

Die Landesvereinigung der Unternehmensverbände Nordrhein-Westfalen e.V. (unternehmer nrw) ist der Zusammenschluss von 129 Verbänden mit 80.000 Betrieben und drei Millionen Beschäftigten. unternehmer nrw ist Mitglied der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (BDA) und vertritt die Interessen des Bundesverbandes der Deutschen Industrie e. V. (BDI) als dessen Landesvertretung.

27.07.2020

STELLUNGNAHME

im Rahmen des beratenden Clearingverfahrens zum Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität der Wirtschaft

Vorbemerkung

Die Bundesregierung hat am 16.06.2020 den Entwurf eines „Gesetzes zur Stärkung der Integrität der Wirtschaft“ beschlossen. Dessen Kernstück ist das „Gesetz zur Sanktionierung von verbandsbezogenen Straftaten (Verbandssanktionengesetz – VerSanG)“. Regulatorischer Anlass sind entsprechende Vorgaben im Koalitionsvertrag der die Bundesregierung tragenden Fraktionen.

Übergeordnetes Regelungsziel ist die Neuregelung des Sanktionsrechts für Unternehmen. Mit dem VerSanG soll daher die Ahndung von Straftaten von Leitungspersonen aus Verbänden (i.S.v. juristischen Personen und Personenvereinigungen) mit einem wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb aus dem Ordnungswidrigkeitenrecht herausgenommen und in einem neuen Gesetz zusammengeführt werden. Damit einher geht u.a. die Einführung des Legalitätsprinzips für die Sanktionierung von Verbandstaten des Unternehmens, anstelle des bisher geltenden Opportunitätsprinzips des Ordnungswidrigkeitenrechts.

In der Form des vorliegenden Gesetzentwurfs lehnt unternehmer nrw die Schaffung eines gesonderten Unternehmensstrafrechts ab. Selbstverständlich müssen strafbare Handlungen, die aus Unternehmen heraus begangen werden, wirksam geahndet werden. Hierfür ist jedoch kein gesondertes neues Unternehmensstrafrecht notwendig. Das bestehende Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht bietet bereits hinreichende Möglichkeiten, um Verstöße gegen Strafvorschriften scharf zu sanktionieren. Eine Regelungslücke, und daraus folgender Regelungsbedarf, besteht daher nicht. Betrachtet man die Rechtspraxis der letzten Jahre, so können schon jetzt Sanktionen im dreistelligen Millionenbereich gegen Unternehmen verhängt werden. Ein Verbandsstrafgesetz hätte hingegen neben den bestehenden Vorschriften keine zusätzliche Funktion. Soweit ersichtlich, wird auch seitens der Strafverfolgungspraxis kein Bedarf für ein neues strafrechtliches Instrumentarium gesehen.

Auch im internationalen Wettbewerb erscheint die Regelung nicht als angezeigt. Es ist nicht ersichtlich, dass Deutschland im internationalen Vergleich regulatorischen Nachholbedarf hätte. Abgesehen von den nicht vergleichbaren Rechtsordnungen und Dogmatiken anderer Rechtsräume existiert auch keine europäische oder internationale Vorgabe, ein Unternehmensstrafrecht einzuführen.

In gesetzgeberischer Hinsicht sehen wir zudem den gewählten Zeitpunkt inmitten der fortwirkenden Corona-Pandemie als falsch an. In einer Zeit, in der Belastungsmoratorien und andere Maßnahmen zur Krisenbewältigung und zum Neustart der Wirtschaft ergriffen werden, würden hier Unternehmen jeder Größe umfangreiche Verpflichtungen auferlegt. Im Verhältnis wären hierbei die kleinen und mittelständischen Betriebe ohne eigene Rechtsabteilungen jedoch noch schärfer betroffen, da sie vermehrt auf externen Sachverstand angewiesen sind, der gesondert zugekauft werden muss. Daher setzt das Regelungsvorhaben das falsche Signal. Das Gesetz würde zu unangemessenen Belastungen gerade auch der rechtstreuen Unternehmen führen und erhebliche Rechtsunsicherheiten in einer Zeit schaffen, in der die Unternehmen vom Staat Klarheit und Verlässlichkeit erwarten.

Neben diesen grundsätzlichen Bedenken erachten wir auch aus rechtsdogmatischer Sicht den vorliegenden Gesetzentwurf als problematisch. So ist insbesondere ein Verstoß gegen das im Grundgesetz garantierte Schuldprinzip zu kritisieren. In der rechtswissenschaftlichen Literatur wird ein Unternehmensstrafrecht unter anderem aus diesem Grund abgelehnt. Zudem sind aus unserer Sicht auch verschiedene einzelne Vorschriften des Gesetzentwurfs nicht überzeugend ausgestaltet. Vor allem solche Regelungen, die durch unbestimmte Rechtsbegriffe große Rechtsunsicherheit auf Unternehmensseite schaffen, sind kritisch zu bewerten. Auch sind die Gesetzeskonkurrenzen unklar. Daher würde das Gesetz in der Anwendung erhebliche Fragen nach dem Verhältnis zu anderen Gesetzen (u.a. im Arbeitsrecht, Datenschutzrecht, Ordnungswidrigkeitenrecht) aufwerfen.

Wir regen daher an, das bestehende deutsche Unternehmenssanktionsrecht zu modernisieren. Dies sollte neben entsprechenden Regelungen im Verfahrensrecht insbesondere auch Vorgaben zu rechtssicheren und eindeutigen Anforderungen an Compliance und interne Untersuchungen umfassen. So würden die richtigen Anreize gesetzt und die Integrität der Wirtschaft insgesamt gefördert.

Im Einzelnen

I.) Allgemeine Anmerkungen

Die Einführung eines eigenständigen Verbandssanktionengesetzes sehen wir bereits aus verschiedenen grundsätzlichen Erwägungen als für die Wirtschaft kritisch an.

1. Bestehende Regelungen sind ausreichend

Die derzeitige Rechtslage bietet sowohl im Ordnungswidrigkeitenrecht als auch im Strafrecht sowie in weiteren Vorschriften verschiedenste Möglichkeiten, um Zuwiderhandlungen, die aus Unternehmen heraus begangen werden, wirksam zu ahnden. Insofern besteht bereits kein (weiterer) Regulierungsbedarf.

a) Gesetz über Ordnungswidrigkeiten – OWiG

Insbesondere das Ordnungswidrigkeitenrecht gewährt ausreichende Handlungsspielräume, um Verstöße zu sanktionieren. So können bereits heute bei Verfehlungen von Personen, die für die Leitung des Betriebs oder Unternehmens verantwortlich sind (also z. B. Vorstandsmitglieder, vertretungsberechtigte Gesellschafter oder sonstige Personen in leitender Stellung), Geldbußen gegen die juristische Person, also das Unternehmen selbst, verhängt werden (vgl. § 30 OWiG). Die Verhängung des Bußgeldes ist dabei sowohl bei vorsätzlich wie auch bei fahrlässig begangenen Verstößen möglich (vgl. § 30 Abs. 2 S. 1 OWiG) und erstreckt sich auch auf vorsätzlich oder fahrlässig unterlassene Aufsichtsmaßnahmen (vgl. §§ 30 Abs. 2 S. 3, 130 Abs. 3 S. 2 OWiG).

Dabei ist der Rahmen für die konkret vorgesehenen Geldbußen bereits nach geltender Rechtslage beträchtlich und zuletzt auch immer weiter ausgedehnt worden. Nach dem aktuellen § 30 Abs. 2 OWiG können Bußgelder in Höhe von 10 Millionen Euro (vormals 1 Million Euro) für vorsätzliche Verstöße verantwortlicher Personen, und Bußgelder in Höhe von 5 Millionen Euro (vormals 500.000 Euro) bei fahrlässigen Verstößen verhängt werden. Gem. § 30 Abs. 2a OWiG ist auch die Verhängung einer Unternehmensgeldbuße gegen den Rechtsnachfolger des Unternehmens im Falle einer Gesamtrechtsnachfolge oder einer partiellen Nachfolge durch Aufspaltung gem. Umwandlungsgesetz möglich. Auch vor diesem Hintergrund ist die Forderung nach schärferen Sanktionen nicht nachzuvollziehen.

Vereinzelt wird vorgebracht, die vorgesehenen Geldbußen seien zu gering, das Risiko sei für die Unternehmen daher kalkulier- und somit hinnehmbar. Diese Argumentation geht fehl. Denn das OWiG selbst hält eine Lösung für solche Fälle bereit: Grundsätzlich soll die Höhe der Geldbuße dem Vorteil, den der Betroffene aus der Ordnungswidrigkeit gezogen hat, nicht nur entsprechen, sondern ihn übersteigen (§ 17 Abs. 4 S. 1 OWiG). In Fällen, in denen das gesetzliche Höchstmaß hierfür objektiv nicht ausreicht, kann dieses gemäß § 17 Abs. 4 S. 2 OWiG überschritten werden. Diese Vorschrift verhindert so bereits, dass sich der Verstoß für das Unternehmen in finanzieller Hinsicht „lohnt“. Der festgelegte Höchstbetrag soll kein Hindernis sein, um den gezogenen Gewinn auch nur teilweise beim Unternehmen zu belassen. Auf diesem Wege werden in der Praxis bereits heute hohe

dreistellige Millionensanktionen gegen Unternehmen verhängt. Anstelle einer Geldbuße kommt ferner das Instrument der Einziehung in Betracht, mit dem der gesamte Wert von Taterträgen abgeschöpft werden kann (§ 29a OWiG).

Insgesamt ist also festzustellen, dass bereits die bestehenden Instrumente des Ordnungswidrigkeitenrechts hinreichende Möglichkeiten bieten, gegen Unternehmen vorzugehen und jegliche Zuwiderhandlungen zu ahnden. Insbesondere muss aufgrund der vielfältigen Bußgeldmöglichkeiten der Vorwurf einer „organisierten Unverantwortlichkeit“ in den Unternehmen ausdrücklich zurückgewiesen werden.

b) Strafgesetzbuch – StGB

Im Strafgesetzbuch existieren bereits heute Vorschriften, die ein Vorgehen gegen Unternehmen ermöglichen. Ausdrücklich zu nennen ist hierbei die Einziehung von Taterträgen gemäß § 73 StGB neben der eigentlichen Strafe. Eine Einziehung kann zusätzlich angeordnet werden, wenn eine rechtswidrige Tat begangen wurde und dem Unternehmen dadurch ein Vermögensvorteil erwachsen ist. Ebenso ist die Anordnung der sogenannten erweiterten Einziehung nach § 73a Abs. 1 StGB möglich. Danach kann das Gericht die Einziehung von Gegenständen auch dann anordnen, wenn diese Gegenstände durch andere rechtswidrige Taten erlangt worden sind. Notwendig ist einzig die uneingeschränkte richterliche Überzeugung von der illegalen Herkunft der Gegenstände.

c) Weitere Vorschriften

Weitere relevante Vorschriften finden sich auch in anderen Gesetzen, u.a. im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG). Gemäß § 34 GWB können wirtschaftliche Vorteile, die ein Unternehmen durch Verstöße gegen Vorschriften des GWB oder des AEUV erlangt hat, abgeschöpft werden, in dem das jeweilige Unternehmen einen bestimmten Geldbetrag an den Bundeshaushalt zahlt. Außerdem können Unternehmen gemäß § 10 UWG auf Herausgabe des erlangten Gewinns in Anspruch genommen werden, wenn dieser durch eine unzulässige geschäftliche Handlung erlangt wurde.

Weitere Vorschriften zur Sanktionierung rechtswidrigen unternehmerischen Handelns existieren im besonderen Verwaltungsrecht, z. B. in § 35 GewO sowie in §§ 20, 21 BImSchG.

Es besteht folglich längst ein ausdifferenziertes Sanktionssystem, das keine Notwendigkeit einer Neuregelung erkennen lässt.

2. Fehlende Vereinbarkeit mit dem Schuldprinzip

Auch aus rechtsdogmatischen Gründen lehnen wir die Einführung eines Verbandsstrafgesetzes in der Form des vorgelegten Gesetzesentwurfs ab. Der Entwurf sieht vor, dass die juristische Person selbst, also der jeweilige Verband, strafrechtlich belangt wird. Ein solches Vorhaben widerspricht jedoch dem in Deutschland im Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG verankerten Schuldprinzip („nulla poena sine culpa“). Dieser Verfassungsgrundsatz besagt, dass eine Strafe nur für schuldhaft vorwerfbares Verhalten erfolgen kann. Das deutsche Strafrecht setzt damit eine persönliche Vorwerfbarkeit voraus. Eben diese persönliche Vorwerfbarkeit ist im Falle von juristischen Personen ausgeschlossen; es gilt der Grundsatz „societas delinquere non potest“. Lediglich die natürlichen Personen, die für die juristische Person tätig werden, können sich eines vorwerfbaren Verhaltens schuldig machen. Der Entwurf bedeutet demnach die Abkehr von diesem elementaren Prinzip.

Dessen ungeachtet können auf der Rechtsfolgenseite die Unternehmen selbst für Fehlverhalten auch durch das Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht zur Verantwortung gezogen werden (vgl. oben Abschnitt I.1.). Etwaige Strafbarkeitslücken werden durch die vorhandenen Zurechnungsregeln geschlossen. Sowohl im StGB (§ 14) wie auch im OWiG (§ 9) existieren Vorschriften zur Organ- und Vertreterhaftung, die es ermöglichen, besondere Merkmale des Unternehmens, die die Möglichkeit der Ahndung begründen, der handelnden Person zuzurechnen.

3. Abkehr vom Legalitätsprinzip

Auch in verfahrenstechnischer Hinsicht weist der Gesetzesentwurf grundlegende Schwächen auf.

§ 3 VerSanG-E sieht die Verankerung des Legalitätsprinzips vor. Die Staatsanwaltschaften würden damit dazu verpflichtet werden, wegen aller verfolgbaren Verbandsstraftaten einzuschreiten, sofern zureichende Anhaltspunkte vorliegen. Dies bedeutet die Abkehr vom bisher in § 47 OWiG geregelten Opportunitätsprinzip. Demgemäß liegt es im pflichtgemäßen Ermessen der Verfolgungsbehörden, Ordnungswidrigkeiten zu verfolgen. Von den Befürwortern des Legalitätsprinzips wird stets angeführt, dass nur dies eine umfassende Verfolgung sicherstelle und Vollzugsdefizite behebe. Dem muss allerdings entgegnet werden, dass ein eventuell bestehendes Vollzugsdefizit eher ein Rechtsanwendungs- als ein Rechtssetzungsproblem darstellen und auf ggf. mangelnden Ressourcen der Strafverfolgungsbehörden beruhen würde. Eine gesetzliche Festschreibung des Legalitätsprinzips ist nicht geeignet, ein vermutetes Vollzugsdefizit zu beheben, da es den damit verbundenen Aufwand erhöhen würde. Selbst Strafverfolgungsbehörden kritisieren das Legalitätsprinzip, da bei betriebsbezogenen Straftaten immer auch gleichzeitig

gegen das Unternehmen ermittelt werden muss, was zu einem erheblichen Personal- und Kostenaufwand führt. Im Übrigen führt die in Deutschland übliche Übermittlung von Erkenntnissen aus der steuerlichen Betriebsprüfung an die Staatsanwaltschaften in der Praxis bereits jetzt zu einer hohen Verfolgungsquote von Rechtsverstößen, so dass auch insoweit der Regelungsbedarf nicht erkennbar ist.

Darüber hinaus wird das Legalitätsprinzip zu vielen Verfahrenseröffnungen führen. Damit sind auch verschiedene Konsequenzen in der Öffentlichkeit verbunden, die bis hin zu Anprangerung und Vorverurteilung reichen können. Derartige Folgen werden sich in der Praxis nicht mehr revidieren lassen. Daran ändern auch die Möglichkeiten der Verfahrenseinstellung nichts. Insoweit besteht auch insbesondere die Gefahr, dass Unternehmen durch Ermittlungsverfahren politisch instrumentalisiert werden. Auch insofern wären kleine und mittelständische Unternehmen, die häufig in spezialisierten und entsprechend engen Märkten operieren, im Verhältnis stärker betroffen.

4. Keine internationale Verpflichtung

Es besteht außerdem keine internationale Verpflichtung zur Einführung eines solchen Gesetzes. Daher sind auch in dieser Hinsicht die bestehenden gesetzlichen Regelungen ausreichend. Die einen Umsetzungsbedarf hinsichtlich internationaler Regelungen implizierenden Ausführungen der Entwurfsbegründung sind falsch. Ein Sanktionsdefizit ist gegenüber anderen Ländern nicht gegeben.

Wie bereits angesprochen (vgl. oben Abschnitt I. 3.) ist in Deutschland die Übermittlung der Erkenntnisse aus der steuerlichen Betriebsprüfung an die Staatsanwaltschaften üblich. Diese Praxis hebt Deutschland im Vergleich zu anderen Ländern heraus, führt zu einer hohen Verfolgungsquote von Rechtsverstößen und zeigt auch im internationalen Vergleich die Wirksamkeit der bestehenden Regelungen.

5. Keine zusätzlichen Anreize im Compliance-Bereich

Unternehmen haben längst erkannt, dass der Aufbau eines Compliance-Systems eine große Rolle für die Innen- und die Außendarstellung des Unternehmens spielt. Denn bereits aus Reputationsgründen ist den Unternehmen an der rechtskonformen Teilnahme am Marktgeschehen gelegen. Für die Pflege und den Ausbau dieser Systeme wird ein erheblicher finanzieller und organisatorischer Aufwand betrieben. Schon insofern bedarf es keiner zusätzlichen Anreize zur Etablierung eines entsprechenden Systems.

Des Weiteren stellt die nach dem geltenden Recht praktizierte Eintragung von Bußgeldern gegen das Unternehmen in das Gewerbezentralregister (vgl. § 149 Abs.

2 Nr. 3 GewO) eine erhebliche und durchaus gefürchtete Sanktion dar, insbesondere aufgrund der damit verbundenen Folgewirkungen. Eintragungen im Gewerbezentralregister können z.B. zu einer negativen Bewertung der Zuverlässigkeit im Rahmen von Ausschreibungen oder Genehmigungsverfahren führen. Schon dies setzt, ebenso wie der mit den meist öffentlichkeitswirksamen Verfahren verbundene Imageschaden, einen sehr starken Compliance-Anreiz. Entgegen der Gesetzesbegründung würde der vorgelegte VerSanG-E daher keine neuen Anreize im Compliance-Bereich der Unternehmen schaffen.

III. Bedenken gegenüber einzelnen materiell-rechtlichen Bestimmungen

Neben den soeben dargestellten allgemeinen Bedenken gegen die Einführung eines eigenständigen Verbandssanktionengesetzes bestehen ebenfalls Schwächen in der konkreten Ausgestaltung der vorgesehenen materiell-rechtlichen Bestimmungen. Insbesondere enthält der Entwurf unzählige unbestimmte Rechtsbegriffe, die auf Verbandsseite eine erhebliche Rechtsunsicherheit hervorrufen würden. Des Weiteren vermag der Entwurf auch aus gesetzestechnischer Sicht im Einzelnen nicht zu überzeugen.

1. Anwendungsbereich

a) Regelungsbereich

Der Regelungsbereich des Gesetzes umfasst nach § 1 VerSanG-E *„die Sanktionierung von Verbänden, deren Zweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, wegen Straftaten, durch die Pflichten, die den Verband treffen, verletzt worden sind oder durch die der Verband bereichert worden ist oder werden sollte“*.

Nach der Legaldefinition in § 2 Abs. 1 Nr. 1 VerSanG-E sind „Verband“ i.d.S. juristische Personen des öffentlichen oder privaten Rechts, nicht rechtsfähige Vereine und rechtsfähige Personengesellschaften. Ob der Zweck des Verbandes auf einen „wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb“ gerichtet ist, richtet sich nach dem Maßstab der für §§ 21, 22 BGB entwickelten Grundsätzen für ideelle und wirtschaftliche Vereine.

Es ist grundsätzlich konsequent, dass der Gesetzesentwurf nicht ausschließlich Unternehmen unterschiedlicher Rechtsformen, sondern eben alle Verbände umfasst, die einen wirtschaftlichen Zweck verfolgen. Nur so kann zunächst einer Ungleichbehandlung verschiedener Organisationen und der freien Rechtsformwahl begegnet werden. Erfasst werden allerdings nur die Vereine, die „im Hauptzweck“ auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet sind. Wie bereits heute die Eintragung von Verbänden ins Vereinsregister zeigt, kann dies im Einzelfall schwierig zu bestimmen sein und ist mit dem Bestimmtheitsgrundsatz nicht vereinbar.

b) „Verbandstat“

Bislang sieht der Gesetzesentwurf die Sanktionierung von „Verbandstaten“ vor. Dabei definiert § 2 Abs. 1 Nr. 3 VerSanG-E die Verbandstat als *„eine Straftat durch die Pflichten, die den Verband treffen, verletzt worden sind oder durch die der Verband bereichert worden ist oder werden sollte.“* Diese Begriffsdefinition ist für das gesamte VerSanG-E entscheidend, da an sie die Sanktionsverhängung von Unternehmen anknüpft, §§ 3, 8 VerSanG-E. Ausweislich der Gesetzesbegründung kann dies jede Straftat sein, wenn das Kriterium der Verbandsbereicherung oder Verletzung von Verbandspflichten erfüllt ist (S. 75).

Die Verbandstat soll tatbestandsmäßig, rechtswidrig und zugleich schuldhaft sein (S. 75). Dies umfasst auch jede Straftat unabhängig von einem Vermögensbezug oder Deliktscharakter, so dass auch durch fahrlässiges Verhalten verursachte Betriebsunfälle denkbar sind. Es ist dabei sogar unerheblich, ob der konkrete Täter der Verbandsstraftat feststeht, es reicht aus, dass die Begehung einer Verbandstat durch jemanden im Verband festgestellt werden kann (S.84).

Diese Regelung wirft insoweit mehrere Fragen auf, die der erforderlichen Rechtssicherheit und dem Bestimmtheitsgrundsatz nicht genügen. Zum einen können allenfalls vollständig verwirklichte Straftaten einer natürlichen Person Anknüpfungspunkt einer Verbandssanktion sein. Die Verhängung strafrechtlicher Sanktionen gegen einen Verband für Taten, die einer für die Organisation handelnden natürlichen Person nicht zweifelsfrei nachgewiesen werden können, ist nicht akzeptabel. Zum anderen verunsichert die Formulierung auch insofern, als dass unklar bleibt, dass Verbandstaten von Leitungspersonen, die sich ausschließlich gegen den Verband selbst richten, nicht eindeutig ausgenommen werden. Dies muss bereits aus dem Gesetzestext unmissverständlich hervorgehen. Eine Erläuterung lediglich in der Gesetzesbegründung ist für die Definition nicht ausreichend. Es bestünde insoweit Korrektur- und Klarstellungsbedarf.

c) „Hoheitliches Handeln“

Nach dem vorliegenden Entwurf wird wegen einer Verbandstat, die in Vornahme hoheitlichen Handelns begangen wird, eine Verbandssanktion nicht verhängt, § 5 Nr. 3 VerSanG-E.

Vor dem Hintergrund, dass Straftaten, die in Ausübung hoheitlicher Befugnisse verübt werden, im StGB regelmäßig mit höherer Strafe bedroht sind (vgl. die sog. Amtsdelikte), verwundert dies. Es erscheint nicht nur vor dem Hintergrund der Bindung an die verfassungsmäßige Ordnung sowie an Recht und Gesetz gem. Art. 20 Abs. 3 und 34 GG inkonsequent, wenn beliebige Unternehmen oder öffentliche Betriebe, die für den Staat hoheitliche Befugnisse wahrnehmen und in denen

sich handelnde Personen dabei z. B. bestechen lassen, nicht bestraft werden sollten. Es wäre daher zunächst normativ klarzustellen, was eigentlich mit hoheitlichem Handeln gemeint sein soll. Daneben wären etwaige (Wertungs-)Widersprüche aufzulösen.

2. Verbandsverantwortlichkeit

a) Verbandsverantwortlichkeit für Taten von Leitungspersonen (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 VerSanG-E)

Zentraler Punkt für die Zurechnung der Verantwortlichkeit des Unternehmens für Verbands(straf)taten soll die Verbandsverantwortlichkeit gemäß § 3 Abs. 1 VerSanG-E sein. Danach „wird“ gegen einen Verband (Normierung des Legalitätsprinzips) eine Verbandssanktion verhängt, wenn jemand als „*Leitungsperson*“ eine „*Verbandstat*“ begangen hat.

§ 3 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 2 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E umfasst die Zurechnung von Verbandstaten von Leitungspersonen und sonstigen Personen, die für die Leitung des Betriebs oder Unternehmens eines Verbands verantwortlich handeln, „*wozu auch die Überwachung der Geschäftsführung oder die sonstige Ausübung von Kontrollbefugnissen in leitender Stellung gehört*“. Dabei kommt es der Entwurfsbegründung zufolge (wie in § 30 OWiG) auf eine rein faktische Betrachtungsweise und nicht auf eine formale Rechtsstellung an (vgl. S. 74 f.). Die Entwurfsbegründung zählt beispielhaft ausdrücklich je nach Ausgestaltung des übernommenen Verantwortungsbereiches Rechnungsprüfer, mit Weisungsbefugnissen ausgestattete Umwelt- oder Datenschutzbeauftragte, den Compliance-Beauftragten und den Leiter einer Innenrevision auf (vgl. S.75). Der Begriff der Leitungsperson ist also denkbar weit gefasst. Die Zurechnung erfolgt dabei von individuellen Straftaten von Leitungspersonen oder sonstigen Dritten mit faktischer Leitungsstellung an das Unternehmen, ohne dass dem Unternehmen selbst ein Unrechtsvorwurf gemacht wird oder ein Organisationsverschulden erforderlich wäre. Es handelt sich vielmehr um eine unmittelbare und ohne weitere Voraussetzungen verschuldensunabhängige Zurechnung von Verbandstaten an das Unternehmen selbst. Dabei ist es sogar unerheblich, ob die Leitungsperson bei der Straftat innerhalb oder außerhalb ihres Zuständigkeitsbereichs gehandelt hat (S.78). Dies stellt schon rein tatsächlich ein für Unternehmen nicht kalkulierbares Risiko dar.

Überdies ist dieses Vorgehen mit dem Schuldprinzip nicht vereinbar und rechtsdogmatisch höchst problematisch. Denn nach dem Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches, § 25 Abs. 1 StGB, muss die Strafe auf eine eigene Verantwortung des Täters zurückgehen: Als Täter wird bestraft, wer die Straftat selbst oder durch einen anderen begeht. Es muss also der Verband selbst eine Straftat begehen oder es müssen starke Zurechnungsgründe vorliegen. Zu diesem zentralen Punkt der

Zurechnung bzw. Sanktionierung des Verbandes äußert sich die Gesetzesbegründung schlicht nicht (vgl. S. 77 ff). Es ist nicht ersichtlich, wo der verbandseigene Tatvorwurf sein soll und wie dieser als eigener Unrechtsbeitrag zugerechnet werden kann.

Gleichwohl die Vorschrift in Anlehnung an § 30 OWiG gestaltet ist und sich dort dasselbe rechtsdogmatische Problem stellt, wird dies dort jedenfalls durch das dort geltende Opportunitätsprinzip entschärft. Im vorliegenden VerSanG-E gilt aber das Legalitätsprinzip eben auch und gerade über diese Vorschrift. Ein Ermessen der Verfolgungsbehörden findet also nicht statt, so dass bei Verdacht einer Verbandstat durch einen Individualtäter gegen den Verband selbst zwangsermittelt wird, unabhängig davon, ob z.B. ein eigener Unrechtsbeitrag seitens des Unternehmens besteht oder nicht. Nach dem VerSanG-E werden Compliancemaßnahmen lediglich bei der Zumessung berücksichtigt, nicht aber auf der Seite des Tatbestands oder für ein Entkräften des Tatvorwurfs.

Die verschuldensunabhängige Sanktionierung des Verbandes selbst neben der Sanktion des Individualtäters verstößt gegen Eckpfeiler der strafrechtlichen Rechtsdogmatik.

b) Verbandsverantwortlichkeit für sonst in Wahrnehmung der Angelegenheiten des Verbands handelnden Personen – Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz (§ 3 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E)

Gegen einen Verband wird nach § 3 Abs.1 Nr. 2 VerSanG-E auch eine Verbandssanktion verhängt, wenn jemand als Nichtleitungsperson, aber „*sonst in Wahrnehmung der Angelegenheiten des Verbandes*“ eine Verbandstat begangen hat und eine Leitungsperson die Straftat die Tat durch „*angemessene Vorkehrungen*“ hätte verhindern oder wesentlich erschweren können.

Die Vorschrift ist konzeptionell § 130 OWiG für Straftaten bei Nichtleitungspersonen bei Aufsichtspflichtverletzung nachgebildet. Allerdings handelt es sich hier um eine erhebliche Verschärfung der Rechtslage bei Aufsichtspflichtverletzungen:

aa) „rein objektiv pflichtwidriges (schuldunabhängiges) Unterlassen“

Nach der Entwurfsbegründung muss das Unterlassen der Vorkehrungen objektiv pflichtwidrig und die dadurch geschaffene Gefahr objektiv erkennbar sein (S.79). Die Verbandssanktion stützt sich also auf ein rein pflichtwidriges Unterlassen. Die Anknüpfung der Verbandsverantwortlichkeit erfolgt an die volldeliktisch begangene Straftat und das Unterlassen der Vorkehrungen ist objektiv festzustellen. Es soll ausweislich der Begründung nicht einmal erforderlich sein, dass die Leitungsperson wie bei § 130 OWiG die Aufsichtsmaßnahme vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat. Allein ein pflichtwidriges Unterlassen ist kein Anknüpfungspunkt

für ein (straf-)rechtlich erforderliches vorwerfbares, schuldhaftes Handeln, allein die Annahme eines objektiv pflichtwidrigen Unterlassens soll als Sanktionsgrundlage ausreichen. Zumindest müsste die Verbandsverantwortlichkeit für aus dem Unternehmen heraus begangene Straftaten wie im bestehenden Recht nach § 130 OWiG dergestalt eingegrenzt werden, dass eine Leitungsperson Aufsichtsmaßnahmen vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat.

bb) „Angemessene Vorkehrungen zur Vermeidung von Verbandstaten“: Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz und fehlender Anreiz für Compliance

Das VerSanG-E will der Schaffung von Compliance-Anreizen dienen und zitiert daher an verschiedenen Stellen „*angemessene Vorkehrungen zur Vermeidung von Verbandstaten*“. Neben § 3 Abs. 1 Nr. 2 findet sich diese auch in §§ 15 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 Nrn. 6, 7 sowie §§ 35 Abs. 1 S. 1 und § 36 Abs. 1 S.1 VerSanG-E. Gänzlich unklar bleibt jedoch, worin „angemessene Vorkehrungen“ liegen könnten. Der Entwurf beschreibt dies an keiner Stelle und lässt den Rechtsanwender damit im Unklaren darüber, was genau von ihm verlangt wird.

Überdies wird im Rahmen des § 3 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E bzgl. der Verhinderung / Erschwerung auf eine ex-post-Betrachtung abgestellt. Es werden jedoch immer Konstellationen denkbar sein, die die Straftat hätten verhindern oder wesentlich erschweren können. Es ist zu befürchten, dass uferlose Sanktionsmöglichkeiten für Unternehmen geschaffen werden, ohne an dieser Stelle - und ganz im Gegensatz zu § 17 VerSanG-E - klare Kriterien vorzugeben, wie Leitungspersonen bzw. Unternehmen angemessene Vorkehrungen treffen können, um die Integrität in der Wirtschaft zu fördern. Es besteht daher die Gefahr, dass allein aufgrund des Vorliegens eines Rechtsverstößes auf einen Organisationsmangel ohne Exkulpationsmöglichkeit geschlossen wird.

Zwar sollen nach der Entwurfsbegründung bei kleinen und mittleren Unternehmen wenige einfache Maßnahmen ausreichend sein und „Zukauf“ von Compliance-Programmen oder von Zertifizierungen nicht erforderlich (vgl. S. 79). Allerdings droht hier eine Pseudofreiwilligkeit der Zertifizierung, die den Rechtsanwendern nur eine scheinbare Rechtssicherheit vermitteln würde.

Zugleich wird damit externen Beratern ein unerschöpfliches Geschäftsmodell erschlossen, was neben intern erzeugten Bürokratiekosten weitere Ausgaben verursachen würde. Dies würde jedoch vor allem die kleinen und mittelständischen Unternehmen, insbesondere diejenigen ohne eigene Rechtsabteilung, unverhältnismäßig treffen.

cc) Kreis der tauglichen Täter nicht eingrenzbar

Der Verband ist auch verantwortlich für Verbandstaten von Nichtleitungspersonen in Wahrnehmung von Verbandsangelegenheiten, wenn die Straftaten verhindert oder wesentlich erschwert werden können. Dies sind ausweislich der Begründung auch betriebsfremde Personen, wenn sie mit Aufgaben der Wahrnehmung von Angelegenheiten des Verbands betraut worden sind und dem Weisungs- und Direktionsrecht des Unternehmens unterliegen (S. 78), also z.B. externe Berater.

Dies ist eine deutliche Verschärfung der bisherigen Rechtslage nach § 130 OWiG. Demnach ist bei einer Straftat einer Nichtleitungsperson bei einer Aufsichtspflichtverletzung durch eine Leitungsperson eine Geldbuße bis zu 10 Mio. EUR vorgesehen (§ 130 Abs. 3 S. 1,2 OWiG). Nunmehr wird ein Aufsichtspflichtverstoß einer Verbandstat einer Leitungsperson gleichgestellt und kann bis zu einer Höhe von bis zu 10 % des Konzernumsatzes sanktioniert werden (§ 9 Abs. 2 VerSanG-E).

Überdies steht zu befürchten, dass bei Erfassung von Auslandstaten in den Fällen des § 2 Abs. 2 VerSanG-E sogar eine Verbandstat eines ausländischen Mitarbeiters einer deutschen Tochtergesellschaft im Ausland mit Sitz der Konzernmutter im Inland dem Unternehmen zugerechnet wird. Damit wird die Haftung gerade für weltweit tätige Verbände uferlos. Überdies würde das Doppelbestrafungsverbot (ne bis in idem) aus Art. 103 Abs. 3 GG nicht ausreichend berücksichtigt. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass nach § 38 Abs. 1 VerSanG-E das Absehen von der Verfolgung bei erwarteter Sanktionierung im Ausland in das Ermessen der Verfolgungsbehörde gestellt wird.

Sollten die leitenden Personen sich gegen diese Risiken mittels Versicherungen absichern wollen, wären auch insofern ein weiterer beträchtlicher organisatorischer und finanzieller Aufwand zu erwarten.

c) Rechtsnachfolge

Außerdem ist die in § 6 VerSanG-E vorgesehene Haftungsausdehnung auf Rechtsnachfolger des handelnden Verbandes abzulehnen. Wengleich im Ordnungswidrigkeitenrecht eine Sanktion gegen den Rechtsnachfolger verhängt werden kann (vgl. § 30 Abs. 2a OWiG), darf dies nicht ohne Weiteres auf das Strafrecht übertragen werden. Auch im Individualstrafrecht kann die strafrechtliche Verantwortung nicht auf den Rechtsnachfolger des Täters übertragen werden. Entsprechend dem Schuldprinzip kann jeder Täter nur nach seiner eigenen Schuld bestraft werden.

3. Verbandssanktionen

a) Verbandsgeldsanktion

Nach § 9 Abs. 1 VerSanG-E beträgt die Verbandsgeldsanktion bei Vorsatz bis zu 10 Millionen Euro, bei Fahrlässigkeit bis zu 5 Millionen Euro. Sofern allerdings ein Verband in den letzten drei Geschäftsjahren mehr als 100 Millionen Euro umgesetzt hat, beträgt die Geldsanktion bis zu 10 % des durchschnittlichen Jahresumsatzes, § 9 Abs. 2 VerSanG-E.

Der Sanktionsrahmen orientiert sich zwar an der Bußgeldpraxis in europäischen Kartellsachen, die Begründung im Entwurf dazu vermag aber nicht zu überzeugen. Es mag zwar „*allgemeinen Gerechtigkeitsabwägungen*“ entsprechen, dass das Sanktionsübel „*die Verantwortlichen*“ trifft (S. 85). Ob dies zutrifft, sei dahingestellt. Anders als im Individualstrafrecht trifft die Geldsanktion aber das Unternehmen als solches und damit unmittelbar Anteilseigner beziehungsweise Unternehmensträger und mittelbar die Arbeitnehmer, Gläubiger, Vertragspartner, Gemeinden usw.

Der Sanktionsrahmen an sich bleibt unbegründet und unangemessen. Er lässt keinerlei Differenzierungen zwischen Haupt- und Nebenstraftaten zu und bildet eine erhebliche Drohkulisse, die unter Umständen eine faktische Vernichtung des Unternehmens darstellen kann. „Firma“ und „Marke“ werden betroffen, Integrität von Namen beschädigt und damit Eigentümer und, insbesondere, Familienunternehmer diskreditiert.

Überdies kann die Bemessungsgrundlage auch im grundsätzlichen Ansatz nicht überzeugen. Denn der Umsatz sagt nichts über den wirtschaftlichen Erfolg oder die Leistungsfähigkeit eines Verbandes aus. Es sind keinerlei Korrektive vorgesehen, die eine differenzierende Anwendung bei der Bemessung erlauben. Es fehlt eine Zumessung nach konkreten Kriterien z.B. nach der Höhe des tatbezogenen Umsatzes, die den Vorgang der Bemessung innerhalb des weiteren Sanktionsrahmens leiten. So würde die Sanktion Unternehmen mit kleinen Gewinnen, aber hohem Umsatz deutlich stärker treffen, als Unternehmen mit hohen Gewinnmargen. Letztlich würde die Sanktionshöhe im weiten Ermessen der Behörden und Gerichte liegen. Es steht zu befürchten, dass hierdurch eine rechtsstaatlich bedenkliche „Deal-Kultur“ weiter befeuert werden könnte.

Nicht nachvollziehbar ist es überdies, an den Konzernumsatz anzuknüpfen und nicht an den Einzelumsatz des betroffenen Tochterunternehmens. Auch wenn ein Konzern als „wirtschaftliche Einheit“ operiert, ist es nicht sachgerecht, auf den Konzernumsatz abzustellen. Das zu sanktionierende Unternehmen hat keinen Einfluss auf über- oder gleichgeordnete Unternehmen.

b) Maßgeblicher Zeitpunkt zur Bestimmung des durchschnittlichen Jahresumsatzes

Maßgeblicher Zeitpunkt für die Bestimmung des Sanktionsrahmens ist nicht der Zeitpunkt der Tat, sondern der Zeitpunkt der Verurteilung. Maßgeblich soll der Jahresumsatz für die letzten drei Geschäftsjahre sein, die der Verurteilung vorausgehen (vgl. S. 86). Dies stellt u.a. die M&A-Praxis vor erhebliche Unwägbarkeiten. Denn nunmehr muss die Konzernmutter bei der Akquise eines möglichen Tochterunternehmens die strafrechtlichen Risiken vor der Übernahme noch genauer evaluieren als bisher. Denn wenn es nach der Übernahme zu einem Sanktionsverfahren und einer Verurteilung der Tochtergesellschaft kommt, wird der Sanktionsrahmen nach dem weltweiten Umsatz des Konzerns berechnet, bei dem es selbst originär nicht zu einer Verbandstat gekommen ist.

Überdies stellt die Ausfallhaftung der Konzernmutter nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 VerSanG-E einen Eingriff ins das gesellschaftsrechtliche Trennungsprinzip dar. Nach dem Entwurfstext haften übergeordnete Unternehmen in dem Fall, in dem eine Verbandsgeldsanktion gegen das Tochterunternehmen nicht mehr verhängt oder voraussichtlich nicht vollstreckt werden kann. Anknüpfungspunkt ist dabei die „wirtschaftliche Einheit“. Damit missachtet die vorgesehene Regelung, dass die Muttergesellschaft nicht für Verbindlichkeiten von Tochtergesellschaften haftet, bei denen Kraft Rechtsform eine Haftung der Gesellschafter nicht besteht.

c) Gewinnabschöpfung

Hinzu kommt, dass neben der Verbandsgeldsanktion die Gewinnabschöpfung in Form der Einziehung von Taterträgen weiterhin möglich bleibt (§§ 73 ff. StGB). Die Höhe der Verbandssanktion in Kombination mit der sehr weiten Zurechnung ist für Unternehmen nicht mehr beherrschbar und unverhältnismäßig.

d) Weisungen bei Verbandssanktionsvorbehalt (§ 13 VerSanG-E)

Nach § 13 VerSanG-E kann das Gericht den Verband anweisen, bestimmte Vorkehrungen zur Vermeidung von Verbandstaten zu treffen und diese Vorkehrungen durch Bescheinigung einer sachkundigen Stelle nachzuweisen (sog. Monitoring). Damit wird der dem deutschen Recht bislang unbekannt, im US-amerikanischen Recht aber bereits existierende „Compliance-Monitor“ eingeführt. Offen bleibt jedoch dessen konkrete Ausgestaltung, insbesondere, ob das Kostenrisiko von Unternehmensseite zu tragen ist oder wie der Datenschutz und der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen gewahrt werden soll. Diese, insbesondere finanziellen und organisatorischen Belastungen sind für Unternehmen nicht übersehbar und unverhältnismäßig.

Des Weiteren ist unklar, welche Anforderungen dieser Sachverständige zu erfüllen hat und welche Befugnisse ihm zustehen. Der Begriff der „Bescheinigung“ (vgl. § 13 Abs. 2 S. 1 VerSanG) legt nahe, dass der sachkundigen Stelle eine nachgelagerte Begutachterrolle zukommt. Ob sie vom Unternehmen in die Prozesse zur Maßnahmenumsetzung zu involvieren oder lediglich – im Nachgang – entsprechend ins Bild zu setzen ist, bleibt ebenso offen, wie die Frage, was passiert, wenn die sachkundige Stelle sich nach Prüfung zur Bescheinigung außer Stande sieht. Mangels bislang fehlender Leitplanken zum Prüfungsmaßstab der sachkundigen Stelle im VerSanG-E besteht die Gefahr, dass es zumindest zu einer uneinheitlichen Ahndung von Verbandsstraftaten kommen kann. Hier muss ggf. zumindest eine klarstellende Präzisierung der Rahmenbedingungen erfolgen.

e) Öffentliche Bekanntmachung der Verurteilung des Verbandes (§ 14 VerSanG-E)

Neben der Verhängung einer Verbandssanktion nach § 8 VerSanG-E sieht § 14 S. 1 VerSanG-E die öffentliche Bekanntmachung der Verbandsverurteilung im Fall einer „großen Zahl von Geschädigten“ vor.

Eine solche Möglichkeit wird nachdrücklich abgelehnt. Diese Vorschrift leistet einer öffentlichen Anprangerung Vorschub. Auch wenn die Gesetzesbegründung den Informationscharakter für die betroffenen Personen betont (S. 91), bewirken Veröffentlichungen nachhaltige Reputationsschäden für Unternehmen. Die öffentliche Bekanntmachung ist auch entbehrlich, weil die Hauptverhandlung gegen den Verband ohnehin öffentlich stattfindet.

Die Tilgungsfristen im Sanktionsregister von 10 bis 15 Jahren sind auch im Vergleich zu den Tilgungsfristen im BRZG zu lang und eine unverhältnismäßige Belastung für Unternehmen. Eine Zurschaustellung darf nicht Sinn und Zweck des Verbandssanktionengesetzes sein. Auch im Individualstrafrecht ist eine solche Möglichkeit aus grundgesetzlichen Erwägungen nicht vorgesehen.

Eine Veröffentlichung von strafrechtlichen Verurteilungen gegen Verbände ist zudem für den genannten Zweck des Verbraucherschutzes nicht erforderlich und damit unverhältnismäßig, da entsprechende Informationen bereits nach geltendem Recht für interessierte Kreise zugänglich sind. Verbandssanktionen nach § 30 OWiG sind dem Gewerbezentralregister zu entnehmen. Wenn jemand gegen das Unternehmen vorgehen möchte, kann er die Akteneinsichts- und Auskunftsrechte des Verletzten nach § 406 e StPO i.V.m. § 46 Abs. 3 Satz 3 OWiG wahrnehmen. Soweit die Anknüpfungstat eine Straftat ist, stehen dem Verletzten diesbezüglich alle Rechte nach §§ 403 ff. StPO zu. Bereits nach geltendem Recht sind Verletzte der Tat gemäß § 406 h StPO möglichst frühzeitig auf ihre Rechte hinzuweisen. Bereits dadurch ist der Opferschutz gewährleistet, wenn diese Vorschriften von den Ermittlungsbehörden ordnungsgemäß angewendet werden.

4. Verbandsinterne Untersuchungen (§ 17 VerSanG-E)

a) Grundsätzliches

Der Koalitionsvertrag der Bundesregierung sieht vor, zur Schaffung von Rechtssicherheit für alle Beteiligten gesetzliche Vorgaben für „internal investigations“ zu schaffen, insbesondere mit Blick auf beschlagnahmte Unterlagen und Durchsuchungsmöglichkeiten. Es sollen gesetzliche Anreize zur Aufklärungshilfe durch „internal investigations“ und zur anschließenden Offenlegung der hieraus gewonnenen Erkenntnisse gesetzt werden (vgl. Koalitionsvertrag von CDU, CSU und SPD v. 12. März 2018, Zeilen 5916-5920).

Entgegen der Tatsache, dass der Gesetzgeber interne Untersuchungen im Gesetz regeln und Anreize schaffen will, ist die konkrete Ausgestaltung der vorgesehenen Vorgaben nicht nachvollziehbar. So sind die vorgesehenen Anforderungen zu hoch und werden durch diese gleichzeitig stark eingeschränkt und im Hinblick auf den verfolgten Gesetzeszweck geradezu ad absurdum geführt.

Nach § 17 Abs. 1 VerSanG-E soll das Gericht die Verbandssanktion mildern, wenn eine verbandsinterne Untersuchung nach den dortigen Voraussetzungen durchgeführt worden ist. Milderungstatbestände sollen Anreize schaffen für Verbände, interne Untersuchungen freiwillig durchzuführen, umfassend zu kooperieren und Ergebnisse umfassend offenzulegen. Allerdings laufen die Regelungen des VerSanG-E dem Gesetzeszweck zuwider und weisen erhebliche Probleme auf, z.B. da die Untersuchungsergebnisse nicht vor einem Zugriff seitens der Behörden geschützt sind.

Grundsätzlich ist zunächst positiv zu anzumerken, dass die Kooperation des Verbands mit den Ermittlungsbehörden überhaupt im Rahmen der Strafzumessung berücksichtigt wird. Dies gibt den Verbänden insofern Rechtssicherheit, dass eine Berücksichtigung des Kooperationsbeitrags seitens des Gerichts erfolgt. Überdies ist das Gericht bei der Milderungsentscheidung im Gegensatz zur ursprünglichen Regelung in seinem Ermessen gebunden (vgl. §§ 15 Abs. 3, 17 VerSanG-E). Allerdings werden die Bemühungen des Verbandes lediglich auf Rechtsfolgenseite beachtet. Präventive Anreize auf Tatbestandsseite wie ein Ausschluss, z. B. in Form einer strafbefreienden Selbstanzeige, sind nicht vorgesehen.

Ausweislich der Gesetzesbegründung kann der Verband die vertypete Sanktionsmilderung nach §§ 17,18 VerSanG-E aber nur erhalten, wenn er sich an diese Vorgaben hält, indem die qualitativen Voraussetzungen des § 17 kumulativ erfüllt sind (S. 98). Die Milderung der Verbandssanktion bei Durchführung einer verbandsinternen Untersuchung kann nur dann erfolgen, wenn das Unternehmen umfassend kooperiert, Erkenntnisse den Behörden offenlegt und die verbandsinterne Untersuchung erhebliche qualitative Voraussetzungen erfüllt. Durch die §§ 16 bis

18 VerSanG-E soll ein gestuftes Anreizsystem geschaffen werden (S. 97). Die Aufklärungsleistung kann nach diesen Regelungen sanktionsmildernd berücksichtigt werden, wenn sie tatsächlich zur Aufklärung des Sachverhalts beiträgt. Diese setzt beispielsweise einen wesentlichen Aufklärungsbeitrag einerseits sowie eine ununterbrochene und umfassende Kooperation voraus (vgl. § 17 Nrn. 1 und 3 VerSanG-E).

Dabei soll es grundsätzlich den Verbänden freistehen, ob sie mit den Behörden kooperieren und damit in den Genuss der Milderung kommen möchten oder nicht (vgl. S. 98). Eigene Aufklärungsbemühungen können aber nur dann zur Milderung führen, wenn alle gesetzlich festgelegten Voraussetzungen erfüllt sind, die zum Teil unbestimmte oder schwer erfüllbare Anforderungen enthalten. Neben den vollzugstechnischen Problemen zeugt dies schon von einem grundsätzlichen Misstrauen gegenüber den Unternehmen bzw. Untersuchenden.

b) Einzelfragen

aa) Wesentlicher Beitrag zur Aufklärung der Verbandstat (§ 17 Abs. 1 Nr. 1) - unbestimmter Rechtsbegriff

Nach § 17 Abs. 1 Nr. 1 VerSanG-E ist Voraussetzung für die Milderung, dass der Verband oder der von ihm beauftragte Dritte *„wesentlich dazu beigetragen haben, dass die Verbandstat und die Verbandsverantwortlichkeit“* aufgeklärt werden konnte. Die Begründung lässt offen, wann dies der Fall sein und wie konkret der Beitrag hinsichtlich Qualität und Umfang ausfallen soll.

Es ist überdies unklar, wie die Voraussetzung *„wesentlich dazu beigetragen“* von der zusätzlichen Voraussetzung *„ununterbrochen und uneingeschränkt zusammenzuarbeiten“* des § 17 Abs. 1 Nr. 3 VerSanG-E zu unterscheiden ist.

bb) Trennung zwischen verbandsinterner Untersuchung und Verteidigung (§ 17 Abs. 1 Nr. 2)

§ 17 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E setzt voraus, dass *„der beauftragte Dritte oder die für den beauftragten Dritten bei den verbandsinternen Untersuchungen handelnden Personen nicht Verteidiger des Verbandes oder eines Beschuldigten, dessen Verbandstat dem Sanktionsverfahren zugrunde liegt, sind.“*

Laut der Gesetzesbegründung soll die funktionale Trennung von Verteidigung und verbandsinterner Untersuchung zur Erreichung einer erhöhten Glaubwürdigkeit aufgrund größerer Eigenständigkeit und zu einem Vertrauensvorschuss bei den Verfolgungsbehörden führen (S. 99). Auch wenn dadurch nicht ausgeschlossen sein soll, dass mit der verbandsinternen Untersuchung eine externe Kanzlei beauftragt wird, der auch der Verteidiger des Verbandes oder des Beschuldigten ange-

hört, darf aber dieser nicht an der verbandsinternen Untersuchung mitgewirkt haben, sonst an dieser beteiligt gewesen sein oder unmittelbaren Zugriff auf die Erkenntnisse aus der verbandsinternen Untersuchung haben (S. 99).

Die scheinbare Möglichkeit der Beauftragung unterschiedlicher Rechtsanwälte einer Kanzlei erfordert jedenfalls eine strikte Informationstrennung und führt zu Problemen bei der Umsetzung: Zum einen würde die Regelung dazu führen, dass das Unternehmen entweder einen Verteidiger mit der verbandsinternen Untersuchung beauftragt und damit die Sanktionsmilderung nicht greifen kann oder die Untersuchung durch einen anderen durchgeführt wird und damit jedenfalls ein uneingeschränkter Zugriff auf die Ergebnisse der Untersuchung durch die Verfolgungsbehörden möglich ist. Das Unternehmen würde also schon im Vorfeld bzw. zu Beginn einer internen Untersuchung vor die Entscheidung gestellt, ob es sich verteidigen möchte oder ein uneingeschränkter Zugriff auf die Ergebnisse möglich ist – und dies zu einem Zeitpunkt, in dem das Unternehmen selbst noch nicht die Ergebnisse einer Untersuchung kennt und damit einer strategischen Entscheidung benommen wird. Eine effektive Verteidigung ist also nur bei einer Doppelbeauftragung möglich. Anderenfalls wäre der Verteidiger bis zum Ende der verbandsinternen Untersuchung verpflichtet, das Ende abzuwarten. Es ist rechtsstaatlich fragwürdig, sich nicht effektiv verteidigen zu können.

Überdies erscheint die Trennung „künstlich“, da die Verteidigung auf umfassendem Sachverständnis beruhen muss. Die Doppelbeauftragung ist zeitlich wie ökonomisch aufwendig und nimmt den Unternehmen den Anreiz zur Aufklärung durch interne Untersuchungen. Überdies sind die in der Regel sachnäheren Syndizi faktisch von der Verteidigung ausgenommen. Insbesondere bei kleinen und mittleren Unternehmen stellt sich das Kostenproblem verschärft, als diese oftmals eine Hauskanzlei beauftragt hat, die die gesamte rechtliche Betreuung übernimmt.

Die strikte Trennung von verbandsinterner Untersuchung und Verteidigung führt zudem dazu, dass die Verteidigungsmöglichkeiten von betroffenen Unternehmen auch in ausländischen Ermittlungsverfahren erheblich eingeschränkt werden. International tätige Unternehmen werden häufig mit parallelen Ermittlungen ausländischer Verfolgungsbehörden zum selben Lebenssachverhalt konfrontiert. In einigen Jurisdiktionen sind Unternehmen angehalten, sämtliche Informationen zum Sachverhalt herauszugeben. Dies würde auch die aus den verbandsinternen Untersuchungen gewonnenen Ergebnisse erfassen. Eine Ausnahme oder Beschränkung der in § 17 Abs.1 Nr. 2 VerSanG-E angelegten generellen Zugriffsverweigerung auf diese Erkenntnisse sind vom Gesetzentwurf nicht vorgesehen. Den Unternehmen wird damit auch in diesen Fällen die Verteidigungsmöglichkeit mit den Erkenntnissen aus den verbandsinternen Untersuchungen genommen, obwohl die Sanktionsmilderung nach dem VerSanG-E in ausländischen Verfahren damit nicht verbunden wäre.

Laut Begründung zum VerSanG-E erfolgt die Trennung aufgrund „*potentieller Konflikte, die sich aus einer Verbindung von verbandsinterner Untersuchung und Strafverteidigung ergeben*“ (S. 99). Der Gesetzesentwurf misstraut insoweit der Rechtsanwaltschaft, Interessenkonflikte zu identifizieren und danach zu handeln. Überdies bieten die Regelungen des Berufsrechts bzw. § 258 StGB einem mehr als ausreichenden Schutz vor Missbräuchen.

cc) Beschlagnahmeschutz bei verbandsinternen Untersuchungen

Verbandsinterne Untersuchungen sollen der Entwurfsbegründung zufolge „*der objektiven Aufklärung des Sachverhalts einschließlich aller belastenden und entlastenden Umstände*“ dienen (vgl. S. 99). Die Verteidigung des Unternehmens allerdings erfordert die Klärung der zugrundeliegenden Fakten, die für das Unternehmen sprechen und es entlasten. Die Sachverhaltsermittlung und Verteidigung des Unternehmens kann also schon beginnen, bevor sich der Verband durch ein von außen aufgezwungenes Verfahren mit einer konkreten Beschuldigtenstellung konfrontiert sieht. Dies führt zu einem weiteren damit einhergehenden Manko, nämlich dem fehlenden Beschlagnahmeschutz.

Nach der Konzeption des VerSanG-E sind zunächst alle Unterlagen aus internen Untersuchungen beschlagnahmefähig. Dies nimmt den Verbänden die Wahlfreiheit, ob und in wieweit sie mit den Behörden kooperieren bzw. sich verteidigen möchten. Es besteht kein Schutz von Ergebnissen interner Untersuchungen, wenn sich der Verband entscheidet, nicht oder nicht vollständig zu kooperieren, sondern sich zu verteidigen, sofern der Verband noch nicht Beschuldigter ist. Die Regelungen zwingen den Verband in eine „freiwillige“ Kooperation, wenn der Verband in den Genuss der Strafmilderung kommen möchte. Dies führt zu einem unausweichlichen Dilemma: Die Regelungen machen den Verband zum Ankläger gegen sich selbst. Die Unternehmensleitung liefe Gefahr, sich selbst zu belasten, wenn sie nicht in Verdacht geraten möchte, Abläufe oder Ereignisse zu verschleiern. Wenn es aber dem Verband freistehen soll, ob er kooperieren möchte oder sich verteidigen möchte, ist dem Verband eine echte Wahlfreiheit zuzugestehen. Dies kann nur gelingen, wenn er sich effektiv schützen kann. Das bedeutet, dass es ein Beschlagnahmeverbot schon während der verbandsinternen Untersuchung geben muss und der Verband noch nicht Beschuldigter ist. Der Beschlagnahmeschutz würde nicht zuletzt auch insbesondere die kleinen und mittleren Unternehmen entlasten, die mangels eigener Rechts- oder Complianceabteilung u.U. die Brisanz der fehlenden Wahlfreiheit nach der jetzigen Fassung des VerSanG-E gar nicht erkennen können.

Nach § 27 VerSanG-E sind für den Verband im Sanktionsverfahren die Vorschriften der StPO über den Beschuldigten und damit auch über den Beschlagnahmeschutz entsprechend anzuwenden. Nach § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO-E sollen durch

eine Änderung der StPO Beschlagnahmeverbote ausdrücklich auf das Vertrauensverhältnis zum Beschuldigten erstreckt werden (S.3 9 zu Art. 4 Änderung der StPO). Aufgrund der durch § 27 VerSanG-E erfolgten Gleichstellung sind laut Begründung die Beschlagnahmeverbote des § 97 StPO aber erst ab dem Zeitpunkt anzuwenden, ab dem dem Verband die Stellung eines Beschuldigten zukommt (vgl. S. 110). Eine Beschuldigtenstellung kommt jedoch nicht in Betracht, wenn die Ermittlungen sich nicht gegen den konkreten Verband richten; getrennte Verfahren gegen verschiedene Konzerngesellschaften begründen keine beschuldigtenähnliche Stellung der Gesellschaften (vgl. BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 27.06.2018 – 2 BvR 1405/17, S. 138). Dies dürfte im Umkehrschluss dazu führen, dass alle Unterlagen beschlagnahmefähig sind, die außerhalb eines konkreten Beschuldigten-Verteidigungsverhältnisses entstanden sind. Es ist unerklärlich, worin die Klärung einer „*erheblichen Rechtsunsicherheit*“ besteht (vgl. S.137).

In der Konsequenz bedeutet dies, dass die Beschlagnahme von Unterlagen durch die Ermittlungsbehörden bereits im Rahmen der internen Untersuchung zulässig sein soll. Eine frühzeitige freiwillige Sachverhaltsaufklärung ist nicht möglich. Unternehmen geraten in die Zwickmühle, wenn sie selbst sanktionsmindernd Aufklärung betreiben wollen, aber gleichzeitig Gefahr laufen, sich selbst zu belasten. Der internen Untersuchung wird der Anreiz genommen. Der Verband wird so zum „Hilfsbeamten der Staatsanwaltschaft“, denn es erfolgt gleichsam eine Privatisierung des Ermittlungsverfahrens durch verbandsinterne Untersuchungen.

Zur Besserung wären Beschlagnahmeverbote für Aufzeichnungen über interne Untersuchungen gesetzlich anzuordnen. Da Unternehmen selbst nicht handlungsfähig sind, sind in jedem Fall den Organmitgliedern Auskunfts-, Zeugnis- und Mitwirkungsverweigerungsrechte einzuräumen, externen Rechtsanwälten und Syndizi müssen privilegiert sein und ein Zeugnisverweigerungsrecht hinsichtlich ihrer Ergebnisse haben. Sonst laufen rechtsstaatlich garantierte Beschuldigtenrechte ins Leere.

dd) Ununterbrochene und uneingeschränkte Kooperation (§ 17 Abs. 1 Nr. 3 VerSanG-E)

Nach § 17 Abs. 1 Nr. 3 VerSanG-E soll das Gericht die Verbandssanktion mildern, wenn der Verband oder von ihm beauftragte Dritte ununterbrochen und uneingeschränkt mit den Verfolgungsbehörden zusammenarbeiten.

Ausweislich der Gesetzesbegründung müssen der Verband oder die von ihm beauftragten Dritten ununterbrochen und uneingeschränkt kooperieren, insbesondere Zwischenberichte oder Fragen der Verfolgungsbehörde beantworten. Informationen über verbandsinterne Untersuchungen und ihren Ablauf dürfen nicht zurückgehalten werden (vgl. S.99).

Diese Regelung ist unter verschiedenen Gesichtspunkten problematisch. Auch hier wird der Verband qua Gesetzes zur Kooperation gezwungen. Unklar ist, in welchem Umfang die Kooperationsverpflichtung besteht (vgl. auch oben Abschnitt 4. b. aa)).

Grundsätzlich gelten die Beschuldigtenrechte der StPO (§ 27 VerSanG-E), also insbesondere auch das Recht, sich nicht selbst zu belasten. Allerdings wird ein solches Recht angesichts einer solchen umfassenden Kooperationsforderung faktisch entwertet. Denn im Ergebnis kann der Verband im Sinne der Regelungen nur zusammenarbeiten, wenn er bereit ist, sich selbst zu belasten, zumal die konkrete Ausgestaltung der Zusammenarbeit im Ermessen der Behörde stehen soll (vgl. S. 99).

Bei Offenbarung einer Verbandstat muss sich das Unternehmen entscheiden, ob es sich verteidigen oder mit den Verfolgungsbehörden kooperieren will. Die Unternehmensleitung befindet sich in demselben Dilemma wie unter der Voraussetzung des § 17 Abs. 1 Nr. 1 VerSanG-E, wenn das Unternehmen zunächst intern ermitteln würde (vgl. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG: Über vertrauliche Angaben und Geheimnisse der Gesellschaft, namentlich Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse, die den Vorstandsmitgliedern durch ihre Tätigkeit im Vorstand bekanntgeworden sind, haben sie Stillschweigen zu bewahren). In dem Fall, in dem die Verfolgungsbehörde allerdings an den Verband „herantritt“, kann die Sanktionsmilderung nur erlangt werden, wenn der Verband „unverzüglich“, also innerhalb „kurzer Frist“ kooperiert (S.100). Die Regelung ist zu unbestimmt und sorgt auch im Hinblick auf das Trennungsgebot für Rechtsunsicherheit.

ee) Überlassen des Ergebnisses der verbandsinternen Untersuchung einschließlich aller für die Untersuchung wesentlichen Dokumente sowie des Abschlussberichts (§ 17 Abs. 1 Nr. 4 VerSanG-E)

§ 17 Abs. 1 Nr. 4 VerSanG-E setzt für die Milderung der Verbandssanktionen voraus, dass *„der Verband oder der von ihm beauftragte Dritte den Verfolgungsbehörden nach Abschluss der verbandsinternen Untersuchung das Ergebnis der verbandsinternen Untersuchung einschließlich aller für die verbandsinterne Untersuchung wesentlichen Dokumente, auf denen dieses Ergebnis beruht, sowie des Abschlussberichts zur Verfügung stellen“*. Es ist bislang nicht geregelt und daher klarstellungsbedürftig, ob und inwieweit Zufallsfunde verwertet werden sollen können.

ff) Beachtung der Grundsätze eines fairen Verfahrens (§ 17 Abs. 1 Nr. 5 Ziff. a-c VerSanG-E)

Nach § 17 Abs. 1 Nr. 5 lit. a-c VerSanG-E muss die verbandsinterne Untersuchung *„unter Beachtung der Grundsätze eines fairen Verfahrens durchgeführt werden“*:

Insbesondere muss ein im Rahmen der Untersuchung zu befragender Mitarbeiter vor der Befragung darauf hingewiesen werden, dass seine Auskünfte in einem Strafverfahren gegen ihn verwendet werden können. Ihm muss das Recht eingeräumt werden, einen anwaltlichen Beistand oder ein Mitglied des Betriebsrats zu Befragungen hinzuzuziehen und die Befragten müssen auf dieses Recht vor der Befragung hingewiesen werden. Schließlich muss den Befragten das Recht eingeräumt werden die Auskunft auf solche Fragen zu verweigern, deren Beantwortung sie selbst oder die in § 52 Absatz 1 StPO bezeichneten Angehörigen gefährden würde, wegen einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit verfolgt zu werden, und die Befragten müssen auf dieses Recht vor der Befragung hingewiesen werden.

Mitarbeiterbefragungen sind der Entwurfsbegründung zufolge *„häufig [...] Kern verbandsinterner Untersuchungen, [...] aber auch mit Risiken für die staatlichen Ermittlungen verbunden“* (S. 100).

Wie geschildert setzt die sanktionsmildernde Berücksichtigung nach der Entwurfsbegründung voraus, dass die verbandsinterne Untersuchung tatsächlich einen wesentlichen Beitrag zur Sachverhaltsaufklärung geleistet hat (§ 17 Abs. 1 Nr. 1 VerSanG-E). Wird aber den Mitarbeitern ein Auskunftsverweigerungsrecht zugestanden, begründet dies die Gefahr, dass das Unternehmen keinen sanktionsmildernden Beitrag zur Sachverhaltsaufklärung leisten kann. Denn die wichtigste Ressource für Informationen über unternehmensinterne Abläufe sind die Mitarbeiter. Mitarbeiterbefragungen sind grundlegender Bestandteil interner Sachverhaltsaufklärung. Dass diese unternehmensinterne Sachverhaltsaufklärung mit den Auskünften der Mitarbeiter *„steht und fällt“*, gibt der Entwurf an anderer Stelle im Zusammenhang mit dem staatlichen Zugriff auf Auskünfte des Mitarbeiters selbst zu erkennen. Es heißt in der Begründung: *„Ein Beweisverwertungsverbot würde die Entscheidung über die Verwertbarkeit der Interviewprotokolle weitgehend in die Hände der privaten Untersuchungsführer legen“* (S. 102). An anderer Stelle heißt es, dass es *„bei einer Widerspruchslösung in der Hand der befragten Mitarbeiter [liegen würde], ob das Unternehmen einen sanktionsmildernden Beitrag zur Sachverhaltsaufklärung leisten kann oder nicht“* (S. 103).

Ebenso in der Hand des Mitarbeiters liegt der sanktionsmildernde Beitrag aber auch, wenn ihm ein Auskunftsverweigerungsrecht eingeräumt wird. Zudem wird in der Begründung ausgeführt: *„Zwar kann auch die Einhaltung arbeitsvertraglicher Pflichten für den Betroffenen durchaus erhebliche, mitunter existenzielle Bedeutung zukommen, doch resultiert die hieraus entstehende Konfliktlage bei verbandsinternen Untersuchungen nicht aus einer im Widerspruch zum "nemo tenetur"-Grundsatz stehenden gesetzlichen Auskunftsverpflichtung gegenüber staatlichen Organen, sondern vielmehr aus einer vom Betroffenen freiwillig eingegangenen vertraglichen Verpflichtung gegenüber Privaten“* (S. 102).

Es stellt sich die daher die Frage, was von dieser Verpflichtung im Falle eines Auskunftsverweigerungsrechts übrigbleiben soll. Die zu recht hohen Anforderungen an den Schutz des Arbeitnehmers und die daraus folgenden Widersprüche in der Gesetzesbegründung zeigen die fehlende Sinn- und Zweckhaftigkeit der geplanten Vorschriften zur verbandsinternen Untersuchung, die sich strafmildernd auswirken soll, tatsächlich aber für das Unternehmen einen erheblichen bürokratischen Aufwand bedeuten wird, ohne deren Erfolg beeinflussen zu können. Dieser Aufwand wäre allenfalls dann gerechtfertigt, wenn die strafmildernde Wirkung auch dann eintreten würde, wenn ein Defizit der Sachverhaltsaufklärung nicht auf das Verhalten und die Vorgehensweise des Unternehmens zurückzuführen ist.