

Diskussionsbericht

Matthias Dölling/Philipp-Alexander Hirsch

1 Der Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft (*Markus Busch*)

Zu Beginn der Diskussion griff *Michael Kubiciel* (Universität Augsburg) die im Eröffnungsvortrag von *Uwe Murmann* (Universität Göttingen) vorgebrachte Kritik auf, dass es sich der Entwurf an zentralen Stellen – etwa durch die Wahl des neutralen Begriffs der Sanktion – zu einfach gemacht habe und genauere Auskunft über die Zurechnungsvoraussetzungen, die verfolgten Ziele und auch die strafrechtstheoretische Einordnung hätte geben müssen. Hiergegen brachte *Kubiciel* vor, dass der Entwurf die Zurechnungsvoraussetzungen in den §§ 2, 3 VerSanG ziemlich klar beschrieben habe, die sich nicht wesentlich von denen der §§ 30, 130 OWiG unterschieden. Außerdem nehme die Entwurfsbegründung ausführlich zu der Gesamtlegitimation des Gesetzes Stellung und erläutere die einzelnen Normen detailliert. Die dogmatisch-konzeptionelle theoretische Einordnung bleibe aber, so *Kubiciel*, eine genuine Aufgabe der Strafrechtswissenschaft. Insoweit wolle er sich bei *Busch* erkundigen, wie dieser die Verteilung der „Argumentationslast“ sehe. Mit Blick auf DOI: <https://doi.org/10.17875/gup2022-2032>

die von *Busch* angesprochene binäre Struktur des OWiG – entweder es wird eingestellt oder es gibt eine Geldbuße – bat *Kubicziel* zudem um eine Einschätzung des Freshfields-Falles, bei dem die Kanzlei eine freiwillige Spende an das Bundesland Hessen geleistet habe und daraufhin das Verfahren durch die Staatsanwaltschaft eingestellt worden sei. In seiner Antwort wies *Busch* darauf hin, dass durch den Entwurf ausführlich begründet worden sei, weshalb die Notwendigkeit gesehen wurde, auf unternehmensbezogene Kriminalität zu reagieren. Auch die damit verfolgten Zwecke würden im Entwurf näher umschrieben. In Übereinstimmung mit *Kubicziel* sehe er keinen Mehrwert darin, vom Ministeriumsschreibtisch aus in der Literatur intensiv und kontrovers diskutierte Fragen durch die Festlegung eines bestimmten Zurechnungsmodells zu entscheiden, wenn es dafür keine zwingende operative Notwendigkeit gebe. Die genauere dogmatische Klärung könne vielmehr der Wissenschaft überantwortet werden. Hinsichtlich des Freshfields-Falles könne er nur auf § 47 OWiG verweisen, nach dem die Einstellung des Verfahrens nicht von der Zahlung eines Geldbetrages an eine gemeinnützige Einrichtung oder sonstige Stelle abhängig gemacht oder damit in Zusammenhang gebracht werden dürfe.

Im Anschluss daran erkundigte sich *Stefanie Glotzbach* (Universität Würzburg), inwieweit für ein zukünftiges Verbandssanktionengesetz, das vermutlich an einer umsatzbezogenen Sanktionierung festhalten werde, das Kartellrecht mit seinen Leitlinien für die Bußgeldzumessung als Vorbild herangezogen werden könne, um die Sanktionszumessung, gerade mit Blick auf den weiten Sanktionsrahmen, in eine geordnete Bahn zu führen. *Busch* antwortete darauf, dass eine solche Anlehnung an das Kartellrecht ein interessanter Gedanke sei. Es müsse aber berücksichtigt werden, dass die grundsätzliche Zuständigkeit für die Verfolgung von Verbandstaten bei den Ländern liege, weshalb überlegt werden müsse, wie einheitliche Leitlinien entwickelt werden könnten.

Mit Blick auf das Scheitern des VerSanG bat *Franke Rostalski* (Universität Köln) um eine Einschätzung der Erfolgsaussichten eines neuen Entwurfs, insbesondere vor dem Hintergrund der teils doch sehr heftigen Kritik am VerSanG. *Busch* wies darauf hin, dass dies eine schwierig zu beantwortende Frage sei, die auch von der politischen Agenda der nächsten Regierung und dem ihr zugrundeliegenden Koalitionsvertrag abhinge. Es müsse aber gesehen werden, dass sich auch die neue Regierung zu den angesprochenen Unzulänglichkeiten des geltenden Rechts verhalten müsse. Außerdem habe die OECD-Arbeitsgruppe für Auslandsbestechungsfragen der Bundesrepublik Deutschland eine umfassende Reform der Verantwortlichkeit juristischer Personen empfohlen und würde die Umsetzung dieser Empfehlung auch sehr genau im Auge behalten. Schließlich dürfe die sehr intensive und harte Auseinandersetzung, die über das VerSanG geführt worden sei, nicht darüber hinwegtäuschen, dass durchaus ein Konsens darüber bestehe, dass das geltende Recht sich in keinem guten Zustand befinde.

Anschließend thematisierte *Jan Rennieke* (Universität Göttingen) die Beschlagnahmefähigkeit von Unterlagen aus internen Ermittlungen und erkundigte sich bei *Busch*, ob die Regelungen im VerSanG in der Praxis nicht vor allem dazu führen würden, dass diese Ermittlungen nicht mehr ergebnisoffen geführt würden. Als Beispiel könnte man dafür etwa den Fall von Wirecard und Ernst & Young heranziehen, bei dem man schon jetzt an einer ergebnisoffenen Ermittlung zweifeln könne. Es stelle sich daher die Frage, ob die im VerSanG vorgesehenen Milderungsmöglichkeiten bei der Durchführung von internen Ermittlungen diese weiterhin als lohnend erscheinen ließen oder ob Unternehmen nicht eher dazu verleitet würden, auf interne Ermittlungen zu verzichten, um zu verhindern, dass bei einer Beschlagnahme noch gravierendere Straftaten ans Licht kämen, die den Strafverfolgungsbehörden bisher unbekannt geblieben seien. *Busch* wies in seiner Antwort darauf hin, dass die im VerSanG vorgesehenen Milderungsvorschriften eine ganz erhebliche Reduzierung der Sanktionsandrohung vorsähen, wodurch ein hoher Anreiz für die Durchführung von internen Untersuchungen durch Unternehmen geschaffen werde. Weiterhin müsse gesehen werden, dass zuvor schon die Möglichkeit bestehe, dass ein Verfahren aufgrund von internen Untersuchungen – mit Auflagen und Weisungen oder sogar ohne – eingestellt werde. Man dürfe daher nicht nur den Fall der Verurteilung und Sanktionierung betrachten, sondern müsse berücksichtigen, dass interne Untersuchungen die Chance böten, dass es erst gar nicht zu einer Sanktionierung komme. Bei der Frage der Verfahrenseinstellung spiele es eine entscheidende Rolle, ob durch die Durchführung von objektiven und gründlichen internen Untersuchungen deutlich werde, dass das betroffene Unternehmen reinen Tisch machen wolle.

Murmann machte in seiner Stellungnahme darauf aufmerksam, dass der Entwurf eine Evaluierung des VerSanG nach fünf Jahren vorsehe, um zu klären, ob das neue Sanktionsinstrumentarium eine ausreichende staatliche Reaktion auf Verbandskriminalität ermögliche oder ob der Übergang zu einem Unternehmensstrafrecht geboten sei. An anderer Stelle im Entwurf heiße es, dass ein Übergang zu einem Unternehmensstrafrecht derzeit noch nicht zwingend geboten sei. Hiermit würde – so *Murmann* – signalisiert, dass dem Übergang zu einem Unternehmensstrafrecht keine prinzipiellen Hürden entgegenstünden, sondern dass dies nur eine Frage der Ultima Ratio sei. Die Verbandssanktion werde dadurch auf einer niedrigeren Eskalationsstufe angesiedelt als die Strafe, was ein Hierarchieverhältnis andeute und zudem ein bestimmtes Verständnis der Qualität von Sanktionen gegen Verbände impliziere. Zudem erkundigte sich *Murmann* bei *Busch*, der als wesentliches Defizit des § 30 OWiG das bei diesem geltende Opportunitätsprinzip bzw. bestehende Ermessen beanstandet hatte, welche Erkenntnisse zur Ausübung dieses Ermessens bestünden. Ermessen könne ja gerade nicht mit blanker Willkür gleichgesetzt werden, denn auch die Ermessensausübung bestimme sich nach rechtlichen Maßstäben, weshalb eine Strafverfolgungsbehörde in Fällen, in denen eine erhebliche Sanktion nach § 30 OWiG im Raum stehe, nicht ohne weiteres untätig bleiben könne. In seiner Antwort wies *Busch* zunächst darauf hin, dass der Entwurf durchaus so zu lesen sei,

dass die Einführung eines Unternehmensstrafrechts jedenfalls denkbar sei. Damit sei aber nicht gesagt, dass alle damit verbundenen Fragen schon geklärt seien und, sollte sich der jetzige Entwurf nicht bewähren, einfach ein ausformuliertes (Unternehmensstraf-)Gesetzbuch aus der Schublade geholt werden könne. Vielmehr seien insoweit noch viele Fragen zu prüfen. Schaffe man ein Unternehmensstrafrecht, so müsse man sich insbesondere mit dem Strafbegriff auseinandersetzen. Hinsichtlich der von *Murmann* angesprochenen Ermessensausübung in der Praxis wies *Busch* darauf hin, dass die empirischen Erkenntnisse leider sehr dünn seien. Problematisch seien dabei vor allem Fälle, in denen es zu einem Ermessensausfall komme und das Ermessen gar nicht ausgeübt werde. Es müsse aber betont werden, dass die vorgesehene Einführung des Legalitätsprinzips – ähnlich wie in der Praxis bei natürlichen Personen – nicht auf eine durchgehende und allumfassende Verfolgung abziele, was sich auch in den zahlreichen Ausnahmen, die eine Opportunitätseinstellung ermöglichen, zeige. Das VerSanG beabsichtige also nicht die Einführung eines uneingeschränkten Verfolgungszwanges, sondern versuche eher eine „Ermessenslenkung“.

Hiernach berichtete *Andreas Minkoff* (Roxin Rechtsanwälte, München) aus anwaltlicher Sicht, dass er bei internen Ermittlungen und der Verteidigung von Unternehmen bisher durchaus positive Erfahrungen im Umgang mit den Staatsanwaltschaften sammeln konnte. Die im VerSanG vorgesehene Trennung von interner Untersuchung und Unternehmensverteidigung („Trennungsgebot“), die der Befürchtung geschuldet sei, dass ein Interessenkonflikt einer objektiven Untersuchung entgegenstehen könne, sehe er deshalb aufgrund des darin zum Ausdruck kommenden Misstrauens gegenüber den Anwälten kritisch. Ihn überrasche daher, dass das VerSanG auch dann einen Bonus für das betroffene Unternehmen vorsehe, wenn dieses nicht durch einen externen Berater Aufklärung betreibe, sondern selbst eine interne Untersuchung durchführe. Insoweit würde also dem Täter die Fähigkeit zum objektiven Ermitteln und Aufklären zugestanden werden, nicht aber dem Verteidiger, der kooperativ und vollumfassend mit der Staatsanwaltschaft zusammenarbeiten wolle. Außerdem müsse gesehen werden, dass das VerSanG für eine Sanktionsmilderung ohnehin eine objektive Ermittlung und offene Kooperation mit der Staatsanwaltschaft voraussetze. Es stelle sich daher die Frage, ob das vorgesehene Trennungsgebot nicht letztendlich dem Misstrauen vor dem unlauteren Anwalt, der Kooperation vorspiegele, diese womöglich aber gar nicht beabsichtige, geschuldet sei. *Busch* erwiderte darauf, dass die Möglichkeit, interne Untersuchungen selbst durchzuführen, geschaffen wurde, damit (kleine) Unternehmen einfach liegende Fälle selbst einfach aufklären könnten. Das VerSanG ziele also nicht auf die Einführung eines Anwaltszwanges ab. Dem Trennungsgebot liege die Überlegung zugrunde, dass Verteidigung und interne Untersuchung sich grundsätzlich unterscheiden, andere Zielrichtungen hätten und durch eine Vermengung der Wert der internen Untersuchungen beeinträchtigt werden könne.

Jürgen Pauly (HammPartner Rechtsanwälte, Frankfurt am Main) thematisierte in seiner Stellungnahme die Vereinbarkeit des durch das VerSanG vorgesehenen wei-

ten Sanktionsrahmens mit dem Bestimmtheitsgrundsatz. Das vorgesehene Höchstmaß von 10 Prozent des durchschnittlichen Jahresumsatzes, wobei zur Umsatzbestimmung auf die wirtschaftliche Einheit abzustellen sei, knüpfe an Regelungen an, die schon 2005 im Kartellrecht eingeführt worden seien. Hier seien Verfahren bekannt, bei denen der Bußgeldrahmen zwischen 5 € und 1,7 Milliarden € lag. Insoweit stelle sich die Frage, ob der Bestimmtheitsgrundsatz noch gewahrt sei. Bisher konnte zumindest noch angeführt werden, dass es „nur“ um Bußgelder, also Ordnungswidrigkeitenrecht, gehe, nicht aber um Strafrecht. Außerdem müsse gesehen werden, dass mit dem weiten Rahmen die Machtposition der Behörden verstärkt werde, da sich bei der Bestimmung der Sanktionshöhe sehr unterschiedliche Beträge ergeben könnten. In seiner Antwort wies *Busch* zunächst darauf hin, dass nach seiner Auffassung an den Bestimmtheitsgrundsatz im Ordnungswidrigkeitenrecht keine geringeren Anforderungen als im Strafrecht zu stellen seien, weshalb auch die ordnungswidrigkeitenrechtlichen Regelungen ausreichend bestimmt sein müssten. *Pauly* stimmte er zu, dass es zu einer erheblichen Sanktionsschere kommen könne, da der eröffnete Rahmen relativ weit sei. Als Vorbild für die Regelung sei dabei aber nicht nur das Kartellrecht herangezogen worden, sondern auch zahlreiche andere Regelungen wie das Geldwäschegesetz (GwG), das Kreditwesengesetz (KWG) und das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz (LkSG). Insoweit könne also nicht von einer wirklich neuen Regelung gesprochen werden. Auch stelle sich die Frage nach einer besseren Alternative. Um die Belastungsgleichheit zu gewährleisten, müsse die Sanktion an die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit anknüpfen, damit große, finanzstarke multinationale Konzerne genauso getroffen werden könnten wie kleinere Unternehmen. Notwendig dafür sei das Anknüpfen an irgendeine Größe, wobei man sicherlich darüber streiten könne, ob nicht der Gewinn oder der Ertrag besser geeignet seien. Das Abstellen auf den Umsatz habe den Vorteil, dass dies schon aus anderen Rechtsgebieten bekannt sei.

2 Kritik des Entwurfs des Verbandssanktionengesetzes (*Frauke Rostalski*) / Das Verbandssanktionengesetz in der Diskussion: Ein Sanktionsinstrument eigener Art? (*Michael Kubiciel*)

Zunächst machte *Arthur Hartmann* (Hochschule für Öffentliche Verwaltung Bremen) die Anmerkung, dass es bereits in der frühen Phase der Bundesrepublik Deutschland aufgrund von Kontrollratsgesetzgebung eine strafrechtliche Haftung juristischer Personen gegeben habe und dass dazu auch Rechtsprechung des BVerfG existiere. Er regte an, dies begründend in diesem Kontext heranzuziehen, und richtete an *Rostalski* die Frage, ob sie das VerSanG als weitere „dritte Spur“ neben den Strafen und Maßregeln der Besserung und Sicherung ansehe. Man kenne die Rede von der „dritten Spur“ bereits mit Bezug auf den Täter-Opfer-Ausgleich

und die Vermögensabschöpfung. Daher stelle sich die Frage, ob die Dichotomie „Strafrecht vs. Gefahrenabwehrrecht“ nicht zu eng gefasst sei, wenn so viele „dritte Spuren“ zur Beschreibung des Strafrechts benötigt würden. In dieser Richtung hätten etwa schon *Rössner* und *Bannenber* vorgeschlagen, nicht vom „Strafrecht“, sondern vom „Kriminalrecht“ zu sprechen, da Strafen nur einen Teilbereich der Sanktionen darstellten. Er stelle zur Diskussion, ob die Einführung des Begriffs „Kriminalrecht“ eine Lösung wäre, um den Einwänden gegen die Einführung des VerSanG zu begegnen. *Rostalski* griff die Anmerkung von *Hartmann* auf, um noch einmal (auch mit Blick auf den Vortrag von *Kubiciel*) grundsätzlich dazu Stellung zu beziehen, inwieweit man im strafrechtswissenschaftlichen Diskurs an gesetzliche Vorgaben bzw. bestehende Rechtsprechung gebunden sei, und plädierte für eine wissenschaftliche Offenheit, die auch Theoriebildung jenseits positivistischer Vorgaben oder bestehender Rechtsprechung zulasse. Zur eigentlichen Frage von *Hartmann* wollte sich *Rostalski* zunächst begrifflich von der vielfach beanspruchten Rede von der „dritten Spur“ abgrenzen und mit Blick auf das VerSanG nur von einer „weiteren Spur“ sprechen, deren Einführung sie ja auch kritisch gegenüberstehe. Daher sei auch die Einführung des Begriffs des „Kriminalrechts“ kritisch zu betrachten, da er verfassungsrechtliche und systematische Bindungen verschleierte und dazu verführe, kurzerhand Ungleiches gleich zu machen.

Im Anschluss nahm *Thomas Weigend* (Universität Köln) zu beiden Vorträgen Stellung und konnte beiden Positionen zum Teil etwas abgewinnen. Er äußerte Zustimmung zum methodischen Ansatz und dem Plädoyer *Rostalskis* für einen rechtswissenschaftlichen Diskurs jenseits gesetzlicher Vorgaben. Ferner stimmte er ihrer Analyse zu, dass das VerSanG kein Gefahrenabwehrgesetz sei. Denn letztlich werde im VerSanG der auch im StGB bekannte Grundsatz aufgegriffen, dass auch spezialpräventive Aspekte bei der Sanktionierung zu berücksichtigen seien. Insoweit ließen sich durchaus Parallelen bezüglich spezialpräventiver Elemente feststellen. Der kritische Punkt hingegen sei der Schuldbegriff, der laut *Rostalski* nicht auf Unternehmen übertragbar sei. *Weigend* sprach sich – in Zustimmung zu *Kubiciel* – dafür aus, dass der Schuldbegriff flexibel sei und funktional umschrieben werden könne, sodass er auf Verbände anwendbar sei. Angesichts dessen fragte er *Rostalski*, was ihr Schuldbegriff sei und warum er sich nicht flexibel so definieren lasse, dass er auch auf Handlungen von Verbänden, die durch ihre Organe handelten, anwendbar sei. In ihrer Antwort griff *Rostalski* zunächst den Handlungsbegriff auf, der von *Kubiciel* und *Weigend* verwandt werde, und meinte, dieser sei stark reduziert und nur aus diesem Grund auf Verbände anwendbar. So würden gerade in der Philosophie Handlungsbegriffe vertreten, die stärker auf Intentionalität abstellten, sodass ein erhöhter Begründungsbedarf bestehe, einen dermaßen funktional reduzierten Handlungsbegriff anzunehmen. Zur Frage nach dem Schuldbegriff merkte sie an, dass die Rede von einer Verantwortlichkeit bzw. Schuld von Unternehmen durchaus gesellschaftlich praktiziert werde und einen sozialen Sinn habe. Allerdings erlaube dies keine Schuldzuschreibung an Unternehmen, da sich bei reflektierter Betrachtung

auch die sozialen Anschauungen ändern würden und Verantwortung lediglich konkreten Individuen (Vorständen etc.) zugewiesen würde. Davon unabhängig gebe es aus normativer Sicht keinen guten Grund, den bekannten, von individueller Verantwortung ausgehenden Schuldbegriff aufzuweichen, da dieser mit Blick auf die etablierte Dogmatik stimmig sei und es ohne ihn zu erheblichen Friktionen komme.

Sodann reihte sich *Gunnar Dutte* (Universität Göttingen) in die Diskussion ein. Er merkte zunächst an, dass es ein naturalistischer Fehlschluss sei, ausgehend davon, dass ein Unternehmensstrafrecht im Ausland existiere und erfolgreich praktiziert werde, dafür zu argumentieren, dass auch die Einführung in Deutschland geboten sei. Ferner führte er aus, dass die strafrechtswissenschaftliche Diskussion – worin er den Vorrednern im Ergebnis zustimme – trotz eines tiefgreifenden Dissenses über diese Fragen weiterzuführen sei. Dass man das tue, sage aber nichts Substantielles über den jeweils eigenen Standpunkt aus, insbesondere bedeute es nicht, dass man dessen beanspruchte Richtigkeit aufgebe. Anschließend richtete er an *Kubiciel* die prinzipielle Frage, ob man die mögliche Rückwirkung auf das nicht-sanktionsbezogene Strafrecht hinreichend bedacht habe, wenn man die Verbands-sanktionen eigener Art als Strafe bezeichne. Er stellte zur Diskussion, ob es hierdurch nicht zu einer Nivellierung der Unterschiede und damit zur Preisgabe des herkömmlichen, für Individuen konzipierten Strafrechtsverständnisses komme. Damit gehe einher, dass auch die Unterschiede zwischen strafrechtlicher und zivilrechtlicher Verantwortlichkeit eingeebnet würden. Zudem wollte er mit Blick auf den konkreten Gesetzesentwurf des VerSanG von *Kubiciel* wissen, ob der dort verwandte Terminus „Verbandsbezug“ nicht ein sehr diffuses Kriterium darstelle, das zu weiteren Unbestimmtheiten führe, die mit dem Gesetzlichkeitsprinzip unvereinbar seien. Ähnliche Probleme sähe man ja auch im Disziplinarrecht bezüglich der Frage, ob ein Bezug zur Diensttätigkeit bestehe, wo sich auch keine klare Abgrenzungslinie abzeichne. *Kubiciel* entgegnete, er habe nicht – fehlschlüssig – für die normative Gebotenheit eines VerSanG angesichts ausländischer Regelungen argumentieren wollen, sondern nur auf einen empirisch feststellbaren Trend hingewiesen, dem die deutsche Dogmatik hinterherhinke. Dieser Tatsache dürfe sich die deutsche strafrechtswissenschaftliche Diskussion nicht verschließen. Zur ersten Frage von *Dutte* zur Gefahr eines Dammbbruchs und möglicher Rückwirkungen für das „Menschenstrafrecht“ stellte er zunächst fest, dass es bereits jetzt schon begrenzte Rückwirkungen angesichts von Verbandsverantwortlichkeit, etwa nach dem OWiG oder dem WpHG, gebe. Wie die Erfahrungen aus anderen Ländern zeigten, führe jedoch die Einführung eines Unternehmensstrafrechts nicht zur Aufgabe der klassischen Idee von strafrechtlicher Individualverantwortlichkeit, etwa in Form der Einführung einer Sippenhaft. Zudem müsse man sich ehrlich machen, dass bereits jetzt die Unterschiede zwischen individueller Verantwortlichkeit und Verbandsverantwortlichkeit nach dem OWiG rein terminologischer Natur seien und funktional keine Differenz bestehe. „Verantwortlichkeit“ heiße Zuständigkeit für ein Verhalten, das Straftatbestände erfülle, und dieser Begriff sei mit einem normativen Schuldbegriff kompatibel. Auch die heute noch vertretenen, engeren Schuldbegriffe

seien auf Verbände übertragbar, sodass sich ihm nicht erschließe, welcher Schuldbegriff eigentlich dem VerSanG entgegenstehe. Mit Blick auf die konkreten Bestimmungen des VerSanG führte er aus, dass natürlich der Bestimmtheitsgrundsatz gelte, da das VerSanG – ebenso wie das OWiG – strafverfassungsrechtlich als Strafrecht zu qualifizieren sei. Die zentrale Frage sei jedoch: „Was sind Pflichten, die den Verband als solchen betreffen?“ Diese Frage sei zugegebenermaßen dogmatisch untertheorisiert, lasse sich aber prinzipiell beantworten. Hier sei noch Forschung zu leisten.

Auch *Kai Ambos* (Universität Göttingen) merkte an, dass der Blick ins Ausland nicht mit Blindheit schlage, vielmehr bestehe die Notwendigkeit, sich dem internationalen Diskurs nicht zu verschließen. Man koppele sich nicht nur vom internationalen Recht, sondern auch von dem in Gesellschaft und Recht unabweisbaren Bedürfnis, Verantwortungszuschreibung an Unternehmen vorzunehmen, ab, wenn man einen besonders engen Schuldbegriff vertrete. Sodann konstatierte er, dass § 3 VerSanG nur eine Nachbildung von §§ 30, 130 OWiG sei, und fragte diesbezüglich *Rostalski*, ob dann nach ihrer Meinung das geltende Ordnungswidrigkeitenrecht ebenso verfassungswidrig sei wie das VerSanG, von dem sie ja auch gesagt habe, es sei im Grunde verfassungswidrig. Außerdem stellte er erneut zur Diskussion, ob die in *Rostalskis* Vortrag geäußerte Prämisse der Trennung von Straf- und Gefahrenabwehrrecht heute noch aufrechtzuerhalten sei und nicht bereits durch das Sicherheitsrecht (etwa im Bereich der Terrorismusbekämpfung) überwunden worden sei. Hierauf entgegnete *Rostalski* zunächst, dass man Strafrecht sicherlich unterschiedlich definieren könne, jedoch der Begriff von Strafe, verstanden als Sanktion individuellen Fehlverhaltens, dagegenspreche, Verbände als taugliches Zurechnungs-subjekt anzuerkennen. Gleiches gelte für die Begriffe „Verantwortung“ und „Handlung“, die – wie häufig in der Philosophie vertreten – Bewusstsein und die Fähigkeit zum Anders-Handeln-Können erforderten, welche Verbänden jedoch fehlten. Dass gleichwohl im ausländischen Recht und der Gesellschaft die Rede von Verbandsverantwortlichkeit sei, sei demgegenüber ein schwaches Argument. Demgegenüber räumte *Rostalski* ein, dass auch die §§ 30, 130 OWiG aufgrund der von ihr vorgetragenen Erwägungen verfassungsrechtlich problematisch seien. Dies verschärfe sich beim VerSanG noch einmal, da die Sanktionsmöglichkeiten deutlich stärker seien. Auch das Sicherheitsrecht (etwa im Bereich der Terrorismusbekämpfung) sei kritisch zu sehen. Wie sie dargestellt habe, unterlägen dem Gefahrenabwehrrecht und dem Strafrecht unterschiedliche Prinzipien, die nicht widerspruchsfrei vermengt werden könnten.

Carsten Momsen (Freie Universität Berlin) fragte beide Referenten, was aus ihrer Sicht die jeweiligen methodischen Leitkriterien für die Abgrenzung zwischen Strafrecht und Nicht-Strafrecht seien, oder ob es sich da um eine Art Gesamtwürdigung handele. *Rostalski* antwortete, dass sie Strafe – trotz spezialpräventiver Elemente im Strafrecht – als repressive Reaktion auf individuelles Fehlverhalten verstehe. Daher gehörten auch die Maßregeln der Besserung und Sicherung in den Bereich des Ge-

fahrenabwehrrechts. *Kubiciel* schloss sich insoweit an, dass Strafe repressive Reaktion auf Fehlverhalten sei. *Rostalskis* weitere Prämissen, dass es um menschliches und von einem Bewusstsein getragenes Fehlverhalten gehe, seien jedoch lediglich von ihr postuliert und nicht gut begründbar. Daher sei auch das VerSanG zum Strafrecht zu rechnen.

Schließlich richtete *Christian Walburg* (Universität Münster) an *Kubiciel* die Frage, ob das Strafrecht mit dem VerSanG nicht im Anwendungsbereich hinausschieße, da es auch kleine Unternehmen prinzipiell erfasse, anstatt sich von vornherein auf große Unternehmen zu beschränken. Zudem wollte er wissen, ob die Möglichkeit, dass sich Unternehmen nachträglich durch kluge Kooperation mit den Strafverfolgungsbehörden entlasten könnten, nicht dazu führe, dass die Abschreckungswirkung des VerSanG konterkariert werde. *Kubiciel* bekräftigte erneut, dass das VerSanG im Ergebnis die Verhängung von Sanktionen nur für schwerwiegende Verfehlungen irrational handelnder (weil nicht kooperierender) Unternehmen gestatte. Es von vornherein auf besonders große Unternehmen zu begrenzen, sei daher nicht erforderlich. Zur weiteren Frage *Walburgs* führte er aus, dass der Entwurf des VerSanG Sicherheitsmaßnahmen (insbesondere externe Bescheinigung) eingeführt habe, die verhinderten, dass Unternehmen künftige Compliance nur vortäuschen. Daher bleibe eine Abschreckungswirkung bestehen.

3 Privatisierung der Strafverfolgung durch unternehmensinterne Untersuchungen und Whistleblower nach dem Scheitern des VerSanG-E: (Wie) Wirken sich Vorgaben und Anreize des Entwurfs auch nach dem gescheiterten Gesetzgebungsverfahren auf das Compliance-Management aus? (Carsten Momsen) / Das geplante Verbandssanktionengesetz im anwaltlichen Universum – Beginn einer goldenen Ära? (Jürgen Taschke)

In Auseinandersetzung mit dem Vortrag von *Momsen*, der mit einem durchaus empfehlenden Tenor über das US-amerikanische Justice Manual und die verschiedenen dort enthaltenen Regelungen zur Behandlung von Corporate Crime berichtet habe, wies *Thomas Weigend* (Universität Köln) darauf hin, dass nach seinem Eindruck ein zentrales Problem dieser Richtlinien für die Bundesstaatsanwaltschaft darin liege, dass die betroffenen Unternehmen die Einhaltung der Richtlinien durch die Bundesanwälte nicht effektiv durchsetzen könnten. Bei einer Übertragung des US-amerikanischen Ansatzes nach Deutschland durch eine Regelung in den RiStBV stelle sich daher ebenfalls die Frage, ob die betroffenen Unternehmen die Einhaltung dieser internen Regelungen durchsetzen könnten. Im Übrigen müsse gesehen werden,

dass den Bundesanwälten durch die Richtlinien ein sehr weites Beurteilungs- und Ermessensspielräume eingeräumt werde, weshalb bei einer Eins-zu-eins-Übernahme der Gewinn an Rechtssicherheit vermutlich gering sei. *Momsen* stimmte dieser Einschätzung insoweit zu, als dass die Bundesanwälte oftmals über das im Justice Manual Vorgesehene hinausgingen. Es müsse aber berücksichtigt werden, dass die rechtliche und faktische Stellung der US-amerikanischen Staatsanwälte mehr Ermessen zulasse als in Deutschland, weshalb bei einer vergleichbaren Regelung in Deutschland eine derartige Entwicklung nicht oder nur deutlich abgeschwächt zu befürchten sei. Dennoch müsse auch in Deutschland überlegt werden, ob nicht Sicherungen geschaffen werden müssten, was wiederum für eine Regelung auf gesetzlicher Ebene spreche. Mit Blick auf das verfolgte Anliegen, den Ermessensspielraum einzuengen, dürfte dies die grundsätzlich vorzugswürdige Vorgehensweise sein. Der Vorschlag einer untergesetzlichen Regelung sei den Erfahrungen mit dem VerSanG geschuldet, die vermuten lassen, dass eine Regelung auf gesetzlicher Ebene sich nicht in absehbarer Zeit durchsetzen lasse.

Michael Kubiciel (Universität Augsburg) erkundigte sich bei beiden Referenten nach ihrer Einschätzung der Vor- und Nachteile von Sentencing Guidelines bei der Berechnung von Geldbußen. Der Einsatz von Sentencing Guidelines sei vorteilhaft, wenn man befürchte, dass die Bußgelder ohne diese viel zu hoch ausfielen. Umgekehrt sei der Einsatz nachteilig, wenn die Sentencing Guidelines dazu führen würden, dass die Geldbußen deutlich höher ausfielen als bei einer freihändigen Aushandlung zwischen den Unternehmen und Staatsanwaltschaften. In seiner Antwort betonte *Taschke* zunächst in grundsätzlicher Hinsicht, dass nach seiner Einschätzung Sentencing Guidelines nicht in das deutsche System passen. Nach diesem orientiere sich die durch die Schuld limitierte Strafe an den Strafzwecken der General- und Spezialprävention. In der hier geführten Diskussion ginge es natürlich nicht um Strafe, sondern um die Sanktionierung von Unternehmen. Schematische Quantifizierungen erschienen ihm aber auch bei dieser nicht als gewinnbringend, zumal Sentencing Guidelines teils sehr große Spielräume eröffnen würden. Auch bei einer Anlehnung an das Justice Manual müsse mit Bedacht vorgegangen werden. Insbesondere müsse man sich vor der Gefahr in Acht nehmen, ein Rechtsinstitut aus einer anderen Rechtsordnung zu übernehmen und in das deutsche System zu pressen, obwohl es dort kaum hineinpasste. Die US-amerikanischen Deferred Prosecution Agreements, die Unternehmen mit der Staatsanwaltschaft abschlossen, seien nahezu vollständig einer gerichtlichen Kontrolle entzogen, weshalb eine viel stärkere Richtschnur (Welche Kriterien sind wie zu berücksichtigen?) benötigt werde. Die Einführung von Deferred Prosecution Agreements könne wiederum als Reaktion auf den Fall Arthur Andersen angesehen werden, bei dem das (zunächst) verurteilte Unternehmen bereits bankrott gegangen sei, als im Rechtsmittelverfahren Verfahrensfehler festgestellt worden seien. In Übereinstimmung mit *Momsen* würde aber auch er es als hilfreich erachten, wenn Unternehmen Richtlinien mit Vorgaben, worauf sie unter Compliance-Gesichtspunkten zu achten hätten, zur Verfügung ständen.

Momsen wies in seiner Antwort zunächst darauf hin, dass durch den Einsatz von Sentencing Guidelines sicherlich die Chance auf eine günstigere Sanktionierung verloren gehen könne. Außerdem müsse bedacht werden, dass Sentencing Guidelines dazu führen könnten, dass fortlaufend höhere Standards gesetzt und höhere Sanktionen verhängt würden. Dem könne zwar entgegengewirkt werden, was beispielsweise in England deutlich besser gelinge als in den USA. Die Frage danach, wer die Chance bekomme, eine günstigere Sanktion auszuhandeln, sei aber auch eine Frage der Machtverteilung (Wer hat das komplexere Verfahren, wer hat die bessere Verteidigung zu bieten?). In der Praxis würden teils für sehr vergleichbare Fälle sehr unterschiedliche Bußgelder verhängt. Darüber hinaus betonte *Momsen*, dass er die vorgeschlagenen Richtlinien nicht als fixe Zumessungsrichtlinien, sondern als einen Katalog der Kriterien, die abgearbeitet werden müssten, ansehe. Auch die US-amerikanischen Sentencing Guidelines müssten nur berücksichtigt, nicht aber angewendet werden. In Deutschland wären solche Richtlinien hilfreich, da bei der Einstellung im Ermittlungsverfahren zu viel Ermessen bestünde und keine einheitliche Sanktionierung erfolge. Im Übrigen sei es vollkommen richtig, dass das Justice Manual als originär US-amerikanische Konstruktion eigentlich nicht nach Deutschland passe. Es müsse aber gesehen werden, dass das VerSanG teilweise US-amerikanische Konstruktionen übernehme. Orientiere man sich an einem System von Checks and Balances, biete es sich deshalb an, auch die Balances zu importieren. Den Ausführungen von *Momsen* schloss sich *Kai Ambos* (Universität Göttingen) an und warnte davor, Sentencing Guidelines reflexhaft unter Verweis auf eine angebliche Unvereinbarkeit mit dem deutschen System abzulehnen.¹ Entscheidend komme es vielmehr auf die inhaltliche Ausgestaltung (bindend – nicht bindend) an, bei der man sich an den Vorgaben von § 46 StGB orientieren und diese konkretisieren könne. Mithin ließen sich also zum deutschen System passende Richtlinien formulieren. Außerdem müsse die Rechtslage in den USA differenziert betrachtet werden. Von den 50 Staaten der USA hätten nur etwa die Hälfte Sentencing Guidelines; davon müsse die Bundesebene unterschieden werden. Im Übrigen orientiere sich natürlich auch das angloamerikanische System an Strafzwecken. Mit Blick auf die Gewaltenteilung stelle sich aber die Frage nach der Legitimation zum Erlass der Guidelines bzw. Richtlinien, insbesondere dann, wenn diese bindend ausgestaltet würden.

Von der positiven Einschätzung der geltenden Rechtslage zeigte sich *Markus Busch* (Oberstaatsanwalt beim Bundesgerichtshof, Referatsleiter im BMJ, Berlin) überrascht. Aktuell könne nicht davon gesprochen werden, dass es zu einer nachhaltigen und gleichmäßigen Verfolgung von Unternehmen komme, vielmehr blieben zahlreiche Fälle ohne jede Konsequenz. Eine Überlastung der Staatsanwalt-

¹ Vgl. dazu Ambos (Hrsg.), Strafzumessung. Angloamerikanische und deutsche Einblicke, 2020.

schaften drohe also nicht durch die Neuregelung, sondern durch die defizitäre gegenwärtige Rechtslage. Zu dem Vorschlag, Sentencing Guidelines nicht durch eine gesetzliche Regelung, sondern über die RiStBV einzuführen, merkte *Busch* an, dass dies aus praktischer Sicht nur der vermeintlich einfachere Weg sei, da Änderungen der RiStBV tatsächlich nur äußerst mühsam durchzuführen seien. Aus eigener Erfahrung könne er – plakativ gesprochen – berichten, dass sich eine Änderung der RiStBV schwieriger als eine Grundgesetzänderung darstellen könne. In seiner Erwiderung wies *Taschke* darauf hin, dass aufgrund des im VerSanG vorgesehenen Umschaltens vom Opportunitäts- zum Legalitätsprinzip eine Überforderung der Staatsanwaltschaften zu befürchten sei. De lege lata (§ 47 OWiG) könne eine Staatsanwaltschaft ohne größeren Begründungsaufwand die Einleitung eines Verfahrens ablehnen. Durch die Einführung des Legalitätsprinzips würden die Staatsanwaltschaften aber in umfangreiche und aussichtslose Verfahren hineingezwungen. Richtig sei zwar, dass die geltende Rechtslage aus Sicht der betroffenen Unternehmen und der sie beratenden Anwälte wenig überzeugend sei. Problematisch sei dabei aber insbesondere die jetzt schon lange Verfahrensdauer, bei der für einen Verfahrensabschluss ein Zeitraum von zwei bis drei Jahren eingeplant werden müsse. Belastete man jetzt die Staatsanwaltschaften noch mehr, müsse mit einer noch längeren Verfahrensdauer gerechnet werden. Bereits jetzt blieben größere Verfahren trotz Aufrüstung aufseiten der Staatsanwaltschaften liegen. Als Beispiel dafür lasse sich – überspitzt formuliert – der VW-Dieselskandal anführen: Während die US-Amerikaner die von VW gezahlten Milliarden bereits ausgegeben haben, müsse das LG Braunschweig erst noch das Hauptverfahren eröffnen.

In seiner Stellungnahme ging *Uwe Murmann* (Universität Göttingen) zunächst auf den Umfang der Sanktionsmilderung ein. Ihn erstaune, dass *Momsen* die vorgesehene Reduktion von bis zu 50 Prozent noch als zu niedrig erachte. Insoweit dränge sich ein Vergleich mit dem strafprozessualen Deal nach § 257c StPO auf, bei dem bereits ein Nachlass von 30 Prozent als sehr hoch angesehen werde und bezweifelt werden könne, inwieweit dann noch von einer schuldangemessenen Strafe gesprochen werden könne. Es stelle sich daher die Frage, ob sich eine Halbierung des Sanktionsrahmens unter dem Gesichtspunkt der Sanktionsgerechtigkeit noch rechtfertigen lasse. Anschließend thematisierte *Murmann* die damit verbundene Frage nach den Machtverhältnissen bei gegen Unternehmen gerichteten Verfahren. Auch wenn *Busch* eingangs im Einklang mit der Entwurfsbegründung darauf hingewiesen habe, dass eine Privatisierung des Strafverfahrens nicht angestrebt werde und dieses weiterhin in den Händen der Verfolgungsbehörden bleibe, zeige sich im Entwurf doch sehr deutlich, dass ein starkes Interesse an einer Kooperation der Verbände bestehe. Ursächlich sei dafür, dass oftmals nur die Unternehmen, nicht aber die Staatsanwaltschaften die notwendigen (personellen) Kapazitäten zur Durchführung umfangreicher Untersuchungen hätten. Dieses Interesse zeige sich nicht nur in den hohen Anreizen für eine Zusammenarbeit, sondern auch im „Trennungsgebot“. Letzteres sei Ausdruck des Misstrauens gegenüber Verteidigerermittlern und des Bestrebens, „objektive“ Ermittler für die internen Untersuchungen zu

gewinnen. Es müsse daher problematisiert werden, ob Abhängigkeitsverhältnisse der Strafverfolgungsbehörden von den Unternehmen entstehen könnten. Umgekehrt müsse aber auch gesehen werden, dass Unternehmen in vielen Fällen zur Reputationswahrung zu einer vorbehaltlosen Kooperation mit den Strafverfolgungsbehörden gezwungen sein könnten, was bereits *Taschke* hervorgehoben habe. In seiner Antwort wies *Mommsen* darauf hin, dass die angesprochene Grenze von 50 Prozent im Unterschied zur deutlich niedrigeren Grenze des § 257c StPO im Wesentlichen im Ermittlungsverfahren, nicht aber in der Hauptverhandlung eine Rolle spiele. Zudem müsse sehr genau zwischen einer möglichen Reduktion und der Höhe der Sanktion getrennt werden. Auch müsse man sich die Verhandlungsposition einer Staatsanwaltschaft, die erkenne, dass ein Verfahrensabschluss vor der absoluten Verjährung nicht möglich sei, vergegenwärtigen. Wie von *Murmann* richtig angesprochen, stelle sich letztlich die Frage nach den Machtverhältnissen. Dabei müsse abgewogen werden, ob eine Kooperation der Unternehmen durch Anreize oder durch Zwang erzielt werden solle. In den USA liege beispielsweise der faktische Zwang zur Kooperation bei 100 Prozent. Über die insoweit richtige Lösung lasse sich sicherlich kontrovers diskutieren. Dabei müsse aber bedacht werden, dass es bei Unternehmenssanktionen nicht um eine schuldangemessene Strafe, sondern nur um Prävention gehe. Abschließend machte *Taschke* auf die aktuelle Situation im Datenschutzrecht aufmerksam. Hier würden die ersten Geldbußen nach dem neuen Datenschutzrecht verhängt werden, wobei sich dabei ein Wettkampf zwischen den Datenschutzbehörden um die höchste Geldbuße abzeichne. Dies zeige deutlich die Gefahren auf, die mit einem uferlosen Sanktionsrahmen, in dem man sich völlig verlieren könne, verbunden seien. Auch beim VerSanG sei zu befürchten, dass der weite Sanktionsrahmen zu einer Verfahrensbeendigung durch den Abschluss von Deals, die sich einer juristischen Kontrolle entzögen, führe.

4 Extraterritorialer Geltungsbereich des (neuen) Verbandssanktionenrechts (*Kai Ambos*)

Zu Beginn stellte *Mathias Priewer* (Hengeler Mueller Rechtsanwälte, Berlin) die gleichzeitig an *Ambos* und *Busch* gerichtete Frage, ob die Neuregelung des VerSanG dazu führe, dass sowohl das für § 30 OWiG maßgebliche Anwendungsprinzip gelte als auch eine Erweiterung auf inländische Unternehmen, die ihm Ausland ausländische Mitarbeiter einsetzten, stattfinde. Er frage sich, ob dies in den letztgenannten Fällen im Ergebnis dazu führe, dass Verbandstaten auch in den Fällen sanktioniert werden könnten, die normalerweise vom Strafanwendungsrecht der §§ 3 ff. StGB nicht erfasst seien. *Busch* bestätigte dies im Grunde. Die Regelung des VerSanG sei als Erweiterung des geltenden Rechts gedacht, das bereits jetzt Taten von Tätern deutscher Staatsangehörigkeit im Ausland erfasse und somit auch eine entsprechende Sanktionierung von Verbandstaten erlaube. Hinzu komme die Anwendbarkeit auf Verbandstaten inländischer Unternehmen, welche mangels Anwendbarkeit

des deutschen Rechts nach dem StGB eigentlich keine Straftat seien. Hierdurch sollte jedoch nicht das Anwendungsrecht für Straftaten natürlicher Personen ausgeweitet werden. Daher komme auch eine – wie von *Ambos* in seinem Vortrag diskutierte – einfachere Formulierung („Das deutsche Strafrecht ist anwendbar“) nicht in Betracht, da diese eine Strafbarkeit im Ausland handelnder Leitungspersonen begründen würde. Eine solche Person mache sich nach dem Entwurf des VerSanG jedoch allenfalls nach dem Tatortrecht strafbar. Eine weitere Erweiterung gegenüber dem geltenden Recht finde für Aufsichtspflichtverletzungen von im Inland tätigen Leitungspersonen bei Handeln von Nicht-Leitungspersonen im Ausland statt, die nach geltendem Recht nur als Ordnungswidrigkeit erfasst wären. Hier begründe das VerSanG eine Verbandsstrafbarkeit, da Verbandstat im Sinne des VerSanG die Straftat sowohl der Leitungsperson als auch der Nicht-Leitungsperson sei. Diesen Ausführungen schloss sich *Ambos* im Ergebnis an, fragte gleichwohl bei *Busch* nach, ob es nicht sinnvoller gewesen wäre, an den Verbandssitz anzuknüpfen. Hierüber könnte auch eine Zurechnung von Taten ausländischer Mitarbeiter im Ausland stattfinden. *Busch* entgegnete, dass dies diskutiert worden sei, man sich in den Beratungen jedoch dagegen entschieden habe. Gleichwohl sei die Idee weiterer Überlegungen wert.

Abschließend richtete *Thomas Weigend* (Universität Köln) an *Ambos* die Frage, ob – wie im Kölner Entwurf diskutiert – auch die Einführung eines passiven Personalitätsprinzips hilfreich sei, um Strafbarkeitslücken bei transnational tätigen Unternehmen zu vermeiden. *Ambos* bekräftigte daraufhin erneut, dass – wenn man den Fokus allein auf den Verband richte, weil man Verbandsverantwortlichkeit begründen möchte – es die beste Lösung zu sein scheine, auf den Sitz des Unternehmens abzustellen.