Herausgeber
Prof. Dr. Andreas Hoyer
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Prof. Dr. Prof. h.c. Arndt Sinn
Schriftleitung
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Redaktion (national)
Prof. Dr. Stefanie Bock
Prof. Dr. Michael Heghmanns
Prof. Dr. Holm Putzke
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Prof. Dr. Anne Schneider
Prof. Dr. Prof. h.c. Arndt Sinn
Prof. Dr. Markus Wagner
Prof. Dr. Frank Zimmermann
Redaktion (international)
Prof. Dr. Dr. h.c. Kai Ambos, Richter am Kosovo Sondertribunal, Den Haag
International Advisory Board
Webmaster
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Verantwortlich für die redaktionelle Endbearbeitung
Wiss. Mitarbeiter Dennis Klein
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Lektorat fremdsprachiger Beiträge
Gustavo Urquizo
Jaime Winter Etcheberry
Internetauftritt
René Grellert
ISSN
2750-8218

4/2023
2. Jahrgang

S. 219-286

Inhalt

COMPLIANCE – WAS KANN EUROPA VON LATEINAMERIKA LERNEN?

Einführung zum Inhalt der aktuellen Ausgabe

Compliance – Was kann Europa von Lateinamerika lernen?

Einführung zum Inhalt der aktuellen Ausgabe

Von Prof. Dr. Adán Nieto Martín, Ciudad Real, Prof. Dr. Katharina Beckemper, Leipzig

219

AUFSÄTZE

Strafrecht

Hintergrund, Entwicklung und Zukunft der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von juristischen Personen im kolumbianischen Recht

Von Prof. Dr. Hernando A. Hernández Quintero, Bogotá

222

Strafrechtliche Verantwortlichkeit von juristischen Personen in Chile
Aktueller Überblick und Perspektiven

Von Prof. Gonzalo Medina, Santiago de Chile

231

Die strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen in Peru

Von Prof. Dr. Percy García-Cavero, Piura

239

Strafrechtliche Haftung juristischer Personen und Compliance: Die Rechtslage in Argentinien

Von Prof. Dr. Juan Pablo Montiel, Buenos Aires

247

Strafrechtliche Verantwortlichkeit von juristischen Personen in Panama

Von Orestes Arenas Nero, Panama-Stadt/Bremen

257

AUFSÄTZE

Strafrecht

Computerbetrug und Betrug beim kontaktlosen Bezahlen

Zugleich eine Besprechung von OLG Hamm, BeschL. v. 7.4.2020 – 4 RVs 12/20

Von Prof. Dr. Martin Böse, Wiss. Mit. Lucas Tomiak, Bonn

265

BUCHREZENSIONEN

Strafrecht

Thomas Steenbreker, Identität und Freiheit, Studien zur Zeitlichkeit der Person im Strafrecht, 2020

(Akademischer Rat a.Z. Dr. Sören Lichtenthäler, Mainz)

281

Ralf Peter Anders/Kirsten Graalman-Scheerer/Jan Henrik Schady (Hrsg.), Innovative Entwicklungen in den deutschen Staatsanwaltschaften, Aufgaben und Zukunft der Staatsanwaltschaft im gesellschaftlichen Wandel, 2021

(Privatdozent Dr. Tobias Ceffinato, Bayreuth)

285

Compliance – Was kann Europa von Lateinamerika lernen?

Einführung zum Inhalt der aktuellen Ausgabe

Von Prof. Dr. Adán Nieto Martín, Ciudad Real, Prof. Dr. Katharina Beckemper, Leipzig

I. Startpunkt

Vom 19.–22. Juli 2022 fand an der Universität Leipzig die internationale Tagung „Die Berücksichtigung von Compliance – Was kann Europa von Lateinamerika lernen?“ statt. Die Tagung war eingebettet in den Rahmen des gemeinsamen geförderten rechtsvergleichenden Projekts der Universitäten Castilla La Mancha, Ciudad Real (Projektleiter Adán Nieto Martín) und Leipzig (Projektleiterin Katharina Beckemper).

Inhaltlich war dieses Projekt ausgerichtet vor allem auf die Frage, inwieweit Compliance-Systeme in den einzelnen Ländern als strafmildernd oder straffausschließend berücksichtigt werden.

Ausgangspunkt war dabei die These: Die Einrichtung eines Compliance-Systems soll bei einer Unternehmenssanktion strafmildernd berücksichtigt werden. Diese These scheint fast als Allgemeingut anerkannt zu sein. Davon ging auch der deutsche Gesetzesentwurf eines Verbandssanktionengesetzes aus. An der Notwendigkeit einer Strafmilderung oder gar Strafaufhebung bei vorheriger oder nachträglicher Einführung eines Compliance-Systems kommt fast kein Zweifel mehr auf und soweit ersichtlich alle internationalen Regelungen gehen – entweder ausdrücklich oder doch faktisch – von dieser Prämisse aus.

So ist es wenig verwunderlich, dass auch der deutsche Regierungsentwurf dieses nicht nur vorsah, sondern auch Regelungen enthielt zum späteren Wohlverhalten inklusive einer Verpflichtung zu internen Ermittlungen mit dem Gebot, diese rechtsstaatlich vorzunehmen. Neu war in dem deutschen Entwurf die Absicherung von Garantien, die das deutsche Arbeitsrecht nicht enthält, indem Arbeitnehmer das Recht auf einen Anwalt zugesprochen wird und Schweigerechte zugestanden wurden.

Bekannterweise hat es der Gesetzesentwurf nicht in die Verabschiedung geschafft. Über die Gründe mag hier nicht weiter gemutmaßt werden. Umso wichtiger scheint es, internationale Erfahrungen noch einzubringen für einen späteren Entwurf. Dieses Anliegen verfolgte das Projekt und die hier vorliegende und im Oktober folgende Sonderausgabe.

II. Lateinamerika statt USA

Dass das Unternehmensstrafrecht international beeinflusst ist, darf als unstreitig gelten. Dennoch schaut die europäische Rechtssetzung seit Jahren einseitig auf den anglo-amerikanischen Raum. Europa beeinflusst zwar noch Rechtsbewegungen, aber die Amerikanisierung des Rechts ist allenthalben – vor allem im Wirtschaftsstrafrecht – zu konstatieren. Seit dem Siemens-Skandal richten wir fasziniert den Blick auf das Recht der USA und sind beeindruckt, welche Mechanismen eine Androhung eines Unternehmensstrafrechts in Unternehmen herbeiführen kann. Wir sind gleichermaßen angetan und kritisch, wenn es um Internal Investigations und die Verpflichtung geht, Compliance-Programme in unser deutsches Recht zu überführen oder über Sentencing Guidelines nachzudenken.

Die Globalisierung des Rechts hat viel Gutes. Sie zwingt uns aber nicht, den Blick einseitig nur in die USA und auf das angloamerikanische Recht zu werfen. An dieser Stelle sei auch angemahnt: Der Rechtsdogmatik bekommt es sicherlich nicht gut, sich ausschließlich Mechanismen des Unternehmensstrafrechts in dem Land abzuschauen, das in diesem Gebiet kaum Dogmatik aufweist. Insbesondere Unternehmen, die in anderen Ländern produzieren, sind angewiesen auf einen Rechtsvergleich, der über den angloamerikanischen Raum hinausgeht.

Mit dem hier verfolgten Projekt soll der Fokus deshalb nicht verschoben, aber doch erweitert werden auf Lateinamerika. Viele europäische, auch deutsche, Unternehmen haben Geschäftsbeziehungen in diesen Kontinent und für ein wirksames Compliance-System des gesamten Unternehmens oder des Konzerns ist die Kenntnis der dort geltenden Regelungen unabdingbar.

In einem bis dato nicht dagewesenen Projekt sollen deshalb die Regelungen des Unternehmensstrafrechts nicht nur nebeneinandergestellt, sondern auch einer abschließenden Wertung unterzogen werden. Es haben sich deshalb auf Einladung der Universitäten Castilla La Mancha und Leipzig Vertreter folgender Länder zusammengefunden: Costa Rica, Peru, Brasilien, Mexiko, Panama, Ecuador, Argentinien, Chile und Kolumbien. Dazu kommen aus Europa Italien und Spanien, da ihre Rechtsentwicklungen unmittelbar auf den lateinamerikanischen Kontinent einwirken. Die Gruppe setzt sich zusammen aus führenden Wissenschaftlern/Praktikern der jeweiligen Länder: Alfredo Chirino Sánchez (Universidad de Costa Rica, Costa Rica), Percy García Caverro (Universidad de Piura, Peru), Juan Pablo Montiel (Argentinien), Eduardo Saad-Diniz (Universidade de São Paulo, Brasilien), Hernando Antonio Hernández Quintero (Universidad de Ibagué, Kolumbien), Manuel Espinoza de los Monteros (Mexiko), Orestes Arena Nero (Panama), Gonzalo Medina (Universidad de Chile, Chile), Vincenzo Mongillo (Catedrático de la Università Unitelma Sapienza de Roma, Italien), Adán Nieto Martín (Universidad de Castilla-La Mancha: Ciudad Real, Spanien), Katharina Beckemper (Universität Leipzig, Deutschland). Martín Gangotena (Ecuador) konnte aufgrund der politischen Lage in seinem Land nur zeitweilig via Videokonferenz teilnehmen.

III. Konkretisierung der Fragestellung und Aufbau der Beiträge

Die hier vorliegenden Veröffentlichungen folgen einem einheitlichen Muster, auch wenn ob der kulturellen Unterschiede die Beiträge sich sehr unterscheiden. Im Wesentlichen sollte es sich um einen Dreiklang handeln, der (1.) die Geschichte der Einführung des Unternehmensstrafrechts kurz darstellt, (2.) das System beschreibt und (3.) sich prozessualen Aspekten zuwendet.

1. Geschichte und Gründe für die Einführung einer Unternehmenssanktion

Das Projekt kann nicht rechtsgeschichtlich angelegt werden und die vorliegenden Beiträge beziehen sich auf die Historie nur in dem Maße, in dem es wichtig ist für das Verständnis. Dennoch ist ein kurzer Rekurs auf die Gründe der Einführung eines Unternehmensstrafrechts in den jeweiligen Ländern wichtig. In jedem Land gab es einen anderen Katalysator, der für die Einführung einer Unternehmenssanktion verantwortlich war und auch die vorherige Doktrin unterscheidet sich. In manchen Beiträgen finden sich Erörterungen der Gesetzeshistorie, weil sie für das Verständnis der aktuellen Gesetzeslage wichtig ist. Auch die deutsche Diskussion ist nur zu verstehen, wenn der Fall Siemens einbezogen wird und die lateinamerikanische Diskussion erschließt sich nicht, ohne einen Rekurs auf den Fall Odebrecht, der in vielen Beiträgen erwähnt wird. Diese Fälle nehmen auch unmittelbar Einfluss auf die Regulierungen von Compliance als Strafmilderungs- oder -ausschlussgrund.

2. Beschreibung des Systems der Unternehmensverantwortlichkeit

Ein Vergleich der Unternehmensverantwortlichkeit muss beginnen mit der Rechtsnatur der angedrohten Sanktionen und der im jeweiligen Land gewählten Regelungsart, konkret derjenigen im Strafgesetzbuch oder einem gesonderten Gesetz. Zur Beschreibung gehören aber auch sehr konkrete Fragen wie die nach den möglichen Anlasstaten. Hier zeigte sich schnell ein ganzer Fächer von unterschiedlichen Regelungsarten und einer sehr abweichenden Art der jeweiligen Länder, die Verantwortlichkeit juristischer Personen zu normieren.

Kern des Projekts war aber der Vergleich, wie sich ein Compliance-System auf die angedrohte und verhängte Sanktion auswirkt. Es ist danach zu fragen, inwieweit es strafausschließend oder strafmildernd sein kann und welche Mechanismen – auch im Prozessrecht – greifen.

Ausgangspunkt muss hier die Feststellung sein, ob es im Gesetz geregelt oder es eine Praxis der Rechtsanwendung ist. Unmittelbar daran schließt sich die Frage an, wie die Wirksamkeit eines bereits bestehenden Compliance-Systems beurteilt wird. Ist es zu einer Straftat gekommen, drängt sich auf, dass es sich wohl nicht um ein wirksames Compliance-System gehandelt hat. Das dürfte aber zu kurz gegriffen sein. Dieses Problem stellt sich für alle Länder, weshalb es im Kern in allen Rechtsordnungen um dieselben Fragen geht: Wenn die vorherige Einrichtung eines Compliance-Systems strafmildernd oder straffausschließend berücksichtigt werden kann, muss feststehen, wie die Wirksamkeit eines Compliance-Systems zu bewerten ist und nach welchen Kriterien (und von wem) diese Bewertung vorgenommen wird. In den unterschiedlichen Ländern sind abweichende Antworten gefunden worden oder eben auch keine Antworten. Dies herauszuarbeiten, muss im Mittelpunkt unseres Projekts stehen.

3. Prozessrecht

Ein Unternehmenssanktionsrecht ist nicht denkbar ohne Regelungen zum Prozessrecht. Denkbar ist es, schlicht auf das jeweils geltende Verfahrensrecht zu verweisen. Die jeweiligen Länder haben sehr unterschiedliche Ansätze gewählt.

Dabei erscheinen gleich mehrere Gesichtspunkte regelungsbedürftig: Wer vertritt das Unternehmen im Prozess? Sind Absprachen möglich und inwieweit können unternehmensinterne Ermittlungen dabei berücksichtigt werden? Es ist zu untersuchen, ob die Unternehmen in den einzelnen Ländern dazu rechtlich verpflichtet sind oder zumindest ein faktischer Zwang besteht. Es ist zu untersuchen, ob es sogar ungern gesehen wird, wenn das Unternehmen selbst ermittelt. In Deutschland ist eine intensive Diskussion darüber entbrannt, in welchen Fällen eine Beschlagnahmefreiheit der Untersuchungsergebnisse besteht. Im Rechtsvergleich ging die Idee des Gesetzesentwurfs über viele der bereits seit Jahren in Kraft getretenen internationalen Regelungen hinaus. Das führt natürlich zu der Frage, ob Konstellationen, die das deutsche Bundesverfassungsgericht im Jones-Day-Verfahren umgetrieben haben, singulär sind, ob hier ein Problem nur „hochgekocht“ ist dank besonderer Pffiffigkeit beteiligter Anwaltskanzleien oder ob die tatsächliche Rechtsproblematik sich in unterschiedlichen Ländern einfach anders stellt.

Ein noch weitgehend unbearbeiteter Gesichtspunkt in vielen Rechtsordnungen ist die Verteilung der Beweislast. Muss das Unternehmen beweisen, dass sein Compliance-System wirksam war und nur zufällig versagt hat oder obliegt es den Strafverfolgungsbehörden, die Unwirksamkeit zu beweisen? Noch völlig ungeklärt ist hier die Rolle der Zertifizierungen, die in vielen Ländern bereits von Privaten angeboten werden. Beispielhaft sei hier Spanien herausgegriffen, in dem es zumindest ein Rundschreiben der Staatsanwaltschaften gibt, nach dem Zertifizierungen beachtet werden sollen. Das führt zu einem Strauß an offenen Fragen, deren Diskussion in vielen Ländern offenbar erst am Anfang steht. Das erinnert an die amerikanischen „defenses“. Hier zeigt sich erneut sehr deutlich der Einfluss des angloamerikanischen Rechts. Viele Beiträge widmen sich diesem Thema.

IV. Zusammenfassung und Ausblick auf die Sonderausgaben

Die genannten Punkte sind das erste Mal in dieser Intensität und in diesem internationalen Rahmen diskutiert worden. Wir bedanken uns für die Möglichkeit der Veröffentlichung auf Deutsch in dieser Zeitschrift. Die Gruppe aus den Ländern Costa Rica, Peru, Brasilien, Mexiko, Panama, Ecuador, Argentinien, Chile, Kolumbien, Italien und Spanien hält diese Diskussion für unabdingbar und wir freuen uns, dass wir in zwei Sonderausgaben die Beiträge in deutscher Fassung zur Verfügung stellen dürfen.

Die erste hier vorliegende Sonderausgabe der ZfIStw – die zweite folgt in ZfIStw 5/2023 vom 1.10.2023 – beginnt mit dem Beitrag aus Kolumbien.¹ Die Verantwortlichkeit juristischer Personen ist in diesem Land nur administrativer Natur. Es finden sich aber Gesetzesvorstöße, die der *Verf.*

¹ Quintero, ZfIStw 4/2023, 222.

darstellt und kritisch untersucht. Auch in Chile ist mit einer Gesetzesänderung zu rechnen, weshalb sich der Beitrag aus diesem Land anschließt.² Die Untersuchung widmet sich aber auch den dogmatischen Grundlagen, vor allem der Frage nach dem Grund für die Zurechnung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit. Diese Diskussion wird auch aufgegriffen in der Untersuchung aus Peru.³ Die Diskussion hat sich in diesem Land aber vor allem verlagert auf die Voraussetzungen für eine Strafmilderung oder gar einen Strafausschluss bei vorheriger oder nachträglicher Implementierung eines Compliance-Systems. Aus diesem Grunde stehen die erforderlichen Maßnahmen und insbesondere das Risikomanagementsystem im Mittelpunkt des Beitrags. Beide Aspekte gleichermaßen greift der Beitrag aus Argentinien auf.⁴ Die Verantwortlichkeit juristischer Personen ist 2018 eingeführt worden, aber die praktische Anwendung ist noch gering. Ein Gesichtspunkt, den der *Autor* ausdrücklich erwähnt. Die Sonderausgabe schließt mit einer Übersicht über die gesetzliche Regelung in Panama.⁵ Hier hat vor allem das Rundschreiben der Generalstaatsanwaltschaft Bedeutung erlangt, weil es die gesetzlichen Vorgaben konkretisiert und damit zum Ziel hat, die Anwendbarkeit in der Praxis zu erleichtern und voraussehbar zu machen. Diesem Rundschreiben wird deshalb besondere Aufmerksamkeit gewidmet.

² *Medina*, ZfIStw 4/2023, 231.

³ *García-Cavero*, ZfIStw 4/2023, 239.

⁴ *Montiel*, ZfIStw 4/2023, 247.

⁵ *Arenas Nero*, ZfIStw 4/2023, 257.

Hintergrund, Entwicklung und Zukunft der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von juristischen Personen im kolumbianischen Recht

Von Prof. Dr. Hernando A. Hernández Quintero, Bogotá*

Dieser Beitrag gibt einen Überblick über die in Kolumbien unternommenen Anstrengungen zur Einführung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit juristischer Personen unter Berücksichtigung der Literaturmeinungen und der Diskussion zu den Gesetzesentwürfen. Von Bedeutung für das Verständnis der kolumbianischen Rechtsentwicklung sind auch die Entscheidungen des Verfassungsgerichts über die Anwendbarkeit der Normen, die für einen kurzen Zeitraum die strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen geregelt haben.

I. Einführung

In Kolumbien wurde noch keine strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen gesetzlich etabliert. Obwohl sich die Wissenschaft, die Unternehmen und die Regierung des Schadens, der entsteht, wenn juristische Personen zur Begehung strafbarer Handlungen benutzt werden, bewusst sind, hat der Kongress die Diskussion darüber vertagt. Und auch ein Teil der Literatur hält an den althergebrachten Kriterien des Strafrechts fest, wonach sich Verbände nicht strafbar machen können, weil sie nicht handlungs- und schuldfähig sind. In diesem Beitrag werden der Hintergrund, die Entwicklung und die Zukunft einer so wichtigen Institution in Kolumbien analysiert.

II. Hintergrund

1. Wirtschaftlicher Kontext des Landes

Kolumbien hat ein gemischtes, reguliertes bzw. interventionistisches Wirtschaftsmodell. Seit der Verfassung von 1886 (Art. 32 kolumbVerf) sind Formulierungen wie „das private Interesse muss dem öffentlichen Interesse weichen“ und Bestimmungen über das Eigentum im Recht verankert. Mit der Verfassungsreform von 1936 wurde mit dem Argument der Notwendigkeit, die verfassungsrechtlichen Bestimmungen mit den modernen Vorstellungen vom Staat in Einklang zu bringen, insbesondere im Hinblick auf die Regulierung der Wirtschaft und den Schutz der Arbeit, in Art. 11 kolumbVerf a.F. Folgendes festgeschrieben: „Der Staat kann durch Gesetze in die Industrie und in öffentliche oder private Unternehmen eingreifen, um die Produktion, die Verteilung und den Verbrauch des Reichtums zu rationalisieren oder den Arbeitnehmern den gerechten Schutz zu gewähren, auf den sie Anspruch haben.“

Später, in der momentan gültigen Fassung von 1991, wurde den wirtschaftlichen Fragen so viel Raum gegeben, dass zum ersten Mal ein eigenes Kapitel, Kapitel XII, zur Regelung der Wirtschaftsordnung und der öffentlichen Finanzen aufgenommen wurde. Darin wurde die Freiheit der wirtschaftlichen Tätigkeit und der Privatinitiative verankert, wobei darauf hingewiesen wird, dass diese innerhalb der

Grenzen des Gemeinwohls ausgeübt werden muss. Zudem wird festgeschrieben, dass diese Freiheit, als Motor der Entwicklung, eine soziale Funktion hat, die Pflichten mit sich bringt (Art. 333 kolumbVerf). Sie sieht auch vor, dass die allgemeine Leitung der Wirtschaft dem Staat obliegt, der im Auftrag des Gesetzes bei Ausbeutung der natürlichen Ressourcen, der Nutzung des Bodens, der Produktion, der Verteilung, dem Gebrauch und Verbrauch von Gütern, sowie bei öffentlichen und privaten Dienstleistungen eingreift, um die Wirtschaft zu rationalisieren (Art. 334 kolumbVerf).¹

Staatliche Eingriffe durch die Legislative und Exekutive in die Wirtschaft sind somit verfassungsmäßig. Der Kongress bestimmt das Gesetz (Art. 150 kolumbVerf), an das sich die Regierung halten muss, wenn sie interveniert (Art. 189 kolumbVerf). Aufgrund der Dezentralisierung der Verwaltung delegiert der Präsident diese Funktionen an die hohen wirtschaftspolizeilichen Instanzen, das bedeutet an die Oberaufsichtsbehörden für Finanzen, Solidarwirtschaft, Unternehmen, Industrie und Handel, um nur einige zu nennen.²

Die genannten Aufsichtsbehörden verhängen Verwaltungssanktionen, in der Regel Geldbußen, wenn sich Unternehmen rechtswidrig verhalten. Strafrechtliche Konsequenzen im engeren Sinne sind dagegen nicht vorgesehen. Allerdings gibt es durchaus die Möglichkeit, tiefgreifende Maßnahmen wie z.B. die Schließung des Betriebs (Art. 91 CPP – Código de Procedimiento Penal) zu ergreifen.

Kolumbien stützt sich in erster Linie auf ein verwaltungsrechtliches Vorgehen, wodurch sich die Ansicht verstärkt hat, dass eine Einbeziehung des Strafrechts kaum Vorteile mit sich bringen würde. Zudem muss auch beachtet werden, dass der Unternehmenssektor traditionellerweise Präsidentschafts- und Parlamentskampagnen sponsert, was es den Unternehmen ermöglicht, in ausgeprägter Weise Lobbyarbeit zu betreiben, um eine strafrechtliche Regelung der Verantwortlichkeit der juristischen Person zu verhindern.

2. Traditionelle Ansicht

Aber auch die kolumbianische Dogmatik und Rechtsprechung halten eine strafrechtliche Sanktionierung der juristischen Person für unmöglich. Sie vertreten die Auffassung, dass es den juristischen Personen an Handlungsfähigkeit und Schuld mangelt,³ sodass diese nicht strafrechtlich verfolgt

¹ Der Verfassungsgerichtshof hat diesen Eingriff in Sentencia C-197/12 v. 14.3.2012 dargelegt.

² Hernández Quintero, *Los delitos económicos en la actividad financiera*, 10. Aufl. 2022, S. 64 f.

³ Ruiz Sánchez, in: Hernández Quintero (Hrsg.), *Cuadernos de Derecho Penal Económico* no. 1, 2007, S. 124; Castro Botero/Ramírez Barbosa, *Derecho penal económico*, Parte general, 2010, S. 124; Shaffler, in: Tarapués Sandino/Murillo Granados, *Contribuciones al derecho contemporáneo*, Bd. 2: Punitivismo y garantismo penal, S. 191.

* Der Verf. ist Professor an der Universität Corporación Universitaria de Ibagué (Kolumbien). Die Übersetzung aus dem Spanischen besorgte Katharina Beckemper.

werden können.⁴ Zudem wird vorgebracht, dass auch Unschuldige die Sanktion gegen die juristischen Personen unbilligerweise mittragen.⁵ Auch wird von Vielen das Verwaltungsrecht als geeigneteres Mittel zur Bestrafung von rechtswidrigem Verhalten von juristischer Personen gesehen. Zwar gibt es durchaus auch eine Tendenz in der Literatur, bei Straftaten, die gegen die soziale Wirtschaftsordnung, die Umwelt und andere überindividuelle Rechtsgüter gerichtet sind, die Notwendigkeit einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit anzuerkennen. Dennoch wird immer wieder argumentiert, dass es aufgrund der dogmatischen Beschränkungen und der Art und Weise, wie das Strafgesetzbuch abgefasst ist, unmöglich sei, dieses Ziel zu erreichen.⁶

Andere Autoren begrüßen ausdrücklich die Verankerung der verwaltungsrechtlichen Verantwortlichkeit der juristischen Person im Gesetz 1778/2016 und empfehlen dem Gesetzgeber, diesen Weg fortzusetzen und keine strafrechtliche Sanktionierung einzuführen.⁷

Diese Überlegungen werden in der aktuellen Diskussion aber in Frage gestellt. Zwar wird zugegeben, dass das Strafrecht ursprünglich auf natürliche Personen zugeschnitten ist. Es sei aber an der Zeit, das Strafrecht anzupassen, um Handlungen zu verfolgen, die überindividuelle Rechtsgüter betreffen und juristischen Personen zugutekommen. Diese könnten wegen ihrer Fähigkeit zur Selbstorganisation ihres eigenen Verhaltens⁸ bzw. einer schlechten Organisation⁹ oder wegen einer generell fehlenden Organisationskultur verantwortlich gemacht werden¹⁰. Sie seien für den Schutz von Rechtsgütern zuständig, weil sie zur Selbstregulierung in der Lage sind¹¹ und ihnen die rechtlich missbilligten Risiken, die sie durch die Verletzung von Verkehrssicherungspflichten schaffen, zugeschrieben werden können¹².

⁴ *Bernate Ochoa*, Estudios de derecho penal económico, 2006, S. 44.

⁵ *Estrada Vélez*, in: Giraldo Marín, Actas del nuevo Código Penal Colombiano: parte especial, 1981, S. 508.

⁶ *Reyes Echandía*, Derecho Penal y Criminología 1986, 239 (247 f.); *Sandoval Huertas*, Sistema penal y criminología crítica, 1985, S. 43; *Velásquez*, Derecho Penal y Criminología 1997, 31 (42).

⁷ *Araque/Vásquez*, in: Escalante/Lamadrid/Cristancho/Carvajal (Hrsg.), Problemas actuales de derecho penal económico, responsabilidad penal de las personas jurídicas, compliance penal y derechos humanos y empresa, 2020, S. 79 (97).

⁸ *Reyes Alvarado*, Derecho Penal y Criminología 2008, 43 (66).

⁹ *Tolosa Russi*, Derecho Penal y Criminología 2015, 13 (35).

¹⁰ *Araujo Granda*, La nueva teoría del delito económico y empresarial en Ecuador: la responsabilidad penal de las personas jurídicas y el Código Orgánico Integral Penal, 2014, S. 31.

¹¹ *Caldas Botero*, in: Bernal Cuéllar (Hrsg.), Derecho penal económico y de la empresa, 2010, S. 290.

¹² *Bernate Ochoa*, Las personas jurídicas frente al derecho penal colombiano, 2021, S. 48.

3. Bisheriger Stand der Gesetzgebung

Obwohl die Möglichkeit, juristische Personen in Kolumbien auch strafrechtlich zur Verantwortung zu ziehen, derzeit nur als Entwurf im Kongress der Republik vorliegt, gibt es, wie bereits erwähnt, schon seit langem verwaltungsrechtliche Sanktionen für juristische Personen, welche in den letzten Jahren durch zusätzliche Konsequenzen verstärkt wurden.

Im Finanzsystem werden derzeit Bußgelder verhängt und es besteht die Möglichkeit, die Abberufung der Verantwortlichen zu beantragen, wenn diese gegen Verwaltungsvorschriften verstoßen haben. Beispiele für solche Verstöße sind die missbräuchliche Verwendung von öffentlichen Geldern (Dekret 2388/1976), die Gewährung von Krediten oder Rabatten, die höher sind als die, die den Aktionären oder Gesellschaftern zustehen (Dekret 3604/1981) oder die unrechtmäßige Einziehung öffentlicher Gelder (Dekret 1970/1979). Jedoch treffen hier die Sanktionen nur einzelne Personen, wie z.B. den Geschäftsleiter oder Repräsentanten und nicht die juristische Person als solche. Das Gleiche gilt für den Wucher, der als Straftat gegen die soziale Wirtschaftsordnung eingestuft wird. Wirtschaftliche Sanktionen können auch gegen Finanzinstitute verhängt werden, die unzulässig hohe Zinssätze verlangen.

So werden seit 1992 Verwaltungsanktionen gegen Beamte des Finanzsektors verhängt, wenn sie es versäumen, die erforderlichen Kontrollen zur Verhinderung von Geldwäsche in den Einrichtungen, in denen sie tätig sind, durchzuführen (Art. 102–107 Dekret 663/1993). Das kolumbianische Strafrecht kennt hierfür auch einen Tatbestand (Art. 325 CP), jedoch ist vorausgesetzt, dass der Beamte die Verwaltungsvorschriften zur Bekämpfung der Geldwäsche nicht einhält.¹³

Die genannten Vorschriften wurden im Rahmen des Risikomanagementsystems für Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung (SARLAFT)¹⁴ umfassend weiterentwickelt. Ebenso hat die Aufsichtsbehörde für Unternehmen in Anlehnung an die Vorschriften für das Finanzsystem vor kurzem Bestimmungen erlassen, um die Nutzung von juristischen Personen zur Geldwäsche zu verhindern. Zu diesem Zweck wurde das System zur Selbstkontrolle und Verwaltung der integralen Risiken von Geldwäsche, Terrorismusfinanzierung und Finanzierung der Verbreitung von Massenvernichtungswaffen (SAGRILAFT) geschaffen (Circular Externo 100-000016/2020).

Es gibt noch weitere verwaltungsrechtliche Sanktionen für Taten, wegen deren Begehung natürliche, nicht aber juristische Personen bestraft werden können. So können die Aufsichtsbehörde für Industrie und Handel und die Nationale Steuer- und Zollverwaltung (DIAN – Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales) Bußgelder verhängen, wenn es etwa um die Straftatbestände Wucher, Spekulation, Anhäufung von

¹³ *Hernández Quintero*, La responsabilidad penal de los funcionarios del sector financiero por el lavado de activos, 2014.

¹⁴ Enthalten im Beschluss 22/2007 und im grundlegenden gesetzlichen Rundschreiben (Rundschreiben 20/2014) der Oberfinanzdirektion, geändert durch die Rundschreiben 55/2016, 5/2017 und 27/2020.

Vermögenswerten und fiktive Aus- und Einfuhr, Schmuggel und wettbewerbsbeschränkende Absprachen geht.

Als Nebenfolge ist in Kolumbien das in Art. 44 des ersten Anti-Korruptionsgesetzes (Gesetz 190/1995) eingeführte Mandat vorgesehen. Hiernach können die Justizbehörden den Schleier eines Unternehmens lüften, wenn es notwendig ist, den wahren Nutznießer der unternehmerischen Tätigkeiten zu ermitteln.

Später wurden mit dem Gesetz 365/1997 Vorschriften zur Bekämpfung des organisierten Verbrechens erlassen. In Art. 2, mit dem Art. 61A des Strafgesetzbuches geändert wurde, wurde eine Maßnahme eingeführt, die für die einen eine akzessorische Folge und für die anderen ein weiterer Schritt zur Anerkennung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der juristischen Person im Lande darstellt. Diese Bestimmung wurde in das Gesetz 600 aus dem Jahr 2000 (frühere Strafprozessordnung) aufgenommen und dann in das Gesetz 906 aus dem Jahr 2004 (aktuelle Strafprozessordnung) übernommen:

„Auf Antrag der Staatsanwaltschaft kann der Richter jederzeit und vor der Anklageerhebung anordnen, dass die zuständige Behörde unter Einhaltung der zu diesem Zweck festgelegten rechtlichen Voraussetzungen die Aufhebung der Rechtspersönlichkeit oder die vorübergehende Schließung der der Öffentlichkeit zugänglichen Räumlichkeiten oder Einrichtungen von juristischen oder natürlichen Personen veranlassen kann, wenn es begründete Anhaltspunkte dafür gibt, dass sie ganz oder teilweise der Entwicklung krimineller Aktivitäten gewidmet waren.

Die genannten Maßnahmen sind in der Verurteilung abschließend anzuordnen, wenn die Umstände, die sie veranlasst haben, zweifelsfrei feststehen.

Wenn die in diesem Artikel genannte Rechtspersönlichkeit ausgesetzt oder aufgehoben wurde, wird der natürlichen oder juristischen Person die Gründung neuer Rechtspersönlichkeiten, Räumlichkeiten oder der Öffentlichkeit zugänglicher Einrichtungen mit demselben Gegenstand oder derselben zu entwickelnden Wirtschaftstätigkeit untersagt, bis der zuständige Richter eine endgültige Entscheidung im entsprechenden Urteil fällt (Art. 91 CPP).“ (Übersetzung)

Diese Nebenfolge wurde durch die Gesetze 1474/2011 (Anti-Korruptions-Statut) und 1778/2016, welches die Haftung juristischer Personen für grenzüberschreitende Korruptionshandlungen regelt, und das Gesetz 2195/2022 ergänzt, das Maßnahmen zur Transparenz, Prävention und Bekämpfung von Korruption vorsieht.

4. Gesetzesvorschläge

Frühere Versuche, die strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen in Kolumbien gesetzlich zu verankern, sind entweder in den vorbereitenden Kommissionen der Strafgesetze gescheitert, oder, wenn die Idee in der Praxis umgesetzt wurde, vom Verfassungsgericht für nicht durchsetzbar erklärt worden, auch wenn es die Verantwortlichkeit juristischer Personen für strafbare Handlungen grundsätzlich

bejahte. Es hatte Zweifel an der Bestimmtheit der gesetzlichen Regelung erhoben und darüber hinaus die Schaffung eines geeigneten Verfahrens der Verfolgung empfohlen.

Der erste Versuch wurde mit dem vorgelegten Entwurf eines Strafgesetzes des Staatsrats Demetrio Porras im Jahr 1888 unternommen, in dem eine Verantwortlichkeit der juristischen Personen in den Allgemeinen Teil aufgenommen werden sollte. Dieser Vorschlag wurde wegen mangelnder Vereinbarkeit mit der nationalen Wirklichkeit abgelehnt.¹⁵ 1978 wurde dann im Vorentwurf des Strafgesetzbuches, der in der Verabschiedung des Statuts von 1980 (Dekret 100) gipfelte, in Art. 360 die strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen vorgeschlagen, wenn die Straftaten gegen die soziale Wirtschaftsordnung in ihrem Namen oder zu ihren Gunsten begangen wurden. Als Sanktionen waren in Art. 358 vorgesehen: die Löschung des Namens, Logos und der Marke; das Verbot, als Lieferant oder Verkäufer für öffentliche Einrichtungen aufzutreten; das Verbot, Einfuhr- oder Ausfuhrlicenzen zu erhalten; das Verbot, fünf Jahre lang Handel zu treiben; die Überwachung des Unternehmens; die Schließung des Betriebs und die Auflösung oder Liquidation. Dieser Vorschlag wurde bei der Erörterung des Gesetzentwurfs abgelehnt und auf Eis gelegt.

Später wurde der Gesetzentwurf 235 des Senats (154 der Kammer) von 1996, „mit dem eine ökologische Sicherheit eingeführt, das Strafgesetzbuch geändert und andere Bestimmungen erlassen wurden“, zum Gesetz 491/1999, dessen Art. 26 die Schaffung des Art. 247B des Strafgesetzbuchs von 1980 vorsah:

„*Juristische Personen.* Für die in den Artikeln 189, 190, 191 und 197, sowie die im vorhergehenden Kapitel vorgesehenen Straftaten kann der zuständige Richter in den Fällen, in denen die strafbare Handlung der Tätigkeit einer juristischen Person oder einer faktischen Gesellschaft zuzurechnen ist, zusätzlich zu den Sanktionen in Form von Geldstrafen, Löschung des Handelsregisters, vorübergehender oder endgültiger Einstellung der Arbeit, Tätigkeit oder Schließung des Betriebs oder seiner Anlagen, auch Freiheitsstrafen gegen die gesetzlichen Vertreter, Direktoren oder Beamten verhängen, die durch eigene Handlungen oder Unterlassungen an der strafbaren Handlung beteiligt sind.

Wurde die strafbare Handlung heimlich oder ohne die entsprechende Erlaubnis, Genehmigung oder Lizenz der zuständigen Behörde vorgenommen, so wird die verschuldensunabhängige Haftung der juristischen Person vermutet.“ (Übersetzung)

Diese Bestimmung akzeptierte damit die These, dass Verbände genauso wie natürliche Personen handeln können. Diese Norm war nur für kurze Zeit in Geltung, da sie gleich dreimal angefochten wurde. Dennoch eröffnete sie dem Verfassungsgericht die Möglichkeit, zu bestätigen, dass es in Kolumbien keine Beschränkung der strafrechtlichen Verant-

¹⁵ Shaffler (Fn. 3), S. 191.

wortlichkeit von juristischen Personen gibt, wie in den folgenden Abschnitten noch erörtert wird.

Andererseits sah Art. 68 des Steuergesetzes 488/1998 Folgendes vor:

„Wenn vom DIAN anerkannte und zugelassene Zollmaklerfirmen oder Zentrallager als Anmelder bei von Dritten durchgeführten Importen oder Exporten auftreten, sind diese Firmen strafrechtlich verantwortlich für die in Artikel 15 des Gesetzes 383 von 1997 vorgesehenen Handlungen, die sich auf die Art, die Menge, die zolltarifliche Position und die Steuern der jeweiligen Ware beziehen.“ (Übersetzung)

Das Verfassungsgericht erklärte diese Bestimmung jedoch für verfassungswidrig, da sie gegen das Bestimmtheitsgebot verstoße:

„Die vorgelegte ist Norm verwirrend und es ist nicht möglich, klar zu bestimmen, welches Verhalten unter Strafe gestellt wurde. Sie ist deshalb wegen Verstoßes gegen das Bestimmtheitsgebot für verfassungswidrig zu erklären.“¹⁶

1998 legte die Generalstaatsanwaltschaft dem Kongress den Entwurf eines Strafgesetzbuchs vor, das später zum Gesetz 599 aus dem Jahr 2000 (dem aktuellen Strafgesetzbuch) wurde. Im Titel über die Strafen wurde eine Vorschrift vorgeschlagen, die Strafen für juristische Personen androhte, wenn die Straftat durch ein Mitglied oder ein Vertretungsorgan begangen wurde. Dieser Vorschlag fand im Kongress keine Mehrheit und wurde aus dem finalen Text gestrichen.

5. Entscheidungen des Verfassungsgerichts

Wie aus den nachstehend erörterten Entscheidungen hervorgeht, vertritt das Verfassungsgericht eindeutig die Sichtweise, dass die strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen grundsätzlich denkbar ist, solange bestimmte im Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuchs festgelegte Grundsätze wie Rechtmäßigkeit und Bestimmtheit eingehalten werden.

1996 wurde der Gesetzentwurf 235, mit dem die ökologische Sicherheit geschaffen wurde, vom Präsidenten mit dem Vorwurf der Verfassungswidrigkeit angefochten. Da der Kongress einige Einwände akzeptierte, andere jedoch zurückwies, befasste sich das Verfassungsgericht mit der Angelegenheit und erklärte im Urteil C-320/98 die Einwände gegen Art. 26 des Gesetzes für unbegründet, mit Ausnahme des Ausdrucks „objektiv“, welchen es für verfassungswidrig erklärte.

Aus dem genannten Urteil geht hervor, dass eine juristische Person der Strafgerichtsbarkeit unterworfen werden kann, wenn ihre Handlungen die Vorschriften des Gesetzes erfüllen, ohne gegen verfassungsrechtliche Vorgaben zu verstoßen:

¹⁶ Corte Constitucional de Colombia (Kolumbianischer Verfassungsgerichtshof), Entsch. v. 4.8.1999 – Sentencia C-559/99 (Übersetzung).

„Die Bestimmung der Fälle, in denen eine juristische Person strafrechtlich belangt wird, findet in der politischen Verfassung kein unüberwindbares Hindernis, insbesondere wenn es darum geht, die Justiz und die Instrumente der kollektiven Verteidigung zu verbessern.“¹⁷

Der Gerichtshof weist auch darauf hin, dass es gerade bei Straftaten gegen die Wirtschafts- und Sozialordnung am dringlichsten ist, die strafrechtliche Verantwortlichkeit der juristischen Person anzunehmen:

„Bei bestimmten Straftaten ist die Ausdehnung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit auf juristische Personen für einen angemessenen Schutz der Gesellschaft erforderlich. Dies gilt für Straftaten im Zusammenhang mit der Geldwäsche, Finanzstraftaten zum Nachteil von Kleinsparern, Straftaten, die für die Allgemeinheit gefährlich sind oder ihr schweren Schaden zufügen können, Straftaten, die die Umwelt bedrohen oder ihr Schaden zufügen, Straftaten zum Nachteil der Verbraucher, usw. In einer vom Großkapital beherrschten Wirtschaft können schwerwiegende soziale Fehlentwicklungen nicht immer einem einzelnen Akteur zugeschrieben werden.“¹⁸

Im Anschluss an diese Entscheidung stimmte der Kongress der Streichung des für verfassungswidrig erklärten Ausdrucks aus dem Gesetzentwurf zu und legte die Akte dem Verfassungsgericht vor, das die Art. 21 und 26 des untersuchten Gesetzes für verfassungsgemäß erklärte.¹⁹

Nach der Verabschiedung des Gesetzes 491/1999, „das die ökologische Sicherheit einführt, das Strafgesetzbuch ändert und andere Bestimmungen festlegt“ – und die vom Verfassungsgericht bei der Prüfung der Einsprüche des Präsidenten analysierte Bestimmung wiederholt –, reichte ein Bürger eine Klage gegen Art. 26 dieses Gesetzes mit der Begründung ein, dass es das Recht auf ein ordnungsgemäßes Verfahren (Art. 29 der Verfassung) verletze, insbesondere weil es kein Verfahren zur Verhängung von Sanktionen gegen die Organe juristischer Personen vorsieht, die nach dem geschaffenen Straftypus als Täter durch Handeln oder Unterlassen angesehen werden.

Das Verfassungsgericht erklärte den fraglichen Artikel für verfassungswidrig, da er mangels Klarheit darüber, welche Sanktionen festgelegt wurden, nicht dem Bestimmtheitsgebot entspreche. Es kritisierte auch, dass die angeklagte Bestimmung keine eindeutige Definition eines tatbestandmäßigen Verhaltens enthielt, und akzeptierte die Beschwerde insoweit,

¹⁷ Corte Constitucional de Colombia (Kolumbianischer Verfassungsgerichtshof), Entsch. v. 30.6.1998 – Sentencia C-320/98 (Übersetzung).

¹⁸ Corte Constitucional de Colombia (Kolumbianischer Verfassungsgerichtshof), Entsch. v. 30.6.1998 – Sentencia C-320/98 (Übersetzung).

¹⁹ Corte Constitucional de Colombia (Kolumbianischer Verfassungsgerichtshof), Entsch. v. 18.11.1998 – Sentencia C-674/98 (Übersetzung).

als kein Verfahren für die Anwendung der Sanktion auf die juristische Person festgelegt wurde.²⁰

Betont werden muss aber, dass der Gerichtshof die Norm zwar für verfassungswidrig erklärt hat, aber an der grundsätzlichen Möglichkeit einer Strafbarkeit von juristischen Personen keine Zweifel geäußert hat. Darüber hinaus bekräftigte er, dass die Ausweitung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit auf juristische Personen bei Straftaten im Zusammenhang mit Geldwäsche und illegaler Bereicherung notwendig ist, um die Gesellschaft angemessen zu schützen.

6. Gründe für den Vorschlag

Der Wunsch, die strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen im kolumbianischen Recht zu verankern, hat in den letzten Jahren zugenommen. Grund hierfür sind Verhaltensweisen, die die Gesellschaft erschüttert haben, wie etwa die Schmiergeldaffäre bei Odebrecht²¹, die Aneignung öffentlicher Mittel durch das sog. Kartell der Auftragsvergabe in Bogotá²² und die Veruntreuung im Zusammenhang mit den Nationalen Spielen in Ibagué im Jahr 2015.

Abgesehen von solchen Skandalen hat Kolumbien internationale Übereinkommen zur Bekämpfung grenzüberschreitender Korruption²³ unterzeichnet und ist internationalen Organisationen wie der OECD (Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung) und supranationalen Organisationen wie der FATF (Financial Action Task Force) beigetreten, die sich für die strafrechtliche Sanktionierung juristischer Personen eingesetzt haben.

7. Einfluss vorheriger Bestimmungen

Darüber hinaus dürften zwei weitere Regelungen Einfluss auf den Gesetzesvorschlag gehabt haben. Zum einen SARLAFT (Sistema de Administración de Riesgo de Lavado de Activos y de la Financiación del Terrorismo – Risikomanagementsystem bei der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung), das für den Finanz-, Börsen- und Versicherungssektor gilt, und SAGRILAFT (Sistema de Autocontrol y Gestión del Riesgo Integral de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo – System der Selbstkontrolle und Risikomanagementsystem gegen Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung), welches für andere Unternehmen gilt. Die Modelle

²⁰ Corte Constitucional de Colombia (Kolumbianischer Verfassungsgerichtshof), Entsch. v. 27.10.1999 – Sentencia C-843/99 (Übersetzung).

²¹ Der ehemalige Vizeminister Gabriel García Morales soll ein Schmiergeld in Höhe von 6.500.000 US-Dollar erhalten haben, welches er teilweise in Aktien und teilweise in Immobilien investiert haben soll.

²² Es wurde bekannt, dass ein Teil der Mittel in ein Immobilienprojekt in Miami geflossen ist, dessen Handelswert sich auf 70.000.000 US-Dollar belaufen soll.

²³ Interamerikanisches Übereinkommen gegen Korruption, OAS, 1996. Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen Korruption, 2003. OECD-Übereinkommen über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im Geschäftsverkehr, 1997.

dieser Systeme dienten als Referenz für die entsprechenden Gesetzesentwürfe, auf die im Folgenden einzugehen ist.

8. Neueste Gesetzesentwürfe

a) Gesetzesentwurf 117/2018 Senat, 256/2018 Kammer

Im August 2018 legten der Generalstaatsanwalt und die Exekutive – über ihre Minister für Regierung und Justiz und Recht – den Gesetzesentwurf (117 Senat, 256 Kammer) vor, in dem es heißt: „Hiermit werden Maßnahmen zur Förderung der Redlichkeit der Verwaltung, zur Bekämpfung der Korruption, zur Einführung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit juristischer Personen, zur Stärkung der Staatsanwaltschaft und andere Bestimmungen erlassen.“ In Art. 21 des Vorschlags wird dem Buch I des Strafgesetzbuchs ein Titel V hinzugefügt, der die strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen begründet.

Dieses umfassende Projekt zur strafrechtlichen Verfolgung juristischer Personen wurde in der ersten Debatte befürwortet, aber in der Legislaturperiode 2019 ohne Diskussion im Kongress abgelehnt. Damit folgte es dem Schicksal aller anderen Initiativen, die die Korruption in Kolumbien bekämpfen wollten, trotz der großen Unterstützung, die es in der 2018 durchgeführten Volksbefragung erhielt.

b) Gesetzesentwurf 149/2020 Kammer

Im Juli 2020, zu Beginn der Legislaturperiode, wurde dem Repräsentantenhaus der Gesetzesentwurf 149 „[ü]ber die Regelung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit juristischer Personen“ vorgelegt. Am 14. September 2020 wurde er in der ersten Lesung positiv aufgenommen und diskutiert, aber bis zum Ende der Legislaturperiode nicht mehr behandelt und daher im Juni 2021 auf Eis gelegt.

c) Gesetzesentwurf 76/2021 Kammer

In der Legislaturperiode 2021–2022 wurde im Repräsentantenhaus der Gesetzesentwurf 76/2021 eingebracht, der am 7. September 2021 zunächst durchaus positiv aufgenommen, aber nie diskutiert und im Juni 2022 verworfen wurde.

Das Besondere hierbei war, dass zum ersten Mal vorgeschlagen wurde, die strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen unabhängig von der Korruption in der Verwaltung zu regeln.

Zu erwähnen ist außerdem, dass der Gesetzesentwurf eng an die Artikel des Gesetzesentwurfs 117/2018 des Senats (256/2018 des Repräsentantenhauses) angelehnt war, der in früheren Legislaturperioden mit geringfügigen Änderungen verabschiedet wurde. Der Klarheit halber werden im Folgenden die wichtigsten Aspekte des Vorschlags hervorgehoben:

- Im Strafgesetzbuch wird ein neues, drittes Buch mit dem Titel „Über die strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen“ geschaffen.
- Es wird darauf hingewiesen, dass juristische Personen für Straftaten gegen die öffentliche Verwaltung, die Umwelt, die wirtschaftliche und soziale Ordnung, zur Finanzierung des Terrorismus und des organisierten Verbrechens und gegen die Verwaltung von Ressourcen im Zusammen-

hang mit terroristischen Aktivitäten und organisiertem Verbrechen sowie bei allen Straftaten, die das öffentliche Vermögen betreffen, verantwortlich sind. Auch juristische Personen des Privatrechts sowie Industrie- und Handelsunternehmen des Staates oder gemischtwirtschaftliche Unternehmen fallen unter das Gesetz (Art. 473A). Auf diese Weise wird ein *numerus clausus* von Straftaten geschaffen.

- Juristische Personen sind strafrechtlich verantwortlich, wenn die Straftat in ihrem Namen oder in ihrem Auftrag und zu ihren Gunsten direkt oder indirekt von ihren gesetzlichen Vertretern, dem Abschlussprüfer, dem Buchhalter, dem Rechnungsprüfer, den Gesellschaftern, den Aktionären von Familiengesellschaften mit beschränkter Haftung, den Verwaltern, den Geschäftsführern oder den Personen, die Verwaltungs- und Aufsichtstätigkeiten ausüben, begangen wurde (Art. 473B).
- Eine juristische Person ist nicht verantwortlich, wenn sie vor der Begehung der Straftat ein unternehmensethisches Programm zur Vermeidung von strafrechtlichen Risiken entwickelt und in ihrer Organisation umsetzt, sofern bestimmte Bedingungen erfüllt sind (Art. 473B Abs. 2).
- Die Verantwortlichkeit der juristischen Person ist unabhängig von derjenigen der natürlichen Personen (Art. 473C).
- Es werden mildernde und erschwerende Umstände festgelegt, wobei der Schwerpunkt darauf liegt, ob Programme zur Prävention und zum Management von Kriminalitätsrisiken und zur Förderung der Unternehmensethik vorhanden sind oder nicht (Artikel 473D und 473E).
- Als Sanktionen für die juristische Person werden festgelegt (Art. 473F): die Geldstrafe; die sofortige Abberufung von Verwaltern, Geschäftsleitern und gesetzlichen Vertretern; das Verbot, eine bestimmte wirtschaftliche Tätigkeit auszuüben oder bestimmte Handlungen oder Rechtsgeschäften vorzunehmen; das Verbot, Handlungen und Verträge mit staatlichen Einrichtungen vorzunehmen oder an denen der Staat beteiligt ist; der teilweise oder vollständige Verlust von steuerlichen Vergünstigungen oder das absolute Verbot, sie für einen bestimmten Zeitraum zu erhalten und die Löschung der juristischen Person und ihre sofortige Eintragung in das entsprechende Register (Art. 473G–473L). Als Nebenstrafen sind die Veröffentlichung des Urteilstenors und die Einziehung vorgesehen (Art. 473N).
- Die strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen wird auf die Muttergesellschaft übertragen, wenn die Straftat von einer natürlichen Person, ihrer verbundenen Unternehmen oder Tochtergesellschaften begangen wurde. Zusätzlich wird die Möglichkeit geschaffen, die gegen die juristische Person verhängte Sanktion auch dann zu vollstrecken, wenn sie ihren Namen, ihre Bezeichnung oder ihre Firma ändert, sich umstrukturiert, umwandelt, fusioniert, absorbiert, gespalten, aufgelöst oder liquidiert wird (Art. 473O).
- Die Finanz- und die Unternehmensaufsichtsbehörde legt innerhalb von sechs Monaten nach Inkrafttreten dieses Gesetzes durch Verordnungen die Elemente, Merkmale, Verfahren und Kontrollen der Programme zur Unterneh-

mensethik fest, deren Ziel es ist, Kriminalitätsrisiken vorzubeugen und sie zu bewältigen (Art. 5). Der Gesetzentwurf legt die Anforderungen fest, die diese Programme enthalten müssen.

III. Das Rechtssystem der strafrechtlichen Verantwortlichkeit juristischer Personen

1. Rechtsnatur der Sanktionen

Es gibt in Kolumbien noch keine allgemeine gesetzliche Regelung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit juristischer Personen, jedoch gibt es eine verwaltungsrechtliche Verantwortlichkeit dieser Einrichtungen, die mit dem Gesetz 1474/2011 (Antikorruptionsgesetz) begann, mit dem Gesetz 1778/2016 weiterentwickelt und mit dem Gesetz 2195/2022 verbessert wurde.

Das Gesetz 1474/2011 (Art. 34) hat einige Maßnahmen gegen juristische Personen eingeführt, die zusätzlich zu den in Art. 91 CPP verankerten Maßnahmen auf juristische Personen anwendbar sind. Das Gesetz betrifft juristische Personen, die versucht haben, von Straftaten gegen die öffentliche Verwaltung oder von strafbaren Handlungen, welche durch ihre gesetzlichen Vertreter oder Verwalter direkt oder indirekt begangen wurden, im Zusammenhang mit öffentlichen Vermögenswerten zu profitieren. Bei strafbaren Handlungen zum Nachteil der öffentlichen Verwaltung können juristische Personen als zivilrechtlich haftende Dritte in Anspruch genommen werden, wenn sie an der Begehung solcher Straftaten beteiligt waren.

Zudem ermächtigt das genannte Gesetz die Aufsichtsbehörde, Geldbußen in Höhe von 500 bis 2.000 gesetzlichen Monatsmindestlöhnen zu verhängen, wenn das Unternehmen mit Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters oder eines seiner Verwalter oder mit deren Duldung an der Begehung einer Straftat gegen die öffentliche Verwaltung oder das öffentliche Vermögen teilgenommen hat.

Das Dekret Nr. 2153 aus dem Jahr 1992, mit dem die Aufsichtsbehörde für Industrie und Handel umstrukturiert wurde, ermächtigt diese Einrichtung zur Verhängung von Sanktionen bei Verstößen gegen wettbewerbsbeschränkende Praktiken und zur Förderung des Wettbewerbs (Art. 2). In Ausübung dieser Befugnis wurden in einem bekannten Fall hohe Geldbußen gegen nationale Unternehmen verhängt, die Absprachen zur Manipulation des Marktes für Weichpapier (Toilettenpapier, Servietten, Küchentücher sowie Hand- und Gesichtstücher) getroffen hatten.²⁴ Auf der Grundlage von

²⁴ Auf der Grundlage dieser Verwaltungsvorschriften erließ die Oberaufsichtsbehörde für Industrie und Handel den Beschluss 31739/2016, mit dem sie folgende Sanktionen wegen Verstoßes gegen die Wettbewerbsvorschriften verhängte: Colombia Kimberly und Colpapel S.A.: 68.945.500.000 Kolumbianische Pesos (sie wurden von der Geldbuße ausgenommen, weil sie das Programm für Kooperationsvorteile erfüllten); Productos Familia, 62.050.950.000 Kolumbianische Pesos; Papeles Nacionales S.A.: 48.261.850.000 Kolumbianische Pesos, und C. Y. P. Del R. S.A.: 4.136.730.000 Kolumbianische Pesos (die Geldbuße wurde um 30 % ermä-

Art. 16 des genannten Dekrets (geändert durch Gesetz 1340/2009, Art. 26) wurden auch Personen, die mit diesen Unternehmen verbunden waren, sanktioniert, weil sie an den vorgeworfenen Handlungen mitgewirkt, sie genehmigt, ausgeführt oder geduldet hatten.

Das Gesetz 1778/2016, „das die Verantwortlichkeit juristischer Personen für grenzüberschreitende Korruptionshandlungen regelt und weitere Bestimmungen zur Korruptionsbekämpfung festlegt“, sah in Art. 2 auch Strafen für juristische Personen vor, die

„einem ausländischen Amtsträger über einen oder mehrere seiner eigenen Angestellten, Auftragnehmer, Manager oder Partner direkt oder indirekt i) Geldbeträge, ii) geldwerte Gegenstände oder iii) sonstige Vorteile als Gegenleistung für die Vornahme, Unterlassung oder Verzögerung von Handlungen im Zusammenhang mit der Ausübung seines Amtes und im Zusammenhang mit einem internationalen Geschäft oder einer internationalen Transaktion geben, anbieten oder versprechen.

[...]

[Absatz 2:] Die Bestimmungen dieses Gesetzes gelten auch für Zweigniederlassungen von Unternehmen, die im Ausland tätig sind, sowie für Industrie- und Handelsunternehmen des Staates, Unternehmen, an denen der Staat beteiligt ist, und gemischtwirtschaftliche Unternehmen.“ (Übersetzung)

In Kapitel II desselben Gesetzes sind die folgenden Sanktionen für die genannten Handlungen festgelegt: Geldbuße, Ausschluss von Verträgen mit dem Staat, Veröffentlichung in weit verbreiteten Medien und auf der Website der sanktionierten Einrichtung sowie das Verbot, von der Regierung Anreize oder Subventionen jeglicher Art zu erhalten (Art. 5 Gesetz 1778/2016). Auch juristische Personen, die versucht haben, durch die Begehung von Straftaten gegen die öffentliche Verwaltung oder durch strafbare Handlungen im Zusammenhang mit öffentlichen Vermögenswerten, die von ihrem gesetzlichen Vertreter oder ihren Verwaltern direkt oder indirekt durchgeführt wurden, Nutzen zu ziehen, fallen unter die in Art. 91 CPP geregelte Sanktion (Art. 35 Gesetz 1778/2016). Es sieht auch vor, dass juristische Personen, die an der Begehung von Straftaten gegen die öffentliche Verwaltung oder öffentliche Vermögenswerte beteiligt waren, für Schäden bei staatlichen Stellen zivilrechtlich als Dritte haften.

Anerkannten Autoren zufolge ähnelt der Ansatz der regulatorischen Haftung juristischer Personen im Gesetz 1778/2016 den Modellen der Zurechnung der strafrechtlichen Haftung bei Unternehmen²⁵ und hat es Kolumbien ermöglicht, sich dem globalen Trend der Compliance anzuschließen.²⁶

bigt, weil das Programm für Kooperationsleistungen eingehalten wurde).

²⁵ Ramírez Barbos, in: Escalante/Lamadrid/Cristancho/Carvajal (Fn. 7), S. 263 (278).

²⁶ Ruiz López/Páez Gabriunas/González Garzón, in: Henaó/Ruiz López (Hrsg.), *Corrupción en Colombia, corrupción privada*, 2018, S. 238 (290).

Mit dem Gesetz 2195/2022 „werden Maßnahmen der Transparenz, der Vorbeugung und der Korruptionsbekämpfung sowie andere Bestimmungen erlassen“. Ihr Ziel ist es, die Kultur der Legalität und Integrität zu fördern und das Vertrauen der Bürger und die Achtung der Öffentlichkeit wiederherzustellen (Art. 1). Gemäß Art. 2 dieses Gesetzes sind in- und ausländische juristische Personen verwaltungsrechtlich verantwortlich:

„(I) Es gibt eine rechtskräftige strafrechtliche Verurteilung oder eine rechtskräftige Einstellung aus Opportunitätsgründen gegen eine Leitungsperson wegen der Begehung von Straftaten gegen die öffentliche Verwaltung, die Umwelt, die wirtschaftliche sowie soziale Ordnung, die Finanzierung des Terrorismus und organisierter krimineller Gruppen, die Verwaltung von Ressourcen im Zusammenhang mit terroristischen Aktivitäten und organisierter Kriminalität, die im Gesetz 1474 von 2011 verankert sind, oder strafbare Handlungen im Zusammenhang mit öffentlichen Vermögenswerten, die direkt oder indirekt ausgeführt wurden und

(II) die juristische Person oder die Zweigniederlassung eines ausländischen Unternehmens mit Sitz in Kolumbien profitiert bzw. versucht hat, direkt oder indirekt aus der Begehung der strafbaren Handlung zu profitieren und

(III) die juristische Person oder die Zweigniederlassung eines ausländischen Unternehmens mit Sitz in Kolumbien der Begehung der strafbaren Handlungen durch Handeln oder Unterlassen zugestimmt oder diese geduldet hat, wobei die Anwendung ihrer jeweiligen Risikokontrollen berücksichtigt wird.“ (Übersetzung)

Für die genannten Verhaltensweisen sieht Art. 4 desselben Gesetzes vor, dass die Aufsichtsbehörde für Unternehmen die folgenden Sanktionen verhängen kann: Geldbuße in Höhe von bis zu 200.000 gesetzlichen Monatsmindestlöhnen; Ausschluss von Verträgen mit dem Staat; Veröffentlichung des Auszugs aus dem Sanktionsbeschluss in weit verbreiteten Medien; Verbot, zehn Jahre lang Subventionen von der Regierung zu erhalten; Entfernung der Geschäftsleitung der juristischen Person, die strafrechtlich verurteilt ist, und Entfernung der Personen, die das Verhalten geduldet oder gebilligt haben.

Das Gesetz 2195/2022 unterstreicht die Anforderung an juristische Personen, die der Inspektion und Überwachung durch die Oberaufsichtsbehörde für Unternehmen unterliegen, Transparenz- und Geschäftsethikprogramme zu verabschieden. Diese Programme haben interne Audit-Mechanismen und -Standards zu beinhalten, welche mit SARLAFT und SAGRILAFT in Verbindung gebracht werden können (Art. 9).

2. Anknüpfungstat

In den bereits erörterten Verwaltungsvorschriften bezieht sich die verwaltungsrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen auf Straftaten, die von einer mit der juristischen Person verbundenen natürlichen Person begangen werden und die öffentliche Verwaltung, die Umwelt, die wirtschaftliche und

soziale Ordnung bedrohen oder die Finanzierung von Terrorismus und organisierten kriminellen Gruppen bzw. die Verwaltung von Ressourcen im Zusammenhang mit terroristischen Aktivitäten und organisierter Kriminalität betreffen. Zudem müssen juristische Personen für jedes strafbare Verhalten im Zusammenhang mit öffentlichen Vermögenswerten sowie die im Gesetz 1474/2011 genannten Straftaten eintreten (Betrug im Sozialversicherungssystem, private Korruption, unlautere Verwaltung, missbräuchliche Verwendung von privilegierten Informationen, Spekulation mit Arzneimitteln und medizinischen Geräten, Steuerhinterziehung, Unterlassen von Kontrollen im Gesundheitssektor, Veruntreuung von Mitteln der Sozialversicherung durch verschiedene offizielle Anwendungen, schuldhaftes Veruntreuen von Mitteln der Sozialversicherung, Subventionsbetrug, wettbewerbsbeschränkende Absprachen, Einflussnahme durch Privatpersonen, grenzüberschreitende Bestechung, Bestechung und Bestechlichkeit in Strafverfahren).

Der Gesetzentwurf zur Einführung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit juristischer Personen in Kolumbien bezieht sich auf Straftaten gegen die öffentliche Verwaltung, die Umwelt, die wirtschaftliche und soziale Ordnung, die Finanzierung des Terrorismus und organisierter krimineller Vereinigungen, die Verwaltung von Ressourcen im Zusammenhang mit terroristischen Aktivitäten und organisierter Kriminalität sowie auf alle Straftaten, die das öffentliche Vermögen betreffen.

3. Relevanz der Programme zur Einhaltung der Vorschriften

Aus den in diesem Beitrag zitierten Vorschriften lässt sich ableiten, dass Compliance-Programme sowohl im Verwaltungsanktionsrecht als auch im Gesetzentwurf zur Begründung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der juristischen Person von großer Bedeutung sind, weil sie die juristische Person von der (strafrechtlichen) Verantwortlichkeit entlasten und die Sanktion mindern oder in den Fällen, in denen solche Programme nicht vorhanden sind, verschärfen können.

Die Literatur hat deutlich darauf hingewiesen, dass eine strafrechtliche Compliance von zentraler Bedeutung sei, da sie Teil der Kultur der guten Unternehmensführung ist und, wenn sie richtig formuliert ist, eine geeignete Maßnahme darstellt, um die mögliche strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmensleitern zu begrenzen.²⁷

So wird im Gesetz 2195 aus dem Jahr 2022 innerhalb der Kriterien für die Sanktionszumessung die Implementierung von Maßnahmen berücksichtigt, die es nach Ansicht der mit der Untersuchung beauftragten Verwaltungsbehörde ermöglichen, künftige Korruptionshandlungen zu verhindern (Art. 5). Darüber hinaus wird die Verabschiedung von Transparenz- und Geschäftsethikprogrammen durch juristische Personen, die der Aufsicht oder Kontrolle der Aufsichtsbehörde für Unternehmen unterliegen, gefordert. Zusätzlich wurde angekündigt, dass die Nichteinhaltung dieses Gesetzes zur Verhängung von Verwaltungsanktionen führen wird (Art. 9).

²⁷ Duque Pedroza/Sanín Gómez, in: Gómez Martínez/Cadavid Jaramillo/Sanín Gómez, Estudios de derecho penal societario, 2021, S. 73 (110).

a) Ausschluss der Strafe

Der jüngste Gesetzentwurf (76/2021) zur Einführung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit juristischer Personen sieht in Art. 473B vor, dass eine juristische Person nach Art. 473B in Verbindung mit Art. 473B für die Begehung von Straftaten nicht verantwortlich ist, wenn sie vor der Begehung der Straftat ein der Art, den Risiken, den Bedürfnissen und den Merkmalen der juristischen Person angepasstes unternehmensethisches Programm zur Vorbeugung und Bewältigung krimineller Risiken eingeführt und umgesetzt hat. Dieses muss aus Überwachungs- und Kontrollmaßnahmen bestehen, die geeignet sind, die genannten Straftaten zu verhindern oder das Risiko ihrer Begehung erheblich zu verringern.

b) Strafmilderung und -schärfung

In dem genannten Entwurf werden mildernde Umstände der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der juristischen Person u.a. für diejenigen festgelegt, die den Schaden beheben, weitere Folgen verhindern oder bei der Aufklärung des Sachverhaltes mitwirken (Art. 473D). Andererseits kann es zu einer Strafschärfung kommen, wenn kein unternehmensethisches Programm trotz Verpflichtung geschaffen wurde oder das bestehende Programm nicht den von der zuständigen Aufsichtsbehörde festgelegten technischen und effektiven Anforderungen entspricht (Art. 473E lit. c).

4. Wirksamkeit und Struktur von Compliance-Programmen

a) Gesetzliche Regelung

Zwar hat Kolumbien die strafrechtliche Verantwortlichkeit der juristischen Person noch nicht eingeführt, jedoch zeigt eine Analyse des letzten dem Kongress vorgelegten Gesetzentwurfs, dass er den internationalen Standards entspricht und sich eng an die Bestimmungen der internationalen Übereinkommen hält.

So schreibt das Gesetz 1778/2016 (Art. 7) vor, dass für die Abstufung von Sanktionen „das Vorhandensein, die Umsetzung und die Wirksamkeit von Transparenz- und Geschäftsethikprogrammen oder Anti-Korruptionsmechanismen innerhalb des Unternehmens nach den Bestimmungen von Artikel 23 dieses Gesetzes“ berücksichtigt werden müssen.

Diese Wertung wird im Gesetz 2195/2022 (Art. 5) bekräftigt, denn Folgendes wird als ein die Sanktion mildernder Umstand festgelegt: „Ergreifen von Maßnahmen und Handlungen, die nach Ansicht der mit der Untersuchung beauftragten Verwaltungsbehörde in angemessener Weise die Verhinderung künftiger Korruptionshandlungen ermöglichen“.

b) Die Bedeutung von Zertifizierungen

Im kolumbianischen Rechtssystem sind die von der Finanzaufsichtsbehörde ausgestellten Bescheinigungen für Unternehmen des Finanz-, Börsen- und Versicherungssektors von großer Bedeutung, ebenso wie die von der Gesellschaftsaufsichtsbehörde ausgestellten Bescheinigungen für andere juristische Personen, insbesondere zur Genehmigung der Gründung von Unternehmen, ihrer Überwachung und Kontrolle.

c) Erfahrungen mit der Verwaltungsaufsicht

Die kolumbianischen Einrichtungen der Wirtschaftsaufsicht (Superintendencies of Finance, Solidarity Economy, Industry and Commerce, and Companies; Directorate of National Taxes and Customs – DIAN) verfügen über Erfahrung bei der Überwachung der Einhaltung von Verwaltungsvorschriften durch die von ihnen beaufsichtigten Unternehmen. Die meisten der von diesen Aufsichts- und Kontrollorganen verhängten Sanktionen werden von der Gerichtsbarkeit gestützt, wenn die juristische Person die Aufhebung der Verwaltungsakte beantragt. Beispiele hierfür sind die Geldbußen, die gegen die Grancolombiano-Gruppe in der Krise der 1980er Jahre verhängt wurden²⁸ oder die Liquidation von Interbolsa²⁹, dem größten Maklerunternehmen des Landes, sowie die zahlreichen Sanktionen, die gegen Windel-, Notebook- und Benzinkartelle verhängt wurden.

IV. Verfahrenstechnische Aspekte

Einer der Gründe, die das Verfassungsgericht in der Vergangenheit dazu veranlasst haben, die Normen zur Einführung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit juristischer Personen in Kolumbien für verfassungswidrig zu erklären, war das Fehlen eines angemessenen Verfahrens für die Verhängung der geplanten Sanktionen. Ein solches ist in dem vorgelegten Gesetzentwurf vorgesehen.

Es enthält u.a. die Pflicht, dass die Staatsanwaltschaft, wenn sie im Rahmen von Ermittlungen wegen der im Gesetzentwurf genannten Straftaten feststellt, dass eine juristische Person an der Straftat beteiligt gewesen sein könnte, unverzüglich die Herausgabe von Kopien für die Ermittlungen erzwingen muss (Art. 473Q).

1. Die Möglichkeit von Verfahrensabsprachen

Art. 473S des Gesetzentwurfs räumt der Generalstaatsanwaltschaft die Möglichkeit ein, im Rahmen von Ermittlungen Absprachen mit dem Ziel des Verfahrensabschlusses zu treffen oder das Verfahren aus Opportunitätsgrundsätzen zugunsten von juristischen Personen einzustellen.

2. Interne Untersuchungen und Zusammenarbeit als mildernder Umstand

Ein weiterer im Gesetzesentwurf vorgesehener Milderungsgrund ist das Geständnis der juristischen Person, bevor sie Kenntnis davon erlangt hat, dass ein Gerichtsverfahren gegen sie eingeleitet wurde (Art. 473D lit. d).

3. Prüfung der Wirksamkeit von Compliance-Programmen

Der Gesetzesentwurf befasst sich nicht mit der Zulassung von Sachverständigen und der Beweislast, aber es sollte klar sein, dass die Grundsätze der Strafprozessordnung gelten.

V. Empfehlungen

Die Wissenschaft sollte die Entwicklung der Gesetzesentwürfe zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit juristischer Personen genau verfolgen, um Überraschungen bei der zu verabschiedenden Regelung zu vermeiden.

Das zu beschließende System der strafrechtlichen Verantwortlichkeit juristischer Personen sollte auf dem Modell der selbstständigen Verantwortlichkeit und damit auf der Idee beruhen, dass juristische Personen die Fähigkeit zur Selbstorganisation haben.

Die umfangreichen Erfahrungen Kolumbiens bei der Ermittlung und Sanktionierung juristischer Personen auf der Grundlage des Verwaltungssanktionsrechts müssen weiter ausgebaut werden.

Die Debatte über die strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen sollte Teil der universitären Forschung und Lehre sein.

Um eine angemessene Regelung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit juristischer Personen zu gewährleisten, sollten die positiven und negativen Erfahrungen der Länder, die eine solche Regelung bereits eingeführt haben, berücksichtigt werden.

Es ist ratsam, in dem vom Kongress zu erlassenden Gesetz die Urteile des Verfassungsgerichts und dessen Grundaussagen zu berücksichtigen.

²⁸ *Echavarría Olózaga*, El escándalo de los fondos Grancolombiano y Bolivariano en el gobierno del Dr. Turbay Ayala, 1983, S. 15: „Im Mai 1983, drei Jahre nach den Ereignissen, erließ die Nationale Wertpapierkommission den Beschluss Nr. 099, mit dem gegen die Sociedad Administradora Graninversión eine Geldstrafe in Höhe von 13 Millionen US-Dollar verhängt wurde, weil sie 130 Börsentransaktionen zu Preisen durchgeführt hatte, die nicht repräsentativ für den Markt waren, und forderte sie auf, 230 Millionen Dollar an die Anleger zurückzuzahlen.“ (Übersetzung).

²⁹ Die Finanzaufsichtsbehörde ordnete mit dem Beschluss 1795/2012 die sofortige Beschlagnahme der Vermögenswerte, der Aktiva und der Geschäfte der Sociedad Comisionista de Bolsa, Interbolsa S.A. an. Mit Beschluss 1125/2014 ordnete sie die Zwangsliquidation an.

Strafrechtliche Verantwortlichkeit von juristischen Personen in Chile

Aktueller Überblick und Perspektiven

Von Prof. Gonzalo Medina, Santiago de Chile*

Die Verantwortlichkeit juristischer Personen ist in Chile in einem gesonderten Gesetz geregelt, was die Einordnung als eindeutig strafrechtliche Vorschrift durchaus erschwert. Auch ist der dogmatische Grund der Verantwortlichkeit nicht explizit erwähnt, weshalb im folgenden Beitrag diesen Gesichtspunkten besondere Aufmerksamkeit gewidmet wird. Es sei aber auch ein Blick in die Zukunft gerichtet, weil weitreichende Änderungen geplant sind, welche die Anwendbarkeit der Regelungen der Verantwortlichkeit juristischer Personen erheblich erweitern werden.

I. Hintergrund der Einführung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit juristischer Personen in Chile

Chile ist eine freie Marktwirtschaft, allerdings mit einem ausgeprägten Subventionswesen. Es besteht eine erhebliche Kapitalkonzentration und während der Diktatur von Augusto Pinochet wurden in Chile viele Staatsunternehmen privatisiert. Infolgedessen sind nur noch wenige der traditionellen Staatsbetriebe als öffentliche Unternehmen übriggeblieben, von denen die Empresa Nacional del Cobre (Nationale Kupfergesellschaft) das bekannteste ist. Die überwiegende Mehrheit der Großunternehmen in Chile gehört zu Unternehmensgruppen, die in Form von Kaskaden strukturiert sind, mit einer pyramidalen Kontrolle der Muttergesellschaft.¹

Als der Gesetzesentwurf, der später zum aktuellen Gesetz über die strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen werden sollte, vorgeschlagen wurde, stieß er auf nicht unerhebliche dogmatische Kritik,² die auch nach dem Inkrafttreten des Gesetzes 20.939³ anhielt.

Die strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen war im chilenischen Recht bis dahin nicht vorgesehen. Es gab auch keine allgemeine Regelung der Nebenfolgen für juristische Personen bei Begehung einer Straftat. Es gab zwar einige Sanktionen in Form einer vorübergehenden oder endgültigen Schließung von Betrieben bei Begehung einer Straftat, diese waren aber nur sehr begrenzt anwendbar.

Anlass für das Gesetz 20.393, mit dem die strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen in Chile eingeführt wurde, war kein rechtlich relevantes Ereignis. Die Gesetzesvorlage⁴ beruft sich vielmehr auf verschiedene von Chile eingegangene internationale Verpflichtungen.⁵

* Der Verf. ist Professor der Universität Chile und Partner der Kanzlei Dal Pozzo Medina Abogados. Die Übersetzung aus dem Spanischen besorgte Katharina Beckemper.

¹ Islas/Lagos, *Economía y Política* 7 (2/2020), 51 (53 ff.).

² Hernandez, *Política Criminal* 5 (9/2010), 207 (208 ff.).

³ van Weezel, *Política Criminal* 5 (9/2010), 114 (131).

⁴ Mitteilung Nr. 018-357 v. 16.3.2009.

⁵ Erwähnt werden das Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen Korruption, das Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität, das Internationale Übereinkommen zur Bekämpfung der Finanzierung des Terrorismus, das Übereinkommen der

Ausschlaggebend war dabei das Übereinkommen über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr.⁶

Als Folge der Unterzeichnung dieses Übereinkommens erließ Chile das Gesetz 19.829,⁷ mit dem das Strafgesetzbuch durch die Einführung der Art. 250bis a und 250bis b geändert wurde, die den Straftatbestand der Bestechung ausländischer Amtsträger unter Strafe stellen, was aufgrund Art. 2 des Übereinkommens geboten war.

Der Gesetzesentwurf beruft sich auf die letztgenannte Bestimmung sowie auf die Empfehlungen der OECD-Arbeitsgruppe, die ihre Besorgnis darüber zum Ausdruck gebracht hat, dass keine Maßnahmen gem. Art. 2 des Übereinkommens getroffen wurden.

Der Gesetzesentwurf⁸ schlug eine Regelung für die „rechtliche Verantwortlichkeit“ juristischer Personen vor und vermied damit die Erwähnung einer spezifischen strafrechtlichen Haftung, die im OECD-Übereinkommen ohnehin nicht vorgesehen war. Ungeachtet dessen war das vorgeschlagene System der Verantwortlichkeit eindeutig strafrechtlich, wie aus der Beschreibung des Inhalts des Gesetzesentwurfs⁹ hervorgeht.

In Chile gibt es seit mehreren Jahren Rechtsvorschriften zur Geldwäsche, die bestimmte Wirtschaftsakteure dazu verpflichten, ein System zur Verhinderung von Geldwäsche einzurichten, das im Laufe der Jahre auch auf die Finanzierung des Terrorismus ausgedehnt wurde. Diese Regelungen sind aber keine formellen Gesetze, sondern bloße Verwaltungsvorschriften, die von den für die Verhinderung von Geldwäsche zuständigen Behörde erlassen worden sind.

Da viele multinationale Unternehmen bereits zuvor über Compliance-Systeme verfügten, insbesondere im Bereich der Korruptionsprävention, war es den chilenischen Niederlassungen dieser Unternehmen möglich, die Anforderungen des chilenischen Gesetzes über Modelle zur Kriminalitätsprävention schneller umzusetzen.

II. Das System der strafrechtlichen Verantwortlichkeit juristischer Personen

Wie bereits erwähnt, wurde in Chile ein spezielles Strafgesetz gewählt, Nr. 20.393 über die strafrechtliche Verantwortlichkeit von juristischen Personen. Die (nach dem OECD-Übereinkommen nicht zwingende) strafrechtliche Natur des

Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr, die Resolution 1373 des Sicherheitsrates der Vereinten Nationen und die 40+9 Empfehlungen der Financial Action Task Force (FATF) zur Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung.

⁶ Unterzeichnet von Chile am 17.12.1997.

⁷ Veröffentlicht im Amtsblatt am 8.10.2002.

⁸ Bulletin Nr. 6423-07.

⁹ Matus, *Revista Ius et Praxis* 15 (2/2009), 285 (295).

Gesetzes ist dabei offenkundig, weil z.B. die Verfolgung der juristischen Person der Staatsanwaltschaft obliegt, der Sachverhalt vor Gerichten mit strafrechtlicher Zuständigkeit verhandelt wird und alle Merkmale des Gesetzes auf eine strafrechtliche Natur der Verantwortlichkeit hindeuten.

1. Anwendungsbereich: Persönlicher Anwendungsbereich und Straftaten

Das chilenische Gesetz gilt nach seinem Art. 2 derzeit für juristische Personen des Privatrechts mit oder ohne Gewinnerzielungsabsicht und auch für staatliche Unternehmen. Ob eine von der Rechtsordnung förmlich anerkannte Rechtspersönlichkeit erforderlich ist oder nicht, ist in der Literatur umstritten.¹⁰

Chile hat sich dafür entschieden, einen Straftatenkatalog einzuführen. Dabei sah das Gesetz ursprünglich nur die Straftatbestände der Geldwäsche, der Terrorismusfinanzierung und der Bestechung eines inländischen oder ausländischen Amtsträgers vor. Einige Jahre später wurde Hehlerei in den Katalog aufgenommen.

Mit der bisher bedeutendsten Änderung durch das Gesetz Nr. 21.121 von November 2018, wurde der Katalog um folgende Straftatbestände ergänzt: 1. Negociación incompatible,¹¹ 2. Korruption zwischen privaten Parteien 3. Untreue und 4. Veruntreuung.¹²

Kurz darauf wurden noch mehrere fischereirechtliche Straftatbestände eingeführt, von denen der wichtigste die vorsätzliche oder schuldhaftige Zerstörung hydrobiologischer Ressourcen durch das Einbringen giftiger Stoffe in Gewässer ist. Damit wurde die erste strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen für Umweltstraftaten normiert.

Während der COVID-19-Pandemie folgte eine weitere Ausdehnung der Katalogtaten, darunter die Verletzung von Ausgangssperre-, Lockdown- und Quarantänenvorschriften.

In jüngerer Zeit wurde eine Reihe waffenrechtlicher Straftaten aufgenommen, wie der illegale Besitz von Schusswaffen und Sprengstoffen, die Organisation bewaffneter Gruppen, der illegale Verkauf von Munition und das Anbringen oder Aktivieren von Sprengkörpern.

Schließlich wurde 2022 in Chile ein neues Gesetz erlassen, Nr. 21.459, das die Computerkriminalität regelt und festlegt, dass alle in diesem Gesetz vorgesehenen Straftaten die strafrechtliche Verantwortlichkeit der juristischen Person begründen können.

2. Die Anknüpfungstat und das System der Zurechnung

Die in Art. 3 des Gesetzes geregelten Voraussetzungen für die strafrechtliche Verantwortlichkeit beruhen auf dem Mo-

dell der Verantwortlichkeit für die Verletzung von Aufsichtspflichten.

Dieses System umfasst folgende Elemente: 1. Es muss festgestellt werden, ob die einzelne Person, die die Straftat begeht, zu den Personen gehört, die die Verantwortlichkeit der juristischen Person begründen; 2. dann muss bestimmt werden, welche Leitungs- und Aufsichtspflichten bestehen und wie diese Pflichten im konkreten Fall verletzt wurden; 3. schließlich muss geprüft werden, ob die Begehung der Straftat im Interesse der juristischen Person liegt.

a) Personenkreis

Die Aufzählung in Art. 3 ist weit gefasst und nennt Eigentümer, Geschäftsführer, leitende Angestellte, Vertreter oder Personen, die Verwaltungs- und Aufsichtstätigkeiten in der juristischen Person ausüben, sowie natürliche Personen, die unmittelbar der Leitung oder Aufsicht der vorgenannten Personen unterstehen. Im chilenischen Recht wird also nicht unterschieden, ob die Handlung vom Geschäftsherrn oder von einer der unter Aufsicht und Leitung stehenden Personen begangen wurde.

Wie von der Dogmatik zutreffend betont, ist das ein sehr weiter Kreis, der sich nicht auf die Leitungsorgane beschränkt,¹³ sondern auch die in Art. 3 Abs. 2¹⁴ aufgeführten Parteien umfasst. Für die Rechtsanwendung sollte man m.E. die Gemeinsamkeit der genannten Personen herausarbeiten, denn nur so ist im Einzelfall bestimmbar, ob es sich tatsächlich um eine Person handelt, deren Handeln zu einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit der juristischen Person führt. Als solche Gemeinsamkeit kommt eine zentrale Rolle im Unternehmen in Betracht, denn alle einbezogenen Personen sind Teil der Geschäftsführung oder nehmen Aufsichtspflichten wahr und können bzw. müssen Arbeitsprozesse im Unternehmen führen und beaufsichtigen. Es muss also letztlich in jedem Einzelfall die Struktur des Unternehmens betrachtet werden, um eine Einordnung vornehmen zu können.

b) Leitungs- und Aufsichtspflichten

Für eine Verantwortlichkeit des Unternehmens muss die natürliche Person ihre Geschäftsleitungs- und Aufsichtspflichten im Unternehmen verletzt haben. Dies gilt sowohl für die Fälle der Begehung durch die Personen des ersten Absatzes als auch für die Fälle des zweiten Absatzes von Art. 3.

Die Geschäftsleitungs- und Aufsichtspflichten werden im dritten Absatz von Art. 3 näher bestimmt. Entscheidend ist danach nicht, ob ein Präventionsmodell eingeführt wurde oder nicht, sondern dass Kontroll- und Überwachungspflichten verletzt wurden. Diese wiederum können allerdings durch ein Präventionsmodell umrissen werden.¹⁵

Allerdings beschränkten sich die Gerichte in vielen Fällen, in denen es keine mündliche Verhandlung, sondern Verurteilungen im beschleunigten Verfahren gab, auf die bloße

¹⁰ Romero, Doctrina y jurisprudencia penal 3/2010, 27 ff.; Hernandez, Revista de Estudios de la Justicia 16/2012, 75 (78 ff.).

¹¹ Anm. der Übersetzerin: Wörtlich übersetzt eine Einmischung in Verhandlungen. Einen vergleichbaren Tatbestand kennt das deutsche Recht nicht.

¹² Anm. der Übersetzerin: Dieser Tatbestand ist vergleichbar mit der veruntreuenden Unterschlagung.

¹³ Hernandez, Política Criminal 5 (9/2010), 207 (220).

¹⁴ Artaza, Responsabilidad penal de las personas jurídicas, 2021, S. 125.

¹⁵ Hernandez, Política Criminal 5 (9/2010), 207 (225).

Feststellung, dass es kein Präventionsmodell gab. Dies wurde als ausreichender Beweis für eine Verletzung von Leitungs- und Aufsichtspflichten angesehen.¹⁶

Dass es auf die Verletzung von Leitungs- und Aufsichtspflichten ankommt und nicht auf die Feststellung, ob ein Präventionsmodell vorhanden ist oder nicht, hat die Rechtsprechung in der Rechtssache *Corpesca*¹⁷ bestätigt. Dieses Unternehmen hatte zum Zeitpunkt der Begehung der Straftat der Bestechung eines Amtsträgers ein Präventionsmodell eingeführt, das sogar zertifiziert war. Dennoch wurde es verurteilt. Der strafrechtliche Vorwurf wurde damit ersichtlich nicht an das Fehlen eines Präventionsmodells, sondern an die Verletzung von Kontrollpflichten geknüpft. Das Urteil bestätigt, dass ein Organisationsmangel im Unternehmen selbst dann vorliegen kann, wenn ein Präventionsmodell existiert.

Auf diese Weise wird die Verantwortlichkeit der juristischen Person deutlich von der bloßen Existenz der vorangegangenen Straftat abgekoppelt, selbst wenn diese, wie im konkreten Fall, von einem der leitenden Angestellten des Unternehmens begangen wurde. Das kriminelle Verhalten der natürlichen Person ist somit eine notwendige aber keine hinreichende Voraussetzung für die Verantwortlichkeit der juristischen Person. Hinzutreten muss ein defizitäres Compliance-System, das ein kriminelles Verhalten der natürlichen Person begünstigt oder zumindest nicht wesentlich erschwert hat.

Die ordnungsgemäße Umsetzung eines Compliance-Modells kann die juristische Person im Umkehrschluss von der strafrechtlichen Verantwortung befreien, wenn seine Funktionsfähigkeit feststeht, weil dem Unternehmen dann kein Organisations-„Verschulden“ nachzuweisen ist.

Diskutiert wurde in der Literatur die konkrete Ausgestaltung der Leitungs- und Aufsichtspflichten bei kleinen Unternehmen, also Gesellschaften mit geringer Komplexität.¹⁸ Es wurde darüber nachgedacht, inwieweit von ihnen die Einhaltung der internen Kontrollpflichten überhaupt zu verlangen ist. So hat im Fall *Asevertrans*¹⁹ das Gericht die juristische Person freigesprochen, weil sie nur ein Mitglied hatte und deshalb nicht verpflichtet werden kann, Leitungs- und Aufsichtspflichten zu erfüllen.²⁰ Jedenfalls in einem solchen

Extremfall ist die Überschaubarkeit des Verbandes ein Grund für die fehlende Verantwortlichkeit.²¹

c) Straftaten zugunsten des Unternehmens

Neben dem Strafrechtsverstoß der natürlichen Person und der Verletzung von Leitungs- und Kontrollpflichten durch das Unternehmen, muss die Handlung (der natürlichen Person) im chilenischen Recht außerdem ausschließlich zugunsten der juristischen Person vorgenommen worden sein.

In der Literatur wurde z.T. eingewendet, dieses Merkmal würde durch seinen subjektiven Charakter zu ernsthaften Beweisproblemen führen.²² Dem schließe ich mich insoweit an, als sich aus der verwendeten sprachlichen Formulierung „in seinem Interesse“ oder „zu seinen Gunsten“ nicht unbedingt eine subjektive Konnotation folgern lässt. Dazu sei auf die spanische Dogmatik verwiesen, deren Recht den Ausdruck „en provecho“ verwendet, bei dem die h.M. keine Schwierigkeiten damit hat, sich für eine objektive Auslegung der Anforderung zu entscheiden.

Das Problem ließe sich außerdem lösen, indem man eine negative Definition des Erfordernisses, also eine in Abgrenzung zum letzten Absatz des Art. 3, wählt. Der letzte Absatz des Art. 3 schließt die Strafbarkeit in den Fällen aus, in denen der Täter *ausschließlich* zu seinem Vorteil oder dem eines Dritten handelt. Daraus kann gefolgert werden, dass eine Handlung zugunsten des Unternehmens auch vorliegen kann, wenn es daneben noch andere Gründe für die Vornahme der Straftat gibt.

Dieses Erfordernis der Handlung zugunsten des Unternehmens schließt aber von vornherein Fälle aus, in denen die juristische Person Opfer einer Straftat ist. Ob der Nutzen materiell oder immateriell ist, spielt keine Rolle, so dass beispielsweise die Verhinderung einer Ermittlung im Interesse des Unternehmens liegt.

Nicht sinnvoll ist es, für die Feststellung, ob die Straftat zugunsten oder im Interesse der juristischen Person begangen wurde, darauf abzustellen, ob der Täter das Unternehmen vertreten hat. Es reicht vielmehr ein objektiver Zusammenhang für eine „Handlung der Gesellschaft“²³ mit nachfolgendem Vorteil oder Nutzen für sie.

Die Verwendung der Ausdrücke „direkt und unmittelbar“ bei Gewinn oder Zinsen werden von *Hernandez* zu Recht als „unverständliche Zusatzanforderung“ bezeichnet.²⁴

Es kommt auch nicht darauf an, dass es sich um einen endgültig erlangten Vorteil handelt. Deshalb entfällt die Ver-

be Person entfielen, daher war es nicht ein Fehler in der Organisation der Gesellschaft *Asevertrans*, sondern das eigene Verhalten von *Frias*, das außerhalb des Verantwortungsbereichs der juristischen Person liegt, das die strafrechtliche Verantwortlichkeit für ihn begründet.“

²¹ In diesem Zusammenhang *Garcia Cavero*, *Revista Científica do CPJM* 2 (5/2022), 136 (146); *Artaza* (Fn. 14), S. 140 ff.

²² *Hernandez*, *Política Criminal* (9/2010), 207 (221).

²³ *Bajo Fernandez/Feijoo Sanchez*, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2012, S. 100 f.

²⁴ *Hernandez*, *Política Criminal* 5 (9/2010), 207 (221).

¹⁶ Dies wird von *Bedecarratz*, *Política Criminal* 15 (30/2020), 694 (705), festgestellt; das Phänomen ist nicht ausschließlich auf die chilenische Rechtsprechung beschränkt, wie festgestellt von *Nieto Martín*, in: *Kuhlen/Montiel/Ortiz De Urbina Gimeno*, *Compliance y teoría del Derecho Penal*, 2013, S. 21 (41 ff.).

¹⁷ Urteil der dritten mündlichen Verhandlung des Strafgerichtshofs von Santiago v. 16.4.2021, RIT 309-2018.

¹⁸ *Hernandez*, *Revista de Estudios de la Justicia* 16/2012, 75 (91 ff.).

¹⁹ Freispruch der mündlichen Verhandlung des Strafgerichts von Arica v. 2.6.2015, RIT 33-2014.

²⁰ Erwägungsgrund 304 des Urteils RIT 33-2014 v. 4.4.2014: „Wie man sieht, war all dies in der Gesellschaft *Asevertrans* nicht möglich, da nur *Frias* Teil der Gesellschaft war, sodass es keinen Mechanismus der Aufsicht und Kontrolle gab, während alle Funktionen der Gesellschaft auf ein und diesel-

antwortlichkeit nicht einmal in den Fällen, in denen das Unternehmen den Vorteil ablehnt, sobald es von den Geschehnissen Kenntnis erlangt.

Die hier vertretene objektive Auslegung des Merkmals zugunsten des Unternehmens fügt sich besser ein in das chilenische Modell, nach dem der Vorwurf eines Organisationsverschuldens im Vordergrund steht. Bestraft wird nicht nur das bloße Zusammentreffen einer strafbaren Handlung eines einzelnen Täters mit seiner Zugehörigkeit zu einem Unternehmen, sondern der Zusammenhang zwischen Straftat und dem Ergebnis für das Unternehmen in Form von Gewinn. In diesen Fällen liegt aber auch eine Handlung des Unternehmens vor, die eine Bestrafung desselbigen auch legitimiert.

d) Die Unabhängigkeit der Verantwortlichkeit der juristischen Person

Zusätzlich zu den Voraussetzungen des Art. 3 ist Art. 5 heranzuziehen, nach dem die strafrechtliche Verantwortlichkeit der juristischen Person nicht streng akzessorisch zur Strafbarkeit der natürlichen Person ist. Sie besteht auch dann fort, wenn die Verantwortlichkeit der an den Straftaten beteiligten natürlichen Personen 1. durch Tod oder Verjährung erloschen ist; 2. die Tat nicht verfolgt wird, etwa wegen (zeitweiser) Einstellung des Verfahrens aufgrund einer seelischen Störung oder 3. sie nicht verfolgt wird, weil die Beteiligung der einzelnen Verantwortlichen nicht festgestellt werden konnte, dabei aber feststeht, dass eine der Straftaten des Art. 1 des Gesetzes und die Voraussetzungen des Art. 3 erfüllt sind, sofern dabei nachgewiesen wird, dass die Straftat notwendigerweise im Rahmen der Aufgaben und Befugnisse der in Art. 3 Abs. 1 genannten Personen begangen worden sein muss.

Trotzdem ist zweifelhaft, ob es sich tatsächlich um eine echte Regelung der unabhängigen Verantwortlichkeit handelt, weil einige Aspekte an ein Modell der abgeleiteten Verantwortlichkeit angelehnt sind.

Wie bereits erwähnt, sah der ursprüngliche Gesetzesentwurf zwar einen umfassenden Verweis auf das Modell der unabhängigen Verantwortlichkeit vor, indem es die Verantwortlichkeit der juristischen Person in allen Fällen bestehen ließ, in denen die natürliche Person gem. Art. 10²⁵ des chilenischen Strafgesetzbuchs befreit war, dieser wurde aber nicht Gesetz. Unbeschadet der umstrittenen Einstufung einiger der in Art. 10 des chilenischen Strafgesetzbuchs vorgesehenen Fälle des „Ausschlusses der Verantwortlichkeit“ sind andere klar zuzuordnen wie etwa Notwehr und Notstand zu den Rechtfertigungsgründen und andere zu den Schuldausschlussgründen.

Weil die geltende Regelung hinter dem ursprünglichen Gesetzesentwurf zurückbleibt, hilft auch die programmatische Erklärung in Art. 5 des Gesetzes nicht über Zweifel an einer eindeutigen Regelung der selbstständigen Verantwortlichkeit hinweg.

²⁵ Anm. der Übersetzerin: In Art. 10 des chilenischen Strafgesetzbuchs sind die Gründe für die Befreiung von der Verantwortlichkeit aufgeführt. Dabei sind Schuldausschlussgründe und Rechtfertigungsgründe zusammengefasst.

Art. 5 enthält gerade keinen Hinweis auf die Verantwortlichkeit der juristischen Person trotz der fehlenden Verfolgbarkeit der natürlichen Person, sondern nur trotz eines Erlöschens der strafrechtlichen Verantwortlichkeit.²⁶ Dies gilt erst recht in der zweiten Fallgruppe des Art. 5, der die Verantwortlichkeit der juristischen Person aufrechterhält, wenn das Verfahren gegen die natürliche Person eingestellt worden ist, etwa wegen Schuldnfähigkeit. Diese ist eine persönliche Bedingung, die die dogmatische Entstehung der Verantwortlichkeit nicht berührt.

Am ehesten in Einklang mit dem Modell der selbstständigen Verantwortlichkeit steht der letzte Absatz von Art. 5, nach dem die juristische Person für die im Gesetz festgelegten Straftaten unabhängig von der Feststellung der verantwortlichen natürlichen Person verfolgt werden kann, allerdings nur unter der Voraussetzung, dass die Straftat einem bestimmten Zuständigkeitsbereich des Unternehmens zuzurechnen ist.

Auch wenn dies in der Praxis als eine Abkopplung der individuellen Verantwortlichkeit von der Verantwortlichkeit des Kollektivs erscheint, ist dies nicht wirklich der Fall. Konzeptionell ist die Existenz von Subjekten eine notwendige Voraussetzung. Es handelt sich also um eine rein beweiserrechtliche und verfahrensrechtliche Frage: Die individuell haftenden Personen sind nicht identifiziert, aber sie existieren.

e) Schlussfolgerung zum Zurechnungsmodell

Unter den zahlreichen möglichen Systemen zur Zurechnung der Verantwortlichkeit zum Unternehmen²⁷ wird davon ausgegangen, dass das chilenische Recht ein gemischtes Modell der abgeschwächten derivativen Haftung²⁸ vorsieht, das typisch für die Idee des Organisationsfehlers²⁹ ist. Der strafrechtliche Vorwurf wird nicht an die Straftat der natürlichen Person geknüpft, sondern an die Verletzung der Leitungs- und Überwachungspflichten,³⁰ und der unterlassenen Verhinderung der Straftat.³¹

²⁶ Anm. der Übersetzerin: Der genannte Absatz von Art. 5 verweist auf Art. 93 des chilenischen Strafgesetzbuchs, der Erlöschungsgründe der Strafbarkeit enthält wie etwa Tod, Verjährung, Begnadigung.

²⁷ Zu den verschiedenen Gesetzesmodellen *Nieto Martín*, La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo, 2008, S. 85–214.

²⁸ *Bofill Genzsch*, in: Wilenmann von Bernath, Gobiernos Corporativos, Aspectos esenciales de las reformas a su regulación, 2011, S. 175 (184); *Hernandez*, Política Criminal 5 (9/2010), 207 (217); ein Vorwurf, der sich auf die Natur der juristischen Person stützt, wurde ebenfalls postuliert, so *Mañalich*, Revista Chilena de Derecho 38 (2/2011), 279 (302 ff.).

²⁹ So *Navas/Jaar*, Política Criminal 13 (26/2018), 1027 (1038).

³⁰ In diesem Sinne *Fernandez*, Revista Jurídica del Ministerio Público 43/2010, 79 (86); *Segovia*, Revista Jurídica del Ministerio Público 43/2010, 218 (231).

³¹ *Artaza* (Fn. 14), S. 84.

Andere betonen, es handele sich um ein reines Modell der abgeleiteten Verantwortlichkeit im engeren Sinne.³² Um dies zu bekräftigen, wird die Auffassung vertreten, dass die Bestimmungen von Art. 5 über die selbstständige Verantwortlichkeit der juristischen Person letztlich nur die Regeln einer akzessorischen Verantwortlichkeit enthalten, die erforderlich sind, um die juristische Person für die Straftat der natürlichen Person zu bestrafen, falls die gleichzeitige Bestrafung der natürlichen Person nicht möglich ist. Die Verletzung der Leitungs- und Überwachungspflichten ist danach nichts weiter als eine Voraussetzung für die Zurechnung der Verantwortlichkeit für die unerlaubte Handlung eines anderen.³³

Zutreffender Ansicht nach kann nur von einem abgeschwächten Modell der strafrechtlichen Verantwortlichkeit ausgegangen werden, weil die juristische Person nicht wegen Beteiligung an der Straftat einer natürlichen Person bestraft wird, sondern wegen eines eigenen Organisationsverschuldens. Dieses ist Grundlage der Bestrafung und nicht das Vorhandensein eines Compliance-Modells oder andere Überlegungen.

III. Compliance-Programme und ihre Bedeutung

Art. 4 enthält ausdrücklich Regelungen zu einem Präventionsmodell. Diese werden konkretisiert durch die von der Staatsanwaltschaft erlassene Allgemeine Anweisung 440/2010 vom 23.8.2010, die Kriterien für die Ermittlung und Verfolgung von juristischen Personen enthält. Diese Anweisung der Staatsanwaltschaft enthält keine weiteren Ergänzungen zu den gesetzlichen Bestimmungen, sondern gibt im Wesentlichen nur den Inhalt der gesetzlichen Bestimmung wieder.

Die nachstehend aufgeführte Liste der im Gesetz genannten Elemente kann jedoch nicht als erschöpfend betrachtet werden, da einige unabdingbare fehlen, wie beispielsweise ein System zur Schulung der Mitglieder der juristischen Person.

Was die Elemente des Präventionsmodells anbelangt, so sieht das Gesetz die Benennung eines Präventionsbeauftragten vor, der über Autonomie, ausreichende Mittel und Befugnisse zur Erfüllung seiner Aufgaben sowie über materiellen und direkten Zugang zur Geschäftsleitung verfügen muss, um über seine Tätigkeit Bericht erstatten und Rechenschaft ablegen zu können. Erforderlich ist ferner die Einrichtung eines Präventionssystems, über das alle Angestellten und Mitarbeitern in Kenntnis gesetzt werden müssen, die Identifizierung der risikobehafteten Tätigkeiten oder Prozesse des Unternehmens, die Festlegung von Protokollen, Regeln und Verfahren zur Verhinderung von Straftaten, die Identifizierung von Risiken bei der Verwendung von Finanzmitteln und das Vorhandensein interner Sanktionen sowie von Verfahren zur Anzeige oder Strafverfolgung. Schließlich sieht das Gesetz die Festlegung von Methoden für die wirksame Umsetzung, Überwachung und stetige Optimierung des Präventionsmodells vor.

³² So *Schurmann*, in: Acevedo/Collado/Mañalich, *La Justicia como legalidad, Estudios en homenaje a Luis Ortiz Quiroga*, 2020, S. 723 (737 ff.).

³³ *Schurmann* (Fn. 32), S. 740.

Ein wirksames Präventionssystem hat eine strafbefreiende Wirkung für die juristische Person, die eine der in Art. 1 des Gesetzes³⁴ genannten Straftaten begangen hat. Dies ergibt sich aus den Bestimmungen des letzten Absatzes von Art. 3 in Bezug auf Art. 4 des Gesetzes, wonach das geeignete Präventionsmodell die Einhaltung der Verwaltungs- und Aufsichtspflichten ist.³⁵

Auch ein nachträglich eingerichtetes Präventionssystem kann sich auf die Sanktion auswirken. So sieht Art. 6 Nr. 3 des Gesetzes 20.393 vor, dass es einen mildernden Umstand darstellt, wenn die juristische Person vor Beginn des Prozesses wirksame Maßnahmen ergreift, um die Wiederholung von Straftaten derselben Art zu verhindern.

Eine Besonderheit des chilenischen Modells ist, dass eine Zertifizierung des Präventionsmodells durch spezialisierte Unternehmen ausdrücklich erwähnt wird. Nach Art. 4 kann es zertifizierende Unternehmen geben, die speziell zu diesem Zweck gegründet werden müssen. Die Zertifikate dürfen nicht länger als zwei Jahre gültig sein.

Eine automatische Befreiung von der strafrechtlichen Verantwortlichkeit folgt aus einer Zertifizierung zwar nicht,³⁶ zum Teil wird aber eine strafmildernde Wirkung angenommen.³⁷ Dem ist zu widersprechen, weil es sich um ein früheres Verhalten des Unternehmens handelt, das nicht zu einem mildernden Faktor umgedeutet werden kann.

Der Bescheinigung kann auch nicht die Funktion einer Umkehr der Beweislast zugewiesen werden, da es nach der Rechtsprechung immer die Aufgabe der Staatsanwaltschaft ist, zu beweisen, dass die juristische Person sich nicht gesetzeskonform verhalten hat.³⁸

Die Zertifizierung kann deshalb nur dazu dienen, das eigene Compliance-Modell, anhand der Bewertung des Dritten, kontinuierlich zu verbessern. Deshalb hat die Zertifizierung im Wesentlichen Auswirkungen innerhalb des Unternehmens selbst.

In der Praxis sind trotzdem formale Präventionsmodelle üblich, die eher auf die Erlangung eines Zertifikats als auf tiefgreifende Veränderungen der Organisationskultur ausgerichtet sind.

IV. Vorgesehene Sanktionen

Die im Gesetz 20.393 für juristische Personen vorgesehenen Sanktionen sind: Auflösung der juristischen Person oder

³⁴ *Hernandez*, *Política Criminal* 5 (9/2010), 207 (226).

³⁵ *Goena Vives*, *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, 2017, S. 339.

³⁶ *Matus*, in: Arroyo Zapatero/Nieto Martín, *El derecho penal económico en la era del compliance*, 2013, S. 145 (152 ff.). Darauf weist auch die Staatsanwaltschaft in ihrer Allgemeinen Anweisung 440/2010 hin, die die Kriterien für das Vorgehen der Staatsanwaltschaft bei der Strafverfolgung juristischer Personen regelt.

³⁷ In diesem Sinne *Matus* (Fn. 36), S. 151.

³⁸ Zwanzigster Erwägungsgrund des Urteils RIT 95-2019 v. 7.11.2022 des Dritten Mündlichen Strafgerichts von Talca (Urteil, gegen das noch Rechtsmittel anhängig sind), zit. nach *Artaza* (Fn. 14), S. 301.

Aufhebung der Rechtspersönlichkeit; vorübergehendes oder ständiges Verbot, Verträge mit dem Staat abzuschließen; teilweiser oder vollständiger Verlust von Steuervergünstigungen oder absolutes Verbot, diese für einen bestimmten Zeitraum zu erhalten; Geldstrafe.

Darüber hinaus sind die Veröffentlichung eines Auszugs aus dem Strafurteil, die Einziehung der Erträge aus der Straftat und anderer Güter, Gegenstände, Dokumente und Instrumente der Straftat als Nebenstrafen vorgesehen, die in jedem Fall zu verhängen sind, und für den Fall, dass die Straftat die Investition von Mitteln der juristischen Person über die von ihr erzielten Einnahmen hinaus beinhaltet: die Zahlung eines Betrags in die Steuerkasse, der der getätigten Investition entspricht.

Die Auflösung des Unternehmens wird bei Verbrechen, Rückfälligkeit der juristischen Person oder Wiederholung von Straftaten in Betracht gezogen.³⁹

Die Strafen in Form eines vorübergehenden oder dauerhaften Verbots, Verträge mit dem Staat abzuschließen, sind zeitlich gestaffelt, während der teilweise oder vollständige Verlust von Steuervorteilen oder das absolute Verbot, diese für einen bestimmten Zeitraum zu erhalten, prozentual gestaffelt sind.

Die Geldstrafe kann zwischen etwa 24.000 Euro und 17.500.000 Euro liegen. Die Höhe der Strafe ist in drei Bereiche unterteilt und wurde gegenüber dem ursprünglichen Text geändert,⁴⁰ um die Strafe an die im chilenischen Recht vorgesehenen Höchstbeträge anzupassen.

V. Verfahrenstechnische Aspekte

Das Ermittlungsverfahren gegen eine juristische Person kann von der Staatsanwaltschaft eingeleitet werden, sobald es gegen eine natürliche Person eingeleitet worden ist. Ein besonderes Verfahren für juristische Personen gibt es nicht, es gelten die Regeln des für natürliche Personen entwickelten Strafprozessrechts.

Wird ein Verfahren sowohl gegen natürliche als auch gegen juristische Personen geführt, so bestimmt das für die natürliche Person geltende Verfahren (vereinfachtes oder ordentliches Verfahren) auch die Art des Verfahrens, das für die juristische Person gilt, es sei denn, die juristische Person wird wegen eines Verbrechens angeklagt; in diesem Fall ist stets das ordentliche Verfahren anzuwenden.

Das Gesetz räumt der juristischen Person dieselben Rechte ein wie der natürlichen Person, wobei der Umfang dieser Rechte, insbesondere das Recht auf Selbstbelastungsfreiheit, durchaus diskutiert wird.⁴¹

Die Vertretung übernimmt nach dem Gesetz der gesetzliche Vertreter, es sei denn, dass der Vertreter wegen desselben Sachverhalts wie die juristische Person angeklagt wird.

1. Die Möglichkeit von Verfahrensvereinbarungen

Das chilenische Gesetz über die strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen sieht im Wesentlichen zwei strafprozessuale Möglichkeiten zu einer Absprache vor: zum einen die bedingte Aussetzung des Verfahrens, zum anderen das abgekürzte Verfahren.

Mit Hilfe der bedingten Aussetzung des Verfahrens, geregelt in Art. 25 des Gesetzes Nr. 20.393, trifft die Staatsanwaltschaft eine Vereinbarung mit dem Beschuldigten, hier der juristischen Person. Sie setzt das Strafverfahren vorläufig aus und unterwirft die juristische Person für einen bestimmten Zeitraum den auferlegten Bedingungen.

Nach Ablauf dieser Frist und unter der Voraussetzung, dass gegen die juristische Person nicht erneut Anklage erhoben wurde, erfolgt die endgültige Einstellung.

Der Bewährungszeitraum reicht von sechs Monaten bis zu drei Jahren, für natürliche Personen beträgt die Mindestdauer ein Jahr. Mögliche Auflagen sind die Zahlung von Geldbeträgen, die Verpflichtung zur Meldung von Finanzinformationen, die Umsetzung eines Präventionsmodells und jede andere Auflage, die unter Berücksichtigung der Umstände des konkreten Falles angemessen ist und von der Staatsanwaltschaft vorgeschlagen wird.

Diese Form der Einstellung des Strafverfahrens gegen eine juristische Person wurde seit dem Inkrafttreten der strafrechtlichen Verantwortlichkeit juristischer Personen in mehreren Fällen angewandt, z.B. in der Rechtssache Ceresita⁴², in der Rechtssache Universitäten/Nationaler Akkreditierungsrat,⁴³ in der Rechtssache Soquimich⁴⁴ und in der Rechtssache Tecnodata⁴⁵.

Im Regelfall wird die Zahlung von Geldbeträgen vereinbart. Nur in Ausnahmefällen, wie im Fall Ceresita, gehen die auferlegten Bedingungen darüber hinaus, hier die Verpflichtung zur Verbesserung des Compliance-Programms.

Das sog. abgekürzte Verfahren ist in Art. 27 des Gesetzes 20.393 vorgesehen. Die juristische Person übernimmt die Verantwortung für bestimmte ihr vorgeworfene Tatsachen und einigt sich mit der Staatsanwaltschaft auf eine günstigere Strafe.

Diese Vereinbarung muss vom Richter genehmigt werden, der prüft, ob die Voraussetzungen für das abgekürzte Verfahren erfüllt sind, d.h. ob die von der Staatsanwaltschaft beantragte Strafe nur für ein einfaches Vergehen gilt und der Richter keine höhere Strafe als die von der Staatsanwaltschaft

³⁹ Sie gilt nicht für staatliche Unternehmen oder private Unternehmen, die eine öffentliche Versorgungsleistung erbringen, deren Unterbrechung schwerwiegende soziale und wirtschaftliche Folgen oder einen erheblichen Schaden für die Gemeinschaft verursachen könnte.

⁴⁰ Gesetz 21.121.

⁴¹ Hernandez, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (44) 2015, 217 (238 ff.).

⁴² Siehe hierzu *Cañas Aranda*, *Revista Jurídica del Ministerio Público* 55/2013, S. 79 ff.

⁴³ *Barreno*, *El Mundo* v. 26.11.2012, abrufbar unter <https://www.elmundo.es/america/2012/11/26/noticias/1353970168.html> (1.8.2023).

⁴⁴ <https://www.chiletransparente.cl/caso-sqm/> (1.8.2023).

⁴⁵ *Valentina*, *BH Compliance* v. 29.1.2021, abrufbar unter <https://bh-compliance.com/es/study-case/tecnodata-caso-ejercito-2018/> (1.8.2023).

beantragte verhängen kann. Diese Verfahrensart ist in Chile in mehreren Fällen zur Beendigung von Verfahren gegen juristische Personen angewendet worden.

Nachteil dieser Art der Verfahrensbeendigungen für den Rechtsanwender ist leider, dass sie nicht dazu beitragen, die Kriterien für die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Verbänden oder die der Effizienz von Präventionsmodellen näher zu umreißen.⁴⁶

2. Interne Untersuchungen und Zusammenarbeit als mildernder Umstand

Interne Untersuchungen sind im chilenischen Recht nicht geregelt, weshalb ihre Durchführung mit einer Reihe von Schwierigkeiten verbunden ist. Es ist nämlich keineswegs klar, welche Maßnahmen Unternehmen im Rahmen dieser Untersuchungen vornehmen dürfen.

Es gibt auch keine Verordnung der Staatsanwaltschaft, die Klarheit darüber verschafft, in welchen Fällen von einer wirksamen Mitwirkung des Unternehmens ausgegangen werden kann.

Die einzige Rechtsnorm, die relevant sein könnte, ist Art. 6 Nr. 2 des Gesetzes 20.393. Dieses Gesetz gilt allgemein, also auch für natürliche Personen und enthält als mildernden Umstand die wesentliche Mitarbeit an den Ermittlungen.

Juristische Personen wirken regelmäßig mit, wenn ihre gesetzlichen Vertreter in irgendeinem Stadium der Ermittlungen oder des Gerichtsverfahrens den Behörden die strafbare Handlung zur Kenntnis gebracht oder Hintergrundinformationen zur Feststellung des zu untersuchenden Sachverhalts geliefert haben, bevor sie Kenntnis davon erlangten, dass sich das Gerichtsverfahren gegen sie richtet.

Damit besteht für juristische Personen zumindest ein Anreiz, Straftaten, für die sie möglicherweise verantwortlich sind, aufzudecken und den Behörden zur Kenntnis zu bringen.

VI. Der Entwurf eines Gesetzes über Wirtschaftskriminalität und mögliche Änderungen des Gesetzes über die strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen

Am 15.1.2020 wurde in der Abgeordnetenversammlung ein Gesetzesentwurf (Boletín 13.205-7) eingebracht, der mit einem parlamentarischen Antrag (Boletín 13.204-7) zusammengelegt wurde und Wirtschaftsverbrechen und Angriffe auf die Umwelt systematisiert, verschiedene Rechtsfiguren, die Straftaten gegen die sozioökonomische Ordnung typisieren, ändern und die Strafen anpassen soll. Dieser Gesetzesentwurf wird derzeit im Senat behandelt.

Dieses Projekt geht weit über den Bereich der strafrechtlichen Verantwortlichkeit juristischer Personen hinaus und hat auch empfindliche Auswirkungen auf das System der Bestrafung natürlicher Personen, die Regelung der Einziehung von

Gewinnen und die Änderung und Einführung verschiedener Straftatbestände im chilenischen Strafrechtssystem⁴⁷.

Zu den im Gesetz 20.393 vorgesehenen Änderungen betreffend die strafrechtliche Verantwortung juristischer Personen:

1. Der Katalog der Straftaten, für die eine juristische Person strafrechtlich verantwortlich gemacht werden kann, soll auf ca. 200 Straftaten erweitert werden. Der Gesetzesentwurf sieht diese Straftaten als Wirtschaftsdelikte an, darunter u.a. Wertpapiermarktdelikte, Bestechung zwischen Privatpersonen, rücksichtslose Straftaten gegen das Leben und die Gesundheit von Personen, wenn die Tat unter Verletzung der Sorgfaltspflichten im Zusammenhang mit der Geschäftstätigkeit des Unternehmens begangen wird und Umweltdelikte.

2. Auch der Kreis der tauglichen Täter soll durch die Aufnahme bestimmter Einrichtungen, die bisher nicht unter das geltende Recht fallen, erweitert werden. Dabei handelt es sich um staatliche Unternehmen, Vereine und Universitäten, religiöse juristische Personen des öffentlichen Rechts und politische Parteien, die eine Rechtspersönlichkeit nach Maßgabe des öffentlichen Rechts besitzen.

3. Was das System der Zurechnung von Straftaten zu juristischen Personen anbelangt, ist eine flexiblere Ausgestaltung angedacht. Dies ergibt sich aus der neuen Bestimmung, die Art. 3 ersetzt.

Der Entwurf verzichtet auf die unglückliche Aufzählung von Personen, die bei Begehung einer Straftat die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Gesellschaft auslösen können, und ersetzt sie durch einen allgemeineren Verweis auf Personen, die ein Amt, eine Position oder eine Funktion in der Gesellschaft innehaben, so dass auch Mitglieder der juristischen Person, die keine Position in der obersten Führungsebene innehaben, eindeutig erfasst werden.⁴⁸ Der Begriff umfasst auch Dritte, die Dienstleistungen für die juristische Person erbringen.

Der Vorschlag senkt zudem die Strafbarkeitsschwelle ab, indem er nicht mehr verlangt, dass die Straftat Folge einer Verletzung der Verwaltungs- und Aufsichtspflichten ist, sondern nur noch, dass die Straftat durch die Verletzung dieser Pflichten begünstigt oder erleichtert wird.

Darüber hinaus wird der Grundtatbestand auch auf Subjekte ausgedehnt, die einer anderen juristischen Person angehören, wenn diese Dienstleistungen für das haftende Unternehmen erbringt, und schließt Unternehmen ein, die zu Unternehmensgruppen gehören, was im chilenischen Kontext, der, wie eingangs erwähnt, durch die Existenz großer Unternehmensgruppen gekennzeichnet ist, besonders relevant ist.

Schließlich wird die Verantwortlichkeit der juristischen Person ausgeschlossen, wenn sich die Straftat ausschließlich gegen die juristische Person richtet, wodurch das Problem des geltenden Rechts beseitigt wird, die Fälle zu bestimmen, in denen die natürliche Person zugunsten der juristischen Person handelt, und zu klären, wie diese Anforderung konkretisiert werden kann.

⁴⁶ Zum Begründungsmangel bei Urteilen gegen juristische Personen *Navas/Jaar*, *Política Criminal* 13 (26/2018), 1027 (1051).

⁴⁷ Ausführlich zum Inhalt des Gesetzes *Bascuñan*, *Revista de Ciencias Penales* 48 (2020), 435 ff.

⁴⁸ So *Artaza* (Fn. 14), S. 198.

Die Vorschrift über die selbstständige Verantwortlichkeit juristischer Personen wird ebenfalls durch einen neuen Art. 5 geändert. Im Wesentlichen wird die Kasuistik abgeschafft und die allgemeine Formel angewandt, wonach die Verantwortlichkeit der natürlichen Person nicht festgestellt werden muss, solange jedenfalls die Rechtswidrigkeit der Straftat feststeht.

Die Fallgestaltungen der nicht möglichen Identifizierung des Täters werden in einem vereinfachten Wortlaut geregelt. Die Neufassung verlangt nur noch die Feststellung, dass die Tat von einer der Personen, die nach dem neuen Art. 3 die Haftung des Unternehmens begründen können, oder unter deren Mitwirkung begangen worden sein kann. Damit ist klar, dass sich das System der Zurechnung zwischen dem geltenden Recht und den Bestimmungen des Entwurfs nicht grundlegend ändert, sondern dass es sich weiterhin um ein System der abgeschwächten derivativen Haftung handelt.

4. Die Compliance-Programme waren Gegenstand intensiver Diskussionen. In dem Entwurf wurde ursprünglich eine sehr vereinfachte Formulierung der Elemente des Präventionsmodells vorgeschlagen.

Nach dem derzeitigen Stand des Projekts ist klar, dass die von der juristischen Person tatsächlich umgesetzten Präventionsmodelle dann angemessen sind, wenn sie in dem Maße, wie es ihr Unternehmensgegenstand, ihr Geschäftsfeld, ihre Größe, ihre Komplexität, ihre Ressourcen und die von ihr ausgeübten Tätigkeiten erfordern, einige wesentliche Aspekte ernsthaft und vernünftig berücksichtigen. Welche Aspekte das konkret sind, hängt vom jeweiligen Unternehmen ab.

Anstelle einer einzigen für das Präventionsmodell zuständigen Person können nun eine oder mehrere Personen benannt werden, die für das Compliance-Modell verantwortlich sind.

Es besteht Einvernehmen darüber, die Zertifizierung von Präventionsmodellen vorerst abzuschaffen, da sie in der Praxis nur begrenzte Auswirkungen hat. Dennoch wird weiterhin diskutiert, ob regelmäßige Bewertungen durch Dritte notwendig sind – in welcher Ausgestaltung sei zunächst offengelassen.

5. Das System der Sanktionen für juristische Personen wird ebenfalls geändert, wobei es sich weniger um inhaltliche als vielmehr um Änderungen einzelner Bezeichnungen und Anwendungshinweise handelt, mit denen die Sanktionen an die neuen Bestimmungen des Projekts⁴⁹ angepasst werden.

Die wichtigsten inhaltlichen Änderungen betreffen die Geldstrafen-Regelung, die das System der Mindest- und Höchstbeträge aufgibt und stattdessen ein Tagessatzsystem vorsieht – dieselbe Änderung soll auch für natürliche Personen gelten. Zudem soll eine Strafe der Aufsicht und Überwachung der juristischen Person eingeführt werden, die auch ausdrücklich als Vorsichtsmaßnahme während der Ermittlungen angewandt und als Voraussetzung für die bedingte Aussetzung des Verfahrens vereinbart werden kann. Die vorgeschlagene Verordnung regelt das Institut und die Art und Weise seiner Durchsetzung. Der Vorschlag beschränkt die Aufsichtsrechte zwar auf Änderungen und Verbesserungen

des Compliance-Programms. Diesbezüglich werden aber durchaus starke Eingriffsrechte gewährt, die das Compliance-Modell des Unternehmens nachhaltig ändern können. Die neue Sanktion orientiert sich an den bisherigen Sanktionen,⁵⁰ die überwiegend auf die Verbesserung der Compliance-Mechanismen unter Wahrung der Interessen Dritter abzielen.

Es bleibt abzuwarten, wie der Gesetzentwurf in Zukunft aussehen wird. Es spricht aber viel dafür, dass er vom Kongress ohne eklatante Abweichungen vom hier dargestellten Konzept angenommen wird. Damit würde die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen in Chile neugestaltet.

⁴⁹ *Artaza* (Fn. 14), S. 199–201.

⁵⁰ Hierzu *Nieto Martín* (Fn. 27), S. 272 ff.

Am 1.4.2016 hat der peruanische Gesetzgeber das Gesetz Nr. 30424 mit dem Titel „Gesetz zur Regelung der verwaltungsrechtlichen Haftung von juristischen Personen für das Verbrechen der grenzüberschreitenden aktiven Bestechung“ erlassen. Einer der wichtigsten Aspekte ist die gesetzliche Regelung zu Compliance-Systemen. So kann ein vor Tatbegehung etabliertes Präventionsmodell mit Überwachungs- und Kontrollmaßnahmen die Verantwortlichkeit der juristischen Person entfallen lassen. Wird das Compliance-System erst nach Tatbegehung eingeführt und umgesetzt, kommt immerhin eine Milderung der Sanktion in Betracht. Voraussetzung ist stets die Eignung des Systems, Straftaten zu verhindern oder das Risiko ihrer Begehung erheblich zu verringern. Obwohl das Gesetz Nr. 30424 bis heute mehrere wesentliche Änderungen erfahren hat und weitere in Arbeit sind, hat sich der soeben beschriebene Kern nicht geändert. Auf die Besonderheiten dieser Reglementierung wird in diesem Beitrag näher eingegangen.

I. Einführung der Verantwortlichkeit von juristischen Personen für die Begehung von Straftaten

1. Hintergrund

Bei der Verabschiedung des derzeit geltenden peruanischen Strafgesetzbuchs von 1991 hielt der Gesetzgeber noch an der traditionellen Position fest, nach der juristische Personen keine strafrechtliche Verantwortung tragen. Grund waren unter anderem die in den 1990er Jahren eingeleiteten Wirtschaftsreformen zur Ankurbelung der Wirtschaftstätigkeit. Diese erforderten nach Ansicht des Gesetzgebers eine Strafgesetzgebung ohne Sanktionen für juristische Personen. Zwar wurde die Möglichkeit der Anwendung sog. Nebenfolgen auf juristische Personen eingeführt (Art. 105 CP – nach der spanischen Bezeichnung Código Penal), doch wurden diese Maßnahmen nicht als strafrechtliche Sanktionen, sondern als Präventivmaßnahmen geregelt und angesehen. Aus diesem Grund wurden sie nicht in das Kapitel der Strafen aufgenommen, sondern in ein gemeinsames Kapitel mit der Einziehung. Die dogmatische Auseinandersetzung¹ mit Möglichkeit, Grund und Grenzen einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit von juristischen Personen, konnte daher nur aus einer de lege ferenda-Perspektive geführt werden.

* Der Verf. ist Doktor der Rechtswissenschaften an der Universität Navarra (Spanien), Professor an der Universität Piura (Peru) und ehemaliger Stipendiat der Alexander von Humboldt-Stiftung.

¹ Hurtado Pozo, in: ders. (Hrsg.), Anuario de Derecho penal 1996, S. 141 ff; Abanto Vásquez, Derecho penal económico, Consideraciones jurídicas y económicas, 1997, S. 162 ff; García-Cavero, La persona jurídica en el Derecho penal, 2008, S. 51 ff; Reyes Tello, ¿Responsabilidad o irresponsabilidad penal de las personas jurídica?, 2010, S. 115 ff.; Mazuelos Coello, in: Libro Homenaje al Prof. José Hurtado Pozo, El penalista de dos mundos, 2013, S. 279–309.

2. Wechsel der Perspektive

Die Entscheidung Nr. 07-2009 vom 13.11.2009 des Großen Senats für Strafsachen kann als Wendepunkt bezeichnet werden. Mit dieser Entscheidung wollte der Oberste Gerichtshof sicherstellen, dass die Strafrichter die Nebenfolgen in der Praxis tatsächlich auf juristische Personen anwenden. Bis dahin konnte man die Anzahl der Urteile mit der Verhängung einer Nebenfolge fast an einer Hand abzählen. Dabei argumentierte der Senat, es handele sich um besondere strafrechtliche Sanktionen gegen juristische Personen. Er griff eine Mindermeinung aus der Strafrechtslehre auf, die ohne eine vertiefte Diskussion davon ausging, es handele sich um Strafen.² Im Gesetz findet diese Behauptung jedoch keine Stütze. Es ist daher nicht verwunderlich, dass derselbe Oberste Gerichtshof in späteren Urteilen in widersprüchlicher Weise als verbindliche Rechtsprechung festgestellt hat, dass „das Strafgesetzbuch die strafrechtliche Verantwortlichkeit der juristischen Person nicht regelt“.³

Für den Gesetzgeber war stets offenkundig, dass es sich bei den Nebenfolgen nicht um strafrechtliche Sanktionen handelt, die gesetzliche Regelung sei dahingehend eindeutig. Erst nachdem die internationalen Forderungen nach strafrechtlichen Sanktionen für Unternehmen lauter wurden, diskutierte das Parlament über die Möglichkeit einer echten strafrechtlichen Verantwortlichkeit juristischer Personen. Seit 2012 wurden mehrere Gesetzesentwürfe eingebracht.⁴ Besondere Bedeutung erlangte dabei der von der Comisión de Alto Nivel Anticorrupción (CAN – Kommission zur Korruptionsbekämpfung) ausgearbeitete Entwurf. Dieser sollte den von der OECD geforderten gesetzlichen Standard zur Bestrafung von Unternehmen für das Verbrechen der Auslandsbestechung erfüllen. Ursprüngliches Anliegen dieses Entwurfs war die Optimierung der Korruptionsbekämpfung, indem eine Verantwortlichkeit der juristischen Person für verschiedene Korruptionsdelikte vorgeschlagen wurde.⁵ Durch den Druck der Wirtschaftsverbände wurden im Gesetzgebungsverfahren jedoch zwei wichtige Änderungen am ursprünglichen Entwurf vorgenommen: Erstens wurde die Möglichkeit zur Verhängung von Sanktionen gegen juristische Personen auf Tatbestände der Auslandsbestechung beschränkt und zweitens die Schwere des Vorwurfs, der diesen Sanktionen zugrunde liegt, verringert, indem ausdrücklich festgelegt wurde, dass sie aus einer verwaltungsrechtlichen Haftung

² Villa Stein, Derecho Penal, Parte General, 1. Aufl. 1998, S. 633; Hurtado Pozo, Manual de Derecho Penal, Parte General, 3. Aufl. 2005, § 15.

³ Corte Suprema de Justicia de la República, Casación N° 134-2015 Ucayali v. 16.8.2016.

⁴ Zu diesen Gesetzesentwürfen siehe Carrión Díaz, Ius Inkarri 9 (2020), 214–218, abrufbar unter <https://revistas.urp.edu.pe/index.php/Inkarri/article/view/2021/1975> (1.8.2023).

⁵ García-Cavero, in: García Rivera, III Convención de Derecho Público, 2016, S. 148 f.; Reyna Alfaro, Gaceta Penal & Procesal Penal 76 (2015), 103–111.

resultieren.⁶ Mit diesen Änderungen wurde das Gesetz Nr. 30424 (im Folgenden LRPJ – nach seiner spanischen Bezeichnung Ley de la Responsabilidad Administrativa de las Personas Jurídicas) im April 2016 verabschiedet und trat erst am 1.1.2018 in Kraft.

Diese erste legislative Änderung war allerdings nur von kurzer Dauer. Anfang 2017 erschütterte Peru der bekannte Odebrecht-Skandal, auf den die Politik mit einer Ausweitung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit juristischer Personen reagierte. Zunächst wurde die Bestechung im Inland, Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung einbezogen. Dem folgten die geheime Absprache mit einem Amtsträger und die unerlaubte Einflussnahme. Wie die jüngste Reform vom Juni 2022 zeigt, hat sich dieser expansive Trend fortgesetzt. Demnach sind neue Straftatbestände, wie die parallele Rechnungslegung, bestimmte Angriffe auf das kulturelle Erbe, Zolldelikte, Steuerdelikte und terroristische Straftaten ebenfalls erfasst. Diese Gesetzesänderungen wurden zwar zur Kenntnis genommen, in der politischen Diskussion indes als unzureichend angesehen. So wird weiterhin die Einführung neuer Tatbestände verlangt (vor allem private Korruptionsdelikte und Umweltdelikte). Die Ausweitung der Straftaten, für die juristische Personen verantwortlich gemacht werden können, ist also je nach Perspektive als mehr oder weniger stark einzuordnen.

Die Einstufung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit als verwaltungsrechtlich im LRPJ hat in der Praxis keine Bedeutung erlangt, weil die im Gesetz normierten Merkmale diejenigen einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit sind. Wird eine juristische Person im Rahmen eines Strafverfahrens von einem Strafrichter bestraft, ist diese Sanktion, auch wenn sie formal als verwaltungsrechtlich eingestuft wird, materiell strafrechtlich.⁷ Letztlich handelte es sich um einen gesetzgeberischen Etikettenschwindel.⁸ Spätere Gesetzesänderungen haben diese Auffassung bestätigt. So wurde im März 2018 das Gesetz Nr. 30737 verabschiedet, welches die Zahlung zivilrechtlicher Entschädigungen (zugunsten des Staates) bei Korruptionsdelikten im Zusammenhang mit großen Bauvorhaben oder Projekten sicherstellt. Dabei wurde normiert, dass nach dem LRPJ strafrechtlich verfolgte juristische Personen Kronzeugen sein können. Eine solche Möglichkeit setzt zwei-

fellos voraus, dass ihnen der Status von Angeschuldigten im Strafverfahren zuerkannt wird.⁹

II. Das Rechtssystem der strafrechtlichen Verantwortlichkeit juristischer Personen

1. Ein duales System: Die Nebenfolgen und die Sanktionen des LRPJ

Die Einführung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit juristischer Personen durch das LRPJ führte nicht zur Abschaffung der Nebenfolgen im Strafgesetzbuch. Es existiert vielmehr ein duales System, in dem die Nebenfolgen des Strafgesetzbuchs und die Sanktionen des LRPJ nebeneinander bestehen.¹⁰ Die Nebenfolgen sind Präventivmaßnahmen, die auf eine juristische Person angewandt werden, wenn die Gefahr besteht, dass ihre Organisation zur Begehung oder Vertuschung neuer Straftaten einzelner Personen genutzt werden könnte.¹¹ Dagegen beruhen die Sanktionen des LRPJ auf der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der juristischen Person für die Begehung einer Straftat.¹² Da die gleichzeitige Verhängung beider Rechtsfolgen zu einer Überreaktion führen würde, ist eine Abgrenzung erforderlich. Die jüngste Änderung des LRPJ sieht eine Verhängung der Nebenfolgen des Strafgesetzbuchs auch für juristische Personen vor, die an Straftaten beteiligt sind, die nicht unter dieses Gesetz fallen. Aus der Sicht des Gesetzgebers sind die Nebenfolgen folglich nur ein Ersatz für strafrechtliche Sanktionen gegenüber juristischen Personen. Konsequenterweise werden sie deshalb in Zukunft mit der schrittweisen Ausweitung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit juristischer Personen auf verschiedene Straftaten abgeschafft. Sobald das LRPJ die Bestrafung juristischer Personen für jede Straftat durch einen offenen Katalog zulässt, wird es keinen dogmatischen Raum mehr für Nebenfolgen geben.

2. Zurechnungs-, Verbandsschuld- oder Mischmodell?

Nach Art. 3 des LRPJ sind juristische Personen für die in Art. 1 genannten Straftaten verantwortlich, wenn diese in ihrem Namen oder in ihrem Auftrag und direkt oder indirekt zu ihren Gunsten begangen worden sind, durch:

„a) ihre Gesellschafter, Geschäftsführer, faktischen oder rechtlichen Verwalter, gesetzlichen Vertreter oder Bevollmächtigten der juristischen Person oder ihrer verbundenen Unternehmen oder Tochtergesellschaften im Rah-

⁶ Zur Entwicklung des prälegislativen und legislativen Prozesses dieses Gesetzes siehe im Einzelnen *Balmaceda Quirós*, *Actualidad Penal* 33 (2017), 16 ff.

⁷ *García-Cavero*, *Criminal Compliance, en especial compliance anticorrupción y antilavado de activos*, 2017, S. 111; *Paredes Pérez*, *Actualidad Penal* 25 (2016), 72; *Angulo Portocarrero*, *Advocatus* 33 (2016), 237; *Chanjan/Puchuri*, *Anticorrupción y Justicia penal*, *Boletín* 2 (2018), 6 Anmerkung 14.

⁸ In diesem Sinne *García-Cavero* (Fn. 5), S. 149; *Arbulú Ramírez*, *Actualidad Penal* 25 (2016), 67; *Prado Saldarriaga*, *Consecuencias jurídicas del delito*, 2016, S. 300; *Quispe Aguedo*, *Ius Puniendi* 6 (2018), 276; *Caro/Reaño*, *Forseti Revista de Derecho* 11 (15/2022), 12, abrufbar unter <https://revistas.up.edu.pe/index.php/forseti/article/view/1753/1577> (1.8.2023).

⁹ *Reyna Alfaro*, *La defensa penal de la persona jurídica*, 2019, S. 201 f.; *García-Cavero*, *Actualidad Penal* 79 (2021), 157.

¹⁰ *García-Cavero*, *Actualidad Penal* 79 (2021), 160.

¹¹ Vgl. *García-Cavero*, *Derecho Penal, Parte General*, 2019, S. 1103 m.w.N.; *Arbulú Ramírez*, *Actualidad Penal* 25 (2016), 59. In Corte Suprema de Justicia de la República, Casación N° 864-2017 Nacional, wird dieser Ansatz eindeutig akzeptiert (neunter Urteilsgrund).

¹² *García-Cavero*, in: *Hurtado Pozo* (Hrsg.), *Problemas actuales de política criminal*, *Anuario de Derecho Penal* 2015–2016, 2018, S. 177.

men einer der im Strafgesetzbuch vorgesehenen Formen der Täterschaft und Beteiligung;

b) die natürliche Person, die unter der Aufsicht und Kontrolle der im vorstehenden Absatz genannten Personen steht und die Straftat auf deren Anordnung oder mit deren Genehmigung begangen hat;

c) die im vorstehenden Absatz genannte natürliche Person, wenn die Begehung der Straftat möglich war, weil die in Nummer a) genannten Personen im konkreten Fall ihre Aufsichts-, Überwachungs- und Kontrollpflichten in Bezug auf die ihnen anvertraute Tätigkeit nicht erfüllt haben.“ (Übersetzung)

Die Verantwortlichkeit der juristischen Person setzt also die Begehung einer Straftat durch eine natürliche Person voraus, die als Führungskraft, als beauftragtes oder beaufsichtigtes Mitglied handelt.

Zum anderen muss die Straftat aber auch mit der Tätigkeit der juristischen Person in Verbindung stehen: Die natürliche Person muss die Straftat nämlich im Namen oder für Rechnung der juristischen Person und zum unmittelbaren oder mittelbaren Nutzen der juristischen Person begangen haben.

Es ließe sich argumentieren, das LRPJ entspreche dem System der Zurechnung, in dem die juristische Person für die von der natürlichen Person begangene Straftat verantwortlich ist.¹³ Gegen diese Schlussfolgerung spricht aber Art. 17 des LRPJ, welcher eine Ausnahme von der Verantwortlichkeit zulässt, wenn die juristische Person vor der Begehung der Straftat ein Präventionsmodell mit Überwachungs- und Kontrollmaßnahmen implementiert hat, das geeignet ist, die Straftat zu verhindern oder das Risiko ihrer Begehung erheblich zu verringern. Es ist deshalb keineswegs eindeutig, woraus die Verantwortlichkeit der juristischen Person folgt, vielmehr gibt es zwei Ansätze: Entweder haftet die juristische Person schon wegen des Vorteils, den sie durch die Tat der in ihrem Namen oder für ihre Rechnung handelnden natürlichen Person erlangt hat, oder sie haftet, weil sie kein geeignetes Präventionssystem eingeführt hat, um die Begehung der Straftat zu verhindern.

Zur Auflösung dieses Dilemmas bietet sich vordergründig das gemischte Modell an. Dieses setzt für die Zurechnung der Verantwortlichkeit neben dem organisatorischen Zusammenhang zwischen natürlicher und juristischer Person (z.B. Anstellungsverhältnis) auch einen organisatorischen „Beitrag“ des Verbands zu der Straftat voraus. Diese Kombination aus Fremd- und Eigenverantwortung ist jedoch auch nicht völlig überzeugend. Sie setzt nämlich die Zurechnung eines Handelns voraus, was der Verantwortung der juristischen Person, wenn auch nur teilweise, fremd ist. Es verstößt gegen den Grundsatz der Verantwortlichkeit für das eigene Handeln gem. Art. VII des einleitenden Titels des peruanischen Strafgesetzbuchs.

Die einzig überzeugende Lesart ist daher, von einem Verbandsschuldmodell auszugehen.¹⁴ Das rechtliche Erfordernis der Ausführung der Straftat durch eine natürliche Person kann damit erklärt werden, dass die Verantwortlichkeit der juristischen Person das notwendige Eingreifen der natürlichen Person auf rein faktischer Ebene voraussetzt, die strafrechtliche Zuständigkeit beider jedoch unabhängig voneinander bestimmt wird.¹⁵ Folglich ist die juristische Person strafrechtlich verantwortlich, wenn sie so organisiert ist, dass sie keine angemessene Kontrolle über die mit ihr verbundenen Personen ausgeübt hat. Diese mangelhafte Organisation der juristischen Person drückt sich darin aus, dass es kein Präventionsmodell gibt oder nur ein unzureichendes bzw. nicht funktionierendes.

3. Der persönliche Anwendungsbereich

Nach Art. 2 LRPJ sind juristische Personen im Sinne dieses Gesetzes juristische Personen des Privatrechts sowie Vereinigungen, Stiftungen, Nichtregierungsorganisationen und Vereine sowie staatliche peruanische Unternehmen. Ausländische juristische Personen haben diesen Status auch, wenn sie ihre Aktivitäten direkt oder indirekt auf dem nationalen Territorium ausüben oder entwickeln, sei es durch gesellschaftsrechtliche, vertragliche oder geschäftliche Tätigkeiten, in deren Rahmen eine der im LRPJ vorgesehenen Straftaten begangen wird. Andererseits geht aus dem Wortlaut des Art. 3 LRPJ hervor, dass juristische Personen mit dem Status von Muttergesellschaften auch dann haftbar gemacht werden können, wenn die natürlichen Personen ihrer verbundenen Unternehmen oder Tochtergesellschaften, die eine der strafbaren Handlungen begehen, auf ihre Anweisung, Genehmigung oder mit ihrer Zustimmung gehandelt haben.

Die Änderung des Namens, der Bezeichnung oder der Firma, die Umstrukturierung des Unternehmens, die Umwandlung, die Ausgliederung, die Verschmelzung, die Auflösung, die Liquidation oder jede andere Handlung, die die Rechtspersönlichkeit der juristischen Person beeinträchtigen kann, verhindert die Zurechnung der Verantwortlichkeit zur juristischen Person nicht. Im Falle einer Verschmelzung oder Spaltung kann gegen die übernehmende juristische Person ebenfalls eine Geldstrafe entsprechend dem übertragenen Vermögen verhängt werden, sofern die Straftat vor der Verschmelzung oder Spaltung begangen wurde (Art. 2 Abs. 3 LRPJ).¹⁶ Die Sanktion wird jedoch nicht verhängt, wenn die übernehmende juristische Person vor der Verschmelzung oder Spaltung eine angemessene Prüfung zur Feststellung von begangenen Straftaten durchgeführt hat.

¹⁴ Ebenso *Alpaca Pérez*, *Actualidad Penal* 15 (2016), 217; *Chanjan Documet*, *Ius Puniendi* 8 (2018), 83; *Ruiz/Palomino*, *Actualidad Penal* 22 (2016), 82.

¹⁵ *García-Cavero* (Fn. 5), S. 151. Ebenso mit den Begriffen der Voraussetzung und Grundlage der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der juristischen Person, *Caro/Reaño*, *Forseti Revista de Derecho* 11 (15/2022), 17.

¹⁶ *Sota Sánchez*, *Ius Inkarrri* 10 (10/2021), 69–73, <https://revistas.urp.edu.pe/index.php/Inkarrri/article/view/4640/5648> (1.8.2023).

¹³ So *Balmaceda Quirós*, *Actualidad Penal* 33 (2017), 28.

4. Sanktionen

Gegen juristische Personen können verschiedene Sanktionen verhängt werden: Geldstrafen, Rechtsverluste (wie z.B. die Aussetzung der Tätigkeit, ein vorübergehendes oder endgültiges Verbot der Tätigkeit oder ein endgültiges Verbot, mit dem Staat Verträge abzuschließen), Entzug der behördlichen Genehmigungen, vorübergehende oder endgültige Schließung der Geschäftsräume oder Niederlassungen und schließlich die Auflösung des Unternehmens. Im Gegensatz zu natürlichen Personen sind die Sanktionen für juristische Personen nicht für jede Straftat vorgesehen. Art. 5 LRPJ überlässt es der Staatsanwaltschaft, bei Gericht die angemessene Strafe zu beantragen.¹⁷ Es gibt jedoch einige Ausnahmen von dieser Ermessensregel. So muss das endgültige Verbot, mit dem Staat Verträge abzuschließen, verhängt werden, wenn die Straftat im Rahmen eines öffentlichen Ausschreibungsverfahrens begangen wurde (Art. 8 LRPJ), der Entzug von behördlichen Genehmigungen, wenn die Straftat darauf abzielte, diese zu erlangen (Art. 9 LRPJ) und die Auflösung, wenn die juristische Person gegründet und betrieben wurde, um die Begehung von Straftaten zu begünstigen, zu erleichtern oder zu vertuschen (Art. 10 LRPJ). Darüber hinaus kann der Richter die zuständige Behörde anweisen, das Einschreiten gegen die juristische Person anzuordnen, um die Rechte von Arbeitnehmern und Gläubigern zu schützen (Art. 6 LRPJ) oder die Einziehung von Instrumenten, Gegenständen, Erlangtem und Erträgen aus Straftaten anzuordnen (Art. 11 LRPJ).

5. Ausschluss der Verantwortlichkeit

Art. 17 LRPJ befreit die juristische Person von der Verantwortlichkeit, wenn sie vor der Begehung der Straftat ein Präventionsmodell mit Überwachungs- und Kontrollmaßnahmen implementiert hat, das geeignet ist, die Straftat zu verhindern oder das Risiko ihrer Begehung erheblich zu verringern. In der letzten vom Parlament verabschiedeten Reform wird diese Befreiung nicht zugelassen, wenn die Straftat von einer Führungskraft der juristischen Person begangen wird; in diesem Fall gilt nur eine privilegierte Milderung der Sanktion. Die Angemessenheit des Präventionsmodells bestimmt sich nach drei Kriterien: einer zeitlichen Angemessenheit, die voraussetzt, dass das Präventionsmodell im Verband vor der Straftat implementiert und umgesetzt wurde; einer verfahrensmäßigen Angemessenheit, welche die Einhaltung bestimmter Bedingungen bei der Umsetzung eines solchen Modells vorschreibt, und einer inhaltlichen Angemessenheit, nach der das Präventionsmodell über geeignete Überwachungs- und Kontrollmaßnahmen verfügen muss, um die Straftat zu verhindern oder das Risiko ihrer Begehung erheblich zu verringern. Das LRPJ und der Decreto Supremo Nr. 02-2019-JUS (im Folgenden: LRPJ-Verordnung) legen die Bedingungen für die Eignung des Verfahrens zur Umsetzung des Präventionsmodells fest. Dabei kann zwischen den Voraussetzungen einerseits und den Mindestelementen andererseits unterschieden werden.

¹⁷ *Caro Coria*, in: *Ambos/Caro/Urquiza*, *Responsabilidad penal de directivos y de empresas*, 2020, S. 167.

a) Voraussetzungen des Präventionsmodells

aa) Vorbereitung des Risikobewertungsprozesses

Die Umsetzung eines Präventionsmodells setzt voraus, dass die Geschäftsleitung der juristischen Person ein Risikoprofil erstellt. Dafür ist ein Prozess einzuleiten, in dem die Risiken der Begehung von Straftaten identifiziert und bewertet werden.

Die Superintendencia del Mercado de Valores (SMV – im Deutschen die Börsenaufsicht) schlägt in ihrem Dokument mit dem Titel „Leitlinien für die Implementierung und die Funktionsweise des Präventionsmodells“ vor, die Entscheidung zur Einleitung derartiger Beurteilungen zu veröffentlichen, um die Beteiligung und Zusammenarbeit der Mitarbeiter sowie die Einbeziehung von Geschäftspartnern und Interessengruppen zu fördern. Darüber hinaus wird in Art. 10 LRPJ-Verordnung empfohlen, die Aufgaben und Zuständigkeiten der für den Risikomanagementprozess benannten Person sowie die von ihr durchzuführenden operativen Prozesse und die für ihre Überwachung zuständigen Personen zu definieren.

bb) Risikoanalyse

Das Präventionsmodell sollte auf der Grundlage des Risikoprofils der juristischen Person entwickelt werden, indem die inhärenten Risiken und die Restrisiken je nach Größe, Art, Merkmalen und Komplexität ihrer Tätigkeiten ermittelt und bewertet werden. Inhärente Risiken sind solche, die im Rahmen der Tätigkeit üblicherweise auftauchen und daher in angemessener Weise verhindert werden können. Restrisiken sind hingegen solche, die trotz der Präventionsmechanismen bestehen bleiben und gegen die in jedem Fall Maßnahmen zur Bewältigung ihrer Auswirkungen ergriffen werden müssen. Aus der Bewertung dieser Risiken ergibt sich das Risikoprofil, das es ermöglicht, den Grad der Anfälligkeit der juristischen Person für die Begehung von Straftaten als Folge der Ausübung ihrer Tätigkeit zu ermitteln.

Für die Erstellung des Risikoprofils sollen gem. Art. 13 LRPJ-Verordnung die folgenden Schritte vorgenommen werden: 1. Identifizierung aller Prozesse, die zum Geschäftsfeld der juristischen Person gehören; 2. Bestimmung des Ziels des Prozesses; 3. Ermittlung der Ursachen von Risiken auf Grundlage der konkreten Umstände der juristischen Person; 4. Klare und präzise Identifizierung und Definition der Risiken, die dem zu bewertenden Prozess inhärent sind und verbleiben, wobei jedes der Elemente, aus denen es sich zusammensetzt, sowie die Form oder die Art und Weise, in der sie eintreten könnten, definiert werden und 5. Bestimmung der Folgen, die durch die Verwirklichung eines Risikos entstehen oder entstehen könnten. Unabhängig von der verwendeten Methode sollte das Risikoprofil die Identifizierung und Bewertung der Risiken von Straftaten enthalten, für die die juristische Person verantwortlich sein könnte.

Die Risikoermittlung erfolgt unter Berücksichtigung der spezifischen Tätigkeiten der juristischen Person. Für diese Ermittlung können interne oder externe Informationsquellen genutzt werden (Art. 16 LRPJ-Verordnung). Nur wenn die besonderen Risiken der jeweiligen Tätigkeit ermittelt werden,

können geeignete Mechanismen zur Eindämmung von Straftaten festgelegt werden. Interne Umstände sind die Größe oder Struktur der Organisation, die Tätigkeiten, die Unternehmensziele und -strategien oder das Geschäftsmodell. Der externe Kontext bezieht sich z.B. auf soziale, kulturelle, politische, rechtliche oder ökologische Faktoren, das regulatorische Umfeld, den geografischen Standort, den Marktsektor oder die Interaktion mit Dritten wie Partnern, Lieferanten oder Amtsträgern (Art. 17 LRPJ-Verordnung).

Die Risikobewertung hat die Aufgabe, das Ausmaß der inhärenten Risiken in quantitativer und/oder qualitativer Hinsicht zu ermitteln (Art. 18 LRPJ-Verordnung). Auf diese Weise können die wichtigsten Risiken ermittelt und die für ihre Minderung verfügbaren Ressourcen nach Prioritäten zugeordnet werden. Gem. Art. 19 LRPJ-Verordnung gibt es im Wesentlichen zwei Faktoren für die Bestimmung des Ausmaßes der Risiken: die Wahrscheinlichkeit des Eintretens (Art. 20 LRPJ-Verordnung) und die Auswirkungen auf die juristische Person (Art. 21 LRPJ-Verordnung).

Die Ermittlung und Bewertung von Risiken muss kontinuierlich überprüft werden. Diese Überprüfung muss entweder nach Ablauf einer bestimmten Zeit erfolgen oder bei Eintritt neuer Situationen, wie dem Eintritt in neue Märkte, einer Verschmelzung oder einer Übernahme usw. In Bezug auf den letztgenannten Punkt heißt es in Art. 7 LRPJ-Verordnung, dass diese Überprüfung bei jeder strukturellen oder organisatorischen Veränderung oder bei jedem relevanten internen oder externen Umstand durchgeführt werden muss, damit die juristische Person die notwendigen Anpassungen am Präventionsmodell vornehmen kann.

cc) Die Formulierung einer Verhaltensrichtlinie

Art. 32 LRPJ-Verordnung besagt, dass die juristische Person eine ordnungsgemäß dokumentierte Verhaltensrichtlinie formulieren muss, welche die Begehung von Straftaten verbietet. In dieser Richtlinie muss ausdrücklich festgehalten werden, dass die Leitungsorgane, die Geschäftsführung, das obere und das mittlere Management die Verantwortung für die Umsetzung, Durchführung und Überwachung des Präventionsmodells übernehmen. Geschäftspartner und Stakeholder sollten über das Bekenntnis des Verbandes zu rechtstreuem Verhalten informiert und zur Einhaltung dieser Politik bewegt werden.

b) Die Mindestelemente des Präventionsmodells

aa) Die Ernennung eines Präventionsbeauftragten

Das oberste Leitungsorgan der juristischen Person oder derjenige, der an seine Stelle tritt, muss einen Präventionsbeauftragten ernennen, der gem. Art. 35 LRPJ-Verordnung für die Anwendung, Umsetzung, Einhaltung und kontinuierliche Verbesserung des Präventionsmodells verantwortlich ist. Bei Kleinst-, Klein- und mittleren Betrieben kann diese Position direkt vom Leitungsorgan übernommen werden. Grundvoraussetzungen für die Durchführung ihrer Arbeit sind Autonomie, funktionale Unabhängigkeit und ausreichende Befug-

nisse.¹⁸ Während die LRPJ ausdrücklich fordert, dass der Präventionsbeauftragte seine Funktion autonom ausüben muss, bezieht sich Art. 35.2 der LRPJ-Verordnung auf seine Unabhängigkeit und die ausreichenden Befugnisse. Autonomie bedeutet, dass der Präventionsbeauftragte nicht an Weisungen oder Aufträge der Leitungsorgane der juristischen Person gebunden ist. Die Unabhängigkeit findet ihren grundlegenden Ausdruck in der Zuweisung der für die Erfüllung seiner Funktion erforderlichen Mittel. Notwendige Befugnisse sind z.B. das Anfordern von Informationen, die Inspektion von Räumlichkeiten ohne vorherige Zustimmung und die Überprüfung der einschlägigen Unterlagen.

bb) Die Festlegung von Maßnahmen zur Abschwächung der ermittelten Risiken

Nach Art. 22 LRPJ-Verordnung sind Maßnahmen zur Minderung festgestellter Kriminalitätsrisiken ein wesentlicher Bestandteil des Präventionsmodells. Das Ziel besteht darin, das ermittelte inhärente Risiko angemessen zu verringern und im Hinblick auf Restrisiken Verfahren zur angemessenen Bewältigung der möglicherweise auftretenden schädlichen Auswirkungen festzulegen. Dementsprechend legt die LRPJ-Verordnung fest, dass die Präventions- oder Kontrollmaßnahmen verhältnismäßig, angemessen und geeignet sein müssen, um die Eintrittswahrscheinlichkeit oder die Folgen der priorisierten inhärenten Risiken und Restrisiken zu verringern.

Das LRPJ schreibt nicht vor, welche Maßnahmen die juristische Person ergreifen muss.¹⁹ Daher ist sie berechtigt, gemäß dem in Art. 31 LRPJ-Verordnung anerkannten Grundsatz der Selbstregulierung diejenigen Maßnahmen zu ergreifen, die sie aufgrund der Besonderheiten ihrer Organisation für angemessen hält. Es gibt jedoch einige Verweise auf konkrete Maßnahmen. In Art. 34 LRPJ-Verordnung heißt es beispielsweise, dass die juristische Person in besonders sensiblen Bereichen, die mit ihrer Tätigkeit oder ihrem Unternehmenszweck zusammenhängen, Maßnahmen zur Minderung des Risikos von Straftaten (z.B. Schmiergeldzahlungen, Geschenke, Sponsoring, Bewirtung, Reisen, Beiträge zu politischen Kampagnen und Interessenkonflikte) ergreifen muss. Nach Art. 23 und 24 LRPJ-Verordnung muss sie sowohl die Finanzströme und Buchhaltung als auch nicht-monetäre Vorgänge im Unternehmen kontrollieren. Nach Art. 25 LRPJ-Verordnung muss die juristische Person über ein Verfahren verfügen, das die Sorgfaltspflichten bei der Überwachung des operativen Geschäfts im Unternehmen (z.B. Projekte und Aktivitäten) und auch außerhalb des Unternehmens (z.B. Geschäftspartner und Personal) erfüllt, um die identifizierten Risiken zu minimieren.

Die erforderlichen Maßnahmen beschränken sich nicht auf Maßnahmen zur Verhinderung von Straftaten, sondern umfassen auch solche, die auf die Aufdeckung von begangenen Straftaten abzielen, um ihre Fortsetzung zu vermeiden. Nach Art. 38 Abs. 1 LRPJ-Verordnung muss die juristische Person „Verfahren einführen, die die unverzügliche und

¹⁸ *García-Cavero* (Fn. 7), S. 61 f.; *Caro/Reaño*, *Forseti Revista de Derecho* 11 (15/2022), 32.

¹⁹ Siehe *García-Cavero* (Fn. 7), S. 49.

rechtzeitige Unterbrechung oder Behebung von Unregelmäßigkeiten, Verstößen und/oder Schäden gewährleisten, die als Folge der Nichteinhaltung des Präventionsmodells entstanden sind“. Auffallend ist jedoch, dass nach dem LRPJ das Präventionsmodell über angemessene Überwachungs- und Kontrollmaßnahmen verfügen muss, die es der juristischen Person ermöglichen, Straftaten zu verhindern oder das Risiko ihrer Begehung erheblich zu verringern, um in den Genuss der Straffreiheit zu kommen. Daraus könnte der Schluss gezogen werden, dass die Eignung des Präventionsmodells zur Erlangung der Straffreiheit nur auf die Präventionsmaßnahmen beschränkt ist, obwohl die erforderlichen Maßnahmen sowohl solche zur Verhinderung der Straftat als auch solche zur Neutralisierung ihrer schädlichen Auswirkungen umfassen.

cc) Bekanntmachung und regelmäßige Schulung des Präventionsmodells

Ein weiteres Mindestelement des Präventionsmodells ist seine Verbreitung und regelmäßige Schulung auf allen Ebenen der juristischen Person. Gem. Art. 41.2 LRPJ-Verordnung müssen Verbreitungs- und Schulungsmaßnahmen mit den bestgeeigneten Mitteln und mindestens einmal jährlich durchgeführt werden, um die Ziele des Präventionsmodells an alle Mitarbeiter und Führungskräfte, unabhängig von ihrer Position oder Funktion, sowie gegebenenfalls an Geschäftspartner und interessierte Parteien zu vermitteln. Die LRPJ-Verordnung legt als notwendige Punkte für die Schulungen folgendes fest: a) die Verhaltensrichtlinie, die angewandten Verfahren, das Präventionsmodell und die Pflicht zum normgemäßen Verhalten; b) die Risiken einer Straftat und ihre Folgen für die juristische Person und die Arbeitnehmer; c) die konkreten Umstände, die das Risiko der Begehung einer Straftat im Rahmen der von dem Arbeitnehmer in der Organisation ausgeübten Funktionen und Tätigkeiten begünstigen; d) die Möglichkeiten, Risikosituationen zu erkennen und mit ihnen umzugehen; e) die Festlegung von Kommunikationskanälen und/oder Verfahren zur Meldung von Missständen; f) die Formen der Zusammenarbeit zur Risikoprävention und zur Verbesserung des Präventionsmodells; g) die rechtlichen Folgen der Nichteinhaltung des Präventionsmodells; und h) Informationen über verfügbare Schulungsressourcen.

dd) Einbindung des Präventionsmodells in die Geschäftsprozesse der juristischen Person

Die beschlossenen Maßnahmen zur Risikominderung müssen in die Tätigkeit der juristischen Person integriert werden (Art. 37 LRPJ-Verordnung). Unbeschadet weitergehender Verfahren, die von der juristischen Person in ihrer Selbstregulierung festgelegt werden können, soll die Integration des Modells erfolgen in: a) Beziehungen oder Verbindungen zu Geschäftspartnern und Stakeholdern; b) jeglicher Interaktion mit dem öffentlichen Sektor, auch wenn diese durch Dritte vermittelt werden, wie z.B. die Zahlung von Steuern, die Einholung von Genehmigungen, Lizenzen und Bescheinigungen auf nationaler und internationaler Ebene; c) der Verwendung finanzieller Mittel wie z.B. für Geschenke, Bewirtung, Reisen, Unterhaltung, politische Beiträge, Sponsoring

und d) Verschmelzungen, Übernahmen und Umstrukturierungen von juristischen Personen.

ee) Maßnahmen zur Dokumentation

Nach Art. 4.5 LRPJ-Verordnung muss die juristische Person alle Elemente dokumentieren und nachweisen, die das ordnungsgemäße Funktionieren des Präventionsmodells belegen. Genauer gesagt normiert Art. 8 LRPJ-Verordnung, dass die Dokumentation die Maßnahmen zur Identifizierung, Bewertung und Abschwächung krimineller Risiken, deren Häufigkeit, Quellen, Datenerfassung, Verfahren, beteiligte Personen oder Stellen, Informationsflüsse und zugehörige Berichte umfassen sollte. Die gesammelten Informationen können als Teil des Präventionsmodells oder als Teil eines anderen Systems, das die juristische Person zuvor eingeführt hat, getrennt aufbewahrt werden. Dies kann durch die Verwendung von – mit Zeitstempel versehenen – Dokumenten oder anderen physischen oder elektronischen Mitteln geschehen, die die Eindeutigkeit des Inhalts garantieren und den Zeitpunkt ihrer Erstellung oder Ausstellung ermöglichen.

ff) Aufzeichnung der Tätigkeiten und Durchführung interner Kontrollen

Die Aufzeichnung der Maßnahmen ist in Art. 36.1 LRPJ-Verordnung vorgesehen, nach dem ein System der Buchführung und Finanzkontrolle vorgeschrieben ist, das die Aufzeichnung aller Maßnahmen der juristischen Person gewährleistet, einschließlich der ordnungsgemäßen Führung der Bücher und Konten. Keine Transaktion, kein Vorgang oder Geschäft darf in dieser Aufzeichnung fehlen. Zur Überprüfung der ordnungsgemäßen Umsetzung sieht Art. 36.2 LRPJ-Verordnung außerdem die Durchführung interner Kontrollen vor. Dafür ist das Leitungs- oder Verwaltungsorgan der juristischen Person verantwortlich, wobei die Überwachung durch den Präventionsbeauftragten und die Bewertung durch einen internen oder externen Prüfer erfolgt.

gg) Die Einrichtung einer Hinweisgeber-Meldestelle

Die Nichteinhaltung des Präventionsmodells muss aufgedeckt werden, um Gegenmaßnahmen ergreifen zu können. Zu diesem Zweck müssen die Aufsichtsorgane in der Lage sein, diesbezügliche Informationen von denjenigen zu erhalten, die über sie verfügen. Deshalb schreibt Art. 17 LRPJ die Einführung von Whistleblowing-Verfahren vor, durch die Arbeitnehmer oder mit der juristischen Person verbundene Personen jeden Verdacht des Versuchs oder der Ausführung einer Straftat sowie jede andere Handlung melden, welche die Nichteinhaltung oder Schwäche des Präventionsmodells indiziert (Art. 39.1 LRPJ-Verordnung). Gem. Art. 40 der LRPJ-Verordnung muss dieses Verfahren mindestens Folgendes umfassen: a) eine beispielhafte Beschreibung der strafbaren Handlungen, die gemeldet werden können; b) die Benennung des Präventionsbeauftragten und seine Kontaktinformationen; c) den Schutz des Hinweisgebers durch die Organisation; d) die verfügbaren Meldewege; e) die Definition und Beschreibung der Mindestelemente, die ein Hinweisgeber enthalten muss, um als solcher betrachtet zu werden; f) die Defi-

nition und Beschreibung des Mechanismus für die Entgegennahme von Meldungen; und g) die Definition und Beschreibung des Untersuchungsverfahrens und der Präsentation der Ergebnisse.

hh) Die Festlegung von Disziplinarmaßnahmen und/oder Sanktionen für diejenigen, die sich nicht an das Präventionsmodell halten

Für den Fall der Nichteinhaltung des Präventionsmodells schreibt Art. 38 Abs. 2 der LRPJ-Verordnung vor, dass die juristische Person Sanktionen für diejenigen vorsehen muss, die nach der internen Untersuchung als Verantwortliche gelten. Obwohl nicht angegeben wird, wie diese Untersuchung ablaufen soll, heißt es in den vom SMV herausgegebenen „Leitlinien für die Umsetzung und Anwendung des Präventionsmodells“, dass das Untersuchungsverfahren festgelegt werden muss, wobei die Unparteilichkeit und Unabhängigkeit der mit der Durchführung der Untersuchung beauftragten Person und die Achtung der Grundrechte der Untersuchten zu gewährleisten sind. Die Sanktionen für die im Rahmen der internen Untersuchung ermittelten Verantwortlichen dürfen nicht im Einzelfall frei gewählt werden, sondern müssen im Voraus als Reaktion auf die Nichteinhaltung des Präventionsmodells eindeutig festgelegt worden sein. Deckt die interne Untersuchung die Begehung einer Straftat auf, kann dies nach Art. 38 Abs. 3 LRPJ-Verordnung den zuständigen Behörden gemeldet werden. Dabei liegt es in der Verantwortung des Präventionsbeauftragten, diese Meldung zu machen und zu überwachen.

ii) Bewertung, kontinuierliche Überwachung und kontinuierliche Verbesserung des Präventionsmodells

Das Funktionieren des Präventionsmodells muss von dem Leitungs- oder Verwaltungsorgan der juristischen Person überwacht, bewertet und kontinuierlich verbessert werden. Um den Evaluierungsprozess des Präventionsmodells durchführen zu können, muss die juristische Person über Feedback-Mechanismen und andere gleichermaßen geeignete interne Prozesse verfügen. Die Evaluierung muss in regelmäßigen Abständen (gem. Art. 42.2. LRPJ-Verordnung mindestens einmal jährlich) oder bei besonderen Vorkommnissen, die mögliche Mängel des Modells aufzeigen, durchgeführt werden.²⁰ Der Bewertungsprozess muss mindestens folgende Aspekte abdecken: a) das Funktionieren des Präventionsmodells; b) die festgestellten Mängel und/oder Schwachstellen; c) die Einzelheiten der ergriffenen Korrekturmaßnahmen; d) die Wirksamkeit der Maßnahmen, die zur Behebung der festgestellten Risiken ergriffen wurden; und e) die Möglichkeiten zur Verbesserung des Präventionsmodells (Art. 42.2. LRPJ-Verordnung). Es wird empfohlen, dass die Bewertung von einem unabhängigen externen Bewerter mit Fachkenntnissen in diesem Bereich durchgeführt wird. Auf der Grundlage der Bewertung sollen Empfehlungen für die Verbesserung des Präventionsmodells formuliert werden.

²⁰ *Reaño Peschiera*, La Ley compliance penal 4/2021, 14.

4. Minderung der Verantwortlichkeit

Art. 12 LRPJ sieht eine Strafmilderung für die juristische Person vor, wenn sie vor der Straftat über ein geeignetes Präventionsmodell verfügte oder wenn sie nach der Begehung der Straftat ein Präventionsmodell einführt. In der jüngsten Änderung des LRPJ wird die juristische Person nicht mehr von der Verantwortlichkeit befreit, wenn die Straftat von einer Führungskraft begangen wird. Dies gilt unabhängig davon, ob die juristische Person über ein geeignetes Präventionsmodell verfügte. In diesem Fall kommt aber eine Milderung der Sanktion in Betracht.

III. Verfahrensrechtliche Aspekte

1. Bericht des SMV als Voraussetzung für das Verfahren

Nach dem ursprünglichen Wortlaut von Art. 18 LRPJ konnte die Staatsanwaltschaft nur dann ein Strafverfahren gegen eine juristische Person einleiten, wenn die SMV zuvor einen Bericht erstellte, in dem festgestellt wurde, dass die Umsetzung und das Funktionieren des Präventionsmodells nicht angemessen waren. Kommt sie hingegen zu dem Schluss, dass es angemessen war, musste die Staatsanwaltschaft die Ermittlungen einstellen. Die jüngste Änderung des LRPJ ändert das Szenario grundlegend, da der SMV-Bericht die Entscheidung der Staatsanwaltschaft über die formale Aufnahme oder Einstellung der Ermittlungen nicht mehr bindet. Der Bericht muss im Übrigen nur erstellt werden, wenn eine juristische Person behauptet, über ein Präventionsmodell zu verfügen.

Art. 47 LRPJ-Verordnung verpflichtet die juristische Person a) alle angeforderten Informationen und Unterlagen zur Verfügung zu stellen, um die angemessene Umsetzung und Anwendung ihres Präventionsmodells nachzuweisen, b) zur Gestattung von Inspektionsbesuchen, c) zur Gestattung der Befragung oder Aufnahme von Erklärungen des Personals der Organisation und aller Personen, die direkt oder indirekt mit der angemessenen Umsetzung und Anwendung des Präventionsmodells zu tun haben, und d) der Zurverfügungstellung aller erforderlichen Einrichtungen an die SMV.

2. Die Verwendung von Informationen aus internen Untersuchungen in Strafverfahren

Es ist der juristischen Person gestattet, Informationen, die sie im Rahmen einer internen Untersuchung erlangt hat, in das Strafverfahren einzubringen, solange die Beweise durch verhältnismäßige Ermittlungshandlungen erlangt wurden und Grundrechte, wie das Kommunikationsgeheimnis und die Privatsphäre der von der Untersuchung Betroffenen nicht beeinträchtigt wurden. Dies hat der Oberste Gerichtshof für den Zugriff auf die in betrieblichen E-Mails eines Angestellten enthaltenen Informationen festgestellt und erklärt, dass es möglich ist, diese Informationen als Beweismittel in einem Strafverfahren vorzulegen, solange es sich um einen verhältnismäßigen Zugriff handelt und der Angestellte keinen Anspruch auf Privatsphäre hat (R.N. N° 817-2016 Lima). Diskutiert wird in der peruanischen Literatur darüber hinaus, ob die Staatsanwaltschaft die Betriebsstätten durchsuchen und die Ergebnisse der internen Ermittlungen beschlagnahmen darf. Das LRPJ äußert sich zu diesem Thema nicht. Nach zutref-

fender Auffassung ist ein solcher Zugang zu internen Ermittlungsinformationen ohne die Genehmigung der juristischen Person nicht zuzulassen, da dies von der Einführung effizienter Aufdeckungsmaßnahmen abhalten würde. Folgerichtig wurde ein sog. Compliance-Privileg vorgeschlagen, nach dem eine Verwertung der Untersuchungsergebnisse untersagt ist, wenn sie nicht freiwillig von der juristischen Person zur Verfügung gestellt wurden.²¹

3. Erprobung des Präventionsmodells

In Art. 18 des LRPJ wird dem Bericht der SMV der Status eines institutionellen Gutachtens zuerkannt, was zu der Annahme verleiten könnte, dass es sich um eine Art Vollbeweis für die Eignung des Präventionsmodells handeln würde.²² Eine solche Auslegung würde jedoch nicht nur den Grundsätzen der freien Beweiswürdigung im Strafverfahren zuwiderlaufen, sondern ist auch nach der jüngsten Änderung des LRPJ ausgeschlossen. Nach Art. 19 des LRPJ ist der Bericht der SMV zusammen mit den anderen in die Untersuchung oder das Verfahren einbezogenen Beweiselementen zu bewerten.

Obwohl der Bericht der SMV die Feststellung der Geeignetheit des Präventionsmodells zum Ziel hat, sind gegebenenfalls auch andere Aspekte zu prüfen, die für die strafrechtliche Verantwortlichkeit der juristischen Person gleichermaßen relevant sind. So kann sie feststellen, ob vor der Begehung der Straftat ein Präventionsmodell vorhanden war, das einige der Mindestelemente erfüllte. Ebenso könnte angegeben werden, ob nach der Begehung der Straftat ein geeignetes Präventionsmodell umgesetzt wurde, sodass eine Entscheidung über die Anwendbarkeit des mildernden Umstands für die spätere Implementierung eines geeigneten Präventionsmodells getroffen werden kann.²³ Die juristische Person wird nicht sanktioniert, wenn das einzelne Mitglied, das die Straftat begangen hat, die durch das Präventionsmodell eingerichteten Kontrollen zielgerichtet umgangen hat.²⁴ Auch zu diesem Umstand kann der Bericht Aussagen enthalten.

Ursprünglich sah der Entwurf des LRPJ die Möglichkeit einer Zertifizierung des Präventionsmodells vor, wie es beispielsweise in der chilenischen Regulierung der Fall ist.²⁵ In der endgültigen Fassung wurde dies gestrichen. Daraus kann aber nicht gefolgert werden, dass Zertifizierungen für die Anerkennung der Eignung des Präventionsmodells irrelevant seien. Die LRPJ-Verordnung sieht vor, dass das SMV bei der Erstellung seines Berichts das Vorhandensein von Zertifizierungen in Bezug auf das Risikomanagement, das Compli-

ance-Management oder das Anti-Korruptions-Management-System der juristischen Person berücksichtigen kann, sofern diese von spezialisierten Stellen in Peru oder im Ausland ausgestellt wurden. In gleicher Weise besagen die von der SMV herausgegebenen „Leitlinien für die Umsetzung und Anwendung des Präventionsmodells“, dass Zertifizierungen berücksichtigt werden können. Diese dienen jedoch nur als Referenz und sind für die Bewertung der SMV nicht bindend. Sie sind folglich zusammen mit den anderen Beweisen zu bewerten und zu beurteilen.

4. Juristische Personen als Kronzeugen

Art. 472 der peruanischen Strafprozessordnung ermächtigt die Staatsanwaltschaft, mit juristischen Personen als Kronzeugen wirksame Vereinbarungen zu treffen, die ihnen bestimmte Strafvergünstigungen gewähren. Bei diesen Vorteilen kann es sich um Strafbefreiung, Strafminderung unter das gesetzliche Mindestmaß oder Erlass der zu verbüßenden Strafe handeln.²⁶ Zu diesen Vorteilen kann auch die Umwandlung der verhängten Sanktion in eine Geldstrafe hinzukommen. Besonders auffällig ist, dass die Möglichkeit, die entsprechende Sanktion durch die Verpflichtung zur Durchführung eines geeigneten Präventionsmodells zu ersetzen, nicht als Vorteil in Betracht gezogen wurde.

Um in den Genuss der vorgesehenen Vergünstigungen zu kommen, muss die juristische Person zunächst über einen Bevollmächtigten die Verantwortung für die Straftat gestehen²⁷ und dann der Staatsanwaltschaft relevante Informationen zur Verfügung stellen. Die Zusammenarbeit soll dazu dienen, die Fortsetzung der Straftat zu verhindern oder das Ausmaß der Schäden der Straftat erheblich zu verringern, die Umstände zu erfahren, unter denen die Straftat begangen wurde, die an der Straftat beteiligten Personen zu identifizieren oder Vermögensgegenstände, die mit der Straftat in Zusammenhang stehen, zu übergeben oder Informationen über deren Verbleib zu liefern. Die Art der gewährten Vergünstigung hängt vom Grad der Zusammenarbeit in Abhängigkeit von der Schwere der Straftat und der Verantwortung für die Tat ab. Die juristische Person kann als Kronzeuge für jede Straftat auftreten, für die sie verantwortlich sein kann.²⁸

²¹ Vgl. hierzu *Goena Vives*, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 23/2021, 16 ff.

²² Gemäß der Entscheidung Nr. 2-2007 des Großen Senats für Strafsachen handelt es sich bei institutionellem Gutachten um ein Fachwissen, das von öffentlichen Einrichtungen als Folge ihres eigenen institutionellen Auftrags entwickelt wird.

²³ *García-Cavero*, *La Ley compliance penal* 3/2020, 8.

²⁴ *García-Cavero*, *La Ley compliance penal* 3/2020, 8.

²⁵ *Matus Acuña*, in: *Arroyo/Nieto* (Hrsg.), *El Derecho penal económico en la era del Compliance*, 2013, S. 145 ff., mit kritischen Anmerkungen.

²⁶ *San Martín Castro*, *Derecho Procesal Penal*, Lecciones, 2. Aufl. 2020, S. 1210.

²⁷ Siehe *Ricaldi Echevarría*, in: *Código Procesal Penal Comentado*, Bd. 4, 2020, S. 169, wo es heißt, dass es sich um einen Bevollmächtigten mit besonderen Befugnissen handeln muss.

²⁸ *San Martín Castro* (Fn. 26), S. 1209; *Ricaldi Echevarría* (Fn. 27), S. 184 f.

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 Gesetzentwurf 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 *Lascaraín 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 Akzessorität, *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 aufzuerlegen.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 aufgelöst 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 milderer Strafe bzw. einer milderer 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.

In diesem Beitrag wird die strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen nach panamaischem Recht erläutert. Nach einer kurzen Einführung in den wirtschaftlichen Kontext Panamas werden die gesetzlichen Vorschriften der Verantwortlichkeit juristischer Personen nachgezeichnet, die geltenden strafrechtlichen Sanktionen und die dazugehörige dogmatische Diskussion einer Analyse unterzogen. Es folgt eine Beschreibung und Auslegung des von der panamaischen Generalstaatsanwaltschaft herausgegebenen Leitfadens zur strafrechtlichen Verantwortung juristischer Personen.

Die Untersuchung kommt zu der Schlussfolgerung, dass eine juristische Person nur dann strafrechtlich verantwortlich gemacht werden kann, wenn nachgewiesen ist, dass sie zur Begehung einer Straftat gegründet oder benutzt wurde und diese Straftat auf einen Fehler in der Organisation zurückzuführen ist.

I. Einführung

Im Gegensatz zum amerikanischen Common Law, das strafrechtliche Sanktionen gegen Unternehmen für die ihnen zur Last gelegten Straftaten problemlos akzeptiert, war und ist die strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen im kontinentalen Recht, dem auch Panama folgt, Gegenstand intensiver Diskussionen. Mit der Schaffung eines neuen Strafgesetzbuches im Jahr 2007 hat Panama jedoch die strafrechtliche Sanktionierung von juristischen Personen letztlich zugelassen.

Für einige Autoren ist die Verantwortlichkeit juristischer Personen, wie das Strafgesetzbuch sie nunmehr vorsieht, ausgeschlossen und sogar verfassungswidrig.¹ Die Verfassung Panamas setzt für die Strafverfolgung eine menschliche Handlung voraus. Nach zutreffender Auffassung ist es jedoch möglich, auch einer juristischen Person den Status eines Bürgers im strafrechtlichen Sinne zuzuerkennen, was bedeutet, dass auch sie in der Lage ist, Straftaten schuldhaft zu begehen.² Danach haben jene Rechtssubjekte ihr eigenes Konzept der Schuldfähigkeit.

Die Art der Sanktionen gegen juristische Personen unterscheidet sich aber von derjenigen gegen natürliche Personen, da die strafrechtliche Rechtsfolge im Allgemeinen finanzieller Natur ist.³ Sie kann jedoch auch in einer Auflösung des Unternehmens bestehen, was über rein monetäre Aspekte hinausgeht. Die möglichen Sanktionen reichen von Geldsanktionen (Geldstrafe, Verlust von Steuervorteilen, Verbot von Verträgen mit dem Staat) bis hin zu Ordnungsmaßnahmen (Aussetzung der Zulassung und Auflösung). Im Gegensatz zu

den finanziellen Sanktionen zielen die anderen Sanktionen unmittelbar darauf ab, die juristische Person daran zu hindern, erneut eine Straftat zu begehen, indem ihr entweder die Befugnisse zur Eingehung von Verträgen entzogen werden oder indem sie aufgelöst wird.

Die vorliegende Untersuchung widmet sich der Regelung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit juristischer Personen in Panama. Hierfür wird nicht nur die gesetzliche Regelung, sondern auch die einschlägige nationale und internationale Literatur ausgewertet. Schließlich wird der Beschluss Nr. 26 von 2019 der Generalstaatsanwaltschaft erläutert, der den „Leitfaden für die Zurechnung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit juristischer Personen in der Republik Panama“ enthält.

II. Panamas wirtschaftlicher Kontext

Panama gilt als ein Land mit hohem Einkommen,⁴ obwohl die Covid-19-Pandemie das Bruttoinlandsprodukt Panamas im Jahr 2020 um 17,9 % schrumpfen ließ.⁵ Die wirtschaftliche Erholung im Jahr 2021 führte jedoch zu einem Anstieg des BIP um 15,3 % gegenüber dem Vorjahr.⁶ Und für das Jahr 2022 wird ein Wachstum von 6,2 % erwartet.⁷

Der Rat der Europäischen Union veröffentlichte am 5. Dezember 2017 die „EU-Liste der nicht kooperativen Länder und Gebiete für Steuerzwecke“.⁸ Darin wurde Panama als nicht-kooperatives Land aufgeführt, da es „ein schädliches präferenzielles Steuersystem“ hat.⁹ Weniger als einen Monat später, d.h. am 12. Januar 2018, wurde Panama von dieser Liste gestrichen und in eine andere Kategorie mit der Bezeichnung „Länder und Gebiete, die einer genauen Überwachung unterliegen“ aufgenommen.¹⁰

In der Folge wurde Panama am 18. Februar 2020 wieder auf die „EU-Liste der steuerlich nicht kooperativen Länder

⁴ Weltbank, Panama: Überblick, 2022, abrufbar unter <https://www.bancomundial.org/es/country/panama/overview#1> (11.7.2023).

⁵ Büro des Obersten Rechnungsprüfers von Panama, Bericht des Comptroller General der Republik, 2020, S. 24, abrufbar unter

<https://www.contraloria.gob.pa/assets/informe-del-contralor-2020.pdf> (11.7.2023).

⁶ Büro des Obersten Rechnungsprüfers von Panama, Bericht des Comptroller General der Republik, 2021, S. 21, abrufbar unter

<https://www.contraloria.gob.pa/assets/informe-del-contralor-2021.pdf> (11.7.2023).

⁷ Weltbank, Panama: Überblick, 2022 (Fn. 4).

⁸ Rat der Europäischen Union, Die EU-Liste der nicht-kooperativen Länder für Steuerzwecke, 2017, S. 1, abrufbar unter

<https://www.consilium.europa.eu/media/31945/st15429en17.pdf> (11.7.2023).

⁹ Rat der Europäischen Union (Fn. 8), S. 11.

¹⁰ Rat der Europäischen Union (Fn. 8), S. 1.

* Der Verf. ist Dozent für Strafrecht an der Universität von Panama und Doktorand im Strafrecht an der Universität Bremen. Die Übersetzung aus dem Spanischen wurde besorgt von Katharina Beckemper.

¹ Calvo, Sapientia Magazine 6/2015, 34 (43).

² Garcia-Cavero, Derecho Penal Económico, Parte General, 4. Aufl. 2022, S. 208.

³ Sáenz, Derecho penal de Panamá, Parte General, 2021, S. 208.

und Gebiete“ gesetzt.¹¹ Dies fiel mit dem Ausbruch der Covid-19-Pandemie zusammen, da am 25. März 2020 eine allgemeine Quarantäne verhängt wurde,¹² sodass nicht genau gemessen werden kann, welche wirtschaftlichen Auswirkungen es hatte, dass der Rat der Europäischen Union Panama nochmals auf diese Liste gesetzt hat.

Die Financial Action Task Force (im Folgenden FATF) setzte Panama in einem Dokument vom 27. Juni 2014 auf eine Liste von „hochriskanten und nicht kooperativen Ländern“.¹³ Am 19. Februar 2016 wurde Panama dann aus der Liste der „Länder mit strategischen Mängeln“ gestrichen, weil es „den rechtlichen und regulatorischen Rahmen geschaffen hat, um seine Verpflichtungen aus seinem Aktionsplan bezüglich der strategischen Mängel zu erfüllen“.¹⁴ Daraufhin wurde Panama am 21. Juni 2019 erneut in die Liste der „Länder mit strategischen Mängeln“ aufgenommen.¹⁵ Aus den obigen Ausführungen geht hervor, dass die größte Auswirkung des Verbleibs Panamas auf solchen Listen im Jahr 2015 zu beobachten ist, doch gleichzeitig wuchs in diesem Jahr das Bruttoinlandsprodukt um 5,7 %¹⁶ und die ausländischen Direktinvestitionen betragen 5,1 Mrd. US-Dollar gegenüber 4,9 Mrd. US-Dollar im Jahr 2014¹⁷. Mit anderen Worten: Sowohl das Bruttoinlandsprodukt als auch die ausländischen Direktinvestitionen sind gestiegen, obwohl das Land auf die FATF-Liste gesetzt wurde.

Panamas Bruttoinlandsprodukt lag 2011 bei 34 Mrd. US-Dollar, während es 2021 63 Milliarden US-Dollar betrug.¹⁸ Trotz der Covid-19-Pandemie und der Erwähnung auf internationalen Listen risikobehafteter Länder hat Panama ein nachhaltiges Wirtschaftswachstum.

Die Aufnahme in diese Listen wirkt sich jedoch negativ auf das Image des Landes aus, was ‚Opportunitätskosten‘ mit sich bringt, wie z.B. Ineffizienz bei Bankkorrespondenzen und Verluste unter den Kapitalgebern, die beschließen, das Land zu meiden, um keinem Stigma ausgesetzt zu sein.¹⁹

III. Traditionelle Dogmatik in Panama

Die strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen ist seit Jahren Gegenstand dogmatischer Diskussionen. Bis 2007 gab es im panamaischen Strafrecht keine Vorschriften, die eine Verantwortlichkeit juristischer Personen für Straftaten vorsahen. Es galt der Grundsatz „societas delinquere non potest“. Allerdings hat in Bezug auf die strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen in den letzten Jahren ein bedeutender Wandel in Gesetzgebung und Rechtsprechung stattgefunden.²⁰ Die Vorstellung einer Bestrafung juristischer Personen gewann zunehmend an Unterstützung und die Diskussion erhielt hierdurch eine neue Dynamik.

Arango Durling fasst die dogmatische Entwicklung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit juristischer Personen wie folgt zusammen:

„Auf nationaler historischer Ebene befasste sich die Gesetzgebung vor dem Strafgesetzbuch von 2007 nicht mit der Regelung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit juristischer Personen, da der Grundsatz societas delinquere non potest beibehalten wurde, und die nationale Doktrin hat wiederholt die Unmöglichkeit der Handlung, Schuld und Bestrafung juristischer Personen festgestellt.“²¹

Die traditionelle opinio juris war folglich vor Inkrafttreten des Strafgesetzbuchs 2007 gegen die strafrechtliche Verfolgung juristischer Personen. Es verwundert deshalb nicht, dass die Einführung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit bei den wichtigsten Theoretikern des panamaischen Strafrechts auf Widerstand gestoßen ist. Für *Arango Durling* erkennt der Gesetzgeber die Handlungsfähigkeit und Schuldfähigkeit juristischer Personen noch nicht an.²² Es heißt, dass nur natürliche Personen zu bestrafen sind, nicht aber fiktive rechtliche Entitäten, weil deren Verantwortlichkeit nicht nach den hergebrachten strafrechtlichen Grundsätzen, die lediglich auf

¹¹ Rat der Europäischen Union (Fn. 8), S. 8.

¹² Ministerio de Salud (Gesundheitsministerium), Decreto Ejecutivo No. 490 de 17 marzo de 2020.

¹³ Financial Action Task Force (FATF), Hochriskante und nicht-kooperative Länder, 2014, S. 5, abrufbar unter

<https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/statements/Compliance-27-June-2014.pdf> (11.7.2023).

¹⁴ Financial Action Task Force (FATF), Improving Global AML/CFT Compliance: on-going process v. 19.2.2016, abrufbar unter

<https://www.fatf-gafi.org/publications/high-risk-and-other-monitored-jurisdictions/documents/fatf-compliance-february-2016.html> (11.7.2023).

¹⁵ Financial Action Task Force (FATF), Improving Global AML/CFT Compliance: on-going process v. 21.6.2019, abrufbar unter

<https://www.fatf-gafi.org/publications/high-risk-and-other-monitored-jurisdictions/documents/fatf-compliance-june-2019.html> (11.7.2023).

¹⁶ Weltbank, BIP-Wachstum (jährlich %), Panama, 2022, abrufbar unter

<https://de.statista.com/statistik/daten/studie/370273/umfrage/bruttoinlandsprodukt-bip-von-panama/>.

¹⁷ Weltbank, Ausländische Direktinvestitionen, Nettokapitalzuflüsse (Zahlungsbilanz, US \$ zu laufenden Preisen), Panama, 2022, abrufbar unter

<https://datos.bancomundial.org/indicador/BX.KLT.DINV.CD.WD?locations=PA> (11.7.2023).

¹⁸ Weltbank, BIP (aktueller US \$), Panama, 2022, abrufbar unter

https://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.MKTP.CD?locations=PA&most_recent_value_desc=true (11.7.2023).

¹⁹ Bracho, Persönliche Mitteilung v. 30.11.2022.

²⁰ Gill, Derecho penal de Panamá, Parte General, 2. Aufl. 2014, S. 78.

²¹ *Arango Durling*, Derecho Penal Parte General, Introducción y teoría del delito, 2. Aufl. 2017, S. 210 (Übersetzung des Verf.).

²² *Arango Durling* (Fn. 21), S. 210.

natürliche (handelnde und schuldfähige) Personen zugechnitten sind, beurteilt werden könnten. Tatsächlich handele ja immer nur eine natürliche Person. Daran ändere sich auch dann nichts, wenn ein Verband die Vorteile der Tat erzielt oder erzielen soll. Es seien nur natürliche Personen, die das Risiko für die Gesellschaft setzen.²³

Die Kriminalisierung juristischer Personen in Panama wird allerdings auch gesehen als

„eine neutrale Lösung, da die Komplexität der Industrie, die Umweltverschmutzung sowie die organisierte Kriminalität die Grundlagen der Rechtssicherheit untergraben und wir uns daher für den Schutz der Gesellschaft einsetzen, wenn wir die Strafbarkeit juristischer Personen konzipieren“.²⁴

Für den Autor adressiert die Entwicklung einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit juristischer Personen spezifische Probleme wie Umweltstraftaten und organisierte Kriminalität. Letztere wurde durch das Gesetz Nr. 121 von 2013 als Tatbestand in das panamaische Strafgesetzbuch aufgenommen. Die Umwelt wird durch Titel XIII über Straftaten gegen die Umwelt und die Landnutzung geschützt. Art. 51 Código Penal (CP), nach dem eine juristische Person für begangene Straftaten verfolgt werden kann, macht jedoch keine solche Unterscheidung, sondern erlaubt die strafrechtliche Verfolgung juristischer Personen wegen Begehung jeder Straftat. Es wird kritisiert, dass kein *numerus clausus* von Straftaten festgelegt wurde, für die diese Sanktionen verhängt werden dürfen. Zudem wird moniert, dass keine Strafzumessungsregeln existieren, keine zivilrechtliche Haftung besteht und nicht zwischen juristischen Personen des öffentlichen und privaten Rechts differenziert wird.²⁵

Dieses Rechtsvakuum wollte die Generalstaatsanwaltschaft durch die Verabschiedung des Beschlusses Nr. 26 aus dem Jahr 2019 füllen. Dieser enthält einen „Leitfaden für die Zurechnung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit juristischer Personen in der Republik Panama“ (im Folgenden: „Leitfaden“).

Das System der Zurechnung gilt wohlgerneht als geklärt. In Panama kommt die Theorie der *vicarious liability* zur Anwendung.²⁶ Hiernach wird die strafrechtliche Verantwortlichkeit der juristischen Person ohne Weiteres aus den Handlungen einer natürlichen Person abgeleitet, die im Rahmen ihrer Funktionen innerhalb des Unternehmens handelt.²⁷

Daraus folgt, dass die Handlungen eines jeden Mitglieds der juristischen Person – von der obersten über die mittlere Führungsebene bis hin zu den einfachen Arbeitnehmern – zu einer Verantwortlichkeit des Verbandes führen können. Vo-

raussetzung ist dabei nur, dass die „Befehlskette“ bezüglich der Straftat vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt hat.

IV. Strafrechtliche Analyse

1. Strafgesetzbuch

Art. 51 CP regelt die Verantwortlichkeit juristischer Personen. Der 2007 eingeführte Artikel wurde bereits zwei Mal geändert. Er enthält keine abschließende Liste von Straftaten, derentwegen juristische Personen strafrechtlich verfolgt werden können. Es handelt sich also um einen *numerus apertus*, was bedeutet, dass rechtlich gesehen jede von einer juristischen Person begangene Straftat von der panamaischen Staatsanwaltschaft verfolgt werden muss. Das reicht von Umweltstraftaten bis hin zur Geldwäsche. Die Staatsanwaltschaft Panamas ist aber auch dazu befugt, eine von einer juristischen Person begangene Verleumdung oder Körperverletzung zu verfolgen.

a) Zurechnungskriterien

Art. 51 CP zwei Zurechnungskriterien, nämlich die Anknüpfungstat und die Irrelevanz des Vorteils, den die juristische Person aus der Begehung der Straftat zieht.²⁸ Eine juristische Person kann also selbst dann strafrechtlich verfolgt werden, wenn sie keinen finanziellen oder sonstigen Vorteil erlangt hat.

Nach der ursprünglichen Fassung der Vorschrift musste die juristische Person noch etwas aus der Tat erlangt haben. Seit der Änderung von 2015 ist dies jedoch keine Strafbarkeitsvoraussetzung mehr. Hat die juristische Person gleichwohl einen Vorteil erlangt, kann dies für die Zumessung der Strafe durchaus von Bedeutung sein.²⁹

Abgesehen von diesen beiden in Art. 51 CP festgelegten Kriterien gibt es weder im materiellen noch im Verfahrensrecht weitere Voraussetzungen für die strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen.

b) Sanktionen gegen juristische Personen

Die in Panama vorgesehenen Sanktionen reichen von finanziellen Sanktionen bis hin zum „juristischen Tod“ des Unternehmens. Die von Nr. 1 bis 5 vorgesehenen Sanktionen wurden 2007 zusammen mit dem Strafgesetzbuch selbst eingeführt. Nr. 6 wurde jedoch erst mit Art. 1 des Gesetzes 40 von 2012 in den Katalog aufgenommen.

aa) Vorübergehende Aussetzung der Registrierung oder Lizenz

Die in Nr. 1 vorgesehene Sanktion ist die Aufhebung oder Aussetzung der Betriebsgenehmigung für einen Zeitraum von

²³ Arango Durling (Fn. 21), S. 211.

²⁴ Acevedo, *Sujetos de derecho con personalidad y sin personalidad jurídica*, 2008, S. 105 (Übersetzung des Verf.).

²⁵ Arango Durling (Fn. 21), S. 213.

²⁶ Arango Durling (Fn. 21), S. 211.

²⁷ Arango Durling (Fn. 21), S. 211; Nieto Martín/García Moreno, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho comparado*, 2019, S. 10.

²⁸ Siehe dazu auch den Leitfaden der Panamaischen Generalstaatsanwaltschaft, Circular Nr. 26/2019, Leitfaden für die Zurechnung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit juristischer Personen in der Republik Panama, S. 7, abrufbar unter <https://ministeriopublico.gob.pa/wp-content/uploads/2019/12/Guia-para-la-atribucion-de-Responsabilidad-de-Personas-Juridicas.pdf> (1.8.2023).

²⁹ Leitfaden (Fn. 28), S. 22.

höchstens fünf Jahren, was das Unternehmen zwar daran hindert, während dieser Zeit weiter tätig zu sein, nicht aber dessen Existenz berührt.³⁰ Es wird nur die Eintragung oder die Lizenz zur Ausübung einer bestimmten Tätigkeit vorübergehend ausgesetzt. Die juristische Person ist damit nur nicht mehr in der Lage, die Dienstleistungen anzubieten, die sie zuvor aufgrund der betroffenen Betriebsgenehmigung anbieten konnte. Wenn es sich beispielsweise um ein Seeverkehrsunternehmen handelt, kann es seine Dienstleistungen in den Häfen oder Zuständigkeitsbereichen der panamaischen Seeverkehrsbehörde nicht mehr offerieren, da die panamaischen Vorschriften hierfür eine Betriebsgenehmigung vorschreiben.

Die Lizenz wird dem Unternehmen innerhalb eines vom Strafgericht festzulegenden Zeitraums wieder erteilt. Im Falle eines Widerrufs muss die juristische Person einen neuen Antrag stellen und alle Anforderungen erfüllen. Eine solche Aussetzung darf nicht länger als fünf Jahre dauern und es obliegt dem Gericht, die Dauer der Aussetzung (oder Aufhebung) festzusetzen. Dabei kommt es nicht auf den Grad der Schuld an, da dieses Kriterium nur für natürliche Personen gelten kann. Das Ausmaß der Sanktion wird vielmehr auf der Grundlage der objektiven Gefährlichkeit der juristischen Person bestimmt.

bb) Geldstrafe

Art. 51 Abs. 2 und 6 CP sieht eine Geldstrafe gegen die juristische Person vor, wenn diese für eine Straftat strafrechtlich verantwortlich gemacht wird. Absatz 5 sieht eine Mindeststrafe von 5.000 Dollar und höchstens das Doppelte des verursachten Schadens oder des erhaltenen Vorteils vor. Diese Vorschrift stammt aus dem Jahr 2007, während im Jahr 2012 Abs. 6 hinzugefügt wurde, der die Strafe für die Einfuhr von Drogen in das panamaische Hoheitsgebiet durch eine juristische Person regelt, deren Geschäftszweck das Transportwesen ist. Im Wesentlichen handelt es sich um die Straftaten, die durch das Gesetz 40 von 2012 in das Strafgesetzbuch aufgenommen wurden.

cc) Verlust von Steuervorteilen

Abs. 3 enthält die Sanktion des Verlusts von Steuervorteilen. Steuervergünstigungen sind eine Ermäßigung oder Befreiung von der Steuerlast, die in diesem Fall von einer juristischen Person zu tragen ist. Die Vergünstigungen zielen darauf ab, bestimmte Wirtschaftszweige für die beteiligten (natürlichen oder juristischen) Personen zu fördern. Die Sanktion besteht darin, dass die juristische Person dazu verpflichtet wird, den vollen Steuerbetrag zu zahlen, was sie gegenüber anderen Unternehmen desselben Sektors benachteiligen würde.

dd) Ausschluss von der Auftragsvergabe durch den Staat

Nummer 4 sieht eine weitere Sanktion vor (mit Ausnahme der Geldstrafe im Zusammenhang mit dem Drogentransport), nämlich den Ausschluss von der Teilnahme an Auswahlverfahren für Auftragnehmer oder vom Abschluss von Verträgen

mit dem Staat. In Art. 144 Texto Único von 2020 ist normiert, dass der Ausschluss für Handlungen und Verträge gilt, die noch nicht vollzogen wurden. Daher sollte sich ein solches Verbot nicht auf Verträge auswirken, die zuvor mit dem Staat abgeschlossen wurden, d.h. die rechtmäßig zustande gekommen sind.

Dieser Absatz sollte de lege ferenda dahingehend reformiert werden, dass auch die in Abs. 6 genannten Sanktionen gleichzeitig mit den in Abs. 4 genannten Sanktionen zur Anwendung kommen. Die fehlende Erwähnung könnte ein falsches Zeichen im Kampf gegen den Drogenhandel setzen. Es wird daher empfohlen, den Wortlaut „mit einer der oben genannten Sanktionen“ durch „mit einer der Nummern dieses Artikels“ zu ersetzen. Freilich können diese juristischen Personen gar nicht mit dem Staat kontrahieren, nachdem sie gem. Art. 24 Nr. 8 Texto Único von 2020 strafrechtlich sanktioniert wurden, da es sich um ein Verbrechen gegen die kollektive Sicherheit (Drogenkriminalität) handelt. Das ist ein Grund für die Unfähigkeit, mit dem Staat einen Vertrag abzuschließen. Dies dürfte auch der Grund für die Einschränkung durch den Gesetzgeber sein. Wird die Sanktion hingegen nach einer Verständigung verhängt, so darf der Ausschluss gem. Art. 24 Nr. 9 Texto Único von 2020 drei Jahre nicht überschreiten. Die Vorschrift besagt eindeutig, dass in jedem Fall bei Delikten gegen die öffentliche Verwaltung, die Wirtschaftsordnung, die kollektive Sicherheit, das Vermögen und gegen das öffentliche Vertrauen die Dauer der Unfähigkeit, mit dem Staat Verträge abzuschließen, drei Jahre nicht überschreiten darf. Der Wille des Gesetzgebers ist hier eindeutig. Die Vorschrift geht jedoch noch weiter und besagt, dass in den Fällen einer effektiven Zusammenarbeit und einer darauffolgenden Vereinbarung zwischen der Staatsanwaltschaft und der juristischen Person kein Ausschluss von Verträgen mit dem Staat erfolgt.

ee) Auflösung

Abs. 5 enthält mit der Auflösung die schwerste Sanktion gegen die juristische Person, da sie ihren rechtlichen Tod bedeutet. Sobald die Auflösung der juristischen Person angeordnet wird, kann sie keine Rechtsgeschäfte mehr abschließen, weder öffentliche noch private. Eine Zuwiderhandlung ist eine weitere Straftat, aber nicht begangen durch die juristische, sondern durch die natürliche Person, die das Rechtsgeschäft vornimmt. Außerdem sind solche Handlungen nach dem Wortlaut von Art. 25 des Handelsgesetzbuchs und Art. 5 des Zivilgesetzbuchs nichtig. Die Auflösung wird als *capitis deminutio maxima* oder als Äquivalent zum „Tod“ der natürlichen Person betrachtet.³¹

³⁰ M. Delgado, Persönliche Mitteilung v. 28.11.2022.

³¹ Barsallo, Colegio Nacional de Abogados v. 15.6.2022, Compliance-Vorschriften und die gesetzliche Haftung von juristischen Personen in Panama, abrufbar unter <https://panamacna.com/accion-de-inconstitucionalidad-interpuesta-por-los-lcdos-luis-cervantes-diaz-rodrigo-rosemena-pedro-a-barsallo-cecilia-rosemena-de-gonzales-rodrigo-molina-ortega-juan-pablo-fabrega-simon-te-2/> (1.8.2023).

2. Leitfaden für die Zurechnung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit juristischer Personen

Die Republik Panama hat im Jahr 2019 über die Generalstaatsanwaltschaft die Resolution Nr. 26 herausgegeben, die den Leitfaden für die Zurechnung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von juristischen Personen enthält. Diese Resolution entwickelt die Bestimmungen des Strafgesetzbuches und der Strafprozessordnung weiter.

a) Die von der juristischen Person begangene Straftat

Die Bestrafung einer juristischen Person setzt zunächst voraus, dass die zuvor genannten Zurechnungskriterien erfüllt sind. Darüber hinaus bedarf es eines Zusammenhangs zwischen der Straftat und der wirtschaftlichen Tätigkeit des Unternehmens oder der Personen, die der Organisation angehören.³²

Es wird auch nicht jede Straftat, die innerhalb einer juristischen Person begangen wird, zugerechnet, sondern nur diejenigen, die eine Folge ihrer mangelhaften Organisation sind.³³ Hat das Unternehmen alle Maßnahmen ergriffen, um die Begehung einer Straftat zu verhindern, und wird aufgrund einer unvorhersehbaren und unkontrollierbaren Handlung eines seiner Mitglieder dennoch eine Straftat begangen, dann kann das Unternehmen nicht bestraft werden. Dies ist fragwürdig, da schon die Begehung einer Straftat durch eine juristische Person zeigen könnte, dass ihre Organisation mangelhaft ist.

b) Objektive Gefährlichkeit

Die Rechtsnormen verhalten sich nicht dazu, ob eine objektive Gefährlichkeit ausreicht oder es eines subjektiven Elements bedarf. In der Resolution Nr. 26 aus dem Jahr 2019 wird hingegen klargestellt, dass für die Anklageerhebung gegen eine juristische Person nicht die kriminelle Absicht des Unternehmens (oder seiner Geschäftsführer) nachgewiesen werden muss, sondern dass eine objektive Gefährlichkeit ausreicht. Es wird mithin von der juristischen Person verlangt, auf einen Organisationsmangel in ihrer Struktur zu reagieren.³⁴

Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der juristischen Person aufgrund organisatorischer Mängel beruht auf dem Gedanken, dass ein Unternehmen, das sich intern organisiert, um Verstöße zu verhindern und aufzudecken, eine erhebliche Strafmilderung erhält, die sogar bis zum Erlass der Strafe reichen kann.³⁵ Im Falle Panamas wird die Sanktion aufgehoben, wenn der Organisationsmangel, der zu dem Verstoß geführt hat, behoben wird.

Der organisatorische Mangel besteht darin, dass kein geeignetes System zur Einhaltung der Rechtsvorschriften eingeführt wurde.³⁶ Wenn es also ein Compliance-Programm gibt,

das alle erforderlichen Maßnahmen enthält, um die Begehung einer Straftat zu verhindern, ist die juristische Person nicht strafrechtlich verantwortlich.

Die objektive Gefährlichkeit der juristischen Person besteht in der Gesamtheit der der Organisationsstruktur des Verbandes innewohnenden Umstände, die zur Begehung von Straftaten führen können.³⁷ Es handelt sich hierbei um die Struktur, die es nicht verhindert hat, dass die Straftat begangen wird oder ihrer Begehung zumindest erhebliche Hindernisse bereitet hat.

Dem Leitfaden zufolge können Straftaten nur dann der juristischen Person zugerechnet werden, wenn sie einerseits eine Folge der mangelnden Kontrolle und/oder Überwachung in der juristischen Person und andererseits eine Folge der Förderung, Begünstigung oder Duldung von Straftaten durch die hierarchischen Vorgesetzten einer Organisation sind.³⁸ Eine juristische Person leidet unter Organisationsmängeln, wenn sie z.B. keine internen Präventionsmechanismen vorsieht, über keine Ethik- bzw. Verhaltenskodizes verfügt, niemand für die Analyse von Strafbarkeitsrisiken zuständig ist oder keine Wege zur Meldung von Straftaten eröffnet.

Welche Maßnahmen die juristische Person ergreifen muss, um die Begehung von Straftaten zu verhindern, richtet sich nach ihrem wirtschaftlichen Betätigungsfeld. So muss beispielsweise ein Chemieunternehmen, das flüssige Abfälle produziert, die erforderlichen Maßnahmen ergreifen, um sicherzustellen, dass keine Chemikalien auf dem Boden verschüttet werden oder in Wasserquellen gelangen. Leitet ein Angestellter des Unternehmens giftige Produkte direkt in den Fluss, kann diese Umweltstraftat dem Unternehmen zugerechnet werden, da es aufgrund der Art der Unternehmens-tätigkeit vorhersehbar war, dass es zu einer falschen Abfallentsorgung kommen kann.

Der zweite Grund für die Zurechnung einer Straftat zu einer juristischen Person ist die Förderung oder Begünstigung des kriminellen Verhaltens einer Leitungsperson bzw. die Nichtverhinderung, wenn die Begehung der Straftat bekannt ist, mit anderen Worten, wenn die Straftat unter Duldung der Leitung der juristischen Person begangen wird. Ein Beispiel: Eine Wohltätigkeitsorganisation, die inhaftierte Personen unterstützt, erlaubt ihren Angestellten, Betäubungsmittel in das Gefängnis zu schmuggeln, um ihren Dienst weiterhin finanzieren zu können. In diesem Fall ist die juristische Person direkt für die Straftat verantwortlich, weil ihre Organisation aus offensichtlichen Gründen mangelhaft ist. Schon die Buchführung muss in diesem Beispielfall gefälscht sein, abgesehen von weiteren offensichtlichen Mängeln in der Organisation.

Voraussetzung für die strafrechtliche Verantwortlichkeit der juristischen Person ist der Beweis ihrer objektiven Gefährlichkeit.³⁹ Dabei darf die Überprüfung dieser Bedingung sich nicht auf den Zeitpunkt der Straftatbegehung beschränken, sondern muss auch für den Zeitpunkt der Sanktionsver-

³² Leitfaden (Fn. 28), S. 10.

³³ Leitfaden (Fn. 28), S. 10.

³⁴ Leitfaden (Fn. 28), S. 11 f.

³⁵ Nieto Martín, in: Nieto Martín (Hrsg.), *Estudios de Derecho Penal*, 2004, S. 45 (149).

³⁶ García Cervero (Fn. 2), S. 217.

³⁷ Leitfaden (Fn. 28), S. 12.

³⁸ Leitfaden (Fn. 28), S. 12.

³⁹ Leitfaden (Fn. 28), S. 12.

hängung nachgewiesen sein.⁴⁰ Hat die juristische Person zum Zeitpunkt des Strafverfahrens den Organisationsmangel bereits behoben, besteht keine objektive Gefährlichkeit mehr, so dass keine Strafe verhängt werden muss. Wurde der Mangel jedoch nicht oder nur teilweise behoben, so ist die Verhängung einer Strafe weiterhin gerechtfertigt.

Da die Strafe einer juristischen Person nicht auf dem Schuldgrundsatz, sondern auf ihrer Gefährlichkeit beruht, kann, wie der Leitfaden betont,⁴¹ die Strafe entfallen, wenn die Gründe für die Gefährlichkeit beseitigt wurden. Wortwörtlich enthält der Leitfaden Folgendes:

„Aus diesem besonderen präventiven Zweck folgt, dass die Verhängung einer der in Artikel 51 des Strafgesetzbuchs enthaltenen Maßnahmen nicht legitim ist, wenn die juristische Person zum Zeitpunkt der Verhängung einer Sanktion ihre fehlerhafte Struktur vollständig korrigiert hat.“⁴²

Dem könnte Art. 7 CP entgegenstehen. Nach Art. 7 ist der Zweck der Bestrafung nicht nur die Spezialprävention, sondern auch die Generalprävention. Da zwar eine Strafe gegen die juristische Person nicht mehr aus Gründen der Spezialprävention, wohl aber der Generalprävention verhängt werden könnte, steht der Vorwurf im Raum, dass Art. 51 und Art. 7 einander widersprechen. Im Leitfaden der Staatsanwaltschaft wird jedoch die gegenteilige Auffassung vertreten, die wie folgt begründet wird: Das Ausmaß der objektiven Gefährlichkeit der zu bestrafenden juristischen Person bestimmt das Ausmaß der zu verhängenden Sanktion. Da es sich also weder um eine Strafe im engeren Sinne noch um eine Sicherheitsmaßnahme handelt, sondern um eine Sanktion, die darauf abzielt, den Umständen entgegenzuwirken, die die Begehung von Straftaten in der Struktur der Organisation ermöglichen oder fördern, müssen alle gegen die kollektive Einheit zu verhängenden Maßnahmen diesen Zweck verfolgen.⁴³

Daraus ergibt sich, dass das Ausmaß der objektiven Gefährlichkeit der juristischen Person der Maßstab für die Bemessung der Sanktion ist. Je gefährlicher die juristische Person ist, desto härter wird die Sanktion ausfallen. Hat die juristische Person beispielsweise nichts unternommen, um kriminelle Praktiken zu verhindern, dann verdient sie eine der schwereren Sanktionen, die in einer hohen Geldstrafe oder der Auflösung der juristischen Person bestehen kann. Hat die juristische Person hingegen den organisatorischen Mangel zumindest teilweise behoben, sind nur solche Sanktionen angemessen, die der latenten Gefährlichkeit in ihrer Struktur entgegenwirken, nicht aber die Auflösung der juristischen Person.⁴⁴ Ohne eine objektive Gefährlichkeit kann hingegen keine Sanktion gegen die juristische Person verhängt werden,

auch wenn dies unter generalpräventiven Gesichtspunkten gerechtfertigt werden könnte.

c) Personen, die eine juristische Person zur Begehung einer Straftat gründen oder nutzen

Die natürlichen Personen, die eine juristische Person gründen, um eine Straftat zu begehen, sind zunächst nur die Gründungsgesellschafter (und/oder Aktionäre) eines Unternehmens und die anderen Teilnehmer am Gründungsakt.⁴⁵ Dagegen hat der Leitfaden darauf hingewiesen, dass es vier Personengruppen gibt, die durch „Nutzung“ des Verbands zur Straftatbegehung eine Verbindung herstellen können zwischen der Straftat und einer juristischen Person. Diese Gruppen sind „Anteilseigner [...] leitendes Management [...] mittleres Management [und] Untergebene“.⁴⁶

aa) Nach der Gründung hinzugetretene Gesellschafter

Begehen Gesellschafter, die keine Gründungsmitglieder sind, eine Straftat aus dem Unternehmen, ist die juristische Person unter zwei Bedingungen verantwortlich:

(1) Erste Voraussetzung

Erstens muss die rechtswidrige Handlung von Tätern oder Teilnehmern begangen worden sein, die erst nach der Gründung der juristischen Person in die Stellung als Gesellschafter eingetreten sind.⁴⁷ Es handelt sich also um natürliche Personen, die Anteile an einer juristischen Person erwerben und sodann ihre Position in der juristischen Person ausnutzen, um durch diese eine Straftat zu begehen. Und die juristische Person ist für diese Straftat verantwortlich, weil sie den Eintritt neuer Personen hätte besser kontrollieren müssen. In diesem Zusammenhang ist Folgendes zu beachten:

Der Zusammenhang zwischen dem Fehlverhalten des neuen Gesellschafters und der Zurechnung der Verantwortlichkeit zur juristischen Person besteht darin, dass der neue Gesellschafter eine Garantstellung für die Gefahrenquellen einnimmt, die er für die juristische Person schafft.⁴⁸

Daraus folgt, dass die juristische Person sicherstellen muss, dass kein neuer Gesellschafter in der Absicht in die Gesellschaft eintritt, eine Straftat zu begehen, oder, falls dies nicht verhindert werden kann, dass die juristische Person über die notwendigen Kontrollen verfügt, um derartige Straftaten zu verhindern.

Zudem heißt es im Leitfaden, dass die vom neuen Gesellschafter begangene Straftat mit der gewerblichen Tätigkeit, zu deren Zweck die juristische Person gegründet wurde, übereinstimmen muss.⁴⁹ Wenn sich beispielsweise ein Unternehmen der Einfuhr von Schusswaffen in das Land widmet und dabei alle Vorschriften einhält, aber einen Teil dieser Waffen abzweigt und an kriminelle Gruppen verkauft, kann

⁴⁰ Leitfaden (Fn. 28), S. 13.

⁴¹ Leitfaden (Fn. 28), S. 13.

⁴² Leitfaden (Fn. 28), S. 13 (Übersetzung des *Verf.*).

⁴³ Leitfaden (Fn. 28), S. 13.

⁴⁴ Leitfaden (Fn. 28), S. 13.

⁴⁵ Leitfaden (Fn. 28), S. 14.

⁴⁶ Leitfaden (Fn. 28), S. 16 f. (Übersetzung des *Verf.*).

⁴⁷ Leitfaden (Fn. 28), S. 17.

⁴⁸ Leitfaden (Fn. 28), S. 17.

⁴⁹ Leitfaden (Fn. 28), S. 17.

das Unternehmen gemäß dem Straftatbestand des Waffenhandels bestraft werden.

(2) Zweite Voraussetzung

Außerdem muss die rechtswidrige Handlung eine Folge der mangelnden Einhaltung der Sorgfaltspflichten der Gründungsgesellschafter bei der Aufnahme neuer Gesellschafter (entweder durch Übertragung oder Kapitalerhöhung) sein.⁵⁰

Dies ist zum Beispiel der Fall, wenn die Gründungsgesellschafter nicht sorgfältig geprüft haben, aus welchen Quellen der neue Gesellschafter den Anteilswerb finanziert.⁵¹ Bleibt eine solche Erkundigung aus, liegt der Schluss nahe, dass die vorsätzliche Ignoranz der Gründungsgesellschafter ein Teil des kriminellen Netzwerks der gesamten Gesellschaft ist.⁵²

bb) Geschäftsleitung der juristischen Person

Die Geschäftsleitung hat eine Sorgfaltspflicht, Straftaten aus dem Unternehmen heraus zu verhindern oder jedenfalls zu erschweren.

Im Leitfaden wird das Konzept der Sorgfaltspflicht wie folgt erläutert: Die Geschäftsleitung muss ein Organisationsklima schaffen, das die Einhaltung der Vorschriften fördert.⁵³ Ihre Verantwortung besteht darin, alle gesetzlichen Vorschriften einzuhalten, um zu verhindern, dass der Verband in kriminelle Aktivitäten verwickelt wird. Außerdem bezieht sich die Sorgfaltspflicht darauf, keine ausdrücklichen rechtswidrigen Anweisungen zu erteilen und abweichendes Verhalten innerhalb der Organisation nicht zu unterstützen.⁵⁴ Es ist dem Vorgesetzten untersagt, zur Begehung von Straftaten anzustiften; er darf seine Mitarbeiter nicht zu einer Straftat bestimmen oder psychologisch dazu drängen.

Zur Begründung der Verantwortlichkeit einer juristischen Person muss erstens nachgewiesen werden, dass die rechtswidrige Handlung von einer natürlichen Person begangen wurde, die eine Leitungsfunktion in der juristischen Person ausübt.⁵⁵ Zweitens muss nachgewiesen werden, dass die juristische Person zum Zeitpunkt der Strafverfolgung objektiv gefährlich ist. Wenn diese beiden Voraussetzungen nicht erfüllt sind, kann die juristische Person nicht bestraft werden.

cc) Mittlere Führungsebene der juristischen Person

Mittlere Führungskräfte sind Personen, die im täglichen operativen Geschäft eine direkte Leitungsfunktion ausüben.⁵⁶

Um die juristische Person zur Verantwortung zu ziehen, muss nachgewiesen werden, dass die natürliche Person der mittleren Führungsebene eine Straftat begangen hat und dass diese Straftat kein Einzelfall ist, sondern auf ein Organisationsversagen zurückzuführen ist. Handelt es sich nicht um ein

Organisationsversagen, kann die juristische Person nicht bestraft werden. Eine Bestrafung ist auch dann ausgeschlossen, wenn sie den Organisationsmangel zum Zeitpunkt des Strafverfahrens behoben hat.

dd) Mitarbeiter

Auch strafbare Handlungen von Angestellten können die Verantwortlichkeit der juristischen Person nach sich ziehen. Dabei handelt es sich um Personen, die in der Regel eine niedrige Position im Betrieb des Unternehmens einnehmen, sodass ihre strafbaren Handlungen im Regelfall die Folge mangelnder Kontrolle durch ihre Vorgesetzten sind.⁵⁷ Das kriminelle Verhalten ist also das Ergebnis eines Unterordnungsverhältnisses zum mittleren oder oberen Management des Unternehmens. Es muss aber in unmittelbarem Zusammenhang mit der Arbeitstätigkeit stehen und die Folge der Zustimmung, Förderung oder fehlenden Sorgfalt durch ihre Vorgesetzten sein.⁵⁸

d) Ermittlungen gegen die juristische Person

aa) Abhängigkeit der strafbaren Handlungen von der Person

Um eine juristische Person strafrechtlich zur Verantwortung ziehen zu können, muss zunächst nachgewiesen werden, dass eine natürliche Person eine Straftat begangen hat. Dies bedeutet jedoch nicht, dass zwei getrennte Strafverfahren geführt werden müssen, eines für die natürliche Person und eines für die juristische Person. Vielmehr kann die Strafbarkeit beider Personen gemeinsam in ein und demselben Strafverfahren verhandelt werden.⁵⁹ Daher kann eine juristische Person strafrechtlich verfolgt werden, wenn nachgewiesen werden kann, dass die oben dargestellten Zurechnungskriterien erfüllt sind. Das setzt voraus, dass die Begehung einer rechtswidrigen Handlung bewiesen wird.⁶⁰

Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Strafbarkeit einer natürlichen Person bewiesen werden muss. Es genügt schon der Beweis einer Straftat, sofern sie auf die objektive Gefährlichkeit der juristischen Person zurückzuführen ist. Das konkretisiert der Leitfaden, indem er festschreibt, dass es ausreicht, wenn eine rechtswidrige Tat bewiesen werden kann. Nicht erforderlich ist hingegen der Beweis der Schuld einer natürlichen Person.⁶¹ Im Leitfaden wird außerdem betont, dass bei nachgewiesener Schuldunfähigkeit der natürlichen Person, die allerdings erst nach der Tat eingetreten ist, die strafrechtliche Verantwortlichkeit der juristischen Person unberührt bleibt. Daraus kann aber nicht gefolgert werden, dass die Verantwortlichkeit nur bei nachträglicher Schuldunfähigkeit bestehen bleibt. Vielmehr ist eine strafrechtliche Sanktion auch dann zu verhängen, wenn die Ursache der Schuldunfähigkeit der natürlichen Person vor der Straftat lag und die juristische Person objektiv gefährlich ist.

⁵⁰ Leitfaden (Fn. 28), S. 18.

⁵¹ Leitfaden (Fn. 28), S. 18.

⁵² Leitfaden (Fn. 28), S. 19.

⁵³ Leitfaden (Fn. 28), S. 20.

⁵⁴ Leitfaden (Fn. 28), S. 20 f.

⁵⁵ Leitfaden (Fn. 28), S. 20.

⁵⁶ Leitfaden (Fn. 28), S. 21.

⁵⁷ Leitfaden (Fn. 28), S. 21.

⁵⁸ Leitfaden (Fn. 28), S. 22.

⁵⁹ Leitfaden (Fn. 28), S. 23.

⁶⁰ Leitfaden (Fn. 28), S. 23.

⁶¹ Leitfaden (Fn. 28), S. 24.

Bei der strafrechtlichen Verfolgung einer juristischen Person müssen dieselben Verfahrensgarantien beachtet werden, die für eine natürliche Person gelten.⁶² Das folgt aus der Natur der Sanktionen, die strafrechtlich und nicht verwaltungsrechtlich ist.

*bb) Der Zeitpunkt der Beurteilung der objektiven
Gefährlichkeit der juristischen Person*

Die Staatsanwaltschaft muss gegenüber der juristischen Person das Vorliegen einer Straftat nachweisen. Sie muss auch nachweisen, dass die Straftat auf einen Organisationsmangel der juristischen Person zurückzuführen ist. Außerdem muss sie prüfen, ob die objektive Gefährlichkeit der juristischen Person nach der Begehung der Straftat nicht bereits beseitigt wurde.⁶³ Daraus ergibt sich, dass die objektive Gefährlichkeit der juristischen Person bis zur Erhebung der Anklage zu prüfen ist.⁶⁴

V. Schlussfolgerungen

Die objektive Gefährlichkeit ist die Grundlage für den strafrechtlichen Eingriff in die Tätigkeit der juristischen Person; ohne objektive Gefährlichkeit ist eine Sanktion gegen eine juristische Person daher nicht zu rechtfertigen.

Erkennungszeichen der objektiven Gefährlichkeit sind Mängel in der Organisation, die sich ihrerseits in einer fehlenden bzw. unzureichenden Kontrolle oder Überwachung widerspiegeln, sowie in einer Förderung oder Duldung von Straftaten durch die Vorgesetzten einer juristischen Person.

Organisatorische Mängel werden mithilfe eines Compliance-Programms überwunden, das alle erforderlichen Maßnahmen vorsieht, um die Begehung einer Straftat zu verhindern oder zu erschweren.

Durch eine Absprache, die als „wirksame Zusammenarbeit“ zwischen der Staatsanwaltschaft und der juristischen Person angesehen wird, entfällt die Sanktion des Ausschlusses von Verträgen mit dem Staat.

Um eine juristische Person strafrechtlich zur Verantwortung zu ziehen, muss nachgewiesen werden, dass die juristische Person zur Begehung einer Straftat geschaffen oder benutzt wurde und die Straftat auf einen Organisationsmangel zurückzuführen ist. Handelt es sich nicht um einen Organisationsfehler, kann die juristische Person nicht bestraft werden. Auch kann die juristische Person nicht bestraft werden, wenn sie den Fehler zum Zeitpunkt des Strafverfahrens behoben hat.

Um eine juristische Person zu bestrafen, muss nicht bewiesen werden, dass eine natürliche Person sich strafbar gemacht hat, da es ausreicht, dass eine strafbare Handlung begangen wurde, die das auf der objektiven Gefährlichkeit der juristischen Person beruht.

Für juristische Personen gelten die gleichen Verfahrensgarantien wie für natürliche Personen.

⁶² Leitfaden (Fn. 28), S. 25.

⁶³ Leitfaden (Fn. 28), S. 28.

⁶⁴ Leitfaden (Fn. 28), S. 28.

I. Einleitung

Wenngleich Bargeld in Deutschland nach wie vor das beliebteste Zahlungsmittel darstellt, nimmt die Bedeutung des unbaren Zahlungsverkehrs stetig zu. Nach einer Studie der Bundesbank wurden im Jahr 2021 im stationären Handel zwar noch 58 % der Transaktionen in bar gezahlt; an zweiter und dritter Stelle stehen Zahlungen mit Debitkarte (32 %) und Kreditkarte (6 %); betrachtet man den Anteil am Umsatz, so liegt allerdings bereits die Debitkarte an erster Stelle (48 %), gefolgt von Bargeld (36 %) und Kreditkarte (10 %).¹ Der Rückgang von Barzahlungen ist dabei nicht nur auf die Pandemie zurückzuführen, sondern auch darauf, dass bargeldloses Zahlen einfacher geworden ist.² So kann der Inhaber einer Debitkarte kleinere Beträge allein dadurch bezahlen, dass er die Karte an ein Lesegerät hält und die für die elektronische Zahlung erforderlichen Daten kontaktlos übertragen werden (Near-Field-Communication, NFC); eine Eingabe der PIN oder eine Unterschrift sind nicht mehr erforderlich. Im Jahr 2021 wurden bereits zwei von drei Zahlungen mit einer Debitkarte auf diese Weise abgewickelt.³ Die Kartenzahlung wird auf diese Weise nicht nur für den Kunden einfacher und damit attraktiver, sondern ist auch für die Händler vorteilhaft, die nicht nur von der Erleichterung und Beschleunigung des Bezahlvorgangs, sondern auch davon profitieren, dass die für die Abwicklung von Barzahlungen erforderlichen Logistikkosten und -risiken sinken.⁴

* Prof. Dr. Martin Böse ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht und Strafprozessrecht sowie Internationales und Europäisches Strafrecht und Geschäftsführender Direktor des Instituts für Strafrecht an der Rheinischen Friedrich-Willhelms-Universität Bonn. Lucas Tomiak ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter an diesem Lehrstuhl.

¹ Deutsche Bundesbank, Zahlungsverhalten in Deutschland, Juli 2022, S. 31, abrufbar unter

<https://www.bundesbank.de/de/presse/presse-notizen/zahlungsverhalten-in-deutschland-2021-894082> (19.7.2023).

² Deutsche Bundesbank (Fn. 1), S. 40.

³ Deutsche Bundesbank (Fn. 1), S. 26: Danach entfielen 22,6 % der Transaktionen auf Debitkarten; davon wurden 7 % mit PIN oder Unterschrift und 15,1 % kontaktlos abgewickelt.

⁴ Kanning, FAZ v. 13.1.2016, S. 23, abrufbar unter

<https://www.faz.net/aktuell/finanzen/meine-finanzen/geld-ausgeben/neue-technik-einkaufen-mit-karte-aber-ohne-pin-14010827.html> (19.7.2023);

Cabinakova/Knümann/Horst, Kosten der Bargeldzahlung im Einzelhandel, Studie zur Ermittlung und Bewertung der Kosten, die durch die Bargeldzahlung im Einzelhandel verursacht werden, 2019, insb. die Simulationen auf S. 69 ff., abrufbar unter

<https://www.bundesbank.de/resource/blob/776464/d0ff995f570846f130e425a4bf003bd9/mL/kosten-der-bargeldzahlung-im-einzelhandel-data.pdf> (19.7.2023).

Ungeachtet dieser Vorteile geht mit dem kontaktlosen Bezahlen allerdings auch ein erhöhtes Missbrauchsrisiko einher, wenn die Debitkarte dem Karten- bzw. Kontoinhaber abhandenkommt und von einem Dritten zur bargeldlosen Zahlung eingesetzt wird. In derartigen Fällen stellt sich nicht nur die Frage, wer das Missbrauchsrisiko und damit den Schaden trägt, sondern auch, ob und inwieweit ein solcher Missbrauch nach geltendem Recht mit Strafe bedroht ist. Der folgende Beitrag geht dieser Frage nach, konzentriert sich dabei allerdings auf die Vermögensdelikte, d.h. den Betrug (§ 263 StGB) und den Computerbetrug (§ 263a StGB). Das OLG Hamm hat eine Strafbarkeit nach diesen Vorschriften verneint⁵ und ist damit im Schrifttum überwiegend auf Zustimmung gestoßen⁶. Die für die Auslegung des Gerichts maßgeblichen Gründe sollen referiert und anschließend kritisch hinterfragt werden (III.). Zuvor sollen allerdings die zivilrechtlichen Grundlagen des kontaktlosen Zahlens dargelegt werden, da diese auch für die strafrechtliche Bewertung maßgebliche Bedeutung entfalten (II.).

II. Zivilrechtliche Grundlagen

1. Zahlung mit Debit- und Kreditkarten

a) Debitkarte

Betrachtet man die Zahlung mit einer Debitkarte (Bankkundenkarte, Girokarte), so sind am Bezahlvorgang der Konto- bzw. Karteninhaber, die Bank und der Händler beteiligt. Dementsprechend sind die rechtlichen Beziehungen zwischen Karteninhaber (Zahler) und seiner Bank als Zahlungsdienstleister (Deckungsverhältnis), zwischen Karteninhaber als Zahler bzw. Kunden und Händler als Zahlungsempfänger (Valutaverhältnis) und zwischen Händler und Bank (Zuwendungs- oder Vollzugsverhältnis) zu unterscheiden.

Ausgangspunkt ist zunächst das Verhältnis zwischen Karteninhaber und Händler (Valutaverhältnis): Indem der Kunde die Ware an der Kasse vorlegt, unterbreitet er ein Angebot zum Abschluss eines Kaufvertrages (§ 433 BGB), das der

⁵ OLG Hamm, Beschl. v. 7.4.2020 – 4 RVs 12/20 = NStZ 2020, 673 = BeckRS 2020, 9059.

⁶ Christoph/Dorn-Haag, NStZ 2020, 676; dies., NStZ 2020, 697 (701 f.); Duttge, in: Dölling/Duttge/König/Rössner (Hrsg.), *Gesamtes Strafrecht, Handkommentar*, 5. Aufl. 2022, § 263a Rn. 19; Eisele, *Strafrecht, Besonderer Teil II*, 6. Aufl. 2021, Rn. 681; Göhler, JR 2021, 6 (17 f.); Heger, in: Lackner/Kühl/Heger (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30. Aufl. 2023, § 263a Rn. 13a; Heghmanns, ZJS 2020, 494 (496); Hefendehl/Noll, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 263a Rn. 109; Rengier, *Strafrecht, Besonderer Teil I*, 25. Aufl. 2023 § 14 Rn. 46; Schramm, *Strafrecht, Besonderer Teil II*, 2. Aufl. 2020, § 8 Rn. 38 f.; ablehnend Puschke/Haas, RdZ 2022, 4 (8 f.); Schmidt, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch*, Stand: 1.5.2023, § 263a Rn. 29.

Händler (bzw. eine von diesem bevollmächtigte Person) annimmt. Die vertragliche Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises (§ 433 Abs. 2 BGB) kann der Kunde mit Bargeld erfüllen; in diesem Fall erlischt der Anspruch sofort (§ 362 Abs. 1 BGB). Sofern der Händler auch die Kartenzahlung akzeptiert, ist diese nach h.M. als Leistung erfüllungshalber anzusehen (§ 364 Abs. 2 BGB analog), d.h. der Zahlungsanspruch wird nur gestundet, der Händler ist aber verpflichtet, Erfüllung aus der Kartenzahlung zu suchen.⁷

Für die Erfüllung der Forderung per Kartenzahlung ist der Kunde auf die Mitwirkung seiner Bank angewiesen. Im Deckungsverhältnis ist die Bank aufgrund des mit dem Konto- und Karteninhaber geschlossenen Zahlungsdienstvertrags zur Ausführung der von dem Kunden erteilten Zahlungsaufträge verpflichtet (§ 675f Abs. 2 S. 1, Abs. 4 BGB). Die Debitkarte ist ein von der Bank zur Erteilung von Zahlungsaufträgen ausgegebenes Zahlungsinstrument (vgl. § 675c Abs. 3 BGB i.V.m. § 1 Abs. 20 ZAG), das insbesondere im sogenannten Point-of-Sale-Verfahren (POS-Verfahren) zur Bezahlung von Waren oder Dienstleistungen eingesetzt werden kann. In diesem Verfahren erteilt der Karteninhaber mit der Vorlage der Karte und der Eingabe der PIN seiner Bank nicht nur einen Zahlungsauftrag (Deckungsverhältnis)⁸, sondern durch den Einsatz der Debitkarte wird über das girocard-System der deutschen Kreditwirtschaft zugleich ein Zahlungsanspruch des Händlers gegenüber der kartenausgebenden Bank begründet (Zuwendungs- bzw. Vollzugsverhältnis):⁹ Die kartenausgebende Bank prüft, ob die ausgelesenen Daten und die PIN korrekt sind, ob die Karte gesperrt ist und der Umsatz innerhalb des Verfügungsrahmens liegt, und autorisiert auf dieser Grundlage den Umsatz.¹⁰ Mit der Autorisierung des Umsatzes erklärt die Bank, dass sie die Forderung in Höhe des autorisierten Betrags begleicht.¹¹ Nach h.M. entsteht damit eine Zahlungsverpflichtung der Bank aus einem abstrakten Schuldversprechen (§ 780 BGB). Dabei besteht keine Einigkeit, auf welche Weise der Vertrag zustande kommt: Überwiegend wird die Autorisierung als Angebot der kartenausgebenden Bank angesehen, das der Händler mit der weiteren Abwicklung des Zahlungsvorgangs annimmt.¹² Nach

anderer Ansicht tritt der Kunde als Stellvertreter seiner Bank auf, so dass bereits in der Vorlage der Karte ein Angebot auf Abschluss eines abstrakten Schuldversprechens liegt, das der Händler sodann annimmt, indem er die Zahlung mit der Karte akzeptiert.¹³ Die Wirksamkeit des Vertrages wäre dann aufschiebend durch die Autorisierung bedingt (§ 158 Abs. 1 BGB). Die aus dem Zahlungsverprechen resultierende Verpflichtung wird erfüllt, indem die Buchungsdaten an einen Zahlungsdienstleister des Händlers (z.B. dessen Hausbank) übermittelt werden, der dem Händler den Betrag gutschreibt und diesen per Lastschrift von der kartenausgebenden Bank einzieht¹⁴ („Clearing“).¹⁵ Mit der Gutschrift erlischt der Kaufpreisanspruch des Händlers im Valutaverhältnis.¹⁶ Da der Kunde mit dem Einsatz von Karte und PIN seiner Bank einen entsprechenden Zahlungsauftrag erteilt (§ 675f Abs. 2 S. 1, Abs. 4 S. 2 BGB) und dem betreffenden Zahlungsvorgang damit zugestimmt hat (§ 675j Abs. 1 S. 1, S. 3, S. 4 BGB)¹⁷, hat die Bank gegenüber dem Karten- und Kontoinhaber im Deckungsverhältnis einen Anspruch auf Ersatz ihrer Aufwendungen (§ 675c Abs. 1 BGB i.V.m. § 670 BGB), den die Bank mit einer entsprechenden Belastung des Kontos realisiert.¹⁸

b) Kreditkarte

Bei der Zahlung mit einer Kreditkarte¹⁹ besteht im Ausgangspunkt ebenfalls ein Dreiecksverhältnis, an dem die kartenausgebende Bank (Zahlungsdienstleister), der Karteninhaber (Zahler) und der Vertragshändler (Zahlungsempfänger) beteiligt sind; in der jüngeren Praxis dominiert allerdings ein Fünf-Parteien-System, in dem die Bank des Karteninhabers aufgrund eines Lizenzvertrages mit einem Kreditkartenunternehmen die Kreditkarte ausgibt, während die Akquisition von Vertragshändlern und die Abwicklung der Zahlung von einem davon getrennten Unternehmen (Acquirer) über-

1256 (1257). Zum Teil wird in der Autorisierung auch bereits die Annahme eines entsprechenden Angebots von Seiten des Händlers gesehen, siehe *Grüneberg*, in: ders., Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 82. Aufl. 2023, § 675f Rn. 60.

¹³ *Gößmann*, in: Horn (Hrsg.), Bankrecht, Schwerpunkte und Perspektiven, Festschrift für Herbert Schimansky, 1999, S. 145 (160 ff.).

¹⁴ Bedingungen (Fn. 9), Nr. 10.

¹⁵ *Casper* (Fn. 12), *ZahlungsverkehrsR* Rn. 715; *Toussaint*, *Das Recht des Zahlungsverkehrs im Überblick*, 2. Aufl. 2020, Rn. 419.

¹⁶ *Toussaint* (Fn. 15), Rn. 414.

¹⁷ *Casper* (Fn. 7), § 675f Rn. 133; *Haertlein* (Fn. 7), Teil 1 E. Rn. 246.

¹⁸ *Haertlein* (Fn. 7), Teil 1 E. Rn. 247; *Toussaint* (Fn. 15), Rn. 410, 423.

¹⁹ Mit diesem Begriff wird die Universalkreditkarte bezeichnet, die im Unterschied zur Kundenkreditkarte nicht nur bei dem Händler, der die Karte ausgegeben hat, sondern bei jedem Händler eingesetzt werden kann, der die Zahlung mit Kreditkarte akzeptiert, vgl. insoweit *Casper* (Fn. 7), § 675f Rn. 115; *Toussaint* (Fn. 15), Rn. 440.

⁷ *Casper*, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 6, 9. Aufl. 2023, § 675f Rn. 127, 136; *Haertlein*, in: Drescher/Fleischer/Schmidt (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Bd. 6, 4. Aufl. 2019, Teil 1 E. Rn. 241.

⁸ *Haertlein* (Fn. 7), Teil 1 E. Rn. 246.

⁹ Siehe insoweit die Bedingungen für die Teilnahme am girocard-System der deutschen Kreditwirtschaft (Händlerbedingungen), Stand: 3.7.2020, abrufbar unter <https://www.girocard.eu/media/haendlerbedingungen.pdf> (20.7.2023).

¹⁰ *Haertlein* (Fn. 7), Teil 1 E. Rn. 238.

¹¹ Bedingungen (Fn. 9), Nr. 5.

¹² *Haertlein* (Fn. 7), Teil 1 E. Rn. 253; *Casper*, in: Baumbach/Hefermehl/Casper, Wechselgesetz, Scheckgesetz, Recht des Zahlungsverkehrs, 24. Aufl. 2020, *ZahlungsverkehrsR* Rn. 758; *Omlor*, in: Staudinger, Bürgerliches Gesetzbuch, Stand: 6.4.2021, § 675f Rn. 125; siehe auch BGH NJW 2003,

nommen werden.²⁰ Der Zahlungsvorgang wird im Präsenzzgeschäft traditionell durch Vorlage der Kreditkarte und Unterzeichnung des vom Händler erstellten Belegs initiiert; zunehmend setzt sich aber auch bei der Kreditkarte die elektronische Zahlung durch, bei der die Kreditkarte in ein Lesegerät eingeführt und anschließend die PIN eingegeben wird (s.o. zum POS-Verfahren).²¹ Im Deckungsverhältnis liegt darin die Erteilung eines über den Händler (und ggf. den Acquirer) als Boten des Karteninhabers übermittelten Zahlungsauftrags an die kartenausgebende Bank sowie die Autorisierung des Zahlungsvorgangs.²² Der entsprechende Aufwendungsersatzanspruch der Bank gegen den Karteninhaber (§ 675c Abs. 1 BGB i.V.m. § 670 BGB) wird allerdings im Unterschied zum POS-Verfahren nicht sofort fällig, sondern aufgrund der Kreditabrede bis zum nächsten Abrechnungszeitpunkt gestundet.²³ Im Vollzugsverhältnis gibt die kartenausgebende Bank (bzw. der Acquirer²⁴) über den Karteninhaber als Boten ein Angebot auf Abschluss eines abstrakten Schuldversprechens (§ 780 BGB) ab, das der Händler konkludent annimmt.²⁵ Bei der elektronischen Zahlung wird in der Autorisierung der Zahlung durch die kartenausgebende Bank ein entsprechendes Angebot gesehen (s.o. zum POS-Verfahren).²⁶ Mit der Gutschrift wird nicht nur der Anspruch aus § 780 BGB, sondern zugleich die Kaufpreisforderung (§ 433 Abs. 2 BGB) im Valutaverhältnis erfüllt.²⁷

c) Missbrauch der Karte durch Dritte

Wird die Karte nicht durch den berechtigten Inhaber, sondern nach deren Verlust durch einen Dritten missbräuchlich zur Zahlung eingesetzt und wird der Umsatz von der kartenaus-

gebenden Bank autorisiert, weil der Dritte sich auch Kenntnis von der PIN verschafft hat, so ändert sich im Zuwendungs- bzw. Vollzugsverhältnis grundsätzlich nichts: Mit der Autorisierung verpflichtet sich die kartenausgebende Bank zur Zahlung des betreffenden Umsatzes; der Anspruch des Händlers nach § 780 BGB besteht damit auch dann, wenn die Karte durch einen Nichtberechtigten eingesetzt wird.²⁸ Geht man davon aus, dass das abstrakte Schuldversprechen über den Kartenverwender als Stellvertreter der kartenausgebenden Bank zustande kommt, so wird das Vertrauen des Händlers in das Bestehen einer entsprechenden Vollmacht nach § 172 BGB geschützt, da sich der Kunde mit der Vorlage der Karte legitimiert.²⁹ Dieser Schutz greift jedoch nicht mehr, wenn der Händler bösgläubig ist, weil er von der fehlenden Vollmacht wusste oder hätte wissen müssen (§ 173 BGB).³⁰ Diese Regelungen dürften analog gelten, wenn man den Kunden als Boten ansieht, der das Angebot der kartenausgebenden Bank übermittelt.³¹ Einer solchen Mitwirkung des Kunden bedarf es hingegen nicht, wenn man der vorherrschenden Auffassung folgt, wonach das abstrakte Schuldversprechen unmittelbar über die Autorisierung durch die kartenausgebende Bank zustande kommt. Nach der Rechtsprechung kann das von dem Kreditkartenunternehmen zu tragende Missbrauchsrisiko grundsätzlich nicht vertraglich auf den Händler abgewälzt werden.³² Davon unberührt bleibt allerdings eine verschuldensabhängige Haftung des Händlers; so hat das Kreditkartenunternehmen gegen den Händler einen Schadensersatzanspruch nach § 280 BGB, wenn dieser die Kreditkarte akzeptiert, ohne dem naheliegenden Verdacht eines Missbrauchs nachzugehen.³³

Im Valutaverhältnis bleibt es dabei, dass der Anspruch des Händlers gegen den Kunden, der die Karte missbräuchlich verwendet hat, mit der Gutschrift des autorisierten Betra-

²⁰ Casper (Fn. 7), § 675f Rn. 115; Herresthal, ZBB 2019, 353 (355 f.); Toussaint (Fn. 15), Rn. 442 f.; vgl. insoweit die AGB der BS Payone für Verträge zur Akzeptanz von Debit- und Kreditkarten, Stand: Juli 2016, abrufbar unter <https://www.ekom21.de/kunden/bspayone-agb-0716-v2.0.pdf?cid=13m> (20.7.2023).

²¹ Casper (Fn. 12), ZahlungsverkehrsR Rn. 786; Herresthal, ZBB 2019, 353 (359 f.).

²² Casper (Fn. 12), ZahlungsverkehrsR Rn. 786; Herresthal, ZBB 2019, 353 (356).

²³ Casper (Fn. 12), ZahlungsverkehrsR Rn. 791; Herresthal, ZBB 2019, 353 (357); Toussaint (Fn. 15), Rn. 441, 445.

²⁴ Linardatos, in: Drescher/Fleischer/Schmidt (Fn. 7), Teil 1 G. Rn. 19; Toussaint (Fn. 15), Rn. 451.

²⁵ Casper (Fn. 7), § 675f Rn. 121. Das Angebot steht allerdings unter der aufschiebenden Bedingung, dass der Händler innerhalb der vertraglich vereinbarten Frist einen vollständig ausgefüllten Leistungsbeleg übermittelt; vgl. dagegen zur Deutung als geschäftsbesorgungsrechtliche Pflicht des Acquirers zur Herausgabe des Erlangten: Herresthal, ZBB 2019, 353 (362 ff.). Überwiegend wird indes davon ausgegangen, dass sich durch den Übergang vom Drei-Parteien-System zum Fünf-Parteien-System im Kreditkartengeschäft an der Rechtsnatur der Ansprüche nichts geändert hat, siehe Casper (Fn. 12), ZahlungsverkehrsR Rn. 783, 824.

²⁶ Casper (Fn. 12), ZahlungsverkehrsR Rn. 825.

²⁷ Toussaint (Fn. 15), Rn. 458.

²⁸ BGH NJW-RR 2004, 481 (482 – zur Kreditkarte); Haertlein (Fn. 7), Teil 1 E. Rn. 254 (zur Debitkarte).

²⁹ Gößmann (Fn. 13), S. 164.

³⁰ Zur Anwendbarkeit des § 173 BGB auf eine von Anfang an nicht bestehende Vollmacht: Schubert, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 173 Rn. 2.

³¹ Zur analogen Anwendung des § 172 Abs. 2 BGB bei einer urkundlich verkörpertem Willenserklärung, die sich im Besitz des Boten befindet: Singer, in: Staudinger, Bürgerliches Gesetzbuch, Stand: 2021, § 120 Rn. 3 m.w.N.

³² BGH NJW 2002, 2234 (2237); vgl. dagegen Herresthal, ZBB 2019, 353 (362 ff.), wonach die Zahlungszusage des Acquiring-Unternehmens als Aufwendungsersatzanspruch einzuordnen und dementsprechend eine weitergehende Verlagerung des Missbrauchsrisikos auf die Händler zulässig ist.

³³ BGH NJW-RR 2004, 481 (483); BGH NJW-RR 2005, 1570 (1572); Grüneberg (Fn. 12), § 675f Rn. 57; Linardatos (Fn. 24), Rn. 223; Toussaint (Fn. 15), Rn. 457; siehe auch zur Prüfung der Unterschrift Hofmann, in: Schwintowski (Hrsg.), Bankrecht, 2. Teil Kap. 13 Rn. 19, 62; vgl. ferner AGB der BS Payone (Fn. 20), Nr. 3.1, 3.5, 3.6. sowie zum Ausschluss der Rückbelastung Nr. 11.3.

ges erlischt.³⁴ Gegen den berechtigten Karteninhaber hat der Händler ohnehin keinen Zahlungsanspruch, da ein Kaufvertrag zwischen diesen beiden nicht zustande gekommen ist. In Bezug auf das Deckungsverhältnis stellt § 675u S. 1 BGB klar, dass ein Aufwendungsersatzanspruch der kartenausgebenden Bank gegen den berechtigten Karteninhaber nicht besteht, da dieser dem Zahlungsvorgang nicht zugestimmt hat (Autorisierung des Zahlers, § 675j Abs. 1 S. 1 BGB).³⁵ Ist das Konto des Karteninhabers bereits mit dem betreffenden Betrag belastet worden, so ist die Buchung rückgängig zu machen (§ 675u Abs. 1 S. 2 BGB).³⁶ Der Kunde haftet allerdings für einen durch Missbrauch der Debitkarte entstandenen Schaden bis zu einem Betrag von 50 Euro, wenn es ihm möglich war, den Verlust oder Missbrauch der Karte vor dem nicht autorisierten Zahlungsvorgang zu bemerken (§ 675v Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB). Der Karteninhaber haftet unbeschränkt, wenn er in betrügerischer Absicht gehandelt oder den Schaden durch eine vorsätzliche oder grob fahrlässige Pflichtverletzung (z.B. Verletzung der Anzeigepflicht bei Verlust der Karte) herbeigeführt hat (§ 675v Abs. 3 BGB). Schließlich steht der Bank, abgesehen von möglichen deliktischen Ansprüchen, ein Bereicherungsanspruch gegen den – regelmäßig unbekannt – Unberechtigten nach § 812 Abs. 1 S. 1 2. Fall BGB zu.³⁷

2. Authentifizierung und Haftung des Karteninhabers

a) Das Erfordernis starker Authentifizierung

Sowohl das POS-Verfahren als auch die elektronische Zahlung mit der Kreditkarte setzen grundsätzlich voraus, dass die Zahlung mit der Eingabe der zugehörigen PIN vom Karteninhaber autorisiert wird. Dies beruht auf unionsrechtlich harmonisierten³⁸ aufsichtsrechtlichen Vorgaben, wonach die Bank verpflichtet ist, eine sog. „starke Kundenauthentifizierung“ zu verlangen, wenn der Kunde einen elektronischen Zahlungsvorgang auslöst (§ 55 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 ZAG³⁹). Während die (einfache) Authentifizierung „ein Verfahren [ist], mit dessen Hilfe der Zahlungsdienstleister die Identität eines Zahlungsdienstnutzers oder die berechtigte Verwendung eines bestimmten Zahlungsinstruments [...] überprüfen kann“ (§ 1 Abs. 23 ZAG), erfordert eine starke Kundenauthentifizierung die Heranziehung von mindestens zwei der drei Elemente Wissen, Besitz oder Inhärenz (§ 1 Abs. 24

ZAG).⁴⁰ Diese Anforderungen werden durch das oben beschriebene POS-Verfahren gewahrt, da im Regelfall nur der Kunde über die Debitkarte verfügt (Besitz) und nur er die PIN kennt (Wissen). Mit dem dritten Merkmal (Inhärenz) werden ständige Merkmale des Berechtigten bezeichnet (z.B. Fingerabdrücke, Stimme, biometrische Gesichtsdaten).⁴¹ Diese Vorgaben beziehen sich indes nur auf elektronische Zahlungen, so dass die Zahlung mit einer Kreditkarte, bei der vom Karteninhaber ein nach Vorlage der Karte erstellter Leistungsbeleg unterschrieben wird, weiterhin ohne starke Authentifizierung zulässig ist.⁴²

Das Erfordernis einer starken Authentifizierung gilt jedoch auch für elektronische Zahlungsvorgänge nicht ausnahmslos. § 55 Abs. 5 ZAG verweist insoweit auf die von der Europäischen Kommission erlassene delegierte Verordnung zur Festlegung technischer Regulierungsstandards (RTS).⁴³ Dort ist eine Ausnahme für kontaktlose Zahlungen an der Verkaufsstelle vorgesehen, wonach der Zahlungsdienstleister auf eine starke Authentifizierung verzichten darf, wenn der Einzelbetrag des Zahlungsvorgangs nicht mehr als 50 Euro beträgt, die früheren kontaktlosen Vorgänge seit der letzten Durchführung einer starken Authentifizierung 150 Euro nicht überschreiten oder nicht mehr als fünf Zahlungsvorgänge ohne Authentifizierung seit dem letzten Vorgang mit starker Authentifizierung vergangen sind (Art. 11 RTS).⁴⁴ Dementsprechend lässt auch die aktuelle Fassung der Händlerbedingungen zum POS-Verfahren bei Zahlungen von bis zu 50 Euro einen Verzicht auf eine starke Authentifizierung zu.⁴⁵

Diese Ausnahmen betreffen vor allem kontaktlose Zahlungen, bei denen ein in die Karte integrierter Chip die für die Zahlungsabwicklung benötigten Daten über eine Entfernung von bis zu 10 cm auf das Lesegerät des Händlers überträgt (Near-Field-Communication – NFC).⁴⁶ Die technische Möglichkeit zur kontaktlosen Datenübertragung (d.h., ohne dass die Karte in ein Lesegerät gesteckt werden muss) lässt sich dabei sowohl für Zahlungsvorgänge mit starker Authentifizierung (Eingabe der PIN o.ä.) als auch für Zahlungen nutzen, bei denen auf dieses Erfordernis verzichtet wird.⁴⁷ Im

³⁴ Nobbe, in: Häuser/Hammen/Hennrichs/Steinbeck/Siebel/Welter (Hrsg.), Festschrift für Walther Hadding zum 70. Geburtstag am 8. Mai 2004, 2004, S. 1007 (1023).

³⁵ Herresthal, ZBB 2019, 353 (357); Hofmann (Fn. 33), Kap. 14 Rn. 42.

³⁶ Toussaint (Fn. 15), Rn. 423.

³⁷ Nobbe (Fn. 34), S. 1023, 1025; vgl. BGH NJW 2015, 3093 (3094); vgl. Göhler, JR 2021, 6 (19).

³⁸ Richtlinie (EU) 2015/2366 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 25.11.2015 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt (2. Zahlungsdiensterichtlinie), ABl. EU 2015 Nr. L 337/35.

³⁹ Vgl. insoweit auch 2. Zahlungsdiensterichtlinie (Fn. 38), Art. 97 Abs. 1 lit. b.

⁴⁰ Siehe zu den Definitionen auch Art. 4 Nr. 29, 30 der 2. Zahlungsdiensterichtlinie (Fn. 38).

⁴¹ Jungmann, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limpert (Fn. 7), § 675m Rn. 18.

⁴² Casper (Fn. 12), ZahlungsVerkehrsR Rn. 786; Linardatos (Fn. 24), Rn. 29.

⁴³ Delegierte Verordnung (EU) 2018/389 der Kommission v. 27.11.2017 zur Ergänzung der Richtlinie (EU) 2015/2366 durch technische Regulierungsstandards für eine starke Kundenauthentifizierung und für sichere offene Standards für die Kommunikation, ABl. EU 2017 Nr. L 69/23.

⁴⁴ Vgl. auch Art. 16 RTS für Kleinstbetragszahlungen im Ferngeschäft, bei denen die Höchstbeträge leicht abgesenkt sind.

⁴⁵ Bedingungen (Fn. 9), Nr. 8.

⁴⁶ Hofmann/Rastegar, WM 2021, 957.

⁴⁷ Jungmann, WM 2021, 557 (562); siehe dort auch zur Erstellung eines vom Karteninhaber zu unterschreibenden Leistungsbelegs.

Folgenden soll es allerdings allein um kontaktlose Zahlungen im letztgenannten Sinne gehen, bei denen das Wissenselement (Eingabe der PIN) entfällt und nicht durch ein anderes ersetzt wird, so dass die Voraussetzungen der starken Kundenauthentifizierung nicht mehr erfüllt sind.

b) Konsequenzen für die Verteilung des Missbrauchsrisikos

Die zivilrechtlichen Grundlagen des Zahlungsvorgangs bleiben von dem Verzicht auf die Eingabe der PIN im Ausgangspunkt unberührt, insbesondere erwirbt der Händler einen Zahlungsanspruch gegen die kartenausgebende Bank nach § 780 BGB. Im Unterschied zum POS-Verfahren sind allerdings im Deckungsverhältnis bei einem Missbrauch der Karte Schadensersatzansprüche der Bank gegen den Kunden weitgehend⁴⁸ ausgeschlossen, wenn die Bank keine starke Kundenauthentifizierung (d.h. Eingabe der PIN, s.o.) verlangt (§ 675v Abs. 4 S. 1 BGB). Allerdings soll dieser Haftungsausschluss nach überwiegender Auffassung nicht eingreifen, wenn der Verzicht auf eine starke Authentifizierung – wie beim kontaktlosen Bezahlen – aufsichtsrechtlich zulässig ist.⁴⁹ Dementsprechend wird der Haftungsausschluss auch in den AGB der Banken und Sparkassen auf den aufsichtsrechtswidrigen Verzicht beschränkt und damit das kontaktlose Zahlen ohne PIN-Abfrage ausgenommen; es bleibt damit grundsätzlich bei dem allgemeinen Haftungsregime (§ 675v Abs. 1–3 BGB; s.o. 1. c).⁵⁰

Eine noch weitergehende Übertragung des Missbrauchsrisikos auf den Bankkunden könnte sich aus den Sonderregelungen für Kleinbetragsinstrumente ergeben (§ 675i BGB). Bei einem Kleinbetragsinstrument handelt es sich nach § 675i Abs. 1 S. 2 BGB um ein Mittel, mit dem entweder einzelne

Zahlungsvorgänge von bis zu 30 Euro ausgelöst werden können, für das eine Ausgabenobergrenze von 150 Euro vorgesehen ist (Nr. 2) oder das nur Geldbeträge speichert, die nicht über 150 Euro hinausgehen (Nr. 3). Wird also etwa der Höchstbetrag von Zahlungsvorgängen, die kontaktlos (d.h. allein durch das Vorhalten der Karte) ausgelöst werden können, auf 25 € begrenzt⁵¹, so wäre die betreffende Karte als Kleinbetragsinstrument nach § 675i Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB anzusehen. Dass mit derselben Karte bei Verwendung einer starken Authentifizierung auch darüber hinausgehende Zahlungen getätigt werden können, steht dem nicht entgegen, da die Karte insoweit mehrere Funktionen miteinander verbindet, also „multifunktional“ ist.⁵² In Bezug auf die Funktion als Kleinbetragsinstrument kann das Missbrauchsrisiko auf den Karteninhaber durch von den §§ 675u, 675v BGB abweichende Regelungen abgewälzt werden, wenn die Nutzung keinem Zahlungsdienstnutzer zugeordnet werden kann oder die kartenausgebende Bank eine Autorisierung aus anderen, dem Kleinbetragsinstrument immanenten Gründen nicht nachweisen kann (§ 675i Abs. 2 Nr. 3 BGB). Der EuGH hat diese Voraussetzung kürzlich bejaht, weil es dem Zahlungsdienstleister objektiv unmöglich sei, eine Autorisierung des Zahlungsvorgangs nachzuweisen, da eine solche allein aus physischem Besitz der Karte nicht abgeleitet werden könne und die Nutzung damit „anonym“ sei.⁵³ Im Schrifttum wird daraus gefolgert, dass für § 675 Abs. 2 Nr. 3 BGB nicht die – weiterhin mögliche – formale Zuordnung der Karte zu einem Konto, sondern deren Nutzung zum berechtigten Karteninhaber (Autorisierung) ausgeschlossen sein muss.⁵⁴ Dies ist jedoch insofern missverständlich, als auch die kontaktlose Zahlung nach der allgemeinen – und nicht nach § 675i Abs. 2 Nr. 3 BGB dispositiven Regelungen – Regelung weiterhin einer (einfachen) Autorisierung durch den Karteninhaber bedarf (§ 675j Abs. 1 S. 1 BGB).⁵⁵ Lässt sich die Zahlung – weil sie „anonym“ ausgelöst wird – nicht auf eine Autorisierung des Karteninhabers zurückführen, entfällt damit auch der Aufwendungsersatzanspruch der Bank (§ 675u S. 1 BGB). Dies müsste dann nicht nur bei missbräuchlicher Verwendung der Karte, sondern generell gelten, weil auch in der Verwendung der Karte durch den Inhaber keine Autorisierung gesehen werden könnte.⁵⁶ Der Sache nach geht es

⁴⁸ Eine Rückausnahme gilt, wenn der Karteninhaber selbst in betrügerischer Absicht handelt (§ 675v Abs. 4 S. 2 BGB).

⁴⁹ Casper (Fn. 12), ZahlungsverkehrsR Rn. 389; Linardatos (Fn. 24), Rn. 147; Omlor, in: Staudinger, Neubearbeitung 2020, Stand: 30.3.2021, § 675v Rn. 36 f.; siehe dagegen für einen Haftungsausschluss: Schmalenbach, in: Hau/Poseck (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, Stand: 1.5.2023, § 675v Rn. 17d.

⁵⁰ Siehe etwa Nr. 13 lit. a Abs. 4 der Bedingungen für die Commerzbank Girocard, Stand: 1.10.2020, abrufbar unter

https://www.commerzbank.de/portal/media/efw-dokumente/bed_girocard.pdf (20.7.2023);

Nr. 14.1. Abs. 6 der Bedingungen der Deutsche Bank AG für die Debitkarten, Stand 02/2022, abrufbar unter

https://www.deutsche-bank.de/content/dam/deutschebank/de/shared/pdf/ser-agb-bedingungen-debitkarten_ag.pdf (20.7.2023);

Nr. 13.1. Abs. 7 der DKB Bedingungen für die Visa Debitkarte, Stand: 14.9.2022, abrufbar unter

https://dok.dkb.de/pdf/b_debitkarte.pdf (20.7.2023);

Nr. 14.1. Abs. 7 der Bedingungen für die Sparkassen Card, Stand: September 2021, abrufbar unter

<https://www.sparkasse-holstein.de/content/dam/myif/spk-holstein/work/dokumente/pdf/vertragsbedingungen/bedingungen-fuer-die-verwendung-von-sparkassencards.pdf?n=true> (20.7.2023).

⁵¹ Vgl. die AGB für den Einsatz von Zahlungskarten der österreichischen DenizBank nach EuGH, Urt. v. 11.11.2020 – C-287/19 (DenizBank) = BKR 2021, 234 (235).

⁵² EuGH BKR 2021, 234 (238 Rn. 77, 79).

⁵³ EuGH BKR 2021, 234 (239 Rn. 88 f.), zu Art. 63 Abs. 1 lit. b der 2. Zahlungsdiensterichtlinie (Fn. 38).

⁵⁴ Omlor, RdZ 2021, 180 (184).

⁵⁵ Casper (Fn. 7), § 675f Rn. 131; Jungmann (Fn. 41), § 675j Rn. 86.

⁵⁶ Im Schrifttum wird deshalb der Anwendungsbereich des § 675i Abs. 2 Nr. 3 BGB auf Prepaid-Instrumente (z.B. Geldkarten) beschränkt, bei denen eine Autorisierung vorab durch das Aufladen der Karte mit einem bestimmten Geldbetrag erfolgt, der sodann zur Zahlung eingesetzt werden kann, ohne dass eine Verbindung zu dem Konto des Karteninhabers hergestellt werden muss, siehe Habersack, EuZW 2020, 767

dem EuGH jedoch um die Fälle, in denen eine Autorisierung nicht „belegt“ (also vom Zahlungsdienstleister nachgewiesen) werden kann (vgl. § 675w S. 1 BGB), weil es an einer Authentifizierung durch Unterschriftsleistung oder Eingabe einer PIN fehlt.⁵⁷ Wie bereits gesehen, handelt es sich bei der Authentifizierung um ein Verfahren, mit dem der Zahlungsdienstleister die Identität des Zahlungsdienstnutzers oder die berechnete Verwendung eines Zahlungsinstruments überprüfen kann (§ 1 Abs. 23 ZAG;⁵⁸ siehe auch § 675w S. 2 BGB). Da es sich bei diesem Verfahren nicht unbedingt um eine „starke“ Authentifizierung handeln muss (§ 1 Abs. 24 ZAG, s.o.), wird im Schrifttum die Auffassung vertreten, dass für eine (einfache) Authentifizierung der Besitz der Karte (ein Faktor anstelle von zwei Faktoren in Form von Besitz und Wissen) bei Auslösung des Zahlungsvorgangs ausreicht.⁵⁹ Dagegen spricht allerdings, dass der Besitz an der Karte kaum geeignet sein dürfte, die berechnete Verwendung durch deren Vorlage nachzuweisen; insbesondere werden persönliche Sicherheitsmerkmale nicht überprüft (vgl. § 675w S. 2 BGB; siehe insoweit § 1 Abs. 25 ZAG).⁶⁰ Dementsprechend wird beim kontaktlosen Bezahlen zum Teil nur eine „einfache“ Autorisierung angenommen, die nicht im Wege einer Authentifizierung überprüft wird.⁶¹ Steht jedoch der Einsatz der Originalkarte aufgrund der ordnungsgemäßen Aufzeichnung des Bezahlvorgangs fest, so trifft den Karteninhaber, der eine Autorisierung bestreitet, die sekundäre Darlegungslast in Bezug auf die Umstände, die zum Zugriff eines Dritten auf die Karte geführt haben.⁶² Vor dem Hintergrund der EuGH-Rechtsprechung wäre § 675i Abs. 2 Nr. 3 BGB daher so auszulegen, dass das Haftungsregime nach §§ 675u, 675v BGB abdingbar ist (z.B. durch einen Aufwendungsersatzanspruch für nicht autorisierte Zahlungen), soweit der Zahlungsdienstleister auf eine (starke) Authentifizierung, nicht aber generell auf eine Autorisierung verzichtet.⁶³ Soweit ersichtlich, ist ein Aufwendungsersatzanspruch für nicht autorisierte Zahlungen in den AGB der Banken und Sparkassen nicht vorgesehen; überwiegend wird die Haftung des Karteninhabers sogar auf vorsätzliche oder grob fahrlässige Pflichtverletzungen bzw. betrügerisches Handeln beschränkt.⁶⁴ Der Ausschluss von Schadensersatzansprüchen

beim Verzicht auf eine starke Authentifizierung (§ 675v Abs. 4 S. 1 Nr. 1 BGB) bleibt davon unberührt, sofern man diese Regelung entgegen der überwiegenden Ansicht beim aufsichtsrechtlich zulässigen Verzicht für anwendbar hält (s.o.).⁶⁵

c) Kontaktlose Zahlung mit Smartphones

Eine kontaktlose Zahlung kann schließlich auch mit Smartphones oder anderen Endgeräten (Smartwatches o.ä.) über eine entsprechende Applikation (Wallet, z.B. für Google Pay oder Apple Pay) ausgelöst werden, sofern diese für den Einsatz der NFC-Technologie geeignet sind. Der Karteninhaber hinterlegt zu diesem Zweck eine virtuelle Kopie der Zahlungskarte auf dem Endgerät oder auf einem Server; an die Stelle der Karte tritt beim Bezahlvorgang das Smartphone bzw. Endgerät (das ggf. eine Verbindung mit dem Server herstellt, auf dem die Kartendaten gespeichert sind).⁶⁶ Ein wichtiger Unterschied zur Zahlung mit der Karte selbst liegt jedoch darin, dass eine Authentifizierung nicht über die PIN-Eingabe, sondern über Sicherungsmechanismen des Smartphones erfolgt (Entsperrung, Fingerabdruckscanner).⁶⁷ In der Sache kann auf diese Weise auch bei einer Zahlung mit einem Smartphone eine starke Authentifizierung gewährleistet werden; dies wird allerdings teilweise verneint, weil die Überprüfung nicht (wie beim PIN-Abwurf) durch den Zahlungsdienstleister (die kartenausgebende Bank) selbst vorgenommen wird (vgl. § 1 Abs. 23 ZAG).⁶⁸ Soweit hingegen auf eine starke Authentifizierung verzichtet wird, gelten die obigen Ausführungen zur herkömmlichen Kartenzahlung entsprechend.

III. Strafrechtliche Bewertung der kontaktlosen Zahlung durch einen Nichtberechtigten

Mit der zivilrechtlichen Rekonstruktion des Zahlungsvorgangs ist die Grundlage für die strafrechtliche Bewertung von Sachverhalten gelegt, in denen ein Dritter eine dem berechtigten Inhaber abhandengekommene Karte missbraucht, um damit einen kontaktlosen Zahlungsvorgang auszulösen. Da der Händler in diesen Konstellationen einen Zahlungsanspruch gegen die kartenausgebende Bank aus § 780 BGB erlangt, die Bank aber wiederum aufgrund der fehlenden Autorisierung keinen Aufwendungsersatzanspruch gegen den Karteninhaber hat (§ 675u S. 1 BGB), erleidet sie einen Vermögensschaden in Höhe des Zahlungsbetrages. Damit stellt sich die Frage, ob der Missbrauch als Computerbetrug

(769); *Jungmann*, WM 2021, 557 (567 f.); *Linardatos*, BKR 2021, 665 (673).

⁵⁷ EuGH BKR 2021, 234 (239 Rn. 87 f.); siehe insoweit *Jungmann*, WM 2021, 557 (567).

⁵⁸ Siehe insoweit 2. Zahlungsdiensterichtlinie (Fn. 38), Art. 4 Nr. 29.

⁵⁹ *Habersack*, EuZW 2020, 767 (768 f.).

⁶⁰ *Hoffmann/Rastegar*, WM 2021, 957 (963).

⁶¹ *Jungmann* (Fn. 41), § 675j Rn. 86; *ders.*, WM 2021, 557 (562).

⁶² *Hoffmann/Rastegar*, WM 2021, 957 (963).

⁶³ *Hoffmann/Rastegar*, WM 2021, 957 (962 f.); siehe auch *Mimberg*, in: Schäfer/Omlor/Mimberg (Hrsg.), ZAG § 1 Rn. 446.

⁶⁴ Siehe etwa Bedingungen für die Commerzbank Girocard (Fn. 50), Nr. 13 lit. a; Bedingungen der Deutsche Bank AG für die Debitkarten (Fn. 50), Nr. 14.1. Abs. 1; Bedingungen

für die Sparkassen Card (Fn. 50), Nr. 14.1. Abs. 4; siehe dagegen zu einer den § 675v Abs. 1, Abs. 2 BGB entsprechenden Haftung: DKB Bedingungen für die Visa Debitkarte (Fn. 50), Nr. 13.1. Abs. 1.

⁶⁵ *Hoffmann/Rastegar*, WM 2021, 957 (962).

⁶⁶ Näher *Hoffmann/Rastegar*, WM 2021, 957 f.; *Linardatos*, BKR 2021, 665 f.

⁶⁷ *Hoffmann/Rastegar*, WM 2021, 957 f.

⁶⁸ *Hoffmann/Rastegar*, WM 2021, 957 (964); a.A. *Linardatos*, BKR 2021, 665 (671 f.).

(§ 263a StGB) oder Betrug (§ 263 StGB) zum Nachteil der kartenausgebenden Bank strafbar ist.

1. Computerbetrug (§ 263a Abs. 1 Var. 3 StGB)

Der Tatbestand des § 263a StGB setzt zunächst eine der darin beschriebenen Tathandlungen voraus. Durch den Missbrauch der Karte könnte der Täter die auf der Karte gespeicherten Daten unbefugt verwendet haben (§ 263a Abs. 1 Var. 3 StGB).

a) „unbefugte“ Verwendung (OLG Hamm)

Nach vorherrschender Auffassung ist eine Datenverwendung unbefugt, wenn sie gegenüber einer natürlichen Person Täuschungscharakter hätte.⁶⁹ Nach dieser betrugspezifischen Auslegung ist also maßgeblich, ob die Datenverwendung gegenüber einem fiktiven Bankangestellten, der anstelle des Computers agiert, als Täuschung anzusehen wäre; dabei soll sich dieser Bankangestellte nach der Rechtsprechung allerdings nur mit Fragen befassen, die auch der Computer prüft.⁷⁰ Danach ist eine Täuschungsäquivalenz bei dem Missbrauch einer Karte mit Eingabe der PIN durch einen Dritten zu bejahen, weil der Täter seine Berechtigung vorspiegeln, hingegen zu verneinen, wenn der berechtigte Karteninhaber die Karte einsetzt, ohne zum Ausgleich willens oder in der Lage zu sein, da der Computer nicht die Bonität der Karten- und Kontoinhabers überprüft.⁷¹ An diese Differenzierung anknüpfend hat das OLG Hamm eine Täuschungsäquivalenz auch beim kontaktlosen Zahlen ohne Eingabe der PIN mit folgender Begründung verneint:

„[...] anders als in den Fällen, in denen der Bankcomputer die PIN vom Kartenverwender abfragt, wird hierbei die Berechtigung desjenigen, der den elektronischen Zahlungsvorgang durch Vorhalten der Karte vor das Lesegerät auslöst, gerade nicht durch Anwendung einer starken Kundenauthentifizierung im Sinne von § 55 Abs. 1 Nr. 2 ZAG überprüft. Stattdessen überprüft der Computer [...] lediglich, ob die Karte in keine Sperrdatei eingetragen ist, der Verfügungsrahmen nicht überschritten wird und ob die Voraussetzungen für das Absehen von der PIN-

Abfrage nach Art. 11 der Technischen Regulierungsstandards und ggf. weiteren internen Bankregularien gegeben sind. Bereits bei Vorliegen dieser Voraussetzungen erteilt der Bankcomputer eine elektronische Autorisierung der Zahlung, die dem Händler übermittelt wird. Gegenüber einem an die Stelle des Bankcomputers in der Autorisierungszentrale tretenden Bankangestellten würden also auch nur die Einhaltung des Verfügungsrahmens, die Nicht-Eintragung in eine Sperrdatei und das Vorliegen der Voraussetzungen für das Absehen von der starken Kundenauthentifizierung erklärt. Nicht erklärt würde hingegen, dass die Voraussetzungen zur vollen Überprüfung der materiellen Berechtigung zur Kartennutzung vorliegen. Damit aber würde ein fiktiver menschlicher Bankangestellter anstelle des Bankcomputers auch keinem dahingehenden Irrtum bezüglich der Berechtigung unterliegen, womit es an der für die Unbefugtheit erforderlichen Betrugsähnlichkeit fehlt.“⁷²

Diese Unterscheidung des Kartenmissbrauchs mit und ohne Eingabe der PIN ist im Schrifttum überwiegend auf Zustimmung gestoßen.⁷³

b) Prüfung der Berechtigung durch den Computer nur bei PIN-Abfrage?

Die Orientierung an der vom Computer vorzunehmenden Prüfung wirft bei näherer Betrachtung eine Reihe von Fragen auf, die Zweifel an dieser Differenzierung aufkommen lassen: So wird auch bei der Abfrage der PIN nur geprüft, ob derjenige, der den Zahlungsvorgang auslöst, Kenntnis von dieser hat; über eine solche Kenntnis können auch Dritte verfügen, die sich die PIN – zusammen mit der Karte – durch Ausspähen o.ä. verschafft haben. Das Erklärungsverhalten des Täters, der die Karte zusammen mit der PIN einsetzt, ließe daher bei einer strikten Orientierung am Prüfumfang des Computers nur Rückschlüsse auf die Kenntnis des Täters von der PIN, nicht aber auf dessen Identität als Karteninhaber zu. Um die Identität des Kartennutzers festzustellen, wären hingegen weitergehende Kontrollmaßnahmen (z.B. Fingerabdruck- oder Netzhautscanner) erforderlich.⁷⁴ Dass eine solche Deutung auf der Grundlage der Rechtsprechung nicht völlig fernliegend ist, lässt sich daran ablesen, dass im Schrifttum eine Strafbarkeit nach § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB auch bei einem Kartenmissbrauch im POS-Verfahren mit PIN-Abfrage verneint wird.⁷⁵ Auch der BGH hat eine unbefugte Verwendung bei einer durch Täuschung erlangten Debitkarte verneint, weil die Identität und Berechtigung des Verwenders

⁶⁹ BGHSt 47, 160 (162 f.); BGH NJW 2013, 2608 (2610); BGH NStZ-RR 2023, 14; OLG Rostock JR 2020, 439 (441); *Altenhain*, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 263a Rn. 12; *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 70. Aufl. 2023, § 263a Rn. 11; *Hefendehl/Noll* (Fn. 6), § 263a Rn. 85; *Hoyer*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 263a Rn. 19; *Tiedemann/Valerius* in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 9/1, 12. Aufl. 2012, § 263a Rn. 44.

⁷⁰ BGHSt 47, 160 (163); OLG Rostock JR 2020, 439 (442); *Altenhain* (Fn. 69), § 263a Rn. 12; *Kluszczewski*, Strafrecht, Besonderer Teil, 2016, § 9 Rn. 146; *Momsen*, in: Maurach/Schroeder/Maiwald/Hoyer/Momsen (Hrsg.), Strafrecht, Besonderer Teil, Teilbd. 1, 11. Aufl. 2019, § 41 Rn. 240.

⁷¹ BGHSt 47, 160 (162, 163).

⁷² OLG Hamm BeckRS 2020, 9059 Rn. 21 f.

⁷³ *Christoph/Dorn-Haag*, NStZ 2020, 676; *dies.*, NStZ 2020, 697 (701 f.); *Duttge* (Fn. 6), § 263a Rn. 19; *Eisele* (Fn. 6), Rn. 681; *Göhler*, JR 2021, 6 (17 f.); *Heger* (Fn. 6), § 263a Rn. 13a; *Heghmanns*, ZJS 2020, 494 (496); *Hefendehl/Noll* (Fn. 6), § 263a Rn. 109; *Rengier* (Fn. 6), § 14 Rn. 46; *Schramm* (Fn. 6), § 8 Rn. 38 f.

⁷⁴ Vgl. *Wachter*, NStZ 2018, 241 (243), der dies aber mit Blick auf die unverhältnismäßigen Kosten verwirft.

⁷⁵ *Eisele* (Fn. 6), Rn. 681; *Rengier* (Fn. 6), § 14 Rn. 45.

mit der Eingabe der Karte und zugehörigen PIN „hinreichend festgestellt“ seien.⁷⁶

Umgekehrt ließe sich einer Unterscheidung von Kartenzahlung mit und ohne PIN-Abfrage entgegenhalten, dass nicht nur die Kenntnis der PIN, sondern bereits der Besitz einer Debitkarte Rückschlüsse darauf zulässt, dass sie von dem Karteninhaber verwendet wird, da es sich um ein höchstpersönliches Zahlungsinstrument handelt, das nur den Inhaber zur Auslösung von Zahlungsvorgängen berechtigt.⁷⁷ Der Besitz der Karte ist einer der zwei Faktoren, die für eine starke Authentifizierung notwendig sind (s.o. II. 2. zu § 1 Abs. 24 und § 55 Abs. 1 Nr. 2 ZAG), und grundsätzlich geeignet, als Verkörperung einer von der Bank erteilten Vollmacht, sie im POS-Verfahren gegenüber dem Händler zu vertreten, eine Rechtsscheinhaftung zu begründen (s.o. II. 1. zu § 172 BGB). Wenngleich der Besitz der Karte allein für eine Authentifizierung nicht ausreicht, löst die Verwendung der Karte zum kontaktlosen Bezahlen beim Bestreiten einer Autorisierung Darlegungslasten des Karteninhabers aus; unterbleibt ein Vortrag zum Verlust der Karte, der deren Missbrauch ermöglicht hat, gilt die Autorisierung als zugestanden (s.o. II. 2. b). Die Annahme, dass die Karte in der Regel vom berechtigten Karteninhaber eingesetzt wird, ist damit alles andere als fernliegend und spiegelt sich auch in zivilrechtlichen Wertungen wider.

c) „Prüfung“ durch den Computer – die Nähe zur computerspezifischen Auslegung

Der Haupteinwand gegen die h.M. liegt indes nicht in diesen begrifflichen Unschärfen, sondern darin, dass die Täuschungsrelevanz von Tatsachen von der Reichweite der Überprüfung durch den Computer abhängig gemacht wird. Im Ergebnis läuft dies auf die computerspezifische Auslegung hinaus⁷⁸, die für das Merkmal „unbefugt“ im Ausgangspunkt auf den Willen des Berechtigten abstellt, aber darüber hinaus verlangt, dass sich dieser Wille im Computerprogramm niedergeschlagen haben muss.⁷⁹ Demgegenüber sei der Tatbestand des § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB nicht erfüllt, wenn das Programm ordnungsgemäß bedient werde.⁸⁰ Die damit vorgenommene Reduzierung des Anwendungsbereichs auf den Missbrauch von Zugangscodes ist jedoch auf nahezu einhellige Ablehnung gestoßen, da sie dem § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB kaum einen sinnvollen Anwendungsbereich

reich mehr belässt⁸¹, und wird in jüngerer Zeit nicht mehr vertreten⁸². Die enge Orientierung am Prüfprogramm des Computers ist grundsätzlich den gleichen Bedenken ausgesetzt. Ihre Kernaussage, dass ein Äquivalent zu einer konkludenten Täuschung bei einem Computer nur in Bezug auf Tatsachen vorliegen könne, die auch für die automatisierte Datenverarbeitung durch den Computer relevant sind⁸³, ist insofern richtig, als der Informationsgehalt der eingegebenen Daten Rückschlüsse auf weitere Tatsachen erlauben muss, deren Feststellung zu den Aufgaben des Computers bzw. der Vergleichsperson gehören muss.⁸⁴ Damit ist jedoch nicht gesagt, dass jede dieser Tatsachen auch von dem Computer „überprüft“ werden muss, indem ein entsprechender Nachweis gefordert wird. Ein solches Erfordernis könnte allenfalls darauf gestützt werden, dass ein strafrechtlicher Schutz als ultima ratio nur gerechtfertigt ist, soweit das Opfer selbst zumutbare Sicherungsmaßnahmen ergriffen hat.⁸⁵ Ganz in diesem Sinne wird die Entscheidung der kartenausgebenden Bank, beim kontaktlosen Bezahlen auf eine starke Authentifizierung zu verzichten, als eigenverantwortliche Selbstgefährdung eingeordnet, mit der die Vorteile dieser neuen Zahlungsmethode (Beschleunigung, Vereinfachung, s.o. I.) erkaufte werden.⁸⁶ Derartige Erwägungen lassen sich indes mit dem Ausgangspunkt der betrugsspezifischen Auslegung kaum vereinbaren, wonach die Reichweite des strafrechtlichen Schutzes bei § 263a StGB am Betrugstatbestand auszurichten ist, der auch das sorglose bzw. leichtfertige Opfer schützt⁸⁷. Dementsprechend sind auf der Grundlage der h.M. viktimodogmatisch begründete Einschränkungen auch bei § 263a StGB abzulehnen.⁸⁸ Auch das Argument, die Banken handelten mit dem Verzicht auf eine starke Authentifizierung auf eigenes Risiko, greift nicht durch, soweit dieser Verzicht aufsichtsrechtlichen Standards entspricht (§ 55 Abs. 5 ZAG i.V.m. Art. 11 RTS, s.o. II. 2. a). Die damit eröffnete Möglichkeit kann also nicht so verstanden werden, dass deren Gebrauch eine Verletzung von Obliegenheit zur Prävention

⁷⁶ BGH NStZ 2016, 149 (151); zur Kritik: Böse, ZJS 2016, 663 (665 f.).

⁷⁷ Haertlein (Fn. 7), Teil 1 E. Rn. 26, 48; Burghardt/Bardowicks, ZJS 2023, 593 (599, 602); siehe auch zur „unbefugter“ Verwendung fremder Kreditkartendaten: BGH NStZ-RR 2021, 214; BGH BeckRS 2022, 31922 Rn. 13; vgl. dagegen Christoph/Dorn-Haag, NStZ 2020, 697 (702).

⁷⁸ Siehe bereits Altenhain, JZ 1997, 752 (758); zum vorliegenden Kontext: Christoph/Dorn-Haag, NStZ 2020, 697 (701).

⁷⁹ LG Freiburg NJW 1990, 2635 (2636 f.); Achenbach, JR 1994, 293 (295).

⁸⁰ OLG Celle NStZ 1989, 367; Neumann, StV 1996, 375.

⁸¹ Vgl. nur Hefendehl/Noll (Fn. 6), § 263a Rn. 88; Kindhäuser/Hoven, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 263a Rn. 24, jeweils m.w.N.

⁸² Soweit ersichtlich wurde diese Auffassung zuletzt von Achenbach, in: Dölling/Erb (Hrsg.), Festschrift für Karl Heinz Gössel zum 70. Geburtstag am 16. Oktober 2002, 2002, S. 481 (494 f.), vertreten.

⁸³ Altenhain (Fn. 69), § 263a Rn. 12.

⁸⁴ Hoyer (Fn. 69), § 263a Rn. 20.

⁸⁵ BGHSt 47, 160 (166); vgl. auch zur computerspezifischen Auslegung: Tiedemann/Valerius (Fn. 69), § 263a Rn. 45.

⁸⁶ Heghmanns, ZJS 2020, 494 (496); siehe auch Ceffinato, JuS 2021, 311 (313); Göhler, JR 2021, 6 (18); Kudlich, JA 2020, 710 (712).

⁸⁷ Siehe insoweit BGHSt 34, 199 (201); BGH NStZ 2003, 313 (314) m.w.N.

⁸⁸ Burghardt/Bardowicks, ZJS 2023, 593 (603); Hefendehl/Noll (Fn. 6), § 263a Rn. 17; Tiedemann/Valerius (Fn. 69), § 263a Rn. 5; vgl. dagegen Christoph/Dorn-Haag, NStZ 2020, 697 (702).

des Kartenmissbrauchs darstellt; dies zeigt sich insbesondere darin, dass der Haftungsausschluss für den Bankkunden (§ 675v Abs. 4 BGB) zugunsten der Banken auf den aufsichtsrechtswidrigen Verzicht beschränkt wird (s.o. II. 2. b). Für die Täuschungsäquivalenz ist damit – wie i.R.d. § 263 StGB – auf den Inhalt der Erklärung, nicht auf deren Überprüfung durch das Opfer abzustellen, die der Dritte mit dem Einsatz der Karte abgibt und die sodann vom Computer automatisiert verarbeitet wird.

d) Die Erklärung des Kartennutzers als Datenurkunde

Wie der Blick auf die zivilrechtlichen Grundlagen gezeigt hat, erteilt der Karteninhaber beim kontaktlosen Bezahlen seiner Bank einen Zahlungsauftrag und autorisiert zugleich die entsprechende Zahlung der Bank an den Händler (s.o. II. 1., 2.). Da nur der Karteninhaber aufgrund des mit der Bank abgeschlossenen Zahlungsdiensterahmenvertrages berechtigt ist, der Bank solche Aufträge zu erteilen und die entsprechenden Zahlungen zu autorisieren (§§ 675f Abs. 2, 675j Abs. 1 BGB), ist in dem Einsatz der Karte durch einen Dritten implizit die Erklärung enthalten, dass der berechtigte Karteninhaber die Zahlung anweist und autorisiert. Der elektronische Beleg, mit dem der Einsatz der Karte zum kontaktlosen Bezahlen zu Beweis Zwecken aufgezeichnet wird (vgl. § 675w S. 1 BGB), stellt daher eine Datenurkunde i.S.d. § 269 StGB dar.⁸⁹ Das OLG Hamm hat demgegenüber eine Strafbarkeit nach § 269 StGB mit folgender Erwägung verneint:

„Zwar werden bei dem Einsatz einer ec-Karte im POS-Verfahren am Kartenlesegerät die Transaktionsdaten (z.B. Kontonummer und Gültigkeitsdatum der ec-Karte) als Gedankenerklärung in das Autorisierungssystem eingelesen. Allerdings ist in Bezug auf die Transaktionsdaten bei den hier vorliegenden kontaktlosen Zahlungen [...] die Garantiefunktion des Urkundenbegriffs nicht erfüllt. Diese erfordert, dass der vermeintliche Aussteller der Gedankenerklärung erkennbar ist. An einer solchen eindeutigen Identifikationsmöglichkeit fehlt es aber mangels PIN-Abfrage. [...] der für die Anweisung hier allein erforderliche unmittelbare Besitz an der ec-Karte garantiert gerade nicht genauso wie die gleichzeitige Abfrage der herkömmlicherweise nur dem Berechtigten bekannten PIN, dass derjenige, der die Karte einsetzt, auch der berechtigte Karteninhaber ist. Die Eingabe der Transaktionsdaten ist damit nicht in einer von dem Urkundenbegriff vorausgesetzten Weise einer Person eindeutig zuzuordnen. Weil der Aussteller der Erklärung nicht hinreichend erkennbar

⁸⁹ A.A. *Heghmanns*, ZJS 2020, 494 (496 f.), der von einer Erklärung des Betreibers der Datenverarbeitungsanlage ausgeht; zust. *Burghardt/Bardowicks*, ZJS 2023, 593 (608). Diese Deutung wird indes dem zivilrechtlichen Hintergrund der Aufzeichnung nicht gerecht, die es der kartenausgebenden Bank ermöglichen soll, die Autorisierung der Zahlung (d.h. die Abgabe einer entsprechenden Erklärung) gegenüber dem Karteninhaber nachzuweisen.

ist, fehlt es an der für § 269 Abs. 1 StGB notwendigen Datenurkunde.“⁹⁰

In diesen Ausführungen sind Parallelen zu der bereits erwähnten Auffassung des EuGH erkennbar, der kontaktlose Zahlungen als „anonym“ qualifiziert hat. Wie oben dargelegt, lässt diese Rechtsprechung das Erfordernis einer Autorisierung auch beim kontaktlosen Zahlen nicht entfallen, sondern verzichtet allein auf die (starke) Authentifizierung (s.o. II. 2. b). Die Autorisierung der Zahlung (§ 675j Abs. 1 BGB) und deren Überprüfung im Wege der Authentifizierung (§ 675w BGB) sind vielmehr auch bei der strafrechtlichen Bewertung strikt zu trennen.⁹¹ Dementsprechend wird der Auslegung des § 269 StGB durch das OLG Hamm zu Recht entgegengehalten, dass die Erkennbarkeit des Ausstellers einer Urkunde keine Bekräftigung (z.B. durch eine Unterschrift) voraussetzt und es daher auch für die Annahme einer Datenurkunde keiner Authentifizierung des Ausstellers bedarf.⁹² Da in dem elektronischen Beleg nicht der den Zahlungsvorgang tatsächlich auslösende Dritte, sondern der Karteninhaber als Aussteller gespeichert wird, werden beweiserhebliche Daten mithin so gespeichert, dass bei ihrer Wahrnehmung eine unechte Urkunde vorläge (§ 269 Abs. 1 Var. 1 StGB). Der Täter handelt insoweit auch zur fälschlichen Beeinflussung einer Datenverarbeitung (§ 270 StGB), da es ihm darauf ankommt, mit der (vermeintlichen) Anweisung und Autorisierung eine Zahlung an den Händler zu veranlassen und damit die Voraussetzung dafür zu schaffen, dass ihm die Kaufsache übergeben wird. Im Schrifttum wird daher entgegen dem OLG Hamm eine Strafbarkeit nach § 269 Abs. 1 Var. 1 StGB bejaht.⁹³

Dessen ungeachtet verneinen einige Autoren weiterhin eine unbefugte Datenverwendung i.S.d. § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB, weil dort anders als bei § 269 StGB nicht auf die Zuordnung der Transaktion oder die Identifizierbarkeit des Nutzers, sondern auf den konkreten Inhalt der Erklärung abzustellen sei.⁹⁴ Die Bedeutung dieser Differenzierung erschließt sich nicht ohne Weiteres: Denkbar wäre es, zwischen dem Aussteller der Erklärung und deren Inhalt zu unterscheiden. Da es sich bei dem Zahlungsauftrag und der Autorisierung um Willenserklärungen handelt,⁹⁵ schließt der Inhalt der Erklärung die Person bzw. Berechtigung des Erklärenden ein, wie es sich im vorliegenden Kontext aus der Einbettung in einen Zahlungsdiensterahmenvertrag und das auf dieser

⁹⁰ OLG Hamm BeckRS 2020, 9059 Rn. 27–29; ebenso *Göhler*, JR 2021, 6 (20).

⁹¹ Siehe auch *Puschke/Haas*, RdZ 2022, 4 (9 Fn. 51).

⁹² *Ceffinato*, JuS 2021, 311 (314); *Christoph/Dorn-Haag*, NStZ 2020, 697 (699); *Erb*, in: Erb/Schäfer (Fn. 6), § 269 Rn. 35; *Kulhanek*, wistra 2021, 220 (224); *Puschke/Haas*, RdZ 2022, 4 (9 f.).

⁹³ *Ceffinato*, JuS 2021, 311 (314); *Christoph/Dorn-Haag*, NStZ 2020, 697 (699); *Erb* (Fn. 92), § 269 Rn. 35; *Kulhanek*, wistra 2021, 220 (224); *Puschke/Haas*, RdZ 2022, 4 (10).

⁹⁴ *Christoph/Dorn-Haag*, NStZ 2020, 697 (699); *Kulhanek*, wistra 2021, 220 (224).

⁹⁵ *Grüneberg* (Fn. 12), § 675f Rn. 19, § 675j Rn. 3.

Grundlage geführte Konto und die ebenfalls ausgegebene (persönliche) Karte ergibt.⁹⁶ Nach den oben zu § 269 StGB angestellten Erwägungen kommt man daher nicht umhin, auch i.R.d. § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB von einer Täuschungsäquivalenz auszugehen. Insbesondere wäre es widersprüchlich, i.R.d. §§ 269, 270 StGB ein Handeln zur fälschlichen Beeinflussung einer Datenverarbeitung (dem Pendant zur Täuschung im Rechtsverkehr) zu bejahen, i.R.d. § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB in Bezug auf die Verwendung der auf der Karte gespeicherten Daten den Täuschungscharakter hingegen zu verneinen. Die über den Einsatz der Karte abgegebenen Erklärungen (Zahlungsauftrag und Autorisierung) sind im Deckungsverhältnis notwendige Grundlage für die Ausführung der Zahlung durch die kartenausgebende Bank.

Für eine einheitliche Einordnung der Kartenzahlung mit und ohne Eingabe der PIN spricht zudem, dass der Täter vor dem Einsatz der Karte nicht überblicken kann, ob die Voraussetzungen für eine kontaktlose Zahlung (maximal fünf Verfügungen ohne PIN-Eingabe, Höchstbetrag von 150 Euro) vollständig gegeben sind oder nicht, und es daher wenig plausibel erscheint, den Inhalt der mit der Kartennutzung zum Ausdruck gebrachten Erklärung davon abhängig zu machen, ob bei der Zahlung eine PIN eingegeben wird oder nicht.⁹⁷ Folgt man der Auslegung des OLG Hamm, ist eine solche Unterscheidung zwar folgerichtig und eine Täuschung über die Berechtigung erst dann zu bejahen, wenn die PIN tatsächlich eingegeben wird.⁹⁸ Wird auf die Abfrage der PIN hingegen verzichtet, so wird der Inhalt der abgegebenen Erklärung durch eben diesen Verzicht erst zu einem Zeitpunkt festgelegt, zu dem das Erklärungsverhalten (Vorhalten der Karte) bereits abgeschlossen ist. Dieses Ergebnis ist aus der Sicht desjenigen, der die Erklärung abgibt, wenig plausibel.⁹⁹

Schließlich lässt sich auch auf die Nähe zu (kleineren) Bargeldzahlungen keine andere Bewertung stützen.¹⁰⁰ Der Verzicht auf eine starke Authentifizierung (und das damit einhergehende Missbrauchsrisiko) wird zwar nur bei kleineren Geldbeträgen zugelassen, allerdings erfolgt die Zahlung – anders als bei der Barzahlung – nicht anonym, vielmehr ist ein Bezug zu dem Konto des Karteninhabers für die Zah-

lungsabwicklung weiterhin zwingende Voraussetzung (II. 2. b) zur Autorisierung).¹⁰¹

e) Weite betrugsspezifische Auslegung und subjektive Auslegung

Schließlich lässt sich die Annahme einer unbefugten Datenverwendung auch auf die Variante der betrugsspezifischen Auslegung stützen, welche die Täuschungsäquivalenz nicht davon abhängig macht, dass die betreffenden Tatsachen auch vom Computer geprüft werden, sondern auch die konkludente Täuschung der fiktiven Vergleichsperson erfassen.¹⁰² Auch der BGH hat in seiner jüngeren Rechtsprechung Zweifel an der engen Auslegung erkennen lassen und es beim Computersportwettbetrug für eine unbefugte Verwendung von Daten ausreichen lassen, dass die von den Wettanbietern eingesetzten Programme durch Festlegung von Höchstgrenzen für Wetteinsätze den Willen dokumentieren, Wetten auf manipulierte Spiele nicht oder jedenfalls nicht zu den gegebenen Wettquoten zuzulassen.¹⁰³ Eine unbefugte Datenverwendung ist damit auf der Grundlage der betrugsspezifischen Auslegung zu bejahen, wenn – entsprechend den Grundsätzen der konkludenten Täuschung beim Betrug – die Befugnis des Täters typischerweise zur Grundlage des betreffenden Geschäfts gehört und nach der Verkehrsanschauung als selbstverständlich vorhanden vorausgesetzt wird.¹⁰⁴

So sieht der BGH inzwischen auch Bestellungen über das Internet, die mit fremden Kreditkarten getätigt und automatisiert abgewickelt werden, als Computerbetrug an, ohne insoweit zu fordern, dass die Berechtigung zur Nutzung der Karte bei der Bearbeitung der Bestellung kontrolliert wird.¹⁰⁵ Gleich-

⁹⁶ Puschke/Haas, RdZ 2022, 4 (8).

⁹⁷ Puschke/Haas, RdZ 2022, 4 (8 f.).

⁹⁸ Christoph, ZJS 2022, 761 (767), mit der rhetorischen Frage, warum eine Berechtigung trotz des Verzichts auf die Abfrage der PIN stets miterklärt werden sollte.

⁹⁹ Siehe dagegen Christoph, ZJS 2022, 761 (767), wonach die Abfrage der PIN die Ausnahme und daher nicht der Auslegung der Erklärung zugrunde zu legen sei. Mit dem Verweis auf das Regel-Ausnahme-Verhältnis wird indes die oben genannte Differenzierung aufgegeben bzw. es müsste davon ausgegangen werden, dass der Nutzer beim Vorhalten der Karte noch keine Erklärung über seine Berechtigung abgibt (also kontaktlos bezahlen will), den Inhalt der Erklärung aber bei Abfrage der PIN ändert bzw. um seine Berechtigung erweitert.

¹⁰⁰ So aber Ceffinato, JuS 2021, 311 (313); siehe auch Kudlich, JA 2020, 710 (712).

¹⁰¹ Darüber hinaus erscheint zweifelhaft, ob aus § 935 Abs. 2 BGB abgeleitet werden kann, dass bei einer Zahlung mit gestohlenem Geld nicht über die Berechtigung getäuscht wird (so Ceffinato JuS 2021, 311 [313]), denn der Eigentumserwerb setzt auch insoweit die Gutgläubigkeit des Erwerbers und damit einen Irrtum voraus, siehe dazu unten 2. c), d).

¹⁰² Heger (Fn. 6), § 263 Rn. 13a; Hefendehl/Noll (Fn. 6), § 263a Rn. 82; Hoyer (Fn. 69), § 263a Rn. 19; Perron, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 263a Rn. 9; Rengier (Fn. 6), § 14 Rn. 22; Wessels/Hillenkamp/Schuh, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 45. Aufl. 2022, Rn. 649; Waßmer, in: Leitner/Rosenau (Hrsg.), Nomos Kommentar, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl. 2022, § 263a Rn. 40.

¹⁰³ BGH NJW 2013, 1017 (1018); BGH NJW 2016, 1336 (1337); krit. insoweit Altenhain (Fn. 69), § 263a Rn. 12; vgl. ferner bereits zu BGH NStZ 2016, 149 oben unter b).

¹⁰⁴ BGH NJW 2013, 1017 (1018); BGH NJW 2016, 1336 (1337); OLG Zweibrücken NStZ 2022, 550 (551).

¹⁰⁵ BGH BeckRS 2020, 16555 Rn. 13; siehe auch BGH BeckRS 2020, 28985 Rn. 12 f.; BGH BeckRS 2022, 31922 Rn. 11 f.; siehe ferner zur Prüfung der Bonität des berechtigten Karteninhabers bei der Bestellung: Hefendehl/Noll (Fn. 6), § 263a Rn. 119; Rengier, in: Saliger/Isfen/Kim/Liu/Mylonopoulos/Tavares/Yamanaka/Zheng (Hrsg.), Rechtsstaatliches Strafrecht, Festschrift für Ulfrid Neumann zum

ches müsste für die Verwendung einer Kredit- oder Debitkarte zum kontaktlosen Bezahlen gelten, da es auch insoweit nicht darauf ankäme, ob die Berechtigung des Kartennutzers bei der Zahlung überprüft wird.

Zu dem gleichen Ergebnis käme die subjektive Auslegung des Merkmals „unbefugt“, die auf den Willen des zur Verwendung dieser Daten Berechtigten abstellt.¹⁰⁶ Auch für diese Auslegung finden sich Ansätze in der neueren Rechtsprechung.¹⁰⁷ Der Missbrauch einer Karte, die dem Inhaber abhandengekommen ist, erfolgt gegen den Willen des Berechtigten und damit unbefugt, da sie sowohl dem Willen der kartenausgebenden Bank als auch dem Willen des Karteninhabers widerspricht. Nach beiden Auffassungen liegt das Handlungsunrecht darin, dass der Täter mit dem Missbrauch der Karte eine Befugnis vorspiegelt, über die er tatsächlich nicht verfügt.

f) Weitere Tatbestandsmerkmale des § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB

Sieht man in dem Missbrauch der Karte zum kontaktlosen Zahlen eine unbefugte Verwendung von Daten, so ist der objektive Tatbestand des § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB erfüllt: Mit der Nutzung der Karte wird das Ergebnis eines Datenverarbeitungsvorgangs beeinflusst, denn der (vermeintliche) Zahlungsauftrag des Karteninhabers führt zu einer Autorisierung der Zahlung durch die kartenausgebende Bank, mit der sich diese gem. § 780 BGB gegenüber dem Händler zur Zahlung des autorisierten Betrages verpflichtet. Da der Karteninhaber diese Zahlung nicht autorisiert hat, wird diese Vermögensminderung nicht durch einen Aufwendungsersatzanspruch der Bank kompensiert, so dass die Bank einen Vermögensschaden erleidet (s.o. III. vor 1.).¹⁰⁸ Der objektive Tatbestand ist damit erfüllt.

Geht man davon aus, dass der Täter in Bezug auf die auf diese Weise bewirkte Schädigung der Bank zumindest mit bedingtem Vorsatz handelt, so wäre für die Verwirklichung des subjektiven Tatbestands weiterhin erforderlich, dass der Täter in der Absicht handelt, sich oder einen Dritten rechtswidrig und „stoffgleich“ zu bereichern.

Die vom Täter selbst angestrebte Bereicherung um die gekaufte Ware beruht nicht auf dem Schaden der Bank, son-

dern auf der vertraglichen Leistung des Händlers und ist damit nicht „stoffgleich“.¹⁰⁹ Allerdings wird der Käufer mit der Zahlung der Bank von seiner Verpflichtung zur Kaufpreiszahlung frei (s.o. II. 1.); dieser Vorteil beruht auf dem vom Täter veranlassten Datenverarbeitungsvorgang, so dass die Anforderungen der Bereicherungsabsicht insoweit gegeben wären.¹¹⁰ Dagegen wird allerdings eingewandt, dass der Anspruch des Händlers mit dem Zustandekommen des abstrakten Schuldversprechens noch nicht erlischt, da die Kartenzahlung nur als Leistung erfüllungshalber angenommen wird (s.o. II. 1.).¹¹¹ Diesem Einwand ist indes entgegenzuhalten, dass bereits die Aussicht auf das Erlöschen der Forderung einen wirtschaftlichen Wert hat und überdies auch der Eintritt der Erfüllungswirkung mit der Gutschrift des Zahlungsbetrages auf dem Konto des Händlers auf dem vom Täter angestoßenen Datenverarbeitungsvorgang beruht.

Selbst wenn man die Stoffgleichheit in Bezug auf die vom Täter angestrebte (eigene) Bereicherung verneint, liegt eine solche jedenfalls in Bezug auf eine ebenfalls vom Täter beabsichtigte Drittbereicherung vor, denn die Bereicherung des Händlers um den Zahlungsanspruch gegen die kartenausgebende Bank (§ 780 BGB) ist notwendige Voraussetzung dafür, dass der Händler die Ware an den Täter übergibt, ohne die ihm zustehende Einrede nach § 320 BGB geltend zu machen.¹¹² Der subjektive Tatbestand des § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB ist daher ebenfalls erfüllt.

g) Die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung

Für eine Auslegung des § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB, die auch den Missbrauch von Kredit- und Debitkarten zur kontaktlosen Zahlung erfasst, spricht schließlich das Gebot zur unionsrechts- bzw. richtlinienkonformen Auslegung.¹¹³ Art. 6 lit. b der Richtlinie (EU) 2019/713 zur Bekämpfung von Betrug

70. Geburtstag, 2017, S. 1149 (1154 ff.); a.A. OLG Karlsruhe NJW 2009, 1287 (1288).

¹⁰⁶ Hilgendorf, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 5. Aufl. 2021, § 263a Rn. 10, 14; Kindhäuser/Hoven (Fn. 81), § 263a Rn. 27; Mitsch, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 3. Aufl. 2015, S. 398; Kindhäuser/Böse, Strafrecht, Besonderer Teil II, 12. Aufl. 2022, § 28 Rn. 23.

¹⁰⁷ Vgl. BGH NZWiSt 2017, 79 f., mit dem Hinweis, dass eine Weitergabe der Debitkarte zur Verwendung nach den AGB ausgeschlossen ist, daher nicht als Erteilung einer entsprechenden Vollmacht gedeutet werden kann; zur entsprechenden Deutung dieser Entscheidung: Christoph/Dorn-Haag, NSTZ 2020, 697 (703); Kindhäuser/Böse (Fn. 106), § 28 Rn. 49; Stam, NZWiSt 2017, 238 (240).

¹⁰⁸ So auch Göhler, JR 2021, 8 (19).

¹⁰⁹ Göhler, JR 2021, 8 (19); Hefendehl/Noll (Fn. 6), § 263a Rn. 185; a.A. Burghardt/Bardowicks, ZJS 2023, 593 (605).

¹¹⁰ Hoyer (Fn. 69), § 263a Rn. 56.

¹¹¹ Göhler, JR 2021, 8 (19).

¹¹² Hefendehl/Noll (Fn. 6), § 263a Rn. 185; Kindhäuser/Böse (Fn. 106), § 28 Rn. 53. Der Umstand, dass der Händler seine Leistung erbringt und damit sein eigenes Vermögen mindert, steht dem nicht entgegen (so aber Göhler, JR 2021, 8 [19]), denn bei der Stoffgleichheit von Bereicherung und Vermögensschaden geht es um das Verhältnis von Verfügendem (Bank) und Bereichertem (Händler). Nach Burghardt/Bardowicks, ZJS 2023, 593 (606), soll die Rechtswidrigkeit der Drittbereicherung aufgrund des bestehenden Anspruchs des Händlers gegen die Bank ausgeschlossen sein. Indes bleiben Ansprüche, die Produkt der Täuschung sind, bei der Rechtswidrigkeit der Bereicherung außer Betracht, Mitsch (Fn. 106), S. 342.

¹¹³ Siehe zu diesem Gebot und seinen Grenzen: EuGH, Urt. v. 8.10.1987 – C-80/86 (Kolpinghuis Nijmegen) = Slg. 1987, 3969 Rn. 12 f.; EuGH, Urt. v. 28.6.2012 – C-7/11 (Caronna) = BeckRS 2012, 81321 Rn. 51 f.; BGHSt 37, 330 (336); 50, 347 (355); BGH NSTZ 2004, 285; Hecker, Europäisches Strafrecht, 6. Aufl. 2021, S. 366 ff.; Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, 10. Aufl. 2022, § 9 Rn. 106 ff.

und Fälschung bei unbaren Zahlungsmitteln¹¹⁴ verpflichtet die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass „das vorsätzliche [...] Veranlassen einer Übertragung von Geld, monetären Werten oder virtueller Währung, durch das einer anderen Person ein unrechtmäßiger Vermögensverlust entsteht, mit der Absicht, dem Zuwiderhandelnden oder einem Dritten einen unrechtmäßigen Vermögensvorteil zu verschaffen, als Straftat geahndet wird, wenn [...] Computerdaten unrechtmäßig eingegeben, verändert, gelöscht, übertragen oder unterdrückt werden.“

Nutzt ein anderer als der berechtigte Karteninhaber eine Kredit- oder Debitkarte zum kontaktlosen Bezahlen, so werden damit Computerdaten unrechtmäßig eingegeben und übertragen. Die dadurch veranlasste Übertragung von Geldwerten führt bei der kartenausgebenden Bank zu einem Vermögensschaden (Verlust), zugleich will sich der Täter selbst bzw. dem Händler als Dritten einen unrechtmäßigen Vermögensvorteil verschaffen (s.o. f). Dass die damit bestehende unionsrechtliche Kriminalisierungspflicht auch und gerade das Bezahlen ohne PIN-Abfrage umfasst, lässt sich den Erwägungsgründen entnehmen, wonach die Richtlinie auch neue Zahlungstechnologien und neue Arten von Zahlungsinstrumenten einbeziehen soll, die Verbrauchern und Unternehmen – wie das kontaktlose Bezahlen – neue Möglichkeiten bieten, gleichzeitig aber auch mehr Gelegenheit zum Betrug schaffen (Erwägungsgrund 6).

Der deutsche Gesetzgeber hat insoweit keinen Umsetzungsbedarf gesehen, da § 263a StGB das unter Strafe zu stellende Verhalten vollständig erfasse.¹¹⁵ Dementsprechend ist mit dem Gesetzgeber davon auszugehen, dass § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB auch die unrechtmäßige Eingabe und Übertragung der auf der jeweiligen Karte gespeicherten Computerdaten beim kontaktlosen Bezahlen umfasst. Ob die unionsrechtlichen Vorgaben mit der Formulierung „unrechtmäßig“ darüber hinaus eine subjektive Auslegung favorisieren, die sich vom Erfordernis eines Täuschungsäquivalents löst (s.o. e), kann dabei letztlich dahingestellt bleiben.

2. Dreiecksbetrug (§ 263 StGB) gegenüber dem Händler und zum Nachteil der Bank

Beim Missbrauch der Karte interagiert der Täter nicht nur mit dem Computer der kartenausgebenden Bank, sondern auch mit dem Händler, der das Angebot der Bank auf Abschluss eines abstrakten Schuldversprechens (§ 780 BGB) annimmt; mit der Entstehung einer Verbindlichkeit in Höhe des autorisierten Betrages wird das Vermögen der Bank gemindert. Als

¹¹⁴ Richtlinie (EU) 2019/713 v. 17.4.2019 zur Bekämpfung von Betrug und Fälschung im Zusammenhang mit unbaren Zahlungsmitteln, ABl. 2019 EU Nr. L 123/18. Eine im Wesentlichen gleichlautende Verpflichtung ist bereits in Art. 3 Rahmenbeschluss 2001/413/JI v. 28.5.2001 zur Bekämpfung von Betrug und Fälschung im Zusammenhang mit unbaren Zahlungsmitteln (ABl. 2001 EU Nr. L 149/1) und Art. 8 des Europarats-Übereinkommens über Computerkriminalität v. 23.11.2001 (BGBl. II 2008, S. 1243) enthalten.

¹¹⁵ BT-Drs. 19/25631, S. 9; siehe bereits zu Art. 3 Rahmenbeschluss 2001/413/JI: BT-Drs. 15/1720, S. 7.

Vermögensverfügung wäre in diesem Fall also nicht die Autorisierung der Zahlung durch die Bank selbst, sondern eine Willenserklärung des Händlers anzusehen. Diese Erklärung wird entweder durch den Händler selbst oder eine von diesem bevollmächtigte Person abgegeben, so dass insoweit eine Strafbarkeit nach § 263 Abs. 1 StGB in Betracht kommt.

a) Keine Täuschung des Händlers (OLG Hamm)

Der Betrugstatbestand setzt insoweit eine Täuschung und einen entsprechenden Irrtum des Händlers voraus. Beides verneint das OLG Hamm mit folgender Begründung:

„Die Einlösungsgarantie der Bank gegenüber dem Händler entfällt nur im Ausnahmefall, insbesondere unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauchs, wenn der Händler vorsätzlich kollusiv mit einem Nichtberechtigten zusammenwirkt [...]. Für das Entstehen des Zahlungsanspruchs gegen die Bank muss der Händler die Berechtigung des kartenvorlegenden Kunden deshalb weder positiv überprüfen noch muss er sich diese auch nur vorgestellt haben. [...] Vor dem Hintergrund dieser Zahlungsmodalitäten hatten die Kassenkräfte des H-Marktes vorliegend keinerlei Anlass, sich Vorstellungen über die Berechtigung des Angeklagten zur Kartenverwendung zu machen. Im Gegenteil liefen sie vielmehr Gefahr, bei positiver Kenntnis von der Nichtberechtigung wegen kollusiven Zusammenwirkens mit dem Kartenverwender ihren Zahlungsanspruch [...] zu verlieren, weshalb aus Händlersicht gerade kein Anreiz bestand, über die Berechtigung des Angeklagten nachzudenken und so womöglich bösgläubig zu werden. [...] Auch traf den [Händler ...] keine Pflicht, die Berechtigung des Angeklagten anderweitig zu überprüfen, etwa durch Ausweiskontrolle. Damit aber fehlt es an einer Grundlage für die Annahme, dass der Angeklagte als Kunde seine Berechtigung zur Kartennutzung nach der Verkehrsanschauung fälschlich konkludent erklärt hätte und dass die Kassenmitarbeiter wenigstens im Sinne eines sachgedanklichen Mitbewusstseins einer entsprechenden irrigen Vorstellung unterlegen wären. Eine Betrugsstrafbarkeit scheidet damit in den vorliegenden Fällen einer kontaktlosen ec-Kartenzahlung ohne PIN-Abfrage schon mangels Täuschung des Angeklagten über seine Berechtigung zur Verwendung der ec-Karte und mangels damit korrespondierenden Irrtums der im Lager des Händlers stehenden Kassenmitarbeiter aus.“¹¹⁶

b) Einheitliche Bedeutung der vom Kartennutzer abgegebenen Erklärung

Ob die Kartenzahlung durch einen nichtberechtigten Dritten als Täuschung des Händlers anzusehen ist, bestimmt sich wiederum danach, welcher Erklärungsgehalt diesem Verhalten zukommt. Wie bereits dargelegt, enthält der Einsatz der Karte (mit oder ohne Eingabe der PIN) im Deckungsverhältnis einen Zahlungsauftrag an die Bank und eine Autorisierung dieser Zahlung. Da diese Erklärung nicht vom berechtigten Karteninhaber, sondern von einem dazu nichtberechtigten

¹¹⁶ OLG Hamm BeckRS 2020, 9059 Rn. 13–15.

ten Dritten abgegeben wird, liegt insoweit eine Täuschung vor (s.o. I. d), e). Eine Täuschung gegenüber dem Händler lässt sich daher nur unter der Voraussetzung verneinen, dass dem Verhalten des Kartennutzers im Verhältnis zum Händler eine andere Bedeutung zukommt, dieser also gegenüber dem Händler keine Erklärung über die Autorisierung der Zahlung abgibt und dieser damit auch nicht Täuschungsadressat der vom Täter erstellten unechten Datenurkunde ist (s.o. I. d) zu § 269 StGB).

Dagegen spricht indes, dass die Auslösung der Zahlung nicht nur im Deckungsverhältnis, sondern auch im Vollzugs- und Valutaverhältnis relevant ist: Sofern man der Auffassung folgt, wonach das abstrakte Schuldversprechen (§ 780 BGB) im Zuwendungsverhältnis zwischen kartenausgebender Bank und Händler über den Kunden als Boten bzw. Vertreter der Bank zustande kommt (s.o. I. 1.), setzt dies – wie im Deckungsverhältnis – voraus, dass der Kunde als berechtigter Karteninhaber (d.h. nicht als falsus procurator bzw. Pseudobote) für die kartenausgebende Bank gegenüber dem Händler ein entsprechendes Angebot abgibt.¹¹⁷ Selbst wenn man davon ausgeht, dass das abstrakte Schuldversprechen unmittelbar durch die von der Bank erteilte Autorisierung der Zahlung zustande kommt, spricht gegen die Deutung des OLG Hamm, dass es sich um ein und dasselbe Verhalten (Einsatz der Karte zur Zahlung) handelt, das nicht nur im Deckungsverhältnis, sondern auch im Valutaverhältnis Rechtswirkungen (Kartenzahlung als Leistung erfüllungshalber) entfaltet. Für eine einheitliche Deutung spricht auch ein zentrales Kriterium für die Annahme konkludenter Täuschungen, wonach jedenfalls solche Tatsachen schlüssig miterklärt werden, deren Gegenteil in einem normativen, empirischen oder logischen Widerspruch zum Erklärungsinhalt stünde.¹¹⁸ Eine unterschiedliche, vom Erklärungsempfänger abhängige Deutung des Erklärungsverhaltens, mit dem eine Berechtigung zum Teil miterklärt (Deckungsverhältnis), zum Teil nicht miterklärt wird, liefe auf eine in sich widersprüchliche Erklärung des Kartennutzers hinaus.

c) Irrelevanz der Berechtigung des Kartennutzers für den Händler?

Nun ließe sich ein solcher Widerspruch möglicherweise ausräumen, indem man im Verhältnis zum Händler von einer inhaltlich verkürzten Erklärung ausgeht, die keine Aussage zur Identität des Nutzers bzw. seiner Berechtigung enthält. Für eine solche „empfängerrelative“ Auslegung des Erklärungsverhaltens ließe sich mit dem OLG Hamm anführen, dass eine bestimmte Tatsache (die Berechtigung zur Nutzung der Karte) nicht für jeden Erklärungsempfänger mit Blick auf die von ihm zu treffenden Vermögensdispositionen gleicher-

maßen relevant sind: Da der Händler auch bei einer Kartenzahlung durch einen Nichtberechtigten einen Zahlungsanspruch gegen die kartenausgebende Bank erwirbt, bleiben seine Vermögensinteressen von diesem Umstand unberührt. Dieses Argument beruht auf dem zutreffenden Ausgangspunkt, dass eine Täuschung i.S.d. § 263 StGB sich auf Umstände beziehen muss, die nach der Verkehrsanschauung für das Opfer Voraussetzung der von ihm vorzunehmenden Verfügung sind.¹¹⁹ Daraus wird die allgemeine Regel abgeleitet, dass eine Täuschung zu verneinen sei, wenn sie sich auf Umstände beziehe, von deren Prüfung der Adressat der Erklärung im Interesse des Verkehrsschutzes befreit sei.¹²⁰ Weil vom Adressaten nicht erwartet werde, sich über diese Umstände Gedanken zu machen, wird zum Teil auch ein entsprechender Irrtum verneint.¹²¹

Aus diesem Grund wird eine Strafbarkeit nach § 263 StGB bei der Abhebung des Guthabens von einem Sparbuch durch einen Nichtberechtigten¹²², aber auch beim Missbrauch einer Kreditkarte durch einen Nichtberechtigten¹²³ oder deren Einsatz einer Debitkarte im POS-Verfahren durch einen anderen als den Karteninhaber¹²⁴ abgelehnt.

Beim Sparbuch soll dies allerdings nicht gelten, wenn besondere Umstände auf die fehlende Berechtigung hindeuten, weil die befreiende Wirkung der Leistung an den Nichtberechtigten nicht eintritt, wenn der Schuldner diese kennt oder grob fahrlässig nicht erkennt.¹²⁵ Es erscheint jedoch wenig plausibel, den Inhalt der mit der Vorlage des Sparbuchs einhergehenden Erklärung über die Berechtigung an derartige Verdachtsmomente zu knüpfen, im Übrigen aber davon auszugehen, dass der Täter lediglich erklärt, im Besitz des Sparbuchs zu sein.¹²⁶ Aufgrund der Einschränkungen der befreienden Wirkung bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit und den damit einhergehenden Prüfungspflichten wird vielmehr überwiegend davon ausgegangen, dass der Täter über die eigene Berechtigung täuscht und der Schuldner einem entsprechenden Irrtum unterliegt.¹²⁷ Nach dieser Prämisse müss-

¹¹⁹ Frisch, in: Pawlik/Zaczyk (Hrsg.), Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007, 2007, S. 97 (128 f.); Wachter, NSTZ 2018, 241 (244).

¹²⁰ Hefendehl, in: Erb/Schäfer (Fn. 6), § 263 Rn. 199.

¹²¹ Hoyer (Fn. 69), § 263 Rn. 77 ff.

¹²² OLG Düsseldorf NJW 1989, 2003 (2004); Duttge (Fn. 6), § 263 Rn. 24; Hoyer (Fn. 69), § 263 Rn. 77; Saliger (Fn. 118), § 263 Rn. 62; Tiedemann (Fn. 117), § 263 Rn. 44.

¹²³ Eisele (Fn. 6), Rn. 544; Hoyer (Fn. 69), § 263 Rn. 78; Rengier (Fn. 6), § 13 Rn. 49.

¹²⁴ Eisele/Fad, JURA 2002, 305 (308); Fischer (Fn. 69), § 263 Rn. 59; Hefendehl (Fn. 120), § 263 Rn. 201; Hoyer (Fn. 69), § 263 Rn. 79; Rengier (Fn. 6), § 13 Rn. 49; Saliger (Fn. 118), § 263 Rn. 61; Satzger (Fn. 118), § 263 Rn. 129.

¹²⁵ Siehe die Nachweise in Fn. 122.

¹²⁶ So Hefendehl (Fn. 120), § 263 Rn. 206; Saliger (Fn. 118), § 263 Rn. 61; Tiedemann (Fn. 117), § 263 Rn. 44.

¹²⁷ Dannecker, in: Graf/Jäger/Wittig (Hrsg.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Kommentar, 2. Aufl. 2017, § 263 Rn. 61; Eisele (Fn. 6), Rn. 544; Heger (Fn. 6), § 263 Rn. 14; Heinrich, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht, Beson-

te dies auch für Kreditkartenzahlungen gelten, da der Händler vertraglichen Schadensersatzansprüchen ausgesetzt ist, wenn er einen naheliegenden Missbrauchsverdacht ignoriert (s.o. I. 1.; vgl. dort auch zur Bösgläubigkeit nach § 173 BGB).¹²⁸

Die Bedeutung derartiger Prüfungspflichten sollte indes nicht überschätzt werden, denn sie benennen nur einen Aspekt, der Rückschlüsse darauf zulässt, dass der zu prüfende Umstand für das Opfer als Voraussetzung der vorzunehmenden Vermögensverfügung relevant ist.¹²⁹ Der Gegenstand einer (konkludenten) Täuschung ist jedoch nicht auf die Umstände zu beschränken, auf die sich eine dem Erklärungsadressaten obliegende Prüfungspflicht bezieht. Es ist vielmehr zwischen den aus der Sicht des Opfers relevanten Verfügungsvoraussetzungen als Gegenstand von Täuschung und Irrtum und den dafür erforderlichen Feststellungen („Prüfung“) zu unterscheiden. In der Sache entspricht dies der in der Auseinandersetzung mit der computerspezifischen Auslegung des § 263a StGB herausgearbeiteten Unterscheidung zwischen Autorisierung durch den berechtigten Karteninhaber und deren Überprüfung durch eine (starke) Authentifizierung. (s.o. I. d): Verfügungsrelevant ist die Berechtigung des Kartennutzers. Diese Berechtigung wird anhand der Vorlage der Karte und ggf. weiterer Faktoren (Eingabe der PIN) überprüft. Der Besitz und ggf. die Kenntnis der PIN sind für den Händler ausreichend, um von der Berechtigung des Kartennutzers auszugehen zu können; aus der Sicht des Händlers setzt die Verfügung aber weiterhin voraus, dass es sich bei dem Kunden um den berechtigten Karteninhaber handelt. Der Inhalt der Erklärung lautet daher nicht „Ich bin im Besitz dieser Karte und habe Kenntnis von der zugehörigen PIN.“, sondern: „Ich bin berechtigt, mit dieser Karte einen Zahlungsvorgang auszulösen.“

Diese Deutung des Erklärungsverhaltens entspricht der allgemeinen Regel, dass mit dem Abschluss eines Rechtsgeschäfts schlüssig miterklärt wird, zur Vornahme des beabsichtigten Geschäfts befugt zu sein.¹³⁰ Die Kartenzahlung als Leistung erfüllungshalber setzt die Berechtigung voraus, die kartenausgebende Bank zu einer Zahlung an den Händler zu veranlassen. Der nichtberechtigte Besitz der Karte begründet für sich allein kein Recht des Besitzers, einen Zahlungsvorgang auszulösen, sondern nur eine im Interesse des Verkehrsschutzes bestehende Rechtsmacht gegenüber gutgläubigen Erklärungsempfängern. Dass der Besitz der Karte für sich genommen keine Zahlungsbefugnis vermittelt, wird daran deutlich, dass der Händler bei einer Offenlegung der fehlenden Berechtigung gehalten wäre, die Zahlung mit der vorge-

legten Karte zurückzuweisen.¹³¹ Es wäre daher widersprüchlich, dem Händler gegenüber anzugeben, mit Karte zu zahlen, aber zugleich zu erklären, nicht der berechtigte Karteninhaber zu sein.¹³² Die Rechtsmacht, die über die Zuweisung des Missbrauchsrisikos an die kartenausgebende Bank begründet wird, steht und fällt daher mit der Gutgläubigkeit, d.h. einem entsprechenden Irrtum des Erklärungsempfängers.¹³³ In diesem Punkt unterscheidet sich der Kartenmissbrauch durch einen nichtberechtigten Dritten von Konstellationen, in denen der berechtigte Karteninhaber seine Karte zur Zahlung einsetzt, obwohl sein Konto keine genügende Deckung aufweist (vgl. § 266b StGB); da die Bonität des Karteninhabers aus der Sicht des Händlers keine Verfügungsvoraussetzung ist, liegt keine Täuschung über die Berechtigung vor und eine Betrugsstrafbarkeit scheidet insoweit aus.¹³⁴

Dementsprechend geht auch die Rechtsprechung davon aus, dass der Missbrauch einer Kreditkarte durch einen Nichtberechtigten den Tatbestand des Betrugs erfüllt.¹³⁵ In dem Unterschreiben des Kreditkartenbelegs mit dem Namen des Karteninhabers wird dabei sogar eine ausdrückliche Täuschung gesehen.¹³⁶ Da der Kreditkartenbeleg die Anweisung zur bzw. Autorisierung der Zahlung verkörpert, wirkt die Täuschung also nach h.M. über das Deckungsverhältnis hinaus auch im Verhältnis zum Händler. Dies muss entsprechend für den Missbrauch der Debitkarte im POS-Verfahren gelten, denn die Abfrage der PIN hat dort die gleiche Funktion, da sie der Überprüfung (Authentifizierung) desjenigen dient, der den Zahlungsvorgang auslöst. Selbst wenn auf eine PIN-Abfrage verzichtet wird, liegt in der Verwendung einer Kredit- oder Debitkarte im POS-Verfahren, in dem der nichtberechtigte Dritte ebenfalls als (vermeintlicher) Karteninhaber eine Zahlung autorisiert und damit gegenüber der Bank seine Berechtigung vortäuscht, wie bei der Nutzung der Kreditkarte im Belegverfahren zugleich eine Täuschung des Händlers. Auch in dieser Hinsicht gebietet es die Parallele zu den Urkundendelikten, eine Täuschung im Rechtsverkehr (und

derer Teil, 4. Aufl. 2021, § 20 Rn. 57; *Momsen* (Fn. 70), § 41 Rn. 64; *Perron* (Fn. 102), § 263 Rn. 16b, 48; *Rengier* (Fn. 6), § 13 Rn. 48; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr* (Fn. 102), Rn. 538.

¹²⁸ *Momsen* (Fn. 70), § 41 Rn. 66; *Tiedemann* (Fn. 117), § 263 Rn. 43, 89; siehe auch zu § 263a StGB: *Waßmer* (Fn. 102), § 263a Rn. 49; siehe dagegen *Eisele* (Fn. 6), Rn. 544; *Rengier* (Fn. 6), § 13 Rn. 49.

¹²⁹ *Frisch* (Fn. 119), S. 125, 127 f., spricht insoweit von einem heuristischen Verfahren.

¹³⁰ *Hefendehl* (Fn. 120), § 263 Rn. 236; *Kindhäuser/Hoven* (Fn. 81), § 263 Rn. 126; *Tiedemann* (Fn. 117), § 263 Rn. 39.

¹³¹ Vgl. Bedingungen (Fn. 9), Nr. 8: „Die Eingabe der persönlichen Geheimzahl (PIN) oder die Nutzung der anderen vereinbarten Authentifizierungselemente darf nur durch den Karteninhaber erfolgen.“; siehe auch allgemein zum Missbrauchsverdacht AGB der BS PAYONE (Fn. 20), Nr. 3.1.

¹³² Vgl. zum Sparbuch: *Kindhäuser/Hoven* (Fn. 81), § 263 Rn. 135.

¹³³ Siehe auch zum Scheck mit Zahlungsgarantie: OLG Köln NJW 1978, 713 (714).

¹³⁴ BGHSt 33, 245 (249); BGH wistra 2005, 222; *Hoyer* (Fn. 69), § 263 Rn. 80; *Momsen* (Fn. 70), § 41 Rn. 66; *Saliger* (Fn. 118), § 263 Rn. 61; *Tiedemann* (Fn. 117), § 263 Rn. 43.

¹³⁵ BGH wistra 2007, 458 (460); LG Berlin wistra 1985, 241 (242); LG Hamburg wistra 1986, 227; ebenso *Kindhäuser/Hoven* (Fn. 81), § 263 Rn. 135; *Perron* (Fn. 102), § 263 Rn. 29a; *Saliger* (Fn. 118), § 263 Rn. 61, 100; *Tiedemann* (Fn. 117), § 263 Rn. 43, 89; siehe auch *Hefendehl* (Fn. 120), § 263 Rn. 200 Fn. 566.

¹³⁶ *Kindhäuser/Hoven* (Fn. 81), § 263 Rn. 135; *Saliger* (Fn. 118), § 263 Rn. 61; *Tiedemann* (Fn. 117), § 263 Rn. 43.

i.R.d. § 263 StGB) nicht davon abhängig zu machen, ob der Täter eine unechte Urkunde herstellt (§ 267 Abs. 1 Var. 1 StGB) oder eine unechte Datenurkunde erstellt (§ 269 StGB; s.o. 1 d).

d) Vermögensrelevanz der Berechtigung beim Dreiecksbetrug

Das Argument des OLG, dass der Händler keinen Anlass habe, sich über die Berechtigung des Kartennutzers Gedanken zu machen, und eine Täuschung und ein Irrtum des Händlers deshalb ausgeschlossen seien, ist darüber hinaus einem weiteren Einwand ausgesetzt. Da der Händler einen Zahlungsanspruch gegen die kartenausgebende Bank erwirbt, tritt der Vermögensschaden nicht beim Händler, sondern bei der kartenausgebenden Bank ein. Eine Strafbarkeit nach § 263 StGB kommt daher nur in Gestalt eines Dreiecksbetruges gegenüber dem Händler und zum Nachteil der Bank in Betracht (s.o. 2.). Eine täuschungs- und irrumsbedingte Verfügung des Händlers bezieht sich also nicht auf dessen eigenes Vermögen, sondern auf das der Bank. Für die Frage, welche Umstände für eine Verfügung aus der Sicht des Erklärungsadressaten relevant sind, ist daher beim Dreiecksbetrug nicht auf das Vermögen des Verfügenden, sondern auf das Vermögen des Geschädigten abzustellen. Exemplarisch: Bezahlt der Täter an der Ladenkasse Waren mit Falschgeld,¹³⁷ so ist die Vermögensrelevanz dieses Umstands nicht aus der Sicht des Kassenspersonals, das in der Regel nicht für den Schaden einzustehen hat, sondern aus der Sicht des geschädigten Ladeninhabers zu bestimmen.¹³⁸ Dementsprechend sind bei der Frage, ob der Händler über einen bestimmten Umstand getäuscht wird und einem entsprechenden Irrtum erliegt, nicht die Auswirkungen dieses Umstands auf sein eigenes Vermögen, sondern diejenigen auf das Vermögen der geschädigten Bank maßgeblich. Aus deren Sicht ist es wiederum entscheidend, ob die Karte vom Karteninhaber oder einem nichtberechtigten Dritten eingesetzt wird, denn in dem letztgenannten Fall besteht kein Aufwendungsersatzanspruch gegen den Kunden (s.o. II. 1.). Dem Erklärungsverhalten des Kartennutzers gegenüber dem Händler wäre mithin die gleiche Bedeutung beizumessen wie im Deckungsverhältnis.

Damit verlagert sich die entscheidende Frage auf das Tatbestandsmerkmal der Verfügung, d.h. das für einen Dreiecksbetrug erforderliche Näheverhältnis zwischen Verfügendem (Händler) und Geschädigtem (Bank). Zum Teil wird es für einen Dreiecksbetrug bereits als ausreichend angesehen, wenn die verfügende Person aufgrund von Rechtsscheinsgrundsätzen über das Vermögen des Geschädigten verfügen kann, wie z.B. der gutgläubige Erwerber über das Eigentums-

recht des Opfers (§ 932 BGB).¹³⁹ Dem wird allerdings entgegengehalten, dass vor der Verfügung keinerlei Rechtsverhältnis zwischen Verfügendem und Geschädigten besteht, auf das eine Zurechnungseinheit gestützt werden könnte.¹⁴⁰ Ein solches Rechtsverhältnis besteht allerdings nach Abtretung einer Forderung zwischen Schuldner und Zessionar; wenn der Schuldner gutgläubig an den Zedenten leistet und die Forderung des Zessionars dadurch erlischt (§ 407 Abs. 1 BGB), wird daher überwiegend eine Verfügung des Schuldners zum Nachteil des Zessionars bejaht.¹⁴¹ Auf dieser Linie liegt auch eine Entscheidung des BGH, wonach ein Angestellter, der unter Vorspiegelung einer Inkassovollmacht Forderungen seines Arbeitgebers einzieht, einen Dreiecksbetrug zum Nachteil seines Arbeitgebers begeht, der die Zahlungen des jeweiligen Schuldners (als Verfügung über sein Vermögen) nach § 56 HGB gegen sich gelten lassen muss.¹⁴² Da sich das Verhältnis zwischen Händler und der kartenausgebenden Bank nach den für den Einsatz der Kreditkarte bzw. für das POS-Verfahren geltenden Händlerbedingungen bestimmt, wäre das für die Zurechnung erforderliche Näheverhältnis nach den vorstehenden Grundsätzen zu bejahen. Dies gilt auch dann, wenn man Rechtsscheintatbestände nicht als ausreichend ansieht, da diese allein dem Verkehrsschutz dienen.¹⁴³ Eine Schutzfunktion gegenüber dem Vermögensinhaber kann sich nämlich insbesondere aus vermögensbezogenen Prüfungspflichten ergeben.¹⁴⁴ Der Händler ist verpflichtet, die sich aus den Vertragsbedingungen ergebenden Sicherheitsanforderungen beim Betrieb der Kartenlesegeräte zu beachten.¹⁴⁵ Bei Verdachtsmomenten, die auf einen Missbrauch der Karte hindeuten, darf der Händler die Karte nicht akzeptieren¹⁴⁶; bei einer Verletzung dieser Pflicht kann sich der Händler schadensersatzpflichtig machen (s.o. II. 1.). Ein Schutz- bzw. Näheverhältnis liegt damit vor, der Händler verfügt daher mit der Annahme des Angebots zum Abschluss eines abstrakten Schuldversprechens über das Vermögen der

¹³⁹ Fischer (Fn. 69), § 263 Rn. 84, 85; Kindhäuser/Hoven (Fn. 81), § 263 Rn. 212, 220; Momsen (Fn. 70), § 41 Rn. 82; Tiedemann (Fn. 117), § 263 Rn. 117.

¹⁴⁰ Eisele (Fn. 6), Rn. 570; Hoyer (Fn. 69), § 263 Rn. 178; Hefendehl (Fn. 120), § 263 Rn. 472; Mitsch (Fn. 106), S. 302; Perron (Fn. 102), § 263 Rn. 67; Rengier (Fn. 6), § 13 Rn. 136; Saliger (Fn. 118), § 263 Rn. 144; im Ergebnis ebenso RGSt 49, 16 (19 f.: keine Verfügung des Erwerbers).

¹⁴¹ OLG Celle NJW 1994, 142 (143); Eisele (Fn. 6), Rn. 571; AG Eggenfelden NSTZ-RR 2008, 242 (243); Perron (Fn. 102), § 263 Rn. 67; Rengier (Fn. 6), § 13 Rn. 137; ablehnend: Hoyer (Fn. 69), § 263 Rn. 178; Hefendehl (Fn. 120), § 263 Rn. 472; Saliger (Fn. 118), § 263 Rn. 145.

¹⁴² BGH wistra 1992, 299; zustimmend Saliger (Fn. 118), § 263 Rn. 145; siehe auch BGH NJW 1968, 1147 (1148).

¹⁴³ Hefendehl (Fn. 120), § 263 Rn. 472; siehe auch Satzger (Fn. 118), § 263 Rn. 200.

¹⁴⁴ Fischer (Fn. 69), § 263 Rn. 84; Saliger (Fn. 118), § 263 Rn. 143; Satzger (Fn. 118), § 263 Rn. 200.

¹⁴⁵ Vgl. Bedingungen (Fn. 9), nur Nr. 7.

¹⁴⁶ AGB zur Akzeptanz von Debit- und Kreditkarten der BS PAYONE (Fn. 20), Nr. 3.1.

¹³⁷ Vgl. BGH NSTZ 2014, 215.

¹³⁸ Damit soll nicht in Abrede gestellt werden, dass arbeitsvertragliche Pflichten das Kassenspersonal dazu anhalten, eine entsprechende Zahlung zurückzuweisen (vgl. BGH NSTZ 2014, 215 [216]); diese Pflichten sind jedoch nicht für die Tatbestandsmerkmale Täuschung und Irrtum, sondern erst für das Vorliegen einer Verfügung und das dafür erforderliche Näheverhältnis relevant, siehe dazu sogleich im Text.

kartenausgebenden Bank.¹⁴⁷ Dies gilt allerdings nur unter der Voraussetzung, dass das Vermögen der Bank durch das Verhalten des Händlers unmittelbar gemindert wird. Dies könnte mit dem Argument verneint werden, dass eine Vermögensminderung bereits durch das von der Bank abgegebene Angebot eintritt. Diese Frage betrifft das Konkurrenzverhältnis zum Betrugstatbestand und soll daher in diesem Kontext behandelt werden (s.u. 3.).

In Bezug auf den Eintritt eines Vermögensschadens, den Vorsatz und die Bereicherungsabsicht kann auf die Ausführungen zu § 263a StGB verwiesen werden (s.o. 1. f). Nutzt ein Nichtberechtigter eine Kredit- oder Debitkarte zum kontaktlosen Bezahlen, so erfüllt dieses Verhalten mithin auch den Tatbestand des Dreiecksbetruges (§ 263 Abs. 1 StGB).

e) Richtlinienkonforme Auslegung

Dieses Ergebnis entspricht wiederum zugleich dem Gebot der richtlinienkonformen Auslegung (s.o. 1. g). Art. 3 lit. a der Richtlinie zur Bekämpfung von Betrug und Fälschung bei unbaren Zahlungsmitteln¹⁴⁸ verpflichtet die Mitgliedstaaten, „die betrügerische Verwendung gestohlener oder in anderer Weise widerrechtlich angeeigneter oder erlangter unbarer Zahlungsinstrumente“ unter Strafe zu stellen. Der deutsche Gesetzgeber hat auch in Bezug auf diese Vorschrift keinen Umsetzungsbedarf gesehen, da die betrügerische Verwendung von gestohlenen oder auf andere Weise widerrechtlich erlangten Zahlungsinstrumenten umfassend nach § 263 StGB (ggf. auch § 263a StGB) mit Strafe bedroht sei.¹⁴⁹ Dieser Prämisse widerspräche eine Auslegung des § 263 StGB, wonach der Missbrauch einer dem berechtigten Karteninhaber abhandengekommenen Kredit- oder Debitkarte zum kontaktlosen Bezahlen gegenüber dem Händler nicht als „betrügerische“ Verwendung anzusehen wäre.

3. Verhältnis von Betrug und Computerbetrug

Als Zwischenergebnis ist damit festzuhalten, dass die Einwände des OLG Hamm gegen eine Strafbarkeit des Missbrauchs einer abhandengekommenen Kredit- oder Debitkarte zum kontaktlosen Bezahlen nach §§ 263, 263a StGB nicht durchgreifen. Da das Erfolgsunrecht nach beiden Tatbeständen in dem der Bank zugefügten Vermögensschaden liegt, stellt sich abschließend die Frage, ob der Täter wegen Betruges (§ 263 StGB) oder Computerbetruges (§ 263a StGB) zu bestrafen ist.

Nach einer Auffassung ist § 263a StGB als Auffangtatbestand gegenüber § 263 StGB subsidiär.¹⁵⁰ Nach der Gegen-

auffassung stehen beide Tatbestände zueinander in einem Exklusivitätsverhältnis; für die Abgrenzung ist entscheidend, ob die Vermögensverfügung auf einem automatisierten Datenverarbeitungsvorgang oder einem menschlichen Handeln beruht.¹⁵¹ Die Vermögensminderung wird durch den Vertragsschluss über das abstrakte Schuldversprechen (§ 780 BGB) bewirkt. Dieser Vertrag kommt nach überwiegender Auffassung durch die elektronische Autorisierung der Bank als Angebot und durch dessen Annahme durch den Händler zustande (s.o. II. 1. a). Da die rechtsgeschäftliche Bindung der Bank damit (auch) aus einer von dieser selbst abgegebenen Willenserklärung hervorgeht, bedarf es zur Begründung einer Vermögensverfügung keiner Zurechnung der (menschlichen) Willenserklärung des Händlers. Folgt man der letztgenannten Ansicht, so ist daher im Ergebnis nur eine Strafbarkeit wegen Computerbetruges anzunehmen.¹⁵²

IV. Ergebnis

Der Missbrauch einer abhandengekommenen Kredit- oder Debitkarte zum kontaktlosen Bezahlen ist nach alledem entweder als Betrug oder als Computerbetrug strafbar. Dieses Ergebnis ist angesichts der zunehmenden Bedeutung des unbaren Zahlungsverkehrs auch sachgerecht, insbesondere rechtfertigt der Verzicht auf eine starke Authentifizierung bei kleineren Zahlungsbeträgen keine Einschränkung des strafrechtlichen Vermögensschutzes. Eine ausschließliche Ahndung als Urkundendelikt (§§ 269, 274 Abs. 1 Nr. 2 StGB¹⁵³) ließe sich nicht widerspruchsfrei begründen (s.o. III. 1. d) zu § 269 StGB), wäre aber jedenfalls nicht geeignet, das verwirklichte Erfolgsunrecht (Vermögensschaden) vollständig zu erfassen. Die Ahndung als Vermögensdelikt entspricht schließlich auch den unionsrechtlichen Vorgaben (s.o. III. 1. g), 2. e). Dies gilt auch und erst recht für die Kartenzahlungen, bei denen sich der nichtberechtigte Zahler durch eine starke (z.B. Eingabe der PIN) oder eine einfache (z.B. Unterschrift) Authentifizierung legitimiert. Damit kommt es auch nicht mehr darauf an, ob eine starke Authentifizierung vom Zahlungsdienstleister selbst durchgeführt werden muss (s.o. II. 2. c), so dass auch der Missbrauch von Smartphones und anderen geeigneten Endgeräten zum kontaktlosen Bezahlen erfasst wird. Selbst wenn man bei elektronischen Zahlungsvorgängen von einem Vorrang des § 263a StGB ausgeht (vgl. oben III. 3.), kommt eine Strafbarkeit nach § 263 StGB zumindest bei der Zahlung mit Kreditkarte im klassischen Belegverfahren in Betracht.

¹⁴⁷ Tiedemann (Fn. 117), § 263 Rn. 117; siehe auch zum Dreiecksbetrug beim Scheck mit Zahlungsgarantie: BGHSt 24, 386 (389); siehe ferner OLG Köln NJW 1978, 713 (714 f.); OLG Hamburg NJW 1983, 768 (769); a.A. Hoyer (Fn. 69), § 263 Rn. 171.

¹⁴⁸ Fn. 114; siehe auch bereits Rahmenbeschluss 2001/413/JI (Fn. 114), Art. 2 lit. d.

¹⁴⁹ BT-Drs. 19/25631, S. 7 f.; vgl. auch zu Art. 2 Rahmenbeschluss 2001/413/JI: BT-Drs. 15/1720, S. 7.

¹⁵⁰ Heger (Fn. 6), § 263a Rn. 27; Perron (Fn. 102), § 263a Rn. 41 f.; Tiedemann/Valerius (Rn. 69), § 263a Rn. 95.

¹⁵¹ Altenhain (Fn. 69), § 263a Rn. 32; Fischer (Fn. 69), § 263a Rn. 38; Hefendehl/Noll (Fn. 6), § 263a Rn. 220.

¹⁵² Vgl. auch Hefendehl/Noll (Fn. 6), § 263a Rn. 170 (zum POS-Verfahren).

¹⁵³ Siehe insoweit OLG Hamm BeckRS 2020, 9059 Rn. 33 ff.

B u c h r e z e n s i o n

Thomas Steenbreker, Identität und Freiheit, Studien zur Zeitlichkeit der Person im Strafrecht, Mohr Siebeck, Tübingen 2020, 272 S., € 94.

I. 1. Ist der über 90-jährige Greis noch derselbe Mensch, der er mit 17 war, als er sich im KZ als Teil der NS-Vernichtungsmaschinerie betätigte, oder ist er jetzt ein anderer und es deshalb illegitim, ihn für seine Taten von damals heute zur Rechenschaft zu ziehen? Und wie stünde es in dem Fall, dass er sich aufgrund einer fortschreitenden Demenz seiner damaligen Verbrechen nicht mehr erinnern kann? Die Frage, ob, wodurch und unter welchen Voraussetzungen ein Mensch über die Zeit derselbe bleibt, beschäftigte die Philosophie zwar schon in der Antike, wie etwa ein Fragment des Vorsokratikers Epicharmos zeigt, in dem sich ein säumiger Schuldner seinem Gläubiger gegenüber damit verteidigt, alles sei derart in permanenter Veränderung begriffen, er sei nun nicht mehr der, der seinerzeit den Kredit aufnahm.¹ Die ethischen und rechtlichen Dimensionen des Problems scheinen jedoch, auch wenn sie bereits in jener Geschichte zur Sprache kommen, vollends erst bei *Locke* und *Leibniz* in den Blick zu geraten und treiben die Philosophie seither in verstärktem Maße um.² Den strafrechtlichen Implikationen dieser Fragestellung widmet sich *Steenbreker* in seiner von *Saliger* betreuten Münchener Dissertation „Identität und Freiheit“, die er einleitend – leider ohne nähere Erläuterung des damit Gemeinten – als „Beitrag zu einer kritischen Strafrechtswissenschaft“ (S. 1) bezeichnet.

Die Arbeit gliedert sich in sechs Kapitel, wobei der *Verf.* seine Gedanken zum Thema diachroner personaler Identität und dessen Bedeutung für das Strafrecht hauptsächlich in den Kapiteln 2–5 entfaltet, während das erste Kapitel der knappen Einleitung und das letzte der Zusammenfassung unter Betonung des titelgebenden Zusammenhangs von Identität und Freiheit dient.

2. *Steenbreker* beginnt seine Untersuchung mit einer Klärung der zentralen Grundbegriffe „Person“ und „Identität“, die sich inhaltlich im Wesentlichen an *Quantes*³ Einführung orientiert (S. 5–53). Nach einer kurzen Skizze des Personbegriffs bei *Kant* betont *Steenbreker* (im Ausgangspunkt wie *Quante*⁴) die Wichtigkeit, zwischen einem deskriptiven und einem normativen Gebrauch des Personenbegriffs zu unterscheiden. Zwar hingen beide zusammen, da die „Zurechnung“ des ethischen Status einer Person vom Vorliegen bestimmter deskriptiver „Wesensmerkmale“ abhängt. Wegen der Unterscheidung zwischen Sein und Sollen dürfe dieser Zusammenhang aber nicht so verstanden werden, dass sich

jener ethische Status aus irgendwelchen deskriptiven Merkmalen „kausal“ ableiten oder „rechtfertigen“ ließe (S. 13). Obwohl im Kontext der Untersuchung die ethischen Aspekte des Personenbegriffs im Zentrum stehen, gibt *Steenbreker* einen kurzen Überblick über die für das Personsein konstitutiven deskriptiven Merkmale, die sog. person-making characteristics (S. 14–18), und über den Zusammenhang von Menschsein und Personalität (S. 18–23). Sodann geht der *Verf.* auf den im weiteren Gang seiner Untersuchung noch überaus bedeutsamen Begriff der Persönlichkeit ein. Diese setze Personalität im Sinne der person-making characteristics voraus, weil sie Kommunikationsfähigkeit, Selbstbewusstsein, Rationalität erfordere, bezeichne aber deren konkret-individuelle, biographisch geprägte und sich fortlaufend prozesshaft entwickelnde Gestalt (S. 23–25).⁵ Zentral (auch für die weitere Arbeit) ist dabei, dass *Steenbreker* die Persönlichkeit mit *Quante*⁶ als ein intersubjektives Phänomen versteht: Die Persönlichkeit konstituiert, entfaltet und verändert sich danach in sozialen Interaktionen bzw. in Kommunikation mit anderen Personen: zum einen aufgrund der Erfahrungen, die jeder im Umgang mit anderen macht, zum anderen dadurch, dass eine konsistente Persönlichkeit auch auf den wertenden Zurechnungen Dritter beruhe, was *Steenbreker* als „besondere normative Qualität der Persönlichkeit“ bezeichnet (S. 25).

Was sodann den Begriff der Identität betrifft, betont er, dass hinsichtlich der ihn interessierenden Frage der diachronen Identität verschiedene Perspektiven eingenommen werden können, nämlich die eines Beobachters, eines Teilnehmers oder eine erstpersönliche (S. 31–33). Ferner referiert er die Unterscheidung zwischen komplexen Theorien personaler Identität, die (wie die *Lockes* etwa) davon ausgehen, dass diese analysiert, also auf bestimmte Kriterien zurückgeführt werden kann, und einfachen Theorien, die (wie die *Leibniz*‘) die Relation personaler Identität für irreduzibel halten (S. 33–54). Nach Darstellung einiger Argumente für und wider die jeweilige Position gelangt der *Verf.* zu dem Ergebnis, dass die gegen komplexe Theorien vorgetragenen Einwände nicht durchgriffen, weshalb seine weiteren Ausführungen von der Möglichkeit einer Analysierbarkeit diachroner Identität ausgehen (S. 53 f.). Im dritten Kapitel zeigt *Steenbreker* die Bedeutung diachroner Identität für das Strafrecht anhand verschiedener Beispiele auf (S. 55–102), von denen er zwei – „Personale Autonomie und Patientenverfügung: Identität am Lebensende“ sowie „Grenzen strafrechtlicher Schuld: Personale Identität und lebenslange Freiheitsstrafe“ – in eigenen Abschnitten, den Kapiteln 4 und 5, vertieft.⁷ Auf sie wird sich

¹ Vgl. *Bernays*, Rheinisches Museum für Philologie, Neue Folge 8 (1853), 280 (287).

² *Locke*, An Essay Concerning Human Understanding, Edited by P. H. Nidditch, 1973, S. 341 ff.; *Leibniz*, in: U. J. Schneider (Hrsg.), Monadologie und andere metaphysische Schriften, 2002, S. 99.

³ *Quante*, Person, 2. Aufl. 2012.

⁴ *Quante* (Fn. 3), S. 2 f.

⁵ Siehe auch *Quante* (Fn. 3), S. 135 ff.

⁶ *Quante* (Fn. 3), S. 135 ff., 155 ff.

⁷ Leider hat sich bei der Veröffentlichung ein Layout-Fehler eingeschlichen, weshalb die in der Kopfzeile der geraden Seiten befindliche Kapitelüberschrift beim vierten Kapitel fälschlicherweise genauso lautet wie die des fünften Kapitels (jeweils nämlich „Grenzen strafrechtlicher Schuld“), was das teils nötige Vor- und Zurückspringen im Buch nicht unerheblich erschwert.

die Besprechung beschränken, da seine zentrale Argumentation aus ihnen hinreichend erhellen dürfte.

3. Hinsichtlich der Patientenverfügung geht es ihm wesentlich um die Auseinandersetzung mit dem „Einwand der Nichtidentität“, wonach der Verfasser der Patientenverfügung und die Person, für die sie Geltung beansprucht, in Fällen massiver Persönlichkeitsveränderung wie bspw. bei einer fortgeschrittenen Demenz nicht (mehr) identisch seien (mögen sie auch denselben Körper teilen), weshalb die Verfügung nicht als Ausdruck der Autonomie derjenigen Person verstanden werden könne, die sie letztlich betrifft. Um dieses Bedenken auszuräumen, setzt *Steenbreker* zunächst am Begriff der personalen Autonomie an, die er (in Abgrenzung zur Handlungsautonomie) als eine solche versteht, die sich auf die Gesamtheit einer Person und ihrer Persönlichkeit bezieht (S. 115). Sodann stellt er Harry Frankfurts Modell hierarchischer Wünsche vor, dem zufolge Autonomie gegeben sei, wenn sich die Person mit ihren Wünschen freiwillig identifiziert (S. 115–123). *Steenbreker* erweitert diesen Ansatz im Anschluss an Christman um eine diachrone Perspektive, die auch die Frage der biographischen und sozialen Bedingungen des jeweiligen Wunscherwerbs berücksichtigt (S. 124–130). Dass die Persönlichkeit gesellschaftlich bedingt ist, sei, wie *Steenbreker* unter Rekurs auf eine Differenzierung Feinbergs sodann herausstellt, nicht als eine „externe“ Beschränkung personaler Autonomie zu verstehen, sondern schlicht deren notwendige Bedingung und ihr damit als „interne“ Beschränkung gleichsam eingeschrieben (vgl. S. 130–133) – man wird m.a.W. entgegen manchen Vorstellungen eben nicht als „fertiger“ autonomer Akteur in irgendeine Sozietät „gebeamt“. Auf dieser Grundlage wendet sich der *Verf.* dem genannten Einwand der Nichtidentität zu: Die in Patientenverfügungen niedergelegten Wünsche seien trotz fehlender psychologischer Kontinuität zwischen dem sie Äußernden und dem von ihnen Betroffenen zu respektieren, weil sie gesellschaftlich als Teil ein und derselben Biografie zugerechnet würden, und: „Diese Zurechnung setzt sich auch nach dem Ende selbst erlebter personaler Existenz fort und drückt den Anteil der Biografie einer Persönlichkeit aus, der nur durch die Erinnerungen und das Bewusstsein anderer erzählt werden kann.“ (S. 154) Für die normative Frage der Relevanz der Patientenverfügung komme es also nicht auf die bloß „deskriptive“ Bedeutung des Personenbegriffs im Sinne etwa einer psychologischen (Dis-)Kontinuität an, sondern auf dessen „ethische Bedeutung“, die „soziale Zurechnungen“ erfasst und „Fragen der Teilbarkeit des Zurechnungsobjekts gegenüber abgeschlossen“ sei (S. 154 f.). Träger der auf diesen Zurechnungen und Erzählungen anderer basierenden biografischen Persönlichkeit sei der menschliche Körper, dessen Identität durch allfällige psychologische Diskontinuitäten ja nicht berührt wird (S. 155–158). Zum Schluss des Kapitels thematisiert *Steenbreker* noch den dennoch verbleibenden Konflikt zwischen von ihm unter Rekurs auf Dworkin so genannten „wertebezogenen“ Interessen (dem Wunsch des Verfassers der Patientenverfügung, dass unter bestimmten Voraussetzungen keine lebenserhaltenden Maßnahmen mehr getroffen werden) und „erlebensbezogenen“ Interessen (dem Wunsch, keine Schmerzen leiden zu müssen) am Lebens-

ende. Dieser sei jedoch nur scheinbar ein Problem und auf Basis der verbindlichen Patientenverfügung aufzulösen, die Ergebnis einer antizipativen Abwägung dieser beiden Interessen darstelle (S. 160 f.). Freilich heißt das nicht, dass der Wunsch, keine Schmerzen leiden zu müssen, völlig unbeachtlich sei – vielmehr wird mit dem „Verzicht auf lebenserhaltende medizinische Maßnahmen nicht gewollt sein, unter Schmerzen sterben zu müssen“, was entsprechend palliativmedizinisch berücksichtigt werden müsse (S. 161).

4. Im fünften Kapitel setzt sich *Steenbreker* unter dem Titel „Grenzen strafrechtlicher Schuld“ damit auseinander, welche Relevanz die Frage nach der diachronen personalen Identität für die Legitimität der lebenslangen Freiheitsstrafe bzw. generell für die strafrechtliche Schuldzurechnung hat (S. 165 f.). Nach einem kurzen Überblick zu den (maßgeblich durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts fortgebildeten) Regelungen der lebenslangen Freiheitsstrafe (S. 166–173) befasst sich der *Verf.* überblicksartig mit der Strafbegründungs- und Strafzumessungsschuld und ihren Ausdeutungen im Schrifttum (S. 173–185), um dann zu untersuchen, ob dem in § 57a StGB verwendeten Begriff der Schuld eine von § 46 StGB abweichende Bedeutung (im Sinne einer „Strafvollstreckungsschuld“) zugrunde liegt (S. 185–193). Das verneint er im Ergebnis und kann sich deshalb anschließend, ohne differenzieren zu müssen, dem Verhältnis von personaler Identität und Schuld(-zurechnung) zuwenden. Hierfür stellt er zunächst in historischer Reihenfolge die bisherigen (straf-)rechtswissenschaftlichen Auseinandersetzungen mit dieser Thematik dar, angefangen bei Adolf Merkel über Gabriel Tarde, Androulakis bis zu neueren Beiträgen von Kawaguchi, Silva Sanchez und der denselben Fragenkreis betreffenden Dissertation von J. Erhardt (S. 194–232). Keiner der genannten Beiträge vermag ihn indes zu überzeugen, weil sie „das aus ihrer Sicht relevante Persönlichkeitsverständnis entweder nicht vollständig ausarbeiten oder insbesondere die deskriptive und normative Bedeutung des Personenbegriffs nicht unterscheiden“ (S. 232).

Vor diesem Hintergrund möchte der *Verf.* in einem nächsten Schritt zeigen, wie das von ihm vertretene (scil. das in Kapitel 2 dargestellte) Verständnis von Persönlichkeit der Zurechnung von Schuld eine (zeitliche) Grenze setzen kann. Er geht davon aus, dass strafrechtlicher Zurechnung ein in die Zukunft weisender (prospektiver) Gehalt insofern eigne, als der Schuldvorwurf „gegenüber dem Täter im gesamten Verlauf der Strafvollstreckung aktualisiert“ werde (S. 235). Damit dieser Vorwurf den Richtigen trifft, ist daher nicht nur die Identität des Beschuldigten im Tat- und Verurteilungszeitpunkt von Bedeutung, er muss auch zukünftig der nämliche bleiben. Dabei soll es aber nicht darauf ankommen, ob der Täter subjektiv für sich qua Einheit seines Selbstbewusstseins die vorgeworfene Tat (noch) als eigene verstehen kann bzw. unter welchen Voraussetzungen das der Fall ist (S. 237 f.). Der Schlüssel „für eine normative Lösung des Problems“ soll vielmehr, wie bei der Problematik der Bindungswirkung von Patientenverfügungen, der von *Steenbreker* eingangs dargestellte Begriff der biografischen Persönlichkeit sein (S. 236 f.). Das heißt ihm zufolge aber nicht, dass seine im dortigen Zusammenhang angestellte Überlegung, wonach der einmal

betätigte Wille dem ihn Artikulierenden zeitlich unbegrenzt zugerechnet werden könne, auf das Strafrecht übertragbar wäre. Der in der Straftatbegehung liegende Freiheitsgebrauch unterscheide sich von demjenigen bei der Ausübung verlängerter Autonomie nämlich insofern fundamental, als es bei dieser um eine „zukunftsgerichtete Gestaltung des eigenen Lebens“ gehe, während die Begehung einer Straftat nicht auf die „Herstellung einer über einen bestimmten Zeitraum bestehenden diachronen Verantwortung“ gerichtet sei (S. 240). Die verwirkte Schuld existiere nur innerhalb des jeweiligen Strafrechtssystems, weshalb ihre Zurechnung ein gegenüber der freien Handlung „Äußeres“ sei, „das nicht den Sinn der strafrechtlichen Handlung selbst ausmacht“ (ebenda), wohingegen die Verwirklichung personaler Autonomie auch außerrechtlich Bestand habe. Aus diesem Grund könne Schuld „nicht zeitlich unbegrenzt durch die biografische Persönlichkeit integriert werden“ (S. 241). Stattdessen schlägt der *Verf.* vor, den Persönlichkeitsbegriff im Sinne einer äußersten Zurechnungsgrenze zu verwenden. Schuld und Persönlichkeit hätten nämlich nur gemeinsam Bestand, weil die Zurechnung von Schuld bereits „ihrer Form nach als Element der innerhalb der Persönlichkeit erfolgenden Zurechnungen verstanden werden kann“ (S. 242). Schuld setze m.a.W. eine Persönlichkeit voraus, der sie zugerechnet werden kann. Durch die Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe werde aber der für die Persönlichkeit konstitutive Austausch mit der Gesellschaft beendet, weshalb der mit ihr verbundene Schuldvorwurf seine eigene Grundlage unterminiere. Neben diesem von *Steenbreker* als „deskriptiv“ bezeichneten Argument (ebenda) ließen sich ihm zufolge auch normative Einwände formulieren, „etwa“, dass ein solch „exzessiver“ Schuldvorwurf den „fundamentalen Prinzipien einer fortschrittlichen Ordnung des menschlichen Zusammenlebens“ widerspreche. Zudem müsse „aufgrund der gleichen Verfasstheit des personalen Daseins“ ein Mindestmaß an Gleichheit zwischen den Personen garantiert sein, weshalb sich nicht begründen lasse, andere endgültig aus der gemeinsamen Existenz auszuschließen. „Aus dem biografischen Persönlichkeitsbegriff folgt damit eine strafrechtliche Zurechnungsgrenze, die diachrone Bedeutung hat, da sie schon im Zeitpunkt der ursprünglichen Schuldzurechnung prospektiv eine Schuldquantifizierung ausschließt, die zu einer zeitlich unbegrenzten Verantwortung führen würde.“ (S. 243). Die so verstandenen sozialen Existenzbedingungen der Persönlichkeit nicht zu unterlaufen, deutet der *Verf.* schließlich als Ausdruck der Menschenwürdegarantie (S. 243 ff.).

II. *Steenbrekers* Untersuchung der Bedeutung diachroner personaler Identität im Strafrecht befasst sich mit einer Frage, die, obwohl traditionsreich und für die Grenzen (straf-)rechtlicher Zurechnung grundlegend, bislang, jedenfalls im deutschsprachigen Schrifttum, nur vereinzelt eingehend traktiert wurde. Schon deshalb ist es verdienstvoll, dass der *Verf.* sich diesem „dicken Brett“ unter (im Wesentlichen) gründlicher Verwertung der neueren philosophischen und strafrechtlichen Literatur angenommen hat.⁸ Auch der von ihm zu-

grunde gelegte Ansatz, strikt zwischen den metaphysischen oder ontologischen Bedingungen diachroner Einheit und dem normativen Umgang mit ihnen im (Straf-)Recht zu unterscheiden, erscheint mir prinzipiell überzeugend. Ich bin mir indes – und da beginnt die bei einem solchen großen Thema allerdings wohl unvermeidliche Kritik – nicht sicher, ob ihm das gelungen ist. Das hängt damit zusammen, dass *Steenbreker* nicht näher klärt, was er unter „normativ“ oder „ethisch“ in Abgrenzung zu „deskriptiv“ überhaupt versteht, obwohl es ja gerade der „normative“ Aspekt des von ihm verwendeten Konzepts der Persönlichkeit ist, mit dem die verschiedenen Probleme, die die Frage nach der diachronen Identität im (Straf-)Recht bereitet, einer Lösung zugeführt werden sollen, und durch den er sich von den sonst bereits entwickelten Ansätzen abheben möchte. Dieser „normative Aspekt“ oder die „besondere normative Qualität der Persönlichkeit“ bestehe darin, dass diese sich zum einen durch ein biografisch zusammenhängendes evaluatives Selbstverhältnis auszeichnet, das „als Grund des besonderen ethischen Status der Person betrachtet werden kann[]“, und dass sie als konsistent wahrgenommene Eigenschaft zum anderen „auch Gegenstand wertender Zurechnungen Dritter“ sei (S. 25, siehe auch S. 154 f.). Vor allem der letztgenannte Gesichtspunkt soll der Grund für die Beachtlichkeit von Patientenverfügungen nach Verlust der zu autonomer Selbstbestimmung erforderlichen Fähigkeiten sein, weil der Wunsch, unter bestimmten Bedingungen nicht mehr am Leben gehalten zu werden, der jeweiligen Person auch dann noch als Teil ihrer (biografischen) Persönlichkeit zugerechnet wird (S. 153 ff.). Mir ist dabei jedoch nicht klar geworden, worin genau die argumentative Bedeutung dieser von *Steenbreker* so betonten „normativen“ oder „ethischen“ Dimension des von ihm verwendeten Persönlichkeitsbegriffs besteht. An verschiedenen Stellen hat es den Anschein, als meinte er, man könne durch sie, anders als bei Verwendung eines „deskriptiven“ Konzepts diachroner Identität, die sonst bestehende Kluft zwischen den jeweils angenommenen Bedingungen der diachronen Einheit einer Person und den Fragen, welche Folgen rechtlich daran zu knüpfen sind, überwinden, weil ja bereits das Konzept selbst gleichsam „normativ“ aufgeladen ist (vgl. etwa S. 25, 64, 83 f., 96 f., 102, 162, 232 ff.). Aber die Fähigkeit zur Selbstevaluation und die intersubjektive Konstitution der Persönlichkeit, die Grund jener „Normativität“ sein sollen, sind für das Recht zunächst einmal nur Gegebenheiten und ein darauf aufbauender Begriff der Persönlichkeit nicht weniger „deskriptiv“ als bspw. einer, der auf das Kriterium psychologischer (Erlebnis-)Kontinuität abstellt. Für das Recht stellt er eine Interpretation der (sozial-)ontologischen Voraussetzungen von Personalität und diachroner Identität unter anderen dar. Ob und wie es ihn aufnimmt und verarbeitet, muss es nach eigenen Kriterien und je abhängig vom Regelungskontext entscheiden. Es kehrt sich so m.a.W. der von *Steenbreker* verschiedenen Orts erhobene Vorwurf eines naturalistischen Fehlschlusses gegen ihn selbst.

⁸ Er hätte aus dem philosophischen Schrifttum allerdings noch die für seinen Ansatz sicherlich interessante Habilitati-

onsschrift von *Henning*, *Person sein und Geschichten erzählen*, 2009, berücksichtigen können.

Wie wenig der Persönlichkeitsbegriff, den er zugrunde legt, argumentativ letztlich austrägt, zeigt sich m.E. im Zusammenhang mit seiner Kritik an der lebenslangen Freiheitsstrafe. Das von ihm vorgetragene „deskriptive Argument“ verstehe ich so, dass es performativ selbstwidersprüchlich wäre, wenn die Gesellschaft den Austausch mit einem Delinquenten für den Rest seines Lebens einseitig abbräche, weil sie damit die sozialen Voraussetzungen des Fortbestands seiner Persönlichkeit zerstörte und sich so selbst der Basis dafür begäbe, ihm seine Tat durch die weitere Vollstreckung der Strafe fortlaufend vorzuwerfen (da nur jemandem mit Persönlichkeit Schuld zugerechnet werden dürfe). Doch der *Verf.* sieht in Fn. 412 selbst, dass ja auch im Vollzug noch diverse Kommunikationsbeziehungen mit anderen bestehen, weshalb er sein „deskriptive Argument“ dergestalt präzisiert, dass er darauf abstellt, dass zwischen der übrigen Gesellschaft und dem Häftling kein sozialer Umgang unter Gleichen mehr stattfindet. Es ist in der Tat fraglich, ob es legitim sein kann, eine Person zur Bestrafung auf Dauer vom sonst bestehenden auf Gleichheit gründenden, allgemeinen Rechtsverhältnis auszuschließen. Die insoweit bestehenden und vom *Verf.* artikulierten Bedenken scheinen mir aber weniger mit seinem Konzept der Persönlichkeit zu tun zu haben, da ja auch in einem Verhältnis der rechtlichen Ungleichheit Kommunikation stattfindet, „wertend“ zugerechnet werden und die Fähigkeit zur Selbstevaluation ausgebildet werden kann. Vielmehr ist hier wohl die Frage angesprochen, welchen Sinn Strafe hat oder haben soll. Soll durch sie z.B. das durch die Straftat verletzte Rechtsverhältnis unter Einschluss des Täters wiederhergestellt werden, erscheint eine buchstäblich lebenslange Freiheitsstrafe nicht weniger widersprüchlich als die Todesstrafe.⁹ Dass der Argumentation noch tiefergehende straftheoretische Überlegungen gut zu Gesicht gestanden hätten, zeigt sich m.E. aber auch an *Steenbrekers* Prämisse, dass die kontinuierliche Vollstreckung der Strafe auch eine kontinuierliche „Aktualisierung“ des ihr zugrunde liegenden Vorwurfs bedeute. Dass das eine angemessene Interpretation der Dinge ist, erscheint mir wenigstens nicht derart evident zu sein, dass sich eine nähere Begründung erübrigte. Zwar soll (in einem Schuldstrafrecht) das Ausmaß des dem Täter auferlegten „Strafübels“ (der Minderung seines Rechtsstatus) die Schwere des ihm zuzurechnenden Unrechts und damit des gegen ihn im Schuldspruch erhobenen Vorwurfs ausdrücken. Daraus folgt m.E. jedoch nicht ohne Weiteres, dass die in Verwirklichung dessen dann erfolgende Strafvollstreckung diesen Vorwurf nochmals bzw. bei einer Freiheitsstrafe gegebenenfalls zeitlich gestreckt immer wieder erneuert. Das dürfte wiederum von der Frage nach der Rechtfertigung von Strafe (genauer: des „Strafschmerzes“) abhängen. Deutet man den mit ihr verbundenen Entzug bürgerlicher Freiheiten als Versuch einer (symbolischen) Restitution des durch den Täter gestörten Verhältnisses gleicher Freiheit, als „Preis“, den er zu zahlen hat, um wieder in den Genuss seiner ursprünglichen Freiheiten zu gelangen, dann heißt das nicht, dass dadurch der zugrunde liegende Vorwurf immer wieder erneuert würde. Desgleichen, wenn man Strafe als spürbare, „hand-

feste“ Normbestätigung oder (eher sozialpsychologisch) als Bekräftigung des Normgeltungsbewusstseins versteht. Ich weiß auch nicht, wie man sich die Aktualisierung des Vorwurfs qua Strafvollstreckung bei der (in praxi ja viel bedeutsameren) Geldstrafe vorstellen soll: Wird er dann nochmals durch die Zahlungsaufforderung aktualisiert oder solange, bis die Geldstrafe beglichen ist (bei einer Ratenzahlung also entsprechend zeitlich gestreckt)? Und was passiert bei der Umwandlung in eine Ersatzfreiheitsstrafe? *Steenbreker* selbst ergänzt sein „deskriptives Argument“, wie gesehen, noch um „normative Einwände“, die sich „vor dem Hintergrund des Persönlichkeitsbegriffs“ formulieren ließen (S. 242). Sie laufen darauf hinaus, dass es das Gebot der Gleichbehandlung verletzte, wenn einzelne Personen andere „endgültig“ aus der „gemeinsamen Existenz“ ausschließen dürften, wobei dieses Gebot in dem allen, die die *personmaking characteristics* erfüllen, gemeinsamen Haben einer Persönlichkeit gründe (S. 243). Auch an dieser Stelle erscheint mir die argumentative Relevanz des Persönlichkeitsbegriffs zweifelhaft. Zum einen lässt sich der Gleichheitssatz ja auch ohne Rückgriff auf gerade dieses Persönlichkeitskonzept begründen. Zum anderen ist aber vor allem fraglich, ob damit allein schon eine zureichende Kritik total exkludierender Strafen geleistet ist. Befürworter etwa der Todesstrafe könnten ja erwidern, dass man sich durch bestimmte Taten selbst vollständig aus der Gesellschaft ausschließe und daher zwischen deren Mitgliedern und dem Täter keine Gleichheit mehr bestehe und auch nie mehr wiederhergestellt werden könne. Hiernach verdiene es der Täter m.a.W. nicht, in Zukunft noch eine Persönlichkeit zu haben. Diesen Ansatz zu widerlegen, scheint mir wiederum nur auf Grundlage strafgerechtigkeitstheoretischer Überlegungen möglich, während ich nicht erkennen kann, was das von *Steenbreker* angeführte Persönlichkeitskonzept dem entgegenzuhalten hat.

Doch auch wenn man seinen Ansatz letztlich nicht teilt: *Steenbreker* kommt das Verdienst zu, sich mit seiner Arbeit einer spannenden und in strafrechtlicher Perspektive noch wenig behandelten Frage angenommen, diese konsequent von einem bestimmten philosophischen Blickwinkel aus untersucht und sich dabei intensiv mit dem dazu im deutschsprachigen Schrifttum bisher Erarbeiteten auseinandergesetzt zu haben. Dass man sich daran „reiben“ kann, dürfte wohl in der Natur der Sache liegen.

Akademischer Rat a.Z. Dr. Sören Lichtenthäler, Mainz

⁹ Vgl. *Köhler*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1997, S. 634 ff.

B u c h r e z e n s i o n

Ralf Peter Anders/Kirsten Graalman-Scheerer/Jan Henrik Schady (Hrsg.), Innovative Entwicklungen in den deutschen Staatsanwaltschaften, Aufgaben und Zukunft der Staatsanwaltschaft im gesellschaftlichen Wandel, Springer, 2021, 414 S., € 89,99.

Mit dem verheißungsvollen Titel „Innovative Entwicklungen in den deutschen Staatsanwaltschaften“ haben sich die Herausgeber Anders, Graalman-Scheerer und Schady nicht weniger vorgenommen, als das Spannungsfeld zwischen technischer Entwicklung und mit ihr einhergehender grenzenloser Straftatbegehung, der Bekämpfung neuer Deliktphänomene mittels zum Teil stumpfer Waffen und einer ambivalenten Erwartungshaltung der Gesellschaft an die Aufgabenerfüllung der Strafverfolgungsbehörden aus Sicht der Praxis aufzuarbeiten.

Staatsanwaltschaften können bekanntermaßen wenig gewinnen und viel verlieren.¹ Agieren sie zu zögerlich, wird ihnen vorgeworfen, nicht ausreichend Beweise gesichert oder gar – obwohl nicht ihre Aufgabe – eine weitere Straftatbegehung nicht verhindert zu haben. Greifen sie entschlossen ein, setzen sie sich unter Umständen dem Vorwurf aus, unverhältnismäßig in Grundrechte des Beschuldigten eingegriffen zu haben. Seinen Grund dürfte dieser Befund in der in die staatsanwaltschaftliche Aufgabenerfüllung gesetzten, hohen Erwartungshaltung finden, die mit der Ausstattungswirklichkeit der Justiz nicht immer Hand in Hand geht. Als wäre dies nicht genug, müssen sich die Staatsanwaltschaften seit geraumer Zeit damit befassen, dass das Internet und mobile Endgeräte die Delikt- und folgerichtig auch die Ermittlungswirklichkeit von Grund auf verändert haben, von Herausforderungen elektronischer Akten noch gar nicht gesprochen. Auch europarechtliche Vorgaben sind hierbei noch nicht berücksichtigt. Vor diesem Hintergrund ist es mehr als begrüßenswert, dass die Herausgeber die Mühen auf sich genommen haben, namhafte Praktiker für die Erläuterung staatsanwaltschaftlicher Aufgaben und das Aufzeigen von Lösungsansätzen der dargestellten und anderer Fragestellungen zu gewinnen.

Um es vorwegzunehmen: Das Buch ist für jeden strafrechtlich Interessierten lesenswert. Es bietet wie kein zweites aus erster Hand Einblicke in das Innenleben und die Funktionsweise einer Staatsanwaltschaft, die teils Bekanntes, für „Externe“ vielfach aber auch Neues schildern. Es setzt damit dort an, wo sich insbesondere die Strafrechtswissenschaft

¹ Die Herausgeberin Graalman-Scheerer spricht in der Einführung (S. VII) weniger zurückhaltend von einem eher bescheidenen Ansehen der Staatsanwaltschaft in der Öffentlichkeit. Dieses dürfte durch die offene Forderung nach Entlassung einer Generalstaatsanwältin durch einen Bundestagsvizepräsidenten auch kaum gefördert werden, vgl. *Lohse*, FAZ v. 9.1.2023, abrufbar unter <https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/vorwuerte-gegen-christian-lindner-wolfgang-kubicki-fordert-entlassung-von-generalstaatsanwaeltin-18589915.html> (20.7.2023).

bislang eher rar gemacht hat, bei der Aufarbeitung der forensischen Praxis. Dies gelingt gut und die gewonnenen Erkenntnisse erscheinen in manchen Bereichen gerade durch die Strafrechtswissenschaft anschlussfähig. Ob es dabei ein Wermutstropfen ist, dass das Buch keinen ganzheitlichen Ansatz verfolgt, sondern jeder Autor ein in sich abgeschlossenes Thema bearbeitet, obliegt wie stets der persönlichen Beurteilung. Einziges Manko, wenn man von einem solchen sprechen möchte, ist es allenfalls, dass das Buch mit seinem Titel – zumindest beim Rezensenten – eine gewisse Erwartungshaltung weckt, der nicht sämtliche Beiträge gerecht werden, was aber nicht an der Qualität der Beiträge, sondern vielmehr daran liegt, dass sie dem durch den Buchtitel vorgegebenen Oberthema nur eingeschränkt entsprechen. Im Einzelnen:

Der Sammelband ist in fünf Teile gegliedert (Bestandsaufnahme, Staatsanwaltschaft als Teil der Rechtsordnung, aktuelle Herausforderungen, Europäisierung und Ausblick). Die Grundlage für die Auseinandersetzung mit den vorbenannten Herausforderungen bilden die Beiträge des 1. Teils, die sich mit der Arbeitsbelastung der Staatsanwaltschaften (*Gasa*, S. 3. ff.), deren Bild in der Öffentlichkeit (*Apitzsch/Vogel*, S. 33 ff.) sowie deren Tätigkeit in Jugendstrafverfahren (*Sommerfeld*, S. 53 ff.) befassen. Für den (Justiz-)Praktiker beinhalten die Beiträge wenig Neues, dem Extranen vermitteln sie aber einen fundierten Einblick über das beschriebene Spannungsfeld, in dem Staatsanwaltschaften agieren. Dieser ist insoweit fruchtbar, als so Grundlagen für spätere Beiträge gelegt werden.

Spezifischer werden die Beiträge des 2. Teils. Dieser beginnt mit dem Verhältnis der Staatsanwaltschaft zur Polizei (*Koppers/Weidling*, S. 73 ff.), das sich nicht nur auf die Stellung letzterer als Ermittlungsperson beschränkt, sondern anschaulich darlegt, wie wichtig eine Führung des Verfahrens durch die Staatsanwaltschaft ist, die wiederum aufgrund vorgefundener Bedingungen (Arbeitsbelastung, Personal usw., vgl. dazu *Gasa*) nur vereinzelt möglich ist. Das insbesondere in der Öffentlichkeit häufig als Streitbehaftet wahrgenommene Verhältnis der Rechtsanwaltschaft zur Staatsanwaltschaft wird von einem früheren Rechtsanwaltskammerpräsidenten (*Kury*, S. 93 ff.) in einer eigenen Weise beschrieben, weil beispielsweise eine auf die Schaffung von Verfahrensfehlern angelegte Konfliktverteidigung keinen erkennbaren rechtsstaatlichen Mehrwert schafft; interessant wäre es deshalb gewesen, wenn das Thema ergänzend von einem erfahrenen Strafkammervorsitzenden beleuchtet worden wäre. Besonders lesenswert ist der Beitrag zur Pressearbeit der Staatsanwaltschaft (*Hingst*, S. 129), der Grund und Grenzen justizieller Medienarbeit fundiert und anschaulich darlegt und hierbei auch auf aktuelle Fragestellungen eingeht.² Interessant sind insbesondere die Ausführungen zu der Frage, ob Staatsanwaltschaften sog. Litigation-PR betreiben.

Seinen Höhepunkt erreicht der Sammelband im 3. Teil, in dem unter anderem zwei (frühere) Generalstaatsanwälte Ein-

² Vgl. etwa zuletzt den Fall des Regensburger Oberbürgermeisters, BGH, Urt. v. 4.11.2021 – 6 StR 12/20 = NStZ 2022, 282.

blicke in ihre Arbeitsbereiche bieten. *Brauneisen*, S. 155 zeigt plakativ die Entwicklungen des Terrorismus auf und stellt dem die Schaffung der Vorfeldtatbestände gegenüber. Dies bietet dem strafrechtlich Interessierten, der sich mit Dogmatik und Entstehungsgeschichte der Staatsschutzdelikte noch nicht so fundiert auseinandergesetzt hat wie *Brauneisen*, einen vorzüglichen Einstieg. Mit der Vermeidung von Straftaten durch Präventionsmodelle setzt sich *Fünfsinn*, S. 173 ff. auseinander, was vor allem deshalb verdienstvoll ist, weil der von ihm aufgezeigte hessische Ansatz in anderen Bundesländern wenig Beachtung gefunden haben dürfte; der Beitrag ergänzt denjenigen *Thiers* im 2. Teil (S. 113 ff.) zur sozialen Strafrechtspflege. Zwei weitere Beiträge befassen sich mit Opferrechten und Opferschutz (S. *Gropp/Stahlmann-Liebelt*, S. 193 ff. sowie *Schwenn*, S. 253 ff.). Zum Abschluss des 3. Teils setzt sich *Bittmann*, S. 247 ff. unter dem unscheinbaren Titel „Staatsanwaltschaften heute“ kritisch mit den Rahmenbedingungen staatsanwaltschaftlicher Organisation auseinander, wobei er interessante Zusammenhänge aufzeigt. Auch hier ist es wieder die Warte, aus der der Beitrag geschrieben ist, der diesen lesenswert macht, weil mit dem Autor ein früherer Behördenleiter gewonnen werden konnte, der nunmehr als Rechtsanwalt tätig ist und ohnehin für seine hochqualifizierten Ausführungen bekannt ist.

Der 4. Teil widmet sich europarechtlichen Entwicklungen, die durch die Errichtung von Strafverfolgungsstrukturen auf europäischer Ebene sowie die Entscheidung des EuGH zum Europäischen Haftbefehl in jüngerer Vergangenheit ins Rampenlicht getreten sind. Aufgaben und Arbeitsweise von Eurojust sowie der Europäischen Staatsanwaltschaft werden aus erster Hand von *Meyer-Cabri*, S. 273 ff. erläutert, mitsamt den verwaltungstechnischen Problemen, denen sich diese Institutionen ausgesetzt sehen. Diese sind zwar weder rechtsdogmatisch noch rechtstatsächlich entscheidend, verdeutlichen aber, wozu Budgetkürzungen oder mangelhafte Wertschätzung von Seiten politischer Entscheidungsträger führen können; ein Problem, das sich gleichermaßen in den Nationalstaaten stellt. Vervollständigt wird die Darstellung der europäischen Behörden durch *Riegel*, S. 301 ff., der die Europäische Staatsanwaltschaft darstellt. Mit dem Europäischen Haftbefehl befasst sich *Güntge*, S. 291 ff., der anschaulich darstellt, wie und weshalb die im Gefolge der Entscheidung des EuGH zum Europäischen Haftbefehl befürchteten Disruptionen ausgeblieben sind. Nahtlos hieran fügt sich der Beitrag *Schadys*, S. 323 ff. an, der sich mit dem Verhältnis der Ministerialverwaltung zu den Staatsanwaltschaften befasst und hierbei ebenfalls die Entscheidung des EuGH zum Europäischen Haftbefehl zum Anlass nimmt, um sich mit der Bedeutung des Weisungsrechts auseinanderzusetzen. Anschaulich verdeutlicht *Schady* das Spannungsfeld zwischen demokratischer Kontrolle und der Gesetzbindung der vollziehenden Gewalt zuzuordnenden Staatsanwaltschaften und votiert für Transparenz (ebenso *Graalman-Scherer*, S. 395 [399 f.]).

In die Zukunft gerichtet ist der abschließende 5. Teil des Bandes. *Mitterer*, S. 353 ff. gibt einen Einblick in die Schwierigkeiten der Etablierung der elektronischen Akte im Strafverfahren, die insbesondere aus der – im Vergleich zum

Zivilverfahren – Vielzahl an Kommunikationsbeziehungen hervorgehen, was – wiederum in Relation zum Zivilverfahren – den Rückstand deren Einführung veranschaulicht. Die Problematik der unterschiedlichen IT-Infrastrukturen in den Ländern erinnert unweigerlich an die unterschiedliche Spurweite von Eisenbahnschienen im Zeitalter der Industrialisierung. *Köbler*, S. 363 ff. stellt die (lebens-) praktischen Vor- und Nachteile elektronischer Aktenführung für die Verfahrensbeteiligten dar. Weniger praktisch – weil einem umfassenden wissenschaftlichen Ansatz folgend – befasst sich *Anders*, S. 373 ff. mit internen Ermittlungen und der Frage, wie und ob daraus resultierende Erkenntnisse im Strafverfahren Verwertung finden können. Der Sammelband schließt mit einem Beitrag zu den Perspektiven staatsanwaltschaftlicher Tätigkeit (*Graalman-Scheerer*, S. 395 ff.), der gleichsam einen brauchbaren Cicerone zum Oberthema des Sammelbandes darstellt und sich damit auch als Vorablektüre eignet.

Wie bereits vereinzelt zum Ausdruck gekommen, liegt der Gewinn des Sammelbandes in zweierlei. Er verbindet zum einen aktuelle Fragestellungen aus der strafrechtlichen Lebenswirklichkeit mit den Aufgaben der Staatsanwaltschaften und skizziert dabei die praktischen Lösungsansätze oder zeigt solche selbst auf. Zum anderen sind die einzelnen Beiträge unverkennbar in ihrer Handschrift, weil die Autoren dankenswerterweise ihre beruflichen Erfahrungen in ihre Beiträge miteinfließen haben lassen, was nicht nur ein Gewinn für den Leser ist, sondern auch tauglicher Anknüpfungspunkt für (empirische) Folgeuntersuchungen – vielleicht aus der Wissenschaft. Die durch die Herausgeber auf sich genommene Mühen haben sich vollauf gelohnt.

Privatdozent Dr. Tobias Ceffinato, Bayreuth