

# Die Verantwortlichkeit juristischer Personen in Spanien

Von Dr. Mónica de la Cuerda Martín, Toledo\*

*Eine der wichtigsten Reformen, die das spanische Strafgesetzbuch erfahren hat, ist zweifellos die Einführung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit juristischer Personen im Jahr 2010. Seither gab es zahlreiche Fälle, in denen die Rechtsprechung dazu Stellung genommen hat. Die Untersuchung der gerichtlichen Entscheidungen zeigt auf, dass sich auch die vom Tribunal Supremo<sup>1</sup> vertretene Position grundlegend geändert hat. In diesem Artikel werden einige der verbleibenden Hauptprobleme sowohl aus materieller als auch aus verfahrensrechtlicher Sicht behandelt.*

## I. Einleitung

Die Einführung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von juristischen Personen (im Folgenden RPPJ – nach seiner Abkürzung im Spanischen „Responsabilidad Penal de las Personas jurídicas“)<sup>2</sup> zählt zu den wichtigsten Reformen des spanischen Strafrechts. Bis heute hat sich der Tribunal Supremo seit der bahnbrechenden Entscheidung STS<sup>3</sup> 154/2016 vom 29. Februar mehr als hundert Mal zu diesem Thema geäußert. Dabei hat sich seine Position z.T. erheblich verändert. Ursprünglich konzentrierte sich die Rechtsprechung auf die Festlegung der Grenzen der RPPJ und ihrer wichtigsten Aspekte. Gegenwärtig ist die Rechtsprechung eher damit befasst, grundlegende Leitlinien für die Anwendung von Art. 31 bis CP (nach der spanischen Bezeichnung „Código Penal“) herauszuarbeiten. Diese Entwicklung wurde von der Generalstaatsanwaltschaft durch ihre Rundschreiben FGE-Circulares 1/2011 vom 1. Juni und 1/2016 vom 22. Januar<sup>4</sup> abgeschlossen. Beide Dokumente bieten eine er-

---

\* Die Verf. ist Profesora asociada für Strafrecht an der Universität von Kastilien-La Mancha. Sie bedankt sich ausdrücklich bei Prof. Dr. Adán Nieto Martín, Professor für Strafrecht an der Universität von Kastilien-La Mancha, für seine freundlichen Ratschläge und Empfehlungen bei der Vorbereitung dieses Artikels; seine Hilfe war unerlässlich. Der Beitrag wurde übersetzt von Katharina Beckemper.

<sup>1</sup> Anm. der Übersetzerin: Der Oberste Gerichtshof.

<sup>2</sup> Anm. der Übersetzerin: Es ist in Spanien sehr üblich, nur von RPPJ zu sprechen. Für eine möglichst hohe Annäherung an den Originaltext wird dies übernommen.

<sup>3</sup> Anm. der Übersetzerin: STS sind Sentencias del Tribunal Supremo – vergleichbar mit BGH-Entscheidungen – diese werden in der Folge, wie in Spanien üblich, ohne weitere Nachweise genannt. Zu finden sind alle Entscheidungen auf der Seite

<https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp> (24.9.2023).

<sup>4</sup> Anm. der Übersetzerin: Diese Circulares der FGE (Fiscalía General del Estado) sind Rundschreiben der Generalstaatsanwaltschaft, die Hinweise zur Auslegung des Strafrechts geben. Zu finden sind alle Circulares unter <https://www.fiscal.es/documentación> (24.9.2023), sodass in der Folge auf genaue Nachweise, wie in Spanien üblich, verzichtet wird.

schöpfende und prägnante Bewertung und Auslegung der wichtigsten Kriterien der RPPJ.

In diesem Beitrag werden nicht nur die Hintergründe der Regulierung der RPPJ, sondern auch die verschiedenen regulatorischen Entwicklungen, die sie in Spanien durchlaufen hat, dargestellt und die wichtigsten Reformen bis zum aktuellen Art. 31 bis CP analysiert. Im Anschluss daran werden die wichtigsten Debatten, die sich aus materieller und verfahrensrechtlicher Sicht ergeben haben, aus einer rechtswissenschaftlichen Perspektive behandelt. Materiell-rechtlich werden die Gültigkeit der Compliance-Programme, das Problem der kleinen Unternehmen, die Auslegung der Klausel „zu Gunsten“ und die Auswirkungen von Fusionen und Übernahmen auf die Umsetzung der RPPJ untersucht. Auf der verfahrensrechtlichen Seite wird besonderes Augenmerk auf den Anwendungsbereich von Absprachen und internen Untersuchungen gelegt.

## II. Hintergrund und Entwicklung

Seit dem Inkrafttreten des aktuellen Strafgesetzbuchs im Jahr 1995 gab es vier Verordnungen (1995, 2003, 2010 und 2015), die sich auf die eine oder andere Weise auf die RPPJ auswirkten, obwohl sie erst mit der Reform in LO<sup>5</sup> 5/2010 vom 22. Juni, welches das LO 10/1995 vom 23. November des Strafgesetzbuchs änderte (im Folgenden LO 5/2010), ausdrücklich eingeführt wurde.

Natürlich hatte das europäische Recht maßgeblichen Einfluss. Die RPPJ ist als unmittelbare Folge internationaler Harmonisierung notwendig, um die Wirtschaftskriminalität einzudämmen. Zu diesem Zweck wurde eine Vielzahl internationaler Abkommen verabschiedet, zuerst die Empfehlung Nr. 18 des Ministerkomitees der Mitgliedstaaten aus dem Jahr 1988, in der nicht nur die Besorgnis über die Zunahme der Wirtschaftskriminalität zum Ausdruck kam, sondern auch die grundlegenden Voraussetzungen geschaffen wurden, auf denen die RPPJ in der Folgezeit aufgebaut wurde.

Der Rechtsakt des Rates vom 26. Juli 1995 über das Übereinkommen über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften (95/C 316/03), in dem die wichtige Rolle der Unternehmen anerkannt und die strafrechtliche Verantwortlichkeit derjenigen, die in den Unternehmen Entscheidungsbefugnisse haben, gefordert wird, ist ebenfalls zu erwähnen, da er wegweisend wurde.

### 1. Die Strafverfahrensordnung von 1995 und ihre Reform von 2003: Kurzer Hinweis auf die Situation vor Einführung der RPPJ

Die einzige Möglichkeit, Sanktionen gegen juristische Personen zu verhängen, bestand vor der Normierung der RPPJ

---

<sup>5</sup> Anm. der Übersetzerin: LO ist die Abkürzung für „Ley Orgánica“, was jedes Gesetz kennzeichnet, dass Einfluss auf verfassungsrechtlich gewährte Rechte hat. Alle LOs finden sich unter <https://www.boe.es/buscar/> (24.9.2023).

darin, auf die Normen des Strafverfahrensrechts zurückzugreifen. Art. 129 LECrim (nach der spanischen Bezeichnung „Ley de Enjuiciamiento Criminal“) enthielt zwar schon die Sanktionen, die wir heute in Art. 31 CP im materiellen Strafrecht finden. Es war dennoch nicht möglich, Verbände zu sanktionieren, weil die RPPJ noch nicht anerkannt war. Es bedurfte einer grundlegenden Reform des spanischen Strafrechts, um die Verantwortlichkeit juristischer Personen zu normieren. Eine solche Reform wurde 2010 durchgeführt und 2015 abgeschlossen.

Aufgrund einer Übergangsvorschrift kam es zu keiner rückwirkenden strafrechtlichen Verantwortlichkeit juristischer Personen: Der spanische Gesetzgeber hatte festgelegt, dass für die Straftaten vor der Reform altes Recht gilt. Folglich hatten juristische Personen Zeit, sich auf die neue Verantwortlichkeit einzustellen.

## 2. Die Reform 2010

Der mit LO 5/2010 eingeführten RPPJ lässt sich ein deutlicher Einfluss des EU-Rechts ablesen. Allerdings ist eine vollständige Harmonisierung offensichtlich nicht erreicht worden. Die Entscheidung STS 710/2021 vom 20. September (Fall Volkswagen) spiegelt dies wider. In diesem Fall löst der Tribunal Supremo einen Zuständigkeitskonflikt zwischen Deutschland und Spanien. Es hatte zu entscheiden, welches der beiden Länder am besten geeignet ist, das Ermittlungsverfahren einzuleiten und welche Personen schließlich wegen der untersuchten Straftaten vor welches Gericht gestellt werden. Ziel war es, einen Verstoß gegen den ne bis in idem-Grundsatz zu vermeiden.

Eine der wichtigsten Debatten ist auch nach dem Inkrafttreten der LO 5/2010 weiterhin, ob Spanien ein System der stellvertretenden Zurechnung der strafrechtlichen Verantwortung implementiert hat und wenn ja, wie sich dies auf die Grundsätze der Schuld und der Unschuldsvermutung auswirkt. Im Erwägungsgrund VII der Präambel der LO 5/2010 wird ein gemischtes Modell der RPPJ anerkannt: Kombiniert werden die Hetero-Verantwortlichkeit (Zurechnung derjenigen Straftaten, die im Namen oder im Auftrag und zu Gunsten der juristische Person von Personen begangen wurden, die über eine Vertretungsbefugnis verfügen) und die Selbstverantwortlichkeit (Verantwortlichkeit für diejenigen Straftaten, die durch das Versäumnis der juristischen Person verursacht wurden, eine ordnungsgemäße Kontrolle über ihre Mitarbeiter auszuüben).

In Systemen der Fremdverantwortung ist die RPPJ dann eine automatische Folge, wenn eine natürliche Person eine Straftat zu Gunsten des Unternehmens begeht. Dabei sind die Handlungen der juristischen Person während des gesamten iter criminis irrelevant, da sie immer verantwortlich sein wird.<sup>6</sup> In den Modellen der Eigenverantwortung hingegen wird die Verantwortung von juristischen und natürlichen Personen getrennt. Es wird jede Art von Übertragung abgelehnt und eine für die Organisation spezifische und autonome Straftat sanktioniert, die nicht von der natürlichen Personen

abhängt oder durch sie bedingt ist. Vielmehr wird die juristische Person für ihre mangelhafte Organisation verantwortlich gemacht, d.h. für das, was sie nicht getan hat, obwohl sie es hätte tun müssen.<sup>7</sup>

## 3. Die Reform von 2015

Wenige Monate vor dem fünften Jahrestag des Inkrafttretens der LO 5/2010 wurde die LO 1/2015 vom 30. März erlassen, die eine wichtige und tiefgreifende Reform der RPPJ enthielt. Kritisch wurde angemerkt, dass die Gerichte nicht ausreichend Zeit hatten, sich zu der ursprünglichen Fassung der RPPJ zu äußern, und so deren Wirksamkeit gar nicht genügend überprüft worden sei.<sup>8</sup>

Es besteht eine deutliche Ähnlichkeit des spanischen materiellen Rechts und der in Italien durch das Gesetzesdekret Nr. 231/2001 vom 8. Juni eingeführten Regelung<sup>9</sup>. Obwohl die italienische Regelung verwaltungsrechtlicher und die spanische strafrechtlicher Natur ist, findet sich in Art. 31 CP dennoch eine praktisch wörtliche Übertragung des Art. 5–8 des Gesetzesdekrets Nr. 231/2001.

Die vier wichtigsten Änderungen, die sich aus LO 1/2015 ergeben, sind: 1. der neue Wortlaut von Art. 31.1 bis CP ist klarer und prägnanter; 2. die Ersetzung des Begriffs „ordnungsgemäße Kontrolle“ durch „Aufsichts-, Überwachungs- und Kontrollpflichten“; 3. die Ersetzung des Ausdrucks „zu ihrem Nutzen“ durch „zu ihrem direkten oder indirekten Nutzen“; 4. die Einführung der Abs. 2, 3, 4 und 5 in Art. 31 bis CP, die Anforderungen für Compliance-Programme enthalten. Von zentraler Bedeutung in jeder dieser vier Änderungen ist der Anreiz zu einer ordnungsgemäßen Risikokontrolle und der Grundgedanke, nach dem Compliance-Programme ein wesentliches und geeignetes Instrument zur Verhinderung von Straftaten darstellen.

Es handelt sich um eine weitreichende Reform, die zwei klare Ziele verfolgt: zum einen die Abkehr von einem System der stellvertretenden strafrechtlichen Haftung<sup>10</sup> und zum anderen die Konkretisierung des Inhalts von Compliance-Programmen.

Mit der Gesetzesinitiative entbrannte die Diskussion über die Natur der RPPJ erneut. Das Prinzip der Selbstverantwortlichkeit beruht auf der Konstruktion eines eigenen Verschuldens der juristischen Person, das sich aus einem Organisationsmangel ableitet. Die juristische Person ist deshalb verantwortlich, wenn sie es unterlässt, die Vorsichtsmaßnahmen zu treffen, die erforderlich sind, um eine geordnete und straffreie Geschäftstätigkeit zu gewährleisten.<sup>11</sup> Dies war zwar erklärter Wille des Gesetzgebers, er ist aber mit der Reform nur unzureichend erreicht worden.

<sup>7</sup> *Bladomino Díaz* (Fn. 6), S. 19–21.

<sup>8</sup> *González Cussac*, Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento, 2022, S. 28; in diesem Sinne äußern sich auch das FGE-Rundschreiben 1/2016 und die Stellungnahme des Staatsrats v. 27.6.2013.

<sup>9</sup> Zu der italienischen Regelung *Mongillo*, ZfIStw 5/2023, 317.

<sup>10</sup> Siehe Erwägungsgrund III der Präambel zu LO 1/2015.

<sup>11</sup> FGE-Rundschreiben 1/2016.

<sup>6</sup> *Bladomino Díaz*, Bases de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, 2022, S. 19.

Im Rundschreiben FGE-Circular 1/2011 fanden Compliance-Programme noch keine Erwähnung. Dies änderte sich bereits im Rundschreiben FGE-Circular 1/2016, das den Wert dieser Programme nicht nur zur Vermeidung der strafrechtlichen Sanktionierung des Unternehmens, sondern auch zur Förderung einer echten ethischen Unternehmenskultur betont. Dieser Positionswechsel ist auf den – dank des Einflusses des Gesetzesdekrets Nr. 231/2011 – eingeführten Art. 31 bis Abs. 4 CP zurückzuführen, der eine Befreiung von der strafrechtlichen Verantwortlichkeit für diejenigen juristischen Personen vorsieht, die vor der Begehung der Straftat ein geeignetes Organisations- und Risikomanagementmodell eingeführt haben.

### III. Die wichtigsten Debatten in der Rechtsprechung

#### 1. Die Gültigkeit der Compliance-Programme

Die Bedeutung der Compliance-Programme in den beiden Fassungen der RPPJ von 2010 und 2015 ist unterschiedlich. Das Gesetz von 2010 sah in Art. 31 bis Abs. 4 lit. d CP nur eine Milderung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit vor, die für juristische Personen galt, die vor Beginn der mündlichen Verhandlung wirksame Maßnahmen zur Verhinderung und Aufdeckung von Straftaten ergriffen hatten, die in Zukunft in ihrer Organisation begangen werden könnten. Dies ließ Zweifel aufkommen, was in den Fällen gelten sollte, in denen die Präventivmaßnahmen vor der Begehung der Straftat ergriffen wurden, da die RPPJ nach dem Gesetzeswortlaut in diesen Konstellationen nicht verringert wurde.

Von besonderem Interesse ist die Entscheidung STS 154/2016 vom 29. Februar, nach der es bei Compliance-Programmen darauf ankommt, dass sie nicht nur die Anforderungen des CP erfüllen, sondern auch die Einhaltung einer ethischen Unternehmenskultur gewährleisten, die Straftaten verhindert. Denn Kern der Verantwortlichkeit der juristischen Person sei nichts anderes als das Fehlen angemessener Kontrollmaßnahmen, die den ernsthaften Willen zeigen, die Regeln einzuhalten.<sup>12</sup>

Diese Entscheidung nimmt Art. 31 bis CP auf. Es ist dabei aber umstritten, ob der entlastende Umstand der Implementierung eines Compliance-Programms im objektiven Tatbestand oder in der Schuld zu verorten ist. Die im Rundschreiben FGE-Circular 1/2016 FGE geäußerte Position, nach der es sich um einen Entschuldigungsgrund handeln soll, lehnt die Entscheidung STS 154/2016 vom 29. Februar ab. Nach Ansicht des Gerichts impliziert das Vorhandensein angemessener Kontrollmechanismen das Nichtvorhandensein

der Straftat selbst, so dass es schon am objektiven Tatbestand fehle. Es gehe im Übrigen auch darum, eine rasche Entlastung der juristischen Person zu ermöglichen, um einen größeren Reputationsschaden für das Unternehmen zu vermeiden.

Auch das Rundschreiben FGE-Circular 1/2016 betont, dass die Grundlage des strafrechtlichen Vorwurfs nicht nur in der Begehung der tatbestandsmäßigen Handlung durch natürliche Personen, sondern in dem Vorhandensein einer ineffizienten Kontrolle durch die juristische Person, d.h. in einem Organisationsmangel<sup>13</sup> liege. Der Zweck der Compliance-Programme ist aber nicht nur die Vermeidung oder Verringerung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit, sondern die Förderung einer echten ethischen Unternehmenskultur.<sup>14</sup> Daher dürfen Compliance-Programme nicht als „Versicherung“ gegen strafrechtliche Verfolgung verstanden werden. So wird der Idealfall skizziert, nach dem diese Programme Ausdruck einer Kultur der Legalität sind. In der Realität werden sie dennoch von vielen Unternehmen als Mechanismus zum Ausschluss oder zur Begrenzung einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit angesehen.

Zuzugeben ist, dass es bisweilen nicht einfach ist, der Verpflichtung zur Implementierung eines wirksamen Compliance-Programms nachzukommen. Jedenfalls kann nicht der Grundsatz gelten „Alles geht“. Art. 31 bis Abs. 5 CP stellt sehr strenge inhaltliche Anforderungen auf. Ganz abgesehen von den individuellen Auswirkungen<sup>15</sup> muss aus formaler Sicht sichergestellt werden, dass es sich um klare, präzise, schriftliche und individualisierte Programme handelt. Die schematische Übertragung eines Compliance-Modells von einem Unternehmen auf ein anderes ist nicht zulässig. In materieller Hinsicht (Art. 31 bis Abs. 2 Nr. 3.<sup>a</sup> CP) muss das Risikomanagement<sup>16</sup> wirksam sein, und zwar sowohl vor Begehung einer Straftat als auch zum Zeitpunkt der Entdeckung des strafrechtlichen Risikos. Das wird von der Rechtsprechung ausdrücklich betont.<sup>17</sup>

Dies führt zu der Frage, wie die Wirksamkeit und Angemessenheit von Compliance-Programmen nachgewiesen werden können. Es darf der juristischen Person keine Beweislast auferlegt werden, die eine natürliche Person nicht ebenfalls zu tragen hätte und die letztlich zu einer verschuldensunabhängigen Verantwortlichkeit führen würde, indem von der Begehung der Strafbarkeit automatisch auf die Unwirksamkeit des Compliance-Programms geschlossen wird.

In der oben genannten Entscheidung führt der oberste Gerichtshof aus, dass es in der Praxis die juristische Person selbst sein wird, die ihre Verteidigung auf das tatsächliche Vorhandensein angemessener Präventionsmodelle stützt. Der

<sup>12</sup> STS 154/2016 v. 29.2.2016; siehe in ähnlichem Sinne: SAP (Anm. der Übersetzerin: nach seinen Buchstaben im Spanischen Sentencia Audiencia Provincial) Madrid 364/2018 v. 16.5.2018; STSJ (Anm. der Übersetzerin: STSJ steht für Sentencia de Jurisprudencia del Tribunal de Madrid) Madrid. Alle Entscheidungen können eingesehen werden unter <https://olgercalvo.com/la-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas-algunas-consideraciones-sobre-su-aplicacion-en-costa-rica-por-warner-molina-ruiz/> (24.9.2023).

<sup>13</sup> Im gleichen Sinne STS 154/2016 v. 29.2.2016.

<sup>14</sup> In diesem Sinne Erlass AP Soria 208/2019 v. 20.12.2019; Erlass JCI v. 3.2.2020.

<sup>15</sup> Siehe hierzu unter anderem *Etxeberria Bereziartua*, La cuestión cautelar en el proceso sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica, 2023, S. 313–324.

<sup>16</sup> Für weitere Details siehe *Nieto Martín*, Revista Electrónica de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Compliance 1/2023, 1.

<sup>17</sup> SAP Barcelona 303/2022 v. 6.5.2022.

Beweis für die Implementierung und Wirksamkeit dieser Programme könne ihr aber nicht auferlegt werden, da dies dazu führen würde, dass bei Anklagen juristischer Personen die Grundprinzipien des Strafverfolgungssystems nicht gelten würden.<sup>18</sup> Es könne sich deshalb nicht um ein mechanisches Verfahren handeln, bei dem die bloße Feststellung über das (Nicht-)Vorhandensein von Compliance-Programmen unmittelbar über die RRPJ entscheidet. Die Staatsanwaltschaft ist für den Nachweis des Nichtvorhandenseins von Kontrollen zur Verhinderung oder Aufdeckung von Straftaten und ihrer Wirksamkeit zuständig, selbst wenn die juristische Person dabei mitwirkt. Das Rundschreiben FGE-Circular 1/2016 stellt klar, dass keine Umkehr der (direkten) Beweislast existiert und daher auch kein Verstoß gegen die Unschuldsvermutung vorliegt. Verlangt wird lediglich die Bereitstellung der Daten und Informationen, die erforderlich sind, um eine Entlastung oder gegebenenfalls eine Milderung der strafrechtlichen Verantwortung zu erreichen, da nur die juristische Person dazu in der Lage ist.

Das Gesetz erleichtert es dem Unternehmen zu beweisen, dass es seinen Führungs- und Aufsichtspflichten nachgekommen ist und dass es die ordnungsgemäße Kontrolle seiner Mitarbeiter nicht unterlassen hat. Dies führt im Regelfall zu der Verteidigungsstrategie des Unternehmens, die tatsächliche Umsetzung eines wirksamen Compliance-Programms unter den gesetzlich festgelegten Bedingungen vorzutragen und auch zu belegen.<sup>19</sup> Dies folgt schon aus der Unmöglichkeit, den Negativbeweis zu erbringen, nämlich dass im konkreten Fall eine ordnungsgemäße Kontrolle *nicht* unterlassen wurde.

In diese Richtung geht auch die Entscheidung STS 221/2016 vom 16. März,<sup>20</sup> in der es heißt, dass die Rechte, auf die sich die juristische Person berufen kann und die sich aus ihrer verfahrensrechtlichen Stellung ergeben, sich nicht von denen der natürlichen Person unterscheiden können, die der Begehung einer Straftat beschuldigt wird. Die Unschuldsvermutung verpflichte die Staatsanwaltschaft dazu, die Begehung einer Straftat durch eine der im ersten Abschnitt von Art. 31 bis CP genannten natürlichen Personen zu beweisen, aber die Beweisführung der Staatsanwaltschaft könne nicht dabei stehen bleiben. Unser Verfassungssystem verhindere dies. Die Staatsanwaltschaft müsse deshalb auch nachweisen, dass die von der natürlichen Person begangene Straftat und die Grundlage ihrer individuellen Verantwortlichkeit aufgrund eines strukturellen Fehlers in den von allen juristischen Personen verlangten Präventionsmechanismen ermöglicht oder erleichtert wurde.

## 2. Kleine Unternehmen

Heftig umstritten ist die Anwendbarkeit von Art. 31 bis CP auf kleine Unternehmen. Obwohl sich die Diskussion über die RPPJ traditionell auf große, hierarchisch organisierte Unternehmen konzentrierte, haben die meisten Fälle in der

Rechtsprechung Verfehlungen von kleinen und mittelgroßen Unternehmen zum Gegenstand. Dabei handelt es sich sogar oft um Einzelunternehmen, denen es schwerfällt, ein geeignetes Compliance-System zu implementieren.<sup>21</sup>

Bei Einzelunternehmen wird mit der Sanktionierung des Unternehmens auch die dahinter stehende natürliche Person betroffen. Es war deshalb zur Wahrung des *ne bis in idem*-Grundsatzes und der Verhältnismäßigkeit notwendig, die RPPJ kleinerer Unternehmen zu beschränken.<sup>22</sup> Hinzuweisen ist auf drei Aspekte: Zum einen hat die Rechtsprechung eine Reihe von Kriterien und Parametern entwickelt, um Briefkastenfirmen zu identifizieren. Zweitens sind kleine Unternehmen nach Art. 31 bis Abs. 3 CP von der Verpflichtung befreit, einen Beauftragten für die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften zu bestellen. Schließlich enthält Art. 31 bis CP eine Verhältnismäßigkeitsklausel bezüglich der Festsetzung der Geldstrafe und die Möglichkeit, diese zwischen der juristischen und der natürlichen Person auszugleichen.

Hier seien der erste und dritte Aspekt näher untersucht: Von wesentlicher Bedeutung für die Identifizierung bloßer Briefkastenfirmen ist die Entscheidung AAN<sup>23</sup> 128/2014 vom 19. Mai. Danach haben nur solche Unternehmen den Status einer strafrechtlich verantwortlichen juristischen Person inne, die nicht bloße Instrumente für die Begehung von Straftaten sind. Gleichzeitig weist das Gericht aber auch darauf hin, dass die Grenze, ab der eine juristische Person als strafrechtlich verantwortlich gilt, sich wahrscheinlich im Laufe der Zeit ändern wird.

Die STS 534/2020 vom 22. Oktober unterscheidet dagegen zwischen drei Arten von juristischen Personen: diejenigen, die überwiegend legale Geschäfte vornehmen; diejenigen, die mehr illegale als legale Tätigkeiten ausüben und schließlich die Briefkastenfirmen, die reine Instrumente für die Begehung von Straftaten sind. Nach diesem Urteil kann eine Briefkastenfirma nicht angeklagt werden, weil nur ein Unternehmen mit einem Minimum an interner Komplexität die Fähigkeit zur Selbstorganisation erlange und folglich die strafrechtliche Verantwortung für die Folgen der „Organisationsschuld“ gem. Art. 31 bis CP tragen könne. Gesellschaften, die keinen anderen Zweck haben, als Straftaten zu bege-

<sup>21</sup> Siehe STS 154/2016 v. 29.2.2016.

<sup>22</sup> Ausführlicher dazu siehe *Bautista Samaniego*, Revista Electrónica de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Compliance 1/2023, 1.

<sup>23</sup> Anm. der Übersetzerin: Abkürzung für Auto Audiencia Nacional. Zu finden unter <https://diariolaley.laleynext.es/Content/DocumentoRelacionadoFinal.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbH1CjUwMDA1NDA3sTRSK0stKs7Mz7MNY0xPzStJVUvOSU0sckkSXXVOzEnNS0kssg0pKk0FAN1HzIU3AAAAWKE> (24.9.2023). Zu der hier vorgestellten Entscheidung siehe auch *Hormanzábel Malarée*, diariolaley v. 2.9.2014, abrufbar unter <https://diariolaley.laleynext.es/Content/DocumentoRelacionado.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAiNDYwMzA7WY1KLizPw827DM9NS8klQA-fmFeCAAAAA=WKE> (24.9.2023).

<sup>18</sup> STS 154/2016 v. 29.2.2016.

<sup>19</sup> *Neira*, Política Criminal 11 (22/2016), 467 (482). Siehe auch *González Cussac* (Fn. 8), S. 210–217.

<sup>20</sup> Im gleichen Sinne STS 234/2019 v. 8.5.2019.

hen oder illegale Aktivitäten zu vertuschen, stehen nach dieser Entscheidung außerhalb des Strafrechtssystems für juristische Personen.

Diese Grundsätze der fehlenden strafrechtlichen Verantwortlichkeit reiner Briefkastenfirmen können auch auf sog. kleine Unternehmen übertragen werden. In diesem Sinne ist die STS 264/2022 vom 18. März, die sich an das Rundschreiben FGE-Circular 1/2011 anschließt, zu verstehen: Es ergebe keinen Sinn, von Einzelunternehmen eine Kultur des Respekts vor dem Gesetz als Grundlage für Unternehmensdelikte einzufordern, wenn die fehlende Unternehmensstruktur durch die Identität von natürlicher Person und Verband letztlich die Unmöglichkeit von internen Kontrollmechanismen nach sich zieht.

Das hat unmittelbare Auswirkungen auf die Auslegung von Art. 31 ter CP und die oben erwähnte Verhältnismäßigkeitsklausel, die für die Festsetzung der Geldstrafe gilt und aus der sich eine Möglichkeit des Ausgleichs der Geldstrafe zwischen der juristischen und der natürlichen Person ableitet. Hierbei handelt es sich um eine genuin spanische Klausel. Sie war ursprünglich ein Vorschlag *lege ferenda*, der erst später in das Gesetz aufgenommen wurde. Nach *Nieto Martín* liegt der Sinn der Klausel einerseits in der Anerkennung der begrenzten Fähigkeit zur Selbstregulierung kleiner Unternehmen und dass es in solchen Unternehmen ausreichte, die Selbstregulierung durch die Verantwortung des Leiters des Unternehmens wirksam zu motivieren.<sup>24</sup> Andererseits sei sie Ausdruck des *ne bis in idem*-Grundsatzes, dessen Anwendung es dem Richter in Fällen doppelter Sanktionen erlaubt, die Duplizität der Rechtsfolgen zu berücksichtigen oder sogar nur eine der Sanktionen zu verhängen.<sup>25</sup> Dagegen argumentiert *Faraldo Cabana*, ein Verstoß gegen den *ne bis in idem*-Grundsatz liege nicht vor, weil gerade keine rechtliche Identität zwischen Verband und natürlicher Person existiere. Des Weiteren sei die Geldstrafe kein unmittelbarer oder ausschließlicher Ausdruck der Schwere der Tat; vielmehr werde bei ihrer Festsetzung die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Täters berücksichtigt.<sup>26</sup> Deutlich sei, dass der Gesetzgeber mit der Regelung der RPPJ nicht wirklich das erreicht habe, was er beabsichtigt hat. Art. 31 ter Abs. 1 CP zeige, dass es nicht gelungen sei, eine autonome und unabhängige strafrechtliche Verantwortlichkeit zu schaffen. Indem Art. 31 ter CP den Ausgleich zwischen den Sanktionen gegen die natürliche Person und dem Verband erlaube, gehe er denknotwendig von der Prämisse aus, dass es eine Verbindung zwischen den beiden Verantwortlichkeiten gibt, denn andernfalls gäbe es schon keine Notwendigkeit, etwas anzupassen.<sup>27</sup>

Der Streit dreht sich damit um die Auslegung des Begriffs „modular“<sup>28</sup> in Art. 31 ter Abs. 1 CP. Es kann unter quantitativen Gesichtspunkten darüber nachgedacht werden, ob die Geldstrafe sogar unter die festgelegte Mindestgrenze<sup>29</sup> gesenkt werden kann. Andererseits kann aus qualitativer Sicht der Begriff „modular“ je nach den Umständen eventuell doch zu einem Verstoß gegen den *ne bis in idem*-Grundsatz führen.<sup>30</sup>

Die Anwendung der Verhältnismäßigkeitsklausel setzt das Zusammentreffen von zwei betroffenen Vermögen voraus: das der natürlichen Person und das der juristischen Person, an der sie unmittelbar beteiligt ist. Deshalb hält die Rechtsprechung die Anwendung dieser Klausel in zwei ganz bestimmten Situationen für möglich: 1. Einpersonengesellschaften, bei denen die verurteilte natürliche Person der alleinige Eigentümer der Gesellschaft ist und 2. kleine juristische Personen, bei denen die verurteilte natürliche Person ein maßgeblicher Miteigentümer des ebenfalls strafrechtlich verurteilten Verbandes ist. In den Fällen, in denen der alleinige Geschäftsführer der Gesellschaft und Verurteilte kein Gesellschafter der Gesellschaft<sup>31</sup> ist, ist diese Möglichkeit hingegen ausgeschlossen und der *ne bis in idem*-Grundsatz gilt nicht als verletzt.

Dies wird durch die STS 746/2018 vom 13. Februar hervorgehoben, nach der unterschieden werden kann zwischen Obergrenzenklauseln und Bodenklauseln. Nach der Obergrenzenklausel darf die zusammengerechnete Strafe, die der verurteilte Geschäftsführer entweder direkt (weil er als Verantwortlicher für die Straftat verurteilt wird) oder indirekt (weil er als Miteigentümer des Unternehmens ebenfalls strafrechtlich verantwortlich ist) erleidet, den Höchstbetrag, der für die Straftat angedroht ist, für die er verurteilt wurde, nicht überschreiten, und zwar sowohl für die natürliche als auch für die juristische Person. Nach der Bodenklausel erlaubt die Anpassung der Sanktion weder die Erhöhung der Geldstrafe noch ihre Senkung unter den festgelegten Höchstbetrag. Mit dem Worten des Gerichts erlaube die Klausel nicht die Verhängung einer Strafe unter dem Minimum der angedrohten Strafe, da die Grenze der Anpassung der Sanktion dieses Vorgehen nicht intendiere.<sup>32</sup> Grundlage der Entscheidung war

<sup>28</sup> Anm. der Übersetzerin: Das ist aus dem Spanischen so übernommen worden. Das Gesetz spricht von einer Anpassung der Sanktion, im Spanischen „modular“.

<sup>29</sup> Die STS 746/2018 v. 13.2.2018 erkennt diese Möglichkeit an, wenn sie feststellt: „Es ist fraglich, ob das Mandat zur Modulation der Beträge (Art. 31 ter Abs. 1 CP) so weit geht, dass es eine Überschreitung des gesetzlichen Minimums erlaubt; oder im Gegenteil, diese außergewöhnliche Wirksamkeit ist verboten.“ (Übersetzung).

<sup>30</sup> Es ist zu berücksichtigen, dass der Verstoß gegen den *ne bis in idem*-Grundsatz zu einem Verstoß gegen die Verhältnismäßigkeit der Sanktion führt, da dieselbe Handlung zweimal bestraft wird.

<sup>31</sup> Siehe STS 154/2016 v. 29.2.2016; STS 746/2018 v. 13.2.2018; STS 118/2020 v. 12.3.2020; STS 39/2022 v. 20.1.2022; SAP Madrid 588/2022 v. 15.11.2022.

<sup>32</sup> Siehe die Nachweise in Fn. 31.

<sup>24</sup> *Nieto Martín*, La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo, 2008, S. 113.

<sup>25</sup> *Nieto Martín* (Fn. 24), S. 114.

<sup>26</sup> *Faraldo Cabana*, La ley penal 115/2015, 1 (4).

<sup>27</sup> *Faraldo Cabana*, La ley penal 115/2015, 1 (5).

das Urteil von Pontevedra vom 30. Juni 2017,<sup>33</sup> in dem die natürliche Person zu einer Geldstrafe von 93.143 Euro und das Unternehmen zu einer Geldstrafe von 200.000 Euro verurteilt wurde. In diesem Fall kommt das Gericht zu dem Schluss, dass die Straftat ausschließlich der natürlichen Person zuzurechnen ist, sodass die Strafe in ihrer Gesamtheit (natürliche Person und juristische Person) die für die natürliche Person festgelegten Höchstgrenzen nicht überschreiten kann. Um die Verhältnismäßigkeit der Strafe zu gewährleisten, wird daher in Anwendung der Modulationsklausel beschlossen, die gegen das Unternehmen verhängte Geldbuße um die Hälfte zu reduzieren, so dass sich der Gesamtbetrag beider Strafen auf 190.000 Euro belief.

### 3. Auslegung von „zum direkten oder indirekten Nutzen“

Einer der wichtigsten Meilensteine der Reform von 2015 war die Ersetzung des Begriffs „Gewinn“ im Wortlaut des Art. 31 bis CP durch den des direkten oder indirekten Nutzens. Die von der Rechtsprechung vertretene Auslegung dieses Begriffs ist kasuistisch.<sup>34</sup> Grundsätzlich wird jedoch eine weite Auslegung befürwortet, wonach es möglich ist, die Verantwortlichkeit der juristischen Person auf solche Verbände auszuweiten, deren Unternehmenszweck nicht ausschließlich wirtschaftliche Interessen verfolgt, sowie Gewinne einzubeziehen, die durch einen zwischengeschalteten Dritten erzielt werden (wie im Falle von Unternehmensketten). Erfasst werden auch Nutzen, die in Kosteneinsparungen bestehen und ganz allgemein alle Arten von strategischen, immateriellen Vorteilen, sogar Reputationsvorteilen.<sup>35</sup> Ausgeschlossen werden nach dieser weiten Auslegung nur solche Handlungen, die unter dem Schutz der Unternehmensstruktur von der natürlichen Person zu ihrem ausschließlich eigenen Nutzen oder dem eines Dritten durchgeführt werden und nicht geeignet sind, dem Unternehmen irgendeinen Vorteil zu verschaffen.<sup>36</sup>

Die neuere Entscheidung STS 89/2023 vom 10. Februar hebt dagegen drei Möglichkeiten der Auslegung hervor:

a) Eingeschränkte Position: Das Ziel bestehe darin, die juristische Person nur für solche Verhaltensweisen verantwortlich zu machen, die typisch sind für ihre Geschäftstätigkeit, denn eine Organisation könne nicht jedes Ereignis kontrollieren, das im Laufe ihrer Tätigkeit eintritt. Es sei vernünftig, sie nur insoweit zu verpflichten, wie Verhaltensweisen für sie strukturell von Vorteil sind.

b) Breite Position: Die juristische Person müsse allen Verhaltensweisen besondere Aufmerksamkeit schenken, die ihr abstrakt gesehen von Nutzen sein könnten, deshalb seien in jedem Fall Präventions- und Kontrollpflichten notwendig.

c) Straftheorie: Die kriminellen Handlungen, die innerhalb der Organisation begangen werden, erfolgten grundsätzlich zum Nutzen oder im Interesse der Organisation. Deshalb

sei es angebracht, in jedem Fall eine strafrechtliche Verantwortlichkeit zu begründen und damit die beabsichtigte Bereicherung auszugleichen.

Die Entscheidung hängt davon ab, ob letztlich jede innerhalb einer juristischen Person begangene Straftat als Besserstellung der juristischen Person verstanden wird oder ob diese wirtschaftliche Besserstellung auf diejenigen Straftaten beschränkt werden soll, die den Präventions- und Kontrollpflichten unterliegen. Vorzuziehen ist Letzteres, da es den Anwendungsbereich der RPPJ auf Taten beschränkt, bei denen tatsächlich ein Verstoß gegen die Kontrollpflicht vorliegt. In der Entscheidung STS 154/2016 vom 29. Februar<sup>37</sup> heißt es jedoch: Jede Art von Vorteil, auch wenn er nur erwartet wird oder sich auf die Verbesserung der Position gegenüber anderen Wettbewerbern usw. bezieht, die für den Gewinn oder den bloßen Erhalt der juristischen Person entscheidend ist, ist ausreichend. Ein solcher Vorteil muss auch nicht tatsächlich erlangt werden, es ist sogar unerheblich, ob die juristische Person de facto in eine ungünstigere Lage versetzt wurde als vor der Begehung der Straftat.<sup>38</sup>

### 4. Fälle von Fusionen und Übernahmen

Art. 130 Abs. 2 CP legt fest, dass die Umwandlung, Verschmelzung, Aufnahme oder Ausgliederung einer juristischen Person ihre strafrechtliche Verantwortlichkeit nicht aufhebt. Die Verantwortlichkeit wird auf den neuen Verband übertragen. Auslegungsprobleme bereitet die Vorschrift in Bezug auf die Wendung „hebt seine strafrechtliche Verantwortung nicht auf“ (Übersetzung). Denkbar ist eine weit gefasste Sichtweise, die dazu führen könnte, dass die Verantwortlichkeit für die Tat selbst aufgehoben wird, indem die strafrechtliche Verantwortung auf diejenigen übertragen wird, die nicht an dem Organisationsmangel beteiligt waren. Richtig ist folglich eine am Zweck der Vorschrift orientierte Lesart, nach der Art. 130 Abs. 2 CP in Wirklichkeit die finanzielle Verantwortlichkeit meint. Die neue juristische Person ist nicht für die Straftat der ursprünglichen juristischen Person verantwortlich, sondern nur für die verhängte Geldstrafe, die sie wie eine weitere Schuld begleichen muss.

Genau diese Frage wurde in den letzten Monaten nach der umstrittenen und komplexen Übernahme der Banco Popular durch die Banco Santander<sup>39</sup> im Juni 2017 für den symboli-

<sup>33</sup> Das Urteil ist abrufbar unter <https://vlex.es/vid/696758117> (24.9.2023).

<sup>34</sup> Siehe STS 154/2016 v. 29.2.2016; STS 89/2023 v. 10.2.2023.

<sup>35</sup> FGE-Rundschreiben 1/2016.

<sup>36</sup> FGE-Rundschreiben 1/2016.

<sup>37</sup> Siehe STS 29/2016 v. 15.7.2016; STS 89/2023 v. 10.2.2023.

<sup>38</sup> STS 89/2023 v. 10.2.2023 (Übersetzung).

<sup>39</sup> Am 7.6.2017 stellte die Europäische Zentralbank im Rahmen des einheitlichen Abwicklungsmechanismus für Banken fest, dass sich die Banco Popular in erheblichen Schwierigkeiten befand, da sich ihre Liquidität so stark verschlechtert hatte, dass sie in naher Zukunft nicht in der Lage sein würde, ihre Schulden oder sonstigen finanziellen Verpflichtungen bei Fälligkeit zu erfüllen. In Anbetracht dieser Situation war der Ausschuss für die einheitliche Abwicklung (Single Resolution Board) als Schlüsselement zur Gewährleistung einer geordneten Abwicklung von Banken in der Krise mit möglichst geringen Auswirkungen auf die Realwirtschaft und die öffentlichen Finanzen der teilnehmenden EU-Länder und

schen Betrag von nur einem Euro diskutiert, aus der sich mehrere (zivil- und strafrechtliche) Gerichtsverfahren ergeben haben, in denen die beiden Finanzinstitute gegeneinander ausgespielt wurden. Vorliegend soll der Fokus auf der AAN 559/2022 vom 5. Oktober liegen, die auf der Grundlage des EuGH-Urteils vom 5. Mai 2022 die Möglichkeit ausschließt, dass Anleger, die Aktien der Banco Popular vor deren Erlöschen erworben haben, von der Banco Santander die Haftung für die im Prospekt enthaltenen Informationen verlangen oder sogar die Nichtigkeit des Zeichnungsvertrags für diese Aktien einklagen können.

Die Entscheidung des EuGH vom 5. Mai 2022<sup>40</sup> beantwortet eine Frage, die das Gericht von A Coruña mit Beschluss vom 28. Juli 2020 zur Vorabentscheidung vorgelegt hat, obwohl sich diese auf andere Gläubiger und Schuldner beschränken sollte, nicht aber auf diejenigen, die durch das kriminelle Verhalten einer später umgewandelten juristischen Person geschädigt wurden. Das Hauptproblem besteht darin, dass die Doktrin des EuGH nicht automatisch auf Fälle angewandt werden kann, die nicht gleichgelagert sind und darüber hinaus zu einer anderen Rechtsordnung gehören.<sup>41</sup> Der Situation liegt eine Verschmelzung durch Übernahme zugrunde, die ipso iure den Gesamtübergang des Aktiv- und Passivvermögens der übertragenden Gesellschaft, die zu existieren aufhört, auf die übernehmende Gesellschaft impliziert. Die Richtlinie 78/855 bezweckt, die Interessen von Gläubigern, einschließlich der Interessen des Staates<sup>42</sup>, in Fusionsverfahren zu schützen, sodass im Fall einer Verschmelzung durch Übernahme die übernehmende Gesellschaft unter bestimmten Voraussetzungen für Handlungen der erworbenen Gesellschaft finanziell zur Verantwortung gezogen werden kann.<sup>43</sup>

Dritter der Auffassung, dass die Banco Popular die regulatorischen Anforderungen erfüllt, um ihre Auflösung anzuordnen, da keine Aussicht bestand, dass andere vernünftige Alternativmaßnahmen ihre Nichtlebensfähigkeit innerhalb eines angemessenen Zeitraums verhindern könnten, so dass die finanzielle Abwicklung eine notwendige Maßnahme im öffentlichen Interesse war. Infolgedessen wurde der Verkauf der Banco Popular an die Banco Santander vereinbart und genehmigt; siehe die Pressemitteilung EZB v. 7.6.2017, abrufbar unter

1. <https://www.bankingsupervision.europa.eu/press/pr/date/2017/html/ssm.pr170607.es.html> (24.9.2023), und den Beschluss des Verwaltungsausschusses des Fonds für geordnete Bankenrestrukturierung vom 7.6.2017.

<sup>40</sup> Anm. der Übersetzerin: Die deutsche Fassung findet sich unter

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=258870&pageIndex=0&doclang=de&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1107614> (24.9.2023).

<sup>41</sup> AAN 559/2022 v. 5.10.2022.

<sup>42</sup> EuGH, Urt. v. 11.12.2007 – C-280/06; EuGH, Urt. v. 24.9.2009 – C-125/07; STS 1385/2021 v. 25.11.2021; AAN 559/2022 v. 5.10.2022.

<sup>43</sup> Siehe EuGH, Urt. v. 5.3.2015 – C-343/13; EGMR, Urt. v. 1.10.2019; AAN 559/2022 v. 5.10.2022.

Voraussetzung ist aber die wirtschaftliche Identität, die Dauerhaftigkeit oder die Kontinuität der wirtschaftlichen Tätigkeit. Die finanziellen Sanktionen müssen Teil der übertragenen Verbindlichkeiten sein. Dies ist auch kein Verstoß gegen den Grundsatz der persönlichen Verantwortlichkeit, der nicht auf andere juristische Personen übertragen werden kann.<sup>44</sup> Letztlich ist die rein finanzielle Haftung eine Bestätigung der teleologischen Auslegung von Art. 130 Abs. 2 CP.

#### IV. Verfahrensrechtliche Fragen

##### 1. Vereinbarungen zwischen natürlichen und juristischen Personen

Art. 787 LECrim regelt den Inhalt von Vereinbarungen nach einem Geständnis im spanischen Strafverfahren. In Spanien gibt es keine Vereinbarungen, die eine Einstellung des Strafverfahrens ermöglichen. Vereinbarungen können aber vor Beginn der Hauptverhandlung getroffen werden, wenn der Angeklagte die in der Anklageschrift genannte Strafe akzeptiert, die Begehung der Straftat einräumt und seine Schuld anerkennt. Diese Institution wird als ein einseitiger Akt verstanden, der von der Verteidigung in Ausübung des Opportunitätsprinzips vorgenommen werden kann, wodurch das Verfahren durch ein Urteil beendet wird.<sup>45</sup>

Natürliche Personen müssen ihre Zustimmung selbst geben, so dass es nicht möglich ist, dass ein Vertreter die Verantwortlichkeit akzeptiert (Art. 787 Abs. 2 LECrim). Juristische Personen müssen ihre Zustimmung durch einen eigens bestellten Vertreter erteilen (Art. 787 Abs. 8 LECrim). Hierbei handelt es sich um eine bemerkenswerte Ausnahme von der allgemeinen Regel (Art. 697 LECrim). Nach Ansicht von *Gimeno Beviá* ist dies angesichts des Zusammentreffens von Vorwürfen an die natürliche und juristische Person eine logische Konsequenz. Auch dem Verband müsse die Möglichkeit der einseitigen Zustimmung offenstehen, denn ansonsten könnte das Unternehmen niemals eine Strafverfolgung und damit die gefürchtete „Strafe auf der Anklagebank“ mit dem entsprechenden Schaden für seinen Ruf und sein Image vermeiden.<sup>46</sup>

Dadurch können Interessenskonflikte zwischen der/den natürlichen Person(en) und der/den juristischen Person(en) entstehen. Das ist bei der Ernennung eines Vertreters des Unternehmens von besonderer Bedeutung, der die Verteidigungsstrategie für den Verband festlegt.<sup>47</sup> Interessenkonflikte<sup>48</sup> zwischen dem Vertreter als beschuldigter natürlicher

<sup>44</sup> AAN 559/2022 v. 5.10.2022.

<sup>45</sup> *Gimeno Sentra*, Manual de Derecho procesal penal, 2010, S. 395; in ähnlicher Weise *Rodríguez García*, La ley penal 13/2015, 1 (5 f.).

<sup>46</sup> *Gimeno Beviá*, in: Pérez-Cruz Martín/Neira Pena, Proceso penal y responsabilidad penal de las personas jurídicas, 2017, S. 218.

<sup>47</sup> *Etxeberria Bereziartua* (Fn. 15), S. 284.

<sup>48</sup> Dies ist besonders wichtig bei kleinen Gesellschaften, bei denen sich nur der Gesellschafter oder Geschäftsführer zum Vertreter der juristischen Person bestellen kann, selbst wenn er auch als natürliche Person geladen ist (*Etxeberria Bereziartua* [Fn. 15], S. 285–286).

Person und der juristischen Person, in deren Namen er handelt, sind leicht vorstellbar. Um diese zu vermeiden, ist es empfehlenswert, dass sich der Verband für die Bestellung eines eigenen Rechtsbeistands entscheidet. In der STS 154/2016 vom 29. Februar wurde bereits vor diesem Problem gewarnt, das in der Folge zur Nichtigkeit des Verfahrens führen kann, wenn das Recht auf Verteidigung von juristischen Personen nicht angemessen ausgeübt werden kann. Dies ist jedoch eine Einzelfallentscheidung. So betont die Entscheidung STS 221/2016 vom 16. März, dass die Erfahrung die Leitlinien vorgeben wird, um das Risiko einer Interessenkollision zu vermeiden, die zu Praktiken führt, die darauf abzielen, die individuellen Verantwortlichkeiten natürlicher Personen unter dem Dach der juristischen Person zu verbergen.

Verständigungen bringen zwei weitere Probleme mit sich. Zum einen ist danach zu fragen, was in den Fällen geschieht, in denen der Vertreter der juristischen Person eine Vereinbarung im Gerichtsverfahren akzeptiert, aber keine für die ebenfalls von ihm vertretene natürliche Person. Dieser Aspekt wurde in der Madrider Rechtssache SAP<sup>49</sup> 373/2017 vom 2. Juni<sup>50</sup> geklärt, in der die Staatsanwaltschaft gegen den Freispruch einer juristischen Person Berufung einlegte. In der ersten Instanz gab es nur eine Vereinbarung mit der natürlichen Person, nicht aber mit der juristischen. Die juristische Person wurde von der Straftat freigesprochen, obwohl die natürlichen Personen, die an ihr beteiligt waren, einschließlich ihres Vertreters, wegen Begehung einer Steuerstraftat nach der Absprache verurteilt wurden.

Umgekehrt ist denkbar, dass der Vertreter eine Absprache für die natürliche Person akzeptiert, sie aber nicht für die juristische Person unterzeichnet und damit die gesamte Verantwortlichkeit auf sie überträgt. So ist es geschehen im Fall Barcelona SAP vom 14. Dezember 2016 (Fall Neymar), bei dem der FC Barcelona als juristische Person zur Zahlung einer Geldstrafe von 5,5 Millionen Euro verurteilt wurde und damit seine Verantwortlichkeit für zwei Steuerstraftaten anerkannte. Von dieser Verantwortung wurden die Einzelpersonen und der Vorstand des Vereins entlastet, da sie sich an die Auflagen gehalten hatten. *Gimeno Beviá* warnt, dass für dieselben Steuerstraftaten, die von den natürlichen Personen begangen werden, in diesem Fall vermutlich eine Absprache getroffen wurde, nach der die gesamte strafrechtliche Verantwortung der juristischen Person ruht.<sup>51</sup>

Diese Konstruktion der Unabhängigkeit von Vereinbarungen zwischen natürlichen und juristischen Personen ist nur schwer verständlich. Sie weicht auch von der Linie des Rundschreibens FGE-Circular 1/2011 ab, in dem die Notwendigkeit betont wird, sicherzustellen, dass das Verfahren nicht aufgrund von Vereinbarungen eingestellt wird, die dazu führen, die Verantwortlichkeit von der juristischen Person auf

die natürliche zu übertragen oder umgekehrt. Vor allem seien aber Vereinbarungen zu vermeiden, welche die Übernahme der strafrechtlichen Verantwortung durch die juristische Person für Straftaten anerkennen, für die auch natürliche Personen verantwortlich gemacht werden können. Damit ist klar gestellt, dass Vereinbarungen nicht als Mechanismus zur Verlagerung der Verantwortung benutzt werden dürfen.

## 2. Das Problem der internen Untersuchungen

Art. 31 bis Abs. 5 CP normiert Anforderungen, die Compliance-Programme enthalten müssen. Dazu gehört die Einrichtung eines Disziplinarsystems, das die Nichteinhaltung der im Compliance-Programm festgelegten Maßnahmen angemessen sanktioniert. Daraus leiten sich zwei Themen von großem Interesse ab, die trotz ihrer Unterschiede eng miteinander verbunden sind:

Zum einen ist dies die Bedeutung der internen Hinweisgeberkanäle<sup>52</sup> und die rechtliche Behandlung des Hinweisgebers<sup>53</sup>. Bis zum Inkrafttreten des Gesetzes 2/2023 vom 20. Februar, das den Schutz von Personen regelt, die Verstöße gegen Rechtsvorschriften und die Korruptionsbekämpfung melden (im Folgenden Gesetz 2/2023), das die Richtlinie 2019/1937 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2019 umsetzt, fehlte in Spanien eine spezifische Regelung, die sowohl die Art und Weise der Meldewege als auch den Schutz des Hinweisgebers regelte.

Zum anderen ist noch ungeklärt, wie mit internen Untersuchungen umzugehen ist, die als eine Art privates Verfahren identifiziert werden, bei dem die juristische Person oder eine externe Prüfung die präsumtiven Straftaten selbst ermittelt. Diese Art der Untersuchung ist im CP nicht ausdrücklich genannt, obwohl sie aus seinem Inhalt abgeleitet werden kann und sogar als mildernder Umstand im CP Erwähnung findet (Art. 31 bis Abs. 1 lit. b CP).

Einer der umstrittensten Fälle ist der Fall BBVA, in dem gegen die BBVA aufgrund ihrer Zusammenarbeit mit Cenyt ermittelt wurde. Dieses Unternehmen wurde für das Abhören von 15.000 Telefonaten von Politikern – einschließlich der spanischen Regierung – und Journalisten, Bankiers und Unternehmern verantwortlich gemacht. Der Ursprung lässt sich bis Mai 2018 zurückverfolgen, als die ersten Rechnungen der BBVA an das Unternehmen Cenyt, dessen Eigentümer der Kommissar des Cuerpo Nacional de Policía Villarejo war, auftauchten, die 10 Millionen Euro überstiegen. Der Zweck dieser Zahlungen war scheinbar die Bezahlung für die Bespitzelung wichtiger politischer und wirtschaftlicher Führungspersönlichkeiten in Spanien zwischen 2004 und 2017 im Zuge eines feindlichen Übernahmeangebots von Sacyr an die BBVA.

Zunächst ordnete der Geschäftsführer des Instituts und gleichzeitige Beschuldigte eine interne Untersuchung an, die offenbar nicht zufriedenstellend verlief. Monate später, nach einem Wechsel an der Spitze des Finanzinstituts, ordnete der

<sup>49</sup> Siehe Fn. 12.

<sup>50</sup> Siehe dazu *Sanahuja Abogados v.* 13.2.2019, abrufbar unter <https://sanahujaabogadopenalista.es/condena-sociedad-su-administrador-o-ambos/> (24.9.2023).

<sup>51</sup> *Gimeno Beviá* (Fn. 46), S. 218.

<sup>52</sup> Siehe *Neira Pena*, La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas, 2017, S. 317 ff.

<sup>53</sup> Siehe *García Moreno*, Del whistleblower al alertador, La regulación europea de los canales de denuncia, 2018.

neue Geschäftsführer eine weitere interne Untersuchung an. Diese Untersuchung, die von zwei bedeutenden Anwaltskanzleien und einer internationalen Wirtschaftsprüfungsberatungsfirma durchgeführt wurde, endete mit der Entdeckung und Sammlung relevanter Informationen, die an die Audiencia Nacional weitergeleitet wurden.

Sowohl die Form, der Inhalt als auch die Personen, welche die Untersuchung durchgeführt haben, waren Gegenstand von Diskussionen in der Audiencia Nacional. Der strittigste Punkt ist im Zusammenhang dieses Beitrags der Inhalt des von der BBVA beauftragten Wirtschaftsprüfungsgesellschaft in Zusammenarbeit mit zwei renommierten Anwaltskanzleien erstellten forensischen Berichts. Alles deutet darauf hin, dass die Ergebnisse des der Audiencia Nacional mitgeteilten Berichts parteiisch und unvollständig waren und nur die Informationen weitergegeben wurden, die wenig überraschend zeigten, dass die BBVA nichts mit den Zahlungen zu tun hatte.

Dieser Untersuchungsbericht wurde von den verschiedenen am Strafverfahren beteiligten Akteuren bis ins kleinste Detail geprüft, so dass der Richter der Audiencia Nacional sogar den Leiter der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft als Zeugen vorgeladen und ihn unter Androhung einer Strafanzeige aufgefordert hat, den vollständigen Inhalt des forensischen Berichts vorzulegen. Trotz anfänglicher Bedenken wegen einer möglichen Verletzung der Verteidigungsrechte der BBVA stellte die Beratungsfirma die 2,3 Millionen Dokumente zur Verfügung, aus denen der Bericht besteht und die von den Strafverfolgungsbehörden übernommen wurden.

Es stellt sich die Frage, inwieweit die BBVA verpflichtet war, die im Rahmen ihrer internen Ermittlungen erlangten Informationen und Schlussfolgerungen an die Audiencia Nacional weiterzugeben, da dies, wie das Finanzinstitut zu Recht behauptet, im Allgemeinen sein Recht auf Verteidigung und insbesondere sein Recht, sich nicht selbst zu belasten, verletzen kann. Nur unter zwei Voraussetzungen können Beweise, die von Privatpersonen erlangt wurden, in späteren Strafverfahren berücksichtigt werden: Erstens darf die Untersuchung sich nicht als direktes oder indirektes Handeln des Staates darstellen. Zweitens darf keine Absicht bestehen, Beweise zu fälschen, die in späteren Strafverfahren verwendet werden können.

Mit beiden Anforderungen soll verhindert werden, dass die erlangten Dokumente und Informationen sich als unzulässige Beweismittel erweisen. Sicherlich ist die erste der beiden Anforderungen insofern interessant, als letztlich die Verfahrensanforderungen für die Erlangung von Beweismitteln auf staatlicher und privater Ebene gleichgestellt werden, wenn es sich um eine vom Staat veranlasste Beweiserhebung handelt.<sup>54</sup> Dennoch ist die zweite Voraussetzung noch wichtiger. Die Möglichkeit der Bewertung von Beweisen, die von Privatpersonen in Abwesenheit von jeglicher staatlicher Tätigkeit erlangt wurden, ist eingeschränkt. Ihre Einbeziehung ist angesichts des Wortlauts von Art. 11 LOPJ (nach der spani-

schen Bezeichnung Ley Orgánica del Poder Judicial<sup>55</sup>) und vor allem angesichts des Gedankens, dass eine Nichtwertbarkeit nur bei Exzessen des Staates vorgesehen ist, aber durchaus möglich. Private Beweise werden deshalb zugelassen, wenn sie die Grundrechte der Betroffenen nicht verletzen.<sup>56</sup>

Diese Dogmatik ist nicht speziell für interne Untersuchungen entwickelt worden. Es kann zwar konstatiert werden, dass der forensische Bericht ein rechtmäßiges Beweismittel ist, aber damit ist nicht gesagt, dass eine rechtliche Verpflichtung besteht, ihn vorzulegen. Diese entstehen in einem privaten Rahmen und dienen der Klärung des Sachverhalts im Zuge eines Compliance-Programms. In den Fällen, in denen die Geschäftsleitung eines Unternehmens in die Straftaten involviert ist, erscheint es nur folgerichtig, dass sie sich weigert, die daraus gewonnenen Informationen zur Verfügung zu stellen, weil sie damit im Grunde ihre eigene Schuld anerkennen würde.

Derzeit sind noch sieben ehemalige hochrangige Beamte der BBVA angeklagt, darunter zum Beispiel der Leiter der internen Kontrolle der BBVA bis Juli 2019 und der Leiter der Innenrevision der BBVA.

All dies spiegelt das Problem der internen Audits und ihrer (begrenzten) Fähigkeit zur Aufklärung des Sachverhalts im Hinblick auf die Festlegung der RPPJ perfekt wider. Sie mögen zwar ein nützliches Instrument zur Klärung des Sachverhalts sein. Aber wenn sie eingesetzt werden – auch wenn dies im Interesse der Führungsspitze der juristischen Person geschieht – stellen sie de facto eine Verzögerung dar.

<sup>54</sup> Siehe STS 116/2017 v. 23.2.2017; STS 546/2019 v. 11.11.2019; STS 597/2022 v. 15.6.2022.

<sup>55</sup> Anm. der Übersetzerin: Vergleichbar mit unserem GVG.

<sup>56</sup> Siehe STS 116/2017 v. 23.2.2017; STS 546/2019 v. 11.11.2019; STS 725/2020 v. 3.3.2020; STS 507/2020 v. 14.10.2020; STS 106/2021 v. 10.2.2021.