

Strafrechtliche Haftung juristischer Personen und Compliance: Die Rechtslage in Argentinien

Von Prof. Dr. Juan Pablo Montiel, Buenos Aires*

2018 trat das Gesetz Nr. 27.401 in Kraft, das zum ersten Mal ausdrücklich die strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen festlegt. Die Strafe für juristische Personen wird nach diesem Gesetz allerdings auf die Begehung von Korruptionsdelikten beschränkt. Das Gesetz führt daneben auch Zurechnungsregeln und strafprozessuale Regeln ein und enthält Regelungen zu einer effektiven Compliance und deren Auswirkung auf die strafrechtliche Verantwortlichkeit. Die praktische Bedeutung ist in Argentinien allerdings beschränkt geblieben.

I. Einleitung

Im Jahr 2018 hat der argentinische Gesetzgeber erstmals beschlossen, die strafrechtliche Verantwortlichkeit der juristischen Person ausdrücklich in das strafrechtliche System einzuführen und damit jeden Zweifel hinsichtlich des Aussterbens der *Maxime societas delinquere non potest* auszuräumen. Das Gesetz Nr. 27.401 ist ein spezielles, das Strafgesetzbuch ergänzendes Gesetz, in dem der argentinische Gesetzgeber zum ersten Mal den Sanktionen, die juristischen Personen für die Begehung von Straftaten auferlegt werden, den Charakter einer Strafe verleiht. Dieses Gesetz beschränkt sich auf die Anerkennung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der juristischen Person in der Kategorie der „Korruptionsdelikte“.

Die Entscheidung, Sanktionen gegen juristische Personen für die Begehung von Straftaten zu verhängen, ist jedoch in unserer Gesetzgebung nicht ganz neu. Im Jahr 2011 wurde mit den Gesetzen 26.683 und 26.735 das Strafgesetzbuch bzw. das Steuerstrafrecht reformiert, wodurch die Möglichkeit geschaffen wurde, dass juristische Personen bestraft werden können, wenn die Straftaten gegen die Wirtschafts- und Finanzordnung oder Steuerstraftaten „im Auftrag, unter Mitwirkung oder zugunsten einer Person mit ideeller Existenz“ begangen worden sind. Auch wenn die Verwendung des Begriffs „Sanktionen“ in der Lehre Zweifel an der Art der Haftung hervorgerufen hat, gibt es meines Erachtens gute Gründe, davon auszugehen, dass es sich auch hier um eine Haftung strafrechtlicher Natur handelt. Nichtsdestotrotz rechtfertigt die Relevanz des Gesetzes Nr. 27.401 und die Vielfalt der Vorschriften im Zusammenhang mit der strafrechtlichen Verantwortlichkeit juristischer Personen und deren Einhaltung, dass sich dieser Beitrag ausschließlich auf dieses Gesetz von 2018 konzentriert.

II. Hintergrund und Gründe für die Einführung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit juristischer Personen

Das Gesetz Nr. 27.401 ist nicht die erste Initiative zur Einführung einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit juristischer Personen im Strafrecht. Der wahrscheinlich ernsthafteste

Versuch, diese Figur in das Strafgesetzbuch einzuführen, geht auf das Jahr 2010 zurück, als die Exekutive mit dem Gesetzentwurf 638/2010 die allgemeine Einführung für alle Straftaten des Besonderen Teils vorschlug.¹ Es handelt sich jedoch um einen Gesetzesentwurf, der in der Lehre und in der kriminalpolitischen Diskussion praktisch unbemerkt blieb.

Erst Jahre später wurde die Diskussion wieder auf die gesetzgeberische Agenda gesetzt, als eine Kommission zur Reform des Strafgesetzbuches eingesetzt wurde, aus der 2012 ein Vorentwurf des Strafgesetzbuches hervorging. Der Text des Vorentwurfs führte eine Regelung mit einer ähnlichen Funktion ein, wie sie beispielsweise im spanischen Strafgesetzbuch zu finden ist, da er eine die strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen regelnde Klausel in den Allgemeinen Teil (Art. 59 ff.) einführte und in den jeweiligen Straftatbeständen des Besonderen Teils, in denen die Regelung angewendet wurde, eine ausdrückliche Erwähnung fand. Vorgesehen war die Ausdehnung unter anderem auf internationale Straftaten, Menschenhandel, Drogenhandel, Straftaten gegen die öffentliche Gesundheit, Straftaten gegen die Landesverteidigung, Organhandel, Herstellung von und Handel mit Waffen. Damit wurde ein geschlossenes Katalogsystem beibehalten, das jedoch viel weiter gefasst war als das, was später im Gesetz Nr. 27.401 anerkannt wurde. In diesem Vorentwurf wurden die Auswirkungen der Einhaltung der Vorschriften als praktisch unwichtig behandelt. Die Mitglieder der Kommission zogen es jedoch vor, nicht auf die Verhängung strafrechtlicher Sanktionen anzuspielen, um doktrinaire Kontroversen zu vermeiden, und entschieden sich daher für die Beibehaltung des neutraleren Begriffs der Sanktionen für juristische Personen.²

Am 20. Oktober 2016 wurde im argentinischen Kongress ein Gesetzentwurf der nationalen Exekutive eingebracht, der intern vom Justizministerium und dem Amt für Korruptionsbekämpfung ausgearbeitet worden war. Es handelte sich um einen Gesetzentwurf, der sich speziell auf die strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen für Korruptionsdelikte bezog, was bedeutete, dass er die Verantwortlichkeit nicht auf alle Delikte des Strafgesetzbuchs ausdehnte.

In Bezug auf die für dieses Projekt relevanten Aspekte wies der Gesetzentwurf die folgenden Merkmale auf:

- Er dehnte den Straftatbestand der Korruption auf alle Straftaten gegen die öffentliche Verwaltung aus, so dass nicht nur die Bestechung von Amtsträgern erfasst wurde, sondern auch viele andere sehr unterschiedliche Straftaten, bei denen Amtsträger das aktive Subjekt sind.

* Der Verf. ist Direktor von CRIMINT. Die Übersetzung aus dem Spanischen besorgte Responsabilidad penal de personas jurídicas y compliance: situación legal en la argentina.

¹ Zu diesem Gesetzentwurf, vgl. *Ortiz de Urbina/Sarrabayrouse*, Informe Crimint-UNC 2012, 57 (67 ff.).

² Anteproyecto de Código penal de la Nación, Exposición de motivos, 2016, S. 151 ff.

- Es wurde ein Modell der Selbstverantwortung angenommen.³
- Er erkannte die mildernde und entlastende Wirkung einer angemessenen Organisation bei der Einhaltung der Vorschriften an, ohne jedoch erschöpfende Bewertungskriterien für deren Angemessenheit aufzustellen.

Nach der parlamentarischen Behandlung dieses Gesetzentwurfs begann jedoch ein kompliziertes Gesetzgebungsverfahren. Zunächst nahm die Abgeordnetenkammer einen Text an, der erhebliche Unterschiede zu dem von der Exekutive vorgelegten Entwurf aufwies. Schließlich änderte der Senat den von der Abgeordnetenkammer vorgelegten Text erheblich und verabschiedete ihn als Gesetz. Kurzum, im parlamentarischen Verfahren des Gesetzes Nr. 27.401 wurden drei verschiedene Texte behandelt.

Nach dem Inkrafttreten des Gesetzes Nr. 27.401 erstellte das Amt für Korruptionsbekämpfung eine Reihe von Dokumenten mit Empfehlungen, die die Anwendung des Gesetzes Nr. 27.401 erleichtern sollten. In diesem Zusammenhang veröffentlichte es „Richtlinien für die Umsetzung von Integritätsprogrammen“ und einen „Ergänzenden Leitfaden für die Umsetzung von Integritätsprogrammen in kleinen und mittleren Unternehmen.“

III. Beschreibung des in Argentinien geltenden Systems der strafrechtlichen Verantwortlichkeit juristischer Personen

1. Das Modell der strafrechtlichen Verantwortlichkeit juristischer Personen im Gesetz Nr. 27.401

Eines der größten Rätsel, das im Zusammenhang mit diesem Gesetz noch immer nicht gelöst zu sein scheint, ist das Haftungsmodell. Meiner Meinung nach tragen zwei Faktoren zu dieser Ungewissheit bei: die ungenaue Formulierung von Art. 2 und der Zickzackkurs des Gesetzgebungsverfahrens, bei dem auch die Grundannahmen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit juristischer Personen beeinflusst wurden.⁴ Wie die Lehre feststellt,⁵ ist die Bestimmung des Haftungsmodells nicht nur aus theoretischer Sicht relevant, sondern auch in der Praxis, da sowohl das Beweisobjekt als auch die Beweislast von dieser Frage abhängen. Beide Fragen ändern sich erheblich, je nachdem, ob ein Modell der Selbst- oder Fremdhaftung gewählt wird.

Es sei daran erinnert, dass der von der Exekutive vorgelegte Gesetzesentwurf ausdrücklich das Modell der Eigenver-

antwortung favorisierte und damit den Organisationsmangel zum Bezugspunkt für das Fehlverhalten der juristischen Person erhob.⁶ Dies kommt sogar in der Begründung folgendermaßen zum Ausdruck:

„In Artikel 3 wird vorgeschlagen, juristische Personen für einen Fehler in ihrer internen Organisation haftbar zu machen, der es den verschiedenen darin aufgeführten Personen ermöglicht, eine unter dieses Gesetz fallende Straftat zu begehen, und zwar als Folge einer unzureichenden Kontrolle und Überwachung der sie beherrschenden Einheit und derjenigen, die von ihnen profitieren könnten.“⁷

Die Zurechnungsregeln, die im Entwurf in Art. 3 vorgesehen sind, wurden wie folgt geregelt:

„Juristische Personen sind für Straftaten gegen die öffentliche Verwaltung und grenzüberschreitende Bestechung verantwortlich, die direkt oder indirekt in ihrem Namen, in ihrer Vertretung oder in ihrem Interesse begangen wurden und aus denen sie einen Nutzen ziehen könnten, wenn die Begehung der Straftat eine Folge unzureichender Kontrolle oder Überwachung der juristischen Person ist“ (Übersetzung).

Im Folgenden sind dann die natürlichen Personen aufgeführt, die die Straftat begangen haben.

Andererseits wurden die Vorschriften zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit juristischer Personen in dem von der Abgeordnetenkammer verabschiedeten Text einer ersten Änderung unterzogen, indem Art. 2 Abs. 1 das Wesentliche des gleichnamigen Gesetzesartikels beibehält, aber im Gegensatz zu diesem mehrere Vorschriften einführt, die sich auf die Stellung der der Organisation angehörenden natürlichen Person, die die entsprechende Straftat begeht, beziehen. Meines Erachtens macht es die unzureichend artikulierten Zusammenstellung der Teile von Art. 2 des Textes der Abgeordnetenkammer sehr schwierig, ein konkretes Modell der strafrechtlichen Verantwortlichkeit juristischer Personen zu identifizieren. Das erlaubt es, sie als ein Hybrid mit sicherlich deformierten Konturen zu beschreiben. Schließlich nimmt das Gesetz 27.401 die umfassendste und unpräziseste Regelung der verschiedenen Texte an, die in diesem Prozess berücksichtigt wurden, sodass das Bild hinsichtlich des zugrundeliegenden Modells noch unklarer wird.

Meiner Meinung nach sollte die Betrachtung der verschiedenen Bestimmungen des Gesetzes Nr. 27.401 zu dem Schluss führen, dass der Gesetzgeber (bewusst oder unbewusst) ein gemischtes Modell gewählt hat,⁸ das Elemente des

³ Dies wird in der Begründung ausdrücklich erwähnt, was meines Erachtens ein erheblicher konzeptioneller Fehler ist, da Art. 3 des Entwurfs eindeutig ein gemischtes Modell vorsieht, nicht aber ein Modell der Eigenverantwortung. Dazu *Montiel*, in: Peralta/Pérez/Barberá/Verde (Hrsg.), *Libro Homenaje a Carlos Lascano*, 2023, S. 181 f. m.w.N.

⁴ Zum Gesetzgebungsverfahren, vgl. *Lascano*, *El Foro de Córdoba* 198 (2019), 89. Im Detail dazu *Lamela*, in: Anllo (Hrsg.), *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2019, S. 33 ff.

⁵ *Pérez Gil*, in: Gómez Colomer (Hrsg.), *Tratado sobre Compliance penal*, 2019, S. 1065 ff.

⁶ *Lamela* (Fn. 4), S. 35; *Montiel*, *Revista En Letra Derecho Penal* 6/2018, 124 (132 Fn. 19).

⁷ Gesetzesentwurf der Bundesregierung v. 20.10.2016, S. 8 (Übersetzung).

⁸ Siehe auch *Bermejo/Montiel*, *Teoría y praxis del criminal compliance*, 2020, S. 480 f.; *Cesano*, *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad* 2 (2018), 13; *Yacobucci*, *Lay Ley* v. 27.11.2017, S. 1 (AR/DOC/3034/ 2017); *Carrió*/

stellvertretenden Systems und des organisatorischen Ausfalls kombiniert. Damit weicht der Gesetzgeber von dem reinen Erfüllungsmodell ab, das in Art. 13 des Steuerstrafrechts (Art. 279 des Gesetzes 27.430) und in den Art. 304 und 313 des argentinischen Strafgesetzbuchs anerkannt ist.⁹

Dass sich der Gesetzgeber für ein gemischtes System entschieden hat, geht aus dem Inhalt der Art. 2, 6 und 9 des Gesetzes 27.401 hervor. Die bloße Betrachtung von Art. 2 sollte dazu veranlassen, von einem Erfüllungsmodell auszugehen, insbesondere weil sich die Zurechnung auf die Handlungen der natürlichen Person in Vertretung, im Interesse und zugunsten der juristischen Person konzentriert, ohne dass deren Verhalten irgendeinen Einfluss auf die Gestaltung der rechtswidrigen Handlung hat. Vielmehr wird in Art. 2 von einem Übergang der Verantwortlichkeit von der natürlichen auf die juristische Person ausgegangen, der auf der Begehung einer Katalogstraftat „unmittelbar oder mittelbar, unter ihrer Mitwirkung oder in ihrem Auftrag, in ihrem Interesse oder zu ihrem Vorteil“ beruht. In diesem Sinne lassen sich bemerkenswerte Ähnlichkeiten zwischen dem Wortlaut dieser Vorschrift und dem von Art. 304 argStGB feststellen, der eindeutig ein Modell der Fremdverantwortung vorsieht. Die in Art. 9 anerkannte Entlastungswirkung einer angemessenen Organisation zum Zwecke der Rechtsbefolgung mildert jedoch deutlich die Starrheit der Stellvertretungsregelung von Art. 2. Dies verleiht dem im Gesetz Nr. 27.401 enthaltenen Modell eine gemischte Physiognomie. In Art. 9 misst der Gesetzgeber den Handlungen der juristischen Person erneut eine gewisse Relevanz für ihre strafrechtliche Verantwortlichkeit zu, nachdem er sie in Art. 2 zunächst nur an die Handlungen der natürlichen Person geknüpft hat.

Meines Erachtens trägt das Gesetz dem Organisationsmangel auch dadurch Rechnung, dass es die Unabhängigkeit der Strafverfolgung in Art. 6 festlegt,¹⁰ wonach die Möglichkeit einer Verurteilung der juristischen Person selbst dann beibehalten wird, wenn die natürliche Person, die die Straftat begangen hat, nicht ermittelt oder verfolgt werden konnte. Dies gilt nach Art. 6 jedoch nur dann, „wenn die Umstände des Falles die Feststellung zulassen, dass die Straftat nicht ohne die Duldung der Organe der juristischen Person begangen worden sein kann“. Bei einem reinen Erfüllungsgehilfenmodell ist es am sinnvollsten, die Möglichkeit anzuerkennen, die juristische Person in solchen Fällen bedingungslos zu bestrafen, d.h. ohne dass eine Verletzung der Kontroll- und Aufsichtspflichten des Unternehmens erforderlich ist. Meines Erachtens meint der Verweis auf die „Organe der juristischen Person“ in dieser Bestimmung eindeutig diejeni-

gen Organe, die den Gesellschaftswillen formen – einen Willen, der auf Kriterien gestützt ist, die außerhalb der juristischen Person liegen.

2. Voraussetzungen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit juristischer Personen

a) Anknüpfungstatbestand: Begehung einer Katalogstraftat durch die natürliche Person

Der Ausgangspunkt des vom Gesetz 27.401 anerkannten gemischten Modells ist die Begehung einer Straftat durch eine natürliche Person. In Anbetracht des gewählten Modells ist dieses Erfordernis von grundlegender Bedeutung. Ist es nicht erfüllt, kann der juristischen Person keine Verantwortlichkeit zugeschrieben werden.¹¹ Wenn die strafrechtliche Verantwortlichkeit der juristischen Person an die Tatbegehung einer natürlichen Person anknüpft, kann es meines Erachtens nicht auf eine Intentionalität der juristischen Person ankommen. Die Anknüpfungstat ist zunächst nichts weiter als eine ganz „einfache“ Tat, wie sie von jeder natürlichen Person hätte begangen werden können, und zwar unabhängig davon, ob sie Mitglied der betreffenden Organisation ist oder nicht, diese vertritt oder zu ihren Gunsten handelt.

An dieser Stelle ist von Interesse, ob die Tat der natürlichen Person eine Katalogtat ist, deren Begehung den „Anstoß“ für die Überprüfung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der juristischen Person gibt. Art. 1 des Gesetzes 27.401 beschränkt den Anwendungsbereich auf die Straftatbestände der Bestechung und der nationalen und grenzüberschreitenden Einflussnahme (Art. 258 und 258bis argStGB), der mit der Ausübung eines öffentlichen Amtes unvereinbaren Verhandlungen (Art. 265 arStGB), der Erpressung und der unrechtmäßigen Bereicherung (Art. 268 arStGB) sowie der (schweren) Bilanzfälschung (Art. 300bis arStGB).

Bei der Bestimmung der Tragweite des Begriffs „begangene Straftat“, wie er in Art. 2 des Gesetzes verwendet wird, sind zwei Fragen von grundlegender Bedeutung. Die erste bezieht sich darauf, ob eine strafrechtliche Verantwortlichkeit der juristischen Person auch dann in Betracht kommt, wenn die von der natürlichen Person begangene Tat nur versucht worden ist. So ist der Fall denkbar, dass eine Bestechungstat aufgrund von Polizeikontrollen nicht vollendet wird und die Person, die die Tat begehen wollte, mit der expliziten Zustimmung des Unternehmens, in dem sie arbeitet, handelte. Einige Autoren sind der Auffassung, dass diese Möglichkeit in Art. 2 ausdrücklich ausgeschlossen ist, da der Begriff „begangene Straftat“ gleichbedeutend sei mit „vollendete Straftat“.¹² Es gibt jedoch keinen Grund, die Haftung auf die Vollendung zu beschränken, und zwar unabhängig davon, welches Modell der Verantwortungsbegründung man dem Gesetz unterstellt.¹³ Zu diesem Schluss gelangen sowohl die

Reussi, in: Saccani/Durrieu (Hrsg.), *Compliance, Anticorrupción y responsabilidad penal empresaria*, 2018, S. 40 (45).

⁹ In dieser Richtung, *Montiel*, *Revista En Letra Derecho Penal* 6/2018, 124 (131 f.); *Robiglio*, in: Robiglio (Hrsg.), *Institutos de Derecho Penal Tributario*, 2019, S. 436 f.

¹⁰ Sowie in *Castex/Dubinski*, in: Castex (Hrsg.), *Responsabilidad penal de la persona jurídica y compliance*, 2. Aufl. 2019, S. 28, obwohl sie dann die Bedeutung dieses Elements bei der Bestimmung einer Komponente der Eigenverantwortung herunterspielen.

¹¹ *Dopico Gómez-Aller*, in: De La Mata (Hrsg.), *Derecho penal económico y de la empresa*, 2018, S. 139.

¹² Diese Auslegung befürwortend *Carrió/Reussi* (Fn. 8), S. 42.

¹³ *Dopico Gómez-Aller* (Fn. 11), S. 139; *Ortiz de Urbina Gimeno*, in: Ortiz de Urbina Gimeno (Hrsg.), *Memento práctico Francis Lefebvre, Penal económico y de la empresa*,

Befürworter eines Erfüllungsmodells als auch die Vertreter eines gemischten Modells, da sie die von der natürlichen Person vorgenommene Handlung zurechnen, soweit diese im Namen oder zugunsten der Organisation tätig war. Der Versuch ist als strafbare Handlung der juristischen Person ebenso zurechenbar wie eine vollendete Straftat. Zu diesem Ergebnis müssen auch diejenigen gelangen, die dem Modell der Selbstverantwortung anhängen: Da die unerlaubte Handlung der juristischen Person der (eine Straftat begünstigende) Organisationsmangel ist, macht es keinen Unterschied, ob die begünstigte Straftat versucht oder vollendet worden ist. In beiden Fällen ist die Tatbegehung erleichtert worden.

Die zweite Frage lautet, ob die strafrechtliche Verantwortlichkeit der juristischen Person voraussetzt, dass die der Organisation angehörende natürliche Person als Täter gehandelt hat, oder ob schon ihre Teilnahme an der Katalogtat genügt. Soweit ich sehe, hat die argentinische Lehre diese Frage bisher nicht direkt aufgeworfen, wohl aber ein Teil der spanischen Lehre, jedoch ohne dass insoweit eine vorherrschende Meinung zu erkennen ist.¹⁴ Erstens stehe der Begriff „begangene Straftat“ dieser Möglichkeit nicht entgegen, da nicht spezifiziert wird, ob es sich um eine unmittelbare Begehung (unmittelbare Täterschaft und Mittäterschaft) oder eine mittelbare Begehung (mittelbare Täterschaft, Anstiftung, Beihilfe) handeln muss. Zweitens und grundsätzlich reicht es für die in Art. 2 geregelte Erfüllungskomponente aus, dass ein Beauftragter des Unternehmens im Namen oder zugunsten des Unternehmens gehandelt hat, um die strafrechtliche Verantwortlichkeit einer juristischen Person in Betracht zu ziehen. Aber auch aus der Logik des Organisationsmangels scheint es die überzeugendere Lösung zu sein, auch die Teilnahme zu erfassen, da eine angemessene Compliance-Organisation nicht zwischen den verschiedenen Arten der Beteiligung unterscheidet. Compliance richtet sich auf die ernsthafte Erschwerung einer jeden Tatbegehung, unabhängig davon, ob die Mitglieder der Organisation als Täter oder Teilnehmer agieren. Darüber hinaus wird dieser Standpunkt durch Art. 4 Abs. 2 bestätigt, nach dem die Verfolgung der juristischen Person nicht von der Möglichkeit der Verfolgung der natürlichen Person abhängt. Des Weiteren ist es unerheblich, ob die natürliche Person die Anknüpfungstat als Täter oder Teilnehmer begangen hat.

Schließlich löst das Gesetz meines Erachtens korrekt die Situation, in der der Täter der „Vortat“ nicht ermittelt werden konnte. So heißt es in Art. 6, dass eine juristische Person auch dann verurteilt werden kann, wenn es nicht möglich ist,

die natürliche Person, die die Tat begangen hat, zu ergreifen, zu identifizieren oder zu verurteilen.

Diese Bestimmung bezieht sich wohlgerne nicht auf die Fälle, in denen Zweifel an der Verwirklichung einer Straftat bestehen (was uns davon abhalten sollte, von der Existenz des Anknüpfungspunkts zu sprechen). Stattdessen wird nur auf das Erfordernis verzichtet, die wirklich begangene Tat mit einer bestimmten natürlichen Person in Verbindung zu bringen. Wie man sieht, bezieht sich der Gesetzgeber nicht nur auf den Fall, in dem aus Beweisgründen nicht festgestellt werden konnte, wer die Straftat begangen hat, sondern auch auf die Fälle, in denen der Täter aus irgendeinem Grund nicht verurteilt werden konnte, z.B. wegen seiner Flucht. Auch für den letztgenannten Fall bietet Art. 4 Abs. 2 eine Sonderregelung, in der die Unmöglichkeit, die natürliche Person vor Gericht zu stellen, auf die Verjährung zurückzuführen ist.

In all diesen Fällen zielen die Vorschriften darauf ab, die Unabhängigkeit von individueller und kollektiver Haftung zu betonen und zu verhindern, dass verfahrensrechtliche Hindernisse im Zusammenhang mit der Strafverfolgung der natürlichen Person die Strafverfolgung der juristischen Person oder sogar die Entstehung ihrer Haftung beeinträchtigen. Darüber hinaus wäre es jedoch wichtig zu fragen, welche Folgen sich aus dem Fehlen bestimmter Tatbestandsmerkmale im Anknüpfungstatbestand ergeben könnten. Konkret geht es um die Frage, ob ein persönlicher Umstand des Täters, der sich auf seine Schuld oder auf die Strafbarkeit der Tat auswirkt, zugleich Auswirkungen auf die strafrechtliche Verantwortlichkeit der juristischen Person haben kann. Meines Erachtens können die strafrechtsdogmatischen Regeln der Teilnahme einen Lösungsansatz liefern,¹⁵ insbesondere wegen der strukturellen Analogie zwischen Teilnahme dogmatik und der Begründung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der juristischen Person.¹⁶ Auf dieser Grundlage muss differenziert werden zwischen denjenigen Merkmalen, die das Unrecht der Tat betreffen, und denjenigen, die lediglich persönlicher bzw. täterbezogener Natur sind. Wenn die natürliche Person eine Handlung vornimmt, die einem Straftatbestand subsumiert werden kann, zugleich aber einem Rechtfertigungsgrunde unterfällt, kann nicht von einer unrechtmäßigen Handlung gesprochen werden, die eine strafrechtliche Verantwortlichkeit der juristischen Person auslöst. Hier hat die Person, die im Namen oder zugunsten der juristischen Person handelt, keine rechtlich missbilligte Handlung vorgenommen, die es wert wäre, der juristischen Person zugerechnet zu werden. Anders verhält es sich, wenn sich der sachliche Grund für die Nichtbestrafung der natürlichen Person aus deren mangelndem Verschulden ergibt, da hier ein objektiver Verstoß gegen ein Verbot vorliegt, der von der Organisation selbst begünstigt wurde, der aber nicht auf das Verschulden der natürlichen Person zurückgeführt werden kann. Obwohl

2011, S. 1771; *Feijoo Sánchez*, in: *Feijoo/Bajo/Gómez* (Hrsg.), *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2012, S. 90 f.

¹⁴ Diese Möglichkeit befürwortend *Feijoo Sánchez* (Fn. 13), S. 90 f.; *Ortiz de Urbina Gimeno* (Fn. 13), S. 1773. Dagegen *Lascuraín Sánchez*, *El Almacén de Derecho* v. 13.3.2019, abrufbar unter

<https://almacenederecho.org/penamos-a-la-persona-juridica-por-conductas-de-participacion> (17.7.2023);

Silva Sánchez, in: *Silva Sánchez* (Hrsg.), *Criminalidad de empresa y compliance*, 2013, S. 23.

¹⁵ Ausdrücklicher Verweis auf die Anwendung der Regeln der begrenzten Akzessorietät, *Ortiz de Urbina Gimeno* (Fn. 13), S. 1810.

¹⁶ Diese Ansicht befürwortend *Rodríguez Ramos*, *Diario La Ley* 2011, 7561; *Silva Sánchez* (Fn. 14), S. 35 ff.

dieser Umstand im Gesetz 27.401 nicht ausdrücklich vorgehen ist, lässt jedenfalls die internationale Strafrechtswissenschaft auch in diesen Fällen die strafrechtliche Verantwortlichkeit der juristischen Person zu.¹⁷ Selbst Art. 31ter Abs. 2 des spanischen Strafgesetzbuches legt fest, dass die fehlende Schuld der natürlichen Person die strafrechtliche Verantwortlichkeit der juristischen Person nicht ausschließt.

b) Kriterien für die Zurechnung zur juristischen Person

Art. 2 des Gesetzes 27.401 legt nicht nur fest, dass die strafrechtliche Verantwortlichkeit kollektiver Einheiten ab dem Zeitpunkt gegeben ist, zu dem die Begehung einer Straftat durch ein Mitglied der Organisation festgestellt wird. In diesem Sinne führt die Begehung einer Straftat durch eine natürliche Person nicht automatisch zur Zurechnung zur juristischen Person. Vielmehr legt der genannte Artikel ergänzende Kriterien für den Übergang der Verantwortlichkeit fest, die einen funktionalen Zusammenhang zwischen dem Verhalten der natürlichen Person und der kollektiven Einheit herstellen.¹⁸ So ist es für den Übergang der Verantwortlichkeit erforderlich, dass die Straftat mit dem Zutun, im Auftrag, im Interesse oder zum Vorteil der juristischen Person begangen wurde. Für einen Teil der Lehre „mildert“ das Erfordernis dieser Übertragungskriterien in gewissem Maße die Objektivität, mit der das in Art. 2 vorgesehene Modell der Fremdverantwortlichkeit aufwartet, da, wie weiter unten zu sehen sein wird, der Verweis auf „ihr Eingreifen“ oder die Notwendigkeit der Vertretung darauf abzielen scheint, die juristische Person nicht völlig unsichtbar zu machen.¹⁹ Ich gehe jedoch davon aus, dass die strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen objektiv bleibt.

Nach dem Wortlaut von Art. 2 muss man zwischen zwei Zurechnungskriterien unterscheiden. Das erste ist mit dem Begriff „unter ihrer Mitwirkung“ und das zweite mit dem Ausdruck „in ihrem Namen, in ihrem Interesse oder zu ihren Gunsten“ verbunden. Meines Erachtens gibt die argentinische Regelung in grober und ungenauer Weise das wieder, was in Art. 2.01 (1) des U.S. Model Penal Code vorgesehen ist, der zwischen Fällen unterscheidet, in denen ein Vertreter des Unternehmens eine Straftat in dessen Namen begeht (lit. a) und solchen, in denen die Begehung der Straftat vom Vorstand oder einem leitenden Angestellten, der im Namen des Unternehmens im Rahmen seines Amtes oder seiner Beschäftigung handelt, genehmigt, verlangt, angeordnet, ausgeführt oder fahrlässig geduldet wurde (lit. c).²⁰

Ausgehend davon, dass Art. 2 ein Modell der Mehrfachverantwortung begründet, ist klar, dass die Formulierung

„mit ihrem Eingreifen“ nicht so ausgelegt werden kann, dass die juristische Person selbst eingreift; vielmehr geht es um die natürlichen Personen, die faktisch in der Lage sind, den Willen der juristischen Person zu äußern. Gemeint ist hier zweifellos das Eingreifen der obersten Leitung, konkret das Eingreifen des Verwaltungsorgans oder des Verwaltungsrats, dessen Entscheidung letztlich die juristische Person als solche bindet. Damit ist zwar geklärt, welche Positionen oder Rollen die natürlichen Personen einnehmen müssen, damit die Straftat als unter Mitwirkung der kollektiven Einheit begangen gilt, jedoch ist nicht klar, wie diese Mitwirkung sich manifestieren muss: Reicht es aus, dass die Person, die das Schmiergeld gezahlt hat, eine Position im Verwaltungsrat oder im Leitungsorgan innehat, oder ist es vielmehr erforderlich, dass die Zahlung des Schmiergelds von dem Unternehmen über seine Entscheidungswege beschlossen oder geduldet wurde?

Meines Erachtens ist das ausschlaggebende Differenzierungskriterium die hierarchische Position des Täters innerhalb der Organisation, sodass es dem Gesetz in erster Linie darauf ankommt, ob der Täter ein „leitender Angestellter“ ist, der im Namen des Unternehmens und im Rahmen seiner organisatorischen Zuständigkeiten handelt. Letzteres ist von wesentlicher Bedeutung, da es als Kriterium für die Übertragung der Verantwortlichkeit möglich sein muss, diese Verantwortlichkeit der juristischen Person in den Handlungen der natürlichen Person wiederzufinden. Andernfalls läge allein ein individuelles oder persönliches Handeln vor, das die juristische Person (im Prinzip) unangetastet lässt, wie es das Gesetz Nr. 27.401 in seinem Art. 2 Abs. 3 vorsieht. Andererseits stellt die Tatsache, dass die Zahlung der Bestechungsgelder durch einen Vertreter des Unternehmens von den entsprechenden Organen des Unternehmens genehmigt oder beschlossen wurde, kein entscheidendes Differenzierungskriterium dar. Wie wir weiter unten sehen werden, ist es beim zweiten Zurechnungskriterium – dem Handeln im Namen oder zugunsten der juristischen Person – schwierig, dass insoweit keine Anweisung an die natürliche Person bzw. keine fehlende Kontrolle durch den Leiter der Organisation vorausgesetzt wird.

Meines Erachtens wäre es nicht richtig, dieses erste Zurechnungskriterium als gesetzgeberische Einführung einer Komponente der Eigenverantwortung zu interpretieren; dies gilt umso mehr, wenn auf das Eingreifen der juristischen Person Bezug genommen wird. Sicherlich trägt diese Annahme aufgrund des vom Gesetzgeber verwendeten Ausdrucks zur Verwirrung bei, abgesehen davon, dass in vielen Modellen der Eigenverantwortung die Handlungen der obersten Leitung als Referenz für den Ausdruck des Willens des Kollektivorgans herangezogen werden. Ich glaube jedoch, dass es unter Berücksichtigung des gesamten Gesetzes und des Willens des Gesetzgebers gute Gründe dafür gibt, hier nicht die Einführung des Elements eines Organisationsmangels zu sehen. Angemessener ist die Interpretation, dass die Handlungen der obersten Leitung nicht als Willensbildungsakte der juristischen Person, sondern als individuelle Handlungen von Mitgliedern der Organisation mit hoher Hierarchie Bedeutung erlangen.

¹⁷ Auch in dieser Richtung *Dopico Gómez-Aller* (Fn. 11), S. 133; *Cigüela Sola/Ortiz de Urbina Gimeno*, in: Silva Sanchez (Hrsg.), *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa*, 2019, S. 90; *Dolz Lago*, in: *Gómez Colomer* (Fn. 5), S. 151.

¹⁸ *Cigüela Sola/Ortiz de Urbina Gimeno* (Fn. 17), S. 79.

¹⁹ *Dopico Gómez-Aller* (Fn. 11), S. 137 ff.

²⁰ Dazu vgl. *Ortiz de Urbina Gimeno*, in: *Mir Puig/Corcoy Bidasolo/Gómez Martín* (Hrsg.), *Responsabilidad de la empresa y compliance*, 2014, S. 42.

Hinsichtlich des zweiten Zurechnungskriteriums, das auf dem Gedanken des Vorliegens einer Handlung im Namen, im Interesse oder zugunsten der juristischen Person beruht, sind zunächst zwei Fallkonstellationen zu unterscheiden: das Tätigwerden von Bediensteten der Organisation ohne hierarchischen Rang und dasjenige von Dritten, die im Namen der Organisation handeln. Das bedeutet, dass eine strafrechtliche Verantwortlichkeit der juristischen Person nicht nur dann gegeben ist, wenn die natürliche Person, die die Straftat begeht, als Angestellter organisatorisch zur juristischen Person gehört, sondern auch dann, wenn von der kollektiven Einheit beauftragte Personen in ihrem Namen handeln. Letzteres ist sehr häufig der Fall, da eine effiziente Organisation häufig die Auslagerung bestimmter Aufgaben, insbesondere im Bereich der Verwaltung, erfordert. In der Tat gibt es in der ausländischen Rechtsprechung zahlreiche Beispiele für Unternehmen, die für die Zahlung von Bestechungsgeldern durch einen Manager strafrechtlich verantwortlich gemacht werden, der z.B. von einem im Namen der betreffenden juristischen Person handelnden Zollagenten eingestellt wurde. In einem korrekt konfigurierten Modell der strafrechtlichen Verantwortlichkeit juristischer Personen (das Argentinien so nicht aufweist) würde dies Organisationen dazu motivieren, sich angemessene Sorgfaltspflichten gegenüber Dritten aufzulegen.²¹ Nur so wäre es möglich, dass eine juristische Person die Integrität ihrer Geschäftspartner oder Gegenparteien wahrt und die Erbringung von Dienstleistungen mit rechtlichen und ethischen Anti-Korruptionsanforderungen in Übereinstimmung bringt.

Der Gesetzestext lädt dazu ein, die Zurechnungskriterien so auszulegen, dass nur zwei Kriterien anerkannt werden können: 1. das Vorhandensein einer Vertretung der juristischen Person („im Auftrag“) und 2. das Vorhandensein eines Interesses oder Vorteils. Nach der in der Verordnung verwendeten Beschreibung handelt es sich um zwei sich gegenseitig ausschließende alternative Kriterien, wobei die Überprüfung eines der beiden Kriterien eine notwendige und ausreichende Voraussetzung für die Bejahung der Übertragung ist. Dieser Umstand birgt von vornherein einige Nachteile, da aus dem Wortlaut geschlossen werden könnte, dass die strafrechtliche Verantwortlichkeit der juristischen Person ausgelöst werden kann, wenn zwar ein Interesse oder ein Vorteil, aber keine Vertretung vorliegt. So kann beispielsweise ein Angestellter, der schnell befördert werden möchte und als jährliches Ziel der Unternehmensleitung eine Filiale in einem Gebiet eröffnen muss, in dem kommunale Genehmigungen sehr selten sind, diese Genehmigung schließlich durch die Zahlung eines Bestechungsgeldes mit seinen eigenen Mitteln und die Behauptung einer falschen Vertretung des Unternehmens erhalten. Wenn in diesem Beispiel die Organisation von Anfang an jede Zahlung von Bestechungsgeldern zur Errei-

chung eines Managementziels kategorisch abgelehnt hat und der Mitarbeiter das Bestechungsgeld mit seinem eigenen Geld als „Investition in seine Zukunft“ im Unternehmen gezahlt hat, erscheint es unangemessen, die juristische Person strafrechtlich verantwortlich zu machen. Es liegt auf der Hand, dass die betrügerisch erlangte Genehmigung dem Unternehmen zugutekommt oder in seinem Interesse liegt, doch kann das Unternehmen nicht als Spiegelbild der Handlungen des Mitarbeiters angesehen werden. Die natürliche Person wäre nicht Erfüllungsgehilfe der juristischen Person. Diese unausweichliche Schlussfolgerung, zu der uns Art. 2 Abs. 1 führt, ist unvereinbar mit den Grundsätzen des Erfüllungsmodells, bei dem die Achse der strafrechtlichen Haftung auf dem Gedanken der Vertretung beruht. Dieser Umstand erklärt sogar, warum der Begriff des Handelns zugunsten der juristischen Person, der in der vergleichenden Gesetzgebung so präsent ist, ein Fremdkörper ist, auf den verzichtet werden könnte.

Nach meiner Auslegung ist das Zurechnungskriterium, das sich am besten in das in Art. 2 des Gesetzes Nr. 27.401 enthaltene Erfüllungsregime einfügt, das Kriterium der Vertretung, das in der Formulierung „in ihrem Namen“ verankert ist. Genauer gesagt ist der Erfüllungsgehilfe die Person, die die Befugnisse einer anderen Person hat oder an ihre Stelle tritt, sodass in diesem Fall die natürliche Person die juristische Person insoweit binden kann, als sie in deren Namen handelt. Da die kollektive Einheit gemäß der Logik des Art. 2 ontologisch handlungsunfähig ist, kann sie nur durch natürliche Personen, d.h. ihre Vertreter, handeln.

Bei Zugrundelegung eines funktionalen Kriteriums müsste davon ausgegangen werden, dass jede Handlung eines formellen Mitglieds der Organisation in Ausübung seiner Funktionen oder im Rahmen von Geschäften, die sich auf den Gesellschaftszweck beziehen,²² als von der juristischen Person vorgenommen gelten muss. Angesichts des großzügigen Wortlauts von Art. 2 dürften damit unzählige Personen umfasst sein. Einbezogen sind Mitglieder der Organisation mit verschiedenen Funktionen auf unterschiedlichen Hierarchieebenen: de jure und de facto Verwalter, Führungskräfte mit Kontroll- und Organisationsfunktionen, darunter auch Angestellte mit niedrigem hierarchischen Rang.²³ Im letztgenannten Fall scheint es ratsam, dem in der spanischen Rechtsprechung verwendeten Kriterium zu folgen, das darin besteht, jede Person, die Dienstleistungen für die Organisation erbringt, als Arbeitnehmer zu betrachten, unabhängig von der spezifischen Rechtsbeziehung oder der Art des Vertrags, der sie verbindet.²⁴ Gemäß dem Zugeständnis in Art. 2 Abs. 3

²¹ Zu den Merkmalen dieser Politik und ihrem Anwendungsbereich, vgl. *Bermejo/Montiel* (Fn. 8), S. 252 ff.; *Saccani*, in: *Montiel* (Hrsg.), *Lineamientos de Integridad*, 2018, S. 29 ff., abrufbar unter <https://crimint.org/service/lineamientos-de-integridad/> (17.7.2023).

²² Vgl. *Neira Pena*, in: *Perez-Cruz* (Hrsg.), *Proceso penal y responsabilidad penal de personas jurídicas*, 2017, S. 273 f.

²³ Da sich die nationale Lehre noch nicht mit der Bestimmung des Personenkreises befasst hat, der in der Lage ist, die juristische Person aufgrund seiner formalen Eingliederung zu binden, werden hier weitgehend die von der spanischen Lehre verwendeten Kriterien herangezogen. Dazu *Ortiz de Urbina Gimeno* (Fn. 13), S. 1780 ff.

²⁴ Vgl. *Ortiz de Urbina Gimeno* (Fn. 13), S. 1786; *Dopico Gómez-Aller* (Fn. 11), S. 142.

muss diese Vermutung natürlich entkräftet werden, wenn nachgewiesen wird, dass die natürliche Person zwar in Ausübung ihrer dienstlichen Pflichten gehandelt hat, ihr aber die Befugnisse dazu fehlten oder sie ihre Vertretungsbefugnis überschritten hat. Aus verfahrensrechtlicher Sicht sollte jedoch die Beweislast für die Nichtüberprüfbarkeit dieses Umstands bei der Staatsanwaltschaft liegen, da es sich um eine negative Verteidigung handelt. In diesem Fall sollte der Nachweis, dass die Geschäftsführung der juristischen Person die Zahlung von Bestechungsgeldern offen und kategorisch abgelehnt hat, nach dem Stellvertretermodell die Übertragung der Verantwortlichkeit auf die juristische Person verhindern, obwohl § 2 Abs. 3 zusätzlich verlangt, dass kein Gewinn erzielt wird. Das funktionale Kriterium entbindet jedoch in den genannten Fällen von der Notwendigkeit, das Vorliegen eines konkreten Auftrags des Vertreters des straffälligen Unternehmens nachzuweisen, was jedoch in den Fällen, in denen Dritte außerhalb der Organisation für diese handeln, unbedingt erforderlich ist. In solchen Fällen ist die juristische Person rechtlich an die natürliche Person gebunden und überträgt somit ihre Haftung ihr gegenüber auf die Dritten, die eine besondere oder allgemeine Vertretungsbefugnis haben.

Das Gesetz sieht auch die Möglichkeit einer nachträglichen Vertretung vor, d.h. nachdem die natürliche Person gehandelt hat. Die Hauptfallkonstellation betrifft vor allem das Handeln von organisationsfremden Dritten, die ohne ausdrücklichen Auftrag der Organisation tätig werden, deren Verhalten aber nachträglich von der juristischen Person als ihr eigenes anerkannt wird (Art. 2 Abs. 2). Auch hier lässt das Gesetz die Möglichkeit zu, dass eine solche Bestätigung sogar stillschweigend erfolgen kann, wobei die juristische Person das Verhalten des Dritten ausdrücklich ablehnen muss. Meines Erachtens gilt die Genehmigung der nachträglichen Geschäftsführung jedoch nicht nur für Fälle, in denen Dritte im Verhältnis zur Gesellschaft organwidrig gehandelt haben, sondern auch für Fälle, in denen ein Vertreter der Organisation selbst seine Befugnisse überschritten hat.

Was die begriffliche Tragweite der Ausdrücke „im Interesse“ und „zugunsten“ betrifft, so handelt es sich meines Erachtens²⁵ um gleichwertige Ausdrücke, die sich auf einen (wirtschaftlichen oder sonstigen)²⁶ Vorteil beziehen, der aus der Begehung der Straftat durch die natürliche Person erwächst²⁷. Dies erklärt sogar, warum andere Rechtsordnungen

es vorgezogen haben, nur von „Vorteil“ zu sprechen.²⁸ Handeln zugunsten oder im Interesse der juristischen Person bedeutet jedoch nicht ausschließlich die Erlangung eines wirtschaftlichen Vorteils oder einer größeren Fähigkeit zur Marktbeeinflussung infolge des rechtswidrigen Handelns ihres Vertreters, sondern vielmehr die „Ausübung einer Tätigkeit zur Erleichterung oder Begünstigung der Erreichung der Ziele ihres Gesellschaftszwecks“.²⁹ Aus Platzgründen werde ich mich hier nur auf zwei Probleme im Zusammenhang mit diesem Thema konzentrieren: zum einen auf den objektiven oder subjektiven Charakter des Vorteils und zum anderen darauf, ob die Bestimmung des Vorteils aus der ex ante- oder der ex post-Perspektive zu erfolgen hat.

Bei der ersten Frage geht es darum, ob der Vorteil oder das Interesse, das die Handlung der natürlichen Person der juristischen Person bringt, objektiv bestehen muss oder ob es ausreicht, dass er nur nach der Vorstellung der handelnden Person besteht. Nach der letztgenannten Auffassung reicht es aus, wenn der Vertreter nur davon ausgeht, dass sein Handeln für die juristische Person vorteilhaft ist, unabhängig davon, ob es objektiv überhaupt dazu in der Lage ist, einen Vorteil zu verschaffen (oder im Gegenteil sogar Nachteile mit sich bringt).³⁰ Abgesehen von den Beweisproblemen, die sich beim Nachweis des Geisteszustands des Täters immer ergeben, führt diese Sichtweise zu dem großen Problem, dass die juristische Person auch dann strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden kann, wenn sich die Annahme der Besserstellung nicht bewahrheitet hat oder, was noch schlimmer ist, wenn sie am Ende Opfer eines von ihrem eigenen Vertreter verursachten Schadens wird.³¹ Aus diesem Grund ist für das Vorliegen eines Vorteils entscheidend, ob die Handlung der natürlichen Person objektiv geeignet war, die Erreichung des Gesellschaftszwecks zu erleichtern oder zu begünstigen.

Damit verbunden ist die Frage, ob diese objektive Begünstigung tatsächlich stattgefunden haben muss oder ob es genügt, dass die Handlung wenigstens geeignet ist, den Vorteil zu bewirken. Während bei der ersten Sichtweise (ex post) der Nachweis erbracht werden muss, dass der Vorteil tatsächlich eingetreten ist, muss bei der zweiten Sichtweise (ex ante) das Verhalten der natürlichen Person lediglich objektiv geeignet sein, einen Vorteil zu bewirken, auch wenn dieser a posteriori nicht eintritt. Nach der letztgenannten Auslegung wären nur diejenigen Fälle erfasst, in denen nach den zum Zeitpunkt des Verhaltens der natürlichen Person verfügbaren Informationen ein Vorteil für die juristische Person zu erwarten war. Es gibt mehrere Gründe, die für diese zweite Ausle-

²⁵ Ebenso *Carrió/Reussi* (Fn. 8), S. 47.

²⁶ *Pillado González*, in: *Gómez Colomer* (Fn. 5), S. 1101.

²⁷ Warum dieses Übertragungskriterium relevant ist, geht aus der Lehre noch nicht hervor. Eine Möglichkeit ist wohl der Versuch, zu verhindern, dass die juristische Person für Handlungen ihrer Mitglieder, die ihr schaden, strafrechtlich zur Verantwortung gezogen wird, obwohl dies angesichts der Selbstverständlichkeit, Selbstschädigung straffrei zu lassen, nicht ganz überzeugend erscheint. Für eine Analyse der Beweggründe für die Einführung des Kriteriums, vgl. *Ragués i Vallès*, *La actuación en beneficio de la persona jurídica como presupuesto para su responsabilidad penal*, 2017, S. 80 ff.

²⁸ Art. 31bis spanStGB; Art. 3 Ley N° 30.424 (Peru). Andererseits verwendet Art. 3 des Gesetzes Nr. 20.393 (Chile), ähnlich wie das argentinische Gesetz, beide Begriffe („im Interesse“ und „zugunsten“), so wie sich Art. 5 des italienischen Gesetzes Nr. 231/2011 auf „interesse o a suo vantaggio“ bezieht.

²⁹ *Ragués i Vallès* (Fn. 27), S. 108.

³⁰ Für diese Ansicht *Dopico Gómez-Aller* (Fn. 11), S. 139 f.

³¹ Sie lehnen auch eine „subjektive“ Auslegung dieser Klausel ab, siehe *Ragués i Vallès* (Fn. 27), S. 108 ff.; *Neira Pena* (Fn. 22), S. 271.

gung sprechen und die dazu führen, dass sie in der Lehre vorherrscht³². Der wichtigste Grund besteht darin, dass die Klausel „zugunsten von“ nicht anwendbar wäre, wenn man bedenkt, dass die Verhängung einer Sanktion oder die Unterwerfung der juristischen Person unter ein Strafverfahren als Folge der Zahlung einer Bestechung ein Schaden ist, der sich aus den Handlungen der natürlichen Person ergibt. Man könnte sich sogar für eine restriktivere Auslegung entscheiden, die Sanktionen gegen juristische Personen von der Betrachtung ausschließt und nur die Berücksichtigung des Zustands verlangt, der unmittelbar durch die Straftat der natürlichen Person verursacht wurde (z.B. die Erlangung des öffentlichen Auftrags). Ich halte diese Auslegung jedoch auch hier für problematisch, da sie dazu führen würde, dass Fälle ungeahndet blieben, in denen die Ausführung des durch die Bestechung erhaltenen Auftrags aus Gründen, die die Organisation nicht zu verantworten hat, viel aufwändiger ist als geplant und vorgesehen.

3. Auswirkungen von Compliance auf die Strafbarkeit der juristischen Person

Unter den verschiedenen im argentinischen Rechtssystem anerkannten Fällen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit juristischer Personen ist das Gesetz 27.401 sicherlich dasjenige, das detailliertere Konsequenzen und Vorschriften in Bezug auf die Auswirkungen von (fehlender oder unzureichender) Compliance bietet und sogar Kriterien für die Bewertung von Compliance-Programmen vorsieht. Insbesondere in Bezug auf strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen hat Compliance eine doppelte Wirkung: zum einen kann sie die Strafe ausschließen und zum anderen zu einer günstigeren Bemessung der Strafe für die juristische Person führen.³³

Gem. Art. 9 des Gesetzes Nr. 27.401 ist die Annahme eines Integritätsprogramms zusammen mit der spontanen Anzeige und der Rückgabe des unrechtmäßig erhaltenen Vorteils ein Umstand, der die Bestrafung der juristischen Person ausschließt. Es ist klar, dass die Annahme eines Integritätsprogramms der Haupteinstieg in das Phänomen der Selbstregulierung bei der Bestimmung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der juristischen Person ist, wenn auch nicht der einzige i.R.v. Art. 9. Diese Vorschrift, die die Umstände betrachtet, die überprüft werden müssen, damit eine Befreiung von der strafrechtlichen Verantwortlichkeit anwendbar ist, legt in lit. a fest, dass eine der Bedingungen für die Anwendbarkeit dieser Befreiung die spontane Selbstanzeige der juristischen Person als Folge einer „internen Aufdeckungs- und Untersuchungstätigkeit“ ist. Hier legt der Gesetzgeber fest, dass eine Selbstanzeige nicht ausreicht, sondern dass sie sich aus bereits bestehenden Compliance-Verfahren ergeben muss, vor allem aus einer internen Untersuchung, obwohl er auch implizit an das Vorhandensein eines

Whistleblowing-Kanals denken könnte. Ich gehe also davon aus, dass lit. a ein erstes Element der Compliance einführt, das den Ausschluss der strafrechtlichen Verantwortlichkeit betrifft.

Ungeachtet dessen findet sich die allgemeinste und bedeutendste Anerkennung der Auswirkungen von Compliance auf die strafrechtliche Verantwortlichkeit der juristischen Personen zweifellos in lit. b, der besagt, dass das Vorhandensein eines Compliance-Programms, das die Anforderungen der Art. 22 und 23 erfüllt, eine weitere Voraussetzung für den Ausschluss der Strafe ist. Konkret werden zwei Bedingungen aufgestellt, um diese Wirkung anzuerkennen: Erstens muss das Programm i.S.d. Art. 22 und 23 angemessen sein (qualitative Bedingung) und zweitens muss das Compliance-Programm vor der Tatbegehung eingeführt worden sein (zeitliche Bedingung). Selbst wenn das Programm die Begehung der Straftat letztlich nicht verhindern konnte, ist die Existenz eines den gesetzlichen Mindestanforderungen entsprechenden Programms vor der Tatzeit ggf. gleichwohl als Ergebnis einer angemessenen Organisation der juristischen Person zu interpretieren. Das Fehlen eines Organisationsmangels lässt die juristische Person straffrei.

Das Vorliegen der in Art. 9 festgelegten qualitativen und zeitlichen Voraussetzungen führt zu der Frage, welche Auswirkungen deren Nichterfüllung hat. Insoweit sind zwei Szenarien in den Blick zu nehmen: 1.: Eine juristische Person initiiert vor der Begehung einer Straftat ein Integritätsprogramm, das jedoch nicht angemessen ist (z.B. fehlen einige der geforderten Mindestelemente). 2.: Eine juristische Person etabliert zwar ein angemessenes Integritätsprogramm, aber erst nach der Begehung der Tat. Merkwürdigerweise fehlt im Gesetz 27.401 eine spezifische Regelung, die diese Situationen berücksichtigt, was Zweifel daran aufkommen lässt, welche Auswirkungen diese (in den Augen des Gesetzes) „fehlgeschlagenen“ Compliance-Maßnahmen auf die strafrechtliche Verantwortlichkeit der juristischen Person haben sollen.

Meiner Meinung nach kann eine juristische Person, die Compliance-Maßnahmen ergriffen hat, auch wenn diese mangelhaft sind oder nicht den Art. 22 und 23 des Gesetzes 27.401 entsprechen, in Bezug auf die Strafbarkeit nicht einer juristischen Person gleichgesetzt werden, die überhaupt keine Compliance betrieben hat. Eine juristische Person die zumindest ein mangelhaftes Compliance-Programm eingeführt hat, sollte strafrechtlich weniger streng behandelt werden.³⁴ Wie lässt sich nun eine punitive Behandlung nach dem Gesetz 27.401 rechtfertigen? Wie bereits angedeutet wurde, hat das

³² Neira Pena (Fn. 22), S. 271; Ragués i Vallès (Fn. 27), S. 111 ff. In diesem Sinne auch die Richtlinie 1/2016 der spanischen Generalstaatsanwaltschaft (Abs. 2.4).

³³ Hierzu Montiel, in: Saccani/Durrieu (Fn. 8), S. 74 f.; Papa, *Diario La Ley*, Jahrgang LXXXII, 26/2018-A, S. 4.

³⁴ In Fällen, in denen die Umsetzung eines mangelhaften Compliance-Programms den Behörden nur vorgaukeln soll, dass es eine Compliance-Infrastruktur gibt, die aber in Wirklichkeit nur dazu dient, die Durchsetzungs- und Justizbehörden abzulenken, sollte die Bewertung jedoch anders ausfallen. Insoweit sollte ein strafverschärfender Umstand de lege ferenda anerkannt werden, vgl. Montiel, *Enfoques Penales* 2019, S. 4 f., abrufbar unter <https://crimint.org/wp-content/uploads/2019/02/Enfoques-enero-2019-Montiel-1.pdf> (17.7.2023).

Gesetz keinen dieser beiden Fälle ausdrücklich geregelt, anders als beispielsweise das spanische Strafgesetzbuch in Art. 31bis Abs. 2 und 31quater lit. d.³⁵ Allerdings ist der Wortlaut des Art. 8 des Gesetzes 27.401 offen für eine entsprechende Interpretation. Insbesondere enthält er eine Formulierung, die mit derjenigen des Art. 304 argStGB identisch ist. Hiernach hat der Richter bei der Strafzumessung die „Nichteinhaltung der internen Vorschriften und Verfahren“ zu berücksichtigen. Das bedeutet, dass für den Gesetzgeber die Qualität der Compliance einen strafzumessungsrelevanten Umstand darstellt. Dementsprechend sollte Compliance ein Grund für die Verhängung einer mildereren Strafe bzw. einer mildereren Art der Strafe sein.³⁶ Insofern gibt Art. 8 dem Richter die Möglichkeit, in den oben genannten Fällen zumindest mangelhafter Compliance eine mildere Strafe zu verhängen als in den Konstellationen, in denen die juristische Person überhaupt keine Compliance-Maßnahmen ergriffen hat.

IV. Kriterien für die Bewertung von Compliance-Programmen nach dem Gesetz Nr. 27.401

1. Anforderungen an ein adäquates Compliance-Programm

Hinsichtlich der Bewertungskriterien hat das Gesetz 27.401 ein in Lateinamerika weit verbreitetes System übernommen. Es besteht darin, die Mindestelemente festzulegen, die ein Compliance-Programm enthalten muss, um als angemessen zu gelten. Dies ist zum Beispiel der Fall im Gesetz 20.393 (Chile), im Gesetz 30.424 (Peru) und im Gesetz 9699 (Costa Rica). Mit anderen Worten, diese Systeme geben dem Vorhandensein bestimmter Elemente des Programms Vorrang vor seinem effektiven Funktionieren. Dieses System beruht offenbar auf der Prämisse, dass jedes Compliance-Programm, das diese verpflichtenden Mindestelemente enthält, in angemessener Weise zur Verhinderung von Verstößen beiträgt. Die Rechtsvorschriften enthalten ein tabellarisches Bewertungssystem, das sich deutlich vom spanischen System unterscheidet. Der spanische Rechtsstab verfügt nicht über ex ante-Bewertungskriterien, sondern muss im Einzelfall darüber befinden, ob das Compliance-Programm ordnungsgemäß funktioniert. Welche Beurteilungskriterien zum Einsatz kommen, liegt insoweit im Ermessen der Behörden.³⁷

Das Gesetz Nr. 27.401 führt ein System des „doppelten Angemessenheitsfilters“ ein, bei dem zunächst eine allgemeine Bewertung der Angemessenheit vorgenommen wird und anschließend spezifische Elemente des Compliance-Programms geprüft werden.³⁸ Nach diesem Schema muss zunächst analysiert werden, ob das Programm mit Blick auf die allgemeinen Eigenschaften der Organisation einen Beitrag

zur Korruptionsbekämpfung leistet. Erst in einem zweiten Schritt werden die spezifischen Bestandteile des Compliance-Programms analysiert.

Art. 22 Abs. 1 formuliert eine erste Maxime, wonach jedes Integritätsprogramm „den Risiken entsprechen muss, die mit der von der juristischen Person ausgeübten Tätigkeit, ihrer Größe und ihrer wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit verbunden sind“. Mit anderen Worten, das Compliance-Programm muss auf die realen Risiken der individuellen juristischen Person zugeschnitten sein. Selbst wenn es die in Art. 23 genannten Voraussetzungen erfüllen sollte, ist es nicht angemessen i.S.v. Art. 9, wenn es der Struktur, wirtschaftlichen Größe und der Tätigkeit des Unternehmens nicht entspricht. In diesem Fall kommt ein Strafausschluss nicht in Betracht.

In Art. 23 wird zwischen zwei Gruppen von Elementen eines Compliance-Programms unterschieden: diejenigen, die zwingend vorhanden sein müssen, um seine Eignung zu gewährleisten (obligatorische Elemente), und diejenigen, deren Vorhandensein nur fakultativ ist (fakultative Elemente). Diese Unterscheidung ist erstaunlich, da diese Regelung einen gravierenden Mangel an Kenntnissen der Unternehmenspraxis widerspiegelt.³⁹

Als Mindestanforderungen an ein angemessenes Compliance-Programm sind formuliert:

- Das Unternehmen verfügt über einen Ethikkodex oder Verhaltenskodex.
- Das Unternehmen hat spezifische Regeln und Verfahren zur Verhinderung von Fehlverhalten im Bereich von Ausschreibungen und Bieterverfahren aufgestellt.
- Es finden regelmäßige Fortbildungen statt.

In demselben Artikel werden zahlreiche weitere Elemente aufgeführt, aus denen ein Compliance-Programm bestehen kann. Ihr Vorhandensein ist für die Angemessenheitsbeurteilung jedoch nicht ausschlaggebend. Die in Art. 23 genannten Elemente sind die folgenden:

- Whistleblowing-Kanäle
- Schutz von Hinweisgebern
- Internes Untersuchungssystem
- „tone from the top“
- Risikokartierung
- Risikoüberwachung
- Grundsätze zu Sorgfaltspflichten gegenüber Dritten
- Grundsätze zu Sorgfaltspflichten bei Fusionen und Übernahmen
- Compliance-Beauftragter

Es ist überraschend, dass Compliance-Programme zwingend über einen Ethik- oder Verhaltenskodex verfügen müssen

³⁵ Vgl. zu dieser Auslegung *Ortiz de Urbina Gimeno* (Fn. 13), S. 1892; *Dopico Gómez-Aller* (Fn. 11), S. 159 f.

³⁶ Auch *Papa*, *Diario La Ley*, Jahrgang LXXXII, 26/2018-A, S. 5; *Anllo*, in: *Parada/Errecaborde* (Hrsg.), *La nueva ley de responsabilidad penal de personas jurídicas y el compliance*, 2019, 2. Teil, S. 85 ff.

³⁷ Dazu *Montiel/Boehler*, in: *Rotsch* (Hrsg.), *Criminal Compliance – Status quo und Status futurus*, 2021, S. 211 (216 f.).

³⁸ *Montiel*, *Revista En Letra Derecho Penal* 6/2018, 124 (134 ff.).

³⁹ Kritisch zum argentinischen System *Montiel* (Fn. 33), S. 75 ff.; *ders.*, *Revista En Letra Derecho Penal* 6/2018, 124 (134 f.); *Agustina/Vargas Ovalle*, in: *Montiel* (Fn. 21), S. 87 ff.; *Caro Coria/Sota Sánchez*, in: *Montiel* (Fn. 21), S. 105; *Anllo* (Fn. 36), 2. Teil, S. 86.

(Art. 23 lit. a), nicht aber über einen Compliance-Beauftragten oder ein Whistleblowing-System. In dieser Hinsicht fällt es mir schwer, die Entscheidung des Gesetzgebers zu unterstützen, zwischen obligatorischen und fakultativen Elementen eines echten Integritätsprogramms zu unterscheiden. Meines Erachtens wäre es viel angemessener gewesen, wenn die Liste der Elemente eher als eine Summe von Kriterien formuliert wäre, die der Beurteiler der Eignung eines Programms berücksichtigen sollte, sodass er nicht jedes der in Art. 23 genannten Programmelemente im Voraus beurteilen muss.

2. Das Erfordernis der schwerwiegenden Behinderung der Straftatbegehung

Der Erfolg eines tabellarischen Beurteilungssystems hängt im Wesentlichen von der richtigen Auswahl der verpflichtenden Elemente ab. Das Scheitern des im Gesetz 27.401 gewählten Systems liegt gerade in der sehr schlechten Auswahl durch den Gesetzgeber, der in der Liste der verpflichtenden Elemente einige, auf die nicht verzichtet werden kann (wie die Benennung eines Beauftragten), weggelassen und andere, die meiner Meinung nach entbehrlich sind, aufgenommen hat. Dies ist ein schwerwiegender Mangel, der die korrekte Anwendung des Gesetzes ernsthaft beeinträchtigen und auch schlechte Auswirkungen auf die Anreize für integrires Verhalten juristischer Personen nach sich ziehen kann.

Das argentinische Amt für Korruptionsbekämpfung hat versucht, den Begriff der Mindestelemente „aufzuweichen“, sodass in der Praxis die Standards für die Angemessenheit der Bewertung von Integritätsprogrammen anspruchsvoller sind.⁴⁰ In dem Dokument „Integritätsrichtlinien“ betonte diese staatliche Einrichtung wiederholt, dass es für die Bewertung der Angemessenheit von Integritätsprogrammen nicht ausreicht, sich ausschließlich auf formale Aspekte zu konzentrieren. Vielmehr sollen die Elemente des Compliance-Programms mit den Risiken der Organisation in Verbindung gebracht werden, womit es darauf ankommt, ob sie ein angemessenes Management ermöglichen. Dieser Lösungsansatz ist in der Tat lobenswert. Allerdings sollte nicht übersehen werden, dass eine solche Auslegung nicht mit dem Gesetz vereinbar ist.

V. Obligatorische Umsetzung von Compliance-Programmen?

Es gibt mehrere Möglichkeiten, die (rechtliche) Verbindlichkeit eines bestimmten Verhaltens festzustellen. Die erste Möglichkeit besteht darin, eine bestimmte Handlung deontisch als unbedingt erforderlich zu qualifizieren, und zwar in der Weise, dass ein Gebot oder eine Anforderung aufgestellt wird, deren Nichteinhaltung zur Verhängung einer Sanktion führt. Es handelt sich um eine unmittelbare Verpflichtung. Man spricht dagegen von einer indirekten Verpflichtung, wenn eine bestimmte Handlung nicht (deontisch) als geboten, sondern als empfohlen qualifiziert wird. Hier geht es darum, dass derjenige, der der Handlungsempfehlung nicht folgt,

darin gehindert wird, eine bestimmte vorteilhafte Position zu erlangen, und dass die Rechtsfolge der Nichtbefolgung der Handlungsempfehlung nicht die Verhängung einer Sanktion, sondern der Verlust eines Vorteils ist. Beide Begriffe der Verpflichtung sind für das Verständnis der argentinischen Rechtslage von Bedeutung.

⁴⁰ Lineamientos de Integridad para el mejor cumplimiento de lo establecido en los artículos 22 y 23 de la ley n° 27.401 de responsabilidad penal de las personas jurídicas, Abs. 2.3.