

Konzernstrafrecht

Minkoff / Sahan / Wittig

2020

ISBN 978-3-406-73021-4

C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

wird.⁶⁹ Wenn es sich bei der Bezugstat um eine Ordnungswidrigkeit handelt, soll sich der Geltungsbereich von § 30 OWiG also nach § 5 OWiG richten. Stellt die Bezugstat dagegen eine Straftat dar, so komme es darauf an, ob für diese Straftat der Geltungsbereich des deutschen Strafrechts gem. §§ 3 ff. StGB eröffnet ist. Wenn diese Voraussetzung bejaht wird, kann gegen den Verband, der sich das Verhalten der natürlichen Person nach § 30 OWiG zurechnen lassen muss, ein Bußgeld verhängt werden. Das soll unabhängig davon gelten, ob der Verband *selbst* einen Bezug zur Bundesrepublik Deutschland aufweist.

Der erstgenannten Auffassung, wonach der Anwendungsbereich des § 30 OWiG sich ausschließlich nach dem in § 5 OWiG verankerten Territorialitätsprinzip richtet, ist zuzustimmen, da die Gegenauffassung jedenfalls in solchen Fällen zu **völkerrechtswidrigen Ergebnissen** führt, in denen sich die Anwendbarkeit von § 30 OWiG auf einen Verband allein mit der deutschen Staatsbürgerschaft eines Verbandsangehörigen begründen lässt.⁷⁰ Dazu ein Beispiel:

Der Deutsche A arbeitet in Finnland als Vorstandsmitglied für die finnische Aktiengesellschaft „B“-AG und begeht dort in Ausübung seiner dienstlichen Tätigkeit Handlungen zu Gunsten seines Arbeitgebers, die sowohl nach deutschem als auch nach finnischem Recht den Tatbestand des Betruges erfüllen.

Im Beispielsfall unterliegt die Tat von A gem. § 7 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 1 StGB dem Geltungsbereich des deutschen Strafrechts. Der § 30 OWiG ist grundsätzlich auf Verbände ausländischen Rechts und damit auch auf die finnische „B“-AG anwendbar.⁷¹ A zählt gem. § 30 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 OWiG zum Kreis der Personen, deren Verhalten sich die „B“-AG zurechnen lassen muss, und das von A zu Gunsten der „B“-AG begangene Betrugsdelikt stellt eine taugliche Anknüpfungstat nach § 30 Abs. 1 OWiG dar. Wenn der räumliche Geltungsbereich von § 30 OWiG sich also im Sinne eines Teils der Literatur nach dem räumlichen Geltungsbereich des Bezugsdelikts richtet, kann gegen die „B“-AG ein Bußgeld nach Maßgabe von § 30 OWiG verhängt werden. Problematisch ist jedoch, dass zwischen der deutschen Rechtsordnung und dem Verband „B“-AG außer der Staatsangehörigkeit des Verbandsangehörigen A **keine Verknüpfung** besteht. Insbesondere ist deutsches Territorium nicht betroffen und auch die anerkannten Anknüpfungsprinzipien des Verbandssitzes und des Gründungsortes greifen ebenso wenig wie die (herrschend abgelehnte) Kontrolltheorie.⁷² Dass „B“-AG auf diese Weise durch einen einzigen (wenn auch hochrangigen) Verbandsangehörigen mit der Anwendbarkeit des deutschen Ordnungswidrigkeitenrechts „infiziert“ wird, ist nach meiner Auffassung mit dem völkerrechtlichen Einmischungsverbot unvereinbar und folglich **völkerrechtswidrig**.⁷³

Zur Bedeutung der Sonderregelungen in § 120 Abs. 25 S. 3 WpHG, § 59 KWG, § 340 Abs. 9 S. 2 KAGB oder § 332 Abs. 9 S. 2 VAG → Rn. 33.

⁶⁹ Kempf/Lüderssen/Volk/Dörr UnternehmensStrafR 23 (26); Grützner/Behr CCZ 2013, 71 (73); Grützner/Leisch DB 2012, 787 (789); BeckOK OWiG/Meyberg OWiG § 30 Rn. 28; KK-StPO/Rogall § 30 Rn. 33, 88; Wittig WirtschaftsStrafR § 12 Rn. 11.

⁷⁰ Mit ganz ähnlicher Stoßrichtung auch Schneider ZIS 2013, 488 (490 ff.).

⁷¹ → Rn. 35.

⁷² S. dazu bereits → Rn. 5.

⁷³ Vgl. nochmals Schneider ZIS 2013, 488 (490 ff.); an der Völkerrechtskonformität zweifelnd auch Grothenrath Unternehmenssanktionierung in Europa, 2018, 66 f. und NK-WSS/von Galen/Maas § 30 Rn. 128 f.

§ 8 Mehrfachverfolgung und grenzüberschreitendes *ne bis in idem*

Übersicht

	Rn.
A. Überblick der einschlägigen Vorschriften	2
B. Konzernspezifische Aspekte des grenzüberschreitenden <i>ne bis in idem</i> bei Straf- und Sanktionsverfahren gegen Individualpersonen	6
C. Konzernspezifische Aspekte des grenzüberschreitenden <i>ne bis in idem</i> bei Straf- und Sanktionsverfahren gegen Verbände	10
I. Konzernoberverband und Tochterverband als einheitlicher Sanktionsadressat?	11
II. Begriff derselben Tat („idem“)	15
1. Paralleles Handeln mehrerer natürlicher Personen	16
2. Vorwurf eines aktiven Normverstoßes durch einen Verbandsangehörigen einerseits und Vorwurf einer Aufsichtspflichtverletzung durch die Unternehmensleitung andererseits	18

- 1 Die weltweit festzustellende Tendenz der Staaten, den räumlichen Geltungsbereich ihres Straf- und Sanktionsrechts auszuweiten (→ § 7), birgt gerade für international agierende Unternehmen und ihre Beschäftigten die Gefahr, wegen desselben Sachverhalts in mehreren Staaten mit Straf- und/oder Sanktionsverfahren konfrontiert zu werden. Den praktisch wichtigsten (und für sich genommen unzulänglichen¹) rechtlichen Mechanismus, um solche grenzüberschreitenden Mehrfachverfolgungen zu verhindern, stellt *de lege lata*² der Rechtsgrundsatz *ne bis in idem* in seiner horizontal-transnationalen Dimension dar.³

A. Überblick der einschlägigen Vorschriften

- 2 Eine besonders wichtige Ausprägung des *ne-bis-in-idem*-Grundsatzes in seiner horizontal-transnationalen Dimension findet sich in **Art. 54 des Schengener Durchführungsübereinkommens** (SDÜ), der heute nicht nur für die (noch) 28 Mitgliedstaaten der Europäischen Union,⁴ sondern auch für die assoziierten Schengen-Staaten Island und

¹ Statt vieler zurecht kritischer Stimmen s. nur *Rekate*, Vermeidung von Jurisdiktionskonflikten, 2015, 169 ff. und *Zimmermann* Strafgewaltkonflikte 280 ff. – jew. mwN.

² Überblicksartige Darstellungen von Lösungskonzepten, die zur Bewältigung von Jurisdiktionskonflikten *de lege ferenda* vorgeschlagen wurden, finden sich – unter anderem – bei *Rekate* Vermeidung von Jurisdiktionskonflikten 253 ff. und bei *Zimmermann* Strafgewaltkonflikte 320 ff.; s. auch Böse/Meyer/Schneider/Böse Conflicts of Jurisdiction in Criminal Matters in the EU, Volume II, 2014, 333 ff.

³ Zu den unterschiedlichen Dimensionen des *ne-bis-in-idem*-Prinzips iSv Art. 50 GRCh s. *Meyer* HRRS 2014, 270 und NK-EuGRCh/Eser Art. 50 Rn. 6 ff.

⁴ Erstmals in das Unionsrecht überführt wurde das SDÜ durch Art. 2 Abs. 1 des Protokolls zum Vertrag von Amsterdam über die Einbeziehung des Schengen-Besitzstands in den Rahmen der EU (sog. „Schengen-Protokoll“, ABl 1997 C 340, 93). Nachdem Art. 54 SDÜ zu diesem Zeitpunkt in den **13 Mitgliedstaaten** galt, die damals schon Schengen-Staaten waren (BE, DK, DE, GR, ES, FR, IT, LU, NL, AT, PT, FI, SE), haben wenig später auch das **Vereinigte Königreich** sowie die **Republik Irland** mit Billigung des Rates erklärt, den Art. 54 SDÜ – neben anderen Vorschriften des Schengen-Besitzstandes – zur Anwendung bringen zu wollen (s. Art. 1 lit. a) i) des Beschlusses des Rates v. 28.2.2002 zum entsprechenden Antrag Irlands, ABl. 2002 L 64, 20, sowie Art. 1 lit. a) i) des Beschlusses des Rates v. 29.5.2000 zum entsprechenden Antrag des Vereinigten Königreichs, ABl. 2000 L 131, 43). Wie sich der EU-Austritt des Vereinigten Königreichs („**BREXIT**“) auf die dortige Anwendbarkeit von Art. 54 SDÜ auswirken wird, lässt sich noch nicht absehen. Die **10 Staaten**, die der Europäischen Union zum 1.5.2004 beigetreten sind (EE, LV, LT, MT, PL, SK, SI, CZ, HU, CY), nehmen zwar nicht alle vollständig am Schengen-Besitzstand teil, sind aber jedenfalls an den Art. 54 SDÜ gebunden (s. Ziff. 2 im Anhang I zur Akte über die Bedingungen des Beitritts dieser Staaten v. 16.4.2003, ABl 2003 L 326, 50). Dasselbe gilt für **Bulgarien** und **Rumänien** (s. Ziff. 2 im Anhang II des Protokolls über die Bedingungen und Einzelheiten der Aufnahme dieser Länder in die EU v. 25.5.2005, ABl. 2005 L 157, 49). Für **Kroatien** ergibt sich die Anwendbarkeit von Art. 54 SDÜ schließlich aus Ziff. 2 des Anhangs II zum Vertrag zwischen der Republik Kroatien und den EU-Mitgliedstaaten über den Beitritt der Republik Kroatien zur Europäischen Union v. 7.11.2011 (ABl. 2012 L 112, 36).

Norwegen⁵ sowie die Schweiz⁶ und Liechtenstein⁷ gilt. Die Vorschrift wird herrschend als sekundärrechtliche Konkretisierung von Art. 50 GRCh verstanden und ist in dessen Lichte auszulegen.⁸ Sie folgt dem sog. Erledigungsprinzip, dh die Vorschrift löst – nach deutscher Diktion – ein **Verfahrenshindernis** aus.⁹ Nach – soweit ersichtlich – allgemeiner Auffassung ist Art. 54 SDÜ (iVm Art. 50 GRCh) sowohl auf natürliche Personen als auch auf Verbände anwendbar.¹⁰

Nicht anwendbar ist Art. 54 SDÜ (iVm Art. 50 GRCh), wenn die **Erstsanktion von 3 einem Drittstaat verhängt** wurde und eine erneute Verfolgung in einem Schengen-Staat droht.¹¹ Gleiches gilt für Fallkonstellationen, die sich **vollständig außerhalb des Schengen-Raumes** abspielen. In dieser Situation ergibt sich auch weder aus Art. 4 des 7. Zusatzprotokolls zur EMRK noch aus Art. 14 Abs. 7 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte (IpBPR)¹² noch aus Art. 8 Nr. 4 der Amerikanischen Menschenrechtskonvention (AMRK)¹³ noch aus Art. 103 Abs. 3 GG ein grenzüberschreitender *ne-bis-in-idem*-Schutz, da diese Vorschriften lediglich Fälle der innerstaatlichen Mehrfachverfolgung erfassen.¹⁴ Der *ne-bis-in-idem*-Grundsatz ist in seiner horizontal-transnationalen Dimension darüber hinaus auch **nicht als allgemeines Prinzip des Völkerrechts** anerkannt.¹⁵

⁵ S. dazu Art. 2 Abs. 1 iVm dem Anhang A Teil 1 des Übereinkommens zwischen dem Rat der Europäischen Union sowie der Republik Island und dem Königreich Norwegen über die Assoziierung der beiden letztgenannten Staaten bei der Umsetzung, Anwendung und Entwicklung des Schengen-Besitzstands v. 18.5.1999 (ABl. 1999 L 176, 36) sowie Art. 1 des Beschlusses des Rates v. 1.12.2000 über die Inkraftsetzung des Schengen-Besitzstands in Dänemark, Finnland und Schweden sowie in Island und Norwegen (ABl. 2000 L 309, 24).

⁶ Die Anwendbarkeit des Art. 54 SDÜ folgt hier aus Art. 2 Abs. 1 iVm dem Anhang A Teil 1 des Abkommens zwischen der EU, der EG und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über die Assoziierung dieses Staates bei der Umsetzung, Anwendung und Entwicklung des Schengen-Besitzstands v. 26.10.2004 (ABl. 2008 L 53, 52).

⁷ S. dazu Art. 2 Abs. 1 des Protokolls zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, der EU, der EG und dem Fürstentum Liechtenstein über den Beitritt des Fürstentums Liechtenstein zu dem Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, der EU und der EG über die Assoziierung der Schweizerischen Eidgenossenschaft bei der Umsetzung, Anwendung und Entwicklung des Schengen Besitzstands v. 28.2.2008 (ABl. L 160, 3) iVm dem Anhang A Teil 1 des in Fn. 79 genannten Abkommens.

⁸ Zum Verhältnis von Art. 54 SDÜ zu Art. 50 GRCh s. grundlegend EuGH Urt. v. 27.5.2014 – C-129/4, ECLI:EU:C:2014:586 = NJW 2014, 3007 – Spasic – m. Bespr. Meyer HRRS 2014, 269 ff.

⁹ BGH Urt. v. 12.12.2013 – 3 StR 531/12, NJW 2014, 1025 (1026); BGH Beschl. v. 25.10.2010 – 1 StR 57/10, BGHSt 56, 11 (14) = NJW 2011, 1014 (1015); Beschl. v. 9.6.2008 – 5 StR 342/04, BGHSt 52 275 (283) = NJW 2008, 2931 (2932); *Ambos* European Criminal Law 149 Rn. 170; *Mansdörfer* ne bis in idem 142.

¹⁰ Momsen/Grützner WirtschaftsStrafR/Böse Kap. 3 Teil D Rn. 17; *Behr/Strein* CB 2014, 35 (36); *Hackner* NStZ 2011, 425 (428); *Rönnau* FS Volk, 2009, 583 (590); *Adick/Bülte* FiskalStrafR/*Rathgeber* Kap. 6 Rn. 145; *Walther* WjJ 2013, 158 (163); *Wegner* RIDP 2018, 213 (216 f.); vgl. auch *Janssens* Mutual Recognition, 288 f. Eine entscheidungstragende Stellungnahme aus der Rechtsprechung existiert noch nicht. Allerdings hat das LG Darmstadt (LG Darmstadt Urt. v. 14.5.2007 – 712 Js 5213/04 – 9 KLS, BeckRS 2007, 16611 Rn. 169 – insoweit in CCZ 2008, 38 nicht abgedruckt) in seiner „Siemens“-Entscheidung aus dem Jahr 2007 die Anwendung von Art. 54 SDÜ auf einen Verband erwogen wurde und schließlich aus Gründen abgelehnt, die mit den Umständen des konkreten Einzelfalls zusammenhängen und an dieser Stelle unerheblich sind. Die grundsätzliche Anwendbarkeit der Vorschrift auf Verbände hat das Gericht dabei aber jedenfalls nicht bezweifelt.

¹¹ Allg. A., s. nur *Yomere* Mehrfachsanktionierung 252.

¹² BGBl. 1973 II 1533.

¹³ Online abrufbar unter <http://t1p.de/sxce> (abgerufen am 4.8.2019).

¹⁴ Zu der bloß innerstaatlichen Dimension von **Art. 4 des 7. Zusatzprotokolls der EMRK** statt aller Hochmayr/Esner „Ne bis in idem“ in Europa, 2015, 27 (28); zahlreiche Nachweise zu **Art. 14 Abs. 7 IPbPr** liefert *Yomere* Mehrfachsanktionierung 249; für **Art. 8 Nr. 4 AMRK** s. *Cabra* The American University Law Review 30 (1980) 21 (37) und für **Art. 103 Abs. 3 GG** BVerfG Urt. v. 18.12.1953 – 1 BvR 230/51, BVerfGE 3, 248 (252) = NJW 1954, 69; Beschl. v. 17.1.1961 – 2 BvL 17/60, BVerfGE 12, 62 (66) = NJW 1961, 867 f.; Beschl. v. 8.1.1981 – 2 BvR 873/80, BeckRS 9998, 103560 und *Rübenstahl/Schilling* HRRS 2008, 492 ff. mwN.

¹⁵ BVerfG Beschl. v. 31.3.1987 – 2 BvM 2/86, BVerfGE 75, 1 (24 ff.) = NJW 1987, 2155 (2157); Beschl. v. 4.12.2007 – 2 BvR 38/06, BVerfGK 13, 7 (13 ff.) = DAR 2008, 586; Beschl. v. 15.12.2011 – 2

- 4 Davon abgesehen gebietet es nach meiner Auffassung aber der in Art. 49 Abs. 3 GRCh verankerte und auch als allgemeines Rechtsprinzip der Europäischen Union anerkannte¹⁶ **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz**, Sanktionen, die von Drittstaaten bereits rechtskräftig in derselben Sache verhängt wurden, bei erneuter Verfolgung durch einen EU-Mitgliedstaat in derselben Sache zumindest auf die zu verhängende Zweitsanktion **anzurechnen**.¹⁷ Soweit das EuG und der EuGH sich im Bereich des EU-Kartellrechts der Anerkennung einer solchen Pflicht zur Anrechnung von Drittstaatssanktionen bisher verweigert haben,¹⁸ ist dies bei näherer Betrachtung dem EU-kartellrechtsspezifischen Tatbegriff¹⁹ geschuldet, in dessen Rahmen die Unionsgerichte davon ausgehen, dass EU-Kartellsanktionen und Kartellsanktionen aus Drittstaaten jeweils nur die Kartellauswirkungen im jeweiligen Hoheitsgebiet erfassen und daher nie „dieselbe Sache“ betreffen.²⁰ Außerhalb des EU-Kartellrechts stehen die genannten Judikate einer Pflicht zur Anrechnung von Drittstaatssanktionen bei erneuter Sanktion in derselben Sache durch ein EU-Organ oder einen EU-Mitgliedstaat daher nicht entgegen.
- 5 Nach richtiger Auffassung folgt eine Pflicht zur Anrechnung ausländischer Sanktionen in derselben Sache **im Rahmen der deutschen Rechtsordnung** auch schon aus dem allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, der in Bezug auf Mehrfachverfolgungen durch das Prinzip der Rechtssicherheit sowie der materiellen Gerechtigkeit flankiert wird.²¹ Diese Prinzipien legen dem Staat auch außerhalb des Anwendungsbereichs von Art. 103 Abs. 3 GG eine besondere Rechtfertigungslast auf, wenn er wegen desselben Sachverhalts mehrfach in die Rechte des Einzelnen eingreifen will. Dies muss auch dann gelten, wenn die Erstsanktion von einem Nicht-Schengen-Staat verhängt wurde. Denn zwar ist diese Erstsanktion der Bundesrepublik Deutschland und ihren Justizorganen nicht zurechenbar; ein freiheitlicher Rechtsstaat darf die ihm Rechtsunterworfenen aber gleichwohl nicht sehen- den Augen einer unverhältnismäßigen Mehrfachverfolgung aussetzen und zwar auch dann nicht, wenn die von ihm selbst vorgesehene Sanktion für sich genommen eine verhältnismäßige Reaktion auf den verfolgten Normverstoß darstellen würde.

B. Konzernspezifische Aspekte des grenzüberschreitenden *ne bis in idem* bei Straf- und Sanktionsverfahren gegen Individualpersonen

- 6 Soweit horizontal-transnationaler *ne-bis-in-idem*-Schutz gewährleistet ist, entfalten Straf- oder Sanktionsentscheidungen gegen Individualpersonen ihre grenzüberschreitende Rechtskraftwirkung zunächst unabhängig davon, ob der Täter die abgeurteilte Tat aus einem Verband heraus begangen hat oder nicht. Folglich ergeben sich in diesem Bereich grundsätzlich auch keine konzernspezifischen Probleme. Eine Ausnahme gilt jedoch für die Bestimmung der **Tatidentität („idem“)**, die häufig Schwierigkeiten aufwirft.
- 7 Wie mit diesen Schwierigkeiten umzugehen ist, hängt naturgemäß zunächst davon ab, welcher Tatbegriff zugrunde gelegt wird. Hier soll beispielhaft auf den praktisch besonders relevanten Tatbegriff zurückgegriffen werden, den der EuGH für Art. 54 SDÜ (iVm

BvR 148/11, NJW 2012, 1202 (1203); stellvertretend für das deutsche Schrifttum sei verwiesen auf MüKoStGB/Ambos Vor §§ 3 – 7 Rn. 65, Hackner NSStZ 2011, 425 (426), BeckOK StPO/Inhofer SDÜ Art. 54 Rn. 48, Mansdörfer ne bis in idem 19 ff. und NK-WSS/v. Galen/Maass OWiG § 84 Rn. 22 – jew. mwN; für das internationale Schrifttum s. zB PHKW Fundamental Rights/Tomkin GrCh Art. 50 Rn. 50.20 und Van Bockel ne bis in idem 2.

¹⁶ Statt vieler Vogenauer/Weatherill/Kokott/Sobotta Principles of Law 167 f. mwN.

¹⁷ So zB auch Behr/StreinZ CB 2014, 35 (38). Grundlegend zum Zusammenhang von Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und Anrechnungsprinzip Poelzig/Bauermeister NZKart 2017, 568.

¹⁸ EuGH Urt. v. 29.6.2006 – C-308/4, ECLI:EU:C:2006:433, Rn. 34 – 38 = BeckRS 2006, 70502 – SGL Carbon AG.

¹⁹ → Fn. 98.

²⁰ Näher Wiedemann KartellR-Hdb/Wiedemann § 6 Rn. 19; LMRKM/Meessen/Funke KartellR 1. Teil F. Rn. 127.

²¹ Maunz/Dürig/Schmidt-Aßmann GG Art. 103 Rn. 276 ff. m. zahlr. N.

Art. 50 GRCh) entwickelt hat. Unter „derselben Tat“ iSv Art. 54 SDÜ (iVm Art. 50 GRCh) ist demnach ein **Komplex konkreter Tatsachen zu verstehen, die in zeitlicher und räumlicher Hinsicht sowie nach ihrem Zweck unlösbar miteinander verbunden** sind.²² Auf die rechtliche Qualifizierung dieser Tatsachen soll es dabei ebenso wenig ankommen, wie auf das rechtliche Interesse, das von dem betroffenen Sanktionsstatbestand geschützt wird.²³ Weil der EuGH auf diese Weise darauf verzichtet, die Reichweite „derselben Tat“ von dem materiellen Normverstoß her zu bestimmen, wird der beschriebene Ansatz des EuGH häufig als „faktischer“ Tatbegriff bezeichnet²⁴ und damit von dem eher „normativen“ Tatbegriff abgegrenzt, den der EuGH im Kontext des EU-Kartell- und Wettbewerbsrechts bei der Anwendung des *ne-bis-in-idem*-Prinzips als allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts zugrunde legt.²⁵ Das darf jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Frage, wann Tatsachen „in zeitlicher und räumlicher Hinsicht sowie nach ihrem Zweck unlösbar miteinander verbunden sind“, ihrerseits **hochnormativ** ist.²⁶

Als (angesichts zahlreicher denkbarer Fallkonstellationen willkürlich gewähltes) Beispiel **8** für eine Anwendung dieses Beurteilungsmaßstabs seien – im Konzernkontext nicht selten auftretende – Fälle genannt, in denen ein Individualbeschuldigter zunächst wegen **Unterlassens bzw. einer Aufsichtspflichtverletzung auf Leitungsebene** rechtskräftig abgeurteilt wird, um dann in einem anderen Staat in Bezug auf dieselbe Sache wegen **aktiver Beteiligung** verfolgt zu werden. Dazu ein (an eine Facette der sog. „Siemens“-Affäre²⁷ grob angelehntes) Beispiel:

G wird auf Grundlage von § 130 OWiG in Deutschland rechtskräftig zu einer Geldbuße verurteilt, weil ihm vorgeworfen wird, in seiner Funktion als Mitglied des Vorstands der „S“-AG trotz entsprechenden Wissens und Einflussmöglichkeiten nicht dagegen eingeschritten zu sein, dass Unter-

²² Diese Definition des EuGH wird auch vom BGH anerkannt, s. dazu etwa BGH Urt. v. 12.12.2013 – 3 StR 531/12, NJW 2014, 1025 (1027) mwN.

²³ EuGH Urt. v. 16.11.2010 – C-261/09, ECLI:EU:C:2010:683, Rn. 39 = NStZ 2011, 466 (467) – Mantello; Urt. v. 18.7.1997 – C-367/05, ECLI:EU:C:2007:444, Rn. 36 = NStZ 2008, 164 (166) – Kraaijenbrink; Urt. v. 18.7.2007 – C-288/85, ECLI:EU:C:2007:441, Rn. 29, 37 = NJW 2007, 3412 (3413) – Kretzinger; Urt. v. 28.9.2006 – C-150/05, ECLI:EU:C:2006:614, Rn. 53 = BeckRS 2006, 70756 – Van Straaten; Urt. v. 28.9.2006 – C-467/04, ECLI:EU:C:2006:610, Rn. 54 = NStZ 2007, 408 (409) – Gasparini; Urt. v. 9.3.2006 – C-436/04, ECLI:EU:C:2006:165, Rn. 36, 42 = BeckRS 2006, 70201 – Van Esbroeck; im Detail weichen die jeweils vom EuGH verwendeten Formulierungen minimal voneinander ab, ohne dass sich daraus inhaltliche Differenzen ergeben.

²⁴ Radtke NStZ 2012, 479 (483); ders. NStZ 2008, 162 ff.; Hackner NStZ 2011, 425 (427) – jew. mwN.

²⁵ Im europäischen Kartell- und Wettbewerbsrecht hängt die Anwendung des *ne-bis-in-idem*-Prinzips als allgemeiner Grundsatz des Unionsrecht laut EuGH „von der dreifachen Voraussetzung des Sachverhalts, des Zuwiderhandelnden und des geschützten Rechtsguts“ ab (s. dazu grundlegend EuGH Urt. v. 7.1.2004 – C-204/00 P ua, ECLI:EU:C:2004:6, Rn. 338 = BeckRS 2004, 74942 – Aalborg Portland; bestätigt durch EuGH Urt. v. 14.2.2012 – C-17/10, ECLI:EU:C:2012:72, Rn. 97 = BeckRS 2012, 80304 – Toshiba I; näher v. Laufenberg, Kartellrechtliche Konzernhaftung, 2018, 82 ff. und Yomere Mehrfachsanktionierung, 58 ff.). Ein „idem“ liegt – ungeachtet der Tatsachenlage – also nur vor, wenn die Sanktionsvorschriften, die der Erst- und der Zweitverfolgerstaat jeweils anwenden, das gleiche Rechtsgut schützen. Dieser Ansatz lässt sich als Normativierung des Tatbegriffs beschreiben.

²⁶ Prägnant Bauer NStZ 2009, 456 (457). Bemerkenswerterweise überlässt der EuGH die Beantwortung dieser Frage im konkreten Einzelfall denn auch grundsätzlich den nationalen Gerichten und Strafverfolgungsbehörden im Zweitverfolgerstaat, denen insofern also ein Beurteilungsspielraum zukommt (s. etwa EuGH Urt. v. 18.7.2007 – C-288/85, ECLI:EU:C:2007:441, Rn. 37 = NJW 2007, 3412 (3413) – Kretzinger; Urt. v. 28.9.2006 – C-150/05, ECLI:EU:C:2006:614, Rn. 52 = BeckRS 2006, 70756 – Van Straaten; Urt. v. 28.9.2006 – C-467/04, ECLI:EU:C:2006:610, Rn. 56 = NStZ 2007, 408 (409) – Gasparini; Urt. v. 9.3.2006 – C-436/04, ECLI:EU:C:2006:165, Rn. 38, 42 = BeckRS 2006, 70201 – Van Esbroeck). In den genannten Entscheidungen wird dieser Beurteilungsspielraum konkret nur den „zuständigen nationalen Gerichten“ eingeräumt, muss aber richtigerweise genauso allen anderen Sanktionsbehörden (zum Beispiel einer Staatsanwaltschaft) zustehen, die befugt sind, eine „rechtskräftige Aburteilung“ iSd Art. 54 SDÜ herbeizuführen.

²⁷ Instruktiv Kudlich/Hoven FS Courakis, 2017, 583 ff., die sich auf den 608 ff. anhand einer etwas (aber entscheidend) anders gelagerten Fallkonstellation ebenfalls mit dem Begriff der Tatidentität gem. Art. 54 SDÜ iVm Art. 50 GRCh beschäftigen.

nehmensangehörige griechische Amtsträger bestochen haben, um so öffentliche Aufträge für Tochterunternehmen der „S“-AG zu erlangen. Nachdem die Entscheidung rechtskräftig und vollstreckt worden ist, wird in Griechenland ein Strafverfahren gegen G eingeleitet, indem ihm vorgeworfen wird, an den Bestechungen selbst als Mittäter beteiligt gewesen zu sein.

- 9 Der Beispielsfall wirft die Frage auf, inwieweit der Vorwurf, die Zahlung von Bestechungsgeldern durch Aufsichtsversagen ermöglicht oder zumindest gefördert zu haben, und der Vorwurf, aktiv an diesen Aktivitäten beteiligt gewesen zu sein, einem gemeinsamen Komplex konkreter Tatsachen bilden, die in zeitlicher und räumlicher Hinsicht sowie nach ihrem Zweck unlösbar miteinander verbunden sind. Für einen solchen Zusammenhang spricht, dass eine Aburteilung wegen des Vorwurfs einer Aufsichtspflichtverletzung im Regelfall mit einer Aufklärung aller Umstände verbunden ist, die den Beschuldigten mit den schädigenden Folgen seines Unterlassens verbinden: Was wusste der Aufsichtspflichtige zu welchem Zeitpunkt über die Taten seiner Untergebenen? In welchem Ausmaß und Detailgrad war er in die illegalen Geschehnisse verwickelt? Wenn ein Gericht diesen Fragen nachgegangen ist und dabei (nur) zu dem Ergebnis eines Unterlassungsvorwurfs kommt, wird der Verurteilte regelmäßig legitimerweise darauf vertrauen dürfen, nicht noch einmal mit dem Vorwurf konfrontiert zu werden, er sei doch stärker in die bereits untersuchten Geschehnisse verwickelt gewesen, als bei seiner ersten Aburteilung angenommen. Im Normalfall wird Art. 54 SDÜ (iVm Art. 50 GRCh) es daher verbieten, ein Konzernleitungsorgan, das bereits in einem Staat wegen Unterlassens bzw. einer Aufsichtspflichtverletzung auf Leitungsebene rechtskräftig abgeurteilt worden ist, in einem anderen Staat erneut wegen aktiver Beteiligung an den Geschehnissen zu verfolgen, auf die sie sich die abgeurteilte Aufsichtspflichtverletzung bezogen haben soll.²⁸

C. Konzernspezifische Aspekte des grenzüberschreitenden *ne bis in idem* bei Straf- und Sanktionsverfahren gegen Verbände

- 10 Konzernspezifische Probleme bei der Anwendung des *ne-bis-in-idem*-Prinzips ergeben sich im Bereich des Verbandssanktionsrechts insbesondere hinsichtlich der Frage, inwieweit eine Verfolgung von sowohl einem Tochterverband als auch einem Konzernoberverband *ne-bis-in-idem*-Schutz auslöst (→ Rn. 11 ff.). Ferner bereitet – wie auch im individualstrafrechtlichen Bereich – die Feststellung des *idem* („dieselbe Tat“) Schwierigkeiten (→ Rn. 15 ff.).

I. Konzernoberverband und Tochterverband als einheitlicher Sanktionsadressat?

- 11 Es liegt auf der Hand, dass grenzüberschreitende Mehrfachverfolgungsverbote nur greifen können, wenn es sich bei den Verfolgten um dieselbe Person handelt. So ist im Kontext von Art. 54 SDÜ (iVm Art. 50 GRCh) beispielsweise anerkannt, dass die Verurteilung eines Täters in einem Schengen-Staat nicht die Verurteilung eines Mittäters in einem anderem Schengen-Staat sperrt.²⁹ Nicht so leicht zu beantworten ist dagegen die Frage, wie mit Fällen umzugehen ist, in denen es sich sowohl bei dem Erst- als auch dem Zweitverfolgten um Verbände handelt, die eine organisatorische und/oder wirtschaftliche Einheit im Sinne eines Konzerns bilden. Das sei an folgendem Beispiel illustriert:

Die „B“-GmbH mit Sitz in Deutschland ist eine 100%-ige Tochtergesellschaft der in Frankreich ansässigen „A“-S.A. und reicht ihre Gewinne auf Grundlage eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages vollständig an die Muttergesellschaft weiter. Der Geschäftsführer der „B“-GmbH – G – ist in Personalunion auch Vorsitzender des Vorstands („directoire“) der „A“-S.A. Im Zuge von Ermittlungen der deutschen Staatsanwaltschaft stellt sich heraus, dass G in Deutschland Straftaten zum Vorteil der „B“-GmbH und der „A“-S.A. begangen hat. Gegen die „B“-GmbH wird deshalb ein

²⁸ Vgl. aber die nur leicht abgewandelte Fallkonstellation bei *Kudlich/Hoven* FS Courakis, 2017, 583 (608 ff.), bei der eine abweichende Bewertung gut vertretbar erscheint.

²⁹ S. nur EuGH Urt. v. 28.9.2006 – C-467/04, ECLI:EU:C:2006:610, Rn. 34 ff. = BeckRS 2006, 70759 – Gasparini und PHKW Fundamental Rights/*Tomkin* GRCh Art. 50 Rn. 50.41.

hohes Bußgeld verhängt und vollstreckt. Später kommt es wegen der Taten des G auch in Frankreich zu Ermittlungen und es soll von französischer Seite ein erneutes Bußgeld gegen die „A“-S. A. verhängt werden.

Der Fall wirft die Frage auf, ob Art. 54 SDÜ ein Hindernis für eine Bebußung der „A“-S. A. darstellt, weil der Verband in derselben Sache bereits dadurch sanktioniert wurde, dass die „B“-GmbH als Tochtergesellschaft ein Bußgeld erhalten hat. Gegen diese Annahme spricht auf den ersten Blick der Umstand, dass es sich bei der „A“-S. A. und der „B“-GmbH **formell** jeweils um eigenständige Verbände und damit auch um verschiedene Sanktionsadressaten iSd Art. 54 SDÜ handelt. **Wirtschaftlich betrachtet** ließe sich jedoch durchaus die Ansicht vertreten, es handele sich bei der „A“-S. A. und der „B“-GmbH um einen identischen Sanktionsadressaten, denn die „A“-S. A. kann über das Vermögen der „B“-GmbH annähernd³⁰ so verfügen wie über ihr eigenes Vermögen und hat Zugriff auf die Gewinne des Tochterverbands. Eine sanktionsbedingte finanzielle Einbuße auf Seiten der „B“-GmbH wirkt sich für die „A“-S. A. wirtschaftlich deshalb (beinahe) so aus, als habe die „A“-S. A. diese Einbuße direkt selbst erlitten. Bei dieser Betrachtung liegt der Schluss nahe, die „A“-S. A. und die „B“-GmbH als „Sanktionseinheit“ und damit als identische Sanktionsadressaten iSv Art. 54 SDÜ anzusehen.³¹ Die Erstsanktion gegen die „B“-GmbH würde demnach gegenüber einer erneuten Sanktion der „A“-S. A. in derselben Sache Sperrwirkung entfalten.³²

Während eine Klärung dieser Frage durch die Rechtsprechung noch aussteht, wird die skizzierte wirtschaftliche Betrachtungsweise bei der Anwendung des *ne-bis-in-idem*-Grundsatzes in der Literatur mit Verweis auf die formell getrennten Rechtspersönlichkeiten von Tochterverband und Konzernoberverband **überwiegend abgelehnt**.³³ Als Alternative wird häufig vorgeschlagen, die rechtskräftige Erstsanktion gegen einen Konzernverband bei der Bemessung einer erneuten Sanktion, die in derselben Sache gegen einen anderen Konzernverbandes verhängt wird, zu berücksichtigen.³⁴

Als gesichert kann angesichts der einschlägigen Rechtsprechung des EuGH zum Kartellsanktionsrecht gelten, dass Art. 54 SDÜ (iVm Art. 50 GRCh) – unabhängig von dem vorstehend ausgeführten Streitstand – jedenfalls dann eine erneute Verfolgung aller konzernangehöriger Verbände sperrt, wenn die Erstsanktion gegen den **Konzern als wirtschaftliche Einheit** und/oder die konzernangehörigen Einzelverbände **als Gesamtschuldner**³⁵ verhängt wurde.³⁶

II. Begriff derselben Tat („idem“)

Wie im Bereich des Individualstrafrechts wirft die Frage, wann in Konzernstrukturen dieselbe Tat iSd *ne-bis-in-idem*-Prinzips vorliegt, auch im Verbandssanktionsrechts erhebli-

³⁰ Eine zivilrechtliche Grenze wird der Befugnis der Konzernobergesellschaft(en), über das Vermögen des Tochterverbandes zu verfügen, ggf. durch Kapitalerhaltungsvorschriften gesetzt (im Beispiel: §§ 30 ff. GmbHG). Zu den strafrechtlichen Grenzen der Vermögensverfügungsbefugnisse einer Konzernobergesellschaft gegenüber einem Tochterverband s. einführend *Meister* BLJ 2012, 37 ff.

³¹ In diesem Sinne *Mansdörfer/Timmerbeil* WM 2004, 362 (369); vgl. auch *Muders* Haftung im Konzern 253 ff.

³² Das gleiche Ergebnis würde bei der vorgeschlagenen wirtschaftlichen Betrachtung auch in dem umgekehrten Fall erzielt, dass zuerst die Konzernobergesellschaft und erst danach der Tochterverband in derselben Sache sanktioniert werden soll. In dieser Situation würde die Zweitsanktion gegen den Tochterverband bei wirtschaftlicher Betrachtung letztlich wieder die Konzernobergesellschaft treffen, die folglich zweifach belastet wäre.

³³ *Minkoff* Aufsichtspflichten im Konzern 221 f.; *Tschierschke* Sanktionierung des Unternehmensverbunds 262 f.; *aA Mansdörfer/Timmerbeil* WM 2004, 362 (369).

³⁴ *Göhler/Gürtler* OWiG § 30 Rn. 29; *Minkoff* Aufsichtspflichten im Konzern 222; vgl. auch *Muders* Haftung im Konzern 260, der auf eine Anwendung des Opportunitätsprinzips verweist.

³⁵ Dazu kann es beispielsweise im EU-Kartellrechtsanktionsrecht kommen, s. instruktiv *Tschierschke* Sanktionierung des Unternehmensverbunds 35 ff. und *v. Laufenberg*, Kartellrechtliche Konzernhaftung, 2018, 53 ff., 66 ff. – jew. mwN.

³⁶ *Muders* Haftung im Konzern 252; vgl. auch *Tschierschke* Sanktionierung des Unternehmensverbunds 112 und 263.

che Schwierigkeiten auf. Im Folgenden sollen beispielhaft – und sicher nicht abschließend – zwei häufig auftretende Grundkonstellationen unter Zugrundelegung des faktischen Tatbegriffs nach Art. 54 SDÜ (iVm Art. 50 GRCh) beleuchtet werden.

- 16 1. Paralleles Handeln mehrerer natürlicher Personen.** Als erstes sei die Fallkonstellation genannt, in der **mehrere natürliche Personen durch (teil-)paralleles Handeln** eine mehrfache Verfolgung eines Verbands auslösen. Dazu ein Beispiel:

A ist Mitglied des Vorstands der „S“-AG (Sitz in Deutschland) und lässt in dieser Funktion „schwarze Kassen“ einrichten, um daraus Bestechungsgelder zur Erlangung von öffentlichen Aufträgen in Dänemark zu finanzieren. Die Tat wird aufgedeckt und gegen die „S“-AG eine Verbandsgeldbuße nach § 30 OWiG verhängt. Später stellt sich heraus, dass B, die ebenfalls Mitglied des Vorstands der „S“-AG ist, das identische Bestechungssystem auch für den belgischen Markt eingerichtet hat. Aus diesem Grund soll in Belgien nun eine erneute Verbandsgeldbuße gegen die „S“-AG verhängt werden. Die maßgebliche belgische Vorschrift sieht vor, dass Verbände verschuldensunabhängig für verbandsbezogene Straftaten ihrer Leitungspersonen haften, soweit durch die Tatbegehung verbandsbezogene Pflichten verletzt wurden oder der Verband von der Tat profitieren sollte.

- 17** Der Beispielsfall wirft die Frage auf, ob die Taten von A und B in „zeitlicher und räumlicher Sicht sowie nach ihrem Zweck unlösbar miteinander verbunden“ sind und so dem Verständnis des EuGH von einer einheitlichen Tat iSv Art. 54 SDÜ (iVm Art. 50 GRCh) entsprechen. Sachgerecht erscheint es, insofern zunächst darauf abzustellen, ob die Individualtäter **strukturell vergleichbare Handlungen** begangen haben, worauf zB vergleichbare Tatmittel, Tatmotive und ggf. Tatverletzte hindeuten können. Liegen nach diesen Kriterien sachlich vergleichbare Individualtaten vor (wie im Beispielsfall, wo jeweils Amtsträgerbestechungen zur Auftragserlangung begangen wurden!), muss in einem zweiten Schritt der **Grad der Zusammenarbeit und der kommunikativen Koordinierung der Individualtäter** (im Beispiel: A und B) in den Blick genommen werden: Wenn es sich bei den verschiedenen Anknüpfungstaten lediglich um Teilstücke eines konzertierten Gesamtplans handelt, bei dem die beteiligten Individuen bewusst arbeitsteilig vorgehen und/oder ihre jeweiligen Einzeltaten gegenseitig fördern, liegt eine einheitliche Tat iSv Art. 54 SDÜ (iVm Art. 50 GRCh) vor. Indizien hierfür können regelmäßiger Telefon- und E-Mailkontakt sowie das Abhalten von Meetings mit Bezug zum Tatgeschehen sowie starke personelle Überschneidungen der Tatbeteiligten sein. Wenn die Einzeltat hingegen unterschiedlichen Tat-„Systemen“ zuzuordnen sind, deren Beteiligte ihr Tun allenfalls punktuell und nicht planmäßig koordiniert haben, ist auf Verbandsebene nicht von einer einheitlichen Tat auszugehen.

- 18 2. Vorwurf eines aktiven Normverstoßes durch einen Verbandsangehörigen einerseits und Vorwurf einer Aufsichtspflichtverletzung durch die Unternehmensleitung andererseits.** Schwierigkeiten werfen ferner Fälle auf, in denen ein einzelner oder mehrere natürliche Verbandsangehörige aus dem Verband heraus gegen eine Norm verstoßen haben und dem Verband in Bezug auf diesen Normverstoß außerdem eine Aufsichtspflichtverletzung zur Last gelegt wird. Auch dazu ein Beispiel:

V ist Vertriebsvorstand der deutschen „S“-AG und hat in Italien Amtsträger bestochen, um dem Unternehmen lukrative öffentliche Aufträge zu sichern. Später decken italienische Behörden die Taten auf und verhängen gegen die „S“-AG ein hohes Bußgeld, weil ihr die Taten des V nach italienischem Recht verschuldensunabhängig zugerechnet werden können. Wenig später nimmt dann eine deutsche Staatsanwaltschaft die Verfolgung in derselben Sache auf. Sie wirft den restlichen Vorstandsmitgliedern der „S“-AG vor, trotz entsprechender Hinweise auf Korruptionstaten des V nicht eingeschritten zu sein. Die Behörde erwägt vor diesem Hintergrund unter anderem, eine Verbandsgeldbuße nach Maßgabe von §§ 30, 130 OWiG gegen den Verband (und die anderen Vorstandsmitglieder) zu verhängen.

- 19** Im Beispielsfall unterscheiden sich die Tatvorwürfe der italienischen Strafverfolgungsbehörde einerseits und der deutschen Staatsanwaltschaft nicht nur in der rechtlichen Kon-