nr. 231/2001 kommt es nach h.M. in Italien allerdings nicht darauf an, dass der Erfolg der Straftat final angestrebt wird. Nach h.M. muss der tatsächlich erlangte Vorteil nicht unmittelbar aus der Straftat resultieren<sup>87</sup> oder zuvor Gegenstand des direkten Vorsatzes des Täters gewesen sein<sup>88</sup>. Er muss aber von wirtschaftlichem Wert sein<sup>89</sup>.

Strittig ist im italienischen Recht, ob und unter welchen Umständen bei einem Handeln im Interesse des Gesamtkonzerns oder einer anderen Konzerngesellschaft von einem Handeln auch im Interesse des (eigenen) Konzernunternehmens gesprochen werden kann. In derartigen Fällen kann eine Verantwortlichkeit nicht von vornherein ausgeschlossen werden, da ein „gemischtes“ Interesse genügt<sup>90</sup>. Es ist daher vorsichtshalber davon auszugehen, dass dann, wenn die Person im Sinne des Art. 5 Legislativdekret Nr. 231/2001 jedenfalls auch im (mittelbaren) Interesse der eigenen Konzerngesellschaft gehandelt hat (wenn auch im primären Interesse des Gesamtkonzerns, der Muttergesellschaft oder anderer Konzerngesellschaften), eine strafrechtliche Unternehmenshaftung anknüpfend an die Konzerngesellschaft des Mitarbeiters möglich ist.

Für eine durch § 1 Abs. 3 Buchst. a KE-VSG geschaffene Regelung könnten jedenfalls nach seinem Wortlaut entsprechende Auslegungsergebnisse zustande kommen, da unter den Buchstaben a keine Unmittelbarkeitsbeziehung zwischen Tat und Bereicherung gefordert wird. Zu erwarten ist, dass – wie bei § 30 OWiG – daher eine mittelbare Bereicherung als Resultat der Tat oder auch nur das Anstreben einer solchen als genügend angesehen werden dürfte.<sup>91</sup>

Wichtig ist allerdings, dass hier – wie bei der Unternehmensgeldbuße gemäß § 30 OWiG anerkannt – im Blick bleibt, dass nur eine (angestrebte) rechtswidrige Bereicherung den Zurechnungszusammenhang zum Verband auslösen sollte.<sup>92</sup> Gerade im Unternehmenskontext liegt in dem Ziel, dem Verband kausal durch die strafbare Handlung rechtmäßige Vorteile zu verschaffen, für sich genommen noch kein ausreichender Grund vor, das individuell verwirklichte Unrecht dem Verband wie eigenes zuzurechnen. Zudem würden bei einem Verzicht auf die Rechtswidrigkeit der Bereicherung wohl regelmäßig anerkannte Grundsätze der objektiven Zurechnung bezüglich des Zusammenhangs zwischen Individualstraftat und Verbandsbereicherung wohl verletzt werden.<sup>93</sup> Eine Verantwortlichkeit des Verbandes sollte dann nur nach § 1 Abs. 3 Buchst. b KE-VSG möglich sein. Zudem ist zu erwarten, dass das Verbandsstrafrecht das neue Abschöpfungsrecht gemäß §§ 73 ff. StGB unberührt lassen wird, mit der Folge, dass etwaige rechtswidrig erlangte Vorteile gem. §§ 73, 73b, 73c, 73d StGB bei dem Verband als Drittem eingezogen werden könnten, auch ohne dass das Unternehmensstrafrecht im Übrigen zur Anwendung kommt, vgl. § 7 KE-VSG für den Fall, dass eine Verbandsverfehlung vorliegt, andernfalls gelten die Vorschriften unmittelbar.

Zudem steht jedenfalls der Wortlaut einer Auslegung nicht entgegen, dass die Bereicherung des betroffenen Verbandes eine von mehreren Zielen des Täters bzw. der Verband des Täters einer von mehreren ist, der effektiv bereichert wird oder auf den sich die Bereicherungsabsicht des Täters bezieht. Zutreffender Weise sollte hier im Hinblick auf das Absichtserfordernis strenge

<sup>82</sup> Corte Suprema di Cassazione, Urte. v. 20.12.2005, Guida al diritto 2005, Nr. 15, S. 59; Tribunale di Milano, Urte. v. 14.12.2004, Foro Italiano 2005, 539.

<sup>83</sup> Corte Suprema di Cassazione, Urte. v. 20.12.2005, Guida al diritto 2005, Nr. 15, S. 59; Tribunale di Milano, Urte. v. 14.12.2004, Foro Italiano 2005, 539.

<sup>84</sup> *Giarda/Spangher* (s.o.), d.lgs. 231/2001 Art. 5 Rn. II.2.

<sup>85</sup> Corte Suprema di Cassazione, Urte. v. 20.2.2009, CED Cassazione Nr. 242567.

<sup>86</sup> Corte Suprema di Cassazione, Urte. v. 2.10.2006, Cassazione Penale 2007, 11; Urte. v. 17.9.2009, CED Cassazione Nr. 244256.

<sup>87</sup> Tribunale di Milano, Urte. v. 14.12.2004, Foro Italiano 2005, 539; *Giarda/Spangher* (s.o.), d.lgs. 231/2001 Art. 5 Rn. II.9.

<sup>88</sup> Corte Suprema di Cassazione, Urte. v. 20.12.2005, Guida al diritto 2005, Nr. 15, S. 59.

<sup>89</sup> *Giarda/Spangher* (s.o.), d.lgs. 231/2001 Art. 5 Rn. II.6.

<sup>90</sup> *Giarda/Spangher* (s.o.), d.lgs. 231/2001 Art. 5 Rn. III.1 ff., insb. 7 m. w. N. zur Instanzrechtsprechung.

<sup>91</sup> KK-OWiG/Rogall § 30 Rn. 99; Kappel/Kienle WM 2007, 1441, 1445.

<sup>92</sup> KK-OWiG/Rogall § 30 Rn. 99 mit weiteren Nachweisen.

<sup>93</sup> Vgl. KK-OWiG/Rogall § 30 Rn. 103, mit Hinweis auf das Beispiel, dass etwa ein Organwalter oder Vertreter der JP oder PV im Straßenverkehr zu schnell fährt, um den Termin für einen dem Verband günstigen Vertragsabschluss nicht zu versäumen.

Beweisanforderungen bezüglich des zielgerichteten Wollens der Bereicherung gelten, sofern primär ein anderer Verband als derjenige bereichert werden soll, dem der Mitarbeiter oder die Leitungsperson angehört. Sofern primär ein anderes Konzernunternehmen begünstigt werden sollte, wird regelmäßig nicht angenommen werden können, dass die Leitungsperson bzw. der Mitarbeiter mit zielgerichtetem Wollen (Absicht) bezüglich der Bereicherung des eigenen Verbandes agiert hat. Im Falle des tatsächlichen Eintritts der Bereicherung bei unterschiedlichen Verbänden eines Konzerns sollte jedenfalls dann von einem Tatbestandsausschluss ausgegangen werden, wenn nur ein ganz geringer Anteil der Bereicherung auf denjenigen Verband entfällt, dem der Täter im Sinne des § 1 Abs. 4 bzw. Abs. 5 KE-VSG zuzurechnen ist. Andernfalls sollte jedenfalls bezüglich dieses Verbandes eine Verfahrenseinstellung wegen Geringfügigkeit nach einer § 153 StPO nachzubildenden Vorschrift (dazu Teil 2 dieses Beitrags) in Betracht kommen.

Deutlicher noch als im italienischen Recht – und angesichts der pekuniären Sanktionen berechtigterweise – wird das Anstreben oder Erreichen allein immaterieller Vorteile durch das ausdrückliche Abstellen der Vorschrift auf die Bereicherung ausgeschlossen.

## (2) Verletzung einer Pflicht des Verbandes, § 1 Abs. 3 Buchst. b KE-VSG

Alternativ zur Bereicherung oder Bereicherungsabsicht bezüglich des Verbandes soll nach § 1 Abs. 3 Buchst. b KE-VSG für die Verbandsbezogenheit der Zuwiderhandlung alternativ („oder“) auch ausreichen, dass „eine Pflicht verletzt wurde, die den Verband trifft, sofern er durch die Zuwiderhandlung nicht unmittelbar selbst geschädigt ist“. Hierin dürfte eine Anlehnung an die Formulierung des § 30 Abs. 1 OWiG („...Pflichten, welche die juristische Person oder die Personenvereinigung treffen, verletzt worden sind...“) zu sehen sein. Anwendbar und relevant dürfte diese Alternative im Wesentlichen dann sein, wenn durch die Anknüpfungsstrafat Pflichten des Verbandes verletzt sind, aber durch diese Anknüpfungsstrafat weder eine Bereicherung angestrebt noch tatsächlich erreicht wurde. Denkbar ist dies beispielsweise bei der Verletzung von Arbeitsschutzvorschriften, die zu Straftaten z.B. nach §§ 212, 222, 223 ff., 230 StGB führen, oder auch bei Umweltdelikten gem. §§ 324 ff. StGB. Bei beiden Fallgruppen dürfte eine Bereicherung als Ergebnis der Straftat oft schwer nachweisbar sein, vielfach wird man auch nicht von einer Bereicherungsabsicht ausgehen können (mitunter aber wohl durchaus von bedingtem Vorsatz diesbezüglich).

Zur Eingrenzung des hier verwandten Pflichtbegriffes ist richtigerweise wie bei § 30 OWiG auf solche Pflichten abzustellen, die sich für den Verband aus seinem besonderen Wirkungskreis ergeben, insbesondere betriebsbezogene Pflichten. Diese Pflichten können auch aus den allgemeinen Strafgesetzen folgen, soweit der Verband unter die entsprechenden Tatbestandsmerkmale (etwa das des Arbeitgebers im Rahmen des § 266 a StGB) subsumiert werden kann.<sup>94</sup> „Neutrale“ Pflichten sind allenfalls dann betriebsbezogen, wenn sie sich im Rahmen des Tätigkeitskreises der Organisation konkretisieren, wobei die Betriebsbezogenheit umso eher zweifelhaft ist, je allgemeiner das betreffende Gebot oder Verbot ist.<sup>95</sup> Besonders für Allgemeindelikte sollte auch im Rahmen eines zukünftigen Verbandsanknüpfungsrechts der Hinweis des Gesetzgebers zu §§ 30, 130 OWiG Berücksichtigung finden, dass die haftungsauslösende Pflichtverletzung „im Zusammenhang mit der Betriebs- oder Unternehmensführung erfolgt sein muss“ und dass „... Pflichtverletzungen ..., .... die keinen Bezug zur wirtschaftlichen Betätigung des Betriebs oder Unternehmens haben, weiterhin ausgeschlossen bleiben“.<sup>96</sup> Dem kann aus diesseitiger Sicht nicht entgegengehalten werden, dass die Verbände im Sinne des KE nicht zwingend unternehmerisch oder wirtschaftlich tätig werden müssen. Zum einen erscheint aus diesseitiger Sicht der personelle Anwendungsbereich des KE überdehnt und sollte im Wesentlichen auf wirtschaftlich und unternehmerisch tätige juristische Personen des Privatrechts und privatrechtliche Personenverbände zurückgeführt werden (siehe oben). Zum anderen wäre der Rechtsgedanke jedenfalls in entsprechender Weise dahingehend heranzuziehen, dass ein inhaltlicher Konnex der verletzten Pflicht zum Verbandszweck bestehen sollte.

Zudem sollte ein Verband auch nur für solche Zuwiderhandlungen haftbar gemacht werden, die Folge seiner wirtschaftlichen – oder ggf. (unterstellt man, dass der Verband keine wirtschaftlich-unternehmerischen Zwecke verfolgen muss) sonstigen zweckentsprechenden – Betätigung sind; der Verband sollte nur für deliktische Pflichtverletzungen seiner Leitungsperson und Mitar-

<sup>94</sup> EOWiG [BT-Drucks. V/1269], S. 60; KK-OWiG/Rogall § 30 Rn. 89 m.w.N.

<sup>95</sup> Lemke/Mosbacher OWiG § 30 Rn. 50.

<sup>96</sup> RegE eines 41. StrÄndG, BT-Drucks. 16/3656, S. 14; KK-OWiG/Rogall § 30 Rn. 90.

beiter einzustehen haben, die sich als Realisierung der von ihm zu beherrschenden Personalgefahren darstellen und nicht etwa als eine Folge allgemeiner Lebensrisiken.<sup>97</sup>

In Anlehnung an die Grundsätze zu § 30 OWiG wird man daher folgendes festhalten können: Bringt ein Verband Produkte in Verkehr, so ist er zur Schadensabwendung beim Abnehmer verpflichtet und hat bei der vorsätzlichen oder gegebenenfalls fahrlässigen Verwirklichung von Straftatbeständen Durchleitungspersonen oder Mitarbeiter gegebenenfalls verbandsstrafrechtlich einzustehen.<sup>98</sup> Ebenso stellt es wohl unstrittig eine Verbandspflicht dar, die Beschäftigten am Arbeitsplatz vor Gefahren zu schützen,<sup>99</sup> nicht notwendigerweise jedoch bezieht sich dies auf jeglichen (insbesondere unbefugt vor Ort befindlichen) Dritten. Auch aus der Verkehrssicherungspflicht können betriebsbezogene Sorgfaltspflichten resultieren (z. B. Eröffnung eines Skillifts, einer Seilbahn, eines Warenhauses oder anderer latent gefährlicher Publikumsverkehre), aus deren Verletzung sich die Grundlage für eine Sanktionierung des Verbandes (etwa auf der Grundlage von Taten der Leitungspersonen/ Mitarbeiter nach §§ 222, 229 StGB) ergeben kann.<sup>100</sup>

Bei der Wahrnehmung fremder Vermögensangelegenheiten durch einen Verband, dessen Verbandszweck dies ist (u. U. etwa: Bank, Vermögensberater o. ä.) – nicht gemeint ist hier die Wahrnehmung der Vermögensangelegenheiten des Verbandes durch eigene Leitungspersonen oder Mitarbeiter – kann für diese eine betriebsbezogene Pflicht entstehen, die im Falle ihrer Verletzung (§§ 246, 266 StGB) zu einer Sanktion gegen den Verband führt. Der Ausnahmetatbestand, wonach eine Haftung des Verbandes ausscheidet, greift nämlich nur ein, „sofern er durch die Zuwiderhandlung ... unmittelbar selbst geschädigt ist.“ Diese Ausnahme wird nur für Fälle von Untreuestraftaten von Mitarbeitern oder Leitungspersonen unmittelbar zugunsten des Verbandsvermögens gelten. Richtigerweise muss auch in solchen Fällen, in denen zwar unmittelbar durch eine Untreuehandlung (§ 266 StGB) beim Verband ein Vermögensnachteil eintritt, zugleich aber die Nutzung dieser Mittel zu einer Bestechung (§§ 265c, 265d 299 Abs. 2, 299b, 334, 335 StGB) im Interesse des Verbandes und damit letztlich dessen eine Bereicherung intendiert ist, eine Sanktionierung des Verbandes wegen der Untreuestraftat unterbleiben. Letztere soll nämlich nicht unmittelbar zu einer Bereicherung des Verbandes führen und führt tatsächlich ausschließlich zu dessen wirtschaftlicher Schädigung. Die Zuwiderhandlung, durch die der Verband bereichert werden soll – die Bestechung – stellt hingegen regelmäßig eine andere Tat (§ 53 StGB) dar, die unter § 1 Abs. 3a KE-VSG fallen kann. Deren voller tatbestandlicher Nachweis ist allerdings dann auch erforderlich. Unzulässig wäre es hingegen, den Verband wegen der Untreue zu bestrafen, weil (nur) festgestellt wurde, dass die veruntreuten Gelder zum Zwecke der Bestechung eingesetzt werden sollten, der Tatbestand eines aktiven Bestechungsdelikts aber nicht vollständig festgestellt werden konnte. In diesem Fall müsste es bei der Sanktionslosigkeit des Verbandes bleiben.

dd) In Wahrnehmung der Angelegenheiten eines Verbandes,  
§ 3 Abs. 1 S. 1 KE-VSG

Nach § 3 Abs. 1 S. 1 KE-VSG liegt nur eine dem Verband zuzurechnende Verbandsverfehlung vor, wenn die Leitungsperson „in Wahrnehmung der Angelegenheiten eines Verbandes“ die verbandsbezogene Zuwiderhandlung begangen hat. Hier sollte zunächst zur Klarstellung nicht von der Wahrnehmung der Angelegenheiten „eines“ Verbandes die Rede sein, sondern von der Wahrnehmung der Angelegenheit „des“ Verbandes, nämlich desjenigen, gegen den eine Unternehmenssanktion verhängt werden soll.

Im Übrigen dürfte davon auszugehen sein, dass durch die Formulierung genau diejenigen Voraussetzungen, die oben unter (2) näher beschrieben werden und im Rahmen der §§ 30, 130 OWiG für die Verbandsgeldbuße nötig sind, damit auch zur Voraussetzung der Verbandsstrafrechtlichung gemacht werden sollen. Die durch Einfügung des Tatbestandsmerkmals vorgenommene explizite Klarstellung erscheint insofern sinnvoll.

<sup>97</sup> KK-OWiG/Rogall § 30 Rn. 90.

<sup>98</sup>Vgl. BGHSt. 37, 106 ff. = NJW 1990, 2560; KK-OWiG/Rogall § 30 Rn. 93; RRH/Förster OWiG § 30 Rn. 29; Göhler/Gürtler OWiG § 30 Rn. 20; BeckOK OWiG/Meyberg § 30 Rn. 81 f.

<sup>99</sup> Vgl. EOWiG [BT-Drucks. V/1269], S. 60 f.; KK-OWiG/Rogall § 30 Rn. 93; RRH/Förster OWiG § 30 Rn. 29.

<sup>100</sup> Göhler/Gürtler OWiG § 30 Rn. 20; KK-OWiG/Rogall § 30 Rn. 93; RRH/Förster OWiG § 30 Rn. 29.

- ee) Negative Voraussetzung: Hinwegsetzung über eine ausdrückliche und konkrete Anweisung der Verbandsleitung und Umgehung von geeigneten Sicherungsvorkehrungen durch die Leitungsperson, § 3 Abs. 1 S. 2 KE-VSG

Nach § 3 Abs. 1 S. 2 KE-VSG „kann“ von einer Verbandssanktion abgesehen werden, wenn sich die „Leitungsperson durch die Begehung der Zuwiderhandlung über eine ausdrückliche und konkrete Anweisung der Verbandsleitung hinweg [setzt] und ... sie Sicherungsvorkehrungen [umgeht], die geeignet sind, derartige Zuwiderhandlungen zu verhindern“.

Hintergrund dieser Vorschrift dürfte sein, dass bei Bestehen eines geeigneten und grundsätzlich effektiven Compliance-Managementsystems (CMS), das insbesondere für die spezifische Zuwiderhandlung ausdrückliche entgegenstehende Vorgaben enthält und umgesetzt hat, der Verstoß einer Leitungsperson dem Verband unter Umständen nicht zugerechnet werden soll, weil der Verband dann grundsätzlich das zur Vermeidung von Straftaten durch Mitarbeiter erforderliche getan hat.

Aus der Formulierung ist allerdings abzulesen, dass es sich um eine Art Strafzumessungsvorschrift handeln dürfte. Sie ist nämlich vergleichbar zu Vorschriften des StGB, in denen die entsprechende, ermessensgewährende Formulierung („... kann das Gericht von Strafe absehen...“) enthalten ist, etwa § 46 b Abs. 1 S. 4 StGB (Kronzeugenregelung).<sup>101</sup>

Im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens sollte erwogen werden, ob eine entsprechende oder ähnliche Klausel nicht – statt als Strafzumessungsvorschrift – als Verbandssanktionsausschlussgrund gefasst werden sollte, weil unter bestimmten Voraussetzungen eine Verbandsverantwortlichkeit für individuelles Verschulden von Leitungspersonen oder Mitarbeitern unangemessen sein kann. Dies ist in anderen Rechtsordnungen eine durchaus gängige Lösung. Das italienische Verbandssanktionenrecht enthält in den Art. 6, 7 Legislativdekret Nr. 231/2001 Vorschriften, welche die Verbandsverantwortlichkeit bei der Einhaltung bestimmter Compliance-Vorgaben durch den Verband (vor der Anknüpfungstat) ausschließen.<sup>102</sup> Es sollte erwogen werden, diese in einem deutschen Verbandssanktionenrecht mutatis mutandis zu übernehmen:

Sind die objektiven Zurechnungskriterien von Straftaten von Leitungspersonen oder Mitarbeitern gemäß Art. 5 Legislativdekret Nr. 231/2001 gegeben, sehen die Art. 6 Legislativdekret Nr. 231/2001 (für Leitungspersonen) und Art. 7 Legislativdekret Nr. 231/2001 (für Mitarbeiter) eine Art Beweislastumkehr zur Exkulpation hinsichtlich des Bestehens eines Organisationsverschuldens auf Seiten des Unternehmens vor.<sup>103</sup>

Die strafrechtliche Verantwortung des Unternehmens nach dem Dekret ist – nach h.M. aufgrund eines das Organisationsverschulden beseitigenden Entschuldigungsgrunds – ausgeschlossen, wenn es im Hinblick auf Straftaten von leitenden Mitarbeitern nachweist, dass zur Tatzeit ein „modello organizzativo“ (Compliance-Programm/ CMS) tatsächlich bestand und angewandt wurde, das den Voraussetzungen des Art. 6 Legislativdekret Nr. 231/2001 genügt. Bei Straftaten von Untergebenen muss nachgewiesen werden, dass die Voraussetzungen des Art. 7 Legislativdekret Nr. 231/2001 vorlagen.<sup>104</sup> Sofern ein zukünftiges dt. Unternehmensanktionsrecht nicht als Strafrecht verstanden wird, könnte eine vergleichbare Beweislastregelung auch in Deutschland Anwendung finden, wobei eine bloße Verpflichtung des Verbands zum entsprechenden Sachvortrag bzw. zu dessen Glaubhaftmachung vorzugswürdig erschiene.

Hier soll aus Gründen der Relevanz zunächst nur auf die gegenüber Art. 7 weitergehenden Exkulpationsvoraussetzungen des Art. 6 Legislativdekret Nr. 231/2001 für Leitungspersonen eingegangen werden, die im italienische Verbandssanktionenrecht deutlich klarer und konkreter gefasst sind als in §§ 3 Abs. 1 S. 2 oder auch in 14 Abs. 1 KE-VSG und daher aus diesseitiger Sicht erwägenswert, wenn nicht sogar vorzugswürdig erscheinen:

Zunächst hat das Unternehmen nachzuweisen, dass die Geschäftsleitung vor Begehung der Straftat Compliance-Programme (bzw. ein CMS) eingeführt und effektiv umgesetzt hat, die geeignet sind, gerade diejenige Art von Straftaten zu verhindern, die im konkreten Fall verwirklicht wurden (Art. 6 Abs. 1 lit. a Legislativdekret Nr. 231/2001). Weiter muss das Unternehmen beweisen, dass es die Überwachung des Funktionierens und der Einhaltung von Compliance-

<sup>101</sup> Die Platzierung der Vorschrift zwischen § 46 und § 47 StGB entspricht ihrem Charakter als allg. Strafzumessungsregelung (Streng in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Strafgesetzbuch, StGB § 46b Rn. 1); § 60 S. 1 StGB enthält hingegen eine Regelung, wonach das Gericht zwingend von Strafe absieht, sofern die Tatfolgen den Täter so schwer treffen, dass die Verhängung der Strafe nicht angemessen wäre.

<sup>102</sup> Rübenthal, RiW 2012, 505, 509 f.

<sup>103</sup> Manna, Corso di diritto penale dell' impresa, 2010, S. 56 f. m. w. N.

<sup>104</sup> Manna, Corso di diritto penale dell' impresa, 2010, S. 58 f.

Programmen im Sinne des Art. 6 Abs. 1 lit. a Legislativdekret Nr. 231/2001 sowie deren Anpassung und Aktualisierung einem Organ der Gesellschaft übertragen hat, das mit eigenständigen Initiativ- und Kontrollbefugnissen ausgestattet ist (Art. 6 Abs. 1 lit. b Legislativdekret Nr. 231/2001; sogenannter „organismo di vigilanza“, abgekürzt „ODV“)<sup>105</sup>.

Zudem ist das Unternehmen verpflichtet zu belegen, dass die Täter im Sinne des Art. 5 Abs. 1 lit. a Legislativdekret Nr. 231/2001 (Leitungspersonen) die per se effektiven Compliance-Programme des Unternehmens im konkreten Fall in betrügerischer bzw. täuschender Weise umgangen haben (Art. 6 Abs. 1 lit. c Legislativdekret Nr. 231/2001); diese Voraussetzung entspricht der Sache nach weitgehend § 3 Abs. 1 S. 2 KE-VSG.

Schließlich ist durch das Unternehmen zu beweisen, dass es zur fraglichen Straftat nicht aufgrund einer unterlassenen oder unzureichenden Ausübung der Überwachungspflichten des Überwachungsorgans gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. b Legislativdekret Nr. 231/2001 (ODV) gekommen ist (Art. 6 Abs. 1 lit. d Legislativdekret Nr. 231/2001).

Die Anforderungen, die im Hinblick auf die sich aus der Delegation von Aufgaben ergebenden Risiken an geeignete Compliance-Programme – deren Erfüllung naturgemäß ebenfalls nachzuweisen ist – zu stellen sind, werden in Art. 6 Abs. 2 Legislativdekret Nr. 231/2001 gesetzlich näher definiert:

Gemäß Art. 6 Abs. 2 lit. a Legislativdekret Nr. 231/2001 müssen bei der Erstellung der Compliance-Programme zunächst diejenigen Aktivitäten des Unternehmens eruiert werden, bei denen es voraussichtlich zur Begehung von Straftaten kommen kann. Art. 6 Abs. 2 lit. b Legislativdekret Nr. 231/2001 fordert, dass spezielle geeignete Richtlinien („protocolli“) zur Steuerung der Entscheidungsfindung und -umsetzung des Unternehmens im Hinblick auf die zu vermeidenden Straftaten eingeführt und angewandt werden. Zudem müssen durch die Compliance-Programme geeignete Modalitäten des Einsatzes der finanziellen Ressourcen des Unternehmens vorgegeben werden, die die Begehung von Straftaten verhindern (Art. 6 Abs. 2 lit. c Legislativdekret Nr. 231/2001). Weiter müssen genügende Informationspflichten zugunsten des ODV, welches über die Einhaltung und das Funktionieren der Compliance-Programme des Unternehmens zu wachen hat, vorgesehen werden (Art. 6 Abs. 2 lit. d Legislativdekret Nr. 231/2001).

Zur Erleichterung der Erfüllung der anspruchsvollen Exkulpationsvoraussetzungen gemäß Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 Legislativdekret Nr. 231/2001 enthalten Art. 6 Abs. 3 und Abs. 4 Legislativdekret Nr. 231/2001 einige Vereinfachungsmöglichkeiten für die Unternehmenspraxis. Art. 6 Abs. 3 Legislativdekret Nr. 231/2001 sieht vor, dass Compliance-Programme, die die Anforderungen des Art. 6 Abs. 2 Legislativdekret Nr. 231/2001 garantieren, auf der Basis von Verhaltensanweisungen bzw. Richtlinien der Unternehmensverbände der jeweiligen Kategorie des betroffenen Unternehmens eingeführt werden können, die dem it. Justizministerium mitgeteilt wurden, das im Zusammenwirken mit den zuständigen Ministerien innerhalb von 30 Tagen zur Stellungnahme hinsichtlich der Geeignetheit der Richtlinien zur Verhinderung von Straftaten berechtigt ist. Art. 6 Abs. 4 Legislativdekret Nr. 231/2001 sieht schließlich vor, dass das ODV gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. b Legislativdekret Nr. 231/2001 bei Unternehmen „kleiner Dimension“ auch das Geschäftsführungsorgan selbst sein kann.

Sieht man von Anpassungsbedürfnissen bzgl. der verbandsorganisatorischen Besonderheiten des italienischen Rechts ab (insbesondere bzgl. des ODV, Art. 6 Abs. 1 lit. b und d Legislativdekret Nr. 231/2001) enthält Art. 6 Legislativdekret Nr. 231/2001 durchaus auch für die deutsche Rechtsordnung geeignete Vorgaben für einen Verbandsanktionsausschlussgrund oder (nachrangig) einen verbindlichen Grund für ein Absehen von Strafe. Insbesondere kann aus der italienischen Anwendungspraxis nicht entnommen werden, dass die Exkulpationsvorschrift des Art. 6 zu großzügig angewandt wird. Die überwiegende Anzahl der recht zahlreichen veröffentlichten gerichtlichen Entscheidungen lässt eine volle Exkulpation aufgrund präventiver Compliance nicht zu; diese wird vielmehr nur vereinzelt zuerkannt.<sup>106</sup>

<sup>105</sup> Dieses Gesellschaftsorgan ist allein durch das Legislativdekret Nr. 231/2001, nicht durch das it. Gesellschaftsrecht vorgesehen. Es untersteht dem Grunde nach (nur) den Geschäftsführungsorganen, muss aber in Compliance-Angelegenheiten sachlich unabhängig und weisungsfrei ermitteln und berichten können sowie über ausreichende wirtschaftliche Mittel verfügen, sonst genügt es nicht den gesetzlichen Anforderungen. Es ist gerade nicht dem dt. Aufsichtsrat oder anderen Kontrollgremien der Eigentümer vergleichbar.

<sup>106</sup> Vgl. zu den sehr strengen Compliance-Anforderungen der it. Rspr. insbesondere Corte Suprema di Cassazione, Sezione V, Urteil vom 18. Dezember 2013 – Nr. 4677 („Impregilo SpA“), [https://www.penalecontemporaneo.it/upload/1393690152Cassazione\\_Impregilo.pdf](https://www.penalecontemporaneo.it/upload/1393690152Cassazione_Impregilo.pdf), mit dem die das Unternehmen im Hinblick auf Art. 6 freisprechende Entscheidung des Corte d'Appello di Milano, Ur. vom 21. März 2012 – Nr. 1824, [https://www.penalecontemporaneo.it/d/1607;https://www.penalecontemporaneo.it/upload/1340972478Appello\\_Milano\\_Impregilo.pdf](https://www.penalecontemporaneo.it/d/1607;https://www.penalecontemporaneo.it/upload/1340972478Appello_Milano_Impregilo.pdf) aufgehoben wurde.

Vor diesem Hintergrund wäre zudem erwägenswert, die Kriterien des Art. 6 Legislativdekret Nr. 231/2001 mutatis mutandis (ganz oder teilweise) auch für die Verfahrenseinstellung gem. § 14 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 KE-VSG an Stelle der dort nur in sehr allgemeiner und wenig präziser Form gemachten Vorgaben (§ 14 Abs. 1 Nr. 1 KE-VSG: „...der Verband vor der Begehung der Zuwiderhandlung technische, organisatorische und personelle Maßnahmen getroffen hat, die darauf gerichtet waren, Zuwiderhandlungen dieser Art zu verhüten...“) heranzuziehen und – wie gem. § 14 Abs. 2 KE-VSG grds. vorgesehen – auch bei nur teilweise Vorliegen für eine Verfahrenseinstellung genügen zu lassen.

Sieht man einmal davon ab, dass es sinnvoll sein könnte, einen Strafausschlussgrund zu kodifizieren und es sich anbieten könnte, sowohl für § 3 Abs. 1 S. 2 KE-VSG konkretisierend die Maßstäbe des italienischen Verbandssanktionsrechts heranzuziehen, erscheint die Formulierung des § 3 Abs. 1 S. 2 KE-VSG im Hinblick auf die Anwendungspraxis in einem Verbandsverfahren unzweckmäßig bzw. unvollständig. § 3 Abs. 1 S. 2 KE-VSG verhält sich – anders als § 46 b StGB i. V. m. § 153 b StPO<sup>107</sup> – nicht dazu, durch wen in welchem Verfahrensstadium welche Art von Entscheidung über das Absehen von Strafe zu treffen ist. Insbesondere ist nicht erkennbar, ob bereits die Staatsanwaltschaft eine solche Entscheidung treffen kann oder, wie es nach dem Vorbild des StGB zu erwarten ist, dass das Absehen von Strafe in einer gerichtlichen Entscheidung – in einem Urteil mit Schuldspruch nach Durchführung einer Hauptverhandlung<sup>108</sup> – getroffen werden muss, sofern bzw. weil im KE-VSG keine Einstellungsvorschrift entsprechend § 153b StPO vorliegt.

Ohne dem 2. Teil dieses Beitrags in der kommenden Ausgabe (zu Sanktionszumessung und Verfahren) vorzugreifen, ist schon vorab festzuhalten, dass § 14 KE-VSG („Einstellung des Verfahrens“) leider keine spezifische Vorschrift bzgl. der Einstellung des Verfahrens enthält, die auf den Fall des § 3 Abs. 1 S. 2 KE-VSG (Umgehung des CMS durch die Leitungsperson) konkret Bezug nimmt und dass daher die Voraussetzungen für die prozessuale Umsetzung dieser materiellrechtlichen Vorschrift unklar bleiben.

Denkbar wäre zwar, auch für § 3 Abs. 1 S. 2 KE-VSG die Einstellungsmöglichkeiten des § 14 Abs. 1 oder Abs. 2 KE-VSG heranzuziehen, hier ist aber für das Absehen von Strafe ein ganzer Katalog von weiteren Voraussetzungen (§ 14 Abs. 1 Nr. 1 – 4 KE-VSG) vollständig oder teilweise zu erfüllen, die allenfalls in Nr. 1 (geeignetes CMS vor der Tat) eine inhaltliche Überschneidung zu § 3 Abs. 1 S. 2 KE-VSG enthalten. Misslich ist in diesem Zusammenhang, dass § 14 KE-VSG zugleich die entsprechende Anwendung des § 153b StPO in § 14 Abs. 1 S. 1 KE-VSG ausdrücklich ausschließt. Vor diesem Hintergrund fehlt es nach diesseitiger Auffassung an einer – erforderlichen – spezifischen prozessualen Vorschrift zur Umsetzung des Absehens von Strafe aus den Gründen des § 3 Abs. 1 S. 2 KE-VSG.

Dem könnte man entgegenhalten, dass das Absehen von Strafe nach dieser Vorschrift nur im Rahmen des Hauptverfahrens durch das Gericht erfolgen soll und es daher einer solchen Vorschrift nicht bedarf. Eine derartige Ausgestaltung des Verfahrens wäre aber im höchsten Maße unökonomisch und stünde wohl auch im Widerspruch zum Regelungssinn des § 14 Abs. 1, Abs. 2 KE-VSG. Diese haben ersichtlich zum Ziel, das Hauptverfahren um solche Fälle zu entlasten, bei denen das unter Compliance-Gesichtspunkten positiv zu bewertende Vortatverhalten – aber auch das Nachtatverhalten (Offenlegung und Kooperation) – eine echte Verbandssanktion spezialpräventiv nicht erforderlich erscheinen lässt, sondern Auflagen im Sinne des § 14 Abs. 3 KE-VSG genügen. Vor dem Hintergrund, dass § 3 Abs. 1 S. 2 KE-VSG ersichtlich Auflagen für das Absehen von Strafe nicht in Betracht zieht, sowie die dolose Umgehung eines geeigneten und effektives CMS (vgl. auch § 14 Abs. 1 Nr. 1 KE-VSG) durch den Täter voraussetzt und zudem im Hinblick hierauf sowie aufgrund seiner systematischen Stellung einem Tatbestandsausschluss zumindest angenähert ist, wäre es – angesichts des Strafcharakters eines Schuldspruchs beim Absehen von Strafe<sup>109</sup> – weder sachgerecht, noch verfahrensökonomisch sinnvoll, wenn in solchen Fällen, in denen aus Sicht der Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren ein Absehen von Strafe nach § 3 Abs. 1 S. 2 KE-VSG in Betracht kommt, keine Einstellungsvorschrift entsprechend

<sup>107</sup> „(1) Liegen die Voraussetzungen vor, unter denen das Gericht von Strafe absehen könnte, so kann die Staatsanwaltschaft mit Zustimmung des Gerichts, das für die Hauptverhandlung zuständig wäre, von der Erhebung der öffentlichen Klage absehen.“

(2) Ist die Klage bereits erhoben, so kann das Gericht bis zum Beginn der Hauptverhandlung mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft und des Angeschuldigten das Verfahren einstellen.“

<sup>108</sup>Vgl. BVerfGE 96, 245, 249; BeckOK StGB/von Heintschel-Heinegg StGB § 46b Rn. 26 und BeckOK StGB/von Heintschel-Heinegg StGB § 60 Rn. 20-22.

<sup>109</sup> BVerfGE 96, 245, 249.



§ 153b StPO zur Verfügung stünde, mit der das Verfahren kurzfristig und ohne öffentliche Prangerwirkung beendet werden könnte.

Im Hinblick darauf, dass die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 S. 2 KE-VSG streng sind und zudem das Absehen von Strafe in das Ermessen der zuständigen Stelle stellen, erscheint es nicht geboten, die Verfahrenseinstellung – wie bei § 14 KE-VSG offenbar durchgehend vorgesehen – mit einer Auflage zu verbinden. Die Vorschrift des § 153 b StPO sollte daher entweder in Bezug genommen werden oder besser – an die Terminologie des Verbandssanktionenrechts angepasst – explizit in (z.B.) einen neuen § 14 a KE-VSG aufgenommen werden.

Zudem sollte – wie gesagt – in Betracht gezogen werden, ob nicht das Absehen von Strafe gemäß § 3 Abs. 1 S. 2 KE-VSG – angesichts der bei der Bewertung der strengen Voraussetzungen bestehenden breiten Beurteilungsspielräume der Staatsanwaltschaft bzw. des Gerichts – nicht zwingend angeordnet werden sollte.

Für den Fall, dass man dieser Überlegung nicht folgt, wäre es jedenfalls angezeigt, die Vorschrift um einen Halbsatz dahingehend zu ergänzen, dass für den Fall, dass die Voraussetzungen der Vorschrift vorliegen, aber nach Ermessensausübung nicht von Strafe nicht abgesehen wird,<sup>110</sup> die Verbandssanktion jedenfalls in näher zu spezifizierender, gewichtiger Weise zu mindern ist (etwa: Minderung des Sanktionsrahmens um ein Drittel). Eine Berücksichtigung des in der Vorschrift niedergelegten Umstands lediglich im Rahmen der allgemeinen Sanktionszumessungsgründe erscheint nicht ausreichend.

b) Voraussetzung der Verbandsverfehlung bei verbandsbezogener  
Zu widerhandlung eines Mitarbeiters, § 3 Abs. 2 KE-VSG

An die Haftung des Verbands aufgrund einer Verbandsverfehlung eines (untergeordneten) Mitarbeiters stellt § 3 Abs. 2 KE-VSG zu Recht strengere Anforderungen. Hat ein Mitarbeiter in Wahrnehmung der Angelegenheiten eines Verbandes eine verbandsbezogene Zu widerhandlung begangen, so wird gegen den Verband eine Verbandssanktion nur verhängt, „wenn die Begehung dieser Zu widerhandlung dadurch ermöglicht oder wesentlich erleichtert wurde, dass eine Leitungsperson des Verbandes erforderliche und zumutbare Maßnahmen zur Verhinderung solcher Zu widerhandlungen unterlassen hat“.

Hinsichtlich der „Wahrnehmung der Angelegenheiten eines Verbandes“ kann auf die obenstehenden Anmerkungen zur entsprechenden Formulierung bei § 3 Abs. 1 KE-VSG verwiesen werden.

aa) Ermöglichung oder Erleichterung der Zu widerhandlung durch Unterlassen von  
zureichenden Compliance-Maßnahmen durch Leitungspersonen

Eine sanktionsrechtliche Verantwortung für Zu widerhandlungen von (subalternen) Mitarbeitern soll den Verband nach § 3 Abs. 2 2. HS KE-VSG zurecht nur dann treffen, wenn (1.) eine Leitungsperson (nachweislich) erforderliche und zumutbare präventive Compliance-Maßnahmen unterlassen hat, (2.) die zur Verhinderung der verfahrensgegenständlichen Zu widerhandlung geeignet sind bzw. hierauf abzielen und (3.) durch diese Unterlassung die konkrete Zu widerhandlung des Mitarbeiters ermöglicht oder wesentlich erleichtert wurde. Diese Zurechnungseinschränkung ist aus diesseitiger Sicht schon deshalb erforderlich, weil der Begriff des Mitarbeiters – der aus diesseitiger Sicht alle faktischen Arbeitnehmer des Verbandes umfasst – grundsätzlich einen sehr breiten Personenkreis in die Zurechnung zum Verband einbezieht, obwohl dieser Personenkreis – anders als die Leitungspersonen – typischerweise gesellschaftsrechtlich und zivilrechtlich sowie insbesondere nach seiner Wahrnehmung in der Öffentlichkeit gerade nicht für die Willensbildung und die Entscheidungsfindung als zuständig angesehen wird, da ihm in der Willensbildung des Verbandes regelmäßig keine wesentliche Entscheidungsmacht zukommt. Insofern sind die oben skizzierten Einschränkungen der Zurechnung bei rechtswidrigen Taten von Mitarbeitern im Ausgangspunkt durchaus zu begrüßen.

Zwar ist hier ein (hypothetisch) kausales Unterlassen von Leitungspersonen erforderlich, nach der Formulierung der Vorschrift bedeutet dies jedoch gerade nicht, dass deren Verhalten dem Verband direkt zugerechnet wird. Vielmehr spricht vieles dafür, dass das hypothetisch kausale Unterlassen der Leitungspersonen lediglich eine objektive Bedingung für die Verwirklichung der Verbandsverfehlung – vergleichbar einer objektiven Bedingung der Strafbarkeit – ist. Es ist nach

<sup>110</sup> Und aus welchen Gründen auch immer eine sonstige Verfahrenseinstellung (§ 14 KE-VSG) nicht in Betracht kommt.

dem Wortlaut der Vorschrift ersichtlich nicht erforderlich, dass die Leitungsperson im Rahmen des § 3 Abs. 2 KE-VSG strafatbestandsmäßig und/ oder rechtswidrig handeln müsste, sofern ihr Unterlassen im Compliance-Bereich fördernd kausal für die Zuwiderhandlung des Mitarbeiters ist. Nur des Mitarbeiters tatbestandsmäßige und rechtswidrige Zuwiderhandlung ist direkter Anknüpfungspunkt für die Zurechnung zum Verband.

Insofern setzt sich § 3 Abs. 2 KE-VSG im Widerspruch zur Zurechnungsmechanik des an sich sehr ähnlichen § 130 Abs. 1 S. 1 OWiG, bei der es sich umgekehrt verhält, insofern als die Leitungsperson selbst vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt haben muss, und die Zurechnung zum Verband gemäß § 30 Abs. 1 OWiG unmittelbar nur an das Verhalten der Leitungsperson anknüpft, während die Zuwiderhandlung untergeordneter Mitarbeiter im Rahmen des § 130 Abs. 1 OWiG lediglich objektiv gegeben sein muss. Sie ist daher nach herrschender Auffassung eine objektive Bedingung der bußgeldrechtlichen Ahndung, weshalb sie auch nicht vom Vorsatz oder der Fahrlässigkeit der Leitungsperson umfasst sein muss.<sup>111</sup>

Wenn der KE nunmehr umgekehrt vorgeht und direkt an das Verhalten des Mitarbeiters anknüpft, stellt sich die Frage, ob damit nicht das Pferd von hinten (oder besser „von unten“) aufgezäumt wird. Im Ergebnis soll im Rahmen des § 3 Abs. 2 KE-VSG letztlich ein Aufsichts- bzw. Organisationsmangel vergleichbar zu § 130 OWiG für die Zurechnung zum Verband maßgeblich sein. Für diesen kann ersichtlich der zuwiderhandelnde Mitarbeiter mangels Entscheidungsmacht nicht verantwortlich sein, sondern nur die Leitungsperson, bezüglich derer jedoch anscheinend davon abgesehen wird, irgendein Verschulden zu verlangen. Sachgerechter – und kongruenter mit § 3 Abs. 1 KE-VSG – erschiene es vor diesem Hintergrund meines Erachtens, vergleichbar zu § 130 OWiG direkt an das zumindest sorgfaltswidrige Verhalten der Leitungsperson (Aufsichtspflichtverletzung) anzuknüpfen und nur indirekt an dasjenige des Mitarbeiters (Zuwiderhandlung).

§ 3 Abs. 2 KE-VSG ähnliche Mechanismen finden sich im italienischen Verbandssanktionenrecht gemäß Legislativdekret Nr. 231/2001, nämlich in den Vorschriften der Art. 5 Abs. 1 lit. b und Art. 7. Eine Haftung des Verbandes ist auch in Italien möglich, wenn ein untergeordneter Mitarbeiter die Straftat begangen hat, sofern er der Aufsicht einer Person im Sinne des Art. 5 Abs. 1 lit. a Legislativdekret Nr. 231/2001 – vergleichbar einer Leitungsperson – unterstellt ist (Art. 5 Abs. 1 lit. b Legislativdekret Nr. 231/2001) und gewisse Compliance-Mängel vorliegen<sup>112</sup>:

Im Falle der Begehung von Straftaten durch untergebene Mitarbeiter im Sinne des Art. 5 Abs. 1 lit. b Legislativdekret Nr. 231/2001 schreibt Art. 7 Abs. 1 Legislativdekret Nr. 231/2001 als Voraussetzung der Verbandshaftung die Ursächlichkeit der Nichterfüllung („inosservanza“) einer Weisungs- oder Überwachungspflicht durch eine Leitungsperson im Sinne des Art. 5 Abs. 1 lit. a vor. D.h. allein die Pflichtverletzung durch untergeordnete Mitarbeiter reicht für sich genommen gerade nicht, um das Unternehmen zu sanktionieren. Erforderlich ist zumindest ein der Aufsichtspflichtverletzung im Sinne des § 130 OWiG ähnliches Unterlassen durch Leitungspersonen. Art. 7 Abs. 2 Legislativdekret Nr. 231/2001 präzisiert dies weitergehend, indem klargestellt wird, dass die Nichterfüllung der Weisungs- und Überwachungspflicht durch Leitungspersonen ausgeschlossen ist, wenn das Unternehmen vor der Tatbegehung Compliance-Programme eingeführt und effektiv angewandt hat, die geeignet sind, Straftaten derjenigen Art zu verhindern, die im konkreten Fall begangen wurden. Diese Compliance-Programme müssen in Relation zu Art und Größe der Unternehmensorganisation sowie im Verhältnis zur Unternehmenstätigkeit Maßnahmen vorsehen, die geeignet sind, eine Aufgabenerfüllung unter Einhaltung der Gesetze zu garantieren und Risikosituationen unverzüglich zu beseitigen (Art. 7 Abs. 3 Legislativdekret Nr. 231/2001). Eine effektive Anwendung von Compliance-Programmen im Sinne des Art. 7 Abs. 2 Legislativdekret Nr. 231/2001 setzt zudem voraus, dass eine periodische Überprüfung erfolgt und eine eventuelle Änderung derselben vorgenommen wird, wenn signifikante Verletzungen der Compliance-Richtlinien festgestellt werden oder wenn Änderungen der Unternehmensorganisation oder -aktivitäten eintreten (Art. 7 Abs. 4 a Legislativdekret Nr. 231/2001). Hinzukommen muss ein geeignetes Disziplinarsystem zur Sanktionierung von Verstößen gegen Compliance-Richtlinien (Art. 7 Abs. 4 b Legislativdekret Nr. 231/2001).<sup>113</sup>

Die Regelungstechnik der italienischen Vorschriften ist mithin dem § 3 Abs. 2 KE-VSG im Ausgangspunkt ähnlich, aber deutlich präziser, insbesondere was die Qualität der haftungsbefreienden Compliance-Maßnahmen betrifft. Es erscheint auch auf Gesetzeszebene unzureichend

<sup>111</sup> KK-OWiG/Rogall OWiG § 130 Rn. 77-78; Göhler/Gürtler OWiG § 130 Rn. 17; BeckOK-OWiG/Beck § 130 Rn. 79; Theile/Petermann JuS 2011, 496, 499.

<sup>112</sup> Rübenstahl RIW 2012, 505, 509.

<sup>113</sup> Vgl. zusammenfassend Rübenstahl RIW 2012, 505, 510.

und überdies als Voraussetzung von Verbandssanktionen nicht hinreichend bestimmt, lediglich – wie dies § 3 Abs. 2 KE-VSG tut – im Hinblick auf die Compliance-Erfordernisse von „erforderlichen und zumutbaren Maßnahmen zur Verhinderung solcher Zuwiderhandlungen“ zu sprechen und alles Weitere der Rechtsprechungspraxis zu überlassen, sofern der Regierung keine Verordnungsermächtigung erteilt wird. Insofern sollte daher eine Definition dieser Maßnahmen vergleichbar zu derjenigen des Art. 7 Legislativdekret Nr. 231/2001 in die Kodifikation aufgenommen werden sofern man an die Zuwiderhandlung auch eines untergeordneten Mitarbeiters anknüpfen will.

Anders als im italienischen Recht gergelt erscheint es jedoch meines Erachtens vorzugswürdig, in einem deutschen Verbandssanktionenrecht jedenfalls von einer Beweislastumkehr oder einer Darlegungslast bzw. Glaubhaftmachungspflicht zulasten des Verbandes abzusehen, wenn es um Anknüpfungstaten von untergeordneten Mitarbeitern geht. Regelfall der Verbandshaftung sollte das Anknüpfen an das Handeln von Leitungspersonen bleiben, die maßgeblich dessen Willensbildung und Willensäußerung prägen. Das Anknüpfen an das Verhalten von Mitarbeitern sollte nur unter strengen Voraussetzungen möglich sein. Insofern verbietet sich jedenfalls hier eine Beweislastumkehr bezüglich des Haftungsausschlusses aufgrund von Compliance-Maßnahmen. In der Praxis dürften sich kaum Beweisprobleme ergeben, da die Verbände regelmäßig von sich aus gegenüber den Ermittlungsbehörden ihr CMS erläutern und nach besten Kräften belegen werden.

bb) Vorsätzliche, rechtswidrige und schuldhaftige Zuwiderhandlung erforderlich?

Auch die Zuwiderhandlung des Mitarbeiters muss gem. § 1 Abs. 3 KE-VSG einen Straftatbestand verwirklichen und rechtswidrig sein. Bezüglich der verbandsbezogenen Zuwiderhandlungen von Mitarbeitern in § 3 Abs. 2 KE-VSG fehlt es aber an einer § 3 Abs. 1 KE-VSG entsprechenden Formulierung bzgl. des Verschuldens oder an einer Verweisung. Dies könnte zu der Annahme führen, dass hier unterschiedliche Maßstäbe gelten sollen, und im Rahmen des § 3 Abs. 2 KE-VSG ein Verschulden des Mitarbeiters zur Zurechnung nicht erforderlich wäre, etwa im Hinblick darauf, dass § 3 Abs. 2 KE-VSG nur verwirklicht ist, „wenn die Begehung dieser Zuwiderhandlung dadurch ermöglicht oder wesentlich erleichtert wurde, dass eine Leitungsperson des Verbandes erforderliche und zumutbare Maßnahmen zur Verhinderung solcher Zuwiderhandlungen unterlassen hat“. Es dürfte davon auszugehen sein, dass auch hier eine vorsätzliche, rechtswidrige und schuldhaftige Begehung der Zuwiderhandlung gemeint ist, da wohl nicht anzunehmen ist, dass die Entwurfsverfasser über die nach §§ 30, 130 OWiG gegebenen Zurechnungsmöglichkeiten hinausgehen wollten. Zwar setzt § 130 OWiG bzgl. der Zuwiderhandlungen subalternen Mitarbeiter (auf die sich die Aufsichtspflichtverletzung der Leitungsperson bezieht) nur eine objektive Verwirklichung eines Tatbestands, die mit „natürlichem Vorsatz“ (soweit Vorsatzdelikt)<sup>114</sup> begangen werden muss, voraus. Dies ist aber darauf zurückzuführen, dass nach herrschender Auffassung die Zuwiderhandlung des untergeordneten Mitarbeiters lediglich objektive Bedingung der bußgeldrechtlichen Ahndung ist.<sup>115</sup> Anknüpfungspunkt der bußgeldrechtlichen Ahndung ist sowohl für § 130 OWiG, als auch für §§ 30, 130 OWiG das Verhalten der Leitungsperson im Sinne des § 130 OWiG (Betriebsinhaber etc.). Insofern ist aber klar, dass eine vorsätzliche oder fahrlässige rechtswidrige und schuldhaftige Verletzung der Aufsichtspflicht vorliegen muss (wobei sich ein etwaiger Vorsatz nicht auf die Zuwiderhandlung erstrecken muss).<sup>116</sup> Vor dem Hintergrund, dass nach § 3 Abs. 2 KE-VSG die Zuwiderhandlung, die Anknüpfungspunkt für die Verbandsverfehlung ist, durch den Mitarbeiter begangen wird und die Unterlassung von Leitungspersonen lediglich objektive Bedingung der Verbandsanktionierung ist, besteht hier auch im Hinblick auf das Erfordernis eines wertungsmäßigen Gleichlaufs mit § 3 Abs. 1 KE-VSG in der Person des Mitarbeiters das Erfordernis einer vorsätzlichen oder fahrlässigen, tatbestandsmäßigen, rechtswidrigen und schuldhaften Tat. Dies sollte klarstellend in die Vorschrift aufgenommen werden.

\*\*\*\* Fortsetzung in WIJ 4/2018 (September 2018) \*\*\*\*

<sup>114</sup> KK-OWiG/Rogall § 130 Rn. 79 f. m.w.N.

<sup>115</sup> KK-OWiG/Rogall § 130 Rn. 78 m.w.N.

<sup>116</sup> KK-OWiG/Rogall § 130 Rn. 119 f. m.w.N.