

Beiträge zum Strafrecht –
Contributions to Criminal Law

18

Anna Helena Albrecht | Georg Steinberg (Hrsg.)

Der Allgemeine Teil des Wirtschaftsstrafrechts

Beiträge zu Ehren unserer Kollegen Uwe Hellmann
und Wolfgang Mitsch



Nomos

Beiträge zum Strafrecht –
Contributions to Criminal Law

herausgegeben von

Prof. Dr. Jochen Bung, Universität Hamburg

Prof. Dr. Christoph Burchard,
Goethe-Universität Frankfurt

Prof. Dr. Jörg Eisele, Universität Tübingen

Prof. Dr. Elisa Hoven, Universität Leipzig

Prof. Dr. Johannes Kaspar, Universität Augsburg

Prof. Dr. Tobias Reinbacher,
Julius-Maximilians-Universität Würzburg

Prof. Dr. Dr. Frauke Rostalski, Universität zu Köln

Band 18

Anna Helena Albrecht | Georg Steinberg (Hrsg.)

Der Allgemeine Teil des Wirtschaftsstrafrechts

Beiträge zu Ehren unserer Kollegen Uwe Hellmann
und Wolfgang Mitsch



Nomos



Onlineversion
Nomos eLibrary

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-7560-0638-0 (Print)

ISBN 978-3-7489-4268-9 (ePDF)

1. Auflage 2023

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2023. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

An die 1991 gegründete Juristische Fakultät der Universität Potsdam sind *Wolfgang Mitsch* 1992 und *Uwe Hellmann* 1994 berufen worden. Durch ihr Wirken haben sie nicht nur der Strafrechtswissenschaft im Ganzen wichtige Impulse gegeben, sondern auch die Potsdamer Strafrechtslehre mit aufgebaut und über drei Jahrzehnte geprägt; auch seit ihrem Eintritt in den Ruhestand 2021 bringen sie sich weiterhin intensiv in Forschung und Lehre ein. Wir – *Anna Helena Albrecht* seit 2015, *Georg Steinberg* seit 2016 – durften sie als vorbildhaft arbeitende Kollegen kennenlernen, denen gute Lehre ein persönliches Anliegen und die Übernahme anfallender Zusatzaufgaben ebenso selbstverständlich ist wie ein kollegial-freundschaftliches Miteinander.

Als Zeichen unseres Dankes für die guten gemeinsamen Jahre haben wir im Juli 2022 Freund:innen und Wegbegleiter:innen *Wolfgang Mitsch* und *Uwe Hellmanns* zu einem Kolloquium nach Potsdam eingeladen; das Rahmenthema „Der Allgemeine Teil des Wirtschaftsstrafrechts“ bot sich als Schnittmenge der wissenschaftlichen Hauptbetätigungsfelder der zu Ehrenden an. Die intensiv diskutierten Kolloquiumsvorträge *Hans Achenbachs*, *Jörg Eiseles*, *Christian Schröders* und *Detlev Sternberg-Liebens* finden sich im vorliegenden Band ergänzt um weitere Beiträge aus dem wissenschaftlichen Umfeld der zu Ehrenden.

Potsdam, im März 2023

Anna Helena Albrecht und Georg Steinberg

Inhaltsverzeichnis

Prof. Dr. Hans Achenbach

Der Allgemeine Teil des Ordnungswidrigkeitenrechts –
Charakteristika im Vergleich mit dem Strafrecht 9

Prof. Dr. Katharina Beckemper

Vom Sinn eines Nebenstrafrechts im Wirtschaftsstrafrecht 25

Prof. Dr. René Börner

Die rechtfertigende Einwilligung in die Todeserfolgsqualifikation 47

Dr. Matthias Brockhaus/Carolin Baumeister

Eine kritische Betrachtung des Einheitstäterbegriffs am Beispiel des
§ 24 Lieferkettensorgfaltspflichtengesetzes 67

Prof. Dr. Jörg Eisele

Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Geschäftsleitern für
Menschenrechtsverletzungen 85

Dr. Alix Giraud-Willer

Einige Gedanken über die Unterlassung im Wirtschaftsstrafrecht
am Beispiel des *abus de biens sociaux par omission* in Frankreich 105

Dr. Yao Li/Prof. Dr. Georg Steinberg

Der vorsatzausschließende Rechtsirrtum und die Irrtums-
Verordnung von 1917. Historisches Anschauungsmaterial für ein
aktuelles Problemfeld 117

Dipl.-Jur. Alexander Mitsch/Dipl.-Jur. Sebastian Mitsch

Rechtliche Probleme bei der Notwehr gegen Straßenblockaden
durch Klimaaktivisten 159

Prof. Dr. Christian Schröder

Wirtschaftsstrafaten und Geldwäsche 189

Inhaltsverzeichnis

Dr. Diana Stage

Das Steuergeheimnis als Allgemeiner Teil des Wirtschaftsstrafrechts – am Beispiel der (möglichen) Durchbrechung des Steuergeheimnisses nach § 30 Abs. 4 Nr. 5 lit. b AO zur Aufklärung von Subventionsbetrugstaten im Zusammenhang mit der Beantragung von Corona-Hilfen	199
--	-----

Prof. Dr. Detlev Sternberg-Lieben

Auswirkungen von Criminal Compliance-Regelungen auf das Wirtschaftsstrafrecht	227
--	-----

AutorInnenverzeichnis	261
-----------------------	-----

Der Allgemeine Teil des Ordnungswidrigkeitenrechts – Charakteristika im Vergleich mit dem Strafrecht

Prof. Dr. Hans Achenbach

I. Rahmenbedingungen

Mein Thema ist der Allgemeine Teil des Ordnungswidrigkeitenrechts im Vergleich mit dem Allgemeinen Teil des Strafrechts, und zwar mit der besonderen Blickrichtung auf die charakteristischen Unterschiede, also die Punkte, in denen die beiden Systeme voneinander abweichen.

Der Vergleich zwischen dem allgemeinen Ordnungswidrigkeitenrecht und dem allgemeinen Strafrecht ist deshalb besonders anregend, weil beide ihren Ursprung in unterschiedlichen Phasen der Rechtsentwicklung haben. Das Ordnungswidrigkeitengesetz trat in grundlegend reformierter Gestalt in Kraft Anfang Oktober 1968¹; der dem OWiG 1968 zugrunde liegende Entwurf der Bundesregierung stammt vom Januar 1967² und ist ausweislich seiner Begründung noch in enger Anlehnung an den von der Bundesregierung 1962 vorgelegten Entwurf eines StGB, den mehr berüchtigten als berühmten „E 1962“³, entwickelt worden.⁴ Allerdings hat das EGStGB vom März 1974⁵ das OWiG in etlichen Punkten an die seit Anfang 1975 geltende Neufassung des Allgemeinen Teils des StGB angepasst, die statt auf den E 1962 auf den 1966 von einem Kreis damals junger Strafrechtsprofessoren vorgelegten Alternativ-Entwurf⁶ zurückging. Dennoch verbleiben Unterschiede.

Ein sinnfälliges Beispiel bietet das tatbestandsmäßige und rechtswidrige, aber nicht notwendig schuldhaftes bzw. vorwerfbare Verhalten. Dieses heißt

1 Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (OWiG) v. 24.5.1968 (BGBl. I, 481), § 112.

2 Entwurf eines Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten (OWiG) v. 8.1.1967, BT-Drucks. V/1269, im Folgenden zitiert als RegE.

3 Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1962 v. 4.10.1962, BT-Drucks. IV/650.

4 S. BT-Drucks. V/1269 S. 40 u.ö.

5 Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch (EGStGB) v. 2.3.1974 (BGBl. I S. 469), Art. 28 Nr. 5.

6 Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches Allgemeiner Teil, vorgelegt von Baumann u.a., 1966.

in § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB seit 1975 „rechtswidrige Tat“, dagegen verwendet das OWiG in § 1 Abs. 2 dafür bis heute den Begriff „mit Geldbuße bedrohte Handlung“.⁷ Diese Terminologie korreliert mit der bis Ende 1974 geltenden Fassung des StGB; darin setzten etwa die Normen über die Unterbringung in einer Heil- oder Pflegeanstalt in § 42b oder über Anstiftung und Beihilfe in §§ 48 und 49 eine „mit Strafe bedrohte Handlung“ voraus.⁸

II. Schuldlehre

Beginnen möchte ich mit der Schuldlehre. Denn in ihr ist das grundlegende Selbstverständnis des deutschen Ordnungswidrigkeitenrechts am deutlichsten greifbar.

1. Das OWiG vermeidet die Begriffe Schuld oder schuldhaft und spricht an den sachlich hierfür in Betracht kommenden Stellen von „vorwerfbar“. Zwei Belege: § 17 Satz 1 des Strafgesetzbuchs formuliert dezidiert, der Täter handle „ohne Schuld“, wenn er die irrige Annahme, kein Unrecht zu tun, also einen Verbotsirrtum, nicht vermeiden konnte; dagegen beschreibt § 11 Abs. 2 des Ordnungswidrigkeitengesetzes i.d.F des EGStGB 1974⁹ das Handeln in dieser Konstellation als „nicht vorwerfbar“. Und die grundlegende Definition der Ordnungswidrigkeit in § 1 Abs. 1 OWiG bestimmt diese als rechtswidrige und „vorwerfbare“ – also nicht wie bei der Straftat „schuldhaft“ – Handlung, die den Tatbestand eines Gesetzes verwirklicht, das die Ahndung mit einer Geldbuße zulässt.¹⁰

Eine inhaltliche Begründung gibt der Regierungsentwurf des OWiG 1968 eben im Zusammenhang mit der Regelung des Verbotsirrtums - damals § 6 Abs. 2 der Entwurfsfassung. Danach spricht der Entwurf bewusst nicht von einer ‚Schuld‘ des Täters, „weil mit dem Schuldbegriff das Element sozial-ethischer Mißbilligung verbunden werden kann, das in dem Vorwurf eines bloßen Ordnungsverstoßes nicht enthalten ist“.¹¹ Schon zuvor hatte die Begründung ausgeführt, bei der vorangehenden Entwicklung des Rechts

7 Der RegE des OWiG 1968 sah den schon im E 1962 vorgeschlagenen Begriff der rechtswidrigen Tat als „für das Kriminalstrafrecht verbraucht“ an (BT-Drucks. V/1269 S. 40 re.Sp.).

8 Heute rechtswidrige Tat, s. §§ 63, 26 f. StGB

9 S. Fn. 3.

10 Zum Begriff der Straftat s. nur etwa *Eisele* in Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, Vor §§ 13 ff. Rn. 12; *Kühl* in Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. 2018, Vor § 13 Rn. 6.

11 BT-Drucks. V/1269 S. 46 re. u.

der Ordnungswidrigkeiten habe sich der Gesetzgeber von dem Grundsatz leiten lassen, „einmal solche Handlungen lediglich mit Geldbuße zu bedrohen, die zwar ethisch farblos sind, deren Bekämpfung jedoch im Interesse der öffentlichen Ordnung notwendig ist, zum anderen aber auch Handlungen, bei denen der Unrechtsgehalt der Tat so gering ist, daß kein Grund für das sittliche Pathos des Strafens gegeben ist“.¹²

Das Bundesverfassungsgericht hat nicht nur in seiner älteren Rechtsprechung diesen Standpunkt übernommen.¹³ Noch in seinem Beschluss von 2016 zur Verfassungswidrigkeit von § 10 des Rindfleischetikettierungsgesetzes erwägt der Zweite Senat des Gerichts, ob an die Bestimmtheit einer Ermächtigungsnorm hinsichtlich der Ahndung von Ordnungswidrigkeiten geringere Anforderungen zu stellen seien als an die von Strafnormen – was der Senat im Ergebnis offenlässt. Dafür soll aber nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts jedenfalls sprechen, „dass die Beurteilung einer Handlung als ordnungswidrig nicht zugleich einen sozialetischen Vorwurf enthält, wie er das Wesen der Kriminalstrafe charakterisiert.“¹⁴

2. Meines Erachtens werden diese Aussagen in ihrer Einseitigkeit der Weiterentwicklung sowohl des Strafrechts als auch des Ordnungswidrigkeitenrechts seit 1967 nicht gerecht; sie erscheinen mir schlicht zu undifferenziert.

a) Ob man wirklich für die Gesamtheit der Straftatbestände noch von einem *sittlichen Pathos des Strafens* sprechen kann, ist insbesondere für das Bild des heutigen Wirtschafts- und Verbraucherschutzstrafrechts diskussionswürdig und –bedürftig. Um ein aktuelles Beispiel aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu wählen:¹⁵ § 58 des Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuchs (LFGB) mit einigen komplizierten Verweisungen bedroht es u.a. mit Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren, wenn der Täter – die Täterin – nicht sicherstellt, dass bei der Herstellung von Fleischerzeugnissen Knorpel des Kehlkopfes und der Luftröhre nicht verwendet wird. Das beschreibt vermutlich einen gesundheitspolitisch bedeutsamen Tatbestand; ob aber der Täter der einschlägigen Strafnorm hier ausgerechnet einen sozialetischen, einen sittlichen Vorwurf verdient, kann man doch hinterfragen. Derartige mehr technische Verstößnormen finden

12 BT-Drucks. V/1269 S. 23 re. Sp.

13 BVerfGE 9, 167, 171; 22, 49, 79 f.; 27, 18, 28, 33; 45, 272, 289.

14 BVerfGE 143, 38 = NJW 2016, 3548, Rn. 56.

15 S. BVerfGE 153, 310 = wistra 2020, 242, insbes. Rn. 56.

sich indes heute auch im Strafrecht *sensu stricto* außerhalb des Kernstrafrechts in nicht geringer Zahl.

b) Auf der anderen Seite lässt aber ein Verständnis der Gesamtheit der Ordnungswidrigkeiten-Tatbestände als *sozialethisch irrelevante bloße Ordnungsverstöße* ein Phänomen außer Acht, das in der jüngeren Rechtsentwicklung an Bedeutung und Umfang zunimmt: das der „großen“ Ordnungswidrigkeiten, die mit Verbandsgeldbußen in Millionenhöhe und über Höchstmaßregelungen bis zu 10% oder gar 15% des weltweiten Jahresumsatzes eines Konzerns potentiell sogar in Milliardenhöhe sanktioniert werden können.¹⁶ Sie finden sich namentlich im Kartellrecht und im Kapitalmarktrecht.¹⁷ Gestaltungen, wie die damit in bestimmten Konstellationen mit Geldbuße ahndbaren Hardcore-Kartelle, Insiderhandelsverstöße oder Marktmanipulationen sind nicht nur evident sozialschädlich, sondern scheinen mir auch alles andere als „ethisch farblos“.

3. *Inhaltlich* folgen zudem aus der terminologischen Differenz von Vorwerfbarkeit und Schuld keine wesentlichen Unterschiede. Vielmehr ist in der Doktrin des Ordnungswidrigkeitenrechts weithin anerkannt: Der dort verwendete Begriff der Vorwerfbarkeit entspricht dem strafrechtlichen der Schuld.¹⁸ Die gesetzlich in § 11 Abs. 2 und § 12 OWiG geregelten Anwendungsfälle decken sich inhaltlich mit den §§ 17, 19 und 20 StGB sowie § 3 JGG. Allerdings fehlt im OWiG eine Parallelvorschrift zu dem in § 35 StGB geregelten entschuldigenden Notstand. Die Konsequenzen daraus sind strittig: Z.T. wird im Anschluss an den Rechtsausschussbericht zum

16 S. dazu schon *Achenbach* GA 2008, 1 ff. = *ders.*, Grundfragen des Wirtschaftsstrafrechts (hrsgg. von C. Schröder), 2018, S. 112 ff.

17 S. etwa die Höchstsätze in § 81c Abs. 2 i.V.m. Abs. 5 GWB 2021: 10% des Gesamtumsatzes eines Unternehmens i.S. einer weltweit operierenden wirtschaftlichen Einheit; § 50 Abs. 9 S. 1, Abs. 10, Abs. 11 BörsG: 10% des Gesamtumsatzes einer juristischen Person oder Personenvereinigung; § 56 Abs. 6a – 6c KWG: 10% des Gesamtumsatzes einer juristischen Person oder Personenvereinigung; § 120 WpHG Abs. 18 S. 2 Nr. 1: 15% des Gesamtumsatzes und Abs. 20 S. 2, Abs. 21 S. 1, Abs. 22 S. 2 Nr. 1: jeweils 10% des Gesamtumsatzes einer juristischen Person oder Personenvereinigung. Der Gesamtumsatz findet in § 50 Abs. 11 BörsG, § 56 Abs. 6d KWG und § 120 Abs. 23 WpHG eine differenzierte Deutung, aber stets unter Einbeziehung des Konzernabschlusses einer Muttergesellschaft.

18 S. nur *Gürtler/Thoma* in Göhler, OWiG, 18. Aufl. 2021, Vor § 1 Rn. 30; *Kraatz* Ordnungswidrigkeitenrecht, 2020 (zit. OWiR), § 6 Rn. 1; *Mitsch* in Karlsruher Kommentar zum OWiG, 5. Aufl. 2018 (zit. KKOWiG), Einl. Rn. 170; *Rebmann/Roth/Herrmann* OWiG, 3. Aufl. 31. Lieferung, Stand: Dezember 2021, Vor § 1 Rn. 45; *Rengier* in KKOWiG, Vor §§ 15, 16 Rn. 54; *Rogall* ebenda § 1 Rn. 8.

OWiG und EGOWiG 1968¹⁹ angenommen, die einschlägigen Situationen fielen im Ordnungswidrigkeitenrecht unter die Norm über den rechtfertigenden Notstand in § 16 OWiG²⁰; dagegen plädieren *Mitsch* und andere für eine dem Strafrecht entsprechende Lösung.²¹ Die Details müssen hier auf sich beruhen.

III. Weitere offene Unterschiede

1. Beteiligung (§ 14 OWiG)

Auf der Suche nach weiteren charakteristischen Besonderheiten fällt die Regelung der „Beteiligung“ in § 14 OWiG in den Blick.

a) Deren Prinzip beschreibt Abs. 1 Satz 1 dieser Norm mit dem Satz: „Beteiligen sich mehrere an einer Ordnungswidrigkeit, so handelt jeder von ihnen ordnungswidrig.“ Anders als bei den differenzierten Formen von Täterschaft und Teilnahme i.S.v. §§ 25 ff. StGB soll es hier also nicht darauf ankommen, in welcher Weise der oder die Beteiligte zur Verwirklichung des Tatbestandes beiträgt.²² Das deutsche Ordnungswidrigkeitenrecht folgt damit, wie *Mitsch* es formuliert, dem „Einheitsprinzip“, dem zufolge der einheitliche Beteiligungsbegriff ungeteilt bleibt.²³ Der Regierungsentwurf des OWiG 1968 hat dafür die Formulierungen vom „Einheitstäter“ oder der Einführung eines „einheitlichen Täterbegriffs“ verwendet. Er versprach sich davon eine erhebliche Erleichterung der Rechtsanwendung und eine Befreiung von juristischer Feinarbeit und von den mit der Abgrenzung verschiedener Teilnahmeformen stets verbundenen Zweifelsfragen und Unsicherheiten; diese könnten, so der Entwurf, namentlich bei Massenordnungswidrigkeiten die im ersten Zugriff entscheidenden Verwaltungsbehörden

19 Schriftlicher Bericht des Rechtsausschusses zu Drucks. V/2600 und zu Drucks. V/2601, S. 2 re.u.

20 So etwa *Gürtler/Thoma* in Göhler, OWiG, § 16 Rn. 16; *Lemke/Mosbacher* OWiG, 2. Aufl. 2005, § 16 Rn. 17; *Rebmann/Roth/Herrmann* OWiG, § 16 Rn. 2.

21 S. nur *Kraatz* OWiR § 6 Rn. 33-35; *Krenberger/Krumm* OWiG, 6. Aufl. 2020, § 15 Rn. 49 ff.; *Mitsch* Recht der Ordnungswidrigkeiten, 2. Aufl. 2005 (zit. OWiR), § 10 Rn. 22; *Rengier* in KKOWiG, Vor §§ 15, 16 Rn. 58 f. - *Kleszczewski* Ordnungswidrigkeitenrecht, 2. Aufl. 2016 (zit. OWiR), Rn. 339, 341 befürwortet die Lösung über eine entschuldigende Pflichtenkollision.

22 RegE, BT-Drucks. V/1269 S. 28 re. Sp., 46 f., 47 re. u.

23 *Mitsch* OWiR, § 13 Rn. 13, 14.

den überfordern. Sie bräuchten künftig den Umfang und die Bedeutung der Tatbeteiligung nur in tatsächlicher Hinsicht festzustellen.²⁴

Die weitere Entwicklung hat dann allerdings gezeigt, dass sich der Abschied vom Strafrecht hier doch nicht so radikal verwirklichen lässt. Was eigentlich unter den Begriff der Beteiligung fällt, bedarf weiterer Reflektion und Klärung, die sich wiederum notwendig an den strafrechtlichen Strukturen orientiert.²⁵ Das wissen wir etwa von der mittelbaren Täterschaft oder von der Nebentäterschaft, die § 14 OWiG nach Ansicht der vH. M nicht erfasst.²⁶

b) Strittig ist für § 14 OWiG besonders die Frage, ob das Gesetz eine *fahrlässige Beteiligung* anerkennt. Der Gesetzgeber des OWiG sah das schon durch den Begriff der Beteiligung ausgeschlossen und folgerte daraus weiter, dass im Sinne eines Doppelvorsatzes jeder Beteiligte vorsätzlich handeln müsse.²⁷ Diesen Standpunkt haben sich auch die Grundsatzentscheidung des BGH vom 6. April 1983²⁸ und die in der Literatur vorherrschende Auffassung zu Eigen gemacht.²⁹ Wolfgang Mitsch dagegen hat sich der Gegenansicht angeschlossen, der zufolge auch eine fahrlässige Beteiligung in allen vom Modell des Doppelvorsatzes abweichenden Konstellationen als tatbestandsmäßige Ordnungswidrigkeit anzuerkennen ist.³⁰ Dass bei einer solchen Deutung das Ordnungswidrigkeitenrecht den Bereich ahndbarkeitsbegründender Beteiligung weit über die Grenzen ausdehnt, die im Strafrecht der Beteiligtenstrafbarkeit gezogen sind, sieht er im Gegensatz zu der vorherrschenden Meinung nicht als Wertungswiderspruch an. Unwillkommenen Ergebnissen kann man nach seiner Einschätzung mit dem Opportunitätsprinzip des § 47 OWiG begegnen.³¹

24 Zum Ganzen s. BT-Drucks. V/1269 S. 28 re. Sp., 48.

25 Ebenso etwa Krenberger/Krumm OWiG, § 14 Rn. 2; Kraatz OWiR, § 7 Rn. 3; Rengier in KKOWiG, § 14 Rn. 3.

26 Kleszczewski OWiR, Rn. 427; Mitsch OWiR, § 13 Rn. 21 ff., 27; Rengier in KKOWiG, § 14 Rn. 87 ff., 104 ff.

27 BT-Drucks. V/1269 S. 49 li. Sp.; der Rechtsausschussbericht zu Drucks. V/2600 und zu Drucks. V/2601, S. 3 re. Sp. weicht davon nicht ab.

28 BGHSt 31, 309, insbes. S. 312.

29 S. etwa Bülte Ordnungswidrigkeitenrecht, 6. Aufl. 2020, Rn. 95; Gürtler/Thoma in Göhler, OWiG, § 14 Rn. 5b; Kleszczewski OWiR, Rn. 501, 505; Kraatz OWiR, § 7 Rn. 15, 21; Rebmann/Roth/Herrmann OWiG, § 14 Rn. 13; Rengier in KKOWiG, § 14 Rn. 5, 8 ff.

30 Mitsch OWiR, § 13 Rn. 52 ff. m.w.N., s. insb. Rn. 57 mit den drei denkbaren Kombinationen.

31 Mitsch OWiR, § 13 Rn. 56.

2. Konkurrenzlehre

Einen weiteren signifikanten Unterschied zum Strafrecht weist § 20 OWiG für die *Tatmehrheit* auf.

Das Strafgesetzbuch sieht in den §§ 53 und 55 für den Fall einer real konkurrierenden Mehrheit von Straftaten die Bildung einer Gesamtstrafe nach dem Asperationsprinzip des § 54 vor: Außer im Fall der lebenslangen Freiheitsstrafe wird die Gesamtstrafe durch Erhöhung der verwirkten höchsten oder ihrer Art nach schwersten Strafe gebildet; dabei ist eine zusammenfassende Würdigung der Person des Täters und der einzelnen Straftaten vorgeschrieben.

Ganz anders heißt es dagegen in § 20 des Ordnungswidrigkeitengesetzes: „Sind mehrere Geldbußen verwirkt, so wird jede gesondert festgesetzt.“ Das ist das *Kumulationsprinzip*: ein Nebeneinander der Geldbußen für die jeweiligen Einzeltaten, die dann addiert zu vollstrecken sind. Die Begründung im Regierungsentwurf des OWiG 1968 verweist für diese vom Strafrecht abweichende Lösung auf sachliche und verfahrenstechnische Schwierigkeiten, wenn es um die Ahndung mehrerer Zuwiderhandlungen auf unterschiedlichen Sachgebieten durch verschiedene Verwaltungsbehörden geht; sie lässt zugleich erkennen, dass der Gesetzgeber dabei nur an Bagatellunrecht gedacht hat.³²

Auf der anderen Seite hat jedoch die Praxis manifeste Probleme erwiesen, wenn eine und dieselbe Behörde eine Reihe gleichartiger Verstöße durch Geldbuße zu ahnden hat, zumal wenn es sich dabei um mit hohen Geldbußen bedrohte Zuwiderhandlungen handelt. Ich bin vor Jahren um Rat gebeten worden bei dem Starkstromkabel-Kartell, weil die Fragesteller nach dem Ende des Fortsetzungszusammenhanges im Kartellordnungswidrigkeitenrecht³³ die Anwendung des § 20 OWiG und eine Addition von sehr hohen Geldbußen befürchteten. Dieses Kartell bestand seit 1902, und das Bundeskartellamt hatte allein für die als unverjährt angesehenen Absprachen der Jahre 1996 – 1998 bezogen auf 14 Unternehmen, zwei Unternehmensvereinigungen und 23 Einzelpersonen eine Gesamtzahl von nicht weniger als 1598 Vorfällen ermittelt.³⁴ Es mag sein, dass die heutige Praxis

32 BT-Drucks. V/1269 S. 54 li. o.

33 BGHSt 41, 385 Ls. 1, 393 ff. im Anschluss an BGHSt 40, 138 ff.

34 S. dazu Bundeskartellamt, WuW/E BKartA 2892 – Stromkabel sowie die ausführliche Schilderung und Erörterung des Falles bei *Wegner* Die Systematik der Zumessung unternehmensbezogener Geldbußen, 2000, insb. S. 29 ff., 121 u.ö.; ferner *Achenbach* WuW 1997, 393 ff.

hier über das Konstrukt einer Bewertungseinheit wegen einer alles verbindenden „Grundabsprache“ statt dessen von einer Tateinheit ausginge – was dann wieder für die Verjährung zu überraschenden Ergebnissen führen könnte.³⁵ Richtiger Ansicht nach muss man aber die Bewertungseinheit bei Kartellrechtsverstößen auf den legitimen Kern der Durchführung je konkreter, auf einen bestimmten Markt bezogener, personal, regional und zeitlich begrenzter Abreden einschränken.³⁶ Tut man das, so kommt wieder die Tatmehrheit und damit das Kumulationsprinzip ins Spiel.

Es liegt auf der Hand, dass die Kumulation hoher Geldbußen bei großen Ordnungswidrigkeiten zu Konflikten mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und damit der gerechten Schuldbemessung führen kann. Die Einführung des Asperationsprinzips der §§ 53 ff. StGB wurde 1969 begründet mit dem Gedanken eines progressiven Anwachsens des Sanktionsübels durch den zusammenhängenden Vollzug der Strafen, das über das Maß der Schuld hinausgehen könne.³⁷ Dieser Gedanke lässt sich m.E. auf das Ordnungswidrigkeitenrecht übertragen. Zur Lösung des Konflikts von Kumulation und Schuldprinzip sind für das OWiG verschiedene Wege im Gespräch: eine analoge Anwendung der §§ 53-55 StGB, eine Absenkung der Einzelbußen im Blick auf das Gesamtergebnis oder eine „sinnvolle Anwendung“ des Opportunitätsprinzips.³⁸ Keiner davon ist gänzlich unproblematisch.

35 S. nur BGH WuW/E DE-R 1567 (1568) – Berliner Transportbeton I; BGHSt 58, 158 – Grauzementkartell I, Rn. 23; w.N. bei *Achenbach* in Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht (Stand Mai 2022 – zit. FK-KartR), Vor §§ 81-81g GWB Rn. 133.

36 *Achenbach* in FK-KartR, Vor §§ 81-81g GWB Rn. 134.

37 S. den Ersten Schriftlichen Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform über den [...] Entwurf eines Strafgesetzbuches [...] vom 23.4.1969, BT-Drucks. V/4094, S. 25 f. zur Ersetzung des zuvor nach § 78 Abs. 1 StGB in der vor dem 1.4.1970 maßgeblichen Fassung geltenden Kumulationsprinzips durch das Asperationsprinzip im Strafrecht im 1. Strafrechtsreformgesetz vom 25.6.1969 (BGBl. I, S. 645).

38 Nachw. bei *Achenbach* in FK-KartR, Vor §§ 81-81g GWB Rn. 122; kritisch *Mitsch* in KKOWiG, § 19 Rn. 46, er selbst befürwortet es, bei der Bemessung gemäß § 17 Abs. 3 OWiG Rücksicht auf die jeweils anderen Taten zu nehmen (§ 20 Rn. 3; übereinstimmend *Habetha/Ulrich* in Gassner/Seith, OWiG, 2. Aufl. 2020, § 20 Rn. 2).

IV. Versteckte Differenzen

1. Schuld- oder Vorsatztheorie bei § 11 OWiG?

Über diese offenen Unterschiede hinaus gibt es auch solche, die sich nicht aus dem Text der Gesetze, möglicherweise aber aus der Natur der Sache ergeben. Eine solche Möglichkeit wird besonders diskutiert für das fehlende Bewusstsein des Täters, etwas Unerlaubtes zu tun.

a) Wie schon dargelegt, schließt der *unvermeidbare Irrtum über die Unerlaubtheit des Verhaltens* gemäß § 11 Abs. 2 OWiG die Vorwerfbarkeit, nicht aber die Vorsätzlichkeit aus - wie es die Unkenntnis eines zum gesetzlichen Tatbestand gehörenden Umstandes nach § 11 Abs. 1 OWiG tut. Der Gesetzgeber des OWiG 1968 wollte damit im Anschluss an den E 1962 eine Regelung des Verbotsirrtums i.S. der *Schuldtheorie* schaffen. Diese sieht die Unrechtseinsicht des Täters als Schulselement an - im Gegensatz zur Vorsatztheorie, die das Unrechtsbewusstsein als Element eines als „dolus malus“ verstandenen Vorsatzes begreift.³⁹ Im Ergebnis bilden damit die beiden Absätze des heutigen § 11 OWiG eine Parallele zu den §§ 16 und 17 StGB. Wohl fehlt in § 11 Abs. 2 OWiG eine dem § 17 Satz 2 StGB vergleichbare Milderungsvorschrift. Die Möglichkeit einer mildereren Beurteilung des Handelns im vermeidbaren Verbotsirrtum ist aber im Ordnungswidrigkeitenrecht dennoch ebenso anerkannt wie die bestehen bleibende Ahndbarkeit einer vorwerfbaren Vorsatztat auch in dieser Konstellation.⁴⁰

b) Es wäre eine Verzeichnung, wollte man behaupten, in der Strafrechtslehre sei die Schuldtheorie allgemein anerkannt, während in der bußgeldrechtlichen Doktrin die Vorsatztheorie eine bedeutsame Verbreitung finde. Dazu sind die mit dem Verbotsirrtum verbundenen Fragestellungen auch zu diffizil.⁴¹ In der Theorie des Ordnungswidrigkeitenrechts haben aber *der Vorsatztheorie entsprechende Ansätze* zumindest eine größere Rolle ge-

39 BT-Drucks. V/1269 S. 46 li.o. zu § 6 Abs. 2 des Entwurfs.

40 OLG Düsseldorf VRS 59 (1980), 282, 284; OLG Düsseldorf VRS 74 (1988), 73 ,77; OLG Frankfurt VRS 71 (1986), 233, 235; OLG Frankfurt, WuW/E OLG 4944, 4950 - Fahrtschullehrerabsprache; *Gürtler/Thoma* in Göhler, OWiG, § 11 Rn. 29; *Mitsch* in KKOWiG, § 17 Rn. 73; *Rebmann/Roth/Hermann* OWiG, § 11 Rn. 44; *Rengier* in KKOWiG, § 11 Rn. 125.

41 S. nur *Roxin/Greco* Strafrecht Allgemeiner Teil Bd. I, 5. Aufl. 2020, § 21, sowie die StGB-Kommentare zu § 17.

spielt.⁴² So sah der Regierungsentwurf des OWiG 1968 die Notwendigkeit, sich mit einer in der Rechtslehre vertretenen Ansicht auseinanderzusetzen, der zufolge die Schuldtheorie nicht für das Verwaltungsunrecht passe, weil hier die Tat erst wegen des Verstoßes gegen Rechtsvorschriften zum Unrecht werde.⁴³ Exemplarisch möchte ich für diese Betrachtungsweise *Ulrich Weber* zitieren; dieser hatte 1980 in seiner bedenkenswerten Untersuchung über die Überspannung der staatlichen Bußgeldgewalt ausgeführt, es gebe „eine große Zahl von ordnungsrechtlichen Ver- und Geboten, von deren Existenz die meisten Juristen nichts wissen und mit denen der Laie nicht zu rechnen braucht“. *Weber* hat sich im Blick auf die Unbilligkeiten, zu denen die Schuldtheorie im Ordnungswidrigkeitenrecht führen müsse, für eine Anwendung der Vorsatztheorie ausgesprochen.⁴⁴

Dazu wäre viel zu sagen. Hier nur so viel: Die in der Literatur angebotene Interpretation der §§ 16 und 17 StGB und damit auch des § 11 OWiG im Sinne der Vorsatztheorie⁴⁵ erscheint doch recht problematisch. Im Übrigen finden sich auch im Nebenstrafrecht Sanktionen für Ver- und Gebote, über die der Laie staunt und der Jurist sich wundert - das obige Beispiel des strafbaren Nichtsicherstellens der unterbleibenden Verwendung von Knorpel des Kehlkopfes und der Luftröhre bietet dafür einen anschaulichen Beleg. Es handelt sich halt vielfach, gerade bei den hier besonders einschlägigen Blankettsanktionsnormen, um Expertenrecht, das nun einmal besondere Informationspflichten bedingt. In der Sache ließe sich das mit dem Plädoyer für die Vorsatztheorie verbundene Anliegen m.E. auch mit einer Interpretation der Vermeidbarkeit und Unvermeidbarkeit des Verbotsirrtums verwirklichen, welche die konkrete Situation des Rechtsunterworfenen verständnisvoller in den Blick nimmt, als es der immer noch zu konstatierende Rigorismus der Praxis tut.⁴⁶

42 S. etwa die Nachweise bei *Kluszczewski* OWiR, Rn. 181 Fn. 105; *Rebmann/Roth/Herrmann* OWiG, § 1 Rn. 29; *Rengier* in *KKOWiG*, § 11 Rn. 5.

43 BT-Drucks. V/1269 S. 46.

44 *Weber* ZStW 92 (1980), 313, 339 f.

45 S. dazu nur etwa *Langer* GA 1976, 193, 213 ff.; *Schmidhäuser* JZ 1979, 361, 366 ff.

46 Im gleichen Sinne *Kluszczewski* OWiR, Rn. 185 m.w.N. in Fn. 115; *Rengier* in *KKOWiG*, § 11 Rn. 7 f.

2. Ein europarechtlicher Missklang

Ein kurzer Hinweis auf eine speziell kartellbußgeldrechtliche Differenz zum Strafrecht sei mir hier gestattet: Die so genannte ECNplus-Richtlinie Nr. 2019/1 der EU zur Stärkung der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten usw. vom 11.12.2018⁴⁷ schreibt in dem Erwägungsgrund 42 Satz 2 den Mitgliedstaaten bei Anwendung der Art. 101 und 102 AEUV - sowie paralleler innerstaatlicher Vorschriften über das Kartellverbot und den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung - eine Abweichung vom nationalen Recht vor: Danach soll die *Interpretation der Begriffe Vorsatz und Fahrlässigkeit* nicht i.S. der Begrifflichkeit der nationalen Strafrechtspraxis, sondern gemäß der Auslegung der Art. 101 und 102 AEUV *durch den EuGH* zu verwenden sein. Das deutsche Kartellordnungswidrigkeitenrecht soll sich damit also u.a. auch nach dem *Schenker-Urteil des EuGH* von 2013 richten.⁴⁸ Diesem zufolge handelt ein Unternehmen vorsätzlich oder fahrlässig (!), wenn es sich über die Wettbewerbswidrigkeit seines Verhaltens nicht im Unklaren sein kann, und zwar gleichviel ob ihm der Verstoß gegen Art. 101 AEUV dabei bewusst ist; deshalb kann das Unternehmen nach Ansicht des EuGH auch dann nicht der Verhängung einer Geldbuße entgehen, wenn der zugrundeliegende Irrtum über die Rechtmäßigkeit seines Verhaltens auf dem Inhalt des Rechtsrats eines Anwalts oder - man höre! - auf einer Entscheidung der nationalen Wettbewerbsbehörde beruht - und zwar generell, ohne Ausnahme.

Die deutsche Rechtsprechung im Strafrecht wie generell auch im Ordnungswidrigkeitenrecht dagegen sieht einen Verbotsirrtum als unvermeidbar an, wenn er auf eine vertrauenswürdige, von der nötigen Sachkenntnis getragene und auf einer sorgfältigen Prüfung der Rechtslage beruhende anwaltliche oder amtliche Auskunft zurückgeht.⁴⁹ Die gleichen Kriterien müssen m.E. auch dann gelten, wenn man die Wettbewerbswidrigkeit als

47 Richtlinie (EU) 2019/1 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 zur Stärkung der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten im Hinblick auf eine wirksamere Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften und zur Gewährleistung des reibungslosen Funktionierens des Binnenmarkts, ABl. L 11/3 vom 14.3.2019.

48 EuGH Urt. v. 18.6.2013 - C 681/11, EuZW 2013, 624 = NJW 2013, 3083, jeweils Ls. 1, Rn. 37 ff.; s. dazu aber auch die brillanten Schlussanträge der Generalanwältin Kokott, NZKart 2013, 147 ff., auf die der EuGH mit keinem Wort eingeht.

49 So etwa BayObLG wistra 2002, 396, 297; OLG Frankfurt a.M. WuW/E OLG 4944, 4946 „Fahrschullehrerabrsprache“; Rengier in KKOWiG, § 11 Rn. 76 ff.; Voelkler/Ziegler in Gassner/Seith, OWiG, § 11 Rn. 15 - für das Strafrecht im gleichen Sinne BGHSt 40, 257, 264; BGHSt 58, 15 Rn. 70; BGH wistra 2021, 355 Rn. 11.

normatives Tatbestandsmerkmal einstuft und dann fragt, ob der Täter insoweit fahrlässig handelt. Wenn man die Vermeidbarkeit des Irrtums in Kartellbußgeldsachen mit dem EuGH anders beurteilen müsste, läge darin ein ärgerlicher Bruch mit der ständigen Rechtsprechung in Deutschland. Nach meiner Ansicht könnte sich allerdings ein Weg zu einer sinnvollen Lösung öffnen, wenn man das vom EuGH aufgestellte Erfordernis, dass das Unternehmen „sich über die Wettbewerbswidrigkeit seines Verhaltens nicht im Unklaren sein kann“, i.S. einer Annäherung an die Kriterien für die Vermeidbarkeit und Unvermeidbarkeit des Irrtums über die Wettbewerbswidrigkeit anreichert.⁵⁰

V. Abweichungen bei den Rechtsfolgen

Zum Allgemeinen Teil zählt das OWiG auch die Rechtsfolgen des Ordnungswidrigkeitenrechts. Dabei bedarf die Geldbuße als Standardrechtsfolge gegenüber der Geld- und Freiheitsstrafe keiner besonderen Hervorhebung und die Beschränkung des § 29a OWiG auf eine reine Einziehung des Wertes von Taterträgen nur einer kurzen Erwähnung. Etwas genauere Betrachtung sollen jedoch die Verbandsgeldbuße des § 30 OWiG und der damit in Zusammenhang stehende Tatbestand der Aufsichtspflichtverletzung gemäß § 130 OWiG unterzogen werden.

1. Verbandsgeldbuße (§ 30 OWiG)

Im Gegensatz zum Strafrecht kennt das Ordnungswidrigkeitenrecht eine Sanktion gegen überindividuelle Rechtsträger von Unternehmen, und zwar in Gestalt der Geldbuße gegen juristische Personen und Personenvereinigungen gemäß § 30 OWiG, die wir als Verbandsgeldbuße zu benennen uns gewöhnt haben.⁵¹ Als Personenvereinigungen versteht das Gesetz dabei den nicht rechtsfähigen Verein und die rechtsfähigen Personengesellschaften i.S.v. § 14 Abs. 2 BGB.

50 S. Achenbach in FK-KartR, Vor §§ 81-81g GWB Rn. 97.

51 Von dem Begriff der Unternehmensgeldbuße rate ich in diesem Zusammenhang wegen des in § 30 OWiG verwirklichten Rechtsträgerprinzips ab; eine wirklich auf das Unternehmen als wirtschaftliche Einheit auch mehrerer juristischer Personen und Personenvereinigungen bezogene Regelung findet sich im deutschen Recht aber in § 81a des GWB i.d.F. von 2021 als Nachfolger der durch die 9. GWB-Novelle vom 1.6.2017 (BGBl. I S. 1416) eingeführten Abs. 3a bis 3e des § 81 GWB.

Die Verbandsgeldbuße knüpft – anders als Geldbußen nach europäischem Kartellrecht⁵² – nicht an ein Verhalten, das als Zuwiderhandlung des Unternehmens als solchen beschrieben wird. Sie setzt vielmehr eine betriebsbezogene Tat mindestens einer der natürlichen Leitungspersonen des Unternehmensträgers voraus. Die Generalklausel des § 30 Abs. 1 Nr. 5 OWiG beschreibt diese als „Person, die für die Leitung des Betriebs oder Unternehmens einer juristischen Person oder einer [...] Personenvereinigung verantwortlich handelt, wozu auch die Überwachung der Geschäftsführung oder die sonstige Ausübung von Kontrollbefugnissen gehört.“ Deren Anknüpfungstat, welche die Festsetzung einer Verbandsgeldbuße auslösen kann, kennzeichnet das Gesetz als „Straftat oder Ordnungswidrigkeit“. Damit kennt das OWiG neben der Verbandsgeldbuße als Folge einer Ordnungswidrigkeit auch die dogmatische Merkwürdigkeit einer bloßen Geldbuße gegen eine juristische Person oder Personenvereinigung als Rechtsfolge einer Straftat im genuin kriminalrechtlichen Sinne. Diese *Geldbuße wegen einer verbandsbezogenen Straftat* müsste eigentlich ihren Ort im StGB finden. Statt dessen wollte der im Oktober 2020 in den Bundestag eingebrachte Regierungsentwurf eines „Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft“ sie als „Verbandsgeldsanktion“ aus dem OWiG herauslösen und in einem eigenen Verbandssanktionengesetz⁵³ einer gesonderten Normierung mit spezifischen Rechtsfolgen und Verfahrensregeln zuführen.⁵⁴ Daraus ist vorerst nichts geworden, aber wer weiß?

2. Aufsichtspflichtverletzung (§ 130 OWiG)

Die Details des § 30 OWiG müssen hier notgedrungen auf sich beruhen.⁵⁵ Einen kurzen Blick möchte ich aber noch werfen auf eine weitere Eigentümlichkeit des Ordnungswidrigkeitenrechts: die verwickelte Regelung der Verletzung der Aufsichtspflicht in Betrieben und Unternehmen in § 130 OWiG. Sie findet sich im Vierten Abschnitt des Dritten Teils des OWiG über Einzelne Ordnungswidrigkeiten, bildet also einen Tatbestand des

52 S. Art. 23 der KartellverfahrensVO (EG) 1/2003, Art. 14 der EG-FusionskontrollVO 139/2014.

53 Art. 1 des Gesetzentwurfs.

54 BT-Drucks. 19/23568 v. 21.10.2020; s. dazu in der Gestalt des Referentenentwurfs näher *Achenbach* ZIS 2020, 1 ff.

55 S. dazu nur etwa *Achenbach* in *Achenbach/Ransiek/Rönnau*, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl. 2019, 1. Teil 2. Kap. Rn. 1 ff.; *Hellmann* Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl. 2023, Rn. 1137 ff.; *Mitsch* OWiR, § 16.

Besonderen Teils. Aber eine wesentliche Bedeutung entfaltet sie darüber hinausgehend im *funktionellen Zusammenhang mit § 30 OWiG*.

Die Verbandsgeldbuße setzt, wie schon ausgeführt, eine Anknüpfungstat einer Person voraus, die für die Leitung des Betriebs oder Unternehmens verantwortlich handelt.⁵⁶ Wird eine solche betriebsbezogene Ordnungswidrigkeit oder Straftat nun aber von einer Person ohne Leitungsfunktion begangen, so würde es an einer tauglichen Anknüpfungstat für eine Verbandsgeldbuße fehlen, obwohl die juristische Person oder Personenvereinigung durchaus dadurch belastet wird und andererseits einen eigenen Vorteil aus einer solchen Tat hätte. Ein Beispiel bilden die gar nicht so seltenen Kartellabsprachen, die von Unternehmensmitarbeitern unterhalb der Leitungsebene getroffen werden.⁵⁷ Hier wechselt das OWiG in § 130 die Perspektive: Es blickt nicht mehr auf die Ausführungstat, im Beispiel also die wettbewerbsbeschränkende Absprache durch die sozusagen einfachen *Mitarbeiter*, sondern darauf, ob – ein Stockwerk oder mehrere höher – die *Leitungspersonen* eine „gehörige Aufsicht“ geleistet haben, um deren Zuwiderhandlungen gegen bußgeld- oder strafbewehrte Inhaberpflichten zu verhindern. Haben sie diese Aufsicht nicht geleistet und kommt es zu einer solchen Zuwiderhandlung einer Person unterhalb der Leitungsebene, so liegt in dem Unterlassen der Aufsicht wieder eine ordnungswidrige Verhaltensweise (mindestens) einer Leitungsperson, und daran kann dann doch eine Verbandsgeldbuße geknüpft werden.

Zu betonen ist auch hier nochmals: Das deutsche Recht setzt nicht an bei dem Organisationsmangel als eigenem Verschulden des Unternehmensträgers, also i.S. von *Tiedemann* als sozialer Schuld des Unternehmens als solchen kraft Verletzung der Selbstorganisationspflicht⁵⁸; es geht vielmehr den Weg über den besonderen Tatbestand der Aufsichtspflichtverletzung als individueller Ordnungswidrigkeit der Leitungspersonen. Das ist in der Literatur als „Etikettenschwindel“ kritisiert worden von *Wolfram Bauer*. Nach seiner Ansicht handelt es sich bei § 130 OWiG „in Wirklichkeit um eine außerordentliche Zurechnungsform und nicht um einen selbständigen (Gefährdungs-)Tatbestand“.⁵⁹ § 130 beruht seiner Ansicht nach auf dem Gedanken einer Zurechnung des Fremdverschuldens als Vorverschulden für die Festsetzung einer Verbandsgeldbuße gemäß § 30 OWiG. Auch der

56 So die Generalklausel des § 30 Abs. 1 Nr. 5 OWiG.

57 S. dazu auch den Fall bei *Hellmann* WirtschaftsstrafR, Rn. 1066 ff.

58 So *Tiedemann* etwa in FS für H. Achenbach, 2011, S. 563, 569 f.

59 *Bauer* wistra 1992, 47, 49; ähnlich wistra 1995, 170, 172 ff.

II. Zivilsenat des BGH hat 1994 zum Schutzzweck der Norm formuliert: „Sinn des § 130 OWiG ist [...] die Erstreckung der Sanktionsmöglichkeit auf den Unternehmensträger.“⁶⁰

Aufgeworfen ist damit die Frage nach dem Verhältnis von Individual- und Verbandssanktion bei Ahndung der Anknüpfungstat als solcher neben der Verbandsgeldbuße. Die Praxis in Kartellordnungswidrigkeitensachen zeigt: Das BKartA geht keineswegs regelmäßig den Weg, das Verfahren wegen der Individualität von vornherein nach dem Opportunitätsprinzip gemäß § 47 Abs. 1 OWiG einzustellen und allein eine isolierte Verbandsgeldbuße i.S.v. § 30 Abs. 4 OWiG zu verhängen. Es gibt durchaus Geldbußen gegen individuelle Leitungspersonen wegen der Verletzung der Aufsichtspflicht oder wegen bußbarer Kartellrechtsverstöße, auch wenn sie naturgemäß im Blick auf die wirtschaftlichen Verhältnisse des Sanktionsadressaten gemäß § 17 Abs. 3 OWiG deutlich niedriger ausfallen als die Geldbuße gegen den Unternehmensträger. Aber es gibt sie, und ob die betroffene Individualperson jederzeit darauf hoffen darf, dass ihr das Leid der Zahlung aus eigener Tasche verlässlich abgenommen wird, dürfte doch zumindest zweifelhaft sein. Im Siemens-Verfahren sind gegen die betroffenen Manager wegen Aufsichtspflichtverletzungen sogar hohe Geldbußen verhängt worden.

Im Hinblick auf unsere Leitfragestellung ist noch ein anderer Aspekt hervorzuheben: Auch § 130 OWiG *changiert zwischen Ordnungswidrigkeitenrecht und Strafrecht*: Die Norm erfasst einerseits bestimmte Zuwiderhandlungen gegen geldbußbewehrte Pflichten des Inhabers, darüber hinaus aber auch gegen solche, deren Verletzung mit Strafe bedroht ist; man denke an die Ausführung wettbewerbsbeschränkender Absprachen bei Ausschreibungen gemäß § 298 StGB, aber auch etwa an Umwelt- oder Kapitalmarktstraftaten. Dennoch ist der Tatbestand in § 130 OWiG allein als Ordnungswidrigkeit ausgestaltet.

Vorschläge zur Einführung eines Straftatbestandes der Aufsichtspflichtverletzung haben sich nicht durchgesetzt.⁶¹ Die in den siebziger Jahren des vorigen Jahrhunderts vom Bundesjustizministerium berufene Sachverständigenkommission zur Reform des Wirtschaftsstrafrechts hatte im Anschluss an ein entsprechendes Plädoyer von *Tiedemann* in seinem Gutachten für

60 BGHZ 125, 366, 374.

61 S. dazu nur *Achenbach* in FS Amelung, S. 367, 375 ff. = *ders.* Grundfragen des Wirtschaftsstrafrechts (o. Fn. 15), S. 213, 221 ff. m.w.N.

den 49. Deutschen Juristentag 1972⁶² einen Vorschlag dafür entwickelt,⁶³ jedoch hatte das 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität (2. WiKG) von 1986 diesen nicht aufgegriffen.⁶⁴ Ebenso wenig fand ein erneuter Vorstoß in dieser Richtung in den ersten Entwürfen im Zusammenhang mit der Reform des Umweltstrafrechts von 1994 den Weg in die weitere Gesetzgebung; schon der Regierungsentwurf des späteren 31. StrÄndG und 2. Gesetzes zur Bekämpfung der Umweltkriminalität⁶⁵ enthielt diesen Vorschlag nicht mehr. Schließlich spielte die Idee einer strafbaren Aufsichtspflichtverletzung 1999 für die Kommission zur Reform des strafrechtlichen Sanktionensystems nur ganz am Rande eine Rolle.⁶⁶

Es bleibt also dabei: Ein reiner Bußgeldtatbestand dient als Anknüpfung für eine auf den Unternehmensträger bezogene Geldbuße, und das auch dann, wenn es um die Verhinderung strafbedrohter Pflichtverletzungen geht.

62 Verhandlungen des 49. Deutschen Juristentages, 1972, Bd. I, S. C 56 f.

63 Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität. Schlußbericht der Sachverständigenkommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität – Reform des Wirtschaftsstrafrechts – über die Beratungsergebnisse, 1980, S. 31 f.

64 2. WiKG vom 15. 5. 1986 (BGBl. I, S. 721)

65 BT-Drucks. 11/7101 = 12/192.

66 S. dazu *Hettinger* (Hrsg.), Reform des Sanktionenrechts, Bd. 3, Verbandsstrafe, 1999, passim.

Vom Sinn eines Nebenstrafrechts im Wirtschaftsstrafrecht

Prof. Dr. Katharina Beckemper, Universität Leipzig

I. Ein paar Worte des Dankes

Sowohl der Jubilar *Hellmann* als auch der Jubilar *Mitsch* haben sich im Laufe ihrer Tätigkeit in der Lehre und der Wissenschaft mit einem Phänomen beschäftigt: Die deutsche Manier, Straftatbestände (auch) des Wirtschaftsstrafrecht nicht im StGB zu regeln, sondern in einer Vielzahl von anderen Gesetzen. Diese deutsche Eigenart ist internationalen Wissenschaftlern und Rechtsanwendern bisweilen nur schwer zu erklären, wie insbesondere der Jubilar *Hellmann* in seinen mannigfaltigen internationalen Tätigkeiten erfahren hat. In seinem Redebeitrag auf der Strafrechtslehrrtagung in Hannover mahnte er deshalb an, eine Diskussion über die Expansion des Strafrechts müsse diesem Gesichtspunkt ausreichend Beachtung schenken. Der Jubilar *Mitsch* weist in seinem Vorlesungsbegleiter Nr. 1¹ zur Vorlesung Nebenstrafrecht darauf hin, dass das Strafrecht der Nebengesetze im Wesentlichen aus speziellen Straftatbeständen bestehe, die wegen ihres Sachzusammenhangs mit den anderen Normen des jeweiligen Gesetzes ihren Standort im Nebengesetz haben. Eine Einbeziehung in das Strafgesetz sei aber ebenfalls möglich, wie es sich z.B. anhand des Umweltstrafrechts zeige.

Die Überführung einzelner Straftatbestände in das Kernstrafrecht wird immer wieder gefordert und erfährt gerade in der Diskussion über das Tierschutzstrafrecht neue Relevanz.² In diesem, den beiden Jubilaren ge-

1 *Mitsch*, Vorlesungsbegleiter Nr. 1 (9.4.2019), https://www.uni-potsdam.de/fileadmin/projects/lsmitsch/NStR/SS2019/Nebenstrafrecht_Vorlesungsbegleiter_1.pdf.

2 *Bülte*, Reform des Tierschutzkriminalstrafrechts zur effektiven Bekämpfung der Tierquälerei – Entwurf einer Strafvorschrift gegen die Tierquälerei im Strafgesetzbuch, https://www.gruene-bundestag.de/fileadmin/media/gruenebundestag_de/themen_az/tierschutz/PDF/2011_Gutachten_Reform_des_Tierschutzkriminalstrafrechts.pdf, Rn. 16 ff.; *Löock*, Das Tierschutzstrafrecht nach Einfügung der Staatszielbestimmung „Tierschutz“ in das Grundgesetz (Art. 20a GG), Hamburg 2016, S. 133, 134; *Kraemer*, Tierschutz und Strafrecht- Luxus oder Notwendigkeit, in: Hilgendorf (Hrsg.), Das Strafrecht vor neuen Herausforderungen, Würzburg 2010, S. 80 ff.; *Kubiciel/Wachter*, KriPoZ 4/2021, 245, 246.

widmeten Beitrag, soll der Frage nach den Vor- und Nachteilen der deutschen Regelungstechnik nachgegangen werden, indem zwar durchaus einzelne Beispielnormen herangezogen werden, aber die Antwort abstrakt gesucht wird.

Verbunden sind die Ausführungen mit einem herzlichen Dank an meinen akademischen Lehrer *Uwe Hellmann*, nicht nur für die Betreuung meiner Dissertation und Habilitation, sondern vor allem für die Ausbildung im juristischen Denken, das bis heute meine Arbeit maßgeblich prägt. Dem Jubilar *Wolfgang Mitsch* gebührt mein herzlicher Dank für die vielen juristischen Diskussionen, die sich weit über meine Zeit in Potsdam hinaus erstreckt haben und hoffentlich erstrecken werden.

II. Problemaufriss

Das deutsche Strafrecht beschränkt sich nicht auf die knapp 400 Paragraphen des StGB, sondern es findet sich eine Fülle von weiteren Straftatbeständen im sogenannten Nebenstrafrecht. Darunter so wichtige Vorschriften wie das Betäubungsmittelstrafrecht, Straßenverkehrsdelikte außerhalb des Kernstrafrechts und die Steuerhinterziehung. Das ist international eine durchaus beachtliche Regelungstechnik, weil viele Länder eine solche Herangehensweise nicht kennen und stattdessen alle Tatbestände im jeweiligen Strafgesetzbuch regeln. Für den Problemaufriss muss hier eine kleine und sehr subjektiv geprägte Übersicht ausreichen. Für Russland betont der Jubilar *Hellmann*, dass es kein Nebenstrafrecht gibt, in Georgien meines Wissens nach auch nicht. Spanien kennt das Nebenstrafrecht ebenfalls nicht, während in Frankreich einzelne Tatbestände auch in anderen Gesetzen als dem Code penal enthalten sind und sich in der Schweiz sogar ein Kommentar³ mit fast 1000 Seiten über das dort geltende Nebenstrafrecht findet.

Es drängt sich die Vermutung auf, dass es für den Rechtsanwender komplizierter ist, mit Tatbeständen konfrontiert zu werden, die nicht im Strafgesetzbuch zu finden sind und deshalb eine Kodifizierung aller Strafnormen in einem einheitlichen Gesetz komfortabler wäre und am Ende vielleicht sogar zur mehr Rechtssicherheit führen würde. Es kann aber auch die gegenteilige These aufgestellt werden, dass die auf den ersten Blick unübersichtlichere Regelungstechnik des deutschen Gesetzgebers so-

3 *Favre/Pelkt/Standmann*, Droit Pénal Accessoire, Code Annoté, Ferlens Schweiz, 2018.

gar Vorteile bietet, indem die Sanktionsnormen in den Gesetzen kodifiziert sind, in denen auch die in Bezug genommenen Regelungen enthalten sind.

1. Kein Strafrecht der zweiten Geschwindigkeit⁴

Eine Regelung in anderen Gesetzen als dem Strafgesetzbuch mag der Übersichtlichkeit zwar vordergründig nicht förderlich sein. Sie ist aber insofern erst einmal unschädlich, als dass der Allgemeine Teil des Strafrechts auch für diese Tatbestände anwendbar ist und alle strafrechtlichen Garantien Geltung beanspruchen. Das zu betonen ist notwendig, um vor allem in der internationalen Diskussion dem Missverständnis vorzubeugen, es handle sich bei dem Nebenstrafrecht um ein Strafrecht der zweiten Klasse oder wie von *Silva Sánchez* in seinem vielbeachteten Werk zur Expansion des Strafrechts⁵ geforderten Strafrecht der sogenannten zweiten Geschwindigkeit. In seiner Untersuchung zu den Ursachen eines expandierenden Strafrechts schlägt *Silva Sanchez* einen Weg vor, um der Ausweitung des Strafrechts – und insbesondere auch des Wirtschaftsstrafrechts – Rechnung zu tragen.⁶ Als Reaktion auf das Phänomen propagiert er das von ihm sogenannte Strafrecht der zwei Geschwindigkeiten oder eine Administrativierung des Strafrechts.

Er geht dabei von der These aus, dass sich das Strafrecht zu einem Recht des punitiven Managements allgemeiner Risiken gewandelt und sich damit dem Ordnungswidrigkeitenrecht angenähert hat.⁷ Die eigentliche Aufgabe des Strafrechts sei es, konkrete Rechtsgüter zu schützen, während das Ordnungswidrigkeitenrecht Handlungsbereiche regele und das Recht des kumulativen Schadens ist.⁸ Diese Grenze verschwimme aber immer mehr, weil das Strafrecht die Denkweise des Ordnungswidrigkeitenrechts übernommen habe. Es habe sich administriert, indem es sich dem Gedanken geöffnet habe, Verhaltensweisen auch dann zu sanktionieren, wenn isoliert betrachtet kein Rechtsgut geschädigt werde, aber damit zu rechnen ist,

4 Zum Begriff: *Silva Sánchez*, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 1999; übersetzt in das Deutsche: *Expansion des Strafrechts, Kriminalpolitik in Postindustriellen Gesellschaften*, Frankfurt am Main, 2003, S. 47.

5 *Silva Sánchez*, *Die Expansion des Strafrechts*, S. 81.

6 *Silva Sánchez*, *Die Expansion des Strafrechts*, S. 81.

7 *Silva Sánchez*, *Die Expansion des Strafrechts*, S. 69.

8 *Silva Sánchez*, *Die Expansion des Strafrechts*, S. 70 f.