

'Like wormes in the entrayles': strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen in Duitsland en Nederland²

DD 2022/62

1. Aan de Duitse schrijver en dichter Heinrich Heine (1797-1856) wordt gemeenlijk de uitspraak toegeschreven dat hij in geval van een zondvloed spoorwegs naar onze contreien zou afreizen, omdat hier alles vijftig jaar later gebeurt. De spotgeestige uitspraak verdient reeds hierom het predicaat 'legendarisch' omdat Heine haar (hoogstwaarschijnlijk) nooit heeft gedaan; in ieder geval weten we dat ze in het hele nagelaten oeuvre van Heine nergens kan worden aangetroffen.³ Desondanks lijkt de uitspraak in Nederland stevig te zijn omarmd. Tijdens een Rotterdams symposium ter gelegenheid van het tweehonderdste geboortejaar van Heine in 1997 schreef het toenmalige hoofd van het Heine-Archiv te Düsseldorf, J.A. Kruse, de Nederlandse liefde voor Heines apocriefe uitspraak toe aan een ietwat pedante vorm van zelfironie:

"Nach einem bei den Holländern verbreiteten Wort von Heine, daß nämlich bei ihnen alles 50 Jahre später geschehe, wird bei uns im Heine-Archiv von Niederländischen Heine-Freunden am häufigsten gefragt, und mir will scheinen: auf eine süffisant einvernehmliche Weise, so als hätte der literarische Narr Heine mal wieder so recht den Nagel auf den Kopf getroffen. Aber dieses Wort ist offensichtlich eine holländische, unserm Dichter in dem Mund gelegte Erfindung. So weit kann die selbstironische Liebe gehen!"⁴

Maar goed, bovenstaande werd gezegd in een tijd waarin Nederland zich nog (al dan niet zelfironisch) als 'gidsland' placht te afficheren; intussen is het nationale zelfbeeld beduidend cynischer. Soms lijkt het er zelfs op dat, op momenten waarop dat van pas komt, welhaast letterlijk aan de waarheid van Heines apocriefe uitspraak wordt geloofd. (Moet bijvoorbeeld niet worden aangenomen dat het schier eindeloze gedraai van het huidige kabinet en de voorgaande kabinetten in de aanpak van de 'stikstofcrisis' en aanverwante crises minstens ten dele is gemotiveerd door de gedachte: *après nous, le déluge?*)⁵ Maar wat Heine ook wel of niet over Nederland beweerd mag hebben, dat in Nederland alles een halve eeuw later geschiedt klopt – vanzelfsprekend – niet. Sterker: er zijn ontwikkelingen waarbij Duitsland een halve eeuw op ons land achterloopt. Een voorbeeld op het terrein van het strafrecht is de strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen.

1 Hoogleraar strafrecht, Willem Pompe Instituut voor Strafrechtswetenschappen, Utrecht Centre for Accountability and Liability Law (Ucall), Universiteit Utrecht.

2 Citeerwijze: F. de Jong, "Like wormes in the entrayles': strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen in Duitsland en Nederland", DD 2022/62.

3 Zie Martin van Amerongen, *Heine en Holland*, Amsterdam: Ambo/Anthos 1997, p. 12-20. Zie ook P. Altena, 'H.H. ter Balkt over Heinrich Heine, Holland en de trekschuit: "Wat wordt het leven hier kunstig nagebootst!"', *Nieuw Letterkundig Magazijn* 21 (2003) 1, p. 11-16.

4 J.A. Kruse, 'Schnabelewopski in Leiden oder Heine und die Niederlande', in: A.A. van den Braembussche & Ph. van Engeldorp Gastelaars (red.), *Rose und Kartoffel. Ein Heinrich Heine-Symposium*, Amsterdam: Rodopi 1988, p. 103-112, p. 104.

5 Vgl. het hoofdredactioneel commentaar van R. du Pré in *de Volkskrant* van 2 november 2022: 'Rutte IV loopt hopeloos vast in de zelfgebakken lucht van het stikstofbeleid'.

2. Hieronder ga ik in op een aantal verschillende opvattingen over de rechtspersoon als rechtssubject die in de Duitse en de Nederlandse doctrine tot uitdrukking komen. Voor een goed begrip daarvan kan het dienstig zijn om eerst kort stil te staan bij enige historische ontwikkelingen in het denken over de identiteit van dé (publiekrechtelijke) rechtspersoon bij uitstek: de Staat. Met de term 'Staat' (*civitas*) werd rond het begin van de zeventiende eeuw vooral bedoeld op de verzameling individuen die onder het gezag van een (absolutistische) vorst leefden.⁶ Daarbij werd die verzameling gezagsonderhorige individuen gemeenlijk metaforisch begrepen als een 'lichaam' (*corpus politicum*) waarvan de monarch het 'hoofd' was. De monarch werd dienovereenkomstig beschouwd als een wezen dat beschikt over twee 'lichamen': een 'natuurlijk' lichaam zoals elk mens van vlees en bloed dit heeft, en het politieke lichaam waarover hij of zij bij de gratie Gods regeert.⁷

Typerend voor het premoderne, feodale denken – en voor het staatsabsolutisme als het dramatische slotakkoord daarvan – was een mythische ervaring van eenheid of ongescheidenheid van de beide 'lichamen', die op bijzonder pregnante wijze tot uitdrukking komt in de waarschijnlijk (alweer) ten onrechte aan 'Zonnekoning' Lodewijk XIV (1638-1715) toegeschreven uitspraak: *l'état, c'est moi*.⁸ Maar onder invloed van het zich in dit tijdsgewricht baan makende moderne denken werd vervolgens radicaal met deze eenheidszienswijze gebroken.⁹ De vorst werd niet langer gezien als Gods plaatsvervanger in het ondermaanse, met een bijgevolg vanzelfsprekende alomvattende macht; diens beide lichamen werden van elkaar gescheiden, zoals nazaat van de Zonnekoning Lodewijk XVI (1754-1793) tijdens de Franse Revolutie ook werkelijk 'aan den lijve' heeft moeten ondervinden.

De vorst ofwel de soeverein werd voortaan opgevat als plaatsvervanger van het volk dat hem of haar het staatsgezag verleende – en dit dus ook weer kon wegnemen.¹⁰ Aldus werd in het moderne denken een geheel nieuwe vorm van representatie van een politieke orde geïntroduceerd, vooreerst door de politiek filosoof Thomas Hobbes (1588-1679). Volgens Hobbes kan de soeverein nimmer een hogere status genieten dan die van tijdelijke, door de bevolking gemachtigde (*authorised*) vertegenwoordiger of zaakwaarnemer van de Staat.

6 Voordat de term *state* ook in Engelstalige contreien wijdverbreid raakte, bezigde men daar hoofdzakelijk de aanduiding *realm of commonwealth*. Zie – ook voor verwijzingen naar invloedrijke teksten uit die tijd uit onder meer Engeland en Frankrijk – Q. Skinner, *The Foundations of Modern Political Thought. Vol. 2: The Age of Reformation*, Cambridge: Cambridge University Press 1978; Q. Skinner, *Hobbes and the State* (Spinoza Lectures, Universiteit van Amsterdam), Assen: Van Gorcum 2014; N. Malcolm, *Reason of State, Propaganda, and the Thirty Years' War: An Unknown Translation by Thomas Hobbes*, Oxford: Clarendon Press 2007, p. 30-73; F.W. Maitland, *State, Trust and Corporation* (D. Runciman & M. Ryan, red.), Cambridge: Cambridge University Press 2003.

7 E.H. Kantorowicz, *The King's Two Bodies. A study in Mediaeval Political Theology*, Princeton: Princeton University Press (1957) 1998.

8 Zie A.W.M. Mooij, 'De menselijke conditie en de symbolische orde, normatief gezien: politiek, recht, moraal', in: F. de Jong (red.), *Strafrecht, psychiatrie en de menselijke conditie. Bespiegelingen van Antoine Mooij over menselijke verantwoordelijkheid en de waarden van de moderniteit*, Den Haag: Boom juridisch 2022, p. 59-77. Mooij vergelijkt deze mythische ervaringswijze met de eucharistie (p. 63): "Daar is het brood brood en is de wijn wijn, maar tegelijkertijd is het brood het lichaam en is de wijn het bloed van Christus en zijn zij niet 'slechts' representanten, symbolen van Christus die elders vertoeft. Voor de mythische ervaringswijze vallen deze samen: 'God is in ons midden', maar dat 'is' is een heel ander 'is' dan in 'het is hier koud'."

9 Over het 'gebroken' of 'gespleten' karakter van de moderniteit, zie F. de Jong, 'Woorden en andere daden: een introductie tot de hermeneutische antropologie van Antoine Mooij', in: id. (red.), *Strafrecht, psychiatrie en de menselijke conditie. Bespiegelingen van Antoine Mooij over menselijke verantwoordelijkheid en de waarden van de moderniteit*, Den Haag: Boom juridisch 2022, p. 3-29, in het bijzonder p. 5-10 en de verwijzingen aldaar.

10 Zie Cl. Lefort, *Het democratisch tekort. Over de noodzakelijke onbepaaldheid van de democratie* (H. van der Waal, vert.), Amsterdam: Boom 1992. Zie over de betekenis van Leforts opvattingen B. van Roermund, 'De halve waarheid van het populisme', *Rechtsfilosofie & Rechtstheorie* (intussen: *Netherlands Journal of Legal Philosophy*) 40 (2011) 2, p. 118-130; B. van Roermund, *Law in the First Person Plural. Roots, Concepts, Topics*, Cheltenham: Edward Elgar 2020, vooral hoofdstukken 6 en 9. Zie ook J. Rancière, *Aux bords du politique*, Parijs: Gallimard 1998, p. 81: "Lefort voit l'essence de la démocratie moderne, comme lieu d'un pouvoir sans corps (...)."

En precies *als* vertegenwoordiger heeft de soeverein de hoedanigheid van een 'artificieel persoon', die dus los staat van de 'natuurlijke persoon' die de soeverein – in private aan- gelegenheden – uiteraard óók is.¹¹ In de openingszinnen van hoofdstuk 16 van *Leviathan* (1651) omschrijft Hobbes de concepten 'artificieel persoon' en 'natuurlijk persoon' als volgt:

“A Person, is he, whose words or actions are considered, either as his own, or as representing the words or actions of an other man, or of any other thing to whom they are attributed, whether Truly or by Fiction. When they are considered as his owne, then is he called a *Naturall Person*: And when they are considered as representing the words and actions of an other, then is he a *Feigned or Artificiall person*.”¹²

De conceptuele onderscheiding tussen natuurlijke en artificiële personen moet worden begrepen tegen de achtergrond van Hobbes' visie op de door hem zo genoemde 'natuurtoestand', waarin van (legitiem) georganiseerd gezag van de ene mens over de andere of over anderen nog geen sprake was en waarin het leven volgens Hobbes dientengevolge weliswaar vrij maar ook “solitary, poore, nasty, brutish, and short” was.¹³ De fenomenen van de soeverein en de Staat zijn in de natuurtoestand non-existent. Beide ontlenen hun bestaan aan een kunstmatig arrangement dat ontstaat “when men agree amongst themselves, to submit to some Man, or Assembly of men, voluntarily, on confidence to be protected by him against all others.”¹⁴ Pas door deze collectieve overeenkomst (*covenant*) – (proto-)rechts- handeling *par excellence* – ontstaat de *gemeenschap* die we Staat noemen:

“A Multitude of men, are made *One Person*, when they are by one man, or one Person, Represented; so that it be done with the consent of every one of that Multitude in particular. For it is the *Unity* of the Representer, not the *Unity* of the Represented, that maketh the Person *One*. And it is the Representer that beareth the Person, and but one Person: And *Unity*, cannot otherwise be understood in Multitude.”¹⁵

De Staat moet dus worden onderscheiden, zowel van de soeverein die als artificieel persoon de Staat vertegenwoordigt, personifieert, draagt, alsook van de verzameling natuurlijke personen die zich collectief aan het gezag van de soeverein onderwerpt en *eerst daardoor*

11 Vgl. N. Luhmann, *Law as a Social System* (K.A. Ziegert, vert.; F. Kastner, R. Nobles, D. Schiff & R. Ziegert, red.), Oxford: Oxford University Press (1993) 2004, p. 359-360, die de status van 'artificieel persoon' ook toedentk aan de zich vrijelijk aan het gezag van een soeverein onderwerpende individuen: “Individuals, until then only bodies which could kill and be killed and act in that way with forethought because they were equipped with reason, became individuals in the sense of a second, artificial nature, by 'authorizing' the sovereign to enact law at will.”

12 Th. Hobbes, *Leviathan, or the Matter, Forme & Power of a Common-wealth Ecclesiasticall and Civill*, Oxford: Clarendon Press (1651) 1965, p. 123 (cursivering en kleinkapitalen in origineel).

13 Hobbes 1965, p. 97 (hoofdstuk 13).

14 Hobbes 1965, p. 132 (hoofdstuk 17). Omdat sprake is van een machtiging tot vertegenwoordiging, blijft de (intellectuele) 'eigendom' van de handelingen van de soeverein berusten bij de individuele vertegenwoordigden; zie Hobbes 1965, p. 123 (hoofdstuk 16; cursivering en kleinkapitalen in origineel): “Of Persons Artificiall, some have their words and actions *Owned* by those whom they represent. And then the Person is the *Actor*; and he that owneth his words and actions, is the *Author*: In which case the Actor acteth by Authority.” Vgl. R.A.V. van Haersolte, 'Het begrip Staat' (1967), in: id., *De mens en het zijne*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1984, p. 67-78, p. 73: “Wanneer de zon schuilgaat, weten wij dat zij iets heel anders doet, dan wanneer wij ons schuilhouden. Wij zijn de zon niet, maar wij zijn wel de staat. Wat de staat doet, doen wij inderdaad zelf, of laten het doen. De staat is iets waar wij zelf achter staan of achter zitten, en dat kan van de zon niet worden gezegd, sinds bij Helios geen eden meer worden gezworen. Uit de zon hebben wij ons kunnen terugtrekken, uit de staat niet. De staat blijft een spiegel van ons eigen wezen. Geen wonder dat hij een vat vol tegenstrijdigheden is.”

15 Hobbes 1965, p. 126 (hoofdstuk 16; cursivering in origineel).

zich als één persoon constitueert: de “Common-wealth, in latine Civitas”, ofwel “that great Leviathan or rather (...) that *Mortall God*, to which wee owe under the *Immortall God*, our peace and defence”.¹⁶ De Staat vormt dan ook net zomin als de soeverein een ‘natuurlijk’ verschijnsel. Zijn status als persoon berust op een ‘fictie’, met dien verstande dat hij het resultaat vormt van een geestelijke act, dus niet ‘van nature’ bestaat, en bijgevolg slechts *door middel van* een vertegenwoordigend – dus artificieel – orgaan, de soeverein, tot handelen in staat is. Quentin Skinner omschrijft de Staat in dit verband als:

“a fictional person that is nevertheless capable of acting because it is capable of being represented by real agents whose actions count as those of the state. (...) To speak in these terms, however, is not merely to argue that it is ‘as if’ actions are performed by states. It is to claim that states are genuine actors because actions can validly be attributed to them.”¹⁷

Dus ook al wordt het handelen van de soeverein toegeschreven (*attributed*) aan de Staat “by Fiction”, het is *de Staat* die handelt. Nu geeft de term ‘fictie’ gemakkelijk aanleiding tot misverstanden;¹⁸ het ware daarom beter de term waar mogelijk te vermijden. De term kán hier ook prima worden gemist omdat van een fictie *in eigenlijke zin* helemaal geen sprake is: als de toeschrijving van handelingen aan de Staat niet berust op een vorm van ‘doen alsof’ de Staat handelt, als met andere woorden die toeschrijving uiteindelijk op eigen handelingsbekwaamheid berust, dan heeft de Staat kennelijk een reël bestaan en kan het predicaat ‘fictief’ dus gevoeglijk achterwege blijven.¹⁹ Het voordeel daarvan is bovendien een duidelijker onderscheid met theorieën die de Staat (en andere rechtspersonen) wél opvatten als een fictie in eigenlijke zin (zie verderop).

3. De in het bovenstaande in korte trekken beschreven visie van Hobbes lijkt mij – op voorwaarde van uitzuivering van evidente anachronismen²⁰ – ook voor de huidige tijd bruikbaar. Zij komt in de kern hierop neer: de Staat is een artefact, maar heeft een reël bestaan als een afzonderlijk, handelingsbekwaam persoon, afgescheiden van de persoon van de soeverein en van diens individuele onderdanen. Deze opvatting van de Staat als eigenstandig persoon is lange tijd zeer invloedrijk geweest in verschillende Europese rechtstelsels.²¹ De opvatting heeft daarbij bovendien model gestaan voor theorievorming over

16 Hobbes 1965, p. 132 (hoofdstuk 17; cursivering en kleinkapitalen in origineel). Zie ook P. Goodrich, *Legal Emblems and the Art of Law. Obiter Depicta as the Vision of Governance*, Cambridge: Cambridge University Press 2015, p. 110-122.

17 Skinner 2014, p. 2014, p. 38, onder verwijzing naar P.T. Jackson, ‘Hegel’s House, or: “People are States too”’, *Review of International Studies* 30 (2004) 2, p. 281-287; en A. Wendt, ‘The State as Person in International Theory’, *Review of International Studies* 30 (2004) 2, p. 289-316.

18 Zie over de ambiguïteit van het begrip van fictionaliteit bij Hobbes S. Fleming, ‘The two Faces of Personhood: Hobbes, Corporate Agency and the Personality of the State’, *European Journal of Political Theory* 20 (2021) 1, p. 5-26; D. Runciman, ‘What Kind of Person is Hobbes’s State? A reply to Skinner’, *The Journal of Political Philosophy* 8 (2000) 2, p. 268-278; D. Runciman, ‘The Concept of the State: The Sovereignty of a Fiction’, in: Q. Skinner & B. Stråth (red.), *States and Citizens: History, Theory, Prospects*, Cambridge: Cambridge University Press 2003, p. 28-38.

19 Vgl. M.J. Kroeze (m.m.v. H. Beckman & M.A. Verbrugh), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel I. De rechtspersoon*, Deventer: Wolters Kluwer 2021/24: “Bij de rechtspersonen wordt aan de feiten niets toegevoegd. (...) Van fictie in de eigenlijke zin is dus geen sprake. (...) ‘Fingeren’ wordt echter ook in ruimere zin gebezigd. Als middeleeuwse juristen die term gebruiken, (...) bedoelen zij veelal niet anders dan dat rechtspersoon een rechtsbegrip is, hun ‘fictie’ is niet anders dan een realiteit alleen voor het recht.”

20 Op voorwaarde, bijvoorbeeld, dat we bereid zijn om in plaats van termen als ‘hij’ en ‘man(nen)’, waarvan Hobbes een kwistig gebruik maakt, telkens te lezen: ‘hij/zij/hen’, resp. ‘mens(en)’ of ‘individu(en)’ (m/v/x).

21 Skinner 2014, p. 34; Maitland 2003, p. 71.

het begrip 'rechtspersoon' *in algemene zin*,²² zoals we die bijvoorbeeld aantreffen bij Otto von Gierke (1841-1921). Naar luid van zijn theorie – “[d]ie wohl prominenteste Theorie zur Begründung einer originären Handlungsfähigkeit juristischer Personen”²³ – zijn rechtspersonen ‘reële entiteiten’:

“Nehmen wir also an, die rechtlich geordnete Gemeinschaft sei ein Ganzes, dem eine reale Einheit innewohnt, und suchen wir nun, vom Rechte her zu ermitteln, wie dieses Ganze beschaffen sein muß, wenn sich im Recht die Wirklichkeit spiegeln soll. Das Recht schreibt dem Verbands Persönlichkeit zu. Somit muß er gleich dem Individuum eine leiblich-geistige Lebenseinheit sein, die wollen und das Gewollte in Tat umsetzen kann. Das Recht aber ordnet und durchdringt zugleich den inneren Bau und das innere Leben des Verbandes. Somit muß er im Gegensatz zum Individuum ein Lebewesen sein, bei dem das Verhältnis der Einheit des Ganzen zur Vielheit der Teile der Regelung durch äußere Normen für menschliche Willen zugänglich ist.”²⁴

Volgens Gierke zijn alle organisatorische verbanden die door het recht met rechtspersoonlijkheid zijn bekleed, begiftigd met het vermogen om een eigen wil te vormen en om die eigen wil in eigen handelingen te verwerkelijken. Een rechtspersoon vormt dan ook een onafhankelijk, dat wil zeggen: een van de som van zijn leden te onderscheiden, *soziales Sonderwesen* met een eigen *Verbandswillen*. Dit neemt niet weg dat die eigen wil, gelijk bij Hobbes, eerst ontstaat na een voorafgaande machtiging of autorisatie door de individuele leden van de rechtspersoon.²⁵ Daarnaast geldt – eveneens zoals bij Hobbes – dat de rechtspersoon voor de verwerkelijking van zijn wil is aangewezen op vertegenwoordigende organen: hij “will und handelt also dann und nur dann, wenn ein verfassungsmäßiges Organ innerhalb seiner verfassungsmäßigen Zuständigkeit in verfassungsmäßiger Form funktioniert.”²⁶

Met zijn opvatting van de rechtspersoon als een in de sociale werkelijkheid verankerde realiteit die in staat is zelf haar wil te bepalen en zelf – zij het langs de weg van haar organen – te handelen, verzette Gierke zich tegen de (nog altijd) dominante ‘Romanistische’ theorie over de rechtspersoon van Friedrich Carl von Savigny (1779-1861). Als boegbeeld van de ‘historische school’ analyseerde en systematiseerde Savigny het recht van zijn dagen op grondslag van het Romeinse recht en het goeddeels op casuïstiek gebaseerde *Corpus Iuris Civilis*. Het begrip rechtspersoon (*juristische Person*) werd door Savigny als een fictief

22 Ook Hobbes zelf suggereert dat staten en corporaties een zelfde soort personen zijn. Zie Hobbes 1965, p. 256-257 (hoofdstuk 29): “Another infirmity of a Common-wealth, is (...) the great number of Corporations; which are as it were many lesser Common-wealths in the bowels of a greater, like wormes in the entrayles of a naturall man.” Zie ook Th. Hobbes, *On the Citizen (De Cive)*; R. Tuck & M. Silverthorne, vert.), Cambridge: Cambridge University Press (1647) 1998, p. 69-74 (hoofdstuk V); en Fleming 2021.

23 Aldus S. Bürger, ‘Unternehmen als Täter’, *ZStW* 130 (2018) 3, p. 704-744, p. 731.

24 O. von Gierke, *Das Wesen der menschlichen Verbände. Rede, bei Antritt des Rektorats am 15. Oktober 1902 gehalten von Otto Gierke*, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft (1902) 1965, p. 14-15.

25 Zie Bürger 2018, p. 731: “Dieser Sonderwillen konstituiert sich daraus, dass die Einzelpersonen von ihrem Willen einen Teil abspalteten und diesen zur Wahrung ihrer Interessen auf den Verband übertragen, sodass die Gesamtheit dieser abgespalteten Willensteile in einem außerhalb der Individualsphäre liegenden, übergeordneten eigenständigen Verbandswillen aufgehe. Der Verbandswille beruhe dabei auf einem antizipierten Einverständnis mit den Statuten des Verbandes, sodass er sich nicht nur in einem einstimmigen Beschluss, sondern auch in einer Mehrheitsentscheidung oder auch der Entschließung eines verfassungsmäßigen Organs manifestieren könne. Jede Willensäußerung bedeute also die Manifestation des Verbandswillens.”

26 O. von Gierke, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Berlin: Weidmann 1887, p. 672-673. Zie ook O. von Gierke, *Das Deutsche Genossenschaftsrecht. Bd. 3: Die Staats- und Korporationslehre des Alterthums und des Mittelalters und ihre Aufnahme in Deutschland*, Berlin: Weidmann 1881. Zie daarnaast C. Neumeier, *Kompetenzen. Zur Entstehung des deutschen öffentlichen Rechts*, Tübingen: Mohr Siebeck 2022, p. 289.

rechtssubject beschouwd en als zodanig tegenover de natuurlijke persoon geplaatst.²⁷ Het fictieve karakter van de rechtspersoon wil zeggen dat deze niet zelf tot willen en handelen in staat is. Bijgevolg heeft de rechtspersoon in het strafrecht niets te zoeken:

“Das Criminalrecht hat zu thun mit dem natürlichen Menschen, als einem denkenden, wollenden, fühlenden Wesen. Die juristische Person aber ist kein solches, sondern nur ein Vermögen habendes Wesen, liegt also ganz außer dem Bereich des Criminalrechts. Ihr reales Daseyn beruht auf dem vertretenden Willen bestimmter einzelner Menschen, der ihr, in Folge einer Fiction, als ihr eigener Wille angerechnet wird. Eine solche Vertretung aber, ohne eigenes Wollen, kann überall nur im Civilrecht, nie im Criminalrecht, beachtet werden.”²⁸

4. Savigny's zienswijze is ook nu nog bepalend voor de positie van de rechtspersoon in het Duitse recht. Naar huidig recht kan in Duitsland aan rechtspersonen geen *strafrechtelijke* sanctie worden opgelegd. Wel kan op basis van de in 1968 ingevoerde *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten* (OWiG) aan rechtspersonen een administratiefrechtelijke boete (*Geldbuße*) worden opgelegd.²⁹ Het eerste lid van § 30 OWiG bepaalt dat rechtspersonen kunnen worden beboet indien een bestuurder een strafbaar feit (*Straftat*) of een administratieve overtreding (*Ordnungswidrigkeit*) heeft begaan waardoor een op de rechtspersoon drukkende verplichting is geschonden of waardoor de rechtspersoon is of had moeten worden verrijkt.³⁰ Op grond van § 130 OWiG kan aan een rechtspersoon eveneens een boete worden opgelegd wegens administratieve overtredingen begaan door niet-leidinggevend personeel, indien behoorlijk toezicht door het verantwoordelijke leidinggevende personeel heeft ontbroken.

Al sinds geruime tijd wordt onderkend dat de bestaande mogelijkheden tot beboeting van rechtspersonen niet voldoen. Dit geldt – volgens de toelichting bij het wetsvoorstel tot invoering van een *Gesetz zur Sanktionierung von verbandsbezogenen Straftaten*

27 Zie *Asser/Kroeze 2-I 2021/4* en 18; Bürger 2018, p. 731.

28 F.C. von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*. Bd. 2, Berlijn/Boston: De Gruyter (1840) 2016, § 94: 'Juristische Personen – Rechte (Fortsetzung)', p. 310-316, p. 312.

29 Deze wet verving de in 1949 ingevoerde *Gesetz zur Vereinfachung des Wirtschaftsstrafrechts* (WiStG) en een grote hoeveelheid daarop gebaseerde specifieke wetten en verordeningen waarin ook reeds was voorzien in de mogelijkheid van beboeting van rechtspersonen. Zie K. Tiedemann, 'Die "Bebußung" von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität', *Neue juristische Wochenschrift* 41 (1988) 19, p. 1169-1173; M. Mansdörfer, 'The Treatment of Mere Regulatory Offences in German Criminal Law. Historical Developments, Today's Concepts and General Criticisms', in: M. Ulväng & I. Cameron (red), *Essays on Criminalisation and Sanctions*, Uppsala: Iustus Förlag 2014, p. 89-107; M.P. Waßmer, 'Germany National Report', in: K. Ligeti & A. Marlette (red.), *Punitive Liability of Heads of Business in the EU: A Comparative Study*, Deventer/Milaan: Wolters Kluwer/Cedam 2019, p. 104-187; D. Van Daele, *Het openbaar ministerie en de afhandeling van strafzaken in Duitsland*, Leuven: Universitaire Pers Leuven 2000, p. 294-316.

30 Het eerste lid van § 30 OWiG luidt: "Hat jemand: 1. als vertretungsberechtigtes Organ einer juristischen Person oder als Mitglied eines solchen Organs, 2. als Vorstand eines nicht rechtsfähigen Vereins oder als Mitglied eines solchen Vorstandes, 3. als vertretungsberechtigter Gesellschafter einer rechtsfähigen Personengesellschaft, 4. als Generalbevollmächtigter oder in leitender Stellung als Prokurist oder Handlungsbevollmächtigter einer juristischen Person oder einer in Nummer 2 oder 3 genannten Personenvereinigung oder 5. als sonstige Person, die für die Leitung des Betriebs oder Unternehmens einer juristischen Person oder einer in Nummer 2 oder 3 genannten Personenvereinigung verantwortlich handelt, wozu auch die Überwachung der Geschäftsführung oder die sonstige Ausübung von Kontrollbefugnissen in leitender Stellung gehört, eine Straftat oder Ordnungswidrigkeit begangen, durch die Pflichten, welche die juristische Person oder die Personenvereinigung treffen, verletzt worden sind oder die juristische Person oder die Personenvereinigung bereichert worden ist oder werden sollte, so kann gegen diese eine Geldbuße festgesetzt werden."

(*Verbandssanktionengesetz*; VerSanG-E)³¹ – in de eerste plaats voor de gemeenlijk als “unzureichend” ervaren “starre Obergrenze der Verbandsgeldbuße”,³² die blijkens het tweede lid van § 30 OWiG liggen op respectievelijk tien miljoen euro bij opzettelijke en vijf miljoen euro bij culpoze overtredingen.³³ In de tweede plaats is de bestaande regeling onvoldoende geschikt om in of vanuit het buitenland gepleegde feiten op bevredigende wijze te kunnen afdoen.³⁴ En voorts leidt de omstandigheid dat de handhaving van voorschriften op basis van de OWiG plaats vindt op basis van het opportuniteitsbeginsel (*Opportunitätsprinzip*) tot onaanvaardbare rechtsongelijkheid.³⁵

Het wetsvoorstel beoogt deze en andere onvolkomenheden van de huidige regeling te rectificeren. Sleutelbegrip in het wetsvoorstel is de *Verbandstat*: een strafbaar feit waardoor plichten van de onderneming zijn geschonden of waardoor de onderneming zich heeft verrijkt of heeft getracht zich te verrijken.³⁶ *Verbandstaten* zijn dus niet beperkt tot bepaalde typen delicten. Van een *Verbandstat* is alleen geen sprake in gevallen waarin het desbetreffende strafbare feit enkel tegen de onderneming zelf is gericht, zoals wanneer een leidinggevende geld van de onderneming verduistert. Het territoriale toepassingsgebied wordt uitgebreid: in Duitsland gevestigde ondernemingen kunnen op grond van het tweede lid van § 2 VerSanG-E onder bepaalde voorwaarden ook worden gestraft voor in het buitenland gepleegde en daardoor niet onder het Duitse strafrecht vallende *Verbandstaten*.³⁷

Het wetsontwerp definieert het begrip *Verband* als een privaatrechtelijke of publiekrechtelijke rechtspersoon, een vereniging zonder rechtspersoonlijkheid of een personenvenootschap.³⁸ Op grond van § 1 VerSanG-E heeft de voorgestelde regeling enkel betrekking

31 Dit voorstel vormt het voornaamste onderdeel (Artikel 1) van het op 21 oktober 2020 door de *Bundesregierung* bij de *Bundestag* ingediende *Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft* (Gesetzesentwurf der Bundesregierung, Deutscher Bundestag (BT) 21.10.2020, Drucksache 19/23568).

32 Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT 21.10.2020, Drucksache 19/23568, Begründung, p. 48.

33 Het tweede lid van § 30 OWiG luidt: “Die Geldbuße beträgt: 1. im Falle einer vorsätzlichen Straftat bis zu zehn Millionen Euro, 2. im Falle einer fahrlässigen Straftat bis zu fünf Millionen Euro. Im Falle einer Ordnungswidrigkeit bestimmt sich das Höchstmaß der Geldbuße nach dem für die Ordnungswidrigkeit angedrohten Höchstmaß der Geldbuße. Verweist das Gesetz auf diese Vorschrift, so verzehnfacht sich das Höchstmaß der Geldbuße nach Satz 2 für die im Gesetz bezeichneten Tatbestände. Satz 2 gilt auch im Falle einer Tat, die gleichzeitig Straftat und Ordnungswidrigkeit ist, wenn das für die Ordnungswidrigkeit angedrohte Höchstmaß der Geldbuße das Höchstmaß nach Satz 1 übersteigt.”

34 Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT 21.10.2020, Drucksache 19/23568, Begründung, p. 48: “Insbesondere multinationalen Konzernen wird so ermöglicht, sich mit einem Sitz in der Bundesrepublik Deutschland und dem gezielten Einsatz ausländischer Mitarbeiter ihrer Verantwortlichkeit für Straftaten im Ausland zu entziehen.”

35 Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT 21.10.2020, Drucksache 19/23568, Begründung, p. 49: “Mit ihrer Verortung im Ordnungswidrigkeitenrecht unterliegt die Verbandsgeldbuße dem Opportunitätsprinzip. Selbst bei schwersten Straftaten von Leitungspersonen liegt die Verfolgung des Verbandes alleine im Ermessen der Verfolgungsbehörden. Dies hat zu einem Anwendungsdefizit geführt. Auch und gerade in den Deliktsfeldern der Korruptions-, Wirtschafts- und Umweltkriminalität, die für aus Unternehmen heraus begangene Straftaten typisch sind, zeigen die Erfahrungen der Praxis, dass es oftmals nicht zur Einleitung eines Verfahrens kommt. Die uneinheitliche Verfolgungspraxis führt zu einer nicht hinnehmbaren Ungleichbehandlung. Ob und wie Verbände bei Straftaten ihrer Leitungspersonen sanktioniert werden, darf weder von regionalen Besonderheiten noch von Unterschieden in der personellen Ausstattung und Auslastung von Polizei und Justiz abhängen.”

36 In het eerste lid van § 2 van het wetsvoorstel wordt het begrip *Verbandstat* als volgt gedefinieerd: “Im Sinne dieses Gesetzes ist 3. eine Verbandstat: eine Straftat, durch die Pflichten, die den Verband treffen, verletzt worden sind oder durch die der Verband bereichert worden ist oder werden sollte.”

37 Het tweede lid van § 2 van het wetsvoorstel luidt: “Einer Verbandstat steht eine Tat gleich, auf die das deutsche Strafrecht nicht anwendbar ist, wenn 1. die Tat nach deutschem Strafrecht eine Straftat wäre, 2. die Tat am Tatort mit Strafe bedroht ist oder der Tatort keiner Strafgewalt unterliegt, 3. der Verband zur Zeit der Tat einen Sitz im Inland hat und 4. die sonstigen Voraussetzungen des Absatzes 1 Nummer 3 erfüllt sind.”

38 Het eerste lid van § 2 van het wetsvoorstel luidt: “Im Sinne dieses Gesetzes ist 1. ein Verband: a. eine juristische Person des öffentlichen oder privaten Rechts, b. ein nicht rechtsfähiger Verein, c. eine rechtsfähige Personengesellschaft.”

op “Verbänden, deren Zweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist” en dus niet op bijvoorbeeld ondernemingen met een charitatieve doelstelling.³⁹ § 3 VerSanG-E beperkt de kring van personen die strafbare feiten kunnen verrichten waarvoor de onderneming aansprakelijk kan worden gesteld tot leidinggevendenden.⁴⁰ Daarnaast kunnen ondernemingen strafrechtelijk aansprakelijk worden gesteld voor strafbare feiten die zijn gepleegd door niet-leidinggevende werknemers, indien het desbetreffende strafbare feit door een leidinggevende had kunnen worden voorkomen of althans op enigerlei wijze had kunnen worden belemmerd.⁴¹

Van belang is voorts dat het wetsvoorstel voorziet in een drastische verhoging van de boetes die aan grotere en kapitaalkrachtige ondernemingen kunnen worden opgelegd. Voor ondernemingen met een gemiddelde jaaronzet tot 100 miljoen euro worden de huidige maximumboetebedragen van tien miljoen euro bij opzettelijke en vijf miljoen euro bij culpoze overtredingen gehandhaafd (§ 9 lid 2 VerSanG-E). Voor ondernemingen met een gemiddelde jaaronzet van meer dan 100 miljoen euro bedraagt de maximaal op te leggen boete tien procent (bij opzettelijk gepleegde delicten) of vijf procent (bij culpoos gepleegde delicten) van de jaaronzet (§ 9 lid 2 VerSanG-E). Bovendien voorzien §§ 10 tot en met 13 VerSanG-E in de mogelijkheid van een voorwaardelijke boete (*Verwarnung mit Verbandsgeldsanktionsvorbehalt*). En op grond van §§ 16 tot en met 18 VerSanG-E is de rechter bevoegd (en in bepaalde gevallen verplicht) de boete te matigen indien de betrokken

39 Op dergelijke rechtspersonen blijft dus de regeling in het OWiG van toepassing. Zie H. de Doelder & A. Hartmann, ‘Strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen in Duitsland aanstaande. Een reflectie op en naar aanleiding van het wetsvoorstel *Verbandssanktionengesetz*’, in: T. Kooijmans, J. Ouwerkerk, C. Rijken & J. Simmelink (red.), *Op zoek naar evenwicht* (liber amicorum M.S. Groenhuijsen), Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 175-194.

40 Leidinggevende personen worden in het tweede lid van § 2 van het wetsvoorstel als volgt gedefinieerd: “Im Sinne dieses Gesetzes ist 2. eine Leitungsperson: a. ein Mitglied eines vertretungsberechtigten Organs einer juristischen Person, b. ein Mitglied des Vorstandes eines nicht rechtsfähigen Vereins, c. ein vertretungsberechtigter Gesellschafter einer rechtsfähigen Personengesellschaft, d. ein Generalbevollmächtigter und, soweit er eine leitende Stellung innehat, ein Prokurist und ein Handlungsbevollmächtigter eines Verbandes, e. jede sonstige Person, die für die Leitung des Betriebs oder Unternehmens eines Verbandes verantwortlich handelt, wozu auch die Überwachung der Geschäftsführung oder die sonstige Ausübung von Kontrollbefugnissen in leitender Stellung gehört.” De *Begründung* bij het wetsvoorstel bevat de volgende toelichting (Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT 21.10.2020, Drucksache 19/23568, Begründung, p. 68): “Nach dem Vorbild von § 30 Absatz 1 OWiG kann gegen einen Verband wegen der Verbandstat einer seiner Leitungspersonen eine Verbandssanktion verhängt werden. Der Täter der Verbandstat muss entsprechend § 30 Absatz 1 OWiG in seiner Eigenschaft als Leitungsperson gehandelt haben. Erforderlich ist damit ein innerer Zusammenhang mit der Stellung als Leitungsperson, wobei es unerheblich ist, ob die Leitungsperson den ihr gesetzten Zuständigkeitsbereich einhält oder überschreitet oder sie ihr Handeln für den Verband mit der Wahrnehmung eigener Interessen verknüpft.”

41 Het eerste lid van § 3 van het wetsvoorstel luidt: “Gegen einen Verband wird eine Verbandssanktion verhängt, wenn jemand 1. als Leitungsperson dieses Verbandes eine Verbandstat begangen hat oder 2. sonst in Wahrnehmung der Angelegenheiten des Verbandes eine Verbandstat begangen hat, wenn Leitungspersonen des Verbandes die Straftat durch angemessene Vorkehrungen zur Vermeidung von Verbandstaten wie insbesondere Organisation, Auswahl, Anleitung und Aufsicht hätten verhindern oder wesentlich erschweren können.” De *Begründung* bij het wetsvoorstel bevat de volgende toelichting (Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT 21.10.2020, Drucksache 19/23568, Begründung, p. 68): “Wird die Verbandstat nicht von einer Leitungsperson, sondern von einer sonstigen Person in Wahrnehmung der Angelegenheiten des Verbandes begangen, so kann eine Verbandssanktion verhängt werden, wenn Leitungspersonen des Verbandes durch angemessene Organisation, Auswahl, Anleitung und Aufsicht die Straftat hätten verhindern oder wesentlich erschweren können. Der Täter der Verbandstat muss in Wahrnehmung der Angelegenheiten des Verbandes gehandelt haben. Es muss sich dabei nicht zwingend um einen Betriebsangehörigen handeln, sondern der Täter kann auch nur vorübergehend mit Aufgaben der Wahrnehmung von Angelegenheiten des Verbandes betraut worden sein.”

onderneming een 'intern onderzoek' (*Verbandsinterne Untersuchungen*) heeft uitgevoerd of doen uitvoeren dat wezenlijk heeft bijgedragen tot opheldering van de relevante feiten.⁴²

5. Het Duitse wetsvoorstel tot introductie van strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen dat in het bovenstaande in heel korte trekken werd besproken,⁴³ is uiteindelijk wegens politieke onenigheid geen parlementaire behandeling ten deel gevallen.⁴⁴ De verwachting is evenwel dat een sterk op het besproken voorstel gelijkend, nieuw wetsvoorstel op afzienbare termijn alsnog aan de *Bundestag* zal worden voorgelegd⁴⁵ – ongeveer vijftig jaar nadat wij (in 1976) de rechtspersoon als rechtssubject in algemene zin binnen ons commune strafrecht hebben welkom geheten. Het valt op dat, zowel in de bestaande OWiG als in het besproken (en voorlopig gesneuvelde) wetsvoorstel de geest van Savigny nog duidelijk rondwaart. De rechtspersoon is hier een fictie in de zin dat deze niet zelf kan handelen; de aansprakelijkheid van de rechtspersoon lijkt te berusten op een benadering die in de literatuur meestal wordt aangeduid als de 'identificatie-' of 'identiteitstheorie'.⁴⁶ Dit is een 'nominalistische' of 'derivatieve' benadering wordt uitgegaan van een afgeleide aansprakelijkheid van de rechtspersoon voor gedragingen van anderen met wie de rechtspersoon in zoverre kan worden vereenzelvigd.⁴⁷ De Nederlandse benadering is als bekend een heel andere. De Nederlandse doctrine en rechtspraak gaan overwegend uit van een opvatting die – bij gebrek aan een beter woord – als 'juridisch'⁴⁸ (of eventueel 'sociaal-juridisch') kan worden aangeduid en die sterke overeenkomsten vertoont met de eerder besproken visie van Hobbes op de Staat of *commonwealth* en de 'ministaatjes' die daarbinnen⁴⁹ – "like wormes in the entrayles of a naturall man"⁵⁰ – hun activiteiten ontplooiën: rechtspersonen. Daarbij gaat het om organisatorische verbanden met een reëel bestaan in de sociale werkelijkheid; het recht voegt, afgezien van de verlening van rechtspersoonlijkheid, aan

42 Zie nader hierover De Doelder & Hartmann 2021, p. 180-193; S. Allahverdiyev & M. Othman, "'Verbandssanktionengesetz' – Corporate Liability for Germany?", *German Law Journal* 23 (2022) 4, p. 637-649, in het bijzonder p. 644-646. Vgl. M. Engelhart, 'Corporate Criminal Liability and Compliance in Germany', in: A. Fiorella & A.M. Stile (red.), *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs. First Colloquium*, Napels: Jovene Editore 2012, p. 167-206; M. Henssler, E. Hoven, M. Kubiciel & Th. Weigend, *Kölner Entwurfe eines Verbandssanktionengesetzes*, Keulen: Universität zu Köln 2007.

43 Daarbij is (vanzelfsprekend) veel ook onbesproken gelaten, zoals de verschillende strafprocesrechtelijke aspecten van het wetsvoorstel. Zie daarover Allahverdiyev & Othman 2022; De Doelder & Hartmann 2021.

44 Zie C. Budras, 'Skandale ohne Folgen', *Frankfurter Allgemeine* 9 jun1 2021, <https://www.faz.net/-gqe-acjbs>.

45 Zie Allahverdiyev & Othman 2022, p. 648-649.

46 Deze benadering wordt in veel gevallen gevolgd in het Engelse recht. Zie hierover D. Roef, 'Corporate Criminal Liability', in: J. Keiler & D. Roef (red.), *Comparative Concepts of Criminal Law*, Cambridge: Intersentia 2015, p. 257-280; A.J.L.M. Schaap, *Het daderschap van de rechtspersoon. Een onderzoek naar het Drijfmeestkader als richtinggevend kader voor het daderschap van de rechtspersoon* (diss. Universiteit Utrecht), Den Haag: Boom juridisch 2022, p. 475-566. Zie ook R.J. Witpaard, 'De nominalistische theorie van de rechtssubjecten', *Netherlands Journal of Legal Philosophy* 46 (2017) 1, p. 65-102; Th. Weigend, 'Societas delinquere non potest? A German perspective', *Journal of International Criminal Justice* 6 (2008) 5, p. 927-945.

47 Waarbij moet worden opgemerkt dat de afgeleide aansprakelijkheid in de identificatiebenadering beduidend minder verg gaat dan de in de VS gangbare *respondeat superior*-doctrine. Zie hierover E. Hoven & Th. Weigend, 'Praxis und Probleme des Verbandsstrafrechts in den USA', *ZStW* 130 (2018) 1, p. 213-253, p. 251: "Der materiellrechtliche Ansatzpunkt für eine Verantwortlichkeit des Verbandes sollte nicht zu eng gewählt werden. Insofern dürfte es sich zwar für das deutsche Recht nicht empfehlen, den extrem weiten *respondeat superior*-Grundsatz des US-amerikanischen Rechts zu übernehmen; die Möglichkeit einer gezielten Verantwortungsverlagerung nach unten spricht aber dafür, die Zurechnung von Fehlverhalten nicht auf die Organe und gesetzlichen Vertreter eines Verbandes zu beschränken, sondern auch Verstöße auf der Ebene des höheren Managements – einschließlich mangelnder Überwachung von Untergebenen – als Auslöser für eine Verbandsverantwortlichkeit anzusehen."

48 Asser/*Kroeze 2-I* 2021/16.

49 En in het geval van multinationale ondernemingen: ook daarbuiten.

50 Zie noot 22 hierboven.

die bestaande werkelijkheid niets toe.⁵¹ Rechtspersonen zijn artefacten, maar daarom nog niet 'fictief'; en het feit dat het handelen van een rechtspersoon "zich nu eenmaal [uit] (in de fysieke wereld) door gedrag, door bewegingen of het uitblijven van bewegingen, van natuurlijke personen",⁵² maakt de rechtspersoon niet minder handelingsbekwaam dan natuurlijke personen.

Het is in dit verband zoals bij de causaliteit: de omstandigheid dat een bepaalde bevinding – bijvoorbeeld de dood van een persoon – niet als onmiddellijk of exclusief gevolg van de handeling van de dader, doch mede onder invloed van tussenkomende (door de dader niet beheerste) factoren is ingetreden, staat op zichzelf niet in de weg aan de toerekening van dat gevolg aan de dader. Beslissend is immers of het gevolg redelijkerwijs als gevolg van de handeling van de verdachte *aan* die verdachte kan worden toegerekend. Evenzo gaat het bij het daderschap van de rechtspersoon (uiteindelijk) om de vraag of een bepaalde (verboden) gedraging redelijkerwijs als *eigen* gedraging van de rechtspersoon *aan* die rechtspersoon kan worden toegerekend.⁵³ Hier is niets 'fictiefs' aan; integendeel: mij lijkt dat deze benadering de sociale werkelijkheid (veel) meer recht doet wedervaren dan de 'nominalistische' benaderingen die uitgaan van een derivatieve (van het handelen van natuurlijke personen afgeleide) strafrechtelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon.

Hiermee is echter nog niets gezegd over de kwaliteit van de nadere *invulling* van de binnen de Nederlandse rechtspraak en doctrine gehanteerde benadering. Als bekend, heeft de wetgever bij de invoering van artikel 51 Sr niet of nauwelijks een richtinggevend kader of concrete handvaten geboden voor de vaststelling van daderschap en schuld van de rechtspersoon; dit vraagstuk is door de wetgever op tamelijk laconieke wijze bij de rechter over de schutting gegooid, wat uit een oogpunt van legaliteit uiteraard op z'n minst bedenkelijk mag worden genoemd.⁵⁴ De kring van personen wier gedragingen in potentie kunnen worden toegerekend aan de rechtspersoon, is dan ook aanmerkelijk groter dan in het (huidige en toekomstige) Duitse recht.

Een kader met concrete handvaten is door de Hoge Raad geboden in zijn bekende Drijfmest-arrest uit 2003. Dat arrest heeft de onduidelijkheden uiteraard niet allemaal uit de weg geruimd. Een, juist mede uit legaliteitsoogpunt, belangrijke vraag is aan welke condities minimaal moet zijn voldaan om het daderschap van een rechtspersoon te kunnen vaststellen. Net als de causaliteit heeft ook het daderschap een ondergrens nodig. Het is dan ook zeer verdienstelijk dat Anne-Jetske Schaap in haar dit jaar verdedigde proefschrift – naast een voorstel om het bestaande Drijfmest-kader uit te breiden met een tweetal

51 Zie ook *Asser/Kroeze 2-1* 2021/16; vgl. Skinner 2014, p. 40: "The state is, in the end, nothing other than ourselves. When we institute states, we do not add any new material to the world; we simply reorganise and individuate ourselves in a new way. To insist on the duty of governments to act for the good of the state is simply to insist on their duty to act for us all."

52 Schaap 2022, p. 553.

53 In dit verband wordt veelal gesproken van 'vergeestelijkt' daderschap. Zie W.P.J. Pompe, noot onder HR 22 juli 1947, *NJ* 1947/469; B.V.A. Röling, noot onder HR 23 februari 1954, *NJ* 1954/378; Schaap 2022, p. 80-86, 457-458 en 553; J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 150-152. Zie ook M.J. Hornman, *De strafrechtelijke aansprakelijkheid van feitelijk leidinggevend van ondernemingen* (diss. Universiteit Utrecht), Den Haag: Boom juridisch 2016, p. 28: "De delictsomschrijving wordt zodanig uitgelegd dat de delictsgedraging niet alleen het zelf fysiek verrichten van de gedraging omvat, maar ook het 'bewerkstelligen' dat een ander die fysieke gedraging verricht. Door deze bredere opvatting wordt de functionele dader niet aansprakelijk gehouden voor andermans gedraging(en), de daadwerkelijke fysieke gedraging(en) van de feitelijk pleger, maar voor zijn of haar *eigen* gedraging, namelijk het bewerkstelligen dat een ander het gevolg teweegbrengt."

54 Zie De Hullu 2021, p. 117: "De wetgever heeft zich nooit fundamenteel en diepgaand over het onderwerp gebogen. (...) De Nederlandse regeling is al met al vooral abstract, weinig uitgewerkt en niet specifiek op rechtspersonen toegesneden." De Hullu wijst dan ook op het zijns inziens "te globale karakter van de wettelijke regeling over de rechtspersoon als strafrechtelijk rechtssubject". Zie ook p. 162-163.

nieuwe 'omstandigheden'⁵⁵ – een (volgens mij) goed werkbaar voorstel heeft gedaan voor de formulering van een ondergrens voor de vaststelling van het daderschap van de rechtspersoon. Zij betoogt:

“dat bij het vaststellen van een gedraging van de rechtspersoon aan de hand van gedrag van natuurlijke personen ten minste sprake moet zijn van drie componenten:

- i. zeggenschap over het gedrag;
- ii. voorzienbaarheid van het gedrag; en
- iii. het schenden van een rechtsplicht die in het desbetreffende geval op de rechtspersoon rust ter voorkoming van het gedrag.”⁵⁶

Deze ondergrens beoogt te verzekeren dat bij de toerekening van een gedraging aan de rechtspersoon steeds het *eigen* daderschap van de rechtspersoon wordt vastgesteld. In de in Duitsland gevolgde benadering, daarentegen, ‘hangt’ de rechtspersoon voor de strafbare gedragingen van de natuurlijke personen die hem vertegenwoordigen – “Gegen einen Verband wird eine Verbandssanktion verhängt”, beweert § 3 lid 1 VerSanG-E. Het aardige is daarbij wel dat deze formulering dan weer associaties oproept met een uitspraak die Heinrich Heine wél in werkelijkheid over Nederland heeft gedaan. In *Zur Geschichte der Religion und Philosophie in Deutschland* (1834/1835), waarin hij beoogde Duitslands *Geistesgeschichte* voor vreemdelingen te verklaren (hij schreef het boek vanuit Parijs), stelt hij, na te hebben vermeld dat de vader van Spinoza’s geliefde in Nederland wegens een politiek vergrijp is opgehangen:

“Und nirgends in der Welt wird man schlechter gehenkt wie in den Niederlanden. Ihr habt keinen Begriff davon, wie unendlich viele Vorbereitungen und Zeremonien dabei stattfinden. Der Delinquent stirbt zugleich vor langer Weile, und der Zuschauer hat dabei hinlängliche Muße zum Nachdenken.”⁵⁷

55 Namelijk: ‘handelen of nalaten binnen de reikwijdte van datgene waartoe iemand was gerechtigd door de rechtspersoon’ en ‘vereenzelviging’ – welke laatste omstandigheid overigens weer duidelijke overeenkomsten vertoont met de identificatietheorie. Zie Schaap 2022, p. 567-605.

56 Schaap 2022, p. 572-573.

57 Heinrich Heine, *Zur Geschichte der Religion und Philosophie in Deutschland* (1834/1835), in: id.: *Sämtliche Schriften in zwölf Bänden*. Bd. 5 (K. Briegleb, red.), München/Wenen: Carl Hanser Verlag 1976 (Reihe Hanser 220/5), p. 505-641, p. 563.