

Der nordrhein-westfälische Entwurf eines Verbandsstrafgesetzbuchs – Eine kritische Betrachtung von Begründungsmodell und Voraussetzungen der Straftatbestände

Von Dr. Elisa Hoven, Köln*

I. Einführung

Braucht Deutschland ein Unternehmensstrafrecht? Diese Frage wurde nach der Veröffentlichung des nordrhein-westfälischen Entwurfs eines Verbandsstrafgesetzbuchs (VerbStrGB) in Politik, Praxis und Wissenschaft kritisch diskutiert und zumeist – wie auch, mit deutlichen Worten, in dieser Ausgabe von *Schünemann*¹ – zumeist verneint.² Berechtigte Bedenken bestehen bereits gegen die grundsätzliche Idee einer Strafbarkeit von Verbänden, die mit dem auf individueller Schuld beruhenden deutschen Strafrechtssystem nur schwer vereinbar erscheint. Sollte sich politisch jedoch die Überzeugung von der Notwendigkeit eines Unternehmensstrafrechts durchsetzen, wird die Einführung eines Verbandsstrafgesetzbuchs auch gegen systematische und strafrechtsdogmatische Einwände aus der Wissenschaft erfolgen. Daher lohnt es sich, den Blick nicht allein auf die generelle Frage des „Ob“, sondern zugleich auf das „Wie“ eines VerbStrGB zu werfen. Der vorliegende Beitrag möchte aus der Vielzahl der materiell rechtlichen und prozessualen Probleme des Gesetzesentwurfs einen wesentlichen Aspekt – die Formulierung der Tatbestände in § 2 VerbStrGB – aufgreifen und Möglichkeiten zur Verbesserungen der Norm diskutieren.

II. Die Systematik des § 2 VerbStrGB

§ 2 VerbStrGB enthält die zwei Straftatbestände des VerbStrGB und stellt somit die materielle Kernvorschrift des Entwurfes dar. Beide Normen knüpfen an das Fehlverhalten eines Entscheidungsträgers an, der in § 1 Abs. 3 VerbStrGB legaldefiniert wird. § 2 Abs. 1 VerbStrGB normiert die Strafbarkeit des Unternehmens auf Grundlage eines – vorsätzlichen oder fahrlässigen – Begehungsdelikts.

§ 2 Abs. 1 VerbStrGB: „Ist durch einen Entscheidungsträger in Wahrnehmung der Angelegenheiten eines Verbandes vorsätzlich oder fahrlässig eine verbandsbezogene Zuwiderhandlung begangen worden, so wird gegen den Verband eine Verbandssanktion verhängt.“

§ 2 Abs. 2 VerbStrGB sieht eine Sanktion gegen das Unternehmen in Fällen des Unterlassens zumutbarer Aufsichtsmaßnahmen vor.

§ 2 Abs. 2 VerbStrGB: „Ist in Wahrnehmung der Angelegenheiten eines Verbandes eine verbandsbezogene Zuwiderhandlung begangen worden, so wird gegen den Verband eine Verbandssanktion verhängt, wenn durch einen

Entscheidungsträger dieses Verbandes vorsätzlich oder fahrlässig zumutbare Aufsichtsmaßnahmen, insbesondere technischer, organisatorischer oder personeller Art, unterlassen worden sind, durch die die Zuwiderhandlung verhindert oder wesentlich erschwert worden wäre.“

§ 2 VerbStrGB führt die in § 30 OWiG und § 130 OWiG geregelten Ahndungsvorschriften – in modifizierter Form – zusammen und verweist auf einen gemeinsamen Definitionskatalog in § 1 VerbStrGB. Durch diese gesetzessystematische Lösung wird die bisherige Mosaikstruktur zugunsten eines zwingend einheitlichen Verständnisses der zentralen Tatbestandsmerkmale („Entscheidungsträger“ und „verbandsbezogene Zuwiderhandlung“) aufgegeben.

Dem Gesetzesentwurf liegt die Idee einer Sanktionierung „originärer Verbandsschuld“ als Legitimationsmodell für eine strafrechtliche Verantwortlichkeit von Verbänden zugrunde. In der Entwurfsbegründung heißt es, „das Verbandsstrafrecht knüpft an ein spezifisches Verbandsunrecht an, welches darin besteht, dass der Verband sich eine derart unzureichende Organisation gibt, dass kriminelles Verhalten geduldet, begünstigt oder gar provoziert wird.“ Nach dem Selbstverständnis der Entwurfsverfasser zielt das VerbStrGB auf die Ahndung originär mit der Tätigkeit von Verbänden verbundenen Risiken, soweit sich diese in einer verbandsbezogenen Zuwiderhandlung realisieren. Trotz teilweise widersprüchlicher Formulierungen³ soll Anknüpfungspunkt der Verantwortung daher nicht die Zurechnung von Individualschuld, sondern ein eigenes Organisationsverschulden des Verbandes sein.⁴ Der Gesetzesentwurf löst den zu § 30 OWiG bestehenden Theorienstreit somit zugunsten der Lehre vom Organisationsverschulden⁵.

³ Der Gesetzesentwurf spricht auf S. 27 bspw. von einer „strafrechtliche[n] Haftung von Verbänden für Zuwiderhandlungen ihrer Mitarbeiter“. Er ist online abrufbar unter http://dico-ev.de/fileadmin/PDF/PDF_Intranet_2013/Unternehmensstrafrecht/2013-10-15_Entwurf_zum_Unternehmensstrafrecht.pdf. *Schünemann* macht zu Recht darauf aufmerksam, dass die Wahl des zivilrechtlichen Terminus nicht unproblematisch erscheint; *Schünemann*, Zur Frage der Verfassungswidrigkeit und der Folgen eines Strafrechts für Unternehmen, 2013, S. 11 (online abrufbar unter http://www.familienunternehmen.de/media/public/pdf/studien/Studie_Stiftung_Familienunternehmen_Unternehmensstrafrecht.pdf).

⁴ So bereits zu § 30 OWiG *Tiedemann*, NJW 1988, 1169 (1171 ff.).

⁵ Siehe hierzu die Darstellung von *Rogall*, in: Senge (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, 3. Aufl. 2006, § 30 Rn. 2 ff.

* Die Autorin ist Habilitandin am Lehrstuhl von Prof. Dr. Claus Kreyß an der Universität zu Köln und arbeitet zu Fragen der Auslandsbestechung.

¹ *Schünemann*, ZIS 2014, 1 (in dieser Ausgabe).

² Siehe bspw. *Szesny*, BB 2013, 1; *Wessing*, ZWH 2012, 301 (302).

III. Vom Zurechnungsmodell zur originären Verbands-schuld

Die Abkehr des Gesetzesentwurfes von der klassischen Zurechnungslehre zeigt sich entscheidend in der Bezugnahme des § 2 Abs. 1 VerbStrGB auf eine „verbandsbezogene Zuwiderhandlung“. In Abweichung von § 30 OWiG setzt die Verantwortlichkeit des Verbandes nicht länger eine „Straftat oder Ordnungswidrigkeit“ des Entscheidungsträgers voraus. Durch die geringeren Anforderungen an eine individuelle Schuld sollen zum einen Fälle alternativer Tatverantwortung erfasst werden, in denen sich der Verdacht gegen mehrere Mitarbeiter richtet und der Nachweis eines individuellen Schuldvorwurfs nicht gelingt. Zum anderen wird die Verantwortung des Verbandes auf Sachverhalte erstreckt, in denen der Entscheidungsträger zwar den Tatbestand eines Sonderdelikts verwirklicht, jedoch nicht die erforderlichen persönlichen Merkmale aufweist. Nach § 9 Abs. 2 OWiG sind strafbarkeitsbegründende persönliche Merkmale des Betriebsinhabers allein dann auf einen Mitarbeiter anzuwenden, wenn dieser ausdrücklich mit der eigenverantwortlichen Wahrnehmung von Aufgaben des Inhabers beauftragt wurde. Dies hat zur Folge, dass der Verband bislang nur in beschränktem Umfang für im Unternehmen begangene Sonderdelikte zur Verantwortung gezogen werden kann. In Fällen komplexer Betriebsstrukturen, die eine explizite Delegation nicht offenlegen oder angesichts dezentralisierter Verantwortungsbereiche eine faktisch Übernahme von Aufgabenbereichen ohne organisatorische Formalisierung erforderlich machen, scheidet eine Zurechnung gemäß § 9 Abs. 2 OWiG aus. Nach *Schünemann* korrespondieren die strafrechtlichen Zurechnungskriterien – § 9 Abs. 2 OWiG ist dem § 14 Abs. 2 StGB nachgebildet – mit der Organisation moderner, arbeitsteilig strukturierter Unternehmen „häufig so wenig, dass die für ein Individualdelikt geltenden Maßstäbe gegenüber einem Verbandsdelikt in erheblichem Umfang versagen müssen.“⁶ *Wessing* sieht hierin die Gefahr, dass begangenes Unrecht „oft niemandem zugerechnet werden [kann], weil Handlung, subjektiver Tatbestand, Rechtswidrigkeit und Schuld bei keiner natürlichen Person zusammenfallen.“⁷ Durch den Verzicht auf eine individuelle Strafbarkeit des Entscheidungsträgers als Grundlage der Verbandssanktion können derartige Lücken geschlossen werden. Auf diese Weise würde die bisherige Privilegierung organisierter – oder auch „desorganisierter“⁸ – „Unverantwortlichkeit“⁹ künftig aufgehoben. Eine ähnliche Intention verfolgte der Regierungsentwurf des Zweiten Gesetzes zur Bekämpfung der Wirtschafts-

kriminallität, der die Voraussetzung einer „ausdrücklichen“ Beauftragung in § 14 Abs. 2 StGB im Interesse einer Erweiterung des Haftungskreises aufgeben wollte. Die Initiative scheiterte jedoch an Bedenken hinsichtlich der Verantwortlichkeit des beauftragten Mitarbeiters, dessen Strafbarkeit von einer eindeutigen Bestimmung der Aufgabendelegation abhängig sein sollte.¹⁰ Vergleichbaren Einwänden sieht sich der aktuelle Gesetzesentwurf nicht ausgesetzt, da der Verzicht auf die einschränkende Funktion der Zurechnungsnorm ausschließlich den Verband trifft. Die Loslösung des Tatbestandes von der individuellen strafrechtlichen Verantwortung des Arbeitnehmers wird im Gesetzesentwurf mit der Natur des Schuldvorwurfes in § 2 Abs. 1 VerbStrGB begründet: „Der Vorwurf, der gegen den Verband erhoben wird und der die ‚Verantwortlichkeit‘ des Verbandes begründet, besteht bei § 2 Absatz 1 VerbStrG dem gegenüber gerade in der mangelhaften Personalauswahl oder im unzureichenden Aufgabenzuschnitt auf der Leitungsebene des Verbandes.“¹¹

Der Gesetzesentwurf distanziert sich hierdurch vom klassischen Zurechnungsmodell, das nach verbreiteter Auffassung dem § 30 OWiG zugrunde liegt,¹² und folgt dem maßgeblich von *Tiedemann* begründeten Postulat des eigenen Verbandsverschuldens.¹³

An dieser Stelle soll nicht der Versuch unternommen werden, die vielschichtige und kontroverse Diskussion über die Vereinbarkeit eines Unternehmensstrafrechts mit dem Schuldprinzip weiter zu vertiefen.¹⁴ Es seien daher lediglich einige Bemerkungen zu den Erwägungen im Schrifttum und ihren Konsequenzen für eine Verfassungsmäßigkeit des Verbandsstrafgesetzbuchs erlaubt.

Der in der Literatur formulierte Einwand gegen die Einführung eines Unternehmensstrafrechts gründet sich maßgeblich auf den Gedanken, dass der strafrechtliche Vorwurf als sozialetischer Tadel eine individuelle Schuld des Handelnden voraussetze.¹⁵ Wenn nur derjenige strafrechtliche Schuld nur auf sich laden kann, der zwischen Recht und Unrecht zu differenzieren weiß, scheidet ein nicht zur selbständigen Handlung und natürlichen Willensbildung fähiger Verband als Adressat strafrechtlicher Sanktionen – grundsätzlich – aus. *Schünemann* illustriert die notwendige Verknüpfung von Ahndungsprävention und schuldhafter Normverletzung mit dem Bild des persischen Königs Xerxes, der bei einem Un-

⁶ *Schünemann*, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, 1979, S. 39 f.

⁷ *Wessing*, ZWH 2012, 301 (302).

⁸ Für diese Begrifflichkeit *Wessing*, der den Mangel an Zurechenbarkeit nicht als Ziel, sondern als Folge der Aufgabenzersplitterung begreift und daher von einer „desorganisierten Unverantwortlichkeit“ spricht; *Wessing*, ZWH 2012, 301 (302).

⁹ Gesetzesentwurf (Fn. 3), S. 44; zum Begriff auch *Mills*, White Collar, The American Middle Classes, 1979, S. 111; *Alwart*, ZStW 105 (1993), 752.

¹⁰ BT-Drs. 10/5058, S. 25 f.

¹¹ Gesetzesentwurf (Fn. 3), S. 45.

¹² *Heine*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, 1995, S. 220 ff.; *Ransiek*, Unternehmensstrafrecht, 1996, S. 111; *Kaufmann*, Möglichkeiten der sanktionsrechtlichen Erfassung von (Sonder-) Pflichtverletzungen im Unternehmen, 2003, S. 154 f., 166 ff.

¹³ *Tiedemann*, NJW 1988, 1169 (1171 ff.).

¹⁴ Statt aller *Schünemann* (Fn. 6); *Weigend*, JICJ 2008, 927; *Wegner*, ZRP 1999, 186; *Hirsch*, ZStW 107 (1995), 286; *Dannecker*, GA 2001, 101.

¹⁵ Siehe nicht zuletzt die Beiträge von *Heinitz*, *Engisch* und *Hartung* in den Verhandlungen des 40. Deutschen Juristentages, Bd. 1, S. 65; Bd. 2, Teil E, S. 7 ff., 43 ff.; ebenfalls *Peglau*, JA 2001, 608.

wetter die hochschlagenden Wellen züchtigen ließ.¹⁶ Dieses Problem wollte das BVerfG in seinem „Bertelsmann-Lesering“-Beschluss aus dem Jahr 1966 durch Rückgriff auf die Möglichkeit einer Zurechnung der individuellen Schuld des Unternehmensangehörigen auflösen: „Die juristische Person ist als solche nicht handlungsfähig. Wird sie für schuldhaftes Handeln im strafrechtlichen Sinne in Anspruch genommen, so kann nur die Schuld der für sie verantwortlich handelnden Personen maßgebend sein.“¹⁷

Durch sein Plädoyer für eine originäre Verbandsschuld distanziert sich der Gesetzesentwurf indes von dem auf Zuschreibung individuellen Unrechts basierenden Begründungsansatz des BVerfG. Der Entwurf folgt damit kritischen Stimmen in der Literatur, die hierin eine das Schuldprinzip verletzende „Überstülung zivilrechtlicher Zurechnungsmodelle auf das Strafrecht“¹⁸ sehen. Bereits im Jahre 1840 konstatierte *von Savigny*: „Ihr [juristische Person] reales Dasein beruht auf dem vertretenden Willen bestimmter einzelner Menschen, der ihr, in Folge einer Fiction, als ihr eigener Wille angerechnet wird. Eine solche Vertretung aber, ohne eigenes Wollen, kann überall nur im Civilrecht, nie im Criminalrecht, beachtet werden.“¹⁹

Erschöpft sich der Vorwurf an den Verband in der Zuschreibung fremder Schuld, fehlt es an einem selbständigen Anknüpfungspunkt für die Annahme einer *eigenen* deliktischen Verantwortlichkeit des Unternehmens.²⁰ Die Übertragung der Schuld eines Unternehmensmitarbeiters auf den Verband und die hiermit verbundene Kongruenz von Individual- und Verbandsverantwortung mag als Grundlage einer zivilrechtlichen Haftung dienen; zur Begründung eines strafrechtlichen Schuldvorwurfs an das Unternehmen – im Sinne eines höchstpersönlichen, moralisch-ethischen Versagens – genügt sie jedoch nicht.²¹

Durch die Bezugnahme auf ein eigenes Organisationsverschulden entgeht der Gesetzesentwurf diesen Schwächen des klassischen Zurechnungsmodells.²² Die Lehre von der originären Verbandsschuld ergänzt den auf personeller Freiheit beruhenden, ethischen Schuldbegriff um die Idee eines an sozialer Verantwortlichkeit ausgerichteten Schuldvorwurfs.²³

Liegt die Ursache für rechtliche Zuwiderhandlungen innerhalb des Unternehmens in dessen defizitären Organisationsstrukturen, könnte dem Verband ein – auf der Verletzung sozialer Verantwortung begründetes – Versagen zur Last gelegt werden. *Dannecker* geht davon aus, dass strafrechtliche Sanktionen gegen Unternehmen zur „Wiederherstellung und Sicherung des Rechtsfriedens im Rahmen des kriminalrechtlichen Kontrollsystems“ möglich sein müssen – wobei, dies sei am Rande bemerkt, sich die Frage stellt, weshalb Präventionsgesichtspunkte²⁴ hier ausgeklammert werden.²⁵

Durch das Konzept der originären Verbandsverantwortlichkeit verschiebt sich jedoch der Anknüpfungspunkt für den Schuldvorwurf. Schuld, verstanden als soziale Verantwortung für eine die Begehung von Unrecht begünstigende Organisationsstruktur, ist – wie *Schünemann* überzeugend ausführt – nicht deckungsgleich mit der Schuld der individuellen Normverletzung.

„Was wir einem Unternehmen eventuell anlasten könnten, wäre ja nicht der Bruch dieser Verhaltensnorm; es wäre irgendein organisatorischer Fehler, den das Unternehmen vielleicht begangen hat, aber das Unternehmen hat niemals die konkrete Verhaltensnorm verletzt.“²⁶

Der Haftungsgrund besteht folglich nicht in der eigentlichen Zuwiderhandlung als Normübertretung, sondern in der mangelnden Gewährleistung rechtstreuen Verhaltens durch das Unternehmen.²⁷ Nach der Entwurfsbegründung ist der Verstoß von Entscheidungsträgern gegen geltende Strafgesetze hinreichender Anlass für die selbständige Verbandsverantwortlichkeit. Bereits aufgrund der Tatsache der Zuwiderhandlung habe sich die Auswahl der Mitarbeiter „für ihre Funktion oder für die Rolle als Organ oder Vertreter von Anfang an als fehlerhaft“ erwiesen.²⁸

Der zwingende Schluss von der Normverletzung auf ein Auswahlverschulden begegnet allerdings systematischen Bedenken. Wird der Ahndungsgrund in einem originären Verschulden des Verbandes gesehen, so müsste dem Unternehmen – so fordert *Rogall* zu Recht – der Einwand „rechtskonformer Organisation und damit der Unvermeidbarkeit“²⁹ gestattet sein. Hierfür besteht im Wortlaut des § 2 Abs. 1 VerbStrG indes kein Anknüpfungspunkt. Es ließe sich sogar noch einen Schritt weiter gehen und im Lichte des Grundsatzes in dubio pro reo nicht nur eine Möglichkeit des Unternehmens zur Exkulpation, sondern die Notwendigkeit eines positiven Nachweises des Auswahl- oder Organisationsverschuldens fordern.

schrift für Reinhard Böttcher zum 70. Geburtstag, 2007, S. 465 (484).

¹⁶ *Schünemann* (Fn. 3), S. 13.

¹⁷ BVerfGE 20, 323 = NJW 1967, 195 (197).

¹⁸ *Schünemann*, Plädoyer zur Einführung einer Unternehmenskuratel, in: ders. (Hrsg.), Deutsche Wiedervereinigung, Bd. 3, Unternehmenskriminalität, 1996, S. 129 (S. 139).

¹⁹ v. *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. 2, 1840, S. 312.

²⁰ *Freier*, Kritik der Verbandsstrafe, 1998, S. 95 ff., 162 ff. Kritisch zur Annahme einer „Gefährdungshaftung“ *Schünemann* (Fn. 6), S. 209, 225.

²¹ So auch *Kempf*, KJ 2003, 462 (467). So auch *Schünemann*, der meint, eine Schuldbegründung durch Zurechnung habe „mit dem Legitimationsgesichtspunkt der Schuldvergeleutung auch nicht das mindeste mehr zu tun“, *Schünemann* (Fn. 6), S. 235.

²² Gesetzesentwurf (Fn. 3), S. 43.

²³ *Tiedemann*, NJW 1988, 1169 (1172); *Dannecker*, in: Helgerth u.a. (Hrsg.), Recht gestalten – dem Recht dienen, Fest-

²⁴ *Schünemann* (Fn. 6), S. 238.

²⁵ *Dannecker* (Fn. 23), S. 484.

²⁶ *Schünemann* (Fn. 18), S. 137.

²⁷ *Deruyck*, Verbandsdelikt und Verbandsstrafe: eine rechtsvergleichende Untersuchung nach belgischem und deutschem Recht, 1990, S. 164; *Dannecker*, GA 2001, 101 (115 ff.).

²⁸ Gesetzesentwurf (Fn. 3), S. 45; *Tiedemann*, NJW 1988, 1169 (1172).

²⁹ *Rogall* (Fn. 5), § 30 Rn. 6; so auch *Hirsch*, ZStW 107 (1995), 286 (315).

Tiedemann hält diesem Einwand entgegen, dass der „Gesichtspunkt des Organisationsverschuldens im übrigen aber nicht [bedeutet], daß sich die juristische Person oder der sonstige Personenverband durch den Nachweis hinreichende Organisation von der Verbandsgeldbuße freizeichnen könnte. [...] Vielmehr stellt der Gedanke des Organisationsverschuldens ein Haftungsprinzip dar, welches § 30 OWiG zugrunde liegt und kraft dieser Vorschrift ebenso zur Bußgeldverantwortlichkeit der juristischen Person führt wie § 31 BGB die zivilrechtliche Haftung von Verbänden [...] begründet.“³⁰ Hinter § 31 BGB steht die Überlegung, dass die juristische Person erst durch die Integration natürlicher Personen Handlungsfähigkeit erlange und deshalb in der Folge für das Handeln dieser Personen ebenso verantwortlich seien müsse wie eine natürliche Person für eigenes.³¹ Dies bedeutet allerdings nicht, dass die durch § 31 BGB begründete Verantwortlichkeit des Unternehmens tatsächlich auf einem selbständigen Schuldvorwurf basiert. Mehr spricht dafür, § 31 BGB als Konsequenz der – klassischen – Zurechnung des Verhaltens von Individuen zu verstehen. In einem Urteil aus dem Jahre 1987 hat der BGH zur Rechtsnatur des § 31 BGB festgestellt: „§ 31 BGB ist keine haftungsbegründende, sondern eine haftungszuweisende Norm, die einen Haftungstatbestand voraussetzt. Über § 31 BGB wird die unerlaubte Handlung des Organs lediglich der juristischen Person als Haftungsmasse zugerechnet.“³² Ein Vergleich mit der Haftungsnorm des § 31 BGB vermag daher weniger die Theorie einer originären Verbandsverantwortlichkeit als vielmehr das herkömmliche Zurechnungsmodell zu stützen.

Im Ergebnis bleibt fraglich, ob die Gleichsetzung eigenen und fremden Verschuldens – die nicht über eine Zurechnung hergeleitet wird, sondern eine selbständige Verantwortlichkeit zur Folge hätte – als Grundlage einer strafrechtlichen Verbandssanktion dienen kann. Wird die Frage, ob strafrechtliche Schuld stets auch die Möglichkeit zur Schuldbefreiung voraussetzen muss – nicht zuletzt um dem Element einer Vorwerfbarkeit Rechnung zu tragen –, bejaht, erscheint die Annahme einer originären Verbandsverantwortlichkeit ohne Exkulpationsregelung als Legitimationsgrundlage eines Unternehmensstrafrecht zweifelhaft.

Selbst bei Zugrundelegung eines originären Verbandsverschuldens und der hiermit verbundenen Verlagerung des Schuldvorwurfs bleibt jedoch der Einwand einer fehlenden eigenständigen Handlungsfähigkeit des Verbandes bestehen. So ist nach *Weigend* auch ein Organisationsverschulden letztlich auf das Fehlverhalten individueller Unternehmensmitarbeiter zurückzuführen.

„In a way, it is the corporation itself that develops a certain corporate culture and establishes structures of supervision and control, but in reality, it is not the ‘corporation’ but natural persons operating alone or in groups that actually

devise plans, take certain measures or abstain from doing so, albeit in the name of the legal person.“³³

Auch die Lehre von der originären Verbandsschuld vermag die grundlegenden Bedenken an einer strafrechtlichen Sanktionierung überindividueller Einheiten folglich nicht auszuräumen.

Zwischen den bereits vorgestellten Theorien des eigenen Verbandsverschuldens und dem klassischen Zurechnungsmodell bewegt sich *Rogall*, der eine neue, auf der „Selbstbegehung“ des Verbandes fußende Konzeption von Zurechnung entwirft.³⁴ Hierbei wird die Delinquenz des Entscheidungsträgers aufgrund seiner besonderen Stellung im Unternehmen als „Eigendelinquenz des Verbandes“³⁵ begriffen. Auf diese Weise von den „Aporien einer Zurechnung von Fremdverantwortung“³⁶ befreit, könne die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens als organschaftliche Verbands-täterschaft verstanden werden ohne durch das Erfordernis eines Organisationsdefizites die Notwendigkeit einer Exkulpationsmöglichkeit zu schaffen. Ungeklärt bleibt indes der Anknüpfungspunkt des Schuldvorwurfes. Eine „Selbstbegehung“ als Grundlage strafrechtlicher Verantwortlichkeit des Verbandes ist nicht vereinbar mit einem Konzept von Schuld, das auf einem höchstpersönlichen, sittlichen Versagen beruht.³⁷ Auch die Heranziehung der Beteiligungslehre scheint diese Lücke aufgrund der fehlenden personellen Verantwortung des Verbandes nicht zu schließen.

Einen anderen Begründungsansatz für das Unternehmensstrafrecht wählt *Schünemann* in einer frühen Schrift aus dem Jahr 1979, in der er das Schuldprinzip lediglich dann als Grenze der Strafbarkeit begreift, wenn es zugleich seine Grundlage bildet.³⁸ Eine Verletzung des Schuldgrundsatzes sei dann kein maßgebliches Hindernis für Verbandssanktionen, wenn ein anderes Legitimationsprinzip ihre Anordnung rechtfertige. *Schünemann* verweist hier auf die Gefahr eines Rechtsgüternotstandes, der aus einer dem Notstand vergleichbaren Schwächung effizienter Prävention im Bereich der Unternehmenskriminalität resultieren könne.³⁹ Allerdings relativiert *Schünemann* diesen Ansatz heute dahingehend, dass ein Austausch des Legitimationsprinzips – vom Schuldprinzip zur Präventionseffizienz – naturgemäß auch den Charakter der Sanktion verändere und daher anstelle repressiver Maßnahmen wie einer Verbandsgeldbuße primär präventive Instrumente, wie die von ihm vertretene Unternehmenskuratel, erlaube.⁴⁰

Einen noch weitergehenden Ansatz verfolgt *Vogel*, der in etwaigen Zweifeln an der Anerkennung schuldhaften Verbandshandelns keine Schranken für den Gesetzgeber erkennen will: „Wenn der Gesetzgeber eine Unternehmensstraf-

³⁰ *Tiedemann*, NJW 1988, 1169 (1172).

³¹ *Reuter*, in: Säcker/Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 6. Aufl. 2012, Bd. 1, § 31 Rn. 2.

³² BGH NJW 1987, 1193 (1194).

³³ *Weigend*, JICJ 2008, 934 f.

³⁴ *Rogall* (Fn. 5), § 30 Rn. 8.

³⁵ *Rogall* (Fn. 5), § 30 Rn. 8.

³⁶ *Rogall* (Fn. 5), § 30 Rn. 8.

³⁷ *Engisch*, in: Verhandlungen des 40. DJT, Bd. 2, 1953, S. E 7 (E 23 ff.).

³⁸ *Schünemann* (Fn. 6), S. 235.

³⁹ *Schünemann* (Fn. 6), S. 236.

⁴⁰ *Schünemann* (Fn. 18), S. 129 ff.

barkeit einführt, begründet er die Möglichkeit rechtswidriger und schuldhafter Unternehmenshandlungen im strafrechtlichen Sinne und gestaltet die Voraussetzungen hierfür aus, ohne an eine bestimmte Dogmatik gebunden zu sein.“⁴¹

Vogel sieht in dem Problem der Vereinbarkeit eines Verbandsstrafgesetzes mit dem Schuldprinzip eine rein dogmatische Fragestellung, die den Gesetzgeber in seiner kriminalpolitischen Entscheidung nicht zu binden vermag. Diesen Gedanken nimmt auch die Entwurfsbegründung auf, wenn sie „bei der einfachgesetzlichen Ausgestaltung des Schuldgrundsatzes [eine Verpflichtung auf] die ontologischen oder die sozialetischen Maßstäbe der bisherigen strafrechtlichen Handlungs-, Schuld- und Strafdogmatik“ ablehnt.⁴² Trotz der vom BVerfG anerkannten Begründung des Schuldgrundsatzes im Rechtsstaatsprinzip⁴³ versteht ihn *Vogel* nicht als selbständige verfassungsrechtliche Schranke, sondern führt ihn auf seine Verankerung in der durch Art. 1 Abs. 1 des Grundgesetzes verbürgten Menschenwürde zurück. Folgte man diesem Ansatz, würde das Schuldprinzip – da dem Unternehmen keine Menschenwürde zukommt – bereits aufgrund seiner fehlenden Anwendbarkeit der Einführung einer Unternehmensstrafbarkeit nicht entgegenstehen. Strafrechtliche Sanktionen gegen Verbände müssten sich nach *Vogel* somit allein an den für das Unternehmen geltenden verfassungsrechtlichen Grenzen der Art. 2, 12 und 14 GG unter besonderer Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes messen lassen.

Die Einführung eines Verbandsstrafgesetzbuchs rührt an das Wesen des deutschen Strafrechts. Trotz beachtenswerter Gegenstimmen ist die Kritik an einer Strafbarkeit von handlungs- und schuldunfähigen Verbänden sowie der Vereinbarkeit eines solchen Sanktionskonzepts mit verfassungsrechtlichen Grundsätzen überzeugend. Die geltende Strafrechtsdogmatik sollte – auch angesichts der weitreichenden Unterschiede der Rechtssysteme – nicht ohne Not internationalen „Trends“ geopfert werden.⁴⁴ Die Diskussion um den Gesetzesentwurf wird sich der Frage zu stellen haben, ob Sanktionen gegen Verbände nicht ebenso effektiv und strafrechtsdogmatisch konsequenter im Wege eines verbesserten Ordnungswidrigkeitenrechts umgesetzt werden könnten. Eine Abkehr von den Grundprinzipien des deutschen Strafrechts allein um den Vorteil terminologischer Schärfe und einer – formalen – Anpassung an angloamerikanische Entwicklungen sollte mehr als kritisch geprüft werden.

IV. Die Einschränkungen der Verbandshaftung

1. Grundsätzliches – Vereinbarkeit mit dem Schuldgrundsatz

Das dem § 2 Abs. 1 VerbStrGB zugrunde gelegte Verantwortlichkeitskonzept korrespondiert in der jetzigen Fassung

⁴¹ *Vogel*, StV 2012, 427.

⁴² Gesetzesentwurf (Fn. 3), S. 29.

⁴³ BVerfG NJW 1967, 195 (197).

⁴⁴ *Schünemann* weist zudem überzeugend darauf hin, dass die internationale Rechtslage keineswegs ein so klares Bild abgibt, wie es zunächst scheinen mag; *Schünemann*, ZIS 2014, 1 (12).

nicht überzeugend mit dem tatbestandlich erforderlichen Schuldvorwurf. Sollen mangelhafte Personalauswahl oder ein unzureichender Aufgabenzuschnitt die Sanktion des Verbandes legitimieren, wäre ein expliziter Anknüpfungspunkt im Tatbestand nach Vorbild des Art. 102 SchweizerStGB ratsam. Dort wird die Haftung des Unternehmens davon abhängig gemacht, dass die Tat „wegen mangelnder Organisation des Unternehmens“ keinem individuellen Entscheidungsträger zugerechnet werden kann (Art. 102 Abs. 1 Schweizer StGB) oder „dem Unternehmen vorzuwerfen ist, dass es nicht alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehrungen getroffen hat, um eine solche Straftat zu verhindern“ (Art. 102 Abs. 2 SchweizerStGB). Während die Schweizer Regelung einen Organisations- und Präventionsmangel ausdrücklich voraussetzt, ließe § 2 VerbStrGB – entgegen den Erwägungen in der Entwurfsbegründung – nach der Formulierung seines Schuldvorwurfs konzeptionell eher auf eine Zurechnung der individuellen Verantwortung des Entscheidungsträgers schließen.

Unter dem Gesichtspunkt des Schuldprinzips sowie dem Grundsatz des „in dubio pro reo“ erscheint es fragwürdig, dass dem Verband nicht zugestanden wird, den Schuldvorwurf durch den Nachweis einer fehlerfreien Auswahl und Organisation zu widerlegen.⁴⁵ Nach dem Wortlaut des § 2 Abs. 1 VerbStrGB kann eine erfolgreiche Verteidigung des Unternehmens ausschließlich darauf abzielen, die Begehung einer Zuwiderhandlung durch den Entscheidungsträger zu verneinen. Auch die Möglichkeit eines Absehens von Strafe nach § 5 VerbStrGB stellt aufgrund ihres bloßen Ermessenscharakters kein adäquates Pendant zur Exkulpation dar.

2. Das Erfordernis der „Zuwiderhandlung“

Beide Tatbestände des § 2 VerbStrGB setzen die Begehung einer verbandsbezogenen Zuwiderhandlung voraus. Während nach § 2 Abs. 1 VerbStrGB die Zuwiderhandlung durch den Entscheidungsträger „vorsätzlich oder fahrlässig“ selbst begangen worden sein muss, knüpft § 2 Abs. 2 VerbStrGB ohne Ansehung der hierarchischen Position des handelnden Mitarbeiters an eine „in Wahrnehmung von Verbandsangelegenheiten“ begangene Zuwiderhandlung an. Aus der Intensität der Zuwiderhandlung folgen in § 11 VerbStrGB („vorsätzliche Zuwiderhandlung“) und § 12 VerbStrGB („erhebliche rechtswidrige Zuwiderhandlung“) unterschiedliche Sanktionen.

Mit dem Erfordernis der „Zuwiderhandlung“ lehnt sich der Gesetzesentwurf bewusst an das für § 130 OWiG geltende Begriffsverständnis an.⁴⁶ Die Legaldefinition in § 1 Abs. 2 VerbStrGB begrenzt den Anwendungsbereich der Norm jedoch auf Verletzungen von Strafgesetzen und ist somit restriktiver gefasst als § 130 OWiG, der die Begehung einer Ordnungswidrigkeit ausreichen lässt. Wie erörtert, erlaubt die Bezugnahme auf eine Zuwiderhandlung – im Gegensatz zu dem Rückgriff auf eine Straftat – die umfassende Einbeziehung von Sonderdelikten. Die Zuwiderhandlung erfasst in-

⁴⁵ *Brender*, Die Neuregelung der Verbandstäterschaft im Ordnungswidrigkeitenrecht, 1989, S. 108 ff.

⁴⁶ Gesetzesentwurf (Fn. 3), S. 45.

soweit allein den äußeren Geschehensablauf der Straftat⁴⁷ ohne eine Beschränkung durch § 28 Abs. 1 StGB zu erfassen. Für § 2 Abs. 2 VerbStrGB gilt außerdem, dass die Zuwiderhandlung als „objektive Bedingung der Ahndung“⁴⁸ weder vom Vorsatz noch von der Fahrlässigkeit des aufsichtspflichtigen Täters umfasst sein muss.

Indes stellt sich die Frage, ob die Zuwiderhandlung durch den jeweiligen *Begehungstäter* selbst mit Vorsatz oder Fahrlässigkeit erfolgt sein muss. Welche Anforderungen an die subjektive Seite der Zuwiderhandlung zu stellen sind, ist dem Gesetzeswortlaut nicht eindeutig zu entnehmen. Die Formulierung, Zuwiderhandlungen im Sinne des Verbandsstrafgesetzbuches müssten „Zuwiderhandlungen gegen ein Strafgesetz“ sein, kann sowohl eine Verwirklichung der objektiven Tatbestandsvoraussetzungen genügen lassen als auch das Strafgesetz als Einheit aus objektiven und subjektiven Elementen erfassen.

Die Frage nach einer subjektiven Komponente der Zuwiderhandlung ist bereits im Rahmen des § 130 OWiG Gegenstand wissenschaftlicher Kontroverse. Eine Ansicht versteht den Begriff als Beschreibung objektiver Tatbestandsverwirklichung und möchte auch bei Vorsatzdelikten eine fahrlässige Begehungsweise genügen lassen.⁴⁹ Die wohl herrschende Meinung tritt dieser Auffassung mit der Begründung entgegen, dass der Verband anderenfalls für einen Aufsichtsmangel selbst dann haften würde, wenn ein Einzelunternehmer straflos bliebe.⁵⁰ Eine Zuwiderhandlung müsste daher „bei einem Vorsatzdelikt mit natürlichem Vorsatz, bei einem Fahrlässigkeitsdelikt sorgfaltspflichtwidrig“⁵¹ begangen worden sein.

Der Gesetzesentwurf verhält sich zum bisherigen Streitstand zwiespältig. Eine systematische Auslegung auf Grundlage des Wortlauts von § 2 Abs. 1 VerbStrGB legt die Annahme eines rein objektiven Verständnisses der Zuwiderhandlung nahe. § 2 Abs. 1 VerbStrGB formuliert mit der Forderung nach einer „vorsätzlichen oder fahrlässigen“ Zuwiderhandlung einen eigenständigen subjektiven Tatbestand. Soll der Wortlaut nicht als unnötige Dopplung aufgefasst werden, darf die „Zuwiderhandlung“ selbst keine subjektiven Elemente enthalten. Mit der alternativen Nennung vorsätzlicher und fahrlässiger Begehungsweisen wäre hiernach auch eine fahrlässige Verwirklichung eines Vorsatzdeliktes – und somit ein fahrlässiger Betrug oder eine fahrlässige Untreue – zur Begründung einer Verbandsstrafe ausreichend. Dieser Schluss steht jedoch im Widerspruch zur Entwurfsbegründung, die – dem Einwand der herrschenden Literaturansicht hinsichtlich einer Wertungsdiskrepanz bei Straflosigkeit des Einzelunter-

nehmers folgend – für Vorsatzdelikte explizit den Nachweis vorsätzlichen Handelns verlangt.⁵²

Soll der zu § 130 OWiG bestehende Literaturstreit zugunsten einer Einbeziehung subjektiver Voraussetzungen gelöst werden, bedarf es einer Präzisierung der Legaldefinition in § 1 Abs. 2 VerbStrGB. Der Gesetzgeber hat die Möglichkeit, durch die Anknüpfung an eine Verwirklichung auch des subjektiven Tatbestandes des „Strafgesetzes“ eine eindeutige Klärung herbeizuführen. Konsequenterweise sollte in diesem Fall der Zusatz „vorsätzlich oder fahrlässig“ in § 2 Abs. 1 VerbStrGB aufgegeben werden, um eine entbehrliche Wiederholung und – hiermit verbunden – die Gefahr einer widersprüchlichen systematischen Auslegung zu vermeiden. Die vom Justizministerium erwogene Änderung des Wortlautes in die Formulierung „ist durch einen Entscheidungsträger [...] eine verbandsbezogene, vorsätzliche oder fahrlässige Zuwiderhandlung begangen worden“⁵³ ist zur Klärung der Streitfrage hingegen nicht ausreichend. Da bereits im Begriff der „Zuwiderhandlung“ – und nicht erst in ihrem Zusammenspiel mit der Verbandsbezogenheit – eine subjektive Komponente enthalten ist, würde durch die Umstellung des Satzbaus keine hinreichende Präzisierung erreicht.

3. Die „Verbandsbezogenheit“ der Zuwiderhandlung

Eine Zuwiderhandlung ist nur unter der Voraussetzung ihrer spezifischen „Verbandsbezogenheit“ hinreichender Anlass für eine Unternehmenssanktion. Nach § 1 Abs. 2 S. 2 VerbStrGB sind Zuwiderhandlungen „verbandsbezogen“, wenn „durch sie Pflichten verletzt worden sind, die den Verband treffen, oder wenn durch sie der Verband bereichert worden ist oder bereichert werden sollte“. Während sich das Merkmal der Bereicherung als weitgehend unproblematisch erweist, wirft die Alternative der „Pflichten [...], die den Verband treffen“, Fragen hinsichtlich ihrer Reichweite und Zielrichtung auf.

a) Die Reichweite der Verbandspflichten – zur Einbeziehung von Allgemeindelikten

Im geltenden Ordnungswidrigkeitenrecht sind die Anforderungen an die Verbandsbezogenheit der Pflichtverletzung Gegenstand kontroverser Diskussion.⁵⁴ Uneinigkeit besteht insbesondere im Hinblick auf die Einbeziehung von Allgemeindelikten in den Kanon der anknüpfungsfähigen Strafgesetze. Die Gesetzesbegründung zum OWiG legt es nahe, Begriff und Inhalt der verbandsbezogenen Pflichten generell am Verständnis des § 130 OWiG zu orientieren.⁵⁵ Der Rekurs des § 130 OWiG auf die „Pflichten [...], die den Inhaber treffen“, wird von einer Ansicht in der Literatur als Beschränkung des Anwendungsbereichs auf an Unternehmens- und Betriebsin-

⁴⁷ Rogall (Fn. 5), § 130 Rn. 75.

⁴⁸ Gesetzesentwurf (Fn. 3), S. 46.

⁴⁹ Förster, in: Rebmann/Roth/Herrmann (Hrsg.), Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, Kommentar, 18. Lieferung, Stand: März 2013, § 130 Rn. 11.

⁵⁰ Rogall (Fn. 5), § 130 Rn. 76; Bohnert, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, § 130 Rn. 25; ebenso BayOLG BayVBl. 2004, 123.

⁵¹ Bohnert (Fn. 50), § 130 Rn. 26

⁵² Gesetzesentwurf (Fn. 3), S. 46.

⁵³ Der Formulierungsvorschlag liegt der *Verf.* in einem Schreiben des Justizministeriums vor.

⁵⁴ Siehe Schuler, Strafrechtliche und ordnungswidrigkeitenrechtliche Probleme bei der Bekämpfung von Submissionsabsprachen, 2002, S. 174 f.; Rogall (Fn. 5), § 30 Rn. 72 ff.

⁵⁵ Rogall (Fn. 5), § 30 Rn. 73.

haber gerichtete Sonderdelikte verstanden.⁵⁶ Die wohl herrschende Meinung geht demgegenüber von der Möglichkeit einer Anknüpfung an Allgemeindelikte aus, wenn diese in einem Zusammenhang mit der Führung des Verbandes stehen.⁵⁷ Mit der Streichung der Wörter „als solchen“ in § 130 OWiG durch das 41. StrÄndG habe der Gesetzgeber eine restriktive Auslegung des Pflichtenkreises klar ausgeschlossen.⁵⁸ Somit können auch sogenannte „Jedermannspflichten“ des allgemeinen Strafrechts Grundlage einer Verbandssanktion sein, sofern sich ihre Betriebsbezogenheit bei sorgfältiger Prüfung⁵⁹ aus den konkreten Organisationsstrukturen ergibt.⁶⁰ In der Entwurfsbegründung zum VerbStrGB heißt es, dass durch die einheitliche Regelung der Verbandsbezogenheit in § 1 Abs. 2 VerbStrG „die bislang herrschenden Unsicherheiten bei der Auslegung der §§ 30 und 130 OWiG vermieden werden“.⁶¹ Wenngleich die Begründung nicht ausdrücklich Stellung zum Theorienstreit bezieht, spricht die Orientierung am Wortlaut des § 30 OWiG sowie der Hinweis auf eine Präzisierung der Pflichten „auf der Basis der in der Rechtsprechung entwickelten Kasuistik“ gegen die restriktive Theorie des Sonderdelikts und für eine grundsätzliche Einbeziehung von Allgemeindelikten.⁶²

Nicht beantwortet ist hiermit indes die Frage nach den konkreten Voraussetzungen für eine Verbandsbezogenheit bei Jedermannspflichten. In Anbetracht der grundlegenden Divergenzen über die Reichweite relevanter Zuwiderhandlungen löst die Legaldefinition in § 1 Abs. 2 S. 2 VerbStrGB das Problem der tatbestandlichen Bestimmtheit keineswegs so grundlegend wie es die Entwurfsbegründung glauben macht.⁶³ Der Vorwurf mangelnder Bestimmtheit beruht schließlich nicht maßgeblich auf dem – durch das VerbStrGB aufgegriffenen – Streit um ein unterschiedliches Begriffsverständnis in § 30 OWiG und § 130 OWiG, sondern auf der fehlenden Konkretisierung der verbandsbezogenen Pflichten. So bleibt weiterhin fraglich, ob eine Einstandspflicht des Unternehmens für die Vermeidung der Deliktsverwirklichung zu fordern ist⁶⁴ oder ob jede Normverletzung mit Ausnahme

von Exzesstaten bzw. höchstpersönlichen Pflichten als Anknüpfung für eine Verbandssanktion genügt⁶⁵. Insbesondere im Falle einer umfassenden Einbeziehung von Allgemeindelikten ohne Garantenstellung ergeben sich aus dem Gesetzesentwurf keine hinreichend bestimmten Abgrenzungskriterien. Durch eine Erweiterung des § 1 Abs. 2 VerbStrGB um eine Legaldefinition der Verbandspflichten – wobei sicher keine abschließende Nennung, sondern allenfalls eine Präzisierung der Zielrichtung bezweckt sein kann – oder eine ausführliche Darlegung der gesetzgeberischen Intention in der Entwurfsbegründung könnten der Rechtsprechung klare Maßstäbe für eine Begriffskonkretisierung vorgegeben werden.

b) Die Zielrichtung der Verbandspflichten – zur Einbeziehungen von Pflichtverletzungen zu Lasten des Unternehmens

Ein weiteres Problem, das sich im Rahmen der Verletzung verbandsbezogener Pflichten stellt, ist die Einbeziehung von Zuwiderhandlungen, die sich – auch oder ausschließlich – zum Nachteil des Unternehmens auswirken. Zweifel hieran können sich zum einen aus der Beschränkung auf Zuwiderhandlungen „in Wahrnehmung der Angelegenheiten eines Verbandes“ (§ 2 Abs. 1 und 2 VerbStrGB) und zum anderen durch das Erfordernis eines Verstoßes gegen „Pflichten, die den Verband treffen“ (§ 1 Abs. 2 S. 2 VerbStrGB) ergeben.

Mit dem Handeln in Wahrnehmung von Verbandsangelegenheiten knüpft der Gesetzesentwurf an § 30 OWiG an, der durch die Formulierung „hat jemand als Organ“ eine funktionale Konnexität zwischen der Tat des Entscheidungsträgers und seiner Rolle im Unternehmen voraussetzt.⁶⁶ In der Entwurfsbegründung heißt es, das Verhalten des Täters müsse „einen inneren Zusammenhang mit seiner Stellung als Entscheidungsträger dergestalt aufweisen, dass er auf Grund seiner Stellung und im Rahmen der ihm anvertrauten Aufgaben handelt“.⁶⁷ Durch die Verknüpfung der Normverletzung mit dem Aufgabenkreis des Entscheidungsträgers sollen Zuwiderhandlungen vom Tatbestand ausgenommen werden, die nicht „in Ausübung“ der betrieblichen Tätigkeit, sondern lediglich „bei Gelegenheit“ begangen werden. Offen bleibt indes, ob Zuwiderhandlungen, die zwar unter Missbrauch einer Vertrauensstellung, jedoch im Rahmen des übertragenen Aufgabenkreises zum Nachteil des Unternehmens verübt werden, eine Verbandssanktion begründen können. Zu denken wäre exemplarisch an den Fall einer Untreue zu Lasten des Verbandes oder die Konstellation der Bestechlichkeit nach § 299 Abs. 1 StGB, in der ein Chefeinkäufer aufgrund einer Zuwendung ein für das Unternehmen kostenintensiveres Angebot annimmt. Eine Einschränkung der Verbandshaftung käme hier allenfalls durch eine restriktive Auslegung der „Pflichten, die den Verband treffen“ in Betracht.

In den Gesetzgebungsmaterialien zu §§ 30, 130 OWiG findet sich kein Hinweis darauf, ob Straftaten zum Nachteil des Unternehmens die Grundlage für eine Geldbuße bilden

⁵⁶ Schünemann (Fn. 5), S. 113 f., 121 f.; ders., wistra 1982, 41 (48); Rogall, ZStW 98 (1986), 573 (604 ff.); Ransiek (Fn. 11), S. 103 ff.; Botke, wistra 1991, 81 (87).

⁵⁷ Förster (Fn. 49), § 130 Rn. 7; Brender (Fn. 29), S. 169 f.; Demuth/Schneider, BB 1970, 642 (647); Többens, NStZ 1999, 1 (5); Pelz, WM 2000, 1566 (1572).

⁵⁸ Bock, ZIS 2009, 68 (72); Többens, NStZ 1999, 1 (5).

⁵⁹ Demuth/Schneider, BB 1970, 642 (650).

⁶⁰ Rogall (Fn. 5), § 130 Rn. 76.

⁶¹ Gesetzesentwurf (Fn. 3), S. 33.

⁶² Gesetzesentwurf (Fn. 3), S. 33.

⁶³ „Der Entwurf trägt auch den Anforderungen des Bestimmtheitsgebotes ausreichend Rechnung. Insbesondere kann der unbestimmte Rechtsbegriff der ‚verbandsbezogenen Zuwiderhandlung‘ in § 1 Absatz 2 und § 2 Absatz 1 und 2 VerbStrG in Anlehnung an die zum Ordnungswidrigkeitenrecht entwickelte Rechtsprechung näher konkretisiert werden“; Gesetzesentwurf (Fn. 3), S. 33.

⁶⁴ BGHSt 37, 106 = NJW 1990, 2560 m. zust. Anm. Schmidt-Salzer, NJW 1990, 2966.

⁶⁵ Müller, Die Stellung der juristischen Person im Ordnungswidrigkeitenrecht, 1985, S. 73 f.

⁶⁶ Rogall (Fn. 5), § 30 Rn. 91.

⁶⁷ Gesetzesentwurf (Fn. 3), S. 45.

können.⁶⁸ *Helmrich* deutet indes die Erklärung des Gesetzgebers, der Verband sei nicht in der Pflicht, über eine allgemeine Gesetzestreue seiner Mitarbeiter zu wachen, als Indiz für eine restriktiv intendierte Auslegung des Haftungstatbestandes. Die Ableitung eines generell engen Verständnisses der Verbandspflichten erscheint jedoch zu weitgehend. Überzeugender ist es, die Klarstellung durch den Gesetzgeber lediglich als expliziten Ausschluss von Zuwiderhandlungen „bei Gelegenheit“ zu deuten.

Auch die Rechtsprechung hat sich mit dieser Frage bislang nicht abschließend auseinandergesetzt. Allein in einem Beschluss des OLG Celle vom 26.11.2004 findet sich die Aussage, dass „ein Vorteil seitens der juristischen Person bei einem betriebsbezogenen Pflichtenverstoß [...] nicht vorliegen muss“ und „eine Betriebsbezogenheit des Handelns von Organen einer juristischen Person demgegenüber (nur) dann nicht vor[liegt], wenn das Organ höchstpersönlich, folglich wie jedermann und somit ohne spezifischen Bezug zu seiner Stellung als Organ der juristischen Person handelt“.⁶⁹ Wenngleich die Stellungnahme des OLG Celle Straftaten zu Lasten des Verbandes einzubeziehen scheint, hatte das Gericht den Streit im Ergebnis nicht zu entscheiden. Ob das Gericht ein Handeln zum Nachteil des Unternehmens tatsächlich als hinreichenden Anlass für die Verhängung einer Geldbuße gewertet hätte, kann daher nicht mit Sicherheit angenommen werden.

In der Literatur ist die Frage nach der notwendigen Zielrichtung der im Ordnungswidrigkeitenrecht vorgesehenen Verbandspflichten umstritten.⁷⁰ Angesichts der bewussten Anlehnung von §§ 2 Abs. 1, 1 Abs. 2 S. 2 VerbStrGB an das OWiG lassen sich die in der wissenschaftlichen Diskussion um die Reichweite der Geldbuße nach § 30 OWiG ausgetauschten Argumente auf das VerbStrGB übertragen. Eine überwiegende Meinung in der Literatur lehnt die Annahme einer Verletzung verbandsbezogener Pflichten ab, wenn sich die Straftat gegen das Unternehmen richtet.⁷¹ Begründet wird das restriktive Normverständnis maßgeblich mit dem Telos der gesetzlichen Sanktion,⁷² deren präventiver Zweck im Falle einer Zuwiderhandlung zum Nachteil des Verbandes nicht zum Tragen komme.⁷³ Da das Unternehmen naturgemäß selbst an einer Vermeidung eigener Schäden interessiert sei, müsse die Bereitschaft zum Unterbinden entsprechender Straftaten durch Mitarbeiter nicht im Wege einer Sanktion herbeigeführt werden. Zudem wird zu bedenken gegeben, dass bei einer Geldbuße gegen das geschädigte Unternehmen letztlich das Opfer des Delikts zur Verantwortung gezogen würde;⁷⁴

eine Konsequenz, die dem Konzept gerechter Sanktionierung zu widersprechen scheint. Hieran anknüpfend wird in der Literatur eine Verfolgung von Unternehmensinteressen als zusätzliches, intentionales Kriterium zur Umschreibung verbandsbezogener Pflichtverletzungen verlangt.⁷⁵ Ein Verstoß gegen betriebsbezogene Normgebote führt hiernach nicht per se zu einer Sanktionierung des Verbandes, sondern setzt ein Handeln voraus, das – zumindest auch – im Unternehmensinteresse erfolgt. Unabhängig von der Wahrnehmung funktionspezifischer Verbandsaufgaben wäre die Verletzung eines Strafgesetzes bei ausschließlicher Eigeninteresse des Mitarbeiters somit nicht als tatbestandliche Pflichtverletzung zu qualifizieren.⁷⁶ *Achenbach* führt hierzu das Beispiel des Vorstandsmitglieds einer im Baugewerbe tätigen AG an, das sich durch materielle Zuwendungen zum Einsatz von Leiharbeiten unter Verstoß gegen § 1b AÜG bewegen lässt.⁷⁷ Der Täter handele zwar in Ausübung seiner Organstellung, verfolge jedoch allein eigennützige Interessen. Eine Haftung der AG käme daher „wohl“⁷⁸ – und in dieser Ausdrucksweise scheint sich eine bestehende Unsicherheit im Hinblick auf das Verständnis des § 30 OWiG zu offenbaren – nicht in Betracht.⁷⁹

Für die Notwendigkeit eines zusätzlichen Interessenkriteriums spricht nach *Rogall* eine systematische Betrachtung der Norm.⁸⁰ Die Bereicherungsalternative, die sich in § 30 Abs. 1 OWiG ebenso findet wie in § 1 Abs. 2 VerbStrGB, sei Hinweis auf die Annahme eines stets erforderlichen Unternehmensinteresses. In der Tat könnte die systematische Auslegung für eine grundlegende, den Vorteil des Verbandes voraussetzende Zielrichtung des Bußgeldtatbestandes sprechen. Indes erlaubt eine Interpretation der Vorschrift im Lichte der Bereicherungsvariante auch den gegenteiligen Schluss. Bei einem nach Gewinnmaximierung strebenden Verband richtet sich sein Interesse regelmäßig auf eine materielle Bereicherung. Müssen Interesse und Bereicherung jedoch als weitgehend deckungsgleich angesehen werden, bliebe neben der Bereicherungsalternative kein nennenswerter Anwendungsbereich für einen Normverstoß durch Verletzung von Pflichten, „die den Verband treffen“. Weniger ambivalent erscheint demgegenüber *Rogalls* systematische Argumentation im Hinblick auf die Nähe zur Gewinnabschöpfung. Der Gedanke der Gewinnabschöpfung, wie er sich in § 30 Abs. 3 in Verbindung mit § 17 Abs. 4 OWiG manifestiert, knüpft an die Erlangung von Vorteilen an und stützt damit die Annahme eines

⁶⁸ BT-Drs. V/1269, S. 7 f.

⁶⁹ OLG Celle, Beschl. v. 26.11.2004 – 1 Ws 388/04 = NStZ-RR 2005, 82.

⁷⁰ *Helmrich*, wistra 2010, 331.

⁷¹ *Achenbach*, in: *Achenbach/Ransiek* (Hrsg.), *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, 3. Aufl. 2012, 1. Teil 2. Kap. Rn. 11; *Bohnert* (Fn. 50), § 130 Rn. 31; *Rogall* (Fn. 5), § 30 Rn. 93 f.; *Müller* (Fn. 65), S. 77.

⁷² *Rogall* (Fn. 5), § 30 Rn. 95.

⁷³ *Helmrich*, wistra 2010, 331 (334).

⁷⁴ *Helmrich*, wistra 2010, 331 (334).

⁷⁵ *Achenbach* (Fn. 71), Rn. 11; *Helmrich*, wistra 2010, 331 (334) m.w.N.

⁷⁶ *Rogall* (Fn. 5), § 30 Rn. 94.

⁷⁷ *Achenbach* (Fn. 71), Rn. 11.

⁷⁸ *Achenbach* (Fn. 71), Rn. 11.

⁷⁹ *Rogall* nimmt auf das von *Achenbach* formulierte Beispiel Bezug und fragt danach, ob der Gesetzesverstoß im Rahmen der Geschäftspolitik des Verbandes liegen könnte. Lediglich wenn es dem Vertreter allein auf den eigenen Vorteil ankomme, sei eine Sanktion gegen den Verband ausgeschlossen; *Rogall* (Fn. 5), § 30 Rn. 94.

⁸⁰ *Rogall* (Fn. 5), § 30 Rn. 93.

Unternehmensinteresses als notwendige Haftungsvoraussetzung.⁸¹

Der Entwurf zum Verbandsstrafgesetzbuch verhält sich zu dieser Problematik weder in seinem Wortlaut noch in seiner Begründung. Auf Nachfrage teilte das Justizministerium des Landes Nordrhein-Westfalen jedoch seine Einschätzung zu den exemplarisch benannten Fällen der Bestechlichkeit nach § 299 Abs. 1 StGB sowie der Untreue gemäß § 266 StGB durch Bildung schwarzer Kassen mit:

„Der Fall Ihres Chefeinkäufers könnte nach der derzeitigen Fassung des Tatbestandes in der Tat eine Verbandshaftung auslösen, denn die Regeln des Wettbewerbsrechts begründen zweifellos ‚verbandsbezogene Pflichten‘, nämlich solche, die den Verband als Teilnehmer am Wettbewerb treffen. Der Beschuldigte handelt auch in Wahrnehmung von Angelegenheiten des Verbandes und nicht nur ‚bei Gelegenheit‘. Dass er dabei gleichzeitig private Interessen verfolgt, würde de lege lata die Haftung nach § 30 OWiG auch nicht hindern. [...] Ähnliche Konstellationen ergeben sich bei der Untreue, wenn der Entscheidungsträger z.B. ‚schwarze Kassen‘ zu Korruptionszwecken anlegt. Er mag dabei sogar vermeintliche Interessen des Verbandes verfolgen, gleichwohl bleibt es Untreue zum Nachteil des Verbandes. Beides wären in der Praxis klassische Fälle des Absehens von Strafe nach § 153b StPO in Verbindung mit § 5 Abs. 1 oder Abs. 2 VerbStrGB.“

Zunächst ist festzuhalten, dass der von den Entwurfsfassern aufgezeigte Weg über § 153b StPO in Verbindung mit § 5 VerbStrGB dem Problem von Zuwiderhandlungen zum Nachteil des Verbandes nicht hinreichend Rechnung trägt. § 5 VerbStrGB ermöglicht ein Absehen von Strafe bei Errichtung eines Compliance-Systems (Abs. 1) sowie bei freiwilliger Offenbarung des Sachverhaltes (Abs. 2). Beide Alternativen knüpfen nicht an die Intention der Gesetzesverletzung an, sondern normieren hiervon unabhängige, auf dem Nachtatverhalten beruhende Einstellungsgründe. Da ein Absehen von Strafe somit nur unter zusätzlichen, engen Voraussetzungen denkbar ist, bietet die allgemeine Regelung des § 5 VerbStrGB keine adäquate Lösung für Normverstöße zu Lasten des Verbandes.

Nach der Stellungnahme des Justizministeriums wären sowohl der Fall des § 299 Abs. 1 StGB als auch die Bildung schwarzer Kassen als Verletzungen von Pflichten, „die den Verband treffen“ zu qualifizieren. Da jedoch weder in der Entwurfsbegründung noch in der späteren Stellungnahme eine Auseinandersetzung mit dem Streitstand in der Literatur erfolgt, scheint der Problematik bislang wenig Bedeutung beigemessen worden zu sein. Die Frage, ob Straftaten im ausschließlichen Eigeninteresse des Täters oder gar zum Nachteil des Unternehmens eine Verbandssanktion begründen sollen, ist jedoch nicht nur praxisrelevant, sondern auch prägend für das grundlegende Verständnis von Sinn und Zweck der Norm.

Es lohnt daher, einen genaueren Blick auf die gebildeten Beispielfälle zu werfen. Der Chefeinkäufer, der sich durch eine Bestechungszahlung zur Annahme eines unvoreilhaftigen

Angebots bewegen lässt, handelt zum finanziellen Nachteil und somit entgegen den Interessen seines Unternehmens. Gleichwohl müsste ein solcher Verstoß gegen § 299 Abs. 1 StGB nach dem Verständnis der Entwurfsverfasser eine Verbandshaftung auslösen, da hierdurch Wettbewerbspflichten des Unternehmens verletzt würden. In der Tat schützt § 299 StGB nach herrschender Meinung primär die Lauterkeit des Wettbewerbes⁸² sowie die Vermögensinteressen der Mitbewerber⁸³. Darüber hinaus will jedoch eine verbreitete Ansicht in der Literatur auch den Geschäftsherren vom Schutz der Norm erfassen.⁸⁴ Werden durch die Verletzung eines Strafgesetzes sowohl Rechtsgüter Dritter bzw. der Allgemeinheit als auch die Interessen des Unternehmens berührt, erscheint die Angemessenheit einer Verhängung von Verbandsgeldbußen zweifelhaft. Einerseits könnte dem Unternehmen eine besondere Verantwortung für die Einhaltung eines fairen Wettbewerbs zum Schutze der Mitbewerber auferlegt werden. Andererseits ist der Verband im Falle des § 299 Abs. 1 StGB selbst geschädigt, so dass keine Notwendigkeit für eine Verhaltenslenkung durch Sanktionierung – so diese entgegen *Schünemann* überhaupt möglich ist – besteht.

Ebenfalls problematisch erscheint die Bildung von „schwarzen Kassen“ durch Unternehmensmitarbeiter. Lässt sich eine aus den Kassen finanzierte Bestechungsleistung im Ergebnis nicht nachweisen, kann der Entscheidungsträger lediglich nach § 266 StGB wegen Untreue zu Lasten des Unternehmens bestraft werden.⁸⁵ Formal betrachtet hat der Täter des § 266 StGB keine Pflichten verletzt, die den Verband treffen, sondern solche, die diesen schützen. Durch die Entziehung der Gelder ist zudem allein beim Unternehmen ein Vermögensschaden eingetreten; wegen des Anlegens und Führens der Kassen kommt ein weiterer, unmittelbarer Geschädigter nicht in Betracht. Bezieht man indes den Gesamtkontext sowie die – gerichtlich allerdings nicht zwingend nachgewiesene – Intention der Mittelgewinnung für korrupte Geschäftspraktiken ein, erfolgt die Bildung „schwarzer Kassen“ letztlich allein im Interesse des Verbandes. Vor diesem Hintergrund ließe sich eine, das eigentliche Normgebot des

⁸¹ Rogall (Fn. 5), § 30 Rn. 93.

⁸² RGSt 48, 291, 296; BGH NJW 2006, 3290 (3298); *Androulakis*, Globalisierung der Korruptionsbekämpfung, 2007, S. 429; *Höltkemeier*, Sponsoring als Straftat, 2005, S. 163 f.; *Mölders*, Bestechung und Bestechlichkeit im internationalen geschäftlichen Verkehr, 2009, S. 94 ff., 100 ff.; *Nestoruk*, Strafrechtliche Aspekte des unlauteren Wettbewerbs, 2003, S. 112; *Wollschläger*, Der Täterkreis des § 299 Abs. 1 und Umsatzprämien im Stufenwettbewerb, 2009, S. 21 ff.; *Bürger*, wistra 2003, 130 (133); *Dölling*, ZStW 112 (2000), 334 (351).

⁸³ *Bürger*, wistra 2003, 130 (133); *Kleinmann/Berg*, BB 1998, 277; *Sahan*, ZIS 2007, 69; *Wolters*, JuS 1998, 1100 (1103).

⁸⁴ BGHSt 31, 207 (209 ff.); *Nestoruk* (Fn. 78), S. 112 f.; *Dölling*, ZStW 112 (2000), 334 (351); *Wolters*, JuS 1998, 1100 (1103). Zudem gibt es immer wieder Bestrebungen, den § 299 StGB internationalen Vorgaben anzupassen und neben dem Wettbewerbsmodell das Geschäftsherrenmodell einzuführen; siehe zuletzt BT-Drs. 16/6558.

⁸⁵ BGH NJW 2009, 89.

§ 266 StGB erweiternde Pflicht, keine „schwarzen Kassen“ zur Finanzierung von Bestechungszahlungen einzurichten, herleiten. Ob eine solche, über den konkret belegten Tatvorwurf hinausgehende Wertung der Pflichtverletzung zulässiger Anknüpfungspunkt für eine Verbandssanktion sein kann, bietet jedoch berechtigten Anlass zur Diskussion.⁸⁶

Das Verhältnis von Pflichtverletzung, Verbandsnachteil und verfolgtem Interesse wirft grundlegende Fragen nach der Intention der strafrechtlichen Sanktionsnorm auf. Wird mit dem VerbStrGB eine Intensivierung des allgemeinen Rechtsgüterschutzes bezweckt, bedarf die Feststellung einer Verletzung verbandsbezogener Pflichten keiner weiteren Einschränkung. Soll indes mit der Sanktionierung des Unternehmens ein präventiver Anreiz für die Vermeidung systemischer Fehlentwicklungen⁸⁷ durch eine sachgerechte Organisation und Aufgabenverteilung gesetzt werden, könnten Straftaten zu Lasten des Verbandes vom Anwendungsbereich auszunehmen sein. Ebenfalls denkbar wäre es, über das Merkmal des Unternehmensinteresses den Verband stets – und ausschließlich – dann zur Verantwortung zu ziehen, wenn dieser sich als eigentlicher Profiteur der Zuwiderhandlung erweist. Zieht das Unternehmen wirtschaftlichen Nutzen aus der Begehung von Straftaten, besteht die Gefahr einer mangelhaften internen Organisation und Kontrolle in besonderem Maße.⁸⁸ Fließen dem Verband die Vorteile der Zuwiderhandlung zu, erscheint es zudem angemessen, ihm auch die Nachteile einer Sanktion aufzuerlegen.

Eine gesetzliche Regelung, die an eine im Unternehmen begangene Zuwiderhandlung strafrechtliche Konsequenzen knüpfen will, sollte sich zur Frage nach der grundsätzlichen Zielrichtung der Pflichtverletzung eindeutig verhalten. Neben einer Erweiterung der Gesetzesbegründung wäre es ratsam, das Verständnis der „verbandsbezogenen Pflichten“ im Rahmen der bereits vorgesehenen Legaldefinition zu präzisieren.

V. Die Besonderheiten des Unterlassens, § 2 Abs. 2 VerbStrGB

Die zweite Tatbestandsalternative des Verbandsstrafgesetzbuches (§ 2 Abs. 2 VerbStrGB) sanktioniert ein vorsätzliches oder fahrlässiges Aufsichts- oder Überwachungsverschulden der Entscheidungsträger. Die Norm knüpft an ein Unterlassen von „zumutbaren Aufsichtsmaßnahmen“ „insbesondere technischer, organisatorischer oder personeller Art“ an, „durch die die Zuwiderhandlung verhindert oder wesentlich erschwert worden wäre“.

⁸⁶ Ein alternativer, in der Stellungnahme nicht angesprochener Lösungsweg wäre die Annahme einer Pflichtverletzung, durch die der Verband „bereichert werden sollte“. Auch hier müsste die Pflichtverletzung unter Einbeziehung der Gesamtumstände weiter verstanden werden als sie im konkreten Tatvorwurf des § 266 StGB enthalten ist.

⁸⁷ Gesetzesentwurf (Fn. 3), S. 24.

⁸⁸ Dies zeigen nicht zuletzt die großen Korruptionsfälle der vergangenen Jahre, wie Siemens, MAN und Ferrostaal. Die systematische Bestechung in den Unternehmen wurde über Jahre durch mangelnde Kontrollen und intransparente Strukturen begünstigt.

1. Aufsichtspflichten in Konzernen

§ 2 Abs. 2 VerbStrGB beruht in Konzept und Normstruktur im Wesentlichen auf § 130 OWiG. Eine Änderung gegenüber der bisherigen Regelung erfolgt jedoch im Hinblick auf die umstrittene Frage nach einer Ahndung von Aufsichtspflichtverletzungen in Konzernen. In der Literatur wird diskutiert, ob die Konzernmutter gegenüber rechtlich selbstständigen Tochtergesellschaften als „Inhaberin“ (§ 130 Abs. 1 OWiG) aufsichtspflichtig sein und folglich für Zuwiderhandlungen im Tochterunternehmen verantwortlich gemacht werden kann.⁸⁹ Angesichts der eigenen Rechtspersönlichkeit der Tochtergesellschaft sind Zweifel an der Möglichkeit eines Haftungsdurchgriffs erhoben worden.⁹⁰ Der Entwurf löst das Problem zugunsten einer restriktiven Formulierung der Aufsichtspflichten. Nach seinem Wortlaut („durch einen Entscheidungsträger dieses Verbandes“) verlangt § 2 Abs. 2 VerbStrGB eine Aufsichtspflichtverletzung durch Entscheidungsträger gerade des Verbandes, in dessen Angelegenheiten die Zuwiderhandlung begangen wurde. Wenngleich die restriktive Regelung „Zurechnungskaskaden auf rechtlich ungesicherter Basis“⁹¹ vermeidet, wird sie der faktischen Abhängigkeit einer wirtschaftlich unselbständigen Tochtergesellschaft nicht vollends gerecht.⁹² Relativiert werden die Konsequenzen des begrenzten Anwendungsbereichs durch die Möglichkeit einer Sanktionierung der Muttergesellschaft gemäß 2 Abs. 1 VerbStrGB in Fällen der positiven Kenntniserlangung von Straftaten im Tochterunternehmen. Insbesondere bei Vorliegen eines Beherrschungsvertrages kann das Wissen eines Entscheidungsträgers um die Begehung von Zuwiderhandlungen innerhalb der Tochtergesellschaft eine – nach § 2 Abs. 1 VerbStrGB anknüpfungsfähige – Beihilfe durch Unterlassen begründen.⁹³ Rechtspolitisch erscheint es allerdings vorzugswürdig, einen Haftungsdurchgriff nicht grundsätzlich durch eine Beschränkung des Adressatenkreises auszuschließen, sondern den realen Strukturen – wie der Reichweite von Direktionsrechten des Mutterkonzerns – im Rahmen einer Auslegung der „zumutbaren Aufsichtsmaßnahmen“ Rechnung zu tragen.

2. Die Reichweite zumutbarer Aufsichtspflichten

§ 2 Abs. 2 VerbStrGB verlangt vom Entscheidungsträger das Ergreifen „zumutbarer Aufsichtsmaßnahmen“. Trotz der interpretatorischen Offenheit des Wortlauts steht die Vorschrift im Einklang mit dem Grundsatz der Bestimmtheit aus Art. 103 Abs. 2 GG. Angesichts der Komplexität und Vielschichtigkeit unternehmensinterner Beziehungen ist eine le-

⁸⁹ Siehe hierzu *Achenbach*, NZWiSt 2012, 321 (325) m.w.N.; *ders.*, *wistra* 2013, 369 (372) m.w.N.; *Rogall* (Fn. 5), § 30 Rn. 25; *Geismar*, Der Tatbestand der Aufsichtspflichtverletzung bei der Ahndung von Wirtschaftsdelikten, 2012, S. 65.

⁹⁰ So bspw. *Tiedemann*, NJW 1988, 1169 (1852); *Mansdörfer/Timmerbeil*, WM 2004, 362 (368).

⁹¹ *König*, in: Göhler (Hrsg.), Ordnungswidrigkeitengesetz, Kommentar, 16. Aufl. 2012, § 130 Rn. 5a.

⁹² *Rogall* (Fn. 5), § 130 Rn. 25.

⁹³ Gesetzesentwurf (Fn. 3), S. 47.

gislativ exakte Umschreibung der erforderlichen Aufsichtshandlungen nicht zu leisten.⁹⁴ Das Normverständnis kann sich jedoch auf die bereits zu § 130 OWiG erfolgte Begriffskonkretisierung in Rechtsprechung und Schrifttum stützen.

Im Grundsatz ist die Aufsicht so wahrzunehmen, dass die betriebsbezogenen Pflichten voraussichtlich eingehalten werden.⁹⁵ Wesentliche Kriterien für die Reichweite der Aufsichtspflicht sind unter anderem Art, Größe und Organisationsstruktur des Verbandes sowie das Maß der von ihm ausgehenden Gefährdung.⁹⁶ Zwar darf der Entscheidungsträger grundsätzlich auf die Einhaltung strafrechtlicher Normen durch die Unternehmensmitarbeiter vertrauen und ist daher nicht zur Einrichtung eines flächendeckenden Kontrollnetzes angehalten.⁹⁷ Doch können wiederholte Zuwiderhandlungen in der Vergangenheit die Geltung des Vertrauensgrundsatzes relativieren und zu einer Verdichtung von Aufsichtspflichten führen.⁹⁸

Die Präzisierung des Tatbestandes durch explizite Aufnahme auch organisatorischer und technischer Maßnahmen ist begrüßenswert. Die bisherige exemplarische Nennung von Bestellung, sorgfältiger Auswahl und Überwachung findet sich in der Berücksichtigung „personeller“ Aufsichtmaßnahmen wieder. Eine nähere Umschreibung der personellen Aufsichtspflicht beispielsweise durch ausdrückliche Normierung der hiervon umfassten Pflichten bei Personalauswahl, Aufgabenverteilung, Instruktion, Überwachung sowie Ahndung von Verstößen⁹⁹ ist vor dem Hintergrund der bestehenden Kasuistik und Ausdifferenzierung in der Literatur nicht zwingend geboten.

Eine Aufsichtsmaßnahme kann dem Entscheidungsträger nur obliegen, wenn diese ihm „zumutbar“ ist. Wenngleich § 130 OWiG den Begriff nicht explizit enthält, wird das Erfordernis der Zumutbarkeit aus der Bezugnahme auf eine „gehörige Aufsicht“ abgeleitet. Daher ist auch hinsichtlich der Bestimmung der „Zumutbarkeit“ ein Rückgriff auf die in Rechtsprechung und Schrifttum entwickelten Grundsätze zur Konkretisierung der Norm möglich. Als unzumutbar werden Maßnahmen verstanden, die unvereinbar mit den berechtigten Interessen der Betriebsangehörigen sind,¹⁰⁰ in deutlichem Widerspruch zur Wahrung des Betriebsklimas stehen¹⁰¹ oder einen unverhältnismäßigen – finanziellen oder organisatorischen – Aufwand im Vergleich zur Präventionswahrscheinlichkeit verlangen.¹⁰² Angesichts der wachsenden Bedeutung von Compliance wird sich hierbei zunehmend die Frage stel-

len, welche Maßnahmen in struktureller wie organisatorischer Hinsicht insbesondere von kleineren und mittelständischen Unternehmen erwartet werden können. Hier wäre – auch vor dem Hintergrund des § 5 VerbStrGB – zu erwägen, nach US-amerikanischem und britischem Vorbild Mindeststandards für Compliance-Maßnahmen normativ festzulegen.¹⁰³

3. Das Verhindern oder wesentliche Erschweren der Zuwiderhandlung

Durch die zumutbare Aufsichtsmaßnahme hätte die Zuwiderhandlung zudem „verhindert oder wesentlich erschwert“ werden müssen. § 2 Abs. 2 VerbStrGB übernimmt hierbei die Formulierung des – durch das 2. Gesetz zur Bekämpfung der Umweltkriminalität neu gefassten – § 130 OWiG, der auf dem Gedanken der gebotenen Risikoverringerung beruht.¹⁰⁴ Nachzuweisen ist somit nicht eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit des Präventionserfolgs, sondern lediglich der Eintritt einer substantiellen Risikominderung bei Anwendung der erforderlichen Aufsicht. Die Anknüpfung des Tatbestandes an den Vorwurf einer wesentlichen Risikoerhöhung erscheint jedoch – insbesondere im Bereich strafrechtlicher Sanktionen – nicht unbedenklich. Der Entscheidungsträger würde hierdurch im Ergebnis verpflichtet, letztlich ineffektive, die Tat nicht verhindernde Aufsichtsmaßnahmen zu ergreifen. Die Problematik stellt sich in vergleichbarer Weise bei der Beihilfe durch Unterlassen. Während ein Teil des Schrifttums einen sicheren Beleg für den Ursachenzusammenhang zwischen Unterlassen und Erfolgseintritt fordert,¹⁰⁵ lässt die Rechtsprechung die Möglichkeit einer bloßen Erschwerung der Tat durch den hypothetischen Gehilfenbeitrag genügen¹⁰⁶. Angesichts der Übertragbarkeit der Argumentationslinien auf den § 2 Abs. 2 VerbStrGB sei an dieser Stelle auf den bestehenden Theorienstreit verwiesen. Dem Gesetzgeber steht es letztlich frei, die Strafbarkeit von einer Risikoerhöhung abhängig zu machen und den Tatbestand somit in die Nähe der Gefährdungsdelikte zu rücken.¹⁰⁷ Rechtspoli-

⁹⁴ Rogall (Fn. 5), § 130 Rn. 39.

⁹⁵ BGHSt 9, 319 (322 f.) = NJW 1956, 1568 (1569).

⁹⁶ Zum OWiG siehe OLG Düsseldorf wistra 1999, 115 (116); OLG Düsseldorf wistra 1991, 39; OLG Zweibrücken NSTZ-RR 1998, 311; OLG Köln wistra 1994, 315.

⁹⁷ Rogall (Fn. 5), § 130 Rn. 40.

⁹⁸ Rogall, ZStW 97 (1985), 590 (598, 602 f.).

⁹⁹ Rogall (Fn. 5), § 130 Rn. 40, sowie ders., ZStW 97 (1985), 590, (598).

¹⁰⁰ Hierunter fallen bspw. Maßnahmen, die als schikanös oder entwürdigend empfunden werden können.

¹⁰¹ Rogall (Fn. 5), § 130 Rn. 49.

¹⁰² Bohnert (Fn. 50), § 130 Rn. 23.

¹⁰³ In den USA gilt der FCPA Resource Guide, online abrufbar unter <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/guide.pdf>; in Großbritannien die Guidance zum Bribery Act (online abrufbar unter: <http://www.justice.gov.uk/downloads/legislation/bribery-act-2010-guidance.pdf>).

¹⁰⁴ Rogall (Fn. 5), § 130 Rn. 99 ff.

¹⁰⁵ Roxin, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 11. Aufl. 1993, § 27 Rn. 44; Heine, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 28. Aufl. 2010, § 27 Rn. 16 m.w.N.

¹⁰⁶ RGSt 71, 178; 73, 52 (54); BGH NJW 1953, 1838; BGH NSTZ 1985, 318; BGH NJW 1998, 1568 (1573).

¹⁰⁷ Joecks hingegen hält „die Kombination aus Risikoerhöhungslehre und einer Anknüpfung an die betriebliche Zuwiderhandlung allein als objektive Bedingung der Ahndbarkeit“ für „verfassungsrechtlich nicht unproblematisch“, ders., in: Franzen/Gast/Joecks, Steuerstrafrecht, 7. Aufl. 2009, § 377 AO Rn. 60. Der – hier wohl in Betracht kommende – Einwand der Unverhältnismäßigkeit erscheint jedoch nicht überzeugend, da der Gesetzgeber im Interesse eines umfassenden

tisch spricht für ein solches Vorgehen, dass es den praktischen Schwierigkeiten eines sicheren Kausalitätsnachweises – der insbesondere in Fällen einer unterlassenen Stichprobenkontrolle kaum zu führen sein dürfte – Rechnung trägt.¹⁰⁸ Eine Schwäche der Regelung besteht hingegen in der fehlenden Konkretisierung des Wahrscheinlichkeitsurteils. Von einer wesentlichen Erschwerung normwidrigen Verhaltens wird nur auszugehen sein, wenn mit der Maßnahme die Wahrscheinlichkeit einer Zuwiderhandlung substantiell reduziert werden konnte. Wie jedoch eine „substantielle Reduktion“ im Einzelfall zu bemessen ist, bleibt offen. Der Rückgriff auf konkrete Prozentwerte – Rogall hält bspw. eine Rückführung der Wahrscheinlichkeit der Tatbegehung um mehr als 25 % für ausreichend – scheint für die Praxis wenig praktikabel. Eine nähere Präzisierung des Wesentlichkeitsmerkmals durch den Gesetzgeber lässt sich angesichts der Vielzahl denkbarer Konstellationen kaum fordern. Es bliebe Schrifttum und Rechtsprechung überlassen, die Anforderungen an ein „Erschweren“ der Normverletzung zu konkretisieren.

VI. Fazit

Unabhängig von der Frage nach Sinn oder Unsinn einer Unternehmensstrafbarkeit bereitet der Gesetzesentwurf in seiner derzeitigen Fassung noch erhebliche Probleme bei der Anwendung seiner Tatbestandsvoraussetzungen. In der Diskussion um die Formulierung einer Verbandsstrafbarkeit sollte insbesondere die Reichweite einer verbandsbezogenen Zuwiderhandlung als Anknüpfungspunkt der Unternehmensverantwortlichkeit eindeutig bestimmt werden. Neben einer Optimierung der Straftatbestände des VerbStrGB wäre es – dies sei als Ausblick erlaubt – ratsam, den Blick auf das Sanktionenmodell des Entwurfs zu richten. Hier wirft das VerbStrGB beispielsweise mit der Einführung eines Tagessatzsystems oder der Möglichkeit einer Verbandsauflösung wichtige Fragen auf, die der Diskussion und Klärung bedürfen.

Rechtsgüterschutz von Verbänden auch risikominimierende Maßnahmen verlangen kann. Ob dies im Wege einer strafrechtlichen Sanktion erfolgen kann und sollte, berührt erneut die grundsätzliche Frage nach der Anwendung des Strafrechts auf Unternehmen.

¹⁰⁸ Schünemann (Fn. 6), S. 125.