

Quo vadis Verbandssanktionenrecht?

Eine Stellungnahme im Anschluss an die Äußerungen des Bundesrates und der Bundesregierung zum Regierungsentwurf eines Verbandssanktionengesetzes

Von Akad. Rätin a.Z. Dr. **Theresa Schweiger**, München*

I. Einführung

Die Diskussion um ein deutsches Unternehmensstrafrecht, die ihre Anfänge schon kurz nach Ende des Zweiten Weltkrieges nahm und ihren Höhepunkt im letzten Jahrzehnt mit der Veröffentlichung diverser Gesetzesentwürfe fand,¹ scheint sich langsam dem Ende zuzuneigen. Mittlerweile existiert ein Regierungsentwurf zur Einführung eines „Gesetzes zur Sanktionierung von verbandsbezogenen Straftaten“ (im Folgenden: VerSanG-E),² dem ein bereits viel diskutierter Referentenentwurf vorausging. Auch wenn die Neuregelung eines Sanktionsrechts für Verbände als Teil der Rechtsstaatsoffensive der aktuellen Regierung im Koalitionsvertrag explizit vereinbart wurde,³ so ist die Schnelligkeit, mit der die Verabschiedung des Gesetzes vorangetrieben wird – gerade auch mit Blick auf die derzeitige Corona-Pandemie –, doch bemerkenswert.⁴

Dieser Beitrag möchte nicht die – insbesondere aus anwaltlicher und unternehmerischer Sicht – bereits hinlänglich dargestellten Kritikpunkte am geplanten VerSanG-E erneut aufrollen,⁵ sondern – freilich unter entsprechender Einbezie-

lung dieser – in erster Linie auf den im Gesetzgebungsprozess noch umsetzbaren Änderungsbedarf des Regierungsentwurfes eingehen. Besonderen Anlass hierzu geben die zum Teil erstaunlich kritischen Verlautbarungen aus der Länderkammer des Parlamentes, wobei insbesondere die auf eine (Gesamt-)Ablehnung des Gesetzesentwurfes abzielenden Empfehlungen der Rechts- und Wirtschaftsausschüsse von Anfang September 2020⁶ für Hellhörigkeit gesorgt haben.⁷ So genüge der „unter offener Missachtung der Länder“ vorangetriebene Gesetzesentwurf „den Anforderungen an ein effektives und für die Verfolgungsbehörden handhabbares Unternehmenssanktionenrecht nicht“ und begegne „rechtsstaatlichen Bedenken“.⁸ Der zehn Tage später im Plenum gefasste Beschluss des Bundesrates⁹ folgt den Empfehlungen der Rechts- und Wirtschaftsausschüsse in dieser Härte zwar nicht, hält jedoch an einigen zentralen Änderungspunkten fest und formuliert entsprechende Prüfungsaufträge mit Blick auf das weitere Gesetzgebungsverfahren. Ende Oktober äußerte sich schließlich auch die Bundesregierung zu der Beschlussfassung des Bundesrates,¹⁰ sodass mittlerweile drei offizielle Dokumente zur Beurteilung des Gesetzesvorhabens in der Form des Regierungsentwurfes existieren.

Dies gibt Anlass zu einer Bestandsaufnahme, die einen möglichen Ausblick auf das gibt, was schon bald gesetzliche Realität sein könnte. Hierfür werden im Folgenden die zentralen Kritikpunkte mit den entsprechenden Vorschlägen und Bewertungen der Rechts- und Wirtschaftsausschüsse, des Bundesratsplenums sowie der Bundesregierung vorgestellt und einer kritischen Würdigung unterzogen (II.). Anschließend soll dieser Beitrag zum Anlass genommen werden, sich – wie schon so viele Praktiker zuvor¹¹ – für eine Änderung

* Die Verf. ist wissenschaftliche Mitarbeiterin und Habilitandin am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Rechtsphilosophie (Prof. Dr. Frank Saliger) an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

¹ Für eine kurze Darstellung der geschichtlichen Entwicklung siehe Korte, NZWiSt 2018, 393. Zu den wichtigsten Entwürfen der letzten Jahre zählen der NRW-Entwurf aus dem Jahr 2013, der Entwurf des Bundesverbandes der Unternehmensjuristen e.V. (BUJ) aus dem Jahr 2014, der Gesetzgebungsvorschlag für eine Änderung der §§ 30, 130 OWiG des Deutschen Instituts für Compliance aus dem Jahr 2016, der Kölner Entwurf aus dem Jahr 2017, die Frankfurter Thesen aus dem Jahr 2018 sowie der Münchner Entwurf aus dem Jahr 2019.

² Im Folgenden zitiert als BR-Drs. 440/20. Das VerSanG-E ist dabei Art. 1 des „Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft“, das neben der Einführung des VerSanG-E u.a. auch Änderungen des GVG und der StPO enthält. Im Folgenden wird der Begriff des Unternehmens synonym für den des Verbandes verwandt.

³ Koalitionsvertrag der 19. Legislaturperiode zwischen CDU, CSU und SPD v. 12.3.2018, S. 126.

⁴ Bereits im August 2019 kursierte in Fachkreisen ein nicht offiziell veröffentlichter Referentenentwurf (damals noch mit dem Titel: „Gesetz zur Bekämpfung der Unternehmenskriminalität“), der den Verbänden mit einer Stellungnahmefrist von vier (!) Tagen am 12.6.2020 in seiner offiziellen Version vom 20.4.2020 zugeleitet wurde. Am 16.6.2020 beschloss das Kabinett den jetzigen Regierungsentwurf.

⁵ Vgl. hierfür (teilweise noch zum Referentenentwurf, der aber nur in wenigen Teilen vom jetzigen Regierungsentwurf abweicht) beispielhaft die Stellungnahme des DAV, NZG 2020, 298; Bittmann, ZWH 2020, 157; Brouwer, AG 2019,

920; Caracas, CCZ 2020, 331; Cordes/Wagner, NZWiSt 2020, 215; Knauer, NSStZ 2020, 441; Nienaber/Schauenburg/Wenglarczyk, NZWiSt 2020, 223; F. Rotsch/Mutschler/Grobe, CCZ 2020, 169; Ströhm, ZIP 2020, 105; in Teilen: Kämpfer/Travers/Schwerdtfeger, NZG 2020, 848; Prierer/Ritzenhoff, WiJ 2019, 166.

⁶ BR-Drs. 440/1/20.

⁷ Vgl. z.B. Anger, Handelsblatt v. 8.9.2020, abrufbar unter <https://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/bundesrat-laender-wollen-unternehmenssanktionen-stoppen/26164586.html?ticket=ST-1980316-RFWHi5L62lrrDaf3SFsb-ap4> (3.2.2021).

⁸ BR-Drs. 440/1/20, S. 1, 3, 26.

⁹ BR-Drs. 440/20.

¹⁰ BT-Drs. 19/23568, S. 151–155.

¹¹ Siehe z.B. die Stellungnahme des DAV, NZG 2020, 298 (303 ff.); Cordes/Wagner, NZWiSt 2020, 215 (218 ff.); Kainer/Feinauer, NZA 2020, 363 (364 ff.); Knauer, NSStZ 2020, 441 (444 ff.); Nienaber/Schauenburg/Wenglarczyk, NZWiSt 2020, 223 (226 ff.); Prierer/Ritzenhoff, WiJ 2019,

der Vorschriften zu den verbandsinternen Untersuchungen (§§ 16–18 VerSanG-E) im laufenden Gesetzgebungsverfahren starkzumachen (III.). Denn von der Kritik des Bundesrates und seinen Ausschüssen ist dieser Bereich erstaunlicherweise nahezu verschont geblieben. Der Beitrag schließt mit einem kurzen Fazit zum Bearbeitungsstand und Änderungsbedarf des Gesetzes (IV.).

II. Die Kritikpunkte des Bundesrates im Einzelnen

Im Folgenden werden die wichtigsten von den Rechts- und Wirtschaftsausschüssen vorgebrachten Kritikpunkte nacheinander vorgestellt, mit den Entgegnungen des Bundestagsplenums und der Bundesregierung abgeglichen¹² und schließlich aus Sicht der *Verfasserin* bewertet.

1. Beschränkung des Anwendungsbereiches auf wirtschaftlich tätige Verbände (§ 1 VerSanG-E)

Im Regierungsentwurf ist in § 1 VerSanG-E der Anwendungsbereich des Gesetzes auf Verbände beschränkt, deren Zweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist. Begründet wird diese Beschränkung damit, dass die gewinnorientierte Teilnahme an einem auf Wettbewerb ausgerichteten Markt das Risiko der Begehung von Straftaten aus dem Unternehmen heraus erhöhe und die Sanktionierung solcher wirtschaftlich tätigen Verbände andere regulatorische Rahmenbedingungen erfordere, z.B. mit Blick auf eine umsatzbezogene Sanktionshöhe, die Berücksichtigung von Compliance-Maßnahmen und die Schaffung von Regelungen zu verbandsinternen Untersuchungen. Zudem seien Verbände, deren Zweck nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet sei, regelmäßig in hohem Maße durch ehrenamtliches Engagement gekennzeichnet und dienten insbesondere gemeinnützigen Zwecken, weshalb den Strafverfolgungsbehörden größtmögliche Entscheidungsflexibilität durch die bestehende Anwendbarkeit des OWiG und dem dort verankerten Opportunitätsprinzip eingeräumt werden solle.¹³

Die Rechts- und Wirtschaftsausschüsse des Bundesrates widersprechen einer solchen Begrenzung, da es eben auch in nicht-wirtschaftlich tätigen Verbänden relevante Verbandstaten gebe. Es müsse für alle Verbände ein Gleichlauf dahingehend gelten, dass eine volldeliktische Straftat als Verbandstat immer zur Anwendung des VerSanG-E führe und es nur bei einer Aufsichtspflichtverletzung i.S.d. § 130 OWiG bei der Anwendung des OWiG bleibe. Zudem würden so auftretende Abgrenzungsprobleme zwischen einem schon wirtschaftlich tätigen Verband und einem noch unwirtschaft-

lich agierenden Verband zu Beginn eines Verfahrens vermieden werden.¹⁴

Weder im Plenum des Bundesrates noch bei der Bundesregierung findet der Vorschlag einer Erweiterung auf nicht-wirtschaftlich tätige Verbände Anklang. Diese Entscheidung ist insofern zu begrüßen, als damit vielfach ideelle Verbände als sog. kleine Verbände¹⁵ aus dem Anwendungsbereich des VerSanG-E herausfallen, die richtigerweise weiterhin nur nach den §§ 30, 130 OWiG beurteilt werden sollten. Denn die Konzeption des VerSanG-E verfolgt in weiten Teilen ein sog. Anreizmodell,¹⁶ welches die Verbände zur Installation von Compliance-Maßnahmen und Aufklärungsmithilfe im Rahmen von verbandsinternen Untersuchungen im Gegenzug für Sanktionsmilderungen ermutigen soll. Kleinen Unternehmen, Stiftungen und Vereinen fehlen jedoch in der Regel die finanziellen, personellen und organisatorischen Mittel, um entsprechende Compliance-Strukturen zu entwickeln oder interne Durchsuchungen durchführen zu lassen.¹⁷ Mit Blick auf die Einführung des Legalitätsprinzips im VerSanG-E ist es deshalb ein zu befürwortendes Anliegen, kleine Verbände von vornherein aus dem System von Anreiz und Belohnung herauszunehmen.¹⁸

Kontraintuitiv ist jedoch das Kriterium der wirtschaftlichen Tätigkeit, um den Anwendungsbereich des VerSanG-E entsprechend zu begrenzen. Denn es gibt sehr wohl auch nicht-wirtschaftlich tätige Verbände, die finanziell und personell stark aufgestellt sind und insofern demselben Risiko der Begehung von Verbandstaten ausgesetzt sind wie wirtschaftlich tätige Verbände. Will man eine Ungleichbehandlung vermeiden, so kommt es entscheidend darauf an, nur die Verbände mit den Folgen der Einführung des Legalitätsprinzips zu belasten, die auch in der Lage sind, den durch das VerSanG-E gesetzten Anreizen zur künftigen Vermeidung von Verbandstaten durch Compliance-Strukturen folgen zu

¹⁴ BR-Drs. 440/1/20, S. 8 f.

¹⁵ Die Europäische Kommission versteht hierunter Unternehmen mit bis zu 49 Mitarbeitern und einem – bezogen auf den durchschnittlichen Jahresumsatz (bzw. Bilanzsumme) der letzten drei Geschäftsjahre vor der Zuwiderhandlung – Jahresumsatz von höchstens 10 Mio. Euro oder einer Bilanzsumme von maximal 10 Mio. Euro, Art. 2 Abs. 2 des Anhangs zur Empfehlung der Kommission vom 6. Mai 2003 betreffend die Definition der Kleinstunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen, EU ABl. Nr. L 124, S. 36, 39.

¹⁶ Vgl. BR-Drs. 440/20, S. 1, 46, 82, 84, 92 f., 97 f.

¹⁷ Köllner/Mück, NZI 2016, 311 (314).

¹⁸ Die tatbestandliche Herausnahme von kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) fordern – neben vielen Praktikern – sowohl die Rechts- und Wirtschaftsausschüsse als auch das Bundestagsplenum, BR-Drs. 440/1/20, S. 4; BR-Drs. 440/20 (B), S. 1. Lehmkuhl, in: Rotsch (Hrsg.), Criminal Compliance – Status quo und Status futurus, 2021, S. 165 (168 ff.) hält den geplanten Ausschluss von nicht gewinnorientierten Verbänden aus dem Anwendungsbereich des VerSanG-E dagegen für hinderlich mit Blick auf eine angestrebte Compliance-Förderung.

166; F. Rotsch/Mutschler/Grobe, CCZ 2020, 169 (178 ff.); Ströhmman, ZIP 2020, 105 (109 f.).

¹² Nicht jeder Kritikpunkt der Rechts- und Wirtschaftsausschüsse wurde vom Bundestagsplenum (und in der Folge auch nicht von der Bundesregierung aufgegriffen), sodass teilweise nur die Kritik der Ausschüsse beleuchtet werden konnte.

¹³ BR-Drs. 440/20, S. 67 f.

können. Anders formuliert: Nicht die wirtschaftliche Tätigkeit des Verbandes ist entscheidend, sondern seine wirtschaftliche Stärke. Vorzugswürdig ist deshalb eine Regelung, wie sie der Münchner Entwurf¹⁹ in seinem § 1 Abs. 2 S. 2 vorsieht: Danach werden gemeinnützige Stiftungen mit einem Stiftungsvermögen unter 5 Mio. Euro, nicht wirtschaftliche Vereine mit einem Vereinsvermögen unter 2 Mio. Euro sowie wirtschaftlich tätige Verbände mit nicht mehr als 49 Beschäftigten und einem – bezogen auf den durchschnittlichen Jahresumsatz (bzw. Bilanzsumme) der letzten drei Geschäftsjahre vor der Zuwiderhandlung – Jahresumsatz von höchstens 10 Mio. Euro oder einer Bilanzsumme von maximal 10 Mio. Euro²⁰ aus dem Anwendungsbereich des Gesetzes herausgenommen. Diese Verbände sind zwar wirtschaftlich tätig, ihre wirtschaftliche Relevanz ist jedoch verhältnismäßig gering und trägt insofern nicht das Bedürfnis einer Berücksichtigung nach dem VerSanG-E.²¹

Die Entscheidung zur Herausnahme kleiner Verbände bereits auf Tatbestandsebene gewinnt auch gegenüber dem Vorschlag, den Interessen von kleinen Verbänden erst strafprozessual durch Einstellungsmöglichkeiten Rechnung zu tragen.²² Denn die finanziellen, personellen und organisatorischen Nachteile gegenüber größeren Verbänden bedingen, dass kleine Verbände in höherem Maße gleich zu Beginn eines Verfahrens die Rechtssicherheit benötigen, dass sie nur den Schaden aus der Individualität zu kompensieren und nicht u.U. auch für eine hinzu tretende Verbandsgeldsanktion einzustehen haben.²³

2. Auslandserstreckung nach § 2 Abs. 2 Nr. 3 VerSanG-E

Mit der Regelung des § 2 Abs. 2 Nr. 3 VerSanG-E wird der Anwendungsbereich der Sanktionierung von Verbänden im Vergleich zur geltenden Rechtslage (§§ 30, 5 OWiG) erheblich erweitert. Begründet wird dies im Regierungsentwurf damit, dass Unternehmen sich bislang einer Sanktionierung nach deutschem Recht dadurch entziehen konnten, dass sie im Ausland nur ausländische Mitarbeiter und keine Deut-

schen einsetzten, da insoweit die Grenzen des § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB überschritten sind.²⁴

Sowohl die Rechts- und Wirtschaftsausschüsse als auch das Bundesratsplenum kritisieren diese Regelung als zu weitgehend: Das grundsätzliche Bedürfnis zur Schließung der bisherigen Regelungslücke wird zwar anerkannt, allerdings wird unter Berücksichtigung des einzuführenden Legalitätsprinzips zugleich mit einer erheblichen Überlastung der deutschen Strafverfolgungsbehörden gerechnet. Als Kompromiss wird die Erweiterung der Anforderungen an das Merkmal des „Sitzes im Inland“ vorgeschlagen, z.B. durch das Erfordernis eines wesentlichen Geschäftsbetriebes oder des Eintritts eines erheblichen Schadens im Inland.²⁵ Die Bundesregierung dagegen hält eine Änderung mit Blick auf die weitreichenden Einstellungsmöglichkeiten der §§ 153c StPO, 38 VerSanG-E nicht für geboten, verschließt sich einer nochmaligen Prüfung der Vorgaben aber auch nicht vollständig.²⁶

Was ist nun von der Regelung zu halten? Zunächst ist das mit der Erweiterung geplante Ziel, im Ausland begangene Verbandsverfehlungen, die deutsche private, staatliche und/oder wirtschaftliche Interessen beeinträchtigen, ebenso verfolgen zu können, legitim und nachvollziehbar.²⁷ Die Orientierung an dem Leitsatz, wonach der Schutz deutscher Rechtsgüter nicht durch eine Verlagerung von Aufsichts- und Kontrollzuständigkeiten ins Ausland unterlaufen werden darf, übernahm bereits der NRW-Entwurf²⁸ und wird auch im Münchener Entwurf²⁹ aufgegriffen. Ein weiteres Argument für die weitgehende Erstreckung auf Auslandstaten ist der Wettbewerbsnachteil, mit dem sich international tätige deutsche Unternehmen konfrontiert sehen, wenn sie sich im Ausland mit dem Verfolgungs- und Ahndungsregime ausländischer Strafverfolgungsbehörden auseinandersetzen müssen, anstatt nach inländischen Vorgaben sanktioniert zu werden.³⁰

All diese Überlegungen stützen die derzeitige Ausgestaltung des § 2 Abs. 2 Nr. 3 VerSanG-E. Zwar sind die Bedenken, dass es durch die Neuregelung zu einer erheblichen (Über-)Belastung der deutschen Justiz kommen kann,³¹ nicht ungerechtfertigt; für Abmilderung sorgen allerdings die weitgehenden Einstellungsmöglichkeiten nach §§ 153c StPO, 38

¹⁹ Saliger/Tsambikakis/Mückenberger/Huber (Hrsg.), Münchener Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes, 2019, S. 11, 45 f.

²⁰ Das ist die Definition der Europäischen Kommission von „kleinen Verbänden“, vgl. Fn. 15.

²¹ Vgl. hierzu *Podolski*, LTO v. 5.9.2019, abrufbar unter <https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/familienunternehmen-verbandssanktionen-gesetz-kritik-muenchen/> (3.2.2021).

Weiter möglich bleibt natürlich eine Ahndung nach den §§ 130, 30 OWiG.

²² So der Vorschlag von *Spörl*, Stellungnahme des Max-Planck-Instituts zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und Verbraucherschutz, S. 13 ff., abrufbar unter

https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/06122020_Stellungnahme_MPI-Freiburg_RegE_Integritaet-Wirtschaft.pdf?__blob=publicationFile&v=3 (3.2.2021).

²³ So schon die Begründung der Verf. des Münchener Entwurfs (Fn. 19), S. 46.

²⁴ BR-Drs. 440/20, S. 72.

²⁵ BR-Drs. 440/1/20, S. 11 f.; BR-Drs. 440/20 (B), S. 2 f.

²⁶ BT-Drs. 19/23568, S. 152.

²⁷ Das Bedürfnis einer Erweiterung mangels empirischer Belege dagegen ablehnend *Cordes/Wagner*, NZWiSt 2020, 215 (216).

²⁸ § 2 Abs. 3 NRW-Entwurf mit entsprechender Begründung auf S. 8, 48 f., abrufbar unter <https://www.landtag.nrw.de/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/MMI16-127.pdf> (3.2.2021).

²⁹ § 1 Abs. 3 des Münchener Entwurfs (Fn. 19) mit Begründung auf S. 47.

³⁰ So bereits der Kölner Entwurf, *Henssler/Hoven/Kubiciel/Weigend*, NZWiSt 2018, 1 (9); die Argumentation wird auch im Münchener Entwurf (Fn. 19), S. 47, aufgegriffen.

³¹ BR-Drs. 440/1/20, S. 11 f.; BR-Drs. 440/20 (B), S. 2 f.; *Knauer*, NStZ 2020, 441 (443); in die Richtung auch *Ströhm*, ZIP 2020, 105 (106).

VerSanG-E, die sowohl den Fall im Ausland zu erwartender Sanktionierung (§ 38 Abs. 1, Abs. 3 VerSanG-E) als auch den Fall im Ausland bereits rechtskräftig erfolgter Sanktionierung (§ 38 Abs. 5 VerSanG-E i.V.m. § 153c Abs. 2 StPO) erfassen und zugleich einer ungerechtfertigten Doppelverfolgung vorbeugen. Die Gefahr einer „Abtretung der Strafverfolgung an das Ausland“ oder eines generellen Vortritts ausländischer Reaktion sieht die *Verfasserin* durch die geplante Neuregelung jedenfalls nicht.³² Denn sie ist das Ergebnis einer rechtlich zulässigen Abwägung zwischen inländischem Sanktionierungsinteresse und angemessener Belastung der deutschen Justizbehörden, die nur dann zu Gunsten eines verfahrensökonomischen Absehens von Verfolgung ausfällt, wenn der Sanktionierungszweck bereits durch die im Ausland verhängten Sanktionen als erfüllt anzusehen ist.³³

3. Regelung des besonders schweren Falles in § 3 Abs. 2 VerSanG-E

Bislang ermöglicht § 3 Abs. 2 VerSanG-E die gerichtliche Feststellung eines besonders schweren Falles, insbesondere dann, wenn es sich um ein von einer Leitungsperson begangenes Verbrechen handelt (§ 3 Abs. 2 Nr. 1 VerSanG-E) oder eine hochrangige Leitungsperson oder mehrere Leitungspersonen eine Verbandstat begehen, der bereits andere Verbandstaten vorausgegangen sind (§ 3 Abs. 2 Nr. 2 VerSanG-E). Der Regierungsentwurf begründet die Auswahl dieser benannten Regelbeispiele mit den in solchen Fällen im Unternehmen vorzufindenden Umständen, die allesamt gegen den Verband sprächen, nämlich bei Nr. 1 die hohe Bedeutung der Verbandstat und bei Nr. 2 die besondere Schwere der Tat durch eine verfestigte Struktur oder Organisation bzw. ein verfestigtes Geschäftsgebaren.³⁴ Rechtsfolgen des Vorliegens eines besonders schweren Falles sind der Ausschluss der Möglichkeit des Absehens von der Verfolgung wegen Geringfügigkeit nach § 35 Abs. 1 VerSanG-E, die Verlängerung der Vollstreckungsverjährung nach § 22 Abs. 2 Nr. 1 VerSanG-E sowie die Erhöhung der Tilgungsfrist von Eintragungen im Verbandssanktionenregister nach § 57 Abs. 2 Nr. 1 lit. a VerSanG-E.

Sowohl die Rechts- und Wirtschaftsausschüsse als auch das Plenum im Bundesrat sprechen sich zu Recht für eine Streichung der Vorschrift aus, denn sie ist nicht nur systemwidrig, sondern steht auch im Widerspruch zur ratio legis eines Sanktionenrechts für Verbände.³⁵ So ist bereits der Umstand, dass der Feststellung eines besonders schweren Falles für den Sanktionsrahmen keine Relevanz zukommt, also nicht wie im Strafgesetzbuch den gesetzlichen Sanktionsrahmen verschiebt, atypisch. Denn klassischerweise hat eine Erfassung besonders schwerer Fälle als Strafzumessungsregel allein Bedeutung für das Maß der Rechtsfolge. Neben diesem Systembruch entbehrt die Regelung auch jeglichen praktischen Bedürfnisses, da sie dem selbst gesetzten

Ziel des Entwurfes, auf kriminogene Verbandsstrukturen zu reagieren und einer „kriminellen Verbandsattitüde“³⁶ vorzubeugen, nicht gerecht wird. Denn weder die Schwere der Verbandstat noch die Position oder Anzahl der Täter sind ein taugliches Indiz für über die Schuld des Individualtäters hinausgehende Umstände, die dem Verband vorzuwerfen sind und eine entsprechende Sanktionierung rechtfertigen. Der Entwurfsverfasser begründet die Notwendigkeit eines eigenständigen Sanktionsrechts für Verbände doch selbst damit, dass Verbände nicht die durch eine arbeitsteilige Organisation begünstigte Verantwortungsdiffusion zu eigenen Vorteilen ausnutzen und vom Fehlverhalten der eigenen Mitarbeiter profitieren sollen.³⁷ Darüber, ob dies tatsächlich der Fall ist, sagt aber allein die Tatsache, dass es sich bei der Verbandstat um ein Verbrechen handelt oder eine hochrangige Leitungsperson³⁸ gehandelt hat, nichts – jedenfalls nichts Entscheidendes – aus.³⁹ Insofern ist es zu begrüßen, dass die Bundesregierung die Streichung der Vorschrift im weiteren Gesetzgebungsverfahren prüfen wird.⁴⁰

4. Begrenzte Einstellungsmöglichkeit des § 35 VerSanG-E wegen Geringfügigkeit

§ 35 VerSanG-E sieht in Anlehnung an § 153 StPO das Absehen von der Verfolgung wegen Geringfügigkeit vor, wobei sich die Geringfügigkeit nicht auf die Schuld bezieht, sondern auf die Bedeutung der Verbandstat sowie die Schwere und das Ausmaß eines möglichen Unterlassens angemessener Vorkehrungen zur Vermeidung von Verbandstaten.⁴¹ Sowohl die Rechts- und Wirtschaftsausschüsse als auch das Plenum des Bundesrates sehen an dieser Stelle Regelungsbedarf:⁴² So soll insbesondere das Geringfügigkeitskriterium ersetzt werden durch Fallgruppen, in denen der Aufwand einer Verfolgung außer Verhältnis zur Bedeutung der Sache steht. Dieses Missverhältnis soll gegeben sein, wenn 1. der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit im Bereich individueller Verantwortung liegt, 2. der Verband personell oder wirtschaftlich weitgehend mit den Tätern der Verbandstat identisch ist und eine Sanktionierung des Täters neben einer Ahndung der Täter der Verbandstat nicht erforderlich scheint, 3. den Verband durch die Verbandstat Folgen getroffen haben, die so schwer sind, dass ein öffentliches Interesse die Verfolgung nicht gebietet oder 4. der Verband kein Betriebsvermögen und keinen eigenen

³² So aber *Spörl* in ihrer Stellungnahme (Fn. 22), S. 21.

³³ Vgl. BR-Drs. 440/20, S. 112.

³⁴ BR-Drs. 440/20, S. 75 f.

³⁵ Vgl. zum Folgenden BR-Drs. 440/1/20, S. 9 f.; BR-Drs. 440/20 (B), S. 8.

³⁶ BR-Drs. 440/20, S. 48, unter Verweis auf *Schünemann*, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, 1979, S. 22 ff.

³⁷ BR-Drs. 440/20, S. 46, 48.

³⁸ Ein weiterer berechtigter Kritikpunkt ist der, dass mangels Definition unklar bleibt, was genau eine „hochrangige Leitungsperson“ sein soll, vgl. BR-Drs. 440/1/20, S. 9; BR-Drs. 440/20 (B), S. 8.

³⁹ Sowohl die Rechts- und Wirtschaftsausschüsse als auch das Bundesratsplenum verankern die Kriterien deshalb auch richtigerweise bei der Einstellungsvorschrift des § 35 VerSanG-E (dazu sogleich unter 4.).

⁴⁰ BT-Drs. 19/23568, S. 153.

⁴¹ BR-Drs. 440/20, S. 111.

⁴² BR-Drs. 440/1/20, S. 5 f., 10; BR-Drs. 440/20 (B), S. 5 f., 8 f.

Geschäftsbetrieb aufweist und daher eine Sanktionierung nicht erforderlich erscheint. Die Bundesregierung hat sich zu einer entsprechenden Überprüfung der Vorschrift bereit erklärt.⁴³

Der Vorschlag des Bundesrates ist grundsätzlich zu begrüßen, denn er trägt der notwendig eigenständigen Legitimation einer Verbandsanktionierung Rechnung, die in der Verantwortungsübernahme des Verbandes für das schuldhaftes Handeln seiner Mitglieder zu sehen ist. Die Verantwortungsübernahme resultiert dabei entweder aus der Zurechnung fremden Fehlverhaltens, das Pflichten, die den Verband betreffen, verletzt und/oder zu einer Bereicherung des Verbandes führt, oder aus einem vorwerfbaren Organisations- oder Überwachungsmangel.⁴⁴ Dieser Legitimationszusammenhang besteht jedoch nicht mehr bei Taten, die allein dem individuellen Interesse des Täters dienen und sich mangels kollektiven Fehlsinns als Exzesstaten darstellen, sowie bei Taten, bei denen neben dem Schuldvorwurf an den Individualtäter kein darüber hinausgehender Vorwurf auszumachen ist, der eine zusätzliche Verantwortungsübernahme des Verbandes rechtfertigen würde.

Da in den beiden ersten vom Bundesrat benannten Fallgruppen (oben 1. und 2.) bereits der erforderliche Zurechnungsgrund und damit die Berechtigung für eine eigene Verbandsverantwortlichkeit fehlt, wäre es systematisch zu befürworten, für diese Fälle einen tatbestandlichen Ausschluss aus dem Anwendungsbereich des Gesetzes vorzusehen, wie dies beispielsweise der Münchner Entwurf in seinem § 4 für (Exzess-)Taten ohne relevanten Verbandsbezug macht.⁴⁵ Überlegenswert wäre im Regierungsentwurf insofern eine entsprechende Erweiterung des bestehenden § 5 VerSanG-E. Für die beiden anderen Fallkonstellationen (oben 3. und 4.) sollte es bei der vom Bundesrat vorgeschlagenen Einstellungsmöglichkeit über § 35 VerSanG-E bleiben, da bei ihnen nicht schon die innere Berechtigung zur grundsätzlichen Verfolgbarkeit fehlt, sondern erst eine Abwägung zwischen dem Ermittlungsaufwand und der Bedeutung der Sache zu einem fehlenden Verfolgungsbedürfnis führt.

5. Ausgestaltung der Verbandsverantwortlichkeit, § 3 VerSanG-E

Bezüglich der Ausgestaltung der Verbandsverantwortlichkeit lassen sich zwei gesonderte Kritikpunkte ausmachen, nämlich einmal die Tatsache, dass dem Bestehen angemessener Compliance-Strukturen keine tatbestandsausschließende Wirkung zukommt (a), sowie andererseits der Vorwurf, dass in § 3 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E derzeit nicht auf eine eigene Verantwortlichkeit der Leitungspersonen abgestellt wird (b).

a) Die Rechts- und Wirtschaftsausschüsse kritisieren, dass das auch im geltenden Recht der §§ 30, 130 OWiG vorzufindende Zurechnungsmodell (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 VerSanG-E) zu einer Sanktionierung des Verbandes führe, ohne dass es

⁴³ BT-Drs. 19/23568, S. 152.

⁴⁴ *Bittmann*, ZWH 2020, 157 (159), spricht insoweit von „organisierter Verantwortungslosigkeit“; *Knauer*, NStZ 2020, 441 (443), von „organisierter Unverantwortlichkeit“.

⁴⁵ Münchner Entwurf (Fn. 19), S. 13, 54 ff.

überhaupt auf irgendein eigenes, zusätzliches (Organisations-) Verschulden des Unternehmens ankomme.⁴⁶ Dieses seit jeher bestehende Legitimationsdefizit des Zurechnungsmodells, das jedoch dem Europäischen Modell entspricht und sich insofern bewährt hat,⁴⁷ ist mit guten Argumenten nicht von der Hand zu weisen.⁴⁸ Ob die Auflösung dieser Unzulänglichkeit in der tatbestandsausschließenden Wirkung von bereits vor der Tat bestehenden Compliance-Management-Systemen (im Folgenden CMS) als eine Art Gegenbeweis des vorgeworfenen Organisationsmangels zu suchen ist, bleibt mit folgenden Überlegungen jedoch fraglich: So zeigt ja gerade das Vorliegen (des Anfangsverdachts) einer Verbandstat, dass das für deren Verhinderung vorgesehene CMS letztlich fehlgeschlagen bzw. gescheitert ist. Wenn man des Weiteren in Rechnung stellt, dass die spezialpräventiven Zwecke, die auch der Regierungsentwurf bei der Begründung des Gesetzes verfolgt⁴⁹ und die der Ausarbeitung und Implementierung von CMS im Allgemeinen zugeschrieben werden, aus kriminologischer Sicht nicht hinreichend belegt sind,⁵⁰ dann verliert der zunächst einleuchtende Vorschlag eines Tatbestandsausschlusses recht schnell seine Strahlkraft. Selbst in den Vereinigten Staaten, die bezüglich der Sanktionierung von Unternehmen einem nahezu ausschließlich spezialpräventiven Ansatz folgen,⁵¹ führt das Vorhandensein von CMS nach den Regelungen in den allgemeinen Leitlinien (Justice Manual), den Strafzumessungsregeln (Sentencing Guidelines) für US-Justizbehörden sowie dem 2019 aktualisierten Leitfaden zur Bewertung von CMS lediglich zum Verzicht auf eine Anklage oder zu (erheblichen) Strafmildierungen.⁵²

⁴⁶ BR-Drs. 440/1/20, S. 12. Mit diesem Vorwurf auch *Bittmann*, ZWH 2020, 157 (158); *Brouwer*, AG 2019, 920 (921); *Knauer*, NStZ 2020, 441 (442 f.).

⁴⁷ Vgl. hierzu die Begründung im Münchner Entwurf (Fn. 19), S. 38 unter Verweis auf Art. 3 des Zweiten Protokolls zum Übereinkommen über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften vom 19.6.1997, EG ABl. Nr. C 221/11 (13).

⁴⁸ Wenngleich das Zurechnungsmodell mit folgender Überlegung aus dem Münchner Entwurf (Fn. 19), S. 51, legitimierbar ist: „Grund der originären Verbandsverantwortlichkeit in Abs. 1 ist die fehlerhafte kollektive Sinnsetzung, die in der individuellen Anknüpfungstat der Repräsentanten zum Ausdruck kommt (quasi als ‚Zurechnung‘). Denn die Leitungsperson verwirklicht in der Anknüpfungstat nicht nur individuellen (straf- oder ordnungswidrigkeitenrechtlichen), sondern als Repräsentant zugleich kollektiven Fehlsinn.“

⁴⁹ Vgl. z.B. BR-Drs. 440/20, S. 82, 85.

⁵⁰ Hierzu ausführlich *Kölbel*, in: Rotsch (Fn. 18), S. 139 (145 ff.); *ders.*, NZWiSt 2018, 407 (409 f.).

⁵¹ So verfolgt die dortige Verbandsstrafbarkeit fast ausschließlich das Ziel, den Verband zu einem „good corporate citizen“ zu machen und weitere Straftaten zu verhindern, vgl. insoweit die Begründung des Kölner Entwurfs (Fn. 30), der diesem Ansatz auch in weiten Teilen folgt.

⁵² Vgl. hierzu ausführlich *Pasewaldt/Wick*, LTO v. 27.5.2019, abrufbar unter

Vor diesem Hintergrund spricht vieles dafür, das Vorhandensein und/oder Installieren von angemessenen CMS ausschließlich als bemessungsrelevante Kriterien zu berücksichtigen, so wie dies auch bereits in § 15 Abs. 3 Nr. 6 und Nr. 7 VerSanG-E vorgesehen ist.⁵³ Um die (zweifelsohne) bestehenden Schwächen des Zurechnungsmodells als Legitimierung einer eigenständigen Verbandssanktionierung etwas abzumildern, sollte in die Begründung zur Einstellungsmöglichkeit des § 35 VerSanG-E allerdings die Anweisung aufgenommen werden, dass das Bestehen oder Nichtbestehen angemessener CMS das Ermessen mit Blick auf eine Verfahrenseinstellung entscheidend lenkt.⁵⁴

Als problematisch in diesem Zusammenhang zu bewerten bleibt, dass der Regierungsentwurf nicht nur überhaupt keine Mindeststandards für CMS setzt, sondern sogar explizit auf eine Definition von Compliance-Maßnahmen verzichtet.⁵⁵ Sollen aber – wie im Koalitionsvertrag festgelegt⁵⁶ – nachvollziehbare Zumessungsregeln für die Verbandssanktion geschaffen werden, dann ist zumindest eine Darstellung der wichtigsten Compliance-Elemente vorzunehmen, um den Verbänden eine entsprechend rechtssichere Orientierung zu bieten. Dies gilt in besonderem Maße für kleinere und mittelständische Unternehmen, die – anders als europa- oder weltweit agierende Unternehmen, die sich ohnehin schon an internationalen Standards ausrichten – auf handlungsleitende Gesetzesvorgaben angewiesen sind. Ein genehmer Vorteil in der konkreteren Erläuterung von tauglichen CMS bestünde zudem in der Unterstützung der Gerichte bei der Formu-

lierung von Compliance-Weisungen gem. § 13 Abs. 2 VerSanG-E.⁵⁷

b) Sowohl die Rechts- und Wirtschaftsausschüsse als auch das Plenum im Bundesrat bemängeln, dass bezüglich der Verbandsverantwortlichkeit in § 3 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E nicht auf eine eigene Verantwortlichkeit der Leitungspersonen abgestellt wird. Denn nach der bisherigen Begründung im Regierungsentwurf⁵⁸ ist es ausreichend, dass das Unterlassen von Vorkehrungen (allein) objektiv pflichtwidrig erfolgt, ohne dass die Leitungspersonen die Aufsichtsmaßnahmen vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen haben müssen; für die Verbandsverantwortlichkeit wird hinsichtlich des Verschuldens vielmehr allein an die begangene Verbandstat der Nicht-Leitungsperson angeknüpft.⁵⁹

Diese Kritik ist völlig berechtigt,⁶⁰ stellt die geplante Regelung doch eine erhebliche Abweichung von der derzeitigen Rechtslage nach dem OWiG dar: Dort regelt § 130 OWiG als eigener Tatbestand die Aufsichtspflichtverletzung von Leitungspersonen in Betrieben und Unternehmen, was über § 30 OWiG auch zu einer Bebußung des Verbandes führen kann. Erforderlich hierfür ist jedoch nach absolut herrschender Meinung, dass die Leitungsperson die Ordnungswidrigkeit des § 130 OWiG volldeliktisch und damit schuldhaft verwirklicht hat.⁶¹ Überträgt man diesen Grundsatz konsequent auf den der Vorschrift des § 130 OWiG nachgebildeten § 3 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E, so muss die vorsätzliche oder fahrlässige Verletzung von erforderlichen und zumutbaren Organisations- oder Aufsichtspflichten zur Voraussetzung einer Haftung nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E gemacht werden. Diese Forderung ist mit Blick auf das Schuldprinzip, das nach dem BVerfG insoweit auch für juristische Verbände gilt,⁶² sogar verfassungsrechtlich geboten.⁶³ Andernfalls würde mit der Regelung des § 3 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E eine rein objektive Gefährdungshaftung geschaffen:⁶⁴ Denn wenn eine Straftat im Unternehmensbezug begangen werden konnte, dann wird in der Regel auch der objektive Vorwurf getätigt werden können, dass entsprechende Aufsichtslücken bestanden.⁶⁵ Faktisch würde damit über § 3 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E die Forderung nach einer fehlerfreien Compli-

<https://www.lto.de/recht/kanzleien-unternehmen/k/usa-justizministerium-compliance-management-system-anforderung-leitfaden-straftverfolgung-unternehmen/> (3.2.2021).

⁵³ Die Implementation dieser beiden Ziffern als Bemessungstatbestände geht auf die Panzerhaubitzen-Entscheidung des BGH v. 9.5.2017 zurück, in welcher erstmals die bußgeldmindernde Wirkung von Compliance-Management-Systemen (CMS) explizit ausgesprochen wurde, BGH, NZWiSt 2018, 379, und wird positiv bewertet, vgl. F. Rotsch/Mutschler/Grobe, CCZ 2020, 169 (177).

⁵⁴ In eine ähnliche Richtung Brouwer, AG 2019, 920 (921). Der Münchner Entwurf (Fn. 19) regelt eine diesbezügliche Einstellung sowohl für das Ermittlungsverfahren (§ 25 S. 2) als auch für das Zwischenverfahren und die Hauptverhandlung (§ 11 Abs. 1), S. 62, 77. Ähnliche Regelungen enthalten § 5 NRW-Entwurf (Fn. 28), S. 9, 53 ff.; § 14 Abs. 6 Kölner Entwurf (Fn. 30), 1 (4), sowie § 18 Abs. 1 S. 1 öVbVG (österreichisches Verbandsverantwortlichkeitsgesetz).

⁵⁵ Vgl. BR-Drs. 440/20, S. 75; dies befürwortend Baur/Holle, AG 2019, 186 (188f.), wohl um den Gerichten in Einzelfällen und gerade mit Blick auf kleinere Unternehmen größtmöglichen Handlungsspielraum zu lassen. Kritisch dagegen Pritt-witz/Zink, in: Rotsch (Fn. 18), S. 251 (268); F. Rotsch/Mutschler/Grobe, CCZ 2020, 169 (171); Ströhmman, ZIP 2020, 105 (108).

⁵⁶ Koalitionsvertrag der 19. Legislaturperiode zwischen CDU, CSU und SPD v. 12.3.2018, S. 126.

⁵⁷ Teicke, CCZ 2019, 298 (305). Hilfreich wäre dies auch für den nach § 13 Abs. 2 VerSanG-E einzusetzenden Monitor, der die Anweisungen des Gerichts überwachen soll.

⁵⁸ Siehe BR-Drs. 440/20, S. 74 f.

⁵⁹ BR-Drs. 440/1/20, S. 13 f.; BR-Drs. 440/20 (B), S. 3 f.

⁶⁰ Ebenfalls kritisch Brouwer, AG 2019, 920 (921); Knauer, NStZ 2020, 441 (442 f.); Szesny/Stelten, ZRP 2020, 130; Bittmann, ZWH 2020, 157 (158 f.).

⁶¹ Vgl. statt vieler Rogall, in: Mitsch (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 5. Aufl. 2018, § 30 Rn. 88 m.w.N.

⁶² Siehe dazu BVerfG NJW 1967, 195 (197); BVerfG NJW-RR 2007, 860 (861).

⁶³ BR-Drs. 440/1/20, S. 13 ff.; BR-Drs. 440/20 (B), S. 3 f.

⁶⁴ Brouwer, AG 2019, 920 (921).

⁶⁵ Stellungnahme DAV, NZG 2020, 298 (300).

ance-Organisation eingeführt,⁶⁶ die den Weg für eine quasi an keine Bedingungen geknüpfte und damit uferlose Zurechnung von relevanten Verfehlungen im Unternehmen bereiten würde.

Dass insoweit eine Anpassung der Vorschrift – oder jedenfalls ein entsprechender Hinweis zur Auslegung in der Gesetzesbegründung – zu erfolgen hat, sieht wohl auch die Bundesregierung, die in ihrer Stellungnahme eine entsprechende Prüfung des Begehrens zugesagt hat.⁶⁷

6. Regelung des § 5 Nr. 2 VerSanG: Ausschluss von Verbandssanktionen bei Immunität

§ 5 VerSanG-E ist § 30 Abs. 4 S. 3 OWiG nachgebildet und schließt die Verhängung einer Verbandssanktion in bestimmten Gründen aus. Sowohl die Rechts- und Wirtschaftsausschüsse als auch das Bundesratsplenum wenden sich gegen den Ausschlussgrund in § 5 Nr. 2 VerSanG-E, nach welchem die Immunität des Täters der Verbandstat dazu führt, dass eine Verbandssanktion nicht verhängt werden kann. Begründet wird dies damit, dass es sich bei der Immunität des Täters um ein persönlich wirkendes Verfolgungshindernis handle, weshalb nicht ersichtlich sei, warum dies zum Ausschluss der Verhängung einer Verbandssanktion gegen den Verband führen solle. Denn auch für den Mittäter oder Teilnehmer einer Tat bliebe diese trotz der Immunität des (Mit-)Täters immer rechtswidrig und schuldhaft.⁶⁸

Die Bundesregierung lehnt den Vorschlag einer Streichung des § 5 Nr. 2 VerSanG-E mit dem schlichten Verweis auf die geltende Rechtslage in § 30 Abs. 4 S. 3 OWiG und die Bedeutung der Immunität nach Art. 46 Abs. 2 GG ab.⁶⁹ Im Ergebnis ist dem zuzustimmen, wenngleich die Begründung etwas dürftig ausfällt. Richtig ist, dass § 30 Abs. 4 S. 3 OWiG als geltendes Recht die Verhängung einer Geldbuße versagt, wenn hinsichtlich der Anknüpfungstat rechtliche Verfolgungshindernisse, zu denen die Immunität nach Art. 46 Abs. 2 GG zählt, vorliegen.⁷⁰ Begründet wird dies mit dem strafähnlichen Charakter der Verbandsgeldbuße, weshalb die strafrechtlichen Verfolgungshindernisse im Verfahren nach dem OWiG gleichermaßen Anwendung finden müssen.⁷¹

Nachvollziehbar wird dieses Ergebnis im Verhältnis zur Behandlung von Mittäterschaft und Teilnahme jedoch erst, wenn man den entscheidenden Unterschied in der rechtlichen Begründung für die jeweilige Haftung von Täter/Teilnehmer einerseits und Verband andererseits bedenkt: Denn während die Strafbarkeit eines Mittäters oder Teilnehmers nur mit Blick auf einen Teil der eigenen Deliktsbegehung von einer Zurechnung des Mit- oder Haupttäterbeitrags nach §§ 25 Abs. 2, 26, 27 StGB abhängt, so bedarf die Verbandssanktio-

nierung nach der geplanten Regelung des § 3 Abs. 1 VerSanG-E der Gesamtzurechnung einer volldeliktischen Tat,⁷² die der Verband nun mal als untaugliches Handlungssubjekt selbst nicht ausfüllen kann. Der Vorwurf, der dem Verband gemacht wird und der dann auch die Zurechnung begründet, ist also, anders als bei Mittäterschaft oder Teilnahme, keine im persönlichen Verantwortungsbereich liegende Bedingung, sondern schlichtweg ein durch arbeitsteilige Organisation bedingtes Verantwortungsvakuum. Die Voraussetzung einer (verfolgbaren) Tat bildet aus verfassungsrechtlichen Gründen das entscheidende und notwendige Zurechnungskriterium; denn würde man auch rechtlich nicht verfolgbare Taten als Anknüpfungspunkt ausreichen lassen, dann könnten Verbände völlig losgelöst von einem (straf-)rechtlich relevanten Vorwurf sanktioniert werden.

7. Haftung bei Rechtsnachfolge, § 6 VerSanG-E

Die Ausgestaltung der Haftung des Rechtsnachfolgers in § 6 VerSanG-E entspricht der bisherigen Regelung des § 30 Abs. 2a S. 1 OWiG, wonach auch gegen den oder die Rechtsnachfolger im Fall einer Gesamtrechtsnachfolge oder partiellen Gesamtrechtsnachfolge durch Aufspaltung nach § 123 Abs. 1 UmwG Verbandssanktionen bei Vorliegen einer Verbandstat verhängt werden können. Nicht übernommen wurde dagegen – und das ist die Kritik der Rechts- und Wirtschaftsausschüsse sowie des Bundesratsplenums⁷³ – die Vorschrift des § 30 Abs. 2a S. 2 OWiG, nach der die Geldbuße in den Fällen der Rechtsnachfolge den Wert des übernommenen Vermögens sowie die Höhe der gegenüber dem Rechtsvorgänger angemessenen Geldbuße nicht übersteigen darf. Zwar sei in der Begründung des Regierungsentwurfes niedergelegt, dass die verhängte Verbandssanktion aus Gründen der Verhältnismäßigkeit nicht die gegenüber dem Rechtsvorgänger nach §§ 9, 15 VerSanG-E angemessene Sanktion übersteigen solle;⁷⁴ warum diese Begrenzung dann aber nicht auch ausdrücklich in den Gesetzestext aufgenommen werde, sei nicht nachvollziehbar.⁷⁵

Die Bundesregierung lehnt den Vorschlag einer entsprechenden Erweiterung des § 6 VerSanG-E unter Hinweis auf die Gefahr von Umgehungsstrukturen, bei denen Vermögenswerte im Zusammenhang mit der Rechtsnachfolge übertragen werden, um die Wirtschaftskraft des Rechtsvorgängers zu schwächen, ab.⁷⁶ Gemeint sind mit den Umgehungsstrukturen wohl die Gestaltungsmöglichkeiten, die sog. asset deals versprechen, bei denen sich der Rechtsträger einzelner wesentlicher Vermögensgegenstände zugunsten eines Erwerbers entledigt.⁷⁷ Will der Gesetzgeber eine künftige Umgehung der Haftung durch solche Konstrukte verhindern, so muss dies jedoch nicht unter Versagung des Wunsches des Bundesrates, eine Regelung analog § 30 Abs. 2a

⁶⁶ Nienaber/Schauenburg/Wenglarczyk, NZWiSt 2020, 223 (224).

⁶⁷ BT-Drs. 23568, S. 152.

⁶⁸ BR-Drs. 440/1/20, S. 20 f.; BR-Drs. 440/20 (B), S. 9.

⁶⁹ BT-Drs. 19/23568, S. 153.

⁷⁰ Rogall (Fn. 61), § 30 Rn. 190.

⁷¹ Meyberg, in: Graf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, Stand: 1.10.2020, § 30 Rn. 62.

⁷² BR-Drs. 440/20, S. 74.

⁷³ BR-Drs. 440/1/20, S. 21; BR-Drs. 440/20 (B), S. 10.

⁷⁴ Vgl. BR-Drs. 440/20, S. 77.

⁷⁵ BR-Drs. 440/1/20, S. 21; BR-Drs. 440/20 (B), S. 10.

⁷⁶ BT-Drs. 19/23568, S. 153.

⁷⁷ Zu dieser Regelungslücke Mühlhoff, NZWiSt 2013, 321 (327); Rogall (Fn. 61), § 30 Rn. 58.

S. 2 OWiG in den Gesetzestext aufzunehmen, geschehen. Denkbar wäre es, wie es der Münchner Entwurf in seinem § 15 Abs. 2 vorschlägt,⁷⁸ asset deals als Form der Einzelrechtsnachfolge explizit unter das Regime des § 6 VerSanG-E zu stellen.

8. Sanktionsrahmen des § 9 Abs. 2 VerSanG-E

In Anlehnung an § 81 Abs. 4 S. 2 GWB entspricht das Höchstmaß der Verbandsgeldsanktion bei vorsätzlichen Verbandsstaten einem Betrag von 10 % des durchschnittlichen Jahresumsatzes, § 9 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 VerSanG-E. Laut der Begründung des Regierungsentwurfes soll die Einführung dieser umsatzbezogenen Sanktionsobergrenze gewährleisten, dass auch gegenüber umsatzstarken Verbänden eine ausreichend empfindliche Geldsanktion verhängt werden kann.⁷⁹ Dies sei aus Gerechtigkeitsabwägungen geboten, da selbst nach Erhöhung des Bußgeldrahmens auf 10 Mio. Euro (§ 30 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 OWiG) die Präventivwirkung für Unternehmen mit Milliardenumsätzen und entsprechenden Gewinnen weiterhin deutlich schwächer ausgeprägt sein könne als für kleinere Unternehmen.⁸⁰

Warum lediglich die Rechts- und Wirtschaftsausschüsse diese Regelung missbilligen und die Mehrheit im Bundesrat den Vorschlag gutzuheißen scheint, verwundert in Anbetracht der erheblichen und mannigfaltigen Kritik, die dieser Vorschrift bereits im Referentenentwurf entgegengebracht wurde,⁸¹ schon. Da sich die vor allem von der Praxis bemängelten Punkte in großen Teilen mit denen der Rechts- und Wirtschaftsausschüsse decken, werden diese im Folgenden zusammenfassend als eine Art Gesamtkritik dargestellt:

Zunächst sei die Heraufsetzung des Sanktionsrahmens auf bis zu 10 % des weltweiten Konzernumsatzes bei Verbänden mit einem durchschnittlichen Jahresumsatz von mehr als einhundert Millionen Euro gerade auch im Vergleich zu den Rechtsordnungen anderer Länder unverhältnismäßig hoch.⁸² Zwar stelle es eine grundsätzlich nachvollziehbare Überlegung dar, an die Geschäftszahlen eines Unternehmens anzuknüpfen, wenn man eine empfindliche Sanktionierung herbeiführen wolle; allerdings könne die Anknüpfung an den Umsatz als Bezugsgröße – auch bei sehr großen Unternehmen – zu Sanktionshöhen existenzbedrohenden Ausmaßes führen. Denn allein der Umsatz sage noch nichts über die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit eines Unternehmens aus: So gebe es Unternehmen mit typischerweise größerer Umsatz-Gewinn-Differenz, die ebenso wie Unternehmen mit geringer Marge im Verhältnis zu Unternehmen mit großer Marge unverhältnismäßig benachteiligt würden.⁸³ Verstärkt würde dieser

Effekt durch die Einbeziehung des weltweiten Konzernumsatzes durch § 9 Abs. 2 S. 2 VerSanG-E in die Bemessungsgrundlage der Sanktionshöhe für ein konzernangehöriges Unternehmen.⁸⁴ Dieses unbefriedigende Ergebnis resultiere aus der kontraintuitiven Ausrichtung der Verbandsgeldsanktionshöhe an den Regeln des Kartellrechts und dort insbesondere dem § 81 Abs. 4 S. 2 GWB. Denn das GWB bezwecke mit der Sicherung des freien Marktwettbewerbs eine ganz andere Schutzrichtung als das Verbandssanktionengesetz.⁸⁵ So könne man im Kartellbußgeldrecht die am Konzernumsatz orientierte Bemessung als die logische Konsequenz der bußgeldrechtlichen Verantwortungserstreckung auf die Muttergesellschaft ansehen. Im Hinblick auf die Konzeption der Verbandsverantwortlichkeit im VerSanG-E leuchte dies jedoch nicht ein, denn warum solle bei der Sanktionierung an die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit von verbundenen Konzerngesellschaften angeknüpft werden, deren Tätigkeit mit der Verbandsstat möglicherweise in keinem Zusammenhang stehe?⁸⁶ Die fehlende Differenzierung des Sanktionsrahmens zwischen schweren und leichten Verbandsstraftaten führe zu einer weiteren Härte, die die Gefahr einer tendenziell unverhältnismäßigen Sanktionierung noch erhöhe.⁸⁷ Zu völlig inakzeptablen Ergebnissen führe letztlich die Kombination aus Verbandsgeldsanktion und paralleler Einziehung nach den §§ 73 ff. StGB, was einerseits eine Verschärfung zu den kartellrechtlichen Spezialnormen darstelle, da bei diesen in der umsatzbezogenen Bestimmung der Sanktionsobergrenze ein abschöpfender Bußgeldteil bereits pauschaliert inbegriffen sei,⁸⁸ und andererseits eine erhebliche Abweichung vom bislang geltenden Recht mit sich bringe; denn während die Verbandsgeldbuße nach § 30 OWiG neben einem Ahndungsteil bereits einen abschöpfenden Teil inkludiere,⁸⁹ finden die Einziehungsregeln im Anwendungsbereich des VerSanG-E neben der Verhängung einer Verbandsanktion Anwendung.⁹⁰

Mit dieser umfassenden Kritik sollte sich im fortlaufenden Gesetzgebungsverfahren auseinandergesetzt werden, denn die derzeitige Regelung gerät mit dem Ziel, ein ausbalanciertes Verhältnis zwischen der abschreckenden Wirkung und der auf Besserung der Unternehmensorganisation abzie-

Schauenburg/Wenglarczyk, NZWiSt 2020, 223 (225); *F. Rotsch/Mutschler/Grobe*, CCZ 2020, 169 (176 f.).

⁸⁴ BR-Drs. 440/1/20, S. 22; Stellungnahme DAV, NZG, 298 (301); ähnlich *Ströhmman*, ZIP 2020, 105 (107); *Nienaber/Schauenburg/Wenglarczyk*, NZWiSt 2020, 223 (225).

⁸⁵ *Knauer*, NStZ 2020, 441 (443).

⁸⁶ *Nienaber/Schauenburg/Wenglarczyk*, NZWiSt 2020, 223 (225).

⁸⁷ BR-Drs. 440/1/20, S. 22.

⁸⁸ *F. Rotsch/Mutschler/Grobe*, CCZ 2020, 169 (176 f.), auch mit Bsp. dazu, wie bereits derzeit der hohe Abschöpfungsanteil, z.B. bei VW, Porsche und Audi den Großteil der Geldbuße ausmacht.

⁸⁹ Siehe hierzu *Rogall* (Fn. 61), § 30 Rn. 136 ff.

⁹⁰ Vgl. BR-Drs. 440/1/20, S. 22; *Knauer*, NStZ 2020, 441 (444); *Ströhmman*, ZIP 2020, 105 (107).

⁷⁸ Münchner Entwurf (Fn. 19), S. 20, 64.

⁷⁹ BR-Drs. 440/20, S. 81.

⁸⁰ BR-Drs. 440/20, S. 81.

⁸¹ Vgl. auszugswise die Stellungnahme DAV, NZG, 298 (301); *Brouwer*, AG 2019, 920 (922); *Nienaber/Schauenburg/Wenglarczyk*, NZWiSt 2020, 223 (225); *Ströhmman*, ZIP 2020, 105 (109).

⁸² BR-Drs. 440/1/20, S. 22.

⁸³ BR-Drs. 440/1/20, S. 22. Vgl. auch *Knauer*, NStZ 2020, 441 (443); *Brouwer*, AG 2019, 920 (922); *Nienaber/*

lenden Wirkung zu erreichen, in beträchtlichen Konflikt.⁹¹ Für den Fall, dass trotz der Kritik an der derzeitigen Regelung festgehalten wird, sollte jedenfalls an die Möglichkeiten gedacht werden, die Sanktionsobergrenze des § 9 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 VerSanG-E insgesamt zu senken, bei der Bemessungsgrundlage auf den tatbezogenen anstatt den konzernbezogenen Umsatz abzustellen und die wirtschaftlichen Verhältnisse des Verbandes bei der Sanktionsbemessung stärker als bisher zu berücksichtigen.⁹²

Eine andere Möglichkeit bestünde freilich darin, sich vom umsatzorientierten Geldsummensystem insgesamt zu verabschieden und stattdessen ein Tagessatzsystem mit Höchstgrenzen einzuführen, so wie es bspw. der Münchner Entwurf in seinem § 7 vorsieht.⁹³ Der Vorteil gegenüber einem Geldsummensystem bestünde darin, dass ein Tagessatzsystem durch die Berücksichtigung von Schwere, Intensität und Wirkungskreis der jeweiligen Verbandstat eine verlässliche Abbildung des Maßes der Verbandsschuld ermöglichen würde, während dies bei einem Geldsummensystem, das sich an den wirtschaftlichen Verhältnissen des Verbandes orientiert, schlichtweg nicht möglich ist.⁹⁴ In der Zusammenschau mit einem ausdifferenzierten Sanktionsbemessungskatalog (vgl. z.B. § 8 des Münchner Entwurfs) wäre auf diese Weise eine äußerst flexible Handhabung bei der Sanktionierung von Verbandsverfehlungen denkbar, die auch den besonderen Belangen kleiner und mittlerer Unternehmen (KMU) Rechnung tragen würde.⁹⁵ Mit Blick auf den Sanktionsrahmen sollte an der bewährten Staffelung nach vorsätzlicher und fahrlässiger Verbandsverfehlung festgehalten, die Höchstgrenzen aber deutlich angehoben werden, um der fehlenden Aufteilung der Verbandsgeldsanktion in einen Ahndungs- und Abschöpfungsteil, wie dies bisher im Rahmen des § 30 OWiG geltendes Recht war, gerecht zu werden.⁹⁶ Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass die Einziehungsregeln nach §§ 73 ff. StGB neben der Verhängung der Verbandsgeldsanktion Anwendung finden, sollte bezüglich der Sanktionsober-

grenzen jedenfalls ein maßvollerer Weg⁹⁷ beschritten werden als bisher angedacht ist.

9. Zahlungsaufgabe des § 12 Abs. 2 Nr. 2 VerSanG-E und § 36 Abs. 1 S. 1 VerSanG-E

In §§ 12 Abs. 2, 36 Abs. 1 S. 1 VerSanG-E ist die Möglichkeit geregelt, dem Verband bei einer Verwarnung mit Sanktionsvorbehalt nach § 12 VerSanG-E oder beim Absehen von der Verfolgung nach § 36 VerSanG-E Auflagen zu erteilen. Anders als bei den vergleichbaren Regelungen in §§ 56b Abs. 2 Nr. 2, 59a Abs. 2 Nr. 3 StGB, § 153a Abs. 1 S. 2 Nr. 2 StPO ist jedoch die Möglichkeit der Zahlung eines Geldbetrages an eine gemeinnützige Einrichtung nicht vorgesehen. Begründet wird dies im Regierungsentwurf mit dem pauschalen Verweis auf die „wiederholt geäußerte Kritik an der intransparenten Zuweisung von Geldauflagen durch die Justiz“.⁹⁸

Dies wird zu Recht von den Rechts- und Wirtschaftsausschüssen bemängelt, da weder mitgeteilt wird, woher genau diese Kritik stammt, noch, warum sie für richtig gehalten wird.⁹⁹ Solange die im Regierungsentwurf angeführte Kritik nicht über eine bloße Behauptung hinausgeht und der erfahrungsgemäß positive Einfluss, den Zahlungen an gemeinnützige Einrichtung sowohl auf die Akzeptanz von aufgabenbewehrten Einstellungsentscheidungen der Justiz als auch auf das öffentliche Verfolgungsinteresse haben,¹⁰⁰ nicht empirisch widerlegt ist, spricht argumentativ nichts gegen die Aufnahme von Zahlungsaufgaben an gemeinnützige Institutionen.¹⁰¹ Im Gegenteil, ohne weitergehende Erklärung bliebe der Gesetzgeber eine Begründung für die explizite Ausnahme derartiger Auflagen schuldig.

10. Die öffentliche Bekanntmachung, § 14 VerSanG-E

§ 14 VerSanG-E sieht die Möglichkeit vor, die Verurteilung bekanntzumachen, wenn es eine große Anzahl von Geschädigten gibt. Ausweislich des Regierungsentwurfes ist es nicht das Ziel, den betroffenen Verband durch die Bekanntmachung an den Pranger zu stellen, sondern ausschließlich die von der Verbandstat betroffenen Personen über die für sie relevanten Tatsachen zu informieren.¹⁰²

Sowohl die Rechts- und Wirtschaftsausschüsse als auch das Bundesratsplenum halten die Vorschrift für nicht erforderlich, impraktikabel und mit Blick auf die faktisch gegebene Gefahr einer Prangerwirkung auch für unangemessen, sodass die Norm zu streichen sei.¹⁰³ Diese Kritik deckt sich mit

⁹¹ Die Zweigleisigkeit der Verbandsgeldsanktion in Form von Präventivwirkung und Abschreckungseffekt betont der Regierungsentwurf auch, siehe BR-Drs. 440/20, S. 81. *Ransiek*, in: Rotsch (Fn. 18), S. 273 (278 ff.) warnt derweil vor zu großen Hoffnungen in die Präventivwirkung von Sanktionsandrohungen.

⁹² BR-Drs. 440/1/20, S. 22.

⁹³ Ebenfalls ein Tagessatzsystem befürwortend bzw. anwendend § 6 NRW-Entwurf (Fn. 28), S. 10, 57; §§ 4, 5 öVbVG (österreichisches Verbandsverantwortlichkeitsgesetz).

⁹⁴ Vgl. Münchner Entwurf (Fn. 19), S. 39.

⁹⁵ Die insgesamt bessere Berücksichtigung von KMU verlangen – neben der Beratungspraxis – sowohl die Rechts- und Wirtschaftsausschüsse als auch das Bundesratsplenum, BR-Drs. 440/1/20, S. 4; BR-Drs. 440/20 (B), S. 1.

⁹⁶ Vgl. Münchner Entwurf (Fn. 19), S. 58. Da die Einziehungsregeln der §§ 73 ff. StGB nun isoliert neben der Verhängung der Verbandsgeldsanktion Anwendung finden, muss der bisherige Ahndungsteil der Sanktionierung entsprechend angehoben werden.

⁹⁷ Ein Beispiel hierfür gibt § 7 Abs. 1 des Münchner Entwurfs (Fn. 19), S. 14, 59.

⁹⁸ BR-Drs. 440/20, S. 85, 111.

⁹⁹ BR-Drs. 440/1/20, S. 23.

¹⁰⁰ Vgl. BR-Drs. 440/1/20, S. 23.

¹⁰¹ So sehen auch der NRW-Entwurf (Fn. 28) in § 8 Abs. 2 Nr. 2 und der Münchner Entwurf (Fn. 19) in § 12 Abs. 2 lit. c die Zahlung an gemeinnützige Organisationen als Form der Auflage vor. Ähnlich *Lehmkuhl* (Fn. 18), S. 165 (177 f.).

¹⁰² BR-Drs. 440/20, S. 54, 85 f.

¹⁰³ BR-Drs. 440/1/20, S. 24 ff.; BR-Drs. 440/20 (B), S. 10 ff.

vielen ablehnenden Stimmen aus der Praxis:¹⁰⁴ Die Norm sei überflüssig, da dem Informationsbedürfnis der Verbraucher mit den im Einziehungsrecht verankerten Mitteilungspflichten nach §§ 1111 Abs. 4, 459i Abs. 1 S. 2 StPO bereits genügend Rechnung getragen werde und es ohnehin nur schwer nachvollziehbar sei, dass Geschädigte in einer hochgradig digitalisierten und bestens vernetzten Welt nicht über ausreichende Kenntnis zur Geltendmachung möglicher Ansprüche verfügten. Eine Bekanntmachung hätte vor diesem Hintergrund nur noch den Zweck, den Verband öffentlich bloßzustellen, was das Risiko nicht kalkulierbarer Reputationschäden mit sich brächte, die auch an der Verbandstat völlig unbeteiligte Gesellschafter, Anteilseigner und Beschäftigte eines Verbandes treffen würden. Schließlich sei die Norm zu unbestimmt („große Zahl von Geschädigten“) und gerate mit ihrem proklamierten Informationszweck in Wertungswidersprüche, wenn in der Entwurfsbegründung auf Bekanntmachungsregelungen in anderen Gesetzen Bezug genommen werde (§§ 50a BörsG, 123 WpHG, 12 UWG, 200 Abs. 2 S. 1 StGB), die nahezu ausschließlich sanktionierenden Charakter aufwiesen. Dass der Gesetzgeber § 14 VerSanG-E sogar selbst nicht nur als Nebenfolge, sondern als eine weitere Sanktionierung im Sinne eines „namings and shamings“ ansehe, belege schließlich der in § 18 S. 2 VerSanG-E vorgesehene Ausschluss der Möglichkeit der Bekanntmachung für den Fall der erfolgreichen Durchführung verbandsinterner Untersuchungen nach § 17 Abs. 1 VerSanG-E; denn die Durchführung verbandsinterner Untersuchungen habe schlichtweg keinerlei Auswirkung auf den Informationsbedarf der Verbraucher.

Diese Kritik ist insofern berechtigt, als der Gesetzgeber sich im laufenden Gesetzgebungsverfahren entscheiden muss, ob er aus § 14 VerSanG-E mehr als ein reines Informationsinstrument machen will und mit der öffentlichen Bekanntmachung eine dritte Form der Verbandssanktionierung¹⁰⁵ schafft. In diesem Fall sollte er entsprechend Farbe bekennen und in die Gesetzesbegründung das aufnehmen, worauf die Entlehnung des § 14 VerSanG-E aus Vorschriften mit ähnlicher Ausrichtung und die Regelung in § 18 S. 2 VerSanG-E bereits hingewiesen haben: Dass die Bekanntmachung dem

¹⁰⁴ Siehe nur die Stellungnahmen der Wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung e.V., S. 25 ff., abrufbar unter https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/06192020_Stellungnahme_WisteV_RegE_Integritaet-Wirtschaft.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (3.2.2021), und der Strafverteidigervereinigungen, S. 23 ff., abrufbar unter https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/06122020_Stellungnahme_OrgaBuero-Strafverteidiger_RegE_Integritaet-Wirtschaft.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (3.2.2021); F. Rotsch/Mutschler/Grobe, CCZ 2020, 169 (176, 182); Ströhm, ZIP 2020, 105 (107).

¹⁰⁵ Mit welcher Begründung Spörl in ihrer Stellungnahme (Fn. 22), S. 18, die derzeitige Regelung in § 14 VerSanG-E noch als Nebenfolge und nicht als „Verbandssanktion im engeren Sinne“ einstuft, bleibt unklar.

Verband als eine Art öffentlicher Tadel seine Verantwortungsübernahme vor Augen führen soll.¹⁰⁶ Aus Gründen der Verhältnismäßigkeit und im Sinne der Wahrung des Bestimmtheitsgrundsatzes sollte das Kriterium der „großen Zahl von Geschädigten“ ersetzt werden durch ein allgemeineres Merkmal, das dem Zweck der Vorschrift gerechter wird. So könnte in Anlehnung an die Vorschriften zur Zulassung der Berufung und Revision in §§ 511 Abs. 4 S. 1 Nr. 1, 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 ZPO, die auf die „grundsätzliche Bedeutung“ der Rechtssache abstellen, ein „grundsätzliches Interesse der Öffentlichkeit“ als Bekanntmachungsvoraussetzung etabliert werden, das als Rechtsbegriff mit weitergehenden Kriterien auszufüllen wäre. Zu denken wäre hier an den Umfang des eingetretenen Schadens, die geographische Bedeutung, die Wiederholungsfahr, die Konsequenzen für Kunden und natürlich auch an die Zahl der Geschädigten.¹⁰⁷ Zusätzlich wäre es möglich, den Ausschluss einer Bekanntmachung oder zumindest eine entsprechende Ermessenslenkung für den Fall vorzusehen, dass der Verband den Schaden bereits wiedergutmacht¹⁰⁸ und/oder sich in öffentlicher Form entschuldigt hat.¹⁰⁹

Sollte im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens stattdessen an dem alleinigen Informationszweck der Vorschrift festgehalten werden, so müsste die Begründung, die auf Bekanntmachungsvorschriften mit Sanktionscharakter verweist, konsequenterweise angepasst und § 18 S. 2 VerSanG-E gestrichen werden. In praxi hätte eine solche Vorschrift neben den bereits vorhandenen Regelungen in §§ 1111, 459i StPO vermutlich keine besondere Anwendungsrelevanz, da die ins Ermessen des Gerichtes gestellte Entscheidung über eine Bekanntmachung sich weiterhin am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientieren müsste. Dies hätte zur Folge, dass bei einer Vielzahl von Verfahren die Option der Bekanntmachung von vornherein entfiel: Denn in aufsehenerregenden Großverfahren bestünde mit Blick auf die bereits ausreichende Medienberichterstattung in der Regel schon kein Bedürfnis,¹¹⁰ während bei unbedeutenderen Verfahren, die möglicherweise nur eine kleine Region oder Stadt betreffen, die vorzunehmende Interessenabwägung zwischen Information der Verbraucher und Folgen für den Verband erfahrungsgemäß zugunsten des Verbandes und gegen eine Bekanntmachung ausfiel. Als Koloss auf tönernen Füßen sollte man das Vorhaben dann besser gleich begraben.

Die Bundesregierung hat in ihrer Gegenäußerung zu Protokoll gegeben, dass sie dem Grunde nach an der Vorschrift festhält, die genauere Ausgestaltung der Kriterien aber prüfen

¹⁰⁶ Diesen Ansatz verfolgt auch der Münchner Entwurf (Fn. 19), S. 65.

¹⁰⁷ Vgl. zu diesen Kriterien bereits Ströhm, ZIP 2020, 105 (107).

¹⁰⁸ Für den Fall der Wiedergutmachung sieht auch schon der Regierungsentwurf die Möglichkeit des Ausschlusses vor, BR-Drs. 440/20, S. 86.

¹⁰⁹ So der Vorschlag des Münchner Entwurfs (Fn. 19) in § 17 Abs. 1 S. 2, S. 21, 65.

¹¹⁰ Dies erkennt auch der Regierungsentwurf an, vgl. BR-Drs. 440/20, S. 86.

wird,¹¹¹ sodass abzuwarten bleibt, ob und inwieweit sich der Gesetzgeber der mannigfaltigen Kritik annehmen wird.

11. Weitgehende Übertragung der StPO auf das Sanktionsverfahren, und Ausschluss bestimmter Ermittlungsmaßnahmen, § 24 VerSanG-E

§ 24 VerSanG-E erklärt in seinem Abs. 1 die Vorschriften der StPO und des GVG insoweit für anwendbar, wie das VerSanG-E nicht explizite Sondervorschriften oder Abweichungen benennt. Eine solche Sondervorschrift stellt § 24 Abs. 2 VerSanG-E dar, der den Ausschluss bestimmter Ermittlungsmaßnahmen, die in das Post- und Fernmeldegeheimnis eingreifen, regelt. Die Rechts- und Wirtschaftsausschüsse sowie das Bundesratsplenum stellen sich einerseits entschieden gegen eine entsprechende Anwendung der Vorschriften des Strafverfahrens, die ihrer Ansicht nach zu überlangen und komplexen Verfahren mit einer unverhältnismäßigen Belastung der Justiz führen würde.¹¹² Andererseits halten sie, so denn die generelle Geltung der StPO angeordnet würde, den geplanten Ausschluss bestimmter Ermittlungsbefugnisse in § 24 Abs. 2 VerSanG-E mit Blick auf das Legalitätsprinzip für nicht geboten.¹¹³

Die Bundesregierung folgt diesen Überlegungen in beiderlei Hinsicht nicht¹¹⁴ und dies auch zu Recht. Denn die erheblichen Neuanforderungen und Pflichten, die das VerSanG-E an Verbände stellt, müssen mit einem Mehr an Rechten auf der Verfahrensseite ausgeglichen werden. So ist es in Anbetracht der strafrechtsähnlichen Qualität¹¹⁵ der vorgesehenen Verbandssanktionen und der zu erwartenden Komplexität der Verfahren nicht nur naheliegend, sondern sogar geboten, die Regeln der StPO zur Anwendung gelangen zu lassen. Mit der StPO steht eine ausgeklügelte Verfahrensordnung zur Verfügung, die sich über Jahrzehnte bewährt hat¹¹⁶ und mit der die deutsche Strafjustiz vertraut ist.¹¹⁷ Würde man ein Sonderverfahren für die Sanktionierung von Verbänden einführen, so hätte dies den Nachteil, dass gegen den Verband und die natürliche(n) Person(en) unterschiedliche Prozesse zu führen wären, was die Strafverfolgungsbehörden nicht ent-, sondern zusätzlich belasten würde.¹¹⁸ Richtig ist zwar, dass sich aus der organschaftlichen Verfasstheit eines Verbandes nicht alle Vorgaben der StPO eins zu eins auf das Verbandssanktionenverfahren übertragen lassen. Dies hat der

Entwurfsverfasser aber auch erkannt und entsprechende Sonderregeln in den §§ 23-53 VerSanG-E verankert.¹¹⁹

Der weitergehende Vorschlag, den in § 24 Abs. 2 VerSanG-E vorgesehenen Ausschluss bestimmter Ermittlungsbefugnisse im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu streichen, missachtet den auch im Verfahren gegen Verbände geltenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Denn die Anordnung beispielsweise einer Telekommunikations- oder Wohnraumüberwachung hätte Grundrechtsrelevanz für eine unbestimmte Vielzahl von Personen, sodass derartige Maßnahmen richtigerweise nur im Verfahren wegen der Verbandstat gegen einzelne Beschuldigte verhängt werden können.¹²⁰ Einer Verwertbarkeit der aus Maßnahmen gegen Individualbeschuldigte erlangten Erkenntnisse im Verfahren gegen den Verband steht dies freilich nicht entgegen.¹²¹

12. Auskunftsverweigerungsrecht des Vertreters des Verbandes, § 33 VerSanG-E

Mit der Regelung des § 33 VerSanG-E nimmt der Entwurfsverfasser die in § 27 VerSanG-E vorgesehene Beschuldigtenstellung des Verbandes ernst und gewährt den gesetzlichen Vertretern ein einfachgesetzliches Schweigerecht, das – mit Ausnahme des § 134 StPO – analog den Regeln über die Vernehmung des Beschuldigten in §§ 133 ff. StPO ausgestaltet ist.

Die Rechts- und Wirtschaftsausschüsse sowie das Bundesratsplenum setzen sich für eine Streichung der Vorschrift ein, da diese die Effektivität der Strafverfolgung nicht unerheblich beeinträchtigt.¹²² Der Gesetzgeber habe selbst eingeräumt, dass die Regelung verfassungsrechtlich nicht zwingend geboten sei,¹²³ weshalb nicht nachvollziehbar sei, warum das Strafverfolgungsinteresse des Staates im Verhältnis zu der einem Verband drohenden Verbandsgeldsanktion zurücktreten müsse. Denn ein an § 52 Abs. 1 StPO erinnerndes Näheverhältnis des Vertreters zu dem von ihm vertretenen Verband liege jedenfalls nicht vor. Ungeklärt sei überdies, inwiefern sich das Schweigerecht des Verbandes mit der Regelung in § 17 Abs. 1 Nr. 3 VerSanG-E verträge.

Die Bundesregierung lehnt eine Streichung mit der Erklärung ab, dass die Regelung nicht die Strafverfolgung behindere, sondern Ausdruck eines fairen Verfahrens sei.¹²⁴ Dies ist im Ergebnis richtig, bedarf jedoch einer genaueren Erläuterung: Hintergrund der Problematik ist die bis heute nicht endgültig geklärte Frage der Geltung des nemo-tenetur-Prinzips für Verbände. Das BVerfG lehnt eine Übertragung auf juristische Personen (bislang) ab, da der Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit in der Menschenwürde wurzele, die

¹¹¹ BT-Drs. 19/23568, S. 154.

¹¹² BR-Drs. 440/1/20, 27 f.; BR-Drs. 440/20 (B), S. 14 f.

¹¹³ BR-Drs. 440/1/20, S. 29; BR-Drs. 440/20 (B), S. 15.

¹¹⁴ BT-Drs. 19/23568, S. 154.

¹¹⁵ Der Münchner Entwurf (Fn. 19), S. 66, spricht von einer dritten Spur neben dem Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht, die in Anbetracht der erheblichen Belastungen für den Verband strafverfahrensnah auszugestalten ist.

¹¹⁶ So sieht es auch der Münchner Entwurf (Fn. 19), S. 66.

¹¹⁷ So schon die Begründung des Regierungsentwurfes BR-Drs. 440/20, S. 55.

¹¹⁸ BR-Drs. 440/20, S. 55.

¹¹⁹ Vgl. BR-Drs. 440/20, S. 56 f. Inwieweit diese Sonderregelungen sinnvoll und ausschöpfend sind, kann und soll in diesem Beitrag nicht erörtert werden.

¹²⁰ BR-Drs. 440/20, S. 104. Vgl. auch die ähnliche Regelung im Münchner Entwurf (Fn. 19) in § 28 Abs. 3, S. 26, 80.

¹²¹ Der Münchner Entwurf (Fn. 19) regelt dies explizit in § 28 Abs. 4.

¹²² BR-Drs. 440/1/20, S. 29 f.; BR-Drs. 440/20 (B), S. 15 f.

¹²³ Vgl. BT-Drs. 440/20, S. 109.

¹²⁴ BT-Drs. 19/23568, S. 154.

ihrem Wesen nach nur natürlichen Personen zugeschrieben werde.¹²⁵ Der EuGH¹²⁶ und der EGMR haben sich in dieser Rechtsfrage noch nicht eindeutig positioniert, wenngleich der EGMR den *nemo-tenetur*-Grundsatz als prozessuales Verteidigungsrecht einordnet, das er aus dem *fair-trial*-Prinzip des Art. 6 Abs. 1 EMRK ableitet, das auch für juristische Personen gilt.¹²⁷ In der Literatur ist die Idee, den *nemo-tenetur*-Grundsatz nicht aus den Grundrechten abzuleiten, sondern als prozessuale Garantie anzusehen, die aus dem Rechtsstaatsprinzip resultiert, aufgegriffen und überzeugend befürwortet worden.¹²⁸ Da der Beitrag an dieser Stelle eine tiefergehende Auseinandersetzung mit der Problematik nicht leisten kann, ist mit der Hypothese zu arbeiten, dass es nicht von vornherein ausgeschlossen erscheint, die Selbstbelastungsfreiheit mit dem im Rechtsstaatsprinzip verankerten *fair-trial*-Prinzip zu begründen. In Anbetracht dessen ist die Entscheidung der Bundesregierung für ein Schweigerecht des Verbands (vertreter) als legitim zu bewerten und stellt auch die folgerichtige Konsequenz der Einräumung der strafprozessualen Beschuldigtenstellung dar.¹²⁹

Das Schweigerecht kann nach § 33 Abs. 1 VerSanG-E lediglich von den gesetzlichen Vertretern des Verbandes ausgeübt werden, da diese den Verband nach § 28 Abs. 1 VerSanG-E im Verbandssanktionsverfahren vertreten und insofern in die Beschuldigtenrolle schlüpfen.¹³⁰ Überlegenswert wäre es an dieser Stelle, das Schweigerecht – so wie dies auch § 17 Abs. 1 öVbVG (österreichisches Verbandsverantwortlichkeitsgesetz) vorsieht – auf sämtliche Leitungspersonen i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E zu erstrecken; denn die Verbandsverantwortlichkeit in § 3 Abs. 1 VerSanG-E knüpft als Zurechnungsgrund nicht an das Fehlverhalten der gesetzlichen Vertreter, sondern an das der Leitungspersonen an.¹³¹

Der Einwand des Bundesrates, dass völlig ungeklärt sei, inwieweit das Schweigerecht einer ununterbrochenen und uneingeschränkten Zusammenarbeit i.S.v. § 17 Abs. 1 Nr. 3 VerSanG-E entgegenstehe, ist berechtigt,¹³² soll an dieser Stelle aber nicht weiter erörtert werden,¹³³ da die *Verfasserin*

ohnehin für eine erhebliche Neugestaltung der Regelung zu den verbandsinternen Untersuchungen eintritt (unten III.).

III. Aufruf zur Überarbeitung der Vorschriften zu den verbandsinternen Untersuchungen, §§ 16–18 VerSanG-E

In Anbetracht dessen, dass es ein besonderes Anliegen der Regierung war, mit der erstmaligen gesetzlichen Festlegung von Vorgaben für „internal investigations“ Rechtssicherheit zu schaffen,¹³⁴ die Vorschriften der §§ 16–18 VerSanG-E zu verbandsinternen Untersuchungen aber zu den am meisten kritisierten im Rahmen des Gesetzgebungsvorhabens gehören,¹³⁵ will dieser Beitrag nicht auf eine entsprechende Stellungnahme verzichten. Im Zentrum der Kritik stehen die Vorschrift des § 17 Abs. 1 VerSanG-E, die den Milderungsbonus des § 18 S. 1 VerSanG-E im Fall erfolgreich durchgeführter Untersuchungen an detaillierte Voraussetzungen knüpft, sowie die geplanten Änderungen im Beschlagnahmerecht der §§ 97, 160a StPO. Im Folgenden soll eine kritische Begutachtung der als neuralgisch angesehenen Punkte unter Anbietung entsprechender Lösungsmöglichkeiten erfolgen.

1. Der wesentliche Aufklärungsbeitrag, § 17 Abs. 1 Nr. 1 VerSanG-E

§ 17 I Nr. 1 VerSanG-E benennt die erste Voraussetzung verbandsinterner Untersuchungen. Danach muss der Verband oder der von ihm beauftragte Dritte wesentlich dazu beigetragen haben, dass die Verbandstat und die Verbandsverantwortlichkeit aufgeklärt werden konnte. Zu Recht wird die Unbestimmtheit der Vorschrift kritisiert,¹³⁶ da seitens des Entwurfsverfassers nicht näher erläutert wird, ab wann ein Aufklärungsbeitrag wesentlich ist. In der Gesetzesbegründung ist allein der – letztlich selbsterklärende – Hinweis zu finden, dass ein wesentlicher Aufklärungsbeitrag jedenfalls dann nicht mehr vorliegen kann, wenn die Verfolgungsbehörde den Sachverhalt bereits selbst vollständig aufgeklärt hat.¹³⁷ Die fehlende Konturierung birgt das Problem, dass ein Verband dem erheblichen Druck einer selbständigen Ermittlungsarbeit unterworfen und die staatliche Aufklärungspflicht unzulässig auf Private übertragen wird. Zwar wird in den Gesetzesmaterialien klargestellt, dass die Staatsanwaltschaft Herrin des Verfahrens zu bleiben hat;¹³⁸ wo genau jedoch die Grenzen zu verlaufen haben, wird nicht erläutert. Kann der

¹²⁵ BVerfG NJW 2017, 1841 (1843 f.).

¹²⁶ Vgl. hierzu die Okrem-Entscheidung, in der der EuGH juristischen Personen immerhin ein teilweises Schweigerecht bei der Gefahr der Selbstbelastung zugestanden hat, EuGH BeckRS 2004, 71022 Rn. 28 ff.

¹²⁷ EGMR, Urt. v. 27.9.2011 – 43509/08 (Menarini Diagnostics S.R.L./Italy), Rn. 45.

¹²⁸ Dannecker, ZStW Bd. (2015), 370 (389 ff.).

¹²⁹ Auch § 18 Abs. 1 NRW-Entwurf (Fn. 28) und § 17 Abs. 1 öVbVG gewähren dem Verband ein weitreichendes Schweigerecht.

¹³⁰ So auch § 17 Abs. 1 des Kölner Entwurfs (Fn. 30), 1 (4), und § 22 S. 2 Münchner Entwurf (Fn. 19), S. 23, 71.

¹³¹ Brouwer, AG 2019, 920 (923); DAV, NZG 2020, 298 (303); Knauer, NStZ 2020, 441 (450).

¹³² Die Frage ist nicht wirklich geklärt, vgl. Knauer, NStZ 2020, 441 (450).

¹³³ Sondern unten unter III. 4.

¹³⁴ Koalitionsvertrag der 19. Legislaturperiode zwischen CDU, CSU und SPD v. 12.3.2018, S. 126.

¹³⁵ Siehe nur die Stellungnahme des DAV, NZG 2020, 298 (303 ff.); Cordes/Wagner, NZWiSt 2020, 215 (218 f.); Kämpfer/Travers/Schwerdtfeger, NZG 2020, 848; Nienaber/Schauenburg/Wenglarczyk, NZWiSt 2020, 223 (226 ff.); Priewer/Ritzenhoff, WiJ 2019, 166; F. Rotsch/Mutschler/Grobe, CCZ 2020, 169 (178 ff.); Ströhmman, ZIP 2020, 105 (109 f.).

¹³⁶ Vgl. Bittmann, ZWH 2020, 157 (160); Cordes/Wagner, NZWiSt 2020, 215 (218); Knauer, NStZ 2020, 441 (445 f.); Ströhmman, ZIP 2020, 105 (110).

¹³⁷ BR-Drs. 440/20, S. 94.

¹³⁸ BR-Drs. 440/20, S. 94.

Verband z.B. noch einen wesentlichen Aufklärungsbeitrag leisten, wenn bereits ein Whistleblower den relevanten Sachverhalt an die Behörden herangetragen hat?¹³⁹ Und liegt ein wesentlicher Aufklärungsbeitrag auch dann noch vor, wenn die Mitarbeiterbefragungen zu keinem Ergebnis geführt haben, da zentrale Personen ihre Aussage verweigert haben?¹⁴⁰

In den Vereinigten Staaten ist der Maßstab für eine umfassende Aufklärungsleistung dagegen in den sog. U.S. Sentencing Guidelines dargelegt und konkretisiert.¹⁴¹ So komme es entscheidend darauf an, ob die Strafverfolgungsbehörden durch das seitens des Verbandes zur Verfügung gestellte Material in die Lage versetzt werden, Art und Umfang des Vorwurfes sowie die verantwortlichen Personen zu identifizieren. Selbst wenn aber eine umfassende Sachverhaltsaufklärung nicht möglich ist, z.B. weil Mitarbeiter die Aussage verweigern, dann führt dies nach den Sentencing Guidelines nicht zwangsläufig zur Sanktionierung oder dem Ausschluss von Milderungsgründen; denn die US-amerikanischen Vorgaben anerkennen, dass die fehlende Kooperationsbereitschaft von Einzelnen nicht automatisch mit einer fehlenden Kooperationsbereitschaft des gesamten Unternehmens gleichzusetzen ist.¹⁴²

Der starke Einfluss insbesondere der amerikanischen Jurisdiktion auf die deutsche Unternehmenslandschaft wird in der Entwurfsbegründung als ein wesentlicher Grund für die gesetzliche Fixierung verbandsinterner Untersuchungen genannt.¹⁴³ Wenn das US-amerikanische Modell schon als Blaupause dient, dann sollte man es indes auch so kopieren, dass seine zentralen Grundlagen nicht verloren gehen. Wünschenswert wäre es, dass der Gesetzgeber entweder bereits im Gesetzestext selbst oder jedenfalls in der Begründung konkretisierende Umstände benennt, die seiner Ansicht nach einen relevanten Aufklärungsbeitrag konstituieren.

2. Das Trennungsprinzip zwischen Verteidigung und Untersuchungsleitern, § 17 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E

§ 17 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E bezweckt die funktionale Trennung von Verteidigung und verbandsinterner Untersuchung, um möglichen Konflikten, die sich aus einer Verbindung von Strafverteidigung und verbandsinterner Untersuchung ergeben können, vorzubeugen.¹⁴⁴ Die Kritik, die dieser Vorschrift entgegengebracht wird, basiert nicht ausschließlich, aber doch in wesentlichen Teilen auf dem Entsetzen der Strafverteidigerriege über das Verständnis, das der Gesetzgeber von

ihrem Berufsbild zu haben scheint: So schwäche eine Verbindung von Verteidigung und interner Untersuchung die Glaubwürdigkeit des Ergebnisses verbandsinterner Untersuchungen und nur die Trennung beider Institute könne die Eigenständigkeit des Untersuchungsführers und damit einen Vertrauensvorschluss bei den Verfolgungsbehörden sichern.¹⁴⁵ Die Empörung vieler Strafverteidiger und der Anwaltschaft ist nachvollziehbar,¹⁴⁶ legen die Äußerungen in der Gesetzesbegründung zweifellos ein fragwürdiges Bild moderner (Unternehmens-)Verteidigung nahe, das so sicherlich nicht allgemeingültig, in jedem Fall aber antiquiert ist. Denn in praxi ist die ordnungsgemäße Durchführung verbandsinterner Untersuchungen regelmäßig bereits essentieller Bestandteil erfolgreicher Verteidigungsstrategie, die zunehmend auf Kooperation statt auf Konfrontation setzt.¹⁴⁷ Da die Durchführung interner Untersuchungen nicht nur strafrechtlich motiviert ist, sondern auch der Klärung gesellschaftsrechtlicher, arbeitsrechtlicher und haftungsrechtlicher Fragen im Verband dient,¹⁴⁸ führt meist eine dritte, fachkundige Partei und nicht der Verteidiger diese durch. Die Sorge vor möglichem Konfliktpotential zwischen Verteidigung und verbandsinterner Untersuchung erscheint vor diesem Hintergrund nicht nur unberechtigt, sondern wirkt zuletzt auch artifiziell, weil Unternehmensverteidiger und Untersuchungsführer für ein- und denselben Auftraggeber tätig sind und dementsprechend demselben Interessenskanon unterliegen. Selbst wenn man dies alles anders sähe, läge in der erwünschten Unabhängigkeit des Untersuchungsführers keine taugliche Begründung für eine Trennung von Verteidigung und verbandsinterner Untersuchung, da die materielle Wahrheitserforschung unstrittig eine Aufgabe der staatlichen Strafverfolgungsbehörden und der Gerichte ist und zu bleiben hat.¹⁴⁹ Dies bedeutet, dass die Untersuchungsergebnisse von der Staatsanwaltschaft und den Strafgerichten ohnehin vollumfänglich überprüft werden müssen.

Dass es durchaus sinnvoll sein kann, Verteidigung und interne Untersuchung nicht voneinander zu trennen, zeigt ein Vergleich mit der Rechtslage in den Vereinigten Staaten:¹⁵⁰ Kooperiert dort ein Unternehmen mit der Criminal Division des Department of Justice, besteht in zeitlicher Abfolge eine klare Trennung zwischen Aufklärungs- und Verteidigungsphase: In der Aufklärungsphase stellt das Unternehmen über

¹³⁹ Zum entsprechenden Konflikt mit der EU-Whistleblower-Richtlinie *Brouwer*, AG 2019, 920, (923); *Nienaber/Schauenburg/Wenglarczyk*, NZWiSt 2020, 223 (227).

¹⁴⁰ Zu dem Problem ausführlich unten III. 5.

¹⁴¹ U.S. Sentencing Guidelines Chapter 8 C 2.5 (g), Commentary (note 13); *Nienaber/Schauenburg/Wenglarczyk*, NZWiSt 2020, 223 (229).

¹⁴² U.S. Sentencing Guidelines Chapter 8 C 2.5 (g), Commentary (note 13); *Nienaber/Schauenburg/Wenglarczyk*, NZWiSt 2020, 223 (229). Im Ergebnis zustimmend *Cordes/Wagner*, NZWiSt 2020, 215 (218).

¹⁴³ BR-Drs. 440/20, S. 92.

¹⁴⁴ BR-Drs. 440/20, S. 94.

¹⁴⁵ BR-Drs. 440/20, S. 94. Dieser Ansicht ohne empirischen Beleg folgend *Spörl*, Stellungnahme des Max-Planck-Instituts (Fn. 22), S. 16.

¹⁴⁶ Siehe nur *DAV*, NZG 2020, 298 (298, 303); *Cordes/Wagner*, NZWiSt 2020, 215 (218 f.); *Knauer*, NStZ 2020, 441 (447 f.); *Priewer/Ritzenhoff*, WiJ 2019, 166; *Teicke*, CCZ 2019, 298 (300); *Kämpfer/Travers/Schwerdtfeger*, NZG 2020, 848 (852).

¹⁴⁷ *Kämpfer/Travers/Schwerdtfeger*, NZG 2020, 848 (852); *Knauer*, NStZ 2020, 441 (447); *Priewer/Ritzenhoff*, WiJ 2019, 166 (169).

¹⁴⁸ *Priewer/Ritzenhoff*, WiJ 2019, 166 (169), sprechen insoweit von einem „mehrdimensionalen Raum“.

¹⁴⁹ *Kämpfer/Travers/Schwerdtfeger*, NZG 2020, 848 (852).

¹⁵⁰ Vgl. zum Ganzen *Priewer/Ritzenhoff*, WiJ 2019, 166 (172).

seine untersuchenden Rechtsanwälte strukturiert Sachverhaltsinformationen zur Verfügung; sobald die Sachverhaltsaufklärung weitgehend abgeschlossen ist, fordert das Department of Justice die Rechtsanwälte des Unternehmens – dieselben, die auch die Untersuchung durchgeführt haben und den Sachverhalt daher genau kennen – auf, die Verteidigungsargumente vorzubringen. Geschützt wird dieser Vorgang durch das sog. Attorney-Client-Privilege, wonach Unternehmen und beauftragte Berufsträger im Rahmen der Aufarbeitung des Sachverhaltes ausreichenden Schutz vor Durchsicht und Beschlagnahme genießen.¹⁵¹

Die Knüpfung des Milderungsbonus in § 18 S. 1 VerSanG-E an das strikte Trennungsgebot sollte schließlich vor dem Hintergrund, dass die separate Beauftragung von Verteidigung und Untersuchungsführer¹⁵² zu einer doppelten Kostenbelastung in den Verbänden führt,¹⁵³ nochmals überdacht werden. Die Kostenlast mag für große Konzerne tragbar sein, kleinere und mittlere Unternehmen (KMU) könnten dadurch jedoch in erhebliche finanzielle Bedrängnis gebracht werden.

Sollte der Gesetzgeber dennoch am Trennungsprinzip festhalten wollen, dann muss dem Verteidiger zumindest der Zugriff bzw. die Teilnahme an der Zusammenarbeit des Untersuchungsführers mit der Strafverfolgungsbehörde gestattet sein;¹⁵⁴ denn andernfalls wäre der Verteidiger von der Kommunikation zwischen seinem Mandanten und den Strafverfolgungsbehörden ausgeschlossen.¹⁵⁵ Die Begründung des Gesetzesentwurfes ist diesbezüglich nicht eindeutig:¹⁵⁶ So ist die Lesart, nach der ein gegenseitiger Austausch nicht völlig ausgeschlossen ist, möglich,¹⁵⁷ andererseits will der Entwurf aber den „unmittelbaren Zugriff auf die Erkenntnisse aus der verbandsinternen Untersuchung“¹⁵⁸ zugunsten der Verteidigung untersagen.

Eine materielle Trennung in Form eines gänzlichen Kommunikationsverbotes würde jedenfalls mit dem Recht auf effektive Verteidigung kollidieren, denn so bestünde bis zum Abschluss der Ermittlungen (§ 24 Abs. 1 VerSanG i.V.m. §§ 147 Abs. 2 S. 1, 169a StPO) ein informationelles Ungleichgewicht zwischen Verteidigung und staatlichen Ermittlungsbehörden, das mit rechtsstaatlichen Grundsätzen nicht vereinbar ist.¹⁵⁹

3. Die geplanten Änderungen im Beschlagnahmerecht, §§ 97, 160a StPO

Da die geplante Änderung der Beschlagnahmenvorschriften erhebliche Bedeutung mit Blick auf die Dokumente und Unterlagen interner Untersuchungen hat, soll auch zu diesem Vorhaben in der gebotenen Kürze Stellung bezogen werden.

Der Entwurf sieht eine Novellierung der §§ 97 Abs. 1 Nr. 3, 160a Abs. 5 StPO vor. So soll § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO dahingehend konkretisiert werden, dass das Erfordernis eines Vertrauensverhältnisses des Beschuldigten mit dem Berufsgeheimnisträger analog den Nr. 1 und Nr. 2 auch für Nr. 3 gilt. Mit dieser Neufassung, die verfassungsrechtlich schon durch das BVerfG durch sein Urteil im Jones-Day-Verfahren abgesegnet wurde,¹⁶⁰ wäre künftig Voraussetzung für eine Beschlagnahmefreiheit, dass die entsprechenden Gegenstände dem geschützten Vertrauensverhältnis zwischen Beschuldigtem und Berufsgeheimnisträger zugerechnet werden können. Problematisch ist, dass der Regierungsentwurf vage dahingehend bleibt, was er genau unter diesem Vertrauensverhältnis versteht, das die Beschlagnahmefreiheit auslöst.¹⁶¹ Dabei hat die Reichweite des Begriffs nicht nur Bedeutung für die Beschlagnahmefähigkeit von internem Untersuchungsmaterial, sondern auch von Unterlagen, die aus einem sonstigen Beratungsverhältnis des betroffenen Unternehmens mit einer Kanzlei stammen.¹⁶² Einerseits könnte man davon ausgehen, dass der Entwurfsverfasser ein weites Verständnis verfolgt, wenn er schreibt: „Ein solches Verhältnis besteht etwa bei Unterlagen, die der Vorbereitung der Verteidigung dienen oder bei Unterlagen, die einem Rechtsanwalt, Steuerberater oder Wirtschaftsprüfer vom Beschuldigten im Hinblick auf eine bestimmte Beratungstätigkeit übergeben werden.“¹⁶³ Klar ist damit, dass jedenfalls alle Unterlagen – auch solche einer internen Untersuchung – beschlagnahmefrei sind, sofern sie originär aus einem Verteidigungsverhältnis stammen. Dies war auch der bisherige status quo. Was ist aber mit Dokumenten aus internen Untersuchungen, die bereits vor

¹⁵¹ F. Rotsch/Mutschler/Grobe, CCZ 2020, 169 (173); siehe hierzu auch Momsen, in: Rotsch (Fn. 18), S. 185 (201 ff.); Nienaber/Schauenburg/Wenglarczyk, NZWiSt 2020, 223 (229 f.). Zum Folgeproblem der Beschlagnahmefähigkeit von internen Untersuchungsunterlagen sogleich unter III. 3.

¹⁵² Zwar können Verteidiger und Untersuchungsführer nach der Entwurfsbegründung aus derselben Kanzlei stammen, BR-Drs. 440/20, S. 95; dies mindert die Mehrkosten aber auch nicht. Momsen (Fn. 151), S. 185 (197 f.) geht mit Blick auf die Regelungen des anwaltlichen Berufsrechts sogar davon aus, dass künftig insgesamt drei verschiedene Kanzleien beauftragt werden müssen.

¹⁵³ Knauer, NStZ 2020, 441 (452); F. Rotsch/Mutschler/Grobe, CCZ 2020, 169 (179); Szesny/Stelten, ZRP 2020, 130 (131).

¹⁵⁴ Der Münchner Entwurf (Fn. 19), S. 30, regelt dies in § 34 Abs. 6.

¹⁵⁵ Vgl. Kämpfer/Travers/Schwerdtfeger, NZG 2020, 848 (852). Der Münchener Entwurf (Fn. 19), umgeht diese Problematik infolge der Trennung durch die Vorschrift des § 34 Abs. 6.

¹⁵⁶ Vgl. zum Ganzen Priewer/Ritzenhoff, WiJ 2019, 166 (169 f.).

¹⁵⁷ So spricht der Regierungsentwurf nur von funktionaler Trennung, BR-Drs. 440/20, S. 94.

¹⁵⁸ BR-Drs. 440/20, S. 95.

¹⁵⁹ Priewer/Ritzenhoff, WiJ 2019, 166 (170); ähnlich Nienaber/Schauenburg/Wenglarczyk, NZWiSt 2020, 223 (228).

¹⁶⁰ BVerfG NJW 2018, 2385.

¹⁶¹ Zu dem Problem schon Knauer, NStZ 2020, 441 (451). Ähnliche Bedenken äußernd Momsen (Fn. 151), S. 185 (199 ff.).

¹⁶² Der DAV gibt in seiner Stellungnahme hierfür das Beispiel der Beschlagnahme der Dokumentation der Beratungstätigkeit einer öffentlich-rechtlich spezialisierten Sozietät für ein Unternehmen im Zusammenhang umweltrechtlicher Genehmigungsaufgaben (NZG 2020, 298 [305]).

¹⁶³ BR-Drs. 440/20, S. 132.

oder auch nach der Einleitung eines Sanktionsverfahrens außerhalb oder parallel zu einem Verteidigungsverhältnis durchgeführt wurden? Wenn man den Entwurfsverfasser beim Wort nimmt, müssten auch diese Unterlagen beschlagnahmefrei sein, da sie einem Rechtsanwalt, Steuerberater oder Wirtschaftsprüfer im Hinblick auf eine bestimmte Beratungstätigkeit (nämlich der Identifizierung möglicher verbandsinterner Verstöße) übergeben wurden.

Allerdings scheint der Gesetzgeber es doch nicht ganz so einfach gemeint zu haben, wenn er weiter ausführt: „Aufzeichnungen über Befragungen im Rahmen von verbandsinternen Untersuchungen sind daher nur vor der Beschlagnahme geschützt, wenn sie dem geschützten Vertrauensverhältnis zuzuordnen sind.“¹⁶⁴ Gibt es also doch Beratungstätigkeiten, die den Anforderungen an ein Vertrauensverhältnis nicht gerecht werden? Offensichtlich ja, denn die Begründung geht weiter wie folgt: „Allerdings hat das Unternehmen bei Sanktionsverfahren nach dem VerSanG die Rechte eines Beschuldigten, so dass die Aufzeichnung über Befragungen von Leitungspersonen der Nummer 2 unterfallen. Nicht unter Nummer 2 fiel jedoch eine Sachverhaltsaufklärung, die vor Vorliegen einer Beschuldigtenstellung stattfindet oder anderen Zielen dient, zum Beispiel der internen Compliance [...]“¹⁶⁵ Der Entwurfsverfasser bezieht also allein die Aufzeichnung über Befragungen von Leitungspersonen in sein Verständnis des Vertrauensverhältnisses ein, alle anderen Aufzeichnungen werden zur Beschlagnahme freigegeben. Damit scheint der zuallererst zitierte Satz aus der Gesetzesbegründung obsolet geworden zu sein, sodass die Regelung durchaus so verstanden werden kann, dass mit der Regelung zukünftig alle Unterlagen, die im Rahmen der internen Untersuchung hergestellt werden, einem Beschlagnahmeverbot entzogen sind.¹⁶⁶ Dieses Ergebnis würde dann nicht nur für Unterlagen aus internen Untersuchungen gelten, sondern auch für solche aus anderen Beratungsverhältnissen, denn: „Aufzeichnungen aus anderen Verfahren unterfallen ebenfalls nicht dem Beschlagnahmeschutz.“¹⁶⁷

Vor diesem Hintergrund scheint die in § 17 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG angelegte funktionale Trennung von Verteidigung und internem Untersuchungsführer¹⁶⁸ noch einmal in einem ganz besonderen Licht: Denn erst hierdurch ist ein uneingeschränkter strafprozessualer Zugriff auf alle Untersuchungs-

unterlagen gesichert.¹⁶⁹ Dass diese Regelung zu weitgehend ist und mit bewährten Grundsätzen bricht, wird besonders deutlich durch die Begründung, die der Entwurfsverfasser im Rahmen der geplanten Änderung des § 160a Abs. 5 StPO gibt: „Ein absolutes Beschlagnahmeverbot wäre nicht mit den Erfordernissen einer effektiven Strafverfolgung vereinbar. [...] Die Tätigkeit von Rechtsanwälten muss – anders als die Tätigkeit von Verteidigern – nicht in ihrer Gesamtheit und nicht absolut geschützt werden. Auch die Stellung der Rechtsanwaltschaft als Organ der Rechtspflege gebietet keinen absoluten Schutz.“¹⁷⁰ Die Vertraulichkeit der anwaltlichen Mandatsbeziehung, immerhin ein wesentlicher Pfeiler der rechtsstaatlich gesicherten Funktion des Institutes der Anwaltschaft, derart feilzubieten, bereitet intuitiv nicht nur Juristen Unwohlsein. Und zu welchem Zwecke? Um möglicherweise an Erkenntnisse zu gelangen, die sanktionsbewehrte Vorfälle in Unternehmen – wohlgemerkt: unerheblich welchen Schweregrades – offenlegen. Staatliches Einschreiten mit Maß und Vernunft sieht anders aus. Es offenbart sich an dieser Stelle – wie schon zuvor mit Blick auf die Verteidigung¹⁷¹ – ein höchst irritierendes Verständnis der Legislativorgane von der deutschen Anwaltschaft.¹⁷² Es ist zwar richtig, dass ohne eine derart weite Beschränkung des Beschlagnahmeschutzes die Möglichkeit bestünde, dass ein gutgläubiger Rechtsanwalt benutzt wird, um bestimmte Gegenstände in einem sog. „safehouse“ der Strafverfolgung zu entziehen.¹⁷³ Dass dies vereinzelt tatsächlich auch passieren würde, ist nicht auszuschließen, ist für sich genommen aber keine ausreichende Rechtfertigung, um die gesamte Anwaltschaft von vornherein mit einem Misstrauensvotum zu belegen. Denn schließlich ist der Rechtsanwalt, neben seiner Funktion als Berater und Vertreter seines Mandanten (§ 3 BRAO), auch weiterhin ein unabhängiges Organ der Rechtspflege.¹⁷⁴

Zu befürworten wäre es stattdessen, für alle Unterlagen und Ergebnisse einer internen Untersuchung ein generelles Beschlagnahmeverbot auszusprechen, unabhängig davon, ob es sich um ein Verteidigungsmandat oder ein sonstiges Mandat handelt. So sehen es auch der Münchner¹⁷⁵ sowie der Kölner Entwurf¹⁷⁶ vor. Dass nur ein umfassendes Beschlagnahmeverbot praxisgerecht ist, zeigt schließlich folgende Überlegung:¹⁷⁷ Das Aufsichtsorgan eines Verbandes ist bei Anhaltspunkten von Fehlverhalten aus gesellschaftsrechtlicher Perspektive gehalten, umfassende interne Ermittlungen

¹⁶⁴ BR-Drs. 440/20, S. 132.

¹⁶⁵ BR-Drs. 440/20, S. 132.

¹⁶⁶ So sieht es jedenfalls der DAV in seiner Stellungnahme, NZG 2020, 298 (305). Im Ergebnis gehen auch *Kainer/Feinauer*, NZA 2020, 363 (367), und *F. Rotsch/Mutschler/Grobe*, CCZ 2020, 169 (181), hiervon aus. Dagegen *Szesny/Stelten*, ZRP 2020, 130 (133 f.).

¹⁶⁷ BR-Drs. 440/20, S. 132. Dies soll insbesondere auch dann gelten, wenn der von der Beschlagnahme betroffene Verband den Berufsgeheimnisträger nicht mandatiert hat, sondern z.B. die Konzernobergesellschaft, und die Aufzeichnungen auch nicht im Vorfeld der Mandatierung erfolgt sind.

¹⁶⁸ Siehe dazu oben III. 2.

¹⁶⁹ DAV, NZG 2020, 298 (303); *Knauer*, NSTZ 2020, 441 (451); *Nienaber/Schauenburg/Wenglarczyk*, NZWiSt 2020, 223 (228).

¹⁷⁰ BR-Drs. 440/20, S. 133 f.

¹⁷¹ S.o. III. 2.

¹⁷² Mit deutlicher Kritik auch der DAV, NZG 2020, 298 (305 f.).

¹⁷³ So die Sorge des Entwurfsverfassers, BR-Drs. 440/20, S. 134.

¹⁷⁴ BR-Drs. 229/10, S. 3; BT-Drs. 17/2637, S. 6.

¹⁷⁵ § 38 S. 1 Münchner Entwurf (Fn. 19), S. 32.

¹⁷⁶ § 18 Abs. 2 Kölner Entwurf (Fn. 30), 1 (4).

¹⁷⁷ Diesen Zielkonflikt offengelegt haben bereits *Brouwer*, AG 2019, 920 (924); *Ströhmman*, ZIP 2020, 105 (111).

dahingehend anzustellen, ob mögliche Regressansprüche zugunsten des Verbandes bestehen und in einem Schadenersatzprozess geltend gemacht werden können.¹⁷⁸ Wenn diese Unterlagen aber der Beschlagnahme unterliegen, trägt das Aufsichtsorgan durch seine Untersuchung möglicherweise zu einer erheblichen Schwächung der Verteidigungsposition des Unternehmens bei, was offensichtlich nicht im Unternehmensinteresse liegt. Dass in der Konsequenz das Aufsichtsorgan angehalten sein wird, eigene Ermittlungen zunächst zu unterlassen, um dem Unternehmen unter Umständen nicht noch mehr Schaden zuzufügen, kann nicht das gewollte Ergebnis sein und stünde im Widerspruch zum erklärten Ziel des Entwurfsverfassers, die Rechtssicherheit und das Vertrauen in den Rechtsstaat zu erhöhen sowie den Ruf der deutschen Wirtschaft zu stärken.¹⁷⁹

Zu guter Letzt würde die Beschlagnahmefähigkeit von Unterlagen aus internen Untersuchungen genau das Gegenteil dessen bewirken, was der Gesetzgeber erreichen möchte. Denn ein Unternehmen wird nur dann uneingeschränkt bereit sein, unklare Sachverhalte nachhaltig und gründlich aufzuklären, wenn es dabei nicht Gefahr läuft, sich dadurch erst sein eigenes sanktionsrechtliches Grab zu schaufeln.¹⁸⁰ Vor diesem Hintergrund bleibt zu hoffen, dass der Bundestag im Laufe des weiteren Gesetzgebungsverfahrens noch einmal lenkend eingreift und eine entsprechende Regelung zur Beschlagnahmefreiheit von Unterlagen aus internen Untersuchungen neben den Neuerungen der §§ 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO, 160a Abs. 5 StPO einführt.¹⁸¹

4. Das Erfordernis ununterbrochener und uneingeschränkter Zusammenarbeit, § 17 Abs. 1 Nr. 3 VerSanG-E

§ 17 Abs. 1 Nr. 3 VerSanG-E fordert zur Erlangung des Milderungsbonus in § 18 S. 1 VerSanG-E die ununterbrochene und uneingeschränkte Zusammenarbeit des Verbandes mit den Verfolgungsbehörden. Auch diese Vorschrift ist das Ziel vielfältiger Kritik geworden: So sei mit Blick auf die engen Voraussetzungen in § 17 Abs. 1 Nr. 1, 4 und 5 VerSanG-E bereits ihre Notwendigkeit fragwürdig,¹⁸² jedenfalls forcieren sie aber unzählige weitere Unsicherheiten. So sei weiterhin

¹⁷⁸ Verstößt bspw. der Vorstand einer AG gegen seine Legaltätspflichten, macht er sich nach § 93 Abs. 2 AktG schadenersatzpflichtig, was vom Aufsichtsrat festzustellen wäre, vgl. hierzu die wegweisende ARAG/Garmenbeck-Entscheidung des BGH NJW 1997, 1926.

¹⁷⁹ BR-Drs. 440/20, S. 46, 132.

¹⁸⁰ F. Rotsch/Mutschler/Grobe, CCZ 2020, 169 (173).

¹⁸¹ Damit könnten dann zwar die Staatsanwaltschaften jegliche sonstige Anwaltskommunikation beschlagnahmen, die weder aus einem Verteidigermandat noch aus einer internen Untersuchung resultiert. Dennoch wäre in der Praxis nicht unentwegt mit Durchsuchungen in Anwaltskanzleien zu rechnen, da die Anforderungen mit Blick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz für die Staatsanwaltschaften weiter hoch sein werden, vgl. Prierer/Ritzenhoff, WiJ 2019, 166 (168).

¹⁸² So die Rechts- und Wirtschaftsausschüsse, BR-Drs. 440/1/20, S. 27.

nicht klar, ab wann genau die Pflicht zur Kooperation begründet werde.¹⁸³ Der Regierungsentwurf stellt diesbezüglich nur fest, dass eine Anzeigepflicht oder eine Verpflichtung zur sofortigen Mitteilung der Ergebnisse einer internen Untersuchung nicht besteht, es sei denn, die Verfolgungsbehörden treten im Laufe ihrer Ermittlungen selbst an den Verband heran; in diesem Fall hat eine unverzügliche Kooperation zu erfolgen.¹⁸⁴

Da der Zeitpunkt der Offenlegung für die Festlegung des Umfangs der Sanktionsmilderung von Bedeutung ist,¹⁸⁵ wäre es wünschenswert, dass der Gesetzgeber im laufenden Gesetzgebungsverfahren hierzu weitere klarstellende Erwägungen vornimmt. So sollte deutlich gemacht werden, bis wann eine Kooperation noch unverzüglich ist. Zwar führt die Entwurfsbegründung hierzu aus, dass eine Kooperation dann unverzüglich sei, wenn der Verband über sie innerhalb kurzer Frist entscheide.¹⁸⁶ Mit dieser Erläuterung wurde allerdings nur ein unbestimmter Rechtsbegriff durch eine ausfüllungsbedürftige Generalklausel ersetzt. Sinnvoll wäre es, wenn dieselben Maßstäbe, die für eine informierte Entscheidung bei der in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG verankerten Business Judgment Rule gelten, Anwendung finden würden.¹⁸⁷ Denn es muss dem Aufsichtsorgan des Verbandes möglich sein, sich zunächst einen wenigstens groben Überblick über die Berechtigung der Tatvorwürfe zu verschaffen, ohne Gefahr zu laufen, der Strafmilderung nach §§ 17, 18 VerSanG verlustig zu gehen.¹⁸⁸ Denn meistens weiß die Unternehmensleitung nicht genau, was vorgefallen ist und muss sich zunächst einen ersten Eindruck von dem Sachverhalt verschaffen, um zu prüfen, ob der Ansatz bereitwilliger Kooperation oder streitiger Verteidigung gewählt werden sollte. Dabei sollte die Auslegung der Kooperationsbedingungen zwischen Unternehmen und Strafverfolgungsbehörden nicht zu eng erfolgen, denn ansonsten würde dem Unternehmen faktisch die Wahlfreiheit genommen und es in die Kooperation gedrängt werden.¹⁸⁹

5. Der fair-trial-Grundsatz bei Mitarbeiterbefragungen, § 17 Abs. 1 Nr. 5 VerSanG-E und Plädoyer für eine Differenzierung verschiedener Arten verbandsinterner Untersuchungen

Die Bemühung, über § 17 Abs. 1 Nr. 5 VerSanG-E den fair-trial-Grundsatz bei Mitarbeiterbefragungen durch die Gewährung eines Aussageverweigerungsrechts und der Notwendigkeit einer entsprechenden Belehrung gesetzlich zu verankern,¹⁹⁰ ist im Grunde begrüßenswert. Denn die hier zweifels-

¹⁸³ Knauer, NSTZ 2020, 441 (446). Kritisch auch Brouwer, AG 2019, 920 (923); Szesny/Stelten, ZRP 2020, 130 (131); Cordes/Wagner, NZWiSt 2020, 215 (219).

¹⁸⁴ BR-Drs. 440/20, S. 95.

¹⁸⁵ BR-Drs. 440/20, S. 95.

¹⁸⁶ BR-Drs. 440/20, S. 95.

¹⁸⁷ Knauer, NSTZ 2020, 441 (446).

¹⁸⁸ BR-Drs. 440/1/20, S. 27.

¹⁸⁹ Teicke, CCZ 2019, 298 (304).

¹⁹⁰ BR-Drs. 440/20, S. 96. Teicke, CCZ 2019, 298 (303), hält die Belehrungsanforderungen dagegen für überzogen und kontraproduktiv, da die Belehrung jedenfalls bei rein infor-

ohne stattfindende Verlagerung staatlicher Aufgaben auf den Verband fordert im Mindestmaß die Einhaltung rechtsstaatlicher Standards auch gegenüber den Mitarbeitern. Gleichzeitig muss in diesem Zusammenhang aber auch der Grundsatz gelten, dass das Unternehmen für den Fall fehlender Aussagebereitschaft seiner Mitarbeiter nicht die Konsequenzen in Form des Verlustes der Milderungsmöglichkeit tragen kann. Denn wenn das Unternehmen mit der Befragung von Mitarbeitern unter Einhaltung von Belehrungspflichten schon in die Rolle der Strafverfolgungsbehörden schlüpft, dann darf die aus der Möglichkeit einer Aussageverweigerung folgende Ergebnisoffenheit der Befragung nicht zulasten des Unternehmens gehen. Zwar ist dem Entwurf aus Sicht der *Verfasserin* derzeit nicht explizit zu entnehmen, dass die Folge einer (wohl eher theoretischen) Aussageverweigerung sämtlicher Mitarbeiter stets der Verlust der Milderungsoption ist,¹⁹¹ dennoch sollte eine derartige Lesart deutlicher in die Begründung aufgenommen werden. Denn die Milderung nach § 17 VerSanG ist derzeit ausdrücklich daran geknüpft, dass der Verband tatsächlich zur Sachverhaltsaufklärung beiträgt.¹⁹² Die Möglichkeit, dass die Befragung der Mitarbeiter keinen nennenswerten Beitrag zur Sachverhaltsaufklärung leistet,¹⁹³ würde aber ebenso bestehen, wenn die Staatsanwaltschaft die Befragung selbst durchführen würde, sodass dieses Risiko nicht zum Nachteil des kooperierenden Unternehmens gereichen kann.

In diesem Zusammenhang wird die Bedeutung einer Differenzierung zwischen verschiedenen Arten von internen Untersuchungen klar, für die sich dieser Beitrag starkmachen möchte: Denn es besteht ein qualitativer Unterschied zwischen einer internen Untersuchung, die das Unternehmen in erster Linie durchführt, um gesellschaftsrechtlichen Pflichten nachzukommen,¹⁹⁴ und zwischen einer internen Untersu-

matorischen Befragungen abschreckend wirken könnte. Dies mag zwar sein, es stellt sich dann allerdings die Frage, ob dem Untersuchungsführer die Aufgabe aufgebürdet werden soll, den Übergang von informatorischer Befragung zu „Vernehmung“ selbst zu erkennen und festzulegen. Nach *Ott/Lüneborg*, NZG 2019, 1361 (1367), decke sich diese Befürchtung schon gar nicht mit den praktischen Erfahrungen.

¹⁹¹ So bereits *Knauer*, NStZ 2020, 441 (449). Dagegen der *DAV*, NZG 2020, 298 (304). *F. Rotsch/Mutschler/Grobe*, CCZ 2020, 169 (180).

¹⁹² BR-Drs. 440/20, S. 93 f.

¹⁹³ *Ott/Lüneborg*, NZG 2019, 1361 (1367), weisen in diesem Zusammenhang darauf hin, dass von dem Aussageverweigerungsrecht bislang in der Praxis nicht häufig Gebrauch gemacht wird. Es ist also davon auszugehen, dass es nur äußerst selten passieren wird, dass die Mitarbeiterbefragungen zu nahezu keinem Erkenntnisgewinn führen. A.A. *Naber/Ahrens*, CCZ 2020, 36 (37).

¹⁹⁴ In seinem Neubürger-Urteil stellte das LG München I damals fest, dass die Sorgfalts- und Leitungspflicht des Vorstands (§§ 73 Abs. 1, 93 AktG), die Überwachungspflicht des Aufsichtsrates (§ 111 AktG) bzw. die korrespondierenden Pflichten des GmbH-Geschäftsführers (§ 43 GmbHG) dazu verpflichten, Verstöße im Unternehmen *aufzuklären*, *abzu-*

suchen, die auf einer Kooperation mit den Strafverfolgungsbehörden zum Zweck der Vermeidung einer Verbandssanktionierung fußt. Insoweit wäre es sinnvoll, eine regulatorische Trennung zwischen beiden Arten interner Untersuchungen vorzunehmen, wie es beispielsweise der Münchner Entwurf vorschlägt: Während in § 33 Abs. 2 die verschiedenen Arten interner Untersuchungen vorgestellt werden,¹⁹⁵ bestimmt § 33 Abs. 3, dass lediglich für die unabhängigen und mit den Strafverfolgungsbehörden abgestimmten Untersuchungen die besonderen Regelungen der §§ 34 ff. gelten, die u.a. Stellung zu Mitarbeiterbefragungen beziehen. Auf diese Weise wird sichergestellt, dass auch nur in den Untersuchungen, in denen das Unternehmen mit staatlichen Aufgaben belastet wird, die besonders strengen rechtsstaatlichen Anforderungen in Form von Aussageverweigerungsrechten und Belehrungspflichten gelten. Für interne Untersuchungen, die in erster Linie der gesellschaftsinternen Aufklärung und möglichen Vorbereitung von Schadensersatzprozessen dienen, sind dagegen andere Regelungsmodelle denkbar, in denen dem Rechtsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer angemessen Rechnung getragen werden kann. In Betracht kämen hier z.B. klar definierte Amnestieregelungen als Verzicht auf Schadensersatzforderungen und Kündigung im Falle einer Mitwirkung, allerdings nur solange, wie kein unzulässiger Druck ausgeübt wird.¹⁹⁶ Sinnvoll könnte es freilich sein, ähnliche Freizeichnungsverabredungen auch im Rahmen einer staatsanwaltschaftlich begleiteten Untersuchung zu treffen.

Naturgemäß ist auch diese Lösung nicht frei von Fehleranfälligkeit. So ist es nicht ausgeschlossen, dass derselbe Mitarbeiter im Rahmen einer staatsanwaltschaftlich begleiteten Untersuchung von seinem Aussageverweigerungsrecht Gebrauch macht und nur in einer (früher oder später stattfindenden) unternehmensinternen Untersuchung aufgrund einer Amnestievereinbarung entsprechende Angaben tätigt. Dann wäre es dem Verband jedoch möglich (und im Zweifel auch zu raten), die auf diesem Wege erfahrenen Angaben (sei es im Rahmen einer staatsanwaltschaftlich beaufsichtigten Untersuchung oder als Teil der Unternehmensverteidigung) freiwillig herauszugeben und zum Gegenstand eines sanktionsrechtlichen Verfahrens zu machen.

stellen und *zu ahnden*, LG München NZG 2014, 345 (347); vgl. dazu auch *Fleischer*, NZG 2014, 321 (324). Allgemein zur Aufklärungspflicht der Geschäftsleitung *Ott/Lüneborg*, CCZ 2019, 71 (72).

¹⁹⁵ Rein interne Aufklärungsversuche des Unternehmens unter Zuhilfenahme der dortigen Mitarbeiter; Aufklärungsmaßnahmen unter Zuhilfenahme externer Experten; unabhängige und mit den Strafverfolgungsbehörden abgestimmte Untersuchungen.

¹⁹⁶ Ausführlicher hierzu *Knauer*, ZWH 2012, 84; *ders./Gaul*, NStZ 2013, 192; *ders./Buhlmann*, AnwBl 2010, 393; *Teicke*, CCZ 2019, 298 (303). Grundsätzlich bleibt der Mitarbeiter aber aufgrund seiner Loyalitäts- und Treuepflicht gegenüber dem Arbeitgeber zur Auskunft verpflichtet, vgl. *Mengel*, NZA 2017, 1494 (1498 f.); *Krug/Skoupil*, NJW 2017, 2374 (2375) m.w.N.

Unabhängig davon, ob der Gesetzgeber sich für eine entsprechende Änderung der bisherigen Regeln zu den internen Untersuchungen nach §§ 17 ff. VerSanG offen zeigt oder nicht, wäre es aus rechtsstaatlichen Gründen wünschenswert, dem Befragten ein Beweisverwertungsverbot, das auch im Verhältnis zu den Strafverfolgungsbehörden gilt, für den Fall zur Seite zu stellen, dass eine Belehrung nach § 55 StPO (analog) unterblieben ist.¹⁹⁷

6. Fazit: Aufruf zur Überarbeitung der Regeln zu den verbandsinternen Untersuchungen

Wie die voranstehenden Ausführungen zeigen, besteht umfassender Nachbesserungsbedarf mit Blick auf die Vorgaben zu den verbandsinternen Untersuchungen. Derzeit sind die Anforderungen an eine mit dem Milderungsbonus des § 18 S. 1 VerSanG-E belohnte interne Untersuchung für die Verbände derart hoch und unkonkret, dass es nahezu unmöglich erscheint, den Voraussetzungen überhaupt gerecht zu werden. Darüber hinaus lässt der Entwurf einen konkreten und rechts-sicheren Rahmen für Verbände vermissen, indem er keinerlei Vorgaben dazu enthält, nach welchen Maßstäben eine interne Untersuchung und die entsprechende Kooperation mit den Verfolgungsbehörden überhaupt zu erfolgen hat.¹⁹⁸ Dass den voraussetzungsreichen Anforderungen auf Tatbestandsseite noch nicht einmal eine gebundene Entscheidung auf der Rechtsfolgende gegenübersteht, tut ihr Übriges.

Es sollte in Erwägung gezogen werden, das starre Korsett zu lösen und in ein flexibleres Gewand zu schlüpfen, indem man das bereits in § 15 Abs. 3 Nr. 2 VerSanG-E vorgesehene Sanktionsbemessungskriterium weiter stärkt. Dabei sollte das Ermessen der Gerichte umso mehr gelenkt werden, je intensiver die Aufklärungsbemühungen des Verbandes sind, wobei auch eine Ermessensreduzierung auf Null in Betracht zu kommen hat. Modell kann insoweit der Münchner Entwurf stehen, dessen Vorschlag zur sinnvollen Ausdifferenzierung zwischen den unterschiedlichen Arten verbandsinterner Untersuchungen einen weiteren erwägenswerten Aspekt bereithält.

VI. Fazit zum Bearbeitungsstand und Änderungsbedarf des Gesetzes

Zwar ist mit einer umfassenden Überarbeitung des Entwurfes realistisch nicht mehr zu rechnen, dennoch bleibt zu hoffen, dass der Gesetzgeber im laufenden Gesetzgebungsverfahren noch einmal an ein paar Stellschrauben drehen wird. Dabei sollten Augenmaß und Verhältnismäßigkeit die Leitprinzipien sein, denn auch wenn die Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, die Erhöhung des Vertrauens in den Rechtsstaat und die Stärkung des Rufs der deutschen Wirtschaft legitime Ziele des Gesetzesvorhabens sind,¹⁹⁹ so sollte der Mittelstand als Rückgrat der deutschen Wirtschaft nicht über Gebühr mit Anforderungen an Compliance-Strukturen und interne Untersuchungen belastet werden. Der Schutz insbesondere kleiner und mittlerer Unternehmen (KMU) vor existenzbedrohenden Sanktionen und kostenintensiven Vorkehrungsmaßnahmen wird umso bedeutender, je umfassender verbandsinterne Verfehlungen von Mitarbeitern unabhängig von ihrem Schweregrad dem Ermittlungszwang der Strafverfolgungsbehörden ausgesetzt sind. Dies gilt nicht zuletzt mit der notwendigen Besinnung darauf, dass das gewählte Zurechnungsmodell als Begründungsansatz für Verbandssanktionen einer dogmatischen Grundsatzkritik bis heute nicht vollends standzuhalten vermag.

¹⁹⁷ Dies stellt der Münchner Entwurf (Fn. 19) explizit in § 35 Abs. 2 S. 3 klar. Für ein Beweisverwertungsverbot auch *Knauer*, NStZ 2020, 441 (447). Für ein Beweisverwertungsverbot in der Form eines Verwendungsverbotes siehe auch die Stellungnahme des DAV, NZG 2020, 298 (304), und *Nienaber/Schauenburg/Wenglarczyk*, NZWiSt 2020, 223 (229), die insoweit auf eine US-amerikanische Entscheidung (*United States vs. Conolly*, No. 16-CR-370 [CM]) Bezug nehmen, nach der ein Verwertungsverbot immer dann anzunehmen sei, wenn der Mitarbeiter Aussagen in einer internen Untersuchung getätigt habe, die insgesamt dem Staat zuzurechnen sei. Denkbar wäre alternativ auch die Einführung einer Widerspruchslösung, vgl. dazu *Moosmayer/Petrasch*, ZHR 504 (533 ff.).

¹⁹⁸ *F. Rotsch/Mutschler/Grobe*, CCZ 2020, 169 (179).

¹⁹⁹ BR-Drs. 440/20, S. 46.