



IHRE WIRTSCHAFTSKANZLEI

Rechtliche Wünsche zum Entwurf

Konferenz zum Verbandssanktionengesetz am 27.11.2019 in Berlin

Rechtsanwalt Prof. Dr. Alexander Reuter

Übersicht

- I. Über GÖRG
- II. Wen treffen Unternehmenssanktionen und wie wird dies gerechtfertigt?
- III. Ausflug in die Kriminologie und „Profiling“
- IV. Wünsche an den Gesetzgeber

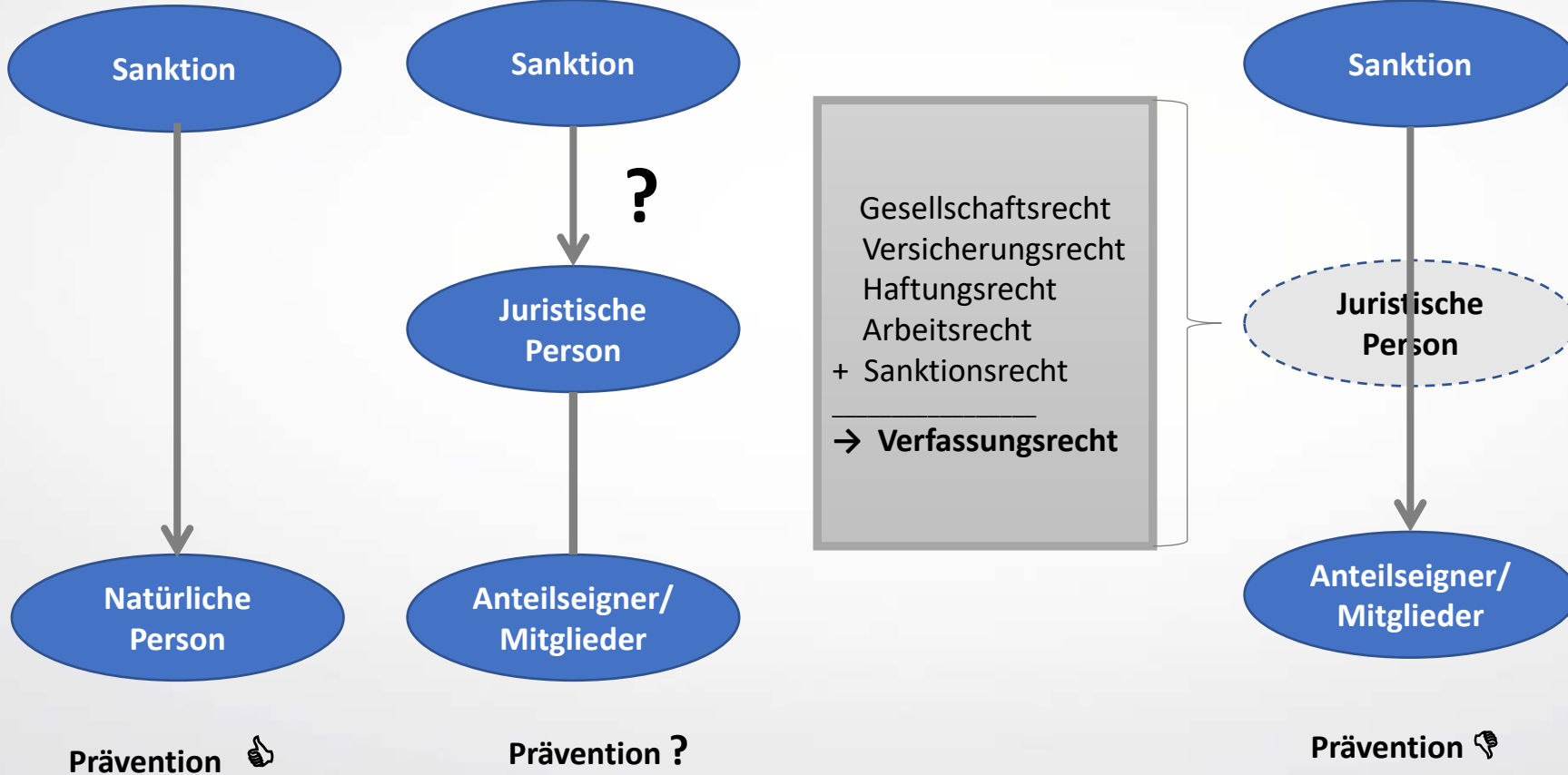
GÖRG: Wer wir sind

GÖRG

IHRE WIRTSCHAFTSKANZLEI

- Eine der führenden unabhängigen deutschen Wirtschaftskanzleien:
270 Rechtsanwälte, davon über 100 Partner
- Nie weit entfernt:
Berlin, Frankfurt am Main, Hamburg, Köln und München
- Umfassend:
Full-Service-Dienstleister in allen Bereichen des Wirtschaftsrechts
- Erfahren:
In Transaktion, Projekt und Prozess – mit tiefem Verständnis der jeweiligen Branche
- Geschätzt und empfohlen:
Namhafte in- und ausländische Mandanten, von Branchendiensten auf Top-Positionen eingestuft

Ausgangssituation



„Systemische“ Überlegungen

- Wird das Unternehmen bebußt, so trifft dies in der Sache nicht die handelnden Personen, sondern die Gesellschafter des Unternehmens.
- Das ist nicht nur Reflex:
 - Es ist finanziell das Gesellschaftsvermögen, das verringert werden soll (siehe Bußgeldbemessung)
 - Erst recht, wenn
 - Haftungsrecht Bußgeldregreß abschneidet und
 - Versicherungsrecht die Versicherbarkeit ausschließt
- Unternehmensbußgeld ist bewußte und gewollte Auferlegung eines Übels durch den Staat
 - ==► *Eingriff*

- Verfassungsrecht schützt Aktie und Aktionäre,
 - und zwar auch in vermögensrechtlicher Hinsicht;
 - Neben aspekt: Strukturelle Niedrigzinspolitik
- Auch an den Grundrechtsposition der Gesellschafter sind Eingriffe gegenüber der juristischen Person zu messen.
- Präventionszweck kann bei den Aktionären nicht erreicht werden.
 - Gesellschaftsrecht
 - AG
 - Andere Gesellschaftsformen
 - Monopolkommission zur 9. GWB-Novelle (72. Sondergutachten) + Kriminologie
- Bei den Aktionären wirkt die Unternehmensbuße weder repressiv noch präventiv. Sie sind mithin ungeeignet.

- Schuldprinzip und Sippenhaft
- Dies führt zur Konsequenz: Unternehmensbußgelder sind verfassungswidrig, soweit sie über die (richtig berechnete) Gewinnabschöpfung hinausgehen, gleichgültig ob OWiG, Strafrecht oder „Verbandssanktion“.

Ausflug in die Kriminologie (1)

- Ernst & Young Studie von 4/2017
 - 7% der Manager haben Informationen zu Verfehlungen im Unternehmen, haben sie aber zurückgehalten
 - Das folgende Verhalten kann gerechtfertigt sein, wenn es dazu beiträgt, das Unternehmen vor einer schwierigen Lage zu bewahren
 - Barzahlungen: 11%
 - Persönliche Geschenke: 14%
 - 10% der Manager würden im Interesse ihrer Karriere z.B. Abschlussprüfer oder Regulierer täuschen
 - 9% der Manager würden Verträge rückdatieren.
 - 4% der Manager würden „das Finanzergebnis des Unternehmen bewusst manipulieren“.
 - Gruppe der 25 – 43- Jährigen ist deutlich anfälliger als der Durchschnitt.

Ausflug in die Kriminologie (2)

OLD AMERICAN CRIMINALS
MOSAIC OF EXCESS METRIC AND MORPHOLOGICAL FEATURES,
INDEPENDENT OF AGE AND STATE SAMPLING
FORGERS AND FRAUDS

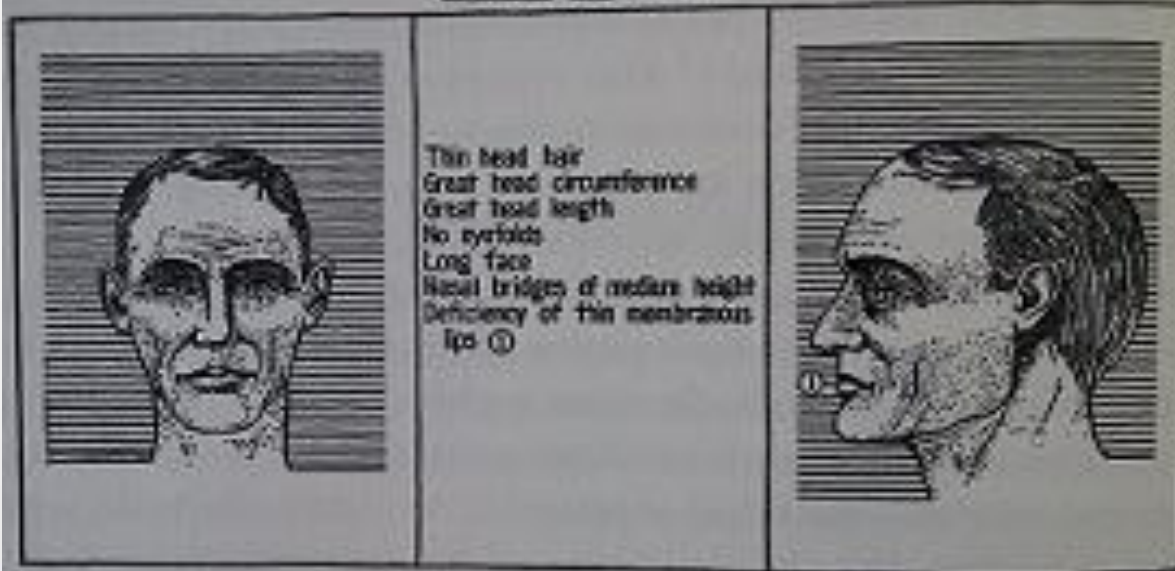


Figure 3.2: Earnest Hooton's depiction of a white-collar criminal.

1887:

Cesare Lombroso.: L'Uomo delinquente, 1887: Lehre vom delinquente nato – dem geborenen Verbrecher

1939:

Earnest Hooton, The American Criminal : „Short fat men rape; short thin men steal; tall, thin men kill and rob; tall, heavy men murder and forge“

1990:

Gottfredson & Hirschi, A general Theory of Crime: Persons with low self-control are more likely to engage in deviant conduct

2012:

Rainer/Laufer et al., Increased Executive Functioning, Attention, and Cortical Thickness in White-Collar Criminals : Neurokriminologisch-ansatz

Ausflug in die Kriminologie (3)

- BKartA: Höhere Unternehmensbußen nützen nichts.
- Harvard Studie (Eugene Soltes, Why they do it, 2017):
 - Even vigorous enforcement is not effective in maintaining lasting deterrence (too far removed). Deterrence must be repeated.
 - In many cases it was difficult to say that white collar criminals had ever really „decided“ to commit a crime Rather, they never stopped to consider that their actions would harm real people.
 - Executives never get close to their victims. Victims are distant and amorphous.
 - In classrooms and seminars contradicting views are discussed. In day-to-day business life there are fewer, if any, dissenting views.
 - Morally questionable decisions are often made in relative isolation.

Ausflug in die Kriminologie (4)

1. Übertragung der Erkenntnisse aus Schulungen in die tatsächlichen Prozesse ist schwierig: Erfordernis von „uncomfortable dissonance“
 - Einrichtung kontradiktorischer Prozesse (Beispiel Produktfreigabe, Abschlussprüfung, Compliance – Beauftragter)
2. Prämienanreize bei D&O – Versicherung?
3. Persönlichkeitstests:
 - Geringe Zuverlässigkeit
 - Persönlichkeitsschutz

Schlussfolgerungen:

- A. Polikausales Geschehen mit endogenen und exogenen Faktoren: Täter / Situation / Gelegenheit / Umfeld.
- B. Es läßt sich keine völlige Sicherheit erreichen.
- C. Die Gestaltung der exogenen Faktoren ist Aufgabe des Managements, nicht der Aktionäre

Was sind die Argumente für Verbandssanktionen (1)?

1. *Flucht in die organisierte Unverantwortlichkeit*
 - Sippenhaft
 - Organisation liegt in der Hand des Managements
 - Rechtsstaat: Die Beweislast für Strafe liegt beim Staat

2. *„Wer rechtswidrige Gewinne gern mitnimmt, der soll auch bluten, wenn die Tat aufgedeckt wird“*
 - Gesetzgeber nimmt einen Eingriff vor, um Prävention zu betreiben
 - Gewinnabschöpfung steht auf einem anderen Blatt

3. *Gewinnstreben als Nährboden kriminogener Milieus*
 - Die meisten Unternehmen sind nicht kriminell
 - Anlage in Aktien mit Renditeziel ist rechtmäßig
 - Gesetz verlangt nicht nach aktiver Mitwirkung
 - Wir alle profitieren von unternehmerischem Handeln + der Staat verdient mit

Was sind die Argumente für Verbandssanktionen (2)?

4. *Geldstrafen gegen Individualtäter treffen indirekt auch Unterhaltsberechtigte und Erben*
 - Unternehmensvermögen ist Vermögen der Gesellschafter
 - Unterhaltsberechtigte und Erben haben keinen Anspruch auf Erhaltung und Verwaltung des Vermögens in ihrem Interesse

5. *Es gibt auch einflussreiche Gesellschafter*
 - Dann strafen wir eben diese, Täterschaft vorausgesetzt.



Die Gründe sind nicht stichhaltig.

1. Unternehmenssanktionen und ihre Berechtigung lassen sich verfassungsrechtlich und politisch ohne Rücksicht auf ihre Wirkungen nicht beurteilen. Diese Wirkungen treten im wesentlichen bei den Anteilseignern ein.
2. Die Anteilseigner verdienen und genießen verfassungsrechtlichen Schutz, und zwar nach den Regeln des BVerfG in „besonders ausgeprägten“ Umfang, weil die Aktie der Vermögensvorsorge und damit der Sicherung persönlicher Freiheit dient.
3. Das Sanktionenrecht selbst bestätigt, dass die rechtliche Bewertung nicht an der „juristischen Person“ halt macht (BGH-Lederspray / „wirtschaftliche Einheit“).
4. Sanktionen gegen Unternehmen sind ungeeignet, präventiv, repressiv oder retributiv gegenüber den Anteilseignern zu wirken (zugespitzt: „Sippenhaft“). Sie sind daher verfassungswidrig.
5. Die Bestrafung der Falschen ermöglicht es den wahren Übeltätern, sich ins Fäustchen zu lachen, verbittert die grundlos Bestraften und untergräbt daher auf Dauer den Rechtsfrieden und das Vertrauen in die Rechtsordnung.

Wünsche an den Gesetzgeber

1. Verfassungsrecht bricht Koalitionsvertrag
2. Brüchigkeit des Konzepts erweist sich an Gesetzesfehlern: § 1 Nr. 3: „Straftat“ vorausgesetzt; Straftat ohne Täter? In welcher Person bestimmen sich dann Vorsatz und Fahrlässigkeit?
3. Politische Spielräume nutzen – Gesellschaftsrecht beachten
4. Konzept: Delegationsprinzip

Wünsche an den Gesetzgeber

- a) Juristische Personen müssen und können die Erfüllung der Legalitätspflicht im Rahmen der gesellschaftsrechtlichen Regeln an die Geschäftsleitung, delegieren.
- b) Voraussetzung: Sorgfalt bei der Auswahl. Dazu gehört Unbescholtenheit und Qualifikation der ernannten Organmitglieder für die Aufgabe, so dass diese, soweit ex ante erkennbar, Gewähr für angemessene Erfüllung der Legalitätspflicht bieten.
- c) Nach allgemeinen Grundsätzen dürfen die Anteilseiger bzw. das Aufsichtsorgan auf die Ordnungsmäßigkeit solcher Delegation vertrauen, solange keine Indizien darauf hindeuten, dass die Legalitätspflicht nicht angemessen erfüllt wird. Hierzu haben sich die Anteilseignerversammlung bzw. das Aufsichtsorgan regelmäßig Bericht erstatten zu lassen.
- d) Die Erfüllung der beschriebenen Delegationspflichten muss für die Anteilseignerversammlung abfrag- und prüfbar sein.

- e) Der juristischen Person als solcher (und damit der Sache nach den Anteilseignern) können bei Rechtsverstößen, die aus dem Unternehmen heraus begangen werden, nur dann Sanktionen auferlegt werden, wenn ihr nachgewiesen wird, dass die Anteilseignerversammlung ihre beschriebenen Delegationspflichten nicht ordnungsmäßig erfüllt hat.
- f) Dieser Nachweis ist abgeschnitten, wenn die Anteilseignerversammlung die Legalitätspflicht angemessen delegiert, deren angemessene Erfüllung abgefragt/geprüft und bei Hinweisen auf Rechtsverstöße auf die erstatteten Berichte im Rahmen ihrer gesetzlichen Möglichkeiten angemessen reagiert hat. Hierbei ist zu erwägen, bei Hinweisen auf Rechtsverstöße den Minderheitenschutz zu verstärken, z.B. durch Absenkung der Schwellen des § 142 AktG und Sonderprüfungen im Sinne eines Monitoring nach US-Vorbild.

5. Interessenkonflikte beachten: Angesichts der Eigeninteressen des Managements bei Rechtsverstößen und ihrer Aufarbeitung bzw. Verdunkelung (Principal Agent Konflikt) rechtfertigt es weder Sanktionsverschärfungen, noch die Verweigerung von Sanktionsmilderungen, wenn betroffenes Management das Unternehmen veranlasst, nicht in vollem Umfang mit Ermittlungsbehörden zu kooperieren.
6. Regressfragen regeln
7. Sanktionsrahmen reduzieren
7. Kein Bruttoprinzip / bei Gewinnabschöpfung Schadensersatz berücksichtigen / Gewinn, die abgeschöpft werden, müssen plausibel bestimmt werden
8. Hoheitsträger gleich behandeln

Vier Beispielsfälle

1. **Schienenkartell:** Bußgeld gegen ein beteiligtes Unternehmen von EUR 191 Mio. Der Mitarbeiter unterlief nach dem LAG die Vorbeugungsmaßnahmen des Unternehmens. Das LAG versagte den Regress gegen Mitarbeiter (nicht rechtskräftig).
2. **Unkorrekter Quartalsabschluß:** Mitarbeiter zeigt Bank bei SEC wegen Falschbilanzierung in Quartalsabschluß an. SEC verhängt Bußgeld von USD 54 Mio. und gewährt dem Mitarbeiter Whistleblower-Prämie. Der Mitarbeiter teilt mit, das Geld stehe den Aktionären zu.
3. **BGH-Lederspray (1990):** Strafrechtliche Produktverantwortung für gesundheitsschädliche Ledersprays ohne Rücksicht auf die „juristische Person“.
4. **Krebsmedikamente:** Landes-Gesundheitsamt und Landes-Gesundheitsministerium schreiten trotz Hinweisen nicht gegen den Vertrieb gestohlener, wirkungsloser Krebsmedikamente ein. Im Gesundheitsamt waren die „Apotheker-Stellen“ stark unterbesetzt.

Unsere Büros auf einen Blick

Hamburg

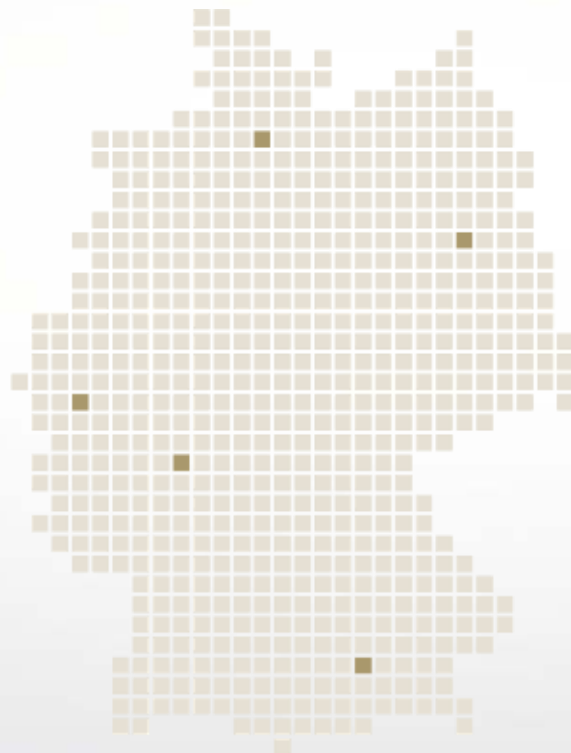
Dammtorstraße 12
20354 Hamburg
Tel. +49 40 500360-0
Fax +49 40 500360-99
hamburg@goerg.de

Köln

Kennedyplatz 2
50679 Köln
Tel. +49 221 33660-0
Fax +49 221 33660-80
koeln@goerg.de

Frankfurt am Main

Neue Mainzer Straße 69
60311 Frankfurt am Main
Tel.+49 69 170000-17
Fax +49 69 170000-27
frankfurt@goerg.de



Berlin

Kantstraße 164
10623 Berlin
Tel.+49 30 884503-0
Fax +49 30 882715-0
berlin@goerg.de

München

Prinzregentenstraße 22
80538 München
Tel. +49 89 3090667-0
Fax +49 89 3090667-90
muenchen@goerg.de

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!