

§ 9 Text-externe historische Interpretation

Wer einen Text verstehen will, muß die Situation kennen, auf die der Text eine Antwort war. Für Normtexte bedeutet dies, daß der Rechtsanwender versuchen muß, die gesellschaftliche und geistige Ausgangslage sowie die Entstehungsgeschichte der Norm zu erforschen, um den ursprünglichen Regelungswillen und Normzweck erkennen zu können.

Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie¹¹ Rn. 795

Das Ziel – auch und gerade – der Text-externen oder historisch-genetischen Auslegung besteht darin, den vom (historischen) Gesetzgeber mit dem Normtext verbundenen Sinn und Zweck zu rekonstruieren.¹ Wer aber den Normtext in diesem Sinne zutreffend verstehen will, muss zuerst die Frage oder Lage verstehen, auf die der Text eine Antwort war.² Das bereitet im Falle der Verbandsgeldbuße weit größere Schwierigkeiten, als man sich das heute, ein halbes Jahrhundert später, vorzustellen vermag.

§ 30 OWiG geht in seiner heute geltenden Fassung³ auf § 26 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten vom 24. Mai 1968⁴ zurück. Beschränkt man sich auf den Zeitraum unter Geltung des Grundgesetzes, so lassen sich die entsprechenden Vorarbeiten bis in das Jahr 1953 zurückverfolgen. Die Unterschiede zwischen dem damaligen und dem heute geltenden Strafrecht sind so gravierend, dass man meinen könnte, die Rechtsordnungen verschiedener Länder zu vergleichen.⁵ Wer deshalb die im folgenden Kapitel (§ 10) zu untersuchenden Gesetzgebungsmaterialien aus der heutigen Perspektive

1 So *Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie¹¹ Rn. 788*. Dort (Rn. 784 ff.) auch aufz. zu dem hier nicht zu vertiefenden Streit zwischen „entstehungszeitlicher“ u. „geltungszeitlicher“ Interpretation des Gesetzes. Dazu auch erschöpfend u. überzeugend *Looschelders/W. Roth*, S. 21 ff.

2 Vgl. *Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie¹¹ Rn. 787* m. zahlr. Nw. zum hermeneutischen Schrifttum.

3 Das ist § 30 OWiG i. d. F. des Art. 5 Nr. 5 lit. a) des VermAbsch-RefG, BGBl. I 2017²² S. 872 (889).

4 Siehe § 26 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten v. 24. 5. 1968 (OWiG₆₈), BGBl. I,³³ S. 481 (S. 487 f.).

5 Als bloße Auswahl: Diskriminierung (etwa von Frauen u. Homosexuellen); Geldsummenstrafe statt Tagessatzstrafe; keine isolierten Instrumente zur strafrechtlichen Gewinnabschöpfung; metaphysische Herleitung des Strafrechts unter dem Vergel-

liest, muss die Antwort des historischen Gesetzgebers beinahe zwangsläufig anders verstehen, als dieser sie damals gemeint hatte.

Aus diesem Grund soll es in diesem Kapitel unternommen werden, die heute beinahe vollständig ausgeblendete⁶ Vorgeschichte der Verbandssanktion jedenfalls insoweit zu beleuchten, als sie zum Verständnis der Gesetzesmaterialien erforderlich ist. Dieser – mehr historische als genetische⁷ – Teil der Text-externen Auslegung soll in zwei Schritten erfolgen: Noch bevor im zweiten Abschnitt (B.) die „Impulsgeber der Gesetzgebung“ zusammengetragen werden, ist zunächst (A.) die historische Ausgangslage dieser Impulsgeber darzustellen. Denn auch deren Antworten lassen sich zutreffend nur verstehen, wenn man sich die Frage vergegenwärtigt, auf die sie hatten antworten wollen.

A. Historische Ausgangslage

Soll diese Zeitreise nicht jeden Rahmen sprengen, so braucht sie selbstverständlich einen Startpunkt. Wenn auch die Festlegung eines solchen Startpunktes stets mit einer gesunden Portion Willkür erfolgen muss, bereitet sie im Hinblick auf die Vorgeschichte der Verbandsgeldbuße kaum Mühe. Denn im Jahr 1933 erschien die Habilitationsschrift *Buschs*,⁸ die mit Fug und Recht als das Gründungsdokument der Diskussion um ein Verbandssanktionenrecht in Deutschland bezeichnet werden kann. Das Problem, das *Busch* darin hatte lösen wollen, hat er selbst wie folgt zusammengefasst:⁹ Die „strafrechtliche Verantwortlichkeit der Täter-Individuen allein“ reiche nicht aus, um Verbandsdelikte „so wirksam zu bekämpfen, wie dies zum Schutze der Gesellschaft und im Interesse der Bewährung der Rechtsordnung notwendig“ wäre.

tungsgedanken; keine Trennung von Straftaten u. Ordnungswidrigkeiten im heutigen Sinne; teilw. Fortgeltung von Besetzungsrecht.

6 Siehe abermals etwa *Schünemann*, ZIS 2014!¹ S. 1 (6), der ausdr. von „einer längeren, hier nicht interessierenden Vorgeschichte“ des § 26 OWiG₆₈ bzw. § 30 OWiG spricht.

7 Zur Unterscheidung von historischer u. genetischer Auslegung *Engisch*, Einführung,¹² Kap. IV (S. 120 in Fn. 40) u. *Looschelders/W. Roth*, S. 153 ff., insb. S. 155 Fn. 8 jew. m. w. N.

8 Sie trägt den Titel: „Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbände“.

9 *Busch*, S. 122, der dort dieses Ergebnis in fünf Thesen zusammenfasst.

Bevor es um diese und seine übrigen Thesen zur Verbandssanktion gehen soll, scheinen zwei Schritte erforderlich. Die damalige und aus heutiger Sicht bemerkenswert selbstverständliche Ablehnung einer jeden Verbandssanktion¹⁰ lässt sich nur verstehen, wenn man (I.) nachvollzieht, wie es zu dem streng individualistischen, anthropo-zentrischen Strafrecht gekommen ist. Dieses allein auf natürliche Personen zugeschnittene Strafrecht enthielt einige Lücken (II.), die es gegenüber dem Phänomen der Verbandsdelikte nachgerade ohnmächtig erscheinen lassen musste. Im Zentrum steht freilich das Fehlen einer Verbandssanktion, das denn auch (III.) den Hauptgegenstand des Abschnitts bilden soll.

I. Streng anthropo-zentrisches Strafrecht

Sobald eine Rechtsordnung das Abstraktionsniveau erreicht, eine – wie auch immer geartete – Rechtsfähigkeit von Personenmehrheiten anzuerkennen, muss sie sich auch die Frage stellen, ob diesen Personenmehrheiten strafende oder strafähnliche Sanktionen auferlegt werden können. Zwar soll hier davon abgesehen werden, die Beantwortung dieser Frage im römischen, germanisch-fränkischen, mittelalterlichen und neuzeitlichen Recht nachzuzeichnen. Das ist andernorts bereits erfolgt.¹¹ Auch kam dieser „frühesten“ Vorgeschichte bei Schaffung des § 26 OWiG₆₈ allenfalls eine sehr mittelbare Bedeutung zu. Ein einzelner Punkt ist insoweit jedoch herauszutragen, weil er auch heute noch Auswirkungen auf Diskussion um die Sanktionsmöglichkeit von Verbänden hat.

10 Siehe nur *Neumann*, in: Verh. d. 40. DJT (1953), E 2 f.: „Es handelt sich [scil.: bei der Frage nach der Strafbarkeit der juristischen Person] um ein etwas ungewöhnliches Thema. Wir, die wir in der alten Schule erzogen sind, (aber auch wohl die Jugend) waren immer gewohnt, die persönliche Schuld der individuellen Person als Grundlage der Strafe zu nehmen; und hier sollen nun auf einmal juristische Personen [...] mit Strafe belegt werden.“

11 Siehe die umfangreichen Arbeiten von *Busch*, S. 32 ff.; *Hafter*, S. 6 ff.; *Schmitt*, Maßnahmen, S. 16 ff. u. *Schmitt-Leonardy*, Unternehmenskriminalität, Rn. 511 ff. jew. m. zahlr. Nw. *Hafter* hat darüber hinaus auf S. 2 (Fn. 6) die Fundstellen aus *Gierkes* Genossenschaftsrecht zusammengestellt, in denen dieser „in meisterhafter Weise die Geschichte der Delikts- und Straffähigkeit der Körperschaften geschrieben“ hat. Kompakte Zusammenstellungen finden sich etwa bei *Heinitz*, Gutachten 40. DJT (1953), E 3 ff. (= S. 67 ff.); *Lang-Hinrichsen*, in: FS Mayer (1966), S. 49 (49 ff.) u. *Seiler*, S. 5 ff.

Während sich das römische Recht sehr früh zu einem individuellen Strafrecht entwickelte,¹² blieb das germanische, von Sippen und ähnlichen Verbänden beherrschte Recht bis weit in die Neuzeit ein Recht der Kollektivverantwortlichkeit.¹³ Die im germanischen Rechtskreis verwurzelten Rechtsgelehrten des Mittelalters versuchten dann, die individualistisch-römischen Quellen mit ihrem kollektivistisch-germanischen Vorverständnis zu interpretieren.¹⁴ Dabei ist zu beachten, dass es im damaligen, dezentralisierten Staat gerade die Bauernschaften, Markgenossenschaften, Land- und Stadtgemeinden waren, die sich zu den immer bedeutenderen Kräften des gesellschaftlichen Lebens entwickelten.¹⁵ Für die kirchliche und weltliche Staatsgewalt war es nicht weniger als eine politische Notwendigkeit, Störungen aus diesen Verbänden heraus mit Sanktionen gegenüber diesen Verbänden zu bekämpfen.¹⁶ Die rechtspolitischen Bedürfnisse zwangen geradezu zu der Anerkennung der Körperschaftsstrafe.¹⁷ Dass hierzu ein logisch widerspruchsfreies Konzept fehlte, man in bedenklicher Weise mit Fiktionen operieren musste und überdies auch Unschuldige getroffen wurden, war in diesem Zusammenhang hinzunehmen.¹⁸ Fakt ist, dass bis weit in die Neuzeit hinein Sanktionen gegen Städte, Gemeinden und sonstige Körperschaften anerkannt waren und häufig genutzt wurden.¹⁹

Als die mittelalterlichen Körperschaften dem konzentrierten Angriff von Absolutismus, Liberalismus und Aufklärung erlagen,²⁰ schwand das prak-

12 Vgl. nur *Hafter*, S. 6: „Das römische Privatrecht hebt den schroffsten Individualismus auf den Schild“. *Seiler*, S. 6 spricht von einem „ausgesprochen individualistische[n] Recht“.

13 *Seiler*, S. 7. Ausf. zu den relevanten Grundzügen des germanischen Rechts *Hafter*, S. 11 f. u. *Schmitt*, Maßnahmen, S. 23 ff.

14 *Hafter*, S. 3 f. u. 11 f. Siehe auch *Heinitz*, Gutachten 40. DJT (1953), E 4 ff. (= S. 68 ff.) u. *Schmitt*, Maßnahmen, S. 20 ff.

15 *B. Ackermann*, S. 23 f.

16 *B. Ackermann*, S. 23 f.; *Hafter*, S. 14 f. u. 24; *Heinitz*, Gutachten 40. DJT (1953), E 5 (= S. 69).

17 Vgl. *Hafter*, S. 14, der in der Tatsache, dass sich die Lehre von der Delikts- u. Straffähigkeit der Verbände das ganze Mittelalter hindurch erhielt, einen Beweis dafür erblickt, dass „das Leben die Geltung dieses Grundsatzes forderte“.

18 Siehe dazu im Einzelnen *Hafter*, S. 14 f. u. *Seiler*, S. 8. Zum Problem der Bestrafung Unschuldiger u. entsprechenden Ausnahmen *B. Ackermann*, S. 24; *Heinitz*, Gutachten 40. DJT (1953), E 5 (= S. 69) u. *Schmitt*, Maßnahmen, S. 23 jew. m. w. N.

19 *Brender*, S. 29; *Hafter*, S. 1 u. 19; *Seiler*, S. 1 u. 9. Nach *Heinitz*, Gutachten 40. DJT (1953), E 6 (= S. 70) lassen sich solche Prozesse bis ins 18. Jahrhundert nachweisen.

20 Der Absolutismus wollte den Untertan unmittelbar der Herrschaft des Staates unterwerfen u. musste dazu alle zwischengeschalteten Stellen der Machtkonzentration

tische Bedürfnis nach entsprechenden Sanktionen.²¹ Ohne das praktische Bedürfnis traten die moralischen und dogmatischen Bedenken gegen eine Verbandssanktion in den Vordergrund.²² Neben der Fiktionstheorie *Savignys*, nach der ein Körperschaftsdelikt logisch ausgeschlossen sein musste,²³ entwickelte sich auf diesem Boden die individual-ethische Auffassung von Schuld, wie sie die deutsche Strafrechtswissenschaft noch heute beherrscht.²⁴ Der einzelne Mensch stand vor der Gesellschaft und sollte nur seiner eigenen Schuld wegen, und nicht wegen einer Kollektivschuld bestraft werden können.²⁵ Hatten in der Mitte des 18. Jahrhunderts noch fast alle strafrechtlichen Lehrbücher Strafen gegen juristische Personen befürwortet, so erklärten sich seit Beginn des 19. Jahrhunderts die meisten dagegen.²⁶

Mit der Industrialisierung freilich schwang das Pendel zurück. Die Kapitalgesellschaften wurden zur beinahe archetypischen Form der wirtschaftlichen Betätigung, weil die Kraft des Einzelnen nicht mehr ausreichte, die Aufga-

ausschalten, vgl. *B. Ackermann*, S. 24 f. Die Aufklärung – u. der auf ihr aufbauende Liberalismus – predigte nach *Seiler*, S. 10 „die Befreiung des Individuums von der Herrschaft des Kollektivs u. forderte deshalb auch die alleinige strafrechtliche Verantwortlichkeit des Einzelnen.“ Siehe dazu auch *Schmitt-Leonardy*, Unternehmenskriminalität, Rn. 546 f.;

21 *B. Ackermann*, S. 24 f.; *Brender*, S. 29 f.; *Heinitz*, Gutachten 40. DJT (1953), E 6 (= S. 70); *Schmitt*, Maßnahmen, S. 27 f.; *Seiler*, S. 1 u. 10 f.

22 Vgl. *Lang-Hinrichsen*, in: FS Mayer (1966), S. 49 (50).

23 Siehe *v. Savigny*, System, Bd. II, § 94 (S. 310 ff.). Die zentralen Passagen lauten: Die Strafbarkeit juristischer Personen werde vielfach verneint, „weil die juristische Person nur ein künstliches Daseyn [...] habe, welches aber nur für erlaubte Zwecke gegeben sey; wenn sie daher ein Verbrechen begehe, so sey sie in diesem Augenblick gar nicht juristische Person, könne also auch nicht als solche einer Strafe unterworfen werden“ (S. 310). — „Das Criminalrecht hat zu thun mit dem natürlichen Menschen, als einem denkenden, wollenden, fühlenden Wesen. Die juristische Person aber ist kein solches, sondern nur ein Vermögen habendes Wesen, liegt also ganz außer dem Bereich des Criminalrechts. Ihr reales Daseyn beruht auf dem vertretenden Willen bestimmter einzelner Menschen, der ihr, in Folge einer Fiction, als ihr eigener Wille angerechnet wird“ (S. 312). — „Alles, was man als Verbrechen der juristischen Personen ansieht, ist stets nur das Verbrechen ihrer Mitglieder oder Vorsteher, also einzelner Menschen oder natürlicher Personen [...]. Wollte man nun irgend ein Verbrechen an der juristischen Person bestrafen, so würde dadurch ein Grundprinzip des Criminalrechts, die Identität des Verbrechers und des Bestraften, verletzt werden“ (S. 313).

24 So etwa *Seiler*, S. 10 f.

25 Vgl. *B. Ackermann*, S. 25.

26 So die Zusammenfassung bei *Heinitz*, Gutachten 40. DJT (1953), E 6 (= S. 70) m. Nachw. in Fn. 20.

ben und Bedürfnisse einer gewandelten Wirtschaft zu bewältigen.²⁷ Mit der überwältigenden „Herrschaft der Verbände“²⁸ häuften sich die Rechtsverstöße, die aus diesen Verbänden begangen werden konnten und wurden.²⁹ Die ungeheure Konzentration finanzieller und persönlicher Mittel verlieh diesen Delikten ein besonderes Gewicht und eine besondere soziale Gefährlichkeit.³⁰ Mit der Verbandskriminalität, verstanden als der „Summe der Individualdelikte, die von Tätern im Verbandsbereich unter Ausnutzung der Verbandsmacht im Interesse des Verbandes begangen werden, sofern diese Delikte nicht aus dem Rahmen der Verbandstätigkeit fallen“,³¹ sah sich die Rechtsordnung einer neuen Erscheinung ausgesetzt, die dringlich nach einer Antwort verlangte. Geradezu zwangsläufig musste die überwunden geglaubte³² Frage nach möglichen Sanktionen gegen die Verbände mit neuer Dringlichkeit gestellt werden.³³

Allerdings – und darauf kommt es hier an – hatte sich das Strafrecht inzwischen zu einem vollends anthropo-zentrischen Strafrecht entwickelt. Ohne ein Bedürfnis für Körperschaftsstrafen hatte sich aus Liberalismus und Aufklärung eine Strafrechtsdogmatik entwickelt, deren Voraussetzungen für die Strafbarkeit völlig auf die natürliche Person zugeschnitten waren und sind. Anknüpfungspunkt einer jeden Straftat ist eine menschliche Handlung, für die den Täter eine individual-ethische Schuld treffen muss. Die handlungs-

27 B. Ackermann, S. 26; Seiler, S. 1; Schmitt, Maßnahmen, S. 9 u. 27 f. Siehe auch *Je-scheck*, in: NdSchr. GrStrKomm, Bd. I;² S. 295 (re. Sp.): „Es gibt heute [scil.: 1954] kaum mehr Aufgaben von erheblicherer Bedeutung, die mit den Mitteln und Möglichkeiten des einzelnen Privatmannes bewältigt werden können.“

28 So der Titel der kleinen u. vielzitierten Schrift von *Eschenburg*.

29 M. Hirsch, in: Prot. SondA-StrafR IV;²³ S. 397 (li. Sp.).

30 Seiler, S. 1.

31 So die Definition der Verbandskriminalität bei Schmitt, Maßnahmen, S. 137, der die einzelnen Aspekte auf den vorangehenden Seiten herausarbeitet. Ähnlich Rotberg, in: FS 100 Jahre DJT (1960), S. 193 (205).

32 Bei den Beratungen zum preußischen StGB von 1851 wurde eine Vorschrift zu der Frage, ob nur die schuldigen Mitglieder der Korporation oder auch die Korporation selbst zu strafen sei, „für unnötig erachtet, weil jede moralische Person nur vermöge ihres Zweckes als solche gedacht werden könne, der Zweck aber [...] kein Verbrechen sein könne.“ Siehe *Golddammer*, S. 311 f. Ähnlich lautende Stellungnahmen hat Engisch, Referat 40. DJT (1953), E 9 in Fn. 5 zusammengestellt.

33 Vgl. Schmitt, Maßnahmen, S. 132: Die „Tendenz der Rechtsordnungen, gegen Verbände strafrechtlich vorzugehen, [nimmt] mit dem Anwachsen der Verbände“ zu. Skeptisch zur Überbetonung „reiner Zweckmäßigkeitserwägungen“ zuvor bereits Heinitz, Gutachten 40. DJT (1953), E 23 f. (= S. 87 f.) u. Engisch, Referat 40. DJT (1953), E 28 ff.

und schuldunfähige juristische Person ist weder zum einen noch zum anderen in der Lage.³⁴

Dass es – bis heute! – nicht gelungen ist, die Verbandssanktion widerspruchslos in das Strafrecht im weiteren Sinne einzupassen,³⁵ und eine Verbandsstrafe mit dieser unserer Dogmatik im Widerspruch steht, ist – mit den Worten v. Webers auf dem 40. DJT³⁶ – „völlig richtig, aber auch nicht erstaunlich. Denn eine Dogmatik die von einem reinen Individualstrafrecht her abstrahiert, kann natürlich der Verbandsstrafe nicht irgendwie Rechnung tragen.“³⁷

Anm. 9.1: Es hätte wohl eines strafrechtlichen Otto von *Gierke* bedurft, um aus dem „Angriff der Genossenschaftstheorie“³⁸ auf die „Übertragung der individualistischen Gedankenschablone auf das Gemeinleben“³⁹ die richtigen Konsequenzen zu ziehen.⁴⁰ So wenig der Begriff des Organs „im Individualrecht [ein] Vorbild“ hat und sich „durch [einen] außerhalb des Socialrechts [scil.: Gesellschafts- bzw. Verbandsrechts] geborenen Rechtsbegriff ersetzen oder verdeutlichen“ lässt,⁴¹ so erfolglos muss der – bis heute unternommene – Versuch bleiben, Verbandssanktionen durch Überstülzung der streng anthropo-zentrischen Gedankenschablone zu begründen.

Für die Zwecke der Untersuchung mag man aus alledem nur Folgendes mitnehmen: Die am Delikt allein beteiligten natürlichen Personen waren Täter oder Teilnehmer entweder eines Hauptdeliktes oder eines Anschlussdeliktes. Das Strafrecht konnte auf ein jedes strafrechtlich relevante Verhalten

34 Siehe nur 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.“

35 Ausf. zum Streitstand nur *Meyberg*, in: BeckOK-OWiG²⁸ § 30 Rn. 14 ff. u. *Rogall*, in: KarlsruKomm-OWiG⁵ § 30 Rn. 1 ff. jew. m. w. N.

36 Siehe Verh. d. 40. DJT, E 61.

37 Ganz in diesem Sinne auch *Bockelmann*, in: NdSchr. GrStrKomm, Bd. IV⁵⁰ S. 328: „Es ist nicht damit getan, daß man sich hinter die überkommenen Vorstellungen von Sühne und Schuld zurückzieht [...]. Man wird sich der Mühe unterziehen müssen, aus der modernen Entwicklung der wirtschaftlichen Verbände neue dogmatische Konsequenzen zu ziehen.“ sowie *Rotberg*, in: FS 100 Jahre DJT (1960), S. 193 (194 f.).

38 Den „Angriff der Genossenschaftstheorie“ hat *Gierke*, Genossenschaftstheorie, S. 175 selbst ausgerufen.

39 *Gierke*, Genossenschaftstheorie, S. 616.

40 Zum – oft überzeichneten – Streit zwischen v. *Savignys* Fiktionslehre u. *Gierkes* Lehre von der realen Verbandspersönlichkeit die in jeder Hinsicht bemerkenswerte Darstellung bei *Kleindiek*, § 7 (S. 152 ff.).

41 *Gierke*, Genossenschaftstheorie, S. 615.

mit einer Geldstrafe reagieren. Vor dem (Wieder-)Erstarken der Verbände bestand daher gar keine Notwendigkeit dafür, das auf den Menschen zugeschnittene Instrument der Geldstrafe in isolierte und funktionsverschiedene Sanktionsmaßnahmen aufzuspalten.⁴² Allerdings brauchte, wer sich keiner dieser Beteiligungskategorien zuordnen ließ, weder eine Geldstrafe noch sonst eine strafrechtliche Maßnahme fürchten. Das wiederum hatte zur Folge, dass die handlungs- und schuldunfähige juristische Person, die weder Täter noch Teilnehmer sein konnte, als Begünstigte einer Straftat für das Strafrecht schlechthin nicht zu fassen war.

II. Lücken des Individual-Strafrechts

Das streng auf die natürliche Person zugeschnittene Strafrecht der damaligen Zeit sah sich mit dem Erstarken der Verbände¹ und der damit einhergehenden Verbandskriminalität neuen Herausforderungen ausgesetzt. Diesen begegnete es in seinem nunmehr vollends auf die natürliche Person zugeschnittenen Urzustand mit verständlicher Ohnmacht.² Die Unzulänglichkeiten eines reinen Individual-Strafrechts bei der Behandlung von Verbandsdelikten lassen sich vor allem an dem Fehlen von drei Instrumenten deutlich machen. Das damalige Recht sah keine Vorschriften zum Handeln für einen anderen und zur Aufsichtspflichtverletzung vor. Darüber hinaus kannte es keine – jedenfalls keine allgemeine – Geldsanktion gegen Verbände.

42 § 27c Abs. 1 StGB lautete i. d. F. des Art. I der VermStrafen-VO, RGBI. I 1924⁷ S. 44 (44): „Bei der Bemessung einer Geldstrafe sind die wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters zu berücksichtigen.“ — 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.“ Die damalige Geldstrafe war, wie die heutige Geldbuße, ein kombiniertes Sanktionsinstrument, das Übelzufügung u. Gewinnabschöpfung miteinander verband.

1 Eindrücklich *Jescheck*, DÖV 1953¹⁷ S. 539 (541): „Verbände [...] beherrschen heute als Parteien das politische, als Unternehmer, Arbeitgeberverbände oder Gewerkschaften das wirtschaftliche Leben, als Banken das Kreditwesen. Verbände bestimmen als Verlage, Zeitungsbetriebe oder Nachrichtenagenturen das Gesicht der Publizistik, als Standesorganisationen haben sie maßgebenden Einfluß auf das Berufs- und kulturelle Leben.“

2 Von Ohnmacht sprechen auch *Jescheck*, DÖV 1953¹⁷ S. 539 (541 f.) u. *Schmitt*, Maßnahmen, S. 142.

Das Hauptaugenmerk dieser Untersuchung liegt auf der Geldsanktion gegen Verbände, die deshalb im nächsten Abschnitt (III.) ausführlich behandelt werden soll. Auch der Gesetzgeber des OWiG⁶⁸ hat aber die neu geschaffene Verbandsgeldbuße des § 26 ausdrücklich als Teil eines Maßnahmen-Bündels verstanden.³ Kurz sollen deshalb auch die anderen Unzulänglichkeiten dargestellt werden, schon um zu zeigen, mit welchen Aspekten sich die spätere Verbandsgeldbuße nicht mehr zu befassen brauchte.

1. Handeln für einen anderen

Eine erste Strafbarkeitslücke bestand darin, dass das damals geltende Recht keine allgemeine Vorschrift zum „Handeln für andere“ kannte.⁴ Gerade im Nebenstrafrecht wurden und werden viele Delikte vom Vorliegen bestimmter persönlicher Merkmale abhängig gemacht. Mit dem Erstarken der Verbände nahmen diese in immer größerem Umfang Funktionen und Positionen des Wirtschaftslebens ein, die bis dahin von natürlichen Personen besetzt waren. Immer öfter kam es deshalb vor, dass die besonderen persönlichen Merkmale – Arbeitgeber, Betriebsinhaber, Vollstreckungsschuldner – nur bei dem Verband und nicht bei der für ihn handelnden natürlichen Person vorlagen.

Das hatte zur Folge, dass bei zahlreichen Sonderdelikten weder Verband noch Einzeltäter strafrechtlich erfasst werden konnten:⁵ Der Verband ist als solcher nicht handlungsfähig, kann das Delikt mithin nicht selbst begehen und konnte deshalb auch nicht bestraft werden; eine Strafe des Individualtäters war ebenfalls nicht möglich, weil er mangels des Vorliegens der besonderen persönlichen Merkmale kein tauglicher Täter war.

Der Gesetzgeber behelft sich mit einer Fülle von Einzelregelungen.⁶ Diese mündeten schließlich in § 14 StGB und den Vorläufer des heutigen § 9 OWiG.⁷

3 So gibt die Begründung zum EOWiG in: BT-Drs. V/1269, S. 29 (li. Sp.) an, welchen gemeinsamen Zweck die „neu vorgesehenen allgemeinen Vorschriften über Handeln für einen anderen [...], über Geldbuße gegen juristische Personen [...] und über Verletzung der Aufsichtspflicht“ haben sollen.

4 Insoweit sei nur auf das Referat (Anh. Nr. 49) *Schäfers* in der Großen Strafrechtskommission verwiesen, NdSchr. GrStrKomm, Bd. IV, S. 545 ff.

5 Eingehend *Pohl-Sichtermann*, S. 15 f. u. *Schmitt*, Maßnahmen, S. 140 f.

6 Siehe die bspw. Aufzählung in BT-Drs. IV/650, S. 127 (li. Sp.).

7 § 14 StGB wurde durch Art. 1 Nr. 1 des Zweiten Gesetzes zur Reform des Strafrechts v. 4. 7. 1969 (2. StrRG), BGBI. I⁵⁶ S. 717 (719 f.) eingefügt; der heutige § 9 OWiG geht auf § 10 des OWiG₆₈, BGBI. I 1968³³ S. 481 (485) zurück.

2. Aufsichtspflichtverletzung

Wo eine Strafe gegen eine Einzelperson hätte verhängt werden können, kam es zu einem anderen Problem: Die Erfüllung der Verbandsaufgaben erfordert regelmäßig das dauernde und arbeitsteilige Zusammenwirken einer Vielzahl von Personen in einer geschlossenen Arbeits- und Betriebsgemeinschaft.⁸ Bei eben dieser Vielzahl der als Täter in Frage kommenden Personen wird dem Außenstehenden oft jede Möglichkeit genommen, den einzelnen Verbandsgenossen oder Funktionär festzustellen, der die strafbare Handlung letztlich begangen hat.⁹ Die im Verband zusammengefassten Personen hätten dieses Phänomen ausnutzen und durch eine „organisierte Unverantwortlichkeit“¹⁰ auf die Spitze treiben können.¹¹ Das auf individueller Schuld beruhende Strafrecht hatte dem hier „notwendig entstehenden Beweisnotstand“¹² nicht viel entgegenzusetzen.

Diesem Problem begegnete der Gesetzgeber nicht mit Verbandssanktionen,¹³ sondern mit Tatbeständen der Aufsichtspflichtverletzung, die schließlich im Vorläufer des heutigen § 130 OWiG aufgingen.¹⁴ Der teilweise¹⁵ geforderte Straftatbestand der Aufsichtspflichtverletzung hat sich bis heute nicht durchsetzen können.

8 *Busch*, S. 116. Zu der schwierigen Frage, wie die Arbeitsteiligkeit in der modernen Wirtschaft strafrechtlich zu bewältigen ist, auch *Tiedemann*, Gutachten 49. DJT (1972), C 55 ff.

9 So *Busch*, S. 116 ff. mit zahlreichen Bsp. Siehe außerdem das Bsp. bei *Wilfferodt*, in: *Verh. d. 40. DJT* (1953), E 74 f.

10 Ausf. zu dem Begriff der organisierten Unverantwortlichkeit, seiner Abgrenzung von der „strukturellen Unverantwortlichkeit“ u. der – jew. nur begrenzten – Bedeutung dieser Postulate für die Begründbarkeit einer Verbandssanktion die erschöpfende Darstellung bei *Kirch-Heim*, S. 52 ff. m. zahlr. Nw.

11 Dazu etwa *Tiedemann*, Gutachten 49. DJT (1972), C 55.

12 *Tiedemann*, Gutachten 49. DJT (1972), C 55. Krit. zu den „Beweisnothypothesen in Wissenschaft und Praxis“ dagegen *Schünemann*, Unternehmenskriminalität, S. 41 ff. mit einem Resümee auf S. 55.

13 Dafür hatte sich vor allem *Busch*, S. 116 ff. ausgesprochen.

14 Vorläufer des heutigen § 130 OWiG war § 33 des OWiG₆₈, BGBI. I 1968³³ S. 481 (489), der auf § 25 EOWiG zurückging. Siehe die ausf. Begründung zur Vorschrift in: BT-Drs. V/1269, S. 67 (re. Sp. ff.).

15 So etwa *Tiedemann*, Gutachten 49. DJT (1972), C 56.

III. Fehlen einer Verbandssanktion

Jenseits dieser echten Strafbarkeitslücken stieß die Individualstrafe ohne die Schützenhilfe einer Verbandssanktion an ganz eigene Grenzen. Vor allem *Busch*¹⁶ hat diese Grenzen grundlegend herausgearbeitet. Bis heute kommt um seine „zum Teil höchst eindrucksvollen Argumente“ keiner herum, der sich mit der Strafbarkeit der Verbände auseinandersetzt.¹⁷ Sie haben die spätere Diskussion bis hin zur Ausgestaltung der Verbandsgeldbuße so wesentlich beeinflusst, dass sie auch hier – in gebotener Kürze – wiedergegeben werden müssen. Weil sich schon zahllose andere Autoren mit ihnen auseinandergesetzt haben,¹⁸ soll sich die Untersuchung im Folgenden auf die hier wesentlichen Gedanken beschränken, diese aber – wo nötig – ergänzen.

1. Bedeutung der Thesen *Buschs*

Im Wesentlichen kreisen die Argumente *Buschs* um zwei Gedankenzentren:¹⁹ Zum einen hat er versucht, die Unzulänglichkeit der bloßen Individualverantwortlichkeit nachzuweisen.²⁰ Die „strafrechtliche Verantwortlichkeit der Täter-Individuen allein“ – so sein Ergebnis – reiche nicht aus, um Verbandsdelikte „so wirksam zu bekämpfen, wie dies zum Schutze der Gesellschaft und im Interesse der Bewährung der Rechtsordnung notwendig“ wäre.²¹ Zum anderen hat er zeigen wollen, dass auch die übrigen gegen die Verbände anwendbaren Zwangsmittel des damals geltenden Rechts für die Bekämpfung der Verbandsdelikte unzulänglich waren.²² Soweit diese Zwangsmittel überhaupt als allgemeine Rechtsfolge an alle Verbandsdelikte anknüpfen

16 Siehe dessen Habilitationsschrift aus dem Jahre 1933 mit dem Titel: „Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbände“, dort vor allem das dritte Kapitel (S. 89 ff.).

17 So bereits *Engisch*, Referat 40. DJT (1953), E 29. Ähnlich *Pohl-Sichtermann*, S. 2. Diese Einschätzung ist auch heute noch richtig.

18 Eine ausf. Auseinandersetzung mit den Gedanken *Buschs* findet sich etwa bei *Engisch*, Referat 40. DJT (1953), E 29 ff., der den Gedankengang sehr präzise u. kompakt zusammengestellt hat. Siehe außerdem *B. Ackermann*, S. 45 ff.; *Brender*, S. 11 ff.; *Rotberg*, in: FS 100 Jahre DJT (1960), S. 193 (218 ff.); *Schmitt*, Maßnahmen, S. 117 ff.

19 So *Engisch*, Referat 40. DJT (1953), E 29.

20 *Busch*, S. 96 ff.

21 *Busch*, S. 122, der dort dieses Ergebnis in fünf Thesen zusammenfasst.

22 *Busch*, S. 124 ff., wo sich zu Beginn eine Zusammenstellung der damals möglichen Zwangsmittel findet.

könnten, würden sie – etwa bei der Verbandsauflösung – „Opfer bedingen, die in keinem angemessenen Verhältnis zum Erfolg“ stünden, oder aber „der spezifisch verbrechensverhütenden Wirkung“ ermangeln.²³

Der zweite dieser Gedankenkomplexe kann für die Frage nach dem Zweck der Verbandsgeldbuße und letztlich nach der Zulässigkeit des Bußgeldregresses dahinstehen. Der Gesetzgeber hat sich mit Schaffung des § 26 OWiG₆₈ für eine im weiteren Sinne strafrechtliche Geldsanktion gegen Verbände entschieden, die er – etwas unglücklich²⁴ – als Geldbuße bezeichnet hat. Wegen dieser positiven Entscheidung kommt es nicht mehr darauf an, ob die mit der Verbandsgeldbuße verfolgten Zwecke besser, ebenso gut oder überhaupt nur durch andere Zwangsmittel hätten erreicht werden können. Wer dies anders sehen wollte, muss sich entweder der Entscheidung des Gesetzgebers beugen oder in letzter Instanz die Unzulässigkeit der Verbandsgeldbuße nachweisen.²⁵ Damit aber fiele auch die Frage nach einem entsprechenden Regressanspruch in sich zusammen. Denn ohne zulässige Verbandsgeldbuße fehlt das Substrat eines solchen Anspruches. Auf die bei der Entstehung des § 26 OWiG₆₈ besonders schwierigen Fragen von Konstruktion und Konstruierbarkeit soll im Folgenden deshalb nur eingegangen werden, wenn dies zum Verständnis des Zweckes der Sanktion erforderlich ist. Darüber hinaus wird die Entscheidung des Gesetzgebers als bindend zugrundegelegt.

Ganz wesentlich ist dagegen der erste Gedankenkreis: *Busch* attestiert einer Rechtsordnung, die sich auf die reine Individualverantwortlichkeit beschränkt, nichts weniger, als bei der Bekämpfung der Verbandskriminalität versagen zu müssen. Ohne eine Verbandssanktion könnten die „Verbrechen, die in Ausübung der Verbandsmacht und aus dem Machtbereich der Verbände heraus begangen werden,“ nicht so wirksam bekämpft werden, „wie dies zum Schutze der Gesellschaft und im Interesse der Bewährung der Rechtsordnung

23 *Busch*, S. 147.

24 Zwar ist die Verbandssanktion wie die Individualgeldbuße eine reaktiv-retrospektive Geldsanktion. Sie ist jedoch – was noch zu zeigen sein wird – keine (trans-restitutive) Übelszufügung, sondern allein auf die (restitutive) Abschöpfung des Tatgewinnes gerichtet. Zu den „falschen Abzweigungen“, deretwegen das Institut gleichwohl als „Geldbuße“ bezeichnet wird, siehe B. III. 6. (S. 307) u. B. V. 2. (S. 318).

25 Siehe etwa *Jescheck/Weigend*, StrafR-AT⁵, § 23 VII 3 (S. 228 f.), die von einem „Etikettenschwindel“ sprechen u. eine Kombination aus Gewinnabschöpfung beim Verband u. – wo erforderlich – Freiheitsstrafe gegen die handelnden Personen fordern. Auch *Reuter*, BB 2016²² S. 1283 ff. hält die Verbandsgeldbuße verfassungrechtlich für wenigstens problematisch. Sie treffe „die Falschen“ (S. 1286 u. 1290), weil sie systemisch Grundrechte der Aktionäre verletze, bei denen die – mehr postulierte als nachgewiesene – Repressions- u. Präventionswirkung nicht erreicht werden könne.

notwendig“ wäre.²⁶ Sinnvoll ist dieser Vorwurf nur, wenn mit ihm zugleich unterstellt wird, dass eine Rechtsordnung mit Verbandssanktion zur wirksamen oder wenigstens wirksameren Bekämpfung in der Lage wäre. Dann aber wäre es gerade die ureigene Aufgabe – der Zweck – der neu zu schaffenden Verbandssanktion, die Lücken zu schließen, die ohne sie bestehen.²⁷ Die präzise Umschreibung der Lücken, die ohne Verbandssanktion verbleiben, erlaubt eine sehr präzise Umschreibung des Zwecks oder der Zwecke, die der Gesetzgeber mit Schaffung eines solchen Instrumentes verfolgen könnte. Ist danach bekannt, welche Zwecke eine Verbandssanktion sinnvoll erfüllen kann, lässt sich später untersuchen, welche dieser Zwecke der Gesetzgeber § 26 OWiG₆₈ beimessen wollte.

2. Wirksamkeitsvoraussetzungen der Strafe

Busch ging dabei von der Annahme aus, dass das Strafrecht dem Schutze der Gesellschaft durch Verbrechenvorbeugung dient.²⁸ Der (angedrohte)²⁹ Strafzwang als Instrument des Strafrechts könne seine vorbeugende Wirkung nur unter drei Bedingungen entfalten:³⁰ Es müsse erstens beim Täter eine im Wesentlichen normale Motivationslage vorhanden sein, müssten zweitens Verbrechen und Sanktion in einem angemessenen Wertverhältnis stehen und müssten schließlich alle bekannt werdenden Verbrechen zur Aburteilung gelangen.³¹ *Busch* kommt zu dem Ergebnis, dass diese drei Bedingungen bei Verbandsdelikten nicht nur hin und wieder, sondern geradezu typischerweise

26 *Busch*, S. 122. Nichts anderes sagt die Entwurfsbegründung – BT-Drs. V/1269, S. 59 (l. Sp.) – zu § 19 EOWiG, aus dem § 26 OWiG₆₈ hervorgegangen ist: „Die [gegen das Organ einer juristischen Person] zulässige [...] Geldbuße würde [beim Fehlen einer Sanktionsmöglichkeit gegenüber der juristischen Person] vielfach [nicht] geeignet sein, [...] die Erzielung [rechtswidriger Verbands-]Gewinne zu bekämpfen.“

27 Vgl. *Lagodny*, Gesetzestexte² S. 162 f. Mit der Frage, was wäre, wenn es die Norm nicht gäbe, will er sich „den wirklichen Sinn und die wirkliche Bedeutung der Norm vor Augen“ führen. Ähnlich *Pawlowski*, Methodenlehre³ Rn. 362 m. w. N. (in Fn. 101).

28 *Busch*, S. 89 ff. Das bedeutet letztlich nichts anderes als die oben herausgearbeitete Aufgabe des präventiven Güterschutzes durch das Mittel der Repression, die heute als h. M. betrachtet werden darf. Dazu ausf. § 7 C. (S. 209).

29 Eine Unterscheidung zwischen der Sanktionsnorm u. der tatsächlich festgesetzten Sanktion – sprich: zwischen Androhung u. Zufügung des Übels – findet bei *Busch* nicht statt. Siehe dazu oben § 7 C. II. (S. 220).

30 *Busch*, S. 97.

nicht oder nur in abgeschwächter Form erfüllt seien.³² Denn „bei allen Arten verbrecherischer Verbandstätigkeit“ komme es zu typischen Begleitumständen, welche die Wirkungen der individuellen Sanktion abschwächen.³³

a) Atypische Motivationslage

Tatsächlich kann von einer im Wesentlichen normalen Motivationslage nicht die Rede sein, wenn der einzelne Mensch als Täter eines Verbandsdeliktes meint, zur Förderung der Verbandszwecke zu handeln. Ob die Verzerrung der Motivationslage mit *Busch* tatsächlich zur Wirkungslosigkeit der persönlichen Strafdrohung führt³⁴ oder der sich für seinen Verband opfernde Täter allenfalls eine Ausnahmeerscheinung darstellt,³⁵ sei dabei dahingestellt.³⁶ Jedenfalls ist es eine „nicht wohl zu bestreitende Erfahrung des täglichen Lebens,“³⁷ dass der einzelne Täter zu „einer anderen Beurteilung des Interes-

31 Diesem letzten Gedanken der fehlenden Feststellbarkeit des Einzeltäters ist der Gesetzgeber mit der Aufsichtspflichtverletzung begegnet. Er soll hier deshalb nur kurz angesprochen u. nicht vertieft werden, siehe c) (S. 271).

32 So *Engisch*, Referat 40. DJT (1953), E 29.

33 *Busch*, S. 98.

34 Siehe *Busch*, S. 99, der befürchtet, dass „die persönliche Strafdrohung [...] ihre motivierende Kraft im Sinne der Abschreckung nicht mehr zur Geltung zu bringen“ vermöge, weil „sich der Einzelne der Verbandsgemeinschaft tiefer verpflichtet fühlt als der staatlichen Gemeinschaft.“ In der Tendenz ähnlich v. *Weber*, GA 1954, S. 237 (241).

35 So etwa *Engisch*, Referat 40. DJT (1953), E 33 f., der *Busch* zwar „groß[e] psychologisch[e] Treffsicherheit“ attestiert, es aber für eine Ausnahmeerscheinung hält, wenn der Organwalter „aus purer Selbstlosigkeit und Unterwerfung unter den Verbandsgeist im Dienste des Verbandes strafbare Handlungen begeht und dabei auch bereit ist, die ihm drohende Strafe auf sich zu nehmen, wenn nur dem Verband nichts widerfährt.“ Zust. *Lang-Hinrichsen*, in: FS Mayer (1966), S. 49 (67 f.).

36 Eingehend zur kriminogenen Wirkung der Verbandszugehörigkeit *Kirch-Heim*, S. 46 ff. u. *Schünemann*, Unternehmenskriminalität, S. 19 ff. jew. m. w. N. Siehe auch *B. Ackermann*, S. 46.

37 So *Busch*, S. 98. *Schünemann*, Unternehmenskriminalität, S. 19 ff. hat versucht, die Lücken in der Beweisführung *Buschs* durch Heranziehung sozialwissenschaftlicher Forschungsergebnisse zu schließen, damit die Beurteilung der Unternehmenskriminalität „nicht auf eine rein spekulative Annahme über die kriminogene Wirkung von Verbänden gestützt“ werde. Zutr. erhebt er auch gegenüber den Kritikern *Buschs* den Vorwurf einer „spekulativen, empirisch nicht fundierten“ Beweisführung. Eingehend u. m. zahlr. Nw. zum Phänomen der „kriminellen Verbandsattitüde“ auch *Kirch-Heim*, S. 46 ff.

senkonfliktes“ gelangt, wenn er das eigene Verhalten vor sich und anderen mit einem überindividuellen Gemeinschaftsinteresse rechtfertigen kann.³⁸ Eine Handlung, die zur Befriedigung eigener Interessen „aus ethischen Gründen verwerflich“ erscheint, wird nicht mehr – jedenfalls nicht mehr in gleicher Weise – für bedenklich gehalten, wenn „sie die Wahrung der Interessen einer Gemeinschaft“ bezweckt.³⁹ Die seelischen Hemmnisse, die den Einzelnen von einer seinem Anstandsgefühl widersprechenden Handlung abgehalten hätten, können sich bei Eingliederung in einen Verband mit „krimineller Verbandsattitüde“⁴⁰ verringern oder gar gänzlich verschwinden.⁴¹

Den Auslöser für die verzerrte Motivationslage sieht *Busch* in einer Überbewertung der Verbandsinteressen, die „das auf individuelle Verantwortlichkeit aufgebaute Strafrecht vor eine unlösbare Aufgabe“ stelle.⁴² Eine „vorhandene Abneigung gegenüber der rechtswidrigen Handlung“, die der Einzelne im Eigeninteresse nicht vornehmen würde, werde „durch den Gedanken, dem Gemeinschaftsinteresse zu dienen, paralysiert“, der Verbandsvertreter „den rechtlichen Geboten gegenüber weniger empfänglich.“⁴³ Zwar könnte man versuchen, die in Vergessenheit geratenen seelischen Hemmnisse durch eine drastische Verschärfung der individuellen Strafandrohung wiederherzustellen, die rechtlichen Gebote mit drakonischen Sanktionsnormen wieder ins Gedächtnis zu rufen. Tatsächlich aber sind einer solchen Verschärfung – wie sogleich zu zeigen sein wird – weit engere Grenzen gesetzt, als es zur (Wieder-)Herstellung der Präventionseffizienz erforderlich wäre.

Das auf individuelle Verantwortlichkeit aufgebaute Strafrecht stand dann in der Tat vor einer Aufgabe, die es mit der strafrechtlichen Verantwortlichkeit allein des Täters nicht zu lösen vermochte. Und in der Tat hätte

38 Vgl. *Busch*, S. 98. Ähnlich *B. Ackermann*, S. 46; *Kirch-Heim*, S. 45; *Koffka*, in: NdSchr. GrStrKomm, Bd. IV, S. 564 (re. Sp.); *Rotberg*, in: FS 100 Jahre DJT (1960), S. 193 (218) u. *Schünemann*, Unternehmenskriminalität, S. 23 f. teilw. m. w. N.

39 *Busch*, S. 98. Ähnlich *Kirch-Heim*, S. 45: „Wer etwa für andere schwarze Kassen einrichtet, wird sich oft nicht selbst als Steuerhinterzieher fühlen; wer zum Wohle des Unternehmens den Geschäftspartner übervorteilt, ist ‚nicht wirklich‘ ein Betrüger.“ Ganz in diesem Sinne auch *Bauerle*, in: NdSchr. GrStrKomm, Bd. IV⁵⁰, S. 325 (re. Sp. f.).

40 So das schöne u. vielzitierte Bonmot, das auf *Schünemann*, Unternehmenskriminalität, S. 22 u. ö. zurückgeht. Eine Zusammenstellung jener, die es sich zueigen gemacht haben, findet sich bei *Kirch-Heim*, S. 46 (Fn. 53).

41 *Busch*, S. 98. Siehe auch *B. Ackermann*, S. 46; *Kirch-Heim*, S. 45 u. *Schünemann*, Unternehmenskriminalität, S. 22.

42 *Busch*, S. 103. Zust. *Rotberg*, in: FS 100 Jahre DJT (1960), S. 193 (219).

43 *Busch*, S. 99.

eine Verbandssanktion diese von *Busch* beschriebene Überbewertung der Verbandsinteressen neutralisieren können, indem sie den rechtswidrigen Vorteil des Verbandes mit einer potentiellen Minderung seiner Rechtsgüter verknüpft. Dann lägen „die Dinge nicht anders, als wenn das Individuum vor der Entscheidung steht, ob es auf dieses Risiko der Bestrafung hin sich in strafrechtswidriger Weise einen Vorteil verschaffen soll.“⁴⁴ Drohte dem Verband im Falle der Aufdeckung ein erheblicher Nachteil, könnte der Täter die eigene Tat vor sich und anderen nicht mehr damit rechtfertigen, dass er sich selbstlos opfere, um dem sicheren Wohle eines übergeordneten Gemeinschaftsinteresses zu dienen.⁴⁵ Mehr noch: Der kriminogene Faktor der Verbandszugehörigkeit ließe sich auf diesem Wege geradezu in sein Gegen teil verkehren.⁴⁶ Wer eine Tat, die er im Eigeninteresse nicht begehen würde, nur wegen der möglichen Vorteile des Verbandes begeht, wird von ihr noch stärker abgeschreckt, wenn dem Verband im Falle der Aufdeckung ein erheblicher Schaden droht⁴⁷ – und der Täter sich damit der sozialen Ächtung in seiner unmittelbaren sozialen Gruppe aussetzt. Sähe die Rechtsordnung eine Verbandssanktion vor, so wirkte die „Überbewertung der Verbandsinteressen [...] als Anreiz nicht mehr zur Deliktsbegehung, sondern zur Deliktsvermeidung.“⁴⁸

b) Inkongruenz von Verbrechen und Sanktion

Ohne Verbandssanktion ist die Aufgabe wirksamer Verbrechensverhütung im Verbandsbereich allein dem Strafzwang gegen die handelnden Personen überantwortet. Die hierbei möglichen Individualstrafen unterliegen jedoch Grenzen, die ein angemessenes Wertverhältnis von Verbrechen und Sanktion unmöglich machen.

44 *Busch*, S. 105.

45 *Kirch-Heim*, S. 46. Ähnlich *Busch*, S. 105 u. *Schünemann*, Unternehmenskriminalität, S. 158.

46 *Busch*, S. 105. Ähnlich *B. Ackermann*, S. 46; *Kirch-Heim*, S. 46 u. *Schünemann*, Unternehmenskriminalität, S. 158 f., die jew. weitere positive Konsequenzen einer Verbandssanktion aufzählen.

47 So etwa v. *Weber*, GA 1954, S. 237 (241).

48 *Busch*, S. 105.

aa) Widersprüchliche Zumessungskriterien

Zum einen müsste die Individualstrafe das angemessene Wertverhältnis schon deshalb verfehlen, „weil sie nicht zugleich der Größe des sozialen Schadens *und* dem Grade der individuellen Schuld angepasst werden“ könne.⁴⁹ Die Verbandstätigkeit bewege sich mit einer gewissen Zwangsläufigkeit in großen Verhältnissen. In der überwiegenden Mehrzahl der Fälle hätten die Verbandsdelikte deshalb ganz empfindliche Rechtsgutsverletzungen und einen ganz erheblichen sozialen Schaden zur Folge. Eine der Tatseite angemessene Individualsanktion müsste danach sehr hoch bemessen werden, soll sie „einen gerechten Ausgleich zu dem mit dem Verbrechen angemaßten Vorteil herstellen.“⁵⁰

Beinahe ebenso zwangsläufig komme es jedoch zu Umständen, die den Schuldvorwurf des Individualtäters minderten. Denn die normwidrige Tat, „die lediglich aus Hingabe an die überindividuellen Interessen einer Gemeinschaft begangen worden ist,“ werde „für weniger verwerflich gehalten als die eigennützige Tat.“⁵¹ Gerade in Verbänden mit „krimineller Verbandsattitüde“ könnten die dort „besonders wirksamen Neutralisierungstechniken“ auch den sonst rechtstreuen Verbandsvertreter dazu bestimmen, sich bei auftretenden Interessenkonflikten zur Förderung der Verbandsinteressen für die Begehung strafbarer Handlungen zu entscheiden.⁵² So wie die Tatseite nach einer besonders harten Strafe verlange, zwinge die Schuldseite zu einer mildernden Bestrafung des Täters.

Ann. 9.2: Dem ist – nicht ganz zu Unrecht – entgegengehalten worden, dass allein die Förderung fremder Interessen den Schuldvorwurf nicht zwangsläufig zu mindern vermag.⁵³ Richtig angewandt sei das Individualstrafrecht deshalb sehr wohl „in der Lage, das Verhalten des Verbandsorgans usw. nach Maßgabe seiner

49 *Busch*, S. 109. Herv. im Original durch Sperrung.

50 *Busch*, S. 106.

51 *Busch*, S. 107. So pauschal trifft der Einwand das Gemeinte nicht vollends. Wer im Bereich der organisierten Kriminalität agiert, wird nicht für harmloser gehalten, weil er die überindividuellen Interessen dieser Organisation fördert. Vielmehr wird die „Sozialadäquanz“ der spezifischen Tat im Zusammenhang mit einer für sozialadäquat gehaltenen Tätigkeit hinzukommen müssen, sprich: das Phänomen, das heute als „White Collar“-Kriminalität bezeichnet wird.

52 So *Schünemann*, Unternehmenskriminalität, S. 22. In der Tendenz auch *Busch*, S. 106 f.

53 Siehe nur *Engisch*, Referat 40. DJT (1953), E 35: „Wer sich nicht der rechtlich erlaubten Mittel bedient, um die Verbandsinteressen zu wahren, wer nur mit Verrat, Beschimpfung, [...] u. dgl. mehr dem Verbandsziele nachstrebt, verdient nicht um

Schuld [...] hart und nachhaltig“ zu bestrafen.⁵⁴ Und doch bleibt es richtig, dass die bei dem Verbandsdelikt wirkenden Motive „nicht im Charakter und in der Gesinnung des Täters“ begründet sind, sondern diesem in gewissem Umfang von außen aufgezwungen oder – im Falle des weisungsfrei agierenden Organwalters – durch die Verbandstätigkeit von außen an diesen herangetragen werden.⁵⁵ Unter sonst gleichen Umständen müsse die Schuld des in ihrem Einfluss handelnden Täters deshalb „geringer bewertet werden als die Schuld desjenigen, der nicht unter ihrem Einfluß gehandelt“ habe.⁵⁶ Vor diesem Hintergrund werde bei der Sanktionierung des Einzeltäters die „zulässige Höchststrafe und erst recht eine darüber hinaus zu schaffende Verschärfung [...] in vielen Fällen [...] zu hart sein.“⁵⁷

Zwar befindet sich der Richter auch sonst in der Situation, den Vorwurf teils mindernde und teils verschärfende Umstände in einer verständigen und gerechten Abwägung zum Ausgleich bringen zu müssen.⁵⁸ Bei Verbandsdelikten streben diese Umstände aber so zwangsläufig und so gewaltig auseinander, dass es schlicht nicht möglich sei, die Strafe „zugleich der Größe des sozialen Schadens *und* dem Grade der individuellen Schuld“ anzupassen.⁵⁹ Verbrechen und Sanktion lassen sich danach nicht in ein angemessenes Wertverhältnis setzen.

Müsste die Individualsanktion dagegen nur im Zusammenspiel mit einer zusätzlich möglichen Verbandssanktion angemessene „Vergeltung für die Tat in ihrer Gesamterscheinung“ sein, so löse sich der Widerspruch der Zumesungskriterien auf.⁶⁰ Dem Richter werde es möglich, „bei der Bestrafung der Täter ihre Bestimmung durch die Überbewertung der Verbandsinteressen und durch den normativen Verbandsgeist strafmildernd zu berücksichtigen, bei der Bestrafung des Verbandes aber der Größe des sozialen Schadens gerecht“ zu werden.⁶¹

deswillen Nachsicht, weil es immerhin Verbandsziele und nicht höchsteigene Interessen sind, die ihn bewegen.“

54 *Engisch*, Referat 40. DJT (1953), E 35. Herv. im Original. Ausdr. gegen *Engisch* etwa *Rotberg*, in: FS 100 Jahre DJT (1960), S. 193 (219 f.).

55 Gerade *B. Ackermann*, S. 46 u. *Schünemann*, Unternehmenskriminalität, S. 23 haben auf den Faktor der Abhängigkeit des Arbeitnehmers von seinem Arbeitsplatz hingewiesen.

56 *Busch*, S. 107.

57 *Busch*, S. 108 f.

58 Vgl. *Busch*, S. 107.

59 So die Schlussfolgerung *Buschs*, S. 107 ff. Das wörtliche Zitat findet sich auf S. 109. Herv. im Original durch Sperrung.

60 *Busch*, S. 112.

61 *Busch*, S. 112.

bb) Wirtschaftliche Verhältnisse des Täters

Darüber hinaus unterliegt die – damals wie heute – mögliche Individualsanktion einer Beschränkung, deretwegen sie ohne flankierende Verbandssanktion das angemessene Verhältnis von Verbrechen und Sanktion verfehlt: Sie ist, soweit sie in Geld bemessen ist, stets nach den wirtschaftlichen Verhältnissen des Individualtäters zu bemessen.⁶² Das ergibt sich in dem heutigen Tagessatzsystem aus § 40 Abs. 2 Satz 1 StGB und zu Zeiten *Buschs* aus dem damals geltenden § 27c StGB a. F.⁶³

In den Fällen der Individualkriminalität bereitet die Beschränkung der Geldsanktion auf die wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters keinerlei Probleme. Der Einzelunternehmer handelt im eigenen Interesse und mehrt durch seine wirtschaftliche Betätigung sein eigenes Vermögen. Mit jedem rechtmäßig erworbenen oder rechtswidrig angemaßten Vorteil verbessert er die eigenen wirtschaftlichen Verhältnisse. Jeder dieser Vorteile hat deshalb unmittelbar sanktionserhöhende Wirkung. Der soziale Schaden, den er herbeizuführen vermag, ist durch seine persönlichen, die Höhe der Sanktion mitbestimmenden Mittel beschränkt. In demselben Maße, in dem die potentielle Schädigungsfähigkeit des Täters steigt, verbessern sich seine wirtschaftlichen Verhältnisse und können höhere Sanktionen festgesetzt werden. Weil Schädigungsfähigkeit und Sanktionshöhe miteinander korrelieren, erlaubt eine auf seine wirtschaftlichen Verhältnisse abgestimmte Individualsanktion stets eine angemessene, weil tatproportionale Reaktion auf das jeweilige Verbrechen, die – im Rahmen des strafrechtlich Möglichen⁶⁴ – wirksam abzuschrecken vermag. Das Verhältnis von Verbrechen und Sanktion bleibt gewahrt.

Ganz anders bei dem Verbandsvertreter: Er bringt nicht seine eigenen, sondern die – regelmäßig erheblich größeren⁶⁵ – Mittel des Verban-

62 Siehe nur *Jescheck*, in: NdSchr. GrStrKomm, Bd. I,¹² S. 297 (re. Sp.), der aus diesem Grund die „Erweiterung der Organ- und Vertreterhaftung“ nicht für ausreichend hält. Ähnlich *Meyer*, in: Prot. SondA-StrafR IV,²³ S. 414 (li. Sp.).

63 § 27c Abs. 1 StGB lautete i. d. F. des Art. I der VermStrafen-VO, RGBI. I 1924,⁷ S. 44 (44): „Bei der Bemessung einer Geldstrafe sind die wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters zu berücksichtigen.“ — 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.“

64 Es ist beinahe ein strafrechtliches Paradoxon, dass die spezifisch strafrechtlichen Instrumente ihre vorbeugende Wirkung nur dort entfalten, wo die angedrohte Sanktion den Täter nicht ausreichend abschrecken konnte. In diesem Sinne ist die strafrechtliche Abschreckung darauf angewiesen, dass gleichwohl Straftaten begangen werden.

des zum Einsatz. Daraus ergibt sich auf der Verbrechensseite eine mitunter gewaltige Hebelwirkung. Mit den Mitteln des Verbandes lassen sich viel höhere Gewinne erzielen und viel größere soziale Schäden anrichten, als es der Einzelne mit seinen im Verhältnis regelmäßig bescheidenen Mitteln könnte. Die Schädigungsfähigkeit des Verbandsvertreters wird potenziert. Die möglichen Individualsanktionen wachsen jedoch nicht im selben Verhältnis, weil der Hebel der Verbandstätigkeit die Sanktionsseite unberührt lässt. Der für den Verband handelnde Täter mehrt durch sein rechtmäßiges oder rechtswidriges Verhalten nicht das eigene, sondern das für ihn fremde Vermögen des Verbandes.⁶⁶ Die Vorteile dieser Betätigung wirken sich – wenn überhaupt – nur mittelbar und in erheblich abgeschwächter Form auf seine wirtschaftlichen Verhältnisse aus. Sie haben, anders als beim Einzelunternehmer, keine unmittelbar sanktionserhöhende Wirkung. Die Möglichkeit des Organwalters, durch den Einsatz der Machtmittel des Verbandes die wirtschaftlichen Verhältnisse (nur) des Verbandes zu verbessern, greift einseitig in das notwendige Gleichgewicht von Verbrechen und Sanktion ein. Den nach den wirtschaftlichen Verhältnissen des Verbandes bemessenen „Chancen“ stehen lediglich die nach den wirtschaftlichen Verhältnissen des Individualtäters bemessenen Sanktions-„Risiken“ gegenüber. Die Korrelation von Schädigungsfähigkeit und Sanktionshöhe wird aufgehoben; das – für ein normales Funktionieren des Strafzwanges unerlässliche – angemessene Wertverhältnis von Verbrechen und Sanktion muss verfehlt werden.

Den Ausweg bietet auch hier die Verbandssanktion. Als Ergänzung der Individualsanktion kann sie die verbleibende Präventionslücke schließen. Sie kann nach den wirtschaftlichen Verhältnissen des Verbandes bemessen werden und dadurch tatproportionale Ausmaße erreichen, ohne den Verband in verfassungsrechtlich bedenklicher Weise zu überfordern. Das Gesamtsystem aus juristischer Person und handelndem Organwalters könnte durch das Zusammenspiel von Individual- und Verbandssanktion in exakt der glei-

65 Die außerordentlich große u. ständig im Wachsen begriffene soziale Bedeutung der Personenverbände ergab sich für *Jescheck*, in: *NdSchr. GrStrKomm*, Bd. I,² S. 295 (re. Sp.) gerade daraus, dass sie Aufgaben übernahmen, die kaum mehr „mit den Mitteln und Möglichkeiten des einzelnen Privatmannes bewältigt werden können.“

66 Das ist auch dann der Fall, wenn der Verbandsvertreter an der juristischen Person beteiligt ist. Denn bei dem Verbandsvermögen handelt es sich – mit den Worten des BGH, Beschl. v. 11. 3. 1986 – KRB 8/85 – *wistra* 1986⁵, S. 221 f. (222) – um das „rechtlich selbständige, in erster Linie zu bestimmten wirtschaftlichen Zwecken eingesetzte, auch gegenüber den Mitgliedern [...] verselbständigte Vermögen“ der juristischen Person. Herv. nur hier.

chen Weise getroffen werden, wie ein mit identischen Mitteln ausgestatteter – und deshalb meist utopischer – Einzelunternehmer getroffen würde. Das angemessene Verhältnis von Verbrechen und Sanktion bliebe gewahrt und der (angedrohte) Strafzwang könnte seine verbrechensverhütende Wirkung entfalten.

cc) Konsequenzen des Missverhältnisses

Die Konsequenzen gerade des Missverhältnisses von (Verbands-)Verbrechen und möglicher (Individual-)Sanktion hat *Busch*⁶⁷ in einem flammenden Plädoyer zusammengefasst: Die „Beschränkung auf die Bestrafung der individuellen Täter“ sei „Verzicht auf eine der Größe des sozialen Schadens entsprechende Strafe, d. h. Verzicht auf tatproportionale Vergeltung.“ Das unerträgliche Missverhältnis zwischen möglicher Individualstrafe und der Größe des sozialen Schadens müsse zu einer „Erschütterung des Glaubens an die Unverbrüchlichkeit und die Allgemeinverbindlichkeit der Rechtsordnung“ führen, weil „zwar das Individuum in der Interessenverwirklichung vom Staat gehemmt“ werde, wo es rechtlich verbotene Wege beschreite, „nicht aber der über größere Machtmittel und Lebenskräfte verfügende Verband.“ Aus dem Gefühl der ungleichen Behandlung und „des unzureichenden Schutzes des Einzelnen vor den Verbänden“ müsse die Überzeugung entstehen, der Staat könne sich „gegenüber diesen mächtigen Interessenträgern nicht durchsetzen“, was „aber die Existenz der Rechtsordnung unmittelbar in Frage“ stelle.

c) Mangelnde Feststellbarkeit des Täters

Das typische Fehlen auch der dritten Wirksamkeitsvoraussetzung und seine Überwindung durch eine Verbandsanktion⁶⁸ soll dagegen nicht vertieft werden. Zwar ist es richtig, dass das Strafrecht zu Zeiten *Buschs* nicht sicherstellen konnte, dass jedes bekannt werdende Verbrechen zur Aburteilung gelangte. Denn „die Erfüllung der Verbandsaufgaben“ erfordert regelmäßig das dauernde und arbeitsteilige Zusammenwirken einer Vielzahl von

67 Die wörtlich zitierten Passagen dieses Absatzes sind – bei Beibehaltung der Reihenfolge – *Busch*, S. 112 entnommen.

68 Dazu ausf. *Busch*, S. 116 ff.

Personen „in einer geschlossenen Arbeits- und Betriebsgemeinschaft“.⁶⁹ Dadurch würde einem Außenstehenden oft jede Möglichkeit genommen, den einzelnen Verbandsgenossen oder Funktionär festzustellen, der die strafbare Handlung letztlich begangen hat.⁷⁰ Den Mitgliedern des Verbandes dagegen werde „die Feststellung der Täter meist kein[e] Schwierigkeiten“ bereiten.⁷¹ Deshalb hatte *Busch* erwogen, die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Verbände so auszugestalten, dass für die Mitglieder des Verbandes, „ein Anreiz geschaffen würde, die Täter der Behörde anzuzeigen.“⁷²

Anm. 9.3: *Engisch* hat – wenn auch in anderem Zusammenhang – mit Recht angemahnt, nicht zu vergessen, dass „das Buch von *Busch* in den Jahren 1931 und 1932 ausgearbeitet und im Frühjahr 1933 erschienen“ sei. „Was damals noch ohne Bedenken dargeboten werden konnte,“ habe „sich inzwischen als Gefäß der Pandora erwiesen.“⁷³ Die entschiedene und teils beinahe emotionale⁷⁴ Ablehnung mancher Positionen *Buschs* ist stets auch im Lichte der Erfahrungen mit dem Dritten Reich und dem Zweiten Weltkrieg zu sehen, deren Folgen für die deutsche Bevölkerung man damals noch lebhaft vor Augen hatte.⁷⁵

Zu Recht ist dieser Gedanke jedoch als „ein absolut unzulässiger Gesichtspunkt“ bezeichnet und verworfen worden.⁷⁶ Das strafrechtliche Ermittlungsverfahren böte ausreichend Möglichkeiten, um nicht auf dem merkwürdigen Umwege einer Bestrafung des Verbandes auf Denunziationen der Verbandsmitglieder spekulieren zu müssen.⁷⁷ Der Gesetzgeber ist diesem – später als „organisierte Unverantwortlichkeit“⁷⁸ bezeichneten – Phänomen denn

69 *Busch*, S. 116.

70 *Busch*, S. 116. Krit. zu den „Beweisnothypothesen in Wissenschaft und Praxis“ dagegen *Schünemann*, Unternehmenskriminalität, S. 41 ff. mit einem Resümee auf S. 55.

71 *Busch*, S. 119.

72 *Busch*, S. 119.

73 *Engisch*, Referat 40. DJT (1953), E 28.

74 Siehe nur die Ablehnung jeder Form von Kollektivschuld bei *Engisch*, Referat 40. DJT (1953), E 27 f. u. *Hartung*, Korreferat 40. DJT (1953), E 43 f.

75 So auch *Hirsch*, ZStW 107² (1995), S. 285 (297), der auch meint, dass sich heutzutage „die Dinge [...] weniger emotional sehen“ ließen.

76 So etwa *Koffka*, in: NdSchr. GrStrKomm, Bd. I,¹² S. 301 (li. Sp.). Ähnlich krit. zuvor bereits *Engisch*, Referat 40. DJT (1953), E 36 u. *Heinitz*, Gutachten 40. DJT (1953), E 24 (= S. 84).

77 Vgl. *Engisch*, Referat 40. DJT (1953), E 36 u. *Koffka*, in: NdSchr. GrStrKomm, Bd. I,¹² S. 301 (li. Sp.). Skeptisch dagegen *Rotberg*, in: FS 100 Jahre DJT (1960), S. 193 (226 f.).

78 Ausf. zu dem Begriff der organisierten Unverantwortlichkeit, seiner Abgrenzung von der „strukturellen Unverantwortlichkeit“ u. der – jew. nur begrenzten – Bedeutung

auch auf anderem Wege begegnet: mit dem Ordnungswidrigkeitatbestand der Aufsichtspflichtverletzung in § 33 OWiG⁶⁸.⁷⁹ Über dessen Ausgestaltung und Reichweite mag man mit guten Argumenten streiten können. Der Gedanke der mangelnden Feststellbarkeit des Einzeltäters hat jedoch bei der Entwicklung der Verbandssanktion kaum eine Rolle gespielt, sodass er auch hier nicht weiter berücksichtigt werden soll.

3. Gewinnabschöpfung und ökonomisch-rationale Kollusion

Busch hat zweifellos zwei ganz wesentliche Aspekte benannt, auf die sich die Schieflage einer reinen Individualverantwortlichkeit zurückführen lässt.¹ Die verzerrte Motivationslage des Täters und die Inkongruenz von Verbrechen und Sanktion machten es dem damaligen und streng anthropo-zentrischen Strafrecht sehr schwer, das Problem der Verbandskriminalität wirksam zu bewältigen.

Allerdings hat der Gedankengang *Buschs* nur wenige Schritte zu früh geendet bzw. einen Schritt zu spät begonnen. Denn die fehlenden Wirksamkeitsvoraussetzungen der Strafe, die er zum Ausgangspunkt genommen und mehr oder weniger gleichrangig nebeneinander gestellt hat, stehen keineswegs beziehungslos nebeneinander. Im Gegenteil: Die atypische Motivationslage des Täters ist Konsequenz eines Phänomens, das *Busch* gar nicht beschrieben hat. Dieses Phänomen beruht wiederum auf dem Zusammenspiel der Inkongruenz von Verbrechen und Sanktion und einem dritten Umstand, den *Busch* nur ganz am Rande hat fallen lassen.² Denkt man den Gedanken *Buschs* zu Ende und deckt auf, was bei ihm im Dunkeln blieb, so zeigt sich sehr deut-

dieser Postulate für die Begründbarkeit einer Verbandssanktion die erschöpfende Darstellung bei *Kirch-Heim*, S. 52 ff. m. zahlr. Nw.

79 § 33 des OWiG₆₈, BGBI. I 1968;³³ S. 481 (489) entspricht im Wesentlichen dem heutigen § 130 OWiG.

1 Mit Recht sagte *Engisch*, Referat 40. DJT (1953), E 29, dass keiner, der sich mit der Strafbarkeit der Verbände auseinandersetze, um die „zum Teil höchst eindrucksvollen Argumente“ *Busch* herumkomme. Ähnlich *Pohl-Sichtermann*, S. 2

2 § 27c Abs. 2 StGB lautete i. d. F. des Art. I der VermStrafen-VO, RGBI. I 1924;⁷ S. 44 (44): „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.“ Eine Überschreitung des Höchstmaßes der (Individual-)Geldstrafe zur Abschöpfung des Tatgewinns war beim Verbandsdelikt „nicht möglich, weil der Gewinn dem Verband zugeflossen ist.“ Siehe *Busch*, S. 108.

lich, weshalb das „auf individuelle Verantwortlichkeit aufgebaute Strafrecht vor eine [...] Aufgabe“ gestellt war, die es mit den gegen die Individuen möglichen Sanktionen allein nicht zu lösen vermochte.³

a) Ökonomisch-rationale Kollusion als eigentliche Ursache

Das eben⁴ beschriebene Missverhältnis von Verbrechen und Sanktion setzt voraus, dass die wirtschaftlichen Verhältnisse des Verbandes jene des Individualtäters ganz außerordentlich übersteigen. Nur dann kommt es zu der einseitigen Hebelwirkung, die eine tatproportionale Sanktion unmöglich macht. Zwangsläufig muss in einem solchen Fall die gegen den Individualtäter mögliche Sanktion gemessen an den möglichen Tatvorteilen und den wirtschaftlichen Verhältnissen des Verbandes geradezu lächerlich klein erscheinen.⁵ Häufig wird sie nicht einmal den aus dem Delikt gezogenen Gewinn erreichen.⁶ Diese von *Busch* erkannte Inkongruenz von Verbrechen und Sanktion, sprich: die Unmöglichkeit, die Individualsanktion an die möglichen Tatvorteile des Verbandes anzupassen, ist für sich genommen nicht bedenklich. Zum Problem wird sie dort, wo es Aufgabe der Individualsanktion ist, auch die für den Verband erzielten Gewinne abzubilden.

Darin liegt der tatsächliche Ausgangspunkt für das Defizit der Individualverantwortlichkeit:⁷ Die damalige, streng anthropo-zentrische Rechtsordnung sah keine tauglichen Abschöpfungsinstrumente vor, mit denen man dem Verband die rechtswidrigen Tatgewinne hätte entziehen können.⁸ Dieser Instrumente hatte es auch nicht bedurft, weil es bei den im Eigeninteresse

3 Vgl. *Busch*, S. 103, der den Gedanken aber alleine aus der atypischen Motivationslage des Täters entwickelt.

4 Siehe oben 2. b) (S. 266).

5 Siehe die Bsp. bei *Engisch*, Referat 40. DJT (1953), E 30; v. *Weber* u. *Wilfferodt*, in: Verh. d. 40. DJT (1953), E 63 u. E 75.

6 *Schmitt*, Maßnahmen, S. 141.

7 Dieser von *Engisch*, Referat 40. DJT (1953), E 34 quasi im Vorbeigehen erkannte Mangel ist bei den Vorarbeiten des § 26 OWiG₆₈ immer präziser herausgearbeitet worden.

8 Der BGH, Urt. v. 27. 10. 1953 – 5 StR 723/52 – BGHSt 5, 28 ff. (33) konnte zeigen, dass die damals nur mögliche Einziehung den Verband oft nicht treffen. Siehe hierzu noch B. II. 2. (S. 297). *Koffka*, in: NdSchr. GrStrKomm, Bd. I;¹² S. 301 wies darauf hin, dass gerade bei den Wirtschaftsdelikten häufig ein Ersatzberechtigter fehle, der dem Verband auf zivilrechtlichem Wege „den Gewinn wegnehmen oder ihn schadensersatzpflichtig machen“ könne. Siehe dazu noch B. III. 3. (S. 304).

begangenen Delikten möglich war, die Tatgewinne durch die Geldstrafe abzuschöpfen.⁹ Bei dem Verbandsdelikt war das jedoch „nicht möglich, weil der Gewinn dem Verband zugeflossen“ war und nicht dem sanktionierten Individualtäter.¹⁰ Der Verband konnte deshalb damit rechnen, die rechtswidrigen Gewinne behalten zu dürfen.

Im Verbund mit der notwendigen Beschränkung der Individualsanktion setzte die fehlende Möglichkeit der Gewinnabschöpfung für die im Verband zusammengefassten Personen den Anreiz zu einer Verhaltensweise,¹¹ die im Folgenden als ökonomisch-rationale Kollusion bezeichnet werden soll. Solange dem Verband die rechtswidrigen Gewinne belassen werden, ist das Delikt für ihn ein lohnendes Geschäft – sogar im Falle der Aufdeckung!¹² Für die in ihm zusammengefassten natürlichen Personen wäre es geradezu ein Gebot ökonomischer Vernunft, den Verband so zu organisieren, dass möglichst viele Delikte begangen werden.¹³ Der Delinquent, der sich selbstlos

9 Siehe abermals § 27c Abs. 2 u. 3 StGB i. d. F. des Art. I der VermStrafen-VO, RGBI. I 1924⁷, S. 44 (44), dessen Wortlaut eben wiedergegeben wurde. Zu dem genauen Abschöpfungsmechanismus später noch § 10 B. I. 1. (S. 327).

10 *Busch*, S. 108.

11 Siehe für diesen Fehlanreiz nur *B. Ackermann*, S. 45 f.; *Bauerle*, in: *NdSchr. GrStr-Komm*, Bd. IV⁵⁰ S. 325 (re. Sp.); *Hirsch*, *ZStW* 107² (1995), S. 285 (287); *Jescheck*, *DÖV* 1953¹⁷, S. 539 (541 f.); *Meyer*, in: *Prot. SondA-StrafR* IV²³ S. 414 (li. Sp.); *Rotberg*, in: *FS 100 Jahre DJT* (1960), S. 193 (220 f.); *Schmitt*, *Maßnahmen*, S. 141; *Schünemann*, *Unternehmenskriminalität*, S. 56 f. u. 158 f.; v. *Weber* u. *Wilferodt*, in: *Verh. d. 40. DJT* (1953), E 63 u. E 75. Krit. dagegen *Engisch*, *Referat 40. DJT* (1953), E 35 f., der diese „immerhin begreifliche Sorge“ keineswegs für „die selbstverständlichsste Sache von der Welt“ erachtet. Seine Argumentation steht jedoch unter dem Vorbehalt einer effektiven u. umfassenden Gewinnabschöpfung beim Verband, dazu sogleich B. I. 3. (S. 288).

12 Ein weiteres Problem, das sich durch eine Verbandssanktion freilich nicht lösen lässt, ist die der unzureichenden Ausstattung des Verfolgungsapparates geschuldet, niedrige Entdeckungswahrscheinlichkeit. Siehe nur *Schünemann*, *Unternehmenskriminalität*, S. 161, der von einem „unbestrittenen riesigen, im einzelnen freilich unbekannten Dunkelfeld“ der Wirtschaftskriminalität spricht. Das – damals noch so zu bezeichnende – Verfallsrisiko hält er (S. 162) vor diesem Hintergrund für „einen zweitrangigen und [...] leicht kalkulierbaren Kostenfaktor [...], dessen Inkaufnahme von einer reinen Nutzen-Kosten-Analyse geradezu geboten“ sei.

13 So tendenziell auch *Wilferodt*, in: *Verh. d. 40. DJT* (1953), E 75. Ähnlich *Schünemann*, *Unternehmenskriminalität*, S. 161 f. Noch deutlicher, wenn auch zur Problematik des Verfalls im Allgemeinen, *Göhler*, in: *Prot. SondA-StrafR* V²⁸ S. 542 (li. Sp.): Eine Rechtsordnung, die dem Täter den Gewinn aus der Straftat belässt, enthielte „geradezu ein[en] Anreiz [...], weitere Straftaten zu begehen, die [...] einen Gewinn einbringen.“

für den Verband eingesetzt und geopfert hat, müsste, schon um ihn zu weiteren Delikten anzuhalten, von den Sanktionsfolgen seiner Tat freigestellt werden.¹⁴ In Anbetracht der erzielbaren und erzielten Vorteile, die dem staatlichen Zugriff entzogen sind, dürfte die lächerlich kleine Individualsanktion ohne Weiteres aus dem Ärmel geschüttelt werden können.¹⁵

Kann sich der Delinquent darauf verlassen, dass ihm – im Falle der ohnehin nicht sicheren Aufdeckung – der Betrag seiner Geldsanktion erstattet oder er für eine in den relevanten Fällen bis heute untypische Freiheitsstrafe mit Beförderung, Gehaltsaufbesserung, Sonderurlaub oder Ähnlichem entschädigt wird, so verpufft für dessen Individualsanktion auch der letzte Rest an kriminalpolitischer Wirkung.¹⁶ Das Instrument des individuellen Strafzwanges – das den Verband als solchen gar nicht erreichen kann – machte sich dann auch bei dem Individualtäter „höchstens als flüchtiges Schattenbild bemerkbar, niemals aber als ein die Rechtssicherheit wirklich gewährleistender, ernster Eingriff.“¹⁷

Schlimmer noch: Auch der redlichste Organwalter müsste sich unter diesen Bedingungen im wohlverstandenen Verbandsinteresse für den Rechtsbruch entscheiden. Denn er müsste damit rechnen, dass jedenfalls die weniger redlichen Konkurrenten die Lücken im System erkannt haben und sich durch die ökonomisch gebotene Missachtung der rechtlichen Spielregeln Sondervorteile anmaßen. Kann die Rechtsordnung diese Sondervorteile nicht einmal im Falle der Aufdeckung abschöpfen, so wird der Rechtsbruch nicht bestraft, sondern belohnt. Kumulieren diese Sondervorteile, entwickelt sich mittel- und langfristig ein handfester und möglicherweise nicht mehr aufholbarer Wettbewerbsvorteil.¹⁸ Allein die redlichen Wirtschaftsteilnehmer

14 Schmitt, Maßnahmen, S. 141. *Rotberg*, in: FS 100 Jahre DJT (1960), S. 193 (220 f.) will mit Verbandsanktionen gerade dieser „Neigung mancher Verbände“ entgegenwirken.

15 Siehe nur *M. Hirsch*, in: Prot. RechtsA V,⁴⁴ S. 24, der von einer Aktiengesellschaft sprach, „die große Gewinne mache, deren Organe [...] nur zu einer lächerlich niedrigen Geldbuße verurteilt werden könnten, die die Gesellschaft aus der Westentasche bezahlen werde.“

16 Schmitt, Maßnahmen, S. 141. Ähnlich etwa *Jescheck*, DÖV 1953,¹⁷ S. 539 (541); *Hirsch*, ZStW 107² (1995), S. 285 (287); *Meyer*, in: Prot. SondA-StrafR IV²³ S. 414 (re. Sp.); *Rotberg*, in: FS 100 Jahre DJT (1960), S. 193 (220 f.) u. *Schünemann*, Unternehmenskriminalität, S. 58 f.

17 So *Jescheck*, DÖV 1953,¹⁷ S. 539 (541 f.).

18 Siehe den von *Hartung*, Korreferat 40. DJT (1953), E 53 f. geschilderten Fall, „in dem eine bedeutende Aktiengesellschaft durch systematische Steuerhinterziehungen Millionenbeträge „erspart““ hatte, mit denen es gelang, den „Betrieb derartig

geraten wegen der strafrechtlich abgesicherten Beachtung der rechtlichen Vorgaben ins Hintertreffen. Will der redliche Organwalter vermeiden, wegen des Rechtsbruches anderer vom Markt verdrängt zu werden, und droht ihm aus der Zu widerhandlung kein nennenswerter Nachteil, so muss er beinahe zwangsläufig selbst zum Rechtsbruch greifen.¹⁹ Die Beschränkung auf die Bestrafung der individuellen Täter wäre zur Verhütung von Verbandsdelikten nicht lediglich ungenügend. Sie würde vielmehr das Strafrecht auf den Kopf stellen, weil geradezu Anreize zur Begehung solcher Delikte gesetzt würden.

Busch hat deshalb völlig zu Recht gesagt, dass der Täter eines Verbandsdeliktes aus einer verzerrten Motivationslage heraus handle. Ihretwegen vermag „die persönliche Strafdrohung [...] ihre motivierende Kraft im Sinne der Abschreckung nicht mehr zur Geltung zu bringen“.²⁰ Die Ursache dafür ist aber das eben beschriebene Phänomen der ökonomisch-rationalen Kollusion. Wirken die im Verband zusammengefassten Einzelpersonen zusammen, so kann der potentielle Täter schon vor Begehung der Tat mit der sicheren Abnahme des künftigen Sanktionsübels durch den Verband rechnen.²¹ Seine verzerrte Motivationslage ist deshalb weniger dem Umstand geschuldet, dass „sich der Einzelne der Verbandsgemeinschaft tiefer verpflichtet fühlt als der staatlichen Gemeinschaft.“²² Sie ist vielmehr deshalb verzerrt, weil das angedrohte Übel den Täter sicher nicht erreichen wird, er die Sanktionsandrohung deshalb gar nicht zu fürchten braucht und verbandsinterne Anreizsysteme die Begehung von Verbandsdelikten ggf. gar honorieren.

Kurzum: Das Präventionsdefizit der reinen Individualverantwortlichkeit beruht auf der verzerrten Motivationslage des potentiellen Täters, der die Sanktionsandrohung nicht mehr fürchten muss. Die verzerrte Motivationslage hat ihre Ursache in dem Phänomen der ökonomisch-rationalen Kollusion. Dieses Phänomen hat zwei Wurzeln. Zum einen bestand keine Möglichkeit, der juristischen Person den Gewinn abzunehmen, den sie aus der Tat ihres

technisch zu modernisieren, daß sie damit der gesamten Konkurrenz überlegen war.“ Die Steuernachzahlung u. die Geldstrafen für die schuldigen Organwalter „konnten aus den vermehrten Ergebnissen des verbesserten Betriebes ohne jede Schwierigkeit gedeckt werden.“ Einen ähnlichen Fall schildert *Koffka*, in: NdSchr. GrStrKomm, Bd. IV, S. 568 (li. Sp.). Besonders eindrucksvoll ist schließlich der Praxisbericht von *Baeuerle*, in: NdSchr. GrStrKomm, Bd. IV⁵⁰, S. 325 (li. Sp. f.).

19 Zu dieser „Sogwirkung“ *Kirch-Heim*, S. 48 f.; *Lampe*, ZStW 106⁴ (1994), S. 683 (733) u. *Schlüter*, S. 45 f. jew. m. w. N.

20 *Busch*, S. 99.

21 Eine solche freiwillige Sanktionsübernahme wäre keine Vollstreckungsvereitelung i. S. d. § 258 Abs. 2 StGB. Dazu noch ausf. § 13 B. I. (S. 544).

22 *Busch*, S. 99.

Organwalters gezogen hat. Zum anderen musste die allein mögliche Sanktion gegen den Organwalters nach seinen Verhältnissen bemessen werden. Auch sie war deshalb nicht in der Lage, die rechtswidrigen Gewinne abzuschöpfen, und musste gemessen an den erzielbaren Gewinnen geradezu lächerlich klein erscheinen.

b) Verbandssanktion als Lösung

Wird die Ursache des Problems auf diese Weise präziser gefasst, so liegt auch dessen Lösung auf der Hand. Die Rechtsordnung musste um eine gegen den Verband gerichtete Sanktion ergänzt werden, mit der dem Verband im Falle eines in seinem Interesse begangenen Deliktes der angemaßte Vorteil wieder entzogen werden konnte. Wird der (unmittelbare und mittelbare)²³ Gewinn vollständig entzogen, verbleiben dem Verband keine Sondervorteile. Er wäre gestellt, wie er bei rechtmäßigem Verhalten seiner Vertreter stünde. Jedenfalls im Falle der Aufdeckung lohnte sich der Rechtsbruch nicht mehr.

Ist das Verbandsdelikt kein lohnendes Geschäft mehr, so wäre der Anreiz zur ökonomisch-rationalen Kollusion vielleicht nicht vollends beseitigt,²⁴ jedenfalls aber erheblich verringert. In einem effizienten und auf Gewinnmaximierung ausgerichteten Verband würde nicht die Deliktsbegehung, sondern die Deliktsvermeidung forciert. Delinquierende Verbandsvertreter dürften nicht mehr darauf hoffen, dass ihnen die hoheitliche Sanktionsbelastung abgenommen oder durch andere Vorzüge kompensiert werde. Sie müssten vielmehr damit rechnen, dass der staatliche Strafzwang sie unvermittelt und unverwässert erreichen wird und ihnen zusätzliche interne Sanktionsmaßnahmen²⁵ drohen. Der potentielle Täter stünde – wie jeder andere auch – vor der Entscheidung, ob er auf das reale und persönliche „Risiko der Bestrafung hin sich [oder dem Verband] in strafrechtswidriger Weise einen Vorteil ver-

23 Zu dieser wichtigen Unterscheidung noch Anm. 9.5 in B. I. 4. (S. 291).

24 Denn immerhin bliebe es bei dem u. a. von Schünemann, Unternehmenskriminalität, S. 161 angesprochenen „unbestrittenenmaßen riesigen, im einzelnen freilich unbekannten Dunkelfel[d] der Wirtschaftskriminalität“. Dieses könnte – oder schlimmer noch: dürfte – zur Folge haben, dass sich die Begehung möglichst vieler meist unaufgedeckter Verbandsdelikte per saldo doch lohnt.

25 Man denke etwa an Abberufung, Abmahnung u. Kündigung, an Verantwortungsentzug, Streichung von Boni u. schlechtere Aussichten zur Beförderung. Die Beteiligung an der Verbandssanktion im Wege des Schadenersatzes ist nach der hier vertretenen Auffassung gerade nicht möglich.

schaffen soll.²⁶ Er handelte aus einer typischen Motivationslage heraus und wäre „den rechtlichen Geboten gegenüber [nicht] weniger empfänglich“, als er es bei einem im Eigeninteresse begangenen Delikt wäre.²⁷

Auch das Missverhältnis von Verbrechen und Sanktion würde durch eine solche Verbandssanktion beseitigt. Erfolgt die Abschöpfung des rechtswidrigen Verbandsgewinnes außerhalb der Individualsanktion, so braucht diese nur mehr die gerechte Antwort der Rechtsordnung auf das individuelle Fehlverhalten des Täters sein. Weil der Verband kein Interesse mehr daran hat, ihn durch die Abnahme des Sanktionsübels zu weiteren Taten zu animieren, muss der Delinquent die Sanktion aller Wahrscheinlichkeit nach aus seinem eigenen Vermögen bezahlen. Dann aber genügt es auch, wenn die Sanktion nach seinen persönlichen wirtschaftlichen Verhältnissen und nicht nach den ungleich größeren Betriebs- und Machtmitteln des Verbandes bemessen ist.

Wer noch einen Schritt weiter gehen wollte, könnte dem Verband mit dieser Argumentation auch eine darüber hinaus gehende Sanktion auferlegen, die nach seinen wirtschaftlichen Verhältnissen bemessen und deshalb ein auch für ihn schmerhaftes Sonderopfer wäre. Ist der Anreiz zur ökonomisch-rationalen Kollusion schon beseitigt, wenn der Verband aus dem Delikt keinen Vorteil hat, so werden die heilsamen Effekte verstärkt, wenn der Verband darüber hinaus einen erzwingbaren²⁸ Nachteil erleidet. Ihm würde dann „unbemakeltes“ Vermögen entzogen, sodass er – gleich dem sich rechtswidrig verhaltenden Einzelunternehmer – im Wettbewerb hinter den rechtstreuen Bewerber zurückversetzt wäre. Der Rechtsbruch wäre dann nicht lediglich nicht mehr kostenlos, sondern ein echtes Verlustgeschäft. Die Beachtung der Rechtsordnung durch die redlichen Konkurrenten würde dagegen tatsächlich honoriert.

4. Konsequenzen für die Verbandsgeldbuße

Die Arbeit *Buschs* kann mit Fug und Recht als Ausgangspunkt des späteren § 26 OWiG⁶⁸ bezeichnet werden. Nach dem zweiten Weltkrieg sind seine Gedanken aufgegriffen worden und im Laufe einer anhaltenden Ausein-

26 *Busch*, S. 105.

27 Vgl. *Busch*, S. 99.

28 Den typischen Begleitschäden eines Verbandsdeliktes, den *Eidam*, Unternehmen u. Strafe, S. VIII als „„negative Publizität“ sowie „Verlust an Akzeptanz, an Arbeitszeit und -kraft““ zusammenfasste, kann der Staat dagegen nicht kontrollieren u. erzwingen. Herv. im Original.

andersetzung immer weiter verfeinert und ausdifferenziert worden. Dieser Verfeinerungsprozess soll Gegenstand des nächsten Abschnitts sein.

IV. Zwischenergebnis

Während des Dritten Reichs und des Zweiten Weltkrieges hat sich an den rechtlichen Rahmenbedingungen nichts geändert,²⁹ was hier von Bedeutung wäre.³⁰ Bevor im nächsten Abschnitt die verschiedenen Etappen nachgezeichnet werden, die diese Ausgangslage mit dem späteren § 26 OWiG₆₈ verbinden, soll noch einmal die Aufgabe zusammengefasst werden: Die Instrumente des Strafrechts, das sich ohne die Notwendigkeit von Verbandssanktionen zu einem streng anthropo-zentrischen Strafrecht entwickelt hatte, mussten so angepasst oder erweitert werden, dass sie dem Phänomen der Verbandskriminalität Herr werden konnten. Denn die „strafrechtliche Verantwortlichkeit der Täter-Individuen allein“ vermochte die Verbandsdelikte nicht „so wirksam zu bekämpfen, wie dies zum Schutze der Gesellschaft und im Interesse der Bewährung der Rechtsordnung notwendig“ wäre.³¹

B. Impulsgeber der Gesetzgebung

Erst 35 Jahre nach der Habilitationsschrift *Buschs* erließ der Gesetzgeber mit § 26 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten vom 24. Mai 1968¹ eine allgemeine Vorschrift zur Geldbuße gegen juristische Personen und Personenvereinigungen. Die Vorschrift entspricht im Wesentlichen² § 19 des von

29 Dazu nur *Jescheck/Weigend*, StrafR-AT⁵, § 11 III (S. 100 f.) u. *Roxin*, AT I⁴, § 4 Rn. 12 jew. m. w. N.

30 Vor allem das gesetzliche Analogiegebot des § 2 StGB a. F. ist durch Art. I d. Kontrollratsgesetzes Nr. 11 vom 30. Januar 1946, ABl. KR 1946³, S. 55 ff. (S. 55) aufgehoben worden. § 2 StGB i. d. F. des Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuchs v. 28. 6. 1935, RGBI. I⁷⁰ S. 839 (839) lautete: „Bestraft wird, wer eine Tat begeht, die das Gesetz für strafbar erklärt oder die nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes und nach gesundem Volksempfinden Bestrafung verdient. Findet auf die Tat kein bestimmtes Strafgesetz unmittelbar Anwendung, so wird die Tat nach dem Gesetz bestraft, dessen Grundgedanke auf sie am besten zutrifft.“

31 So das Fazit bei *Busch*, S. 122.

1 OWiG₆₈, BGBl. I 1968³³, S. 481 ff. mit § 26 auf S. 487 f.

2 Die wenigen Änderungen sind im schr. Ber. d. RechtsA, BT-Drs. V/2600, S. 11 f. zusammengestellt u. sollten „nur redaktionelle Bedeutung“ haben, S. 4 (re. Sp.). Zu dem

der Bundesregierung eingebrochenen Entwurfs eines Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten.³

Sie sollte – in den Worten der Entwurfsbegründung⁴ – als „einheitliche Regelung dem Recht der Sanktionen gegen juristische Personen [...] eine umfassende Grundlage geben“ und „einen gewissen Abschluß der bisherigen Entwicklung“ bilden. Damit wurde zum einen an die „Rechtsentwicklung zu einem ‚Ordnungsstrafrecht‘ gegen juristische Personen“ angeknüpft, die etwa 40 Jahre zuvor eingesetzt hatte.⁵ Zum anderen war die angestrebte Regelung aber auch eine „Reaktion des Gesetzgebers auf die langjährige Auseinandersetzung in der Wissenschaft“.⁶ Es kann im Rahmen dieser Arbeit nicht unternommen werden, diese Jahrzehnte-lange Auseinandersetzung im Detail nachzuzeichnen.⁷ Statt dessen muss es genügen, die wesentlichen Trittssteine herauszugreifen, die den Weg von der eben skizzierten historischen Ausgangslage zu § 19 EOWiG ebnen.

Der Regierungsentwurf nimmt in seiner Begründung zu § 19 EOWiG ausdrücklichen Bezug auf die Vorarbeiten, die der Sonderausschuss „Strafrecht“ des Vierten Deutschen Bundestages geleistet hatte.⁸ Der Sonderausschuss hatte den Entwurf eines Strafgesetzbuches⁹ zu beraten, der aus den Erkenntnissen und Beschlüssen der Großen Strafrechtskommission hervorgegangen war.¹⁰ Die Mitglieder der Großen Strafrechtskommission fanden sich ihrerseits in der günstigen Lage, auf „das bekannte und umstrittene Urteil des Bundesgerichtshofs in dem Stahlhändlerprozeß“ und die tiefgründige Behandlung der Frage auf dem Vierzigsten Deutschen Juristentag zurückblicken zu können.¹¹ Die Diskussion auf dem Juristentag schließlich beruhte im hier

bemerkenswerten Redaktionsversehen im RechtsA – um nicht von einem handfesten „Betriebsunfall“ zu sprechen – § 10 D. III. 1. (S. 387).

3 Sog. EOWiG, BT-Drs. V/1269. § 19 ist dort auf S. 7 abgedruckt, die Erläuterungen beginnen auf S. 57 (re. Sp.).

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

5 BT-Drs. V/1269, S. 57 (re. Sp.) mit einer kompakten Darstellung dieser Entwicklung.

6 So *Pohl-Sichtermann*, S. 3, die aber (S. 44) „nach der von der Wissenschaft geleisteten Vorarbeit eine stichhaltigere Begründung“ erwartet hatte.

7 *Schmitt*, Maßnahmen, S. 103 ff., auf den insoweit verwiesen sei, hat die Stellungnahmen seit Inkrafttreten des Reichsstrafgesetzbuches bis zum Jahr 1957 erschöpfend zusammengetragen.

8 Siehe etwa BT-Drs. V/1269, S. 58 (li. Sp. f.) zur Ablehnung einer Verbandsstrafe u. zur Bejahung eines praktischen Bedürfnisses für Maßnahmen gegen Verbände.

9 Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1962, BT-Drs. IV/650. Im Folgenden E₆₂.

10 Siehe den Ber. d. SondA-StrafR IV, S. 4 (re. Sp. f.). Für Bezugnahmen auf die Beratungen der Großen Strafrechtskommission siehe etwa *Schafheutle, Dreher u. Meyer*, in: Prot. SondA-StrafR IV²³ S. 406 (li. Sp.), 407 (re. Sp. f.) u. 413 (li. Sp. f.).

interessierenden Kontext wesentlich auf den Thesen *Buschs*,¹² womit sich der Kreis zur eben dargestellten historischen Ausgangslage schließt.

Kurz vor dem eigentlichen Entwurf eines Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten war es dem Bundesjustizministerium in einem (Referenten-)Entwurf gelungen, die einzelnen Gedankenfäden dieser Impulsgeber zu einer Verbandsgeldbuße zu verknüpfen,¹³ die im Wesentlichen bereits dem späteren § 19 EOWiG entspricht.¹⁴ *Göhler* konnte als Ministeriumsvertreter die Erwägungen zu dieser Vorschrift im Sonderausschuss „Strafrecht“ vortragen.¹⁵ Diese Erwägungen werden später dabei helfen, die sehr knappen Aussagen in der Begründung zu § 19 EOWiG zu entschlüsseln.¹⁶ Ohne sie wäre es heute – ein halbes Jahrhundert mit einem wesentlich umgestalteten Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht später – wegen ihrer Kompaktheit kaum möglich, sie so zu verstehen, wie der Gesetzgeber sie gemeint hatte.

I. Vierzigster Deutscher Juristentag (Hamburg 1953)

Die strafrechtliche Abteilung des Vierzigsten Deutschen Juristentags in Hamburg stellte sich die Frage: „Empfiehlt es sich, die Strafbarkeit der juristischen Person gesetzlich vorzusehen?“¹ Sowohl der Gutachter *Heinitz* als auch die

11 Siehe nur *Jescheck* u. *Lange*, in: NdSchr. GrStrKomm, Bd. I,¹² S. 295 (re. Sp.) bzw. Bd. I,¹³ S. 319 (re. Sp.). Das wörtliche Zitat ist von *Jescheck*.

12 Siehe etwa *Heinitz*, Gutachten 40. DJT (1953), E 23 ff. (= S. 87 ff.); *Engisch*, Referat 40. DJT (1953), E 29 ff. u. *Hartung*, Korreferat 40. DJT (1953), E 46 f.

13 § 12 RefE-OWiG diente dem Sonderausschuss „Strafrecht“ als Diskussionsgrundlage u. ist in: Prot. SondA-StrafR IV²³ S. 417 vollständig abgedruckt. Abs. 1 sollte lauten: „Begeht jemand als vertretungsberechtigtes Organ einer juristischen Person oder als Mitglied eines solchen Organs [...] eine Straftat oder Ordnungswidrigkeit, durch die [1.] Pflichten, welche die juristische Person [...] treffen, verletzt werden, oder [2.] die juristische Person [...] bereichert wird oder werden soll, [Ende d. Aufz.] so kann gegen diese eine Geldbuße festgesetzt werden.“

14 § 19 Abs. 1 EOWiG – abgedruckt in: BT-Drs. V/1269, S. 7 – unterschied sich von § 12 Abs. 1 RefE-OWiG nur dadurch, dass der Präsens („Begeht jemand“) durch den Perfekt („Hat jemand [...] begangen“) ersetzt wurde u. dass es am Ende heißt: „... so kann gegen diese als Nebenfolge der Straftat oder Ordnungswidrigkeit eine Geldbuße festgesetzt werden.“ Herv. nur hier.

15 Siehe *Göhler*, in: Prot. SondA-StrafR IV²³ S. 400 ff., insb. S. 402 (li. Sp. f.).

16 Im Rückblick auf die damals unmittelbar vorangegangen Arbeiten konnte sich der Gesetzgeber damit begnügen, den Zweck des § 19 EOWiG auf gerade einmal 31 (halben) Zeilen auseinanderzulegen. Siehe BT-Drs. V/1269, S. 59 (li. Sp.). Dazu sogleich aufs. § 10 A. II. (S. 323).

beiden Referenten² *Engisch* und *Hartung* lehnten eine kriminelle Bestrafung der juristischen Person ab.³ Diese Ablehnung blieb in der folgenden Diskussion beinahe ohne Widerstand.⁴ Einstimmig wurde beschlossen, dass es sich nicht empfehle, „*Kriminalstrafen* gegen juristische Personen oder andere Personenverbände vorzusehen.“⁵

Die kategorische Ablehnung der *Kriminalstrafe* gegen Verbände darf jedoch nicht dahin missverstanden werden, dass sich die Teilnehmer gegen jede Form von Maßnahme gegen Verbände ausgesprochen hätten.⁶ Im Gegenteil: Auch die These *Hartungs*,⁷ man möge „über die bestehenden, die Auflösung von Korporationen vorsehenden Bestimmungen hinaus ein System körperschaftsgemäßer sichernder Maßnahmen“ vorsehen, fand eine deutliche, der Satzung aber nicht genügende Mehrheit von 27 zu 12 Stimmen.⁸

1 *Neumann*, in: Verh. d. 40. DJT (1953), E 2 sagte, es handle „sich um ein etwas ungewöhnliches Thema“. *Rotberg* (E 2) meinte, die Frage sei „nicht sehr populär.“

2 Wenn im Folgenden ohne Zusatz von den „Referenten“ die Rede ist, sei *Heinitz* als Gutachter ebenfalls umfasst.

3 Siehe stellvertretend für zahlr. andere Stellen *Heinitz*, Gutachten 40. DJT (1953), E 26 (= S. 90); *Engisch*, Referat 40. DJT (1953), E 41 u. *Hartung*, Korreferat 40. DJT (1953), E 57.

4 Allein *v. Weber*, in: Verh. d. 40. DJT (1953), E 61 ff. sprach sich ausdr. für eine Kriminalstrafe gegen Verbände aus, die „freilich etwas anderes als die Individualstrafe“ sei (E 62). *Münn* u. *Wilferdorff*, in: Verh. d. 40. DJT (1953), E 71 f. bzw. E 72 ff. haben sich als Vertreter der Praxis ausdr. für ein Vorgehen gegen die juristischen Personen ausgesprochen. Ob „in Form von Strafen oder anderen Maßnahmen,“ sei „für den praktischen Erfolg gleichgültig.“ (*Münn*, E 71).

5 Verh. d. 40. DJT (1953), E 88. Herv. nur hier. Zur sprachlichen Präzisierung der These *Engischs* von der „Strafbarkeit der juristischen Person“ zu den „*Kriminalstrafen*“, siehe E 84 ff. Zum Abstimmungsergebnis von 39 Stimmen ohne Gegenstimmen u. Enthaltungen, siehe E 86.

6 *Heinitz*, Gutachten 40. DJT (1953), E 22 f. (= S. 86 f.) weist auf die „positiv gesetzliche Regelung im Wirtschaftsstrafrecht“ hin, an deren Geldbuße er offenbar nichts auszusetzen hat. *Engisch*, Referat 40. DJT (1953), E 39 lässt offen, wieweit „Verwaltungsstrafrecht, Steuerstrafrecht, Devisenstrafrecht, Wirtschaftsstrafrecht von der Art sind, daß sie so etwas wie Geldbußen mit subsidiärer Haftung einführen können, ohne daß die Grundsätze der Gerechtigkeit Schaden leiden“. Allein *Hartung*, Korreferat 40. DJT (1953), E 44 wehrt sich ausdr. gegen die Geldbuße nach dem Wirtschaftsstrafgesetz, in der er einen kleinen „Etikettenschwindel“ sieht.

7 Korreferat 40. DJT (1953), E 60. Wiedergegeben ist hier nur ein Teil der ersten von vier Thesen.

8 Verh. d. 40. DJT (1953), E 87. Aus „persönlichen Gesprächen mit verschiedenen Teilnehmern“ des Juristentags meinte *Jescheck*, in: NdSchr. GrStrKomm, Bd. I,¹² S. 298 (re. Sp.) berichten zu können, dass tatsächlich eine viel größere Zustimmung bestanden habe.

1. Unmöglichkeit der Verbandsstrafe

Alle Referenten unternahmen den Versuch, das rechtspolitisch gegebenenfalls Wünschenswerte mit dem dogmatisch Machbaren in Einklang zu bringen.⁹ Den Ausgangspunkt nahmen ihre Untersuchungen jeweils bei der Frage, ob sich eine Verbandsstrafe mit der überkommenen Strafrechtsdogmatik vereinbaren lasse.¹⁰ Dabei wurde die Strafe als die aufgezwungene, „sozial-ethisch richtige, zur Resozialisierung des Täters geeignete“¹¹ Rechtsgütereinbuße verstanden, mit der stets „der Tadel, der Vorwurf, die Mißbilligung, das Unwerturteil verknüpft“¹² sei. Wo aber die Strafe einen Vorwurf enthalte, setze sie stets eine schuldhafte Handlung des Täters voraus.¹³ Strafe dürfe nur jenen treffen, der sich „in freier, verantwortlicher, sittlicher Selbstbestimmung“ gegen das Recht und für das Unrecht entschieden habe.¹⁴

Die – geschichtlich bedingt streng anthropo-zentrischen¹⁵ – Begriffe von Schuld und Strafe auf Körperschaften zu übertragen, sei „undenkbar und unfruchtbare“.¹⁶ Der Verband sei schon zum Handeln nicht im Stande.¹⁷

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

10 Treffend hat *Schmitt*, Maßnahmen, S. 130 darauf hingewiesen, dass derjenige, der „die dogmatische Unmöglichkeit der Verbandsbestrafung“ zum Ausgangspunkt nehme, stets auch versucht sein werde, „das praktische Bedürfnis für die Körperschaftsstrafe in Abrede zu stellen.“

11 Vgl. *Heinitz*, Gutachten 40. DJT (1953), E 22 (= S. 86).

12 *Engisch*, Referat 40. DJT (1953), E 15.

13 Dass dieser Gedanke auf der „Verwechslung von zweckrationaler Notwendigkeit und wertrationaler Legitimation“ der Strafe beruht, hat *Schünemann*, Unternehmenskriminalität, S. 197 ff. präzise u. erschöpfend herausgearbeitet. Das wörtliche Zitat findet sich auf S. 200. Es sei „bereits von Grund auf irreparabel falsch,“ Verbandssanktionen „in irgendeiner Weise mit dem Schuldprinzip in Verbindung“ zu bringen, S. 234. Zur Unbeachtlichkeit des Schuldprinzips bei Verbandssanktionen, weil den Verbänden schon die insoweit maßgebende Grundrechts-Trägerschaft fehlt, noch aufs. § 10 C. IV. 1. (S. 360).

14 So BGH (GrS), Beschl. v. 18. 3. 1952 – GSSt 2/51 – BGHSt 2, 194 ff. (199), auf den *Engisch*, Referat 40. DJT (1953), E 24 f. u. *Heinitz*, Gutachten 40. DJT (1953), E 21 (= S. 85) verweisen.

15 Zu den Gründen für die extreme Zuspitzung des Strafrechts auf die natürliche Person als Täter siehe oben A. I. (S. 253).

16 *Hartung*, Korreferat 40. DJT (1953), E 43.

17 *Engisch*, Referat 40. DJT (1953), E 23 f.; *Hartung*, Korreferat 40. DJT (1953), E 44.

Anders aber *Heinitz*, Gutachten 40. DJT (1953), E 20 f. (= S. 84 f.), der eine wie auch immer verstandene Zurechnung als mit dem herkömmlichen Handlungsbegriff vereinbar ansieht.

Das lasse sich auch nicht durch eine Zurechnung der Organwalterhandlung umgehen. Denn wer die Strafe von einer Handlung abhängig mache, könne die fehlende Handlung nicht durch Zurechnung einer fremden Handlung ersetzen, ohne in einen Zirkel zu geraten.¹⁸ Könne der Verband schon nicht handeln, so müsse es erst recht und von vornherein ausgeschlossen sein, dass der Verband darüber hinaus schuldhaft handle.¹⁹ Eine Zurechnung fremder Schuld komme noch weniger in Betracht als die Zurechnung einer fremden Handlung.²⁰ Die einem handlungs- und schuldunfähigen Verband auferlegte Gütereinbuße könne folglich nicht als Strafe bezeichnet werden, ohne dass der Strafbegriff²¹ in einer Weise geändert werde, die ihn seiner spezifischen Bedeutung beraubte.²²

Der handlungs- und schuldunfähige Verband als solcher biete danach „keinen Anknüpfungspunkt für die Strafe als dem schuldhaft-rechtswidrigen Verhalten zugesetzte Sanktion.“²³ Eine dem Verband auferlegte Rechtsgütereinbuße könne allenfalls noch schuldgebundene Strafe sein, wenn sie sich in gerechter und zweckmäßiger Weise gegen die im Verband zusammengefassten Einzelpersonen richte.²⁴ Soll die so verstandene Verbandsstrafe ihre Bedeutung als Strafe nicht verlieren, müssten die hinter dem Verband stehenden Einzelpersonen wiederum schuldig sein.

18 So *Engisch*, Referat 40. DJT (1953), E 24 in ausdr. Opposition zu *Heinitz*, Gutachten 40. DJT (1953), E 20 f. (= S. 84 f.).

19 *Engisch*, Referat 40. DJT (1953), E 24 f.; *Hartung*, Korreferat 40. DJT (1953), E 43. Auch *Heinitz*, Gutachten 40. DJT (1953), E 21 (= S. 85) hält den Schuld begriff für „auf juristische Personen schlechthin unübertragbar.“

20 In kaum zu überbietender Präzision *Göhler*, in: Prot. SondA-StrafR IV²³ S. 400 (re. Sp.): „Der Gedanke des Schuldstrafrechts stehe geradezu in einem diametralen Gegensatz zu dem Gedanken, daß [...] eine Person [...] für etwas einstehen müsse, was sie selbst nicht getan habe, sondern was andere Personen für sie, wenn auch in ihrem Namen, getan hätten.“

21 Etwas überspitzt, aber nicht zu Unrecht kritisiert *Schünemann*, Unternehmenskriminalität, S. 236, die Diskussion um die Verbandsstrafe bzw. -geldbuße habe „in erster Linie in dem unfruchtbaren Austausch begriffsjuristischer Argumente bestanden“ u. sei – jedenfalls im Jahr 1979 – „zu den kriminalpolitischen und legitimations theoretischen Kernfragen [...] noch nicht vorgedrungen.“

22 *Engisch*, Referat 40. DJT (1953), E 15; *Hartung*, Korreferat 40. DJT (1953), E 46; *Heinitz*, Gutachten 40. DJT (1953), E 22 (= S. 86).

23 *Engisch*, Referat 40. DJT (1953), E 25.

24 *Engisch*, Referat 40. DJT (1953), E 25, der hierin das Hauptanliegen der von *Busch* befürworteten Verbandsstrafe erkennen will. *Hartung*, Korreferat 40. DJT (1953), E 43; *Heinitz*, Gutachten 40. DJT (1953), E 24 ff. (= S. 88 ff.).

Das sei jedoch nicht der Fall. Regelmäßig seien in dem Verband sogar mehr unschuldige als schuldige Personen zusammengefasst.²⁵ Der Versuch, den am begangenen Delikt nicht unmittelbar beteiligten Mitgliedern die Unschuld abzusprechen, müsse in bedenklichem Maße mit Schuldvermutungen operieren²⁶ oder die Beteiligten zu einer – im Nachgang des Zweiten Weltkrieges nicht gerade populären²⁷ – „Schicksalsgemeinschaft“ zusammenfassen. Keine dieser Lösungen sei gerecht. Einzig in dem praktisch beinahe ausgeschlossenen Fall, dass das Verbandsdelikt auf dem einstimmigen Beschluss aller Mitglieder beruhe, ließe sich eine Verbandsstrafe als gerecht denken.²⁸ Dann aber sei sie unnötig. Es sie nicht einzusehen, weshalb zur Bestrafung der schuldigen Einzelpersonen der Umweg über die Verbandsstrafe genommen werden sollte, statt die Personen selbst und jeweils nach dem Maß ihrer individuellen Schuld zu belangen.²⁹ Kurzum: Die Verbandsstrafe, die dem Schuldprinzip genügt, ist nur gerecht, wo sie praktisch bedeutungslos, und bedeutsam nur, wo sie zwingend ungerecht ist.³⁰

Schließlich sei die Verbandsstrafe in dieser einzig denkbaren Form verfassungswidrig. Als echte Strafe müsse sie dahin verstanden werden, dass nicht „der fühllose Verband selbst, sondern auf einem Umweg die einzelnen unmittelbar oder mittelbar Schuldigen gestraft“ werden sollen.³¹ Dann aber würden nicht nur ungerechter Weise die Unschuldigen mitbetroffen. Vielmehr sollen die Schuldigen – soweit sie am Verband beteiligt sind und wegen ihrer Tat mit einer Individualstrafe belegt werden – durch die Verbandsstrafe ein zweites Mal getroffen werden.³² Das sei als Verstoß gegen den Grundsatz „ne bis in idem“ mit dem Grundgesetz (Art. 103 Abs. 3 GG) nicht vereinbar.³³

25 *Hartung*, Korreferat 40. DJT (1953), E 43. Im Ergebnis auch *Engisch*, Referat 40. DJT (1953), E 15 u. *Heinitz*, Gutachten 40. DJT (1953), E 25 (= S. 89).

26 *Engisch*, Referat 40. DJT (1953), E 15; *Heinitz*, Gutachten 40. DJT (1953), E 25 (= S. 89).

27 Siehe *Engisch*, Referat 40. DJT (1953), E 27 f. u. *Hartung*, Korreferat 40. DJT (1953), E 43 f., die sich wegen der Erfahrungen des deutschen Volkes mit der Kollektivschuld am u. im Zweiten Weltkrieg beinahe emotional gegen eine solche Argumentation wehren.

28 *Engisch*, Referat 40. DJT (1953), E 25 f.; *Hartung*, Korreferat 40. DJT (1953), E 43; *Heinitz*, Gutachten 40. DJT (1953), E 25 f. (= S. 89 f.).

29 *Engisch*, Referat 40. DJT (1953), E 26; *Hartung*, Korreferat 40. DJT (1953), E 43.

30 Vgl. *Heinitz*, Gutachten 40. DJT (1953), E 26 (= S. 90).

31 So *Engisch*, Referat 40. DJT (1953), E 38. Dem zust. *Hartung*, Korreferat 40. DJT (1953), E 44.

32 Dass die „geminderte Einzelstrafe und die anteilige Erleidung der Verbandsstrafe [...] zusammen ungefähr eine normale Strafe“ ergeben sollen, ist für *Engisch*, Referat 40. DJT (1953), E 38 „offenbar ein etwas halsbrecherischer Gedanke.“

2. Kein Bedürfnis für eine Verbandsstrafe

Erst nachdem die Verbandsstrafe auf diese Weise für dogmatisch unmöglich, zwingend ungerecht und letztlich verfassungswidrig erklärt worden war, widmeten sich die Referenten der hier interessierenden Frage, ob und gegebenenfalls worin das Bedürfnis nach einer solchen Sanktion besteht.³⁴ Vor allem *Engisch*³⁵ hat sich dabei ausgiebig mit den Argumenten *Buschs* auseinandergesetzt.

Anm. 9.4: Zur Erinnerung:³⁶ *Busch* meinte, der individuelle Strafzwang alleine sei bei der Bekämpfung der Verbandskriminalität unzulänglich. Zum einen handele der Täter aus einer verzerrten Motivationslage heraus und sei deshalb für die rechtlichen Gebote unempfänglich. Zum anderen könne die Individualstrafe nicht in ein angemessenes Verhältnis zur Tragweite des Verbandsdeliktes gesetzt werden und müsse ihre abschreckende Wirkung deshalb verfehlen. Nach *Busch* könne nur die gegen den Verband gerichtete Sanktion diese Unzulänglichkeiten beseitigen.

Zwar habe *Busch* unbestreitbar mit „großer psychologischer Treffsicherheit eine Haltung“ der Verbandsorgane, -genossen und -anhänger beschrieben, „der gegenüber die Individualstrafe als machtlos erscheinen“ müsse.³⁷ Dabei handle es sich jedoch nicht um eine typische Haltung. Vielmehr dürfe das „Verbandsmitglied, das aus purer Selbstlosigkeit [...] im Dienste des Verbandes strafbare Handlungen“ begehe und dabei auch noch bereit sei, „die ihm drohende Strafe auf sich zu nehmen, wenn nur dem Verband nichts“ widerfahre, getrost als Ausnahmeherrscheinung angesehen werden.³⁸ Im Gegenteil werde der Einzelne ein Delikt viel eher begehen, wenn das Strafübel

33 *Engisch*, Referat 40. DJT (1953), E 38. Zu Recht krit. v. *Weber*, in: Verh. d. 40. DJT (1953), E 61 f., der darauf hinweist, dass zwar die Verbandsmitglieder betroffen, nicht aber bestraft werden. Aufs. dazu noch § 10 C. IV. 2. (S. 365).

34 Abermals sei insoweit auf *Schmitt*, Maßnahmen, S. 130 hingewiesen: Wer „die dogmatische Unmöglichkeit der Verbandsbestrafung“ zum Ausgangspunkt nehme, werde stets auch versucht sein, „das praktische Bedürfnis für die Körperschaftsstrafe in Abrede zu stellen.“

35 Referat 40. DJT (1953), E 29 ff. *Hartung*, Korreferat 40. DJT (1953), E 43 hat sich dem weitgehend angeschlossen.

36 Ausf. zu den Argumenten *Buschs*, weshalb die für ein reibungsloses Funktionieren des individuellen Strafzwanges erforderlichen Voraussetzungen beim Verbandsdelikt typischerweise nicht vorliegen, oben A. III. 2. (S. 263).

37 *Engisch*, Referat 40. DJT (1953), E 33. Herv. nur hier.

38 *Engisch*, Referat 40. DJT (1953), E 33. Zust. *Lang-Hinrichsen*, in: FS Mayer (1966), S. 49 (67). Zu Recht hat *Schünemann*, Unternehmenskriminalität, S. 19 kritisiert, dass *Engisch* „in der gleichen, spekulativen, empirisch nicht fundierten Weise“ wie *Busch* argumentiert habe.

(nur) den Verband treffe und er sich nicht im Verbandsinteresse die eigenen Finger verbrenne.³⁹ Mit anderen Worten: Die Überbewertung der Verbandsinteressen verzerre die Motivationslage des Organwalters – entgegen *Busch* – typischerweise nicht so sehr, dass der Täter von den rechtlichen Geboten nicht mehr erreicht werde. Dann aber sei das Individualstrafrecht nicht von vornherein machtlos und bedürfe nicht schon deshalb der Schützenhilfe durch die Verbandsstrafe.

Darüber hinaus sei es nicht richtig, dass die Strafe des Organwalters wegen seiner altruistischen Motivationslage stets niedrig bemessen werden müsste. Wer sich zur Wahrung der Verbandsinteressen „nicht der rechtlich erlaubten Mittel“ bediene, „wer nur mit Verrat, Beschimpfung, Betrug, unlauterem Wettbewerb, Steuerhinterziehung, Devisenschiebung u. dgl. mehr dem Verbandsziele“ nachstrebe, verdiene „nicht um deswillen Nachsicht, weil es immerhin Verbandsziele und nicht höchsteigene Interessen“ seien, die ihn bewegten.⁴⁰ Das Individualstrafrecht sei danach sehr wohl in der Lage, das deliktische Handeln des Organwalters im Rahmen seiner wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit und „nach Maßgabe seiner Schuld [...] hart und nachhaltig zu ahnden“.⁴¹

Engisch hat mithin – vordergründig – in den wesentlichen Punkten den Erwägungen widersprochen, die *Busch* für Bedürfnis und Zweckmäßigkeit der Verbandsstrafe angeführt hatte. Er negiert – scheinbar – die Lücken, die *Busch* mit der Verbandsstrafe hatte schließen wollen. Der individuelle Strafzwang sei zur Bekämpfung der Verbandsdelikte vielmehr ausreichend. Aus dieser Perspektive *Engischs* können es in der Tat nur mehr „neben der Sache liegende Erwägungen sein, die [...] nach der Verbandsstrafe den Blick wenden“ lassen.⁴²

3. Vorbehalt der Gewinnentziehung

Die Argumentation *Engischs* steht allerdings unter einem so entscheidenden wie gut versteckten Vorbehalt: Selbstverständlich – so sagt er ganz beiläufig – müsse dafür gesorgt werden, dass „durch Schadensersatz oder

39 *Engisch*, Referat 40. DJT (1953), E 34.

40 *Engisch*, Referat 40. DJT (1953), E 35. Zust. *Lang-Hinrichsen*, in: FS Mayer (1966), S. 49 (68).

41 *Engisch*, Referat 40. DJT (1953), E 35. Herv. im Original.

42 *Engisch*, Referat 40. DJT (1953), E 35 nennt etwa „fiskalische Erwägungen wie die Neigung, einen vermögenden Verband [...] einmal kräftig zu schröpfen“.

Vorteilsentziehung auf zivilrechtlichem oder polizeirechtlichem Wege ein Ausgleich geschaffen“ werde für das, „was im Interesse des Verbandes an Rechtsgüterverletzungen bewirkt oder an Gewinn eingeheimst wurde.“⁴³ Das ist allerdings ein ganz zentraler Vorbehalt! *Engisch* hat nicht das Bedürfnis für eine Verbandssanktion widerlegt. Er hat vielmehr gezeigt, unter welchen Voraussetzungen die Argumentation *Buschs* nicht – mehr⁴⁴ – stimmt und es einer Verbandsstrafe nicht bedarf. Mit großer Treffsicherheit hat er den Finger in eine⁴⁵ Wunde der damaligen Rechtsordnung gelegt, die bei der Bekämpfung der Verbandskriminalität vor allem deshalb unzureichend war, weil sie dem Verband die rechtswidrigen Gewinne nicht abnehmen konnte.

a) Der individuelle Strafzwang ist auch für *Engisch* nur ausreichend, wenn sichergestellt ist, dass der Verband aus dem in seinem Interesse begangenen Delikt keinen Vorteil zieht. Das entspricht dem Ausgangspunkt des oben⁴⁶ entwickelten Gedankens, den *Engisch* nur mitdenkt, ohne ihn auszusprechen. Werden dem Verband die Tatvorteile entzogen, ist das Verbandsdelikt kein lohnendes Geschäft mehr. Dadurch entfällt der Anreiz, dem Einzeltäter das Übel der Individualstrafe abzunehmen. Die Freistellung des Täters ist dann tatsächlich nicht mehr „die selbstverständlichste Sache von der Welt“.⁴⁷ Nur dann weiß der Einzelne, dass er sich im Zweifel die eigenen Finger verbrennt, und dass er sein Verhalten nicht mit dem sicheren Wohl und den erheblichen Vorteilen des Verbandes rechtfertigen kann. Er befindet sich in einer im

43 Referat 40. DJT (1953), E 34. *Hartung*, Korreferat 40. DJT (1953), E 54 verlangt bei nahe ebenso beiläufig, dass „die Körperschaft den rechtswidrigen Vorteil, der ihr infolge der Straftat zu geflossen ist, herauszugeben hat.“ Auch *Münn*, in: Verh. d. 40. DJT (1953), E 71 hält den Gedanken für unerträglich, dass „die juristische Person ihren Gewinn behalten soll.“

44 *Engisch*, Referat 40. DJT (1953), E 34 sagt ausdr.: „Nun muß selbstverständlich dafür gesorgt werden, daß [...] ein Ausgleich geschaffen wird [...]“ Herv. nur hier. Auch er geht folglich davon aus, dass in der damals geltenden Rechtsordnung eine effektive u. umfassende Gewinnentziehung nicht stattfand. So ist auch *Münn*, in: Verh. d. 40. DJT (1953), E 71 zu verstehen, der keine Möglichkeit der Vorteilsabschöpfung sieht, wenn nicht *künftig* auch gegen die juristische Person *vorgegangen werde*.

45 Daneben fehlten noch die Regelungen zum Handeln für einen anderen u. zur allgemeinen Aufsichtspflichtverletzung. Siehe dazu oben A. II. (S. 258).

46 Zu dem Phänomen der ökonomisch-rationalen Kollusion u. dessen Umkehrung durch eine Verbandssanktion ausf. oben A. III. 3. a) (S. 274).

47 Diese Aussage *Engischs*, Referat 40. DJT (1953), E 35 f., ist unter eben diesem Vorbehalt zu sehen, den er kurz zuvor (E 34) geäußert hat. Auf Solidarität des Verbands (E 36) kommt es nur an, wo das Verbandsdelikt kein lohnendes Geschäft ist.

Wesentlichen normalen Motivationslage und ist für die Sanktionsandrohung der rechtlichen Gebote so empfänglich wie jeder andere auch.

Erfolgen der Schadensausgleich und die Vorteilsentziehung durch eine eigenständige und gegen den Verband gerichtete Maßnahme, so ist dies keine Aufgabe der Individualsanktion mehr. Dann aber genügt zur wirksamen Verbrechensverhütung auch eine Individualsanktion in viel bescheidenerer Höhe. Denn der Täter müsste sie – wo der Anreiz zur ökonomisch-rationalen Kollusion beseitigt ist – aller Wahrscheinlichkeit nach aus seinem eigenen Vermögen bezahlen. Wird sie ohne falsche Milde nach den wirtschaftlichen Verhältnissen und der individuellen Schuld des Einzeltäters bemessen, so wäre diese Individualsanktion – im Rahmen des strafrechtlichen Möglichen – geeignet und ausreichend, „die Gegenmotive zu verstärken, so daß sich die Gesellschaftsorgan[walter] dann doch wohl hüten würden, auf strafrechtlich verbotenem Wege den Vorteil der Körperschaft zu suchen.“⁴⁸

Um es – mit den Worten *Engischs*⁴⁹ – noch einmal zugespitzt zu sagen: Der individuelle Strafzwang ist nur ausreichend, wenn „durch Schadensersatz oder Vorteilsentziehung auf zivilrechtlichem oder polizeirechtlichem Wege ein Ausgleich“ für das geschaffen würde, „was im Interesse des Verbandes an Rechtsgüterverletzungen bewirkt oder an Gewinn eingehieimst wurde.“ Ist das gewährleistet, können es nur mehr „neben der Sache liegende Erwägungen sein, die [...] nach [einer zusätzlichen] Verbandsstrafe den Blick wenden“ lassen.

b) *Engisch* und *Busch* liegen danach viel enger beieinander, als es das Referat *Engischs* glauben macht. Beide erkennen in ihrer jeweils geltenden Rechtsordnung ein Defizit. Dabei hat *Engisch* – ganz beiläufig – aufgedeckt, was bei *Busch* fast völlig im Dunkeln blieb: Das Defizit der Rechtsordnung bestand in der fehlenden Möglichkeit, den Verbänden die rechtswidrigen Tatgewinne zu entziehen.

Der Unterschied liegt letztlich nur darin, wie die Autoren diese Lücke schließen wollen. *Busch*, der die letzte Ursache des Problems noch nicht freigelegt hatte, sprach sich insoweit für eine Verbandsstrafe aus. *Engisch* dagegen hatte die Notwendigkeit einer umfassenden Gewinnabschöpfung erkannt. Eine „hochbemessene Geldstrafe, die in gar keinem Verhältnis zu einer individuellen Schuld, sondern nur in einem Verhältnis zu der Vermögenslage des Verbandes und ihrer Veränderung durch das strafbare Tun“ stehe,⁵⁰

48 So *Hartung*, Korreferat 40. DJT (1953), E 52, über das Maßnahmensystem, wie er es sich vorstellt.

49 Siehe Referat 40. DJT (1953), E 34 u. 35.

sei dann aber nicht „das richtige Mittel, um hier Abhilfe zu schaffen.“⁵¹ Die Gerechtigkeit verlange es, „innerhalb des Strafrechts den Gedanken der Schuldstrafe rein und sauber“ zu halten.⁵² Für *Engisch* sei die Lösung vielmehr „auf zivilrechtlichem oder polizeirechtlichem Wege“ zu suchen.⁵³ Einer zusätzlichen Verbandsstrafe bedürfe es dann nicht mehr.

Mit anderen Worten: Um die Schlagkraft des individuellen Strafzwanges zu gewährleisten, musste die Rechtsordnung um ein gegen die Verbände gerichtetes Abschöpfungsinstrument erweitert werden, das – für *Engisch* – zwar nicht Strafe sein durfte, wohl aber eine Präventivmaßnahme sein konnte.

4. Umfang der Gewinnentziehung

Zu dem notwendigen Umfang der Gewinnabschöpfung hat sich (nur) *Hartung* geäußert. Zutreffend weist er darauf hin, dass der Gerechtigkeit noch nicht voll genügt sei, wenn die Körperschaft nur den rechtswidrigen Vorteil herausgeben müsste, der ihr infolge der Straftat zugeflossen sei.⁵⁴ Denn bei einer solchen Abschöpfung nur des unmittelbaren Gewinnes bliebe der mittelbare Gewinn bestehen.⁵⁵ Der mitunter erhebliche Vorsprung, den die Gesellschaft aufgrund der Straftat vor den Wettbewerbern gewonnen hat, sei damit noch nicht eingeholt.⁵⁶

Anm. 9.5: Die heute selten präsente Unterscheidung von unmittelbarem und mittelbarem Gewinn war bis zur Verabschiedung des § 26 OWiG₆₈ von zentraler Bedeutung.

50 Mit einer Maßnahme, die „nur in einem Verhältnis zu der Vermögenslage des Verbandes und ihrer Veränderung durch das strafbare Tun“ steht, hat *Engisch* sehr präzise das spätere Instrument des strafrechtlichen Verfalls umschrieben, aus dem sich – wie noch zu zeigen sein wird – die Verbands Geldbuße entwickelt hat.

51 *Engisch*, Referat 40. DJT (1953), E 34. Im Ergebnis auch *Hartung*, Korreferat 40. DJT (1953), E 57: „Keine irgendwie geartete kriminelle Strafe [...], wohl aber [...] ein gewisses Maß körperschaftsgemäßer sichernder Maßnahmen,“ die kriminellen Tendenzen im Herrschaftsbereich von Körperschaften entgegenwirken sollen.

52 So *Engisch*, in: Verh. d. 40. DJT (1953), E 80 in seiner Schlusserwiderung auf v. Weber.

53 *Engisch*, Referat 40. DJT (1953), E 34. Wie er sich dies genau vorgestellt hatte, hat *Engisch* in seinem Referat nicht verraten. Von der engen Themenstellung – „Empfiehlt es sich, die Strafbarkeit der juristischen Person gesetzlich vorzusehen?“ – war diese Frage aber auch nicht erfasst.

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

55 Zu der wichtigen Unterscheidung von unmittelbarem u. mittelbarem Gewinn sogleich die Anm. 9.5.

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

tung. Unter dem unmittelbaren Gewinn verstand man den Tatgewinn als solchen. Er war rechnerisch (einigermaßen) genau zu beziffern und seine Abschöpfung sollte in Konstruktion und Begründung später auch kaum Schwierigkeiten bereiten. Der mittelbare Gewinn meint hingegen, was nicht aus der Tat selbst, sondern erst aufgrund des unmittelbaren Tatgewinns erworben werden konnte. *Hartung*⁵⁷ selbst schilderte einen Fall, „in dem eine bedeutende Aktiengesellschaft durch systematische Steuerhinterziehungen Millionenbeträge ‚erspart‘“ hatte, mit denen es gelang, den „Betrieb derartig technisch zu modernisieren, daß sie damit der gesamten Konkurrenz überlegen war.“ Die Steuernachzahlung und die Geldstrafen für die schuldigen Organwalter „konnten aus den vermehrten Ergebnissen des verbesserten Betriebes ohne jede Schwierigkeit gedeckt werden.“ Dieser mittelbare Gewinn ließ sich unmöglich exakt beziffern, weil er stets auf dem komplizierten Zusammenspiel unzähliger Faktoren beruhe,⁵⁸ von denen die Straftat nur eine sei.⁵⁹ Die Geschichte der Verbandssanktion ist – was noch zu zeigen sein wird – tatsächlich die Geschichte der Frage, wie sich dieser mittelbare Gewinn abschöpfen lässt.

Auch dieser Gedanke ist – ohne dass *Hartung* das offen ausgesprochen hätte – im Lichte der drohenden ökonomisch-rationalen Kollusion zu sehen. Wird dem Verband der mittelbare Gewinn belassen, so kann das Verbandsdelikt ein lohnendes Geschäft bleiben. Sobald aber der Verband aus der Tat einen Vorteil hat, ist der Anreiz eben zur ökonomisch-rationalen Kollusion gesetzt. Die positiven Wirkungen der effektiven Gewinnabschöpfung entfallen und mit ihnen die Wirksamkeit des individuellen Strafzwanges.

Die von *Busch* erkannte Lücke, die *Engisch* präzisiert hatte, verlangte folglich – schon zur Sicherung der „Waffengleichheit im Wettbewerb“⁶⁰ – nach einem Instrument, das dem Verband umfassend den unmittelbaren wie den mittelbaren Gewinn entzieht.⁶¹

57 Siehe Korreferat 40. DJT (1953), E 53 f. Einen ähnlichen Fall schildert *Koffka*, in: NdSchr. GrStrKomm, Bd. IV, S. 568 (li. Sp.). Besonders eindrucksvoll ist schließlich der Praxisbericht von *Baeuerle*, in: NdSchr. GrStrKomm, Bd. IV⁵⁰ S. 325 (li. Sp. f.).

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

59 So etwa *Welzel*, in: NdSchr. GrStrKomm, Bd. III⁵⁷ S. 281 (re. Sp.).

60 So *Hartung*, Korreferat 40. DJT (1953), E 53 bezogen auf die wettbewerbsschädliche Wirkung kumulierender u. nicht abschöpfbarer mittelbarer Gewinne.

61 *Hartung*, Korreferat 40. DJT (1953), E 54 f., der sich i. R. d. vorgenommenen Arbeitsteilung um die Probleme der praktischen Umsetzung kümmern sollte, wusste allerdings selbst kein taugliches Instrument anzubieten. Er sprach sich aber – wegen der Erfahrungen im u. nach dem Zweiten Weltkrieg, vor allem im Hinblick auf die Demontagepolitik der Kriegsgegner – entschieden gegen die von ihm als wirtschaftlich widersinnig empfundene Zerstörung der inzwischen geschaffenen Einrichtungen aus.

5. Idee eines Präventiv- oder Bußgeldes

In seinem Schlusswort hat *Engisch* – unter Verweis auf ein privates Gespräch mit *Hausner* – versucht, der fehlenden Maßnahme Gestalt zu geben.⁶² Der Strafrichter solle der juristischen Person im Falle eines Verbandsdeliktes „zwecks billigen Ausgleichs eines besonderen Schadens oder Entziehung eines besonderen, dem Personenverband selbst erwachsenen Gewinns oder zur Verhütung von Wiederholungen strafbarer Handlungen [...] ein besonderes Buß- oder Präventionsgeld auferlegen“ können. Die sprachliche Unterscheidung gerade auch von der Geldbuße sei wichtig, um das Instrument „scharf von der Strafe zu trennen.“⁶³ Das Bußgeld solle verhüten, dass „ein Schaden, der nach außen entstanden ist und der sehr leicht ausgeglichen werden kann, ungedeckt“ bleibe, oder es solle bewirken, dass „besondere Gewinne, die hereingebracht wurden, wieder entzogen werden“.

Anm. 9.6: *Koffka* hat diesen Gedanken eines „öffentlicht-rechtlichen Schadenersatz- und Gewinnabführungsanspruchs“ – ohne Berufung auf *Engisch* – später in die Große Strafrechtskommission eingebracht und ihm dort zum Durchbruch verholfen.⁶⁴ Anders als *Engisch* hatte sie jedoch nicht übersehen, dass es sich bei einem solchen Instrument nicht um eine rein präventive Maßnahme handeln kann. Wenn *Engisch* einen Schaden ausgleichen möchte, „der nach außen entstanden ist“, oder er besondere Gewinne entziehen möchte, „die hereingebracht wurden“,⁶⁵ so knüpft auch er (reaktiv-retrospektiv) an Vergangenes als Vergangenes an. Insoweit handelt es sich um eine reaktive und keine proaktive Maßnahme.⁶⁶ Sie ist – wie er sie präsentiert – nicht davon abhängig, dass der Verband mit dem zu entziehenden Geld künftig etwas Gefährliches anfangen werde. Sie ist in diesem Sinne und in der hier entwickelten Terminologie⁶⁷ gerade keine prospektive, sondern eine retrospektive Maßnahme. Entgegen der hartnäckigen Befürchtungen im Vorfeld des § 26 OWiG₆₈ muss eine dem präventiven Güterschutz dienende, reaktiv-retrospektive Maßnahme

62 Die wörtlichen Zitate dieses Absatzes stammen von *Engisch*, in: Verh. d. 40. DJT (1953), E 80 f. Nach eigenen Angaben habe er beim Frühstück versucht, der Sache eine Fassung zu geben, sodass er wohl selbst nicht davon ausging, den Gedanken vollends durchdrungen zu haben.

63 Diese wichtige Warnung hat man sich leider nicht zu Herzen genommen. Siehe die „falschen Abzweigungen“ unter III. 6. (S. 307) u. V. 2. (S. 318).

64 Dazu sogleich, III. 3. (S. 303).

65 *Engisch*, in: Verh. d. 40. DJT (1953), E 80 f. Herv. nur hier.

66 Auch insoweit sind die verschiedenen Ebenen der strafrechtlichen Aufgabenerfüllung zu beachten, vgl. *Radtke*, in: MünchKomm-StGB⁴ Vor § 38 Rn. 8. Die abstrakte Androhung einer Verbandssanktion wäre als eine vor der Tat erlassene Sanktionsnorm selbststrend eine proaktive Maßnahme. Das eigentliche Bußgeld kann aber erst nach begangener Tat u. als Reaktion auf diese festgesetzt u. vollstreckt werden.

67 Siehe hierzu § 7 C. I. (S. 210).

gegenüber juristischen Personen jedoch nicht zwangsläufig eine dem Schuldprinzip unterworfen Strafe sein.⁶⁸

6. Konsequenzen für die Verbandsstrafe

Das große Verdienst des Vierzigsten Deutschen Juristentages liegt nicht so sehr in der dogmatischen Ablehnung der *Kriminalstrafen* gegen juristische Personen. Ob die Gründe, auf die sich diese Ablehnung stützt, vollends überzeugen müssen, braucht hier nicht entschieden zu werden.⁶⁹

Weit wesentlicher war ein anderer Aspekt: Wenn auch nur beiläufig und vielleicht auch unbewusst ist es den Referenten gelungen, die von *Busch* nur diffus ausgemachte Lücke im Maßnahmenarsenal zu präzisieren. Der individuelle Strafzwang vermag ausreichend abschreckend zu wirken, wenn nur sichergestellt ist, dass dem Verband umfassend die Gewinne aus der Tat entzogen werden. Das war in der damals geltenden Rechtsordnung jedoch keineswegs sichergestellt. Sie musste deshalb um entsprechende körperschaftsgemäße Maßnahmen ergänzt werden. Dieser Gedanke ist in der weiteren Diskussion immer weiter ausdifferenziert und verfeinert worden und ist schließlich – was freilich noch zu zeigen sein wird – in der Verbandsstrafe des § 26 OWiG⁶⁸ aufgegangen.

68 Im Gegenteil: An späterer Stelle soll noch gezeigt werden, dass das Schuldprinzip bei der juristischen Person schlechthin nicht beachtet werden muss, weil dieser schon die insoweit maßgebende Grundrechts-Trägerschaft fehlt. Siehe dazu § 10 C. IV. 1. (S. 360).

69 Auch insoweit sei auf *Schünemann*, Unternehmenskriminalität, S. 236 verwiesen, der – vielleicht etwas überspitzt, aber nicht zu Unrecht – kritisiert, die Diskussion um die Verbandsstrafe bzw. -strafe habe „in erster Linie in dem unfruchtbaren Austausch begriffsjuristischer Argumente bestanden“ u. sei – jedenfalls im Jahr 1979 – „zu den kriminalpolitischen und legitimationstheoretischen Kernfragen [...] noch nicht vorgedrungen.“ Die zentralen Argumente sollen später unter § 10 C. IV. (S. 359) entkräftet werden.

II. Stahlhändler-Urteil des BGH

Kurz nach dem Juristentag in Hamburg sprach der BGH¹ sein lange erwartetes „Stahlhändler-Urteil“. In der Sache² ging es um die Frage, ob eine juristische Person wegen eines Devisenvergehens eines leitenden Angestellten bestraft werden konnte. Die Besonderheit ergab sich daraus, dass diese Strafbarkeit durch das damals geltende Besatzungsrecht angeordnet war, genauer: durch Art. 8 Nr. 1 u. 4 der Berliner Devisenordnung.³

1. Urteilsgründe

Der BGH sah sich durch das Besatzungsrecht gebunden und bejahte deshalb – wenn auch nur widerwillig – die Strafbarkeit der juristischen Person.⁴ Zwar widerspreche es dem bisherigen deutschen Rechtsdenken, „gegen juristische Personen [...] eine Kriminalstrafe zu verhängen.“ Sie passe „nicht zu dem im deutschen Recht entwickelten sozialethischen Schuld- und Strafbegriff.“ An der „Verbindlichkeit des gesetzten Besatzungsrechts für den deutschen Richter“ ändere das jedoch nichts.⁵

Denn anders als Stimmen aus der Literatur⁶ konnte der BGH einen Verstoß der besatzungsrechtlichen Verbandsstrafe „gegen den inländischen ‚ordre public‘ oder gegen Art[.] 43 der Haager Landkriegsordnung“ nicht erkennen.⁷ Auch das deutsche Recht kenne Vorschriften, die „ein strafrechtliches

1 Urt. v. 27. 10. 1953 – 5 StR 723/52 – BGHSt 5, 28 ff. Ausf. zu diesem u. anderen Urt. *Brender*, S. 46 ff. u. *Pohl-Sichtermann*, S. 22 ff. Letztere hat (S. 22 Fn. 3) die überwiegend ablehnenden Reaktionen auf das Urt. zusammengestellt.

2 Der in BGHSt 5, 28 ff. nicht wiedergegebene Sachverhalt ist in NJW 1953⁹ S. 1838 f. zusammengefasst.

3 (Berliner) Verordnung über die Devisenbewirtschaftung und Kontrolle des Güterverkehrs vom 15. Juli 1950, Amtsblatt der Alliierten Kommandantura Berlin Nr. 6 vom 22. Juli 1950, S. 51. Art. 8 Nr. 1 lautete: „Wer gegen die Bestimmungen dieser Verordnung [...] verstößt, [...] wird [...] bestraft.“ — Nr. 4: „Eine juristische Person unterliegt bei Verurteilung wegen einer strafbaren Handlung den für diese strafbare Handlung angedrohten Geldstrafen und Einziehungen.“

4 Die wörtlichen Zitate dieses Absatzes sind BGH, Urt. v. 27. 10. 1953 – 5 StR 723/52 – BGHSt 5, 28 ff. (32) entnommen.

5 *Jescheck*, in: NdSchr. GrStrKomm, Bd. I,¹² S. 298 (li. Sp.) spricht zutr. von einer „rein positiven, ja fast positivistischen Begründung“.

6 Siehe nur *Jescheck*, ZStW 65² (1953), S. 210 (225); *R. Lange*, JZ 1952⁹ S. 261 ff. u. *Siegert*, NJW 1953¹⁵ S. 527 (528) jew. m. w. N.

7 BGH, Urt. v. 27. 10. 1953 – 5 StR 723/52 – BGHSt 5, 28 ff. (32).

Einstehen der juristischen Person für Handlungen“ ihrer Organwalter vor-sähen.⁸ Darüber hinaus bestehe schon deshalb kein Anlass, einen Verstoß gegen den ordre public anzunehmen, weil auch in Deutschland „besonde-re, dem Wesen der Verbände anzupassende strafrechtliche Maßregeln oder Sicherungsmaßregeln“ befürwortet würden.⁹

Der BGH hat sich damit keineswegs für die Möglichkeit von Verbandstrafen im deutschen Recht ausgesprochen.¹⁰ Vielmehr ist er mit dem Begriff der *Geldstrafe* schlicht großzügiger umgegangen, als sich dies die Teilnehmer auf dem Vierzigsten Deutschen Juristentag gestattet hatten. Werden im deut-schen Recht besondere, dem Wesen der Verbände angepasste Maßnahmen befürwortet, so können solche Maßnahmen nicht gegen den inländischen ordre public verstößen. Kann die besetzungsrechtliche Geldstrafe als Platz-halter für eine solche Maßnahme gedacht werden, so ist auch hier ein Verstoß gegen den ordre public ausgeschlossen. Dann aber handelt es sich bei den besetzungsrechtlichen Vorschriften um geltendes und bindendes Recht, über das sich der Richter nicht hinwegsetzen darf.¹¹

Anm. 9.7: Der Vorwurf, der BGH habe sich nicht „mit den Ansichten der Lehre besonders zur Schuldfähigkeit der Verbände“ auseinandergesetzt, „obwohl anlässlich des kurz vor dem Urteil abgehaltenen 40. Deutschen Juristentages Argumente sowohl gegen als auch für die Verbandsstrafe vorgetragen worden waren“,¹² liegt deshalb ein wenig neben der Sache. Der BGH hatte nicht darüber zu befinden, ob der deutsche Gesetzgeber eine Verbandsstrafe einführen könne und dabei an das Schuldprinzip gebunden sei. Er musste schlicht entscheiden, ob eine einschlägige Regelung der geltenden Rechtsordnung angewandt werden musste, die vorsah, dass bei einer Verurteilung auch eine „juristische Person [...] den [...] angedrohten Geldstrafen und Einziehungen“ unterliege.¹³

8 BGH, Urt. v. 27. 10. 1953 – 5 StR 723/52 – *BGHSt 5*, 28 ff. (32). Herv. im Original durch Sperrung. Neben dem „nahezu gegenstandslosen § 393 RAbgO“ wurde auf die Subsidiärhaftung u. die Einziehung nach der RAbgO verwiesen.

9 BGH, Urt. v. 27. 10. 1953 – 5 StR 723/52 – *BGHSt 5*, 28 ff. (33).

10 Darauf hat *Jescheck*, in: *NdSchr. GrStrKomm*, Bd. I,¹² S. 297 f. zutr. hingewiesen.

11 Eben deshalb spricht *Jescheck*, in: *NdSchr. GrStrKomm*, Bd. I,¹² S. 298 (li. Sp.) zutr. von einer „rein positiven, ja fast positivistischen Begründung“.

12 So *Pohl-Sichtermann*, S. 22 f., die (S. 22 Fn. 3) die fast einhellige Ablehnung des Urt. zusammengetragen hat.

13 Art. 8 Nr. 4 der (Berliner) Verordnung über die Devisenbewirtschaftung und Kontrolle des Güterverkehrs vom 15. Juli 1950, Amtsblatt der Alliierten Kommandantura Berlin Nr. 6 vom 22. Juli 1950, S. 51.

2. Bedürfnis für Verbandsmaßnahmen

Die Vereinbarkeit einer besetzungsrechtlichen Vorschrift mit dem inländischen ordre public war für den Zweck der späteren Verbandsgeldbuße selbstredend nicht von zentraler Bedeutung. Zu den Impulsgebern des § 26 OWiG⁶⁸ wird das Urteil hier aus einem ganz anderen Grund gezählt: Innerhalb seiner Argumentation stellt der BGH fest, dass – auch jenseits der Mehrerlösabschöpfung im Wirtschaftsstrafgesetz¹⁴ – ein Bedürfnis bestehe, „einer juristischen Person mindestens den Gewinn zu entziehen, der ihr durch eine strafbare Handlung“ ihrer Organwalter zugeflossen sei.¹⁵

Mit den vorhandenen Einziehungsinstrumenten jedoch sei „die juristische Person nicht zu treffen“.¹⁶ Oft könnten „Vermögenswerte nicht eingezogen werden, weil sie nicht mehr vorhanden“ seien. Die dann allein mögliche Ersatzeinziehung nach § 20 OWiG₅₂ könne sich – anders als bei § 19 OWiG₅₂ – nur gegen Täter oder Teilnehmer richten,¹⁷ nicht aber gegen Dritte und deshalb auch nicht gegen die juristische Person, die „nicht selbst im strafrechtlichen Sinne Täter oder Teilnehmer“ sei. Das unbefriedigte Bedürfnis, der juristischen Person die Gewinne entziehen zu können, sei nach Ansicht des BGH der Grund, weshalb auch in Deutschland – so etwa auf dem Vierzigsten Deutschen Juristentag – „besondere, dem Wesen der Verbände anzupassende strafrechtliche Maßregeln oder Sicherungsmaßregeln zum Teil befürwortet“ würden.

Die im „Besetzungsrecht vorgesehene Geldstrafe“ sei insoweit „ein geeignetes Mittel, der juristischen Person die Vorteile der Tat wieder abzunehmen.“¹⁸ Damit hat der BGH nicht gesagt, dass eine entsprechende Maßnahme auch im deutschen Recht als Geldstrafe ausgestaltet werden könnte.¹⁹ Die

14 Siehe die §§ 49 ff. des Gesetzes zur Vereinfachung des Wirtschaftsstrafrechts v. 26. 7. 1949, WiGBI.²⁷ S. 193 (197).

15 BGH, Urt. v. 27. 10. 1953 – 5 StR 723/52 – BGHSt 5, 28 ff. (33).

16 Die wörtlichen Zitate dieses Absatzes sind BGH, Urt. v. 27. 10. 1953 – 5 StR 723/52 – BGHSt 5, 28 ff. (33) entnommen.

17 § 19 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten v. 25. 3. 1952 (OWiG₅₂), BGBl. I,¹³ S. 177 (179) lautet: „Ist der Täter nicht Eigentümer, so unterbleibt die Einziehung, es sei denn, daß der Eigentümer die Zu widerhandlung kannte oder kennen mußte oder von ihr einen Vorteil gehabt hat, dessen Zusammenhang mit der Zu widerhandlung ihm erkennbar war.“ — § 20: „Ist die Einziehung gem. § 18 Abs. 1 oder 2 nicht ausführbar, so kann auf Einziehung eines dem Wert der Gegenstände entsprechenden Geldbetrages (Ersatzeinziehung) erkannt werden.“

18 BGH, Urt. v. 27. 10. 1953 – 5 StR 723/52 – BGHSt 5, 28 ff. (33).

19 Zutr. *Jescheck*, in: NdSchr. GrStrKomm, Bd. I,¹² S. 297 f.

Argumentation legt aber nahe, dass er den Zweck der *de lege ferenda* befürworteten Sondermaßnahmen wie auch der besetzungsrechtlichen Geldstrafe darin sieht, das erkannte Bedürfnis zu befriedigen und „der juristischen Person mindestens den Nutzen aus der Tat wieder zu entziehen“.²⁰

3. Konsequenzen für die Verbandsgeldbuße

Der BGH hat in seinem „Stahlhändler-Urteil“ ganz offen ausgesprochen, was auf dem Vierzigsten Deutschen Juristentag nur zwischen den Zeilen herausgelesen werden konnte: Offen sprach er von dem Bedürfnis, der juristischen Person den Gewinn rechtswidriger Taten zu entziehen. Anders als der Vierzigste Deutsche Juristentag machte er jedoch deutlich, dass die Verbände mit den – im weiteren Sinne polizeirechtlichen – Instrumenten der damaligen Rechtsordnung nicht zu treffen sei. Schließlich hat er die fehlende Sondermaßnahme erstmals in die Nähe der Einziehung gerückt. Wie sogleich²¹ zu zeigen sein wird, ist der Einziehung der – zu einem allgemeinen Instrument ausgebauten – Verfall²² zur Seite gestellt worden, aus dem schließlich auch § 26 OWiG₆₈ hervorgegangen ist.

III. Große Strafrechtskommission

Unter den Impulsgebern des § 26 OWiG₆₈ bildete die Große Strafrechtskommission den außer-parlamentarischen Schlussstein. Sie bestand aus 24 Mitgliedern, unter ihnen u. a. Professoren, Richter und Bundestagsabgeordnete. Vom damaligen Bundesjustizminister *Neumayer* im Jahr 1954 ins Leben gerufen, beriet die Kommission in den Jahren 1954 bis 1959 in 21 Arbeitstagungen mit insgesamt 143 Sitzungen. Resultat waren mehrere

20 BGH, Urt. v. 27. 10. 1953 – 5 StR 723/52 – BGHSt 5, 28 ff. (34), der mit dieser Zwecksetzung begründet, dass die besetzungsrechtliche Geldstrafe nicht als Subsidiärhaftung des Verbandes auszulegen sei.

21 Zur Umstellung auf das Tagessatzsystem, die die Einführung eines eigenständigen Instruments der Gewinnabschöpfung notwendig machte, III. 2. (S. 300).

22 Die ursprüngliche Unterscheidung zwischen dem „Verfall“ der durch die Tat erlangten Vermögenswerte u. der „Einziehung“ tatverstrickter Gegenstände ist durch das Verm-Absch-RefG, BGBI. I 2017²² S. 872 ff. aufgegeben worden. Weil in den im Folgenden zu untersuchenden Quellen jedoch stets von dem „Verfall“ die Rede ist, wird dieser zwischenzeitlich obsolete Begriff auch hier weiterverwandt.

Gesetzentwürfe, deren prominentester Vertreter der Entwurf eines Strafgesetzbuches (E 1962) war.¹

Mit den Sondermaßnahmen gegen Verbände befasste sich die Große Strafrechtskommission während der ersten Lesung des Allgemeinen Teils in zwei Anläufen.² Nach zähem Ringen wurde als Leitsatz beschlossen, es solle „im Allgemeinen Teil eine Bestimmung aufgenommen werden, wonach bei bestimmten Delikten des Besonderen Teils eine *Geldsanktion* gegen juristische Personen zulässig“ sei.³ Dabei solle zum Ausdruck kommen, dass die Geldsanktion den Zweck verfolge, „der juristischen Person Gewinne und sonstige Vorteile abzunehmen, die ihr durch eine Verbandstat zugeflossen“ seien und „die ihr nicht durch die [zeitgleich geschaffenen] Verfallsvorschriften entzogen werden“ könnten.⁴ Darüber hinaus solle diese „*Geldbuße* [...] gegebenenfalls auch einen Schaden ausgleichen, der der Allgemeinheit durch die Verbandstat erwachsen“ sei.⁵

Der Vertreter des Justizministeriums schlug vor, diesen Leitsatz lediglich als Fußnote aufzunehmen, weil erst „gewisse grundsätzliche Bedenken“ überwunden und „vor allem die Ressortstandpunkte“ abgeklärt werden müssten.⁶ Und tatsächlich fand der Leitsatz auf diese Weise den Weg in den Entwurf 1959.⁷ In der zweiten Lesung ist der Gedanke jedoch – wohl aufgrund

1 Zu Entstehung, Zusammensetzung u. Arbeitsweise der Großen Strafrechtskommission siehe *Bucher*, in: BT-PlenProt. 70/IV, S. 3183 (B ff.) sowie die Begründung zum Entwurf eines Strafgesetzbuches – E₆₂, BT-Drs. IV/650, S. 95 (li. Sp. f.). Dazu u. zum Schicksal des E₆₂ auch *Joecks/Erb*, in: MünchKomm-StGB⁴ Einl. Rn. 88 ff. Für einen lesenswerten Erfahrungsbericht aus erster Hand siehe *Jescheck*, in: *Selbstdarstellungen* (2010), S. 167 (182 ff.).

2 Zunächst i. R. d. Grundsatzdebatte, 12. u. 13. Sitzung (Nov. 1954), NdSchr. GrStrKomm, Bd. I;² S. 273 (295 ff.) u. Bd. I;³ S. 309 (317 ff.). Sodann unter dem Stichwort „Behandlung der juristischen Person“ in der 50. Sitzung (Dez. 1956), NdSchr. GrStrKomm, Bd. IV;⁵⁰ S. 305 (321 ff.) mit diskussionsloser Abstimmung in der 52. Sitzung, Bd. IV;⁵² S. 375 (401 f.).

3 Siehe NdSchr. GrStrKomm, Bd. IV, S. 574, zu C. Herv. nur hier. Der Leitsatz wurde bei drei Enthaltungen gegen den alleinigen Widerstand *Jeschecks* mit elf Stimmen angenommen, siehe Bd. IV;⁵² S. 402.

4 NdSchr. GrStrKomm, Bd. IV, S. 574, zu C.

5 NdSchr. GrStrKomm, Bd. IV, S. 574, zu C. Herv. nur hier. *Jescheck* bejahte die Frage *Eb. Schmidts*, in: NdSchr. GrStrKomm, Bd. IV;⁵² S. 401 (re. Sp.), ob *Geldbuße* u. *Geldsanktion* wohl das gleiche seien.

6 So *Schafheutle*, in: NdSchr. GrStrKomm, Bd. IV;⁵² S. 402 (re. Sp.).

7 Der „Entwurf eines Strafgesetzbuchs nach den Beschlüssen der Großen Strafrechtskommission in erster Lesung zusammengestellt und überarbeitet vom Bundesjustiz-

einer bewussten Entscheidung der Kommission⁸ – nicht mehr aufgegriffen worden.⁹ Gleichwohl hat er die weitere Entwicklung der Verbandsgeldbuße ganz maßgebend beeinflusst.

1. Unveränderte Ausgangslage

Dabei hatte sich an der dogmatischen Ausgangslage nichts geändert. Die Diskussion verlief zu Beginn denn auch ganz ähnlich wie auf dem Vierzigsten Deutschen Juristentag.¹⁰ Kriminalstrafen gegen juristische Personen wurden beinahe durchweg abgelehnt.¹¹ Dagegen wurden teils sichernde Maßnahmen und teils die Maßnahmen des Ordnungswidrigkeitenrechts befürwortet. Vor diesem Hintergrund mag es verwundern, dass die Kommission sich zum Ende der ersten Lesung mit beinahe überraschender Mehrheit zu einer Geldsanktion gegen juristische Personen durchringen konnte.¹²

2. Das Tagessatzsystem als Wegbereiter

Der neue Impuls kam aus etwas unerwarteter Richtung: Die Kommission hatte noch während der Grundsatzdebatte beschlossen, die damalige und über-

ministerium (E 1959)“ ist als Anhang B abgedruckt in: NdSchr. GrStrKomm, Bd. XII, S. 549 ff. Der Leitsatz findet sich dort als Fn. 40 zu § 125 (Bd. XII, S. 590 re.).

8 *Schafheutle*, in: Prot. SondA-StrafR IV²³ S. 406 (li. Sp.) berichtet, die „Große Strafrechtskommission habe [...] später davon abgesehen, auf den Beschuß der ersten Lesung zurückzukommen.“ *Rotberg*, in: FS 100 Jahre DJT (1960), S. 193 (194) spricht dagegen von einer „Weigerung [des Bundesjustizministeriums], den Kommissionsbeschlüssen zu folgen“.

9 Siehe die „Übersicht über das Material zu den einzelnen Themen“ in: NdSchr. GrStrKomm, Bd. XII, S. 5 ff., in der die „Behandlung der juristischen Person“ nicht mehr auftaucht.

10 So auch *Lange*, in: NdSchr. GrStrKomm, Bd. I¹³ S. 319 (re. Sp.).

11 Einzig *Bauerle*, in: NdSchr. GrStrKomm, Bd. IV⁵⁰ S. 325 (li. Sp.) sagte ausdr., dass es „auf dem Gebiet des Steuerstrafrechts eine echte „Strafe“ brauche. Damit meinte er aber wohl lediglich eine reaktiv-retrospektive „Maßnahme zur Abschöpfung des mittelbaren Gewinns“, deren „Bezeichnung [ihm] verhältnismäßig gleichgültig“ sei. (Bd. IV⁵² S. 328 li.). Er sei sich jedoch auch im Klaren, dass man diese Sanktion „nicht Strafe nennen“ könne (Bd. IV⁵⁰ S. 327 li.).

12 Der entsprechende Leitsatz wurde bei drei Enthaltungen mit elf Stimmen gegen den alleinigen Widerstand *Jeschecks* angenommen, siehe NdSchr. GrStrKomm, Bd. IV⁵² S. 402.

wiegend als unsozial empfundene Geldsummenstrafe¹³ durch das noch heute geltende Tagessatzsystem zu ersetzen.¹⁴ Die Geldstrafe sollte nicht mehr unter gleichzeitiger Berücksichtigung von Tatschuld und wirtschaftlichen Verhältnissen, sondern nach Tagessätzen verhängt werden, deren Zahl sich nach der Schuld und deren Höhe sich nach den persönlichen Verhältnissen des Täters bemisst.¹⁵

Diese Umstellung zog eine ganz wesentliche Konsequenz nach sich: Auch im Tagessatzsystem ist es nicht sinnvoll, den Täter zu bestrafen, „zugleich aber ihm den durch die Tat unrechtmäßig zugeflossenen Gewinn zu belassen.“¹⁶ Die Rechtsordnung enthielt sonst „geradezu einen Anreiz“ für den Täter, „weitere Straftaten zu begehen, die ihm einen Gewinn einbringen.“¹⁷ Anders als die Geldsummenstrafe¹⁸ muss jedoch „die [Tagessatz-]Strafe durch Wegnahme des Gewinns aus der Tat“ ergänzt werden.¹⁹ Denn mit ihr kann der Gewinn nicht abgeschöpft werden.²⁰ Die Anzahl der Tagessätze wird allein durch die Schuld des Täters bestimmt. Für die Schuld des Täters kann allenfalls sein *Gewinnstreben*, nicht aber der tatsächlich erzielte Gewinn maßgebend sein.²¹ Der erzielte Gewinn lässt sich mit einer nach der Schuld bemessenen Strafe nicht abbilden; seine Abschöpfung hat daher „mit dem Grundgedanken der [Tagessatz-]Geldstrafe nichts zu tun“.²² Sie musste in eine neue, von der Geldstrafe getrennte Sondermaßnahme ausgelagert werden,²³ eine Art „öffentlich-rechtlichen Bereicherungsanspruch“.²⁴

13 Zu den Hauptmängeln dieses Systems siehe die Zusammenstellung von *Fränkel*, in: NdSchr. GrStrKomm, Bd. I, S. 375 (li. Sp.).

14 Siehe dazu das Protokoll der 7. u. 8. Sitzung (Okt. 1954), NdSchr. GrStrKomm, Bd. I⁷, S. 147 (155 ff.) u. Bd. I⁸, S. 171 ff.. Zur Abstimmung siehe Bd. I⁹, S. 211 ff.

15 Ausf. zum Tagessatzsystem nur *Meier*, Sanktionen⁵ 3.4 (S. 64 ff.) u. v. *Selle*, S. 24 ff. jew. m. w. N.

16 BT-Drs. IV/650, S. 241 (re. Sp.).

17 So – sehr viel später – *Göhler*, in: Prot. SondA-StrafR V²⁸ S. 542 (li. Sp.).

18 Siehe § 27c Abs. 2 StGB i. d. F. des Art. I der VermStrafen-VO, RGBI. I 1924⁷, S. 44 (44): „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.“

19 BT-Drs. IV/650, S. 241 (li. Sp.).

20 So statt vieler anderer *Koffka*, in: NdSchr. GrStrKomm, Bd. III³⁴ S. 216 (li. Sp.).

21 BT-Drs. IV/650, S. 241 (li. Sp.).

22 *Gallas*, in: NdSchr. GrStrKomm, Bd. I⁸ S. 179 (re. Sp.).

23 Siehe nur *Eb. Schmidt*, in: NdSchr. GrStrKomm, Bd. I⁸ S. 176 (li. Sp.).

24 So *Koffka*, in: NdSchr. GrStrKomm, Bd. III³⁷ S. 281 (li. Sp.).

Das führte letztlich zum Instrument des strafrechtlichen Verfalls.²⁵ Mit dessen Ausgestaltung zu einer allgemeinen Maßnahme²⁶ musste „Neuland betreten“ und „ein Sprung ins Ungewisse“ gewagt werden.²⁷ Entsprechend vorsichtig ist das Institut ausgestaltet worden.²⁸ Diene der – immerhin für strafähnlich gehaltene²⁹ – Verfall vorwiegend dazu, „die Strafe durch Wegnahme des Gewinns aus der Tat in sinnvoller Weise zu ergänzen“, so könne er „sich grundsätzlich nur gegen den Täter und Teilnehmer“ richten,³⁰ nicht aber gegen einen schuldlosen Dritten, bei dem auch Strafe nicht möglich sei.³¹ Stattdessen wollte man sich mit einer Wertersatzklausel beim Täter begnügen.³²

25 Die ursprüngliche Unterscheidung zwischen dem „Verfall“ der durch die Tat erlangten Vermögenswerte u. der „Einziehung“ tatverstrickter Gegenstände ist durch das Verm-Absch-RefG, BGBI. I 2017²² S. 872 ff. aufgegeben worden. Zu den Beweggründen siehe die Erläuterungen im RegE, BT-Drs. 18/9525, S. 1 ff.

26 Zuvor war die Abschöpfung des Gewinns u. der Verfall des Entgelts nur in besonderen Fällen u. bei einer geringen Zahl von Tatbeständen bekannt. Siehe insoweit die Zusammenstellung in der Begründung zum E₆₂, BT-Drs. IV/650, S. 240 (li. Sp.).

27 Siehe zu den zahlr. Schwierigkeiten bei der Schaffung des neuen Instituts, das Protokoll der 34. Sitzung (Okt. 1955), NdSchr. GrStrKomm, Bd. III³⁴ S. 201 ff. Die wörtlichen Zitate stammen von *Goßrau* (Bd. III³⁴ S. 205 li.) u. *Schäfer* (Bd. III³⁴ S. 209 li.).

28 Siehe die (vorläufigen) Beschlüsse der Kommission zu Verfall u. Einziehung in: NdSchr. GrStrKomm, Bd. III, S. 414 ff.

29 Siehe die Diskussion zur Rechtsnatur des Verfalls in: NdSchr. GrStrKomm, Bd. III³⁷ S. 280 ff. Geleitet von der Erkenntnis, dass „eine ausschließliche Ausgestaltung [von Verfall und Einziehung] als Nebenstrafe oder als Maßregel der Besserung und Sicherung praktisch nicht durchführbar“ wäre, wurde im späteren E₆₂ „als zusammenfassende Bezeichnung sowohl für die Maßregeln der Besserung und Sicherung als auch für Verfall, Einziehung und Unbrauchbarmachung“ denn auch der „Begriff der Maßnahme“ verwandt, siehe BT-Drs. IV/650, S. 162 (re. Sp.).

30 So BT-Drs. IV/650, S. 241 (li. Sp.).

31 Zur Ausnahme des Drittverfalls bei juristischen Personen siehe die Diskussion in: NdSchr. GrStrKomm, Bd. III³⁷ S. 282 f., sowie den (vorläufig) beschlossenen § a Abs. 3 im Umdruck K 30 (Bd. III, S. 414), dessen Inhalt u. Wortfassung jedoch erst später (Bd. IV, S. 574 zu A.) abschließend gebilligt wurde. Nach weiterer Umgestaltung ist die Regelung als § 109 Abs. 3 – BT-Drs. IV/650, S. 29 – in den E₆₂ gelangt.

32 Siehe dazu *Goßrau*, in: NdSchr. GrStrKomm, Bd. III³⁴ S. 205 (li. Sp. f.) u. Bd. III³⁷ S. 278 (li. Sp.), der auf eine fehlende Rechtfertigung für eine solche Maßnahme u. das Problem hinweist, die rechtsgeschäftlichen Beziehungen zwischen Täter u. Drittem berücksichtigen zu müssen. Eine Wertersatzklausel war in § 109 Abs. 4 E₆₂ – BT-Drs. IV/650, S. 29 (re. Sp.) – vorgesehen.

Vor allem aber sollte der Verfall ausschließlich den unmittelbaren Gewinn³³ erfassen.³⁴ Einer Ausweitung der Maßnahme auch auf den mittelbaren Gewinn stünden vor allem die praktischen Schwierigkeiten entgegen, „die bei der Feststellung und der Berechnung des sonstigen mittelbaren Gewinns entstehen“ müssten.³⁵ Er beruhe auf dem komplizierten Zusammenspiel unzähliger Faktoren,³⁶ von denen die Straftat nur eine sei.³⁷

Anm. 9.8: Weshalb genau die fehlende Berechenbarkeit des mittelbaren Gewinns einer Abschöpfung gerade der rechtswidrigen Verbandsgewinne unüberwindlich entgegenstehen sollte, ist während der gesamten Vorarbeiten kaum einmal deutlich ausgesprochen worden. Weil dem für diesen Überblick (noch) nicht nachgegangen werden muss, soll die Frage erst an späterer Stelle³⁸ (ein wenig) vertieft werden.

3. Verbandssanktion à la *Koffka*

Es war danach die Umstellung auf das Tagessatzsystem, die zu einer Trennung von Strafe und Gewinnabschöpfung führte. Mit dieser Erkenntnis der Notwendigkeit einer eigenständigen Maßnahme der Gewinnabschöpfung war auch der Boden für die Behandlung der juristischen Person bereitet. Zum Abschluss der Ersten Lesung sprach sich die Mehrheit für eine Geldsanktion gegen juristische Personen aus, die sie mit einem doppelten Zweck versah: Sie sollte „mittelbare Gewinne,³⁹ die der juristischen Person durch die Verbandstat zugeflossen“ sind, abschöpfen und „einen Schaden [ausgleichen], der der Allgemeinheit durch die Verbandstat möglicherweise entstanden

33 Zu der wichtigen Unterscheidung von unmittelbarem u. mittelbarem Gewinn bereits oben die Anm. 9.5 unter I. 4. (S. 291).

34 *Goßrau*, in: NdSchr. GrStrKomm, Bd. III³⁷ S. 278 (li. Sp.).

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

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

37 So etwa *Welzel*, in: NdSchr. GrStrKomm, Bd. III³⁷ S. 281 (re. Sp.).

38 Siehe unten § 10 C. IV. (S. 359).

39 Die Abschöpfung des unmittelbaren Gewinns sollte durch den auch auf die juristische Person anwendbaren Verfall erfolgen. Dazu sogleich.

ist.“⁴⁰ Damit ist – nach langem Widerstand⁴¹ – die Idee umgesetzt worden, die von Beginn an den Vorschlägen *Koffkas* zugrunde gelegen hatte.⁴²

Sie hatte schon während der Grundsatzdebatte das zentrale Anliegen der Verbandssanktion in Gewinnabschöpfung und Schadenswiedergutmachung gesehen.⁴³ Ähnlich wie zuvor der BGH sah sie die juristische Person hinsichtlich beider Aspekte dem Zugriff der damals geltenden Rechtsordnung – jedenfalls teilweise – entzogen. Die strafrechtliche Gewinnabschöpfung könne den Verband nicht treffen, weil sie nach § 27c StGB a. F.⁴⁴ noch mit der Geldstrafe verknüpft war, die gegenüber juristischen Personen nicht verhängt werden konnte. Darüber hinaus würden die Gewinnabschöpfung und vor allem die Schadenswiedergutmachung bei den meisten Delikten außerhalb des Strafrechts erledigt, indem der Verletzte zivilrechtlich seinen Schaden geltend mache. Gerade bei den Wirtschaftsdelikten – und damit dem Kernbereich der Verbandskriminalität – fehle aber oft ein Ersatzberechtigter, der dem Verband „den Gewinn wegnehmen oder ihn schadensersatzpflichtig machen“ könne.⁴⁵ Diese Lücke lasse sich nicht dadurch schließen, dass die Individual-Geldstrafe so hoch bemessen werde, dass sie den erheblichen Gewinn wegnehme und den erheblichen Schaden kompensiere. Eine solche Strafe könne dem Einzeltäter schon deshalb nicht auferlegt werden, „weil er so viel Geld einfach nicht“ habe.⁴⁶

40 So fasst *Jescheck*, in: NdSchr. GrStrKomm, Bd. IV⁵² S. 401 (re. Sp.) das Beratungsergebnis der mit der Frage befassten Unterkommission zusammen.

41 Der Widerstand betraf vor allem die Konstruktion als Geldbuße. Er konnte sich letztlich nicht durchsetzen, hat die weitere Entwicklung auch nicht mehr beeinflusst u. soll deshalb hier ausgeblendet bleiben.

42 So ausdr. *Jescheck*, in: NdSchr. GrStrKomm, Bd. IV⁵² S. 401 (re. Sp.). Siehe zu diesen Vorschlägen nur das umfangreiche Referat von *Koffka*, in: NdSchr. GrStrKomm, Bd. IV, S. 564 ff., vor allem S. 567 ff.

43 Dieser Absatz fasst den Gedankengang *Koffkas*, in: NdSchr. GrStrKomm, Bd. I¹² S. 301 (li. Sp. f.) zusammen. Auch die wörtlichen Zitate sind dort entnommen.

44 Siehe § 27c Abs. 2 StGB i. d. F. des Art. I der VermStrafen-VO, RGBI. I 1924⁷ S. 44 (44): „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.“

45 Ähnlich auch *Dreher*, in: Prot. RechtsA V⁴¹ S. 33. *Engisch*, Referat 40. DJT (1953), E 34 hatte verlangt, dass der Gewinn der juristischen Person auf „zivilrechtlichem oder polizeirechtlichem Wege“ entzogen werde, dazu oben I. 3. (S. 288). Der BGH u. *Koffka* haben nachgewiesen, dass dies in der damals geltenden Rechtsordnung weder zivilrechtlich noch polizeirechtlich möglich gewesen sei, u. damit – letztlich auch für *Engisch* – das Bedürfnis nach Verbandsmaßnahmen herausgestellt.

Als Lösung machte sich *Koffka* für einen öffentlich-rechtlichen Schadenersatz- und Gewinnabführungsanspruch stark,⁴⁷ den sie – zunächst mehr oder weniger untechnisch⁴⁸ – als Geldbuße bezeichnete.⁴⁹ Er sollte eben jene Lücke schließen, die dadurch verbleibe, dass die außerhalb des Strafrechts erfolgende Gewinnabschöpfung und Schadenskompensation mangels eines Berechtigten nicht erfolgen könne. Dabei sei es ein besonderes Bedürfnis, gerade auch den mittelbaren Gewinn zu erfassen.⁵⁰ Dieser könne bei der natürlichen Person im Falle der Verurteilung „wenigstens einigermaßen durch die viel fühlbareren Strafmöglichkeiten“ berücksichtigt werden.⁵¹ Das solle auch bei der juristischen Person möglich sein. Es müsse „eine Abschöpfung des unmittelbaren und mittelbaren Gewinns unter dem Gedanken eines erheblichen Schadensersatzes“ vorgesehen werden.⁵²

4. Lösung der Großen Strafrechtskommission

Die Lösung der Großen Strafrechtskommission sah schließlich die Kombination zweier Instrumente vor. Sie unterschied zwischen dem unmittelbaren und dem mittelbaren Gewinn der juristischen Person, der jeweils mit einem eigenen Instrument sollte abgeschöpft werden können.

Gerade im Hinblick auf das Handeln der Organwalter für den Verband wollte die Kommission die Instrumente des Verfalls und der Einziehung so ausgestalten, dass sie sich auch gegen die juristische Person als schuldlosen

46 Ganz in diesem Sinne hatte sich zuvor auch *Busch*, S. 108 geäußert: „Geldstrafen, die der Tat angepaßt wären, sind mangels eines entsprechenden Vermögens nicht vollstreckbar.“

47 So erstmals *Koffka*, in: NdSchr. GrStrKomm, Bd. I,¹² S. 301 (re. Sp.).

48 Siehe ausdr. *Koffka*, in: NdSchr. GrStrKomm, Bd. I,¹² S. 303 (li. Sp.): „eine Geldbuße – [...] wie ich es nennen möchte –, also diesen öffentlich-rechtlichen Gewinnabschöpfungs- und Schadensersatzanspruch [...].“ Siehe auch Bd. I,¹³ S. 321 (li. Sp.): „[...] eine Maßnahme, wie auch immer man sie nennen will [...].“ Herv. jew. nur hier.

49 Hier hätte viel Verwirrung vermieden werden können, wenn man das Instrument entsprechend der Warnung *Engischs*, in: Verh. d. 40. DJT (1953), E 80 f. auch begrifflich scharf von Strafen u. Bußen getrennt u. mit *Mezger*, in: NdSchr. GrStrKomm, Bd. I,¹³ S. 318 (li. Sp.) den Mut gehabt hätte, „zu sagen, daß es sich um einen Neubau handelt“.

50 Siehe insb. *Koffka*, in: NdSchr. GrStrKomm, Bd. I,¹³ S. 320 (li. Sp.), sowie deren Referat in: Bd. IV, S. 567 (li. Sp. ff.).

51 *Koffka*, in: NdSchr. GrStrKomm, Bd. I,¹³ S. 320 (li. Sp.) u. in: Bd. IV,⁵⁰ S. 323 (re. Sp.) unter Verweis auf die wirtschaftlichen Folgen einer Freiheitsstrafe.

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

Dritten richten konnten.⁵³ Damit würde der juristischen Person jedenfalls der unmittelbare Gewinn auch dann entzogen, wenn es keinen Ersatzberechtigten gäbe. Gleichzeitig beharrte ein Vertreter des Bundesjustizministeriums hinsichtlich der erwogenen Verbandssanktionen auf dem Vorschlag, „man möge sich mit Verfall und Einziehung begnügen.“⁵⁴ Vor allem solle der Verfall infolge einer „weise[n] Beschränkung“ auch bei der juristischen Person nur den unmittelbaren Gewinn abschöpfen.⁵⁵ Zu groß war „die Sorge um die Schwierigkeiten, die in der Praxis entstehen“ müssten, „wenn man den mittelbaren Gewinn rechnerisch erfassen“ wollte.⁵⁶ Außerdem fürchtete man, mit der Erfassung mehr als des unmittelbaren Gewinns, der Surrogate und des Wertersatzes die Grenze zu überschreiten, „die dem Strafrecht nun einmal gesetzt“ sei.⁵⁷

Nach dem eindrücklichen Praxisbericht *Bauerles*⁵⁸ als Vertreter des Bundesfinanzministeriums brach jedoch auch dieser Widerstand.⁵⁹ Zu deutlich hatte er das dringende Bedürfnis nach einer Abschöpfung des mittelbaren Gewinnes gerade im Steuerstrafrecht herausgestellt. Als Kompromiss ist erwogen worden, „die Verfallsbestimmungen so zu erweitern, daß bei den Verbänden auch der mittelbare Gewinn abgeschöpft werden“ könne.⁶⁰ Dieser Vorschlag ist jedoch mit überwältigender Mehrheit abgelehnt worden.⁶¹ Statt

53 So der Vorschlag des Bundesjustizministeriums im Umdruck J 36 in: NdSchr. GrStrKomm, Bd. IV, S. 569, der letztlich einstimmig gebilligt wurde (Bd. IV⁵² S. 401 li. u. Bd. IV, S. 574 zu A.).

54 *Goßrau*, in: NdSchr. GrStrKomm, Bd. IV⁵⁰ S. 322 (re. Sp.).

55 So *Goßrau*, in: NdSchr. GrStrKomm, Bd. IV⁵⁰ S. 322 (li. Sp.). Auch *Jescheck* (Bd. IV⁵² S. 401 li.) berichtet, die Unterkommission habe beim Dritt-Verfall gegenüber juristischen Personen „insbesondere darauf verzichtet, die Idee der Abschöpfung des mittelbaren Gewinns zu verwirklichen.“

56 *Goßrau*, in: NdSchr. GrStrKomm, Bd. IV⁵⁰ S. 322 (li. Sp.).

57 *Goßrau*, in: NdSchr. GrStrKomm, Bd. IV⁵⁰ S. 322 (li. Sp.).

58 NdSchr. GrStrKomm, Bd. IV⁵⁰ S. 324 ff.

59 Zuerst musste *Lange*, in: NdSchr. GrStrKomm, Bd. IV⁵⁰ S. 326 (li. Sp.) gestehen, dass ihm „die Vorschläge von Frau Dr. Koffka doch sehr einleuchten.“ *Bockelmann* (Bd. IV⁵⁰ S. 329 li.) musste einräumen, dass er sich „in einer Wandlung [s]einer eigenen Überzeugungen“ befände u. „in der Tat ein Bedürfnis nach Sanktionen gegen Verbände bestehen“ könne. *Simon* (Bd. IV⁵⁰ S. 333 li.) meinte, man solle „die Vorschläge von Frau Dr. Koffka doch eingehender prüfen, als es bisher geschehen“ sei.

60 So der Vorschlag *Koffkas*, in: NdSchr. GrStrKomm, Bd. IV⁵⁰ S. 330 (re. Sp. f.) für den Fall, dass man eine besondere Sanktion nicht vorsehen wolle.

61 NdSchr. GrStrKomm, Bd. IV⁵⁰ S. 333 (re. Sp.): 14 Stimmen dagegen, eine dafür, fünf Enthaltungen.

dessen sprach sich die Kommission für eine eigenständige Geldsanktion mit einer ganz spezifischen Zwecksetzung aus:⁶² Sie sollte Verfall und Einziehung ergänzen, indem sie den mittelbaren Gewinn der juristischen Person abschöpft und gegebenenfalls einen Schaden der Allgemeinheit ausgleicht.

5. Konsequenzen für die Verbandsgeldbuße

Wenn gleich die Lösung der Großen Strafrechtskommission nicht einmal Einzug in den E₆₂ gefunden hat,⁶³ kann ihr Verdienst an der späteren Verbandsgeldbuße kaum hoch genug bewertet werden. Aufbauend auf der Unterscheidung von unmittelbarem und mittelbarem Gewinn ist es ihr gelungen, das spezifische Bedürfnis, den exakten Zweck einer Verbandssanktion noch weit präziser herauszuarbeiten, als das zuvor der Deutsche Juristentag und der BGH geschafft hatten. Mit akribischer Sorgfalt wurden die verschiedenen Lücken des Individualstrafrechts – Handeln für einen anderen, isolierte Abschöpfung unmittelbarer Tatvorteile etc. – aufgedeckt und durch spezifische Mechanismen geschlossen. Verschiedene Faktoren zwangen dazu, diese Maßnahmen in einer Weise auszugestalten, dass eine einzige Lücke offen blieb: der mittelbare Gewinn der juristischen Person. Diese Lücke zu schließen, sollte die Aufgabe der Verbandssanktion sein. Die kriminalpolitische Notwendigkeit einer Verbandssanktion, die auch den mittelbaren Gewinn abschöpft, und die grundsätzliche Eignung einer in Geld bemessenen Verbandssanktion hierzu wurden bis zu der Schaffung des § 26 OWiG₆₈ kaum⁶⁴ mehr angezweifelt.

6. „Falsche Abzweigung“ – Teil 1

Geradezu tragisch ist es dagegen, dass die Kommission diese Verbandssanktion trotz aller Warnungen⁶⁵ auf der Zielgeraden noch mit dem Etikett der

62 NdSchr. GrStrKomm, Bd. IV, S. 574 zu C.

63 Zur Lösung des E₆₂ siehe IV. 1. (S. 310).

64 Allein der E₆₂ sperre sich noch gegen eine solche Geldsanktion. Statt dessen sollte der mittelbare Gewinn der juristischen Person nur in Form des objektivierten Zinsgewinnes im Wege des Verfalls abgeschöpft werden. Dazu sogleich, IV. (S. 310).

65 Engischs, in: Verh. d. 40. DJT (1953), E 80 f. hatte darauf bestanden, sein „besonderes Buß- oder Präventionsgeld“ auch begrifflich scharf von Strafen u. Bußen zu

„Geldbuße“ versehen hat.⁶⁶ Präzise hatten die Kommissionsmitglieder herausgearbeitet, dass die Abschöpfung eines tatsächlich erzielten Gewinns mit dem Institut des Strafens (i. w. S.) nichts zu tun hat.⁶⁷ Das allein war der Grund dafür, mit dem Verfall ein isoliertes Instrument der Gewinnabschöpfung einzuführen. Nur weil dieses Instrument infolge „weise[r] Beschränkung“⁶⁸ den mittelbaren Gewinn nicht zu erfassen vermochte und dadurch im Bereich der Verbandsdelikte eine schmerzliche Lücke ließ, konnte sich die Geldsanktion gegen Verbände durchsetzen. Eine Strafwirkung in dem Sinne, dass dem Verband (trans-restitutiv) mehr entzogen wird, als er aus der Tat seines Organwalters erlangt hatte, sollte das Instrument zu keinem Zeitpunkt haben. Diesen mehr oder weniger vorbildlosen Neubau nun wieder als *Geldbuße* zu bezeichnen und damit jedenfalls in die Nähe der Strafähnlichkeit zu rücken, musste zwangsläufig dazu führen, dass alle Bedenken gegen eine Verbandsstrafe auch gegenüber einer Verbands*geldbuße* erhoben würden.

Der Einwand, dass im damaligen „Kartellgesetzentwurf Geldbußen bis zu einer Million DM möglich sein“ sollten,⁶⁹ ist insoweit eine sehr schwache Entschuldigung.⁷⁰ Zwar ist es völlig richtig, dass auch eine solche Sanktion „über das, was sich Goldschmidt unter einer Geldbuße vorgestellt hat, weit hinaus“ geht und „mit einer solchen nichts mehr zu tun“ hat.⁷¹ So wie das „Rechtsgebiet der Ordnungswidrigkeiten“ aufgehört hatte, „eine einheitliche Materie zu sein“,⁷² hatte auch die Geldbuße aufgehört, ein einheitliches Instrument zu sein. Das alleine rechtfertigt es jedoch nicht, dem Sammelbe-

unterscheiden. *Mezger*, in: NdSchr. GrStrKomm, Bd. I,¹³ S. 318 (li. Sp.) verlangte, dass man den Mut haben müsse, „zu sagen, daß es sich um einen Neubau handelt“.

66 Völlig zu Recht hatte *Eb. Schmidt*, in: NdSchr. GrStrKomm, Bd. IV,⁵² S. 401 (re. Sp.) die Frage gestellt, ob denn „*Geldbuße* und *Geldsanktion* [...] wohl das gleiche“ sei.

67 So etwa *Gallas*, in: NdSchr. GrStrKomm, Bd. I,⁸ S. 179 (re. Sp.).

68 *Gößbrau*, in: NdSchr. GrStrKomm, Bd. IV,⁵⁰ S. 322 (li. Sp.).

69 So die Erklärung, die *Jescheck*, in: NdSchr. GrStrKomm, Bd. IV,⁵² S. 401 (re. Sp. f.) für die Bezeichnung der neuen Sanktion als *Geldbuße* angibt.

70 Bezeichnenderweise war es gerade *Jescheck*, der sich energisch, aber fruchtlos gegen eine *Verbands*geldbuße** zur Wehr setzte. Mit Recht sagte er in: NdSchr. GrStrKomm, Bd. IV,⁵⁰ S. 324 (re. Sp.), dass „das Wesen der *Geldbuße* verfälscht“ werde, wenn sie nicht mehr „ein Mittel zur Ahndung eines verwaltungswidrigen Verhaltens“ sei, sondern der Abschöpfung des mittelbaren Gewinns diene. Er könne bei einer solchen Maßnahme „nur eine Verschiebung der Etikettierung“ sehen, bei der „man schon so ehrlich sein und von Strafe reden“ solle. Ganz in diesem Sinne auch *Eb. Schmidt*, Bd. IV,⁵⁰ S. 326 (li. Sp.), der solche Geldbußen „im Grunde doch nur für verschleierte Geldstrafen“ hielt.

71 *Jescheck*, in: NdSchr. GrStrKomm, Bd. IV,⁵² S. 401 (re. Sp. f.).

griff der Geldbuße⁷³ – als „Rumpelkammer des Strafrechts“ – ein weiteres Instrument der Gewinnabschöpfung hinzuzufügen, das mit der „Ahndung eines verwaltungswidrigen Verhaltens“⁷⁴ nichts zu tun hat.⁷⁵

Im Gegenteil: Die Erkenntnis, dass Gewinnabschöpfung und Strafe von einander zu trennen sind, hätte zum Anlass genommen werden können und sollen, auch die Pseudo-Geldbuße⁷⁶ des Kartellgesetzentwurfes zu überdenken. Statt sich „bei der Schaffung eines neuen Strafgesetzbuchs“ an das anzuhängen, was der Gesetzgeber zuvor aus Mangel an Alternativen „in den Nebengesetzen habe sündigen müssen“,⁷⁷ hätte man den Mut haben sollen, „zu sagen, daß es sich um einen Neubau handelt“.⁷⁸

72 So *Lang-Hinrichsen*, in: FS Mayer (1966), S. 49 (59), der kurz danach (S. 62) davon spricht, dass die „die Ordnungswidrigkeiten [...] im Laufe der Zeit ein Sammelbecken für heterogene Verhaltensweisen geworden“ seien, „die nicht kriminalrechtlich geahndet werden sollen.“ Wohl in Anlehnung hieran bezeichnet auch *Achenbach*, GA 2008¹, S. 1 (9) das „heutige Ordnungswidrigkeitenrecht als Sammelbecken heterogener Phänomene“.

73 Siehe auch insoweit die nicht zu übertreffenden Ausführungen bei *Lang-Hinrichsen*, in: FS Mayer (1966), S. 49 (62): „Gleichviel, ob es sich um eigentliches Verwaltungsrecht oder um sozialethisch unwertbehaftetes oder sogar strafwürdiges Unrecht [...] handelt, gleichviel ob die Geldbuße gegen Einzelpersonen oder Verbände gerichtet ist, gleichviel, ob sie vorwiegend präventiven oder repressiven Zwecken dienen soll [...] oder ob sie in erster Linie als Mittel für die Gewinnabschöpfung gedacht ist, [...] alles wird unterschiedslos unter den Begriff der Ordnungswidrigkeiten und der Geldbuße gebracht. [...] Die Geldbuße ist allmählich wie die Feuerwehr das ‚Mädchen für alles‘ geworden. Sie ist das ‚Sesam öffne dich‘ für den modernen Kriminalisten. Spielend löst sie jedes Sanktionsproblem, über das frühere Generationen sich vergeblich den Kopf zerbrochen haben.“

74 Siehe abermals *Jescheck*, in: NdSchr. GrStrKomm, Bd. IV⁵⁰ S. 324 (re. Sp.).

75 Treffend auch *Busse*, in: BT-PlenProt. 161/V, S. 8492 (A): „Es bedarf wirklich einiger Dialektik: Wenn ich eine Geldbuße gegen eine juristische Person festsetze, dann bestrafe ich sie nicht; setze ich eine Geldbuße gegen eine natürliche Person fest, dann bestrafe ich sie. Diesen Unterschied vermag ich beim besten Willen nicht einzusehen.“

76 *Lange*, in: NdSchr. GrStrKomm, Bd. IV⁵⁰ S. 326 (re. Sp.) hatte etwa eingeräumt, dass eine den mittelbaren Gewinn abschöpfende Geldbuße natürlich „eine Veränderung des Sinngehalts der Ordnungsbüße“ im klassischen Sinn bedeute, dass aber die Ordnungsbüße „sowieso schon ihren Sinn nach dieser Richtung hin“ verändert habe. Auch *Koffka* meinte in ihrem Referat R 92 in: NdSchr. GrStrKomm, Bd. IV, S. 568 (re. Sp.), dass die im Kartellrecht vorgesehenen Geldbußen in ihrer Höhe überhaupt nur erklärlich seien, wenn sie in Wahrheit auch die beiden Zwecke der Gewinnabführung u. des Schadenersatzes miterfüllten.

77 *M. Winter*, in: Prot. SondA-StrafR IV²³ S. 407 (li. Sp.).

78 *Mezger*, in: NdSchr. GrStrKomm, Bd. I¹³ S. 318 (li. Sp.).

IV. E₆₂ und der Sonderausschuss „Strafrecht“

Die Beratungen der Großen Strafrechtskommission mündeten in verschiedene Teilentwürfe,¹ aus denen zuletzt der „Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1962“ hervorging.² Dieser wurde in der 70. Sitzung des Vierten Deutschen Bundestages am 28. März 1963 eingebracht und nach erster Lesung zur Beratung an den Rechtsausschuss überwiesen.³ Der von diesem eingesetzte „Unterausschuß „Strafrecht“⁴ wurde später in einen eigenständigen und nur mit der „Beratung des Entwurfs eines Strafgesetzbuchs und der damit zusammenhängenden Fragen des Strafrechts“ betrauten Sonderausschuss umgewandelt:⁵ den „Sonderausschuss „Strafrecht““.

1. Keine Verbandsgeldbuße im E₆₂

Entgegen der Anregung der Großen Strafrechtskommission⁶ war eine eigenständige Geldsanktion oder -buße gegen Verbände im E₆₂ nicht vorgesehen.⁷ Der Entwurf sah statt dessen vor, den Verfall – nur des unmittelbaren Gewinns – auch gegenüber der juristischen Person anzuordnen⁸ und ihn um eine

1 Siehe die Zusammenstellungen im Ber. d. SondA-StrafR IV, S. 4 (re. Sp.) u. bei *Weber*, in: Hdwb. Kriminologie, Bd. 5² S. 42 f.

2 E₆₂, BT-Drs. IV/650.

3 Siehe BT-PlenProt. 70/IV, S. 3180 (D) sowie die Verweisung an den RechtsA auf S. 3224 (D).

4 Für dessen Konstituierung in der 51. Sitzung v. 3. Mai 1963 siehe Prot. RechtsA IV⁵¹, S. 1 ff.

5 So geschehen in der 98. Sitzung des 4. Deutschen Bundestages am 4. Dezember 1963, BT-PlenProt. 98/IV, S. 4500 (B), BT-Drs. IV/1680. Zum Ganzen siehe den Ber. d. SondA-StrafR IV, S. 4 (re. Sp. f.).

6 Während *Schafheutle*, in: Prot. SondA-StrafR IV²³ S. 406 (li. Sp.) berichtet, die „Große Strafrechtskommission habe [...] später davon abgesehen, auf den Beschuß der ersten Lesung zurückzukommen“, spricht *Rotberg*, in: FS 100 Jahre DJT (1960), S. 193 (194) von einer „Weigerung [des Bundesjustizministeriums], den Kommissionsbeschlüssen zu folgen“.

7 Siehe den Dritten Abschnitt des E₆₂ in: BT-Drs. IV/650, S. 17 ff. und dessen Siebenten Titel auf S. 29 ff.

8 § 109 Abs. 3 E₆₂ – BT-Drs. IV/650, S. 29 (re. Sp.) – sollte lauten: „Hat der Täter [...] für einen anderen gehandelt und hat dadurch dieser [...] den Gewinn erworben, so richtet sich die Anordnung des Verfalls gegen den Empfänger.“ Der Verfall sollte gem. Abs. 2 a. E. jedoch ausgeschlossen sein, „soweit [...] dem Verletzten [...] ein Anspruch erwachsen ist, dessen Erfüllung den Gewinn [...] mindern würde.“ Im

Sonderregelung zu ergänzen.⁹ Mit ihr sollte – nicht nur bei juristischen Personen – der mittelbare Gewinn in Form des Zinsgewinnes verfallen können.¹⁰ Ob und inwieweit „trotz der Ausdehnung des Verfalls auf den Zinsgewinn Geldsanktionen gegen juristische Personen [...] in [den] Gebieten des Nebenrechts künftig noch notwendig“ seien, solle andernorts und bei anderer Gelegenheit überprüft werden.¹¹

Jede hierüber hinaus gehende Weiterung des Verfalls wurde verworfen. Die Praxis müsse – jenseits des objektivierbaren Zinsgewinnes¹² – mit der rechnerischen Erfassung des mittelbaren Gewinns überfordert sein, weil dieser auf unzähligen Faktoren beruhe, von denen die Straftat nur einer sei.¹³ Vor allem aus diesem Grund ist die Lösung der Großen Strafrechtskommission abgelehnt worden. Soll die Geldbuße den mittelbaren Gewinn der juristischen Person abschöpfen, so müsste das Gericht, „um eine Bemessungsgrundlage für die Höhe der Geldbuße zu finden, den [...] mittelbaren Gewinn feststellen“, wodurch „wiederum die Schwierigkeiten entstehen, die den Entwurf veranlaßt haben, den Verfall grundsätzlich auf den unmittelbaren Gewinn zu beschränken.“¹⁴

Sonderausschuss für die Strafrechtsreform – dem Nachfolger des Sonderausschusses „Strafrecht“ – bestand dagegen Einigkeit darüber, „daß eine aufgrund des § 26 OWiG verhängte [...] Geldbuße als die umfassendere Maßnahme den Verfall“ ausschließe, BT-Drs. V/4095, S. 40 (re. Sp.).

9 § 109 Abs. 5 Satz 1 E₆₂ – BT-Drs. IV/650, S. 29 (re. Sp.) – sollte lauten: „Besteht [...] der Gewinn [...] darin, daß gegen den Täter oder [den Empfänger i. S. d. Abs. 3] ein Zahlungsanspruch nicht oder erst später geltend gemacht wird, so kann das Gericht den Verfall eines Geldbetrages anordnen, der den üblichen Zinsen für eine angemessene Zeit [...] entspricht.“

10 Siehe die Erwägungen zu § 109 Abs. 5 E₆₂ in: BT-Drs. IV/650, S. 243 (li. Sp. ff.).

11 BT-Drs. IV/650, S. 243 (li. Sp.) unter Verweis auf die „Arbeiten am Entwurf eines Einführungsgesetzes“.

12 Zu den Gründen, weshalb der Entwurf die Schwierigkeiten hier für überwindbar hielt, siehe BT-Drs. IV/650, S. 243 (re. Sp. f.).

13 Vgl. BT-Drs. IV/650, S. 242 (li. Sp.). Dieser Einwand, die Praxis müsse durch eine rechnerische Erfassung des mittelbaren Gewinnes überfordert werden, war schon in: NdSchr. GrStrKomm, Bd. IV⁵⁰ von *Baldus* (S. 332 li. f.), *Goßbrau* (S. 322 li.), *Jescheck* (S. 331 re. u. 333 re.), *Schafheutle* (S. 333 li.) u. *Strauß* (S. 332 li.) als zentrales Argument gegen eine den mittelbaren Gewinn abschöpfende Verbandssanktion vorgebracht worden.

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

2. Beratung im Sonderausschuss

Die Mitglieder des Sonderausschusses dagegen waren sich beinahe einig, dass gegen juristische Personen über Verfall und Einziehung hinaus etwas geschehen müsse.¹⁵ Auch war man sich einig und darüber im Klaren, dass es bei einer solchen Maßnahme darum gehe, der juristischen Person wieder wegzunehmen, was sie durch den Rechtsverstoß einer für sie handelnden natürlichen Person erhalten hatte.¹⁶ Eine (trans-restitutive) Übelzufügung ist zu keinem Zeitpunkt erwogen worden.

Problematisch war allein die Konstruktion.¹⁷ Die praktischen und dogmatischen Bedenken, mit denen eine jede der bis dahin angedachten Lösungsmöglichkeiten behaftet zu sein schien,¹⁸ ließ keine einzige als hinreichend überzeugend erscheinen.¹⁹ Eine eigenständige Lösung im Strafgesetzbuch wurde entsprechend – wenn auch mit nur überraschend knapper Mehrheit – abgelehnt.²⁰

Stattdessen einigten sich die Mitglieder des Sonderausschusses auf einen Kompromiss:²¹ Zwar solle eine Geldsanktion gegen Verbände im Strafge-

15 Die Abstimmung war mit sieben gegen eine Stimme bei einer Enthaltung ausgängen, Prot. SondA-StrafR IV²³ S. 409 (re. Sp.). Auch der Ber. d. SondA-StrafR IV, S. 11 (re. Sp.) spricht von „Einmütigkeit“, die im Ausschuss insoweit bestanden habe.

16 So sinngemäß *Güde*, in: Prot. SondA-StrafR IV²³ S. 409 (li. Sp.). Ähnlich *Winter*, S. 408 (re. Sp. f.).

17 Exemplarisch *Müller-Emmert*, in: Prot. SondA-StrafR IV²³ S. 410: Die „Mehrheit des Ausschusses vertrete die Auffassung, daß Sanktionen gegen juristische Personen notwendig seien. Die Frage sei nur, welche Sanktionen vorgesehen werden sollten.“

18 Siehe die Zusammenstellung dieser Bedenken im Ber. d. SondA-StrafR IV, S. 11 (11. Sp. ff.), sowie die ausf. Ausarbeitung des Ausschussassistenten *Meyer*, in: Prot. SondA-StrafR IV²³ S. 415 (li. Sp. ff.). Der zentrale Vorwurf gegen die meisten möglichen Maßnahmen bestand bei ihm darin, dass sich mit ihnen der mittelbare Gewinn gerade nicht abschöpfen lasse.

19 Siehe das Fazit *Meyers*, in: Prot. SondA-StrafR IV²³ S. 417 (li. Sp.): „Angesichts der aufgezeigten Bedenken sollte sich der Gesetzgeber reiflich überlegen, ob die [...] Bedürfnisse wirklich so schwer wiegen, daß diese Bedenken in Kauf genommen werden können.“

20 Die Frage, ob die Geldsanktion den Charakter einer kriminellen Geldstrafe haben solle, wurde bei einer Enthaltung mit fünf gegen drei Stimmen abgelehnt, Prot. SondA-StrafR IV²³ S. 409 (re. Sp.).

21 Für diese ausdr. als Kompromiss bezeichnete Lösung hatte sich vor allem *Müller-Emmert*, in: Prot. SondA-StrafR IV²³ S. 410 ausgesprochen. Die noch zu fassende Vorschrift wurde in der folgenden Sitzung mit sieben gegen eine Stimme angenommen, Prot. SondA-StrafR IV²⁴ S. 420 (re. Sp.).

setzbuch selbst nicht ausgesprochen werden. Dafür solle aber die parallel erdachte, ebenfalls erst noch zu verabschiedende Verbandsgeldbuße im Ordnungswidrigkeitenrecht Anwendung finden.²² Im Strafgesetzbuch solle wegen „der besonderen Bedeutung, die den Sanktionen gegen juristische Personen [...] beizumessen“ sei, eine Vorschrift aufgenommen werden, die auf die Regelung im Ordnungswidrigkeitenrecht verweisen sollte.²³

3. Bedeutung für die Verbandsgeldbuße

Die weiteren Details der Beratung im Sonderausschuss sind im Rahmen dieser Untersuchung kaum von Bedeutung. Zum einen ging es eben nicht um den Zweck bzw. Mechanismus der Maßnahme, der allgemein in der Abschöpfung des mittelbaren Gewinns gesehen wurde. Vielmehr rangen die Mitglieder mit der Frage, wie eine den mittelbaren Gewinn abschöpfende Maßnahme konstruiert werden konnte. Der Gesetzgeber hat später in § 26 OWiG⁶⁸ eine solche Maßnahme vorgesehen und sie – etwas unglücklich – als Geldbuße bezeichnet. Diese konstruktive Entscheidung kann und muss im Rahmen dieser Arbeit als bindend vorausgesetzt werden.²⁴

Zum anderen ist die Lösung des Sonderausschusses ohnehin nicht Gesetz geworden. Der Ablauf der Legislaturperiode am 19. Oktober 1965²⁵ setzte „den Reformarbeiten des Vierten Deutschen Bundestages und dessen Strafrechtsausschuß“ ein vorzeitiges Ende.²⁶ Die Vollendung des „bereits weitgediehene[n] Werk[es] der großen Strafrechtsreform in Deutschland“ oblag deshalb dem Fünften Deutschen Bundestag,²⁷ der den E₆₂ denn auch erneut einbrachte.²⁸ Im Zuge der und im Anschluss an die Beratungen des § 26 OWiG⁶⁸ entschied sich die Mehrheit der Mitglieder des „Sonderaus-

22 Zu dieser Verbandsgeldbuße des § 12 RefE-OWiG sogleich V. (S. 314).

23 So Ber. d. SondA-StrafR IV, S. 12 (re. Sp.). Als § 120 a E₆₂ (SondA) sollte die Vorschrift lauten: „Als weitere Folgen der Tat sind gegen juristische Personen und Personenvereinigungen Geldbußen nach dem Recht der Ordnungswidrigkeiten zulässig.“ Siehe die Vergleichende Übersicht im Ber. d. SondA-StrafR IV, S. 55.

24 Zu den Gründen für diese Festlegung bereits oben A. III. 1. (S. 262).

25 Konstituierende Sitzung des 5. Deutschen Bundestages, BT-PlenProt. 1/V, S. 1 (A).

26 Ber. d. SondA-StrafR IV, S. 5 (re. Sp.).

27 Ber. d. SondA-StrafR IV, S. 5 (re. Sp.).

28 Siehe den Entwurf in BT-Drs. V/32, der in der 14. Sitzung des 5. Deutschen Bundestages v. 13. Januar 1966 eingebracht u. sogleich an den „Sonderausschuß für die Strafrechtsreform“ überwiesen worden ist, BT-PlenProt. 14/V, S. 545 (D) u. S. 573 (B).

schusses für die Strafrechtsreform“ – dem Nachfolger des Sonderausschusses „Strafrecht“ – gegen die nunmehr in § 120 a E₆₂ (SondA) vorgesehene Verweisungsvorschrift.²⁹ Denn sie enthalte nur einen Hinweis auf das OWiG, habe keinen materiellen Inhalt und treffe keine Regelung für das StGB.³⁰

V. Zwischenergebnis: Verbandsgeldbuße in § 12 RefE-OWiG

Den Weg für die Lösung des Sonderausschusses hatte der Referentenentwurf eines Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten geebnet. Er sah in § 12 eine Geldbuße gegen juristische Personen und Personenvereinigungen vor.¹ Der Wortlaut der Vorschrift entspricht bereits im Wesentlichen dem späteren § 19 EOWiG,² von dem sich auch § 26 OWiG₆₈ nur unwesentlich unterschied.³ Deshalb ist es für die Zwecke dieser Untersuchung besonders wertvoll, dass *Göhler* als Vertreter des Bundesjustizministeriums die Erwägungen zu dieser Vorschrift vortragen durfte.⁴ Werden seine sehr knappen Ausführungen zum Zweck der Geldsanktion des § 12 RefE-OWiG⁵ mit den – damals sehr präsenten, heute aber mühsam zu erarbeitenden – Entwicklungslinien seit

29 Siehe dazu den Zweiten Schriftlichen Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, BT-Drs. V/4095, S. 42 (li. Sp.).

30 So die Begründung des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, siehe BT-Drs. V/4095, S. 42 (li. Sp.).

1 § 12 des Entwurfs ist in dem „Diskussionsbeitrag der Sachbearbeiter des Bundesjustizministeriums“ als Anlage 2 zu Prot. SondA-StrafR IV,²³ S. 417 vollständig abgedruckt. Abs. 1 sollte lauten: „Begeht jemand als vertretungsberechtigtes Organ einer juristischen Person oder als Mitglied eines solchen Organs [...] eine Straftat oder Ordnungswidrigkeit, durch die [1.] Pflichten, welche die juristische Person [...] treffen, verletzt werden, oder [2.] die juristische Person [...] bereichert wird oder werden soll, [Ende d. Aufz.] so kann gegen diese eine Geldbuße festgesetzt werden.“

2 § 19 Abs. 1 EOWiG – abgedruckt in: BT-Drs. V/1269, S. 7 – unterschied sich von § 12 Abs. 1 RefE-OWiG nur dadurch, dass der Präsens („Begeht jemand“) durch den Perfekt („Hat jemand [...] begangen“) ersetzt wurde u. dass es am Ende heißt: „... so kann gegen diese als Nebenfolge der Straftat oder Ordnungswidrigkeit eine Geldbuße festgesetzt werden.“ Herv. nur hier.

3 Die wenigen Unterschiede zwischen § 19 EOWiG u. § 26 OWiG₆₈ sind im schr. Ber. d. RechtsA, BT-Drs. V/2600, S. 11 f. zusammengestellt u. sollten „nur redaktionelle Bedeutung“ haben, S. 4 (re. Sp.). Zu dem Betriebsunfall im RechtsA noch § 10 D. III. 1. (S. 387).

4 Siehe *Göhler*, in: Prot. SondA-StrafR IV²³ S. 400 ff., insb. S. 402 (li. Sp. f.).

5 Den verfolgten Zwecken widmet *Göhler*, in: Prot. SondA-StrafR IV²³ S. 402 (li. Sp. f.) gerade einmal drei Absätze seines Referates.

der Habilitationsschrift *Buschs* im Jahre 1933 zusammengeführt, so lesen sie sich als geradezu bemerkenswerte Zusammenfassung des Abschnitts über die Impulsgeber des § 26 OWiG₆₈.

1. Gewinnabschöpfung auf der Zielgeraden

Wie *Busch* dies drei Jahrzehnte zuvor getan hatte,⁶ erkannte das Ministerium in der geltenden Rechtsordnung ein Präventionsdefizit. Anders als zu Zeiten *Buschs* war wegen der umfassenden Arbeiten der Impulsgeber nunmehr die genaue Ursache für dieses Defizit bekannt: Dem Ministerium „erscheine [das] Strafen- und Maßnahmensystem unzureichend“, weil es der juristischen Person auch nach Einführung der Verfallvorschriften des E₆₂ nur den unmittelbaren Gewinn werde entziehen können, ihr aber den darüber hinausgehenden Vorteil belassen müsse.⁷ Dass das von *Busch* angemahnte Präventionsdefizit letztlich nur mehr in der Unmöglichkeit der Abschöpfung des mittelbaren Gewinns bestand, ist seit dem Vierzigsten Deutschen Juristentag mit immer größerer Präzision herausgearbeitet worden.

Werde der mittelbare Gewinn einer juristischen Person durch eine gegen sie verhängte Geldsanktion abgeschöpft, so könne „eine präventive Wirkung erzielt“⁸ sprich: die Präventionslücke geschlossen werden. Die letztlich strafällig werdenden Organwalter könnten „durch die Drohung einer Sanktion gegen den Verband abgeschreckt werden, nur auf dessen Vorteil und Gewinn zu sehen, selbst um den Preis der Nichtachtung der Rechtsordnung“.⁹

Darin steckt – sehr verkürzt – der erste Gedanke *Buschs* von der verzerrten Motivationslage des Einzeltäters und deren mögliche Umkehrung durch eine Verbandssanktion:¹⁰ Muss der Individualtäter damit rechnen, dass die Begehung eines Verbandsdeliktes „auch zum Schaden des Verbandes ausschlagen“ könne,¹¹ so werde die „Überbewertung der Verbandsinteressen [...] nicht mehr als Anreiz zur Deliktsbegehung, sondern zur Deliktsvermeidung“ wir-

6 *Busch*, S. 122 hatte gesagt, dass die „strafrechtliche Verantwortlichkeit der Täter-Individuen allein [...] nicht aus[reiche], um die [Verbandsverbrechen] so wirksam zu bekämpfen, wie dies zum Schutze der Gesellschaft und im Interesse der Bewährung der Rechtsordnung notwendig“ sei.

7 Vgl. *Göhler*, in: Prot. SondA-StrafR IV²³ S. 402 (re. Sp.).

8 *Göhler*, in: Prot. SondA-StrafR IV²³ S. 402 (li. Sp.).

9 *Göhler*, in: Prot. SondA-StrafR IV²³ S. 402 (li. Sp. f.).

10 Dazu oben A. III. 2. a) (S. 264).

11 *Göhler*, in: Prot. SondA-StrafR IV²³ S. 402 (re. Sp.).

ken.¹² In die Terminologie der ökonomisch-rationalen Kollusion übersetzt, wird der Gedanke noch deutlicher:¹³ Muss der potentielle Täter damit rechnen, dass sein Delikt zu einer Sanktion gegen den Verband führt, die diesem allen rechtswidrigen Vorteil und Gewinn entzieht, so kann der verantwortliche Täter sich nicht auf die Abnahme seines individuellen Sanktionsübelns verlassen. Er wird das angedrohte Übel vielmehr aus eigenem Vermögen aufbringen müssen. Deshalb kann die Androhung einer solchen (nur restitutiven) Sanktion gegen den Verband auch den letztlich straffällig werdenden Organwalter vor der Nichtachtung der Rechtsordnung abschrecken.

Anm. 9.9: Daneben versprach sich das Ministerium – in etwas schiefer¹⁴ Anlehnung an einen Gedanken *Jeschecks*¹⁵ – von der den Gewinn abschöpfenden Geldsanktion auch eine Einwirkung auf die Mitglieder des Verbandes:¹⁶ Sie würden zur Einführung und Durchsetzung eines wirksamen Kontrollsystems animiert. Drohte dem Verband für eine zukünftige Tat des Organwalters eine Sanktion, so müssten die Mitglieder schon bei der Auswahl der Organpersonen „nicht nur auf die Geschäftstüchtigkeit und den Spürsinn“ sehen, sondern auch darauf achten, „ob die Personen lauter und gewillt seien, die Rechtsordnung zu beachten.“ Bei den großen Publikumsgesellschaften mag dieser Gedanke wohl ein wenig an der Realität vorbeigehen. Bei kleineren Körperschaften – etwa Vereinen oder mittelständischen GmbHs – wird er auch mehr ein positiver Nebeneffekt, denn der primäre Zweck der Verbandssanktion sein.

Außerdem trage eine solche Sanktion gegen den Verband dazu bei, „einen angemessenen Ausgleich zwischen der Tragweite der Tat und der Strafe herzustellen.“¹⁷ Darin steckt der zweite Gedanke *Buschs*, der oben mit den

12 So *Busch*, S. 105.

13 Dazu ausf. oben A. III. 3. a) (S. 274).

14 *Jescheck*, in: NdSchr. GrStrKomm, Bd. I,¹² S. 299 (re. Sp.) hatte den Gedanken allein für seine rein präventive (≈ reaktiv-prospektive) Geldsanktion formuliert, bei der er sich bis zuletzt jeden repressiven (≈ reaktiv-retrospektiven) Einschlag verboten hatte. Ob er mit diesem Gedanken auch für die spätere Verbandsgeldbuße hatte Pate stehen wollen, die er bis zuletzt ablehnte u. die in seinem Lehrbuch bis heute – *Jescheck/Weigend*, StrafR-AT⁵ § 23 VII 3 (S. 228 f.) – als „Etikettenschwindel“ bezeichnet wird, darf ernstlich bezweifelt werden.

15 *Göhler*, in: Prot. SondA-StrafR IV²³ S. 402 (li. Sp.) verweist auf ein „Mitglied der Strafrechtskommission“. *Jescheck*, in: NdSchr. GrStrKomm, Bd. I,¹² S. 299 (re. Sp.) hatte seine (rein reaktiv-prospektive) Geldsanktion mit dem Zweck einer „Aktivierung der Kontrolle“ u. einer „Verbesserung der Organisation“ versehen wollen. Auch er wollte mit der Sanktion dafür sorgen, dass die Mitglieder des Verbandes „bei der Auswahl der Vertreter nicht nur auf wirtschaftliche Tüchtigkeit und Versiertheit, sondern auch auf die Gesetzmäßigkeit und Zuverlässigkeit“ sehen würden.

16 *Göhler*, in: Prot. SondA-StrafR IV²³ S. 402 (li. Sp.).

Erwiderungen *Engischs* und *Hartungs* auf dem Vierzigsten Deutschen Juristentag zusammengeführt worden ist:¹⁸ Die Individualsanktion müsse nach *Busch* ihre verbrechensvorbeugende Wirkung verfehlen, weil sie in keinem Verhältnis zu den erzielbaren Gewinnen und dem angerichteten Schaden stehen könne.¹⁹ Tritt aber neben die Individualsanktion eine Verbandssanktion und entzieht diese dem Verband alle Vorteile der Tat, so entfällt der Anreiz, den Individualtäter von dessen eigener Sanktion freizustellen. Seine Sanktion trifft ihn unvermittelt und unverwässert. Sie hat dann aber auch nicht mehr die Aufgabe, dem Verband einen Gewinn zu entziehen oder einen Schaden der Allgemeinheit auszugleichen. Es genügt vielmehr, wenn die Individualsanktion eine angemessene Antwort der Rechtsordnung auf die individuelle Verfehlung des Täters ist. Wird sie vor diesem Hintergrund nach Maßgabe der individuellen Schuld und im Rahmen der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Täters bemessen – und trifft sie diesen unverwässert –, so kann sie sein Verhalten „hart und nachhaltig [...] ahnden“.²⁰ Sie wäre geeignet und ausreichend, „die Gegenmotive zu verstärken, so daß sich die Gesellschaftsorgan[walter] dann doch wohl hüten würden, auf strafrechtlich verbotenem Wege den Vorteil der Körperschaft zu suchen.“²¹ Wird die Individualsanktion durch die den Gewinn abschöpfende Verbandssanktion ergänzt, so stellen beide im Zusammenspiel eine angemessene Antwort auf die Tragweite der Tat dar.

Mit anderen – und zwar *Buschs*²² – Worten: Wird die „strafrechtliche Verantwortlichkeit der Täter-Individuen“ durch eine Sanktion ergänzt, die dem Verband allen unmittelbaren und mittelbaren Gewinn entzieht, so ist das Strafen- und Maßnahmensystem sehr wohl geeignet und ausreichend, um Verbandsdelikte „so wirksam zu bekämpfen, wie dies zum Schutz der Allgemeinheit und zur Bewährung der Rechtsordnung notwendig ist“.

17 *Göhler*, in: Prot. SondA-StrafR IV²³ S. 402 (re. Sp.).

18 Zum Gedanken *Buschs* oben A. III. 2. b) (S. 266). Zu seiner Verknüpfung mit den Argumenten *Engischs* u. *Hartungs* I. 3. (S. 288).

19 *Busch*, S. 109 hatte dies noch auf die Widersprüchlichkeit der Zumessungskriterien gestützt. Das Hauptargument besteht darin, dass die Individualstrafe nach den wirtschaftlichen Verhältnissen des Täters zu bemessen ist. Siehe dazu oben A. III. 2. b) bb) (S. 269).

20 *Engisch*, Referat 40. DJT (1953), E 35. Wer dies anders sieht, müsste sich für eine Anhebung des Strafrahmens oder gar für Freiheitsstrafen gegen die Individualtäter einsetzen.

21 So *Hartung*, Korreferat 40. DJT (1953), E 52, über das Maßnahmensystem, wie er es sich vorstellt.

22 Vgl. abermals *Busch*, S. 122.

2. „Falsche Abzweigung“ – Teil 2

Nachdem der Weg bereits vorgezeichnet war,²³ hat sich leider auch der Referentenentwurf dafür entschieden, die Maßnahme zur Abschöpfung rechtswidriger Verbandsgewinne mit dem Etikett der Geldbuße zu versehen. Denn mit einer „sozialethisch ungefärbten“ Geldbuße des Ordnungswidrigkeiten gesetzes meinte man am ehesten „über die dogmatischen Schwierigkeiten hinwegzukommen, die darin bestünden, daß eine juristische Person [des] sozialethischen Unwerturteils [einer Geldstrafe] gar nicht fähig sei.“²⁴ Sie könne die angegebenen Zwecke weit besser verwirklichen als die Geldstrafe, mit der „der mittelbare Gewinn nicht abgeschöpft werden“ könne, weil ihre „Bemessungsgrundlage die Schuld sei“.²⁵ Dabei geraten die verschiedenen Ministeriumsvertreter – teils mit ihren eigenen Äußerungen – in Widersprüche.

So sei es für die *Geldstrafe* „bedenklich, bei Geldsanktionen gegenüber juristischen Personen dieselben Begriffe zu verwenden wie bei natürlichen.“²⁶ Werde durch das Gesetz eine Rechtseinrichtung geschaffen, so „seien damit gewisse Inhalte verbunden, die man nicht willkürlich beiseite schieben könne.“²⁷ Bei der *Geldbuße* scheint dieses Bedenken jedoch nicht zu gelten: Denn die „Geldbuße nach dem Kartellgesetz [...] habe [...] eine andere Funktion als die Geldbuße bei Übertretungen“.²⁸ Weshalb aber der mit dieser Einrichtung verbundene Inhalt willkürlich sollte beiseite geschoben werden können, ist nicht ersichtlich.²⁹

23 Zur „falschen Abzweigung“ in der Großen Strafrechtskommission siehe oben III. 6. (S. 307).

24 *Göhler*, in: Prot. SondA-StrafR IV²³ S. 402 (re. Sp.). Das klingt in der Tat sehr nach dem von *Jescheck/Weigend*, StrafR-AT⁵ § 23 VII 3 (S. 228 f.) kritisierten „Etiketten schwindel“.

25 *Göhler*, in: Prot. SondA-StrafR IV²³ S. 402 (re. Sp.).

26 So *Schafheutle*, in: Prot. SondA-StrafR IV²³ S. 405 (re. Sp.). Kurz zuvor (li. Sp.) hatte er darauf hingewiesen, dass die *Geldstrafe* bei natürlichen Personen eine Antwort auf sozialethisches Unrecht u. dazu bestimmt sei, dieses Unrecht auszugleichen. Die *Geldstrafe* gegen juristische Personen müsse aber eine andere Funktion haben.

27 *Schafheutle*, in: Prot. SondA-StrafR IV²³ S. 405 (li. Sp.).

28 Ebenfalls *Schafheutle*, in: Prot. SondA-StrafR IV²³ S. 407 (li. Sp.). Die Funktion bestehe darin, „den unmittelbaren und den mittelbaren Gewinn abzuschöpfen, den die juristische Person durch das Verhalten ihrer Organe erzielt habe.“

29 Treffend *Busse*, in: BT-PlenProt. 161/V, S. 8492 (A): „Es bedarf wirklich einiger Dialektik: Wenn ich eine Geldbuße gegen eine juristische Person festsetze, dann bestrafe ich sie nicht; setze ich eine Geldbuße gegen eine natürliche Person fest, dann bestrafe ich sie. Diesen Unterschied vermag ich beim besten Willen nicht einzusehen.“

Dreher konnte eindrücklich nachweisen, dass eine *Geldstrafe* gegen Verbände „in Wirklichkeit etwas ganz anderes als die *Geldstrafe*“ nach dem E₆₂ sei.³⁰ Es gehe bei der Verbandssanktion vielmehr darum, „die juristische Person dafür haftbar“ zu machen, dass „sich Organe der juristischen Person schuldig gemacht hätten“.³¹ Das bedeutet aber auch, dass die Verbandssanktion „in Wirklichkeit etwas ganz anderes“ als die typische *Geldbuße* des *Ordnungswidrigkeitengesetzes* ist.

Es wäre sehr viel ehrlicher und weit weniger missverständlich gewesen, wenn der Gesetzgeber das neue Institut tatsächlich mit einem eigenen Namen versehen hätte, statt sich „bei der Schaffung eines neuen Strafgesetzbuchs“ an das anzuhängen, „was er bisher in den Nebengesetzen habe sündigen müssen.“³² Gleichwohl: Der Gesetzgeber hat sich anders entschieden und das Instrument – auch wenn es eine andere Funktion hat – als *Geldbuße* bezeichnet. Diese konstruktive Entscheidung ist – aus den genannten Gründen³³ – im Rahmen dieser Arbeit zu respektieren.

C. Ergebnis

Am Vorabend des *OWiG*₆₈ stellte sich das Problem um die Verbandssanktionen für den Gesetzgeber folgendermaßen dar: Das Strafrecht wurde durch die Verbandsdelikte vor eine Aufgabe gestellt, die es mit den Mitteln einer reinen Individualverantwortlichkeit alleine nicht zu lösen vermochte. Vielmehr wies diese reine Individualverantwortlichkeit ein ganz erhebliches Präventionsdefizit auf.

Auch eine Lösung hatte man dem Gesetzgeber vorgeschlagen: Es brauchte eine gegen den Verband gerichtete Sanktion, die – mehr aus Verlegenheit – als eine *Verbandsgeldbuße* bezeichnet wurde. Dass es sich hierbei nicht um die typische *Geldbuße* des *Ordnungswidrigkeitenrechts* handle, war allen Beteiligten bewusst. Sie sollte nicht das Fehlverhalten des Täters einer *Ordnungswidrigkeit* durch ein Sanktionsübel gegen diesen Täter ahnden. Vielmehr sollte sie bei dem Verband, als dem Nutznießer der Tat seines Organwalters, jeden mittelbaren und unmittelbaren Gewinn aus dieser Tat eines Organwalters abschöpfen, der nicht schon durch Schadenersatz und Be-

30 *Dreher*, in: Prot. SondA-StrafR IV²³ S. 407 (re. Sp.). *M. Winter* musste einräumen (S. 408 re.), dass von dem, was *Dreher* gesagt hatte, einiges beachtlich sei.

31 *Dreher*, in: Prot. SondA-StrafR IV²³ S. 407 (re. Sp.).

32 *M. Winter*, in: Prot. SondA-StrafR IV²³ S. 407 (li. Sp.).

33 Siehe oben A. III. 1. (S. 262).

reicherungsrecht abgeschöpft werden könnte. Triebfeder dieser Konstruktion war die – stets wie hinter einem Schleier versteckte – Erwägung, die hier so bezeichnete ökonomisch-rationale Kollusion zu beseitigen.

Damit ist – im Sinne des Eingangszitates – die Situation ausreichend herausgestellt, in der sich der Gesetzgeber bei Schaffung des OWiG₆₈ befand. Im nächsten Kapitel kann es nun unternommen werden, die Antwort zu untersuchen, die der Gesetzgeber mit § 26 OWiG₆₈ gegeben hat. Im Wissen um die Vorgeschichte lässt sie sich dann auch heute noch so verstehen, wie der Gesetzgeber sie damals hatte geben wollen, und lassen sich der ursprüngliche Regelungswille und Normzweck erkennen.