

VCI/BCM-Stellungnahme
zum Regierungsentwurf eines
„Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft“

November 2020

1.	Kernforderungen.....	4
2.	Einführung	5
2.1.	Der Entwurf verfolgt einen falschen Regelungsansatz und verfehlt damit seine selbst gesetzten Ziele	6
2.2.	Der Entwurf führt zu mehr Rechtsunsicherheit und belastet damit gerade auch die rechtstreuen Unternehmen	7
2.3.	Fazit: Der Entwurf muss dringend an entscheidenden Stellen korrigiert werden	8
3.	Erläuterungen und Vorschläge für punktuelle Änderungen	8
3.1.	Verbandsverantwortlichkeit nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 VerSanG-E.....	8
3.1.1.	Verstoß gegen das Übermaß- und Gleichbehandlungsverbot.....	8
3.1.2.	Fehlende Legitimation für die Verbandssanktion / Verstoß gegen das Schuldprinzip.....	9
3.1.3.	Zivilrechtliches Einstehenmüssen begründet keine Tatherrschaft.....	9
3.1.4.	Verschärfung der Schieflage durch Einführung des Legalitätsprinzips und weiten Begriff der Leitungsperson	10
3.1.5.	Verschärfung der Schieflage durch die (mittelbare) Zurechnung von Gesinnungsunwert Dritter.....	11
3.1.6.	Einrichtung angemessener CMS muss tatbestandsausschließend sein ...	11
3.2.	Verbandsverantwortlichkeit nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E.....	12
3.2.1.	Sanktionsgrund muss ein <i>vorwerfbarer</i> Organisations- bzw. Aufsichtsmangel sein.....	12
3.2.2.	Begrenzung auf Organisationsfehler des gesetzlichen Vertreters.....	13
3.2.3.	Unternehmensfremde als Anknüpfungstäter	14
3.2.4.	Konzernverantwortlichkeit	14
3.2.5.	Gegen den Verband gerichtete Straftaten	15
3.2.6.	Exesstaten.....	16
3.2.7.	Gesetzliche Verankerung von Compliance-Kernelementen	16
3.3.	Ausfallhaftung der Konzernmutter	18
3.4.	Ausfallhaftung des Einzelrechtsnachfolgers	19
3.5.	Verteidigungsrechte und Lösung von Zielkonflikten bei verbandsinternen Untersuchungen	19
3.5.1.	Beschlagnahmeschutz von verbandsinternen Untersuchungsergebnissen und Auskunftsverweigerungsrechte	19

3.5.2. Aufklärungsbeitrag vs. Whistleblowerschutz	22
3.5.3. Aufklärungsbeitrag vs. Auskunftsverweigerungsrecht des Arbeitnehmers	23
3.5.4. Funktionale Trennung bei internen Untersuchungen.....	24
3.6. Sanktionsrahmen.....	25
3.7. Öffentliche Bekanntmachung der Verurteilung des Verbands	26
3.8. Sachkundige Stelle.....	26
3.9. Einführung einer sanktionsbefreienden Selbstanzeige	27
3.10. Ausschluss von Regressansprüchen.....	28
3.11. Geltung der Verfahrensregelungen und Beschuldigtenrechte auch für OWiG- Verfahren.....	29

1. Kernforderungen

- Entscheidender Anknüpfungspunkt für eine Unternehmenssanktion muss ein **vorwerfbarer Organisationsmangel** des Verbands sein.
- Aufsichtslücken dürfen nur dann zu einer Sanktionierung führen, wenn angemessene Vorkehrungen, die die Verbandstat **erkennbar** hätten verhindern können, **vorsätzlich oder leichtfertig** unterlassen wurden.
- Der **Kreis der Leitungspersonen** in § 3 I Nr. 1 und Nr. 2 VerSanG-E muss auf die **gesetzlichen Vertreter** eingegrenzt werden.
- Mindestanforderungen an „angemessene Vorkehrungen“ müssen als **Compliance-Kernelemente** in das Gesetz aufgenommen werden.
- Der drakonische **Sanktionsrahmen** ist auf ein angemessenes Maß zu reduzieren (mind. Entwicklung von „Bußgeldleitlinien“).
- Streichung der **öffentlichen Bekanntmachung** (das Informationsinteresse wird regelmäßig durch eine Medienberichterstattung erreicht).
- Einführung einer sanktionsbefreienden Selbstanzeige.
- Die **Ausfallhaftung** nach § 7 VerSanG-E ist jeweils an ein vorwerfbares Verhalten des haftenden Verbands zu knüpfen, durch das dieser die Vermögenslosigkeit des verantwortlichen Verbands maßgeblich mitveranlasst hat. Keine Ausfallhaftung des Einzelrechtsnachfolgers, wenn dieser eine äquivalente Gegenleistung erbracht hat, sowie Beschränkung der Geldsanktion auf den Wert des übernommenen Vermögens.
- **Auskunftsverweigerungsrechte** sind auch für ehemalige Organmitglieder und bestimmte Vertrauenspersonen vorzusehen.
- Es ist ein **Beschlagnahmeschutz** für Aufzeichnungen über verbandsinterne Untersuchungen einschließlich gesellschaftsrechtlich begründeter Untersuchungen vorzusehen. Unternehmen ist eine angemessene Frist zuzuerkennen, in der sie eine geschützte Entscheidung darüber treffen können, ob sie mit der Ermittlungsbehörde kooperieren wollen.
- Die Anforderungen für eine Strafmilderung aufgrund von **verbandsinternen Untersuchungen** sind zu hoch und zu unbestimmt und müssen daher modifiziert werden.
- Die „**funktionale Trennung**“ zwischen Untersuchungsführer und Verteidiger als Voraussetzung bei verbandsinternen Untersuchungen ist zu streichen.
- Die Interessenabwägung zwischen **Arbeitnehmer- und Arbeitgeberrechten** bei verbandsinternen Untersuchungen ist besser auszubalancieren.

2. Einführung

Die Regierungsfractionen der CDU/CSU und der SPD haben sich in ihrer Koalitionsvereinbarung zur 19. Legislaturperiode auf eine Neuregelung des Sanktionsrechts für Unternehmen verständigt. Danach soll das neue Sanktionsrecht sicherstellen, „dass bei Wirtschaftskriminalität grundsätzlich auch die von Fehlverhalten von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern profitierenden Unternehmen stärker sanktioniert werden“.¹

Seit dem 16. Juni 2020 liegt der Regierungsentwurf für ein „Gesetz zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft“ vor, mit dem nach Artikel 1 ein neues Stammgesetz zur Sanktionierung von verbandsbezogenen Straftaten (Verbandssanktionengesetz – VerSanG) eingeführt werden soll.

Das deutsche Unternehmenssanktionsrecht ist aus Sicht des VCI und BCM reformbedürftig. Wir begrüßen daher grundsätzlich die rechtspolitische Initiative, viele bislang nicht oder nicht hinreichend geklärte Rechtsfragen des Ordnungswidrigkeitenrechts neu zu regeln. Das gilt besonders für die im Entwurf vorgesehenen Verfahrens- und Beschuldigtenrechte von Unternehmen, die flexibleren Sanktionsmechanismen wie etwa die Verwarnung mit Verbandsgeldsanktionsvorbehalt oder die Verfahrenseinstellung gegen Auflagen sowie die grundsätzliche Anerkennung von Compliance und internen Untersuchungen.

Wenngleich der Entwurf insoweit gute Ansätze enthält, setzt er aus unserer Sicht doch die falschen Anreize. Der VCI und BCM haben bereits Ende 2018 Reformvorschläge für ein moderneres Unternehmenssanktionsrecht in die Diskussion eingebracht, die darauf abzielen, den mit dem Sanktionsrecht verfolgten Zweck primär auf eine Verbesserung der Unternehmenskultur und Compliance auszurichten.² Ferner haben VCI und BCM umfänglich zum Referentenentwurf vom 21. April 2020 Stellung genommen.

Unsere Überlegungen wie auch die zahlreiche und zum Teil elementare Kritik aus der Wissenschaft, der Anwalts- und Unternehmenspraxis³ bereits an dem inoffiziellen Vorentwurf aus August 2019 wurden jedoch weder in dem Referenten- noch in dem jetzigen Regierungsentwurf aufgegriffen. Vor dem Hintergrund, dass die Bundesregierung bereits am 16. Juni 2020, nur zwei Werktage nach Ablauf der Stellungnahmefrist des Bundesjustizministeriums zum Referentenentwurf, ihren Regierungsentwurf vorgelegt hat, überrascht es nicht, dass letzterer sich kaum von ersterem unterscheidet. Auch

¹ Koalitionsvertrag „Ein neuer Aufbruch für Europa – Eine neue Dynamik für Deutschland – Ein neuer Zusammenhalt für unser Land – Koalitionsvertrag zwischen CDU/CSU und SPD“ vom 07.02.2018, Rn. 5895 ff.

² VCI/BCM-Position für ein moderneres Unternehmenssanktionsrecht, *Haase/Brouwer*, CCZ 2018, 276.

³ Vgl. statt vieler *Brouwer*, AG 2019, 920; *Traub*, AG 2019, 813; *Strenger/Redenius-Hövermann/Reuter*, ZIP 2020, 1160; DAV-Stellungnahme Nr. 7/2020.

der Nationale Normenkontrollrat sieht diese kurze Zeitspanne kritisch.⁴ Die nachfolgenden näher dargelegten Einwände gegen den Entwurf wiegen dabei so schwer, dass wir den Gesetzesentwurf in der vorliegenden Fassung insgesamt ablehnen.

2.1. Der Entwurf verfolgt einen falschen Regelungsansatz und verfehlt damit seine selbst gesetzten Ziele

Schon der inoffizielle BMJV-Entwurf eines „Gesetzes zur Bekämpfung der Unternehmenskriminalität“ aus Mitte August 2019 verfolgte einen aus unserer Sicht verfehlten Regelungsansatz, indem er das reformbedürftige Zurechnungsmodell nach dem Ordnungswidrigkeitenrecht zur Grundlage auch für die Verbandsverantwortlichkeit nach dem VerSanG (§ 3 VerSanG-E) machte, es dabei aber durch die Einführung des Legalitätsprinzips und den vollständigen Verzicht auf ein vorwerfbares Organisations- bzw. Aufsichtsverschulden erheblich verschärfte.

Der vorliegende Regierungsentwurf hält an dem Zurechnungsmodell weiter fest. Das Zurechnungsmodell ist rechtsdogmatisch und rechtsstaatlich jedoch höchst problematisch, da mit diesem ein zivilrechtlicher Ansatz verfolgt wird,⁵ ohne dabei die zentrale Frage zu beantworten, worin das Unrecht des Verbands liegt, das es rechtfertigt, neben dem Individualtäter auch den Verband zu sanktionieren.⁶ Der neu gewählte Gesetzesname vermag daran nichts zu ändern. Die geänderte Gesetzesbezeichnung bringt im Gegenteil mehr noch als zuvor zutage, dass der Entwurf sein selbst gesetztes Ziel, die Integrität in der Wirtschaft zu fördern, gleich mehrfach verfehlt:

Zum einen ist er nicht geeignet, die Einführung und Umsetzung von robusten Compliance-Management-Systemen (CMS) als präventives Mittel zur Sicherstellung rechts-treuen Verhaltens in Unternehmen zu fördern, da es für die Sanktionierung des Verbands ausreicht, dass eine Leitungsperson die Verbandstat verwirklicht hat bzw. hätte verhindern oder wesentlich erschweren können. Zum anderen verfehlt der Entwurf sein Ziel auch dadurch, dass er das Unternehmensvermögen durch hohe Geldstrafen in den Fokus der Sanktionen stellt, während die Verantwortung des Individualtäters in den Hintergrund rückt.⁷ Insoweit ignoriert der Entwurf kriminologische Erkenntnisse, wonach hohe Unternehmensbußen keine verhaltenssteuernde Wirkung gegenüber den

⁴ Vgl. Bundesrats-Drucksache 440/20, Anlage 1, S. 5: „Dabei standen dem Rat nur wenige Stunden für seine Beschlussfassung zur Verfügung. Der NKR weist noch einmal nachdrücklich darauf hin, dass in so kurzer Frist eine valide Gesetzesfolgenabschätzung nicht möglich ist.“

⁵ Vgl. Begr.RegE. S. 51.

⁶ Vgl. *Rönnau*, NZWiSt-Editorial 10/2019; *Jahn/Schmitt-Leonardy*, Süddeutsche Zeitung vom 26.04.2020 („An keiner Stelle wird offengelegt, worin die genuine Verbandsverantwortung liegen soll“).

⁷ Vgl. Begr.RegE. S. 75: „Unerheblich ist, ob der konkrete Täter der Verbandstat feststeht, es reicht aus, dass die Begehung einer Verbandstat festgestellt werden kann.“

handelnden Mitarbeitern erzielen.⁸ Der politisch postulierte Schutz der rechtstreuen Unternehmen wird daher allenfalls unterschwellig durch einmalige hohe Geldstrafen zugunsten der Staatskasse erreicht.

2.2. Der Entwurf führt zu mehr Rechtsunsicherheit und belastet damit gerade auch die rechtstreuen Unternehmen

Der Entwurf führt aufgrund der unzureichenden Beschuldigtenrechte, der zahlreichen unbestimmten Rechtsbegriffe, des Legalitätsprinzips und des weiten Anwendungsbereichs zu einer erheblichen Mehrbelastung gerade auch für die rechtstreuen Unternehmen, die sich auf das neue Gesetz einstellen müssten.⁹

Auch die Kosten in einem Ermittlungsfall würden voraussichtlich erheblich steigen. Denn neben der Vorteilsabschöpfung drohen nicht nur existenzbedrohende Geldsanktionen, sondern auch erhebliche Untersuchungs- und (davon getrennte) Verteidigungskosten sowie gegebenenfalls weitere Kosten für den juristischen Beistand von Arbeitnehmern in einer Untersuchungssituation sowie die Beauftragung einer gerichtlich angewiesenen sachkundigen Stelle ("Monitor").

Entsprechend den Anregungen des Bundesrats sind die Verbandsverantwortlichkeit und die Sanktionen insbesondere auch für kleinere und mittlere Unternehmen (KMU) zu überprüfen (vgl. Bundesratsbeschluss vom 18.09.2020, BR Drucksache 440/20, Nr. 1). Aus unserer Sicht sollten entsprechend des *Münchener Entwurfs* Betriebe mit weniger als 50 Mitarbeitern und einem Umsatz/Bilanzsumme von bis zu 10 Millionen Euro vom Anwendungsbereich ausgenommen werden.¹⁰

⁸ Vgl. *Strenger/Redenius-Hövermann/Reuter*, ZIP 2020, 1160, 1162 f. mit Verweis auf das 72. Sondergutachten der Monopolkommission zur 9. GWB-Novelle.

⁹ Der Nationale Normenkontrollrat kritisiert in seiner Stellungnahme (BR-Drs. 440/20, Anlage 2) das Fehlen der Darstellung des Erfüllungsaufwands für Unternehmen, die bisher noch keine Compliancestrukturen und Untersuchungskapazitäten aufgebaut haben sowie die Darstellung von weiteren Kosten der Justiz.

¹⁰ Vgl. § 1 Abs. 2 Münchener Entwurf, abrufbar unter https://www.familienunternehmer.eu/fileadmin/familienunternehmer/positionen/unternehmernahe_politik/dateien/familienunternehmer_muenchner_entwurf_eines_verbandssanktionengesetzes.pdf

- 2.3. Fazit: Der Entwurf muss dringend an entscheidenden Stellen korrigiert werden

Bereits aus diesen Gründen (zu weiteren siehe nachfolgend) ist der Entwurf dringend korrekturbedürftig. Unter Beachtung des im April 2020 vom Koalitionsausschuss beschlossenen *Belastungsmoratoriums* sollte der Entwurf in seiner vorliegenden Form nicht weiterverfolgt, sondern zur erneuten grundsätzlichen Diskussion zurückgestellt werden, bis die Folgen der Corona-Krise nachhaltig überstanden sind.¹¹

Mit Blick auf das gleichwohl eingeleitete parlamentarische Verfahren sollten jedoch zumindest wesentliche Korrekturen am Entwurf geprüft werden, die im Folgenden erläutert werden.

3. Erläuterungen und Vorschläge für punktuelle Änderungen

- 3.1. Verbandsverantwortlichkeit nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 VerSanG-E

Anknüpfungspunkt für eine Sanktion gegen ein Unternehmen ist eine Verbandstat im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 3 VerSanG-E, also eine „Straftat, durch die Pflichten, die den Verband treffen, verletzt worden sind oder durch die der Verband bereichert worden ist oder werden sollte.“ Die Tat kann durch eine Leitungsperson (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 VerSanG-E) oder eine sonstige für den Verband tätige Person im Sinne von § 3 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E begangen werden.

3.1.1. Verstoß gegen das Übermaß- und Gleichbehandlungsverbot

Besonders bedenklich erweist sich aus unserer Sicht die erste Zurechnungsvariante des § 3 Abs. 1 Nr. 1 VerSanG-E. Diese entspricht § 30 OWiG und sieht eine *ungefilterte* Zurechnung von Verbandsstraftaten von Leitungspersonen gegenüber dem Unternehmen vor. Denn im Fall von Fehlverhalten von Leitungspersonen spielt ein Organisationsverschulden des Verbands für die Verbandsverantwortlichkeit keinerlei Rolle. Selbst wenn der Verband „nichts falsch gemacht“ hat, wird im Ergebnis ein Organisationsverschulden unwiderlegbar vermutet. Im Hinblick auf das Rechtsstaatsprinzip ist nicht nachvollziehbar, warum auf den Nachweis eines Fehlers in der Einstellung oder Überwachung verzichtet werden soll.¹² Denn d. h., ein Unternehmen mit einer nachweislich einwandfreien Compliance-Organisation ist ebenso sanktionsrechtlich verantwortlich wie ein Unternehmen ohne jegliche Compliance-Kultur. Dies ist mit dem

¹¹ Vgl. insoweit den Verbändebrief „Falsche Anreize zur falschen Zeit“, Juni 2020, abrufbar unter www.vci.de.

¹² Vgl. Rostalski (Universität Köln), Stellungnahme zum Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes, S. 4 f. („Auf diese Weise wird die Organisation in einem Verband per se als rechtlich unerlaubtes Verhalten und werden Verbände selbst als „Rechtsfeinde“ klassifiziert“).

rechtsstaatlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (Übermaßverbot, Art. 20 GG) schwerlich zu vereinbaren und tritt zudem mit dem Gleichheitsgebot (Art. 3 GG) in Konflikt, das es verbietet, unterschiedliche Sachverhalte gleich zu behandeln.

3.1.2. Fehlende Legitimation für die Verbandssanktion / Verstoß gegen das Schuldprinzip

Der Entwurf überträgt letztlich einen rein zivilrechtlichen Regelungsansatz in das Verbandssanktionsrecht, das sich jedoch an strafrechtlichen Grundsätzen zu messen hat. Das reine Zurechnungsmodell verträgt sich indes nicht mit dem Schuldprinzip. Denn eine straf- oder bußgeldrechtliche Unrechtsfolge muss nicht nur im gerechten Verhältnis zur Schwere der Tat stehen, sondern auch an ein vorwerfbares Verhalten des Sanktionsadressaten selbst anknüpfen.¹³ Eine Verbandssanktion kann somit immer nur Ultima Ratio für eigenes Fehlverhalten des Verbands sein. Neben die Individualität muss also ein „eigener“ Tatbeitrag des Verbands hinzutreten, der sinnvollerweise nur ein vorwerfbarer Organisationsmangel in Form nicht existenter oder unangemessener CMS oder einer unzureichenden Unternehmenskultur sein kann. Das gilt auch für die Begründung einer Strafbarkeit im Fall der Zurechnung fremden Verhaltens: Zurechnungsgrund ist auch in diesen Fällen nach geltendem Recht das eigene schuldhafte Handeln desjenigen, dem die Tat des anderen zugerechnet werden soll.¹⁴

3.1.3. Zivilrechtliches Einstehenmüssen begründet keine Tatherrschaft

Im Sanktionsrecht geht es nicht um den zivilrechtlichen Ausgleich erlittener (Vermögens-)Schäden, sondern um die Ahndung vorwerfbaren Verhaltens des Sanktionsadressaten. Umgekehrt würde auch niemand auf die Idee kommen, den zivilrechtlichen Schuldner ipso jure zum Mittäter zu erklären, wenn und weil er sich das Verschulden seines Erfüllungsgehilfen nach § 278 BGB zurechnen lassen muss. „Der Umstand,

¹³ Vgl. *Brettel/Thomas*, Compliance und Unternehmensverantwortlichkeit im Kartellrecht, 2016, S. 53. m.w.N.; *Mitsch*, Karlsruher Kommentar zum OWiG, 5. Aufl. 2018, Einleitung Rn. 124.

¹⁴ In diesem Lichte ist auch die EU-Richtlinie 2017/1371 über die strafrechtliche Bekämpfung von gegen die finanziellen Interessen der Union gerichteten Betrug (sog. PIF-Richtlinie) zu sehen, die im Rahmen ihres Anwendungs- und Kriminalitätsbereichs eine Zurechnung von Straftaten von Führungspersonen gegenüber der juristischen Person vorsieht, den Mitgliedstaaten bei der Ausgestaltung aber substanziellen Gestaltungsfreiraum belässt, einschließlich der materiell-rechtlichen Anforderungen an eine Verbandssanktion, vgl. *Dannecker/Dannecker*, NZWiSt 2016, 162, 164, 165, 168 f.

dass Verbände zuweilen von einer Individualität profitieren, legitimiert einen zivilrechtlichen Haftungszusammenhang und den Entzug des Vorteils, nicht aber Strafe. Nutznießerschaft begründet keine Tatherrschaft.“¹⁵

3.1.4. Verschärfung der Schieflage durch Einführung des Legalitätsprinzips und weiten Begriff der Leitungsperson

In § 30 OWiG wird das dort ebenfalls bestehende rechtsstaatliche Problem durch das geltende Opportunitätsprinzip geheilt oder jedenfalls deutlich entschärft. Denn die Verfolgungsbehörde kann bei ihrer Ermessensentscheidung, ob sie ein (stets belastendes) Verfahren auch gegen den Verband eröffnet, das Bestehen oder Nichtbestehen angemessener CMS berücksichtigen. Nach dem vorliegenden Entwurf soll aber künftig ausschließlich das Legalitätsprinzip gelten (§ 24 Abs. 1 VerSanG-E), so dass die zur Beachtung des Übermaßverbots notwendige Korrektur i. R. d. VerSanG-E insoweit nicht stattfinden kann.¹⁶

Verschärft wird diese rechtsdogmatische Schieflage dadurch, dass der Begriff der Leitungsperson sehr weit gefasst wird (vgl. die Auffangklausel des § 2 Abs. 1 Nr. 2 lit. e) VerSanG-E) und bspw. auch Rechnungsprüfer, mit Weisungsbefugnissen ausgestattete Umwelt- oder Datenschutzbeauftragte, Leiter einer Innenrevision und Compliance-Beauftragte miteinschließt (S. 75). Dabei ist bereits zweifelhaft, ob der weite Begriff der Leitungsperson mit dem Bestimmtheitsgebot des Art. 102 Abs. 2 GG vereinbar ist.¹⁷ So sollen nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 d) VerSanG-E etwa auch Prokuristen und Handlungsbevollmächtigte zu den Leitungspersonen zählen, soweit sie eine „leitende Stellung“ innehaben, wobei unklar ist, was genau damit gemeint ist. Richtigerweise sollte zumindest klargestellt werden, dass sich die leitende Stellung auf die Leitung des gesamten Unternehmens und Betriebs beziehen muss, also primär die erste und ggfls. zweite Unternehmensebene unterhalb des gesetzlichen Vertreters gemeint ist, wenn sie Verantwortung für das gesamte Unternehmen tragen (s. dazu auch unten 3.1.6 sowie 3.2.2).

¹⁵ *Jahn/Schmitt-Leonardy*, Süddeutsche Zeitung vom 26.04.2020.

¹⁶ Vgl. *Haase/Brouwer*, CCZ 2018, 276.

¹⁷ Vgl. *Dannecker/Dannecker*, NZWiSt 2016, 162, 174 („Auch bezüglich der tatsächlich handelnden Personen und Organe, deren Handeln als Handeln des Verbands identifiziert wird, muss der Gesetzgeber wesentliche Aussagen selbst treffen, um den Anforderungen des Gesetzlichkeitsprinzips Rechnung zu tragen“).

3.1.5. Verschärfung der Schiefelage durch die (mittelbare) Zurechnung von Gesinnungsunwert Dritter

Die rechtsdogmatische Fehlkonstruktion des reinen Zurechnungsmodells wird schließlich dadurch noch einmal vertieft, dass der Entwurf die Höhe des Sanktionsrahmens der Geldsanktion – wiederum völlig losgelöst von etwaigem Organisationsverschulden des Verbands selbst – an subjektive Tatbestandsmerkmale auf Seiten des Anknüpfungstäters knüpft. In der Folge muss sich der Verband neben der Pflichtverletzung auch noch die vorwerfbare Gesinnung (Vorsatz oder Fahrlässigkeit) des Anknüpfungstäters ggfls. sanktionsverschärfend zurechnen lassen (§ 9 Abs. 1 VerSanG-E). Auch das zeigt, dass das strenge Zurechnungsmodell gegen elementare Prinzipien des Sanktions- und Strafrechts verstößt.

3.1.6. Einrichtung angemessener CMS muss tatbestandsausschließend sein

Vorschlag: Um die richtigen Anreize zur Stärkung der Organisationsstrukturen und Compliance-Systeme zu schaffen, muss das Bestehen bzw. Nichtbestehen angemessener und leistungsabhängiger CMS tatbestandlich der entscheidende Anknüpfungspunkt für die Begründung der Verbandsverantwortlichkeit für Verbandstaten Einzelner sein bzw. muss ein angemessenes CMS zur Exkulpation des Verbands führen.

Da § 3 Abs. 1 Nr. 1 VerSanG-E dies nicht vorsieht, sollte er ersatzlos gestrichen werden. Stattdessen sollte allein auf § 3 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E (mit weiteren erforderlichen Modifikationen) abgestellt werden, der zumindest tatbestandlich eine (wenngleich allein objektive) Aufsichtslücke voraussetzt. Eine Sanktionslücke würde dadurch nicht entstehen. Denn zum einen sind Leitungspersonen auch taugliche Anknüpfungstäter i. S. d. § 3 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E. Zum anderen liegt es nahe, dass im Fall einer durch ein Leitungsorgan begangenen Verbandstat das Compliance-System, zu dem auch der sog. Tone-from-the-Top sowie die Legalitätspflicht zählen, nicht gelebt wurde, die erforderlichen Vorkehrungen insoweit also nicht „angemessen“ waren.

Hilfsweise sollten CMS dadurch anerkannt und gefördert werden, dass angemessene und gelebte CMS zur Verfahrenseinstellung führen. Dies könnte durch eine entsprechende Ergänzung des § 36 VerSanG-E und dessen Ausgestaltung als „Soll“-Vorschrift erfolgen. Dabei sollte auch die Erwartungshaltung des Gesetzgebers an ein CMS klar formuliert werden. Der Zertifizierung eines Compliance-Systems als effektiv durch eine international anerkannte Aufsichtsbehörde (z. B. US Monitorship) sollte – etwa binnen zwei Jahre vor Eröffnung eines Ermittlungsverfahrens gegen den Verband – eine starke Indizwirkung für das Bestehen eines angemessenen CMS zukommen.

Zudem ist *zumindest* der Kreis der Leitungspersonen in § 3 Abs. 1 Nr. 1 VerSanG-E auf die gesetzlichen Vertreter zu reduzieren, da diese die originären Repräsentanten des Unternehmens sind und deren Handeln auch in anderen Rechtsbereichen wie insbesondere dem Zivil- und Gesellschaftsrecht dem Unternehmen zugerechnet wird.

3.2. Verbandsverantwortlichkeit nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E

Im Vergleich zu § 3 Abs. 1 Nr. 1 VerSanG-E ist es sachgerechter, die Verbandsverantwortlichkeit allein an die Verletzung von Organisations- und Aufsichtspflichten zu knüpfen, also den Fokus auf die zweite Zurechnungsregel des § 3 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E zu legen. Diese ist § 130 OWiG nachgebildet, weist aber gegenüber dem OWiG bedenkliche Verschärfungen auf, die ebenfalls die rechtsstaatlichen Grenzen des Übermaßverbots deutlich überdehnen und daher zu modifizieren sind:

3.2.1. Sanktionsgrund muss ein *vorwerfbarer* Organisations- bzw. Aufsichtsmangel sein

Im Unterschied zu § 130 OWiG soll es nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E ausdrücklich nicht erforderlich sein, dass die Leitungsperson die Aufsichtsmaßnahme vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat (S. 79). Ausreichend soll vielmehr eine rein objektive Aufsichtslücke sein. Im Sanktionenrecht geht es jedoch gerade um die Ahndung vorwerfbaren, schuldhaften Handelns. Dann kann aber auch nur eine von den Leitungsorganen vorsätzlich oder leichtfertig begangene Organisationspflichtverletzung die Pönalisierung des Verbands legitimieren (vgl. auch Bundesratsbeschluss vom 18.09.2020, BR Drucksache 440/20, Nr. 4). Anderenfalls würde im Ergebnis eine rein objektive Gefährdungshaftung für unternehmensbezogene Straftaten Dritter geschaffen. Die Sanktionsschwelle erst bei Leichtfertigkeit (statt bei Fahrlässigkeit) anzusetzen, ist damit zu rechtfertigen, dass nach dem Entwurf jedwedes Unterlassen einer Aufsichtsmaßnahme zu einer Verbandssanktion führen kann, ohne dass es für den Rechtsanwender rechtsicher zu bestimmen ist, welche Maßnahmen – regelmäßig aus der Rückschau heraus betrachtet – angemessen gewesen wären. Eine Verbandssanktion sollte daher nur bei leichtfertigen, also für jeden erkennbaren Aufsichtslücken verhängt werden.

Dass § 3 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E nur bei Straftaten als Anknüpfungstat greift, während § 130 OWiG für sämtliche Zuwiderhandlungen (außerhalb des VerSanG) gilt, § 3 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E damit eine scheinbar höhere Eingriffsschwelle hat, überzeugt nicht und vermag den Verzicht auf das vorwerfbare Element nicht zu rechtfertigen. Denn zum einen bleibt der Anwendungsbereich auch des § 3 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E äußerst weit, da durch § 3 Abs. 1 Nr. 3 VerSanG-E sämtliche verbandsbezogenen Straftaten einbezogen sind, schwere und leichte Verbandstaten, Haupt- und Nebentaten, vom großen Korruptionsfall bis hin zum kleinsten Arbeitsunfall oder Verstoß gegen Hygienemaßnahmen. In allen strafrechtsrelevanten Fällen muss die Staatsanwaltschaft künftig aufgrund des Legalitätsprinzips ein Verfahren einleiten und grundsätzlich nach § 3 Abs. 1 VerSanG-E eine Sanktion gegen den Verband verhängen. Zum anderen wiegt der Unrechtsgehalt in den Fällen des § 3 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E im Vergleich zu bloßen OWiG-Taten doch gerade schwerer, da es um die Zurechnung strafbaren

Verhaltens geht und es somit erst recht auf Seiten des Verbands einer Filterfunktion in Form einer vorwerfbaren Aufsichtspflichtverletzung bedarf.

Zudem ist die zweite Variante des § 3 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E (wesentliches Erschweren) im strafrechtlichen Kontext nicht hinreichend bestimmt. Die Variante steht auch dem Ziel des Entwurfs entgegen, Verbände zum Ausbau ihrer Compliance-Systeme zu motivieren. Denn in der Rückschau lässt sich stets argumentieren, dass zusätzliche oder andere Compliance-Maßnahmen die Tatbegehung zumindest wesentlich erschwert hätten. Letztere Variante sollte daher gestrichen werden. Entscheidend muss vielmehr sein, dass der Verband eine Straftat nicht verhindert hat, obwohl er dessen Begehung erkannte oder diese für ihn erkennbar war.¹⁸ Die Erkennbarkeit muss Tatbestandsvoraussetzung sein. Dies ist erforderlich, um zum Ausdruck zu bringen, dass Exzesstaten keine tauglichen Anknüpfungstaten sind.

Vorschlag: Aufgrund der durch das Legalitätsprinzip zunehmenden Belastung für Verbände und der nicht anders gelagerten Ausgangslage wie bei § 130 OWiG muss auch im Fall des § 3 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E die Sanktionierung von einer vorwerfbaren (vorsätzlich oder leichtfertig begangenen) Aufsichtspflichtverletzung abhängig sein. Darüber hinaus ist die zweite Variante des § 3 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E (wesentliches Erschweren) als zu unbestimmt zu streichen. Schließlich muss die Möglichkeit, die Tatbegehung durch angemessene Vorkehrungen verhindern zu können, erkennbar gewesen sein.

3.2.2. Begrenzung auf Organisationsfehler des gesetzlichen Vertreters

Nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E wird eine Verbandssanktion verhängt, „wenn Leitungspersonen des Verbandes die Straftat ... hätten verhindern oder wesentlich erschweren können.“ Der Kreis der „Leitungspersonen“ ist jedoch denkbar weit und umfasst bspw. auch reine Kontrollfunktionen. Dabei wird jedoch verkannt, dass Entscheidungen des Unternehmens nicht durch Kontrollfunktionen getroffen werden. Pflichtverletzungen einzelner Kontrollpersonen sind nicht gleichbedeutend mit einem Kontrollversagen des Verbands selbst. Dies kann eine Funktion wie Revision oder Gesundheitsschutz betreffen, die möglicherweise komplexe Regelungssachverhalte im In- oder Ausland nicht richtig einschätzen und daher das verantwortliche Management nicht informiert haben. Dafür mag das Unternehmen wegen einer Aufsichts- und Organisationspflichtverletzung nach §§ 130, 30 OWiG verantwortlich gehalten werden. Fehler auf der Ebene von einzelnen Fachfunktionen sollten jedoch nicht zur Sanktionierung des Verbands als solchem führen, da dies nicht notwendigerweise einen Organisationsfehler des Verbands und damit verbundene Unternehmensentscheidungen umfasst.

¹⁸ Vgl. Stellungnahme der Strafverteidigervereinigungen zum Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft, S. 7 ff.

Für die Verbandsverantwortlichkeit sollte daher die Entscheidung der gesetzlichen Vertreter eines Verbands als Maßstab herangezogen werden. Die strafrechtliche Verantwortung des einzelnen Mitarbeiters besteht daneben fort.

Vorschlag: Der Kreis der für die angemessenen Vorkehrungen verantwortlichen Leitungspersonen i. S. d. § 3 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E sollte auf die gesetzlichen Vertreter des Verbands begrenzt werden.

Hilfsweise sollte mit „Leitungsperson“ die „zuständige“ Leitungsperson gemeint sein. Das sollte im Gesetz, zumindest aber in der Begründung noch deutlicher herausgestellt werden (S. 79). Denn irgendeine Person lässt sich im Zweifel immer finden, die noch besser hätte kontrollieren können. Auf irgendeine Leitungsperson kann es aber nicht ankommen. Anderenfalls würde man die in Unternehmen erforderliche Arbeitsteilung ignorieren.

3.2.3. Unternehmensfremde als Anknüpfungstäter

Der Gesetzestext umschreibt den tauglichen Anknüpfungstäter in Nr. 2 als „*jemand, der in Wahrnehmung der Angelegenheiten des Verbandes eine Verbandstat begangen hat*“. Dabei soll es sich nicht zwingend um einen Betriebsangehörigen handeln. Allerdings muss der Täter der Kontrolle durch Leitungspersonen des Verbands unterliegen (S. 78).

In der Regel hat der Verband gegenüber Dritten nur rein vertragliche Steuerungsmöglichkeiten, jedoch keine gesetzliche Möglichkeit, um präventive Vorkehrungen auch bei dem Unternehmensfremden umzusetzen. Für Unternehmen besteht daher derzeit erhebliche Rechtsunsicherheit, unter welchen Voraussetzungen sie auch für Unternehmensfremde sanktionsverantwortlich sein können.

Vorschlag: Die Verbandsverantwortlichkeit des Verbands für unternehmensexterne Dritte sollte entweder explizit ausgenommen oder es sollten zumindest die genauen Voraussetzungen und Verantwortungsmaßstäbe klargestellt werden, die zu einer Verbandsverantwortlichkeit für unternehmensexterne Dritte führen. Dafür ist eine Konkretisierung im Gesetzestext selbst erforderlich. Denn derzeit wird lediglich verlangt, dass eine Person „in Wahrnehmung der Angelegenheiten des Verbandes“ tätig wird. Unter diesen Wortlaut ließen sich ohne Weiteres auch externe Vertragspartner subsumieren.

3.2.4. Konzernverantwortlichkeit

Da in globalen Unternehmen nicht allein über die gesellschaftsrechtliche Ebene Tochtergesellschaften gesteuert werden, sondern auch über funktionale Managementlinien, sind Fallgestaltungen, die den inländischen Verband haften ließen, auch bei reinen

Auslandssachverhalten naheliegend. Hier könnte es dann, abhängig von der Gestaltung einer Matrix-Struktur und Weisungsbefugnissen gegenüber ausländischen Mitarbeitern im Ausland abhängen, ob auch der inländische Verband für deren Taten haftet.

Dabei ist vor allem unklar, ob bereits die Möglichkeit der Einflussnahme ausreicht oder ob erst ein qualifizierter Beitrag des (Mutter-)Verbands erforderlich ist.

Eine verschuldensunabhängige „Konzernhaftung“, wie sie zuletzt im Kartellbußgeldrecht eingeführt wurde (§ 81 Abs. 3 a GWB), ist nicht nur mit einem auf die Verbesserung der Unternehmens-Compliance ausgerichteten Unternehmenssanktionsrecht unvereinbar – auf einen Organisationsmangel kommt es bei der kartellrechtlichen Vorschrift nämlich gar nicht an. Sie verstößt auch gegen den Schuldgrundsatz bzw. das Übermaßverbot, da Anknüpfungspunkt für die Sanktion des Mutterunternehmens keine eigene (Aufsichts-)Pflichtverletzung, sondern allein dessen bestimmende Gesellschafter- oder Vertragsposition ist. Es ist dringend davon abzuraten, die rechtlich hoch umstrittenen und keineswegs trivialen Rechtspraktiken des europäischen Kartellrechts zu verallgemeinern und auf das gesamte Verbandssanktionsrecht zu übertragen.¹⁹

Vorschlag: Es sollte klargestellt werden, dass eine Sanktionierung des herrschenden Mutterunternehmens für Straftaten, die aus anderen Konzerngesellschaften heraus begangen werden, allenfalls dort erfolgen kann, wo das Mutterunternehmen mit Hilfe seiner Einflussnahmemöglichkeiten wie bspw. Weisungs- oder Zustimmungsrechten die Begehung des Rechtsverstoßes auf unteren Konzernebenen maßgeblich beherrscht hat.²⁰

3.2.5. Gegen den Verband gerichtete Straftaten

Als Verbandstat gilt grundsätzlich jede Straftat einer Einzelperson, unabhängig von dem geschützten Rechtsgut und unabhängig davon, ob neben dem Verband selbst weitere Geschädigte betroffen sind. Nach der Entwurfsbegründung soll es jedoch an einer Verbandstat fehlen, wenn sich die Straftat ausschließlich gegen den Verband richtet (S. 79).

Fälle, in denen einzig der Verband geschädigt wurde (z. B. Untreue oder Betrug zu Lasten des Unternehmens) würden damit u. E. als taugliche Anknüpfungstat richtigerweise ausscheiden.

Die Ausführungen in der Entwurfsbegründung beschränken sich allerdings in der o. g. Feststellung (S. 78 und 79) – und lassen den Rechtsanwender im Unklaren, wann genau eine Straftat „ausschließlich“ gegen den Verband gerichtet ist und welche Rechtsfolgen in Mischfällen eintreten sollen.

¹⁹ S. ebenso *Dannecker/Dannecker*, NZWiSt 2016, 162, 168.

²⁰ Vgl. insoweit die Grundsätze des OLG München vom 23.09.2014 – 3 Ws 599, 600/14 = BB-Online BBL2015-2004-1.

Vorschlag: Die relevanten Verbandstaten sollten auf solche Straftaten begrenzt werden, die aufgrund des Rechtsgüterschutzes typischerweise in einer engen Verbindung zur konkreten wirtschaftlichen Betätigung des Verbands stehen.

3.2.6. Exzesstaten

Nach der Entwurfsbegründung sind auch Exzesstaten keine tauglichen Anknüpfungstaten. Ein Exzess soll vorliegen, wenn „der Täter aus verbandsfremder Motivation handelt und fest zur Tat entschlossen ist, sodass auch eine weitreichende Compliance wirkungslos bleiben müsste“ (S. 79).

Der Gedanke ist richtig – er lässt aber viel Raum zur Interpretation. Dazu folgendes Beispiel: Der Inhaber-Geschäftsführer eines 30-Mann-Betriebs schwört seine Mannschaft darauf ein, sich an Recht und Gesetz zu halten. Jeder Betriebsleiter wird geschult und erhält für seinen Arbeitsbereich genaue Anweisungen ausgehändigt. Kontrollen finden statt, aber unregelmäßig. Es gilt der Vertrauensgrundsatz. Betriebsleiter A wird aus Bequemlichkeit nachlässig und verstößt wissentlich gegen interne Anweisungen und begeht eine unternehmensbezogene Umweltstraftat.

Bereits dieser einfach gelagerte Fall wirft zahlreiche Fragen auf: Liegt eine Exzesstat vor? Wer entscheidet, wie engmaschig Kontrollen stattfinden müssen? Verlangt wird ja nur, dass eine objektive Aufsichtslücke bestand. Gibt es eine Einschätzungsprärogative des Unternehmens? Wie groß ist die Gefahr von Rückschaufehlern?

Vorschlag: Um das sanktionsrechtliche Bestimmtheitsgebot zu wahren, sollte in der Entwurfsbegründung mit Hilfe anschaulicher Beispielfälle klargestellt werden, unter welchen Voraussetzungen eine Exzesstat vorliegt und in welchen Fällen nicht. Nur so können sich die Rechtsanwender zugleich ein näheres Bild davon machen, was von ihnen verlangt wird (s. dazu auch unter 3.2.7).

3.2.7. Gesetzliche Verankerung von Compliance-Kernelementen

Der Entwurf knüpft in zahlreichen Regelungen Rechtsfolgen daran an, ob „angemessene Vorkehrungen“ zur Vermeidung von Verbandstaten getroffen wurden oder nicht. Das gilt etwa für die Verbandsverantwortlichkeit nach § 3 Abs. 1 Nr. 2, die Sanktionsbemessung nach § 15 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 3 Nr. 6 („Vortat-Compliance“) und Nr. 7 („Nachtat-Compliance“), die Einführung von CMS als Faktoren für den Sanktionsvorbehalt, Auflagen und Weisungen (§§ 11 ff.) sowie das Absehen von der Verfolgung nach § 36 Abs. 1 VerSanG-E, wenn im Fall des § 3 I Nr. 2 VerSanG-E das Ausmaß des Unterlassens angemessener Vorkehrungen dem nicht entgegensteht.

Das Gesetz enthält jedoch keine Konkretisierung, worin diese angemessenen Vorkehrungen zumindest im Kern bestehen sollen. Lediglich in der Entwurfsbegründung gibt

es hierzu Erläuterungen, was aufgrund der zentralen Bedeutung der Begrifflichkeiten für das Sanktionsverfahren jedoch keinesfalls ausreichend ist.

Der Entwurf lässt somit den Rechtsanwender im Unklaren, was genau von ihm verlangt wird – und beschränkt sich damit auf eine Rückschau. Es droht die Gefahr, dass aus einem Rechtsverstoß automatisch auf einen Organisationsmangel geschlossen wird. Diese Unbestimmtheit und die damit verbundene Rechtsunsicherheit können – befeuert durch Berater und Zertifizierer – zu überzogenen und formalistischen Benchmarks und somit letztlich zu einer Compliance-Spirale vor allem zu Lasten des Mittelstands führen.

Für Unternehmen muss jedoch ersichtlich sein, welche Maßnahmen ausreichend im Sinne des Gesetzes sind. Soll das Unternehmen die Chance erhalten, sich gegen den Vorwurf strafrechtsrelevanter Organisationsverfehlungen zur Wehr zu setzen, sind gesetzliche Kernelemente angemessener Compliance-Maßnahmen erforderlich.

Bei Auslandssachverhalten kommt erschwerend hinzu, dass unklar ist, wonach die angemessenen Vorkehrungen, die eine Auslandstat hätten verhindern können, bemessen werden sollen – aus Sicht des deutschen Rechts oder des Auslandsrechts? Unklar ist ebenso, wie mit möglichen Konflikten zwischen den Anforderungen zwischen den Rechtsordnungen umgegangen werden soll. Wie ist damit umzugehen, wenn verbandsbezogene Pflichten durch das ausländische Recht nicht oder nicht in gleicher Weise vorgegeben sind?

Vorschlag: Die Kernelemente ordnungsgemäßer Compliance-Maßnahmen sollten allgemeingültig umschrieben und im Gesetz verankert werden, damit die Unternehmen auf dessen Grundlage die für ihr eigenes Unternehmensprofil angemessenen Maßnahmen bestimmen und treffen können.²¹ Dies schließt Fragen des Umgangs mit Auslandssachverhalten mit ein, die zumindest in der Gesetzesbegründung klar beantwortet werden sollten.

Hilfsweise sollten für die Verfolgungsbehörden (z. B. Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren – RiStBV) und Gerichte rechtsverbindliche (untergesetzliche) Leitlinien entwickelt werden, mit denen die gesetzlichen Compliance-Kriterien weiter konkretisiert und mit Beispielen für Unternehmen unterschiedlicher Größe, Struktur und Branche ergänzt werden. Vorbilder hierfür könnten der Leitfaden zur Bewertung

²¹ Ebenso Bundesverband der Unternehmensjuristen (BUJ), Gesetzesvorschlag für eine Änderung der §§ 30, 130 des Ordnungswidrigkeitengesetzes (OWiG), April 2014 sowie Stellungnahme des BUJ ... zum Gesetzesentwurf zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft, S. 4 ff., vgl. *Beulke/Moosmayer*, CCZ 2014, 146, 151 f.; vgl. auch *Wimmer*, KriPoZ 2020, 155, 159 (Normierung von Mindestanforderungen an Compliance-Systeme).

von Compliance Management Systemen des U.S. Department of Justice (DoJ)²² oder die „Guidance“²³ zum UK Bribery Act sein.

3.3. Ausfallhaftung der Konzernmutter

Der Verstoß gegen das rechtsstaatliche Übermaßverbot (s. o. 3.1.) setzt sich bei Konzernsachverhalten in Form der Ausfallhaftung nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 VerSanG-E fort. In Anlehnung an die kartellrechtliche Vorschrift des § 81a GWB soll ein Verband im Fall des Erlöschens oder der Vermögensverschiebung mit seinem Vermögen für die (abstrakte) Sanktionsbelastung des verantwortlichen Verbands eintreten müssen, wenn er mit diesem eine wirtschaftliche Einheit gebildet hat (vgl. S. 82 f.).

Die Ausfallhaftung tritt dabei völlig losgelöst davon ein, ob der Verband das Erlöschen bzw. die Vermögenslosigkeit des verantwortlichen Verbands veranlasst hat. Ausreichend ist die Ausübung bestimmenden Einflusses, wobei auch hierfür auf die kartellrechtlichen Grundsätze zurückgegriffen wird, so dass in Anlehnung an § 81 Abs. 3a GWB die Ausübung irgendeiner Konzernkoordinierungsfunktion zur Begründung der wirtschaftlichen Einheit ausreicht.²⁴ Auf ein vorwerfbares Verhalten etwa in Form einer Umgehungshandlung kommt es abermals nicht an. Gerechtfertigt wird die Ausfallhaftung mit der engen Bindung, „bei der die Tochtergesellschaft trotz eigener Rechtspersönlichkeit ihr Marktverhalten nicht autonom bestimmt, sondern im Wesentlichen Weisungen der Muttergesellschaft befolgt“ (S. 83). Bereits dieser Erklärungsansatz ist zu pauschal und verkennt die Unternehmenspraxis, in der es nicht nur zentral, sondern auch dezentral aufgestellte Konzerne gibt.²⁵

Die breitflächige Übertragung der stark umstrittenen europäischen und mit der 9. GWB-Novelle (gleichwohl) ins nationale Recht übernommenen kartellrechtlichen Konzernhaftung in ein allgemeines Verbandssanktionsrecht lehnen wir strikt ab. Sie verstößt gegen das gesellschaftsrechtliche Trennungsprinzip und hätte tiefgreifende, negative Folgen für das gesamte Gesellschafts- und Konzernrecht.²⁶ Darüber hinaus führt die Ausfallhaftung zu einer ungerechtfertigten Privilegierung des Staates gegenüber anderen Gläubigern.²⁷

Vorschlag: Die Ausfallhaftung nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 VerSanG-E sollte an ein vorwerfbares Verhalten des haftenden Verbands knüpfen, mit dem dieser das Erlöschen bzw.

²² Abrufbar unter: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/937501/download>.

²³ „Guidance about procedures which relevant commercial organisations can put into place to prevent persons associated with them from bribing“, abrufbar unter: <http://www.justice.gov.uk/>.

²⁴ Vgl. Begr.RegE. S. 82 i.V.m. BT-Drucks. 18/10207, S. 97 i.V.m. S. 89 f.

²⁵ Ebenso DAV-Stellungnahme Nr. 7/2020, S. 12 („weder zutreffend noch schlüssig“).

²⁶ Vgl. bereits *Haase/Brouwer*, CCZ 2018, 276, 278 f.

²⁷ So auch DAV-Stellungnahme Nr. 7/2020, S. 13.

die Vermögenslosigkeit des verantwortlichen Verbands maßgeblich mitveranlasst haben muss.

3.4. Ausfallhaftung des Einzelrechtsnachfolgers

Die gleiche Problematik wie bei der Konzernhaftung besteht – sogar verstärkt – im Fall der Ausfallhaftung des Einzelrechtsnachfolgers gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E. Es ist schlechterdings nicht einzusehen, warum allein an den Erwerb wesentlicher Wirtschaftsgüter eine gesetzliche Ausfallhaftung geknüpft wird.²⁸ Dies gilt umso mehr, wenn es sich bei dem Dritten um ein konzernfremdes Unternehmen handelt. Und gar nicht mehr nachvollziehbar ist die Ausfallhaftung, wenn der Einzelrechtsnachfolger für die übernommenen Wirtschaftsgüter einen angemessenen Marktpreis gezahlt hat.²⁹

Vorschlag: Eine Ausfallhaftung sollte dann ausscheiden, wenn der Einzelrechtsnachfolger für die Wirtschaftsgüter eine äquivalente Gegenleistung erbracht hat („äquivalente Gegenleistung“). **Im Übrigen** sollte die Ausfallhaftung entsprechend § 30 Abs. 2a OWiG auf den Wert des übernommenen Vermögens beschränkt sein (analog § 30 Abs. 2a OWiG; vgl. auch Bundesratsbeschluss vom 18.09.2020, BR Drucksache 440/20, Nr. 7).

3.5. Verteidigungsrechte und Lösung von Zielkonflikten bei verbandsinternen Untersuchungen

3.5.1. Beschlagnahmeschutz von verbandsinternen Untersuchungsergebnissen und Auskunftsverweigerungsrechte

§ 17 VerSanG-E regelt die vertyppte Strafmilderung der Verbandssanktion im Falle von internen Untersuchungen. Über § 27 VerSanG-E finden auf das Unternehmen auch die Regeln über das Beschlagnahmeverbot von Unterlagen Anwendung, die das Mandatsverhältnis zwischen Anwalt und Unternehmen betreffen (§§ 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO-E, 53

²⁸ Vgl. insoweit selbst die Bedenken des NRW-Gesetzesentwurfs, der hierzu ausführt (S. 50): „Aus Gründen der rechtsstaatlichen Ausgestaltung des Verbandsstrafrechts und im Lichte des Verhältnismäßigkeitsprinzips (Art. 20 Abs. 3 GG) können die Rechtsnachfolger einer juristischen Person oder Personenvereinigung, die keine eigene Verantwortung für die Zuwiderhandlung tragen, nicht ohne Weiteres für Versäumnisse des Rechtsvorgängers verantwortlich gemacht werden.“

²⁹ Nach der Entwurfsbegründung liegt eine Verschiebung von Vermögen etwa bei Vermögensübertragungen an Dritte vor, „die ohne äquivalente Gegenleistung erfolgen“ (S. 83). Insoweit ist unklar, ob ein Einzelrechtsnachfolger auch dann haftet, wenn er zwar eine äquivalente Gegenleistung erbracht hat, die Vermögensverschiebung durch den verantwortlichen Verband jedoch anderweitig erfolgt ist (z. B. auf einen anderen Dritten).

Abs. 1 Nr. 1 bis 3b StPO). Zeitlich greift das Beschlagnahmeverbot erst ab dem Zeitpunkt, ab dem dem Verband die Stellung eines Beschuldigten zukommt (S. 111). Unklar ist indes, ob das Beschlagnahmeverbot nur für solche Unterlagen gilt, die erst ab dieser formellen Beschuldigtenstellung *angefertigt* wurden und damit solche Unterlagen nicht geschützt wären, die zeitlich *vor* der Beschuldigtenstellung etwa im Rahmen verbandsinterner Untersuchungen *angefertigt* wurden. In diese Richtung liest sich die Entwurfsbegründung, wonach solche Unterlagen nicht vor einer Beschlagnahme geschützt sind, „die vor Vorliegen einer Beschuldigtenstellung“ *angefertigt* werden (S. 137). Dem Wortlaut des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO-E ist diese restriktive, gegenstandsbezogene zeitliche Zäsur indes nicht zu entnehmen.³⁰

Eine auf die Unterlagen bezogene Zeitschranke würde indes sichtbar in Konflikt mit dem vom Entwurf ebenfalls verfolgten Ziel treten, gesetzliche Anreize zur verbandsinternen Aufklärung von Verbandstaten zu setzen.³¹ Hinsichtlich interner Untersuchungen und der vertypen Strafmilderung nach § 17 VerSanG-E muss die *Freiwilligkeit* bezüglich der Frage der Kooperation deutlich gestärkt werden. Dem Unternehmen muss tatsächlich ein Entscheidungsspielraum zukommen, ob es sich verteidigen oder vollumfänglich kooperieren will. Dies ist im Entwurf nicht gewährleistet. Ist beispielsweise ein Syndikusanwalt oder ein externer Rechtsanwalt mit der Aufklärung eines Sachverhalts in einem frühen Stadium befasst, steht auch bei einer Verweigerung der Kooperation (*nemo tenetur*) zu befürchten, dass eine Beschlagnahme aller Unterlagen vorgenommen wird oder dass der Syndikus zu Lasten des Unternehmens aussagen muss. Das Unternehmen verliert die Möglichkeit der vertypen Milderung des § 17 VerSanG-E, wenn es die Herausgabe der Erkenntnisse verweigert. Zugleich besteht aber die Möglichkeit, dass die Ermittlungsbehörden auf alle Unterlagen per Beschlagnahme zugreifen. Bei international tätigen Unternehmen könnte dies bei Verbandstaten mit USA-Bezug zusätzlich zum Unterlaufen des dort geltenden „Legal Privilege“ führen – und somit Unternehmen mit Sitz in Deutschland gegenüber ausländischen Unternehmen schlechter stellen.

Die fehlende Beschlagnahmefreiheit von internen Untersuchungsergebnissen führt faktisch zum Verlust der Wahlfreiheit zwischen Kooperation und Verteidigung. Dies gilt umso mehr, als die Verwaltungsorgane aufgrund ihrer gesellschaftsrechtlichen Leitungs-, Überwachungs- und Legalitätspflichten grundsätzlich angehalten sind, mögliche Rechtsverstöße intern aufzuklären. Sie können sich also nur unter dem Risiko, sich persönlichen Haftungsansprüchen auszusetzen, gegen die Durchführung einer internen Untersuchung mit der Überlegung entscheiden, nicht die Verteidigungsposition des Unternehmens schwächen zu wollen. Das aber kann wiederum nicht im Sinne guter Corporate Governance sein. Durch die vertypen Strafmilderung und die gesell-

³⁰ Vgl. *Brouwer*, AG 2019, 920, 923 f.; *Traub*, AG 2019, 813, 817 f.; *Wimmer*, KriPoZ 2020, 155, 158.

³¹ Ausführlich dazu *Traub*, AG 2019, 813, 817 f.

schaftsrechtlichen Notwendigkeiten wird somit ein faktischer Druck zur Selbstbezeichnung erzeugt, der ohne den erforderlichen Beschlagnahmeschutz zu einer verfassungsrechtlich nicht haltbaren Schiefelage führt.

Vorschlag: Sollen betroffene Unternehmen nicht qua Gesetz in die Kooperation gezwungen werden – insbesondere Unternehmen, die in der Öffentlichkeit stehen, werden sich aus Reputationsgründe schwerlich einer Kooperation verweigern können –, muss eine dem Rechtsstaatsgebot entsprechende Waffengleichheit hergestellt werden. Untersuchungsunterlagen sind daher ab Beginn einer internen Untersuchung vor Beschlagnahme zu schützen. Dem Unternehmen ist, auch insbesondere in den Fällen, in denen die Verfolgungsbehörden während eigener Ermittlungen an den Verband herantreten, eine rechtsstaatlich gebotene, angemessene Entscheidungsfrist zu gewähren. Denn für die Grundsatzentscheidung, ob es kooperieren will, bedarf es eines geschützten Bereichs. Die Staatsanwaltschaft könnte ermächtigt werden, eine entsprechende Frist zu setzen. Diese Frist muss auch einen *angemessenen* Zeitraum für eine Sachverhaltsaufklärung beinhalten.³² Der Befürchtung, dass zwischenzeitlich Unterlagen beiseitegeschafft werden könnten, könnte mit einer Versiegelung der Unterlagen begegnet werden. Verweigert das Unternehmen letztendlich die Kooperation, verliert es die Möglichkeit der vertypen Strafmilderung. Dann darf es aber an einer effizienten Verteidigung nicht durch Beschlagnahme von Untersuchungsdokumenten oder durch Mitwirkungspflichten, die die Verteidigung unterlaufen, gehindert werden.

Erforderlich ist daher auch, das **Auskunftsverweigerungsrecht**, das derzeit nur dem engen Kreis der gesetzlichen Vertreter zusteht (§§ 28, 33 VerSanG-E), zumindest auf den Kreis der Leitungspersonen nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E einschließlich ehemaliger Organmitglieder und Leitungspersonen (z. B. in Folge des Compliance-Falls abberufene Organvertreter) sowie auf den konkreten Anknüpfungstäter, für dessen Verbandstat das Unternehmen verantwortlich gemacht werden soll, und besondere Vertrauenspersonen wie insbesondere Syndikusrechtsanwälte zu erweitern. Denn derselbe Kreis an Personen, dessen Verhalten sich das Unternehmen sanktionsbegründend zurechnen lassen muss, muss im Sinne eines Gleichlaufs auch befugt sein, Auskünfte zulasten des Verbands zu verweigern.

Um die erforderliche Entscheidungsfreiheit nicht erneut zu unterlaufen, muss sich der Beschlagnahmeschutz zudem auf solche internen Untersuchungsunterlagen erstrecken, die der Aufsichtsrat aufgrund seiner gesellschaftsrechtlichen Überwachungspflicht zur Prüfung und Durchsetzung möglicher zivilrechtlicher Ansprüche gegen den Vorstand bzw. die Geschäftsführung initiiert.³³

³² Nach der Entwurfsbegründung (S. 100) setzt eine unverzügliche Kooperation voraus, dass der Verband für den Fall des Herantretens durch die Behörden innerhalb „kurzer Frist“ über die Kooperation entscheidet. Im Gesetz oder in der Gesetzesbegründung sollte indessen eine angemessene Frist normiert werden, die auch eigene Sachverhaltsaufklärungen zur Schaffung einer Entscheidungsgrundlage ermöglicht.

³³ Vgl. *Brouwer*, AG 2019, 920, 924.

Schließlich werden Unternehmen bei der Frage, ob sie im Wege von internen Untersuchungen mit der Behörde kooperieren, abwägen müssen, ob die Möglichkeit einer etwaigen Strafmilderung die hieraus resultierenden Nachteile für das Unternehmen überwiegt. Insbesondere bei Untersuchungen mit internationalem Bezug könnte die vollumfängliche Kooperation mit bzw. die freiwillige Herausgabe an die Verfolgungsbehörden ggfls. zu einem Verlust des Legal Privilege in anderen Jurisdiktionen führen. Im Hinblick auf sich eventuell anschließende Zivilverfahren droht die Gefahr, dass verbandsinterne Untersuchungsergebnisse bei Bekanntwerden zum Ausgangspunkt für zivilrechtliche Schadensersatzforderungen werden. Ähnlich wie im Kartellrecht, dort in § 33g GWB geregelt, sollte daher eine Regelung erwogen werden, wonach freiwillig geleistete Beiträge zur Aufklärung (also insbesondere interne Untersuchungsergebnisse) und daraus resultierende weitere Ermittlungsergebnisse nicht an Dritte (z. B. über ein Akteneinsichtsrecht potenziell Geschädigter) herausgegeben werden dürfen. Die Verteidigungschancen im Zivilverfahren könnten sonst derart eingeschränkt werden, dass die Vorteile der Strafmilderung überwogen werden.

3.5.2. Aufklärungsbeitrag vs. Whistleblowerschutz

Für die sanktionsmildernde Wirkung ist Voraussetzung, dass die interne Untersuchung einen wesentlichen Beitrag zur Sachverhaltsaufklärung geleistet hat (§ 17 Abs. 1 Nr. 1 VerSanG-E).

Im Regierungsentwurf ist vorgesehen, dass der Verband einen wesentlichen Beitrag zur Aufklärung der Verbandstat *und* der Verbandsverantwortlichkeit leisten muss. Im Referentenentwurf war nur die Aufklärung der Verbandstat vorgesehen. Auch wenn die Verbandstat und die Verbandsverantwortlichkeit mutmaßlich als eine prozessuale Tat zu sehen sind, sehen wir diese Erweiterung kritisch. Der Verband muss nicht nur die Tat (eines Mitarbeiters) als solche aufklären, sondern zusätzlich auch noch darlegen, wieso die eigene Verantwortlichkeit etwa wegen einer Aufsichtspflichtverletzung von Leitungspersonen besteht. Dies würde regelmäßig bedeuten, dass neben der Sachverhaltsaufklärung auch noch aufgeklärt werden müsste, ob ggfls. Leitungspersonen angemessene Maßnahmen unterlassen haben. Mit dieser Erweiterung werden die Anforderungen an die vertypete Sanktionsmilderung sowohl inhaltlich als auch zeitlich deutlich verschärft. Die Erweiterung sollte daher wieder gestrichen werden.

Darüber hinaus tritt die Vorgabe, einen wesentlichen Aufklärungsbeitrag leisten zu müssen, im Konflikt mit der jüngst verabschiedeten EU-Whistleblower-Richtlinie (Abl. L 305 v. 26.11.2019, S. 1), die es Hinweisgebern gestattet, erlangte Informationen über Rechtsverstöße ohne persönliche Nachteile auch unmittelbar an eine zuständige Behörde melden zu können (Art. 10 RL). Einen Vorrang zur internen Meldung gegenüber dem Arbeitgeber wird es danach künftig nicht mehr geben, so dass auch bei Bestehen wirksamer Hinweisgebersysteme Unternehmen durch Whistleblowermeldungen vorbei am Management die vertypete Strafmilderung abgeschnitten werden könnte. Zusätzli-

che Brisanz erhält die damit entstehende Konfliktlage auch deswegen, weil als Hinweisgeber nicht nur Beschäftigte des Unternehmens, sondern auch Außenstehende wie bspw. Lieferanten gelten, die im Wettbewerb zum Unternehmen stehen können.³⁴

Vorschlag: Zur Auflösung dieses Zielkonflikts sollte klargestellt werden, dass Whistleblower-Meldungen an die Behörde oder Öffentlichkeit Unternehmen nicht den Weg zur Sanktionsmilderung abschneiden.

3.5.3. Aufklärungsbeitrag vs. Auskunftsverweigerungsrecht des Arbeitnehmers

Ein weiterer Zielkonflikt betrifft die umfangreichen Mitarbeiter-Belehrungspflichten vor Durchführung einer Mitarbeiterbefragung sowie deren normiertes Auskunftsverweigerungsrecht (§ 17 Abs. 1 Nr. 5 VerSanG-E). Da Mitarbeiterinterviews häufig den Kern einer internen Untersuchung ausmachen (vgl. S. 100), stellt sich die Frage, ob auch dann noch „uneingeschränkt“ mit der Verfolgungsbehörde kooperiert werden kann, wenn die Sachverhaltsaufklärung an der Mitwirkung der Mitarbeiter scheitert oder erheblich beeinträchtigt bzw. verzögert wird.

Sämtliche hierzu diskutierten Lösungsansätze zum Ausgleich zwischen den Arbeitnehmer- und Arbeitgeberinteressen haben sowohl Vor- als auch Nachteile, eine Ideallösung gibt es derzeit nicht. Insbesondere treffen die vom Entwurfsverfasser gegen die Verwendungs- bzw. Verwertungslösung (= Auskunftspflicht gegenüber dem Arbeitgeber verbunden mit dem Recht des Zeugen, der Verwertung seiner Aussage in einem Verfahren gegen sich selbst zu widersprechen bzw. die Verwertung von dessen vorherigen Zustimmung abhängig zu machen) angeführten Bedenken (u. a. könnte der Arbeitnehmer ggfls. in erpresserischer Absicht die Erreichung der Sanktionsmilderung des Unternehmens vereiteln)³⁵ in gleichem, wenn nicht gar stärkerem Maße auf die im Entwurf gewählte Auskunftsverweigerungslösung zu.³⁶ Die Verwendungs- bzw. Verwertungslösung hat indessen den zusätzlichen Vorteil, dass sie auch gesellschaftsrechtliche Aspekte in den Blick nimmt, die etwa für die Erstellung des Aufsichtsratsberichts an die Aktionäre, die Abschlussprüfung oder eine Sonderprüfung relevant sind.

Vorschlag: Anstelle der Auskunftsverweigerungslösung sollte die Verwendungs- bzw. Verwertungslösung etwa nach dem Vorschlag des Kölner Entwurfs³⁷ gewählt werden. **Darüber hinaus** sollte klargestellt werden, dass die Strafmilderung auch dann erhalten bleibt, wenn Mängel bei der Tataufklärung auf das Auskunftsverweigerungsrecht des Arbeitnehmers und nicht auf das Verhalten des Verbands zurückgehen.

³⁴ Vgl. *Brouwer*, AG 2019, 920, 923.

³⁵ Siehe Begr.RegE. S. 102 f.

³⁶ Eingehend DAV-Stellungnahme Nr. 7/2020, S. 21 ff. m.w.N.

³⁷ § 18 Abs. 3 Kölner Entwurf, *Henssler/Hoven/Kubiciel/Weigend*, NZWiSt 2018, 1, 4.

3.5.4. Funktionale Trennung bei internen Untersuchungen

Weitere Voraussetzung für die Inanspruchnahme der vertypten Strafmilderung des § 17 VerSanG-E ist eine „funktionale Trennung“ von Untersuchungsführer und Verteidiger. Die Milderung darf demnach nur erfolgen, wenn „der beauftragte Dritte ... nicht Verteidiger des Verbandes oder eines Beschuldigten, dessen Verbandstat dem Sanktionsverfahren zugrunde liegt“, ist. Als Grund für die Trennung wird die Vermeidung von potenziellen Konflikten und die Herstellung größerer Glaubwürdigkeit der Untersuchungsergebnisse genannt (vgl. S. 99).

Diese „funktionale Trennung“ von Untersuchungsführer und Verteidiger ist indes ein Misstrauensvotum gegenüber der Anwaltschaft.³⁸ Die Vermeidung von Interessenkonflikten ist bereits in § 43a Abs. 4 BRAO³⁹ und § 356 StGB⁴⁰ geregelt. Ein darüber hinaus gehender Regelungsbedarf im Rahmen des VerSanG besteht nicht. Schließlich würde ein Verteidiger, der zuvor die interne Untersuchung durchgeführt hat, für denselben Mandanten tätig werden, so dass kein Interessenkonflikt im klassischen Sinne vorliegen würde. Lediglich der Auftragschwerpunkt ändert sich. Der Auftrag, den der Untersuchungsführer zu erfüllen hat, besteht ja gerade in der objektiven Aufklärung. Insofern stünde die Personalunion von Untersuchungsführer und Verteidiger einer Selbstreinigung des Unternehmens und einer gewissenhaften Erfüllung der Aufgaben als Untersuchungsführer (und als späterer Verteidiger) nicht entgegen. Einen entsprechenden Vertrauensvorschuss gegenüber dem Rechtsanwalt als „Organ der Rechtspflege“ sollte der Gesetzgeber bereit sein zu gewähren. Im Übrigen würde eine voreingenommene Untersuchung ggf. auch die Gewährung der vertypten Strafmilderung gefährden, denn in der gerichtlichen Entscheidung hierüber ist gemäß § 17 Abs. 3 VerSanG-E auch der Umfang der offenbaren Tatsachen und deren Bedeutung für die Aufklärung der Tat zu berücksichtigen.

Darüber hinaus würde die Trennungsvoraussetzung bedeuten, dass das betroffene Unternehmen zwei Berater beauftragen müsste, einen für die interne Untersuchung und einen für die Verteidigung. Auch vor dem Hintergrund, dass schon allein eine interne Untersuchung erhebliche Kosten verursachen kann, erscheint das Misstrauen in die Beauftragten überzogen. Entscheidet sich das Unternehmen dafür, keine Trennung vorzunehmen, verliert es unmittelbar die Möglichkeit, die vertypte Strafmilderung in Anspruch zu nehmen. Nimmt es hingegen eine Trennung vor, begründet dies umfängliche Zugriffsmöglichkeiten der Ermittlungsbehörden auf die Untersuchungsergebnisse. Diese Konstruktion ist mit dem Rechtsstaatsprinzip nur schwer zu vereinbaren (vgl. oben 3.5.1).

³⁸ Vgl. auch DAV-Stellungnahme Nr. 7/2020, S. 19 ff.

³⁹ „Der Rechtsanwalt darf keine widerstreitenden Interessen vertreten.“

⁴⁰ „Ein Anwalt ..., welcher bei den ihm in dieser Eigenschaft anvertrauten Angelegenheiten in derselben Rechtssache beiden Parteien ... pflichtwidrig dient, wird mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.“ (Parteiverrat)

3.6. Sanktionsrahmen

Die Höhe der vorgesehenen Geldsanktion ist deutlich überzogen. Die vorgeschlagene Verbandsgeldsanktion soll bei Vorsatztaten bei einem Jahresumsatz von mehr als 100 Millionen Euro bis zu 10 Prozent des (konzernweiten) Jahresumsatzes betragen können. Dies ist in zweierlei Hinsicht zu hoch gegriffen. Zum einen trifft das Abstellen auf den Umsatz Unternehmen mit geringer Marge im Verhältnis härter als Unternehmen mit hoher Marge. Insbesondere für Unternehmen mit einer Marge im unteren einstelligen Bereich kann eine derart hohe Sanktion existenzbedrohend sein und zur faktischen Verbandsauflösung auf kaltem Wege führen.

Zum anderen ist nicht ersichtlich, warum bei einem Fehlverhalten einer einzelnen juristischen Person der Umsatz des gesamten Konzerns als Maßstab für die Sanktionshöhe herangezogen werden soll. Zugunsten der Einheit der Rechtsordnung sollte das neue Unternehmenssanktionsrecht das gesellschaftsrechtliche Trennungsprinzip auch bei der Bemessung der Geldsanktion beachten und sich bei der festzulegenden Sanktionshöhe allein am Umsatz der verantwortlichen juristischen Person orientieren. Andernfalls würde mittelbar über die Berechnung der Sanktionshöhe der gesamte Konzern in die Pflicht genommen.

Zwar sieht der Entwurf in § 15 VerSanG-E weitere Faktoren für die Sanktionsbemessung vor. Es fehlt jedoch an klaren Kriterien, wie diese zu gewichten und anzuwenden sind, so dass die Sanktionshöhe letztlich im weiten Ermessen der Gerichte liegen wird. In der Folge drohen langwierige, kosten- und ressourcenintensive Gerichtsverfahren, die eine rechtsstaatlich bedenkliche Deal-Kultur zu Lasten der Unternehmen fördern würde.

Insgesamt sollte die Sanktion ein ausbalanciertes Verhältnis zwischen abschreckender und einer auf Besserung der Unternehmensorganisation abzielenden Wirkung haben. Unternehmensgelder sollten in erster Linie in den Ausbau der Compliance-Systeme fließen. Ferner weist der Sanktionsrahmen keinerlei Differenzierungen zwischen schweren und leichten Verbandsstraftaten oder Haupt- und Nebenstraftaten auf und geht damit weit über das hinaus, was andere Rechtsordnungen im europäischen Vergleich vorsehen.

Vorschlag: Entsprechend den Vorbildern anderer europäischer Rechtsordnungen (vgl. Frankreich, Niederlande, Österreich oder Spanien) sollte sich der Sanktionsrahmen für den Verband stärker an dem Rahmen orientieren, der der Anknüpfungstat zugrunde liegt, was zu deutlich geringeren Sanktionen führt, aber dem (hier abgelehnten) Zurechnungsmodell gerechter wird. **Hilfsweise** sollte der erhebliche Sanktionsrahmen von bis zu 10 Prozent des Jahresumsatzes auf besonders schwere Fälle i. S. d. § 3 Abs. 2 VerSanG-E beschränkt werden.⁴¹ **Darüber hinaus** sollten bis zum Inkrafttreten des Gesetzes Leitlinien für die Bemessung der Geldsanktion entwickelt werden, um

⁴¹ vgl. *Kubiciel*, jurisPR-StrafR 21/2019 Anm. 1.

das Sanktionsmaß ähnlich der Sentencing Guidelines in den USA oder UK für die Rechtsanwender vorhersehbarer zu machen.

3.7. Öffentliche Bekanntmachung der Verurteilung des Verbands

Die in § 14 VerSanG-E vorgesehene öffentliche Bekanntmachung einer Unternehmensverurteilung ist aus spezialpräventiver Sicht kontraproduktiv. Maßnahmen, mit denen Unternehmen an den Pranger gestellt werden, sind keine sinnvollen Besserungsmaßnahmen, sondern schädigen Unternehmen nur zu Lasten aller Beteiligten einschließlich der Mitarbeiter, Anteilseigner, Gläubiger, Vertragspartner, Gemeinden usw. Diese Wirkung ist aber stets und zwangsläufig mit einer Bekanntmachung der Verurteilung verbunden, mag auch die Entwurfsbegründung nicht die Prangerfunktion, sondern die Informationsvermittlung in den Vordergrund stellen (S. 90).

Die Regelung ist auch nach ihrem Zweck entbehrlich, weil das mit ihr verfolgte Informationsinteresse gerade bei den im Fokus der Norm stehenden größeren Wirtschaftsstrafverfahren regelmäßig durch die Medienberichterstattung erreicht wird. In anderen (weniger publikumswirksamen) Fällen genügen dagegen die bestehenden Mittel, um das Informationsbedürfnis möglicher Geschädigter zu befriedigen, wie insbesondere die Pflicht der Gerichte, veröffentlichungswürdige Entscheidungen zu publizieren⁴², oder das Recht auf Akteneinsicht (§§ 475 StPO, 24 Abs. 1 VerSanG-E).⁴³

Besonders kritisch ist dabei die Möglichkeit der Veröffentlichung im Internet zu sehen, da diese – einmal ins Netz gestellt – kaum mehr vollständig entfernt werden kann.

Aufgrund dieser Einwände wie auch des unbestimmten Tatbestandsmerkmals der „großen Zahl von Geschädigten“ ist damit zu rechnen, dass die Anwendung des § 14 VerSanG-E zu einer erheblichen Verzögerung der Sanktionsverfahren führen wird⁴⁴ und damit einer zügigen Wiederherstellung des Rechtsfriedens entgegensteht.

Vorschlag: Das Instrument der öffentlichen Bekanntmachung nach § 14 VerSanG-E sollte ersatzlos gestrichen werden (s. auch Bundesratsbeschluss vom 18.09.2020, BR Drucksache 440/20, Nr. 8).

3.8. Sachkundige Stelle

Die Sanktion wird zukünftig häufig eine zu leistende Geldzahlung sein, die ganz oder teilweise „zur Bewährung“ unter Auflagen und Weisungen ausgesetzt werden kann. Es kann sich bei diesen Auflagen um die Wiedergutmachung des verursachten Schadens oder eine (subsidiäre) Zahlung an die Staatskasse handeln (§ 12 VerSanG-E). Als

⁴² Vgl. OLG München, Verfügung vom 24.08.2020 – 6 St 1/19.

⁴³ *Wimmer*, KriPoZ 2020, 155, 157.

⁴⁴ Vgl. *Wimmer*, KriPoZ 2020, 155, 157.

Weisungsinhalt kommt insbesondere die Durchführung von (weiteren) Compliance-Vorkehrungen in Betracht (§ 13 Abs. 2 VerSanG-E).

Diese Vorkehrungen sind „durch Bescheinigung einer sachkundigen Stelle nachzuweisen“ („Monitor“, vgl. S. 89 f). Es fehlen allerdings Kriterien, wann die Voraussetzungen für die Ausstellung einer entsprechenden Bescheinigung vorliegen. Entsprechende klare Kriterien müssen jedoch in das Gesetz aufgenommen werden, denn ansonsten ist der Verband der (privaten) sachkundigen Stelle im Hinblick auf die Entscheidung, ob sie eine Bescheinigung ausstellt, „ausgeliefert“. Soweit ersichtlich ist allerdings nicht belastbar empirisch untersucht, ob der erhebliche Aufwand und der tiefgreifende Eingriff in das Unternehmen überhaupt die gewünschten Besserungseffekte hat.⁴⁵ In jedem Fall müssen Weisungen als staatliche Eingriffe verhältnismäßig sein und die Organisationshoheit der Unternehmen berücksichtigen. Das setzt u. a. voraus, dass es sich jeweils um sehr konkrete und bestimmte Weisungen handelt (unzulässig wäre bspw. die allgemein gehaltene Weisung, „das CMS zu verbessern“).

Vorschlag: Aufgrund des tiefen Eingriffs in die Organisationshoheit des Unternehmens muss dem Unternehmen eine Wahl eingeräumt werden, ob es sich Weisungen und somit einem Monitor unterwirft oder ob es eine schärfere Sanktion hinnehmen möchte.⁴⁶

Darüber hinaus bedarf es aus rechtsstaatlichen Gründen einer (behördlichen und/oder gerichtlichen) Beschwerdeinstanz, die in Streitfällen Monitorentscheidungen einer Prüfung unterzieht.

3.9. Einführung einer sanktionsbefreienden Selbstanzeige

Durch die Möglichkeit einer sanktionsbefreienden Selbstanzeige würden Anreize zur Besserung und Selbstreinigung gesetzt. Die sanktionsbefreiende Selbstanzeige, wie sie beispielsweise das Steuerrecht, aber auch das Parteiengesetz vorsehen, ist ein effektives und erprobtes Instrument zur Bekämpfung von Wirtschaftskriminalität bzw. Fehlverhalten. Sie sollte daher als „goldene Brücke“ in die Sanktionsfreiheit für das gesamte Unternehmenssanktionsrecht eingeführt werden. Hierzu sollten die jeweiligen Voraussetzungen festgelegt werden, bei deren Vorliegen Unternehmen mit einer gänzlichen Sanktionsfreiheit (oder zumindest mit einer deutlichen Strafmilderung) rechnen können.

Die Selbstanzeige sollte auch den gegenwärtigen und ehemaligen Organmitgliedern und Unternehmensangestellten offenstehen. Die Möglichkeit, sich der Selbstanzeige sanktionsbefreiend anschließen zu können, ist eine starke Motivation, um an der internen Aufarbeitung von Fehlverhalten im Unternehmen mitzuwirken. Auch vor dem Hintergrund, dass die Behörden im Idealfall keinerlei Ermittlungen führen müssten, wäre

⁴⁵ Vgl. *Baums*, ILF Working Paper 161, S. 23 f., 38.

⁴⁶ Vgl. *Baums*, ILF Working Paper 161, S. 23.

eine strafbefreiende Selbstanzeige unter strengen Voraussetzungen ein adäquater Lösungsansatz für alle Beteiligten.

Eine sanktionsbefreiende Selbstanzeige könnte – entsprechend der Selbstanzeige nach § 23b Abs. 2 PartG – folgenden Voraussetzungen unterworfen werden:

- Umfassende Offenlegung des sanktionsbewehrten Sachverhalts
- Wiedergutmachung des Schadens durch das Unternehmen
- Optimierung der Compliance-Maßnahmen, sofern erforderlich
- Frühzeitige Selbstanzeige (zeitlich vor der Kooperation nach § 17 VerSanG-E, also bevor die Behörden an das Unternehmen herantreten bzw. Anhaltspunkte für eine Verbandsverantwortlichkeit in einem amtlichen Verfahren entdeckt waren)

Ausweislich der Begründung (S. 100) begründet § 17 VerSanG-E weder eine Anzeigepflicht noch eine Pflicht zur sofortigen Mitteilung von Untersuchungsergebnissen. Treten jedoch die Ermittlungsbehörden an den Verband heran, muss das Unternehmen unverzüglich kooperieren, um die Option auf die vertyppte Strafmilderung aufrechtzuerhalten (S. 100). Die (neu zu schaffende) sanktionsbefreiende Selbstanzeige müsste demnach erfolgen, bevor die Behörden an das Unternehmen im Rahmen der Ermittlungen herantreten.

3.10. Ausschluss von Regressansprüchen

Der Entwurf enthält keinerlei Regelungen oder Aussagen über die Regressfähigkeit von Geldsanktionsschäden. Die Frage ist aktuell umstritten, wird sich aber zwangsläufig stellen. Die Neuausrichtung des Unternehmenssanktionsrechts sollte daher genutzt werden, um klarzustellen, dass die gegen ein Unternehmen gerichtete Sanktion (Geldsanktion und sonstige Sanktionen) nicht über den Regressweg an die Organmitglieder oder Unternehmensmitarbeiter weitergereicht werden kann. Denn ein Regressanspruch widerspricht dem Sinn und Zweck der Unternehmenssanktion, mit der bestimmte general- und spezialpräventive Ziele zur Besserung gerade des Unternehmens als Sanktionsadressaten verfolgt werden. Dies gilt zumindest für die Fälle eines fahrlässigen Verhaltens des Organs. Die Sanktionswirkungen würden verfehlt, wenn sich das Unternehmen auf zivilrechtlicher Ebene weitgehend oder teilweise schadlos stellen könnte. Das gilt gleichermaßen für die Abschöpfung. So würde auch der Abschöpfungszweck, die rechtswidrige Bereicherung des Sanktionsadressaten auszugleichen, konterkariert, wenn dem Unternehmen die Möglichkeit eröffnet würde, rechtswidrige Vorteile auf dem Regressweg wieder zurückzuführen. Weitergehende Schäden wie z. B. entstandene Aufklärungskosten, Schadensersatzkosten usw. sollten dagegen unbeschränkt regressfähig bleiben.⁴⁷

⁴⁷ Siehe bereits *Haase/Brouwer*, CCZ 2018, 276, 281.

3.11. Geltung der Verfahrensregelungen und Beschuldigtenrechte auch für OWiG-Verfahren

Die neuen Verfahrensregelungen und Beschuldigtenrechte für Unternehmen sind auf den Anwendungsbereich des VerSanG beschränkt. In der Folge bleiben bei Verfahren nach dem Ordnungswidrigkeitengesetz weiterhin vielzählige Fragen offen, die jetzt für das VerSanG gelöst werden.

Vorschlag: Die Verfahrensregelungen und Beschuldigtenrechte sollten – in den hier vorgeschlagenen Modifikationen – auch bei Verfahren nach dem Ordnungswidrigkeitengesetz Anwendung finden.

Ansprechpartner VCI: Dr. Tobias Brouwer, Bereichsleiter Recht und Steuern
Telefon: +49 (0)69 2556-1435
E-Mail: brouwer@vci.de

Internet: www.vci.de Twitter: <http://twitter.com/chemieverband> Facebook: <http://facebook.com/chemieverbandVCI>

Verband der Chemischen Industrie e.V.
Mainzer Landstraße 55, 60329 Frankfurt

- Registernummer des EU-Transparenzregisters: 15423437054-40
- Der VCI ist in der „öffentlichen Liste über die Registrierung von Verbänden und deren Vertretern“ des Deutschen Bundestags registriert.

Der VCI vertritt die wirtschaftspolitischen Interessen von rund 1.700 deutschen Chemieunternehmen und deutschen Tochterunternehmen ausländischer Konzerne gegenüber Politik, Behörden, anderen Bereichen der Wirtschaft, der Wissenschaft und den Medien. Der VCI steht für mehr als 90 Prozent der deutschen Chemie. Die Branche setzte 2019 über 193 Milliarden Euro um und beschäftigte rund 464.800 Mitarbeiter.

Ansprechpartner BCM: Dr. Gisa Ortwein, Präsidentin des BCM
Telefon +49 (0)30 84 85 92 26
E-Mail: bcm_geschaefsstelle@bvdcmm.de

Internet: www.bvdcmm.de

Berufsverband der Compliance Manager e.V.
Oberwallstraße 24, 10117 Berlin

- Der BCM ist in der „öffentlichen Liste über die Registrierung von Verbänden und deren Vertretern“ des Deutschen Bundestags registriert.

Mit knapp 1.000 Mitgliedern ist der BCM die führende berufsständische Vereinigung für Compliance Manager im deutschsprachigen Raum. Mitglieder sind ausschließlich Inhouse Compliance-Verantwortliche aus Unternehmen, Verbänden und sonstigen Organisationen. Zu den Verbandszielen gehören die Schärfung und Professionalisierung des Berufsbilds des Compliance Managers in der Öffentlichkeit, den Unternehmen und Institutionen.