

# 06.14

# ZRFC

9. Jahrgang  
Dezember 2014  
Seiten 241 – 288

[www.ZRFCdigital.de](http://www.ZRFCdigital.de)

## Risk, Fraud & Compliance

### Herausgeber:

School of Governance, Risk & Compliance – Steinbeis-Hochschule Berlin

Institute Risk & Fraud Management – Steinbeis-Hochschule Berlin

### Herausgeberbeirat:

*Prof. Dr. Dr. habil. Wolfgang Becker,*  
Otto-Friedrich-Universität Bamberg

*RA Dr. Karl-Heinz Belser,*  
Depré Rechtsanwalts AG

*RA Dr. Christian F. Bosse,*  
Partner, Ernst & Young Law GmbH

*Prof. Dr. Kai-D. Bussmann,*  
Martin-Luther-Universität  
Halle-Wittenberg

*RA Bernd H. Klose,* German Chapter of  
Association of Certified Fraud  
Examiners (ACFE) e. V.

*RA Dr. Rainer Markfort,*  
Partner, Mayer Brown LLP

*RA Dr. Malte Passarge,*  
Passarge + Killmer  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

*Prof. Dr. Volker H. Peemöller,*  
Friedrich-Alexander-Universität  
Erlangen-Nürnberg

*RA Christian Rosinus,*  
Wirtschaftsstrafrechtliche  
Vereinigung e. V., Vorstand

*RA Prof. Dr. Monika Roth,*  
Leiterin DAS Compliance Management,  
Hochschule Luzern

*RA Raimund Röhrich,*  
Lehrbeauftragter der School of  
Governance, Risk & Compliance

*Dr. Frank M. Weller,*  
Partner, KPMG AG

## Prävention und Aufdeckung durch Compliance-Organisationen

### Management

Nachhaltigkeitsmanagement  
im Mittelstand  
[Becker/Ulrich, 246]

### Prevention

Die Rolle des Aufsichtsrats  
in der Compliance  
[Modlinger/Egelhof/Berger, 254]

### Detection

Fraud-Interviews in der  
Abschlussprüfung (Teil 2)  
[Kümpel/Oldewurtel/Wolz, 259]

### Legal

Freisprüche für Ex-Bankvorstände  
der HSH Nordbank AG  
[Dieckmann/Parthum, 268]

Compliance-Prävention belohnen  
[Schefold, 276]

### Beilage

Jahresinhaltsverzeichnis 2014

# Compliance-Prävention belohnen

## Einfache Ergänzungen des Ordnungswidrigkeitengesetzes genügen – ein neues „Verbandssanktionenrecht“ ist kontraproduktiv

RA Dr. Christian Schefold\*

*Derzeit vergeht kaum eine Fachveranstaltung für Unternehmensjuristen und Compliance-Spezialisten ohne den „Stargast“ Klaus Kutschaty, dem Justizminister von NRW, der sein persönliches politisches Ziel eines Verbandsstrafrechts gegen unterschiedliche Herausforderer mit großem Engagement zu verteidigen weiß. Jetzt gibt es Alternativvorschläge – unter anderem das Compliance-Anreiz-Gesetz (CompAG) des Deutschen Instituts für Compliance (DICO), einem zentralen Forum führender Compliance-Praktiker zur konsequenten und praxisbezogenen Förderung und Weiterentwicklung von Compliance in Deutschland.*

### 1. Einleitung

Die Bedenken gegen ein Verbandsstrafrecht sind vielfältig, und es bleibt nach wie vor zweifelhaft, ob das ehrgeizige Vorhaben des Justizministeriums NRW letztendlich in Berlin überhaupt Gehör findet. Aufgrund der derzeitigen Regierungsverhältnisse in Berlin lohnt sich ein Blick in den Koalitionsvertrag vom November 2013. Da heißt es unter anderem im Abschnitt „Kriminalität in allen gesellschaftlichen Bereichen wirksam bekämpfen“: „... Mit Blick auf strafbares Verhalten im Unternehmensbereich bauen wir das Ordnungswidrigkeitenrecht aus. Wir brauchen konkrete und nachvollziehbare Zumessungsregeln für Unternehmensbußen. Wir prüfen ein Unternehmensstrafrecht für multinationale Konzerne. Das Recht der Vermögensabschöpfung werden wir vereinfachen, die vorläufige Sicherstellung von Vermögenswerten erleichtern und eine nachträgliche Vermögensabschöpfung ermöglichen. ...“<sup>1</sup> und „... Wir evaluieren die Vorschriften zur Kronzeugenregelung und zur Verständigung im Strafverfahren. ...“<sup>2</sup> Vorrang hat demnach der Ausbau des Ord-



Dr. Christian Schefold

nungswidrigkeitenrechts, und vielleicht kann man sich danach noch ein Gesetz über die Anwendung deutscher straf- und ordnungsrechtlichen Vorschriften auf internationale Sachverhalte für die „Multinationalen“ vorstellen. Möglicherweise ist dann bereits die Legislaturperiode vorüber.

Die ZRFC hat in den letzten Ausgaben über die Entwicklung berichtet<sup>3</sup> und auch den ersten Entwurf aus NRW kritisiert.<sup>4</sup> Allgemein wird die Notwendigkeit weiterer Gesetzgebungswerke kritisch gese-

hen. Das derzeitige Ordnungswidrigkeitenrecht scheint auch den härtesten Praktikern auszureichen und vielfach entsteht der Eindruck, dass die dort eingeräumten Möglichkeiten bisher selten vollständig ausgeschöpft werden. Wäre ein Verbandsstrafgesetzbuch damit nur ein weiterer Gesetzgebungsband im Bücherregal oder elektronischen Dateispeicher der Juristen?

### 2. Das geltende Recht

In der Tat ist das Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (OWiG) in der Fassung vom 10. Oktober 2013 in seinen Sanktionsmöglichkeiten gegenüber Wirtschaftsunternehmen weitreichend. In Zusammenhang mit dem Strafgesetzbuch und dem kaum noch überschaubaren nebenstrafrechtlichen Vorschriften, der Strafprozessordnung sowie polizei- und verwaltungsrechtlichen Vorschriften stellt es ein mächtiges Instrumentarium dar – wenn man es denn auch nutzen will und es aufgrund mangelnder Kapazitäten überhaupt nutzen kann.

Die zentralen Normen des OWiG für Unternehmen sind die §§ 9, 30 und 130 OWiG. Grob gesprochen stellt § 9 OWiG einerseits den Zusammenhang zwischen dem handelnden Einzelnen und dem durch ihn vertretenen Unternehmen (z. B. hinsichtlich besonderer persönlicher Eigenschaften, Verhältnisse oder Umstände – sogenannter besonderer persönlicher Merkmale) und § 30 OWiG, andererseits den zwischen dem Unternehmen und seinen einzelnen Verantwortlichen dar. § 130 OWiG macht das Management eines Unternehmens schließlich dafür verantwortlich, Aufsichtsmaßnahmen gegen Fehlverhalten im Unternehmen zu treffen. Wird das Management dem nicht gerecht, ist nach § 30 OWiG neben der Geschäfts- und Betriebsleitung auch das Unternehmen ordnungsrechtlich verantwortlich.

Schlichtweg alle denkbaren Pflichtverletzungen im Wirtschaftsleben, die zudem straf- oder ordnungsrechtlich – also nach Strafvorschriften oder Bußgeldvorschriften des jeweils einschlägigen Gesetzes – sanktioniert werden, können nach § 30 Abs. 1 OWiG ein Bußgeld des betroffenen Wirtschaftsunternehmens nach sich ziehen. Die handelnden Personen werden – wenn nicht durch die jeweiligen Gesetze unmittelbar – spätestens über § 9 OWiG erfasst. Übersieht das Unternehmens-

\* Dr. Christian Schefold ist Rechtsanwalt im Düsseldorfer Büro von Mayer Brown LLP.

1 Deutschlands Zukunft gestalten, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD vom 16. 12. 2013, S. 145.

2 Deutschlands Zukunft gestalten, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD vom 16. 12. 2013, S. 146.

3 Schefold, C.: Verbandsgesetzbuch – NRW will Entwurf in den Bundesrat einbringen, in: ZRFC 4/2013, S. 190.

4 Schefold, C.: NRW schlägt Verbandsstrafrecht für den Bund vor, in: ZRFC 6/13, S. 273 ff.

management eine Norm oder schätzt sie als irrelevant ein und trifft keine Vorkehrungen gegen eine mögliche Pflichtverletzung, führt § 130 Abs. 1 OWiG eine durchaus reale Bußgeldgefahr herbei. Das Instrumentarium des Ordnungsrechts – verbunden mit Straf- und Nebenstrafrecht – ist gewaltig, sofern man es bedienen kann.

Als Laie mag man gemeinhin mit dem Ordnungswidrigkeitenrecht zwar nach eigenen, persönlichen Erfahrungen oft nur die Festsetzung von Bußgeldern nach dem Verwarnungs- und Bußgeldkatalog für Verstöße gegen die Straßenverkehrsordnung mit ihrem vergleichsweise geringen Sanktionierungsumfang (dem sog. Knöllchen) verbinden – für Unternehmen ist der Sanktionsumfang aber deutlich höher. Es wird oft übersehen, dass die letzte Erhöhung des Bußgeldhöchstbetrages für vorsätzliches Handeln auf 10 Millionen EUR<sup>5</sup> weit übertroffen werden kann: § 17 Abs. 4 OWiG ermächtigt Behörden und Gerichte die Höchstgrenze dann zu überschreiten, wenn der wirtschaftliche Vorteil der Tat höher als 10 Millionen EUR war. Zudem ist die Abschöpfung der Tatvorteile durch Anordnung des Verfalls möglich.

Ein präziser Blick in die vorhandene Gesetzesmaterie lässt klar erkennen, dass ein durchaus brauchbares Instrumentarium bereits vorhanden ist. Ob weitere Maßnahmen – und dann auch noch ein einem Sondergesetz für Verbände – den vorhandenen Spielraum weiter ausbauen oder eher nur verkomplizieren, sei einmal dahingestellt. Die mangelnden Kapazitäten der öffentlichen Hand, sei es bei Fach- oder Polizeibehörden oder der Staatsanwaltschaft wie den Gerichten, ändern derartige Gesetze nicht – sie verschärfen sie höchstens. Das häufige Scheitern der Staatsanwaltschaften vor Gericht zeigt zudem, dass die Komplexität wirtschaftlicher Vorgänge und die mangelnde Vorhersehbarkeit der Folgen wirtschaftlichen Handelns (Warum hat der Gesetzgeber mit der Business Judgement Rule in § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG unternehmerischen Misserfolg nach gewissenhaften unternehmerischen Entscheidungen sonst von der Pflichtverletzung ausgenommen?) eine Beweisführung mit verfassungsmäßiger Qualität nahezu unmöglich machen. Strafverfolgungsbehörden brauchen in Wirtschaftsverfahren den Deal, die Kooperation mit dem beschuldigten Unternehmen, um letztendlich erfolgreich zu sein. Auch diesen Umstand können Gesetze bei der derzeitigen Ausstattung der öffentlichen Hand nicht beseitigen.

### 3. Warum überhaupt ein „Verbandsanktionenrecht“?

Daher liegt es nahe, das Projekt des Landes NRW nach wie vor mit erheblicher Skepsis zu betrachten und ein Verbandsstrafgesetzbuch rundweg abzulehnen. Die Zahl der vehementen Gegner ist mittlerweile groß und wird immer größer.<sup>6</sup> Die Liste der Diskussionspartner für Herrn Minister Klaus Kutschaty wird da-

her nicht kleiner und die große Zahl der Veranstaltungen nicht abreißen.

Nach den Plänen des NRW-Justizministeriums<sup>7</sup> sollen die Bußgelder des Ordnungswidrigkeitenrechts durch Verbandsstrafen und Verbandsmaßregeln abgelöst werden. Die Verbandsgeldstrafe kann fünf bis 360 Tagessätze umfassen, wobei sich die Höhe des Tagessatzes auf ein Dreihundertsechzigstel des Jahresergebnisses des Unternehmens beziehen soll. Versprochen ist die Festlegung einer Höchstgrenze auf einen noch zu bestimmenden Teil des Jahresumsatzes des betroffenen Unternehmens. Als Strafe ist auch die öffentliche Bekanntmachung der Verurteilung vorgesehen. Gedacht ist ebenfalls an eine Verbandsverwarnung mit Strafvorbehalt: Hier soll eine Besserung durch „Selbstreinigung“ (z.B. Compliance-Management-Systeme) ange-regt und gefördert werden. In eine ähnliche Richtung geht der Plan, eine Bewährungszeit für straffällig gewordene Unternehmen zu verhängen. Eine der möglichen Bewährungsauflagen ist die Ernennung eines sog. Monitors: Das Gericht soll einen Sachverständigen bestimmen können, der in regelmäßigen Abständen über Maßnahmen zur Verbesserung des Compliance-Status im Unternehmen berichtet. Verbandsmaßregeln sollen der Ausschluss von Subventionen sowie von Vergabeverfahren sein. An eine Verbandsauflösung als Ultima Ratio ist ebenfalls gedacht.

Der Entwurf will die Prävention berücksichtigen. Von Sanktionen kann abgesehen werden, wenn seitens des Unternehmens eine Wiedergutmachung erfolgt bzw. Compliance-Maßnahmen zur Unterbindung weiteren Fehlverhaltens unternommen werden. Compliance-Maßnahmen, Berichte über Verbesserungen des Compliance-Status an das Gericht sowie Organisationsänderungen sollen auch als Bewährungsauflagen angeordnet werden können. Bewährungsbegleitend können ferner auch Zahlungen an

5 In der 8. GWB Novelle zum 30. Juni 2013 wurde das Sanktionspotenzial der Bußgeldvorschriften §§ 30 und 130 OWiG verzehnfacht.

6 Vgl. BDI/BDA: Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Einführung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen und sonstigen Verbänden, 31.01.2014.

7 Schefold, C.: Verbandsstrafgesetzbuch – NRW will Entwurf in den Bundesrat einbringen, in: ZRFC 4/2013, S. 109, Schefold, C.: NRW schlägt Verbandsstrafrecht für den Bund vor, in: ZRFC 6/2013, S. 273 ff.

gemeinnützige Organisationen auferlegt werden.

Ein Vorschlag wird den beteiligten Behörden (und insbesondere den Staatsanwaltschaften) bei einem Erfolg des Gesetzesentwurfes erhebliche Kopfschmerzen bereiten: Während bisher im Bereich Ordnungswidrigkeiten die Verfolgung im Ermessen der Behörden stand, soll nun die Staatsanwaltschaft zu Ermittlungen verpflichtet sein (Legalitätsprinzip).

Es gibt vielfältige Kritik an dem Entwurf – auch rechtsmethodische Bedenken. Ein ausführlicher Streit zum Pro und Kontra eines Unternehmensstrafrechts ist in der ZRFC bereits an anderer Stelle geführt worden.<sup>8</sup> Neben dem stets wiederkehrenden Argument, dass das OWiG ausreichende Ahnungsmöglichkeiten<sup>9</sup> biete, bleiben weitere Fragen offen: Insbesondere wird kritisiert, dass die Fiktion einer originären Verbandsschuld<sup>10</sup> eine Abkehr vom bisher geltenden Schuldprinzip darstellt. Wie soll das Individualstrafrecht mit einem neuen Kollektivstrafrecht verbunden werden? Im NRW-Justizministerium spricht man daher nur noch von einem „Verbandssanktionenrecht“ und vermeidet in diesem Zusammenhang den Begriff Strafrecht. Wo ist dann noch ein Unterschied zum bestehenden Ordnungswidrigkeitenrecht? Ist dies nur noch die weitere Ausdehnung des Verfalls auf ein ungehemmtes Bruttoprinzip<sup>11</sup>, eine Totalabschöpfung aller aus kritischen Vorgängen erzielten Umsätze ohne Berücksichtigung jeglicher Kosten? Befürchtet werden ferner rechtstaatlich bedenkliche Verfahrenseinschränkungen etwa bei bisher be-

stehenden Aussageverweigerungsrechten und Beschlagnahmeverboten. Schließlich gilt die Überlegung, einem Unternehmen einen Pflichtverteidiger zur Seite zu stellen, der ähnlich einem Insolvenzverwalter agieren soll, als wenig ausgereift.

#### 4. Gezielter Verbesserungsbedarf

Es mag seltsam klingen, aber mit einer brüskten Ablehnung jeglicher Reform des bestehenden Regimes des OWiG ist Compliance in deutschen Unternehmen nicht gedient. Ein Widerspruch als solcher ist mit Vorsicht auszusprechen. Das gewaltige Instrumentarium des OWiG ist so mächtig, dass einige verfassungsrechtliche Erwägungen dafür sprechen, Grenzen und Präzisierungen vorzunehmen. § 130 Abs. 1 OWiG postuliert eine Aufsichts- und Präventionspflicht der Unternehmens- und Betriebsleitungen.

##### 4.1 Rechtsprechung

Man könnte nun davon ausgehen, dass die Rechtsprechung Kriterien entwickelt hat, die eine ausreichende Erfüllung der Aufsichtspflicht im Sinne des § 130 OWiG charakterisieren könnten. Dabei muss man aber von deutschen Rechtsprechungsgepflogenheiten ausgehen und darf dabei nicht auf anglo-amerikanische Gerichtspraxis schauen. Während das Common Law Fallrecht unter anderem mit den Instrumenten der *ratio decidendi* und des *obiter dicta* Methoden herausgearbeitet haben, die Rechtssätze von Obergerichten allgemeinverbindlich machen, ist jede Entscheidung deutscher Gerichte eine Einzelfallentscheidung. Zwar mag es Rechtsprechungsgrundsätze der Obergerichte geben – jedes Amts- und Landgericht kann hier aber neue, einzelfallbezogene Kriterien entwickeln.

Soeben hat mit dem sogenannten Neubürger-Urteil des Landgerichts München I<sup>12</sup> in einer ersten Instanz eine möglicherweise neue Entwicklung zu den Kriterien einer ausreichenden Aufsichtspflicht der Geschäftsleitungen gemäß § 93 AktG wie auch § 130 OWiG begonnen. Es ist aber die erste Entscheidung in einer wahrscheinlich langen Reihe von Instanzgerichten. Das Verfahren wurde 2010 begonnen, das erste Urteil erging Ende 2013 und noch ist nicht absehbar, wie weitere Instanzen entscheiden werden. Immerhin hat das Landgericht München I deutlich gemacht, dass bei entsprechender Gefährdungslage eine auf Schadensprävention und Risikokontrolle angelegte Compliance-Organisation eingerichtet werden muss.<sup>13</sup> Es muss geprüft werden, ob das implementierte Compliance-System geeignet ist, Verstöße gegen zwingendes Gesetzesrecht zu unterbinden. Mängel hier bedeuten Pflichtverletzungen des Vorstandes.<sup>14</sup> Und dies dürften nicht nur schadenersatzpflichtige Verletzungen von Vorstandspflichten nach § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG sondern – aus dem Prinzip der Rechtseinheit – auch Verstöße gegen § 130 OWiG sein.

8 Hetzer, W.: PRO: Gesetzesvorschlag zum Unternehmensstrafrecht aus NRW, in: ZRFC 1/2014, S. 18 ff.; Rübenstahl, M.: CONTRA: Deutschland braucht kein (solches) Unternehmensstrafrecht, in: ZRFC 1/2014, S. 26 ff.

9 BRAK-Stellungnahme Nr. 15/2014 vom April 2014, Zum Entwurf eines Gesetzes zur Einführung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen und sonstigen Verbänden, S. 5.

10 BRAK-Stellungnahme Nr. 15/2014 vom April 2014, Zum Entwurf eines Gesetzes zur Einführung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen und sonstigen Verbänden, S. 9.

11 BRAK-Stellungnahme Nr. 15/2014 vom April 2014, Zum Entwurf eines Gesetzes zur Einführung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen und sonstigen Verbänden, S. 5.

12 Urteil des LG München I vom 10.12.2013 – Az.: 5 HK O 1287/10.

13 Markfort, R.: Verantwortung der Geschäftsleitung für Compliance, in: ZRFC 4/2014, S. 180, 181.

14 Markfort, R.: Verantwortung der Geschäftsleitung für Compliance, in: ZRFC 4/2014, S. 180, 182.

Aber bezüglich § 130 OWiG ist noch offen, ob Compliance-Management-Systeme (CMS) überhaupt eine ausreichende Erfüllung der gebotenen Aufsichtspflicht darstellen. Sind Ansätze zu einem CMS bereits ausreichend – oder kann nur ein zertifiziertes System hier Entlastung bringen? Sofern der Gesetzgeber präventive Anstrengungen belohnen will, sollte hier ein Handlungsfeld für ihn sein. Er hat die Wahl, ob er das Vorhandensein eines wirksamen CMS als einen Haftungs- sowie Strafausschluss- oder -milderungsgrund *sui generis* positiv bei Sanktionierungen berücksichtigen lassen will.<sup>15</sup>

#### 4.2 Anreize für Compliance?

Ein CMS beugt bereits jetzt der Verantwortung des Unternehmens und seiner Geschäftsleitung bei unbewusst fahrlässigen Unterlassungsdelikten, wie etwa der Verletzung von Aufsichtspflichten nach § 130 OWiG oder Vermögensbetreuungspflichten im Sinne des § 266 StGB, vor. Aktives Tun wie auch Wissen oder Nicht-Wissen-Wollen um Risiken kann aber zu einer Entwertung aller sonstigen Compliance-Anstrengungen führen. Dies ist aber im Rahmen der geltenden Rechtslage im Einzelnen darzustellen und die Gerichte durch alle Instanzen davon zu überzeugen. Hier kann der Gesetzgeber Erleichterung bringen.

Es muss dabei schon die Konzeption eines angemessenen CMS auf der Grundlage einer gewissenhaften Risikoanalyse und die konsequente Umsetzung des Konzepts genügen. Auch wenn die Umsetzung noch nicht vollständig erfolgt ist, aber dargelegt werden kann, dass dies nicht auf Versäumnisse der Geschäftsleitung und der Compliance-Organisation zurückzuführen ist, sollte ein CMS im Aufbau bereits sanktionsmildernd wirken. Einer Behörde darf es nicht mehr möglich sein, bei einem Verstoß die mangelnde Wirksamkeit eines CMS zu präjudizieren und damit jegliche Präventionsanstrengungen beiseite zu wischen. Der Gegenbeweis der Wirksamkeit muss zulässig sein – und redliches Bemühen, welches allein aufgrund schlechter Fortune nicht zur gewünschten Wirksamkeit führt, muss für eine substanzielle Sanktionseinschränkung bereits ausreichen.<sup>16</sup>

15 Schefold, C.: Compliance – Wem hilft's?, in: ZRFC 3/2013, S. 124, 128.

16 Schefold, C.: Compliance – Wem hilft's?, in: ZRFC 3/2013, S. 124, 132.

#### 4.3 Vorschlag der Unternehmensjuristen

Die Fachgruppe Compliance des Bundesverbandes der Unternehmensjuristen (BUJ)<sup>17</sup> hat Ende April 2014 einen eigenen Gesetzesvorschlag veröffentlicht.<sup>18</sup> Dieser setzt nicht auf die Überlegungen aus NRW auf, sondern baut auf das bestehende Ordnungswidrigkeitengesetz mit Änderungs- und Ergänzungsvorschlägen auf. Der BUJ setzt auf ein Anreizsystem und will erreichen, dass Compliance-Maßnahmen im Falle eines Verstoßes bei der Bußgeldbemessung berücksichtigt werden und auch ein Absehen von Sanktionen ermöglichen können. Hierzu benennt der Vorschlag Grundelemente für ein effektives Compliance-System. Sind diese Grundelemente erfüllt, können Bußgelder reduziert bzw. von Sanktionen ganz abgesehen werden.

Kern des Vorschlags ist die Einführung eines gesetzlichen Milderungsgrundes, sofern es trotz entsprechender Compliance-Maßnahmen zu Fehlverhalten ge-

17 Nach eigenen Angaben handelt es sich bei dem im März 2011 gegründeten BUJ um eine berufsständische Vereinigung für Juristen in Rechtsabteilungen von Unternehmen, Institutionen und Körperschaften (Stand April 2004: 1460 Mitglieder). Der BUJ versteht sich als Sprachrohr der Syndikusanwälte und will aktiv an der gesellschaftlichen und politischen Debatte in Deutschland teilnehmen. Bei der Fachgruppe Compliance handelt es sich um eine BUJ-Arbeitsgruppe, deren Schwerpunkt in der Diskussion und Fortentwicklung der juristischen Aspekte der Compliance liegt.

18 BUJ, Gesetzgebungsvorschlag für eine Änderung der §§ 30, 130 des Ordnungswidrigkeitengesetzes (OWiG), April 2014.

kommen ist oder die Unternehmensleitung unverzüglich weitere Maßnahmen als Reaktion auf weiteres, rechtswidriges Verhalten beschließt (sogenannte Selbstreinigung). Ferner soll die Festsetzung einer Geldbuße unterbleiben und auch der Verfall ausgeschlossen sein, wenn das Unternehmen der zuständigen Behörde die Rechtsverletzung angezeigt hat, maßgeblich bei der Aufklärung mitwirkt und Gegenmaßnahmen trifft. Dasselbe gilt, wenn Wiedergutmachung geleistet wird oder ein Schaden überhaupt nicht entstanden ist.

Ferner wird vorgeschlagen, § 130 OWiG zu konkretisieren, in dem Aufsichts- und Organisationspflichten von Unternehmen präziser definiert werden. Maßnahmen müssen dabei in einem angemessenen Verhältnis zur Größe des Betriebs und des von ihm ausgehenden Risikos stehen. Sind diese Pflichten erfüllt, soll § 30 OWiG nicht zur Anwendung kommen. Gleiches gilt, wenn geeignete und angemessene organisatorische oder personelle Maßnahmen ergriffen werden, um vergleichbare Zuwiderhandlungen künftig zu verhindern. Eine Zertifizierung von Compliance-Systemen wird nicht gefordert: Die zuständigen Behörden und Gerichte sollen sich mit den konkreten Maßnahmen beschäftigen und selbst bewerten.

Ein genaueres Augenmerk verdienen die im BUJ-Vorschlag aufgeführten Maßnahmen zur Erfüllung der Aufsichts- und Organisationspflicht nach § 130 OWiG: (1) Weiterhin bleibt es wie bisher bei der sorgfältigen Auswahl, Instruktion, Überwachung und Kontrolle von Mitarbeitern und Aufsichtspersonen, hinzu kommen die Maßnahmen (2) einer regelmäßigen Risikoanalyse, (3) des Erlass von Weisungen und Schulungen zur Prävention, (4) der Möglichkeit für Mitarbeiter, vertraulich Hinweise auf Straftaten und Ordnungswidrigkeiten im Unternehmen an eine geeignete Stelle geben zu können und schließlich (5) die Aufklärung von Verdachtsmomenten und Ahndung entsprechenden Fehlverhaltens.

Die Verfasser sind mit dem Ziel herangetreten, dass Präventions- und Compliance-Maßnahmen in einem angemessenen Verhältnis zur Größe des Betriebs und des von ihm ausgehenden Risikos stehen müssen. Zumindest bei der For-

derung nach einem Whistleblower-System in jedem Unternehmen – vom Handwerksbetrieb bis zum multinationalen Konzern – scheint der Bogen aber überzogen. Es klingt wenig glaubwürdig, wenn die Verfasser hierzu ausführen, dass die Definition bewusst offen gestaltet wurde, damit gerade kleine Unternehmen die Möglichkeit erhalten, eine intern vertrauenswürdige Ansprechperson zu benennen. Hier zeigt sich die Perspektive von Großunternehmen. Wenn das OWiG nicht entsprechend den Vorschlägen des Koalitionsvertrages zu einem Strafgesetzbuch für Multinationale werden soll, ist von einer gesetzlichen Vorgabe für einzelne Compliance-Maßnahmen abzusehen. Nicht nur hier zeigt sich der Vorschlag umfangreich und detailverliebt – aber wenig praxisnah für kleinere und mittlere Unternehmen.

Prozessual wird verlangt, dass das Unternehmen darlegen und glaubhaft machen muss, welche Maßnahmen es zur Erfüllung der Voraussetzungen ergriffen hat bzw. ergreifen wird. Die Verfasser sehen diese Beweislastregel als eine nötige Ergänzung des bestehenden Amtsermittlungsgrundsatzes. Es mag politischer Taktik entsprechen – im Gesetzesentwurf erscheint dies aber als überflüssig: Auch bei einem bestehenden Amtsermittlungsgrundsatz wird ein Unternehmen sich entsprechend mit seinen Präventionsanstrengungen verteidigen müssen. Diese Beweislastregel ist nun sogar gefährlich: Müssen Ermittlungsbehörden danach Präventionsanstrengungen bei der Amtsermittlung nicht mehr berücksichtigen, weil dies nun alleine dem verdächtigen Unternehmen obliegt?

#### 4.4 CompAG – Eine Gesetzesinitiative der Compliance Praktiker von DICO

Das Deutsche Institut für Compliance – DICO e.V.<sup>19</sup> hat nun als Verband der Compliance-Praktiker seinen eigenen Vorschlag präsentiert und ihn gleich Compliance-Anreiz-Gesetz (CompAG) genannt.<sup>20</sup> Und der Vorschlag für ein CompAG hat es in sich: Ziel ist, Anreize für Präventionsmaßnahmen in Unternehmen und Betrieben zu schaffen und damit Wirtschaftskriminalität besser zu bekämpfen. DICO beschränkt sich mit seinem Vorschlag auf die erforderlichen Ergänzungen des OWiG. Dabei stemmt sich DICO gegen unnötigen bürokratischen Aufwand und konzentriert seine Forderungen auf angemessene, international übliche Compliance-Anstrengungen. Compliance soll die Wettbewerbsfähigkeit der in Deutschland tätigen Unternehmen stärken und nicht schwächen.

Die Änderungsvorschläge setzen ebenfalls bei den §§ 30, 130 OWiG an. Kernbereich des DICO-Vorschlags ist eine Ergänzung

19 DICO – Deutsches Institut für Compliance e.V. wurde nach eigenen Angaben im November 2012 in Berlin auf Betreiben führender Compliance-Praktiker und Experten gegründet und vereint Mitglieder aus allen Branchen in Deutschland, darunter namhafte DAX-Unternehmen aber auch viele Unternehmen aus dem Mittelstand, Wirtschaftsprüfungs- und Beratungsgesellschaften sowie renommierte Wissenschaftler. DICO versteht sich als unabhängige, interdisziplinäre Plattform für den Austausch zwischen Wirtschaft, Wissenschaft, Politik und Verwaltung verbunden mit dem Ziel, sich als zentrales Forum für die konsequente und praxisbezogene Förderung und Weiterentwicklung von Compliance in Deutschland zu entwickeln.

20 Compliance-Anreiz-Gesetz – ein Vorschlag des Deutschen Instituts für Compliance – DICO e.V. vom 12. August 2014.

des § 130 Absatz 1 OWiG und zwar in der Definition des bisher unbestimmten Rechtsbegriffs erforderliche Aufsichtsmaßnahmen. Während bisher die Bestellung, sorgfältige Auswahl und Überwachung von Aufsichtspersonen als gesetzliche Orientierungshilfe zur weiteren Auslegung des Begriffs alleine benannt war, ergänzt DICO dies mit der Einführung, sorgfältige Ausgestaltung und Überwachung ausreichender Maßnahmen zur Verhinderung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten im Betrieb oder Unternehmen. Erforderliche Aufsichtsmaßnahmen sind daher nicht nur Aufsichtspersonen, sondern auch Maßnahmen zur Verhinderung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten im Betrieb oder Unternehmen.<sup>21</sup>

Vorgesehen ist auch eine Sanktionsmilderung in § 30 Abs. 2 OWiG und zwar, wenn im Zeitpunkt der Zuwiderhandlung erforderliche Aufsichtsmaßnahmen im Sinne des DICO-Vorschlags bestanden oder unverzüglich getroffen wurden. Hierauf soll dann konsequent auch in § 130 Abs. 3 OWiG verwiesen werden. Damit gilt die Sanktionsmilderung sowohl auf Verbands- als auch auf Individualebene.

So stellt für DICO der CompAG-Vorschlag klar: Es genügt das bestehende Ordnungswidrigkeitenrecht, wenn in Zukunft das vorgeschlagene, abgestufte Sanktionensystem gilt:

- ▶ Tatbestandsausschluss im Rahmen des § 130 OWiG bei ausreichenden Compliance-Maßnahmen,
- ▶ Sanktionsmilderung bei ernsthaftem und nachhaltigem Bemühen um ausreichende Compliance-Maßnahmen und
- ▶ volle Haftung nur bei fehlenden oder unzureichenden Compliance-Maßnahmen.

Eine Sanktionsmilderung – oder gar ein Absehen von Sanktionen – kommt selbst dann in Betracht, wenn im Zeitpunkt der Zuwiderhandlung zwar geeignete und erforderliche Aufsichtsmaßnahmen ergriffen worden waren, aber im Rahmen des § 30 Abs. 1 OWiG eine Zuwiderhandlung außerhalb des Anwendungsbereichs der Vorschrift des § 130 OWiG begangen wird, z. B. eine vorsätzliche Steuerhinterziehung oder eine Korruptionstat durch ein Organ – oder aber die Umgehung eines bestehenden CMS durch neuartiges, unvorhersehbares Tatverhalten. Sanktionsmilderungen liegen im Ermessen und können sich auch an der nach Qualität des Nachtatverhaltens ausrichten. Das CompAG erzeugt in einem mehrstufigen System Anreize zur Schaffung von angemessenen Compliance-Strukturen, ohne Unternehmen unangemessen hohe Bürokratiekosten durch unpassende Detailforderungen aufzuerlegen.

Warum werden keine Maßnahmen konkret definiert? Gerade bei Compliance-Praktikern könnte man es erwarten, dass hier präzise Vorstellungen über erforderliche Compliance-Maßnahmen für jeden Unternehmensgröße und Unternehmenstyp bestehen. Die Praxiserfahrung zeigt aber das genaue Gegenteil. Wie bei vielen Standards<sup>22</sup> zu Compliance-Management-Systemen

werden im CompAG deswegen überhaupt keine Compliance-Maßnahmen angesprochen oder gar explizit definiert. Die Unternehmenswelt und damit auch die Compliance-Welt ist so extrem vielfältig, dass wirksame Compliance-Maßnahmen sehr individuell sein müssen.

Der Hinweis auf die Einführung, sorgfältige Ausgestaltung und Überwachung ausreichender Maßnahmen zur Verhinderung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten im Betrieb oder Unternehmen neben der bereits gesetzlich erwähnten Bestellung, sorgfältige Auswahl und Überwachung von Aufsichtspersonen genügt vollends für den Zweck. Nun sind von Behörden und Gerichten alle Maßnahmen zu berücksichtigen und nicht allein Aufsichtspersonen. Bereits bestehende Wertungsmaßstäbe und Standards werden Unternehmen und ihren Rechtsberatern, Behörden, Gerichten und Gutachtern ausreichend Hilfestellung zur näheren Konkretisierung bieten.

## 5. Ausblick

Die Aufnahme allgemeiner Compliance-Maßnahmen in den Kanon des § 130 Abs. 1 OWiG ist insbesondere im Hinblick auf überschießende Sanktionierungen im Kartellrecht bedeutsam. Bisher ist eine Belohnung von Compliance über Anreizinstrumente wie ein Bußgelderlass oder Reduktion nicht vorgesehen. Ein ernsthaftes Bemühen, künftige Verstöße zu vermeiden, ist ein mindestens so gewichtiger Milderungsgrund wie die nachträgliche Unterstützung der Behörde bei der Verfolgung. Ein Compliance-Programm erfordert eine hohe Investition es muss sich lohnen – und zwar auch in der Aufbauphase. Ein einziger Verstoß darf nicht alle ernsthaften Bemühungen zunichtemachen.

Es obliegt nun der Politik, ihre im Koalitionsvertrag selbstgesetzte Verpflichtung zu erfüllen. Der DICO-Vorschlag bietet hierzu eine geeignete Hilfestellung. Das CompAG ist eine elegante und einfach gehaltene Ergänzung des OWiG – der Gesetzgeber muss nur noch beschließen und sollte das auch beizeiten tun.

21 Wortlaut des DICO-Vorschlags zur Ergänzung des § 130 Abs. 1 OWiG (*Ergänzungsvorschläge kursiv*): „... Zu den erforderlichen Aufsichtsmaßnahmen gehören insbesondere die Bestellung, sorgfältige Auswahl und Überwachung von Aufsichtspersonen sowie die Einführung, sorgfältige Ausgestaltung und Überwachung ausreichender Maßnahmen zur Verhinderung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten im Betrieb oder Unternehmen.“

22 Z. B. IDW PS 980.