

§ 10 Text-externe genetische Interpretation

A. Vorbemerkungen

Nach diesen historischen Betrachtungen kann nun mit der mehr „genetischen“ Auslegung begonnen werden. Ein kurzer Überblick über das Gesetzgebungsverfahren (I.) soll insoweit die wesentlichen Stationen aufzeigen. Zur Erleichterung der Lektüre soll sodann (II.) der kurze Absatz der Entwurfsbegründung zum Zweck der Verbandsgeldbuße als wesentliche Arbeitsgrundlage dieses Kapitels im Wortlaut wiedergegeben werden. Daraus wird sich (III.) beinahe von selbst der Gang der weiteren Darstellung ergeben.

I. Überblick über das Gesetzgebungsverfahren

Der später Gesetz gewordene § 26 OWiG₆₈ entspricht im Wesentlichen § 19 des von der Bundesregierung eingebrachten Entwurfs eines Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten.¹ Dieser Entwurf wurde in der 92. Sitzung des Fünften Deutschen Bundestages am 3. Februar 1967 eingebracht und nach erster Lesung an den federführenden Rechtsausschuss verwiesen.²

Der Sonderausschuss für die Strafrechtsreform³ wurde um gutachterliche Stellungnahme gebeten und sprach sich nach ausgiebiger Beratung „einstimmig für die Möglichkeit der Geldbuße gegen juristische Personen aus.“⁴ Der Rechtsausschuss beriet den Entwurf beginnend am 19. April 1967 in insgesamt 12 Sitzungen.⁵ § 19 EOWiG wurde in der ersten Lesung „nach

1 EOWiG, BT-Drs. V/1269.

2 Siehe BT-PlenProt. 92/V, S. 4261 (D). Der InnenA sollte mitberatend tätig, der SondA-StrafR sollte gutachterlich gehört werden. Die Verweisung an den VerkehrsA zur Mitberatung wurde durch Berichtigung des Protokolls in BT-PlenProt. 93/V, S. 4284 (D) korrigiert.

3 Dabei handelt es sich um den am 8. Dezember 1965 konstituierten – Prot. SondA-StrafR V¹ S. 1 – Nachfolger des Sonderausschusses „Strafrecht“ aus der 4. Legislaturperiode. Seine Hauptaufgabe bestand darin, den in der 14. Sitzung (13. Januar 1966) als BT-Drs. V/32 erneut eingebrachten E₆₂ zu beraten, siehe BT-PlenProt. 14/V, S. 545 (D) u. S. 573 (B).

4 Prot. SondA-StrafR V,⁵⁷ S. 1083 ff. (Beratung) u. S. 1089 (Abstimmung).

eingehender Beratung“⁶ und in der zweiten Lesung ohne Aussprache angenommen.⁷ Die vorgeschlagenen Änderungen⁸ sollten „nur redaktionelle Bedeutung“ haben.⁹

In der 161. Sitzung des Fünften Deutschen Bundestages am 27. März 1968 kam es zur zweiten und dritten Lesung.¹⁰ Während sich § 19 EOWiG in der zweiten Lesung noch gegen den erbitterten Widerstand der FDP durchsetzen musste,¹¹ wurde das Gesetz – incl. § 19 EOWiG – in der dritten Lesung einstimmig beschlossen.¹²

Der auf Verlangen des Bundesrates einberufene Vermittlungsausschuss befasste sich mit der Frage der Verbandsgeldbuße nicht mehr.¹³ Nachdem sich Bundestag und Bundesrat hinsichtlich der offenen Fragen geeinigt hatten, wurde das Gesetz in der Fassung des Änderungsantrags des Vermittlungsausschusses¹⁴ in der 173. Sitzung des Fünften Deutschen Bundestages am 10. Mai 1968 beschlossen.¹⁵ Das Gesetz über Ordnungswidrigkeiten wurde am 24. Mai 1968 ausgefertigt und im Gesetzblatt vom 30. Mai 1968 veröffent-

5 Im Einzelnen in den Sitzungen 40, 41, 43, 44, 47, 48, 50, 52–54, 63 u. 65. Wenn der schr. Bericht des RechtsA, BT-Drs. zu V/2600 u. 2601, S. 1 (li. Sp.) von 14 Sitzungen spricht, liegt das daran, dass der Ausschuss auch den Entwurf eines Einführungsgesetzes zu beraten hatte. Diesem widmete er sich zusätzlich in der 64. u. der 70. Sitzung.

6 Siehe den schr. Bericht des RechtsA, BT-Drs. zu V/2600 u. 2601, S. 4 (re. Sp.). Die Beratungen finden sich in Prot. RechtsA V⁴¹ S. 43 ff. u. Prot. RechtsA V⁴⁴ S. 23 ff.

7 Siehe Prot. RechtsA V⁴⁷ S. 54 für die erste u. V⁶³ S. 13 für die zweite Lesung.

8 Siehe die Zusammenstellung der Änderungen in BT-Drs. V/2600, S. 11 f.

9 Siehe den schr. Bericht des RechtsA, BT-Drs. zu V/2600 u. 2601, S. 4 (re. Sp.). Die redaktionellen Änderungen, die *M. Hirsch*, in: BT-PlenProt. 161/V, S. 8484 (B) zu Beginn der zweiten Lesung am Bericht vornahm, betrafen § 19 EOWiG nicht. Siehe zu dem Redaktionsversehen im RechtsA noch D. III. 1. (S. 387).

10 Siehe BT-PlenProt. 161/V, S. 8483 (D) für die zweite u. S. 8502 (B) für die dritte Beratung.

11 Siehe *Busse*, in: BT-PlenProt. 161/V, S. 8492 (A): Der Widerstand galt allein der Konstruktion als Geldbuße u. nicht deren Zwecksetzung. Auch die FDP wollte sicherstellen, dass „nicht ungerechtfertigte Vorteile, die von dem Vertretenen [...] gezogen werden, ihm verbleiben“. Allerdings müssten „diese Gewinne [...] für verfallen erklärt werden“. Die FDP wolle „es im System richtig bringen und nicht die Strafe ansprechen, wo in Wirklichkeit ‚Einziehung von Gewinnen‘ gesagt werden muß.“ Die Strafe (i. w. S.) sei schlicht „nicht das richtige Mittel, um eine solche Gewinnabschöpfung vorzunehmen.“

12 BT-PlenProt. 161/V, S. 8502 (C), bei einer Enthaltung.

13 Siehe BT-Drs. V/2857.

14 BT-Drs. V/2888.

15 BT-PlenProt. 173/V, S. 9250 (B), bei einer Gegenstimme.

licht.¹⁶ Die Geldbuße gegen juristische Personen und Personenvereinigungen war darin in § 26 vorgesehen.¹⁷

Die Verbandsgeldbuße hat den Weg von § 19 EOWiG zu § 26 OWiG⁶⁸ folglich beinahe ohne Umgestaltungen genommen. Das macht es im Folgenden möglich, die hier interessierenden Aussagen aus den einzelnen Etappen des Gesetzgebungsverfahrens – Entwurf, Sonderausschuss für die Strafrechtsreform, Rechtsausschuss, zweite und dritte Lesung im Plenum – am Stück zu behandeln.

II. Entwurfsbegründung zu § 19 EOWiG

Ausgangspunkt der Betrachtungen muss insoweit die Begründung zu § 19 EOWiG sein. Nach einer 40 Jahre währenden Rechtsentwicklung¹⁸ hielt der Entwurf eines Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten „den Zeitpunkt für gekommen, die Frage der Geldbuße gegen juristische Personen [...] einer einheitlichen und abschließenden Lösung zuzuführen.“¹⁹ Mit § 19 EOWiG sollte „dem Recht der Sanktionen gegen juristische Personen [...] eine umfassende Grundlage“ gegeben werden, „die einen gewissen Abschluß der bisherigen Entwicklung“ bilde.²⁰ Die Regelung stand folglich ganz im Zeichen der Evolution, nicht der Revolution. Der Entwurf fordert den Leser geradezu auf, die Aussagen im Lichte eben jenes historischen Kontextes zu sehen, für den sie einen Abschluss bilden soll.

Wer vor diesem Hintergrund eine Aussage des Entwurfs erwartet, die Verbandsgeldbuße solle das Präventionsdefizit der reinen Individualverantwortlichkeit schließen, indem sie bei der juristischen Person umfassend den unmittelbaren wie den mittelbaren Gewinn abschöpft, wird jedoch überrascht. Auf gerade einmal 31 halben Zeilen gibt der Entwurf vordergründig einen ganz anderen Zweck aus. Der zentrale Absatz lautet:²¹

16 OWiG⁶⁸, BGBl. I 1968;³³ S. 481 ff. mit § 26 auf S. 487 f.

17 Im RechtsA hatte man sich entschieden, die zahlr. Verweisungen auf das StGB aufzulösen u. durch ausdr. Bestimmungen (§§ 10a u. b, sowie §§ 18a–e) zu ersetzen, siehe Prot. RechtsA V⁴⁴ S. 6 ff. u. BT-Drs. zu V/2600 u. 2601, S. 2 ff. § 19 EOWiG wurde entsprechend um sieben Vorschriften versetzt u. zu § 26 OWiG⁶⁸.

18 Diese Entwicklung, auf die sich der Entwurf beruft, ist in BT-Drs. V/1269, S. 57 (re. Sp.) kompakt zusammengestellt.

19 BT-Drs. V/1269, S. 57 (re. Sp.).

20 BT-Drs. V/1269, S. 58 (li. Sp.).

21 BT-Drs. V/1269, S. 59 (li. Sp.) 2. Abs.

Anm. 10.1: Die Ausgestaltung der Vorschrift [scil.: des § 19 EOWiG] wird im einzelnen von dem Zweck bestimmt, der mit der Geldbuße gegen juristische Personen und Personenvereinigungen verfolgt werden soll. Sie soll namentlich einen Ausgleich dafür ermöglichen, daß der juristischen Person, die nur durch ihre Organe zu handeln imstande ist, zwar die Vorteile dieser in ihrem Interesse vorgenommenen Betätigung zufließen, daß sie aber beim Fehlen einer Sanktionsmöglichkeit nicht den Nachteilen ausgesetzt wäre, die als Folge der Nichtbeachtung der Rechtsordnung im Rahmen der für sie vorgenommenen Betätigung eintreten können. Die juristische Person wäre dann gegenüber der natürlichen Person besser gestellt. So kann z. B. gegen einen Einzelunternehmer, der unter Verletzung der ihm obliegenden Pflichten als Unternehmer eine Straftat oder Ordnungswidrigkeit selbst begeht, die Strafe oder Geldbuße unter Berücksichtigung des wirtschaftlichen Wertes seines Unternehmens und der für das Unternehmen erzielten oder beabsichtigten Vorteile festgesetzt werden, während bei einer entsprechenden Pflichtverletzung durch das Organ einer juristischen Person die Strafe oder Geldbuße nur unter Berücksichtigung seiner persönlichen wirtschaftlichen Verhältnisse festgesetzt werden kann. Die hiernach zulässige Strafe oder Geldbuße würde vielfach in keinem angemessenen Verhältnis zur Tragweite der Tat stehen und weder geeignet sein, die der juristischen Person zugeflossenen Gewinne abzuschöpfen noch die Erzielung solcher Gewinne zu bekämpfen.

Dieser viel zitierte Absatz ist weit gehaltvoller und tückischer, als es der erste Anschein vermuten lässt. Aus dem Bestreben heraus, über – vermeintliche – dogmatische Hindernisse hinwegzutäuschen,²² sind die für das Verständnis entscheidenden Gedanken so sehr verdichtet und so eng miteinander verwoben worden, dass die eigentliche Aussage leicht verloren zu gehen droht – und oft auch verloren gegangen ist. Die Vorteile der juristischen Person sollen durch die Verbandsgeldbuße mit einem Nachteil verknüpft werden. Anderenfalls komme es zu einer ungerechtfertigten Besserstellung der juristischen gegenüber der natürlichen Person. Als Beleg wird der Einzelunternehmer herangezogen, der den rechtswidrigen Tatgewinn stets auf das Risiko einer Sanktion hin erstrebe. Was als Vergleich zwischen juristischer Person und Einzelunternehmer beginnt, wird ohne jede erkennbare Zäsur in einen Vergleich der möglichen Sanktion gegen den Einzelunternehmer und den Organwalter überführt. Letztere weise bestimmte Beschränkungen auf, deret-

22 Dekuvrierend ist denn auch, was Göhler, in: Prot. SondA-StrafR V⁵⁷, S. 1083 eingestanden hat: Mit der Verbandsgeldbuße des § 19 EOWiG „können wir zu einer dogmatisch meines Erachtens, *ich will nicht sagen völlig unbedenklichen, aber durchaus vertretbaren* und kriminalpolitisch sinnvollen *Lösung* kommen, zu einer Lösung, die der Gerechtigkeit dient und die [...] verfassungsrechtlich einwandfrei ist.“ Herv. nur hier.

wegen die Entwurfsbegründung – scheinbar²³ – ihr die Fähigkeit abspricht, die Erzielung rechtswidriger Verbandsgewinne – sprich: die Begehung von Verbandsdelikten – wirksam zu bekämpfen.

Dieser mächtige und schwer verdauliche Begründungseintopf²⁴ soll im Folgenden etwas bekömmlicher gemacht werden. Das gelingt, wenn die eben umrissenen Gedankenfragmente herausgestellt und als mundgerechte Happen in die richtige Beziehung zueinander gesetzt werden. Dann wird sich zeigen, dass die Verbandsgeldbuße des § 26 OWiG₆₈ hinsichtlich Zweck und Mechanismus tatsächlich die versprochene „organische Fortführung“ der vorangegangenen Arbeiten,²⁵ der „Abschluß der bisherigen Entwicklung“²⁶ ist.

III. Gang der Darstellung

Die Darstellung orientiert sich dabei an dem fundamentalen Grundsatz der Auslegungslehre,²⁷ wonach einen (Norm-)Text nur verstehen kann, wer auch die Frage oder die Lage versteht, auf die der (Norm-)Text eine Antwort war.²⁸ Zunächst (B.) soll anhand der spärlichen Aussagen in der Entwurfsbegründung nachgewiesen werden, dass der Gesetzgeber bei Schaffung der Verbandsgeldbuße tatsächlich das Problem und die Frage vor Augen hatte, die eben herausgearbeitet worden sind. Gewisse Wiederholungen zu dem vorangegangenen Kapitel sind dabei unvermeidlich. Mit diesen Erkenntnissen ausgerüstet soll zunächst (C.) der Versuch unternommen werden, die Antwort zu formulieren, die der Gesetzgeber als organische Fortführung der umfangreichen Vorarbeiten hätte geben sollen. Anschließend wird (D.) untersucht werden, in welcher Weise der Gesetzgeber die Frage mit § 19 EOWiG bzw. § 26 OWiG₆₈ tatsächlich beantwortet hat. Das erlaubt es, den genauen Mechanismus der Verbandsgeldbuße herauszustellen, mit dem sich zuletzt

23 Tatsächlich ist dieses vermeintliche Präventionsdefizit der Individualsanktion ein Präventionsdefizit der reinen Individualverantwortlichkeit. Dazu sogleich B. II. (S. 332).

24 Sehr krit. *Schünemann*, ZIS 2014,¹ S. 1 (6): „Die Dürftigkeit dieser Argumente ist kaum zu übertreffen“. Er hat den Absatz freilich schon im Ausgangspunkt erheblich anders gedeutet, als dies hier geschehen wird.

25 Vgl. *Göhler*, in: Prot. SondA-StrafR V⁵⁷ S. 1083 (li. Sp.).

26 BT-Drs. V/1269, S. 58 (li. Sp.).

27 Siehe *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie,¹¹ Rn. 787 m. w. N., die bemängeln, dass dieser Grundsatz in der juristischen Methodendiskussion kaum Beachtung finde.

28 Der Grundsatz gilt für den Normtext des § 26 OWiG₆₈ u. den Absatz der Entwurfsbegründung gleichermaßen.

auch die eigentliche Forschungsfrage wieder in den Blick nehmen lässt: Ist die Verbandsgeldbuße ein Schaden im Sinne der Ersatzpflichtanordnung?

B. Das Problem ohne Verbandssanktion

Vor allem der erste dieser Schritte gelingt dabei nicht ohne Mühe. Dazu soll die erste Hälfte des Absatzes aus der Entwurfsbegründung¹ zunächst in den Hintergrund treten. Auf sie wird später² zurückzukommen sein. Mit der zweiten Hälfte des Begründungsabsatzes verbleibt die Schilderung des Problems, auf das die Verbandsgeldbuße die Antwort sein sollte. Insoweit wird – unter dem Vorbehalt des Fehlens einer Sanktionsmöglichkeit gegen die juristische Person³ – die mögliche Sanktion gegen den Einzelunternehmer mit jener gegen den Organwalter einer juristischen Person verglichen. Die Mängel, zu denen es bei der reinen Individualverantwortlichkeit des Organwalters käme, waren damals wohl so geläufig,⁴ dass die Entwurfsbegründung sich nicht die Mühe machte, sie genau zu bezeichnen. Das ist heute jedoch nicht mehr der Fall. Nur die genaue Bezeichnung dieser Mängel macht es jedoch möglich, die Verbandsgeldbuße als das Instrument zu begreifen, das der Gesetzgeber zur Lösung des Problems in § 26 OWiG₆₈ erlassen hat. Die Defizite einer reinen Individualverantwortlichkeit lassen sich ihrerseits nur aufzeigen, wenn zunächst der Endpunkt des Vergleichs, die „gesunde“ Sanktion gegen den Einzelunternehmer verstanden ist.

Deshalb soll zunächst (I.) die „gesunde“ Sanktion gegen den Einzelunternehmer ausgeleuchtet werden, um sie so zu verstehen, wie es auch die

1 Das meint den 2. Abs. der BT-Drs. V/1269, S. 59 (li. Sp.) bis zu den Worten „gegenüber der natürlichen Person besser gestellt.“ Der vollständige Wortlaut des Absatzes ist oben in Anm. 10.1 unter A. II. (S. 323) wiedergegeben.

2 Siehe unten D. II. (S. 384).

3 Zwar bestanden zum Zeitpunkt des Entwurfs zahllose solcher Sanktionsmöglichkeiten, weil das „Nebenrecht geradezu eine Flut von Sondervorschriften über Geldbuße gegen juristische Personen“ hervorgebracht hatte, BT-Drs. V/1269, S. 58 (li. Sp.). Diese Sondervorschriften sollten allerdings durch das parallel beratene – EEGWiG, BT-Drs. V/1319 – u. verabschiedete Einführungsgesetz zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten v. 24. 5. 1968 (EGOWiG), BGBl. I,³³ S. 503 ff. beseitigt werden. Bei Verabschiedung des OWiG₆₈ ohne dessen § 26 hätte eine Sanktionsmöglichkeit gegen juristische Personen deshalb tatsächlich gefehlt.

4 So konnte Lenz, in: Prot. RechtsA V,⁴¹ S. 45 f. apodiktisch u. unangefochten feststellen: „Das Ergebnis, das einträte, wenn man sich auf die Verfolgung der [...] handelnden natürlichen Personen beschränkte, werde wohl von niemandem gewollt.“

Entwurfsbegründung tat. Anschließend kann (II.) die Individualsanktion gegen den Organwalter daran gemessen werden. Aus diesem Vergleich wird sich dann die genaue Ursache für das Präventionsdefizit der reinen Individualverantwortlichkeit ableiten und schließlich (III.) die Frage formulieren lassen, auf die § 26 OWiG⁶⁸ die Antwort geben sollte.

I. Einzelunternehmer als Vergleichsmaßstab

Gegen einen Einzelunternehmer, „der unter Verletzung der ihm obliegenden Pflichten als Unternehmer eine Straftat oder Ordnungswidrigkeit selbst begeht“, könnte nach der Entwurfsbegründung⁵ eine „Strafe oder Geldbuße [...] festgesetzt werden.“ Sie würde „unter Berücksichtigung des wirtschaftlichen Wertes seines Unternehmens und der für das Unternehmen erzielten oder beabsichtigten Vorteile“ bemessen. Der Umkehrschluss aus dem restlichen Absatz legt nahe,⁶ dass eine solche Sanktion wohl in einem „angemessenen Verhältnis zur Tragweite der Tat stehen“ würde. Sie wäre geeignet, „die [dem Einzelunternehmer] zugeflossenen Gewinne abzuschöpfen [und] die Erzielung solcher Gewinne zu bekämpfen.“⁷ Den genauen Grund für diese nur im Umkehrschluss angedeutete präventive Wirksamkeit der Sanktion gegen den Einzelunternehmer lässt der Entwurf an dieser Stelle weitgehend offen. Aus den Äußerungen zum Mechanismus der Geldbuße an anderer Stelle der Entwurfsbegründung lässt sich der Gedanke jedoch präzisieren.

1. Übels-Androhung und Gewinnabschöpfung

Die Geldbuße gegen eine natürliche Person sei als Hauptinstrument des Ordnungswidrigkeitenrechts „nicht nur eine Antwort auf Bagatellunrecht.“⁸ Sie habe keine rein repressive Funktion, sondern erfülle einen präventiven

⁵ Die wörtlichen Zitate dieses Absatzes sind BT-Drs. V/1269, S. 59 (li. Sp.) entnommen. Der vollständige Wortlaut des Absatzes aus der Entwurfsbegründung ist oben in Anm. 10.1 unter A. II. (S. 323) wiedergegeben.

⁶ Anderenfalls hätte die angestrebte Angleichung keinen Sinn.

⁷ Auf die hier mögliche Gewinnabschöpfung hat *Göhler*, in: Prot. SondA-StrafR V⁵⁷ S. 1080 (li. Sp.) ausdr. hingewiesen.

⁸ BT-Drs. V/1269, S. 52 (re. Sp.). Siehe auch *Göhler*, in: Prot. RechtsA V⁴¹ S. 29: „Die Geldbuße diene nicht nur dazu, einen angemessenen Ausgleich für die Tatschuld zu bieten, sondern habe vielfach auch die Aufgabe, Gewinne abzuschöpfen. Nur so

Zweck. Eine „ihrer wesentlichen Aufgaben bestehe gerade darin, den unrechtmäßig erlangten Gewinn abzuschöpfen und den Täter durch das Risiko einer nicht unerheblichen Vermögenseinbuße davon abzuschrecken, unter Verletzung von Ordnungsvorschriften zum Schaden der Allgemeinheit Gewinne zu erzielen.“⁹

Die Abschöpfung des unrechtmäßig erlangten Gewinns hat dabei selbst eine doppelte Aufgabe. Sie ist insoweit Selbstzweck, als sie die rechtswidrige Güterzuordnung beseitigen und den rechtmäßigen Zustand vor Begehung der Tat wiederherstellen soll.¹⁰ Der Adressat der Gewinnabschöpfung soll den ihm nicht zustehenden Vorteil nicht behalten dürfen.

Vor allem aber hat die Gewinnabschöpfung dienende Funktion. Sie soll die Voraussetzung dafür schaffen, dass die Sanktion auch als tatsächliches Übel verspürt wird.¹¹ Denn „das Risiko einer nicht unerheblichen Vermögens-einbuße“ droht dem Täter nur, wenn die angedrohte Sanktion den erzielten Tatgewinn übersteigt. Wenn dagegen die Buße niedriger als der Gewinn wäre und der Täter den Überschuss behalten könnte, würde er ein lohnendes, ein wiederholungswürdiges Geschäft machen.¹² Das Sanktionsübel ginge ins Leere und bliebe in Höhe der Bereicherung wirkungslos.¹³ Die Sanktion würde lediglich den Tatgewinn schmälern und es wäre „geradezu ein Anreiz geschaffen, Ordnungswidrigkeiten zu begehen“.¹⁴ Die Abschöpfung des unrechtmäßig erlangten Gewinns ist danach notwendige Bedingung für eine echte Übelszufügung.¹⁵ Nur im Zusammenspiel bewirken Gewinnabschöpfung und Übelszufügung einen effektiven Sanktionseingriff, dessen Androhung als Gegenmotiv zur Tatbegehung wirken kann.

2. Arbeitsteilige Gewinnabschöpfung

Entgegen der überkommenen Terminologie war die Aufgabe der Gewinnabschöpfung ursprünglich¹⁶ nur teilweise dem Abschöpfungsteil der Geldbu-

erklärten sich Geldbußendrohungen bis zu 1 Million DM im Kartellgesetz [...] und in mehreren anderen Gesetzen.“

9 BT-Drs. V/1269, S. 52 (re. Sp.).

10 Ausf. zum Zweck des – damals – funktionsidentischen Verfalls im Strafrecht u. dessen Legitimation durch das Wiederherstellungsprinzip *Geiger*, S. 229 ff. m. zahlr. Nw.

11 Vgl. *Geiger*, S. 241 zum strafrechtlichen Verfall.

12 *M. Hirsch* u. *Dreher*, in: Prot. RechtsA V⁴¹, S. 32 bzw. S. 33.

13 *Geiger*, S. 229 f.

14 So *M. Hirsch*, in: Prot. RechtsA V⁴¹, S. 32.

15 Vgl. *Geiger*, S. 230 zum Verfall.

ße¹⁷ überantwortet. Tatsächlich versprach sich die Entwurfsbegründung in gewissem Umfang auch vom Ahndungsteil eine Abschöpfung von Tatgewinnen.

Der Abschöpfungsteil der Geldbuße war in § 11 Abs. 4 EOWiG vorgesehen.¹⁸ Nach dessen Satz 1 soll die Geldbuße „ein Entgelt, das der Täter für die Ordnungswidrigkeit empfangen, und einen Gewinn, den er aus ihr gezogen hat, übersteigen.“ Nach Satz 2 durfte das gesetzliche Höchstmaß zu diesem Zwecke auch überschritten werden.¹⁹ Unter dem Gewinn i. S. d. § 11 Abs. 4 EOWiG sollte jedoch, „wie im geltenden Recht, nur der *unmittelbare* Gewinn zu verstehen“ sein.²⁰

Die Gründe für diese Beschränkung waren im Zuge der parallel geführten Diskussion um den strafrechtlichen Verfall des E₆₂ so geläufig,²¹ dass sie in der Entwurfsbegründung nicht angegeben werden mussten: Die Gewinabschöpfung darf nur der Wiederherstellung des status quo ante dienen. Entzieht sie dem Täter mehr, als er aus der Tat gewonnen hat, so ist sie echte Strafe.²² Dann aber muss die Abschöpfung, um nicht doch eine versteckte

16 Zu der überraschenden Ausdehnung des Abschöpfungsteils im RechtsA noch D. III. 1. (S. 387).

17 Die damalige Geldsummenstrafe war in § 27c StGB a. F. exakt gleich ausgestaltet. Die spätere Tagessatzstrafe des E₆₂ entspricht insoweit nur dem Ahndungsteil. Die Aufgabe des Abschöpfungsteils wurde durch die begleitende Maßnahme des Verfalls erfüllt. Siehe dazu bereits § 9 B. III. 2. (S. 300).

18 Siehe § 11 Abs. 4 EOWiG in: BT-Drs. V/1269, S. 6. Im späteren § 13 Abs. 4 des OWiG₆₈, BGBl. I 1968³³, S. 481 (485) sind das Entgelt u. der Gewinn in Satz 1 zu dem „wirtschaftlichen Vorteil, den der Täter aus der Ordnungswidrigkeit gezogen hat,“ zusammengefasst worden. Siehe zu den Gründen BT-Drs. zu V/2600 u. 2601, S. 3 (re. Sp. f.).

19 Für die Geldstrafe war in § 27c StGB i. d. F. des Art. I der VermStrafen-VO, RGBl. I 1924⁷, S. 44 (44) beinahe wortgleich dasselbe vorgesehen. Abs. 2: „Die Geldstrafe soll das Entgelt, das der Täter für die Tat empfangen, und den Gewinn, den er aus der Tat gezogen hat, übersteigen.“ — Abs. 3: „Reicht das gesetzliche Höchstmaß hierzu nicht aus, so darf es überschritten werden.“

20 BT-Drs. V/1269, S. 53 (li. Sp.). Herv. nur hier. Der „wirtschaftliche Vorteil“ im späteren § 13 Abs. 4 des OWiG₆₈, BGBl. I 1968³³, S. 481 (485) sollte dagegen auch gewisse Formen mittelbaren Gewinns erfassen, etwa „eine Verbesserung der Marktposition“ erfassen, die durch das Ausschalten u. Zurückdrängen anderer Wettbewerber erreicht wurde, siehe BT-Drs. zu V/2600 u. 2601, S. 3 (re. Sp. f.). Vor allem aber sollte die Handhabung erleichtert werden, weil auch hinsichtlich der unmittelbaren Tatvorteile nicht mehr verlangt wurde, dass „der Gewinn zahlenmäßig genau errechnet wird.“ Zu der wichtigen Unterscheidung von unmittelbarem u. mittelbarem Gewinn bereits oben die Anm. 9.5 in § 9 B. I. 4. (S. 291).

21 Siehe dazu oben bereits ausf. § 9 B. III. 2. (S. 300).

Strafe zu sein, einigermaßen exakt erfolgen. Eine rechnerisch exakte Erfassung gelinge jedoch nur für die unmittelbaren Gewinne.²³ Die Praxis wäre überfordert, müsste sie auch den mittelbaren Gewinn rechnerisch erfassen, weil dieser auf einer Vielzahl von Faktoren beruhe, von denen die Straftat nur einer sei.²⁴ Der schuldgelöste Abschöpfungsteil durfte und sollte deshalb nur die unmittelbaren Tatgewinne entziehen.

Dadurch alleine wäre noch nicht sichergestellt, dass dem Täter durch die Sanktion tatsächlich ein Übel zugefügt wird. Denn dem Einzelunternehmer entstehen aus seiner Tat auch mittelbare Vorteile. Wenn diese die angedrohte Sanktion übersteigen und dem Täter belassen würden, machten auch sie die Geldbuße wirkungslos. Dem Täter drohte durch die Geldbuße nicht „das Risiko einer nicht unerheblichen Vermögenseinbuße“,²⁵ sondern schlicht die Schmälerung des Tatgewinns. Die Tat bliebe ein lohnendes und deshalb wiederholungswürdiges Geschäft.²⁶ Die mittelbaren Gewinne dürfen dem Einzelunternehmer folglich nicht belassen werden. Sie können mangels rechnerischer Feststellbarkeit aber nicht über den schuldgelösten Abschöpfungsteil entzogen werden. Ihre Abschöpfung musste auf anderem Wege erfolgen.

Auch deshalb sollte die Geldbuße nach § 11 Abs. 4 Satz 1 EOWiG den (unmittelbaren)²⁷ Gewinn übersteigen. Als Grundlage für die Zumessung des

22 Siehe zum parallelen Problem beim Verfall, der nach Einführung des Bruttoprinzips teilweise auch Strafzwecke verfolgen müsse u. deshalb insoweit verfassungswidrig sei, *Geiger*, S. 302 ff.

23 Die Mitglieder des RechtsA waren dogmatisch weit weniger zimperlich. Sie fassten – wie eben schon erwähnt – Entgelt u. Gewinn zum wirtschaftlichen Vorteil zusammen, der teilweise auch mittelbare Gewinne erfassen sollte. Man wollte letztlich auch für die unmittelbaren Vorteile darauf verzichten, dass „die Gewinne zahlenmäßig exakt errechnet“ werden müssen, um die Handhabung der Vorschrift zu erleichtern, BT-Drs. zu V/2600 u. 2601, S. 3 (re. Sp. f.). Erfrischend offen *M. Hirsch*, in: Prot. RechtsA V⁴⁴ S. 17: Mit der neuen Fassung könne man „eher über den Daumen peilen, und das sei der Sinn einer solchen Vorschrift“. Statt „umfangreiche Ermittlungen“ über die Folgen einer Ordnungswidrigkeit anzustellen, „solle berücksichtigt werden, was für einen Vorteil sich der Betreffende dadurch verschafft habe.“

24 Vgl. BT-Drs. IV/650, S. 242 (li. Sp.).

25 BT-Drs. V/1269, S. 52 (re. Sp.).

26 Vgl. *M. Hirsch*, in: Prot. RechtsA V⁴¹ S. 32: „Der Täter würde [...] ein Geschäft machen können, wenn die Buße niedriger als der Gewinn sei und er den Überschuß behalten könnte.“

27 Siehe abermals BT-Drs. V/1269, S. 53 (li. Sp.): „Unter dem [Gewinn i. S. d. § 11 Abs. 4 EOWiG] ist, wie im geltenden Recht, nur der *unmittelbare Gewinn* zu verstehen.“ Herv. nur hier.

darüber hinaus gehenden Ahndungsteils werden in § 11 Abs. 3 Satz 1 EOWiG genannt, „die Bedeutung der Ordnungswidrigkeit und der Vorwurf, der den Täter trifft.“²⁸ Jenseits der geringfügigen Ordnungswidrigkeiten sollten nach Satz 2²⁹ auch „die wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters [...] in Betracht“ kommen.³⁰ Daher war bei der Bemessung des Ahndungsteils „nach oben hin ein Ermessensspielraum gegeben, der es“ gerade wegen der Anknüpfung auch an die wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters „ermöglicht, in gewissem Umfang auch den *mittelbaren* Gewinn zu berücksichtigen.“³¹ Denn die mittelbaren Gewinne aus der Tat des Einzelunternehmers sind seinem Vermögen zugeflossen und haben seine wirtschaftlichen Verhältnisse verbessert. Bei gleicher Schuld und ursprünglich gleichen wirtschaftlichen Verhältnissen könnte und müsste gegenüber demjenigen Täter, der höhere mittelbare Gewinne erzielt hat, ein höher bemessener Ahndungsteil festgesetzt werden. Dadurch ist – theoretisch – sichergestellt, dass auch der mittelbare Tatvorteil in dem Umfang entzogen ist, in dem er auf der Tat selbst beruht.

3. Zwischenfazit

Die Sanktion gegen den Einzelunternehmer ist danach wirksam, weil sie dem Täter für die Verletzung einer Verhaltensnorm ein echtes Vermögensübel androht. Die umfassende Gewinnabschöpfung stellt sicher, dass der Täter das zugefügte Übel im Falle der Zuwiderhandlung auch als solches verspürt. Dazu wird zunächst der rechnerisch bestimmbare unmittelbare Tatvorteil durch den Abschöpfungsteil entzogen. Die dadurch nicht erreichbaren mittelbaren Vorteile haben die wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters verbessert. Sie führen deshalb zu einem höher bemessenen Ahndungsteil, mit dem insoweit auch die mittelbaren Gewinne entzogen werden. Dem Täter

28 § 11 Abs. 3 EOWiG – BT-Drs. V/1269, S. 6 – stimmt wörtlich mit dem späteren § 13 Abs. 3 OWiG₆₈ u. dem heutigen § 17 Abs. 3 OWiG überein.

29 Dem entsprach für die Geldstrafe § 27c Abs. 1 StGB i. d. F. des Art. I der Verm-Strafen-VO, RGBI. I 1924⁷ S. 44 (44): „Bei der Bemessung einer Geldstrafe sind die wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters zu berücksichtigen.“

30 Zu den Gründen u. der Bedeutung der Berücksichtigung auch der wirtschaftlichen Verhältnisse BT-Drs. V/1269, S. 51 (re. Sp.).

31 BT-Drs. V/1269, S. 53 (li. Sp.). Herv. nur hier. Damit hat sich die Entwurfsbegründung den Gedanken zu eigen gemacht, den *Koffka*, in: NdSchr. GrStrKomm, Bd. I!³ S. 320 (li. Sp.) u. ähnlich in: Bd. IV!⁵⁰ S. 323 (re. Sp.) geäußert hatte: Bei der Verurteilung der Einzelperson „läßt sich auch der mittelbare Gewinn wenigstens einigermaßen durch die viel fühlbareren Strafmöglichkeiten berücksichtigen“.

verbleiben aus der Tat keine Vorteile, mit denen er das Sanktionsübel quer-subventionieren könnte. Er muss die Sanktion aus „unbemakeltem“, nicht mit der Tat verstricktem Vermögen begleichen und steht nach Aufdeckung der Tat schlechter, als er bei rechtmäßigem Verhalten gestanden hätte. Er hat nicht lediglich den angemäßen Vorteil verloren, sondern eine echte Einbuße erlitten.³² Die Androhung einer solchen wirklichen, persönlich spürbaren Einbuße soll und kann – im Rahmen des strafrechtlich Möglichen – den Täter von der Begehung des Rechtsverstoßes abhalten.

Einzelunternehmer			
Abschöpfungsteil (<i>E₆₂: Verfall</i>)	Ahndungsteil (<i>E₆₂: Strafe</i>)		
	wirtschaftliche Verhältnisse	Bedeutung	Vorwurf
unmb Vorteile	mb Vorteile	Schuldausgleich	

Abbildung 10.1: wirksame Sanktion gegen Einzelunternehmer.

Der Abschöpfungsteil entzieht die unmittelbaren Gewinne. Die mittelbaren Gewinne verbessern die wirtschaftlichen Verhältnisse und erhöhen dadurch den Ahndungsteil. Dieser schöpft die mittelbaren Gewinne ab und trifft darüber hinaus „unbemakeltes“ Vermögen des Täters. Die Sanktion wird deshalb als Übel empfunden.

II. Mängel der reinen Individualverantwortlichkeit

Erst vor diesem nur mitgedachten Hintergrund – der Wirkungsweise der „gesunden“ Sanktion gegen den Einzelunternehmer – wird deutlich, welche Mängel die Entwurfsbegründung bei einer reinen Individualverantwortlichkeit der Organwalter aufdecken möchte. Die Entwurfsbegründung unterstellt dazu die Begehung „einer entsprechenden Pflichtverletzung durch das Organ einer juristischen Person“.³³ Der Rechtsverstoß des Einzelunternehmers sei für dasselbe, von einer juristischen Person getragene Unternehmen durch de-

32 Ohne diese Einbuße wäre der Rechtsverstoß ein Null-Summen-Spiel, das bei einer deutlich unter 100 % liegenden Aufdeckungswahrscheinlichkeit ebenfalls mehr zur Verletzung als zur Einhaltung der Rechtsordnung auffordern würde. Vgl. *Schünemann*, Unternehmenskriminalität, S. 161 f., der darin die „gravierendste Lücke“ einer sich auf den strafrechtlichen Verfall beschränkenden Prävention sieht.

33 BT-Drs. V/1269, S. 59 (li. Sp.).

ren Organwalter begangen. Die Bedeutung der Tat und der Vorwurf, der den Täter trifft, sind – beinahe³⁴ – identisch. Die gedachte Vergleichstat müsste zu denselben unmittelbaren und mittelbaren Vorteilen für das Unternehmen führen, die aber der juristischen Person und nicht der Leitungsperson selbst zugute kommen.³⁵

Zwar könne in einem solchen Fall gegen das Organmitglied persönlich eine „Strafe oder Geldbuße [...] festgesetzt werden“.³⁶ Diese dürfe allerdings „nur unter Berücksichtigung seiner persönlichen wirtschaftlichen Verhältnisse“, nicht aber „des wirtschaftlichen Wertes [des] Unternehmens und der für das Unternehmen erzielten [...] Vorteile“ bemessen werden. Die „hiernach zulässige Strafe oder Geldbuße würde vielfach in keinem angemessenen Verhältnis zur Tragweite der Tat stehen und weder geeignet sein, die der juristischen Person zugeflossenen Gewinne abzuschöpfen, noch die Erzielung solcher Gewinne zu bekämpfen.“

Diese für das Verständnis des § 26 OWiG₆₈ so zentrale wie aufschlussreiche Passage ist so dicht formuliert, dass die eigentliche Aussage leicht verloren geht. Der ohnehin schon mächtige Begründungs-Eintopf wird hier nahezu ungenießbar. Die Beschränkung auf die persönlichen Verhältnisse des Täters habe ein Missverhältnis zwischen Tat und Individualsanktion zur Folge und mache die Individualsanktion ungeeignet, rechtswidrige Verbandsgewinne abzuschöpfen und deren Erzielung zu bekämpfen. Diese gleichrangig nebeneinander gestellten Faktoren stehen indes nicht beziehungslos nebeneinander. Weil die Entwurfsbegründung diese Beziehung nicht herausstellt, wird nicht deutlich, worin genau das Präventionsdefizit besteht. Der eigentlich zentrale Aspekt wird gar verschwiegen. Das wiederum hat zur Folge, dass dem Instrument der Verbandsgeldbuße eine präventive Wirkung auf unterschiedlichstem Wege zugesprochen werden kann und jeder dieser Mechanismen sich scheinbar mit der Zwecksetzung der Entwurfsbegründung deckt. Wird dagegen das Stufenverhältnis aufgedeckt, lässt sich die genaue Ursache für das Präventionsdefizit freilegen. Fast von selbst ergibt

34 Der Vorwurf, der den Organwalter trifft, wird regelmäßig ein wenig geringer zu bewerten sein, weil er aus Unterordnung unter die Verbandsinteressen altruistisch u. nicht egoistisch handelt. Dazu oben § 9 A. III. 2. b) aa) (S. 267).

35 BT-Drs. V/1269, S. 59 (li. Sp.): „Handelt der Vorstand [eines Vereins] unter Mißachtung der Rechtsordnung zum Vorteil des Vereins, so fließt der Gewinn nicht ihm zu, sondern er vermehrt das zweckgebundene Vereinsvermögen.“

36 Die wörtlichen Zitate dieses Absatzes sind BT-Drs. V/1269, S. 59 (li. Sp.) entnommen. Der vollständige Wortlaut des Absatzes aus der Entwurfsbegründung ist oben in Anm. 10.1 unter A. II. (S. 323) wiedergegeben.

sich dann auch der exakte Mechanismus, den der historische Gesetzgeber für die Verbandsgeldbuße vorgesehen hatte.

1. Unmöglichkeit der Gewinnabschöpfung

Zutreffend ist zunächst, dass die gegen den Organwaller mögliche Sanktion, sofern sie „nur unter Berücksichtigung seiner persönlichen wirtschaftlichen Verhältnisse festgesetzt“ wird, nicht geeignet wäre, „die der juristischen Person zugeflossenen Gewinne abzuschöpfen“.³⁷ Das gilt gleichermaßen für die unmittelbaren wie die mittelbaren Vorteile.

a) Die unmittelbaren Tatvorteile sind nicht in das Vermögen des Organwalters geflossen und sind deshalb i. S. d. § 11 Abs. 4 Satz 1 EOWiG kein „Gewinn, den *er* aus [der Ordnungswidrigkeit] gezogen hat“.³⁸ Die Entziehung von (Verbands-)Vorteilen, die dem Organmitglied nie zugeflossen sind, wäre aber nicht Wiederherstellung des status quo ante, sondern Entziehung sonstigen, nicht Tat-verstrickten Vermögens. Sie wäre nicht schuldgelöste Gewinnabschöpfung, sondern echte Strafe (im weiteren Sinne).

Als solche wäre sie gegenüber einer natürlichen Person nur im Rahmen der individuellen Schuld und nach Maßgabe der persönlichen Leistungsfähigkeit des Täters möglich. Diese Kriterien werden aber bereits bei der Zumessung des Ahndungsteils herangezogen. Sie sind dadurch „verbraucht“ und können nicht ein weiteres Mal zu einer Erhöhung der Sanktion führen, um den unmittelbaren Gewinn abzuschöpfen.

Die unmittelbaren Vorteile des Verbandes können folglich – *de lege lata* wie *de lege ferenda* – weder durch den Abschöpfungsteil der Individualsanktion, noch durch eine Erhöhung des Ahndungsteils erfasst werden. Bei dem in der Entwurfsbegründung unterstellten Fehlen einer Sanktionsmöglichkeit müssten sie der juristischen Person belassen werden.

Anm. 10.2: Das bedeutet freilich nicht, dass der Organwaller aus der Tat nicht einen persönlichen Vorteil gezogen haben könnte, der durch einen persönlichen Abschöpfungsteil sehr wohl entzogen werden könnte. Wenn etwa der Manager für die Erreichung eines Ziels einen Bonus erhält und dieses Ziel nur wegen der geahndeten Tat erreicht wurde, handelt es sich bei diesem Bonus ohne Weiteres um einen Gewinn, den er aus der Tat gezogen hat. Das bedeutet, dass sich dieser

37 BT-Drs. V/1269, S. 59 (li. Sp.).

38 Siehe § 11 Abs. 4 EOWiG in: BT-Drs. V/1269, S. 6. Siehe zu den Umgestaltungen dieser Vorschrift im Gesetzgebungsverfahren die Fußnoten zu I. 2. (S. 329)

Bonus abschöpfen ließe, ohne dass der Abschöpfungsbetrag auf den persönlichen Ahndungsteil angerechnet oder der juristischen Person zurückgegeben werden müsste. Kurzfristig³⁹ ließe sich damit bereits *de lege lata* die Durchschlagskraft der Individualsanktion erhöhen. Darüber hinaus ließe sich dem begreiflichen Unmut in der Bevölkerung begegnen, weshalb die Manager für den Gesetzesverstoß auch noch mit Bonuszahlungen belohnt werden. Schließlich erscheint es auch wertungsmäßig richtig, dass die von dem Verband ausgereichten Boni „verfallen“ und diesem nicht im Wege des zivilrechtlichen Schadensausgleichs erstattet werden können. Denn ohne ein solches Verfallsrisiko wäre für die im Verband zusammengefassten Personen kein – oder ein nur sehr viel geringerer – Anreiz gesetzt, die Bonusstruktur auf die Einhaltung des Gesetzes auszurichten.

b) Ebensowenig lassen sich die mittelbaren Verbandsvorteile durch den Ahndungsteil der Individual-Geldbuße abschöpfen. Wie beim Einzelunternehmer müsste dieser Ahndungsteil nach der Bedeutung der Ordnungswidrigkeit, dem Vorwurf, der den Organwalter trifft, und den wirtschaftlichen Verhältnissen bemessen werden. Letztere meinen aber eben nur die persönlichen wirtschaftlichen Verhältnisse des Organwalters und nicht jene der juristischen Person, für die er gehandelt hat. Die mittelbaren Gewinne aus dem Verbandsdelikt sind dem Vermögen der juristischen Person zugeflossen und haben die wirtschaftlichen Verhältnisse der Leitungsperson nicht verbessert. Sie können deshalb – anders als beim Einzelunternehmer – nicht zu einer Erhöhung des Ahndungsteils der Individualsanktion führen.

Die nach dem Vorwurf und den wirtschaftlichen Verhältnissen (nur) des Täters bemessene Geldbuße kann deshalb auch die mittelbaren Gewinne des Verbandes nicht abschöpfen – auch nicht in gewissem Umfang. Der juristischen Person verbliebe beim Fehlen einer Sanktionsmöglichkeit folglich auch der mittelbare Tatgewinn.

2. Missverhältnis von Sanktion und Tat

Die nach den persönlichen Verhältnissen des Organwalters bemessene Sanktion kann die Gewinne des Verbandes nicht abschöpfen. Fehlt eine Sanktionsmöglichkeit gegen die juristische Person, können die Vorteile auch anderweitig nicht entzogen werden.⁴⁰ Sie blieben der juristischen Person erhalten. Dann aber liegt es auf der Hand, dass die Individualsanktion ge-

³⁹ Es dürfte für die Beteiligten schon mittelfristig wohl ein Leichtes sein, die Bonusziele so diffus zu formulieren, dass ihre Erreichung sich nicht auf eine spezifische Tat wird zurückführen lassen.

gen den Organwaller als einzig mögliche Reaktion der Rechtsordnung auf das Verbandsdelikt „in keinem angemessenen Verhältnis zur Tragweite der Tat stehen“ kann.⁴¹ Gemessen an den zum Einsatz gebrachten Macht- und Betriebsmitteln des Verbandes und den erzielbaren und erzielten Gewinnen muss die Individualsanktion geradezu lächerlich klein erscheinen.

Einzelunternehmer			
Abschöpfungsteil (E ₆₂ : Verfall)	Ahndungsteil (E ₆₂ : Strafe)		
	wirtschaftliche Verhältnisse	Bedeutung	Vorwurf
unmb Vorteile	mb Vorteile	Schuldausgleich	
		wirt. Verh.	Bedeutung Vorwurf
		pers. Ahndungsteil	
		Organwaller	

Abbildung 10.2: Sanktionsvergleich: Einzelunternehmer u. Organwaller.

Weder die unmittelbaren, noch die mittelbaren Tatvorteile sind dem Vermögen des Organwalters zugeflossen. Sie sind durch seine Individualsanktion nicht erreichbar und müssen dem Verband belassen werden. Den Täter trifft allein der nach seinen persönlichen Verhältnissen und seiner individuellen Schuld bemessene Ahndungsteil, der zwar „unbemakeltes“ Vermögen entziehen könnte, aber in keinem Verhältnis zur Tragweite der Tat und den erzielten und erzielbaren Gewinnen steht.

Anm. 10.3: Glaubt man dem veröffentlichten Entwurf des Bußgeldbescheides, so wurde mit der Verbandsgeldbuße gegen die Siemens AG im Nachgang der Schmiergeldaffäre ein Gewinn i. H. v. 394,75 Mio. Euro abgeschöpft.⁴² Gestützt wurde die Verbandssanktion auf eine fahrlässige Aufsichtspflichtverletzung eines Vorstandsmitglieds, die diesem gegenüber mit einer Geldbuße von höchstens 500000 Euro hätte geahndet werden können.⁴³ Das entspricht 0,13 % der erzielten

40 Hier wird – mit *Koffka*, in: NdSchr. GrStrKomm, Bd. I,¹² S. 301 (li. Sp.) – unterstellt, dass eine Abschöpfung auf zivilrechtlichem Wege nicht erfolgen kann, weil gerade bei den Wirtschaftsdelikten oft „gar keine Einzelperson da“ sei, die dem Verband „den Gewinn wegnehmen oder ihn schadensersatzpflichtig machen“ könne.

41 BT-Drs. V/1269, S. 59 (li. Sp.).

42 Siemens AG,® Bußgeldbescheid, S. 12. Zwar wurde die Höhe des Gewinns geschätzt. Die Siemens AG war damit jedoch einverstanden, sodass die Erzielung von Gewinnen in dieser Größenordnung – oder darüber hinaus – unterstellt werden darf.

Gewinne.⁴⁴ Wäre die Rechtsordnung auf die reine Individualverantwortlichkeit beschränkt, hätte die Siemens AG das Bußgeld des Organwalters – auf welchem Wege auch immer⁴⁵ – erstatten können und trotzdem 99,87 % des rechtswidrigen Gewinnes behalten dürfen.

Das darf – trotz der missverständlichen Aussagen in den Materialien – nicht dahin missverstanden werden, dass die Sanktion gegen den Organwalter für ihn persönlich unangemessen niedrig wäre. Wie eben⁴⁶ beschrieben will die Geldbuße „den Täter durch das Risiko einer nicht unerheblichen Vermögens-einbuße davon“ abschrecken, rechtswidrig „zum Schaden der Allgemeinheit Gewinne zu erzielen.“⁴⁷ Damit die angedrohte Vermögenseinbuße von dem Täter auch als solche verspürt wird, muss die Geldbuße so hoch bemessen sein, dass sie auch den unrechtmäßig erlangten Gewinn abschöpfen kann. Könnte der Täter die Sanktion aus den Tatgewinnen bezahlen und den Überschuss behalten, wäre lediglich der Tatgewinn geschmälert und das Delikt ein lohnendes Geschäft. Eine abschreckende Wirkung käme der Sanktion nicht zu.

Bei der Verbandstat fließen die Gewinne aber in das Vermögen der juristischen Person. Der individualverantwortliche Organwalter kann nicht frei über diese Mittel verfügen und sie nicht verwenden, um seine eigene Sanktion aus ihnen zu bezahlen. Es ist deshalb gar nicht nötig, dem Täter diese – bei ihm ohnehin nicht vorhandenen – Mittel durch eine Erhöhung der persönlichen Sanktion oder eine daneben erfolgende Gewinnabschöpfung zu entziehen, um ihn für das eigentliche Vermögensübel empfänglich zu machen. Wäre sichergestellt, dass er die Sanktion vollständig und endgültig aus eigenem Vermögen bezahlen muss,⁴⁸ so müsste schon der erste Euro der Sanktion

43 In Siemens AG, [®] Bußgeldbescheid, S. 12 wird für die Höhe der Geldbuße auf § 130 Abs. 3 Satz 1 u. § 17 Abs. 2 OWiG abgestellt.

44 Darin sind nur die durch diese Geldbuße abgeschöpften Gewinne einbezogen. Zur Vermeidung einer mehrfachen Gewinnabschöpfung war die von den amerikanischen Behörden zu erwartende Abschöpfung berücksichtigt worden, Siemens AG, [®] Bußgeldbescheid, S. 12. Zu den dortigen Sanktionen i. H. v. umgerechnet 350 Mio. und 270 Mio Euro siehe Siemens AG, [®] PM v. 15. 12. 2008.

45 Ausf. zur Frage, ob das Bezahlen der Geldstrafe oder -buße durch das Unternehmen als Vollstreckungsvereitelung oder als Untreue strafbar ist, *Kranz*, ZJS 2008;⁵ S. 471 ff. Dazu auch unten § 13 B. I. (S. 544).

46 Zum Wirkmechanismus der Sanktion gegen den Einzelunternehmer oben I. 1. (S. 327).

47 BT-Drs. V/1269, S. 52 (re. Sp.) zu § 11 Abs. 4 EOWiG u. der Funktion der Geldbuße im Allgemeinen.

aus sonstigem, aus „unbemakeltem“ Vermögen aufgebracht werden. Die Sanktion würde in voller Höhe als schmerzhaftes Einbuße verspürt. Sofern die Individualsanktion in ausreichender Höhe angedroht wäre und der Täter sie aus eigenem Vermögen aufbringen müsste, könnte ihre Androhung auch ohne (angedrohte) Abschöpfung der Verbandsgewinne abschreckend wirken.

Was die Höhe des angedrohten und zugefügten Übels angeht, ist die Beschränkung auf die persönlichen Verhältnisse des Täters ebenfalls kein zu beseitigender Mangel. Vielmehr wird sie von dem in § 11 Abs. 3 Satz 2 EOWiG⁴⁹ zum Ausdruck kommenden⁵⁰ und nicht bestrittenen⁵¹ Grundsatz der Opfergleichheit unüberwindlich vorgeschrieben. Danach soll gleichermaßen Schuldigen trotz unterschiedlicher wirtschaftlicher Verhältnisse ein gleiches Opfer auferlegt werden.⁵² Die abschreckende Wirkung der Geldbuße muss daran gemessen werden, wie empfindlich sie den Täter trifft.⁵³ Während der wirtschaftlich Starke sich nur durch Androhung eines größeren Übels von der Tat wird abschrecken lassen, genügt bei dem wirtschaftlich weniger Starken die Androhung eines geringeren Übels, um ihn in gleicher Weise abzuschrecken.

Der Organwalter ist, anders als der Einzelunternehmer, nicht selbst Inhaber der eingesetzten Macht- und Betriebsmittel.⁵⁴ Das führt *ceteris paribus*⁵⁵ zwangsläufig dazu, dass seine wirtschaftlichen Verhältnisse geringer zu be-

48 Tatsächlich ließe es sich bei den Verbandsdelikten ohne eine eigene Verbandssanktion gerade nicht gewährleisten, dass der Organwalter die Sanktion selbst bezahlen müsste. Dazu bereits § 9 A. III. 3. a) (S. 274) u. sogleich 3. (S. 339).

49 § 11 Abs. 3 Satz 2 EOWiG – BT-Drs. V/1269, S. 6 – entspricht wörtlich dem späteren § 13 Abs. 3 Satz 2 des OWiG₆₈, BGBl. I 1968,³³ S. 481 (485) u. dem heutigen § 17 Abs. 3 Satz 2 OWiG.

50 Zum Zusammenhang von Opfergleichheit u. § 17 Abs. 3 Satz 2 OWiG bzw. § 40 Abs. 2 StGB siehe nur *Sackreuther*, in: BeckOK-OWiG;²⁸ § 17 Rn. 84. Monographisch zur Konkretisierung des Gedankens der Opfergleichheit im Hinblick auf Geldstrafen v. *Selle*, passim u. hierauf aufbauend *Farivar Meemar*, passim.

51 Siehe zur Anerkennung des Grundsatzes als systemtragendes Prinzip die Nachw. aus Lit. u. Rspr. bei v. *Selle*, S. 32 (Fn. 26 u. 27).

52 Statt vieler v. *Selle*, S. 32. Vgl. auch BGH, Urt. v. 27. 3. 1979 – 1 StR 503/78 – BGHSt 28, 360 ff. (363).

53 So BT-Drs. V/1269, S. 52 (li. Sp.), wo ersichtlich mit dem Grundsatz der Opfergleichheit argumentiert wird, ohne diesen Begriff zu verwenden.

54 Zu dieser einseitigen „Hebelwirkung“ der Verbandstätigkeit bereits oben § 9 A. III. 2. b) bb) (S. 269).

55 Auch die Entwurfsbegründung unterstellt in BT-Drs. V/1269, S. 59 (li. Sp.) mit der Begehung „einer [der Tat des Einzelunternehmers] entsprechenden Pflichtverletzung durch das Organ einer juristischen Person“ sonst gleiche Voraussetzungen.

messen sind. Entsprechend genügt bei dem wirtschaftlich (erheblich) weniger starken Organwalter die Androhung einer (erheblich) niedrigeren Sanktion, um ihn ebenso schmerzhaft zu treffen wie den wirtschaftlich stärkeren Einzelunternehmer. Auch hier gilt: Wäre sichergestellt, dass der Organwalter die Sanktion vollständig und endgültig aus eigenem Vermögen zahlen müsste, drohte ihm eine Vermögenseinbuße, die für ihn persönlich dieselbe abschreckende Wirkung hätte, wie für den Einzelunternehmer. Mit ihrer Androhung ließe sich die Erzielung rechtswidriger Verbandsgewinne ebenso wirksam bekämpfen.

Um es noch einmal zugespitzt zu sagen: Die Sanktion gegen den Organwalter ist nicht unangemessen niedrig, weil sie hinter jener des Einzelunternehmers zurückbleibt. Im Gegenteil ist sie nur angemessen, wenn sie entsprechend der verringerten wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Organwalters niedriger bemessen ist. Anderenfalls würden wirtschaftlich erheblich ungleiche Täter gleich behandelt oder dem gleichermaßen Schuldigen ein ungleiches Opfer auferlegt. Will man der Entwurfsbegründung nicht unterstellen, dass sie die einzig verfassungskonforme Ausgestaltung der Individualsanktion kritisieren und beseitigen wollte, muss der Gedanke anders verstanden werden.

3. Präventionsdefizit wegen ökonomisch-rationaler Kollusion

Die Androhung einer auf den Organwalter zugeschnittenen Sanktion als solche wäre, wenn er diese nach ihrer Festsetzung aus eigenem Vermögen aufbringen müsste, sehr wohl geeignet, ihn von der Begehung von Verbandsdelikten abzuhalten. Sie wäre dazu auch dann geeignet, wenn die rechtswidrigen Gewinne des Verbandes nicht abgeschöpft würden. Und doch ist es richtig, wenn die Entwurfsbegründung – vordergründig – der Individualsanktion die Fähigkeit abspricht, „die Erzielung [rechtswidriger Verbands-] Gewinne zu bekämpfen.“⁵⁶

Der Schlüssel zur Auflösung dieses scheinbaren Widerspruchs ist das unterstellte „Fehlen einer Sanktionsmöglichkeit“ gegen die juristische Person. Dürfte diese die rechtswidrigen Gewinne behalten, wäre keineswegs sichergestellt, dass das Organmitglied seine Sanktion selbst tragen muss. Im Gegenteil: Es wäre geradezu ein Anreiz dafür geschaffen, den altruistischen Delinquenten von seiner Sanktion freizustellen. Dadurch würde die Sank-

56 BT-Drs. V/1269, S. 59 (li. Sp.).

tion letztlich doch aus den Tatgewinnen erbracht und der Täter der an sich ausreichend abschreckenden Wirkung seiner Individualsanktion entzogen.

Mit etwas Aufwand lässt sich dieser Gedanke, wenn auch nur zwischen den Zeilen,⁵⁷ aus der Entwurfsbegründung zu § 19 EOWiG herauslesen:⁵⁸ Die Individualsanktion gegen den Organwalter darf – de lege lata wie de lege ferenda – „nur unter Berücksichtigung seiner persönlichen wirtschaftlichen Verhältnisse festgesetzt werden.“ Dadurch ist es mit ihr nicht möglich, „die der juristischen Person zugeflossenen Gewinne abzuschöpfen“. Beim „Fehlen einer Sanktionsmöglichkeit“ würden ihr „zwar die Vorteile [der] in ihrem Interesse vorgenommenen Betätigung zufließen“. Sie wäre aber, anders als der Einzelunternehmer, nicht zugleich „den Nachteilen ausgesetzt [...], die als Folge der Nichtbeachtung der Rechtsordnung [...] eintreten können.“ Mit anderen Worten: Die juristische Person dürfte die rechtswidrigen Tatgewinne behalten.

Das aber bedeutet, dass die Nichtbeachtung der Rechtsordnung durch den Organwalter für den Verband sogar im Falle der Aufdeckung ein lohnendes, ein wiederholungswürdiges Geschäft wäre.⁵⁹ Zum Zwecke der Gewinnmaximierung müssten die im Verband zusammengefassten Einzelpersonen diesen so organisieren, dass möglichst viele lukrative Verbandsdelikte begangen werden. Weil sie diese Taten nicht selbst begehen können, sondern hierzu auf Organwalter und sonstige Vertreter angewiesen sind, müssten sie für diese möglichst alle Hemmnisse beseitigen.

Beim Fehlen einer Sanktionsmöglichkeit gegen die Verbände wäre die androhte Individualsanktion gegen den Organwalter das einzige Hemmnis, das der Staat als Gegenmotiv zur Tatbegehung in Stellung bringt. Weil

57 Wieder einmal war es *M. Hirsch*, der den Gedanken in: Prot. RechtsA V⁴⁴ S. 24 offen aussprach: Er bemängelt, dass die Aktiengesellschaft im Falle eines Rechtsverstößes „große Gewinne mache, deren Organe aber [...] nur zu einer lächerlich niedrigen Geldbuße verurteilt werden könnten, *die die Gesellschaft aus der Westentasche bezahlen werde.*“ Herv. nur hier. Der Gedanke war den Mitgliedern des Ausschusses wohl so geläufig, dass auch *Lenz*, in: Prot. RechtsA V⁴¹ S. 45 f. apodiktisch u. unangefochten feststellen konnte: „Das Ergebnis, das einträte, wenn man sich auf die Verfolgung der [...] handelnden natürlichen Personen beschränkte, werde wohl von niemandem gewollt.“

58 Die wörtlichen Zitate dieses Absatzes sind BT-Drs. V/1269, S. 59 (li. Sp.) entnommen. Der vollständige Wortlaut des Absatzes aus der Entwurfsbegründung ist oben in Anm. 10.1 unter A. II. (S. 323) wiedergegeben.

59 Vgl. bezogen auf die Individualsanktion *M. Hirsch*, in: Prot. RechtsA V⁴¹ S. 32 zu § 11 Abs. 4 EOWiG: „Der Täter würde [...] ein Geschäft machen können, wenn die Buße niedriger als der Gewinn sei und er den Überschuß behalten könne.“

diese Sanktion nach den wirtschaftlichen Verhältnissen des Organwalters zu bemessen wäre, müsste sie verhältnismäßig gering sein und könnte „in keinem angemessenen Verhältnis zur Tragweite der Tat“ und den durch sie erzielbaren Gewinnen stehen. Regelmäßig und ohne Weiteres würden die erheblichen Tatgewinne ausreichen, um den Täter von den Folgen seiner Individualsanktion freizustellen, ihn für seine Opferbereitschaft zu belohnen und den Überschuss als Gewinn einzustreichen.⁶⁰

Diese zu befürchtende und ökonomisch geradezu gebotene⁶¹ Kollusion zwischen den Verbandsmitgliedern und dem Individualtäter ist der Grund, weshalb die Individualsanktion ungeeignet ist, „die Erzielung [rechtswidriger Verbands-]Gewinne zu bekämpfen.“⁶² Denn das eigentliche Abschreckungspotenzial der Individualsanktion beruht auf dem angedrohten „Risiko einer nicht unerheblichen Vermögenseinbuße.“⁶³ Zu diesem Zweck müssen auch dem Einzelunternehmer die rechtswidrigen Vorteile aus der Tat entzogen werden.⁶⁴ Er soll die Sanktion nicht aus den Tatgewinnen begleichen können, sie nicht als eine Schmälerung des Tatgewinns, sondern als ein echtes Übel wahrnehmen. Beim Fehlen einer entsprechenden Sanktionsmöglichkeit wären aber die Gewinne der juristischen Person dem staatlichen Zugriff entzogen. Sie stünden, wenn die Verbandsmitglieder und die Leitungsperson sich zusammentun, als eine Art Haftungsfonds zur Verfügung, aus dem die Sanktion bezahlt werden könnte. Die Individualsanktion führte für das Gesamtsystem aus Verband und Organwalter lediglich zu einer – marginalen – Schmälerung des Tatgewinns. Sie verkäme zu einem „leicht kalkulierbaren Kostenfaktor [...], dessen Inkaufnahme von einer reinen Kosten-Nutzen-Analyse geradezu geboten“ würde.⁶⁵

Das führt zu der letztlich fatalen Konsequenz und dem innersten Kern des Präventionsdefizits der reinen Individualverantwortlichkeit: In einem solchen Sanktionssystem könnte sich der Einzeltäter schon vor Begehung

60 Vgl. hierzu das besonders eindruckliche Beispiel der Siemens Schmiergeld-Affäre, das oben in Anm. 10.3 unter 2. (S. 335) wiedergegeben ist.

61 Zur sog. „Sog-“ u. „Spiralwirkung“ bereits oben § 9 A. III. 3. a) (S. 276).

62 BT-Drs. V/1269, S. 59 (li. Sp.).

63 BT-Drs. V/1269, S. 52 (re. Sp.).

64 Das Zusammenspiel von Gewinnabschöpfung u. Übelszufügung hat *Geiger*, 229 f. treffend umschrieben: Gemessen am status quo ante führt erstere zu einer Gleichstellung u. letztere zu einer Schlechterstellung des Täters. Die Abschöpfung der Tatvorteile sei „notwendige Bedingung für einen effektiven Strafeingriff.“ Im Original kursiv hervorgehoben.

65 So *Schünemann*, Unternehmenskriminalität, S. 162, der sich dabei aber auf den strafrechtlichen Verfall bezieht.

der Tat darauf verlassen, dass der Verband ihm das Sanktionsübel aus den Tatgewinnen abnehmen und dabei noch ein gutes Geschäft machen werde. Die angedrohte Vermögenseinbuße, die den Täter an sich ausreichend abschrecken könnte, würde ihn mit Sicherheit nicht erreichen. Wo aber der Täter „den Denkkzettel zur Erledigung beliebig weiterreichen kann“, verliert das angedrohte Sanktionsübel, das „fühlbare Opfer, das dem Täter das Maß seiner Schuld vergeltend abverlangt wird,“ jede abschreckende Wirkung.⁶⁶ Das für den Verband ohnehin kaum fühlbare Vermögensübel machte sich auch für den Verurteilten „höchstens als flüchtiges Schattenbild bemerkbar, niemals aber als ein die Rechtssicherheit wirklich gewährleistender, ernster Eingriff.“⁶⁷ Tun sich die Verbandsmitglieder und die Leitungsperson zusammen, könnten sie sicherstellen, dass im Ergebnis keinem Beteiligten „das Risiko einer nicht unerheblichen Vermögenseinbuße“ droht. Die ihres Abschreckungspotenzials beraubte Individualsanktion könnte die Erzielung rechtswidriger Verbandsgewinne auf diese Weise in der Tat nicht wirksam bekämpfen.

4. Zwischenfazit

Tatsächlich also ist, was sich wie ein Präventionsdefizit einer vermeintlich zu niedrigen *Individualsanktion* liest, das Präventionsdefizit einer reinen *Individualverantwortlichkeit*. Wie es *Busch* schon 35 Jahre zuvor auf den Punkt gebracht hatte, reicht die „strafrechtliche Verantwortlichkeit der Täter-Individuen allein [...] nicht aus, um die Verbrechen [...] aus dem Machtbereich der Verbände [...] so wirksam zu bekämpfen, wie dies zum Schutze der Gesellschaft und im Interesse der Bewährung der Rechtsordnung notwendig ist“.⁶⁸

Ausgerüstet mit dieser Erkenntnis lässt sich die Brücke zu dem entscheidenden Absatz der Entwurfsbegründung schlagen. Er ist vor dem Hintergrund zu lesen, dass nicht die *Individualsanktion*, sondern die reine *Individualverantwortlichkeit* der handelnden Organwalter nicht in der Lage sei, „die Erzielung [rechtswidriger Verbands-]Gewinne zu bekämpfen.“ Ergänzt man

66 So zur Geldstrafe *Hillenkamp*, in: FS Lackner (1987), S. 455 (461). Zust. *Holly/Friedhofen*, NZA 1992⁴ S. 145 (149). Dazu auch *Schmitt*, Maßnahmen, S. 141.

67 So bereits *Jescheck*, DÖV 1953;⁷ S. 539 (541 f.). Ähnlich *Schmitt*, Maßnahmen, S. 141.

68 *Busch*, S. 122. Ausf. zu den hier maßgebenden Gedanken *Buschs* bereits oben § 9 A. III. (S. 261).

den sehr stark verdichteten Absatz um die eben herausgearbeiteten und im Hintergrund nur mitgedachten Gedanken, so sagt die Entwurfsbegründung Folgendes:⁶⁹

Das Präventionsdefizit der reinen Individualverantwortlichkeit besteht nicht darin, dass das „nur unter Berücksichtigung [der] persönlichen wirtschaftlichen Verhältnisse“ des Organwalters bemessene – und auch de lege ferenda zwingend zu bemessende – individuelle Sanktionsübel für sich genommen zu niedrig wäre. Vielmehr wurzelte das Problem darin, dass das zur Abschreckung angedrohte Übel den Täter nicht erreichen könnte. Denn mit der Individualsanktion ist es nicht möglich, „die der juristischen Person zugeflossenen Gewinne abzuschöpfen“. Das führte zum einen dazu, dass die Individualsanktion – wenn sie die einzige Reaktionsmöglichkeit des Staates wäre – „vielfach in keinem angemessenen Verhältnis zur Tragweite der Tat“ und den durch sie erzielbaren Gewinnen stehen würde. Vor allem aber wäre das Verbandsdelikt, wenn die erheblichen Tatvorteile nicht entzogen werden könnten, ein lohnendes Geschäft. Bei ökonomisch-rationalem Verhalten müsste die Leitungsperson, schon um sie zur Wiederholung anzuhalten, für den lukrativen Rechtsverstoß belohnt, jedenfalls aber von den negativen Sanktionsfolgen freigestellt werden. Die Tatgewinne würden dazu regelmäßig ausreichen und der erhebliche Überschuss käme als Betriebsgewinn den Verbandsmitgliedern zugute. Der Einzeltäter wiederum könnte sich schon vor Begehung der Tat darauf verlassen, dass ihn die schützende Hand des Verbandes vor dem angedrohten Sanktionsübel bewahren werde. Beim „Fehlen einer Sanktionsmöglichkeit“ gegen die juristische Person wäre die Abschreckungswirkung auch der Individualsanktion beseitigt und dem Strafrecht der einzige Giftzahn gezogen. Die einzig mögliche Sanktion würde letztlich aus den Tatgewinnen bezahlt und könnte den Täter nicht als ein nachhaltig spürbares Opfer erreichen. Ohne die Unterstützung durch eine Verbandssanktion wäre sie – anders als die Sanktion gegen den Einzelunternehmer – in der Tat ungeeignet, die Begehung von Verbandsdelikten, sprich: „die Erzielung [rechtswidriger Verbands-]Gewinne zu bekämpfen.“⁷⁰

69 Die wörtlichen Zitate des folgenden Absatzes entstammen BT-Drs. V/1269, S. 59 (li. Sp.). Der vollständige Wortlaut des Absatzes aus der Entwurfsbegründung ist oben in Anm. 10.1 unter A. II. (S. 323) wiedergegeben.

70 BT-Drs. V/1269, S. 59 (li. Sp.).

III. Zwischenfazit: Die Frage zu § 26 OWiG₆₈

Damit ist das Problem freigelegt, auf das die Verbandsgeldbuße des § 26 OWiG₆₈ die Antwort sein sollte. Das Vorstehende hat gezeigt, dass auch der etwas kryptische Vergleich zwischen den Sanktionsmöglichkeiten beim Einzelunternehmer und dem Organwalter der juristischen Person in der Entwurfsbegründung zu § 19 EOWiG im – gut versteckten – Kern genau dieses Problem umschreibt.

Beschränkt sich das Strafrecht (im weiteren Sinne) auf die Verantwortlichkeit der Täter-Individuen, so ist es nicht in der Lage, seine güterschützende Aufgabe zu erfüllen, weil es die Begehung von Verbandsdelikten nicht wirksam zu bekämpfen vermag. Denn die Instrumente, die bei dem egoistisch handelnden Täter die präventive Durchschlagskraft der Sanktionsandrohung absichern, werden bei den Verbandsdelikten vor unlösbare Aufgaben gestellt. Der altruistisch handelnde Täter des Verbandsdeliktes mehrte nicht sein eigenes, sondern das Vermögen der juristischen Person. Dieses ist durch die Individualsanktion nicht zu erreichen. Ohne Verbandssanktion wäre es dem staatlichen Zugriff vollends entzogen und die juristische Person dürfte die rechtswidrigen, auf Kosten der Allgemeinheit angemessenen Gewinne behalten. Damit wäre die Saat der ökonomisch-rationalen Kollusion gesät. Die nach den wirtschaftlichen Verhältnissen des Täters bemessene und für den Verband deshalb kaum spürbare Individualsanktion würde dem Täter aus den Tatgewinnen erstattet, der Überschuss als Betriebsgewinn verbucht.

Das *Gesamtsystem aus juristischer Person und Organwalter*⁷¹ wäre in einer nicht zu rechtfertigenden Weise gegenüber dem Einzelunternehmer privilegiert.⁷² Diesem wird umfassend der mittelbare wie der unmittelbare Gewinn entzogen, damit er das Sanktionsübel nicht lediglich als eine Schmälerung des Tatgewinns, sondern als eine echte Einbuße verspürt. Jenes würde in toto zu einer weit geringeren Sanktion verurteilt, zu deren Begleichung die nicht abschöpfbaren Taterträge zur Verfügung stünden. Sie wirkte sich als eine marginale Schmälerung des Tatgewinns aus, die von keinem Beteiligten als ein echtes Übel verspürt würde.

Ein solches Präventionsdefizit konnte selbstredend nicht hingenommen werden. Der von dem Strafrecht (im weiteren Sinne) bezweckte Güterschutz

71 Insoweit ungenau BT-Drs. V/1269, S. 59 (li. Sp.): „Die *juristische Person* wäre dann gegenüber der natürlichen Person besser gestellt.“ Herv. nur hier.

72 Treffend schon *Busch*, S. 112: Zwar wird „das Individuum in der Interessenverwirklichung vom Staate gehemmt [...], sobald es rechtlich verbotene Wege beschreitet, nicht aber der über größere Machtmittel und Lebenskräfte verfügende Verband.“

würde nicht weniger als auf den Kopf stellt, wenn das Verbandsdelikt ein lohnendes Geschäft bliebe. Der Gesetzgeber musste deshalb einen Weg finden, diese völlig verquere Anreizstruktur zu beseitigen oder – besser noch – in ihr Gegenteil zu verkehren.

Die Frage, auf die § 26 OWiG₆₈ die Antwort sein sollte, lautete folglich: Wie lässt sich der Anreiz zur ökonomisch-rationalen Kollusion beseitigen, damit der Täter des Verbandsdeliktes die Sanktion tatsächlich als ein Übel verspürt, dessen Androhung ihn von der Begehung des Deliktes wirksam abschrecken kann?

C. Die folgerichtige Verbandssanktion

Noch bevor im nächsten Abschnitt die Antwort des Gesetzgebers in § 26 OWiG₆₈ untersucht wird, soll zuerst der Versuch unternommen werden, eine eigene Antwort zu geben. Zwar wird dadurch der Rahmen der Text-externen Auslegung vorübergehend verlassen. Gleichwohl empfiehlt sich dieses Vorgehen, weil den Gesetzesmaterialien zu dem eigentlichen Zweck und Mechanismus der Verbandsgeldbuße noch weniger zu entnehmen ist als zu dem Problem, das sie lösen sollte. Apodiktisch bestimmt die Entwurfsbegründung, dass die Verbandsgeldbuße einen Ausgleich dafür ermöglichen solle, dass „der juristischen Person [...] nur die Vorteile [der] in ihrem Interesse begangenen Betätigung zufließen, daß sie aber beim Fehlen einer Sanktionsmöglichkeit nicht den Nachteilen ausgesetzt wäre, die als Folge der Nichtbeachtung der Rechtsordnung [...] eintreten können.“¹ Die Vorteile der juristischen Person sollen folglich in irgendeiner Weise mit dem Nachteil einer Verbandsgeldbuße verknüpft werden. Ohne eine solche Sanktion wäre die „juristische Person [...] gegenüber der natürlichen Person besser gestellt.“² Die Verbandsgeldbuße bezweckt danach eine Gleichstellung von juristischer und natürlicher Person. Wie aber diese Gleichstellung durch eine Verbandsgeldbuße erreicht werden soll, bleibt völlig offen.

Zur Beantwortung der Frage soll zunächst versucht werden, die Vorarbeiten, auf die auch der Gesetzgeber zurückgreifen konnte, organisch fortzuführen.³ Dabei wird sich zeigen, dass eine Verbandssanktion das Problem der

1 BT-Drs. V/1269, S. 59 (li. Sp.).

2 BT-Drs. V/1269, S. 59 (li. Sp.).

3 Göhler, in: Prot. SondA-StrafR V⁵⁷ S. 1083 (li. Sp.) meinte, „man würde die historische Entwicklung [...] nicht *organisch fortführen*, sondern über den Haufen werfen, wenn man sich gegen eine Geldbuße gegen juristische Personen ausspräche.“ Herv.

Individualverantwortlichkeit bereits löst, wenn sie umfassend die unmittelbaren wie die mittelbaren Gewinne des Verbandes abschöpft. Sind Zweck und Mechanismus einer sinnvollen Verbandssanktion auf diese Weise herausgestellt, wird sich im nächsten Abschnitt (D.) zeigen lassen, dass auch der Gesetzgeber die Geldbuße des § 26 OWiG₆₈ letztlich als solch umfassendes Gewinnabschöpfungsinstrument konzipiert hatte.

I. Äußerer und innerer Zweck der Verbandssanktion

Ist die Verbandssanktion ein im weiteren Sinne strafrechtliches Instrument, so ist ihr äußerer Zweck vorgegeben. Sie ist eines jener Mittel, die im Zusammenspiel die Aufgabe des Strafrechts bewältigen sollen. Diese Aufgabe besteht im Schutz von Rechtsgütern durch Vorbeugung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten.⁴ Das Strafrecht ist freilich seinerseits nur eines von mehreren Mitteln,⁵ die im Zusammenspiel den Güterschutz insgesamt bezwecken. Diese äußere Zwecksetzung ließe sich immer weiter fortsetzen, bis die Aufgabe der Gesamtrechtsordnung⁶ selbst erreicht ist. Für den spezifischen, den inneren Zweck der Verbandssanktion wäre dadurch jedoch nicht viel gewonnen. Vielmehr ist durch diese ineinander verschachtelten äußeren Zwecke nur der Ausschnitt aus der Gesamtaufgabe der Rechtsordnung bezeichnet, zu dem die Verbandssanktion einen Beitrag leisten soll. Ihr eigentlicher, ihr innerer Zweck muss dort gesucht werden, wo sich die Verbandssanktion von den übrigen gleichrangigen Mitteln des Strafrechts unterscheidet.

Insoweit hat der vorangegangene Abschnitt (B.) gezeigt, weshalb eine Verbandssanktion notwendig ist. Solange sich die Mittel des Strafrechts ausschließlich gegen natürliche Personen richten, können sie die Aufgabe des Strafrechts – Güterschutz durch Vermeidung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten – im Hinblick auf Verbandsdelikte nicht erfüllen. Denn keines dieser Mittel wäre in der Lage, der juristischen Person den rechtswidrigen

nur hier. Dem lässt sich entnehmen, dass er in der avisierten Verbandsgeldbuße eine organische Fortführung dieser Entwicklung sah.

4 Ausf. zur Aufgabe des Straf- u. Ordnungswidrigkeitenrechts oben § 7 A. (S. 193).

5 Dazu gehörten dann etwa der zivilrechtliche Schadenersatz, die präventiven Verbote des öffentlichen Rechts mit Erlaubnisvorbehalt etc.

6 Für *Zipf*, in: *Maurach/Zipf*⁸ § 2 Rn. 11 ist es „die Aufgabe der Rechtsordnung schlechthin, Vorkehrungen für ein geregeltes Zusammenleben der vom Staat umschlossenen Gesamtheit zu treffen.“ Ganz ähnliche Definitionen etwa bei *Eisele*, in: *Baumann/Weber*¹² § 2 Rn. 4 u. *Rüthers/Fischer/Birk*, *Rechtstheorie*¹¹ Rn. 72.

Tatgewinn zu entziehen. Wo aber der juristischen Person die Tatgewinne belassen werden, ist das Verbandsdelikt sogar im Falle der Aufdeckung ein lohnendes Geschäft. Die potentiellen Täter können damit rechnen, von dem Verband aus den Tatgewinnen von etwaigen Sanktionsfolgen freigestellt und für die eigene Opferbereitschaft belohnt zu werden. Dadurch verliert das angedrohte Sanktionsübel nicht nur jede abschreckende Wirkung. Es wird vielmehr der Anreiz nicht zur Vermeidung, sondern zur Begehung möglichst vieler verbandsnützlicher Delikte gesetzt.

Daraus folgt unmittelbar der innere Zweck, das nächste Ziel einer effektiven Verbandssanktion: Sie muss als einzelnes strafrechtliches Zahnradchen im großen Räderwerk der Rechtsordnung das Präventionsdefizit der reinen Individualverantwortlichkeit beseitigen. Dieses Defizit besteht darin, dass die Individualsanktion ihre abschreckende Wirkung nicht entfalten kann, solange das Verbandsdelikt ein lohnendes Geschäft ist. Die Verbandssanktion muss deshalb schlicht dazu führen, dass sich das Verbandsdelikt im Falle der Aufdeckung für die juristische Person nicht mehr lohnt.

Hat der Verband aus dem Rechtsbruch seines Organwalters keinen nachhaltigen Vorteil, sondern droht ihm regelmäßig ein – gegebenenfalls auch nur außerstrafrechtlicher – Nachteil,⁷ so wird die Anreizstruktur der ökonomisch-rationalen Kollusion in ihr Gegenteil verkehrt: Die Organisation des Verbandes müsste zum Zwecke der Gewinnmaximierung auf die Deliktsvermeidung ausgerichtet werden. Die Mitglieder des Verbandes täten gut daran, „ihre Organe nicht nur nach den Maßstäben besonderer Geschäftstüchtigkeit auszuwählen, [...] sondern auch danach, ob die Organe sich auch an die Rechtsordnung halten.“⁸

Der potentielle Täter liefe Gefahr, dass seine „Handlung nicht zum Vorteil, sondern zum Nachteil der juristischen Person ausschlägt, wenn [er] die Rechtsordnung missachtet“.⁹ Er könnte nicht mehr mit der sicheren Abnahme

7 Auch ohne eine finale Übelszufügung erleidet der Verband – wie *Eidam*, Unternehmen u. Strafe, S. VIII es sagte – durch „*negative Publizität*“ sowie „*Verlust an Akzeptanz, an Arbeitszeit und -kraft*“ einen ganz erheblichen Nachteil. Herv. im Original.

8 Göhler, in: Prot. SondA-StrafR V;⁵⁷ S. 1080 (li. Sp.), der damit wiederholte, was er zuvor in: Prot. SondA-StrafR IV;²³ S. 402 (li. Sp.) zu § 12 RefE-OWiG gesagt hatte. Der Gedanke geht auf *Jescheck*, in: NdSchr. GrStrKomm, Bd. I;¹² S. 299 (re. Sp.) zurück, der sich von seiner rein präventiven Sicherungsmaßregel gegen Verbände diese Wirkung versprochen hatte.

9 So Göhler, in: Prot. SondA-StrafR V;⁵⁷ S. 1080 (li. Sp.) u. zuvor in: Prot. SondA-StrafR IV;²³ S. 402 (li. Sp. f.) zu § 12 RefE-OWiG. Dieser Gedanke ist bereits bei *Busch*, S. 105 angedeutet.

des Sanktionsübels durch den Verband rechnen, dürfte darauf an sich schon nicht mehr hoffen. Vielmehr müsste er damit rechnen, dass ihn die angeordnete staatliche Sanktion unmittelbar und unverwässert selbst treffen und er sich im (vermeintlichen) Verbandsinteresse die eigenen Finger verbrennen werde. Wo die Abschreckungswirkung der staatlichen Sanktionsandrohung zu wünschen übrig ließe, würde sie in einem effizienten und auf Gewinnmaximierung ausgerichteten Verband durch interne Sanktionsmaßnahmen flankiert werden. Dem Täter drohte tatsächlich das abschreckend wirkende, persönliche „Risiko einer nicht unerheblichen Vermögenseinbuße“.¹⁰ Dieses würde ihn, auch wenn es nur nach seiner Schuld und seinen individuellen Verhältnissen bemessen ist, von der Tatbegehung abschrecken, soweit dies strafrechtlich möglich ist. Er wäre für die präventiven Gebote der Rechtsordnung so empfänglich wie jeder andere auch.

Soweit die Verbandssanktion sicherstellt, dass das Verbandsdelikt für die juristische Person kein lohnendes Geschäft ist, kann sie die präventive Wirksamkeit der Individualsanktion (wieder-)herstellen. Sie würde dadurch zur Verbrechensbekämpfung, dem Schutz von Rechtsgütern und letztlich der Gesamtaufgabe der Rechtsordnung beitragen.

II. Die Antwort der „Impulsgeber“

Wie also muss eine Verbandssanktion ausgestaltet sein, damit das Verbandsdelikt für die juristische Person kein lohnendes Geschäft ist? Die Antwort auf diese Frage ist – wenn auch die Frage vielleicht nicht so deutlich formuliert war – im Vorfeld des § 26 OWiG₆₈ präzise herausgearbeitet worden und liegt nach dem bisher Gesagten auf der Hand: Die Verbandssanktion würde dieses Ziel schon dann erreichen, wenn sie möglichst umfassend den unmittelbaren wie den mittelbaren Gewinn der juristischen Person abschöpfte. Zur Erinnerung:¹¹

Schon auf dem Vierzigsten Deutschen Juristentag hatte *Engisch* – en passant – gezeigt, unter welcher Voraussetzung der individuelle Strafwang ausreichend abschreckend wirken könne. Es müsse durch „Schadensersatz oder *Vorteilsentziehung* auf zivilrechtlichem oder polizeirechtlichem Wege ein Ausgleich“ für das geschaffen werden, „was im Interesse des Verbandes an Rechtsgüterverletzungen bewirkt und *an Gewinn eingeheimst wurde*.“¹²

10 BT-Drs. V/1269, S. 52 (re. Sp.).

11 Siehe ausf. zu den Impulsgebern des § 26 OWiG₆₈ bereits oben § 9 B. (S. 280).

Hartung präzisierte diese Forderung dahingehend, dass nicht nur der unmittelbare, sondern auch der mittelbare Gewinn entzogen werden müsse.¹³ Weil aber die polizeirechtlichen¹⁴ und zivilrechtlichen¹⁵ Instrumente eine umfassende Gewinnabschöpfung nicht sicherstellen konnten, musste der von *Engisch* angemahnte Ausgleich durch ein neues Instrument geschaffen werden.

Koffka hatte sich deshalb in der Großen Strafrechtskommission zunächst für einen „öffentlich-rechtlichen Gewinnabschöpfungs- und Schadensersatzanspruch“ eingesetzt.¹⁶ Sie wollte „eine Abschöpfung des unmittelbaren und mittelbaren Gewinns unter dem Gedanken eines erheblichen Schadensersatzes“ vorgesehen wissen.¹⁷ Die Abschöpfung gerade auch des mittelbaren Gewinns war ihr dabei ein besonderes Anliegen.¹⁸

Dieses umfassende Abschöpfungsinstrument ist nach einiger Umgestaltung in der Kombination zweier Instrumente aufgegangen. Der aus der Umstellung auf das Tagessatzsystem hervorgegangene Verfall sollte sich auch gegen die juristische Person als schuldlosen Dritten wenden können und ihr den unmittelbaren Gewinn entziehen. Für den mittelbaren Gewinn war in der Großen Strafrechtskommission eine zusätzliche Geldsanktion/-buße vorgesehen, die bei „der juristischen Person Gewinne und sonstige Vorteile“ abschöpfen sollte, „die ihr durch eine Verbandstat zugeflossen sind und die ihr nicht durch die Verfallvorschriften entzogen werden können.“¹⁹

12 *Engisch*, Referat 40. DJT (1953), E 34. Herv. nur hier. Ganz in diesem Sinne auch *Hartung*, Korreferat 40. DJT (1953), E 54: „Selbstverständlich ist [...], daß die Körperschaft den rechtswidrigen Vorteil, der ihr infolge der Straftat zugeflossen ist, herauszugeben hat.“

13 *Hartung*, Korreferat 40. DJT (1953), E 54.

14 Das hatte für die Einziehung der BGH, Urt. v. 27. 10. 1953 – 5 StR 723/52 – BGHSt 5, 28 ff. (33) u. für die noch mit der Strafe verbundene Gewinnabschöpfung *Koffka*, in: NdSchr. GrStrKomm, Bd. I,¹² S. 301 (li. Sp.) nachgewiesen.

15 Siehe auch insoweit *Koffka*, in: NdSchr. GrStrKomm, Bd. I,¹² S. 301 (li. Sp.): Gerade bei den Wirtschaftsdelikten sei oft „gar keine Einzelperson da, die [dem Verband] den Gewinn wegnehmen oder ihn schadensersatzpflichtig machen“ könne.

16 So ausdr. *Koffka*, in: NdSchr. GrStrKomm, Bd. I,¹² S. 303 (li. Sp.). Zuvor (Bd. I,¹² S. 301 re.) sprach sie bereits von einem „öffentlich-rechtlichen Schadensersatzanspruch“.

17 *Koffka*, in: NdSchr. GrStrKomm, Bd. I,¹³ S. 320 (li. Sp.).

18 Vgl. *Koffka*, in: NdSchr. GrStrKomm, Bd. I,¹³ S. 320 (li. Sp.) u. ihr Referat in: Bd. IV, S. 567 (li. Sp. ff.). Weitere Nachw. hat *Lang-Hinrichsen*, in: FS Mayer (1966), S. 49 (71 in Fn. 77) zusammengetragen.

III. Das rechtspolitisch Wünschenswerte...

Schon der Vierzigste Deutsche Juristentag in Hamburg war darum bemüht, das rechtspolitisch gegebenenfalls Wünschenswerte mit dem dogmatisch Machbaren in Einklang zu bringen.²⁰ Zutreffend hat *Schmitt* festgestellt, dass die Antwort auf diese Frage oft von der Reihenfolge abhängt, in der man sich der beiden Einzelfragen annehme:²¹ Wer „die dogmatische Unmöglichkeit der Verbandsbestrafung“ zum Ausgangspunkt nehme, werde stets auch versucht sein, „das praktische Bedürfnis für die Körperschaftsstrafe in Abrede zu stellen.“ Diese Beobachtung gilt selbstredend auch in ihrer Umkehrung: Wer von dem praktischen Bedürfnis einer Verbandssanktion überzeugt ist, muss sich stets auch der Gefahr bewusst sein, bei den dogmatischen Schwierigkeiten vorschnell ein Auge zuzudrücken. Mit dieser Warnung im Hinterkopf soll im Folgenden zunächst zusammengetragen werden, wie die rechtspolitisch wünschenswerte Antwort des Gesetzgebers im Lichte der Vorarbeiten hätte aussehen sollen. Im nächsten Abschnitt (IV.) wird sich dann zeigen, dass diese Lösung auch bei gebotener Vorsicht keineswegs eine dogmatische Unmöglichkeit war.

1. Reaktion, Retrospektion und Restitution

Die konsequente und organische Fortführung der Vorarbeiten wäre eine reaktiv-retrospektive und restitutive Verbandssanktion gewesen.²² Im Regelfall müsste diese neben die Individualsanktion treten, deren Abschreckungswirkung sie ja gerade gewährleisten soll. Wo feststeht, dass ein Verbandsdelikt begangen wurde, eine Individualsanktion aber daran scheitert, dass sich die Person des Täters nicht sicher ermitteln lässt, muss die Verbandssanktion auch ohne Individualsanktion verhängt werden können. Auch hier ist es zu rechtswidrigen Gewinnen gekommen, auf die die juristische Person keinen Anspruch hat. Der Verzicht auf ihre Abschöpfung würde den Anreiz der ökonomisch-rationalen Kollusion gerade dort aufrechterhalten, wo die Tä-

19 Siehe den Leitsatz C. in: NdSchr. GrStrKomm, Bd. IV, S. 574. Diese „Geldbuße“ soll gegebenenfalls auch einen Schaden ausgleichen, der der Allgemeinheit durch die Verbandstat erwachsen ist.“ Herv. nur hier.

20 Vgl. *Engisch*, Referat 40. DJT (1953), E 12 sowie *Heinitz*, Gutachten 40. DJT (1953), E 20 (= S. 84).

21 *Schmitt*, Maßnahmen, S. 130.

22 Zu der Bedeutung dieser hier entwickelten Terminologie siehe oben § 7 C. I. (S. 210).

ter besonders geschickt und trickreich vorgehen. Vor allem aber soll dem einzelnen Täter die psychologische Rechtfertigungsmöglichkeit genommen werden, indem die Vorteile auch dann zurückzugewähren sind, wenn es zu keiner individuellen Sanktion kommt. Das Geschäft soll sich für den Verband in keinem Fall lohnen.

Reaktiv ist diese Sanktion, weil der Grund für ihre Festsetzung ein in der Vergangenheit liegendes Fehlverhalten ist.²³ Retrospektiv ist die Sanktion, weil bei ihrer Festsetzung allein auf das zurückliegende Fehlverhalten geschaut werden kann.²⁴ Es muss keine Gefahrenprognose angestellt werden; auf eine Wiederholungsgefahr oder die Gefahr anderer künftiger Rechtsbrüche kommt es nicht an.²⁵ Insoweit entspricht die Verbandssanktion tatsächlich den zurückschlagenden und typischer Weise als „repressiv“ bezeichneten Instrumenten der Strafe und der klassischen Individual-Geldbuße.

Der wesentliche Unterschied besteht in der Reichweite des Sanktionseingriffs. Die klassisch repressiven Instrumente entziehen dem Täter (trans-restitutiv)²⁶ mehr, als er aus der Tat erlangt hat.²⁷ Sie sollen – in dem schönen und bis heute unerreichten Bilde *Bindings* – „eine Wunde schlagen“.²⁸ Die Verbandssanktion, wie sie im Vorfeld des § 26 OWiG₆₈ erwogen worden war, sollte das zu keinem Zeitpunkt. Stets ging es schlicht darum, der juristischen Person zu entziehen, was sie bei rechtmäßigem Verhalten ihrer Organwalter nicht erworben hätte.²⁹ Die Sanktion sollte, wenn und soweit

23 Zur Unterscheidung von reaktiven u. proaktiven Maßnahmen bereits § 7 C. I. 1. (S. 212).

24 Siehe zur Unterscheidung von retrospektiven u. prospektiven Maßnahmen § 7 C. I. 2. (S. 213).

25 Das Gegenbeispiel wäre die (reaktiv-prospektive) Maßregel der Besserung u. Sicherung, die ihrerseits (reaktiv) an zurückliegendes Verhalten anknüpft, aber (prospektiv) nur bei einer fortbestehenden Gefährlichkeit des Täters verhängt werden darf.

26 Zur Unterscheidung von restitutiven u. trans-restitutiven Maßnahmen § 7 C. I. 3. (S. 215).

27 Wegen des oft weit über das begangene Unrecht hinausgehenden Übels spricht *Schünemann*, ZIS 2014,¹ S. 1 (3 m. Fn. 14) treffend von einem „Overkill-Effekt“: „Wer ein Vermögensdelikt begeht, [...] wird unter Umständen über Jahre hinweg wie ein wildes Tier in einen Käfig gesperrt“.

28 *Binding*, Normen I, S. 170 (= Normen I² S. 288): „Die Strafe *soll* eine Wunde schlagen, der Schadenersatz eine andere heilen, wenn möglich ohne eine zweite zu verursachen“. Herv. im Original durch Sperrung.

29 *Engisch*, Referat 40. DJT (1953), E 34: „Schadenersatz oder Vorteilsentziehung“. BGH, Urt. v. 27. 10. 1953 – 5 StR 723/52 – BGHSt 5, 28 ff. (33): Geldstrafe als „geeignetes Mittel, der juristischen Person die Vorteile der Tat wieder abzunehmen.“

der zivilrechtliche Schadenersatz nicht zum Zuge kam,³⁰ dessen Aufgabe übernehmen, sprich: die Wunde der rechtswidrigen Güterzuordnung „heilen, [...] ohne eine zweite zu verursachen.“³¹ Wer also die Vorarbeiten organisch fortführen wollte, durfte die Verbandssanktion nicht als (trans-restitutive) Übelzufügung verstehen, sondern musste in ihr die (restitutive) Herstellung der rechtmäßigen Güterzuordnung sehen.

Zur wirksamen Absicherung der Individualsanktion war das auch ausreichend. Das Präventionsdefizit der reinen Individualverantwortlichkeit besteht im Anreiz zur ökonomisch-rationalen Kollusion. Dieser Anreiz entfällt, sobald das Verbandsdelikt kein lohnendes Geschäft mehr ist.³² Schon die umfassende Abschöpfung aller Tatvorteile würde genügen, um aus dem lohnenden Geschäft im Falle der Aufdeckung allenfalls ein Null-Summen-Spiel zu machen. Sie würde gewährleisten, dass die Sanktion des Einzeltäters nicht aus den Tatgewinnen bestritten wird. Er muss das Sanktionsübel nachhaltig selbst tragen, sodass dessen Androhung abschreckend wirken kann. Einer zusätzlichen Übelzufügung beim Verband bedarf es hierzu nicht.³³ Auf sie konnte aber auch deshalb verzichtet werden, weil der Verband in aller Regel durch „*negative Publizität*“ sowie „*Verlust an Akzeptanz, an Arbeitszeit und -kraft*“³⁴ ohnehin einen handfesten, außerstrafrechtlichen Nachteil erleiden müsste.³⁵

30 Siehe vor allem *Koffka*, in: NdSchr. GrStrKomm, Bd. I¹² S. 301 (li. Sp.), die ihren öffentlich-rechtlichen Bereicherungs- u. Schadenersatzanspruch gerade aus den Fällen der Wirtschaftsdelikte entwickelt hatte, in denen oft „gar keine Einzelperson da [sei], die [dem Verband] den Gewinn wegnehmen oder ihn schadenersatzpflichtig machen“ könne.

31 Vgl. auch insoweit das eben wiedergegebene Zitat von *Binding*, Normen I, S. 170 (= Normen I² S. 288).

32 So bereits eben I. (S. 347).

33 Sie wäre bei dieser Argumentation nicht erforderlich, damit unverhältnismäßig u. in letzter Instanz verfassungswidrig. Zu einem möglichen Gegenargument sogleich 2. (S. 353).

34 *Eidam*, Unternehmen u. Strafe, S. VIII. Herv. im Original.

35 Allein die Kosten externer Berater für die interne Untersuchung des Schmiergeldskandals hat die MAN SE mit 30,2 Mio. Euro beziffert, MAN SE,[@]Zusf. Vergleichs-Bericht, S. 1. Die Siemens AG bezifferte diese Kosten in ihrem Schmiergeldskandal mit rund 857 Mio. Euro (!), Siemens AG,[@]Einladung HV 2010, S. 27.

2. Exkurs: Trans-restitutive Verbandssanktionen

Zwar kann man diesen Nachteil mit guten Gründen für zu gering oder für zu ungewiss halten. Geht man beispielsweise³⁶ von einer „wahlos gegriffenen Sanktionierungsrate von 10 %“ aus, so kämen auf jedes aufgedeckte Verbandsdelikt neun unentdeckt gebliebene Fälle. Die aus diesen Taten gezogenen Gewinne dürften allemal ausreichen, um die negativen Auswirkungen eines aufgedeckten Falles abzufedern, den altruistischen Täter freizustellen und weiterhin ein gutes Geschäft zu machen. Die Gefahr der ökonomisch-rationalen Kollusion wäre dann in der Tat nicht beseitigt. Entsprechend könnte man – parallel zur insoweit vergleichbaren Lage bei der natürlichen Person³⁷ – verlangen, dass mit der Verbandssanktion ein ausreichender „Overkill“ angedroht werde, um auch die Gewinne aus vermuteten anderen Taten zu erreichen und die bei einer rein restitutiven Verbandssanktion möglicherweise verbleibenden Fehlanreize endgültig zu beseitigen.

Anm. 10.4: Nur auf diesem Wege wird sich eine Verbandssanktion mit der Grundkonzeption unseres Strafrechts vereinbaren lassen. Unser Strafrecht bezweckt „den Rechtsgüterschutz durch das Mittel der mit Androhungsgeneralprävention ausgestatteten Verhaltensnormen“.³⁸ Rechtsgüter werden nie durch juristische Personen, sondern immer nur durch die für sie handelnden natürlichen Personen verletzt. Bei einem jeden strafrechtlichen Instrument kann es deshalb stets nur darum gehen, die mit „Handlungsfähigkeit und Vermeidemacht“ ausgestatteten Normadressaten – sprich: die natürlichen Personen – zur Einhaltung ebendieser Verhaltensnormen anzuhalten. Zu diesem Zweck werden die Verhaltensnormen durch Sanktionsnormen abgesichert, die dem potentiellen Täter für den Normverstoß ein Übel androhen. Wo die Sanktionsandrohung alleine die Einhaltung der Verhaltensnorm wegen systemisch bedingter Defizite nicht zu gewährleisten vermag, ist sie durch zusätzliche Mittel abzusichern. Zu dieser tertiären Normenordnung – sprich: den Normen, die als Hilfsinstrumente die sekundäre Sanktionsnorm absichern – gehört neben der Einziehung von Taterträgen eben auch die Verbandssanktion. Sie soll bei den Verbandsdelikten das systemisch bedingte Defizit beseitigen, das in dem Auseinanderfallen von dem begünstigten und dem per Individualsanktion erreichbaren Vermögen besteht. Die als solches tertiäre Hilfskonstrukt verstan-

36 Mit *Schünemann*, Unternehmenskriminalität, S. 161 f.

37 Siehe etwa *Schünemann*, ZIS 2014¹, S. 1 (3 in Fn. 14), der zutr. darauf hinweist, dass „nur ein geringer Teil der tatsächlich begangenen Verbrechen aufgeklärt und abgeurteilt werden“ könne u. deshalb nur ein „angedrohter ‚Overkill‘ auch diejenigen potentiellen Straftäter zu beeindrucken vermag, die das Ausmaß der Entdeckungswahrscheinlichkeit in ihr Kalkül einbeziehen.“

38 So *Schünemann*, ZIS 2014¹, S. 1 (3), der die wichtige u. richtige Frage stellt, wie „man damit ein Unternehmensstrafrecht vereinbaren“ will.

dene Verbandssanktion gewährleistet dann die Durchschlagskraft der sekundären Sanktionsnorm und damit die Einhaltung der primären Verhaltensnorm. Mit der Grundkonzeption unseres Strafrechts ließe sie sich ohne Weiteres vereinbaren. In der aktuellen Diskussion,³⁹ die darum bemüht ist, ein – immer theoretisch bleibendes und auf Fiktionen beruhendes – Verbandsverschulden zu konstruieren, kommt dieser Gedanke soweit ersichtlich nicht vor.

Gleichwohl: Eine entsprechende Zwecksetzung ist weder bei den Impulsgebern, noch bei den Beratungen des § 26 OWiG₆₈ erkennbar. Im Gegenteil: Der Gesetzgeber sah – freilich ohne die hier entwickelte Terminologie – in jeder trans-restitutiven Sanktion eine mit dem Schuldgrundsatz nicht zu vereinbarende Bestrafung der juristischen Person.⁴⁰ Die ihm von den Impulsgebern angetragene und schließlich auch vorgenommene Beschränkung auf eine rein restitutive Sanktion soll im Rahmen dieser Arbeit respektiert und nicht hinterfragt werden.⁴¹

3. Abschöpfung des unmittelbaren Gewinns

Keine Schwierigkeiten bereitet die Abschöpfung des unmittelbaren Gewinns. Er lässt sich rechnerisch ausreichend exakt erfassen, ohne dass die Praxis durch diese Aufgabe überfordert würde. Die Abschöpfung eines Vermögensbestandteils, der dem Betroffenen ohnehin nicht zusteht, ist als bloße Restitution des status quo ante ein öffentlich-rechtlicher Bereicherungsanspruch⁴² und keine dem Schuldprinzip unterworfen Strafe. Weil niemand einen Anspruch darauf hat, durch eigenes oder fremdes rechtswidriges Verhalten bereichert zu sein, bereitet seine Legitimation keine Mühe. Der Vorschlag der Großen Strafrechtskommission, die Abschöpfung des unmittelbaren Gewinns dem zu

39 Siehe die Zusammenstellungen etwa bei *Meyberg*, in: BeckOK-OWiG₂₈ § 30 Rn. 17 ff. u. *Rogall*, in: KarlsruKomm-OWiG₅ § 30 Rn. 2 ff. jew. m. w. N.

40 Dass diese Befürchtung tatsächlich unbegründet war, wird im nächsten Abschnitt nachgewiesen. Siehe IV. (S. 359).

41 Für die Zwecke dieser Untersuchung ist das auch nicht notwendig: Würde die rein restitutive Verbandssanktion als ungeeignet eingestuft, so wäre sie ein verfassungswidriger Eingriff. Dem Problem des Geldbußen-Regresses wäre dann der Boden entzogen, weil es an dem Substrat eines entsprechenden Anspruches fehlen würde.

42 Entsprechend wurde der frühere Verfall – jetzt: Einziehung von Taterträgen – jedenfalls bei Anwendung des Netto-Prinzips als quasi-konditionelle Ausgleichsmaßnahme eigener Art bezeichnet. Siehe nur *Heuchemer*, in: BeckOK-StGB₄₈ § 73 Rn. 1 m. w. N. Der Begriff der quasi-konditionellen Ausgleichsmaßnahme geht auf *Eser*, Sanktionen, S. 284 ff. zurück.

einem allgemeinen Institut ausgestalteten Verfall zu übertragen, konnte sich entsprechend auch lange halten.⁴³ Er ist nur deshalb nicht Gesetz geworden, weil die Verfallskomponente der Verbandssanktion in der weitergehenden Verbandsgeldbuße des § 26 OWiG₆₈ aufgegangen ist.⁴⁴

4. Abschöpfung des mittelbaren Gewinns

Für die mittelbaren Gewinne gilt an sich dasselbe: Auch insoweit hat niemand einen Anspruch darauf, durch verbotenes Handeln bereichert zu werden; die (exakte) Abschöpfung (nur) des mittelbaren Gewinns bereitet entsprechend ebenfalls keine grundsätzlichen Legitimationsprobleme.⁴⁵

Dass der Gesetzgeber sich mit der Abschöpfung des mittelbaren Gewinns so schwer tat, lag bekanntlich⁴⁶ an einem anderen, ganz praktischen Problem. Der mittelbare Gewinn beruht auf unzähligen Faktoren, von denen die ursprüngliche Straftat nur einer ist.⁴⁷ Schon die Unternehmen seien nicht in der Lage, ihre Gewinne und Verluste auf eine bestimmte Maßnahme zurückzuführen.⁴⁸ Erst recht müsse dann die Praxis überfordert sein, den mittelbaren Gewinn rechnerisch exakt zu erfassen.⁴⁹ Seine Abschöpfung

43 Noch in der zweiten Lesung des § 19 EOWiG – BT-PlenProt. 161/V, S. 8491 (A) u. (B) – machte sich die Fraktion der FDP für eine allgemeine Trennung von Gewinnschöpfung u. Geldbuße durch die Einführung eines allgemeinen Verfalls auch im Ordnungswidrigkeitenrecht stark. Die Argumentation ist unten zu D. I. 2. (S. 383) wiedergegeben.

44 Siehe den zweiten schr. Ber. des SondA-StrafR in: BT-Drs. V/4095, S. 40 (re. Sp.): Im Ausschuss bestand Einigkeit darüber, dass „eine aufgrund des § 26 OWiG [...] verhängte Geldbuße als die umfassendere Maßnahme den Verfall ausschließt.“

45 Vgl. *Schünemann*, ZIS 2014,¹ S. 1 (7), der aber nicht zwischen mittelbaren u. unmittelbaren Gewinnen unterscheidet u. diese Aussage nur zur Verfallskomponente des § 30 OWiG tätigt. Mit dieser Aussage zum strafrechtlichen Dritt-Verfall auch *Geiger*, S. 232.

46 Siehe dazu bereits § 9 B. III. 2. (S. 300) u. § 9 B. IV. 1. (S. 310).

47 *Meyer*, in: Prot. SondA-StrafR IV²³ S. 414 nannte etwa „die Tüchtigkeit und Geschäftserfahrung der Betriebspersonen sowie die Ausnutzung legaler Betriebsmittel.“

48 So zutr. *Baldus*, in: NdSchr. GrStrKomm, Bd. IV,⁵⁰ S. 332 (re. Sp. f.).

49 Mit diesem Argument ist im E₆₂ die Erstreckung des Verfalls auf mittelbare Gewinne abgelehnt worden, BT-Drs. IV/650, S. 242 (li. Sp.). Zuvor mit diesem Argument gegen eine Verbandssanktion etwa *Baldus*, in: NdSchr. GrStrKomm, Bd. IV,⁵⁰ S. 332 (li. Sp.), *Gößrau*, Bd. IV,⁵⁰ S. 322 (li. Sp.), *Jescheck*, Bd. IV,⁵⁰ S. 331 (re. Sp.) u. S. 333 (re. Sp.), *Schafheutle*, Bd. IV,⁵⁰ S. 333 (li. Sp.) u. *Strauß*, Bd. IV,⁵⁰ S. 332 (li. Sp.).

kann deshalb nur ungefähr und nur durch Schätzung,⁵⁰ sprich: im Wege einer Ermessensentscheidung erfolgen.

Wie unter der Spitze eines Eisbergs verbarg sich hinter diesem praktischen Problem eine ganze Reihe dogmatischer und verfassungsrechtlicher (Schein-)Probleme. Sie sollen im nächsten Abschnitt (IV.) freigelegt und entkräftet werden. Vorerst genügt insoweit Folgendes: Zwar sind die praktischen Schwierigkeiten bei der Ermittlung des mittelbaren Gewinns nicht zu verkennen.⁵¹ Sie dürfen umgekehrt aber auch nicht überbewertet werden. Die gedankliche Operation, die der jeweils entscheidenden Stelle abverlangt wird, unterscheidet sich durch ihre Komplexität nicht wesentlich von anderen Entscheidungssituationen.⁵²

Auch bei der Zumessung des Ahndungsteils einer (Individual-)Geldbuße wird von dem behördlichen Sachbearbeiter oder dem Tatrichter eine wägende Entscheidung im pflichtgemäßen Ermessen verlangt.⁵³ Er soll sich ein umfassendes Bild von dem Gewicht der Tat und dem den Täter treffenden Vorwurf machen⁵⁴ und dieses – gegebenenfalls unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters – in einen exakten Geldbetrag⁵⁵ übersetzen. Der Akt der Bußgeldbemessung verlangt damit nicht weniger als „eine das Tatunrecht quantifizierende Einordnung der betreffenden Tat unter Berücksichtigung der täterbezogenen Umstände und Gesichtspunk-

50 Zutr. hat *Lang-Hinrichsen*, in: FS Mayer (1966), S. 49 (71 f.) darauf hingewiesen, dass dies in gewissem Umfang auch beim unmittelbaren Gewinn der Fall sei. Heute scheint sich an dieser Tatsache niemand mehr zu stören. Im Gegenteil sei im Rahmen des § 17 Abs. 4 OWiG stets die (auch grobe) Schätzung des Gewinns zulässig. Siehe nur BGH, Urt. v. 14. 2. 2007 – 5 StR 323/06 – NStZ-RR 2008! S. 13 ff. (15) m. w. N. aus der Rspr.; *Meyberg*, in: BeckOK-OWiG;²⁸ § 30 Rn. 101; *Rogall*, in: KarlsruKomm-OWiG;⁵ § 30 Rn. 141 u. *Sackreuther*, in: BeckOK-OWiG;²⁸ § 17 Rn. 135 jew. m. w. N.

51 Auch *Koffka*, in: NdSchr. GrStrKomm, Bd. IV, S. 569 (re. Sp.) u. *Lang-Hinrichsen*, in: FS Mayer (1966), S. 49 (71 f.) haben diese Schwierigkeit als Befürworter einer – jew. unterschiedlich ausgestalteten – Gewinnabschöpfung eingeräumt.

52 Zutr. bereits *Mezger*, in: NdSchr. GrStrKomm, Bd. I,¹³ S. 318 (re. Sp.): Bei der Abschöpfung des mittelbaren Verbandsgewinns müsse „im Einzelfall eine Abschätzung Platz greifen, wie sie auch sonst vom Richter verlangt werde.“

53 *Mitsch*, in: KarlsruKomm-OWiG;⁵ § 17 Rn. 30 u. *Sackreuther*, in: BeckOK-OWiG;²⁸ § 17 Rn. 27.

54 Vgl. nur OLG Düsseldorf, Beschl. v. 22. 12. 1998 – 3 Ws OWi 667-668/98 – NJW 1999³⁶ S. 2686 f. (2687) u. *Sackreuther*, in: BeckOK-OWiG;²⁸ § 17 Rn. 27. Zu Recht kritisiert *Mitsch*, in: KarlsruKomm-OWiG;⁵ § 17 Rn. 30, dass mit der „Bedeutung“ u. dem „Vorwurf“ nur Selbstverständlichkeiten ausgedrückt würden, u. diese Begriffe so vage blieben, dass sie in der Praxis keine echte Entscheidungshilfe böten.

55 Bei Straftaten gar in eine Dauer des Freiheitsentzuges.

te“.⁵⁶ Eine solche Einordnung kann kaum genauer erfolgen als die ungefähre Bestimmung des mittelbaren Gewinns.⁵⁷

Anm. 10.5: Darüber hinaus sollte es der Ahndungsteil der Geldbuße ermöglichen, „in gewissem Umfang auch den mittelbaren Gewinn zu berücksichtigen.“⁵⁸ Das bedeutet, dass die Unschärfe bei der Feststellung des mittelbaren Gewinns automatisch auch in die Bemessung des Ahndungsteils einfließt. Je ungenauer der tatsächlich entstandene mittelbare Gewinn erfasst wurde, umso weniger genau vermag die ausgeworfene Sanktion das tatsächlich begangene Unrecht zu quantifizieren. Kann diese Ungenauigkeit bei der am Schuldprinzip zu messenden Individualsanktion hingenommen werden, so kann sie auch einer diesem Prinzip nicht unterworfenen⁵⁹ Verbandssanktion nicht entgegenstehen.

So wenig sich trotz dieser Komplexität auf die Zumessung des Ahndungsteils verzichten lässt, so wenig konnte auf die Abschöpfung des mittelbaren Verbandsgewinns verzichtet werden.⁶⁰ Im Gegenteil: In demselben Maße, in dem eine gewisse Streubreite bei der Quantifizierung des Tatunrechtes hinzunehmen ist,⁶¹ konnte und musste auch die nur ungenau mögliche Erfassung des mittelbaren Gewinns hingenommen werden. Wer also den Gerichten und Behörden bei der Zumessung des Ahndungsteils vertraut, kann ihnen auch bei der Bemessung des mittelbaren Gewinns der Verbandssanktion vertrauen. Auch hier wird sich „ein gerechtes Verhältnis zwischen der Zuwiderhandlung und der aufzuerlegenden Geldleistung herausbilden“⁶² bzw. hat sich dieses zwischenzeitlich herausgebildet.⁶³

56 So *Klusmann*, in: Hdb-KartR⁴, § 57 Rn. 86. Treffend zur Strafzumessung *Kudlich/Koch*, NJW 2018,³⁸ S. 2762 (2763): Selbst „wenn die Schuld genau festgestellt werden könnte“, gäbe es „keinen festen ‚Wechselkurs‘ in eine bestimmte Strafhöhe“.

57 Ihre Überprüfung wird denn auch darauf beschränkt, ob der Tatrichter oder Sachbearbeiter von rechtlich zutreffenden Erwägungen ausgegangen ist u. von seinem Ermessen rechtsfehlerfrei Gebrauch gemacht hat. Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 22. 12. 1998 – 3 Ws OWi 667-668/98 – NJW 1999;³⁶ S. 2686 f. (2687) m. w. N. Siehe auch *Mitsch*, in: KarlsruKomm-OWiG⁵, § 17 Rn. 30.

58 BT-Drs. V/1269, S. 53 (li. Sp.). Dazu bereits oben B. I. (S. 327).

59 Zur Unbeachtlichkeit des Schuldprinzips bei Verbandssanktionen sogleich IV. 1. (S. 360).

60 Auch *Koffka*, in: NdSchr. GrStrKomm, Bd. IV, S. 569 (re. Sp.) u. *Lang-Hinrichsen*, in: FS Mayer (1966), S. 49 (71 f.) wollten wegen des großen praktischen Bedürfnisses trotz der erkannten u. eingeräumten Schwierigkeiten nicht auf eine Gewinnabschöpfung verzichten.

61 Auf das Stichwort der sog. „Spielraumtheorie“ als Gegenentwurf zur sog. „Theorie der Punktstrafe“ sei unter Verweis auf *Jescheck/Weigend*, StrafR-AT⁵ § 82 IV 6 (S. 880 f.) nur hingewiesen.

62 So zutr. *Mezger*, in: NdSchr. GrStrKomm, Bd. I,¹³ S. 318 (re. Sp.).

Anm. 10.6: Die gedankliche Operation ist im Übrigen sehr ähnlich:⁶⁴ So wie besonders perfides und trickreiches Vorgehen des Organwalters den diesen treffenden Vorwurf erhöht, führt es im Zweifel auch zu höheren mittelbaren Gewinnen des Verbandes. Dasselbe gilt für die Bedeutung der Tat, wenn die Zuwiderhandlung längere Zeit andauert oder der Verband, für den die Tat vorgenommen wurde, über eine herausragende Marktposition verfügt. Umgekehrt kann ein positives Nachtatverhalten des Täters den Vorwurf verringern oder bei der juristischen Person – etwa durch die aus eigenen Mitteln finanzierte Sachverhaltsaufklärung durch externe Berater⁶⁵ – dazu führen, dass erhebliche Teile des mittelbaren Gewinns bereits wieder abgetragen sind. Solange man sich dieses Wesensunterschieds zwischen Verbands- und Individualsanktion bewusst ist, kann man den Teil der Verbandssanktion, der im Wege einer Ermessensentscheidung den mittelbaren Gewinn abschöpft, in Anlehnung an die Terminologie bei der Individualsanktion gut und gerne als Pseudo-Ahndungsteil⁶⁶ bezeichnen.

5. Zwischenfazit

Das rechtspolitisch Wünschenswerte wäre danach eine reaktiv-retrospektive Verbandssanktion gewesen, die neben die Individualsanktion tritt und dem Verband umfassend restitutiv die mittelbaren und unmittelbaren Tatgewinne entzieht.

63 Insoweit sei nur auf die[@] Bußgeldleitlinien des BKartA verwiesen. Zu den Besonderheiten der nach § 81 Abs. 4 GWB bemessenen Verbandsgeldbuße noch § 11 B. II. 1. (S. 438).

64 Aus diesem Grund wird bei der Bemessung der Verbandsgeldbuße – in eindeutiger Missachtung des Wortlautes – auch eine wenigstens sinngemäße Anwendung des § 17 Abs. 3 OWiG befürwortet. Siehe nur OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 28. 1. 2010 – WpÜG 10/09 – NZG 2010!⁵ S. 583 ff. (584 f.); *Meyberg*, in: BeckOK-OWiG;²⁸ § 30 Rn. 103; *Rogall*, in: KarlsruKomm-OWiG;⁵ § 30 Rn. 134 m. w. N. auch zur Gegenansicht.

65 Als Bsp. mögen abermals die Siemens AG und die MAN SE erhalten, die die Kosten der Sachverhaltsaufklärung im Zuge ihrer jew. Schmiergeldskandale mit 857 Mio. Euro (Siemens AG,[@] Einladung HV 2010, S. 27) bzw. 30,2 Mio. Euro (MAN SE,[@] Zusf. Vergleichs-Bericht, S. 1) beziffert haben.

66 Ein echter Ahndungsteil kann es natürlich nicht sein, weil die juristische Person – BT-Drs. V/1269, S. 58 (li. Sp.) – „als fiktives und im natürlichen Sinne handlungsunfähiges Wesen“ einer (S. 61 li.) „Tat im natürlichen Sinne nicht fähig“ ist. Ihr nicht-Handeln kann ihr deshalb auch nicht zum Vorwurf gemacht werden, sodass der Anknüpfungspunkt für eine echte Ahndung fehlt.

IV. ... und das dogmatisch Machbare

Steht das rechtspolitisch Wünschenswerte danach fest, stellt sich nur mehr die Frage der dogmatischen Machbarkeit. Der Gesetzgeber tat sich allein mit der Abschöpfung des mittelbaren Gewinns schwer. Weil dieser auf unzähligen Faktoren beruhe, lasse er sich von der Behörde oder dem Tatrichter nicht mit der nötigen Genauigkeit errechnen. Warum aber die fehlende Berechenbarkeit des mittelbaren Gewinns eine unüberwindliche Hürde sein sollte, ist selten deutlich geworden.¹ Gräbt man ein wenig, so lässt sich der eigentliche Kern freilegen:

Lässt sich der mittelbare Gewinn rechnerisch nicht exakt erfassen, so kann seine Abschöpfung nur ungefähr erfolgen. Stets drohte dann die Gefahr, dass dem Verband mehr entzogen wird, als er tatsächlich aus der Tat erhalten hat.² Ihm würde nicht lediglich ein (restitutiver) Ausgleich für den ihm nicht zustehenden Vorteil auferlegt, sondern sonstiges „unbemakeltes“ Vermögen entzogen. Eine solche Vermögensentziehung wäre aber ein echtes (trans-restitutives) Vermögensübel, sprich: eine Strafe im weiteren Sinne.

Weil Strafe (im weiteren Sinne) aber von Verfassungen wegen stets Schuld voraussetze, müsste der trans-restitutive Teil³ der Verbandssanktion aus den bekannten Gründen gegen die Verfassung verstoßen. Gegenüber der juristischen Person sei (1.) ein Schuldvorwurf nicht möglich und könne eine Strafe nicht ohne Verstoß gegen den Schuldgrundsatz verhängt werden.⁴ Die

1 Offen ausgesprochen hat es nur der Ausschussassistent *Meyer*, in: Prot. SondA-StrafR IV;²³ S. 415 (re. Sp.): Die praktischen Schwierigkeiten der Berechenbarkeit ließen sich beseitigen, „wenn man der [Verbands-] Geldbuße, wie im Ordnungswidrigkeitenrecht [...], einen stärkeren repressiven Gehalt geben würde und die Höhe der [...] zu entziehenden Vorteile [...] nicht besonders errechnet zu werden brauchte. Eine solche Geldbuße würde sich aber in dieser Hinsicht nicht mehr von der Geldstrafe unterscheiden“.

2 Heute scheint sich an dieser Tatsache niemand mehr zu stören. Im Gegenteil sei im Rahmen des § 17 Abs. 4 OWiG stets die (auch grobe) Schätzung des Gewinns zulässig. Siehe nur BGH, Urt. v. 14. 2. 2007 – 5 StR 323/06 – NStZ-RR 2008; S. 13 ff. (15) m. w. N. aus der Rspr.; *Meyberg*, in: BeckOK-OWiG;²⁸ § 30 Rn. 101; *Rogall*, in: KarlsruKomm-OWiG;⁵ § 30 Rn. 141 u. *Sackreuther*, in: BeckOK-OWiG;²⁸ § 17 Rn. 135 jew. m. w. N.

3 Sprich: Der über die tatsächlich erzielten mittelbaren Vorteile hinaus gehende Teil.

4 Siehe BT-Drs. V/1269, S. 58 (li. Sp.): Während das „Strafrecht [...] von einer persönlichen, menschlichen Schuld“ ausgehe u. „die Strafe [...] eine sozioethische Mißbilligung verschuldeten Unrechts“ enthalte, sei die „juristische Person [...] als fiktives und im natürlichen Sinne handlungsunfähiges Wesen weder einer Schuld fähig, noch einer sozioethischen Mißbilligung zugänglich.“ Die Strafbarkeit der

Verbandssanktion würde (2.) tatsächlich die Mitglieder des Verbandes und dessen Arbeitnehmer und damit die „Falschen“ bestrafen, die überdies meist ohne Schuld gehandelt haben. Schließlich würde (3.) der schuldige Täter, sofern er an der Gesellschaft beteiligt ist, ein zweites Mal bestraft.⁵ Tatsächlich aber hält keines dieser Bedenken einer kritischen Überprüfung stand. Das ist andernorts so überzeugend und umfassend herausgestellt worden, dass die wesentlichen Erkenntnisse im Folgenden nur kurz zusammengestellt und vereinzelt präzisiert werden sollen.

1. Juristische Person und Schuldprinzip

Dem ersten Einwand ist entgegenzuhalten, dass strafrechtliche Sanktionen gegen juristische Personen nicht gegen den Schuldgrundsatz verstoßen (können), weil sie an diesem schon nicht zu messen sind. Denn dieser Grundsatz ruht auf der Menschenwürde-Garantie des Grundgesetzes, auf die sich eine juristische Person gerade nicht berufen kann.⁶

a) Schuldprinzip und Menschenwürde-Garantie

Diese Erkenntnis, die sich im neueren Schrifttum mit Recht immer mehr durchsetzt,⁷ stand dem Gesetzgeber des OWiG₆₈ freilich noch nicht zur Verfügung. Er konnte allein auf die Grundsatzentscheidung des Bundesverfassungsgerichts⁸ aus dem Jahre 1966 zugreifen. Darin hatte das Gericht den Schuldgrundsatz lediglich mit dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG)

juristischen Person lasse sich deshalb „weder mit dem Schuldstrafrecht noch mit dem Wesen der Strafe vereinbaren.“

5 BT-Drs. V/1269, S. 61 (re. Sp.): „Wenn zunächst gegen“ den Organwalter u. „anschließend gegen die juristische Person [...] eine Geldbuße festgesetzt wird [...], so könnte dies einer – vom Grundgesetz untersagten – Doppelbestrafung mindestens nahekommen.“

6 Pointiert wie treffend *Prittwitz*, in: *Rationalität u. Empathie* (2014), S. 111 (114): „Das Schuldprinzip schützt Menschen, es schützt nicht das Strafrecht vor Weiterentwicklung und es schützt auch nicht die Unternehmen vor einer möglichen Strafbarkeit de lege ferenda.“

7 Siehe etwa *Jahn*, in: *Untern-StrafR u. Alternativen* (2016), S. 53 (74) u. *Kirch-Heim*, S. 186 ff. jew. m. w. N. Siehe auch DRiB,[@] Stellungnahme Nr. 16/2014, S. 3; *Kudlich/Oğlakcioğlu*, *Wirtschafts-StrafR*², Rn. 89; *Neumann*, in: *UnternehmensstrafR* (2012), S. 13 (19 f.) u. *Vogel*, in: *Corporate Criminal Liability* (2014), S. 337 (339).

begründet, dem es etwas zusammenhanglos die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) zur Seite stellte.⁹ Das so formulierte Schuldprinzip ließ sich von dem allgemeinen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht unterscheiden¹⁰ und hätte deshalb auch auf juristische Personen Anwendung finden müssen.

Die Besonderheit des Schuldgrundsatzes folgt erst aus der Aufladung¹¹ des rechtsstaatlichen Übermaßverbotes durch die Menschenwürde-Garantie. Diese nahm das Gericht allerdings erst drei Jahre später und deshalb nach Verabschiedung des § 26 OWiG₆₈ vor.¹² In dieser Entscheidung stützte es den Schuldgrundsatz – nunmehr ohne Rückgriff auf das Rechtsstaatsprinzip – auf die mit der Menschenwürde vorausgesetzte Eigenverantwortlichkeit des Menschen.¹³ Seither hat es „in nahezu beliebig erscheinender Weise auf

8 Beschl. v. 25. 10. 1966 – 2 BvR 506/63 („*nulla poena sine culpa*“) – BVerfGE **20**, 323 ff. (331). Auf diesen Beschl. hat bspw. Göhler, in: Prot. RechtsA V,⁴⁴ S. 26 hingewiesen.

9 BVerfG, Beschl. v. 25. 10. 1966 – 2 BvR 506/63 („*nulla poena sine culpa*“) – BVerfGE **20**, 323 ff. (331): „Dem Grundsatz, daß jede Strafe [...] Schuld voraussetze, kommt verfassungsrechtlicher Rang zu. Er ist im Rechtsstaatsprinzip begründet. [...] Die strafrechtliche [...] Ahndung einer Tat ohne Schuld des Täters ist demnach rechtsstaatswidrig und verletzt den Betroffenen in seinem Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG.“

10 BVerfG, Beschl. v. 25. 10. 1966 – 2 BvR 506/63 („*nulla poena sine culpa*“) – BVerfGE **20**, 323 ff. (331): „Zur Rechtsstaatlichkeit gehört [...] auch die materielle Gerechtigkeit [...]. Die Idee der Gerechtigkeit fordert, daß Tatbestand und Rechtsfolge in einem sachgerechten Verhältnis zueinander stehen.“ Zutr. auch BVerfG, Beschl. v. 16. 1. 1979 – 2 BvL 44/77 („*Rückfall*“) – BVerfGE **50**, 125 ff. (133) m. w. N.: „[I]nsoweit deckt sich der Schuldgrundsatz in seinen die Strafe begrenzenden Auswirkungen mit dem Verfassungsgrundsatz des Übermaßverbots.“

11 Lagodny, Strafr u. GrundR, § 15 C IV 4 (S. 415) spricht von einer „Verstärkung des Abwägungsschutzes“ durch die Menschenwürde-Garantie.

12 Diese Entwicklung scheinen etwa Achenbach, wistra 2018⁵, S. 185 (189) u. Mäger/v. Schreitter, NZKart 2017⁶, S. 264 (274 u. 278) zu übersehen, wenn sie allein auf BVerfG, Beschl. v. 25. 10. 1966 – 2 BvR 506/63 („*nulla poena sine culpa*“) – BVerfGE **20**, 323 ff. (331) gestützt einwenden, dass das Schuldprinzip nicht in der Menschenwürde, sondern im Rechtsstaatsprinzip wurzele. Das BVerfG selbst hat diese Anknüpfung an das Rechtsstaatsprinzip abgeschwächt u. – wie sogleich zu zeigen sein wird – den Schwerpunkt immer weiter in Richtung der Menschenwürde verschoben.

13 BVerfG, Beschl. v. 26. 2. 1969 – 2 BvL 15/68 („*Verfolgungsverjährung*“) – BVerfGE **25**, 269 ff. (285): „[Der] Grundsatz wurzelt in der vom Grundgesetz vorausgesetzten und in Art. 1 I und Art. 2 I GG verfassungskräftig geschützten Würde

einen oder mehrere dieser Ausgangspunkte Bezug“ genommen.¹⁴ Ohne die Menschenwürde kam die Begründung des Schuldgrundsatzes dabei jedoch – fast – nicht mehr aus.¹⁵

Richtig verstanden ist der Schuldgrundsatz damit eine strafrechtsspezifische und mit engeren Abwägungsgrenzen versehene Ausprägung des rechtsstaatlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Es genügt bei Strafen und Geldbußen (gegen natürliche Personen) eben nicht, dass „Tatbestand und Rechtsfolge in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen.“¹⁶ Denn ihre Festsetzung und Vollstreckung soll – allen Rechtsunterworfenen und mit ihnen auch dem Täter selbst¹⁷ – für die Zukunft verdeutlichen, dass der Staat es mit den Sanktionsnormen und den durch sie geschützten Verhaltensnormen ernst meint. An dem Täter, den die strafrechtliche Prävention in der Vergangenheit ersichtlich nicht erreichen konnte,¹⁸ wird ein Exempel statuiert, um die Präventionswirkung des Strafrechts für die Zukunft zu stärken. Zum Zwecke der Abschreckung wird ihm allein wegen der zurückliegenden Tat ein Übel zugefügt und zwar unabhängig davon, ob von ihm weitere Störungen der Rechtsordnung zu erwarten sind.¹⁹

Eine solche Instrumentalisierung des Täters²⁰ ist mit dem Menschenbild des Grundgesetzes jedoch nur solange zu vereinbaren, wie der Täter

und Eigenverantwortlichkeit des Menschen, die vom Gesetzgeber auch bei der Ausgestaltung des Strafrechts zu achten und zu respektieren ist.“

14 So ausdr. *Lagodny*, StrafR u. GrundR, § 15 C I 1 a) (S. 387) mit einer beeindruckenden Zusammenstellung der entsprechenden Entscheidungen in Fn. 99. Zust. *Kirch-Heim*, S. 188, der seinerseits (S. 155 in Fn. 277) die Rspr. des BVerfG zusammengetragen hat.

15 BVerfG, Beschl. v. 17. 12. 1975 – 1 BvL 24/75 („*Verbotsirrtum*“) – BVerfGE 41, 121 ff. (125 f.) scheint insoweit die einzige Ausnahme zu sein. Siehe abermals die Zusammenstellungen bei *Lagodny*, StrafR u. GrundR, § 15 C I 1 a) (S. 387 in Fn. 99) u. *Kirch-Heim*, S. 188 (in Fn. 277).

16 BVerfG, Beschl. v. 25. 10. 1966 – 2 BvR 506/63 („*nulla poena sine culpa*“) – BVerfGE 20, 323 ff. (331).

17 Insoweit sei an das in Anm. 7.12 in § 7 C. II. 3. (S. 226) Gesagte erinnert.

18 Siehe etwa *Freund/Rostalski*, StrafR-AT³, § 1 Rn. 29: Strafe wird verhängt, wenn „das Kind bereits in den Brunnen gefallen“ ist.

19 Dadurch unterscheidet sich die reaktiv-retrospektive Strafe von der reaktiv-prospektiven Maßregel, die stets eine Gefahrenprognose voraussetzt. Dass bei der Strafzumessung auch prospektive Elemente berücksichtigt werden können u. müssen, ändert hieran nichts.

20 Vgl. *Stree*, S. 37: Herabwürdigung und Entpersönlichung des Täters zum bloßen Mittel, zum reinen Objekt. Auch *Schünemann*, Unternehmenskriminalität, S. 199 f. spricht treffend von einer „Benutzung des Straftäters als Mittel für andere Zwecke“, für die der Schuldgrundsatz das über die zweckrationale Notwendigkeit hinausge-

„nicht unter Verletzung seines verfassungsrechtlich geschützten sozialen Wert- und Achtungsanspruchs zum bloßen Objekt der Verbrechensbekämpfung gemacht“ wird.²¹ Ein zurückschlagendes (\cong reaktiv-retrospektives) Übel (\cong trans-restitutiv) darf deshalb nur unter zusätzlichen Voraussetzungen verhängt werden: Es muss durch ein freies Verhalten des Täters²² legitimiert sein.²³ Deshalb ist es richtig, wenn das Bundesverfassungsgericht sagt, der Schuldgrundsatz habe „seine Grundlage [...] in der Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG“.²⁴

b) Kein Würdeschutz der juristischen Person

Die juristische Person jedoch kann sich auf die Menschenwürde-Garantie nicht berufen.²⁵ Die Grundrechte gelten nach Art. 19 Abs. 3 GG für juristische Personen nur, soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind. Dem Schutz der Menschenwürde liegt dagegen „die Vorstellung vom Menschen als einem geistig-sittlichen Wesen zugrunde, das darauf angelegt ist, in Freiheit sich selbst zu bestimmen und sich zu entfalten“.²⁶ Sie knüpft damit an „Eigenschaften, Äußerungsformen oder Beziehungen an, die nur der natürlichen Personen wesenseigen“ sind, sodass ihre „Erstreckung auf juristische Personen als bloße Zweckgebilde der Rechtsordnung nicht in Betracht“ kommt.²⁷

hende Legitimationsprinzip sei. Zum genauen Inhalt des oft nur Schlagwort-artig verwendeten Instrumentalisierungsverbotes, siehe *Greco*, S. 177 ff. u. S. 484 ff.

21 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 16. 1. 1979 – 2 BvL 44/77 („*Rückfall*“) – BVerfGE 50, 125 ff. (133) m. w. N.

22 Mit den Worten des BGH (GrS), Beschl. v. 18. 3. 1952 – GSSt 2/51 – BGHSt 2, 194 ff. (200): Der Täter muss die Tat begangen haben, obwohl er als „Mensch auf freie, verantwortliche, sittliche Selbstbestimmung angelegt und deshalb befähigt ist, sich für das Recht und gegen das Unrecht zu entscheiden“.

23 Zutr. zu diesem Legitimationserfordernis *Schünemann*, ZIS 2014¹ S. 1 (3) mit ausf. Erläuterung in Fn. 14.

24 So BVerfG, Urt. v. 30. 6. 2009 – 2 BvE 2/08 u. a. („*Lissabon*“) – BVerfGE 123, 267 ff. (413). Zum Ganzen auch *Landau*, NStZ 2011¹⁰ S. 537 (537 f.).

25 Siehe statt aller nur *Herdegen*, in: *Maunz*, Theodor/Dürig, Günter⁹¹ Art. 1 (Abs. 1) Rn. 72 (Stand: Mai 2009); *Hillgruber*, in: BeckOK-GG⁴⁵ Art. 1 Rn. 6; *Sachs*, in: *Sachs*⁸ Art. 19 Rn. 68 u. *Sodan*, in: *Sodan*⁴ Art. 19 Rn. 20 teilw. m. w. N.

26 BVerfG, Urt. v. 30. 6. 2009 – 2 BvE 2/08 u. a. („*Lissabon*“) – BVerfGE 123, 267 ff. (413).

27 So ausdr. BVerfG, Beschl. v. 26. 2. 1997 – 1 BvR 2172/96 („*Aufzeichnungspflicht*“) – BVerfGE 95, 220 ff. (242) u. ähnlich im Beschl. v. 13. 6. 2007 – 1 BvR 1550/03 u. a.

c) Unanwendbarkeit des Schuldgrundsatzes

Damit ist aber auch die Frage nach der Anwendbarkeit des Schuldgrundsatzes auf die juristische Person entschieden: Der Schuldgrundsatz ist eine durch die Menschenwürde-Garantie aufgeladene Ausprägung des rechtsstaatlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Die juristische Person ist nicht Trägerin der Menschenwürde. Wird aber der Schuldgrundsatz seiner „auf den Menschen zugeschnittene[n] Besonderheit“ beraubt, bleibt schlicht „der allgemeine, aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitete Grundsatz der Verhältnismäßigkeit“ zurück.²⁸ Eine – auch trans-restitutive – Sanktion gegen juristische Personen ist deshalb nur an diesem, nicht aber an dem nur auf natürliche Personen anwendbaren Schuldgrundsatz zu messen.²⁹

Mit anderen Worten: Weil die juristische Person keinen Würdeschutz nach Art. 1 Abs. 1 GG genießt, droht bei ihr nicht die „Verletzung [ihres] verfassungsrechtlich [nicht] geschützten sozialen Wert- und Achtungsanspruchs“. ³⁰ Sie darf – jedenfalls im Hinblick auf den Schuldgrundsatz ³¹ – „zum bloßen Objekt der Verbrechensbekämpfung gemacht“ werden, ³² solange der rechtsstaatliche Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gewahrt ist, sprich: „Tatbestand und Rechtsfolge in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen.“ ³³

(„Kontostammdaten“) – BVerfGE **118**, 168 ff. (203). Vgl. auch *Jahn*, in: *Untern-StrafR u. Alternativen* (2016), S. 53 (74) sowie *Remmert*, in: *Maunz, Theodor/Dürig, Günter*,⁹¹ Art. 19 (Abs. 3) Rn. 101 (Stand: Mai 2009).

28 *Kirch-Heim*, S. 192.

29 Pointiert *Schünemann*, Unternehmenskriminalität, S. 234: „Es ist daher bereits von Grund auf irreparabel falsch, wenn man die Verbandsgeldbuße in irgendeiner Weise mit dem Schuldprinzip in Verbindung bringt“.

30 Arg. e contrario aus BVerfG, Beschl. v. 16. 1. 1979 – 2 BvL 44/77 („*Rückfall*“) – BVerfGE **50**, 125 ff. (133) m. w. N.

31 Weitere verfassungsrechtliche Einwände gegen eine Verbands(kriminal-)strafe hat *Jahn*, in: *Untern-StrafR u. Alternativen* (2016), S. 53 ff. aufgespürt u. überzeugend entkräftet.

32 BVerfG, Beschl. v. 16. 1. 1979 – 2 BvL 44/77 („*Rückfall*“) – BVerfGE **50**, 125 ff. (133) m. w. N.

33 BVerfG, Beschl. v. 25. 10. 1966 – 2 BvR 506/63 („*nulla poena sine culpa*“) – BVerfGE **20**, 323 ff. (331).

d) Schuldgrundsatz und Gewinnabschöpfung

Der Schuldgrundsatz hätte den Gesetzgeber folglich nicht daran gehindert, der juristischen Person für die Tat ihres Organwalters ein als solches gewolltes, trans-restitutives Übel aufzuerlegen. Dann aber kann dieser Grundsatz erst recht keiner Sanktion entgegenstehen, die auf die restitutive Abschöpfung der mittelbaren Vorteile ausgerichtet ist und diese nur ungewollt und nur deshalb übersteigt, weil sich die Vorteile nicht exakt beziffern lassen. Solange also die Abschöpfung in einem angemessenen Verhältnis zu der Tat des Organwalters steht,³⁴ begegnet die Abschöpfung des mittelbaren Gewinns keinen Bedenken, selbst wenn sie nur ungenau möglich ist und die tatsächlich erzielten Gewinne deshalb möglicherweise übersteigt.³⁵

Anm. 10.7: Mehr noch: Auch die natürliche Person muss es sich gefallen lassen, dass ihre Schuld im Wege der Strafzumessung in eine Geld- oder Freiheitsstrafe bzw. eine Geldbuße „übersetzt“ wird. Auch diese Übersetzung kann nur ungefähr und durch eine sehr ungenaue und kaum überprüfbare Schätzung erfolgen.³⁶ Wenn aber die ungenaue Abbildung der persönlichen Schuld bei der natürlichen Person als Trägerin der Menschenwürde hinzunehmen ist, muss auch die notwendige Ungenauigkeit einer ungewollt überschießenden Gewinnabschöpfung bei der weniger schutzwürdigen juristischen Person hingenommen werden.

2. Bestrafung der „Falschen“

Auch der zweite Einwand, die Verbandssanktion bestrafe mit den Mitgliedern und Arbeitnehmern die Falschen, die überdies ohne Schuld gehandelt haben, verfängt nicht. Diese Personen werden nicht mitbestraft, sondern allenfalls mitbetroffen. Diese Mitbetroffenheit unterscheidet sich nicht von der auch sonst zu beobachtenden Dritt-Wirkung staatlicher Sanktionen, die auf Schuld oder Nicht-Schuld der Dritten keine Rücksicht nehmen müssen. Darüber

34 Bezeichnenderweise heißt es in BT-Drs. V/1269, S. 62 (li. Sp.), dass „sich die Höhe der Geldbuße gegen die juristische Person [...] an der Bewertung der von dem Organ begangenen Tat zu orientieren hat.“

35 *Mezger*, in: NdSchr. GrStrKomm, Bd. I,¹³ S. 318 (re. Sp.) sagte zutr., dass sich „ein gerechtes Verhältnis zwischen der Zuwiderhandlung und der aufzuerlegenden Geldleistung [werde] herausbilden müssen.“ Es müsse „im Einzelfall eine Abschätzung Platz greifen, wie sie auch sonst vom Richter verlangt werde.“

36 Siehe auch insoweit das eben wiedergegebene Zitat von *Mezger*, in: NdSchr. GrStrKomm, Bd. I,¹³ S. 318 (re. Sp.).

hinaus wird den Mitgliedern des Verbandes durch dessen Sanktionierung kein Vermögen entzogen, das ihnen selbst zusteht. Ihre höchst mittelbare Mitbetroffenheit erschöpft sich darin, dass die vielfach bedingte Expektanz auf eine mögliche Dividendenauszahlung geschmälert wird. Schließlich befreit die hier konzipierte Verbandssanktion die Verteilungsmasse lediglich um die rechtswidrigen Tatgewinne, sprich: um solche Elemente, auf deren Verteilung der Aktionär ohnehin keinen berechtigten Anspruch hätte.

a) Mitbestrafung und Mitbetroffenheit

Um eine „Bestrafung“ der Mitglieder und Arbeitnehmer des Verbandes handelt es sich dabei gleich aus zwei Gründen nicht. Die hier Verbandssanktion, wie sie hier verstanden wird, ist keine gewollte (trans-restitutive) Übelzufügung, sondern eine (restitutive) Abschöpfungsmaßnahme. Sie soll nicht eine Wunde schlagen; stattdessen soll sie, wo der Schadenersatz mangels eines Berechtigten nicht zum Zuge kommt, eine andere Wunde heilen, ohne dabei eine zweite zu verursachen.³⁷ Daran ändert sich auch dann nichts, wenn die Abschöpfung im Einzelfall – maßvoll – über die tatsächlich erzielten Gewinne hinaus geht. Eine solche überschießende Gewinnabschöpfung ist allein dem Umstand geschuldet, dass sich die mittelbaren Gewinne rechnerisch nicht exakt erfassen lassen.

Selbst wenn es sich bei dieser Sanktion um eine echte Übelzufügung handelte, wäre sie keine Bestrafung der Mitglieder und Arbeitnehmer des Verbandes. Denn die Sanktion würde sich gegen den Verband als solchen richten. Die Mitglieder und Arbeitnehmer der juristischen Person würden nicht angeklagt, ihnen würde kein Vorwurf gemacht, gegen sie würde keine Strafe oder sonstige Sanktion festgesetzt, sie wären nicht vorbestraft und eine Eintragung in ein Register fände nicht statt.³⁸ Die Verbandsmitglieder und Arbeitnehmer werden durch eine Verbandssanktion folglich nicht *mitbestraft*, sondern – allenfalls – *mitbetroffen*.

37 *Binding*, Normen I, S. 170 (= Normen I², S. 288): „Die Strafe *soll* eine Wunde schlagen, der Schadenersatz eine andere heilen, wenn möglich ohne eine zweite zu verursachen“. Herv. im Original durch Sperrung.

38 Siehe etwa *B. Ackermann*, S. 204; *Kirch-Heim*, S. 177; *Pohl-Sichterhmann*, S. 10; *Rotberg*, in: FS 100 Jahre DJT (1960), S. 193 (204) sowie v. *Weber*, GA 1954, S. 237 (240) u. in: JZ 1953,¹⁰ S. 293 (294).

b) Sanktions-Drittwirkung als typische Begleiterscheinung

Eine solche Mitbetroffenheit von der Sanktion eines Dritten ist im Strafrecht nichts Ungewöhnliches.³⁹ Wird ein erwerbstätiger Elternteil bestraft, so erleiden auch die übrigen Familienmitglieder finanzielle Einbußen; wird der Schuldner zu einer empfindlichen Geldleistung oder gar einer Freiheitsstrafe verurteilt, droht dem Gläubiger der Ausfall seiner Forderung.⁴⁰ Niemand käme jedoch auf die Idee, den delinquenten Einzelunternehmer aus Rücksicht auf seine Familienmitglieder oder seine Gläubiger straflos zu lassen.⁴¹

Für die Arbeitnehmer gilt dies ebenso, weil auch ihre Mitbetroffenheit kein Spezifikum der Verbandssanktion ist. Auch der Arbeitnehmer eines Einzelunternehmers muss um seinen Arbeitsplatz fürchten, wenn letzterer wegen einer Straftat zu einer Geld- oder gar einer Freiheitsstrafe verurteilt wird.⁴² Darin realisiert sich in gewissem Umfang das Insolvenzrisiko des Vertragspartners, das ein jeder Arbeitnehmer bei Abschluss des Arbeitsvertrages – ob bewusst oder unbewusst, ob aus freiem Willen oder aus Mangel an Alternativen – auf sich genommen hat.⁴³ Niemand käme hier auf die absurde Idee, den delinquenten Einzelunternehmer wegen der unsozialen Auswirkungen auf seine Arbeitnehmer straflos zu lassen.⁴⁴ Wieso nun der Arbeitnehmer einer juristischen Person insoweit stärker geschützt werden müsste – oder auch nur sollte – als der Arbeitnehmer einer natürlichen Person, ist nicht ersichtlich und lässt sich auch nicht begründen.

39 Siehe die unzähligen Nachw. bei *Kirch-Heim*, S. 177 (Fn. 412). Monographisch zur sog. „Drittwirkung der Geldstrafe“ v. *Spiegel*, passim. Zur umgekehrten Perspektive, dass sich die gewünschte „Höchstpersönlichkeit der Geldstrafe“ oftmals nicht gewährleisten lasse, *Hillenkamp*, in: FS Lackner (1987), S. 455 ff.

40 Mit diesen Bsp. statt vieler *B. Ackermann*, S. 204 u. *Kirch-Heim*, S. 178.

41 Hier scheint die Anwendung der Geldsanktion „kriminalpolitisch ein Kunstfehler“ zu sein. So *Lackner*, JZ 1967,¹⁷ S. 513 (518), wenn auch in anderem Zusammenhang. Zu Recht hat *Hillenkamp*, in: FS Lackner (1987), S. 455 (465), wo es möglich ist, gefordert: „Gegen den erkennbar Abwälzungswilligen ist statt Geldstrafe Freiheitsstrafe zu verhängen“. Auf die praktischen Probleme bei der Umsetzung dieser Forderung hat er gleichwohl selbst hingewiesen.

42 Ähnlich *Hirsch*, ZStW 107² (1995), S. 285 (298).

43 Nicht zu teilen ist der Vorwurf des Zynismus, den *Schmitt-Leonardy*, Unternehmenskriminalität, Rn. 721 u. in: ZIS 2015¹, S. 11 (21) hiergegen erhebt. Zwar wird das Risiko des Arbeitnehmers einer juristischen Person, zum Leidtragenden einer Sanktions-bedingten Rationalisierung zu werden, tatsächlich durch das Recht geschaffen. Das gilt für den Arbeitnehmer einer natürlichen Person jedoch gleichermaßen, ohne dass seine Mitbetroffenheit dadurch zu beanstanden wäre.

44 *Hirsch*, ZStW 107² (1995), S. 285 (298).

Mehr noch: Die Verbandssanktion, wie sie hier verstanden wird, entzieht dem Verband lediglich die mittelbaren und unmittelbaren Vorteile aus den Taten ihrer Organwalter. Das sind solche Mittel, die der Verband bei rechtmäßigem Verhalten seiner Organwalter nicht hätte. Wenn es also (nur) wegen einer Verbandssanktion zu Rationalisierungsmaßnahmen und dem Wegfall von Arbeitsplätzen kommt, so waren diese Arbeitsplätze zuvor nur wegen der rechtswidrigen Tatvorteile zu halten. Wer also die hier vertretene Verbandssanktion wegen des drohenden Wegfalles von Arbeitsplätzen ablehnen wollte, müsste konsequenterweise auch den Schutz von Arbeitsplätzen durch den Einsatz rechtswidriger Tatgewinne billigen.

c) Keine zielgerichtete Drittwirkung

Dem kann nicht entgegengehalten werden, dass die leidtragenden Dritten typischerweise nur zufällig, die Mitglieder des Verbandes dagegen stets zielgerichtet mitbetroffen würden.⁴⁵ Denn diese vermeintliche Zielgerichtetheit der Verbandssanktion beruht – jedenfalls im Hinblick auf die hier vertretene Konzeption – auf einer unzutreffenden Annahme:⁴⁶ Sie unterstellt, dass die Entziehung von Geld immer „nur auf dem Wege über eine Motivation präventiv wirken“ könne. Wenn aber „der Verband als solcher einer Motivation nicht zugänglich“ sei, könne die Entziehung von Geld präventiv nur wirken, wenn sie als eine Heranziehung der „Mitgliederschaft zum Zwecke der Verhinderung“ künftigen Unrechts gedacht werde. Dann handelte es sich in der Tat um die finale Inanspruchnahme und intendierte Mitbetroffenheit der Verbandsmitglieder, die sich von der typischen und zufälligen Mitbetroffenheit Dritter in qualitativer Hinsicht unterscheiden würde. Sie könnte nicht mit dem mehr formalen Argument beiseite gewischt werden, der (Schein-)

45 So aber etwa DAV,[®] Stellungnahme Nr. 54/2013, S. 18 f. u. v. *Freier*, S. 242 ff. für eine Verbandsstrafe *de lege ferenda*. Siehe auch *Bosch*, S. 68, der diesen Gedanken aber ausdr. von der Richtigkeit eines bestimmten u. nur krit. wiedergegebenen Wirkungsmechanismus der Verbandsstrafe abhängig macht. Eine qualitativ andere Betroffenheit konzidiert auch *Kirch-Heim*, S. 178, der eine solche Belastung gleichwohl für „berechtigt“ hält.

46 Siehe insoweit bspw. *Schmitt*, Maßnahmen, S. 216 f., von dem die folgenden wörtlichen Zitate stammen. Denselben Wirkmechanismus unterstellen etwa auch *Engisch*, Referat 40. DJT (1953), E 25; v. *Freier*, S. 230 ff. u. *Schmitt-Leonardy*, Unternehmenskriminalität, Rn. 714 ff.

Adressat der – letztlich doch für die Mitglieder bestimmten Sanktion – sei eben der Verband und nicht seine Mitglieder.⁴⁷

Tatsächlich aber hat die bisherige Untersuchung gezeigt, dass der Wirkmechanismus einer Verbandssanktion sehr wohl ein anderer sein kann. Nach der hier vertretenen Konzeption, die sich mit jener der Impulsgeber und auch jener des § 26 OWiG₆₈ deckt, besteht er in der umfassenden Abschöpfung der Tatvorteile. Denn bereits die umfassende Abschöpfung der Tatvorteile bei der drittbegünstigten juristischen Person vermag sicherzustellen, dass der Strafeingriff beim Einzeltäter nicht aus dem Erlangten kompensiert und dadurch wirkungslos wird.⁴⁸ Sie nimmt den Anreiz zur ökonomisch-rationalen Kollusion und gewährleistet, dass der Einzeltäter das angedrohte Übel im Falle des Rechtsbruches tatsächlich als solches fürchten muss.⁴⁹ Die so verstandene Verbandssanktion erreicht ihr Ziel, indem sie dem Verband wegnimmt, was er bei rechtmäßigem Verhalten seiner Organwalter nicht erworben hätte. Auf eine Motivation der Verbandsmitglieder durch deren zielgerichtete Inanspruchnahme ist sie nicht angewiesen. Dass diese – auf welche Weise auch immer – von der Verbandssanktion mitbetroffen werden, ist wie bei den oben genannten Personen ein unvermeidlicher Kollateralschaden.

Anm. 10.8: Das bedeutet jedoch nicht, dass eine solche Verbandssanktion nicht auch den Anreiz zu einer gewissenhafteren Auswahl der Organwalter und einer Steigerung der internen Kontrolle setzen könnte und tatsächlich auch setzt. Weil aber der Abschöpfungsmechanismus auf diese ökonomisch sinnvollen Maßnahmen der Mitglieder nicht angewiesen ist, bleiben sie ein äußerst positiv zu bewertender Nebeneffekt.

Derselbe Effekt ist bei der sonst üblichen Sanktions-Drittwirkung ebenso denkbar. Zwar wird ein „straffälliger Familienvater [...] nicht bestraft, um seine Familie durch die von ihr zu tragenden Nebenfolgen dazu zu motivieren, ihn von Straftaten abzuhalten.“⁵⁰ Auch hier kann es zu dem wünschenswerten Nebeneffekt kommen, dass die Familienmitglieder im Wege außerrechtlicher Sozialkontrolle positiv auf den Delinquenten einwirken.

47 So jedenfalls folgerichtig *Bosch*, S. 68, wiederum unter dem Vorbehalt eines bestimmten Wirkungsmechanismus der Verbandssanktion. Ähnlich u. in sich konsequent auch *Yoon*, S. 181 f. Treffend spricht v. *Freier*, S. 242 ff. insoweit von einer „intendierten Übelszufügung“.

48 Zutr. erkennt *Geiger*, S. 232 darin den identischen Wirkmechanismus des Drittverfalls, der ursprünglich aber auf den unmittelbaren Gewinn beschränkt sein sollte.

49 Zu der ökonomisch-rationalen Kollusion als der innersten Ursache für das Präventionsdefizit der reinen Individualverantwortlichkeit bereits B. II. 3. (S. 339).

50 So zutr. v. *Freier*, S. 244 mit Verweis u. a. auf v. *Bar*, Gesetz u. Schuld II, S. 145.

d) Keine unmittelbare Vermögenseinbuße

Ohnehin stellt sich die Frage, worin die Betroffenheit der Verbandsmitglieder genau bestehen soll.⁵¹ Von einer unmittelbaren Betroffenheit der Verbandsmitglieder kann nur ausgehen,⁵² wer nicht ausreichend zwischen der juristischen Person und ihren Anteilseignern unterscheidet.

Die Verbandssanktion gleich welcher Ausgestaltung trifft – wie es der BGH⁵³ in kaum zu überbietender Klarheit formuliert hat – „*das rechtlich selbständige, in erster Linie zu bestimmten wirtschaftlichen Zwecken eingesetzte, auch gegenüber den Mitgliedern [...] verselbständigte Vermögen*“ der juristischen Person. Der Grundstock dieses Vermögens ist ursprünglich von den Gründern der Aktiengesellschaft aufgebracht worden.⁵⁴ Diese sind nach den strengen Regeln der Kapitalaufbringung von ihrer Einlage-Verpflichtung nur freigeworden, wenn sie den eingeforderten Betrag zur freien Verfügung des Vorstands eingezahlt haben.⁵⁵ Diesem Erfordernis ist nur entsprochen, wenn die Einlage vollständig und vorbehaltlos aus dem Herrschaftsbereich des Einlegers ausgesondert und dem Vorstand dergestalt übermittlelt wurde, dass dieser nach eigenem pflichtgemäßem Ermessen und ohne rechtliche oder tatsächliche Einschränkung darüber verfügen kann.⁵⁶

Mit anderen Worten: Das ursprüngliche Vermögen der Aktiengesellschaft besteht aus der Summe der Einlagen. Diese müssen in einer Weise erbracht werden, dass die Inferenten sie vollständig und vorbehaltlos aus ihrem eigenen Vermögen aussondern. Sobald also die Einlage – mit befreiender Wirkung – Verbandsvermögen wird, ist sie nicht mehr Vermögen des Inferenten. Dann aber kann eine gegen das Verbandsvermögen gerichtete Sanktion das private Vermögen des Gründers nicht unmittelbar treffen.

51 Im Lichte des hier gestellten Themas werden die folgenden Ausführungen zur Aktiengesellschaft gemacht. Auf die GmbH wird das meiste übertragbar sein. Bei den Personen(handels-)gesellschaften, auf die § 30 OWiG ebenfalls anwendbar ist, mögen sich hier komplizierte Sonderprobleme ergeben, auf die es im Rahmen dieser Untersuchung jedoch nicht ankommt.

52 So etwa DAV,[®] Stellungnahme Nr. 54/2013, S. 19.

53 Beschl. v. 11. 3. 1986 – KRB 8/85 – wistra 1986⁵ S. 221 f. (222). Herv. nur hier.

54 Ihnen stehen bei einer Kapitalerhöhung die Zeichner der neuen Aktien gleich.

55 Siehe § 36 Abs. 2 sowie § 54 Abs. 3 Satz 1 AktG. Siehe für die GmbH § 7 Abs. 3 GmbHG, der entgegen seiner systematischen Stellung auch für Bareinlagen gilt, Herrler, in: MünchKomm-GmbHG³ § 7 Rn. 129.

56 Vgl. nur J. Koch, in: Hüffer/Koch,¹⁴ § 36 Rn. 7 u. Pentz, in: MünchKomm-AktG⁵ § 36 Rn. 48 jew. m. w. N. aus Rspr. u. Lit. Für die GmbH siehe nur Herrler, in: MünchKomm-GmbHG³ § 7 Rn. 129.

Aus demselben Grund ist auch eine unmittelbare Betroffenheit des späteren Aktionärs ausgeschlossen. Der Gründer erhält – untechnisch gesprochen⁵⁷ – als Gegenleistung für seine Einlage eine Aktie. In dieser Aktie sind seine mitgliedschaftlichen Verwaltungs- und Vermögensrechte verbrieft. Sie ist als schwungvoll handelbares Wertpapier ausgestaltet und kann nahezu beliebig an einen Dritten veräußert werden. Diese Transaktion findet jedoch auf dem Sekundärmarkt und damit vollständig außerhalb der Aktiengesellschaft statt. Das Vermögen der juristischen Person wird dadurch nicht berührt.

Anm. 10.9: Um die Trivialität beim Namen zu nennen: Der Veräußerer verkauft dem Erwerber seinen Anteilsschein. Der Kaufpreis fließt aus dem Vermögen des Erwerbers in das Vermögen des Veräußerers. Weder erhält der Veräußerer von der Aktiengesellschaft seine Einlage zurück, noch leistet der Erwerber seinerseits eine Einlage nach den Regeln der Kapitalaufbringung.

So wenig das von der Transaktion unberührte Vermögen der Aktiengesellschaft vorher Vermögen des Gründers war, so wenig ist es danach Vermögen des Aktionärs.⁵⁸ Eine gegen das selbständige und verselbständigte Vermögen der Aktiengesellschaft gerichtete Sanktion kann deshalb auch das Vermögen der Aktionäre nicht unmittelbar treffen.

e) Bloße Schmälerung einer unsicheren Expektanz

Wenn also das Vermögen der juristischen Person auch und gerade gegenüber ihren Mitgliedern verselbständigt ist, kann deren Mitbetroffenheit nur eine Schmälerung eines mitgliedschaftlichen Beteiligungsrechtes⁵⁹ sein. Werden die Verwaltungsrechte, die von einer Vermögenssanktion nur in Ausnah-

57 Zur Vermeidung von Missverständnissen: Damit soll nicht gesagt sein, dass die Mitgliedschaftsrechte zur Einlagepflicht in einem Gegenseitigkeitsverhältnis i. S. d. §§ 320 ff. BGB stünden, siehe *J. Koch*, in: Hüffer/Koch,¹⁴ § 54 Rn. 2 u. *Götze*, in: MünchKomm-AktG⁵, § 54 Rn. 6 jew. m. w. N.

58 Das gilt selbstverständlich auch bei der Weiterveräußerung eines Aktionärs, der nicht seinerseits Gründer war. Schon zur Vermeidung solcher Missverständnisse sollte die verbreitete Redeweise vermieden werden, nach der der Vorstand einer Aktiengesellschaft mit dem Geld der Aktionäre hantiere. Sie ist schlicht unzutreffend. Der Vorstand handelt mit dem Vermögen allein der Aktiengesellschaft, das auch u. gerade gegenüber den Aktionären verselbständigt u. deshalb gerade nicht das Geld der Aktionäre ist.

59 Für eine erschöpfende Zusammenstellung der verbrieften Verwaltungs- u. Vermögensrechte siehe etwa *Rieckers*, in: MünchHdb-GesR, IV (AG)⁵, § 17 Rn. 3 f.

meffallen betroffen sein können, insoweit ausgeklammert, so verbleiben die Vermögensrechte. Zu den in der Aktie verbrieften Vermögensrechten gehört vor allem⁶⁰ das in § 58 Abs. 4 AktG⁶¹ behandelte Recht auf Beteiligung am Gesellschaftsgewinn.⁶²

Das meint zunächst nicht mehr, als dass jeder Aktionär für die Dauer seiner Mitgliedschaft ein abstraktes und latentes „Gewinnstammrecht“ hat, aus dem in Abhängigkeit von der Ertragslage der Gesellschaft wiederkehrende Forderungsrechte hervorgehen können.⁶³ Sobald ein ordnungsgemäß festgestellter Jahresabschluss vorliegt, der einen Bilanzgewinn⁶⁴ ausweist, aktualisiert sich das latente Gewinnstammrecht zu einem Anspruch auf Teilhabe an dem konkreten Periodengewinn.⁶⁵ Auch dieser konkrete(re) Teilhabe-„Anspruch“⁶⁶ bleibt jedoch ein abstraktes Recht, das dem Aktionär noch kei-

60 Es wurde von *Lutter*, in: KölnKomm-AktG² § 58 Rn. 79 als „das wichtigste mitgliedschaftliche Vermögensrecht des Aktionärs“ bezeichnet. Zust. *Drygala*, in: KölnKomm-AktG³ § 58 Rn. 112; *Henze*, in: GroßKomm-AktG⁴ § 58 Rn. 85; *Fleischer*, in: K. Schmidt/Lutter⁴ § 58 Rn. 43 u. *Schüppen*, in: FS Röhrich (2005), S. 571 (571). Krit. dagegen *Bayer*, in: MünchKomm-AktG⁵ § 58 Rn. 97.

61 Bei Verabschiedung des § 26 OWiG₆₈ entsprach § 58 Abs. 4 des Aktiengesetzes v. 6. 9. 1965 (AktG₆₅), BGBl. I⁴⁸ S. 1089 (1102) bereits dem heutigen § 58 Abs. 4 Satz 1 AktG. Ob die Vorschrift den mitgliedschaftlichen Beteiligungsanspruch oder den schuldrechtlichen Auszahlungsanspruch behandelt, kann für die Zwecke dieser Untersuchung dahinstehen. Dazu *Waclawik*, in: Hölters³ § 58 Rn. 29.

62 Ausf. u. systematische Darstellungen des Gewinnverwendungsrechts etwa bei *Hoffmann-Becking*, in: MünchHdb-GesR, IV (AG)⁵ § 47 u. *Schüppen*, in: Schüppen/Schaub³ § 30.

63 Mit dem treffenden Begriff des Gewinnstammrechts zur insoweit vergleichbaren Lage in der GmbH *Ekkenga*, in: MünchKomm-GmbHG³ § 29 Rn. 39. Im Ergebnis ebenso, wenn auch mit anderer Terminologie, *Drygala*, in: KölnKomm-AktG³ § 58 Rn. 112 u. *Henze*, in: GroßKomm-AktG⁴ § 58 Rn. 87.

64 Zum „Bilanzgewinn“ u. den weiteren relevanten Grundbegriffen siehe *Bayer*, in: MünchKomm-AktG⁵ § 58 Rn. 3 ff.; *Henze*, in: GroßKomm-AktG⁴ § 58 Rn. 15 ff. u. *J. Koch*, in: Hüffer/Koch¹⁴ § 58 Rn. 3 f. jew. m. w. N.

65 Vgl. BGH, Urt. v. 28. 10. 1993 – IX ZR 21/93 – BGHZ 124, 27 ff. (31) m. w. N. aus der Rspr. Vgl. auch *Bayer*, in: MünchKomm-AktG⁵ § 58 Rn. 99; *Cahn/v. Spannenberg*, in: BeckOGK-AktG, § 58 Rn. 96; *Drygala*, in: KölnKomm-AktG³ § 58 Rn. 112 u. 113; *Fleischer*, in: K. Schmidt/Lutter⁴ § 58 Rn. 44; *Grigoleit/Zellner*, in: Grigoleit, § 58 Rn. 31; *Henze*, in: GroßKomm-AktG⁴ § 58 Rn. 92; *J. Koch*, in: Hüffer/Koch¹⁴ § 58 Rn. 26; *K. Lange*, in: Henssler/Strohn⁴ § 58 Rn. 11 u. *Schüppen*, in: FS Röhrich (2005), S. 571 (573).

66 Zutr. weist *Waclawik*, in: Hölters³ § 58 Rn. 30 darauf hin, dass schwerlich von einem Gewinnanspruch die Rede sein kann, wenn der einzelne Aktionär „selbst durch einen

nen Zahlungsanspruch gewährt.⁶⁷ Denn die Frage, ob und in welcher Höhe der noch verteilungsfähige Bilanzgewinn tatsächlich ausgeschüttet wird, ist der insoweit freien⁶⁸ Entscheidung der Hauptversammlung vorbehalten.⁶⁹ Erst wenn diese einen ordnungsgemäßen⁷⁰ Gewinnverwendungsbeschluss (§ 174 AktG) fasst und darin die (teilweise) Ausschüttung des Bilanzgewinns vorsieht, geht aus dem abstrakten Teilhaberecht des Aktionärs ein konkreter Anspruch auf Auszahlung einer Dividende in bestimmter Höhe hervor.⁷¹ Wenn also § 58 Abs. 4 Satz 1 AktG den Aktionären einen Anspruch auf den Bilanzgewinn einräumt, ist damit ein Anspruch nur auf den Betrag gewährt, der nach dem Gewinnverwendungsbeschluss zur Verteilung bestimmt ist. Bis zu dessen Wirksamwerden erschöpft sich die „Rechtsposition“ des einzelnen Aktionärs in einer vielfach bedingten Expektanz auf die künftige und keineswegs sichere Ausschüttung der Dividende.

Bevor aus der Expektanz ein konkreter Ausschüttungsanspruch wird, sind zahlreiche Hürden zu überwinden: Allem voran ist es – grundsätzlich⁷² –

Gewinnverwendungsbeschluss, der den gesamten Bilanzgewinn in Gewinnrücklagen einstellt [...], nicht in seinen Rechten verletzt“ wird.

67 Stattdessen kann der einzelne Aktionär auf Herbeiführung eines Gewinnverwendungsbeschlusses klagen, wenn die Frist des § 175 Abs. 1 Satz 2 AktG abgelaufen ist. Details bei *Cahn/v. Spannenberg*, in: BeckOGK-AktG, § 58 Rn. 96; *Drygala*, in: KölnKomm-AktG³ § 58 Rn. 127 ff. u. *Henze*, in: GroßKomm-AktG⁴ § 58 Rn. 87. Zu den Besonderheiten in „Pattsituationen“ in der Hauptversammlung *Schüppen*, in: FS Röhrich (2005), S. 571 ff.

68 Dagegen ist die Hauptversammlung gem. § 174 Abs. 1 Satz 2 AktG an den festgestellten Jahresabschluss gebunden. Das heißt, dass sie den Bilanzgewinn nicht selbständig verringern oder erhöhen kann. Siehe BGH, Urt. v. 28. 10. 1993 – IX ZR 21/93 – BGHZ 124, 27 ff. (32); *Drygala*, in: KölnKomm-AktG³ § 58 Rn. 9 u. 113; *Fleischer*, in: K. Schmidt/Lutter⁴ § 58 Rn. 37 u. *Hoffmann-Becking*, in: MünchHdb-GesR, IV (AG)⁵ § 47 Rn. 16.

69 BGH, Urt. v. 28. 10. 1993 – IX ZR 21/93 – BGHZ 124, 27 ff. (31); *Drygala*, in: KölnKomm-AktG³ § 58 Rn. 127; *J. Koch*, in: Hüffer/Koch¹⁴ § 58 Rn. 26.

70 Beruht der Gewinnverwendungsbeschluss auf einem nichtigen Jahresabschluss (§ 253 Abs. 1, § 256 AktG) oder ist er aus anderen Gründen nichtig, entsteht auch der konkrete Dividenden-Ausschüttungs-Anspruch nicht. Siehe *Cahn/v. Spannenberg*, in: BeckOGK-AktG, § 58 Rn. 100; *Drygala*, in: KölnKomm-AktG³ § 58 Rn. 133 u. *Grigoleit/Zellner*, in: Grigoleit, § 58 Rn. 33.

71 BGH, Urt. v. 28. 10. 1993 – IX ZR 21/93 – BGHZ 124, 27 ff. (31) m. w. N. aus der Rspr. Siehe auch *Bayer*, in: MünchKomm-AktG⁵ § 58 Rn. 104; *Cahn/v. Spannenberg*, in: BeckOGK-AktG, § 58 Rn. 99; *Drygala*, in: KölnKomm-AktG³ § 58 Rn. 112 u. 132; *Grigoleit/Zellner*, in: Grigoleit, § 58 Rn. 33; *Henze*, in: GroßKomm-AktG⁴ § 58 Rn. 93; *J. Koch*, in: Hüffer/Koch¹⁴ § 58 Rn. 28; *Schüppen*, in: FS Röhrich (2005), S. 571 (573) u. *Waclawik*, in: Hölters³ § 58 Rn. 31.

erforderlich, dass die Aktiengesellschaft im jeweiligen Abrechnungszeitraum überhaupt einen Überschuss erwirtschaftet hat. Bilanzpolitische Spielräume ermöglichen es der Verwaltung schon bei der Aufstellung des Jahresabschlusses, den Überschuss in gewissem Umfang zu verschleiern oder künstlich klein zu rechnen, indem etwa „stille Rücklagen“ gebildet oder Vermögenswerte in Tochterunternehmen „versteckt“ werden.⁷³ Aus diesem gegebenenfalls verzerrten Überschuss ergibt sich durch die nach Maßgabe des § 158 AktG erfolgende Korrektur und Ergänzung der Bilanzgewinn. Dabei kann ein Verlustvortrag aus dem Vorjahr (§ 158 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AktG) dazu führen, dass der aktuell erwirtschaftete Überschuss vollständig aufgezehrt wird und ein verteilungsfähiger Bilanzgewinn nicht verbleibt. Abermals kann sich der Überschuss durch die Rücklagendotierung (§ 158 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 AktG) verringern. Im Regelfall des § 58 Abs. 2 AktG können Vorstand und Aufsichtsrat – in den weiten Grenzen ihres unternehmerischen Ermessens⁷⁴ – bis zu der Hälfte des Überschusses in die anderen Gewinnrücklagen einstellen.⁷⁵ Was nach Abzug all dieser – und weiterer – Posten übrig bleibt, ist der Bilanzgewinn.⁷⁶

Damit ist das Ende des Hürdenlaufs noch nicht erreicht. Besteht ein Gewinnabführungsvertrag (§ 291 AktG), ist der Bilanzgewinn abzuführen und ein Ausschüttungsanspruch ausgeschlossen.⁷⁷ Gesetz und Satzung können darüber hinaus die Verteilung des Bilanzgewinnes (teilweise) ausschließen. Schließlich kann die Hauptversammlung nach § 58 Abs. 3 AktG mit einfacher Mehrheit beschließen, weitere Beträge oder den gesamten Gewinn

72 Zur möglichen Dividendenauszahlung bei Jahresfehlbeträgen durch Auflösung „anderer Gewinnrücklagen“ siehe *Drygala*, in: *KölnKomm-AktG*³ § 58 Rn. 11 m. w. N.

73 Siehe dazu *Bayer*, in: *MünchKomm-AktG*⁵ § 58 Rn. 6; *Drygala*, in: *KölnKomm-AktG*³ § 58 Rn. 12 u. 20 sowie *Henze*, in: *GroßKomm-AktG*⁴ § 58 Rn. 20 jew. m. w. N.

74 *Bayer*, in: *MünchKomm-AktG*⁵ § 58 Rn. 39; *Cahn/v. Spannenberg*, in: *BeckOGK-AktG*, § 58 Rn. 36; *Drygala*, in: *KölnKomm-AktG*³ § 58 Rn. 53 ff.; *Fleischer*, in: *K. Schmidt/Lutter*⁴ § 58 Rn. 18; *J. Koch*, in: *Hüffer/Koch*¹⁴ § 58 Rn. 9.

75 Nach § 58 Abs. 2 Satz 1 AktG kann die Verwaltung über höchstens die Hälfte des Überschusses bestimmen, wobei Satz 2 eine statutarische Erweiterung oder Beschränkung zulässt. Ausf. zur Rücklagendotierung durch die Verwaltung *Bayer*, in: *MünchKomm-AktG*⁵ § 58 Rn. 38 ff.; *Cahn/v. Spannenberg*, in: *BeckOGK-AktG*, § 58 Rn. 36 u. *Henze*, in: *GroßKomm-AktG*⁴ § 58 Rn. 35 ff.

76 Selbstverständlich kann sich der Betrag durch einen Gewinnvortrag, Entnahmen aus der Kapital- oder den Gewinnrücklagen u. sonstigem auch erhöhen. Ausf. zum Zusammenhang zwischen Jahresabschluss u. Bilanzgewinn *Cahn/v. Spannenberg*, in: *BeckOGK-AktG*, § 58 Rn. 17 ff.

77 Siehe dazu *Drygala*, in: *KölnKomm-AktG*³ § 58 Rn. 64 f. u. *Henze*, in: *GroßKomm-AktG*⁴ § 58 Rn. 47 ff.

in die Rücklage einzustellen oder auf neue Rechnung vorzutragen. Das kann die Mehrheit – in den weiten Grenzen des § 254 AktG – auch aus taktischen Gründen und nur deshalb tun, um die Minderheit „auszuhungern“.⁷⁸ Trennt sich der Aktionär vor Beschlussfassung von seiner Aktie oder verzichtet er auf die Dividendenausschüttung, so kann er sich allem in gewissem Umfang entziehen.

Diese keineswegs vollzählige Aufschlüsselung der verschiedenen Etappen des Dividenden-Anspruchs macht eines deutlich: Zwar lässt sich nicht von der Hand weisen, dass eine Vermögenssanktion gegen den Verband dessen Rendite schmälert und deshalb auch die Gewinnerwartung des Aktionärs schmälern kann. Sie wirkt sich als negativer Verrechnungsposten schon auf der Ebene des Jahresergebnisses aus, indem sie den Überschuss verringert, diesen in einen Fehlbetrag verwandelt oder einen ohnehin bestehenden Fehlbetrag erhöht. Ob aber der einzelne Aktionär deshalb eine geringere oder gar keine Dividende ausgezahlt erhält, steht auf einem anderen Blatt. Denn die Bedeutung jeder einzelnen Verrechnungsposition wird durch das Zusammenspiel mit allen übrigen Positionen und durch die Vielzahl an Zwischenschritten und -entscheidungen so sehr vermittelt und verwässert, dass sich ihre spezifische Auswirkung kaum je isoliert ermitteln lassen wird. Die Dividenden-schmälernde Wirkung der Sanktion lässt sich von jeder sonstigen Einbuße nicht mehr unterscheiden. Der Dividenden-Anspruch des Aktionärs wird von der Sanktion – gleich welcher Ausgestaltung – in der Tat nicht anders betroffen, als etwa von einer allgemeinen Rezession, einer unvorhergesehenen Verteuerung von Rohstoffen oder einer unternehmerischen Fehlleistung:⁷⁹ als eine Schmälerung der eben vielfach bedingten Expektanz auf eine künftige Ausschüttung.

f) Anspruch auf Tatgewinn-Dividende?

Schließlich müssen sich alle Bedenken gegen eine Ungerechtigkeit der Mitbetroffenheit auflösen, wenn die Verbandssanktion wie hier als ein Instrument

⁷⁸ Zu dem schon dem Gesetzgeber des AktG₆₅ bekannten – *Kropff*, S. 339 f. – Phänomen des „Aushungerns“ u. dem insoweit bewusst schwach ausgestalteten Minderheitenschutz *Drygala*, in: KölnKomm-AktG³ § 58 Rn. 101 ff. u. *Henze*, in: GroßKomm-AktG⁴ § 58 Rn. 79.

⁷⁹ Siehe nur *B. Ackermann*, S. 205; *Brender*, S. 65 f.; *Kirch-Heim*, S. 178 m. zahlr. Nw.; *Koffka*, in: NdSchr. GrStrKomm, Bd. IV;⁵⁰ S. 323 (re. Sp.); *Rotberg*, in: FS 100 Jahre DJT (1960), S. 193 (205); *Schünemann*, in: Madrid-Symposium (1994), S. 265 (286).

der Gewinnabschöpfung angesehen wird. Das wird besonders deutlich, wenn man den realitäts-fernen Grenzfall untersucht, in dem der Dividenden-Anspruch allein an der Verbandssanktion scheitert. Das heißt, dass die Hauptversammlung den gesamten verteilungsfähigen Bilanzgewinn hätte ausschütten wollen. Die Ausschüttung würde weder durch einen Gewinnabführungsvertrag, noch durch Gesetz oder Satzung verhindert. Die Verwaltung verzichtete in größtmöglichem Umfang auf die Rücklagendotierung und aus dem Vorjahr würde weder Gewinn noch Verlust vorgetragen. In diesem theoretischen Fall würde die Verbandssanktion den Dividendenanspruch nur vereiteln, wenn der ohne sie bestehende Überschuss durch sie zu einem Fehlbetrag wird. Anderenfalls hätte eine Dividendenauszahlung ohnehin unterbleiben müssen oder wäre sie trotz der Sanktion möglich gewesen.

Wird die Verbandssanktion nun als eine Abschöpfung der unmittelbaren und mittelbaren Tatvorteile verstanden, so kann der ohne die Sanktion bestehende Jahresüberschuss – und mit ihm der Bilanzgewinn und die einzelne Dividende – nur aus rechtswidrigen Tatgewinnen bestehen. Die Ausschüttung der Dividende wäre danach Verteilung eines rechtswidrigen Gewinns. Auf die Verteilung rechtswidrigen Gewinns hat der Aktionär jedoch keinen schutzwürdigen Anspruch⁸⁰ – und zwar ganz unabhängig von seiner Beteiligung an der Anknüpfungstat. Die so verstandene Verbandssanktion bereinigt danach das Jahresergebnis des Verbandes um rechtswidrige Elemente und verhindert eine Verteilung rechtswidriger Gewinne.

Anm. 10.10: Per Extension lässt sich der Gedanke auch auf alle anderen Fälle übertragen. Wenn sich auch die spezifische Auswirkung der Sanktion auf das Dividendenergebnis nicht isoliert feststellen lässt, würden Jahresergebnis und Bilanzgewinn ohne eine abschöpfende Sanktion rechtswidrige Gewinne enthalten. Soweit es nach all den Zwischenschritten zu einer Dividendenauszahlung käme, würde mit ihr in gewissem Umfang rechtswidriger Tatgewinn verteilt.

Um es noch einmal und zugespitzt zu sagen: Eine ungerechtfertigte Mitbetroffenheit der Mitglieder von der abschöpfenden Verbandssanktion kann nur annehmen, wer diesen Mitgliedern einen schutzwürdigen Anspruch auf Beteiligung am rechtswidrigen Tatgewinn einräumen möchte. Tatsächlich ist die Frage nach einer ungerechten Mitbetroffenheit der Verbandsmitglieder – jedenfalls im Hinblick auf die hier vertretene rein abschöpfende Verbandssanktion – falsch gestellt. Es geht weniger darum, ob den Verbandsmitgliedern ein

80 So bereits *Schmitt*, Maßnahmen, S. 221 f. u. ihm zust. *Lang-Hinrichsen*, in: FS Mayer (1966), S. 49 (73).

ungerechtes Vermögensübel auferlegt wird. Vielmehr stellt sich die Frage, ob und gegebenenfalls weshalb man den Verbandsmitgliedern eine Dividende zukommen lassen sollte, durch die der rechtswidrige Tatgewinn verteilt würde und auf die deshalb niemand einen schutzwürdigen Anspruch hat.

3. Doppelbestrafung der Täter

Der Einwand einer unzulässigen Doppelbestrafung des an der Gesellschaft beteiligten Täters ist damit ebenfalls entkräftet. Er wird nicht ein weiteres Mal bestraft, sondern in seiner Eigenschaft als Verbandsmitglied *mitbetroffen*. Diese Mitbetroffenheit erschöpft sich in einer Schmälerung der ohnehin vielfach bedingten Expektanz auf Gewinnausschüttung und verhindert lediglich, dass rechtswidriger Tatgewinn unter den Verbandsmitgliedern verteilt wird. Auch dieser Einwand steht der hier vertretenen Verbandssanktion nicht entgegen.

4. Zwischenfazit

Die dogmatischen und verfassungsrechtlichen Bedenken, deretwegen der Gesetzgeber eine Abschöpfung des mittelbaren Gewinns nicht hatte vorsehen wollen, haben sich danach allesamt als Scheinprobleme erwiesen. Dogmatik und Verfassung hätten den Gesetzgeber keineswegs daran gehindert, eine Abschöpfung des mittelbaren Verbandsgewinnes vorzusehen, selbst wenn sich dieser rechnerisch nicht exakt erfassen lässt. Das rechtspolitisch Wünschenswerte war dogmatisch ohne Weiteres machbar.

V. Die folgerichtige Verbandssanktion

Die rechtspolitisch wünschenswerte und dogmatisch machbare Verbandssanktion hätte wegen der unterschiedlichen gedanklichen Operationen bei der Abschöpfung des unmittelbaren und des mittelbaren Gewinns – jedenfalls gedanklich – aus zwei Teilen bestehen müssen. Will man sich, wie es auch der Gesetzgeber tat, wegen der Ähnlichkeit der gedanklichen Operationen terminologisch an die Geldbuße anlehnen, so kann von einem Abschöpfungsteil und einem Pseudo-Ahndungsteil gesprochen werden. Ob man diese beiden Teile auf zwei Instrumente aufteilen oder sie in einer kombinierten

Sanktion zusammenfassen wollte,⁸¹ war gesetzgebungstechnisch wohl eine rein stilistische Frage. Wichtig ist allein, dass die Teile im Zusammenspiel eine umfassende Abschöpfung des unmittelbaren und mittelbaren Gewinns gewährleisten.

Der Abschöpfungsteil bildet insoweit den Sockelbetrag der Sanktion und entzieht dem Verband die rechnerisch einigermaßen exakt erfassbaren unmittelbaren Gewinne. Der darüber hinaus verbleibende mittelbare Gewinn wird durch den Pseudo-Ahndungsteil abgeschöpft. Dabei versucht die zuständige Stelle durch Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles im Wege einer Ermessensentscheidung den schwer erfassbaren mittelbaren Gewinn möglichst genau zu schätzen. Unvermeidliche Ungenauigkeiten sind dabei im selben Maße hinzunehmen, wie auch bei der Zumessung einer Individualsanktion die nur ungenaue Quantifizierung des Tatunrechts hingenommen werden muss.

Diese Verbandssanktion tritt neben die Individualsanktion gegen den Organwalter. Gemeinsam führen sie dazu, dass das Gesamtsystem aus juristischer Person und Organwalter in gleicher Weise getroffen wird, wie der als Vergleichsmaßstab herangezogene Einzelunternehmer getroffen würde. Ihm werden die Vorteile aus der eigenen Tat genommen,⁸² damit er die angedrohte Sanktion nicht aus ihnen begleihe. Er soll die Sanktion nicht lediglich als Schmälerung des Tatgewinns, sondern als echtes und abschreckend wirkendes Übel verspüren. Die *Binding*'sche Wunde⁸³ soll in sein rechtmäßiges Vermögen geschlagen werden und nicht lediglich in das schützende Polster der rechtswidrigen Tatgewinne.

Der Versuch, dem Individualtäter eines Verbandsdeliktes eine Wunde beizubringen, scheitert dagegen, solange die rechtswidrigen Tatgewinne ohne staatliche Zugriffsmöglichkeit bei der juristischen Person verbleiben. Für sie wäre es sinnvoll, eine marginale Schmälerung des Tatgewinns hinzunehmen und ihre durch die Tatgewinne gepolsterte Hand schützend über den altruistischen Organwalter zu halten. Blicke ihm die Wunde erspart, so würde er

81 Ersteren Weg hatte die Große Strafrechtskommission vorgeschlagen, letzteren hatte der Gesetzgeber in § 26 OWiG₆₈ gewählt.

82 Die unmittelbaren Gewinne werden durch den Abschöpfungsteil, die mittelbaren Gewinne in gewissem Umfang durch den Ahndungsteil abgeschöpft. Dazu oben B. I. (S. 327).

83 Siehe abermals u. auch zum Folgenden das schöne Bild von *Binding*, Normen I, S. 170 (= Normen I² S. 288): „Die Strafe *soll* eine Wunde schlagen, der Schadenersatz eine andere heilen, wenn möglich ohne eine zweite zu verursachen“. Herv. im Original durch Sperrung.

die angedrohte staatliche Sanktion nicht fürchten und auch künftig lukrative Gesetzesverstöße begehen. Sobald aber der rechtswidrige Tatgewinn entzogen ist, kann der Verband die Wunde des Organwalters nur dadurch vermeiden, dass er eigenes und rechtmäßig erworbenes Vermögen opfert, sprich: selbst eine Wunde erleidet. Ist das Verbandsdelikt wegen der umfassenden Gewinnabschöpfung jedoch ein Null-Summen-Spiel oder – wahrscheinlicher – gar ein Verlustgeschäft, hätte der Verband aus diesem Vermögensopfer keinen Nutzen. Bei ökonomisch-rationalem Verhalten der in ihm zusammengefassten Einzelpersonen müsste eine Freistellung des Organwalters mithin unterbleiben. Kann der Täter nicht mehr auf die schützende Hand des Verbandes hoffen, muss er – ebenso wie der delinquente Einzelunternehmer – fürchten, dass das für die Tat angedrohte Übel ihn tatsächlich nachhaltig und persönlich erreichen werde. Deshalb genügt es, wenn dieses Übel nach den persönlichen wirtschaftlichen Verhältnissen des Organwalters bemessen ist, weil er sich als wirtschaftlich (erheblich) schwächerer Täter bereits durch die Androhung einer (erheblich) geringeren Sanktion in gleicher Weise von der Tatbegehung abschrecken lässt.

Die folgerichtige Antwort auf die Frage, die der Gesetzgeber sich bei Schaffung des § 26 OWiG₆₈ stellte,⁸⁴ hätte lauten müssen: Der Anreiz zur ökonomisch-rationalem Kollusion lässt sich beseitigen, indem für die Tat des Organwalters auch eine reaktiv-retrospektive Sanktion gegen den Verband angedroht wird, die diesem restitativ alle unmittelbaren und mittelbaren Gewinne entzieht. Eine solche Sanktion würde sicherstellen, dass das Verbandsdelikt kein lohnendes Geschäft mehr ist. Dadurch würden der Anreiz zur ökonomisch-rationalem Kollusion und mit ihm das Präventionsdefizit einer reinen Individualverantwortlichkeit beseitigt, sprich: die Durchschlagskraft der Individualsanktion gewährleistet. Das angedrohte Übel, das den Täter im Falle der Aufdeckung sicher erreichen wird, kann diesen – im Rahmen des strafrechtlich Möglichen – von der Begehung von Verbandsdelikten abschrecken.

D. Die Lösung des § 26 OWiG₆₈

Der Gesetzgeber hat die Frage in § 26 OWiG₆₈ bekanntlich mit einer Geldbuße gegen juristische Personen und Personenvereinigungen beantwortet. Daraus wird deutlich, dass auch er sich für eine reaktiv-retrospektive Sank-

84 Siehe oben B. III. (S. 345).

Einzelunternehmer				
Abschöpfungsteil (E ₆₂ : Verfall)		Ahndungsteil (E ₆₂ : Strafe)		

Organwalter				
pers. Ahndungsteil				
unmb Vorteile	mb Vorteile	wirt. Verh.	Bedeutung	Vorwurf
Abschöpfungsteil	Pseudo-Ahndungsteil	Schuldausgleich		
juristische Person				

Abbildung 10.3: Verbandssanktion als Ergänzung d. Organwaltersanktion.

Der Organwalter erstrebt die Tatvorteile für die juristische Person stets auf das Risiko hin, dass ebendiese Vorteile durch eine Verbandssanktion wieder abschöpft werden. Stehen dem Verband die Tatvorteile nicht zur Verfügung, kann er den Organwalter aus diesen nicht mehr von dessen Sanktion freistellen. Der Organwalter muss die Sanktion aus eigenem, „unbemakeltem“ Vermögen aufbringen und verspürt diese als echtes Übel. Ihre Androhung schreckt ihn in derselben Weise ab, wie die Individualsanktion den Einzelunternehmer abzuschrecken vermag.

tion¹ entschieden hat.² Aus dem Gesetzeswortlaut³ und der Entwurfsbegründung⁴ geht allerdings nicht eindeutig hervor, ob der Gesetzgeber sich

1 Die Entwurfsbegründung operiert freilich mit den unscharfen Begriffen von Repression u. Prävention, mit denen sich die eigentliche Unterscheidung gerade nicht umschreiben lässt. Siehe BT-Drs. V/1269, S. 58 (re. Sp. f.), wo sich die Entwurfsbegründung den Gedanken Göhlers, in: Prot. SondA-StrafR IV;²³ S. 403 (li. Sp.) zu eigen macht: Man habe in § 12 RefE-OWiG die „mehr auf zukünftiges Wohlergehen ausgerichtete präventive Sanktion der Geldbuße“ gewählt, der zwar „auch ein repressiver Charakter anhafte“, bei der aber „die präventiven Gesichtspunkte doch eine größere Bedeutung“ hätten, so dass sich die dogmatischen Schwierigkeiten nicht in gleicher Weise ergäben.

2 Die prospektiven Maßnahmen wie „z. B. die Festsetzung eines Sicherungsgeldes nach Art einer Friedensbürgschaft“ sind in der Entwurfsbegründung ausdr. verworfen worden, siehe BT-Drs. V/1269, S. 58 (re. Sp.). Ausf. zu den Gründen für diese Ablehnung – namentlich die fehlende Eignung zur Gewinnabschöpfung – Meyer, in: Prot. SondA-StrafR IV;²³ S. 415 (re. Sp. ff.).

3 § 26 Abs. 3 verweist auf § 13 Abs. 4 OWiG₆₈ u. macht deshalb deutlich, dass die Verbandsgeldbuße den „wirtschaftlichen Vorteil“ des Verbandes übersteigen soll. Ob aber der darüber hinaus gehende Pseudo-Ahndungsteil der Restitution oder der Übelszufügung dienen soll, wird nicht deutlich. Zu dem hierin enthaltenen Redaktionsversehen noch III. 1. (S. 387).

diese Geldbuße als eine nur restitutive Abschöpfungsmaßnahme oder als eine teilweise auch trans-restitutive Übelszufügung gedacht hatte. Wegen der vielen dogmatischen und verfassungsrechtlichen (Schein-)Probleme hat der Gesetzgeber sich alle Mühe gegeben, das „schlechte Gewissen“ und das große „Unbehagen [...] gegenüber dem Institut der Verbandsgeldbuße“⁵ so gut wie möglich zu kaschieren.⁶

Blickt man jedoch in die Protokolle zu den Ausschusssitzungen und der Plenardebatte, so wird deutlich, dass die gegen den Verband gerichtete Geldbuße in jeder Phase des Gesetzgebungsprozesses als eine reine Abschöpfungsmaßnahme verstanden wurde. Zu keinem Zeitpunkt ist sie als ein Instrument gedacht worden, das dem Verband sonstiges, „unbemakeltes“ Vermögen hatte entziehen sollen.⁷ Werden die Entwurfsbegründung und die Ausgestaltung des Gesetzes mit dem auf diese Weise geschärften Blick gelesen, so lässt sich auch ihnen entnehmen, dass die reaktiv-retrospektive Verbandsgeldbuße des § 26 OWiG₆₈ nach dem Willen des historischen Gesetzgebers allein der restitutiven Abschöpfung des unmittelbaren und des mittelbaren Gewinnes dienen sollte.

4 Dunkel spricht die Entwurfsbegründung – BT-Drs. V/1269, S. 59 (li. Sp.) – davon, dass die Individualsanktion gegen den Organwalter „beim Fehlen einer Sanktionsmöglichkeit“ gegen den Verband „weder geeignet sein [würde], die der juristischen Person zugeflossenen Gewinne abzuschöpfen, noch die Erzielung solcher Gewinne zu bekämpfen.“ Mit der Verbandsgeldbuße solle (S. 60 li.) „u. a. der Zweck verfolgt werden,“ der juristischen Person die Tatvorteile abzunehmen, „und weiterhin der Zweck, die Erzielung solcher unrechtmäßiger Vorteile zu bekämpfen.“ In welchem Verhältnis diese Zwecke zueinander stehen, wird nicht deutlich.

5 So *Schmitt*, in: FS Lange (1976), S. 877 (877 u. 880).

6 Geradezu erfrischend offen *Göhler*, in: Prot. SondA-StrafR V⁵⁷ S. 1083 (li. Sp.): Mit der Verbandsgeldbuße des § 19 EOWiG „können wir zu einer dogmatisch meines Erachtens, ich will nicht unbedingt sagen: völlig unbedenklichen, aber durchaus vertretbaren und kriminalpolitisch sinnvollen Lösung kommen, zu einer Lösung die der Gerechtigkeit dient und die [...] verfassungsrechtlich einwandfrei ist.“ Zuvor bereits *Göhler*, in: Prot. SondA-StrafR IV²³ S. 402 (re. Sp.): Bei allen Verbandssanktionen „werde lediglich versucht, über die dogmatischen Schwierigkeiten hinwegzukommen,“ deretwegen echte Strafen gegen Verbände nicht verhängt werden könnten.

7 Das gilt – sofern man diese Aussagen im jew. Kontext liest u. die nicht immer offen ausgesprochene Unterscheidung von unmittelbaren u. mittelbaren Gewinnen mitliest – auch für die beiden vermeintlichen Gegenbeispiele *Göhler*, in: Prot. SondA-StrafR V⁵⁷ S. 1088 (li. Sp. f.) u. *Dreher*, in: Prot. SondA-StrafR V⁵⁷ S. 1084 (li. Sp.). *Dreher*s Erwiderung auf die Anfrage des Anwaltsvereins in: Prot. RechtsA V⁴⁴ S. 25 bleibt hingegen der einzig unerklärliche Ausreißer, mit dem *Dreher* sich zu allen früheren u. späteren Aussagen selbst in Widerspruch setzt.

I. Ausschüsse und Plenum

Wie bereits angedeutet, trat die (nur) gewinnabschöpfende Zwecksetzung der Verbandsgeldbuße in den Ausschusssitzungen und der Plenardebatte ganz offen zutage. Zwar ist bei dem Rückgriff auf diese Dokumenttypen zu Recht Vorsicht angemahnt worden.⁸ Hier ist er gleichwohl erforderlich, weil sich nur diesen Dokumenten entnehmen lässt, welcher Wirkmechanismus für die Verbandsgeldbuße vorgesehen war. Die insoweit bestehende Einigkeit war so groß, dass man wohl meinte, auf die ausdrückliche Fixierung dieser Selbstverständlichkeit in der Entwurfsbegründung, der Beschlussempfehlung und dem Gesetzeswortlaut verzichten zu können. Darüber hinaus war die gewinnabschöpfende Funktion der Verbandsgeldbuße von einem so breiten Konsens getragen, dass hier weder „der letztlich unterlegenen Minderheitsposition im Umweg über die Gesetzesmaterialien zur Geltung“ verholten wird,⁹ noch ein „picking and choosing“ der [hier] günstigen Stimmen aus der Masse des historischen Kontextes heraus“ droht.¹⁰

1. Breiter Konsens

Ausgangspunkt für die Diskussionen im Plenum und den Ausschüssen war die Erkenntnis, dass die gegen den Organwalter mögliche Sanktion niedrig ausfallen müsse, „obwohl die Tat der juristischen Person großen Gewinn habe bringen sollen.“¹¹ Welches „Geschäft die juristische Person [...] gemacht“ habe, könne mit der Individualsanktion nicht berücksichtigt werden.¹² An den „großen Gewinn [der] Aktiengesellschaft [...] komme man auf diese Weise nicht heran.“¹³ „Daher“ – so heißt es direkt im Anschluss – „müsse eine Geldbuße gegen die juristische Person selber verhängt werden können“.¹⁴

8 Lesenswert zum Umgang mit Gesetzesmaterialien u. zu den typischerweise zu befolgenden „Regeln für den Umgang mit spezifischen Dokumenttypen“ *Wischmeyer*, S. 377 ff. bzw. S. 389 ff. Monographisch zu „Gesetzesmaterialien und Wille des Gesetzgebers“ *Frieling*, passim.

9 Zu diesem Einwand *Wischmeyer*, S. 387 m. w. N.

10 So der Vorwurf bei *Wischmeyer*, S. 398 gegenüber dem Sondervotum *Gaiers*, in: BVerfG, Beschl. d. Plenums v. 3. 7. 2012 – 2 PBvU 1/11 („Luftsicherheitsgesetz II“) – BVerfGE 132, 1 ff.

11 *Göhler*, in: Prot. RechtsA V⁴⁴ S. 24.

12 *M. Hirsch*, in: Prot. RechtsA V⁴¹ S. 44.

13 *Dreher*, in: Prot. RechtsA V⁴¹ S. 46 f. Ähnlich *M. Hirsch* (V⁴¹ S. 46), der bemängelt, dass „die Bereicherung der Aktiengesellschaft nicht zu fassen sei.“

Mit ihr werde der juristischen Person „für den Vorteil, den sie aus der Straftat oder Ordnungswidrigkeit ihrer Organe gezogen hat, nunmehr ein Ausgleich zugemutet.“¹⁵ Es sei schlicht „angemessen, [...] der juristischen Person durch eine Geldbuße [...] Gewinne abzunehmen“. ¹⁶ Dabei sei gerade die „Abschöpfung des mittelbaren Gewinns [...] eines der beiden Ziele des § 19“.¹⁷

2. Widerstand nur gegen die Konstruktion

Vor allem der ablehnende Redebeitrag des FDP-Abgeordneten *Busse* macht deutlich, dass die Verbandsgeldbuße des § 19 EOWiG allgemein als ein Instrument der Gewinnabschöpfung aufgefasst wurde. Als Wortführer für die Fraktion der FDP hatte er sich noch in der zweiten Lesung im Bundestag¹⁸ für eine Streichung des § 19 EOWiG eingesetzt.¹⁹

Dabei ging es allein um die Ausgestaltung der Maßnahme als Geldbuße. Hinsichtlich des Zwecks und der Notwendigkeit einer solchen Maßnahme bestand Einigkeit: Auch die FDP sei dagegen, dass „ungerechtfertigte Vorteile, die von dem Vertretenen [...] gezogen werden, ihm verbleiben“. Sie wolle die allseits angestrebte Gewinnentziehung jedoch nicht durch eine systemwidrige Geldbuße erreichen, sondern – parallel zum strafrechtlichen Verfall des E₆₂ – „eine Möglichkeit schaffen, daß [...] ungerechtfertigte Gewinne [...] in einem ordnungsmäßigen objektiven Verfahren für verfallen erklärt werden“ können.²⁰ Man solle „es im System richtig bringen und nicht die Strafe ansprechen, wo in Wirklichkeit ‚Einziehung von Gewinnen‘ gesagt werden“

14 So *Dreher*, in: Prot. RechtsA V⁴¹ S. 47, der diese Konsequenz sowohl für eine Ordnungswidrigkeit als auch eine Straftat des Organwalters zu begründen versucht.

15 *Erhard*, in: BT-PlenProt. 161/V, S. 8491 f.

16 *Göhler*, in: Prot. RechtsA V⁴¹ S. 44. Er bezog sich dabei auf solche Gewinne, die die juristische Person „dadurch erzielt habe, daß sie durch [unerlaubte] Handlungen [ihrer Organwalter] ihre Konkurrenten aus dem Feld geräumt und sich dadurch eine Machtstellung erobert habe.“

17 *Dreher*, in: Prot. SondA-StrafR V⁵⁷ S. 1084 (li. Sp.). Sie sei allerdings „nur“ eines der beiden Ziele. Daneben gehe es darum, „neben der handelnden natürlichen Person auch die dahinter stehende juristische Person in einer ihren geldlichen Verhältnissen angemessenen Relation treffen zu können.“

18 In der dritten Lesung ist das Gesetz – incl. § 19 EOWiG – bei einer Enthaltung einstimmig beschlossen worden, BT-PlenProt. 161/V, S. 8502 (C).

19 Die folgenden wörtlichen Zitate stammen von *Busse* und sind BT-PlenProt. 161/V, S. 8491 (A) u. (B) entnommen.

müsse.²¹ Die Geldbuße als eine Strafe im weiteren Sinne sei schlicht „nicht das richtige Mittel, um eine solche Gewinnabschöpfung vorzunehmen.“²²

Damit sagt *Busse* aber nur, dass das von der Mehrheit des Bundestages favorisierte Instrument des § 19 EOWiG als Geldbuße falsch bezeichnet sei und „in Wirklichkeit“ die „Einziehung von Gewinnen“ bezwecke.

II. Entwurfsbegründung

Ausgerüstet mit dieser Erkenntnis lässt sich nunmehr auch der oben²³ ausgesparte Teil aus dem zentralen Absatz der Entwurfsbegründung²⁴ in den Blick nehmen. Mit dem Konzept einer nur gewinnabschöpfenden Verbandsgeldbuße im Kopf lässt sich völlig zwanglos verstehen, was oben als schwer verdauliche Begründungseintopf²⁵ bezeichnet worden ist.

1. Schaffen einer Sanktionsmöglichkeit

Die Verbandsgeldbuße des § 19 EOWiG soll „namentlich einen Ausgleich dafür ermöglichen, daß der juristischen Person [...] zwar die Vorteile [der] in ihrem Interesse vorgenommenen Betätigung zufließen,“ sie aber „beim Fehlen einer Sanktionsmöglichkeit nicht den Nachteilen ausgesetzt wäre, die als Folge der Nichtbeachtung der Rechtsordnung [...] eintreten können.“ Sie

20 Die Worte „ungerechtfertigte Gewinne“ sind im Original durch Fettdruck hervorgehoben. Speziell zur Lage bei der juristischen Person sagte *Busse*, in: Prot. RechtsA V,⁴¹ S. 49 hierzu u. auch zum Vorstehenden: „[A]uch er sei der Meinung, daß der juristischen Person das, was sie unrechtmäßig erworben habe, nicht belassen werden sollte.“

21 Damit u. mit dem Folgenden wiederholt *Busse*, was lange zuvor *Engisch*, Referat 40. DJT (1953), E 34 f. gesagt hatte. Zu der Argumentation *Engischs* siehe oben § 9 B. I. 3. (S. 288).

22 Zuvor bereits *Busse*, in: Prot. RechtsA V,⁴¹ S. 49: Er halte es lediglich für „falsch, solche Gewinne durch eine Strafe oder eine Buße abzuschöpfen.“ Allgemein zur Verknüpfung von Geldbuße u. Gewinnabschöpfung *Busse*, in: Prot. RechtsA V,⁴¹ S. 34: „Geldbuße und Abschöpfung des Gewinns seien zwei verschiedene Dinge. Es gehe nicht an, den Gewinn in der Weise abzuschöpfen, daß die Buße entsprechend hoch angesetzt werde.“

23 Siehe oben B. (S. 326).

24 Der vollständige Wortlaut des zweiten Absatzes der BT-Drs. V/1269, S. 59 (li. Sp.) ist oben in Anm. 10.1 unter A. II. (S. 323) wiedergegeben.

25 Siehe oben A. II. (S. 325).

soll das „Fehlen einer Sanktionsmöglichkeit“ ausgleichen, indem sie die aus der Nichtbeachtung der Rechtsordnung gezogenen Vorteile der juristischen Person mit einem diese Vorteile abschöpfenden Nachteil verknüpft.

2. Entlastung der Individualsanktion

Dadurch würde die im restlichen Absatz dargestellte Schieflage beseitigt.²⁶ Wird der Tatgewinn durch eine eigenständige Verbandssanktion entzogen, so ist es schon nicht mehr Aufgabe der Individualsanktion, „die der juristischen Person zugeflossenen Gewinne abzuschöpfen.“ Es ist deshalb gar nicht erforderlich, diese Individualsanktion – wie beim delinquenten Einzelunternehmer – auch „unter Berücksichtigung des wirtschaftlichen Wertes [des] Unternehmens und der für das Unternehmen erzielten oder beabsichtigten Vorteile“ festsetzen zu können. Denn die von der Aufgabe der Gewinnabschöpfung befreite Sanktion gegen den Organwalter muss nur mehr eine angemessene Antwort der Rechtsordnung auf das individuelle Fehlverhalten des Täters sein. Für ihn persönlich, dem die Vorteile aus der Tat selbst nicht zugeflossen sind, steht die Sanktion aber auch dann – genauer: nur dann²⁷ – in einem „angemessenen Verhältnis zur Tragweite der Tat“, wenn sie „nur unter Berücksichtigung seiner persönlichen wirtschaftlichen Verhältnisse festgesetzt werden kann“.

3. Beseitigung der ökonomisch-rationalen Kollusion

Werden dem Verband durch die neue Geldbuße die Tatgewinne entzogen, so verbleibt ihm aus dem Delikt kein Vorteil und der Anreiz zur ökonomisch-rationalen Kollusion entfällt. Es ist für den Verband regelmäßig nicht sinnvoll, „unbemakeltes“ eigenes Vermögen aufzuwenden, um den Organwalter von seiner persönlichen Sanktion freizustellen. Der Organwalter muss die nach seinen persönlichen wirtschaftlichen Verhältnissen bemessene Sanktion deshalb im Regelfall aus eigenem Vermögen aufbringen. Dann aber wäre die Androhung eines solchen Übels – im Rahmen des strafrechtlich Möglichen –

26 Ausf. zu dieser Schieflage bereits oben B. II. (S. 332).

27 Zu dieser Folgerung aus dem Gedanken der Opfergleichheit bereits oben B. II. 2. (S. 338).

geeignet, ihn von der Begehung von Verbandsdelikten abzuschrecken, sprich: „die Erzielung [rechtswidriger Verbands-]Gewinne zu bekämpfen.“

4. Deliktsvorbeugung durch Gewinnabschöpfung

Das andernorts in der Entwurfsbegründung offengelassene Verhältnis von Vorteilsentziehung und Verbrechensbekämpfung²⁸ lässt sich danach präzisieren: Die Verbandsgeldbuße dient als Instrument des Strafrechts im weiteren Sinne selbstverständlich dem Zweck, der Begehung von Verbandsdelikten entgegenzuwirken, sprich: „die Erzielung [...] unrechtmäßiger Vorteile zu bekämpfen.“²⁹ Das tut sie aber, indem sie schon vor Tatbegehung androht, dem Verband alle rechtswidrig erzielten Vorteile abzunehmen. Dadurch wird die Präventionswirkung der Individualsanktion gewährleistet, die ihrerseits den – zur Tat allein fähigen³⁰ – Einzeltäter von der Tatbegehung abschreckt. Die Verbandsgeldbuße dient folglich über den „Umweg“ der umfassenden Gewinnabschöpfung der Absicherung der Individualsanktion und dadurch dem Schutz von Rechtsgütern durch Verbrechensvermeidung.

III. Die Gesetz-gewordene Verbandsgeldbuße

Das jahrzehntelange Ringen um eine Verbandssanktion mündete in die Verbandsgeldbuße des § 26 OWiG₆₈.³¹ Dessen Absatz 1 sah vor, dass im Falle einer verbands- und vertretungsbezogenen³² Anknüpfungstat eines tauglichen Täters „als Nebenfolge der Straftat oder Ordnungswidrigkeit eine Geldbuße“ gegen den Verband „festgesetzt werden“ konnte. Die unter diesen Voraussetzungen mögliche Geldbuße sollte aus zwei Teilen bestehen, deren einen man ohne Weiteres als Abschöpfungsteil, deren anderen man – mit aller gebotenen Vorsicht – als Pseudo-Ahndungsteil bezeichnen kann.

28 BT-Drs. V/1269, S. 60 (li. Sp.): Mit der Verbandsgeldbuße solle „u. a. der Zweck verfolgt werden.“ der juristischen Person die Tatvorteile abzunehmen, „und weiterhin der Zweck, die Erzielung solcher unrechtmäßiger Vorteile zu bekämpfen.“

29 BT-Drs. V/1269, S. 60 (li. Sp.).

30 BT-Drs. V/1269, S. 58 (li. Sp.): „Die juristische Person [...] ist als fiktives und im natürlichen Sinne handlungsunfähiges Wesen“ einer (S. 61 li.) „Tat im natürlichen Sinne nicht fähig. Sie selbst kann keine Ordnungswidrigkeit oder Straftat begehen“.

31 § 26 des OWiG₆₈, BGBl. I 1968,³³ S. 481 (487 f.).

32 Zu diesen Begriffen bereits oben § 8 A. I. (S. 230).

1. Abschöpfungsteil

In § 26 Abs. 3 war vorgesehen, dass § 13 Abs. 4 OWiG₆₈³³ entsprechende Anwendung finden sollte. Die Verbandsgeldbuße sollte danach „den wirtschaftlichen Vorteil, den der [Verband] aus der [Straftat oder Ordnungswidrigkeit der Leitungsperson] gezogen hat, übersteigen. Reicht das gesetzliche Höchstmaß hierzu nicht aus, so kann es überschritten werden.“ Dass die Verbandsgeldbuße insoweit der Gewinnabschöpfung dient, liegt auf der Hand.

Gegenüber der ursprünglichen Fassung im Regierungsentwurf hatte § 13 Abs. 4 Satz 1 OWiG₆₈ mit dem Begriff des „wirtschaftlichen Vorteils“ eine nicht unerhebliche Weiterung erfahren – deren mögliche Auswirkungen auf die Verbandsgeldbuße augenscheinlich nicht bedacht worden sind. Die entsprechende Vorschrift des Entwurfs³⁴ hatte noch vorgesehen, dass die Geldbuße „ein Entgelt, das der Täter für die Ordnungswidrigkeit empfangen, und einen Gewinn, den er aus ihr gezogen hat, übersteigen“ solle. Dabei sei unter „dem Gewinn, den der Täter aus der Tat erlangt hat, [...] wie im geltenden Recht, nur der unmittelbare Gewinn zu verstehen.“³⁵ Da die Geldbuße „jedoch den [unmittelbaren] Gewinn übersteigen“ solle, sei „nach oben hin ein Ermessensspielraum gegeben,“ durch den es möglich werde, „in gewissem Umfang auch den mittelbaren Gewinn zu berücksichtigen.“³⁶

Diese aus praktischer Notwendigkeit geborene Trennung von mittelbarem und unmittelbarem Gewinn war seit der Großen Strafrechtskommission gepflegt und gegen zahlreiche Angriffe verteidigt worden.³⁷ Der – dogmatisch alles andere als zimperliche³⁸ – Rechtsausschuss hat sie mit fast schon erschreckender Leichtigkeit beiseite gewischt: Die einstimmig beschlossene

33 § 13 Abs. 4 des OWiG₆₈, BGBl. I 1968³³, S. 481 (485) entspricht wörtlich dem heutigen § 17 Abs. 4 OWiG.

34 Siehe § 11 Abs. 4 EOWiG in: BT-Drs. V/1269, S. 6.

35 BT-Drs. V/1269, S. 53 (li. Sp.).

36 BT-Drs. V/1269, S. 53 (li. Sp.). Zu dem genauen Mechanismus der arbeitsteiligen Gewinnabschöpfung bereits oben B. I. 2. (S. 328).

37 Noch in: Prot. RechtsA V;⁴⁴ S. 17 hatte *Dreher* erfolglos versucht, die Mitglieder des RechtsA wegen der erheblichen praktischen Schwierigkeiten bei der rechnerischen Feststellung des dann auch erfassten mittelbaren Gewinns zur Beibehaltung der Fassung des RegE zu bewegen.

38 Exemplarisch *M. Hirsch*, in: Prot. RechtsA V;⁴¹ S. 35. Der Einwand *Busses* (V;⁴¹ S. 34) – „Geldbuße und Abschöpfung des Gewinns seien zwei verschiedene Dinge“ – sei „vom Dogmatischen her [...] zweifellos“ richtig. Es „gehe aber darum, ein praktikables Gesetz zu schaffen“, bei dem „die Geldbuße im Verhältnis zum Gewinn angemessen“ sein müsse. Weil nach „dem Grundsatz ‚in dubio pro reo‘ [...] im

Änderung³⁹ sollte „eine einfachere praktische Handhabung ermöglichen.“⁴⁰ Unter den wirtschaftlichen Vorteil sei „nicht nur ein in Geld bestehender Gewinn“ zu fassen, „sondern auch ein sonstiger Vorteil wirtschaftlicher Art.“⁴¹ Die als Beispiel genannte „Verbesserung der Marktposition, die der Täter dadurch erreicht, daß er andere Wettbewerber ausgeschaltet oder zurückgedrängt hat“, ⁴² ist geradezu der Archetypus dessen, was als mittelbarer Gewinn die Diskussion um eine Verbandssanktion angestoßen hatte.⁴³ Neben der ursprünglich beabsichtigten Kenntlichmachung des sog. Netto-Prinzips⁴⁴ sollte der Begriff des „wirtschaftlichen Vorteils“ die Verwaltungsbehörden und Gerichte entlasten, „weil er nicht verlangt, daß der Gewinn zahlenmäßig genau errechnet wird.“⁴⁵ Mit ihm „könne man [...] eher über den Daumen peilen“, was auch „der Sinn einer solchen Vorschrift sei“.⁴⁶ Die – im Ergebnis nicht zu überschätzenden – Auswirkungen dieser Entscheidung auf die parallel diskutierte Verbandsgeldbuße sind zu keinem Zeitpunkt bedacht worden.⁴⁷

Zweifel der niedrigstdenkbare Betrag für den Gewinn angenommen“ werde, führe dies „zu dem gleichen Ergebnis wie eine dogmatisch saubere Lösung.“

39 Siehe die Diskussion in: Prot. RechtsA V,⁴⁴ 16 ff. mit dem Abstimmungsergebnis auf S. 18. In der Plenardebatte zu § 11 EOWiG – i. d. F. der Beschlussempfehlung des RechtsA, BT-Drs. V/2600, S. 6 – ist die Frage nicht aufgegriffen worden, siehe BT-PlenProt. 161/V, S. 8489 (D ff.)

40 BT-Drs. zu V/2600 u. 2601, S. 3 (re. Sp.).

41 BT-Drs. zu V/2600 u. 2601, S. 4 (li. Sp.).

42 BT-Drs. zu V/2600 u. 2601, S. 4 (li. Sp.).

43 Gerade solche Gewinne hatten etwa *Hartung*, Korreferat 40. DJT (1953), E 53 u. *Koffka*, in: NdSchr. GrStrKomm, Bd. I,³ S. 320 (li. Sp.) sowie Bd. IV, S. 568 (li. Sp.) im Sinn, als sie eine Abschöpfung des mittelbaren Gewinns hatten vorsehen wollen. Noch während der Beratung des § 19 EOWiG hatte *Göhler*, in: Prot. RechtsA V,⁴¹ S. 44 den mittelbaren Gewinn genau auf diese Weise umschrieben.

44 BT-Drs. zu V/2600 u. 2601, S. 4 (li. Sp.): Es „sollen nicht nur die nominellen Zahlungsmittel, die dem Täter zugeflossen sind, berücksichtigt werden, sondern auch seine etwaigen Aufwendungen.“ Die von *Stark*, in: Prot. RechtsA V,⁴⁴ S. 16 f. beantragte Änderung des § 11 Abs. 4 EOWiG ging auf eine Anregung des Deutschen Anwaltvereins zurück. Es sei „nicht eindeutig, was unter ‚Gewinn‘ zu verstehen sei, ob etwa eine Gegenleistung abzuziehen sei oder nicht.“

45 BT-Drs. zu V/2600 u. 2601, S. 4 (li. Sp.).

46 So ausdr. *M. Hirsch*, in: Prot. RechtsA V,⁴⁴ S. 17. Auch *Reischl* (V,⁴⁴ S. 18) sprach davon, dass „der wirtschaftliche Vorteil bei der Strafzumessung über den Daumen gepeilt berücksichtigt werden“ müsse.

47 Gerade der Einwand von *Reischl*, in: Prot. RechtsA V,⁴⁴ S. 18, der mit Blick auf das Aktiengesetz Geldbußen i. H. v. 1 000 DM für zu niedrig hält, macht deutlich, dass

Nur wenige „berichtigende Worte des Gesetzgebers“ haben vielleicht nicht „ganze Bibliotheken [...] zu Makulatur“ werden lassen,⁴⁸ wohl aber die lange entwickelte und dogmatisch feinsinnige Architektur der Verbandsgeldbuße verschoben. Statt das Problem des rechnerisch nur schwer fassbaren mittelbaren Gewinns dogmatisch zu lösen, hat man sich dafür entschieden, dass auch der mehr oder weniger exakt berechenbare unmittelbare Gewinn nicht mehr „zahlenmäßig genau errechnet“ werden musste.⁴⁹ Für die ursprünglich als kombinierte Sanktion konzipierte Verbandsgeldbuße hatte das zur Folge, dass die im Grenzbereich ohnehin nicht trennscharf verlaufende Linie zwischen den beiden Teilaufgaben verschoben, wenn nicht gar ausradiert wurde. Entgegen aller Vorarbeiten entzog der Abschöpfungsteil dem Verband nicht lediglich die unmittelbaren Gewinne, sondern – jedenfalls in gewissem Umfang – auch den mittelbaren Gewinn. Dem lange umstrittenen Pseudo-Ahndungsteil verblieb damit fast keine eigenständige Aufgabe mehr.

2. Pseudo-Ahndungsteil

Welche Auswirkungen diese geradezu hemdsärmelige Weiterung in § 13 Abs. 4 OWiG₆₈ auf den Pseudo-Ahndungsteil der Verbandsgeldbuße hatte, ist nicht gesehen, geschweige denn bedacht worden. Das wird schon daran deutlich, dass der Rechtsausschuss in seiner Beschlussempfehlung meinte, der ursprünglichen „Vorschrift [scil.: § 19 EOWiG] nach eingehender Beratung zugestimmt“ zu haben, und dass die vorgeschlagenen „Änderungen [...] nur redaktionelle Bedeutung“ hätten.⁵⁰ Die in § 26 Abs. 3 OWiG₆₈ angeordnete entsprechende Anwendung des § 13 Abs. 4 OWiG₆₈ hätte nach der dort vorgenommenen Weiterung nunmehr jedoch zur Folge gehabt, dass die Verbandsgeldbuße nicht lediglich den unmittelbaren Tatgewinn,⁵¹ sondern den „wirtschaftlichen Vorteil“ und damit auch die mittelbaren Gewinne übersteigen sollte. Dann aber müsste es sich bei der Verbandsgeldbuße, die letztlich Gesetz geworden ist, doch um eine trans-restitutive Sanktion handeln.

das gerade zu diesem Zweck vorgesehene Institut der Verbandsgeldbuße nicht recht bedacht worden ist.

48 So das berühmte Zitat bei v. Kirchmann, S. 23.

49 Vgl. BT-Drs. zu V/2600 u. 2601, S. 4 (li. Sp.).

50 BT-Drs. zu V/2600 u. 2601, S. 4 (re. Sp.).

51 Siehe § 11 Abs. 4 Satz 1 EOWiG in: BT-Drs. V/1269, S. 6, wobei unter „dem Gewinn, [...] nur der unmittelbare Gewinn zu verstehen“ sei, S. 53 (li. Sp.). Herv. nur hier.

Tatsächlich war das jedoch nicht die Absicht des Gesetzgebers. Anderenfalls hätte er Kriterien dafür aufstellen müssen, wie der dann intendiert trans-restitutive Pseudo-Ahndungsteil zu bemessen sei. Solche Kriterien sucht man indes vergebens. Allein die äußersten Grenzen sind – wohl um den äußeren Anschein einer Geldbuße aufrecht zu erhalten⁵² – in § 26 Abs. 2 OWiG₆₈ festgelegt worden.⁵³ Bei vorsätzlichen Straftaten (Satz 1 Nr. 1) des Organwalters durfte der Pseudo-Ahndungsteil der Verbandsgeldbuße „bis zu hunderttausend Deutsche Mark“, ⁵⁴ bei fahrlässigen Straftaten (Satz 1 Nr. 2) „bis zu fünfzigtausend Deutsche Mark“ betragen. Bestand die Anknüpfungstat in einer Ordnungswidrigkeit der Leitungsperson (Satz 2), so sollte das angedrohte Höchstmaß für diese Ordnungswidrigkeit zugleich die Höhe der Verbandsgeldbuße bestimmen. Weitere Vorgaben gab es nicht. Insbesondere sind die Zumessungskriterien für die Individual-Geldbuße in § 13 Abs. 3 OWiG₆₈ nicht für entsprechend anwendbar erklärt worden.

Für die ursprüngliche Konzeption der Verbandsgeldbuße waren solche Kriterien auch nicht erforderlich. Es wäre die Aufgabe der entscheidenden Stelle gewesen, den mittelbaren Gewinn im Wege einer pflichtgemäßen Ermessensentscheidung möglichst exakt zu schätzen. Der so verstandene Pseudo-Ahndungsteil hätte sich auch ohne weitere Kriterien festsetzen lassen. Dass der Gesetzgeber trotz der beschlossenen Weiterung des § 13 Abs. 4 OWiG₆₈ auf die Festlegung jedweder Zumessungskriterien verzichtet hat, lässt sich nur damit erklären, dass die fernwirkende Funktionsverschiebung im Rahmen der Verbandsgeldbuße übersehen worden ist. In Anbetracht der langen Vorarbeiten und des erkennbaren Willens des Gesetzgebers, diese organisch fortzuführen, darf dieses Missgeschick nicht dahin gedeutet werden, dass der Pseudo-Ahndungsteil der Verbandsgeldbuße nunmehr einen völlig neuen und anderen Zweck haben sollte.⁵⁵

Die eingerissene Grenze zwischen mittelbaren und unmittelbaren Gewinnen hatte zur Folge, dass die „Verfallskomponente“ – sprich: der Abschöp-

52 Dass es sich bei einer solchen Geldbuße nicht um die klassische Geldbuße als Reaktion auf den Verstoß gegen eine Verwaltungsvorschrift handelte, war offen eingestanden worden. Siehe nur *Schafheutle*, in: Prot. SondA-StrafR IV²³ S. 407 (li. Sp.)

53 Die Regelungstechnik entspricht jener des heutigen § 30 Abs. 2 OWiG.

54 Das entsprach dem äußersten Höchstmaß der Geldstrafe, das – auch neben einer Freiheitsstrafe – verhängt werden konnte, wenn das „Verbrechen oder Vergehen [...] auf Gewinnsucht beruht“, siehe § 27 a StGB i. d. F. der VermStrafen-VO, RGBI. I 1924⁷, S. 44 (44).

55 Eine entsprechende neue Zwecksetzung lässt sich den Protokollen der Plenardebatte zu § 19 EOWiG an keiner Stelle entnehmen, siehe BT-PlenProt. 161/V, S. 8491 (B ff.)

fungsteil der Verbandsgeldbuße – „vollständig in den Vordergrund gerückt worden“ ist.⁵⁶ Die Verbandsgeldbuße diene – wie die bisherige Untersuchung gezeigt hat – ausschließlich und nicht etwa nur „auch dem Zweck, die dem Unternehmen durch die Straftat oder Ordnungswidrigkeit unrechtmäßig verschafften Vermögensvorteile abzuschöpfen“.⁵⁷ Wenn aber der mittelbare Gewinn, dessen Abschöpfung ursprünglich Aufgabe des Pseudo-Ahndungsteils hatte sein sollen, bereits durch den Abschöpfungsteil entzogen werden konnte, blieb dem Pseudo-Ahndungsteil keine eigenständige Aufgabe mehr. In der Justiz-Praxis hat man sich entsprechend auch damit begnügt, einen mehr symbolischen Pseudo-Ahndungsteil festzusetzen.⁵⁸ Er lässt sich damit plausibilisieren, dass sich mit ihm der dogmatisch vermeintlich notwendige Anschein einer Geldbuße aufrechterhalten ließ. In der Sache werden mit ihm in marginalem Umfang die mittelbaren Gewinne entzogen, die nicht bereits durch den Abschöpfungsteil abgeschöpft worden sind.

E. Ergebnis

Entgegen anders lautender Stimmen⁵⁹ ist die Verbandsgeldbuße des § 26 OWiG₆₈ keine klassische Geldbuße, die Gewinnabschöpfung mit Übelszufügung kombiniert. Vielmehr hat der Gesetzgeber mit ihr ein Instrument geschaffen, das einer juristischen Person die Vorteile entziehen soll, die ihr aus der Tat eines ihrer Organwalter zugeflossen sind und mit der gegen diesen gerichteten Individualsanktion nicht entzogen werden können. Bereits der sog. Abschöpfungsteil – § 26 Abs. 3 i. V. m. § 13 Abs. 4 OWiG₆₈ – nimmt dem Verband dabei die unmittelbaren Gewinne und teilweise auch die mittelbaren Gewinne. Der darüber hinaus gehende – und wegen des Redaktionsversehens

56 So *Schünemann*, ZIS 2014,¹ S. 1 (6 f.), der das jedoch nicht dem gesetzgeberischen Missgeschick, sondern einer „genialen Intuition“ der Justizpraxis zuschreibt. Das Wort „Verfallskomponente“ ist im Original kursiv hervorgehoben.

57 So aber *Schünemann*, ZIS 2014,¹ S. 1 (6 f.). Herv. nur hier.

58 Der (Pseudo-)Ahndungsteil der Geldbuße gegen die MAN SE betrug bei einem Abschöpfungsteil i. H. v. (wohl) 150 Mio Euro gerade einmal 600.000 Euro (= 0,4 %), vgl. MAN SE,[@]Zusf. Vergleichs-Bericht, S. 1 u. 5. Bei der Siemens AG wurde der (Pseudo-)Ahndungsteil bei einer Abschöpfung von 394,75 Mio. Euro mit 250.000 Euro angegeben (≅ 0,06 %), vgl. Siemens AG,[@]Bußgeldbescheid, S. 12 u. 13.

59 Besonders deutlich statt vieler *Schmitt*, in: FS Lange (1976), S. 877 (878): „Auch die Verbandsgeldbuße ist natürlich eine Geldbuße im Sinne von § 17 OWiG.“ *Meyberg*, in: BeckOK-OWiG;²⁸ § 30 Rn. 15 spricht immerhin von einer „bußgeldrechtliche[n] Sanktion eigener Art“, ohne jedoch die genaue Eigenart herauszustellen.

eigentlich funktionslos gewordene – Pseudo-Ahndungsteil entzieht in ganz marginalem Umfang die verbleibenden mittelbaren Gewinne. Außerdem gibt er dem Instrument den für eine reaktiv-retrospektive Maßnahme damals für notwendig gehaltenen Anschein einer Geldbuße.

Die Abschöpfung der Tatvorteile ist nur teilweise Selbstzweck. Es kommt dadurch zum Ausdruck, dass der Verband den auf Kosten der Allgemeinheit angemäßen rechtswidrigen Vorteil nicht soll behalten dürfen. Dadurch wird verhindert, dass die juristische Person sich durch die Taten der Organwalter einen bleibenden Wettbewerbsvorteil verschaffen kann. Anderenfalls käme es zu einer ungerechtfertigten Besserstellung der juristischen Person gegenüber einem vergleichbaren Einzelunternehmer, dem der angemäße Vorteile durch seine Sanktion umfassend entzogen werden kann.

Vor allem aber beseitigt die Abschöpfung der Tatvorteile den Anreiz zur ökonomisch-rationalen Kollusion zwischen den Verbandsmitgliedern und dem potentiellen Täter. Denn ein Verbandsdelikt, das nicht nur keinen Vorteil bringt, sondern durch „negative Publizität“ sowie „Verlust an Akzeptanz, an Arbeitszeit und -kraft“⁶⁰ zu einem handfesten Nachteil führt, wird von der juristischen Person bzw. den insoweit zuständigen Personen nicht gefördert, sondern müsste bekämpft werden. Der potentielle Täter dürfte nicht mehr darauf hoffen, von seinen persönlichen Sanktionsfolgen freigestellt zu werden, sondern müsste diese aus seinem privaten Vermögen aufbringen. Die Abschöpfung der Tatvorteile gewährleistet dadurch, dass der individualverantwortliche Täter durch das für seine Tat vorgesehene Sanktionsübel tatsächlich erreicht wird. Die Verbandsgeldbuße dient – als in diesem Sinne tertiäres Instrument – der Absicherung der sekundären (Individual-)Sanktionsnorm, die ihrerseits die Einhaltung der güterschützenden primären Verhaltensnorm gewährleistet.

Mit anderen Worten: Die Verbandsgeldbuße betreibt Güterschutz, indem sie die verbrechensvorbeugenden Sanktionsnormen durch die für ihre Wirksamkeit unerlässliche umfassende Gewinnabschöpfung beim Verband ergänzt. Auf diese Weise fügt sie sich bruchlos in das Regelungsgefüge des Strafrechts im weiteren Sinne ein und trägt zur Erfüllung der Aufgabe des Strafrechts im weiteren Sinne bei.

60 *Eidam*, Unternehmen u. Strafe, S. VIII. Die in Anführungszeichen gesetzten Passagen sind im Original zusätzlich kursiv hervorgehoben.