

Mehr Augenmaß im Unternehmenssanktionsrecht

Unbestimmte Rechtsbegriffe klären, Sanktionshöhe senken und interne Untersuchungen erleichtern

1 Einleitung

Das Gesetz zur Stärkung der Integrität der Wirtschaft sieht in Artikel 1 die Einführung eines Gesetzes zur Sanktionierung von verbandsbezogenen Straftaten (Verbandssanktionengesetz - VerSanG) vor. Das wird einschneidende Konsequenzen für deutsche Unternehmen haben – auch für die rechtstreuen Unternehmen. Umso irritierter waren wir, dass der Regierungsentwurf bereits vier Tage nach Ende der Konsultationsfrist zum Referentenentwurf und ohne materielle Anpassungen vorgelegt wurde. Wir halten Anpassungen aber weiterhin für dringend notwendig, weswegen wir unsere Positionen, wie wir sie bereits in unserem Positionspapier vom 12. Juni 2020¹ ausführlich dargelegt haben, bekräftigen.

Ergänzen möchten wir unsere Kritik zum Vorgehen des Gesetzgebers und zum Inhalt des Gesetzesentwurfes mit einem Hinweis auf die Stellungnahme des Normenkontrollrates (Anlage 1 zur BR Drs. 440/20 vom 7. August 2020). Der Normenkontrollrat erhebt zum einen Einwendungen gegen die Darstellung der Gesetzesfolgen in dem Gesetzesentwurf. So vermittele der Referententwurf des (BMJV) kein realitätsnahes Bild der Kostenfolgen für Unternehmen und den Aufbau der Justiz. Es fehle die Darstellung des Erfüllungsaufwands für Unternehmen, die bisher noch keine Compliancestrukturen und Untersuchungskapazitäten aufgebaut haben sowie der weiteren Kosten der Justiz für den Aufbau zusätzlicher Verfahrenskapazitäten. Dieser inhaltlichen Kritik können wir uns nur anschließen und verweisen auf Seite 13 unserer Stellungnahme. Zwar weist die Bundesregierung in ihrer Stellungnahme darauf hin, dass auf eine dann erfolgte Anfrage keine bezifferte Stellungnahme der Verbände der Wirtschaft zu den Kosten eingegangen sei (Anlage 2 zur BR Drs. 440/20 vom 7. August 2020). Hier ist aber anzumerken, dass große Unternehmen naturgemäß über komplexere Compliance Strukturen verfügen als KMUs. So ist eine pauschale Bezifferung der Kosten für den Aufbau oder die Erweiterung von Compliance Strukturen in dieser Einfachheit kaum möglich, da die Unternehmen gerade hinsichtlich ihrer Größe, ihrer Struktur und ihres Geschäftsmodells ganz unterschiedliche Strukturen einführen oder ausbauen müssen. Im Umkehrschluss kann aber nicht einfach über die fehlende Kostenfrage hinweggegangen werden. Stattdessen ist eine intensivere Untersuchung dieser Frage erforderlich.

Auffallend ist zudem der Hinweis des Normenkontrollrates, dass ihm nur wenige Stunden für seine Beschlussfassung zur Verfügung standen. Er weist nachdrücklich

¹ Siehe Stellungnahme des Deutschen Aktieninstituts vom 12. Juni 2020 zum Referentenentwurf des Gesetzes zur Stärkung der Integrität der Wirtschaft, <https://www.dai.de/de/das-bieten-wir/positionen/positionspapiere.html?d=730>

darauf hin, dass in so kurzer Frist eine valide Gesetzesfolgenabschätzung nicht möglich sei. Dieses Vorgehen des Gesetzgebers halten wir für sehr bedenklich.

Grundsätzlich hat das Deutsche Aktieninstitut Vorbehalte hinsichtlich des Bedarfs nach einem unternehmensspezifischen sanktionsrechtlichen Stammgesetz.² Unseres Erachtens könnte mit Anpassungen im Ordnungswidrigkeitenrecht einiges erreicht werden. Zudem sind die vorgesehenen Geldstrafen immens (unseres Erachtens unangemessen) hoch, womit letztlich die Gesellschafter und bei Aktiengesellschaften die Aktionäre den Schaden haben.

Auch die Arbeitnehmer können bei der wirtschaftlichen Schwächung des Unternehmens betroffen sein. Ob man hiermit die richtige Gruppe trifft, erscheint fraglich. Der Handelnde ist auch nach diesem Gesetzesentwurf zunächst immer eine Person im Unternehmen, an dessen Tat die strafrechtliche Verfolgung anknüpft. Damit bleibt die Grundkonzeption des Gesetzes an vielen Stellen unklar. Die Einführung eines „Unternehmensstrafrechts“ legt nahe, dass sich der strafrechtliche Vorwurf gegen den Verband als solchen richtet. Vor allem in der Konzeption des § 3 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E ist dies aber zweifelhaft. Die Anknüpfungstat/Verbandstat ist die Tat eines „jemand“. Gegen diesen allein richtet sich der strafrechtliche Schuldvorwurf. Bei dem Vorwurf gegen den Verband als solchen bzw. seine Leitungspersonen geht es lediglich um einen objektiven Pflichtverstoß. Dies ist im Übrigen auch eine deutliche Ausweitung im Vergleich zu § 130 OWiG.

Trotz allem hat sich die Bundesregierung aber entschlossen, ein Verbandssanktionengesetz auf den Weg zu bringen. Bei aller Kritik sieht der Gesetzesentwurf an einigen Stellen allerdings sinnvolle Regelungen vor. So ist es zu begrüßen, Compliance-Maßnahmen positiv bei der Strafzumessung zu berücksichtigen. Auch begrüßen wir die Absicht, mehr Rechtsklarheit im Bereich der internen Untersuchung zu schaffen. Allerdings sind in diesen Bereichen noch einige Rechtsunsicherheiten gegeben, auch durch die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe.

Es fehlt insbesondere eine Erläuterung oder Handreichung, was unter der Ausgestaltung von Compliance-Maßnahmen im Sinne des VerSanG-E zu verstehen ist, die letztlich zu Sanktionsmilderungen führen können. Dies wäre zumindest in der Begründung zu begrüßen.

Zudem werden Unternehmen nicht nur vor strafrechtliche und prozessuale Herausforderungen gestellt (kein hinreichender Schutz vor Selbstbelastungen sowie der Beschlagnahme von Unterlagen bei Anwälten). Auch im Hinblick auf sich anschließende Zivilverfahren und etwaige Verteidigungschancen (z.B.

² Siehe Stellungnahme des Deutschen Aktieninstituts vom 9. Dezember 2014, „Gegen die Einführung eines Unternehmensstrafrechts“, <https://www.dai.de/de/das-bieten-wir/positionen/positionspapiere.html?d=292>

Akteneinsichtsrecht der Geschädigten in sämtliche Unternehmensunterlagen, fehlendes *Legal Privilege* für Unternehmensanwälte) steigen die Risiken für Unternehmen. Kleinere und mittlere Unternehmen, die möglicherweise noch keine Compliance-Organisation haben, werden abwägen müssen, ob die Vorteile des Aufbaus einer Compliance-Organisation und etwaige Aufklärungschancen für Verstöße mit der Möglichkeit einer etwaigen Strafreduzierung sämtliche hieraus resultierenden Nachteile für das Unternehmen, seine Mitarbeiter und Anwälte überwiegen. Es droht die Gefahr, dass verbandsinterne Untersuchungen bei Bekanntwerden Anknüpfungspunkte für zivilrechtliche Schadensersatzforderungen bieten können, insbesondere wenn Dritten Einblick in die Ermittlungsakten gewährt wird (Nolte/Michaelis, BB 2020, S. 1154,1161).

Nicht vorgesehen ist im Gesetzesentwurf die Möglichkeit für eine strafbefreiende Selbstanzeige. Kommen Organe im Wege eigener Untersuchungen – bevor überhaupt ein strafrechtliches Verfahren im Raum steht – zu dem Ergebnis, dass eine Verbandstat vorliegt und zeigt diese ohne äußeren Anlass im Wege der Selbstanzeige an, sollte dies strafbefreiend wirken. Dies wäre konsequent auch im Hinblick auf jüngste Entwicklungen in diesem Bereich, zum Beispiel im Außenwirtschaftsrecht.

Grundsätzlich positiv zu bewerten, ist die zweijährige Übergangszeit bis zum Inkraft-Treten des Gesetzes. In der Gesetzesbegründung heißt es dazu, dass Unternehmen interne Compliance-Prozesse in dieser Karenzzeit überprüfen und verbessern sollen (Seite 147). Sicherzustellen ist, dass in dieser Übergangszeit Gerichte nicht schon die Anforderungen dieses Gesetzes heranziehen.

Zusammenfassend fordert das Deutsche Aktieninstitut:

1. Höhe der Verbandssanktionen herabsetzen.
2. Unbestimmte Rechtsbegriffe näher definieren und Hilfestellung bei den Vorgaben eines Compliance Management Systems geben.
3. Enge Kooperationsfrist für interne Ermittlung überdenken.
4. Trennung von Unternehmensverteidigung und interner Ermittlung aufheben.
5. Beschlagnahmeschutz bereits vor Eröffnung eines förmlichen Ermittlungsverfahrens.
6. Begehung der Verbandstat durch Unterlassen nur bei Vorsatz und Leichtfertigkeit vorsehen.

2 Anwendungsbereich nach § 2 VerSanG-E

2.1 Anwendungsbereich und Konkurrenzen

Der Gesetzesentwurf folgt dem konzernrechtlichen Trennungsprinzip. Laut Gesetzesbegründung zu § 2 Abs. 1 Nr. 1 c) (Seite 73) ist der Konzern selbst kein sanktionsfähiger Verband. Dies sollte im Gesetzestext auch klargestellt werden.

Verbandstat ist nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 VerSanG-E immer eine Straftat. Hier sehen wir Klärungsbedarf im Verhältnis zwischen dem VerSanG und anderen Rechtsnormen, wie etwa dem Geldwäschegesetz (GwG). Die Ergänzung des § 21 OWiG-E ist zu begrüßen, sie sorgt aber zunächst nur für Klarheit in Bezug auf §§ 30, 130 OWiG. Gleiches gilt für § 48 VerSanG-E zum Kartellrecht. Unklarheiten sehen wir insbesondere im konkreten Fall eines Verstoßes nach GwG. Wir gehen davon aus, dass solche Verstöße als Ordnungswidrigkeiten nicht in den Anwendungsbereich des VerSanG fallen, sondern nach den Regelungen des GwG verfolgt und gegebenenfalls auch bebußt werden. Anders sieht es natürlich aus, wenn ein Fall von Geldwäsche gemäß § 261 StGB angenommen wird. Dennoch wäre eine Klarstellung zu begrüßen, wonach Verstöße im Rahmen des GwG nicht in den Anwendungsbereich des VerSanG fallen.

Außerdem möchten wir darauf hinweisen, dass die Begründung auf Seite 75 zu § 2 Abs. 1 Nr. 3 widersprüchlich ist: Einerseits wird darauf abgestellt, dass die Verbandstat tatbestandsmäßig, rechtswidrig und schuldhaft begangen wird. Andererseits ist es unerheblich, ob der konkrete Täter der Verbandstat feststeht; es soll ausreichen, dass die Begehung der Verbandstat festgestellt werden kann. Eine rechtswidrige und schuldhafte Begehung einer Tat knüpft doch aber sehr wohl an das Handeln einer konkreten Person an. Diese Widersprüchlichkeit zeigt auf, dass ein Verbandsstrafrecht der deutschen Strafrechtskonzeption fremd ist.

2.2 Auslandstaten

Nach § 2 Abs. 2 ist das VerSanG-E auch auf so genannten Auslandstaten anwendbar. Der Gesetzgeber will hier eine Ahnungslücke schließen. Dies ist kritisch zu sehen, da dies zu aufwendigen und lange andauernden Ermittlungsverfahren mit Rechtshilfeersuchen führen wird, die die Justiz bei zunehmender Ressourcenknappheit vor weitere Herausforderungen stellen wird. Dies wird sich letztlich zu Lasten der Unternehmen auswirken. Zudem ist immer zu klären, ob und inwieweit das (Konzernmutter-)Unternehmen in Deutschland

gegenüber ausländischen Konzernunternehmen direkt weisungsbefugt ist. Fraglich ist, ob dies dann der ex-ante-Sichtweise entspricht.

Auch ist fraglich, ob gewährleistet ist, dass dem Doppelbestrafungsverbot hier Rechnung getragen wird. Unklar ist, ob die Verfolgung nach dem deutschen Verbandssanktionengesetz gleichzeitig mit der Verfolgung nach ausländischem (Unternehmens-)Strafrecht erfolgen kann. Zwar besteht die Möglichkeit des Absehens von der Verfolgung bei erwarteter Sanktionierung im Ausland (§ 38 VerSanG-E), dies liegt aber in der Hand der Verfolgungsbehörde.

Außerdem mögen im Ausland andere Voraussetzungen für ein angemessenes Compliance Management System gelten. Die Frage ist, ob dann dieser Maßstab auch für die deutschen Ermittlungsbehörden ausreichend ist.

3 Verbandsverantwortlichkeit nach § 3 VerSanG-E und Konzernausfallhaftung nach § 7 VerSanG-E

3.1 Verbandsverantwortlichkeit und Legalitätsprinzip

In § 3 Abs. 1 VerSanG-E wird das **Legalitätsprinzip** manifestiert. Wir halten die Abkehr vom Opportunitätsprinzip nicht für überzeugend. Denn das Legalitätsprinzip wird zu einer Vielzahl von Ermittlungsverfahren nach dem VerSanG-E führen. Schon allein die Einleitung eines Ermittlungsverfahren kann aber reputationsschädigend für ein Unternehmen sein und damit diesem und seinen Stakeholdern – wie etwa den Gesellschaftern und Arbeitnehmern – nicht unerheblichen Schaden zufügen. Dies kann selbst dann gelten, wenn das Ermittlungsverfahren (wünschenswerterweise zügig) eingestellt wird. Realität ist aber auch, dass die Ermittlungsbehörden mit dem zu erwartenden Anstieg der Verfahren häufig nicht in der Lage sein, Verfahren zügig zu bearbeiten und abzuschließen; auch dann nicht, wenn die Anklageerhebung voraussichtlich nicht erfolgen wird. Insofern **regen wir die Rückkehr zum Opportunitätsprinzip** an. Ansonsten bleibt zu hoffen, dass die Verfolgungsbehörde zumindest sehr breit von der Möglichkeit der §§ 35 und 36 VerSanG-E Gebrauch machen und zum Beispiel bei Geringfügigkeit die Verfahren zeitig einstellen oder zumindest die Variante der Auflagenerteilung wählen.

Die **Zurechnung einer Verbandstat** wird in § 3 Abs. 1 VerSanG-E geregelt. Nr. 2 erstreckt sich auf Verbandstaten, die von sonstigen Personen begangen wurden und bei angemessener Organisation, Anleitung und Aufsicht durch die Leitungspersonen hätten verhindert oder wesentlich erschwert werden können.

Dass dabei eine verschuldensunabhängige Verantwortlichkeit begründet wird, sehen wir kritisch. Denn nach der Begründung (Seite 79) ist eine vorsätzliche oder fahrlässige Unterlassung der Aufsichtsmaßnahmen durch die Leitungsperson nicht erforderlich und unterscheidet sich somit zu § 130 OWiG. Die Verbandsverantwortlichkeit knüpft damit an die volldeliktisch begangene Verbandstat an, das Unterlassen von Vorkehrungen sei objektiv feststellbar. Mit dem VerSanG wird das Ziel verfolgt, die vom Fehlverhalten ihrer Mitarbeiter profitierenden Unternehmen zu sanktionieren (Seite 50). Allerdings ist das Fehlverhalten selbst nur mittelbarer Ansatzpunkt für die Sanktionierung des Verbands. Der Unrechtsgehalt wird erst durch ein Unterlassen einer Leitungsperson begründet. Insgesamt geht die aus unserer Sicht zu weit, wenn praktisch so gut wie jede Straftat eines Mitarbeiters dem Unternehmen zugerechnet werden kann.

Zumindest sollte das Unterlassen der Leitungsperson leichtfertig oder vorsätzlich erfolgt sein.

In § 3 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E nennt der Entwurf „**Vorkehrungen zur Vermeidung oder wesentlichen Erschwerung von Verbandstaten**“, die eine Leitungsperson hätte treffen sollen. Hier wäre eine Klarstellung zumindest in der Gesetzesbegründung zu begrüßen, wie solche Vorkehrungen aussehen sollen (siehe dazu auch die Ausführungen zu § 15 Abs. 1 Nr. 6 und 7 VerSanG-E). Dies gerade auch um den rechtschaffenden Unternehmen, die dieses Gesetz ja nicht belasten soll, eine angemessene Erfüllung der gesetzlichen Erwartungen zu ermöglichen.

3.2 Konzernausfallhaftung und Rechtsnachfolge

§ 7 VerSanG-E soll verhindern, dass sich ein Verband durch Vermögensverschiebungen, Erlöschen oder Umstrukturierungen Sanktionen entziehen kann. Hier sehen Unternehmen sich einmal mehr mit dem Generalverdacht konfrontiert, generell zur Begehung von Straftaten und zur Vermeidung einer anschließenden Sanktionierung mit allen Mitteln entschlossen zu sein. Diesen Eindruck bestärkt die Formulierung der Gesetzesbegründung, Seite 82. Hier halten wir die Betrachtungsweise eines Konzern als wirtschaftliche Einheit – wie auch im folgenden bei der Sanktionsberechnung – nicht für überzeugend. Es gilt das gesellschaftsrechtliche Trennungsprinzip zu beachten.

Zudem soll die Konzernausfallhaftung wie auch die Rechtsnachfolge im Sinne des § 6 VerSanG-E automatisch eintreten, ohne dass hinterfragt wird, ob die Maßnahmen, die zum Erlöschen des Verbandes geführt haben, allein in dem Bestreben erfolgt sind, der Sanktionierung zu entgehen. Wir fordern, diese Regelungen diesbezüglich noch einmal zu überprüfen.

4 Höhe der Verbandsgeldsanktion

§ 9 VerSanG-E regelt die Höhe der Verbandsgeldsanktionen. Das Mindest- und Höchstmaß der Geldsanktion hängt davon ab, ob die Verbandstat vorsätzlich oder fahrlässig herbeigeführt wurde sowie von der Unternehmensgröße. Verbände mit einem durchschnittlichen Jahresumsatz von über 100 Millionen Euro können mit Geldsanktion in Höhe von bis zu 10 Prozent des durchschnittlichen Konzernumsatzes belegt werden.

Wir halten **diesen Sanktionsrahmen für völlig unangemessen, auch vor dem Hintergrund, dass die Berechnung der Sanktionshöhe pro Tat erfolgt**. Hinzu kommt noch, dass neben der Sanktion noch die Gewinnabschöpfung des durch die Tat Erlangten im Sinne der §§ 73 ff. StGB tritt. Daher fordern wir, die vorgesehenen Sanktionshöhen noch einmal zu überprüfen und herabzusetzen.

In diesem Zusammenhang möchten wir auf die folgenden Punkte hinweisen:

- Umsatzstarke Unternehmen werden unangemessen benachteiligt**

Die vorgesehene höhere Sanktionierungsmöglichkeit von Unternehmen mit einem durchschnittlichen Jahresumsatz von über 100 Millionen Euro hat keine sachliche Grundlage, die diese Ungleichbehandlung rechtfertigt. Wir halten die Schaffung einer solchen Sanktionsschere für nicht gerechtfertigt. Sie ist unverhältnismäßig und verlässt den Korridor der gebotenen Präventionssystematik. Der Umsatz selbst kann auch schwerlich als verlässliche Bemessungsgrundlage herangezogen werden. Aussagekräftiger für die Finanzkraft eines Unternehmens wäre – wenn man überhaupt feste Bezugsgrößen schaffen will – allenfalls der Gewinn.
- Die Geldsanktion trifft nicht die Verantwortlichen der Verbandstat**

Die Verbandstat wurde von einer Leitungsperson verübt bzw. die Leitungsperson hat es unterlassen, die Begehung einer solchen zu vermeiden. Sanktioniert werden mit dem VerSanG im Grunde aber letztlich die Anteilseigner der Gesellschaft und mittelbar weitere Stakeholder wie Arbeitnehmer oder Lieferanten. Das führt zu ungerechtfertigten Haftungsverschiebungen. Unter den Anteilseigner befinden sich nicht nur Großinvestoren, sondern auch Kleinanleger, die für ihr Alter vorsorgen möchten. Sie werden die Konsequenzen der Sanktionierung schließlich über niedrigere Aktienkurse, ausbleibende Dividenden bis hin zur etwaigen Insolvenz zu spüren bekommen. Arbeitnehmer sehen womöglich ihre Arbeitsplätze in Gefahr, wenn das

Unternehmen in der Folge mit Umstrukturierungen auf die schlechtere Vermögenslage reagieren muss.

Auch Lieferanten können betroffen sein und Geschäft verlieren. Alle vorgenannten Gruppen eint, dass sie in der Regel selbst nicht an der Verbandstat mitgewirkt haben. Sie alleine tragen aber letztlich den Schaden.

- **Enge Grenzen bei Milderung der Geldsanktion**

Um in den Genuss von Sanktionsmilderungen zu kommen, insbesondere durch die verbandsinterne Untersuchung (siehe unten), muss der Verband weitgehende Voraussetzungen erfüllen, die er zum Teil nicht selbst steuern kann (z.B. Auskunftverweigerung durch Mitarbeiter). Eine gemilderte Geldsanktion ist dem Verband daher – selbst bei Kooperationsbemühungen – nicht sicher. Man kann sich insgesamt nicht des Eindrucks erwehren, dass die möglicherweise hoch ausfallende Geldsanktion als Drohkulisse für eine faktisch uneingeschränkte Kooperationspflicht des Verbands genutzt werden soll. Aus prozessrechtlichen Gesichtspunkten wäre dieser Gedanke nicht zu legitimieren.

Konzernumsatz als Bemessungsgröße ist nicht sachgerecht

Da der Gesetzesentwurf an anderer Stelle klar zwischen Verband und Konzern trennt (Seite 73 der Gesetzesbegründung), können wir dem Hinweis in der Gesetzesbegründung (Seite 86) auf die wirtschaftliche Einheit, die der betroffene Verband mit den übrigen Konzernunternehmen innehaben soll, nicht folgen. Das Festmachen am Konzernumsatz statt am Umsatz des betroffenen Verbandes ist nicht überzeugend.

5 Verwarnung mit Verbandsgeldsanktionsvorbehalt nach §§ 10, 11 VerSanG-E

Zu begrüßen ist, dass der Gesetzesentwurf in §§ 10, 11 VerSanG-E eine Art Verbandsstrafe auf Bewährung, also eine Verwarnung mit (teilweisen) Sanktionsvorbehalt vorsieht, dies gegebenenfalls verbunden mit Auflagen und Weisungen. Eine solche Verwarnung wird sicherlich in vielen Fällen eine ausreichend präventive Wirkung entfalten und damit ausreichend sein, mögliche zukünftige Verbandstaten zu verhindern.

Soweit die Verwarnung mit einer Weisung im Sinne des § 13 Abs. 2 VerSanG-E verbunden sein kann, bestimmte Vorkehrungen zur Vermeidung von Straftaten zu treffen und durch Bescheinigung durch eine sachkundige Stelle nachzuweisen, verbleibt hier eine gewisse Unsicherheit. Laut Gesetzesbegründung (Seite 89) geht es hierbei um Compliance-Maßnahmen, die zur Verbesserung der Prävention von verbandsbezogenen Straftaten innerhalb des Verbandes beitragen sollen. Insgesamt legt die Begründung bereits zu §§ 10 und 11 VerSanG-E den Gedanken nahe, dass nur bei dem zum Ausdruck kommenden Willen des Verbandes, zur Vermeidung weiterer Verbandstaten Compliance-Maßnahmen zu implementieren oder hochzufahren, eine Verwarnung ausreichend sein kann.

Auch zur Erfüllung der Weisung nach § 13 VerSanG-E ist es erforderlich, den Erwartungsmaßstab des Gesetzgebers und der Justiz an ein entsprechendes Compliance Management System zu binden (siehe dazu Ausführungen zu § 15 Abs. 1 Nr. 6 und 7 VerSanG-E). Soweit in der Begründung auf eine mögliche sachkundige Stelle auf Rechtsanwälte verwiesen wird, ist hier deren Rolle im Spannungsfeld Interne Ermittler/Unternehmensverteidiger unklar. Zudem ist nicht klar, nach welchen Maßstäben die Begutachtung der Compliance-Maßnahmen erfolgen soll. Gerade an dieser Stelle wäre es sinnvoll, die Begrifflichkeiten näher zu spezifizieren. Die Gerichte hätten dann die Möglichkeit, die „sachkundige Stelle“ zielgenau zu beauftragen und einer ausufernden Handhabe durch externe Stellen Einhalt zu gebieten.

6 Bemessung der Verbandsgeldsanktion nach § 15 VerSanG-E

6.1 Berücksichtigung eines Compliance Management Systems bei der Strafzumessung nach § 15 VerSanG-E

Zu begrüßen ist, dass in § 15 Abs. 3 Nr. 6 VerSanG-E bei der Strafzumessung berücksichtigt werden soll, inwieweit der Verband vor der Verbandstat Vorkehrungen zur Vermeidung und Aufdeckung einer Verbandstat getroffen hat. Zudem soll auch das Nachtatverhalten nach § 15 Abs. 3 Nr. 7 VerSanG-E berücksichtigt werden. Auch hier wird u.a. erneut darauf abgestellt, welche Vorkehrungen nach der Verbandstat zur Vermeidung und Aufdeckung getroffen wurden.

Die Berücksichtigung von Compliance Management Systemen bei der Strafzumessung begrüßen wir sehr. Wir hoffen, dass damit die Anreizwirkung verstärkt wird, Compliance Maßnahmen zu implementieren, soweit noch nicht vorhanden, oder vorhandene Systeme auf ihre Wirksamkeit hin zu überprüfen.

Allerdings sehen wir zwei Aspekte kritisch:

- Zum einen gibt der Entwurf nicht ausreichende Handreichungen zu den Anforderungen eines Compliance Management Systems, das den Vorgaben von § 15 Abs. 3 Nr. 6 und 7 VerSanG-E entspricht. Allein in der Begründung zu den Erwartungen an die Leitungsorgane in Bezug auf die Implementierung von Compliance Maßnahmen vor (in Zusammenhang mit § 2 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E) gibt es auf Seite 79 Hinweise, etwa dazu dass es auf den Einzelfall ankomme, welche Maßnahmen erforderlich seien, dabei auch Art, Größe und Organisation eines Unternehmens, Gefährlichkeit des Unternehmensgegenstandes etc. Dies ist nicht konkret und entspricht unseres Erachtens nicht dem Sinn und Zweck des Gesetzes. Nach unserem Dafürhalten sollte der Gesetzgeber gerade nicht den Eindruck erwecken wollen, Verbände unter einen Generalverdacht zu stellen, sich nicht per se rechtstreu verhalten zu wollen. Daher müssen dem Verband klare Vorgaben zumindest in Form von Leitplanken vom Gesetzgeber an die Hand gegeben werden, mit der Folge, dass er sich rechtschaffen verhält, wenn er diese erfüllt. Zumindest in der Begründung sollten derartige Vorgaben dargestellt werden. Insofern verweisen wir hier auf die Ausführungen des Deutschen Instituts für Compliance e.V. (DICO)

und schließen uns dessen Gedanken für die Ausgestaltung der Vorgaben in Form von Leitplanken in der Gesetzesbegründung ausdrücklich an.

- Zum anderen müssen die Anforderungen an das Compliance Management im angemessenen Verhältnis zur Größe des Unternehmens stehen. Es darf nicht dazu kommen, dass kleinere und mittlere Unternehmen sich zu unverhältnismäßig aufwendig gestalteten Compliance Maßnahmen gezwungen sehen. Zwar sieht die Gesetzesbegründung in seine Ausführungen auf Seite 79 vor, dass bei kleinen und mittleren Unternehmen mit geringem Risiko von Rechtsverletzungen wenige einfache Maßnahmen ausreichend seien und dass der „Zukauf“ eines Compliance Programms oder von Zertifizierungen nicht erforderlich sei. Diese Klarstellung ist hilfreich, sollte aber eingebettet sein in eine klarstellende Ausführung zur den Anforderungen an ein Compliance Management System.

7 Verbandsinterne Untersuchungen

Es ist zu begrüßen, dass der Gesetzesentwurf in § 17 VerSanG-E eine **obligatorische** Sanktionsmilderung („soll“) vorsieht, wenn der Verband durch eine interne Untersuchung wesentlich zur Aufklärung der Verbandstat beigetragen hat.

Zugleich haben wir an einigen Stellen erhebliche rechtliche und praktische Bedenken:

7.1 Wesentlicher Beitrag zur Aufklärung der Verbandstat (§ 17 Abs. 1 Nr. 1 VerSanG-E)

Damit ein Verband in den Genuss einer Sanktionsmilderung kommt, muss er für die Aufklärung der Verbandstat einen **wesentlichen Beitrag** geleistet haben. Ab wann ein wesentlicher Beitrag angenommen werden kann, geht aus dem Gesetzesentwurf nicht genau hervor. Es gibt weder eine Legaldefinition noch eine Erklärung in der Gesetzesbegründung. Die Anforderungen an Qualität, Inhalt und Substanz des Beitrags bleiben insofern weitestgehend unklar. Die Erläuterung dieses unbestimmten Rechtsbegriffs sollte – zumindest in der Gesetzesbegründung – angestrebt werden.

7.2 Trennung von interner Untersuchung und Verteidigung (§ 17 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E)

§ 17 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E verlangt, dass die mit der internen Untersuchung betraute Person nicht auch Verteidiger des Verbands sein darf. Diese Trennung lehnen wir aus folgenden Gründen ab:

- **Die effektive Verteidigung wird erschwert.**
Für eine effektive Verteidigung ist eine ausreichende Faktenkenntnis unabdingbar. Die kompromisslose Trennung von interner Untersuchung und Verteidigung führt dazu, dass dem Rechtsanwalt für die Verteidigung unerlässliche Erkenntnisse vorenthalten werden. Die Verteidigung wird also ihrerseits entweder eine zweite interne Untersuchung durchführen müssen (was zu Mehrkosten führt). Oder sie wird auf eine eigene Untersuchung verzichten und sich mit einer späteren Akteneinsicht begnügen müssen. Demgegenüber werden die Verfolgungsbehörden über die laufenden Entwicklungen der Untersuchung informiert sein, da für die Sanktionsmilderung die ununterbrochene Kooperation Bedingung ist. Der daraus resultierende Wissensvorsprung bedeutet eine fragwürdige Benachteiligung der Verteidigung. Zumal die interne Untersuchung explizit nicht die Ermittlungen der Behörden ersetzen soll. Vor diesem

Hintergrund wäre es angezeigt, dass beiden Seiten Einblick auf die laufende Untersuchung gewährt wird. Die Strafandrohungen von § 356 StGB bei pflichtwidrigen Verstößen der Berufspflichten sollte Interessenkonflikte wirksam vermeiden können.

- **Potenzielle Interessenkonflikte wirken konstruiert.**
Die Begründung (Seite 99) erweckt den Eindruck eines generellen Misstrauensvotums gegenüber der Anwaltschaft. Das ist aus unserer Sicht unnötig. Wir teilen nicht die Sorge, dass eine unabhängige Untersuchung ohne diese Trennung nicht möglich ist. Auch der Unternehmensverteidiger hat ein Interesse an einer zügigen und sorgfältigen Sachverhaltsaufklärung, um die Verteidigung entsprechend vorbereiten zu können. Strafverteidigung und interne Untersuchung können in vielen Fällen inhaltlich oftmals nicht voneinander getrennt werden.

7.3 Uneingeschränkte Kooperationspflicht mit den Verfolgungsbehörden (§ 17 Abs. 1 Nr. 3 VerSanG-E)

Eine weitere Voraussetzung für die Sanktionsmilderung ist die Kooperationsverpflichtung des Verbands. Während einer internen Untersuchung müssen die Unternehmen mit den Verfolgungsbehörden **ununterbrochen und uneingeschränkt** zusammenarbeiten. Die Gesetzesbegründung erweckt den Eindruck eines sehr strengen Verständnisses des Gesetzgebers. Es bleibt jedoch unklar, wie konkret und ab wann mit den Verfolgungsbehörden kooperiert werden muss, damit der Kooperationsverpflichtung Genüge getan wird.

Die Gesetzesbegründung (Seite 99) nennt als mögliche Kooperationspflichten lediglich die Abgabe von Zwischenberichten sowie die umfassende Beantwortung sämtlicher Fragen der Verfolgungsbehörden. Zudem dürfen Informationen über die Untersuchung und ihren Ablauf nicht zurückgehalten werden. Erschwerend kommt hinzu, dass die konkrete Ausgestaltung der Zusammenarbeit allein im Ermessen der Verfolgungsbehörde steht. Zwar ist der Begründung beizupflichten, wenn dort auf die Vielgestaltigkeit von verbandsinternen Untersuchungen verwiesen wird. Dennoch müssen die Unternehmen „wissen woran sie sind“, wenn sie den Weg der internen Untersuchung gehen einschlagen, der aber möglicherweise mit erheblichen negativen Konsequenzen verbunden sein wird. Daher wäre die Nennung einiger Eckpunkte wünschenswert. Zu kurz kommen hier auch die Verteidigungsrechte, die die StPO und das VerSanG den gesetzlichen Vertreter des beschuldigten Unternehmens zum Beispiel in § 33 VerSanG-E einräumen. Dazu gehört auch das Schweigerecht. Auch wenn klar wird, dass der Gesetzgeber bewusst nur solchen Unternehmen eine Strafmilderung einräumen möchte, die alle Informationen zur Verfügung stellen, geht die Pflicht zur lückenlosen Beantwortung aller Fragen zu weit. Denn wenn im Rahmen der Kooperation nach

§ 17 VerSanG-E bereits Aussagen des gesetzlichen Vertreters im Rahmen der internen Untersuchung herausgegeben werden (müssen), ist das Aussageverweigerungsrecht in der Hauptverhandlung nicht wirksam. Dadurch werden die Beschuldigtenrechte faktisch aufgehoben.

Treten die Verfolgungsbehörden im Rahmen ihrer Ermittlungen an den Verband heran, muss der Verband **unverzüglich, innerhalb einer kurzen Frist** mit den Verfolgungsbehörden kooperieren, wenn er die Möglichkeit der Sanktionsmilderung beanspruchen möchte (Seite 100). Was der Gesetzgeber unter einer „kurzen Frist“ versteht, geht aus der Begründung jedoch nicht hervor. Wir befürchten, dass eine sehr kurze Frist die verfahrensrechtlichen Verteidigungsrechte faktisch außer Kraft setzt.

Dabei lässt der Gesetzgeber aber außer Acht, dass die im Unternehmen zuständigen Entscheidungsträger die strafrechtlichen Konsequenzen nur beurteilen können, wenn ihnen ein Mindestmaß an Informationen über den Sachverhalt der vorgeworfenen Verbandstat zur Verfügung steht. Das betrifft insbesondere die Entscheidung zu der Frage, ob eine uneingeschränkte Kooperation mit Offenlegung aller Ergebnisse der verbandsinternen Untersuchung im Interesse des Unternehmens liegt, wenn dadurch die Sanktionsmilderung erreicht werden kann. Dieser Prozess kann, abhängig von der Unternehmensgröße und Art und Schwere des Vorwurfs, sehr zeitintensiv ausfallen. Die Trennung von interner Untersuchung und Unternehmensverteidigung erschwert diesen zudem noch. Denn die Entscheidung, ob das Unternehmen den Weg der uneingeschränkten Kooperation geht und damit die Möglichkeit der Sanktionsmilderung in Anspruch nehmen möchte oder aber überhaupt erst mit der Offenlegung der Untersuchungsergebnisse eine Sanktionierung ermöglicht, ist zentrale Aufgabe der Unternehmensverteidigung.

Unsicherheiten sehen wir auch in Bezug auf den Zeitpunkt, zu dem die verbandsinterne Untersuchung beginnt. Liegt ein Fall von § 17 VerSanG-E vor, wenn ein Verband eine interne Untersuchung einleitet, weil er Kenntnis von einem Fehlverhalten erlangt hat, die Selbstanzeige aber erst nach Abschluss seiner Ermittlungen einreicht? Oder beginnt die interne Untersuchung formal erst dann, wenn die Verfolgungsbehörde Kenntnis von der Tat erlangt und das Verfahren einleitet? Gerade wenn Unternehmen von sich aus ohne äußeren Anlass ermitteln, sollte ihnen dann auch die strafmildernde Wirkung einer internen Ermittlung von Anfang zu Gute kommen.

7.4 Auskunftsverweigerungsrechte von befragten Mitarbeitern (§ 17 Abs. 1 Nr. 5 c) VerSanG-E)

Gemäß § 17 Abs. 1 Nr. 5 c) VerSanG-E soll dem Mitarbeitern im Rahmen der fairen Untersuchung das Recht eingeräumt werden, Aussagen im Rahmen der internen Untersuchung zu verweigern. Dies bringt Unternehmen in eine schwierige Lage. Denn einerseits wollen sie natürlich von der Option des Gesetzes Gebrauch machen, um die Milderung der §§ 17, 18 VerSanG-E zu erlangen. Andererseits müssen sie den Sachverhalt aber umfassend aufklären, was durch ein Aussageverweigerungsrecht erschwert werden könnte.

Im Einzelnen:

- **Mitarbeiterbefragungen sind essentiell für eine sorgfältige interne Ermittlung.**

Mitarbeiterbefragungen können wesentliche Erkenntnisse zur Aufklärung des Sachverhalts beisteuern. Das Aussageverweigerungsrecht der Mitarbeiter wird mit hoher Wahrscheinlichkeit dazu führen, dass der Verband in seiner Kooperationsfähigkeit beschränkt wird. Die Möglichkeit zur Sanktionsmilderung würde ausscheiden. Die Forderung nach einem wesentlichen Aufklärungsbeitrag des Verbands ist mit dem im Gesetzesentwurf beabsichtigten Auskunftsverweigerungsrecht unvereinbar und sollte dringend überdacht werden.

Wir möchten zudem auf das Spannungsverhältnis zwischen Auskunftsverweigerungsrecht und den gesellschaftsrechtlichen Verpflichtungen nach §§ 76 Abs. 1, 93, 111 AktG hinweisen. Danach müssen Leitungs- und Aufsichtsorgane verbandsinterne Rechtsverletzungen und Straftaten aufklären. Diese Aufklärungspflicht wird aber durch die Auskunftverweigerung unmittelbar eingeschränkt. Wie die Unternehmen für die unverzügliche Beseitigung von Missständen sorgen sollen, wenn die Aufklärung erheblich erschwert wird, bleibt offen. Notwendige personelle und organisatorische Maßnahmen bleiben so vermutlich aus.

- **Reichweite des Auskunftsverweigerungsrecht ist unklar.**

Aus der Begründung geht nicht hervor, ob der Begriff des „Befragten“ jeden Mitarbeiter meint, der im Zusammenhang mit einer verbandsinternen Untersuchung vernommen wird. Fallen darunter auch Mitarbeiter die zeugenschaftlich angehört werden oder nur solche, gegen die bereits ein Verdacht besteht, sodass das Auskunftsverweigerungsrecht nur im Rahmen einer arbeitsrechtlichen Anhörung eingeräumt werden muss? Bei Mitarbeitern, die an der Verbandstat selbst nicht beteiligt waren und lediglich Auskunft über bestimmte Geschäftsvorfälle oder

Prozesse geben sollen, wäre eine Belehrung im Sinne des § 17 Abs. 1 Nr. 5 VerSanG-E überflüssig. Des Weiteren fehlen uns Aussagen im Zusammenhang mit Befragungen von externen Dritten, die ebenfalls zur Aufklärung des Sachverhalts beitragen könnten.

- **Der Gesetzgeber überträgt strafrechtliche Grundsätze auf privatrechtliche Arbeitsverhältnisse.**

Der Mitarbeiter ist seinem Arbeitgeber gegenüber im Personalgespräch verpflichtet, uneingeschränkt über die ihn betreffenden dienstlichen Aufgaben und Tätigkeiten Auskunft zu geben. Der strafrechtliche Nemo-tenetur-Grundsatz gilt im Bereich solcher vertraglichen Pflichten grundsätzlich nicht. Vielmehr hat der Arbeitgeber gegenüber den Arbeitnehmern einen Auskunftsanspruch, wenn er ein schutzwürdiges Interesse an der Beantwortung der Frage hat, die Frage im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis steht und die Auskunftsverpflichtung den Arbeitnehmer nicht übermäßig belastet. Anders könnte der Arbeitgeber vielfach seinen gesellschaftsrechtlichen Pflichten gar nicht nachkommen. Die Aufklärung des Sachverhalts ist nicht für die Verbandstat relevant, daneben bestehen weitere erhebliche Konsequenzen, nämlich zum Beispiel arbeitsrechtliche Maßnahmen und zivilrechtliche Schadensersatzforderungen. Unternehmen werden in Zukunft womöglich gezwungen sein, zwei Kategorien von internen Untersuchungen zu etablieren. Nämlich Untersuchung mit und Untersuchungen ohne Einräumung von Zeugnisverweigerungsrechten. Eine mit einer freiwilligen Übernahme der Grundsätze des § 17 Abs. 1 Nr. 5 VerSanG-E verbundene Selbstbeschränkung stünde in klarem Widerspruch zu den gesellschaftsrechtlichen Aufklärungs- und Handlungspflichten der Leitungs- und Aufsichtsorgane.

8 Beschlagnahmeverbot nach § 97 StPO-E

Der Beschlagnahmeschutz des § 97 StPO-E greift zu kurz. So muss der Beschlagnahmeschutz auch für Unterlagen gelten, die im Rahmen von verbandsinternen Untersuchungen angefertigt werden - etwa Aufzeichnungen über Befragungen. Das Beschlagnahmeverbot darf nicht darauf begrenzt sein, dass Gegenstände selbst dem geschützten Vertrauensverhältnis zwischen Beschuldigtem und Berufsheimnisträger zugerechnet werden können, also etwa auf Unterlagen, die zur Vorbereitung der Verteidigung dienen (anders als auf Seite 136 f. der Gesetzesbegründung dargestellt).

Auch darf der Beschlagnahmeschutz nicht erst bei Annahme einer Beschuldigtenstellung greifen (so aber Seite 137 der Begründung). Damit wird den Unternehmen der Anreiz genommen, frühzeitig interne Untersuchungen vorzunehmen und Sachverhalte aufzuklären. Dies widerspricht völlig der Grundidee des Gesetzes, Unternehmen dazu zu gewinnen, verbandsinterne Aufklärung zu betreiben.

Kontakt

Jan Bremer, LL.M.
Leiter Fachbereich Recht
Deutsches Aktieninstitut e.V.
Senckenberganlage 28
60325 Frankfurt am Main
Telefon +49 69 92915-61
Telefax +49 69 92915-12
E-Mail bremer@dai.de
www.dai.de

Dr. Claudia Royé
Leiterin Kapitalmarktrecht
Deutsches Aktieninstitut e.V.
Senckenberganlage 28
60325 Frankfurt am Main
Telefon + 49 69 92915-40
Fax + 49 69 92915-12
roye@dai.de
www.dai.de

Nico Zimmermann
Junior-Referent Kapitalmarktrecht
und Corporate Governance
Deutsches Aktieninstitut e.V.
Senckenberganlage 28
60325 Frankfurt am Main
Telefon + 49 69 92915-28
Fax + 49 69 92915-12
zimmermann@dai.de
www.dai.de