

# Die aktuelle Forderung eines Verbandsstrafrechts – Ein kriminalpolitischer Zombie

Von Prof. Dr. Dr. h.c. mult. **Bernd Schünemann**, München

## I. Ein Resümee nach 60 Jahren Diskussion

1. Dass sich Gesetz' und Rechte wie eine ew'ge Krankheit forterbten und von dem mit der lebenden Generation geborenen Recht nie die Frage sei – diese mephistophelische Diagnose eines gegenüber der gesellschaftlichen Entwicklung tauben und blinden, aus vergangenen Zeiten übernommenen und zur Zwangsjacke degenerierten Normengerüsts<sup>1</sup> muss heute durch ihr Gegenteil ersetzt werden: Der Gesetzgeber reagiert hektisch auf jede wirkliche oder vermeintliche Blähung des Zeitgeistes, und wir haben uns nicht nur in einer so flüssigen Materie wie dem Finanzwesen des Schuldenstaates an die ständige Veränderung durch das „Jahressteuergesetz“<sup>2</sup> gewöhnt, sondern auch – eine eindrucksvolle empirische Bestätigung der These *Luhmanns* von der Kontingenz des positiven Rechts<sup>3</sup> – an sage und schreibe 140 Änderungsgesetze zur Strafprozessordnung binnen 40 Jahren (von 1972 bis 2012) oder 60 zum Strafgesetzbuch binnen 12 Jahren (von 2001 bis 2012). Zwischen diesen beiden Extremen existieren – wie ich sie nennen möchte – *rechtspolitische Zombies*, also Regelungsvorschläge, die nach gründlicher Prüfung verworfen worden sind, aber nach einer gewissen Latenzzeit wieder hervorgekramt werden und eine erneute Diskussion mit we-

---

<sup>1</sup> Weil *Goethe* sie seinen Mephisto noch nicht im Urfaust, sondern erst in der nach der französischen Revolution und dem Inkrafttreten des preußischen Allgemeinen Landrechts im Jahr 1797 wieder aufgenommenen Dichtung treffen lässt (Faust I, Studierzimmer, 1972 ff.), dürfte sie nicht als eine zeitgenössische Kritik, sondern als eine Verarbeitung seiner Erfahrungen am Reichskammergericht und damit letztlich als eine Kritik der Rezeption des römischen Rechts zu deuten sein.

<sup>2</sup> Wobei der permanente, von Opportunität und Lobbyismus beeinflusste Wandel der Steuertatbestände mit der dadurch erfolgten partiellen Ablösung von Gerechtigkeitsprinzipien (was die Steuerverfehlung vom Steuersparmodell eher intellektuell als moralisch trennt, sozusagen Dummheit versus Raffinesse der Kautelarjurisprudenz) in einem eklatanten Gegensatz zur wachsenden Drakonisierung des Strafverfahrens und Steuerstrafverfahrens steht (dazu in Kürze *Schünemann*, in: *Livonius/Graf/Wolter/Zöller* [Hrsg.], *Strafverteidigung im Wirtschaftsleben*, Festgabe für Hanns Feigen, 2014, S. 263 ff.) – von dem in die Groteske reichenden Gegensatz zur de facto weitgehend etablierten Straflosigkeit der Steuerverschwendung (dazu *Schünemann*, *Unverzichtbare Gesetzgebungsmaßnahmen zur Bekämpfung der Haushaltsuntreue und der Verschwendung öffentlicher Mittel*, 2012) und der in die Billionen gehenden Schädigungen durch ungetreue Glücksspiele im Bankwesen (vulgo Finanzkrise, dazu *Schünemann* [Hrsg.], *Die sogenannte Finanzkrise – Systemversagen oder global organisierte Kriminalität?*, 2010) oder die Targetsalden im EZB-System (dazu *Schünemann*, *ZIS* 2012, 84; *H.-W. Sinn*, *Die Target-Falle*, 2012) ganz abgesehen.

<sup>3</sup> *Luhmann*, *Rechtssoziologie*, 2. Aufl. 1983, S. 190 ff., 215 f.

nigen neuen und überwiegend aufgewärmten alten Argumenten provozieren.

2. Im Strafrecht findet sich der vitalste Zombie zweifellos in Gestalt der Strafbarkeit juristischer Personen bzw. von Verbänden. Nachdem die Besatzungsmächte im Wirtschaftsstrafrecht der Nachkriegszeit verschiedentlich die Verhängung echter Kriminalstrafen gegen juristische Personen vorgesehen hatten,<sup>4</sup> stellte sich die Strafrechtliche Abteilung des 40. Deutschen Juristentages 1953 die Frage „Empfiehl es sich, die Strafbarkeit der juristischen Person gesetzlich vorzusehen?“ und verneinte diese auf der Grundlage des Gutachtens von *Heinitz* und der Referate von *Engisch* und *Hartung* mit der damals nicht ernsthaft angefochtenen Begründung, dass Strafe nur wegen einer rechtswidrig-schuldhaften Handlung verhängt werden dürfe und juristische Personen weder handlungs- noch schuldfähig seien.<sup>5</sup> In § 47 des Außenwirtschaftsgesetzes vom 28.4.1961<sup>6</sup> ist deshalb jede direkte strafrechtliche Verantwortlichkeit einer juristischen Person abgeschafft worden, und in den 1978 abgeschlossenen Beratungen der 1972 vom Bundesjustizministerium eingesetzten Sachverständigenkommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität stand ihre Wiedereinführung zu keinem Zeitpunkt zur Diskussion.<sup>7</sup> Die wissenschaftliche Auseinandersetzung ist hierdurch jedoch nicht gestoppt worden, sondern lief – mit im Einzelnen höchst unterschiedlichen Vorschlägen – in den 90er Jahren geradezu auf Hochtouren.<sup>8</sup> Gleichwohl hat auch die deutsche Kommission zur Reform des strafrechtlichen Sanktionensystems in ihrem Abschlussbericht aus dem Jahre 2000 die

---

<sup>4</sup> Eingehende Darstellung bei *Rudolf Schmitt*, *Strafrechtliche Maßnahmen gegen Verbände*, 1958, S. 47 ff.

<sup>5</sup> Verhandlungen des 40. Deutschen Juristentages 1954, Bd. 1 S. 85 ff., Bd. 2 E S. 23 ff., 44, 68 ff.

<sup>6</sup> BGBl. I 1961, S. 481.

<sup>7</sup> Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), *Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität – Schlussbericht der Kommission*, 1980, S. 35 ff., und dazu *Schünemann*, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, 1979, S. 263 f.

<sup>8</sup> *Schroth*, *Unternehmen als Normadressaten und Sanktionssubjekte*, 1993; *Schünemann/Suárez González* (Hrsg.), *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts*, 1994, S. 265 ff.; *Schünemann/Figueiredo Dias* (Hrsg.), *Bausteine des europäischen Strafrechts*, 1995, S. 283 ff.; *Heine*, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, 1995; *Schünemann* (Hrsg.), *Unternehmenskriminalität (Deutsche Wiedervereinigung – Die Rechtseinheit, Arbeitskreis Strafrecht III)*, 1996; *de Doelder/Tiedemann* (Hrsg.), *Criminal Liability of Corporations*, 1996; *Ransiek*, *Unternehmensstrafrecht*, 1996; *Busch*, *Unternehmen und Umweltstrafrecht*, 1997; *Alwart* (Hrsg.), *Verantwortung und Steuerung von Unternehmen in der Marktwirtschaft*, 1998; *Eser/Heine/Huber* (Hrsg.), *Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities*, 1999; *Bosch*, *Organisationsverschulden in Unternehmen*, 2002; Symposium „The Sarbanes-Oxley Act of 2002“, *Buffalo Crim. L. Rev.* 8 (2004), Ausgabe 1.

Einführung einer Unternehmenssanktionierung im Bereich des klassischen Strafrechts (im Klartext: eine echte Unternehmensbestrafung) abgelehnt, sowohl mangels eines kriminalpolitischen Bedürfnisses als auch wegen erheblicher Bedenken im Hinblick auf das strafrechtliche Schuldprinzip.<sup>9</sup>

3. Das anschließende Jahrzehnt hat diese Ablehnung in der deutschen strafrechtswissenschaftlichen Diskussion befestigt, weil die wiederholten Versuche, die die ontologische Basis der Kriminalstrafe bei Individuen bildende Handlungs- und Schuldfähigkeit bei Verbänden entweder durch bloße Zurechnung oder durch Analogie zu substituieren, teils platte Un- und Missverständnisse der Wirksamkeits- und Legitimationsbedingungen des Strafrechts transponieren, teils in eine normtheoretische Aporie hineinführen. Um das in aller Kürze an Hand der sattsam bekannten Straftheorien zu rekapitulieren:

a) Die Theorie(n) der Generalprävention, die den Rechtsgüterschutz durch Erhaltung der allgemeinen Normtreue als Zweck des Strafrechts verstehen, sehen diesen Zweck in ihrer klassischen Konzeption durch *Feuerbach* durch die *Strafandrohung* erreicht, die den Bürger als rationalen Nutzenmaximierer davon abhält, die bei einer isolierten Betrachtung für ihn interessengerechte, bei einer Berücksichtigung der auf das Delikt angedrohten Strafe aber interessenwidrige Straftat zu begehen. Wegen des schon in objektiver Hinsicht nur mehr oder minder großen Entdeckungsrisikos und wegen der subjektiven menschlichen Neigung, entfernte Risiken gegenüber aktuellem Nutzen eher gering zu schätzen, sind die nach der androhungsgeneralpräventiven Theorie vorzusehenden Strafen in der Regel als „Overkill“ konzipiert, drohen also ein den Nutzen erheblich übersteigendes Übel an. Wegen dieses strukturellen Übermaßes der Strafe ist ihre Legitimation durch das Schuldprinzip unverzichtbar und in der deutschen Verfassung nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG in der Garantie der Würde des Menschen und im Rechtsstaatsprinzip, also als Teil der sog. „Ewigkeitsgarantie“ des Art. 79 Abs. 3 GG sogar „europäisierungsfest“ garantiert<sup>10</sup>. Die Verhängung und Vollstreckung der Strafe setzt hiernach – logisch notwendig – eine vorwerfbare Verletzung der rechtsgüter-schützenden Verbotsnorm voraus. Weitere dadurch zu verwirklichende Zwecke sind in der Theorie der Androhungsgeneralprävention nicht vorgesehen, aber natürlich als nützliche „side effects“ auch nicht ausgeschlossen. An dieser Stelle klinkt sich die sog. Integrations- oder positive Generalprävention ein, die in dem Strafverfahren, dem Strafurteil und der Strafvollstreckung die normbestärkende Wirkung auf die Allgemeinheit akzentuiert.<sup>11</sup> Im Gegensatz dazu geht es der

Spezial- oder Individualprävention nicht um die Ahndung einer in der Vergangenheit begangenen Normverletzung und die hierin liegende *repressive Perspektive*, sondern um die Verhütung einer künftigen Rückfalltat, also um eine rein zukunftsgerichtete, auf eine einzelne Person konzentrierte Prävention. Ihre Unterformen sind die Sicherung der Gesellschaft vor dem Täter durch dessen temporäre oder womöglich sogar unbegrenzte Unschädlichmachung in einer geschlossenen Anstalt sowie die „Besserung“ (Resozialisierung) des Täters mithilfe des Strafvollzuges. Soweit diese Zwecke im Rahmen einer aus Gründen der Androhungsgeneralprävention notwendigen und durch das Schuldprinzip legitimierten Strafe verfolgt werden, sind sie natürlich als nützliche „side effects“ unproblematisch. Sollen diese Ziele dagegen außerhalb einer durch Normverletzung und Schuldprinzip definierten und legitimierten Strafe erreicht werden, so handelt es sich nicht um eine Strafe, sondern um eine Maßregel der Besserung und Sicherung, die in dem seit 80 Jahren im StGB verwirklichten zweiseitigen System eine völlig eigenständige Zwangsausübung darstellt und vom Gesetz an eigenständige, *prospektive* Voraussetzungen geknüpft wird: etwa dass die Gesamtwürdigung des Täters und seiner Tat ergibt, dass von ihm infolge seines Zustandes erhebliche rechtswidrige Taten zu erwarten sind und er deshalb für die Allgemeinheit gefährlich ist (Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus gem. § 63 StGB), oder wenn die Gesamtwürdigung des Täters und seiner Taten ergibt, dass er infolge eines Hanges zu erheblichen Straftaten, namentlich zu solchen, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden, zum Zeitpunkt der Verurteilung für die Allgemeinheit gefährlich ist (so für die Sicherungsverwahrung § 66 Abs. 1 Nr. 4 StGB).<sup>12</sup>

b) Aus diesen Kategorien, die auf analytischem Wege gebildet worden sind und die deshalb logisch notwendige Strukturprinzipien des Strafrechts wiedergeben, folgt abermals logisch zwingend, dass eine Übelszufügung allein wegen eines in der Vergangenheit liegenden Ereignisses nur zweckrational sinnvoll und legitimierbar ist, wenn es um eine schuldhaft (= vermeidbare) Normverletzung geht. Adressat einer Norm kann nur ein zum Verstehen der Norm und zu ihrer Befolgung durch sein Handeln befähigter Mensch sein, nicht aber ein rein kausal ablaufender Prozess, wozu außer Naturvorgängen auch systemische Prozesse in der menschlichen Gesellschaft gehören, die von keinem einzelnen Menschen gesteuert werden. Jeder gegenteilige Versuch wäre eine Torheit wie diejenige des persischen Großkönigs Xerxes, der nach Herodot bei

<sup>9</sup> Abschlussbericht der Kommission zur Reform des strafrechtlichen Sanktionensystems (März 2000) Teil 12, publiziert bei Hettinger (Hrsg.), Reform des Sanktionenrechts, Bd. 3, 2002.

<sup>10</sup> Seit BVerfGE 9, 167; 20, 323 st. Rspr., in jüngster Zeit eindrucksvoll bekräftigt im sog. Lissabon-Urteil BVerfGE 123, 267 (413 f. Rn. 364), und im Absprachen-Urteil BVerfGE NJW 2013, 1058 (1059 Rn. 54).

<sup>11</sup> Während die Theorie der Abschreckungsgeneralprävention die Rechtstreue der Allgemeinheit durch das schockierende

Schauspiel einer erniedrigenden Übelszufügung festigen möchte, was nach heute allgemeiner Auffassung auf eine verfassungswidrige Verletzung der Menschenwürde hinausläuft, weil der Straftäter durch sie als Objekt zur Einwirkung auf andere missbraucht wird.

<sup>12</sup> Wobei das BVerfG diese Regelung aber für zu weitgehend erklärt und stattdessen verlangt hat, dass eine Gefahr schwerer Gewalt- oder Sexualstraftaten aus konkreten Umständen in der Person oder dem Verhalten des Betroffenen abzuleiten sein muss (BVerfGE 128, 326 [405-406 Rn. 172]).

einem Unwetter die hochgehenden Wellen des Hellespont zur Strafe mit 300 Rutenschlägen züchtigen ließ.

c) Die Handlungsfähigkeit ist also eine logisch notwendige Prämisse für eine im Kontext der Androhungsgeneralprävention verhängte Strafe, weil ohne sie ja keine Normverletzung vorliegen kann. Auch das Schuldprinzip, also der Vorwurf, trotz individueller Vermeidbarkeit die Norm verletzt haben, ist in dem Begriff der Normverletzung, wenn diese eine hinreichende Bedingung für die Verhängung von Strafe sein soll, logisch vorausgesetzt. Und weil selbstverständlich auch der Gesetzgeber an die Gesetze der Logik gebunden ist, ist die Meinung *Vogels*, er sei in einer davon abweichenden „einfachgesetzlichen Ausgestaltung von Handlungs- oder Unterlassungsunrecht“ frei,<sup>13</sup> schon auf der Ebene der Logik nicht akzeptabel. Eine Übelszufügung, die auf dem Boden der Theorie der Androhungsgeneralprävention in der in der Vergangenheit liegenden Tat eine hinreichende Bedingung findet, kann ohne Handlungsfähigkeit und Schuld des Täters unter vernünftigen Wesen nicht einmal widerspruchsfrei gedacht werden.

4. Aus der einzig umfassend zweck- und wertrationalen (d.h. sowohl die gesellschaftliche Notwendigkeit als auch die Legitimation gegenüber dem Betroffenen erfassenden) Straf(-rechts-)theorie folgt somit: Strafrecht bezweckt als ultima ratio den Rechtsgüterschutz durch das Mittel der mit Androhungsgeneralprävention ausgestatteten Verhaltensnormen, die die Handlungsfähigkeit und Vermeidemacht (= Schuld) des Normadressaten logisch zwingend voraussetzen, woraus zugleich folgt, dass der das Rechtsgut verbotswidrig und vermeidbar Verletzende auch die Strafe vermeiden konnte, wenn er gewollt hätte, so dass das in der Kriminalstrafe regelmäßig liegende Übermaß der rein repressiven Leidzufügung (ihr „Overkill-Effekt“) durch sein eigenes freies Verhalten legitimiert wird.<sup>14</sup> Wie will man damit ein Unternehmensstrafrecht vereinbaren?

<sup>13</sup> *Vogel*, in: Kempf/Lüderssen/Volk (Hrsg.), Unternehmensstrafrecht, 2012, S. 205 (S. 207).

<sup>14</sup> Die im Grunde simple, aber jahrtausendlang verdrängte Erkenntnis, dass die Wirklichkeit des Strafrechts nur bei der Bestrafung von Tötungsdelikten und vielleicht noch schwersten Körperverletzungsdelikten die Talion erreicht oder dahinter zurückbleibt, während sie im Regelfall weit darüber hinausgeht (was ich hier „Overkill“ nenne: Wer ein Vermögensdelikt begeht, erst recht im Rückfall, wird unter Umständen über Jahre hinweg wie ein wildes Tier in einen Käfig gesperrt; dasselbe passiert einem Sexualtäter, der Leib und Seele seines Opfers zweifellos übel mitgespielt hat, aber nur über eine kurze Zeitspanne), widerlegt mit einem Schlage sowohl sämtliche Neo-Vergeltungstheorien als auch die vom BVerfG (E 120, 224 [241 f. Rn. 39]) begierig aufgegriffene These Freiburger Autoren, das strafrechtliche Verbot dürfe vom Gesetzgeber um jedes öffentlichen Belangs willen aufgestellt und durch verhältnismäßige Strafen sanktioniert werden. Denn das fast permanente Übermaß der strafrechtlichen Sanktion ist weder bloße Vergeltung noch verhältnismäßig, aber unausweichlich, weil nur ein geringer Teil der tatsächlich begangenen Verbrechen aufgeklärt und abgeurteilt wer-

a) Um die doppelte Klippe der fehlenden eigenen Handlungsfähigkeit und eigenen Schuldfähigkeit von Körperschaften zu umschiffen, wird als Lösung mit dem geringsten argumentatorischen Aufwand ein *schlichtes Zurechnungsmodell*<sup>15</sup> präsentiert, das mit der auf die Alter-ego-Theorie des Common Law<sup>16</sup> zurückverweisenden Idee der direkten Zurechnung der Organhandlung und des Organverschuldens an

den kann, so dass nur ein angedrohter „Overkill“ auch diejenigen potentiellen Straftäter zu beeindrucken vermag, die das Ausmaß der Entdeckungswahrscheinlichkeit in ihr Kalkül einbeziehen. Der im Text maximal konzentrierte Begriff des Strafrechts als ultima ratio zum Schutz der unentbehrlichsten (sit venia superlativo!) Güter des einzelnen und der Allgemeinheit vermöge androhungsgeneralpräventiver Verhaltensnormen und durch das Schuldprinzip gegenüber dem Bestraften legitimer, repressiver (d.h. allein wegen der vergangenen Gutsverletzung verhängter) Sanktionen kann hier nicht in extenso begründet und abgesichert werden, siehe nur zum eigenen Standpunkt ausführlicher *Schünemann*, in: Schünemann/v. Hirsch/Jareborg (Hrsg.), Positive Generalprävention, 1998, S. 109; *ders.*, in: Prittwitz u.a. (Hrsg.), Festschrift für Klaus Lüderssen, 2002, S. 327 (S. 330 ff.); *ders.*, in: Dölling (Hrsg.), Jus humanum, Grundlagen des Rechts und Strafrecht, Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag, 2003, S. 537; *ders.*, in: Hefendehl/v. Hirsch/Wohlens (Hrsg.), Rechtsgutstheorie – Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?, 2003, S. 133. Zur neuesten Rechtsgutsdiskussion *Hefendehl*, GA 2007, 2; *Swoboda*, ZStW 122 (2010), 24; *Roxin*, GA 2013, 433; anhaltende Kritik bei *Jakobs*, Zur Legitimation des Strafrechts, 2012; *ders.*, in: Freund u.a. (Hrsg.), Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems, Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag, 2013, S. 81, der (exemplarisch seine Billigung des BtM-Strafrechts durch den Schutz der Sittlichkeit, S. 33 f.) die qualifizierten Legitimationsanforderungen aus dem Overkillcharakter des Strafrechts nicht berücksichtigt und dem Gesetzgeber carte blanche gibt. Zu den Straftheorien *Greco*, Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie, 2009 (mit umfassender Analyse und Begründung der Androhungsgeneralprävention); *Hörnle*, Straftheorien, 2011 (mit einem Plädoyer für eine „expressive“ Straftheorie, S. 29 ff., die m.E. zwar die Missbilligung, nicht aber die daran geknüpfte Übelszufügung erklären kann).

<sup>15</sup> So die Bezeichnung bei *Schünemann*, in: Laufhütte/Rising-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, vor § 25 Rn. 23; gleichbedeutend der vielfach verwendete Ausdruck „Repräsentationsmodell“.

<sup>16</sup> Dazu näher *Leigh*, The Criminal Liability of Corporations in English Law, 1969, S. 74 ff., 91 ff.; *Ehrhardt*, Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe, 1994, S. 116 f.; zur noch extensiveren Zurechnung nach der Respondeat Superior Doctrine siehe *Dubber*, Einführung in das US-amerikanische Strafrecht, 2005, S. 105; zu den historischen und philosophischen Grundlagen *Dubber, Isaacs* u. *Stewart*, New Crim. L. Rev. 16 (2013), 203, 241, 261.

die juristische Person arbeitet.<sup>17</sup> Es besteht in nichts anderem als einer quaternio terminorum des Handlungsbegriffs wie des Schuldbegriffs, denn die Zurechnung einer fremden Handlung ist eben keine Handlung, die Zurechnung fremder Schuld kann eine fehlende Schuld voraussetzung nicht erschaffen, so dass weder die Legitimationsfrage beantwortet wird noch die zweck- und wertrationalen Prämissen des Strafrechts eingehalten werden, mithin ontologisch wie axiologisch nicht mehr als ein vitiöser Zirkelschluss vorliegt<sup>18</sup>. Daran ändert sich auch nichts, wenn man die erzpositivistische These hinzufügt, der Gesetzgeber könne in den Grenzen der Grund- und Menschenrechte und des Willkürverbots die Handlungs- und Schuldfähigkeit juristischer Personen normieren, was dann die Dogmatik hinnehmen und verarbeiten müsse.<sup>19</sup> Denn zum Willkürverbot gehören (1.) das Verbot, eklatant Ungleiches gleich zu behandeln, und (2.) die Einhaltung der Regeln der Logik, über denen der Gesetzgeber so wenig steht wie Cäsar über der Grammatik – Logik nicht im Sinne der formalen Logik, sondern als die Grundsätze vernünftigen Redens, die verletzt werden, wenn man für zwei ganz unterschiedliche Objekte ein und denselben Ausdruck benutzt. Die Individualstrafe wegen schuldhafter Verletzung einer rechtsgüterschützenden Norm und die einem Unternehmen wegen unzulänglicher Organisation auferlegte Geldzahlung sind aber nach Inhalt, Zweck und Legitimation so grundverschieden, dass es auf eine „Legitimationserschleichung“ mit Hilfe einer semantischen Verschmutzung der Sprache und eine willkürliche Gleichbehandlung von Ungleichen hinausläuft, wenn man auch die Unternehmenssanktion „Strafe“ nennt und anstelle einer teleologischen Ableitung aus dem Strafrechtssystem eine Figur des Zivilrechts zitiert, dessen analytisch, zweck- und wertrational zwingende Trennung vom Strafrecht in einem atavistischen Rückfall auf das Common Law ignorierend.<sup>20</sup>

b) Diese Aporie ließe sich nur vermeiden, wenn man eine gemeinsame allgemeine Struktur von Handlung und Schuld im weiteren Sinne aufweisen und die Verbandsstrafe auf ein *Schuld analogiemodell* gründen könnte, das auf der Annahme eines eigenen Verschuldens des Verbandes in Gestalt eines *Organisationsverschuldens* beruht.<sup>21</sup> Aber weil sich der Ver-

band ja nicht selbst, sondern nur durch das Handeln natürlicher Personen organisieren kann, führt das zunächst nur in einen unendlichen Regress hinein.<sup>22</sup> Um herauszufinden, sind in Weiterführung und Präzisierung von *Otto v. Gierkes* intuitiver Theorie der realen Verbandsperson verschiedene *systemtheoretische Modelle* entwickelt worden, welches *Luhmanns* Theorie der autopoietischen Systeme mit dem amerikanischen Konzept des „good corporate citizen“ verbunden und dadurch eine funktionale Äquivalenz zwischen Individual- und Unternehmensschuld zu begründen versucht haben, letztere in „einem Verständnis als ein durch die Unternehmenskultur zum Ausdruck gebrachtes Manko an Rechtstreue“<sup>23</sup>. Obwohl dieses Modell inzwischen eine vor allem der spanischen Strafrechtswissenschaft zu verdankende subtile Ausarbeitung erfahren hat,<sup>24</sup> ist es letztlich aus normtheoretischen und aus intrasystematischen Gründen nicht überzeugend.

aa) In *normtheoretischer* Hinsicht: Das Strafrecht schützt die Rechtsgüter durch die Verbotsnorm, die aber ausschließlich menschliches Verhalten regelt, weil systemische Prozesse, ähnlich wie ein nach Naturkausalität ablaufendes Geschehen, als solche nicht Gegenstand eines Sollenssatzes sein können. Die Verbotsnorm ist deshalb notwendig auf menschliches Handeln und dessen Vermeidbarkeit bezogen, während mit dem Ausdruck des Organisationsverschuldens ein bloßer Zustand der Organisation, nicht aber eine Normverletzung beschrieben wird. Auch die durch „Mangel an Rechtstreue (gekennzeichnete) Unternehmenskultur“ im Sinne von *Gómez-Jara*, die ich vor 35 Jahren als „kriminelle Verbandsattitüde“ bezeichnet habe,<sup>25</sup> verweist bestenfalls auf fehlerhafte Organisationsakte von Individuen und führt normtheoretisch abermals zu einem unendlichen Regress. Und vor allem würden die fehlerhaften Organisationsakte von Individuen jedenfalls nicht diejenige Norm verletzen, deren Verletzung der betref-

<sup>17</sup> So das BVerfG im Bertelsmann-Lesering-Beschluss BVerfGE 20, 323; *Ehrhardt* (Fn. 16), S. 186 ff.; *Schroth* (Fn. 8), S. 186 ff., und – für einen Vertreter des orthodoxen Finalismus überdies inkonsequent – *Hirsch*, Die Frage der Straffähigkeit von Personenverbänden, 1993, S. 10 ff.; *ders.*, ZStW 107 (1995), 286 (288 ff.).

<sup>18</sup> Zur Kritik vgl. näher *Schünemann*, in: Sieber u.a. (Hrsg.), Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht, Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtsstatsachen, Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag, 2008, S. 429 (S. 431 ff.); *Otto*, Die Strafbarkeit von Unternehmen und Verbänden, 1993, S. 15 ff.

<sup>19</sup> So etwa *Vogel* (Fn. 13), S. 207.

<sup>20</sup> Dazu bereits *Schünemann* (Fn. 7), S. 234 f.; *ders.* (Fn. 18), S. 431 ff.; *ders.*, GA 2013, 193 (200).

<sup>21</sup> So vor allem *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht, Einführung und Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2014, Rn. 375 ff.; weitere Nachweise bei *Schünemann* (Fn. 15), vor § 25 Rn. 24.

<sup>22</sup> Näher *Schünemann*, in: Schünemann/Suárez González (Fn. 8), S. 265 (S. 285).

<sup>23</sup> So die konzentrierte Formulierung von *Gómez-Jara*, ZStW 119 (2007), 290 (333). In Deutschland zunächst von *Jakobs* vertreten (Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 6/43 ff.), der aber inzwischen zu der extremen Gegenposition eines sachlogischen Ausschlusses der Verbandsstrafbarkeit übergeschwenkt ist (in: Prittwitz u.a. [Fn. 14], S. 559); zu dieser Übernahme der Position v. *Freiers* (Kritik der Verbandsstrafe, 1998), die von den Prämissen der Vergeltungstheorie ausgeht und deshalb zirkulär argumentiert, krit. *Schünemann* (Fn. 18), S. 435 f. Zu der auf dem Konzept der corporate culture aufgebauten Figur des good corporate citizen siehe *Bucy*, Minn. L. Rev. 75 (1991), 1095; *Lauffer*, Vanderbilt L. Rev. 52 (1999), 1343; *Friedman*, Harv. J. of L. and Publ. Pol. 23 (2000), 833. Zur systemtheoretischen Neukonzeption gegenüber v. *Gierke* siehe *Teubner*, Am. J. of Comp. L. 36 (1988), 130.

<sup>24</sup> Für Deutschland *Lampe*, ZStW 106 (1994), 683; für Spanien *S. Bacigalupo*, Responsabilidad penal de personas jurídicas, 1998, S. 101 ff, 351 ff., und vor allem *Gómez-Jara*, La Culpabilidad de la empresa, 2005, S. 201 ff.; *ders.* (Fn. 19).

<sup>25</sup> *Schünemann* (Fn. 7), S. 22 u.ö.

fende Straftatbestand erfasst, so dass bei einer Bestrafung der juristischen Person in Wahrheit der angeblich verletzte Strafrechtsnorm eine auf eine ganz andere Norm, nämlich die Organisationsnorm, bezogene Verletzungshandlung untergeschoben würde.

bb) In *intrasystematischer* Hinsicht scheitert das Konzept an dem zentralen Problem der sog. corporate knowledge: Nach verbreiteter Ansicht in den USA soll auch dann ein Körperschaftsverbrechen vorliegen, wenn kein einziger Körperschaftsagent über das zur Vermeidung der Rechtsgutsverletzung erforderliche Wissen verfügte, das erst aus der Addition des fragmentierten Einzelwissens der Unternehmensangehörigen entsteht.<sup>26</sup> Der Organisationsmangel liegt hier in einem fehlenden Kommunikationsakt, den die Organisation, systemtheoretisch gesprochen, nur auf parasitäre Weise von den strukturell an sie gekoppelten Individuen, also aus ihrer Umwelt beziehen könnte. Man mag das als einen Fall fehlender Rechtstreue der Organisation bezeichnen, kann aber nichts daran ändern, dass ein solcher Organisationsmangel etwas qualitativ anderes ist als die nicht erst systemtheoretisch fingierte, sondern natürlich vorhandene Fähigkeit des Individuums zur Einhaltung der objektiv im Verkehr erforderlichen Sorgfalt. Und zu guter Letzt bleibt zwischen der Normtreue des Individuums und derjenigen einer Organisation immer noch ein qualitativer Unterschied in der normativen Tiefenstruktur übrig. Das von seinem Prinzip her auf die Profitmaximierung ausgerichtete Unternehmen gleicht dem von *Kant* apostrophierten Volk von Teufeln, für die das Problem der Staatserrichtung (also der Etablierung einer Rechtsordnung) auflösbar sei, wenn sie nur Verstand haben.<sup>27</sup> Denn die Kommunikation im Unternehmen als Subsystem des Wirtschaftssystems ist – als autopoietisch operativ geschlossenes System – nicht am Codeprogramm Recht/Unrecht, sondern als Sequenz von Relationen zwischen aufeinanderfolgenden Zahlungsakten über den Wert der knappen Güter organisiert, also am Geld orientiert.<sup>28</sup> Systemtheoretisch gesprochen, wird die Kommunikation im Unternehmen durch die Anforderungen des Rechts also nur – in den Worten *Luhmanns* – irritiert oder gestört bzw. – in den Worten *Teubners* – perturbiert. Anders formuliert, kann das Unternehmen die Anforderungen des Rechts immer nur in seine am Geldwert orientierten Kommunikationsakte autopoietisch umwandeln, also etwa zur Vermeidung von Geldbußen Rechtsverletzungen vermeiden, nicht aber den intrinsischen Wert des Rechts anerkennen. Dagegen kann im Bewusstsein der natürlichen Person die eigentlich verpflichtende Kraft des Rechts reproduziert werden, sei es aufgrund einer religiösen Rückbindung, sei es kraft des kategorischen Imperativs, der Goldenen Regel oder anderer vom Individuum als innerlich verpflichtend anerkannter Grundsätze. Und aus diesem Grunde können Unternehmen in systemtheoretischer Perspektive nicht als selbständige Akteure an einer Debatte über den intrinsischen Wert von Rechtsnormen teilnehmen, folglich

<sup>26</sup> Dazu *Coffee*, in: Eser/Heine/Huber (Fn. 8), S. 9 (S. 25 ff.).

<sup>27</sup> *Kant*, Zum ewigen Frieden, 2. Aufl. 1796, S. 61.

<sup>28</sup> *Hutter/Teubner*, in: Fuchs/Göbel (Hrsg.), *Der Mensch, das Medium, die Gesellschaft?*, 2001, S. 116.

aber auch nicht deren Geltung in einer relevanten Weise bestreiten und damit auch nicht im Sinne des dies verlangenden systemtheoretischen Schuldbegriffs eigene Schuld auf sich laden. Die aus den USA stammende und von *Gómez-Jara* aufgegriffene Figur des good corporate citizen oder des corporate ethos ist deshalb mit der Theorie der autopoietischen Systeme gerade nicht kommensurabel, und hieran muss letzten Endes die Idee eines einheitlichen Begriffs von Schuld und Strafe für Individuen und Organisationen scheitern. Auch der neueste und tiefstschürfende Versuch von *Schmitt-Leonardy*, auf systemtheoretischer Grundlage eine Handlungs- und Schuldfähigkeit von Wirtschaftsunternehmen zu konstruieren, kann daran nichts ändern und spricht sich außerdem selbst nicht für ein Verbandsstrafrecht im engeren Sinne, sondern – unter der etwas dunklen Bezeichnung als „zweistufigen Folgenverantwortungsdialog“ – für die sogleich näher in den Blick zu nehmende Maßregellösung aus.<sup>29</sup> Denn wenn „als Unternehmenshandlung jede individuelle Handlung oder Unterlassung der Unternehmensmitglieder gilt [sic!], die objektiv zur Absicherung ihrer Mitgliedschaftsposition erforderlich und dem Abstimmungsprozess von Funktion und Leistung des Unternehmens geschuldet ist“<sup>30</sup>, so läuft das zum einen auf das schlichte Zurechnungsmodell hinaus und kann zum anderen nicht mit der Struktur der strafrechtlichen Verbotsnorm vermittelt werden, die als Adressaten nur den Handelnden und nicht eine Fiktion motivieren kann. Erst recht gilt das für den Begriff der „Unternehmensschuld als Zuständigkeit für den eigenen Binnenzustand“<sup>31</sup>, der mit dem androhungsgeneralpräventiven Schutzkonzept des Strafrechts rein gar nichts zu tun hat. Außerdem kann auch *Schmitt-Leonardy* den intrasystematischen Widerspruch nicht überwinden, dass „dem Unternehmen zumindest die Fähigkeit zugeschrieben werden können muss“, im Sinne einer „Teilnahme am strafrechtlichen Kommunikationsprozess“<sup>32</sup> „die Geltung der Normen in Frage stellen zu können“<sup>33</sup>, dass aber „das Unternehmen notwendigerweise auf den Code seiner Umwelt – Zahlung/Nichtzahlung – ausgerichtet ist“<sup>34</sup> – weshalb es eben, gut systemtheoretisch gesprochen, an in dem Code „recht – unrecht“ geführten Kommunikationen nicht teilnehmen, sondern diese nur irritieren kann.

cc) Hieran wird abschließend deutlich, warum eine Beschreibung des in einem Wirtschaftsunternehmen bzw., allgemeiner gesprochen, in einem Personenverband stattfindenden Geschehens in den begrifflichen Kategorien der Theorie autopoietischer Systeme ein von vornherein untaugliches Mittel zur Begründung eines genuinen Verbandsstrafrechts

<sup>29</sup> *Schmitt-Leonardy*, Unternehmenskriminalität ohne Strafrecht?, 2013, S. 481 ff., 537 f., im Kern mit der Zustimmung (S. 521 f.) zu der von mir vorgeschlagenen Unternehmenskriminalität, dazu im Text sub 5. c).

<sup>30</sup> *Schmitt-Leonardy* (Fn. 29), S. 532.

<sup>31</sup> *Schmitt-Leonardy* (Fn. 29), S. 532.

<sup>32</sup> *Schmitt-Leonardy* (Fn. 29), S. 429.

<sup>33</sup> *Schmitt-Leonardy* (Fn. 29), S. 419, im Anschluss an *Gómez-Jara*.

<sup>34</sup> *Schmitt-Leonardy* (Fn. 29), S. 534.

darstellt. Angewandt auf das Recht, führt die Theorie der autopoietischen Systeme zur Ersetzung des traditionellen regulatorischen Rechts (das aus verhaltenssteuernden Sollenssätzen besteht) durch ein sog. reflexives Recht, dass nur noch eine Kontextsteuerung bezweckt und letzten Endes in der heutigen governance-Diskussion aufgegangen ist.<sup>35</sup> Strafrecht ist nun aber das regulatorische Recht kat'exochen – verlässt man dieses Paradigma, so ist es sinnlos und irreführend, noch von Strafrecht im engeren Sinne zu sprechen.

5. Das heißt zwar selbstverständlich nicht, dass ein Wirtschaftsunternehmen bzw., allgemeiner, ein Verband niemals den Anknüpfungspunkt für Sanktionen bilden dürfte, um Rechtsgüter vor Verletzungen zu schützen, die aus der Tätigkeit des Verbandes bzw. Unternehmens drohen. Aber dann muss für diese Sanktionen eine eigenständige, sowohl zweck- als auch wertrationale Begründung gefunden werden – die bloße, nach den vorstehenden Darlegungen krass verfehlt *Bezeichnung* als „Strafe“ genügt dafür evidentenmaßen nicht.

a) Bereits das Ordnungswidrigkeitengesetz von 1968 hatte im damaligen § 26, heute § 30 (nach einer längeren, hier nicht weiter interessierenden Vorgeschichte) allgemein eine *Geldbuße* gegen juristische Personen und Personenvereinigungen vorgesehen, wenn deren Organe eine die Pflichten des Verbandes verletzende oder seiner Bereicherung dienende Straftat oder Ordnungswidrigkeit (unter Einschluss einer Verletzung der Aufsichtspflicht gem. § 130 OWiG) begingen. Die hierfür gegebene Begründung war außerordentlich simpel, indem die fehlende Handlungs- und Schuldfähigkeit nicht thematisiert, sondern lediglich auf die Entbehrlichkeit eines sittlichen Vorwurfs bei der Geldbuße, auf das Bedürfnis, die Höhe der Geldbuße an den wirtschaftlichen Möglichkeiten des Verbandes auszurichten, sowie auf einen die Maßnahme des Verfalls erübrigenden Abschöpfungszweck abgestellt und das ganze Institut mit dem schlichten Zurechnungsmodell legitimiert wurde.<sup>36</sup> Die Dürftigkeit dieser Argumente ist kaum zu übertreffen: Die strafrechtliche Schuld als Vermeidbarkeit wird mit dem (freilich dem Denkstil der Fünfziger Jahre entsprechenden) moralischen Vorwurf verwechselt, dessen Abwesenheit natürlich nicht den Grund für eine Übelzufügung ausmachen kann; das behauptete Bedürfnis, die Höhe der Geldbuße am Vermögen des Verbandes auszurichten, ist ein reiner Zirkelschluss, denn die am Vermögen des Täters ausgerichtete gerechte Strafe ist für ihre präventive

Wirkung auf eine Geldbuße gegen andere weder angewiesen noch abhängig; und der Abschöpfungszweck wird durch die Maßnahme des Verfalls erreicht und macht deshalb keine Geldbuße nötig.

b) In meiner im Auftrag der Sachverständigenkommission zur Reform des Wirtschaftsstrafrechts durchgeführten, vor 35 Jahren publizierten Untersuchung<sup>37</sup> habe ich die Sanktionen gegen Wirtschaftsunternehmen (und damit letztlich gegen unschuldige Anteilseigner und Arbeitnehmer) in Ermangelung einer Legitimierbarkeit durch das Schuldprinzip auf den Gedanken des *Präventionsnotstandes* zu stützen versucht, den ich aber nur für den Fall bejaht habe, dass wegen einer fehlerhaften Verbandsorganisation der Täter einer zum Vorteil des Unternehmens begangenen Straftat nicht ermittelt werden könnte, während in allen übrigen Fällen die zum Rechtsgüterschutz notwendige Präventionswirkung des Strafrechts durch eine Beseitigung der die Praxis beherrschenden Privilegierung der Weiße-Kragen-Täter sicherzustellen sei.<sup>38</sup> Diese Verknüpfung einer materiellen Sanktion mit einer prozessualen Beweisnot halte ich heute für verfehlt, doch bleiben die Ausgangspunkte unverändert gültig, dass (1.) mit der Verabschiedung des Strafparadigmas die bloße Benutzung des harmloser klingenden Ausdrucks „Buße“ noch keine Begründung liefert; dass (2.) eine von der Idee des Verfalls gereinigte Geldbuße die Falschen trifft (nämlich die zumal in einem Großunternehmen so gut wie einflusslosen Aktionäre durch Schmälerung ihrer Dividende und unschuldige Arbeitnehmer durch Beeinträchtigung der Unternehmenssolvenz) und deshalb weder einen messbaren Präventionseffekt hat noch ohne weiteres legitimierbar erscheint; und dass (3.) die zumindest in der öffentlichen Meinung empfundene Malaise bei der repressiven Bekämpfung schwerer Wirtschaftskriminalität auf der individuellen Ebene beginnt und durch eine „Kollektivierung“ der Sanktion sogar gesteigert zu werden droht. Darauf ist bei der im 2. Teil dieser Abhandlung stattfindenden Auseinandersetzung mit dem von der Justizministerkonferenz mehrheitlich gebilligten nordrhein-westfälischen „Entwurf eines Gesetzes zur Einführung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen und sonstigen Verbänden“ zurückzukommen, durch den der repressive Charakter der Geldbuße unter auch terminologischer Umwandlung in eine „Geldstrafe“ verabsolutiert werden soll. Zuvor möchte ich noch einen Blick in die quasi entgegen gesetzte Richtung werfen (der aus Raumgründen nicht weiterverfolgt werden kann), nämlich auf den m.E. bei weitem vorzugswürdigen Ausbau des in der Geldbuße des § 30 OWiG ebenfalls angelegten Charakters als Maßnahme im Sinne einer eigenständigen, zum Strafrecht im weiteren Sinne gehörenden Sanktion. Die Unternehmensgeldbuße dient schon von Gesetzes wegen auch dem Zweck, die dem Unternehmen durch die Straftat oder Ordnungswidrigkeit unrechtmäßig verschafften Vermögensvorteile abzuschöpfen (§§ 30 Abs. 3, Abs. 5; 17 Abs. 4; 29a Abs. 2 OWiG, 73 Abs. 3 StGB), und diese *Verfallskomponente* ist von der Justizpraxis in einer genialen Intuition

<sup>35</sup> Luhmann, *Soziale Systeme*, 1984; *ders.*, *ZfRSoz* 1985, 1; *Teubner*, *Recht als autopoietisches System*, 1989; *ders.*, *ARSP* 1982, 13; *Teubner/Willke*, *ZfRSoz* 1984, 4; *Willke*, *Entzauberung des Staats*, 1983; weiterentwickelt zum „prozeduralen Recht“ durch *Calliess*, *Prozedurales Recht*, 1999; *ders.*, in: *Anderheiden/Huster/Kirste* (Hrsg.), *Globalisierung als Problem von Gerechtigkeit und Steuerungsfähigkeit des Rechts*, *ARSP-Beiheft Nr. 79*, 2001, S. 61 ff.; *ders./Mahlmann*, in: *Calliess/Mahlmann* (Hrsg.), *Der Staat der Zukunft*, *ARSP-Beiheft Nr. 83*, 2002, S. 11 ff.; zum heutigen Diskussionsstand *Paterson, Steinhauer* und *Zumbansen*, in: *Calliess* (Hrsg.), *Soziologische Jurisprudenz*, *Festschrift für Gunther Teubner*, 2009, S. 559 (S. 587, 627).

<sup>36</sup> BT-Drs. V/1269, S. 58-61.

<sup>37</sup> *Schünemann* (Fn. 7).

<sup>38</sup> *Schünemann* (Fn. 7), S. 236 f., 241 ff.

vollständig in den Vordergrund gerückt worden.<sup>39</sup> Weil niemand einen Anspruch darauf hat, durch verbotenes Handeln bereichert zu werden, bereitet die Legitimation des einfachen Verfalls auch keinerlei Probleme (anders verhält es sich beim sog. Bruttoprinzip, dessen Strafcharakter vom BVerfG zu Unrecht verneint worden ist<sup>40</sup>). Und auch ein gewisser generalpräventiver Effekt lässt sich nicht bestreiten. Denn die Bereitschaft zur Normverletzung wird bei dem im Interesse des Verbandes handelnden Repräsentanten zumindest in einem gewissen Umfange in Frage gestellt, wenn er weiß, dass der Verband im Falle der Aufdeckung der Tat die durch sie erlangten Vorteile wieder einbüßt.

c) Auf dem mit der Verfallskomponente der Unternehmensgeldbuße eingeschlagenen Weg sollte weitergegangen werden, um den Schutz der Rechtsgüter vor Unternehmenskriminalität zu verbessern. Ich habe hierzu seit längerem mit mittlerweile einsetzender Resonanz das Konzept der *Unternehmenskuratel* propagiert,<sup>41</sup> das nicht etwa mit einer Staatsverwaltung der Unternehmen verwechselt werden darf.<sup>42</sup> Der bei Feststellung organisatorischer Mängel anlässlich einer unternehmensbezogenen Straftat durch Gerichtsurteil zu bestellende Kurator soll nach meinem Konzept keine Entscheidungskompetenzen an sich reißen, sondern vielmehr durch seine umfassende Ausgestaltung mit bloßen Informationsrechten jenen gestörten Informationsfluss im Unternehmen optimieren, dessen Mängel eine ganz wesentliche Ursache der Unternehmenskriminalität sind. Es scheint mir auch geradezu aus sachlogischen Gründen auf der Hand zu liegen, dass die Sanktionen dort ansetzen sollten, wo der für die Deliktentstehung ausschlaggebende Mangel gefunden worden ist, also im *organisatorischen Bereich*. Und das kann eben keine Geldbuße leisten, mag sie auch noch so hoch sein, wohl aber die gerichtliche Installierung eines gewissermaßen magischen Auges im Unternehmen. Weil die Unternehmenskuratel vor allem eine in die Zukunft gerichtete Maßregel ist, die anders als die Geldbuße weder die Aktionäre noch die Arbeitnehmer belastet, scheint mir ihre *Legitimation* keine Probleme zu bereiten. Sie besitzt durchaus auch ergänzende und nicht

<sup>39</sup> So entfielen im Fall der MAN von den 150,6 Mio. Euro nur 0,6 Mio. auf den Sanktionszweck, 150 Mio. auf den Zweck der Gewinnabschöpfung, siehe *Taschke*, NZWiSt 2012, 94.

<sup>40</sup> BVerfGE 110, 1 (20-22 Rn. 77 ff.); dagegen die h.L., siehe *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 60. Aufl. 2013, § 73 Rn. 3.

<sup>41</sup> *Schünemann* (Fn. 22), S. 291 (als „Ei des Kolumbus“). Eine nähere Ausarbeitung und Begründung findet sich bei *Schünemann* (Fn. 7), S. 129 ff.; *dems.*, in Eser/Heine/Huber (Fn. 8), S. 293 ff.; im Kern zust. *Schmitt-Leonardy* (Fn. 29), S. 521, die eigene Entscheidungsrechte des Kurators vorschlägt, was jedoch auf die Bedenken *Tiedemanns* (Fn. 21), Rn. 378, wegen fehlender geeigneter Personen stößt. Zu ähnlichen Tendenzen in den USA siehe *Ehrhard* (Fn. 16), S. 129; *Gruner*, Wash. Univ. L. Qu. 71 (1993), 261.

<sup>42</sup> Entgegen *Lüderssen*, in: Kempf/Lüderssen/Volk (Fn. 13), S. 387 (S. 388), ist es nicht dem Modell des Insolvenzverwalters nachgebildet, sondern kommt eher der von ihm gebilligten „nachträglichen Compliance-Organisation“ gleich.

unwichtige *generalpräventive* Elemente, jedenfalls in Gestalt der mir vorschwebenden *Publizität* der Kuratel. Wenn die Kuratel, solange sie dauert, in der Unternehmensfirma zum Ausdruck gebracht werden muss (also etwa: „X. AG u. K.“ = unter Kuratel), so bewirkt das eine derartige Minderung des Prestiges der unter dieser Kuratel tätigen Unternehmensführung, dass davon der bei allen anderen Sanktionen zu vermischende, für die Generalprävention aber unerlässliche Anreiz auf die Spitzenmanager ausgeht, eine Unternehmensdelinquenz, die zu solchen Konsequenzen führt, unter allen Umständen zu verhindern.

6. Auch wenn es naturgemäß – wie in allen anderen Fragen auch – keine Einstimmigkeit in der deutschen strafrechtswissenschaftlichen Diskussion gibt, hat sich doch über sechs Jahrzehnte hinweg vom Deutschen Juristentag 1953 bis heute nach Austausch aller Argumente mit Recht die herrschende Auffassung behauptet, dass es weder kriminalpolitisch sinnvoll noch legitimierbar noch mit einer korrekten rechtswissenschaftlichen Terminologie zu vereinbaren wäre, eine förmliche Strafbarkeit juristischer Personen und sonstiger Verbände einzuführen.<sup>43</sup>

## II. Kritik des Entwurfes des Landes Nordrhein-Westfalen

### 1. Die NRW-Gesetzgebungsinitiative

Bei dieser Sachlage wirkt es auf den ersten Blick überraschend und wenig Erfolg versprechend, dass das Landeskabinett von Nordrhein-Westfalen auf Betreiben seines schon vorher publizistisch aktiven<sup>44</sup> Justizministers *Kutschaty* am 18.9.2013 einen im Einzelnen ausgearbeiteten und 85 Seiten umfassenden Gesetzesantrag „Entwurf eines Gesetzes zur Einführung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen und sonstigen Verbänden“ vorgelegt hat,<sup>45</sup> der in den Bundesrat eingebracht werden soll und auf der 84. Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister 2013 als „Diskussionsgrundlage“ für eine Abstimmung mit den anderen Landesjustizverwaltungen begrüßt worden ist. Angesichts der seit geraumer Zeit bestehenden Punitivität der deutschen Strafgesetzgebung und eines durchaus begreiflichen gesellschaftlichen Missvergnügens, dass selbst nach gigantischen Kapitalvernichtungen wie etwa durch die sog. Finanzkrise am Ende nicht die Strafjustiz, sondern der Steuerzahler einspringt,<sup>46</sup> schließlich auch der Übernahme des Bundesjustizministeriums durch die SPD im Rahmen der großen Koalition erfolgt die Initiative aber (auch ohne Aufnahme in den Koali-

<sup>43</sup> Auch auf der Frankfurter ECLE-Tagung 2011 haben sich die meisten Referenten in diesem Sinn ausgesprochen, siehe in Kempf/Lüderssen/Volk (Fn. 13), *Neumann*, S. 13 ff.; *Lüderssen*, S. 79 ff.; *Theile*, S. 175 ff.; *Sachs*, S. 195 ff.; *Schulz*, S. 403 ff.

<sup>44</sup> *Kutschaty*, DRiZ 2013, 16.

<sup>45</sup> Im Internet greifbar unter [http://dico-ev.de/fileadmin/PDF/PDF\\_Intranet\\_2013/Unternehmensstrafrecht/2013-10-15\\_Entwurf\\_zum\\_Unternehmensstrafrecht.pdf](http://dico-ev.de/fileadmin/PDF/PDF_Intranet_2013/Unternehmensstrafrecht/2013-10-15_Entwurf_zum_Unternehmensstrafrecht.pdf).

<sup>46</sup> Vgl. dazu nur *Schünemann* (Fn. 2 – Finanzkrise); *Schünemann*, *Schröder*, *Wohlers* und *Fischer*, ZStW 123 (2011), 767.

tionsvertrag) unter politisch durchaus günstigen Rahmenbedingungen und muss deshalb von der Strafrechtswissenschaft sehr ernst genommen werden.<sup>47</sup>

## 2. *Hauptinhalt des Entwurfs*

Der eingehend begründete Entwurf schlägt in Art. 1 ein Verbandsstrafgesetzbuch (VerbStrG) vor, das gegen juristische Personen, nicht rechtsfähige Vereine und rechtsfähige Personengesellschaften (§ 1 Abs. 1) eine Verbandsanktion vorsieht, wenn durch einen Entscheidungsträger (gemäß § 1 Abs. 3 ähnlich wie in § 30 Abs. 1 Nrn. 1-3, 5 OWiG) in Wahrnehmung ihrer Angelegenheiten eine verbandsbezogene Zuwiderhandlung („Verbandsstraftat“<sup>48</sup>) begangen worden ist (§ 3 Abs. 1), d.h. bei Zuwiderhandlungen gegen ein Strafgesetz außerhalb der Ausübung hoheitlicher Befugnisse, wenn durch sie Pflichten verletzt wurden, die den Verband treffen, oder dieser durch sie bereichert worden ist oder werden sollte (§ 1 Abs. 2). Die Verbandsanktionen zerfallen in Verbandsstrafen (Verbandsgeldstrafe, Verbandsverwarnung mit Strafvorbehalt und öffentliche Bekanntmachung der Verurteilung, § 4 Abs. 1) und Verbandsmaßnahmen (Ausschluss von Subventionen oder von der Vergabe öffentlicher Aufträge sowie Verbandsauflösung, § 4 Abs. 2). Die Verbandsgeldstrafe wird in Tagessätzen nach der Ertragslage des Verbandes unter Berücksichtigung seiner sonstigen wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit bemessen; die Zahl beträgt zwischen 5 und 360, ein Tagessatz entspricht dem 360. Teil des Jahresertrages bis zu einer Obergrenze von 10 % des durchschnittlichen Gesamtumsatzes, wobei der weltweite Umsatz aller Personen, die als wirtschaftliche Einheit operieren, in den letzten drei Geschäftsjahren zugrunde zu legen ist (§ 6). Es gilt das Legalitätsprinzip (§ 14), wobei jedoch seitens des Gerichts von einer Sanktion abgesehen werden kann, wenn der Verband ausreichende Maßnahmen getroffen hat, um vergleichbare Verbandsstraftaten in Zukunft zu vermeiden, sofern ein bedeutender Schaden nicht entstanden oder zum überwiegenden Teil wieder gut gemacht ist (§ 5 Abs. 1) oder der Verband Aufklärungshilfe geleistet hat (§ 5 Abs. 2). Bei dringendem Tatverdacht können verfahrenssichernde Maßnahmen ergriffen werden, beispielsweise kann bis zur Höhe von 10 % des durchschnittlich erzielten Gesamtumsatzes der dingliche Arrest angeordnet werden (§ 20 Abs. 1).

<sup>47</sup> Die nachfolgende Analyse greift auf mein Rechtsgutachten „Zur Frage der Verfassungswidrigkeit und der Folgen eines Strafrechts für Unternehmen“, 2013, zurück. Es ist abrufbar unter [http://www.familienunternehmen.de/media/public/pdf/studien/Studie\\_Stiftung\\_Familienunternehmen\\_Unternehmensstrafrecht.pdf](http://www.familienunternehmen.de/media/public/pdf/studien/Studie_Stiftung_Familienunternehmen_Unternehmensstrafrecht.pdf).

<sup>48</sup> Dieser Zentralbegriff des Entwurfs wirft viele interpretatorische und dogmatische Fragen auf, die im vorliegenden Rahmen nicht mehr behandelt werden können; dazu eingehend der Beitrag von Hoven, ZIS 2014, 19 (in dieser Ausgabe).

## 3. *Die Maßstäbe zur Beurteilung des Entwurfs*

Für die Beurteilung, ob der Entwurf mit den im Grundgesetz enthaltenen, den Strafgesetzgeber bindenden Prinzipien zu vereinbaren ist, kommt allgemein dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 GG) und im Besonderen dem vom BVerfG aus dem Rechtsstaatsprinzip und der Würde des Menschen (Art. 1 GG) abgeleiteten strafrechtlichen Schuldprinzip eine zentrale Bedeutung zu. Daneben können auch der allgemeine Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 GG) und die Grundrechte der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG), der Berufsfreiheit (Art. 12 GG) und des Eigentums (Art. 14 GG) verletzt sein. Nachfolgend wird hierzu die gesicherte Rechtsprechung des BVerfG zugrunde und ein besonderes Augenmerk auf intrasystematische Widersprüche des Entwurfs und darin zu findende Irrtümer über die realen Strukturen der Regelungsmaterie gelegt, weil ein daran laborierendes Gesetz das Rechtsstaatsprinzip verletzen würde. Dabei wird, anders als dies bei bereits erlassenen Gesetzen in der Rechtsprechung des BVerfG der Fall ist, dem Entwurf kein unüberprüfter Bereich eines breiten Einschätzungsermessens eingeräumt, sondern durchweg nach dem überzeugendsten und am besten fundierten Standpunkt gesucht. Nachfolgend werden die verfassungsrechtlich relevanten Mängel des Entwurfs im Anschluss an dessen eigenen Aufbau untersucht, wobei zunächst die strafrechtstheoretischen Grundlagen und sodann praktisch-empirische Frage im Vordergrund stehen werden.

## 4. *Verletzung des Gleichheits- und des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes durch die Vermengung von Unternehmen und Unternehmensträger und die Ausdehnung auf das gesamte Vereinswesen*

In dem Entwurf zeigt sich in exemplarischer Weise eine die ganze Diskussion kennzeichnende *Konfusion* des Unternehmens als des den Gegenstand der kriminologischen Analyse bildenden sozialen Subsystems mit dem Unternehmensträger als Zivilrechtssubjekt, indem beide Begriffe bald verwechselt, bald vermischt werden, obwohl es – im Unterschied zum Individualstrafrecht mit seiner Einheit von Handelndem und Bestraftem – um völlig unterschiedliche Perspektiven und Gegenstandsbereiche geht, deren sorgfältige Trennung und Unterscheidung eine Grundvoraussetzung für vernünftiges Reden über „Unternehmensstrafrecht“ ist.

a) Der Unternehmensträger ist das *Rechtssubjekt*, dem die soziökonomische Gesamtheit des Handlungssystems „Unternehmen“ zugerechnet wird. Er kann eine juristische Person, eine rechtsfähige Personengesellschaft oder eine natürliche Person sein, ohne dass dadurch die soziale Struktur des Unternehmens in irgendeiner Weise präjudiziert wird. Es ist ein rein statistischer Befund, dass ein Unternehmen mit einer natürlichen Person als Unternehmensträger in der Regel einen geringeren Umfang hat als das Unternehmen einer Personengesellschaft oder einer juristischen Person. Doch sagt diese statistische Feststellung nichts über die Strukturen aus und wird auch vielfach von gegenläufigen Tendenzen durchkreuzt, so etwa bei kleinen GmbHs, deren Unternehmen häufig einen kleineren Umfang aufweist als das Unternehmen natürlicher Personen. Umgekehrt gibt es Großunternehmen, deren Träger eine Einzelperson oder eine Familiengesellschaft ist. Entge-



gen dem Titel des Entwurfes („Einführung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von *Unternehmen*“) geht es darin wie in der ganzen Diskussion um die strafrechtliche Verantwortlichkeit der *Unternehmensträger*. Es geht beileibe nicht nur um eine penible Ausdrucksweise, sondern um einen inneren Widerspruch und die Verdeutlichung einer Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes, die der Entwurf mit allen bisherigen einschlägigen Kriminalisierungsvorschlägen teilt. Denn nach der ausdrücklichen Regelung in Art. 1 § 1 Abs. 1 bleibt das Einzelunternehmen außerhalb des Anwendungsbereiches des Gesetzes, obwohl sich dessen systemische Strukturen vom Unternehmen einer juristischen Person oder einer Personengesellschaft nicht prinzipiell unterscheidet. So findet sich auch bei der häufigen Organisationsform der kleinen GmbH mit einem Alleingesellschafter, der zugleich Geschäftsführer ist, nur eine einzige natürliche Person als Entscheidungsträger des Unternehmens, der sich vom Einzelunternehmer nur durch eine zivilistische Konstruktion unterscheidet, während die Begründung des Entwurfs für die Angemessenheit eines Unternehmensstrafrechts gerade nicht auf die zivilrechtliche Eigentumskonstruktion, sondern allein auf die Faktizität der Organisation abhebt.<sup>49</sup> Zu welcher willkürlichen Ungleichbehandlungen das führt, zeigt das Beispiel der BGB-Gesellschaft, die nach der neueren Rechtsprechung die Mindestvoraussetzungen einer zivilrechtlichen Rechtsfähigkeit erfüllt<sup>50</sup> und damit zu den in § 1 Abs. 1 angesprochenen „rechtsfähigen Personengesellschaften“ gehört, wie angesichts des Verweises auf § 14 Abs. 2 BGB (Begr. S. 39) außer Frage steht. Solche BGB-Gesellschaften sind etwa auch Arbeitsgemeinschaften, wie sie bei der Ausführung größerer Bauaufträge häufig vorkommen. Gesetzt den Fall, etwa schon bei der Ausschreibung oder bei der Durchführung eines solchen Bauvorhabens sei von einem Mitarbeiter im Rahmen seiner Tätigkeit eine Straftat begangen worden, die durch gehörige Aufsicht eines Entscheidungsträgers wesentlich erschwert worden wäre (§ 2 Abs. 2 des Entwurfs), so müsste anschließend ein Strafverfahren (außer gegen den verantwortlichen Mitarbeiter und den Aufsichtspflichtigen) sowohl gegen die beteiligten Firmen als auch gegen die Arge, also gegen fünf Beschuldigte, durchgeführt werden. Dann drängt sich förmlich die Frage auf, ob hier nicht nur eine unzulässige Doppelbestrafung, sondern eine noch „unzulässigere“ Fünf-

<sup>49</sup> So bereits zu Beginn auf S. 1 des Entwurfs (Fn. 45), sodann auf S. 20, wo auf die „systemischen Risiken“, und weiterhin etwa auf S. 30, wo auf die Mechanismen zur eigenständigen Willensbildung durch die Vernetzung individueller Entscheidungen und auf ihr Wesen als „sinnkonstituierte Gebilde“ abgehoben wird, also durchweg auf die Eigenschaften des Unternehmens und nicht etwa auf den Unternehmensträger. Und auf S. 2 wird sogar die Behauptung aufgestellt, „das Unternehmen selbst“ werde in das Zentrum der Strafverfolgung gerückt, was ein grundsätzliches Missverständnis deutlich macht, weil der eigene Entwurf gerade nicht „das Unternehmen selbst“, sondern den Unternehmensträger verantwortlich macht.

<sup>50</sup> BGH NJW 2001, 1056; *Ellenberger*, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 72. Aufl. 2013, § 14 Rn. 3.

fachbestrafung vorläge. Eine ebensolche unsinnige „Überpunivität“ ergibt sich, wenn etwa ein Handwerker (wie heute häufiger zu beobachten ist) seinen kleinen Handwerksbetrieb in Form einer GmbH organisiert. Von diesem Augenblick an hätte er die Tür zum Unternehmensstrafrecht geöffnet, obwohl sich in den tatsächlichen Unternehmensstrukturen nicht das Geringste verändert hätte.

b) Bei einem bereits verabschiedeten Gesetz könnten diese Unklarheiten und Widersprüche eventuell in den „Toleranzspielraum“ fallen, den das BVerfG dem Gesetzgeber durch die Ausdeutung des Gleichheitsgrundsatzes als bloßes Willkürverbot bis 1980 konzidiert hatte,<sup>51</sup> während das nach der sog. neuen Formel seit BVerfGE 55, 72 (88: „Wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten“) ernstlich zweifelhaft ist, erst recht seitdem das BVerfG in seiner allerneuesten Rechtsprechung die Zügel der Verhältnismäßigkeitsprüfung immer schärfer angezogen hat.<sup>52</sup> Vorliegend kommt es darauf aber nicht an, weil ein bloßer Entwurf nicht wie ein verabschiedetes Gesetz privilegiert ist und sich deshalb einer strengen Prüfung auf Einhaltung des Gleichheitsgrundsatzes stellen muss.

c) Aus diesem Grund muss sich auch die im Entwurf vorgeschlagene Einbeziehung des gesamten ideellen Vereinswesens in den Bereich der Verbandsstrafe<sup>53</sup> einer strengen Gleichbehandlungs- und Erforderlichkeitsprüfung stellen. Es gibt in Deutschland fast 600.000 Vereine; jeder Deutsche ist, statistisch gesehen, mindestens in einem Verein Mitglied. Ausweislich des ZIVIZ-Survey 2012 von *Krümmner/Priemer* hat die in ihnen stattfindende Organisation der Zivilgesellschaft „viele Gesichter“ (S. 27), zahllose Vereine werden nach wie vor rein ehrenamtlich organisiert. Auch wenn der Bestand solcher Vereine juristisch vom Wechsel der Mitglieder unabhängig ist, haben sie eine stark personalistische, auf freiwilligem und unbezahltem Engagement aufgebaute Struktur. Wie nachfolgend zu zeigen ist, würde eine der wesentlichen, offensichtlich sogar bezweckten Konsequenzen bei der Einführung eines Verbandsstrafrechts in dem Zwang bestehen, dass sich jeder Verband eine hoch formelle Compliance-Organisation geben muss. Die Belastungen, die dadurch auf das gesamte Vereinswesen zukommen würden, würden zum einen enorm sein und zum anderen das „Gesicht“ der sich im spontanen Miteinander organisierenden Zivilgesellschaft tiefgreifend verändern. Für die darin liegende Anmaßung des

<sup>51</sup> Nachw. bei *Osterloh*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 6. Aufl. 2011, Art. 3 Rn. 8 ff.; *Kischel*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Grundgesetz, Stand: 1.11.2013, Art. 3 Rn. 24.

<sup>52</sup> Dazu *Kischel* (Fn. 51), Art. 3 Rn. 28 m.w.N.; zu den Kriterien der Folgerichtigkeit und Systemwidrigkeit *Osterloh* (Fn. 51), Art. 3 Rn. 98 ff.

<sup>53</sup> Begründung (Fn. 45), S. 39: alle rechtsfähigen Vereine und auch die nicht rechtsfähigen Vereine, soweit sie körperschaftlichen organisiert und von einem wechselnden Mitgliederbestand unabhängig sind.

Strafrechts einen zwingenden kriminalpolitischen Grund anzugeben, wird im Entwurf nicht einmal versucht. Der vorgeschlagene Eingriff in das Grundrecht der Vereinigungsfreiheit (Art. 9 GG)<sup>54</sup> ist deshalb mangels eines einleuchtenden Grundes willkürlich und unverhältnismäßig und gerät infolge dessen mit dem Grundgesetz mehrfach in Konflikt.

*5. Fehlender Gesetzeszweck wegen verschwommener und widersprüchlicher Verwendung des Begriffs der „präventiven“ Ausgestaltung; Unmöglichkeit einer generalpräventiven Begründung der Verbandsstrafe; verfassungswidrige Missachtung des Schuldprinzips*

Noch weitaus gravierender als diese gleichheitswidrigen Inkonsistenzen des erfassten Gegenstandes sind die Unklarheiten des Entwurfs in der Frage, was mit dem darin vorgeschlagenen Verbandsstrafrecht überhaupt bezweckt werden soll, denn ein Strafgesetz, das mit der Kriminalstrafe die schwersten dem Staat überhaupt zu Gebote stehenden Eingriffe vorsieht, verletzt offensichtlich den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, wenn mit ihm nicht einmal ein klar umrissener Zweck verfolgt wird. Die Verfasser des Gesetzentwurfs haben offenbar angenommen, durch die häufigere Benutzung des Ausdrucks „Prävention“ diesen Anforderungen zu genügen. Aber wegen der Verschwommenheit und Widersprüchlichkeit der Verwendung eines Ausdrucks, der zahllose gänzlich unterschiedliche Bedeutungen besitzt, trifft das Gegenteil zu.

So wird auf S. 4 (2. Absatz) davon gesprochen, das vorgeschlagene Reaktions- und Sanktionsinstrumentarium sei „stark präventiv ausgerichtet“. Auf S. 26 oben wird die „Prävention“ als primäres Ziel bezeichnet, und auf S. 27 oben wird beifällig eine „präventive Wirkung“ des österreichischen Verbandsverantwortlichkeitsgesetzes konstatiert. So wie auf diese Weise für ganz unterschiedliche Präventionsformen immer nur ein Ausdruck verwendet wird (darauf ist sogleich zurückzukommen), bleibt auch die Natur der im Entwurf vorgesehenen Sanktionen nach der dafür selbst gegebenen Begründung verschwommen: Auf S. 31 oben wird von „Maßnahmen mit Strafcharakter“ als Inhalt des Sanktionsrechts gesprochen, was angesichts der die Zweispurigkeit des deutschen Systems ausmachenden Unterscheidung zwischen Strafen und Maßregeln<sup>55</sup> zu pauschal ist, und auf S. 27 Mitte wird von einer „strafrechtlichen Haftung von Verbänden für Zuwiderhandlungen ihrer Mitarbeiter oder Mitglieder“ gesprochen, wobei dieser zivilrechtliche Terminus offensichtlich auch nicht zufällig gewählt worden ist, weil wenige Zeilen später vom „Haftungsgrund“ des Verbandes gesprochen wird, was ebenfalls *stricto sensu* keine strafrechtliche, sondern eine zivilrechtliche Verantwortlichkeit bedeutet. Hinter dieser doppelten Verschwommenheit der Entwurfsbegründung verbergen sich gravierende intrasystematische Widersprüche und Unzulänglichkeiten, die einen Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip und speziell gegen das in der Verfassung

garantierte Schuldprinzip ergeben. Da in dem Konzept der Androhungsgeneralprävention keine Verbandsstrafe begründet werden kann, hätte der Entwurf sagen müssen, welchen Präventionsmechanismus er denn sonst bezweckt. Stattdessen begnügt er sich mit der schon oben zurück gewiesenen These, der Gesetzgeber sei „weder bei der einfachgesetzlichen Ausgestaltung von Handlungs- oder Unterlassungsunrecht noch bei der einfachgesetzlichen Ausgestaltung des Schuldgrundsatzes an die ontologischen oder die sozialetischen Maßstäbe der bisherigen strafrechtlichen Handlungs-, Schuld- und Strafdogmatik gebunden“ (S. 29). Aber damit setzt er sich (1.) in einen evidenten Widerspruch zu seiner direkt vorher getroffenen Feststellung, dass „das Strafrecht auf dem Schuldgrundsatz beruht, der den gesamten Bereich staatlichen Strafens beherrscht (und) Verfassungsrang hat, (so dass) jeder strafrechtliche Vorwurf daher Vorwerfbarkeit voraussetzt und strafrechtliche Ahndung ohne Feststellung eines haftungsbe gründenden Verschuldens rechtsstaatswidrig wäre“, und (2.) zu der von ihm selbst zitierten Rechtsprechung des BVerfG.<sup>56</sup> Denn wenn der Schuldgrundsatz ein Satz des Verfassungsrechts ist, kann der Gesetzgeber ihn nicht etwa „einfachgesetzlich“ abändern, ohne den Vorrang der Verfassung zu missachten. Und (3.) müsste natürlich selbst dann, wenn der einfache Gesetzgeber nicht gebunden wäre, ein die Kriminalstrafe für Verbände rechtfertigendes (also sowohl zweckrational konsequentes als auch legitimierbares) Präventionskonzept entwickelt und widerspruchsfrei durchgeführt werden, was der Entwurf aber vollständig schuldig bleibt.

*6. Der Holzweg einer „Parallelkonstruktion“ zur Individualstrafe*

Diese Lücke kann auch nicht durch die in der Entwurfsbegründung auf S. 29 übernommene Auffassung von Heine<sup>57</sup> geschlossen werden, dem Gesetzgeber stehe es frei, für Verbände durch „funktionsanaloge Übertragung von Zurechnungskategorien des Individualstrafrechts ein Konzept der strafrechtlichen Verantwortlichkeit“ zu entwickeln. Denn das kann mangels einer schuldhaften Normverletzung keine hinreichende Bedingung für eine repressive Strafe im Sinne der Androhungsgeneralprävention liefern, sondern nur den Vorschlag bedeuten, eine *Maßregel* zur Abwehr von zukünftigen Gefahren (deren Notwendigkeit und Legitimierbarkeit wohl gemerkt selbständig zu begründen wäre!) quasi aus propagandistischen Gründen „Strafe“ zu nennen. Wenn es im Zuge des globalen Siegeszuges der USA als einziger verbliebener Weltmacht und des von New York und London gesteuerten Weltfinanzsystems nun einmal auch im Recht so gekommen sei, könnte man meinen, dass die Kategorien des Common Law einschließlich des „corporate crime“ auch von zahlreichen europäischen Rechtsordnungen übernommen worden seien, solle doch nicht das deutsche Recht einen elitären Sonderweg beschreiten und das Schlusslicht in der Rezeption des angloamerikanischen Rechts bilden, sondern sich schlicht dem *Mainstream* einfügen. Aber das überzeugt nicht: Ein

<sup>54</sup> Zur Relevanz mittelbarer Grundrechtseingriffe s.u. Fn. 88.

<sup>55</sup> Vgl. statt aller Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 1 Rn. 2 ff., § 3 Rn. 68 ff.: „fundamentales Strukturelement“; BVerfGE 128, 326 (374, 376 f.); BVerfG NJW 2012, 3357 (3362 Rn. 116).

<sup>56</sup> Nachw. oben Fn. 10.

<sup>57</sup> Heine, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, vor § 25 Rn. 129.

devotes Verhalten mag außenpolitisch nützlich sein, in der Wissenschaft führt die terminologische Ineinssetzung von Individualstrafe und Verbandsmaßregel zu einer *semantischen Verschmutzung*, die zwangsläufig Denkfehler und unhaltbare Ergebnisse nach sich zieht. Das zeigt sich exemplarisch an der dreifachen Fehlschlüssigkeit der Argumente, die auf S. 30 der Entwurfsbegründung für die Möglichkeit einer eigentlichen Strafe gegen Verbände angeführt werden.

a) Die Behauptung, bei der Mittäterschaft, der Beihilfe und der sog. Vertreterhaftung des § 14 StGB werde die Strafbarkeit an „Zurechnungsakte“ geknüpft, übersieht oder ignoriert, dass es in allen Fällen um schuldhaftes Handeln von Individuen geht, dessen Auswirkungen von den vom Vorsatz des Individuums umfassten Rahmenbedingungen abhängen, unter denen es handelt und die ihm selbstverständlich zugerechnet werden – nicht anders, als wenn ein Alleintäter den zu einer Rechtsgutsverletzung drängenden kausalen Randbedingungen noch eine weitere hinzufügt. Es ist abwegig, hieraus auf die logische Möglichkeit einer repressiven Bestrafung handlungs- und schuldunfähiger systemischer Prozesse per analogiam zu schließen.

b) Dass Verbände „sinnkonstituierte Gebilde“ seien, denen gegenüber Strafzwecke genauso erreicht werden könnten wie gegenüber einer „natürlichen Person“, flüchtet sich offenbar bewusst in verschwommene Bilder, die durch den Plural der „Strafzwecke“ völlig offen lassen, ob es um repressive oder um zukunfts-präventive Rechtsfolgen geht. Völlig neben der Sache liegt die im Anschluss an *Trüg*<sup>58</sup> vorgenommene Zitierung von BGHSt 37, 106 (sog. Lederspray-Urteil), denn diese Entscheidung betraf den genau umgekehrten Fall, dass Geschehnisse in einem Unternehmen den darüber gebietenden individuellen Personen wie eigene Handlungen zugerechnet wurden.

c) Abermals schon auf der formallogischen Ebene fehlerhaft ist das dritte, im Anschluss an *Vogel*<sup>59</sup> vorgebrachte Argument, weil das BVerfG das Schuldprinzip aus der Menschenwürde abgeleitet habe, auf die sich Verbände nicht berufen könnten, brauche auf die Schuld als Voraussetzung der Strafe bei juristischen Personen keine Rücksicht genommen zu werden. Die logisch korrekte Folgerung lautet natürlich allein, dass einem Gebilde, das nicht schuldfähig ist, keine darauf basierende Strafe im Sinne der repressiven Perspektive auferlegt werden kann, sondern nur andere Sanktionen zu anderen Zwecken, die dann aber eigens ermittelt und legitimiert werden müssten. Die moderne Rechtsprechung des BVerfG zeigt auch deutlich, dass es die durch das Schuldprinzip legitimierte Kriminalstrafe scharf von den hierdurch nicht legitimierten, zukunftsorientierten Maßregeln abgrenzen will, damit nicht die Notwendigkeit eigener und strenger Legitimationen für Maßregeln durch eine nachlässige, quasi breitgetretene Verwendung des Strafbegriffs umgangen werden kann. In seiner Lissabon-Entscheidung (BVerfGE 123, 267) hat es in Rn. 364 ganz allgemein ausgesprochen, dass „die Zuständigkeiten der Europäischen Union im Bereich der Strafrechtspflege zudem in einer Weise ausgelegt

werden müssen, die den Anforderungen des Schuldprinzips genügt“, was – als eine auf eine Kompetenzfrage bezogene Einschränkung – die Zuständigkeit für Strafrechtspflege insgesamt und damit nicht etwa nur gegenüber natürlichen Personen betrifft. Und in dem Urteil zur Sicherungsverwahrung hat es am Beispiel der Freiheitsentziehung wegen der Notwendigkeit einer qualitativen Unterscheidung von Strafe und Maßregel das „Abstandsgebot“ formuliert (BVerfGE 128, 326 [374-376 Rn. 100]).

d) Darüber hinaus verleitet die Benutzung der Kategorie „Strafe“ zu Fehlschlüssen in der Ausgestaltung der Sanktion, die unter Aspekten der formalen Logik dem Schlussfehler der „quaternio terminorum“ unterfallen. Auf der ersten Stufe vollzieht sich dieser Fehlschluss durch die unausgesprochene Annahme, die Verbandsstrafe könne, weil sie ja eine Strafe sei, allein schon deshalb ohne weitere Analyse als zum Rechtsgüterschutz sinnvoll und legitim angesehen werden, so wie die Strafe gegen Individuen im androhungsgeneralpräventiven Kontext unter Einschluss des Schuldprinzips zum Rechtsgüterschutz notwendig und legitim ist. Aber das ist ein doppelter Fehlschluss: Wie oben dargestellt, folgt die androhungsgeneralpräventive Wirkung der Strafnormen gegenüber Individuen daraus, dass diese zur Vermeidung eines ihnen angedrohten Übels die Normverletzung unterlassen (sollen), was bei systemischen Prozessen (1.) von vornherein nicht funktioniert. Ferner trifft die echte Strafe immer nur denjenigen, der auch die Verbotsnorm persönlich übertreten hat, während eine Verbandsgeldstrafe, die als Sanktion auch im Zentrum des vorliegenden Entwurfs steht, (2.) durchweg Personen trifft, die nicht nur weder Adressaten der Norm waren noch diese übertreten haben, sondern die sogar die Normverletzung in den meisten Fällen gar nicht verhindern konnten. Ein Aktionär, dessen Dividende durch die (wie unten noch zu zeigen ist: u.U. horrend) Verbandsgeldstrafe geschmälert wird, oder ein Arbeitnehmer, der auf eine Lohnerhöhung verzichten muss, weil die Gesellschaft mit einer hohen Verbandsgeldstrafe belegt wird, ist ja gar nicht in der Lage, Fehlverhalten von Entscheidungsträgern zu verhindern. Unabhängig von der noch unten zu erörternden Frage, ob hierin letztlich eine materielle Verletzung des (in der Vergangenheit freilich nur in anderen Zusammenhängen thematisierten) Doppelbestrafungsverbots gesehen werden könnte, fehlt es deshalb bereits an der Eignung der Geldstrafenandrohung zur Verhütung der Normverletzung.

e) Auch der im Entwurf zu findende Rückzug auf den Gedanken des dem Verband zur Last zu legenden Organisationsmangels (S. 43) lässt sich als eine Kombination von Zirkelschluss und infinitem Regress unschwer widerlegen: Der Verband kann sich, wie oben schon festgestellt, ja nicht selbst organisieren, sondern bedarf hierzu des Rückgriffs auf natürliche Personen, was wiederum auf früher unterlassene Organisationsakte verweist, die ihrerseits vom Verband nicht selbst vorgenommen werden konnten etc. etc. Außerdem wird bei dem Versuch, aus dem Organisationsmangel eine Art Quasi-Verschulden zu destillieren, der Austausch der Normverstöße übersehen, der darin besteht, dass der Verband ja für ein ganz konkretes Delikt verantwortlich gemacht werden soll (etwa ein Umweltverbrechen), während die Verletzung der Norm

<sup>58</sup> *Trüg*, wistra 2010, 241 (243).

<sup>59</sup> *Vogel*, StV 2012, 427 (429).

„du sollst dich gut organisieren“ ein anderes, übrigens im positiven Recht nicht enthaltenes Delikt konstituieren würde.

f) Es gibt also eine ganze Fülle von Gründen, die eine „Parallelkonstruktion“<sup>60</sup> der Verbandssanktion zur Kriminalstrafe zu einem untauglichen Versuch stempeln. Der Entwurf versucht sich hierüber mit dem Gedanken eines „Strafcharakters“ oder eines „strafähnlichen Charakters“ hinwegzuhelfen (S. 32), was aber in seiner Verschwommenheit keine analytisch klare Ermittlung der Eignungs- und Legitimationsvoraussetzungen einer Verbandssanktion liefert. Um das an dem Argument zu spezifizieren, die Übelzufügung an Anteilseigner und Mitarbeiter resultiere aus der Risikogemeinschaft, die mit dem Beitritt zum Verband verbunden sei (S. 32 unten des Entwurfs): Die Sanktion trifft diese Personen direkt und nicht etwa nur als außerstrafrechtliche Folge (denn die Anteilseigner sind in ihrer Zusammenfassung der Unternehmensträger, unbeschadet der zivilrechtlichen Einkleidung als juristische Person oder Personengesellschaft, und die Mitarbeiter sind realiter der Verband), was nur im Zivilrecht nach Billigkeitsgrundsätzen der Schadensverteilung legitimiert werden könnte, nicht aber im Strafrecht. Versucht man aber systemtheoretisch eine Trennung zwischen den Mitarbeitern in ihrer Privatheit und ihren den Verband konstituierenden, verbandsbezogenen Kommunikationsakten vorzunehmen, so ist nicht daran vorbeizukommen, dass das Strafübel nicht den Kommunikationsakten zugefügt wird, sondern den natürlichen, im Verband kommunizierenden Personen, so dass ebenfalls eine klare Zufügung des Strafübels an unbeteiligte Dritte und damit eine rechtsstaatswidrige Bestrafung ohne Schuld vorliegt.

#### 7. Der angebliche Siegeszug des „strafrechtlichen Modells“

a) Auf S. 26 des Entwurfs wird behauptet, dass die meisten kontinentaleuropäischen Staaten in den letzten 15 Jahren eine strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen eingeführt hätten, was auf S. 34-37 durch Darlegungen zur Konformität des Entwurfs mit dem Europarecht ergänzt wird, insbesondere mit dem sog. 2. Protokoll zum Übereinkommen über den Schutz der finanziellen Interessen der europäischen Gemeinschaften. Bemerkenswert ist, dass der Entwurf hierbei nicht die Behauptung aufstellt, Deutschland sei europarechtlich zur Einführung der Unternehmensstrafe verpflichtet, leider aber nicht einräumt, dass der deutsche Gesetzgeber selbst davon ausgegangen ist, durch die Anpassung des OWiG vermöge des Gesetzes v. 22.8.2002 (BGBl. I 2002, S. 3387) seiner europarechtlichen Verpflichtung bereits vollständig nachgekommen zu sein, so dass *europarechtlich kein Zwang* zur Einführung des Strafrechtsmodells besteht.

b) Des Weiteren muss klar gestellt und berichtigt werden, dass etwa Österreich (ebenso Tschechien) ausdrücklich nicht von der Strafbarkeit und einer Straftat des Verbandes, sondern von einer „Verantwortlichkeit“ des Verbandes „für“ eine Straftat spricht und als Sanktion nur eine Geldbuße, aber keine Strafe vorsieht (Art. 3 und 4 des österreichischen Bundesgesetzes über die Verantwortlichkeit von Verbänden für Straftaten). Das entsprechende schweizerische Gesetz spricht

zwar selbst von einer „Strafbarkeit“, sieht als Sanktion aber nur eine Buße vor (Art. 102), was per definitionem des Art. 103 auf eine „Übertretung“ hinausläuft, also auf die in der Schweiz immer noch existierende dritte Deliktskategorie, die neben Verbrechen und Vergehen die leichteste Form strafbaren Handelns ist.<sup>61</sup> Bekanntlich sind in Deutschland die Übertretungen seit der Strafrechtsreform durch die Geldbußen des Ordnungswidrigkeitengesetzes ersetzt worden, so dass also auch die Schweizer Regelung im Vergleich mit der deutschen Systematik zum Ordnungswidrigkeitenrecht gehört.

c) Es ist deshalb offensichtlich, dass die im Entwurf aufgestellte „Schlusslichtthese“ nicht zutrifft, sondern auf einer oberflächlichen Ineinssetzung höchst unterschiedlicher Gesetzesformulierungen beruht. Korrekterweise wird man zwei Gruppen von Staaten zu bilden haben:<sup>62</sup> Die eine Gruppe verwendet den Begriff der Strafe durchweg naiv und unsystematisch, weil sie sich nicht um eine elaborierte und ausdifferenzierte strafrechtsdogmatische Kategorienbildung zu kümmern braucht, während die andere Gruppe auch terminologisch zwischen der Kriminalstrafe gegen natürliche Personen und durch Straftaten ausgelöste Verantwortlichkeiten von Verbänden sehr wohl unterscheidet, sei es durch ein eigenes Gesetz wie das deutsche Ordnungswidrigkeitengesetz oder das österreichische Verbandsverantwortlichkeitsgesetz, sei es durch eine etwas paradoxe Einordnung bei der Bagatellstrafatengruppe der Übertretungen wie die Schweiz. Die „Schlusslichtthese“ ist deshalb irreführend und könnte im Übrigen selbst dann, wenn sie zutreffend wäre, in einem Rechtsstaat nicht dazu führen, dass fehlerhafte Gesetze anderer Länder kopiert würden.

#### 8. Die fehlerhaften empirischen Prämissen des Entwurfs: Dämonisierung der strafrechtlichen Rolle von Verbänden und Verkennung der Effizienz der gegenwärtigen deutschen Strafrechtspflege

Um die Notwendigkeit der Einführung einer echten Kriminalstrafe gegen Verbände (genauer: gegen Verbandsträger) zu begründen, greift der Entwurf zu dem rhetorischen Kunstgriff, auf der einen Seite die von Verbänden ausgehende Gefahr für Rechtsgüter zu dämonisieren und auf der anderen Seite die Leistungen der deutschen Strafrechtspflege zum Rechtsgüterschutz zu bagatellisieren.

a) Ersteres zeigt sich an der selektiven und dadurch die Gesamtaussage verzeichnenden Benutzung von zwei Schlüsselbegriffen, die ich 1979 in meiner Schrift „Unternehmenskriminalität und Strafrecht“ geprägt habe.

aa) Der erste Schlüsselbegriff ist die „kriminelle Verbandsattitüde“, die ich als zusammenfassenden Begriff für die Einflüsse in einer Organisation geprägt habe, die den einzelnen Mitarbeiter gegebenenfalls zur Begehung einer Straftat bringen können, die er in seinem privaten Umfeld

<sup>61</sup> Trechsel/Bertossa, in: Trechsel/Pieth (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, 2. Aufl. 2013, Art. 103 Rn. 1.

<sup>62</sup> Vgl. i.Ü. zum Stand der Entwicklung Schönemann (Fn. 15) vor § 25 Rn. 17 ff., und die Beiträge in der Festschrift für Tiedemann (Fn. 18), S. 413-576.

<sup>60</sup> Vogel (Fn. 13), S. 207.

niemals begehen würde.<sup>63</sup> Mit diesem Konzept sollte darauf aufmerksam gemacht werden, dass ein Unternehmen wie jede Organisation natürlich nicht als solches kriminogen ist, sondern nur unter der Voraussetzung, dass in ihm eine kriminelle Verbandsattitüde waltet, dass also die im Unternehmen gelebten Regeln mit den Normen der Strafrechtsordnung in Konflikt stehen. Umgekehrt bedeuten Organisationen (Verbände) ohne kriminelle Verbandsattitüde keine größere Gefahrenquelle für Rechtsgüter, als sie ohnehin aufgrund der Disposition der Organisationsmitglieder, zwar in der Regel, aber nicht ohne jede Ausnahme rechtstreu zu sein, in der gesamten Gesellschaft existieren. Infolgedessen kann aber die bloße Tatsache, dass ein Leitungsorgan in einem Unternehmen eine Straftat begeht, für sich allein noch kein Bedürfnis nach einer Sanktionierung auch des Unternehmens selbst (genau: von dessen Träger) begründen. Vielmehr müssen dafür zusätzliche Bedingungen erfüllt sein, die im Entwurf jedoch nur als Voraussetzung der Auflösung des Verbandes im Sinne einer „die Strafgesetze missachtenden Verbandsattitüde“ verlangt werden (Begr. S. 65). Der im Entwurf vorgesehene Automatismus der Verbandsstrafe lässt sich dagegen ohne eine fehlerhafte Dämonisierung der Organisation als solcher nicht begründen und würde damit in rechtsstaatswidriger Weise ohne hinreichenden Anlass zum Mittel des „strafrechtlichen Overkill“ greifen.

bb) In ähnlicher Weise ist im Entwurf auch der von mir 1979 geprägte Begriff der „organisierten Unverantwortlichkeit“<sup>64</sup> höchst einseitig und dadurch fehlerhaft gebraucht worden (Entwurf S. 2, 24, 44 u.ö.). Man muss das Problem der Diffusion von Verantwortlichkeit einerseits im Kontext mit einer drohenden *Beweisnot* des Staates sehen, die durch eine Überlagerung von formeller Organisation und informellen Regeln bei dem Versuch auftreten kann, nachträglich die im Moment des Geschehens bestehende Verantwortungsverteilung zu rekonstruieren. Andererseits habe ich schon damals betont, dass die in einem enormen Umfang notwendige und vorhandene *Binnenkommunikation* im Unternehmen bei einem entschlossenen Zugriff der Strafverfolgungsbehörden auch *Beweismöglichkeiten* schafft, die bei der Individualkriminalität gerade nicht vorhanden sind.<sup>65</sup> Diese Möglichkeiten sind in dem letzten Vierteljahrhundert durch die Entwicklung der Kommunikationstechnik geradezu exponentiell gewachsen, weil der interne E-Mail-Verkehr häufig das Unternehmensgeschehen minutiös abbildet und es nach kriminalistischer Erfahrung so gut wie ausgeschlossen ist, aus dem komplexen Kommunikationsfeld eines Unternehmens später unwillkommene Inhalte vollständig wieder herauszufiltern und zu löschen. Heute ist es in der Regel nur ein quantitatives, aber kein qualitatives Hindernis, vor dem die Ermittlungsbehörden stehen, das aber wiederum mit den Mitteln moderner Computertechnik durchaus bewältigt werden kann. Da sich gleichzeitig auch die Kommunikationsmöglichkeiten etwa von der Zentrale zu den Niederlassungen des Unternehmens sogar in globaler Dimension durch die modernen Kommunikations-

formen entscheidend verbessert haben, ist eine „organisierte Unverantwortlichkeit“ kein typischer, sondern nur ein ausnahmsweise auftretender Zug einer Organisation, vorwiegend in Fällen, in denen von vornherein aufgrund einer kriminellen Verbandsattitüde Straftaten begangen und zugleich verschleiert werden sollen. Für ein flächendeckendes Verbandsstrafrecht bietet dieser Sachverhalt keine seriöse Grundlage.

b) Andererseits droht die „organisierte Unverantwortlichkeit“ zu einem Spezifikum der modernen Großunternehmen zu werden, die zu groß und zu komplex geworden sind, um noch einer hierarchischen Steuerung und Kontrolle durch die Unternehmensspitze zugänglich zu sein.<sup>66</sup> Gerade das weist dann aber auf die alleinige Effizienz eines Individualstrafrechts zurück, wie es gerade auch in den USA aufgrund des Sarbanes-Oxley-Acts wieder an Boden gewonnen hat<sup>67</sup> (entgegen der insoweit lückenhaften Darstellung des Entwurfs auf S. 22). Als Erklärungsansatz in der Ökonomie hat sich hierfür seit geraumer Zeit die *principal-agent-Theorie*<sup>68</sup> etabliert, die für den Prinzipal wegen des Informationsvorsprungs des Agenten ein „moral hazard“ in Gestalt eines strukturellen Kontrolldefizits konstatiert, das nicht einfach mittels Überwachung des Agenten durch einen weiteren Mitarbeiter beseitigt werden kann, weil dessen Einstellung zur Kontrolle ein weiteres *principal-agent-Verhältnis* schafft und dadurch das Dilemma womöglich verschlimmert. In diesem Bezugsrahmen ist der auf S. 30 des Entwurfs als Grundlage der Verbandsstrafe beschworene „Verbandswille“ eine Mystifikation, und für die Rechtstreu des Agenten bleibt nach wie vor das Individualstrafrecht von ausschlaggebender Bedeutung. Natürlich trägt aber derjenige die Beweislast für die Eignung einer Verbandsstrafe zur Verhinderung von innerhalb der Verbandstätigkeit bewirkten Rechtsgüterverletzungen, der sie einführen will, und diesen Beweis bleibt der Entwurf klar schuldig.

c) Das weitere in Wahrheit nicht tragfähige empirische Fundament des Entwurfs besteht in dem auf S. 22 unten/23 oben mehrfach beschworenen „deutschen Präventionsdefizit“, das ausdrücklich gerade auch im Vergleich zu anderen Ländern behauptet wird. Die hierzu auf S. 21 des Entwurfs gegebene Begründung verkennt, dass die dort in Bezug genommenen Berichte zum großen Teil Fälle der sog. *Betriebskriminalität* betreffen, und zwar wesentlich Fälle, in denen Betriebsangehörige ihr eigenes Unternehmen durch Diebstahl oder Betrug schädigen: In dem Bericht von KPMG<sup>69</sup> ging es

<sup>66</sup> Eingehend *Rotsch*, Individuelle Haftung in Großunternehmen, 1998; *ders.*, *wistra* 1999, 321 (368).

<sup>67</sup> Dazu näher das Buffalo-Symposium (Fn. 8).

<sup>68</sup> Grdl. *Pratt/Zeckhauser*, *Principals and Agents: The Structure of Business*, 1985.

<sup>69</sup> Das wird aus der Studie von KPMG, *Wirtschaftskriminalität in Deutschland*, im Internet greifbar unter <http://www.kpmg.com/DE/de/Documents/Wirtschaftskriminalitaet-2012-KPMG.pdf>,

und der darüber von KPMG abgegebenen Presserklärung vom 27.11.2012 deutlich, weil die Hälfte der Täter aus dem Unternehmen selbst stammt und Datendiebstahl u.ä. als größtes Risiko genannt wird.

<sup>63</sup> *Schünemann* (Fn. 7), S. 22, 30 ff. u.ö.

<sup>64</sup> *Schünemann* (Fn. 7), S. 13 ff.

<sup>65</sup> *Schünemann* (Fn. 7), S. 47 ff.

jedenfalls schwerpunktmäßig um eine Opferbefragung und also um die Schädigung des Unternehmens durch eigene Mitarbeiter. Da der Entwurf diese Studie beifällig zitiert, will er offenbar auch für diese Fälle auf die Straftaten mit einer Sanktionierung des geschädigten Unternehmens reagieren, denn in der KPMG-Studie wird ausführlich davon gehandelt, dass derartige Straftaten vor allem aufgrund unzulänglicher interner Kontrollstrukturen begangen werden könnten, also offensichtlich eine Aufsichtsverletzung hinzu kam. Zwar sträubt sich die Feder, den Verfassern des Entwurfs eine solche Torheit zu unterstellen, dass das geschädigte Unternehmen nach dem Schaden auch noch den Spott in Gestalt der Unternehmenssanktion hinnehmen müsse. Dass diese sich aus den angeführten Beispielen ergebende Konsequenz offenbar nicht bedacht worden ist, zeigt aber einmal mehr die unzulängliche Fundierung des ganzen Entwurfs.

d) Dasselbe gilt auch für das gerade auch im Vergleich zum Ausland angenommene „deutsche Präventionsdefizit“. Dabei werden gleich drei zentrale Gesichtspunkte übersehen.

aa) Zum Ersten darf die Frage der Prävention von Rechtsgüterverletzungen im Wirtschaftssystem nicht a limine auf die Sanktionierung von Unternehmen (genau: Unternehmensträgern) eingeengt werden, sondern bedarf selbstverständlich auch der Berücksichtigung des unstrittigen primären Präventionssystems, eben des Individualstrafrechts. Dann zeigt sich aber rasch, dass dann, wenn „das Unternehmen selbst in das Zentrum der Strafverfolgung rücken muss“ (so der Entwurf ausdrücklich auf S. 2 oben), dies auf Kosten der Effizienz des Individualstrafrechts geht. So ist es in den USA aufgrund des dort geltenden Opportunitätsprinzips ohne weiteres möglich, von der Verfolgung individueller Straftaten vollständig abzuweichen, namentlich wenn eine Vereinbarung mit dem Unternehmen über eine Unternehmensgeldbuße gelingt. Namhafte Autoren sprechen sich sogar darüber hinaus prinzipiell dafür aus, eine individuelle Strafverfolgung nur noch bei „besonders scheußlichen“ Taten durchzuführen und sich sonst ausschließlich auf die Sanktionierung des Unternehmens zu konzentrieren.<sup>70</sup> Dass selbst Betrugs- oder Untreuehandlungen mit mehrstelligen Milliarden Schäden<sup>71</sup> in den USA nicht zu individueller Strafverfolgung führen müssen, wenn die Einstellung des Verfahrens mit Milliardenbeträgen aus der Unternehmenskasse erkaufte werden kann, zeigt gegenwärtig exemplarisch der Fall von JP Morgan.<sup>72</sup> Ein weiteres (natürlich negatives) „Musterbeispiel“ bietet auch das im Entwurf auf S. 53 erwähnte europäische Kartellrecht, bei dem überhaupt nur noch die Unternehmen (sträger) als Sanktionsobjekte in Betracht kommen. Dass die horrenden Geldbu-

ßen, die von der Kommission verhängt werden,<sup>73</sup> offensichtlich nur einen minimalen Abschreckungseffekt haben, zeigen die zahllosen Verfahren, die immer wieder durchgeführt werden. Gerade das Fehlen eines Individualstrafrechts im Bereich des GWB, das in der deutschen wissenschaftlichen Diskussion oft genug moniert worden ist,<sup>74</sup> macht die geringe Präventionseffizienz in diesem Bereich erklärlich.

bb) Zum Zweiten ist es kaum verständlich, dass der Entwurf die im internationalen Vergleich herausragende Intensität unterschlägt, mit der die deutschen Staatsanwaltschaften Wirtschaftsverbrechen verfolgen. Wenn auf S. 26 „erfolgreiche Vorbilder im europäischen Vergleich“ angeführt werden, so unterläuft hierbei eine Verwechslung von law in books und law in action, denn ein Blatt bedrucktes Papier im Gesetzblatt liefert mitnichten bereits als solches ein „erfolgreiches Vorbild“ bei der Kriminalitätsbekämpfung. Näher auf Beispiele wie Rumänien oder Italien<sup>75</sup> einzugehen, ist hier nicht der Ort. Stattdessen soll nur kurz auf Spanien und Österreich eingegangen werden, welche letzteres als Erfolgsbeweis im Entwurf auf S. 26/27 besonders ausführlich dargestellt wird. Spanien, das im Jahr 2010 gegen heftigsten Protest des überwiegenden Teils der Strafrechtswissenschaft eine Strafhaftung für juristische Personen eingeführt hat, kennt auch heute, nach drei Jahren, nur eine einzige Anklage.<sup>76</sup> Für Österreich ist die im Entwurf angeführte Studie des IRKS, wenn man sie genau zur Kenntnis nimmt, bestenfalls ambivalent. Es gab danach innerhalb von fünf Jahren nur insgesamt 300-350 Verfahren, in denen der Vorwurf gegen eine juristische Person „zumindest phasenweise“ eine Rolle spielte und die nur zu 45 Strafanträgen und zu 25 Urteilen führten, davon wiederum die Hälfte Freisprüche, also innerhalb von sechs Jahren zwölf Verurteilungen oder durchschnittlich pro Jahr zwei.<sup>77</sup> Dass auf dem in dem Entwurf so bedrohlich geschilderten, riesigen Feld der Wirtschaftskriminalität mit zwei Verurteilungen pro Jahr irgendein Präventionseffekt ausgelöst werden könne, werden wohl die Entwurfsverfasser selbst nicht behaupten wollen.

cc) Umgekehrt wird in Deutschland durch die Anwendung der Verbandsgeldbuße nach § 30 OWiG in Verbindung vor allem mit § 130 OWiG wegen Aufsichtspflichtverletzung

<sup>70</sup> *Coffee*, Am. Crim. L. Rev. 17 (1980), 419; *Fisse*, S. Cal. L. Rev. 56 (1983), 1141; *Silets/Brenner*, Am. J. of Crim. L. 13 (1986), 329; ebenso *Ransiek*, in: Kempf/Lüderssen/Volk (Fn. 13), S. 285 (S. 308 f.).

<sup>71</sup> Zu diesem strafrechtlichen Hintergrund der sog. Finanzkrise *Schünemann*, in: Schünemann (Fn. 2 – Finanzkrise), S. 71 ff.

<sup>72</sup> Vgl. dazu

[www.zeit.de/wirtschaft/2013-10/jpmorgan-rekordvergleich](http://www.zeit.de/wirtschaft/2013-10/jpmorgan-rekordvergleich) sowie SPIEGEL-online v. 7.1.2014: „Betrugsskandal“.

<sup>73</sup> Dazu *Vogel*, in: Sieber u.a. (Hrsg.), Europäisches Strafrecht, 2011, § 5 Rn. 11 ff.; im Libor-Komplex wurden Bußgelder von insgesamt 1,7 Mrd. € verhängt.

<sup>74</sup> Grdl. *Tiedemann*, Kartellrechtsverstöße und Strafrecht, 1976.

<sup>75</sup> Wo selbst Steuerhinterziehungen in Höhe von Hunderten von Millionen Euro äußerstenfalls eine Bewährungsstrafe erwarten lassen wie im Fall von Dolce & Gabbana, die laut einem Bericht in n-tv v. 20.06.2013 wegen einer Steuerhinterziehung über etwa 1 Mrd. € von einem mailändischen Gericht nur zu Bewährungsstrafen von einem Jahr und acht Monaten verurteilt wurden.

<sup>76</sup> *Martinez Canton*, in: Zöllner u.a. (Hrsg.), Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension, Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag am 7. September 2013, 2013, S. 1371 (S. 1374).

<sup>77</sup> Studie im Jahresbericht der IRKS, S. 42.

den Staatsanwälten schon heute eine starke Waffe in die Hand gegeben, deren rechtsstaatlicher Kern, wie oben erwähnt, in der Funktion zur Abschöpfung eines deliktisch erworbenen Gewinns besteht (§§ 17 Abs. 4, 30 Abs. 5 OWiG), von der in den letzten Jahren ein geradezu exponentiell steigender Gebrauch gemacht worden ist.<sup>78</sup> Dass neben dem Verfall und neben einer ernsthaft betriebenen individuellen Strafverfolgung die Verhängung einer neben die Abschöpfung tretenden Verbandsstrafe einen zusätzlichen nützlichen Effekt haben würde, ist alles andere als plausibel. Umgekehrt besteht die Gefahr, dass eine Realisierung des Entwurfs das gegenwärtig im internationalen Vergleich optimale Funktionieren des deutschen Wirtschaftsstrafrechts empfindlich beschädigen würde, weil ein einer Straftat bezichtigter Unternehmensträger als Beschuldigter womöglich die quantitativ schon heute enorme Unterstützung der Strafverfolgung durch „private Ermittlungen“<sup>79</sup> einstellen würde, womit die Präventionswirkung des Individualstrafrechts im Mark getroffen würde.

### 9. Die mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip nicht zu vereinbarenden drakonischen Tendenzen im Rechtsfolgenbereich und in Gestalt der Einführung des Legalitätsprinzips

Wohlwollende Kritiker des NRW-Entwurfs und übelwollende Kritiker der deutschen Strafrechtsdogmatik könnten versucht sein, die bisherigen Überlegungen mit dem Titel der Shakespeare-Komödie<sup>80</sup> „Viel Lärm um Nichts“ zu etikettieren, weil Worte doch Schall und Rauch seien und es deshalb keine Rolle spiele, ob man von Verbandssanktionen oder aber lax, sei es auch *stricto sensu* falsch, von Verbandsstrafen. Das ist schon wissenschaftstheoretisch ganz verfehlt, denn weil die Sprache nicht nur das Medium der Rechtswissenschaft, sondern auch des Rechts selbst ist, ist jede falsche Nomenklatur auch ein Fehler in der Sache. Das zeigt sich beim NRW-Entwurf besonders drastisch.

a) Der den Entwurf kennzeichnende Verzicht auf eine Untersuchung der Eignung und Legitimität von echten Verbandsstrafen und ihrer spezifischen Bedingungen führt dazu, dass nicht etwa nur eine bloße Umetikettierung von der Geldbuße nach dem Ordnungswidrigkeitengesetz in eine Geldstrafe stattfindet, sondern vor allem die notwendige Begrenzung der Geldbuße eliminiert und eine der Sache nach ganz neue, drakonische Sanktion geschaffen wird. Das lässt sich in dem Entwurf an zahlreichen Einzelheiten festmachen.

aa) Die Verbandsgeldstrafe verliert vollständig die (legitime) Funktion zur Abschöpfung der illegalen Vermögensvorteile (der Verfall soll *daneben* nach dem StGB durchgeführt werden unter Einschluss des hier praktizierten, auf eine zusätzliche Strafe hinauslaufenden Bruttoprinzips, siehe Entwurf, S. 51 f.) und wird nach § 6 des Entwurfs in der Höhe nur durch den Jahresertrag des Unternehmens und kumulativ

10 % des Jahresumsatzes begrenzt (Abs. 4), wobei beim Handeln in einem Konzernunternehmen die Verhältnisse des gesamten Konzerns maßgeblich sind (Abs. 5). Wenn man einmal einen großen Konzern als Beispiel nimmt, der einen Jahresgewinn von 3,6 Mrd. € haben möge, so ergibt das als kleinste Geldstrafe (ein Tagessatz als dreihundertsechzigster Teil der Obergrenze) eine Geldstrafe von 10 Mio. €, wohl-gemerkt als Mindeststrafe. Natürlich gibt es nur wenige Konzerne, die einen derart hohen Jahresertrag besitzen, doch macht schon dieses Beispiel deutlich, dass die Verbandsgeldstrafe (anders als die bisher im Wesentlichen auf die Gewinnabschöpfung ausgerichtete Verbandsgeldbuße) zwar den Fiskus des längst in nicht mehr rückzahlbare Kreditaufnahmen vorgestoßenen Schuldenstaates freuen wird, unter Rechtsstaatsaspekten aber inakzeptabel ist. Denn dadurch wird die „Overkill-Eigenschaft“ der Kriminalstrafe übernommen, die sich nur – wie oben dargelegt – in einem durch Androhungs-generalprävention und Schuld bestimmten Kontext legitimieren ließe.

bb) In diesem Zusammenhang ist auch bezeichnend, dass nach § 7 Abs. 1 Nr. 3 des Entwurfs die hier immerhin vorgesehene „Bewährungsgeldstrafe“ dann ausgeschlossen wird, wenn „die Verteidigung der Rechtsordnung die Verurteilung zur Strafe gebietet“. Ein solcher Blockadegesichtspunkt setzt, weil die Rechtsordnung ja nur gegen Normbrüche verteidigt werden kann, die Existenz einer Normverletzung voraus, um die es aber, wie oben zur Genüge dargelegt worden ist, bei der Verbandssanktion gar nicht geht. Das falsche Verständnis als eigentliche Strafe hat den Entwurf also auch hier wieder in eine falsche Richtung geführt.

cc) Die Einführung einer so scharfen Sanktionen, wie es die Verbandsgeldstrafe nach dem Entwurf werden soll, muss dabei vor dem Hintergrund gesehen werden, dass der Entwurf weder eine repressive Legitimation noch ein klares präventives Effizienzkonzept benennen kann. Im Grunde drückt er nur das dumpfe Gefühl aus, dass nach einer Rechtsgutsverletzung auch irgendwer bestraft werden müsse, was also letztlich eine Bestrafung des Zufalls bedeutet. An einer Stelle wird diese Absicht auch ziemlich unverblümt ausgesprochen, nämlich auf S. 24 unten, wo beklagt wird, dass nach geltendem Ordnungswidrigkeitenrecht dann, wenn man weder einen Individualtäter noch ein schuldhaftes Versagen der Aufsichtspersonen belegen könne, „eine Verbandsstrafe überhaupt nicht sanktioniert werden“ könne – obwohl dann ja gar keine Verbandsstrafe vorliegt, so dass der Entwurf eine Zufallsverantwortlichkeit etablieren möchte.

b) Der drakonische Charakter der Verbandsstrafe wird dadurch verstärkt, wenn nicht sogar potenziert, dass § 14 des Entwurfs in Abs. 2 anstelle des bisher im Ordnungswidrigkeitenrecht geltenden Opportunitätsprinzips das *Legalitätsprinzip* vorschreibt.

aa) Es überrascht zunächst, dass der Entwurf sein großes amerikanisches Vorbild verlässt, denn im amerikanischen Strafverfahren gilt allgemein das Opportunitätsprinzip. Eine nähere Begründung hierfür sucht man vergebens. Offenbar lässt sich der Entwurf auch hier von der irrigen Vorstellung leiten, allein durch die Hochstufung zur Straftat sei damit auch schon die Anwendung des für Straftaten geltenden Le-

<sup>78</sup> Näher *Taschke*, NZWiSt 2012, 9.

<sup>79</sup> Vgl. nur *Taschke*, NZWiSt 2012, 89 ff.

<sup>80</sup> Notabene nicht verfasst von *W. Shakesper*, sondern von *Edward de Vere*, 17. Earl of Oxford, siehe *Schünemann*, in: Esser u.a. (Hrsg.), Festschrift für Hans-Heiner Kühne zum 70. Geburtstag, 2013, S. 361 (S. 367 ff.).

galitätsprinzips hinreichend begründet. In Wahrheit ist das Legalitätsprinzip aber aus der Idee des Vergeltungsstrafrechts und den logischen Implikationen einer verschuldeten Normverletzung abgeleitet worden: In der Theorie des Vergeltungsstrafrechts hängt die Gerechtigkeit der Strafrechtspflege von der Gleichheit der Rechtsanwendung ab, weshalb auf die Festsetzung der Strafe nicht verzichtet werden darf, ohne den Charakter der Strafnorm als eines kategorischen Imperativs<sup>81</sup> aufzuheben. Weil eine Übertragung des repressiven Strafrechtskonzepts auf die Verbandssanktionen aber, wie oben dargelegt, ausgeschlossen ist, gibt es für die im Entwurf vorgesehene Einführung des Legalitätsprinzips keine Begründung.

bb) Dagegen lässt sich auch nicht einwenden, dass ja die grundsätzliche Geltung des Legalitätsprinzips vermöge des Verweises auf die Strafprozessordnung in Art. 13 immer noch eine Einstellung nach den speziellen Einstellungs Vorschriften der StPO übriglassen würde. Denn erstens sind diese Vorschriften auf die Verbandsgeldstrafe nicht zugeschnitten und können auch nicht immer übertragen werden, beispielsweise wenn § 153a StPO auf einen Täter-Opfer-Ausgleich abstellt oder die Schwere der Schuld als Ausschlussgrund vorsieht, denn der Verband ist nicht Täter und ihn trifft auch keine eigene Schuld. Außerdem darf in dem Strafprozess der Gegenwart, der durch die vom Gesetzgeber in § 257c StPO als „Verständigung“ bezeichneten Aushandlungsprozesse gekennzeichnet ist<sup>82</sup> (was die Entwurfsbegründung auf S. 28 unten berücksichtigt), die weitgehende Wehrlosigkeit des Verbandes gegenüber einem von der Staatsanwaltschaft kraft des Legalitätsprinzips bei jeder Zuwiderhandlung eines Entscheidungsträgers gemäß § 2 des Entwurfs eingeleiteten Verfahren nicht übersehen werden: In Verbindung mit der sogleich anzusprechenden, vom Entwurf gezielt vorgesehenen Prangerwirkung eines solchen Verfahrens muss sich der Verband praktisch jeder im Rahmen des § 153a StPO angebotenen Geldzahlung unterwerfen.

c) Die mit der Einführung der Verbandsgeldstrafe vom Entwurf gezielt verbundene, den Ruf des Verbandes beeinträchtigende *Prangerwirkung* steht mit den zentralen Zwecken des Strafrechts in Gestalt des Rechtsgüterschutzes und der anschließend (bei gescheiterter Androhungsgeneralprävention) zu betreibenden Resozialisierung in einem auffälligen Widerspruch. Die Geldbuße wird auf S. 25 unten gerade deshalb als unzulänglich angesehen, weil dadurch „keine ins Gewicht fallende Beeinträchtigung des Ansehens und des Leumunds des Betroffenen“ erreicht werden könne, was der Entwurf aber gerade schaffen will, wie er mit den anschließenden sibilinischen Äußerungen deutlich macht: „Je öffentlicher, je tadelnder Rechtsfolgen gegen Verbände ausgestaltet sind, umso eher werden diese gehalten sein, sich normgetreu zu verhalten“ (S. 26 oben) – eine ganz unmissverständliche Erneuerung des frühneuzeitlichen Prangers „im Zeitalter neuer Kommunikationsformen über die sozialen

Medien“ (S. 25 unten). Die auf S. 26 oben ausdrücklich angesprochene Notwendigkeit des Unternehmens, „schädliche Auswirkungen auf ihre Reputation zu vermeiden“, bedeutet zugleich eine Billigung des enormen Zwanges, der auf das Unternehmen im Strafverfahren in Richtung auf eine durch Unterwerfung erfolgende Einigung mit den Strafverfolgungsbehörden ausgeübt wird.

d) Noch über die Strenge des Vergeltungsdenkens von *Immanuel Kant* geht die Vorschrift über *verfahrenssichernde Maßnahmen* (§ 20) hinaus, die die Arrestierung des Unternehmensvermögens bis zur Höhe von 10 % des Jahresumsatzes gestattet, wenn die Auflösung des Verbandes betrieben wird. Denn *Kant* wollte die Auflösung eines Volkes nur von der vorherigen Bestrafung aller Mörder abhängig machen,<sup>83</sup> während sich nach § 20 das Unternehmen erst auflösen darf, wenn es vorher durch die Arrestierung genügend bestraft worden ist – obwohl durch seine Auflösung ja jeder präventive Bestrafungsgrund in Wegfall kommen würde!

e) Auf die vom Entwurf vorgeschlagenen *Maßregeln* soll nur kurz eingegangen werden. Es passt ins Bild der drakonischen Konzeption des Entwurfs überhaupt, dass ausschließlich an solche Maßregeln gedacht worden ist, die den Verband rechtlich zerstören oder wirtschaftlich in die Gefahr des Untergangs bringen. Mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip ist keine einzige zu vereinbaren.

aa) Der *Ausschluss von der Vergabe öffentlicher Aufträge* gemäß § 10 des Entwurfs kann nach dem Ermessen des Gerichts bereits dann angeordnet werden, wenn bei der Erfüllung von Liefer-, Bau- oder Dienstleistungsaufträgen eine Straftat begangen worden war, wofür nach der Begründung (S. 63) auch fahrlässige Verfehlungen ausreichen. Je nach Art der Branche kann das den wirtschaftlichen Ruin eines Unternehmens bedeuten. Als Anordnungsschwelle wird nur die Anzahl der Tagessätze (180) genannt, wobei nicht gesagt wird, warum denn nicht die vom Entwurf vorgeschlagene, strenge Verbandsgeldstrafe zur Prävention ausreichen soll. Anders als bei der Auflösung wird die naheliegende Gefahr weiterer Taten nicht einmal gefordert, so dass es sich in Wahrheit nicht um eine Maßregel, sondern um eine zusätzliche Strafe handeln dürfte. Dass dieses Institut sich im Verwaltungsrecht wachsender Beliebtheit erfreut,<sup>84</sup> kann die Bedenken wegen des dort in der Regel möglichen Nachweises der Zuverlässigkeit (z.B. wenn der kriminelle Mitarbeiter entlassen worden ist) nicht entkräften.

bb) Ähnliches gilt für den *Ausschluss von Subventionen* gemäß § 11 des Entwurfs.

cc) Die Regelung des Entwurfs über eine *Auflösung* des Verbandes (§ 12) muss sich an dem Grundrecht der Vereinigungsfreiheit (Art. 9 GG) messen lassen und ist mindestens wegen einer Verletzung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes verfassungswidrig, weil nicht die schon oben vorgeschlagene mildere Maßregel der *Unternehmenskuratel* vorgeschaltet worden ist, die überdies einen besseren Erfolg versprechen würde (denn die Auflösung hindert ja die Verbandsmitglieder nicht,

<sup>81</sup> *Kant*, *Metaphysik der Sitten*, 2. Aufl. 1798, S. 226,

<sup>82</sup> Vgl. zu der dabei fehlenden prozessualen Balance nur *Roxin/Schünemann*, *Strafverfahrensrecht*, 27. Aufl. 2012, § 17 Rn. 26 ff. m.w.N.

<sup>83</sup> *Kant* (Fn. 81), S. 229.

<sup>84</sup> Vgl. etwa § 21 Arbeitnehmerentsendegesetz, § 98c Aufenthaltsgesetz, § 9 Abs. 3 brandenburgisches Vergabegesetz.



alsbald einen neuen Verband mit derselben Attitüde zu gründen, so dass es im Interesse des Rechtsgüterschutzes weitaus effektiver ist, den bereits existierenden Verband auf den Boden der Zuverlässigkeit zurückzuführen). Dass der Entwurf von der Unternehmenskuratel nicht einmal Notiz nimmt, belegt dessen geradezu frivole Festlegung auf ein Konzept maximaler Punitivität.

### 10. Das rechtsstaatswidrige Ziel des Entwurfs, jedem Unternehmen eine formale Compliance-Organisation aufzuzwingen

a) Sowohl im Text des Entwurfs als auch noch mehr in der Begründung wird deutlich, dass das geplante Gesetz alle von ihm erfassten Verbände dazu zwingen würde, eine formelle *Compliance-Organisation* aufzubauen. So soll das Gericht von einer Verbandssanktion absehen können, wenn der Verband „ausreichende organisatorische oder personelle Maßnahmen getroffen hat, um vergleichbare Verbandsstraftaten in Zukunft zu vermeiden“, und in § 6 Abs. 3 wird für die Zumessung der Verbandsgeldstrafe ausdrücklich auf „Art, Schwere und Dauer des Organisationsmangels im Verband (sowie) etwaige Vorkehrungen des Verbandes zur Vermeidung vergleichbarer Taten“ abgehoben. In der Gesetzesbegründung heißt es an prominentester Stelle auf S. 2, dass es im Recht der Ordnungswidrigkeiten an Instrumenten fehle, „die effektive Anreize zur Entwicklung und Pflege einer Kultur von Unternehmens-Compliance setzen. Die Bereitstellung von Anreizmechanismen zur Einführung von Compliance-Systemen – in Anlehnung an die Regelungen im anglo-amerikanischen Rechtskreis – ist eine häufig wiederholte Forderung der Anwaltschaft“. Und auch bei den Kosten für die Wirtschaft wird auf S. 6 darauf abgehoben, dass Investitionen „in verbesserte Aufsichts- und Überwachungsstrukturen im Unternehmen“ erfordert sein könnten, was dann zu der positiv beurteilten „Stärkung einer zeitgemäßen Kultur der Unternehmens-Compliance“ führe. Auf S. 22 Mitte wird beklagt, dass im Mittelstand nur 20 % der Unternehmen über eigene Compliance-Richtlinien verfügen würden. Auf S. 53 wird zur Erläuterung des § 5 ausgeführt, das Gesetz „greift eine zentrale Forderung der Anwaltschaft auf, die vor dem Hintergrund der internationalen Entwicklung vor allem im anglo-amerikanischen Rechtskreis gesetzlich bestimmte Anreizstrukturen zur Einführung von Compliance-Systemen angeht“. In den USA und in Großbritannien sei das schon verwirklicht, und auch der DAV und der Strafrechtsausschuss der BRAK hätten sich für die Einführung eines Haftungsausschlussgrundes infolge angemessener Compliance-Vorkehrungen ausgesprochen, was auch von der EU-Kommission bei der Bußgeldzumessung honoriert werde. Gemäß S. 54 hat auch die OECD den Ansatz verfolgt, kleine und mittlere Unternehmen darin zu bestärken, interne Kontrollsysteme sowie Ethik- und Compliance-Programme zu entwickeln.

b) Angesichts der geschilderten drakonischen Ausgestaltung der Verbandsgeldstrafe würde sich, wenn der Entwurf ins Gesetzblatt käme, so gut wie kein Unternehmen dem Zwang zum Aufbau einer formalen Compliance-Organisation entziehen können. Dass der Entwurf dies nicht ausdrücklich anordnet, sondern nur einen gesetzlichen Rahmen schafft, der

hierzu zwingt, kann nicht von der Überprüfung entbinden, ob ein derartiger indirekter Zwang, der gerade aus der „Überkriminalisierung“ resultiert, mit dem Rechtsstaatsprinzip zu vereinbaren wäre.

aa) Dabei spielt es für die rechtsstaatliche Analyse keine Rolle, dass etliche der vom Entwurf zitierten, sich für eine derartige faktische Erzwingung von Compliance-Organisationen einsetzenden Verbände mit ihrer Forderung offensichtliche eine Lobbyarbeit zum Zweck der Erschließung neuer Berufs- und Verdienfelder betreiben. Zwar ist es offensichtlich, dass die Rechtsanwaltschaft an der Notwendigkeit einer flächendeckenden Etablierung von Compliance-Organisationen ein vitales Interesse besitzt, weil der Anwalt normalerweise erst eingeschaltet wird, wenn „etwas passiert ist“, während der Zwang zur Einführung prophylaktischer Compliance-Systeme<sup>85</sup> dem Anwalt in allen Unternehmen (speziell auch in solchen ohne eigene Rechtsabteilung) die Mandatstür öffnet. So lassen sich heute zahlreiche Anwaltskanzleien beobachten, die auf die „Compliance-Beratung“ der mittelständischen Wirtschaft spezialisiert sind, bis hin zu speziellen Ausbildungs- und Kursangeboten etwa der „Frankfurt School of Finance & Management gGmbH“ über den „Zertifikatsstudiengang Certified Compliance Professional (CCP)“.

bb) Diese offensichtlich berufspolitische Motivierung der Forderungen, einen Zwang zur Einrichtung von Compliance-Systemen zu entfalten, wäre freilich kein ausreichender Grund, um allein deshalb den womöglich in der Sache berechtigten Forderungen kein Gehör zu schenken. Aber genau an dieser Stelle gilt es die Freiheit des Unternehmers zu wahren, ob er neben den zahlreichen gesetzlich vorgeschriebenen Kontrollmechanismen auch noch eine formale, neben die operative tretende Compliance-Organisation in seinem Unternehmen etablieren will, die nämlich von den allgemeinen Regeln der strafrechtlichen Zurechnung gerade nicht gefordert wird.<sup>86</sup> Zusätzlich fällt ins Gewicht, dass es sich bei dem Compliance-Konzept um einen Paradigmawechsel in der sozialen Kontrolle handelt, dem sogar ein geändertes Menschenbild zugrunde liegt: Das *Feuerbachsche* Paradigma des Strafrechts, das im Großen und Ganzen zweihundert Jahre vorgeherrscht hat, setzt grundsätzlich die ausreichende generalpräventive Wirkung der Strafrechtsnormen voraus und definiert dadurch zugleich die Freiheit des Individuums von obrigkeitlicher Kontrolle: Die Normtreue des Individuums wird vermutet, so dass der Staat entweder erst nach Begehung einer Straftat repressiv einschreiten darf oder präventiv unter der Voraussetzung, dass eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung bereits existiert. Das entgegen gesetzte Regelverständnis vom Staatsbürger als einer *Gefahrenquelle*<sup>87</sup> wird durch das Konzept einer neben die Aufsichtsgarantenstellung des Vorgesetzten tretenden *eigenen* Compliance-Organisation auf die gesamte private Verbandstätigkeit übertragen und

<sup>85</sup> Vgl. dazu grds. jüngst nur *Rotsch*, in: *Rotsch* (Hrsg.), *Criminal Compliance*, Handbuch, 2014, § 1 Rn. 14, 40 (im Erscheinen).

<sup>86</sup> Dazu *Schünemann*, GA 2013, 193 (194 ff.).

<sup>87</sup> *Schünemann*, GA 2013, 196. Zustimmung *Rotsch* (Fn. 85), § 1 Rn. 6.

damit auf den größten Teil des gesellschaftlichen Handelns des Individuums. Ob ein Unternehmer seinem Unternehmen dieses Paradigma aufdrücken will, ist eine dessen Charakter bestimmende und deshalb dem Unternehmer selbst vorbehalten Entscheidung.

cc) Als Ergebnis wird sich deshalb festhalten lassen, dass eine den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verletzende Punitivität dann, wenn sie den Unternehmensträger faktisch dazu zwingt, sich im Hinblick auf ein auch ohne persönliche Schuld realisierbares Risiko zu einer kostspieligen Prophylaxe und zu einem „Überwachungsmodell des Unternehmens“ bereitzufinden, in die Freiheit des Unternehmers in einer übermäßigen Weise eingreift. Damit ist aber die Kategorie des *mittelbaren Grundrechtseingriffs* betroffen: Nach der Rechtsprechung des BVerfG können auch staatliche Maßnahmen, die eine mittelbare oder faktische Wirkung entfalten, Grundrechte beeinträchtigen und müssen daher von Verfassungs wegen hinreichend gerechtfertigt sein, namentlich wenn sie in ihrer Zielsetzung und Wirkung einem normativen und direkten Eingriff gleichkommen.<sup>88</sup> Wenn ein Gesetz unverhältnismäßige und nicht legitimierbare Rechtsfolgen androht, die der Betroffene nur dadurch abmildern kann, dass er seinerseits an sich nicht notwendige, aufwändige und tief in die Unternehmensstruktur und -kultur eingreifende Maßnahmen trifft, dann bedeutet das auch für denjenigen Unternehmer einen Eingriff in seine allgemeine Handlungsfreiheit, der später keine Verbandsstrafe verwirkt und insoweit von ihr nicht unmittelbar betroffen ist. Das Ziel des Entwurfs, durch eine permanente Überpunitivität die Einrichtung von formellen Compliance-Systemen in der gesamten Wirtschaft zu erzwingen, bedeutet deshalb wegen der Missachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes einen verfassungswidrigen Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG.

### III. Ergebnis

Es bleibt dabei, dass es eine echte Kriminalstrafe gegen Verbände nicht geben kann und dass eine Art Straf-Mimikry, wie sie sich in Anlehnung an vorrationale, aber politisch erfolgreiche ausländische Vorbilder im NRW-Entwurf findet, weder von ihren strafrechtstheoretischen noch von ihren empirischen Prämissen her tragfähig ist. Darüber hinaus verletzt sie das in den Art. 1, 20 GG enthaltene Schuldprinzip, missachtet den Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 GG) und durch eine Reihe von Verletzungen des im Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 GG) enthaltenen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auch die Grundrechte der Art. 2 Abs. 1, 9, 12 und 14 GG. Anstelle der ewigen Wiederkehr dieses Zombies sollte endlich die Ergänzung der in ihrer Abschöpfungsfunktion legitimen Verbandsgeldbuße durch zukunftsgerichtete Maßregeln, namentlich die Unternehmenskuratel, das kriminalpolitische Programm bilden.

---

<sup>88</sup> BVerfGE 105, 252 (273); 105, 279 (300 f.); 110, 177 (191 Rn. 35).