

Der Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes und die großen Ordnungswidrigkeiten

Von Prof. Dr. Hans Achenbach, Osnabrück

Der Beitrag kritisiert, dass der 2019 vorgelegte Referentenentwurf eines Verbandssanktionengesetzes nur an Straftaten anknüpfende Sanktionen regelt und die Entwicklung in der neueren Gesetzgebung zu immer höheren Sanktionsdrohungen für Verbandsgeldbußen i.S.v. § 30 OWiG ignoriert. Der Verf. plädiert dafür, die schwerwiegenden „großen“ Ordnungswidrigkeiten in den Kreis der Neuregelung einzubeziehen, und macht Vorschläge für ihre Eingrenzung und ihre sachliche Behandlung. Ausgewählte Einzelheiten des Entwurfs werden abschließend einer knappen Überprüfung ihrer Übernahmewürdigkeit und -fähigkeit unterzogen.

I. Fragestellung

Im August 2019 hat das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz den Referentenentwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Unternehmenskriminalität vorgelegt.¹ Den wesentlichen Inhalt dieses Entwurfs macht dessen Art. 1 aus, der ein umfangreiches „Gesetz zur Sanktionierung von verbandsbezogenen Straftaten (Verbandssanktionengesetz – VerSanG)“ enthält. Die Details dieses Gesetzesvorschlages werden noch zu eingehenden und kontroversen Diskussionen führen. Der vorliegende Beitrag verfolgt eine andere Zielsetzung. Er stellt die Frage, ob es sinnvoll ist, allein Sanktionen zur Ahndung aus Verbänden heraus begangener Straftaten im strikten Sinne einer isolierten Neuregelung zuzuführen, ohne zugleich den Blick auf die verbandsbezogenen Ordnungswidrigkeiten zu richten, und so die bedeutsamen Entwicklungen außer Betracht zu lassen, die sich namentlich im Zusammenhang mit den beiden Finanzmarktnovellierungsgesetzen von 2016 und 2017, aber auch im Kartellordnungswidrigkeitenrecht ereignet haben.²

II. Die „Verbandsgeldsanktion“ – eine Geldbuße?

1. § 1 E-VerSanG stellt ausdrücklich klar: „Dieses Gesetz regelt die Sanktionierung von Verbänden wegen Straftaten [...]“ – und sonst nichts. Im Unterschied etwa zu Art. 1 § 4 des 2013 vom Land Nordrhein-Westfalen vorgelegten, später aber wieder zurückgezogenen „Entwurfs eines Gesetzes zur Einführung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen und sonstigen Verbänden“³ sieht der hier analysierte RefE des BMJV jedoch keine Verbandsstrafen im dezidiert kriminalrechtlichen Sinne und damit insbesondere auch keine Verbandsgeldstrafe vor, sondern will statt dessen als eine Form einer „Verbandssanktion“ neuer Art eine Rechts-

folge einführen, die als „Verbandsgeldsanktion“ bezeichnet wird (E-VerSanG § 8 Nr. 1 und § 9).⁴

Die Rechtsnatur dieses neuen Sanktionsinstruments lässt der RefE in der Schwebe. Bei Vorstellung des wesentlichen Inhalts des Entwurfs kennzeichnet er generell den übergeordneten Typus der „Verbandssanktion“ als „eigenständige Sanktionsart“⁵, was dann auch für die „Verbandsgeldsanktion“ gelten muss. Die Begründung verhehlt aber auch nicht, dass der Entwurf in ihr vorhandene Elemente der bisherigen Verbandsgeldbuße aufgreift.⁶ In der Tat unterscheidet sich die „Verbandsgeldsanktion“ in ihrer Einzelausgestaltung kaum von dem bisherigen eigentümlichen Mischtypus der an eine unternehmensbezogene Straftat einer Leitungsperson anknüpfenden Geldbuße gegen eine juristische Person oder Personenvereinigung i.S.v. § 30 OWiG. So heißt es denn auch in der Begründung des RefE, bezogen auf die entsprechenden Definitionen in § 2 Abs. 1 E-VerSanG, der Begriff des „Verbandes“ decke sich inhaltlich mit der Regelung in § 30 OWiG, der Begriff der „Leitungsperson“ entspreche dem Täter der Anknüpfungstat und die „Verbandsstraftat“ entspreche der strafbaren Anknüpfungstat i.S.d. § 30 OWiG.

Allerdings legt der RefE Wert auf einen mit der Neuregelung verbundenen Wechsel in der Wertung der neuen Rechtsfolgen: Die in den §§ 8 ff. des Entwurfs normierten Verbandssanktionen gehen nach seiner Begründung „über die *Pflichtenmahnung* der Geldbuße des Ordnungswidrigkeitenrechts hinaus, die als Reaktion gegenüber Verbänden auf verbandsbezogene Straftaten ihrer Leitungspersonen *nicht mehr angemessen* erscheint“.⁷ In der Sache äußert sich dies vor allem in der vorgeschlagenen Einführung des Legalitätsprinzips gemäß § 25 Abs. 1 E-VerSanG i.V.m. § 152 Abs. 2 StPO und in der Errichtung eines Verbandssanktionenregisters gemäß §§ 55 ff. E-VerSanG.

2. Einer definitiven Aussage, was denn nun statt dessen die Rechtsnatur der Verbandssanktion positiv ausmacht, enthält sich der RefE aber. Eine Strafe soll sie jedenfalls nicht sein. Das ergibt sich aus den Aussagen des RefE, die Einführung eines Unternehmensstrafrechts als Alternative erscheine nach derzeitiger Einschätzung nicht zwingend geboten und bei einer Evaluierung nach Ablauf von fünf Jahren solle geprüft werden, ob der Übergang zu einem Unternehmensstrafrecht geboten sei.⁸

Ob es aber wirklich sinnvoll und notwendig ist, neben den Sanktionstypen der Geldstrafe und der Geldbuße, die ja beide ebenfalls ahndende Geldsanktionen darstellen, einen zwischen beiden stehenden weiteren, in seinem Wesen blass und

¹ Der Entwurf auf dem Bearbeitungsstand vom 15.8.2019 wird hier im Folgenden als „RefE“ abgekürzt. Er ist bisher noch nicht im Internet veröffentlicht, liegt aber verschiedenen Verbänden und Medien vor.

² Genauer dazu unten III. 1.

³ Der nur im Internet zugänglich gemachte Entwurf ist dort nicht mehr abrufbar. Siehe aber etwa Kutschaty, ZRP 2013, 49; ders., DRiZ 2013, 16.

⁴ Neben der Verwarnung mit Verbandsgeldsanktionsvorbehalt und der Verbandsauflösung (§ 8 Nr. 2 und 3 E-VerSanG).

⁵ RefE S. 56.

⁶ Hier und im Folgenden RefE S. 56, siehe ferner S. 83 zu § 8 Nr. 1.

⁷ Hervorhebung vom Verf.

⁸ RefE S. 2 und 70.

vage bleibenden eigenen Typus einer verbandsbezogenen Geldsanktion einzuführen, erscheint zweifelhaft. Der Sache nach steht die „Verbandsgeldsanktion“ einer Verbandsgeldbuße wegen einer unternehmensbezogenen Straftat gleich, wie sie der geltende § 30 OWiG bereits regelt. Die Unterschiede liegen nicht in der sachlichen Ausgestaltung der Sanktion oder ihrer Voraussetzungen als solcher, sondern in den daran anknüpfenden verfahrens-, zumessungs- und registerrechtlichen Regelungen.

III. Die zentrale Lücke des Entwurfs: die Aussparung der großen Ordnungswidrigkeiten

1. Allerdings verbleibt die These des Entwurfs, die Geldsanktion für Verbandsstraftaten sei im Unterschied zu der für die Verbandsgeldbuße i.S.v. § 30 OWiG bisher vorherrschenden Sicht mehr als eine bloße nachhaltige Pflichtenmahnung.⁹ Indes muss die Frage gestellt werden, ob sich das dabei zugrunde gelegte hergebrachte Verständnis der Geldbuße – das in einen Gegensatz gestellt wird zu der Kriminalstrafe, die mit einem ethischen Schuldvorwurf und einem autoritativen Unwerturteil verbunden sei¹⁰ – angesichts der neueren Entwicklung der Gesetzgebung auf dem Gebiet der wirtschaftsbezogenen Ordnungswidrigkeiten heute noch generell so halten lässt:

§ 81 Abs. 4 S. 2 und 3 GWB lassen seit 2005/2007 Geldbußen wegen Kartellrechtsverstößen bis zu 10 % des Gesamtumsatzes des Unternehmens im Sinne einer weltweit operierenden wirtschaftlichen Einheit von natürlichen und juristischen Personen und Personenvereinigungen zu.¹¹ Die 9. GWB-Novelle von 2017¹² hat zudem in den seinerzeit neu geschaffenen Absätzen 3a–3c des § 81 GWB die Schuldnerstellung für die Kartellgeldbuße über den Verband, aus dem heraus der zu ahnende Verstoß begangen wurde, hinaus auf die lenkende(n) Gesellschaft(en) im Unternehmen und deren rechtliche und wirtschaftliche Nachfolger erweitert und in Abs. 4a ausdrücklich die Zumessung der Kartellgeldbuße anhand der wirtschaftlichen Verhältnisse des gesamten Unternehmens in diesem Sinne (oder einer Unternehmensvereinigung) angeordnet. Die so genannte ECN+-Richtlinie

(EU) 2019/1¹³ schließlich macht den Mitgliedstaaten eine entsprechende gesetzliche Regelung zur Pflicht und ermöglicht ihnen sogar die gesetzliche Anordnung von Geldbußen, die ein Höchstmaß von 10 % des Unternehmens-Gesamtumsatzes übersteigen (Art. 2 Abs. 1 Nr. 10, Art. 13 und 15 RL 2019/1).¹⁴

Im Kapitalmarktrecht haben namentlich die beiden Finanzmarktnovellierungsgesetze von 2016 und 2017¹⁵ zu massiven Ausweitungen des Höchstmaßes von Verbandsgeldbußen wegen einschlägiger Ordnungswidrigkeiten geführt.¹⁶ Diese können im Rahmen einer im Einzelnen sehr differenzierten Gesamtregelung bis zu dem höheren Betrag von 15 Mio. Euro oder 10 % des Gesamtumsatzes der sanktionierten juristischen Person oder Personenvereinigung oder des Gesamtumsatzes des Konzerns betragen, dem diese angehört; einzelne Normen drohen sogar ein Höchstmaß von 20 Mio. oder 15 % des Gesamtumsatzes an. Über diese Beträge hinaus lassen die meisten der ge-nannten Vorschriften zudem die Ahndung mit einer Geldbuße bis zum Zweifachen oder Dreifachen des aus dem Verstoß gezogenen wirtschaftlichen Vorteils zu.

Allerdings gilt das in diesen Vorschriften ermöglichte Höchstmaß einer Geldbuße nur für die allerschwersten Fälle, in denen das höchste Unrechts- und Schuldmaß anzunehmen und ein Milderungsgrund schlechthin nicht erkennbar ist. Aber auch unabhängig davon lässt die auf den Konzernumsatz bezogene Bestimmung des Höchstmaßes neben Verbandsgeldbußen in dreistelliger Millionenhöhe sogar solche in Milliardenhöhe als künftig nicht ausgeschlossen erscheinen. Zu berücksichtigen ist zudem, dass es hierbei allein um den Ahndungsanteil der Verbandsgeldbuße geht. Ihre Höhe der Geldbuße resultiert also nicht, wie bisher, vor allem aus der Abschöpfung eines aus der Tat gezogenen wirtschaftlichen Vorteils, der zu dem der Ahndung dienenden Teil der Geldbuße addiert wird (§ 30 Abs. 3 i.V.m. § 17 Abs. 4

⁹ Im Sinne dieser Wertung der Geldbuße BVerfGE 27, 18 (33), und BVerfGE 45, 272 (289); siehe ferner etwa Förster, in: Rebmann/Roth/Herrmann, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, Kommentar, Bd. 1, 27. Lfg., Stand: Februar 2019, Vor § 1 Rn. 13; Gürtler, in: Göhler, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, Kommentar, 17. Aufl. 2017, Vor § 1 Rn. 9.

¹⁰ Insoweit noch immer grundlegend BVerfGE 22, 49 (79 f.); und BVerfGE 27, 18 (29, 33).

¹¹ Siehe zur Entwicklung in der 7. GWB-Novelle von 2005 und der Preismissbrauchs-Novelle von 2007 bis hin zur 9. GWB-Novelle von 2017 genauer Achenbach, in: Jaeger/Kokott/Pohlmann/Schroeder (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Stand: August 2019, GWB § 81 Rn. 226, 228, 517, 519 Fn. 4.

¹² Neuntes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 1.6.2017 (BGBl. I 2017, S. 1416).

¹³ Richtlinie (EU) 2019/1 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.12.2018 zur Stärkung der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten im Hinblick auf eine wirksamere Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften und zur Gewährleistung des reibungslosen Funktionierens des Binnenmarkts (ABl. EU Nr. L 11/3 v. 14.3.2019).

¹⁴ Näher dazu Achenbach, wistra 2018, 185 (186 ff.); ders., wistra 2019, 257 (258 ff.).

¹⁵ Erstes Gesetz zur Novellierung von Finanzmarktvorschriften auf Grund europäischer Rechtsakte (Erstes Finanzmarktnovellierungsgesetz – 1. FiMaNoG) v. 30.6.2016, BGBl. I 2016, S. 1514; Zweites Gesetz etc. (Zweites Finanzmarktnovellierungsgesetz – 2. FiMaNoG) v. 23.6.2017, BGBl. I 2017, S. 1693.

¹⁶ Im Einzelnen § 50 Abs. 10 f. BörsG, § 340 Abs. 7 f. KAGB, § 56 Abs. 6a–6d KWG, § 332 Abs. 6–8 VAG, § 120 Abs. 17–23 WpHG, § 60 Abs. 4–7 WpÜG; siehe ferner den schon vor den FiMaNoG eingeführten § 172 Abs. 2 S. 2, Abs. 3 SAG. Zum Ganzen auch Achenbach, wistra 2018, 13; Spoerr, in: Assmann/Schneider/Mülbert (Hrsg.), Wertpapierhandelsrecht, Kommentar, 7. Aufl. 2019, WpHG § 120 Rn. 376 ff.

OWiG). Im Kartellrecht lässt § 81 Abs. 5 GWB reine Ahndungsgeldbußen in dieser Höhe zu, und im Kapitalmarktrecht stellt jedenfalls § 56 Abs. 7 KWG die Abschöpfung des aus der Ordnungswidrigkeit gezogenen wirtschaftlichen Vorteils neben die hohen Verbandsgeldbußen nach den Absätzen 6a–6d des Gesetzes (siehe ferner § 172 Abs. 3 SAG); die übrigen kapitalmarktrechtlichen Gesetze sprechen ausdrücklich davon, dass die Ordnungswidrigkeit mit einer Geldbuße bis zu einem tatbestandsmäßigen Vielfachen des wirtschaftlichen Vorteils „geahndet werden“ könne.¹⁷

Angesichts dessen bedeutet die hergebrachte Redeweise von der Geldbuße als bloßer, sei es auch nachhaltiger, „Pflichtenmahnung“ eine gänzlich unangebrachte Bagatellisierung der Substanz einer derartigen Sanktion. Die in der Praxis bereits seit längerer Zeit verwirklichten hohen Milliongeldbußen im europäischen und auch im deutschen Kartellgeldbußenrecht werden in den Medien häufig als „Strafen“ bezeichnet, und das spiegelt eine ganz zutreffende Wahrnehmung der Öffentlichkeit wider.¹⁸ Eine Geldsanktion, die eine oder mehrere konzernangehörige Gesellschaft(en) mit einer öffentlichrechtlichen Zahlungspflicht bis zu 10 % oder z.T. gar 15 % des Konzernumsatzes belastet, ist einfach keine bloße Mahnung mit erhobenem Zeigefinger mehr, sondern bedeutet ein nachhaltiges Übel, mit dessen Festsetzung ein gesellschaftlich deutlich spürbarer Tadel ausgesprochen wird, der – neben der Möglichkeit keineswegs irrelevanten wirtschaftlicher Folgen – durchaus die Reputation, also wirtschaftlich gesprochen: das Image der sanktionierten Einheit beschädigen kann.

2. Dieser Bedeutungswandel hoher Verbandsgeldbußen lässt es als halbherzig erscheinen, wenn der RefE des VerSanG von dem „für bloßes Verwaltungsunrecht konzipierte(n)“ OWiG spricht.¹⁹ Nicht zu leugnen ist allerdings, dass das Gesetz ursprünglich so konzipiert war. Das heutige Ordnungswidrigkeitengesetz fußt auf dem OWiG 1968; dieses stand im Zeichen der Entkriminalisierung der Bagatelldelinquenz²⁰ und ist in vielen Details, namentlich im Verfahrensrecht, von dem Blick auf geringfügige Massenordnungswidrigkeiten und damit von einer ausgesprochenen Bagatellideologie geprägt.²¹ Doch kann die Betrachtung dabei nicht stehenbleiben. Das ließe die Ausbildung schwergewichtiger und durchaus sozialschädlicher „großer“ Ordnungswidrigkeiten außer Acht, die bereits mit dem GWB 1958 begonnen hatte.²²

¹⁷ § 50 Abs. 10 S. 3 BörsG, § 340 Abs. 7 S. 2 KAGB, § 332 Abs. 7 S. 1 VAG, § 120 Abs. 17, 18, 19, 20, 21, 22, jeweils S. 3 WpHG, § 60 Abs. 3 S. 1 WpÜG.

¹⁸ Siehe dazu auch Möschel, WuW 2010, 869.

¹⁹ RefE S. 1, 50.

²⁰ Achenbach, GA 2008, 1 (8) = ders., in: C. Schröder (Hrsg.), Grundfragen des Wirtschaftsstrafrechts, 2018, S. 112 (121 f.).

²¹ Siehe dazu den RegE des OWiG 1968, BT-Drs. V/1269, S. 23 ff.

²² Siehe dazu genauer Achenbach GA 2008, 1 (5 f., 12 ff.) = ders. (Fn. 20 – Grundfragen) S. 117 ff., 126 ff.; ferner ders.,

Generell ist die Entwurfsbegründung gekennzeichnet durch eine durchgängige negative Sicht auf die Sanktionierung von Verbänden durch die Verbandsgeldbuße des geltenden Rechts. Sie wird nicht müde, deren Defizite zu beschreiben.²³ Änderungen des OWiG als legislatorische Alternative lehnt der RefE des VerSanG²⁴ nicht nur unter Hinweis auf vermeintliche systematische Verwerfungen ab,²⁵ sondern auch deshalb, weil sie „an der ungeeigneten Verbandsgeldbuße sowie dem Opportunitätsprinzip festhalten müssten“.

3. Doch diese Konsequenz ist alles andere als zwingend. Im Gegenteil verfehlt der RefE mit dieser Attitüde untätiger Resignation gegenüber dem Ordnungswidrigkeitenrecht eine der Gesetzgebung heute gestellte wesentliche Aufgabe: die Schaffung eines angemessenen sachlichrechtlichen und prozeduralen Sanktionsrechts für die Gesamtheit der schwerwiegenden wirtschaftlichen Zuwiderhandlungen. Es geht nicht an, in Umsetzung europarechtlicher Vorgaben im Kapitalmarkt-Ordnungswidrigkeitenrecht die Möglichkeit gigantischer Verbandsgeldbußen zu schaffen und sich dann mit einem Hinweis auf die nun einmal leider defizitäre deutsche Rechtslage von den Konsequenzen zu dispensieren. Wenn unser heutiges Ordnungswidrigkeitenrecht die bezeichneten Mängel hat, dann ist es halt Aufgabe des deutschen Gesetzgebers, diese abzustellen! Weder das Opportunitätsprinzip noch etwaige Eignungsmängel der Verbandsgeldbuße sind der Gesetzgebung unabänderlich vorgegeben, sondern können von ihr aufgegriffen und durch besser funktionsfähige Regelungen ersetzt werden.

Nur so kann auch die mit den umgesetzten kapitalmarktrechtlichen europäischen Rechtsakten verbundene Verpflichtung zur Schaffung wirksamer und abschreckender Verwaltungssanktionen erfüllt werden.²⁶ Für das Kartellordnungswidrigkeitenrecht mag sich der Gesetzgeber mit dem Gedan-

in: Beulke/Popp/Wittig (Hrsg.), Das Dilemma des rechtsstaatlichen Strafrechts, Symposium für Bernhard Haffke, 2009, S. 101 (107 ff.) = ders., in: C. Schröder (Fn. 20), S. 134 (140 ff.).

²³ Siehe vor allem RefE S. 50, 53–56.

²⁴ S. 1 und 61, siehe ferner S. 50.

²⁵ Wegen einer „Vielzahl der erforderlichen verbands- und strafrechtsspezifischen Sonderregelungen“, die allerdings nicht einmal exemplarisch dargelegt werden.

²⁶ Siehe dazu die Nachw. in den Regierungsentwürfen der beiden FiMaNoG (BT-Drs. 18/8099, S. 1, und BT-Drs. 18/10936, S. 1 f.), sowie im Einzelnen die Richtlinien 2014/65/EU (ABl. EU Nr. L 173/149), Art. 70 Abs. 1 S. 2, 2014/57 (ABl. EU Nr. L 173/179) Art. 9, 2014/59 (ABl. EU Nr. L 173/190) Art. 110 Abs. 1 S. 3, und die Verordnungen (EU) 909/2014 (ABl. EU Nr. L 257/1) Art. 61 Abs. 1 S. 2, 1286/2014 (ABl. EU Nr. L 352/1) Art. 22 Abs. 1 S. 2, 2015/2365 (ABl. EU Nr. L 337/23) Art. 22 Abs. 2, und 2016/1011 (ABl. EU Nr. L 171/1) Art. 42 Abs. 1 S. 2; generell zu beachten ist die Verpflichtung der Mitgliedstaaten gemäß Art. 4 Abs. 3 UAbs. 2 EUV, geeignete Maßnahmen zur Erfüllung ihrer Verpflichtungen zu ergreifen, sowie zur effektiven Durchführung des Unionrechts gemäß Art. 197 Abs. 1 AEUV.

ken beruhigen, dass insofern die Zuständigkeiten bereits abweichend vom OWiG geregelt sind (siehe §§ 83 f., 91, 94 GWB) und im Übrigen in Umsetzung der ECN+-Richtlinie²⁷ das Bußgeld-Verfahrensrecht einer konkreteren Umarbeitung unterzogen wird. Aber auch der im Oktober 2019 vorgelegte Referentenentwurf einer 10. GWB-Novelle²⁸ greift die Geltung des Opportunitätsprinzips ebensowenig auf wie die von dem RefE des VerSanG angenommenen Defizite des § 30 OWiG, von Schwächen des Verfahrensrechts ganz zu schweigen.

IV. Die Notwendigkeit eines eigenen Sanktionsrechts für schwerwiegende verbandsbezogene Straftaten und Ordnungswidrigkeiten

1. An dieser Stelle ist noch einmal zu erinnern: Die im Zentrum des im RefE vorgeschlagenen Verbandssanktionsgesetzes stehende „Verbandsgeldsanktion“ ist der Sache nach nichts anderes als ein neues Gewand für die seit langem nach § 30 OWiG mögliche Geldbuße gegen eine juristische Person oder Personenvereinigung wegen einer verbandsbezogenen Straftat einer Leitungsperson. Sie löst der Entwurf des VerSanG aus dem Zusammenhang mit verbandsbezogenen Ordnungswidrigkeiten heraus und macht sie zum Gegenstand einer umfangreichen Neuregelung unter anderer Flagge, die dann auch noch mit Elementen eigener Art angereichert wird. Nach meiner Auffassung zieht der RefE damit die Trennlinie nicht an der richtigen Stelle. Denn die Fragen, die der Entwurf des VerSanG für Straftaten des Leitungspersonals von Unternehmensträgern beantwortet, stellen sich für schwerwiegende „große“ Ordnungswidrigkeiten im Rahmen von Verbänden in gleicher Weise oder jedenfalls sehr ähnlich. Sie hätten deshalb in den Anwendungsbereich der Neuregelung einbezogen werden sollen. Angesichts der vorstehend geschilderten Ausweitungen der Sanktionshöhe auch bei Ordnungswidrigkeiten wäre anstelle eines isolierten Vorstoßes zur Bekämpfung der Unternehmenskriminalität eher ein Gesetz zur Bekämpfung der schwerwiegenden Unternehmensdelinquenz erforderlich gewesen.²⁹

²⁷ Richtlinie (EU) 2019/1 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.12.2018 zur Stärkung der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten im Hinblick auf eine wirksamere Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften und zur Gewährleistung des reibungslosen Funktionierens des Binnenmarkts (ABl. EU Nr. L 11/3 v. 14.3.2019).

²⁸ Referentenentwurf eines Zehnten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 (GWB-Digitalisierungsgesetz) – bisher nicht veröffentlicht.

²⁹ Zu dem hier zugrunde gelegten Begriff der Wirtschaftsdelinquenz als Gesamtheit der vom geltenden Recht mit Strafe oder Geldbuße bedrohten Formen wirtschaftlich abweichenden Verhaltens siehe Achenbach, in: Feltes/Pfeiffer/Steinhilper (Hrsg.), Kriminalpolitik und ihre wissenschaftlichen Grundlagen, Festschrift für Professor Dr. Hans-Dieter Schwind zum 70. Geburtstag, 2006, S. 177 (180) = *ders.*, in: C. Schröder (Fn. 20), S. 15 (19).

2. Damit stellt sich die Frage der Abgrenzung der schwerwiegenden von den übrigen, nicht in diese Kategorie fallenden Zuwiderhandlungen.

a) Im Strafrecht lokalisierte Zuwiderhandlungen von Leitungspersonen eines Verbandes³⁰, durch die Pflichten, die den Verband treffen, verletzt worden sind oder durch die der Verband bereichert worden ist oder werden sollte, also Verbandsstraftaten i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 3 E-VerSanG, sieht der RefE offensichtlich als stets so gewichtig an, dass sie den Einsatz des im VerSanG institutionalisierten Sanktionsinstrumentariums auslösen. Diese Entscheidung soll für die hier verfolgte Fragestellung nicht weiter problematisiert werden.

b) Bezogen auf das weite Feld der Ordnungswidrigkeiten erscheint eine derart formalisierte Eingrenzung dagegen von vornherein unmöglich. Die Praxis des § 30 OWiG lehrt, dass auch weniger gewichtige Vorgänge durch kleinere Verbandsgeldbußen geahndet werden können. Die Verwirklichung eines Bußgeldtatbestandes durch die Leitungsperson eines Verbandes unter den Voraussetzungen des § 30 OWiG allein kann also nicht als Kriterium einer schwerwiegenden Ordnungswidrigkeit herangezogen werden. Vielmehr ist eine zusätzliche inhaltliche Abgrenzung hier unumgänglich. Zunächst muss es also stets um die Festsetzung einer Verbandsgeldbuße gehen. Im Einzelnen scheidet dann aber eine tatbestandsbezogene Bestimmung einfach wegen der schieren Menge des Materials aus. Auch eine auf die konkrete Sanktionserwartung abstellende Abgrenzung erscheint wenig praxismäßig, da sich diese während des Verfahrens noch deutlich verändern kann.³¹

Vielmehr dürfte sich eine Betrachtung anbieten, die auf die abstrakte Geldbußdrohung in den Tatbeständen abstellt, deren Verwirklichung den Gegenstand des Verbandsgeldbußverfahrens bildet. Die Anwendung eines reformierten Rechts der Verbandsgeldbußen auslösen sollten nach meiner Auffassung sämtliche auf den Gesamtumsatz eines Unternehmens bezogenen Verbandsgeldbußdrohungen, ferner alle Tatbestände, die die Anordnung einer Verbandsgeldbuße in Höhe eines Mehrfachen des aus der Ordnungswidrigkeit gezogenen wirtschaftlichen Vorteils erlauben, und schließlich zumindest alle Zuwiderhandlungen, welche durch Verbandsgeldbuße mit einem festen Höchstbetrag von 1 Mio. Euro und mehr geahndet werden können.

3. a) Dieser Gedanke hat eine bedeutsame Konsequenz: Zumindest im Bußgeld-Verfahrensrecht erscheint es danach unabweisbar, eine Zweiteilung in Regeln für kleine und mittlere Ordnungswidrigkeiten einerseits und für schwerwie-

³⁰ = Juristische Person des öffentlichen oder privaten Rechts, nicht rechtsfähiger Verein oder rechtsfähige Personengesellschaft, § 2 Abs. 1 Nr. 1 E-VerSanG.

³¹ Man muss sich klarmachen, dass die hier zum Vergleich herangezogenen Regelungen für die sachliche gerichtliche Zuständigkeit in Strafsachen (§§ 24 f., 73 ff., 120 GVG) erst am Ende des Ermittlungsverfahrens eingreifen, während das Verfahrensrecht für die Ermittlung von Ordnungswidrigkeiten durch die zuständige Fachbehörde (§§ 35 Abs. 1, 36 OWiG) bereits feststehen muss, wenn diese mit der Ermittlung des Sachverhalts beginnt.

gende Ordnungswidrigkeiten andererseits einzuführen.³² Wie man das gesetzestechisch ausführen könnte, wirft allerdings schwierige Fragen auf. Angesichts des weit vorangeschrittenen Denk- und Formulierungsprozesses für ein VerSanG scheint es mir wenig aussichtsreich, insofern weitgehende Veränderungen an dessen Text vorzuschlagen. Zu denken wäre eher daran, im OWiG einen eigenen Abschnitt über besondere Verfahrensregeln für schwerwiegende Ordnungswidrigkeiten einzufügen – ob im Wege einer Ergänzung des vorliegenden RefE oder einer OWiG-Novelle, bleibe hier dahingestellt.

b) Zu diskutieren wäre des Weiteren, inwieweit eine Übernahme der besonderen Normen des VerSanG (§§ 9, 16–19 i.d.F. des RefE) über die Zumessung der „Verbandsgeldsanktion“, also insbesondere über die (freilich bisher eher rudimentär angedeutete) Bedeutung von Compliance-Maßnahmen und über die Berücksichtigung von verbandsinternen Untersuchungen³³, für schwerwiegende Ordnungswidrigkeiten sinnvoll und geboten erscheint und wie sie sich gesetzestechisch zu § 17 OWiG verhalten soll. In diesem Zusammenhang spricht vieles für den Vorschlag des RefE,³⁴ bei der Verbandsgeldbuße wegen Ordnungswidrigkeiten die Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils mittels deren Erhöhung gemäß § 30 Abs. 3 i.V.m. § 17 Abs. 4 OWiG zu ersetzen durch die nicht mehr subsidiäre Einziehung des Wertes von Taterträgen i.S.v. § 29a OWiG – ebenso wie der RefE für die „Verbandsgeldsanktion“, also die Verbandsgeldbuße in Anknüpfung an eine Straftat, die Anwendbarkeit der §§ 73 ff. StGB vorsieht und eine dem heutigen § 30 Abs. 5 OWiG entsprechende Ausschlussregel ablehnt.³⁵ Der Erörterung bedürfte nur, ob diese Änderung für sämtliche Bußgeldtatbestände gelten soll (so der RefE) oder ob auch sie auf schwerwiegende Ordnungswidrigkeiten beschränkt werden müsste.

c) Kopferbrechen bereitet der Umgang mit der materiellrechtlichen Regelung der Geldsanktion für Verbände. Inhaltlich deckt sich § 3 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 2 Abs. 1 E-VerSanG mit den Voraussetzungen für die Festsetzung einer Verbandsgeldbuße in Anknüpfung an eine Straftat gemäß dem geltenden § 30 OWiG (s.o. II.).³⁶ Wenn aber auch Geldbußen in mehrstelliger Millionen- oder gar Milliardenhöhe über eine bloße „Pflichtenmahnung“ hinaus gewichtige ahndende Sanktionen mit spürbaren Folgen für die Reputation der sanktionierten Einheit bedeuten, dann wäre es nur konsequent, anzuerkennen, dass die „Verbandsgeldsanktion“

i.S.d. E-VerSanG der Sache nach weiterhin nichts anderes ist als eine Art der Verbandsgeldbuße. Richtig ist der Vorschlag, diese Verbandsgeldbuße wegen einer verbandsbezogenen Straftat einer Leitungsperson aus § 30 OWiG herauszulösen; denn als Rechtsfolge einer Straftat gehört sie nicht in ein Gesetz, das sich seinem legislatorischen Programm nach allein mit Ordnungswidrigkeiten befasst.³⁷ Dann kann aber letztlich auch die Benennung als „Verbandsgeldsanktion“ und die Regelung in einem Verbandssanktionengesetz mangels bezeichnungs-kräftiger Alternativen beibehalten werden – wenn man sich nur inhaltlich darauf verständigt, dass damit nicht eine Rechtsfolge sui generis, sondern eine Verbandsgeldbuße in Anknüpfung an eine Straftat einer Leitungsperson gemeint ist.³⁸

V. Abbreuiatur einiger Konsequenzen

Bezieht man in dieser Weise die großen, schwerwiegenden Ordnungswidrigkeiten in die Betrachtung ein, so sind sämtliche Vorschläge des vorliegenden Gesetzentwurfs darauf hin zu prüfen, ob sie auch für deren sachliche Behandlung und für das ihrer Verfolgung dienende Verfahren tauglich und übernahmewürdig erscheinen. Hier soll es mit einigen ausgewählten Andeutungen sein Bewenden haben:

1. Der RefE sieht über die Verweisung auf die StPO in § 25 Abs. 1 E-VerSanG mangels einer dem § 47 Abs. 1 OWiG entsprechenden Vorschrift vor, dass für die Festsetzung einer „Verbandsgeldsanktion“ das Legalitätsprinzip des § 152 Abs. 2 StPO gilt.³⁹ Die §§ 36 ff. E-VerSanG enthalten dann Gründe für ein Absehen von der Verfolgung, die den §§ 153 ff. StPO nachgebildet und an die Besonderheiten der Sanktionierung von Verbänden angepasst sind. Bezogen auf Verbandsgeldbußen im Ordnungswidrigkeitenrecht ist zu berücksichtigen, dass eine Arbeitsgruppe der OECD auch für diese im Zusammenhang mit der Bekämpfung der Auslandsbestechung eine Abschaffung des Opportunitätsprinzips und die Einführung des Legalitätsprinzips empfiehlt.⁴⁰ 2011 hatte sich die Arbeitsgruppe noch mit der Forderung nach einer Herausgabe von Leitlinien über den Gebrauch des Verfolgungsermessens begnügt, um die Wirksamkeit der Verantwortlichkeit juristischer Personen sicher-

³² Siehe dazu bereits *Achenbach*, in: Kempf/Lüderssen/Volk (Hrsg.), Unternehmensstrafrecht, 2012, S. 271 (275 f.).

³³ Siehe weiter unten V. 4.

³⁴ RefE S. 41, 142.

³⁵ Siehe RefE S. 76 zu § 3.

³⁶ Mit dem Unterschied, dass die Adressaten der Sanktion nicht mehr als „juristische Personen und Personenvereinigungen“, sondern zusammenfassend als „Verbände“ bezeichnet werden und dass die Verletzung betriebsbezogener Pflichten und die eingetretene oder intendierte Bereicherung des Verbandes in § 2 Abs. 1 Nr. 3 E-VerSanG als Begriffsmerkmale der „Verbandsstraftat“ auftauchen.

³⁷ Siehe zur Vertiefung dieses Gedankens *Achenbach* (Fn. 11), *GW* § 82 Rn. 10 f.

³⁸ Dann wäre allerdings eine Klarstellung in der Gesetzesbegründung zu fordern, dass auch für die Verbandsgeldbuße in den hier zugrunde gelegten Dimensionen die Interpretation als bloße Pflichtenmahnung ohne den Ernst einer ahndenden Sanktion von Gewicht nicht mehr angemessen erscheint (vgl. oben II. 1.).

³⁹ RefE S. 59, 115.

⁴⁰ So der Phase 4-Bericht der Arbeitsgruppe für Bestechungsfragen im internationalen Geschäftsverkehr (OECD Working Group on Bribery) zur Überprüfung der Umsetzung des OECD-Übereinkommens über die Bestechung ausländischer Amtsträger, siehe dazu *Burkhart/Fratzky*, *wistra* 2019, 41 (44) mit Nachw.

zustellen.⁴¹ Das Minimum wären Regelbeispiele für Einschränkungen des Verfolgungsermessens in § 47 OWiG; für eine gänzliche Aufgabe des Opportunitätsprinzips des § 47 Abs. 1 OWiG spräche aber der Gedanke der Gleichbehandlung mit der „Verbandsgeldsanktion“ im soeben bezeichneten Sinne.

2. Problematisch erscheint die Behandlung der Rechtsnachfolgeproblematik. Der RefE übernimmt in § 6 E-VerSanG den § 30 Abs. 2a S. 1 OWiG mit seinen Lücken, die in Kartellbußgeldverfahren nach 2013 offenbar geworden sind;⁴² er unternimmt keinen Versuch, diese selbst zu schließen. Statt dessen importiert er in § 7 E-VerSanG aus dem Kartellrecht die dort in § 81a GWB geregelte „Ausfallhaftung“ bei Erlöschen des Verbandes oder bei Verschiebung von Vermögen nach Einleitung des Sanktionsverfahrens. Diese Konstruktion überzeugt jedoch schon im Kartellrecht nicht.⁴³ Die Idee, anstelle einer Verbandsgeldbuße (bzw. einer „Verbandsgeldsanktion“) gegen den Verband, aus dem heraus die Anknüpfungstat begangen wurde, in diesen Konstellationen einen gleich hohen „Haftungsbetrag“ gegen die herrschende Gesellschaft im Konzern oder ihre Rechtsnachfolger festzusetzen ist ein – m.E. vergeblicher – Kunstgriff, der im Kartellrecht dazu dienen soll, ein Eingreifen des Rückwirkungsverbots aus Art. 103 Abs. 2 GG oder Art. 20 Abs. 3 GG auszuschließen. Die vermeintliche reine Haftung der Konzernmutter etc. bedeutet in Wahrheit eine Erstreckung der Geld(buß)sanktion auf die herrschende Gesellschaft, deren Verantwortlichkeit jedoch nicht an den dafür geltenden Kriterien (Vorsatz oder Fahrlässigkeit ihrer Leitungspersonen, Sanktionsbegründungs- und Sanktionszumessungsschuld) gemessen wird.

3. In eine ähnliche Richtung gehen die Bedenken gegen die umsatzbezogene Bestimmung des Geldbußhöchstmaßes, wie sie jetzt auch § 9 Abs. 2 E-VerSanG für die Verbandsgeldsanktion vorschlägt. Die Ausweitung des Geldbußrahmens auf 10 % des durchschnittlichen Jahresumsatzes der mit dem sanktionierten Verband als wirtschaftliche Einheit operierenden natürlichen Personen und Verbände i.S.v. § 9 Abs. 2 E-VerSanG steht in einem auffälligen Widerspruch zu der Regelung für die Zumessung der Verbandsgeldsanktion in § 16 E-VerSanG, die im Einklang mit dem Schuldprinzip auf die Schuld des Täters der Verbandsstraftat und deren Unrecht abhebt. Der RefE sieht (zu Recht) auch davon ab, eine den Absätzen 3a bis 3e des § 81 GWB entsprechende (Gesamt-)Schuldnerstellung der lenkenden Gesellschaft(en) und ihrer rechtlichen und wirtschaftlichen Nachfolger für die Geldsanktion anzuordnen. Dennoch belastet § 9 Abs. 2 E-

VerSanG den Verband, dessen Leitungsperson die Anknüpfungstat begangen hat, mit einer völlig unverhältnismäßigen, im Widerspruch zum Schuldmaßsprinzip⁴⁴ stehenden Sanktionsdrohung, deren Höhe nichts mit den Parametern der konkreten Anknüpfungstat zu tun hat. Dass der Sanktionsrahmen nicht eine fest bestimmte Obergrenze, sondern nur ein anhand des Umsatzes bestimmbares Höchstmaß aufweist, verstößt m.E. gegen das auch für die Sanktionsdrohung geltende Gebot der Gesetzesbestimmtheit. Zudem ist das nach § 9 Abs. 2 S. 2 E-VerSanG von dem Umsatz der letzten drei Geschäftsjahre vor der Sanktionsverhängung abhängige Höchstmaß nicht, wie es Art. 103 Abs. 2 GG verlangt, für den Normadressaten vorausschubar, „bevor die Tat begangen wurde“.

4. Zu intensiven Diskussionen werden die Vorschläge des RefE zur gesetzlichen Regelung verbandsinterner Untersuchungen (also internal investigations) führen (§§ 17–19 E-VerSanG). Ob die Lösung über eine bloße Milderung der Verbandssanktion bei umfassender Kooperation des Verbandes oder von ihm beauftragter Dritter hier das letzte Wort sein kann, scheint mir fraglich, zumal letztlich nur eine Reduktion des Höchstmaßes der Verbandssanktion auf die Hälfte und damit auf immerhin noch 5 % des durchschnittlichen Umsatzes der wirtschaftlichen Einheit versprochen wird (§ 19 E-VerSanG).

5. Fragen wir schließlich die Kompetenzregelung auf. Der RefE sieht für die Verhängung von Verbandssanktionen bei einer Sanktionserwartung von mehr als 1 Mio. Euro eine Zuständigkeit der Strafkammer beim LG, bei geringerer Sanktionserwartung die Zuständigkeit des Schöffengerichts beim AG vor (Neufassung der §§ 74 Abs. 1 und 25 GVG gemäß Art. 2 des Entwurfs). Die Forderung, auch für hohe Verbandsgeldbußen i.S.v. § 30 OWiG anstelle der derzeit geltenden Ahndungskompetenz der einschlägigen Fachbehörde gemäß § 35 Abs. 2 OWiG die Zuständigkeit eines gerichtlichen Spruchkörpers einzuführen, schiene mir dagegen rechtspolitisch keine Aussicht auf Erfolg zu versprechen.⁴⁵ Einer Revision dringend bedürftig ist aber die sachliche Zuständigkeit des Einzelrichters beim AG für Einsprüche gegen den Bußgeldbescheid,⁴⁶ die keinerlei Rücksicht nimmt auf Umfang und Schwere der Sache und die Höhe der Geldbuße (§ 68 Abs. 1 OWiG). Hier sollte eine Parallele zu der geschilderten erstinstanzlichen Gerichtszuständigkeit für Verbandssanktionen nach dem VerSanG erwogen werden.⁴⁷

⁴¹ So der Phase 3-Bericht der Arbeitsgruppe auf S. 87 zu einer nicht umgesetzten Empfehlung des Phase 1-Berichts; Fundstellennachweise bei *Burkhart/Fratzky*, wistra 2019, 41 (43 Fn. 15).

⁴² Stichwort „Wurstlücke“, siehe dazu nur etwa *Achenbach*, wistra 2018, 185 f.; und zu den in § 30 Abs. 2a OWiG nicht erfassten Konstellationen *ders.*, wistra 2013, 369 (373); sowie *ders.* (Fn. 11), GWB § 81 Rn. 140, 467.

⁴³ Siehe dazu eingehend *Achenbach* (Fn. 11), GWB § 81a Rn. 18 ff. mit ausführlichen Nachw.

⁴⁴ Strafe und strafähnliche Sanktionen nur nach dem Maß der Schuld, siehe etwa BVerfGE 45, 187 (260); 81, 228 (237); 110, 1 (13 f.); 140, 317 Rn. 55.

⁴⁵ Obwohl sie nicht ohne Berechtigung in der Literatur erhoben wird, siehe etwa *Möschel*, WuW 2010, 869 (874 ff.); grundsätzlich *Mattes*, Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten, Bd. 2, 1982, S. 349 ff.

⁴⁶ Außerhalb des Rechts der Kartellordnungswidrigkeiten (§§ 83 f. GWB) und der Übernahmeordnungswidrigkeiten (§ 62 WpÜG).

⁴⁷ Mit der Maßgabe, dass anstelle einer Sanktionserwartung auf die festgesetzte Höhe der Verbandsgeldbuße abzustellen wäre.