



Deutsches Institut für Compliance

DICO e.V.
Chausseestraße 13
10115 Berlin
Tel: 030/27582020
Fax: 030/27874706
E-Mail: kai.fain@dico-ev.de
www.dico-ev.de/

**Stellungnahme des Deutschen Instituts für Compliance e.V. (DICO)
zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der
Wirtschaft und zur Sanktionierung von verbandsbezogenen Straftaten
(Verbandssanktionengesetz - VerSanG)**

Berlin, 12. Juni 2020

Gliederung

	Seite
I. Teil 1: Zusammenfassung und grundsätzliche Bedenken	3
A. Haftung für nicht angemessene Vorkehrungen, § 3 Abs.1 Nr. 2 VerSanG-E	5
B. Praktische Auswirkungen aus der Einführung des Legalitätsprinzips	9
C. Vielzahl unbestimmter Rechtsbegriffe	11
D. Erfassung von Auslandstaten nach § 2 Abs. 2 VerSanG-E	12
E. Schweigerecht von Leitungspersonen im Verfahren	13
F. Sanktionen	13
G. Regelungen zu Ausfallhaftung und Rechtsnachfolge	18
II. Teil 2: Kernpositionen des DICO	21
A. Konkretisierung der Anforderungen an Compliance	21
1) Bedarf für Compliance-Leitplanken und Zielsetzung	21
2) Anknüpfungspunkte an Compliance in der Begründung zum Entwurf des VerSanG	24
3) Position des DICO und konkreter Vorschlag zur Aufnahme von Compliance Leitplanken in das VerSanG	26
4) Festlegung des relevanten Zeitraums für die Beurteilung der Angemessenheit der Vorkehrungen	31
5) Zusätzliche sanktionsmildernde Berücksichtigung positiver Effekte aufgrund sozialer und nachhaltiger Maßnahmen	32
B. Interne Untersuchungen	32
1) Rechtsunsicherheit und Dilemmata durch unbestimmte Rechtsbegriffe	34
2) Trennung interne Untersuchung / Unternehmensverteidigung	36
3) Beschlagnahmeschutz	39
4) Aussageverweigerungsrecht für Mitarbeiter	40
5) Belehrungspflicht nur bei Befragung von Kernpersonen	42
6) Durchführung der Untersuchung im Einklang mit den Gesetzen	43
7) Datenschutz und interne Untersuchungen	44
8) Auswirkungen auf Ermittlungsverfahren ausländischer Verfolgungsbehörden	45
9) Auswirkungen auf Zivilrechtsverfahren	45
III. Schlussbemerkung und zehn Vorschläge aus der Praxis	46

Das Deutsche Institut für Compliance e.V. (DICO) bedankt sich beim Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) für die Gelegenheit, zu dem vorgelegten Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft vom 20. April 2020 Stellung zu nehmen. Unser Ziel ist es, das weitere Gesetzgebungsverfahren auch weiterhin konstruktiv zu begleiten, um die Sicht von Unternehmen und die praktischen Erfahrungen mit Compliance noch besser einzubringen.

I. Teil 1: Zusammenfassung und grundsätzliche Bedenken

DICO begrüßt grundsätzlich das Vorhaben des Gesetzgebers, das Unternehmenssanktionsrecht zu modernisieren.

Der Referentenentwurf zur *Stärkung der Integrität in der Wirtschaft* wird in der vorliegenden Fassung allerdings das in seinem Titel formulierte Ziel verfehlen. Denn der Entwurf stellt Verbände unter Generalverdacht und insinuiert, sie besäßen eine *kriminelle Attitüde* und nutzten Verbandsstrukturen und Verbandszugehörigkeit zu *kriminogenen* Zwecken (vgl. S. 52 der Entwurfsbegründung). Die in den 1970er Jahren von einzelnen Wissenschaftlern entwickelte Lehre von der „kriminogenen Verbandsattitüde“ ist nicht nur wissenschaftlich überholt, sie geht auch an den Realitäten vorbei: Verbandsbezogene Straftaten resultieren dort, wo sie vorkommen, aus dem Einzelversagen konkreter Compliance-Strukturen, nicht aber aus der Kriminalitätsgeneigtheit des Unternehmens als Ganzes und seiner Mitarbeiter. Wir halten diese Formulierungen und das darin zum Ausdruck kommende Misstrauen gegenüber Unternehmen daher nicht nur für falsch und misslungen, sondern auch für kontraproduktiv und schädlich für den Wirtschaftsstandort Deutschland.

Ein modernes Unternehmenssanktionsrecht sollte den Schwerpunkt weniger auf das „Bestrafen“ und „Sanktionieren“ legen, als vielmehr auf das „Belohnen“ und „Fördern“ von regeltreuem Verhalten. Dementsprechend fordern wir, Präventionsmaßnahmen der Unternehmen zur Sicherstellung der Rechtstreue und handeln als „Good Corporate Citizen“ durch konkret formulierte Anforderungen zu fördern und stärkere Anreize zu setzen, in Compliance zu investieren. Dadurch würde sehr viel wirksamer das Vertrauen in die Integrität der Wirtschaft gestärkt, ohne mittelbar auch die loyalen und regeltreuen Mitarbeiter des Unternehmens sowie unmittelbar die Stakeholder (wie bspw. der Konzernverbund oder die Aktionäre) mit der Verbandssanktionierung zu bestrafen. Parallel sollte nicht der Verband, sondern das in strafrechtlicher Weise verantwortlich handelnde Individuum innerhalb eines Verbandes weiterhin im Fokus der Ermittlungsbehörden und Gerichte stehen.

Konkret zeigt sich dieses fehlerhafte Verständnis zunächst bei der Behandlung des Themas Compliance. Wir würdigen durchaus, dass der Entwurf des VerSanG-E Compliance-Maßnahmen des

Unternehmens (als sog. Vorkehrungen zur Vermeidung von Verbandstaten), u.a. bei der Sanktionszumessung, berücksichtigt und zwar als Vor- und Nachtatverhalten (§ 15 Abs. 3, Nr. 6 und Nr. 7 VerSanG-E). Ebenso möchten wir positiv hervorheben, dass der Entwurf mit sehr begrüßenswerter Klarheit bestätigt, dass auch das beste Compliance-Programm keinen lückenlosen Schutz gegen Straftaten gewährleisten kann (S. 79). In der langjährigen Diskussion um die notwendige gesetzliche Verankerung von Compliance wird also endlich der richtige Weg eingeschlagen, um die Bedeutung von Compliance in Unternehmen und anderen Verbänden (nachfolgend als „Unternehmen“ oder als „Verbände“ bezeichnet) nachhaltig zu stärken und generell aufzuwerten. Falsch ist dagegen, diesen Ansatz nicht konsequent zu verfolgen, indem der Gesetzgeber darauf verzichtet, Compliance-Anforderungen im Gesetz zu konkretisieren. Dies ist eine **zentrale Forderung** unserer Stellungnahme, die wir unter **Ziffer II. A.** ausführlich begründen. Zugleich unterbreiten wir einen praxistauglichen Formulierungsvorschlag zur Aufnahme von **konkreten Compliance-Leitplanken im Gesetz**, durch den für sämtliche Verbände verlässliche und zugleich flexible Rahmenbedingungen geschaffen werden, ohne ihnen einen unverhältnismäßigen und kostenintensiven Umsetzungsaufwand aufzuerlegen.

Die zweite Kernposition des DICO bezieht sich auf unbedingt erforderliche Nachbesserungen bei den übermäßig hohen und inhaltlich inakzeptablen **Anforderungen an interne Untersuchungen**. Die im vorliegenden Entwurf enthaltenen Regelungen konterkarieren die bezweckte Anreizwirkung, Compliance, Aufklärung und Kooperation zu fördern. Der Entwurf stärkt insoweit nicht die Integrität in der Wirtschaft und verpasst statt dessen die Chance, die Akzeptanz von internen Untersuchungen als wesentlichen Baustein einer gelebten Compliance Kultur zu erhöhen. Diesen zweiten zentralen Punkt und unsere diesbezüglichen konkreten Vorschläge legen wir unter **Ziffer II. B.** dar.

Diese beiden zentralen Aspekte unserer Stellungnahme mit unbedingtem Korrekturbedarf sind zwingend durch weitere Änderungen zu flankieren, um Rechtssicherheit zu schaffen, unangemessene, teilweise verfassungsrechtlich bedenkliche Benachteiligungen für Unternehmen zu verhindern und die Praxistauglichkeit des Gesetzes zu erhöhen.

Mit diesem Ziel nehmen wir zu den folgenden Punkten ausführlich Stellung und zeigen zudem alternative Wege auf:

Die vorliegende Entwurfsfassung benachteiligt Unternehmen in verfassungsrechtlich bedenklicher Art und Weise, anstatt den Fokus auf das strafrechtlich relevante verantwortliche Individuum zu richten. Aus Sicht von DICO ist insbesondere der Verzicht auf ein Verschuldenserfordernis bei **§ 3 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E** (siehe dazu unter Ziffer I. A) zu korrigieren. Daneben führen weitere Regelungsbereiche des vorliegenden Entwurfs zu unangemessenen negativen Auswirkungen für

die Unternehmen. Dazu gehören die praktischen Auswirkungen aus der Einführung des **Legalitätsprinzips** (Ziffer I. B.), die Vielzahl **unbestimmter Rechtsbegriffe** (Ziffer I. C.), die Erfassung von **Auslandstaten** (Ziffer I. D.), die Rechtsstellung von **Leitungspersonen** im Verfahren (Ziffer I. E.), der unangemessene **Sanktionskatalog** (Ziffer I. F.) sowie die Regelungen zu **Ausfallhaftung und Rechtsnachfolge**, die analog zu den Regelungen der 9. GWB-Novelle zu einer verschuldensunabhängigen Garantiehaftung der Konzernobergesellschaften führen (Ziffer I. G.).

Schließlich möchten wir in Bezug auf den **Anwendungsbereich** Folgendes zu bedenken geben: Der Entwurf schafft eine Sanktionsgrundlage nur für solche Verbände, deren Zweck auf einen **wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb** gerichtet ist. Das ist sinnvoll zum Schutz des Ehrenamtes und des kleinen Idealvereins, kann aber eine Schieflage bei solchen Verbänden und Vereinen haben, die ein eigenes signifikantes Compliance-Risikoprofil haben und/oder mit Unternehmen der Privatwirtschaft im Wettbewerb stehen. Gemeint sind z.B. große Sportverbände, die im Kampf gegen Korruption oder Doping ebenfalls stärker von den Anreizen des VerSanG profitieren würden, in Compliance zu investieren. Ferner müssen Wettbewerbsverzerrungen zwischen privaten und öffentlichen Unternehmen, die im Bereich der öffentlichen Daseinsvorsorge tätig sind, ausgeschlossen sein, also etwa zwischen privaten Krankenhäusern einerseits und landeseigenen Kliniken oder Kreiskliniken, bei denen Wirtschaftlichkeit kein Primärzweck ist, andererseits.

A. Haftung für nicht angemessene Vorkehrungen einer Leitungsperson, § 3 Abs.1 Nr. 2 VerSanG-E

Zusammenfassung:

- Um eine Überdehnung der Haftungszurechnung zu vermeiden, bedarf es einer Eingrenzung des Personenkreises nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 e) VerSanG-E. „Leitungsperson“ kann nur sein, der nach der unternehmensinternen Organisation maßgebliche Einflussmöglichkeit auf die Verwaltung des Unternehmens zugewiesen bekommen hat und mittels disziplinarischer Weisungs- und Sanktionsmöglichkeiten verantwortlich für das Unternehmen handeln kann.
- Ein sog. „Rotten-Apple“-Ausschluss nach dem Vorbild des Kölner Entwurfes ist aufzunehmen, wonach von Strafe abzusehen ist bei isoliertem Verhalten einer Leitungsperson, die interne Weisungen verletzt und Kontrollen umgeht.
- Der Verzicht auf ein Verschuldenserfordernis bei § 3 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E begründet einen verfassungsrechtlich bedenklichen Zurechnungs- und Haftungsautomatismus, anstatt die Individualverantwortung für strafrechtlich relevantes Verhalten zu betonen und Anreize zur Prävention zu setzen.

- Die Anforderungen an rechtskonformes Handeln § 3 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E bleiben unklar und werden nicht ausreichend bestimmt.
- Haftung für nicht angemessene Vorkehrungen durch Leitungspersonen zur Verhinderung Straftaten Dritter darf nur bei Vorsatz oder Leichtfertigkeit entstehen.
- Es ist positiv im Gesetz oder in der Begründung klarzustellen, dass im Regelfall angemessen dimensionierte und umgesetzte Compliance-Maßnahmen (siehe Ziffer II.A.) als angemessene Vorkehrungen anzusehen sind und damit einer Tatbestandserfüllung iSv § 3 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E entgegenstehen („Exkulpationslösung“).

Durch das VerSanG wird ein Unternehmenssanktionsrecht sui generis als dritter Weg zwischen Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht geschaffen. Unternehmen können nach dem Entwurf für eine Verbandstat in existenzbedrohender Weise (siehe unten zur Angemessenheit) sanktioniert werden, wobei ihnen das Verhalten einer unbestimmten Anzahl von Leitungspersonen zugerechnet wird.

Problematisch ist aus Sicht der Unternehmen bereits, dass ein erhebliches Haftungsrisiko für mögliches Fehlverhalten von Mitarbeitern und Leitungspersonen durch den **sehr weit gefassten Kreis potentieller Leitungspersonen** gem. § 2 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E entsteht. Die Problematik besteht bereits nach geltendem Recht im Rahmen von §§ 9, 130 OWiG. Um eine Überdehnung der Zurechnung zu vermeiden, bedarf es einer Eingrenzung und Präzisierung des Personenkreises nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 e) VerSanG-E. Denn es bleibt unklar, welche Hierarchieebenen erfasst werden und es steht zu befürchten, dass auch Mitarbeiter unterhalb der Führungsebene, z. B. Gruppenleiter, die Verbandsverantwortung auslösen. Es sollte nur auf Personen abgestellt werden, die nach der unternehmensinternen Organisation maßgebliche Einflussmöglichkeit auf die Verwaltung des Unternehmens zugewiesen bekommen haben und mittels disziplinarischer Weisungs- und Sanktionsmöglichkeiten verantwortlich für das Unternehmen handeln können. Angesichts des weitreichenden Haftungstatbestandes nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E sollte das Gesetz die Zurechnungspersonen hinreichend klar eingrenzen, um einen zu großen Anwendungsrahmen bzw. Auslegungsunsicherheiten zu vermeiden. Zusätzlich bedarf es einer weiteren sinnvollen Begrenzung der Verbandsverantwortlichkeit, indem eine Regelung aufgenommen wird, dass von Strafe abzusehen ist bei isoliertem Verhalten einer Leitungsperson, die interne Weisungen verletzt und Kontrollen umgeht. Dieser sog. „**rotten apple**“-**Ausschluss** wird auch vom Kölner Entwurf (dort in § 3 Abs 1, S. 2) vorgeschlagen und dient dazu, unverhältnismäßige Haftungsfälle zu verhindern.

Insbesondere in der Variante der Verbandstat nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E begründet der Entwurf allerdings erhebliche verfassungsrechtliche Zweifel, etwa in Bezug auf das Schuldprinzip und den Bestimmtheitsgrundsatz. Denn nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E wird ein Unternehmen bereits dann sanktioniert, wenn eine Straftat eines Mitarbeiters oder Dritten (soweit dieser in Wahrnehmung der Angelegenheiten des Verbandes gehandelt hat und Direktions- und Weisungsrechten einer Leitungsperson unterliegt) durch angemessene Vorkehrungen von Leitungspersonen hätte verhindert oder wesentlich erschwert werden können. Anders als bei der als Vorbild der Verbandstat dienenden Regelung des § 130 OWiG ist trotz deutlich ausgeweitetem Sanktionsrahmen ein **Verschulden der Leitungsperson** nicht erforderlich.¹ Die Gesetzesbegründung geht davon aus, dass die Verbandsverantwortlichkeit an die volldeliktisch begangene Verbandstat anknüpfe und deshalb ein zusätzliches Verschulden nicht notwendig sei.² Dies ist aber nur im Hinblick auf § 3 Abs. 1 Nr. 1 VerSanG-E nachvollziehbar, wenn die Leitungsperson selbst die Straftat begeht. Begeht dagegen ein anderer Mitarbeiter, der keine Leitungsperson ist, die Straftat, begründet dies für sich genommen noch keine Zurechnung. Der Unrechtsgehalt im Sinne des VerSanG-E wird erst durch eine zusätzliche Handlung bzw. ein Unterlassen einer Leitungsperson erfüllt. Eine verschuldensunabhängige Sanktionierung dieser zusätzlichen Handlung ist dem Rechtssystem aber fremd, vgl. nur § 130 Abs. 1 OWiG. Vielmehr verwirklicht nur verschuldetes Handeln jene Unrechtsschwere, die eine Reaktion mit dem Strafrecht (bzw. mit dem Sanktionenrecht) als ultima ratio staatlicher Sozialkontrolle rechtfertigen kann.³ Indem der Entwurf in § 3 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E auf ein vorwerfbares Verhalten der Leitungspersonen bei der Unterbindung von Fehlverhalten aus dem Verband heraus verzichtet und nur ein „objektiv feststellbares“ Aufsichtsdefizit als Zurechnungszusammenhang ausreichen lässt, wird eine Art „Zurechnungsautomatismus“ von Straftaten eines Mitarbeiters zum Unternehmen geschaffen. Denn auf Grundlage der Erfahrungen mit der behördlichen Anwendungspraxis des § 130 OWiG ist davon auszugehen, dass zukünftig die Begehung einer Verbandstat aus Sicht der Ermittlungsbehörden in der Regel implizieren wird, dass objektiv eine Aufsichtslücke bestand, die sich auch objektiv als Gefahr für die Begehung einer Straftat darstellte.⁴ Mehr noch: Durch den Verzicht auf ein zumindest fahrlässiges Handeln der Leitungsperson besteht die Gefahr, dass eine sanktionsbegründende Zurechnung auch in Bezug auf Taten erfolgt, die außerhalb des konkreten Pflichtenkreises der betreffenden Leitungsperson begangen worden sind. Dieser Gefahr entgegen zu wirken dient das Verschuldenserfordernis im Rahmen des § 130 OWiG.⁵

¹ Vgl. Gesetzesbegründung auf S. 79 des Referentenentwurfs.

² Vgl. Gesetzesbegründung auf S. 79 des Referentenentwurfs.

³ Vgl. zum Strafrecht *Kudlich* in: BeckOK StGB, 45. Edition 2020, § 15 Rn. 1.

⁴ Vgl. *Schmitz*, WiJ Ausgabe 4, 2019, S. 2.

⁵ Vgl. *Niesler*, in: Graf/Jäger/Wittig (Hrsg.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl. 2017, § 130 OWiG Rn. 68, 70.

Auch aus spezialpräventiven Erwägungen müssen die Regelungen zur Haftungs begründung nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E kritisch betrachtet werden. Man darf zu Recht die Frage stellen, wie sich ein solcher Haftungsautomatismus, der den Fokus vom Einzeltäter zum Verband / das Unternehmen als juristische Person verschiebt, auf potenzielle Täter unterhalb der Ebene der Leitungspersonen auswirken wird. Abschreckend sicher nicht.

Wir halten es dafür für zwingend, § 3 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E durch Aufnahme einer Verschuldenskomponente zu ändern, wobei unter Berücksichtigung des deutlich erhöhten Sanktionsrahmens nur **leichtfertiges oder vorsätzliches** Verhalten haftungsbegründend wirken kann. Das gilt im Übrigen auch für die Bestimmung des Sanktionsrahmens nach § 9 VerSanG-E, d.h. es darf bei Verbandstaten nach § 3 Abs. 1 Nr.2 VerSanG-E nur auf das Verschulden der Leitungsperson, nicht aber auf den Verschuldensgrad beim Täter der Straftat ankommen.

Hinzu kommt, dass die Auflistung der „angemessenen Vorkehrungen“ nicht abschließend formuliert („insbesondere Organisation, Auswahl, Anleitung und Aufsicht“) und weiter gefasst ist, als der in § 130 OWiG verwendete Begriff der Aufsicht (Bestellung, sorgfältige Auswahl und Überwachung). In der Begründung wird zudem insoweit auch kein konsistenter Pflichtenkatalog aufgestellt, sondern neben den im Gesetzentwurf genannten Vorgaben auch von Leitungs-, Koordinations-, Organisations- und Kontrollpflichten gesprochen (vgl. S. 79 zu § 3 Abs. 1 Nr. 2). Es bleibt daher – wie auch bereits im Anwendungsbereich von § 130 OWiG – unklar, mithin unbestimmt, wie sich das Unternehmen bzw. die Leitungsperson verhalten soll, um rechtskonform zu handeln. Dabei spielt auch das Problem des sog. „Hindsight Bias“ bzw. „Rückschaufehlers“ eine Rolle, das in der Praxis bereits heute dazu führt, dass die Entscheidungspraxis zu § 130 OWiG äußerst hohe, regelmäßig im konkreten Fall nicht erfüllbare Anforderungen an die gehörige Aufsicht stellt.⁶ Denn während das Gericht bzw. die Staatsanwaltschaft auf Basis einer ex post Betrachtung eine spezifische Aufsichtsmaßnahmen im Lichte der bereits erfolgten Zuwiderhandlung bewertet, muss das Unternehmen unter Berücksichtigung der Komplexität seiner Organisationsstrukturen und Risikosituation ex ante eine unternehmerische Prognoseentscheidung über die erforderlichen Aufsichtsmaßnahmen treffen.

Wir fordern daher eine **Konkretisierung des Begriffs der angemessenen Vorkehrungen** durch sog. Compliance-Leitplanken. Ziel muss es sein, konkret und verbindlich auf Tatbestandsebene die Anforderungen an rechtskonformes Verhalten festzulegen. Dazu gehört auch, in der Gesetzesbegründung positiv zu formulieren, dass das Unternehmen die Anforderungen an „angemessene Vorkehrungen“ im Regelfall durch Compliance-Maßnahmen erfüllt, soweit diese bei einer ex ante Betrachtung durch die Unternehmensleitung angemessen gestaltet und dimensioniert sowie

⁶ Vgl. BeckOK OWiG § 130 Rn. 39-44.

durch die im konkreten Fall zuständigen Leitungspersonen auch ordnungsgemäß umgesetzt wurden („**Exkulpationslösung**“). Die Einzelheiten, welche Maßnahmen (sog. Compliance-Leitplanken) aus Sicht von DICO konkret in § 3 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG aufzunehmen sind, zeigen wir unten unter **Ziffer II.A.** auf.

Sollte auf dieser Basis eine tatbestandmäßige Pflichtverletzung (sowie die weiteren Voraussetzungen, inkl. Verschulden einer Leitungsperson, des § 3 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E) vorliegen (aber auch nur dann), stellt sich im Rahmen der Sanktionsmilderung nach § 15 Abs. 3 Nr. 6 und Nr. 7 VerSanG-E die Frage, inwieweit die vom Unternehmen ergriffenen Compliance-Maßnahmen trotz des Verstoßes im Einzelfall grundsätzlich angemessen definiert und umgesetzt waren, um Straftaten aus dem Unternehmen heraus zu verhindern. Auch dabei sind die von uns vorgeschlagenen und in § 3 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG einzufügenden Compliance Leitplanken zu berücksichtigen.

B. Praktische Auswirkungen aus der Einführung des Legalitätsprinzips

Zusammenfassung:

- Wir begrüßen das Ziel des Gesetzgebers, die Unterschiede bei Gesetzesvollzug und Verfolgungspraxis in den Bundesländern zu beseitigen.
- Die Einführung des Legalitätsprinzips wird aber die Justiz überfordern, Unternehmen durch lange Verfahren belasten und zu Reputationsschäden führen.
- Ein Mangel an Ressourcen bzw. (vor allem bei Auslandstaten) praktische Schwierigkeiten werden dazu führen, dass einstellungsreife Verfahren nicht eingestellt werden. Dies muss verhindert werden.

Was den Übergang vom Opportunitäts- zum Legalitätsprinzip (§ 24 Abs. 1 VerSanG-E i. V. m. § 152 Abs. 2 StPO) betrifft, so sind – wie bereits erwähnt – die Beweggründe des Gesetzgebers für DICO nachvollziehbar. Die gegenwärtig festzustellenden erheblich unterschiedlichen Herangehensweisen bei Gesetzesvollzug und Verfolgungspraxis im Bereich von Wirtschaftsdelikten in den Bundesländern sind in der Tat bedenklich.

Allerdings ändert die Einführung des Legalitätsprinzips naturgemäß nichts an der bereits aktuell mangelhaften personellen Ausstattung der Ermittlungsbehörden. DICO ist besorgt, und wird in dieser Sorge durch zahlreiche Stimmen aus der Justiz bestätigt, dass eine faktische Überforderung der Ermittlungsbehörden eintritt. Insoweit besteht der Eindruck, dass der Gesetzesentwurf dies nicht hinreichend genau bedenkt.

Dabei ist folgendes zu bedenken: In der Praxis kann bereits eine einfache Whistleblower-Meldung – unabhängig vom Wahrheitsgehalt – zur Annahme eines Anfangsverdacht und zur Einleitung eines Verfahrens gegen das Unternehmen führen. Bei großen bzw. international operierenden Unternehmen betrifft dies mitunter einen großen Anteil der zu prüfenden Sachverhalte, wobei im Ergebnis in der weit überwiegenden Mehrzahl der Fälle, keine Compliance-Verstöße festgestellt werden. Jedenfalls ist eine Präzisierung in der RiStBV insbesondere dahingehend vorzunehmen, dass sich (1.) der Anfangsverdacht nicht allein auf die Begehung einer verbandsbezogenen Straftat beziehen muss, sondern auf eine Verbandsverantwortlichkeit i.S.d. § 3 VerSanG. Das bedeutet bspw. für eine Verbandsverantwortlichkeit für eine Mitarbeitertat nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E, dass der Anfangsverdacht nicht schon dann gegeben ist, wenn irgendein Mitarbeiter eine Straftat begangen hat; notwendig sind vielmehr anfangsverdachtsbegründende Hinweise auf ein Versagen von Aufsichtsstrukturen bzw. Leitungspersonen.

DICO warnt, dass es künftig so sein wird, dass die Staatsanwaltschaften eine erhebliche Zahl an Verfahren einleiten werden (müssen) und in der Folge bei deren Abarbeitung vor erheblichen praktischen wie zeitlichen Problemen stehen. Konsequenzen für die Unternehmen sind lange, **kostenintensive und zeitraubende Verfahren** und das Risiko von damit verbundenen nicht unerheblichen **Reputationsverlusten**. Hinzu tritt, dass künftig nach § 2 Abs. 2 VerSanG-E auch vermehrt Auslandstaten verfolgt werden müssen, was einen noch zusätzlich höheren Ermittlungsaufwand für die deutschen Behörden mit allen faktischen Problemen der Rechtshilfe und des international zum Teil langwierigen Verfahrensverlaufs bedeutet. Ohne Experten für die Datenauswertung, Wirtschaftssachverständige und spezialisierte Juristen in ausreichender Zahl in Justiz und Polizei bliebe das Gesetz weit hinter den öffentlich geweckten Erwartungen zurück.⁷ Es besteht die reale Gefahr, dass statt einer Stärkung des Vertrauens der Bevölkerung in die Strafverfolgung aufgrund der praktischen Probleme und Mangelercheinungen das Gegenteil erreicht wird.

Positiv sieht DICO, dass es als Ausgleich dazu nunmehr eine ganze Reihe an **Einstellungsmöglichkeiten** geben soll (VerSanG-E i. V. m. §§ 153 ff. StPO). Man kann generell darüber streiten, ob es sinnvoll ist, die Einführung des Legalitätsprinzips voranzutreiben, wenn man gleichzeitig (quasi durch die Hintertür) wieder umfassende und außergewöhnlich weitreichende Einstellungsregelungen nach dem Opportunitätsprinzip festsetzt. Hervorzuheben ist aber vor allem, dass dies nur teilweise als gelungener Gegenmechanismus betrachtet werden kann. Denn ist das Verfahren gegen das Unternehmen erst einmal eröffnet, so sind die damit für die Unternehmen verbundenen Gefahren der öffentlichen Vorverurteilung bereits vorhanden und in einem Großteil der Fälle nicht mehr steuerbar. Auch kann die Opportunität an dieser Stelle in einer Gesamtbetrachtung nicht als

⁷ Vgl. *Rebehn*, DRiZ 2020, S. 6 ff.

echte Entlastung für die Justiz angesehen werden. Denn in der Praxis ist es so, dass Staatsanwaltschaften zunächst bis zu einer gewissen Tiefe ermitteln müssen, ehe sie belastbar darüber entscheiden können, ob und in welcher Weise später eine Einstellung nach Opportunitäts Gesichtspunkten in Betracht kommt. Hinzu tritt, dass die Unternehmen bereits über die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens aufgrund von Auskunftspflichten gegenüber Dritten – etwa Aktionären, Investoren, Kapitalmarkt etc. – zu berichten haben und so unmittelbar Reputationsschäden erleiden, die durch Opportunitätsentscheidungen zur Beendigung der Verfahren nicht mehr „geheilt“ werden.

C. Vielzahl unbestimmter Rechtsbegriffe

Ferner wird durch eine Vielzahl unbestimmter Rechtsbegriffe (etwa durch den Begriff der „Leitungsperson“ nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E⁸, bei § 3 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E oder in § 17 VerSanG-E zu internen Untersuchungen⁹) oder die offene Frage, wer oder was eine „sachkundige Stelle“ i.S.d. § 13 Abs. 2 VerSanG-E sein soll oder darf **weniger statt mehr Rechtssicherheit** geschaffen und den Gerichten und Staatsanwaltschaften Ermessens- bzw. Interpretationsspielräume eröffnet, die für die Unternehmen zu unvorhersehbaren Ergebnissen führen können. Diese Unsicherheit wird zumindest auf Jahre hinaus bestehen, bis sich im günstigsten Fall eine einheitliche Entscheidungspraxis herausgebildet hat. Wir befürchten, dass die Kombination aus Rechtsunsicherheit und drohenden existentiellen Sanktionen, gepaart mit den zusätzlichen Möglichkeiten zur Verfahrenseinstellung zu einer nochmaligen Steigerung der Deal-Kultur bei derartigen komplexen wirtschaftsstrafrechtlichen Verfahren führen wird. Der Gesetzgeber sollte diese Sorge sehr ernst nehmen und durch entsprechende Änderungen am Entwurf Abhilfe schaffen.

Zum Begriff der „Leitungsperson“ und seiner Umschreibung § 2 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E ist zu sagen, dass es – analog der Problematik in § 130 OWiG – einer Eingrenzung und Präzisierung des Personenkreises nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 e) VerSanG-E bedarf, um eine Überdehnung der Zurechnung zu vermeiden.¹⁰

D. Erfassung von Auslandstaten nach § 2 Abs. 2 VerSanG-E

§ 2 Abs. 2 VerSanG-E sieht die Möglichkeit der Verfolgung von Auslandsstraftaten vor, auf die das deutsche Strafrecht nicht anwendbar ist. Grundsätzlich zeigt sich insbesondere bei dieser Vorschrift, dass das VerSanG tendenziell zu einer **Ausweitung der Haftung** des Unternehmens im

⁸ Siehe dazu schon oben unter Ziffer **I.A.**

⁹ Siehe dazu unten unter Ziffer **II.B.**

¹⁰ Siehe dazu schon oben unter Ziffer **I.A.**

Sinne der juristischen Person **auf Konzernsachverhalte** führen wird. Denn häufig sind Konzerne im Ausland nicht über rechtlich unselbständige Niederlassungen, sondern in Form von eigenständigen Tochtergesellschaften organisiert. Die Ausweitung des Anwendungsbereichs des deutschen Unternehmenssanktionenrechts auf Auslandssachverhalte über die Grenzen von § 7 StGB hinaus begründet damit die Gefahr einer sachlich nicht gerechtfertigten Haftungserweiterung für Unternehmen. Der vom VerSanG-E behauptete und der Ausweitung zugrundeliegende Regelungsbedarf ist nicht erkennbar.

Hinzu kommt, dass das Doppelbestrafungsverbot (*ne bis in idem*) bei ausländischen Sachverhalten bei der Ausweitung des Anwendungsbereichs auch auf Auslandstaaten nicht ausreichend berücksichtigt wurde. Dieser Grundsatz aus Art. 103 Abs. 3 GG auf nationaler Ebene gilt grundsätzlich auch im europäischen und internationalen Recht, vgl. nur Art. 54 SDÜ.¹¹ Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass das Absehen von der Verfolgung bei erwarteter Sanktion im Ausland in das Ermessen der Verfolgungsbehörde bzw. des Gerichts gestellt wird, vgl. § 38 VerSanG-E.

Insgesamt ist ein Änderungsbedarf auf Basis der aktuellen Rechtslage nicht erkennbar. Der Referentenentwurf unterstellt, dass Verbände gezielt ausländische Mitarbeiter einsetzen würden, um sich ihrer Verantwortlichkeit für Straftaten im Ausland zu entziehen.¹² Deshalb sei die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit der Leitungspersonen nicht ausreichend. Eine (empirische) Untersuchung diesbezüglich wird aber nicht dargelegt. Dass die Strafe bzw. Sanktion lediglich als *ultima ratio* der staatlichen Kontrolle eingesetzt werden kann, wird in diesem Zusammenhang nicht berücksichtigt.

Der Referentenentwurf setzt sich zudem nicht mit § 7 Abs. 1 StGB auseinander, wonach auch für Straftaten, die im Ausland gegen einen Deutschen begangen werden, das deutsche Strafrecht anwendbar ist. Dadurch wird jedenfalls der Schutz der eigenen Staatsbürger gesichert; ein sachlicher Grund für die Ausweitung des Schutzes auf Nichtstaatsbürger wird nicht dargelegt.

Außerdem greift die Argumentation, Verbandstaaten deutscher Unternehmen im Ausland könnten vielfach nicht verfolgt werden, sodass eine Lücke bei der Ahndung von Auslandstaaten entstehen würde,¹³ zu kurz. Die Regelung greift vielmehr in die Strafgewalt anderer Staaten ein, in denen sich in der Regel bewusst für oder gegen die Sanktionierung von Unternehmen entschieden wurde.

¹¹ Schengener Durchführungsübereinkommen.

¹² Vgl. Gesetzesbegründung auf S. 54 und S. 76 des Referentenentwurfs.

¹³ Vgl. Gesetzesbegründung auf S. 50 und S. 57 des Referentenentwurfs.

E. Schweigerecht von Leitungspersonen im Verfahren

Uneingeschränkt zu begrüßen ist zunächst, dass Unternehmen mit Verfahrensrechten ausgestattet werden sollen. Somit wird ein bislang bestehendes Defizit im Ordnungswidrigkeitenrecht behoben. Konsequent und begrüßenswert ist insbesondere die Stellung des Verbandes in einem gegen ihn gerichteten Verfahren der eines Beschuldigten im Strafverfahren grundsätzlich gleichzustellen und den Verband mit entsprechenden prozessualen Rechten auszustatten. Zu kurz greift es allerdings, dass nur die gesetzlichen Vertreter nach § 33 VerSanG-E mit einem Schweigerecht im Verfahren ausgestattet werden. Vielmehr ist nach österreichischem Vorbild ein Schweigerecht für alle Leitungspersonen i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E sachgerecht, soweit an deren Verhalten die Aufsichtspflichtverletzung festgemacht werden soll. Sie werden ansonsten in einen nicht zu lösenden Interessenkonflikt mit dem Unternehmen gebracht.

F. Sanktionen

Zusammenfassung

- Der im Entwurf vorgesehene Sanktionsrahmen ist sowohl in Bezug auf die absolute Höhe, als auch durch die Bezugnahme auf den Konzernumsatz für große Unternehmen nicht angemessen.
- Die Sanktionshöhe (10 Mio. € bzw. bis zu 10% vom Konzernumsatz für Vorsatzdelikte) führt in Kombination mit der Strafrahmenhalbierung durch interne Untersuchungen nach § 18 VerSanG-E zu einer verfassungsmäßig bedenklichen Sanktionsschere.
- Für die Frage, ob der Strafrahmen für Vorsatz oder Fahrlässigkeit eröffnet ist, darf es auch bei Taten nach § 3 Abs.2 Nr.2 VerSanG-E nur auf das Verschulden der Leitungsperson ankommen, nicht auf das des Täters der nicht verhinderten Straftat.
- Die Bezugnahme auf den Umsatz der „wirtschaftlichen Einheit“ zur Ermittlung der Obergrenze ist abzulehnen. Sie führt für jede einzelne Konzerntochter zu einem Haftungspotential, das deren wirtschaftliche Leistungsfähigkeit bei weitem übersteigen kann.
- Wenn überhaupt sollte die Obergrenze von 10% vom Konzernumsatz nur für besonders schwere Fälle einer Verbandstat nach § 3 Abs. 2 VerSanG-E eröffnet werden.
- Der Verzicht auf eine Anrechnung evtl. Einziehungsbeträge ist nicht akzeptabel.
- Die steuerlichen Auswirkungen der Änderungen am Sanktionsmechanismus (Absetzbarkeit nur des Abschöpfungsanteils) sind noch zu wenig diskutiert und führen zu zusätzlichen Belastungen für die Unternehmen.

- Das Sanktionsregister erscheint überflüssig. Die Wirkung des zur Einführung anstehenden Wettbewerbsregisters soll abgewartet werden.
- Der Anknüpfungszeitpunkt (Zeitpunkt der Verurteilung anstatt Tatzeitpunkt) ist unangemessen. Er führt in Kombination mit der fehlenden Möglichkeit zur Enthaltung bei M&A-Transaktionen zu unkalkulierbaren Risiken.

1) Unangemessener Sanktionsrahmen

Die Sanktionsandrohung von bis 10 Mio. € für sämtliche Unternehmen sowie bis zu 10% des Konzernumsatzes bei Unternehmen mit mehr als 100 Mio. € Jahresumsatz führt für Verbände bereits in ihrer absoluten Höhe zu unverhältnismäßig hohen Sanktionen.

Diese Sanktionsandrohung führt in Kombination mit der Halbierung des Strafrahmens durch § 18 VerSanG-E zu einer verfassungsrechtlich bedenklichen **Sanktionsschere**. Die Regelung begründet für Unternehmen einen faktischen Zwang zur Selbstbezichtigung. Sie werden dementsprechend in ihrer unternehmerischen Entscheidungsfreiheit über die Frage Kooperation oder Verteidigung in unververtretbarer Weise beeinträchtigt und unter Druck gesetzt. Das eröffnet eine unzulässige Sanktionsschere und ist auch mit Blick auf das „nemo tenetur“-Prinzip verfassungsrechtlich zweifelhaft.

Konkret ist zu kritisieren, dass der Umsatz – insbesondere als **Konzernumsatz** – schon kein geeigneter Ausgangspunkt für die Wahl des Sanktionsrahmens ist, weil hierdurch eine nicht sachgerechte Ungleichbehandlung von Einzelunternehmen und Konzernen vorgenommen wird und der Umsatz wenig über die Rentabilität eines Unternehmens und mithin die „Sanktionsempfindlichkeit“ aussagt.

Zur Bestimmung des Sanktionsrahmens nach § 9 VerSanG-E darf auch bei Verbandstaten nach nach § 3 Abs.1 Nr.2 VerSanG-E nur auf das Verschulden der Leitungsperson, nicht aber auf den Verschuldensgrad beim Täter der Straftat ankommen (siehe dazu auch oben zu § 3 Abs.1 Nr.2 VerSanG-E unter **Ziffer I.A.1**). Nur das Verhalten der Leitungsperson ist haftungs- und sanktionsbegründend.

Kritisch ist zudem das Abstellen auf den Umsatz der „wirtschaftlichen Einheit“ (§ 9 Abs. 2 Satz 2 VerSanG-E). Der hohe Sanktionsrahmen gilt damit auch für eine Verbandstat eines kleinen Tochterunternehmens, ohne dass die Verstöße auf die Konzernmutter oder andere Konzerngesellschaften zurückzuführen sind. Der Adressat des Bußgeldes wäre aber nicht die wirtschaftliche Einheit, sondern das einzelne Tochterunternehmen. Möglich werden dadurch Sanktionen, die den eigenen Umsatz des Tochterunternehmens selbst um ein Vielfaches übersteigen können. Der

Sanktionsrahmen kann sich in diesem Fall bereits als unverhältnismäßig darstellen. Es sollte daher auf die einzelne Gesellschaft abgestellt werden.

Nicht nachvollziehbar ist überdies, weshalb für die Sanktionsbemessung in § 9 Abs. 1 Satz 3 VerSanG-E – im Gegensatz beispielsweise zum Kartellrecht, wo auf das der Bußgeldverhängung vorangegangene Geschäftsjahr abgestellt wird – der **weltweite Umsatz der letzten drei Jahre** relevant sein soll: Dies kann mit Blick auf den weiten Zeitrahmen zu völlig unsachgerechten Ergebnissen führen, insbesondere in Fällen der Rechtsnachfolge und bei M&A Transaktionen.¹⁴ Um sachgerechtere Ergebnisse zu erreichen, sollte vor diesem Hintergrund eine dem § 81 Abs. 4a Satz 2 GWB entsprechende Regelung eingefügt werden, wonach Änderungen der wirtschaftlichen Verhältnisse insbesondere infolge des Erwerbs durch einen Dritten zugunsten des Verbandes zu berücksichtigen sind.

Zudem führt der Umsatzbezug zu einer **extremen Ausweitung des Sanktionsrahmens**, und zwar deliktsunabhängig aufgrund des breiten sachlichen Anwendungsbereichs nicht nur für Hardcore-Verstöße aus den Bereichen Korruption, Geldwäsche oder Exportkontrolle, sondern **für sämtliche Verbandstaten**. Dies wird absehbar – ohne vernünftigen Anlass – zu einer drastischen Erhöhung von Strafzahlungen für leichte Verstöße führen, wie dies bereits im Ordnungswidrigkeitenrecht des WpHG beobachtet werden kann. Im Bereich der mittleren und schweren Verstöße droht ein faktischer Zwang zur Kooperation und Selbstbezichtigung aufgrund der exorbitanten Bußgeldrahmen und der damit einhergehenden Sanktionsschere. Kein Unternehmen kann es riskieren, die eigene Rechtsposition zu verteidigen, ohne umfängliche Kooperationen mit den Ermittlungsbehörden einzugehen, weil andernfalls eine Sanktionsmilderung nicht mehr in Betracht kommt. Schließlich ist aufgrund der exorbitanten Spannweite des Bußgeldrahmens nicht vorhersehbar, in welcher Höhe eine Sanktion erlassen wird. Anders als beispielsweise im Bereich des WpHG oder im Kartellrecht erscheinen vergleichbare „Sanktionsrichtlinien“ als gänzlich unrealistisch, um so zumindest einen Anhaltspunkt für die Bußgeldhöhe zu erlangen. Denn zum einen fehlt es an einer einheitlichen Kompetenz hierzu und zum anderen wäre der Anwendungsbereich des Gesetzes viel zu breit, um hier nachvollziehbare Leitlinien geben zu können.

Ob diese Folgen tatsächlich mit „allgemeinen Gerechtigkeitserwägung“ begründet werden können, erscheint zweifelhaft. Denn die Sanktion trifft (gerade auch) normtreue Mitarbeiter, Aktionäre und absehbar wohl die Verbraucher, die gemeinsam für die finanzielle Belastung aufkommen werden, z.B. durch den Abbau von Arbeitsplätzen oder direkte finanzielle Schäden im Unternehmen durch den eintretenden Reputationsschaden.

¹⁴ Siehe dazu unten zu **Ziffer I.F.3 und I.H.**

Dabei sind die **steuerlichen Auswirkungen** der Änderungen am Sanktionsmechanismus noch zu wenig beleuchtet worden. Wenn Sanktion und Einziehung nebeneinander stehen (s.u.) und nach geltendem Steuerrecht nur der Abschöpfungsteil steuerlich geltend gemacht werden kann, dann liegt es nahe, dass die Sanktion in Höhe von bis zu 10% vom Konzernumsatz ausschließlich zu Ahndungszwecken verhängt wird und daher nicht steuerlich begünstigt ist. In der Nettobetrachtung führt dies de facto zu einem weiteren deutlichen Anstieg der Belastung für die Unternehmen.

Sollte an der Umsatzbezogenheit der Sanktion für große Unternehmen festgehalten werden (was wir ablehnen), regen wir an, dem Vorschlag von Prof. Dr. Dr. h.c. Kubiciel (Universität Augsburg und Mitglied im wiss. Beirat des DICO) zu folgen und diese Höchstgrenze **lediglich für besonders schwere Fälle** iSv § 3 Abs. 2 VerSanG-E vorzusehen¹⁵. Damit würde sich das VerSanG im Rahmen der Sanktionssystematik des StGB bewegen, wonach für den besonders schweren Fall stets ein gesetzlich bestimmter erhöhter Strafraum gilt (das ist nach dem Entwurf bisher nicht der Fall) und es würde gleichzeitig die „Vorgabe“ des Koalitionsvertrages eingehalten werden.

Zu der Verbandsanktion kommt die Abschöpfung inkriminierter Vermögenswerte im Wege der **Einziehung** hinzu. Die Gesetzesbegründung stellt insoweit klar, dass die Verbandssanktionierung (anders als bisher die Verbandsgeldbuße nach §§ 30, 17 Abs. 4 OWiG) nicht zugleich der Einziehung des aus der Verbandsstraftat erlangten wirtschaftlichen Vorteils diene. Daher werde von einem § 30 Abs. 5 OWiG entsprechendem Ausschluss der Einziehung nach §§ 73 ff. StGB wegen derselben Tat abgesehen. Die Einziehung des aus der Verbandsstraftat Erlangten erfolge vielmehr neben der Verbandsgeldsanktion nach §§ 73 ff. StGB. Ob angesichts dieser Vorgehensweise der Strafraum des § 9 Abs. 2 Nr. 1 VerSanG-E noch gerechtfertigt ist, darf mit Recht bezweifelt werden. Die finanziellen Belastungen für Unternehmen werden so insgesamt nicht mehr übersehbar und vollkommen unverhältnismäßig.

Zur Erinnerung: Im Bußgeldbescheid gegen Volkswagen wurden im Jahr 2018 wirtschaftliche Vorteile iHv 995 Mio. € (plus fünf Mio. € Ahndung) abgeschöpft. Bei Siemens waren es zehn Jahre vorher bereits 200 Mio. € (plus eine Mio. € Ahndung).

Wir sehen hier unbedingten Änderungsbedarf in Form einer **Ausschlussklausel bzw. Anrechnung der Einziehung** auf die Sanktion.

Schließlich ist zu berücksichtigen, dass Unternehmen unter Umständen noch durch zusätzliche Kosten aus der Beauftragung einer sog. sachkundigen Stelle (eine Art Monitorship) im Rahmen einer gerichtlich erteilten Weisung (beim Verbandsgeldsanktionsvorbehalt oder einer Verfahrenseinstellung aus Opportunitätsgründen) belastet werden.

¹⁵ Kubiciel, jurisPR-StrafR 21/2019 Anm. 1; zustimmend Brouwer, AG 2019, 920, 921.

2) Kein Bedarf für Sanktionsregister

DICO meint zudem, dass die im Referentenentwurf vorgesehene öffentliche Bekanntmachung (§ 14 VerSanG-E) einer Verurteilung des Verbandes – auch in der neuen Fassung – zu einer nicht gerechtfertigten Prangerwirkung führt. Auch wenn dies in der Gesetzesbegründung nicht als Ziel dieser Norm verstanden werden soll, ändert dies faktisch nichts an der außenstehenden Wahrnehmung (insbesondere durch die Bekanntmachung im Internet). Die öffentliche Bekanntmachung ist auch deshalb entbehrlich, weil die Hauptverhandlung gegen den Verband ohnehin öffentlich stattfindet und potentielle Geschädigte daher nicht noch zusätzlich durch Informationen geschützt werden müssen. Auch eine Auskunft für die wissenschaftliche Forschung nach § 62 VerSanG-E erscheint unsystematisch, unverhältnismäßig und vor allem anfällig für Missbrauch.

Die Tilgungsfristen für die Eintragung in das sog. Unternehmensregister von 10 bzw. 15 Jahren sind – auch im Vergleich zu den Tilgungsfristen im BZRG – zu lang und stellen eine unverhältnismäßige Belastung für Unternehmen dar.

Der Gesetzgeber sollte vor der Einführung eines zusätzlichen Unternehmensregisters zunächst einmal abwarten, wie sich das Wettbewerbsregister bewährt.

3) Negative Auswirkungen auf M&A Transaktionen

Der Umstand, dass es für die Sanktionsrahmenwahl auf den Zeitpunkt der Verurteilung und nicht auf den Zeitpunkt der Tat ankommt und bei der Umsatzberechnung ein 3-Jahreszeitraum angesetzt wird, wirkt sich erheblich auf die M&A-Praxis aus.¹⁶ Ein Konzern muss bei der Akquise eines Unternehmens strafrechtliche Risiken des Targets fortan noch genauer evaluieren als bisher. Denn kommt es später zu einem Sanktionsverfahren und einer Verurteilung des Targets nach dem VerSanG, wird der Sanktionsrahmen in bestimmten Konstellationen nicht nach dem Umsatz des Targets berechnet, sondern nach dem weltweiten Konzernumsatz des kaufenden Konzerns, bei welchem es originär zu keiner Verbandstat gekommen war.

Insbesondere Unternehmen mit einem starken Compliance-Programm könnten daher von Transaktionen, insbesondere von Übernahmen anderer Unternehmen ohne oder mit unzureichenden Compliance-Programmen, absehen. Dies würde dem Ziel des VerSanG zuwiderlaufen, da sich gerade der positive Effekt eines starken Compliance-Programms auf ein übernommenes Unternehmen auswirken würde. Zur Vermeidung dieses Konflikts würde sich eine Orientierung an der Praxis des US Department of Justice (DOJ) anbieten, das eine Haftungsbegrenzung bei Verstößen

¹⁶ Siehe zu den Auswirkungen auf M&A Transaktionen im Zusammenhang mit den Regelungen zur Ausfallhaftung und Rechtsnachfolge auch unten unter **Ziffer I.H.**

gegen den Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) durch das zu übernehmende Unternehmen bei Durchführung einer adäquaten Due Diligence ermöglicht.¹⁷

Die Verschiebung des maßgeblichen Zeitpunkts auf die Verurteilung hat zudem zur Folge, dass in der M&A-Praxis der Asset-Deal gegenüber dem Share-Deal privilegiert wird, weil bei ersterem nicht die Anteile an der Gesellschaft erworben werden. Hierfür gibt es keinen ersichtlichen sachlichen Grund. Die Auswirkungen des VerSanG auf zivilrechtliche und gesellschaftsrechtliche Sachverhalte wurden insgesamt nicht hinreichend in die Erwägungen mit einbezogen.

G. Regelungen zu Ausfallhaftung und Rechtsnachfolge

Mit den §§ 6 und 7 VerSanG-E soll verhindert werden, dass sich der Verband durch Umstrukturierung oder Vermögensverschiebungen einer Sanktionierung entzieht. DICO begrüßt, dass die vorgeschlagenen Regelungen keine Stigmatisierung des Rechtsnachfolgers bezwecken – insbesondere, dass der Entwurf von einer öffentlichen Bekanntmachung der Festsetzung des Haftungsbetrages gegen den Rechtsnachfolger absieht, die Festsetzung des Haftungsbetrages gegen den Rechtsnachfolger eine „Kann-Bestimmung“ ist und daher die §§ 35 ff. VerSanG-E zu beachten sind, sowie, dass die Bemessung der Sanktion von der wirtschaftlichen Stärke des Rechtsvorgängers und Rechtsnachfolgers gleichermaßen abhängt.

Allerdings verletzen die vorgeschlagenen Regelungen das gesellschaftsrechtliche Trennungsprinzip und führen zu einer dem deutschen Recht grundsätzlich **systemfremden Konzernhaftung**. Wir verweisen insoweit auf die intensiven Diskussionen im Zusammenhang mit der 9. GWB-Novelle und den Änderungen in § 81 GWB¹⁸. Dieser unter Verletzung des verfassungsrechtlichen Schuldprinzips in Anlehnung an die Rechtsprechung zum europäischen Kartellrecht ins deutsche Kartellrecht eingefügte Systembruch findet nun in §§ 6, 7 VerSanG-E seine Fortsetzung. Schlimmer noch: er wird über das Kartellrecht hinaus auf sämtliche Rechtsgebiete, in denen es zu einer Verbandstat kommen kann, ausgeweitet, ohne dass es dafür - wie im Kartellrecht - einen *effet utile* Anlass zur vermeintlichen Erfüllung der unionsrechtlichen Vorgaben an eine effektive Rechtsdurchsetzung gäbe. Dies führte, insbesondere bei der rückwirkenden Ausfallhaftung der Muttergesellschaft nach § 7 Abs. 1 Nr.1 VerSanG-E, in Kombination mit der Bemessung der Sanktionen anhand des weltweiten Konzernumsatzes zu einer drastischen schuldunabhängigen Ausweitung

¹⁷ *“In a series of Opinion Procedure Releases, the DOJ has suggested that companies can minimise liability or insulate themselves from liability for unlawful payments made by foreign entities they are seeking to acquire by performing adequate due diligence prior to acquisition, disclosing any pre-acquisition misconduct to the government, and implementing effective compliance procedures to avoid further unlawful activity by the acquired entities.”, Anti-Bribery Due Diligence for Transactions S. 22., abrufbar unter: <https://www.transparency.org.uk/publications/anti-bribery-due-diligence-for-transactions/>.*

¹⁸ Vgl. nur Mäger/von Schreitter, NZKart 2017, 264, 273.

und Verschärfung der Haftung im Konzern und ist genauso abzulehnen, wie die Übernahme der dem deutschen Recht systemfremden Rechtsfigur der *wirtschaftlichen Einheit*.

Bei § 7 Abs. 1 Nr.1 VerSanG-E und dem damit begründeten Einstehenmüssen¹⁹ für das Fehlverhalten einer anderen juristischen Person wird das besonders deutlich: Denn die verschuldensunabhängige Haftung der Muttergesellschaft wird bereits durch die Ausübung eines bestimmenden Einflusses begründet. Dabei wird unterstellt, dass die Tochtergesellschaft trotz eigener Rechtspersönlichkeit ihr Marktverhalten nicht autonom bestimmt, sondern im Wesentlichen Weisungen der Muttergesellschaft befolgt. Dem liegt nicht nur ein fehlerhaftes Verständnis der deutschen Konzernwirklichkeit zugrunde, sondern die Regelung führt auch zu einer **rückwirkenden schuldunabhängigen Garantiehafung der Muttergesellschaft**. Denn bereits die Ausübung der Funktion als Leitungs- und Koordinierungsinstanz auf Ebene der Mutter führt dazu, dass ein bestimmender Einfluss auf das Marktverhalten der Tochtergesellschaft anzunehmen ist. Dazu gehört nach den Vorstellungen des Gesetzgebers etwa ein bestimmender Einfluss in Bezug auf Unternehmensstrategie, Betriebspolitik, Betriebspläne, Investitionen, Kapazitäten, Finanzausstattung, Personalwesen und Rechtsangelegenheiten.²⁰ Dieser sog. bestimmende Einfluss umfasst aber nichts anderes als die Erfüllung der konzernrechtlich anerkannten Mindestaufgaben der Konzernleitung einer Muttergesellschaft in Wahrnehmung der eigenen Aufgaben.²¹ Das haftungsbegründende Verhalten besteht damit in der Erfüllung der gesellschaftsrechtlichen Rechtspflichten, ohne dass weitere haftungsbegründende Ereignisse hinzutreten müssten. Die Vorschrift führt daher zu nichts anderem als einer rückwirkenden und verschuldensunabhängigen, der Höhe nach aber identischen Garantiehafung für einen eigentlich vom Verschuldensprinzip beherrschten Sachverhalt: Die Begehung einer Verbandstat. Es ist **kein** vermeintlich neutrales „**Einstehenmüssen**“, sondern das **Erduldenmüssen** einer repressiven staatlichen Reaktion auf bereits beendete, anderen Rechtsträgern verantwortlich zurechenbare Taten.

Dieser Haftungsautomatismus ist abzulehnen. Aus Sicht des DICO besteht insbesondere für die Regelung des § 7 Abs.1 Nr. 1 VerSanG-E kein rechtspolitisches Bedürfnis. Stattdessen sollten die Regelungen zur Ausfall- und Rechtsnachfolge in Ergänzung zum bestehenden Haftungsregime im Konzernrecht auf rechtsmissbräuchliche Gestaltungen beschränkt bleiben. Sie sind zwingend um entsprechende subjektive Tatbestandsmerkmale im Sinne einer rechtsmissbräuchlichen Umgehungsabsicht zu ergänzen.

¹⁹ Vgl. S. 83 der Begründung: „Haftung bedeutet, dass dieser Verband mit seinem Vermögen für die (abstrakte) Sanktionsbelastung des verantwortlichen Verbands mit einstehen muss.“

²⁰ Vgl. S. 89/90 der Begründung zum Gesetzentwurf zur 9. GWB Novelle (BT-DS 18/10207).

²¹ Vgl. nur *Sven H. Schneider* in Krieger/Uwe H. Schneider (Hrsg.), Handbuch Managerhaftung, 3. Aufl. 2017, Rz. 8.19.

Sollte der Gesetzgeber an der in §§ 6, 7 VerSanG-E vorgesehenen Haftungssystematik festhalten (was wir strikt ablehnen), so sind zumindest die folgenden wesentlichen Aspekte zu berücksichtigen:

Die in §§ 6, 7 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E vorgesehene Haftung des Rechtsnachfolgers erscheint sachlich nur gerechtfertigt, wenn dieser von einem eingeleiteten und gegenüber dem Rechtsvorgänger bekanntgegebenen Sanktionsverfahren Kenntnis hatte oder hätte erlangen müssen. Die Bemessung der Verbandssanktion soll auf Grundlage einer Drei-Jahres-Betrachtung des Umsatzes der wirtschaftlichen Einheit erfolgen. In dieser Zeit kann es durch Anteilsverschiebungen zur Neuordnung des Verbandes in andere wirtschaftliche Einheiten z.B. im Rahmen von Unternehmensverkäufen²² kommen. Der aufnehmenden wirtschaftlichen Einheit dabei die Last des ggfs. deutlich höheren Umsatzes der vorherigen wirtschaftlichen Einheit im Rahmen der Drei-Jahres-Betrachtung aufzubürden, führt zu unkalkulierbaren Risiken für den Erwerber. Zugleich kann der Erwerber dieses Risiko kaum mindern, da im Rahmen der Due Diligence solche verdeckten Risiken keineswegs stets ermittelt werden können. Daher sollte der Entwurf nicht nur eine Vorschrift ähnlich des § 81 Abs. 4a S. 2 GWB enthalten, sondern wie beispielsweise im US-Recht vorgesehen ein „Ringfencing“ des Risikos für den Erwerber auf den Bezugsumsatz des erworbenen Verbandes durch eine sorgsam durchgeführte Compliance Due Diligence bereits vor oder unmittelbar nach Vollzug des Erwerbs erlauben. Etwaige Ausfälle bei der Sanktionsbemessung könnten ggf. im Wege der Ausfallhaftung bei der abgebenden wirtschaftlichen Einheit verortet werden.

²² Siehe zu den Auswirkungen auf M&A Transaktionen im Zusammenhang mit den Regelungen zur Sanktionshöhe auch unten unter Ziffer I.F.3.

II. Teil 2: Kernpositionen des DICO

A. Konkretisierung der Anforderungen an Compliance

Zusammenfassung:

- Wir begrüßen, dass der Gesetzgeber klarstellt, dass bei Unternehmen mit geringem Risiko von Rechtsverletzungen auch wenige einfache Compliance-Maßnahmen ausreichend sein können und weder der „Zukauf“ eines Compliance-Programms noch Zertifizierungen erforderlich sind.
- Um den Unternehmen Rechtssicherheit für die erforderlichen Compliance Anforderungen zu geben, sind diese – wie in anderen Jurisdiktionen bereits erfolgreich erfolgt – im Gesetz zu konkretisieren.
- Andernfalls wird diese Lücke durch zunehmende ISO/DIN-Standards geschlossen und es droht eine Überforderung der kleinen und mittleren Unternehmen. Auch darf die fallbezogene Ausgestaltung nicht nur den sachkundigen Stellen überlassen werden.
- Wir fordern daher, schlanke Compliance-Leitplanken zur Konkretisierung der angemessenen Vorkehrungen in § 3 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG aufzunehmen und in der Gesetzesbegründung näher zu erläutern.

1) Bedarf für Compliance-Leitplanken und Zielsetzung

Trotz einiger Erläuterungen zu Compliance-Maßnahmen (sog. Vorkehrungen zur Vermeidung von Verbandstaten) in der Entwurfsbegründung geht DICO die Konkretisierung und Spezifizierung solcher Maßnahmen nicht weit genug. Weder in den Vorschriften noch in der Begründung des Referentenentwurfs wird näher ausgeführt, welche Kriterien Compliance konkret erfüllen muss, um im Rahmen von § 3 Abs.1 Nr. 2 VerSanG-E tatbestandsausschließend (siehe dazu oben unter **Ziffer I.A.**) oder im Rahmen von § 15 Abs. 3 Nr. 6 und 7 VerSanG-E sanktionsmildernd berücksichtigt zu werden. Dies ist gerade auch wegen der noch unzureichenden Konkretisierung durch die Rechtsprechung und fehlender behördlicher Handlungsempfehlungen kritisch zu sehen.

Vor allem für die kleinen und mittelständischen Unternehmen ist ein konkreter und verlässlicher Leitfaden sog. **Compliance-Leitplanken** zu formulieren, um klarzustellen, was genau diese Compliance-Maßnahmen beinhalten sollen. Ein solcher würde es ihnen ermöglichen, darauf aufbauend ein solides der Erwartungshaltung des Gesetzgebers entsprechendes Compliance-Programm zu

implementieren, ohne hierbei zusätzliche Kosten für mögliche externe Stellen, wie bspw. Zertifizierer o.ä., aufwenden zu müssen.

Der Gesetzgeber darf diese Konkretisierung nicht vollständig anderen Interessengruppen überlassen, sondern muss Leitplanken vorgeben. Soweit im BMJV Überlegungen existieren, die Konkretisierung der Compliance-Anforderungen zu einem späteren Zeitpunkt im Wege einer vom BMJV zu verabschiedenden Richtlinie (etwa analog der Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren - RiStBV) vorzunehmen, ist dies zwingend und bereits möglichst konkret im VerSanG zu verankern.

Insbesondere warnen wir davor, die Ausgestaltung der Compliance Anforderungen einer **sachkundigen Stelle** im Sinne von § 13 VerSanG-E – und damit schlussendlich den im Gesetz genannten Berufsgruppen – zu überlassen (vgl. S. 89 der Entwurfsbegründung zu § 13). In diesem Kontext ist auch zu berücksichtigen, dass sich die nach der vorliegenden Entwurfsfassung drohende Untätigkeit des Gesetzgebers in Bezug auf die Compliance Anforderungen gerade für kleine und mittlere Unternehmen aufgrund der im Bereich Governance und Compliance fortschreitenden und immer größer werdenden Regelungsdichte durch ISO- und DIN-Normen in ganz erheblichem Maße negativ auswirken wird.

Denn bereits heute besteht der Trend, dass die zunehmenden **Normungsinitiativen** auf nationaler und internationaler Ebene die Unternehmen durch ein **starres Benchmarking** der Zertifizierungsmodelle in überdimensionierte Systeme drängen. Dabei beobachten wir mit Sorge, dass diese Initiativen über die Mitarbeit in den entsprechenden Normungsgremien bei ISO und DIN inhaltlich stark durch gerade diejenigen Fachexperten mit entwickelt, ausgestaltet und kommentiert werden, die dann anschließend als potenzielle Zertifizierer an der Umsetzung beteiligt sind. Es liegt auf der Hand, dass diese Interessengruppen nicht unabhängig sind, sondern das große Risiko besteht, dass sie den Unternehmen in Verfolgung eigener wirtschaftlicher Interessen keine pragmatischen und einfachen Lösungen anbieten.

Auch wenn Zertifizierungen eine gewisse Indizwirkung dahingehend entfalten können, dass ein Compliance-System den einschlägigen Standards entspricht, stellen sie stets nur eine systemorientierte Momentaufnahme dar. Zugleich bergen sie das Risiko eines gewissen Formalismus, da bei einer Zertifizierung erfahrungsgemäß eher auf das Vorhandensein einzelner standardisierter Elemente abgestellt wird und dem unternehmerischen Ermessen bei der Ausgestaltung der Maßnahmen u. U. nicht genügend Rechnung getragen wird. Die zunehmende Entwicklung detailreicher ISO/DIN-Standards fördert dieses Risiko.

Zur Verdeutlichung dieser Tendenz weisen wir darauf hin, dass in 2019 27 Projekte, Norm-Entwürfe, Normen etc., verfolgt wurden, die sich mit dem Thema Compliance befassen. Besonders

zu erwähnen sind auch die folgenden bereits existierenden bzw. im Entwurf befindlichen Standards (Quelle: DIN e.V.; www.din.de):

- ISO 37001 Anti-Bribery Management Systems
- ISO/CD 37000 Guidance for the governance of organizations
- DIN ISO 37301 (seit 25.11.2019) Compliance-Managementsysteme – Anforderungen mit Anleitung zur Anwendung (ISO/DIS 37301:2020); Überarbeitung der Norm ISO 19600 „Compliance management systems – Guidelines“ mit zukünftiger Zertifizierungsoption.
- DIN ISO 37002 (seit 24.03.2020, Hinweismanagementsysteme – Leitlinien)
- ISO 37003 „Anti-fraud controls“
- ISO 37004 „Governance of organizations – Governance maturity model“
- ISO 37005 „Governance of organizations – Indicators for governance, accountability and decision-making“
- DIN SPEC 91403 „Tax Compliance System – Prozesse, Strukturen und Implementierung in der digitalen Umgebung“
- DIN EN ISO 26000 (seit 13.01.2020, Leitfaden zur gesellschaftlichen Verantwortung (ISO 26000:2010); Deutsche Fassung prEN ISO 26000
- ISO 31022 “Guidelines for the management of legal risk”
- ISO 31030 “Risk management – Managing travel risks - Guidance for organizations”
- ISO 31050 “Guidance for managing emerging risks to enhance resilience”
- ISO/WD 31070 “Risk management – Guidelines on core concepts”

Der Gesetzgeber hat damit nun die Chance, diese Entwicklung durch die Aufnahme von Compliance-Anforderungen im Gesetz aktiv zu gestalten. Tut er das nicht, droht eine Überforderung – gerade der kleinen und mittleren Unternehmen – durch Prüfungs- und Zertifizierungsmodelle, die wenig Gestaltungsspielräume für flexible und mittelstandsfreundliche Anwendungen lassen. Wir befürchten, dass die Tendenz zu immer mehr „Soft-Law“ Empfehlungen letztlich zu starren Benchmarks führen, die der Unternehmenswirklichkeit nicht gerecht werden (können).

Wir verweisen darauf, dass **andere Jurisdiktionen** hier bereits deutlich weiter sind. So hat beispielsweise das U.S. Department of Justice – Criminal Division – eine zuletzt im Juni 2020 umfas-

send aktualisierte Richtlinie herausgegeben, worauf Staatsanwälte bei der Überprüfung von Compliance-Programmen achten sollen.²³ Das UK Serious Fraud Office veröffentlichte im Januar 2020 ebenfalls eine solche Richtlinie.²⁴ Das französische Loi Sapin 2 enthält die Vorgaben für Compliance-Programme sogar im Gesetzestext.²⁵

Wir halten es für dringend erforderlich, dass diese Lücke auch in Deutschland durch den Gesetzgeber geschlossen wird. Nach unserer Überzeugung ist der Gesetzestext und die Begründung zum VerSanG um Grundprinzipien für die Herangehensweise an die Beurteilung bestehender oder im Rahmen einer Verbandstat eingeführter oder überarbeiteter Compliance-Maßnahmen und allgemein einer guten Compliance zu ergänzen, sog. Compliance-Leitplanken.

2) Anknüpfungspunkte an Compliance in der Begründung zum Entwurf des VerSanG

Das VerSanG-E verwendet die Begriffe *Compliance* oder *Compliance-Maßnahmen* im Gesetzestext nicht; ihre Bedeutung wird allerdings in der Gesetzesbegründung ausführlich an zahlreichen Stellen erläutert und in Bezug zu den Vorschriften des VerSanG-E gesetzt.

Unter Bezugnahme u.a. auf das vom DICO selbst im Jahr 2016 vorgelegte Compliance-Anreiz-Gesetz, kritisiert die Begründung im allgemeinen Teil selbst, dass in der derzeitigen Praxis nach dem OWiG das „*Ob und Wie der Berücksichtigung von Compliance-Maßnahmen in das weite Ermessen von Verfolgungsbehörden und Gerichten gelegt sind, was die Rechtssicherheit und den Anreiz für Investitionen in Compliance beeinträchtigt*“.²⁶

Die Ausführungen zu § 3 Abs. 1 Nr. 2 des besonderen Teils der Gesetzesbegründung erhalten sodann im Zusammenhang mit Leitungs-, Koordinations-, Organisations- und Kontrollpflichten von Leitungspersonen zutreffende und relevante Aspekte für Compliance Maßnahmen: „*Welche [Compliance] Maßnahmen und Vorkehrungen erforderlich sind, hängt vom jeweiligen Einzelfall ab und dabei insbesondere von Art, Größe und Organisation eines Unternehmens, Gefährlichkeit des Unternehmensgegenstandes, Anzahl der Mitarbeiter, den zu beachtenden Vorschriften sowie dem Risiko ihrer Verletzung (vgl. Hauschka/Moosmayer/Lösler-Pelz, Corporate Compliance, 3. Auflage, § 5 Rn. 16; Hauschka/Moosmayer/Lösler-Greeve, Corporate Compliance, 3. Auflage, § 25 Rn. 189). Bei kleinen und mittleren Unternehmen mit geringem Risiko von Rechtsverletzungen*

²³ Abrufbar unter <https://www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/937501/download> (Evaluation of Corporate Compliance Programs, Stand: Juni 2020).

²⁴ Abrufbar unter <https://www.sfo.gov.uk/publications/guidance-policy-and-protocols/sfo-operational-handbook/> (SFO Operational Handbook “Evaluating a Compliance Programme“, Stand Januar 2020).

²⁵ Vgl. <https://www.ganintegrity.com/portal/compliance-quick-guides/sapin-ii-compliance-guide/> sowie https://www.cjoint.com/doc/16_12/FLknuHuFitM_loisapin2.pdf.

²⁶ Siehe Gesetzesbegründung, Seite 55 f.

können auch wenige einfache Maßnahmen ausreichend sein; der „Zukauf“ eines Compliance-Programms oder von Zertifizierungen ist insoweit regelmäßig nicht erforderlich.“²⁷

Das DICO stimmt der hervorgehobenen **Einzelfallbetrachtung** auf der Grundlage aller relevanten Fakten zu und begrüßt insbesondere auch die Wichtigkeit einer pragmatischen Beurteilung von Compliance-Maßnahmen in kleineren oder mittleren Unternehmen. Aus Sicht des DICO darf jedoch nicht der Eindruck entstehen, dass Compliance (also die Befolgung von Recht und Gesetz im Unternehmen) nur für Großunternehmen relevant und praktikabel sei. Zwar erfordern Struktur und Risikosituation in kleineren Unternehmen nicht stets ein vollausgebildetes Compliance-System, jedoch wird die **Bedeutung angemessener Compliance-Maßnahmen** auch in **kleinen und mittleren Unternehmen** bereits weitgehend **anerkannt**.²⁸ Über drei Viertel (77%) der Unternehmen mit 1.000 bis 4.999 Mitarbeitern und fast zwei Drittel (60%) der Unternehmen mit 500 bis 999 Mitarbeitern verfügen bereits über ein Compliance-System.²⁹

DICO begrüßt ebenfalls ausdrücklich den klarstellenden Hinweis, dass die Zertifizierung eines Compliance-Systems nicht unbedingt erforderlich ist. Dieser sollte in der Gesetzesbegründung aber nicht nur auf kleinere oder mittlere Unternehmen beschränkt werden, so dass in diesem Kontext kein Umkehrschluss mit entsprechender Zertifizierungspflicht für größere und große Unternehmen hineingelesen wird.

Weiterhin betont die Gesetzesbegründung bei der möglichen Einbindung einer sachkundigen Stelle zurecht die erforderliche Einzelfallanalyse aufgrund der vielen unterschiedlichen Vorgänge und Organisationen.³⁰

Somit wird das durch Rechtsprechung und Literatur anerkannte weite Ermessen der Unternehmensleitung bei der Ausgestaltung von Compliance-Maßnahmen richtigerweise berücksichtigt.

Nach dem Gesetzesentwurf ist schließlich im Rahmen des § 15 Abs. 3 Nr. 6 und 7 VerSanG-E bei der Bemessung der Sanktionen für eine Verbandstat zu berücksichtigen, inwieweit der Verband ausreichende Vorkehrungen zur Vermeidung einer Verbandstat getroffen oder ggf. unterlassen hat. Dabei können richtigerweise sowohl vor der Tat als auch im Rahmen der Aufarbeitung eingeführte Maßnahmen Berücksichtigung finden. DICO unterstützt auch die angelegte Unterteilung, Compliance-Maßnahmen als sanktionsmindernde oder, im Falle einer als bloßer Deckmantel betriebenen Compliance, auch sanktionsverschärfende Umstände zu bewerten.

²⁷ Siehe Gesetzesbegründung, Seite 79.

²⁸ Nach einer Studie von Ebner Stolz/FAZ-Institut, Compliance – Handlungsoptionen im Mittelstand (2016), S. 10, sehen 99% der befragten Unternehmen Rechtstreue und 97% die Haftungsvermeidung als sehr wichtige Gründe für Compliance an. Auch der Reputationsschutz hat mit 87% hohe Priorität.

²⁹ PricewaterhouseCoopers/Martin Luther Universität Halle-Wittenberg, Wirtschaftskriminalität 2018 -Mehrwert von Compliance (2018), S. 4.

³⁰ Siehe Gesetzesbegründung, Seite 89 f.

Allerdings fehlt es sowohl im Gesetzestext selbst, als auch in der Begründung sowohl zu § 3 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E, als auch zu § 15 Abs. 3 Nr. 6 und 7 VerSanG-E betreffend Compliance bzw. Compliance-Maßnahmen an einer klar strukturierten Vorgabe, welche Aspekte bei der Beurteilung der *angemessenen Vorkehrungen* bzw. der Compliance-Maßnahmen berücksichtigt werden sollen.³¹ Dies kann nicht oder nur unzureichend durch die weiteren – oben dargestellten – zutreffenden Verweise auf Compliance oder Compliance-Maßnahmen in der Gesetzesbegründung kompensiert werden.

3) Position des DICO und konkreter Vorschlag zur Aufnahme von Compliance-Leitplanken in das VerSanG

DICO hält es zur Förderung der Rechtssicherheit und zur Stärkung von Compliance für erforderlich, konkrete Leitplanken im Sinne grundlegender Elemente von Compliance Programmen durch das Gesetz vorzugeben und in der Begründung des Gesetzestextes weiter zu erläutern. In der vorliegenden Fassung geben weder der Gesetzestext noch seine Begründung hinreichend Auskunft, welche konkreten Vorkehrungen bzw. Maßnahmen Verbände zur Verhinderung und ggf. Aufklärung von Verbandstaten ergreifen müssen. Damit gibt der Gesetzgeber aus Sicht des DICO das Privileg der Gestaltung aus der Hand und begründet die Gefahr, dass eine Konkretisierung, und damit einhergehende Rechtssicherheit, nur sehr langsam und letztlich durch Dritte, wie etwa die sachkundigen Stellen erfolgt.

Mit dem im Jahr 2014 vorgelegten **Compliance-Anreiz-Gesetz** verfolgte DICO unter anderem das Ziel, einen strukturierten Ansatz für die Beurteilung von Compliance-Systemen beim Haftungsausschluss und der Haftungsmilderung zu schaffen. Neben vielen auch im Entwurf des Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft enthaltenen Aspekten zur Förderung von Compliance und zur Schaffung von Anreizen für Compliance-Investments beinhaltete das vorgelegte Compliance-Anreiz-Gesetz darüber hinaus auch wichtige Aspekte, um das „Wie“ der Ausgestaltung und entsprechend eine Überprüfung von Compliance zu ermöglichen. Gleiches gilt für Vorschläge anderer Verbände, wie namentlich der Vorschlag des BUI für ein modernes Unternehmensanktionenrecht.³² Aus Sicht des DICO ergänzen diese Aspekte die zutreffende grundsätzliche Einordnung in der Gesetzesbegründung und helfen, diese im Ansatz und Umgang für die Praxis zu systematisieren. Ansätze und Lösungsvorschläge aus diesen vorliegenden Vorschlägen werden in den nachstehenden Empfehlungen daher aufgegriffen.

³¹ Siehe insbesondere Gesetzesbegründung, § 15 Abs. 3, Nr. 6 und Nr. 7, Seite 95 f.

³² *Beulke/Moosmayer*, CCZ 2014, 146.

DICO hat bereits mehrere Standards und Leitlinien zu einzelnen Compliance-Themen veröffentlicht und erarbeitet derzeit einen eigenen, übergeordneten Standard für Compliance Management Systeme; relevante Aspekte aus diesen Standards und Leitlinien finden ebenfalls Eingang in die nachstehenden Empfehlungen.

a) Aufnahme von sog. Compliance-Leitplanken in § 3 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG

DICO schlägt vor, schlanke unter Berücksichtigung allgemeiner Faktoren und der Gefahrenlage des Verbandes flexibel umsetzbare Compliance-Leitplanken als geeignete Compliance-Maßnahmen in den Gesetzestext aufzunehmen und damit das Tatbestandsmerkmal der angemessenen Vorkehrungen in § 3 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG zu konkretisieren. Dem liegt das Verständnis zu Grunde, dass *Vorkehrungen* sämtliche in der spezifischen Situation eines Verbandes in Betracht kommenden Compliance-Maßnahmen zur Vermeidung und ggf. Aufdeckung von Verbandstaten sind. § 3 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG in der von uns vorgeschlagenen Fassung lautet dann:

„[...] sonst in Wahrnehmung der Angelegenheiten des Verbandes eine Verbandstat begangen hat, wenn Leitungspersonen des Verbandes die Straftat durch angemessene Vorkehrungen zur Vermeidung von Verbandstaten, wie insbesondere Organisation, Auswahl, Anleitung und Aufsicht hätten verhindern oder wesentlich erschweren können und bei Unterlassen der angemessenen Vorkehrungen vorsätzlich oder leichtfertig gehandelt haben. Die Vorkehrungen müssen in angemessenem Verhältnis zu Größe, Branche und Geschäftsmodell des Verbandes und den von ihm ausgehenden Gefahren stehen. Geeignete Vorkehrungen zur Konkretisierung von Satz 1 sind insbesondere:

- a) ein klares Bekenntnis der Unternehmensleitung zur Rechtstreue und zur aktiven Unterstützung von Compliance-Maßnahmen, u.a. durch Schaffung einer klaren Organisationsstruktur und Einsatz angemessener Ressourcen;*
- b) die regelmäßige Analyse der Compliance-Risiken einschließlich der Prüfung, ob gesonderte Maßnahmen zur Beurteilung von Geschäftspartnern erforderlich sind;*
- c) Richtlinien, Schulungen und Kommunikation zur Aufklärung und Instruktion der Mitarbeiter in Bezug auf die Einhaltung der für den Verband geltenden Gesetze und internen Vorschriften sowie deren angemessene prozessorientierte Umsetzung;*

d) interne Prozesse zum Umgang mit Hinweisen auf Compliance-Verstöße, zur Aufklärung von Hinweisen sowie zur angemessenen Ahndung festgestellter Compliance-Verstöße;

e) die angemessene Überwachung und Kontrolle der Einhaltung der Compliance-Maßnahmen, einschließlich einer risikoorientierten internen Berichterstattung über deren Umsetzung.“

b) Begründung der Compliance-Leitplanken

Die sog. **Compliance Leitplanken** aus § 3 Abs. 1 Nr. 2, Satz 3 sind in der Gesetzesbegründung zu § 3 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG durch die Aufnahme der folgenden Ergänzungen näher zu erläutern:

„Das Gesetz enthält in § 3 Abs. 1 Nr. 2, Satz 3 VerSanG nunmehr sog. Compliance-Leitplanken im Sinne einer Auflistung möglicher Vorkehrungen, die nach Auffassung des Gesetzgebers regelmäßig geeignet sind, Verbandstaten zu verhindern oder wesentlich zu erschweren. Vorkehrungen sind dabei zu verstehen, als sämtliche in der spezifischen Situation eines Verbandes in Betracht kommenden Compliance-Maßnahmen zur Vermeidung von Verbandstaten.

Damit verfolgt der Tatbestand des § 3 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG die folgende Systematik: Angemessene Vorkehrungen zur Verhinderung von Verbandstaten können insbesondere zunächst die allgemeinen Maßnahmen, wie Organisation, Auswahl, Anleitung und Aufsicht umfassen, die regelmäßig bereits nach geltender Rechtslage nach § 130 OWiG zu berücksichtigen sind. Durch Satz 2 wird klargestellt, dass bei der Bewertung der ex ante³³ vorzunehmenden Auswahl der Maßnahmen nur solche Vorkehrungen angemessen sein können, die unter Berücksichtigung allgemeiner Faktoren wie Größe, Branche und Geschäftsmodell sowie des konkreten Risikoprofils des Verbandes festgelegt und umgesetzt wurden. Satz 3 beschreibt dann zur Konkretisierung der allgemeinen Maßnahmen die Compliance-Leitplanken in lit. a-e als beispielhafte Auflistung geeigneter Vorkehrungen.

Die Aufnahme dieser sog. Compliance-Leitplanken zur Konkretisierung der allgemeinen Maßnahmen nach Satz 1 begründet keine Pflicht zur Einführung eines Compliance-Programms oder zur Umsetzung spezifischer Maßnahmen, wie sich aus der Bezugnahme auf Satz 1 ergibt. Gleichzeitig sind die Leitplanken nicht abschließend formuliert („insbesondere“), um deutlich zu machen, dass es keinen uniformen Compliance-Ansatz geben kann und dass bei entsprechender Gefährdungs-

³³ Siehe zur ex-ante Perspektive näher unten unter Ziffer II.A.4

lage oder zur Erfüllung spezialgesetzlicher oder regulatorischer Anforderungen auch weitergehende Maßnahmen notwendig sein können. Gewollt ist vielmehr, den Unternehmen Anhaltspunkte zu geben, welche konkreten Maßnahmen im Regelfall und unter Berücksichtigung allgemeiner Faktoren wie Größe, Branche und Geschäftsmodell sowie des konkreten Risikoprofils als geeignet gelten und daher zu erwägen sind, um die angemessenen Vorkehrungen im Sinne von Satz 1 zu treffen.

Bei der Beurteilung, ob Vorkehrungen angemessen waren und daher tatbestandsausschließend wirken (oder im Rahmen von § 15 Abs. 3 Nr. 6 und 7 VerSanG sanktionsmildernd zu berücksichtigen sind), ist kein formalistischer Ansatz zu verfolgen. Vielmehr kommt es auf die Angemessenheit der Maßnahmen im Einzelfall an. Bei kleinen und mittleren Unternehmen mit geringem Risiko von Rechtsverletzungen können auch wenige einfache Maßnahmen ausreichend sein, die sich nicht trennscharf den in § 3 Abs. 1 Nr. 2 Satz 3, lit. a-e aufgeführten Maßnahmen zuordnen lassen müssen. Zudem sind die einzelnen Elemente der Compliance-Leitplanken nur relevant, als der Verband unter angemessener Berücksichtigung allgemeiner Faktoren, wie Größe, Branche, Geschäftsmodell ein spezifisches Compliance-Risiko und einen daraus folgenden Bedarf für konkrete Maßnahmen tatsächlich identifiziert hat.

Diese Erläuterungen gelten entsprechend im Rahmen der Sanktionszumessung nach § 15 Abs. 3 Nr. 6 und 7 VerSanG, wobei insoweit nicht nur Vorkehrungen zur Verhinderung, sondern auch solche zur Aufdeckung von Verbandstaten zu beurteilen sind.

Die in § 3 Abs. 1 Nr. 2, Satz 3 lit. a-e VerSanG aufgelisteten geeigneten Vorkehrungen werden wie folgt näher erläutert:

- I. **Klares Bekenntnis der Unternehmensleitung.** Eine entscheidende Rolle kommt der Unternehmensleitung zu. Compliance ist eine Führungsaufgabe zu deren Erfüllung die Förderung einer Compliance-Kultur im Unternehmen, die aktive Unterstützung von Compliance als Prozess und eine kontinuierliche Kommunikation gehören (sog. tone from the top). Für die Umsetzung der Compliance-Maßnahmen sollte die Unternehmensleitung eine angemessene Organisation zur Verfügung stellen, in der die Mitarbeiter und Führungskräfte für die ihnen zugewiesenen Aufgaben die nötigen Qualifikationen und finanziellen Ressourcen haben. Insgesamt sollten Verantwortlichkeiten und Aufgaben klar und überschneidungsfrei festgelegt werden. In der Reaktion auf Compliance-Verstöße sollte die Unternehmensleitung eine entschiedene und konsistente Reaktion zeigen beziehungsweise fördern, so dass ihr Bekenntnis zur Compliance-Kultur mehr als nur ein Lippenbekenntnis ist.

II. **Compliance Risiko Analyse.** Die regelmäßige Analyse bestehender Compliance Risiken stellt eine grundlegende Compliance-Maßnahme dar. Im Verband sind in Abhängigkeit von Geschäftsgegenstand, Verbandsgröße sowie der spezifischen Risikoexposition von Geschäftsmodellen im Einzelfall ausgerichtete Risikoanalysen durchzuführen. Der Betriebsinhaber muss im Hinblick auf das jeweils betroffene Rechtsgut sorgfältig erheben, welche spezifischen Gefährdungen im Zusammenhang mit der unternehmerischen Tätigkeit auftreten können. So kann das Risiko, in einen Korruptionssachverhalt verwickelt zu werden, in einer Einkaufsabteilung größer sein als in einer Personalabteilung. Dort kann dafür aber eine höhere Gefährdungslage für personenbezogene Mitarbeiterdaten etc. bestehen. Präventionsprogramme müssen auf solche unterschiedlichen Bedürfnislagen angemessen eingehen können. Zur Risiko Analyse gehört auch die Prüfung, ob gesonderte Maßnahmen, etwa zur Beurteilung von Geschäftspartnern erforderlich sind.

III. **Richtlinien, Schulungen und Kommunikation.** Interne Regelungen, zumeist bestehend in einem grundsätzlichen Verhaltenskodex und ggf. weiteren themenspezifischen Richtlinien, sollten auf der Basis der Analyse der Compliance-Risiken Werte und Regeln vorgeben und bestimmte (Mindest-)Standards für die Unternehmenspraxis und die Dokumentation dieser Praxis vorgeben, um die Mitarbeiter über die für den Verband relevanten Gesetze und internen Vorschriften aufzuklären und eine prozessorientierte ordnungsgemäße Umsetzung in der täglichen Arbeit zu ermöglichen.

Adressatengerechte Schulungen und Unterweisungen sollten sicherstellen, dass gesetzliche oder interne Regelungen sowohl verstanden als auch korrekt in der täglichen Arbeit umgesetzt werden können. Ein konkreter Schulungsbedarf hängt von den Ergebnissen der Risikoanalyse und dem Wissensstand der betreffenden Mitarbeiter ab.

Mit über Schulungen hinausgehenden weiteren Kommunikationsmaßnahmen und Beratungsangeboten zu Compliance Themen trägt ein Unternehmen dazu bei, das Bewusstsein der Mitarbeiter zu schärfen und die Bedeutung von Compliance als Unternehmenswert zu unterstreichen.³⁴

IV. **Interne Prozesse zum Umgang mit Hinweisen auf Compliance-Verstöße.** Zur Konkretisierung der verbandsrechtlich bestehenden Legalitätspflicht, die Verbände bereits nach geltendem Recht verpflichtet, Hinweise auf Rechtsverstöße aufzuklären, laufende Verstöße abzustellen und identifizierte Verstöße angemessen zu sanktionieren, bedarf es

³⁴ So auch im Gesetzesentwurf angelegt, wenn die Exzesstat als „festentschlossenes Abweichen vom Verbandswillen aus verbandsfremden Motiven“ beschrieben wird. Denn hier dürfte der Compliance-Kommunikation, dem Tone from the Top sowie dem Schulungskonzept eine wichtige Indizwirkung für die Bestimmung des Verbandswillens zukommen.

interner Prozesse. Diese sollen regeln, wie Mitarbeiter mit Hinweisen auf Rechtsverstöße umgehen sollen und wie potentielle Verstöße in Abhängigkeit von der Bedeutung des verletzten Rechtsgutes und im Rahmen der durch das Arbeitsrecht und die Grundsätze zum Mitarbeiterdatenschutz vorgegeben Grenzen aufgeklärt, abgestellt und angemessen sanktioniert werden. In größeren Verbänden sollte ein Hinweisgebersystem eingerichtet werden.

- V. **Überwachung und Kontrollmaßnahmen.** *Die Einhaltung rechtlicher Vorgaben und Richtlinien sollte überwacht werden. Die Wahl der Kontrollmaßnahmen hängt im Rahmen des durch die Grundsätze des Mitarbeiterdatenschutzes eröffneten unternehmerischen Ermessens von den konkreten Umständen des Einzelfalls wie Hierarchiestufe und Ausbildungsstand der Mitarbeiter, Risikopotential der Tätigkeit, Vorkommnisse in der Vergangenheit etc. ab. Auch sollte eine regelmäßige risikoorientierte Berichterstattung an die Unternehmensleitung über wesentliche Compliance-Vorfälle und den Stand der Compliance-Maßnahmen erfolgen. Diese dient zugleich als Basis zur Weiterentwicklung der Compliance Maßnahmen, die sich im Einzelfall als relevantes Nachtatverhalten der Nummer 7 sanktionsmindernd auswirken kann.“*

In die hier von DICO vorgeschlagene Fassung von § 3 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG wurde zudem das dringend erforderliche Verschuldenserfordernis in Bezug auf das Unterlassen angemessener Vorkehrungen eingefügt. Wir verweisen insoweit auf unsere Ausführungen oben.³⁵

4) Festlegung des relevanten Zeitraums für die Beurteilung der Angemessenheit der Vorkehrungen

Bei der Beurteilung der Angemessenheit der Vorkehrungen bzw. Compliance-Maßnahmen ist eine **ex ante-Perspektive** einzunehmen. Allein das Auftreten eines Compliance-Verstoßes kann nicht für die Begründung eines Defizits der Compliance-Maßnahmen herangezogen werden. Die Problematik dieser sog. „Rückschaufehler“ ist bereits aus der Literatur zu §§ 30, 130 OWiG bekannt (siehe dazu bereits oben unter Ziffer I.A.). Bei der Beurteilung der Angemessenheit der Maßnahmen darf jedoch allein die Risikogeneignetheit des Unternehmens im Zeitpunkt vor der Begehung der Verbandstat berücksichtigt werden. Dies ist in der Gesetzesbegründung klarzustellen.

Bei der Umsetzung von zu berücksichtigenden Compliance-Maßnahmen nach Feststellung eines Compliance-Verstoßes liegt hingegen ein Schwerpunkt auf einer entschiedenen Reaktion, die den festgestellten Compliance-Verstoß über den Einzelfall hinaus adressiert und – je nach Status – zu

³⁵ Vgl. oben zu Ziffer I.A.

einer grundlegenden Überarbeitung bestehender Compliance-Maßnahmen bzw. der Neueinführung eines zuvor nicht bestehenden Compliance Management Systems führen kann.

5) Zusätzliche sanktionsmildernde Berücksichtigung positiver Effekte aufgrund sozialer und nachhaltiger Maßnahmen

Der Gesetzesentwurf steht im Einklang mit der deutschen Nachhaltigkeitsstrategie.³⁶ Oftmals wirken sich gerade auch Compliance-Maßnahmen positiv auf die Unternehmenskultur und darüber hinaus die Gesellschaft aus, die über die reine Regelkonformität hinausgehen. Zu denken ist hier beispielsweise an Nachhaltigkeitsgesichtspunkte bei der Gestaltung von Lieferketten oder soziale Projekte, die von einem Unternehmen gefördert werden. Diese Maßnahmen werden oftmals unter dem Oberbegriff „ESG“ zusammengefasst und stehen neben einer guten Governance für positive soziale Beiträge und positive Effekte für die Umwelt. DICO spricht sich daher dafür aus, auch eine mögliche Berücksichtigung solcher Maßnahmen in die Begründung mitaufzunehmen.

B. Interne Untersuchungen

Zusammenfassung:

- Wir begrüßen eine gesetzliche Regelung von internen Untersuchungen und unterstützen das Ziel, ein Anreizsystem zu deren Stärkung einzuführen.
- Allerdings enthält der vorliegende Entwurf schwerwiegende strukturelle Fehler und Defizite bei Einzelregelungen.
- DICO befürchtet, dass die folgenden Punkte die Bereitschaft zur Kooperation gerade bei Unternehmen ohne gelebte Compliance-Kultur erheblich reduziert und gegenüber den Ermittlungsbehörden zu einer abwartenden Haltung führen werden. Zugleich werden rechts-treue Unternehmen unangemessen benachteiligt. Diese Effekte können nicht im Sinne des Gesetzgebers sein. Sie konterkarieren die bezweckte Anreizwirkung für Compliance und Aufklärung:
 - Die Vielzahl unbestimmter Rechtsbegriffe in § 17 VerSanG-E führt zu mehr statt weniger Rechtsunsicherheit.

³⁶ Siehe Gesetzesbegründung, S.63.

- Die Trennung von interner Untersuchung und Verteidigung ist zur Wahrung der Unabhängigkeit der Untersuchung nicht erforderlich, wegen des engen Sachzusammenhangs inhaltlich unrichtig und führt für die Unternehmen zu erheblichen Ineffizienzen und Belastungen.
- Die Ergebnisse und Dokumente aus internen Untersuchungen müssen dem Verteidigerprivileg unterliegen. Andernfalls haben Unternehmen nur die Wahl gänzlich auf eine interne Untersuchung zu verzichten oder vollständig zu kooperieren.
- Die erste Option werden Unternehmen ohne gelebte Compliance-Kultur wählen, um eine nicht privilegierte Dokumentationslage zu vermeiden, auch wenn sie dadurch in Konflikt mit bestehenden Vorstands- und Geschäftsführerpflichten zur Wahrung der Legalität geraten – das konterkariert den bezweckten Anreiz, in Compliance und Aufklärung zu investieren.
- Die zweite Option werden insbesondere große kapitalmarktorientierte Unternehmen wählen, die sich zur Wahrung eines etwaigen Sanktionsrabattes aber einem Zwang zur Selbstbelastung aussetzen müssen – das ist verfassungsrechtlich und rechtsstaatlich inakzeptabel.
- Das Aussageverweigerungsrecht für Mitarbeiter in internen Untersuchungen verschiebt das Spannungsfeld zwischen dem gebotenen Schutz vor Selbstbelastung im Strafverfahren und der Fähigkeit der Unternehmen zur effektiven Aufklärung in inakzeptabler Weise zu Lasten der Unternehmen. Die Regelung gefährdet den Kooperationsrabatt der Unternehmen nach § 18 VerSanG-E, weil sie de facto gehindert sind, einen wesentlichen Aufklärungsbeitrag zu leisten.
- DICO fordert stattdessen dieses Spannungsfeld durch Einführung der sog. „Zustimmungslösung“ angemessen zu lösen. Protokolle aus Interviews aus internen Untersuchungen dürfen dabei nur mit Zustimmung des befragten Mitarbeiters, gekoppelt mit einem Verwendungsverbot nach dem Vorbild des § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO an die Ermittlungsbehörde übergeben werden.
- Die Auswirkungen der gesetzlichen Regelungen auf arbeits- und zivilrechtliche Verfahren, die im Zusammenhang mit der internen Untersuchung bzw. dem zugrunde liegenden Compliance-Verstoß stehen (etwa in Bezug auf Akteneinsicht, Verwertungsverbote etc.), sind noch zu wenig beleuchtet. Dies ist im weiteren Gesetzgebungsverfahren sicherzustellen.

Wir begrüßen, dass der Gesetzgeber interne Untersuchungen regeln und Anreize für deren Durchführung schaffen möchte. Interne Untersuchungen sind seit Jahren fester Bestandteil eines guten Compliance-Systems und stärken die Integritätskultur in den Unternehmen. Es ist richtig, sie auch rechtlich auf eine solide Grundlage zu stellen und damit bestehende Rechtsunsicherheit zu beseitigen. Dabei erkennen wir insbesondere die pragmatische und zukunftsweisende Grundsystematik an, Kooperation und Offenlegung zu incentivieren. Unternehmen sollen sich in der Tat immer mehr dazu angespornt fühlen, interne Untersuchungen durchzuführen und eine Selbstreinigung vorzunehmen, um damit Strafmilderung zu erreichen.

Gleichwohl enthält die vorliegende Entwurfsfassung eine Reihe schwerwiegender Webfehler, die in der aktuellen Fassung von § 17 VerSanG-E nicht nur zu mehr statt weniger Rechtsunsicherheit beitragen werden, sondern auch das Ziel, die Integrität in der Wirtschaft zu stärken, konterkarieren. Stattdessen werden Unternehmen unangemessen benachteiligt. Die folgenden Gesichtspunkte sind zwingend zu berücksichtigen und entsprechende Anpassungen vorzunehmen:

1) Rechtsunsicherheit und Dilemmata durch unbestimmte Rechtsbegriffe

Wie bereits ausgeführt, begründen die unbestimmten Rechtsbegriffe in § 17 VerSanG-E nicht nur einen zu weiten und für die Unternehmen unvorhersehbaren Ermessens- bzw. Interpretationsspielraum für Gerichte und Staatsanwaltschaften, sondern sie führen auch zu unzumutbaren Dilemmata, insbesondere weil die Vorgaben des wesentlichen Aufklärungsbeitrags und des fairen Verfahrens widersprüchlich sind und nicht in Einklang gebracht werden können.

Der Begriff des „wesentlichen Aufklärungsbeitrags“ i. S. d. § 17 Abs. 1 Nr. 1 VerSanG-E ist nach Ansicht von DICO vor allem deshalb zu unbestimmt, weil man aus ihm heraus nicht ersehen kann, welche Qualität, welchen Inhalt und welche substanzielle Tragweite ein derartiger Aufklärungsbeitrag überhaupt haben muss, um letztlich als sanktionsmildernd anerkannt zu werden. Das VerSanG-E überlässt es dabei auch dem Verband, wie und auf welche Weise dieser Aufklärungsbeitrag geleistet werde. Wenn das Unternehmen also interne Untersuchungen einleitet, kann es sich letztlich nicht sicher sein, ob es denn auch wirklich einen „wesentlichen“ Aufklärungsbeitrag leistet bzw. geleistet hat. Klar ist dabei nur, dass ein Aufklärungsbeitrag nicht mehr wesentlich sein kann, wenn die Strafverfolger den Sachverhalt schon unabhängig von der Aufklärungsleistung des Unternehmens selbst aufgeklärt haben. Hervorzuheben ist das Problem, wenn die eingeschränkte Kausalität der internen Aufarbeitung für den Erfolg des Ermittlungsverfahrens auf Umständen beruht, die außerhalb der Beherrschbarkeit des Unternehmens liegen, z. B. weil die Täter die eigenen

Spuren besonders gut verdeckt haben oder die internen Ermittlungen durch die behördlichen erschwert bzw. überholt werden.

Der Entwurf trägt dem Umstand nicht hinreichend Rechnung, dass **Unternehmen nicht einfach ihr Täterwissen preisgeben können**, sondern „von außen“ auf die Sachverhalte blicken und tatsächlich aufklären müssen. Der insoweit bestehende fundamentale Unterschied zur Strafmilderung nach § 46b StGB wird ignoriert.

Weitere unbestimmte Begriffe finden sich auch in § 17 Abs. 1 Nr. 3 VerSanG-E, wonach der Untersuchungsbeauftragte „ununterbrochen“ und „uneingeschränkt“ mit den Verfolgungsbehörden zusammenarbeiten muss. Auch hier bleibt in bedenklicher Weise offen, wie diese Begriffe zu verstehen und wie sie vor allem auszufüllen sind. Sie eröffnen das Risiko, dass die Strafverfolger und Gerichte sie als Gebot und Pflicht der Unternehmen zu bedingungsloser Kooperation betrachten werden und die Unternehmen den „Wünschen“ der Ermittlungsbehörden schutzlos ausgeliefert werden³⁷. Auch beim Begriff des fairen Verfahrens in Nr. 5 handelt es sich um einen weitestgehend unbestimmten Rechtsbegriff, zumal es sich bei lit a) bis c) nicht um eine abschließende Aufzählung handelt. Ganz konkret bedarf es zum fairen Verfahren einer Klarstellung, dass diese Anforderung nicht dazu führt, dass die für staatliche Ermittlungsbefugnisse entwickelten fair-trial Anforderungen mit all ihren Verästelungen durch Rechtsprechung und Lehre künftig auf Basis von Nr. 5 analog auch für den privatrechtlichen Prozess der internen Untersuchungen gelten.

Die aus der Vielzahl an unbestimmten Rechtsbegriffen naturgemäß erwachsende Unsicherheit für die Unternehmen multipliziert sich schließlich dadurch, dass die Voraussetzungen kumulativ vorliegen müssen.

Offen bleibt derzeit auch, wie der Widerspruch zwischen dem Kooperationsgebot des § 17 Abs. 1 Nr. 3 VerSanG-E und dem Recht des gesetzlichen Vertreters des Verbandes, im Rahmen des Sanktionsverfahrens zur Sache nicht gegen seinen Willen aussagen zu müssen (§ 33 Abs. 1 VerSanG-E), gelöst werden soll. Das sehr weit gefasste Kooperationsgebot des § 17 Abs. 1 Nr. 3 VerSanG-E (ununterbrochene und uneingeschränkte Zusammenarbeit) scheint nach dem Wortlaut dazu zu führen, dass das Unternehmen auch Ergebnisse und Ermittlungszwischenstände der Staatsanwaltschaft mitteilen muss, die die Geschäftsleitung oder sonstige Leitungspersonen, mit- hin u. U. gesetzliche Vertreter, strafrechtlich belasten können. Das Kooperationsgebot steht damit in massivem Konflikt zu § 33 des geplanten Verbandssanktionengesetzes³⁸.

³⁷ Vgl. *Schmitz*, WiJ Ausgabe 4, 2019, S. 5.

³⁸ Vgl. *Ott/Lüneborg*, NZG 2019, 1361, 1366.

Wenn das Unternehmen sich entschließt, mit den Strafverfolgungsbehörden zusammenzuarbeiten, muss es umfassend kooperieren. Treten jedoch die Verfolgungsbehörden im Laufe ihrer Ermittlungen an das Unternehmen heran, kann die Sanktionsmilderung nur erlangt werden, wenn das Unternehmen unverzüglich mit den Verfolgungsbehörden kooperiert. Eine unverzügliche Kooperation setzt voraus, dass der Verband innerhalb kurzer Frist über die Kooperation entscheidet. Offen bleibt allerdings was der Gesetzgeber unter „kurzer Frist“ versteht. Es sollte klargestellt werden, dass dem Verband eine angemessene Frist einzuräumen ist, damit dieser unter Wahrung bestehender Vorstands- und Geschäftsführerpflichten zum Handeln im Unternehmensinteresse die Möglichkeit hat, sich innerhalb der Organisation einen Überblick darüber zu verschaffen, was konkret vorgefallen ist und welche Folgen sich für eine mögliche Kooperation ergeben.

2) Trennung interne Untersuchung / Unternehmensverteidigung

Wir sprechen uns eindeutig gegen die im Gesetzesentwurf vorgesehene Trennung der internen Untersuchungen von der Unternehmensverteidigung als Voraussetzung für eine Sanktionsmilderung aus.

Worum geht es bei der Frage? Interne Untersuchungen und die Verteidigung des Unternehmens sind zwei unterschiedliche Seiten derselben Medaille. Verbandsinterne Untersuchungen werden in der Entwurfsbegründung zu recht beschrieben als objektive Aufklärung des Sachverhalts einschließlich aller belastenden und entlastenden Umstände (vgl. S. 99 der Entwurfsbegründung zu § 17 Abs.1 Nr. 2). Dieser Anspruch darf und soll nicht verändert werden. Gleichmaßen steht am Anfang jeder Verteidigung zur Wahrung der Rechtsposition des Unternehmens die Klärung der zu Grunde liegenden Fakten. Anders als in der Begründung beschrieben (vgl. S. 98 der Entwurfsbegründung zu § 16), kann die Verteidigung des Unternehmens allerdings bereits beginnen, bevor sich der Verband in einem von außen aufgezwungenen Verfahren mit einer konkreten Beschuldigung konfrontiert sieht. Unabhängig davon, ob zunächst unternehmensintern Hinweise auf strafbares Verhalten identifiziert werden oder ob das Unternehmen mit dem Verdacht erstmals durch eine behördlichen Ermittlung konfrontiert wird: stets wird es zunächst erste Aufklärungsmaßnahmen zur Evaluation der Sach- und Rechtslage einleiten, um die weitere Vorgehensweise (konkret: Kooperation oder Verteidigung) zu bestimmen, wobei in der Praxis bereits heute ein starker Trend zur Kooperation besteht, weil Unternehmen es sich schon aus Reputationsgründen nicht mehr leisten können, kritische Sachverhalte „unter den Teppich zu kehren“. Erst auf dieser Basis werden dann im Falle der Kooperation die weiteren Schritte im Sinne von § 17 VerSanG-E eingeleitet. Vor diesem Hintergrund teilen wir nicht die in der Entwurfsbegründung geäußerte Sorge, dass nur die Trennung eine ausreichende Unabhängigkeit der internen Untersuchung gewährleisten könne.

Im Gegenteil: die in § 17 VerSanG-E enthaltenen Vorgaben, insbesondere zur „ununterbrochenen und uneingeschränkten“ Kooperation (§ 17 Abs. 1 Nr. 3 VerSanG-E) sichern die Unabhängigkeit der internen Untersuchung ausreichend ab.

Als Grund für die Trennung der internen Untersuchungsführerschaft und der Verteidigung wird durch das VerSanG angeführt, dass es bei Nichttrennung zu Interessenkonflikten kommen könne und eine Untersuchung nicht objektiv geführt werde. Konsequenterweise soll die vertypte sanktionsmildernde Wirkung der §§ 17 und 18 VerSanG-E daran anknüpfen, dass der „beauftragte Dritte“ für die interne Untersuchung nicht gleichzeitig Verteidiger des Verbandes oder eines Beschuldigten sein darf. Allerdings – und hierdurch wird der Widerspruch sehr deutlich – hält der Entwurf jedoch ausdrücklich fest, dass die interne Untersuchung durch dieselbe Kanzlei durchgeführt werden kann, die die Unternehmensverteidigung übernimmt, sofern eine „organisatorische Trennung“ zwischen beiden Beratungsmandanten vorgenommen wird.

Die mit der Gesamtregelung zum Ausdruck gebrachte Grundhaltung des Gesetzgebers mit Blick auf die Frage „Verhältnis von Untersuchung und Verteidigung“, aber auch hinsichtlich der betroffenen Interessengruppe der Rechtsanwälte trifft bei DICO auf weitgehendes Unverständnis. Es erweckt den Anschein, dass man seitens des Gesetzgebers der Anwaltschaft insofern ein Stück weit misstraut und davon ausgeht, dass Verteidiger, welche interne Untersuchungen durchführen, Sachverhalte schlecht, gar nicht oder nur unter Heimlichkeit aufklären.³⁹ Im Übrigen sei darauf hingewiesen, dass doch gerade die vollständige und wahrheitsgemäße Offenbarung von Tatsachen ein wesentliches, häufig anzutreffendes Element von sach- und fachgerechter Verteidigung ist. Für das Misstrauen, beauftragte Rechtsanwälte, die zugleich eine Verteidigerrolle besetzen, könnten unlauter in die Untersuchungen eingreifen, gibt es keinerlei empirische Nachweise. Abgesehen davon bieten die Regeln des Berufsrechts bzw. § 258 StGB einen mehr als ausreichenden Schutz vor den Missbräuchen.

Der innere Zusammenhang zwischen interner Untersuchung und Verteidigung sollte insgesamt nicht negiert werden, da interne **Untersuchung und Verteidigung regelmäßig die zwei Wesenselemente einer kooperativen Unternehmensverteidigung** sind.

Es stellt sich daneben die rechtspraktische Frage, wie ein Verteidiger neben der Untersuchung agieren soll. Soll ihm nach der dem Gesetzentwurf zugrundeliegenden Vorstellung eine eigene Informationsermittlungskompetenz bis zu (welchem?) Abschluss der Untersuchung genommen sein oder sollen Verbände künftig parallele interne Untersuchungen durch Untersuchung und Verteidigung führen lassen, um auch eine sachgerechte Verteidigung zu ermöglichen? Zudem ist gerade die Waffengleichheit zwischen Verteidigung und Verfolgungsbehörden, denen unmittelbar

³⁹ Vgl. zutreffend auch *Priewer/Ritzenhoff*, WiJ 4/2019, S. 2.

und umfassend Zugriff auf die Ergebnisse der verbandsinternen Untersuchung zu gewähren ist, unter rechtstaatlichen Gründen fragwürdig.⁴⁰

Darüber hinaus führt die Trennung zu inhaltlichen Ineffizienzen und einem unangemessenen finanziellen Mehraufwand, da bei Verstößen gegen das VerSanG-E regelmäßig zwei unterschiedliche Kanzleien (bzw. zumindest unabhängig voneinander agierende Teams) mandatiert werden müssten. Sollte die Trennung nicht nur für Verteidigung und Ermittlung gelten, sondern auch spiegelbildlich für die Unternehmen, müssten diese erheblich mehr interne Ressourcen zur Verfügung stellen, um die Verteidigung sowie die Ermittlung zu unterstützen. Weiterer Mehraufwand entsteht insbesondere auch dann, wenn nicht nur die Unternehmensleitung, sondern auch der Aufsichtsrat eine eigene Untersuchung durchführt (weil sich auch Hinweise auf Fehlverhalten gegen den Vorstand ergeben). In diesem Fall führt die Trennung von Untersuchung und Verteidigung dazu, dass sich eine Vielzahl (externer) Experten kostenintensiv und mit negativem Einfluss auf die internen Betriebsabläufe mit der Aufklärung ein- und desselben Sachverhaltes beschäftigen und z.B. Zeugen und Betroffene mehrfach befragen müssten..

All diese Fragen und Aspekte bleiben im Entwurf weitgehend unbeantwortet.

Vergleicht man diese Regelung mit den Rechten eines Beschuldigten, so wird erkennbar, dass hierin auch ein Systembruch mit der proklamierten Gleichstellung von Beschuldigtem und Verband liegt. Denn es käme wohl niemand auf die Idee, dem Beschuldigten eine Strafmilderung in Aussicht zu stellen, wenn er die Bestellung eines Verteidigers auf bestimmte Themenfelder beschränkt oder dessen Tätigkeit zeitlich stark einschränkt.

Für DICO drängt sich daher auf, dass dieser künstlichen Trennung eine völlig andere, nicht offengelegte Erwägung zu Grunde liegt: der Erhalt der Beschlagnahmemöglichkeit von Arbeitsprodukten aus internen Untersuchungen (z. B. Befragungsprotokolle, Berichte, Review-Ergebnisse). Zu dieser Frage stellt der Gesetzesentwurf an anderer Stelle nämlich klar, dass Aufzeichnungen über Befragungen von Mitarbeitern im Rahmen von verbandsinternen Untersuchungen nur dann vor Beschlagnahme geschützt sind, wenn sie dem Vertrauensverhältnis zwischen Strafverteidiger und Unternehmen zuzuordnen sind. Nicht darunter falle eine Sachverhaltsaufklärung, die vor Vorliegen einer Beschuldigtenstellung des Unternehmens stattfindet oder anderen Zielen diene, z. B. der internen Compliance. Insofern ist die Trennung von Untersuchungsführer und Verteidiger schlicht ein Mittel zur weiteren Effektivierung der Strafverfolgung. Eine solche Instrumentalisierung lehnt DICO ab.

Diese birgt auch die Gefahr, dass Unternehmen die Frage der internen Untersuchung sehr restriktiv handhaben und warten, bis sie beschuldigt werden. Die Unternehmen könnten ihren Fokus

⁴⁰ Zur Waffengleichheit vgl. BVerfG, NJW 2002, 2773 (2774).

auch ganz grundsätzlich nicht auf die §§ 17 und 18 VerSanG-E setzen, sondern auf die allgemeinen Sanktionsbemessungsregelungen des § 15 VerSanG-E legen. Ein solcher Konstruktionsfehler des Gesetzes ist nicht im Sinne der Unternehmen und konterkariert den Sinn und Zweck des VerSanG-E. Die Anreizsystematik der §§ 17 und 18 VerSanG-E wäre damit obsolet.

3) Beschlagnahmeschutz

Durch die Beschränkung des Beschlagnahmeschutzes wird weiter die von § 17 VerSanG-E angestrebte und zu begrüßende Grundkonzeption, die keinen Zwang zur Erfüllung der Voraussetzungen des § 17 VerSanG-E aufstellen möchte, faktisch zunichte gemacht.

Die Begründung zum RefE stellt auf S. 98 explizit klar, dass kein Zwang zur Einhaltung der Vorgaben des § 17 VerSanG-E bestehen soll. Dem Verband – der gesellschafts- und haftungsrechtlich ohnehin zur Aufklärung verpflichtet ist – soll es freistehen, ob er entsprechend der Vorgaben des § 17 VerSanG-E vollumfänglich mit den Behörden kooperieren oder aber sich verteidigen möchte.

Diese Wahl hat der Verband aber nur, wenn er sich auch tatsächlich wie ein natürlicher Beschuldiger effektiv verteidigen kann. Hierfür ist ein Beschlagnahmeschutz von Aufklärungsunterlagen erforderlich. Andernfalls könnten die Aufklärungsunterlagen jederzeit beschlagnahmt werden, so dass der Verband sie a priori zur Verfügung stellen muss, um die Kooperation und den Mildeungstatbestand nicht zu gefährden. Das hätte aber mit **Freiwilligkeit** in Bezug auf die **Kooperation** nichts zu tun.

Mit der bereits erwähnten Beschränkung des Beschlagnahmeschutzes beschneidet der Gesetzentwurf die Rechte der Unternehmen im Rahmen der Kooperation und Verteidigung in hohem Maße.

Unternehmen haben ein hohes Eigeninteresse, mit Ermittlungsbehörden zu kooperieren. Unternehmen benötigen hierfür jedoch einen angemessenen und effektiven Rechtsrahmen, der ihnen einen korrespondierenden und konsequenten Schutz für den Fall bietet, dass sie vollumfängliche Kooperation nicht als adäquates Mittel der Verteidigung erachten.

Unternehmen müssen sicher sein, dass **Ergebnisse und Arbeitsprodukte** aus **internen Untersuchungen** grundsätzlich **beschlagnahmefrei** sind und sie bei einem der internen Untersuchung nachgelagerten Sanktionsverfahren (§ 3 Abs. 1 VerSanG-E), bei dem sie selbst im Fokus der Ermittlung stehen könnten, auch weitgehend selbst geschützt sind. Der Beschlagnahmeschutz erstreckt sich selbstverständlich nicht auf die Primärbeweismittel, so dass die Ermittlungsbehörden insofern nicht schlechter gestellt werden.

Ein Schutzstatus für Unternehmen darf zudem nicht erst mit Einleitung eines förmlichen Sanktionsverfahrens begründet werden, sondern bereits dann, wenn intern bekannt gewordene Missstände strafrechtliche Relevanz aufweisen und das Unternehmen daher aufgrund ordnungsgemäßer Geschäftsführung Maßnahmen ergreift, den Missstand aufzuklären. Die vom Bundesverfassungsgericht in der Jones Day Entscheidung eröffneten Spielräume, den **Zeitpunkt einer beschuldigtenähnlichen Stellung** zu definieren, sind in diesem Sinne vom Gesetzgeber auszunutzen. Das gilt insbesondere auch deshalb, weil das Unternehmen auf Basis des VerSanG-E unmittelbar zum Beschuldigten werden kann, also in Konstellationen des § 130 OWiG die bestehende Zweistufigkeit aus einem Ermittlungsverfahren etwa wegen Korruption und einem Verfahren wegen Aufsichtspflichtverletzung künftig entfällt.

DICO befürchtet, dass, wenn es dem Gesetz nicht gelingt, diesen Schutz zu gewährleisten, die Anzahl derjenigen Unternehmen, die nur sehr restriktiv intern untersuchen, steigen wird.

4) Aussageverweigerungsrecht für Mitarbeiter

Ähnliche Bedenken treten im Spannungsfeld „Rechte der Arbeitnehmer im Strafverfahren und Aufklärungsinteresse der Unternehmen“ auf.

§ 17 Abs. 1 Nr. 5 c) VerSanG-E sieht für eine faire und die Sanktionsmilderung begründende Untersuchung ein Auskunftsverweigerungsrecht des Mitarbeiters bei Selbstbelastung vor.

DICO erkennt das gesetzgeberische Anliegen durchaus und sieht, dass damit dem viel diskutierten Grundkonflikt zwischen Aussagepflicht im Arbeitsverhältnis (§§ 666, 667 BGB) bezogen auf seinen Aufgabenbereich und dem im Strafprozess geltenden Nemo-Tenetur-Grundsatz Rechnung getragen werden soll. Der von der vorliegenden Entwurfsfassung eingeschlagene Weg verschiebt aber das Spannungsfeld zwischen dem gebotenen Schutz der Mitarbeiter vor Selbstbelastung im Strafverfahren und der Fähigkeit der Unternehmen zur effektiven internen Untersuchung in völlig unangemessener Weise zu Lasten der Unternehmen.

Das ergibt sich nicht zuletzt aus § 17 Abs. 1 Nr. 1 VerSanG-E, wonach das Unternehmen gehalten ist, wesentlich dazu beizutragen, die Verbandstat aufzuklären. Weiß man nun aber, dass in der Praxis der größte Teil der Aufklärungserkenntnisse durch Mitarbeiterbefragungen gewonnen werden, so erkennt DICO darin ein Dilemma, in dem sich Unternehmen künftig befinden werden.⁴¹ Sie laufen zum einen Gefahr, keinen „wesentlichen Aufklärungsbeitrag“ i. S. d. § 17 Abs. 1 Nr. 1 VerSanG-E zu leisten. Zum anderen werden die Unternehmen ohne Vollaussage der Mitarbeiter

⁴¹ Vgl. Petrasch, DRiZ 2020, 96 ff.

den wahren Sachverhalt nicht ausreichend feststellen und damit weder potentielle Täter und Teilnehmer ermitteln, noch zu Unrecht beschuldigte Mitarbeiter entlasten können. Ohne ausreichende Kenntnis des Sachverhaltes geht zudem auch die Präventionsarbeit ins Leere und eine drohende Wiederholungsgefahr kann nicht effektiv reduziert werden.

Das vom Gesetzgeber in § 17 VerSanG-E entworfene „Anreizmodell“ bringt Unternehmen somit in eine **inakzeptable Zwangslage**. Als Arbeitgeber ist es – so das verbreitete Verständnis der BAG-Rechtsprechung – nach wie vor berechtigt, von seinen Mitarbeitern bezogen auf deren Aufgabenbereich umfassend und auch selbstbelastend Auskunft zu verlangen. Gleichzeitig ist es **gesellschaftsrechtlich** zu einer möglichst umfassenden **Aufklärung** interner Verstöße **verpflichtet**, um seiner Legalitätspflicht zu genügen und möglicherweise laufende Rechtsverstöße abzustellen.⁴² Darüber hinaus hat das Unternehmen **Handlungspflichten** gegenüber Behörden und Dritten zu erfüllen, insbesondere

- die Korrektur von Steuererklärungen⁴³;
- die Erfüllung von Anforderungen ausländischer Ermittlungsbehörden
- die Information des Kapitalmarktes über relevante Compliance-Fälle;
- die Erfüllung der Anforderungen an die vergaberechtliche Selbstreinigung und
- ggf. den Rückruf von Produkten u.Ä.

Ohne Auskünfte der Arbeitnehmer über Abläufe in ihrem Aufgabenbereich in der Vergangenheit wird die Erfüllung dieser Rechtspflichten und Obliegenheiten im Unternehmensinteresse gravierend erschwert oder sogar unmöglich gemacht, was insbesondere bei schwerwiegenden oder gar bestandsgefährdenden Risiken zu nicht akzeptablen Belastungen des Verbandes führen kann.

Vor diesem Hintergrund hat das Unternehmen als Arbeitgeber zunächst einmal keine Veranlassung, den Mitarbeitern besondere Rechte, insbesondere ein so im Arbeitsrecht bisher nicht anerkanntes Recht zur Aussageverweigerung, einzuräumen, zumal er zur Kompensation umfangreiche Dokumentationen der Arbeitsprozesse einführen müsste. Die potenzielle Strafmilderung nach §§ 17, 18 VerSanG-E läuft der sonstigen Interessen- und Pflichtenlage der Unternehmen somit vollständig zuwider. Hinzu kommt: Die vermeintliche Fairness gegenüber den schweigenden, möglicherweise unredlich und strafbar handelnden Mitarbeitern erfolgt auf Kosten der Fairness sowie der rechtlich und wirtschaftlich schutzwürdigen Interessen der sonstigen Mitarbeiter sowie der Aktionäre und weiteren Stakeholder des Unternehmens.

⁴² Vgl. LG München Urt. v. 10.12.2013 – 5 HKO 1387/10 (Siemens/Neubürger), BeckRS 2014, 1998; *Fleischer*, NZG 2014, 321 ff.; *Kremer/Klahold*, in: Krieger/Uwe H. Schneider (Hrsg.), Handbuch Managerhaftung, 3. Auflage, Rz. 25.50; Seyfarth, Vorstandsrecht § 8, Rz. 48.

⁴³ Vgl. § 153 AO.

Die Unternehmensleitung muss in dieser Situation nach der **Business-Judgement-Rule** entscheiden – und zwar schon zu Beginn der Untersuchung ohne die Tragweite des konkreten Falles zu kennen – ob es § 17 VerSanG-E anwendet und schon im ersten Interview alle Vorgaben des § 17 Abs. 1 Nr. 5 VerSanG-E sowie daneben alle weiteren Punkte des Abs. 1 beachtet, um vielleicht am Ende in den Genuss des § 18 VerSanG-E zu kommen. Oder, ob es wirtschaftlich und gesellschaftsrechtlich eher geboten ist, den höheren Sanktionsrahmen in Kauf zu nehmen, dafür aber eine schnelle und effiziente Untersuchung durchzuführen, die insbesondere unter voller Einbeziehung der Mitarbeiter als Wissensträger auch wesentlich bessere Erkenntnisse liefert und die Erfüllung eventueller Handlungspflichten gegenüber Behörden und Dritten erleichtert. Diese vielschichtige Entscheidung mit hoher Tragweite in Unternehmen – gerade bei kleinen und mittleren Unternehmen – kann zu einer Überforderung führen und ihnen in der vorgesehenen Form nicht abverlangt werden.⁴⁴ Der vorgeschlagene Weg ist nicht nur unangemessen und unfair, er führt auch das bezweckte Anreizmodell für interne Untersuchungen ad absurdum.

DICO spricht sich daher dafür aus, den Ausgleich zwischen arbeitsrechtlicher Auskunftspflicht des Mitarbeiters zu seinem Aufgabenbereich und Nemo-tenetur-Prinzip nicht einseitig zu Lasten der Unternehmen zu suchen, sondern über den Weg einer sog. „**Zustimmungslösung**“ (**Übergabe der Protokolle** an die Strafverfolgungsbehörden nur **mit Zustimmung** des intern befragten Mitarbeiters) mit einem Verwendungsverbot der Interviewprotokolle nach dem Vorbild des § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO zu gehen.⁴⁵ Dadurch würde gerade Unternehmen, die ohne Aufklärung existenzgefährdenden Risiken ausgesetzt sind oder anderweitig die Einhaltung der Legalitätspflicht nicht einhalten können, eine zügige und effektive interne Untersuchung ermöglicht werden.

5) Belehrungspflicht nur bei Befragung von Kernpersonen

Darüber hinaus sollte bei der Belehrungspflicht zwischen der Befragung von Kernpersonen der Untersuchung und rein informatorischen Befragungen zu Geschäftsmodell und operativen Prozessen differenziert werden. Der Gesetzgeber sollte den Anwendungsbereich des § 17 Abs. 1 Nr. 5 lit. a) - c) VerSanG-E konkretisieren und dahingehend einschränken, dass die Belehrungspflicht, insbesondere zur Aussageverweigerung, nicht für rein informatorische Befragungen gilt. Denn Ausgangspunkt vieler interner Untersuchungen sind zunächst Gespräche über allgemeine Prozessabläufe und Zuständigkeiten, um in einem ersten Schritt ein allgemeines Verständnis für den Sachverhalt zu entwickeln. Hierauf aufbauend werden häufig erst in einem zweiten Schritt Gesprä-

⁴⁴ Vgl. hierzu insgesamt *Lanzinner/Petrasch*, CCZ 2020 S. 109 ff., im Erscheinen.

⁴⁵ Vgl. *Petrasch*, Compliance Berater, 3/2020, 45 ff.; *Moosmayer/Petrasch*, ZHR 2018 (182), 504 ff.

che mit Personen geführt, die im Fokus der Untersuchung stehen. Eine umfassende und weitreichende Belehrung bei lediglich informatorischen Befragungen wäre nicht zielführend und würde Mitarbeiter verunsichern, was den Erkenntnisgewinn deutlich mindern dürfte.

6) Durchführung der Untersuchung im Einklang mit den Gesetzen

Unklarheit ergibt sich aus S. 98 der Entwurfsbegründung, wo es heißt, Voraussetzung des § 17 VerSanG-E sei die Durchführung der verbandsinternen Untersuchung in Übereinstimmung mit den geltenden Gesetzen. Hier bleibt in bedenklicher Art und Weise offen, welche Rechtsverstöße zum Anlass genommen werden dürfen, eine Milderung nach § 17 VerSanG-E zu verweigern.

Langwierige und umfangreiche verbandsinterne Untersuchungen bergen ebenso wie auch öffentliche Ermittlungsmaßnahmen große rechtliche Herausforderungen, bei denen das Risiko unbeabsichtigt gegen einzelne Rechtsnormen zu verstoßen nicht gänzlich ausgeschlossen werden kann. Wie bei staatlichen Ermittlungen soll es nach § 17 Abs. 1 Nr. 1 VerSanG-E auch das Ziel verbandsinterner Ermittlungen sein, wesentlich zur Aufklärung beizutragen. Bei staatlichen Ermittlungsfehlern ist anerkannt, dass diese nur unter bestimmten Voraussetzungen zu Beweisverwertungsverboten führen. Es ist kein Grund ersichtlich, warum bei privaten Ermittlern insoweit strengere Regeln gelten sollten. Somit dürften auch bei verbandsinternen Untersuchungen kleinere Rechtsverstöße für den Milderungstatbestand des § 17 VerSanG-E grundsätzlich irrelevant sein. Ohne weitere Präzisierung in der Gesetzesbegründung ist aber zu befürchten, dass Gerichte im Einzelfall die Sanktionsmilderung auch aus kleineren Verstößen versagen könnten. Dies wäre grob unbillig. In der Gesetzesbegründung muss daher ergänzt werden, dass insoweit auf die Grundsätze der Rechtsprechung zu Beweisverwertungsverboten abzustellen ist. Im Kern geht es darum eine interessengerechte Lösung zu finden, die sich an den Grundsätzen des **fairen Verfahrens** und des **Auswirkungsprinzips** orientiert: nur wenn die verantwortlich für das Unternehmen Handelnden bei der internen Untersuchung gezielt wesentliche Rechtsvorschriften verletzt haben, auf denen relevante Ergebnisse des ermittelten Sachverhalts beruhen und diese Erkenntnisse sich für die von der Rechtsverletzung betroffenen Personen (Arbeitnehmer oder Organe) nachteilig auswirken, könnte der Milderungsumgang des §§ 17, 18 VerSanG-E **reduziert** (nicht aber die Milderung insgesamt verwehrt) werden. Im Übrigen versteht es sich von selbst, dass jede Rechtsverletzung materiell- und verfahrensrechtlich nach den für sie einschlägigen Vorschriften zu behandeln ist.

7) Datenschutz und interne Untersuchungen

Korrekturen sind zudem – nicht zuletzt bedingt durch aktuelle Rechtsprechung zur Auslegung der DSGVO⁴⁶ – im Bereich des Datenschutzrecht erforderlich, um die effektive Durchführung interner Untersuchungen mit einem angemessenen Datenschutzniveau durchführen zu können und gleichzeitig die Rechte von Whistleblowern und die Unschuldsvermutung zu Gunsten Betroffener abzusichern. Das VerSanG sollte eine Regelung enthalten, die für die Dauer der internen Untersuchung die aus der EU-Datenschutz-Grundverordnung und dem Bundesdatenschutzgesetz bestehenden **Informationspflichten** gegenüber Betroffenen sowie die **Auskunftsrechte** der Betroffenen **zeitlich zurückstellt**, solange und soweit der Zweck der internen Untersuchung anderenfalls gefährdet würde.

Der insoweit noch in der alten Version des BDSG enthaltene Ausnahmetatbestand der „erheblichen Gefährdung der Geschäftszwecke der verantwortlichen Stelle“ ist mit Anwendbarkeit der DSGVO und Inkrafttreten des neuen BDSG entfallen. Die Offenlegung von personenbezogenen Daten gegenüber Personen, die als Zeugen oder Betroffene einer internen Untersuchung in Betracht kommen, könnte das Ziel des § 17 Abs. 1 Nr. 1 VerSanG-E, die Aufklärung der Verbandstat, konterkarieren. Im Wege des Interessenausgleichs, unter Berücksichtigung des Aufklärungsinteresses des Unternehmens einerseits sowie der schutzwürdigen Interessen der betroffenen Person andererseits, wären Information und Auskunft bis zum Abschluss der Untersuchung zurückzustellen, soweit hierdurch der Untersuchungszweck gefährdet würde. Nach Abschluss des Verfahrens wären Informations- und Auskunftspflichten unverzüglich nachzuholen. Eine solche Regelung würde die beiden folgenden in der Praxis weit verbreiteten Grundprinzipien⁴⁷ von internen Untersuchungen absichern:

- **Unschuldsvermutung:** Bis zum Abschluss der Prüfung gilt die Unschuldsvermutung zu Gunsten der von der Untersuchung betroffenen Mitarbeiter bzw. der in einer Whistleblowermeldung bezichtigten Personen.
- **No-Retaliation-Policy:** Hinweisgeber sind zu schützen und dürfen – mit Ausnahme von Bösgläubigkeit – nicht wegen ihres Hinweises bzw. der Zusammenarbeit mit dem Unternehmen zur Aufklärung ggf. rechtswidriger Sachverhalte benachteiligt werden.

⁴⁶ Urteil des LAG Baden-Württemberg vom 20.12.2018 - 17 Sa 11/18, NZA-RR 2019, 242; vgl. dazu *Klahold*, Aktuelle Rechtsfragen Interner Untersuchungen, S. 97, in: Gesellschaftsrecht in der Diskussion, Tagungsband 2019, Gesellschaftsrechtliche Vereinigung, 2020.

⁴⁷ Vgl. dazu *Klahold*, Aktuelle Rechtsfragen Interner Untersuchungen, S. 97, in: Gesellschaftsrecht in der Diskussion, Tagungsband 2019, Gesellschaftsrechtliche Vereinigung, 2020.

Diese beiden Prinzipien werden seitens des Unternehmens durch strikte Anwendung des need-to-know Informationsansatzes abgesichert, d.h. möglichst wenige Personen sind mit dem zu prüfenden Sachverhalt zu befassen und die Prüfung ist im Sinne von Datenminimierung und -sparsamkeit durchzuführen, sodass personenbezogene Daten, insbesondere wenn sie für die Betroffenen hohes Schadenspotential haben, nur einem möglichst kleinen Personenkreis bekannt werden. Das VerSanG sollte durch die angeregten o.g. Änderungen dazu beitragen, dass diese wichtige Prinzipien zum Schutz der Rechtsgüter der Betroffenen wie auch der Akzeptanz interner Untersuchungen auch zukünftig eingehalten werden können.

8) Auswirkungen auf Ermittlungsverfahren ausländischer Verfolgungsbehörden

Die strikte Trennung von verbandsinterner Untersuchung und Unternehmensverteidigung führt 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 Erkenntnisse erfassen. Eine Ausnahme oder Beschränkung der in § 17 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG angelegten generellen Zugriffsverweigerung auf diese Erkenntnisse sind vom Referentenentwurf 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 in ausländischen Verfahren damit nicht verbunden wäre.

9) Auswirkungen auf Zivilrechtsverfahren

Weiterhin regen wir an, im Gesetzestext noch die Klarstellung aufzunehmen, dass Verteidigung in diesem Sinne nicht die Verteidigung in einem sich ggf. anschließenden Zivilrechtsverfahren umfasst. Als Sinn und Zweck der Trennung wird die Vermeidung von Konflikten zwischen verbandsinterner Untersuchung mit dem Strafverteidigungsmandat genannt.⁴⁸ Eine fortführende Trennung auch für die Verteidigung im Zivilprozess ist zur Erreichung dieses Zwecks nicht erforderlich, sodass ein Zugriff auf die Erkenntnisse aus der verbandsinternen Untersuchung für Zivilverfahren möglich sein muss. Andernfalls könnten zivilprozessuale Handlungsmöglichkeiten nicht mehr mit

⁴⁸ Vgl. Gesetzesbegründung auf S. 99 des Referentenentwurfs.

der erforderlichen Sorgfalt ergriffen werden. Beispielsweise könnte das objektive Vorliegen eines internen Untersuchungsergebnisses einem prozessualen Behaupten oder Bestreiten entgegenstehen, ohne dass hierauf ein Zugriff gegeben wäre. Vielmehr bestünde die Möglichkeit verschiedener Aufklärungsergebnisse für den gleichen zugrundeliegenden Sachverhalt, ohne dass sich der Referentenentwurf hinreichend damit auseinandersetzt, wie damit in ein und demselben Unternehmen umgegangen werden sollte. Dies würde sich auch auf ausländische Zivilrechtsverfahren auswirken, insbesondere in Staaten, in denen Unternehmen zur Vorlage sämtlicher Informationen verpflichtet sind.

Hinzu kommt, dass die vorzulegenden Unterlagen (§ 17 Abs. 1 Nr. 4 VerSanG-E), die von der Verfolgungsbehörde in die Ermittlungsakte genommen werden, in sich anschließenden zivilrechtlichen, arbeitsrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Verfahren im Rahmen der Akteneinsicht eingesehen werden können. Das würde zu einer erheblichen Verschlechterung der Position des Verbandes in diesen Verfahren führen, ohne dass die verbandsinterne Untersuchung damit in Zusammenhang steht bzw. gestellt wird.⁴⁹

III. Schlussbemerkung und zehn Vorschläge aus der Praxis

DICO begrüßt grundsätzlich die gesetzgeberische Initiative zur Modernisierung des Unternehmenssanktionsrechts und unterstützt das Ziel, die Integrität in der Wirtschaft weiter zu stärken, indem Anreize für Compliance, Aufklärung und Kooperation gesetzt werden. Der vorliegende Entwurf führt allerdings wie aufgezeigt an vielen Stellen zu zusätzlicher Rechtsunsicherheit und unverhältnismäßigen Folgen, die zudem konträre Wirkung auf das Ziel, die Integrität in der Wirtschaft zu stärken, entfalten können. Auf den folgenden Regelungsfeldern bedarf es dringender Korrekturen, um den Anforderungen der Praxis zu genügen und ein ausgewogenes modernes Unternehmenssanktionsrecht zu schaffen. Vor diesem Hintergrund unterbreiten wir die folgenden zehn Vorschläge:

- 1) Stärkung der Präventionsanreize für Unternehmen und der Anreize für interne Untersuchungen zur Förderung der Compliance Kultur. Zugleich Fokus auf Individualverantwortung.
- 2) Überdenken der Einführung des Legalitätsprinzips im gesamten breiten Anwendungsbereich potentieller Verbandstaten. Andernfalls drohen Belastungen für Unternehmen aus lange andauernden reputationsschädigenden Verfahren, für die bereits die niedrige Schwelle des Anfangsverdachts ausreicht, die dann aber aus

⁴⁹ Vgl. dazu *Ott/Lüneborg*, NZG 2019, 1361 (1366); *Lanzinner/Petrasch*, CCZ 2020, 109 (112).

faktischen Gründen (etwa Ressourcenmangel, fehlende Informationen, v.a. bei Auslandssachverhalten) nicht eingestellt werden. Damit entsteht auch zusätzliches Missbrauchspotenzial (etwa durch verfälschende Strafanzeigen oder Whistleblower-Meldungen im globalen Wettbewerb).

- 3) Aufnahme eines Kataloges schlanker, flexibel und risikoorientiert anwendbarer Compliance-Anforderungen zur Konkretisierung der *angemessenen Vorkehrungen zur Verhinderung einer Verbandstat* durch Formulierung verlässlicher Compliance-Leitplanken im Gesetzestext.
- 4) Änderungen bei § 3 Abs.1 Nr.2 VerSanG-E: Verhältnismäßigkeit herstellen, indem angemessene Vorkehrungen auf Tatbestandsebene exkulpierend wirken und nur leichtfertiges oder vorsätzliches Unterlassen angemessener Vorkehrungen tatbestandsmäßig ist.
- 5) Korrekturen bei den Sanktionen: Umsatzanbindung zur Bestimmung der angemessenen Sanktionsempfindlichkeit ungeeignet, 10%-Obergrenze allenfalls für besonders schwere Fälle, Nebeneinander von Sanktion und Einziehung unverhältnismäßig, das Sanktionsregister ist unnötig und nicht zuletzt mit Blick auf das im Aufbau befindliche Wettbewerbsregister abzulehnen.
- 6) Korrekturen bei den Regelungen zur Ausfallhaftung durch Fokus auf die Erfassung rechtsmissbräuchlicher Gestaltungen. Eine schuldunabhängige Konzernhaftung lehnen wir ab.
- 7) Klarstellen der unbestimmten Rechtsbegriffe, insbesondere bei den Voraussetzungen der internen Untersuchung zur Vermeidung von Rechtsunsicherheit und Unbestimmtheit, inklusive, dass Rechtsfehler bei der Untersuchung nicht automatisch die Milderungswirkung gefährden.
- 8) Beschlagnahmeschutz für Aufzeichnungen aus internen Untersuchungen: echte Wahlfreiheit zwischen Kooperation und Verteidigung ist nur gegeben, wenn auch die interne Untersuchung privilegiert ist, zumal die Strafrahmenhalbierung einen faktischen Zwang zur Kooperation nach § 17 VerSanG-E begründet.
- 9) Keine Trennung von interner Untersuchung und Verteidigung, da zum Schutz unabhängiger Untersuchungen nicht erforderlich und diese zwei Seiten derselben Medaille nicht ohne unnötige Zusatzkosten separiert werden können.
- 10) Ersatz des Auskunftsverweigerungsrechts durch die Zustimmungslösung in Anlehnung an § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO. Das Schweigerecht der Arbeitnehmer schwächt

die Effektivität interner Untersuchungen unverhältnismäßig, reduziert die Chancen, einen wesentlichen Aufklärungsbeitrag zu leisten erheblich und gefährdet damit die Strafraumhalbierung.

DICO steht für weitere Diskussionen zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft zur Verfügung.

* * *