

An
das Bundesministerium der Justiz
und für Verbraucherschutz

19.06.2020

Stellungnahme zum Regierungsentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz eines „Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft“

Die Wirtschaftsstrafrrechtliche Vereinigung e. V. (WisteV) bedankt sich für die Gelegenheit, zu dem Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz eines „Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft“ (Stand 21.4.2020) Stellung nehmen zu dürfen. Von dieser Möglichkeit macht WisteV hiermit Gebrauch. Dem eingeschlagenen Tempo des Gesetzgebungsverfahrens Rechnung tragend, beziehen wir uns bereits auf den Regierungsentwurf (Stand 16.6.2020).

I. Vorbemerkung

WisteV ist ein berufsübergreifender gemeinnütziger Verein. Zielsetzung und Mitgliederstruktur verbieten es, in einer Stellungnahme zu einem Gesetzgebungsvorhaben allgemeinerpolitische Präferenzen auszudrücken. In Bezug auf den vorliegenden Gesetzesentwurf enthält sich WisteV demgemäß einer Feststellung dahingehend, das Vorhaben der Einführung eines eigenen Gesetzes zur Verantwortlichkeit wirtschaftlicher Verbände zu unterstützen oder abzulehnen. Die nachfolgende Positionierung beschränkt sich auf nach Auffassung von WisteV ungeklärte Punkte, verbleibenden Abstimmungsbedarf und noch zu bedenkende Umstände.

Soweit im Folgenden namentlich genannte Personen zitiert werden, macht sich die WisteV-Stellungnahme deren Auffassungen zu eigen, ohne dass dies dahingehend verstanden werden dürfte, dass jeder der Angeführten auch individuell die Ansicht der anderen Zitierten oder des namentlich nicht gekennzeichneten Textes teilen würde.

II. Inhaltlich grundlegende Fragen

1. Rechtsnatur

Ohne vorliegend auf die in der Vergangenheit intensiv diskutierte Thematik der Zulässigkeit repressiver Verbandsverantwortlichkeit eingehen zu wollen, lässt sich feststellen, dass mit dem VerSanG ein Element geschaffen würde, das es so in der deutschen Rechtsgeschichte noch nicht gab. Diese Einschätzung gilt unabhängig von der rechtsdogmatischen Einordnung und damit der Frage, ob zwischen der Geldbuße nach dem Ordnungswidrigkeitengesetz und der Strafe i. S. d. StGB überhaupt noch Platz für eine dazwischen liegende (oder hybride) repressive Rechtsfolge ist, oder ob die weitgehende Anlehnung des VerSanG-E an das Strafrecht nicht doch dazu führt, die vorgesehene Verbandssanktion als materielles Strafrecht zu klassifizieren.

a) Materielles Strafrecht?

aa) Professor Dr. Dr. h.c. Martin Waßmer, Universität Köln, äußert sich dazu wie folgt:

§ 1 VerSanG-E spricht von der „Sanktionierung von Verbänden“, da es ausdrücklich nicht um die Einführung eines Unternehmensstrafrechts gehen soll.¹ Damit sollen offenbar die dogmatischen Vorbehalte gegenüber der Strafbarkeit juristischer Personen vermieden werden, um wie beim Kölner Entwurf die Akzeptanz aus „rechtspolitischen Gründen“² zu fördern. Allerdings ist dies ein „Etikettenschwindel“, da nicht ersichtlich ist, was die „Sanktionierung“ von der „Bestrafung“ von Verbänden unterscheiden soll.³ Der Vorwurf gegenüber dem Verband fußt auf der schuldhaften Begehung einer Straftat, entweder durch eine Leitungsperson oder – sofern Leitungspersonen angemessene Vorkehrungen unterlassen haben, was weder vorsätzlich noch fahrlässig geschehen sein muss – durch eine Nicht-Leitungsperson.⁴ Die Verbandsgeldsanktionen, die sehr hoch ausfallen können und mit Geldstrafen vergleichbar sind, sollen in einem „Sanktionsverfahren“ gemäß dem Legalitätsprinzip durch Staatsanwaltschaften angeklagt, durch Strafgerichte festgesetzt und in ein Verbandssanktionenregister eingetragen werden. Kurzum: Die Verbandssanktionen orientieren sich in jeder Hinsicht am Individualstrafrecht. Daher ist auch nicht ersichtlich, wie der „Übergang zum einem

¹ VerSanG-E, S. 2, 62.

² Henssler/Hoven/Kubiciel/Weigend, NZWiSt 2018, 1, 9.

³ Siehe auch Deutscher Anwaltverein, NZG 2020, 298: „klandestines Unternehmensstrafrecht“.

⁴ VerSanG-E, S. 79.

Unternehmensstrafrecht“⁵ aussehen soll, der in Aussicht gestellt wird, wenn die künftige Evaluierung des Gesetzes zeigt, dass die Regelungen nicht ausreichen.

bb) In vergleichbarer Weise nehmen die Rechtsanwälte Dr. Ingo Bott und Dr. Maximilian Kohlhof, Düsseldorf im Zusammenhang mit § 8 VerSanG-E Stellung:

Die Vorschrift spricht zwar nur von Verbandssanktionen, enthält aber auch klare strafrechtliche Bezüge. Zwar soll ein Unternehmensstrafrecht gerade nicht eingeführt werden.⁶ Wenn der Gesetzentwurf aber gleichwohl sagt, dass die Verbandssanktion weiter gehe als eine Geldbuße, stellt sich die Frage, was dieses „Mehr“ sein soll. Die Antwort ist so klar, wie der gesetzgeberische Versuch, sie in ihrer Deutlichkeit zu umschiffen: Gemeint (und gewollt) ist eine Unternehmensstrafe unter dogmatisch fremder Flagge. An § 8 Nr. 1 VerSanG-E zeigt sich der terminologische Spagat des Gesetzentwurfs. Anstatt von dem zu sprechen, was er faktisch erreicht (und materiell erkennbar erreichen will), ein Unternehmensstrafrecht, ignoriert der Entwurf vordergründig dogmatische und systematische Konflikte mit Straf- und Strafprozessrecht und entscheidet sich, ebenfalls nur vordergründig, für ein vermeintliches Zwischenmodell: Ein bisschen Ordnungswidrigkeitenrecht hier, ein bisschen Strafrecht dort. Das ist zwar eine salomonische Lösung, die allen Positionen gerecht zu werden versucht; sie überzeugt dogmatisch allerdings nicht.⁷

b) Veränderungen des repressiven Rechtsrahmens

Selbst unter der Annahme, dass es sich bei der Festlegung einer Verbandssanktion nicht um eine Bestrafung i. S. des grundgesetzlichen Begriffs der Strafe handelt, ändert dies nichts daran, dass es sich sowohl bei den verfahrensrechtlichen Belastungen als auch bei der Sanktionierung selbst um Eingriffe in Grundrechte handelt, die gemäß Art. 19 Abs. 3 GG auch juristischen Personen zustehen, erst recht Vereinigungen natürlicher Personen. Dies zu betonen erscheint deshalb wichtig, weil dieser Aspekt in der Begründung des Gesetzesentwurfs bestenfalls in Ansätzen Beachtung findet. Im Vordergrund steht dort vielmehr eindeutig das punitive Bestreben, Verbände in einem sehr effizienten Verfahren effektiv zu sanktionieren. Der grundrechtliche Schutz freien Wirtschaftens, Art. 2 Abs. 1 und Art. 12 GG, steht dahinter ebenso zurück wie das Eigentumsgrundrecht, Art. 14 GG, aber auch der Blick auf grundrechtsgleiche Verfahrensrechte, etwa das Bestimmtheitsgebot, Art. 103 Abs. 1 GG. Das hat zur

⁵ VerSanG-E, S. 71.

⁶ Vgl. VerSanG-E Einführung C. Alternativen Nr. 3.

⁷ Vgl. Kohlhof, Die Legitimation einer originären Verbandsstrafe, Diss. 2019; Jäger, FS Schüler-Springorum, S. 238; Schönemann, Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft, FS Roxin, S. 8.

Folge, dass Eingriffsrechte weit gefasst sind, während die konkreten Verbandspflichten eher allgemein formuliert und damit teilweise nicht ausreichend konkret festgelegt zu sein scheinen.

2. Begründungstiefe

Unbeschadet der Frage nach der dogmatischen Einordnung scheint der allgemeine Teil der Begründung des Gesetzesentwurfs angesichts der Dimension des Vorhabens auch die damit verbundenen Implikationen und Auswirkungen auf andere Gesetze nicht auszuschöpfen. Offen ist zudem, ob der dem Entwurf zugrundeliegende Denkansatz des homo oeconomicus überhaupt trägt.⁸ Friktionen mit dem Datenschutzrecht, dem Wettbewerbsregistergesetz, dem Insolvenzrecht und dem Strafrecht sind mit Händen zu greifen, ohne dass sie in der Gesetzesbegründung thematisiert würden.

a) VerSanG-E und Datenschutzrecht

Wie sollen sich Interne Ermittlungen, bei denen bereits vor dem Bekanntmachen der Ermittlungen gegenüber dem Betroffenen personenbezogene Daten erhoben werden müssen, mit den dabei ausgelösten Informationspflichten verhalten? Dabei geht es nicht allein um eine etwaige Videoüberwachung, sondern auch um die Sichtung von Mails auf dem Dienst-PC oder Laptop. Bereits das analoge Überprüfen einer von einem „Whistleblower“ (ggf. anonym) eingegangenen Mitteilung kann datenschutzrechtlich relevant sein.

b) Wirtschaftliche Folgen langer Verfahrensdauer (auch bei Falschbeschuldigung)

Wie verhält es sich im Fall von Denunziationen? Bei Ausschreibungen werden nicht selten Angaben über anhängige Ermittlungsverfahren verlangt. Bisher lässt sich die Frage verneinen, solange nicht in ein Hauptverfahren übergeleitet wurde, da eine förmliche Verfahrensbeteiligung erst dann besteht. Zukünftig genügt eine plausible Anzeige, der die Staatsanwaltschaft und ggf. das Unternehmen mittels Interner Ermittlungen nachgehen muss, um das Unternehmen sogleich von diesen Ausschreibungen auszuschließen. Jeder auf Fahrlässigkeit beruhende Arbeitsunfall, der eine geringfügige Körperverletzung zur Folge hat, kann sich dadurch als Marktsperre auswirken – selbst wenn die Ermittlungen später eingestellt werden. Im Fall von Vermögensdelikten, noch dazu mit Auslandsbezug,

⁸ Dazu Lawall/Weitzel, NZWiSt 2020, 209, 211 – 213, die tiefgehende Fragen stellen, die sie allerdings leider nur pauschal bejahend beantworten.

dauern überdies bereits Interne Ermittlungen Monate bis Jahre, und bedürfen anschließend der Überprüfung der (ohnehin jetzt schon überlasteten) Staatsanwaltschaften. Allein die Verfahrensdauer könnte auf diese Weise zum Marktaustritt zwingen: So bekommt schon das Verfahren an sich die Wirkung einer Strafe. Lässt sich dies verantworten? Bedarf es rechtlicher Absicherung gegen derartige unerwünschte Nebenfolgen? Was käme als wirksame Maßnahme in Betracht? Ein Recht auf Verschweigen? Ggf. ausgeweitet zu einem Recht zur Lüge ? Ein zivilrechtliches Verwertungsverbot, solange nicht das Hauptverfahren eröffnet ist? Wie ist es zu handhaben, wenn sich die ungeklärte Situation mit dem subjektiven Verfahren gegen natürliche Personen über Jahre hinzieht?

c) **Registereintragung aktueller Verbandsverantwortlicher**

Und was geschieht im Anschluss an eine Sanktionierung? Ist das Unternehmen schon ab einer Sanktion von 300 Euro „gebrandmarkt“? Eventuell sogar auch bei einer Einstellung gemäß dem Opportunitätsprinzip, §§ 35 – 38 VerSanG-E? Welches größere Unternehmen ist dann bei 15.000 (erwarteten) Verfahren p.a. nicht (schein-)kriminell? Wer will noch Geschäftsführer werden, wenn er im Verbandssanktionenregister eingetragen wird, obwohl die Verbandstat vor seiner Zeit unter Verantwortung seines Vorgängers begangen wurde, § 55 Abs. 1 Nr. 1 lit. f VerSanG-E ?⁹

d) **Interessengegensätze zwischen Verband und Verbandsangehörigen**

Was wird im Arbeitsrecht aus dem Informationsinteresse des Arbeitgebers? Wie soll ein Schweigerecht des Arbeitnehmers vereinbar sein mit den Notwendigkeiten von kapitalmarktrechtlich gebotenen ad-hoc-Mitteilungen? Müssen eilige, weil zum Schutz von Leib oder Leben erforderliche lebensmittelrechtliche oder sonstige sicherheitsrelevante, z.B. in der Autoindustrie gebotene Rückrufaktionen verschoben werden, bis sich die betroffenen Arbeitnehmer mit ihrem Anwalt beraten haben? Und was ist, wenn dieser zum Schweigen rät?

e) **Verwertung von Angaben in nicht-strafrechtlich induzierten Internen Ermittlungen?**

Wie soll mit Erhebungen umgegangen werden, die nicht aufgrund von Straftatverdacht eingeleitet wurden? Tritt dann mangels Belehrung keine förmliche Sanktionsmilderung ein? Müssen neuerliche Interne Ermittlung unter Verwendungsverbot der materieller Verteidigungsunterlagen stattfinden, also sowohl der bereits getätigten Angaben und Unterlagen der Zeugen als auch der Kommunikation

⁹ Dazu Cordes/Wagner, NZWiSt 2020, 215, 220.

zwischen dem Verband und seinem Verteidiger, obwohl sie nur in seinem Besitz beschlagnahmefrei wäre? Diesen Fragen gehen die Rechtsanwälte Dr. Rosinus und Vogel (unten III 6 a cc und k cc) näher nach.

f) VerSanG-E und EU-Restrukturierungsrichtlinie

Wie vereinbar sind die Rechtsnachfolgeregelungen der §§ 6 und 7 VerSanG-E mit der Restrukturierungsrichtlinie der EU¹⁰? Würde es genügen, anstatt der bloßen Möglichkeit, gem. § 39 VerSanG-E im Insolvenzfall auf eine Verbandsstrafe zu verzichten, das Einstellen des Verfahrens und der Vollstreckung aus einem etwa bereits ergangenen Urteil zwingend anzuordnen?

g) Insolvenzantrag im Vollstreckungsstadium

Was nutzt der Verzicht auf die Auflösung als Verbandssanktion, wenn der Rechtspfleger im Vollstreckungsstadium bei Uneinbringlichkeit der Geldsanktion ohne jede Abwägungsmöglichkeit Insolvenzantrag stellen muss? Und zuvor ein Vermögensarrest in voller Höhe der erstinstanzlich ausgeurteilten Geldsanktion ergehen darf, in dessen Vollziehung dem Verband allein das betriebsnotwendige Schonvermögen zur (eben deswegen ebenfalls nicht mehr) freien Verfügung überlassen bleiben muss (dazu näher unten III 32 a cc)?

h) Wertungswidersprüche zwischen VerSanG-E und StGB/StPO

Einzelne Argumentationsstränge setzen sich in deutlichen, aber ersichtlich unbemerkten Gegensatz zu strafprozessualen Grundsätzen:

(1) Aufgrund des Publizitätseffekts einer Hauptverhandlung entlaste ihr Unterbleiben die Unternehmen (S. 97, s.a. S. 103). Das trifft zweifellos zu. Wie verhält sich diese Erkenntnis jedoch mit dem Öffentlichkeitsprinzip (sanktions- wie strafrechtlicher) Hauptverhandlungen? Besteht die Konsequenz daraus in der Abschaffung der Öffentlichkeit? Was bliebe dann von ihrer (historischen) Schutzfunktion?

(2) Was ist von der regierungsamtlichen Einschätzung zu halten, Beweisverwertungsverbote schützten nur eingeschränkt, S. 102? Warum soll das nur für das Verbandsverfahren so sein, nicht aber im Strafprozess? Sollten sie nutzlos sein, so erwiesen sie sich als bloßes „window-dressing“. Reichten sie

¹⁰ Dazu Köllner, NZI 2020, 60, 62 f.; Nienaber/Schauenburg/Wenglarczyk, NZWiSt 2020, 223, 226

nicht aus, müsste über wirksamere Schutzmechanismen nachgedacht werden.

(3) Dem aussagenden Zeugen ein Widerspruchsrecht nach dem Vorbild von § 97 Abs. 1 S. 3 InsO einzuräumen, sei mit dem Gebot effektiver Strafverfolgung unvereinbar. Warum gibt es dann aber diese Regelung in der InsO? Müsste sie nicht in einem Atemzug beseitigt werden? Oder trifft das Argument nicht zu?

(4) Die Widerspruchslösung böte dem Zeugen Potential, den Verband zu erpressen. Gilt das nicht erst recht für das uneingeschränkte Recht zu schweigen?

(5) Das gesamte Recht der Zeugenpflicht wird durch die Behauptung ins Wanken gebracht, erzwungenen Aussagen käme nur ein geringer Beweiswert zu (S. 101): Wozu muss dann ein Zeuge in gerichtlichen Verfahren (und vor der Staatsanwaltschaft) aussagen? Müssten nicht die Pflichten zum Erscheinen und Aussagen ebenso abgeschafft werden wie die Zwangsmittel (Vorführung, Ordnungsgeld bis hin zur Zwangshaft)? Wie legitim sind nun noch die Aussagedelikte der §§ 153 – 162 StGB?

(6) Einem gesetzlichen Vertreter (warum eigentlich nicht allen Leitungspersonen und sonstigen Dritten, deren Verhalten als Verbandstat angesehen werden kann?) billigt der Entwurf ein Recht zu Schweigen bzw. die Aussage zu verweigern, zu, gem., § 33 VerSanG-E. Da allerdings der Anreiz zu kooperativem Verhalten des Verbandes überaus hoch ausfällt, wird dies in den meisten Fällen zur Folge haben, dass alle Angaben auch des gesetzlichen Vertreters Eingang in die Internen Untersuchungen finden und damit den Ermittlungsbehörden zur Verfügung stehen. Was nutzt dem Organ da noch das Schweige- bzw. Aussageverweigerungsrecht?

(7) Als Auflagen gemäß § 12 und § 36 VerSanG-E sind lediglich Wiedergutmachungs- und Zahlungen an die Staatskasse, nicht aber an gemeinnützige Einrichtungen vorgesehen. Zur Begründung verweist der Entwurf auf mangelnde Transparenz (S. 89 und 116). Es wird allerdings nicht deutlich, warum es auch weiterhin zulässig sein soll, Geldleistungen nach § 153a StPO gemeinnützigen Einrichtungen zuzuweisen: der geringeren Höhe wegen?

(8) Im Grenzbereich zwischen materiellem und Verfahrensrecht bewegt sich die strafzumessungsrechtliche Bestimmung des § 18 VerSanG-E, die mit der Halbierung des Strafrahmens (und dem Entfallen öffentlicher Bekanntmachung) eine über das allgemeine Strafrecht hinausgehende Milderungsmöglichkeit vorsieht (dazu näher unten III 9 I).

i) Bedarf für ein eigenständiges VerSanG?

Die Begründung des Gesetzesentwurfs enthält kein Wort zu all diesen Bezügen. Die Notwendigkeit, ein eigenes Gesetz zur Sanktionierung von Verbänden einzuführen, erscheint anhand dieser Art und Weise der Nicht-Argumentation nicht plausibel. Hinweise auf Vorgaben der Europäischen Union können eine inhaltliche Begründung schon deshalb nicht ersetzen, weil nicht ersichtlich ist, dass die bisherigen Handlungsmöglichkeiten nach dem Ordnungswidrigkeitengesetz als ineffektiv oder unwirksam i. S. der unionsrechtlichen Anforderungen angesehen werden könnten. So wird etwa nicht hinreichend deutlich, warum eine etwaige Fortentwicklung des Ordnungswidrigkeitengesetzes nicht ausreichen würde. Gleiches gilt für die Hinweise in der Begründung auf die internationale Üblichkeit eigenständiger Verantwortlichkeit von Verbänden. Angesichts der schon bestehenden gesetzlichen Möglichkeiten steht die Bundesrepublik Deutschland bereits jetzt nicht außerhalb dieser Tradition.

j) Punitiver Charakter

Nach Einschätzung von WisteV folgt der vorliegende Gesetzesentwurf zum einen den Vorgaben im Koalitionsvertrag und ist zum anderen von im wesentlichen utilitaristischen Effizienzüberlegungen geprägt. Es verstärkt sich der Eindruck, dass hier möglichst schnell und unter Delegation des allgemeinen (z.B. Dokumentations-)Aufwands auf sämtliche (legal wie rechtswidrig) agierenden wirtschaftlichen Entitäten und der speziellen Ermittlungserfordernisse auf die (jeweils: potenziell) betroffenen Verbände zu einer effektiven (und drastischen) Sanktionierung gelangt werden sollte. Die Interessen der Verbände, gerade auch der legal agierenden, und auch die Auswirkungen auf die in verschiedenen Funktionen beteiligten, natürlichen Personen werden dabei vernachlässigt.

k) Kein Spiegel der Fachdiskussion

Bereits im Vorfeld des Referentenentwurfs fand eine durchaus intensive Diskussion sowohl im Hinblick auf Möglichkeiten und Notwendigkeiten einer Verbandssanktionierung als auch in Bezug auf einen etwaigen Regelungsbedarf betreffend Interne Ermittlungen statt. Es ist zwar sicherlich nicht Aufgabe einer Gesetzesbegründung, sich mit sämtlichen Einzelheiten der fachspezifischen Argumente auseinanderzusetzen. Gleichwohl hätte der Allgemeine Teil der Begründung deutlich an Überzeugungskraft gewonnen, wären Ansatz und Einzelregelungen des Gesetzentwurfs in Auseinandersetzung mit Alternativvorschlägen unter Darlegung der Vor- und Nachteile entwickelt

worden.

So verständlich es ist, dass die Gesetzesbegründung die Unterschiede zwischen dem früheren nordrhein-westfälischen Entwurf für ein Verbandsstrafrecht, den Frankfurter Thesen, dem Kölner und dem Münchner Entwurf für ein Verbandssanktionengesetz nicht detailliert darlegt, so fällt doch auf, dass der gewählte innovative Ansatz mit einer Begründung kontrastiert, die der vorgesehenen tiefgreifenden Veränderung des bisherigen repressiven deutschen Rechtsregimes kaum ausreichend Rechnung trägt.

l) Adressatenkreis

Die Auswirkungen dessen sind keineswegs nur theoretischer Natur. Es wird nicht deutlich, welche Idee hinter dem VerSanG-E steht. Im inoffiziell bekannt gewordenen Vorentwurf vom 15.8.2019 war noch vorgesehen, alle Verbände zu erfassen. Nunmehr erfolgt eine Beschränkung auf wirtschaftlich tätige Verbände. Die dahinterstehenden Gründe werden allerdings nur rudimentär offengelegt.

Zu diesem Aspekt bemerkt Prof. Dr. Dr. hc. Waßmer:

Die Begrenzung des Regelungsbereichs auf Verbände, deren Zweck auf einen „wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb“ gerichtet ist, ist einerseits zu eng, andererseits zu weit. Zu eng ist der Regelungsbereich, da – wie die erste Fassung des Referentenentwurfes¹¹ noch anführte – auch nicht rechtsfähige Vereine „selbst bei ideeller Tätigkeit häufig bedeutende wirtschaftliche Tätigkeiten entfalten“ können. Idealvereine dürfen wirtschaftlich tätig werden, sofern es sich „lediglich um eine untergeordnete, den idealen Hauptzwecken des Vereins dienende wirtschaftliche Betätigung im Rahmen des sogenannten Nebenzweckprivilegs handelt.“¹² Daher können z.B. Bundesligavereine, die als Idealvereine verfasst sind und über eine (umsatz- und erlösstarke) „Lizenzspielerabteilung“ verfügen, das Nebenzweckprivileg in Anspruch nehmen.¹³ Außerdem kann ein Idealverein seinen Status wahren, indem er einen nach Art und Umfang über einen Nebenzweck hinausgehenden Geschäftsbetrieb in einen eigenständigen Zweckbetrieb auslagert, und zwar selbst dann, wenn er diesen Zweckbetrieb beherrscht.¹⁴ Sachgerechter erscheint es, alle Idealvereine einzubeziehen, bei denen die wirtschaftliche Betätigung einen bedeutenden Umfang hat. Hierfür könnte auf einen Schwellenwert abgestellt werden.

¹¹ BMJV, VerSanG-RefE in der Fassung vom 15.8.2019, S. 72.

¹² BGH NJW 1983, 569, 570 – ADAC.

¹³ Leuschner, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2018, §§ 21,22 BGB Rn. 76 ff.

¹⁴ BGH NJW 1983, 569.

Zu weit ist der Regelungsbereich des VerSanG, da alle kleinen Unternehmen einbezogen werden. Bei diesen Unternehmen fallen die Kosten für Compliance vergleichsweise hoch aus, wodurch Wettbewerbsverzerrungen drohen.¹⁵ Kleine Unternehmen sind häufig von persönlicher Bekanntheit und langjähriger Verbundenheit geprägt, so dass die Integration komplexer und kostenintensiver Compliance-Strukturen und die Durchführung kostspieliger interner Untersuchungen nicht sachgerecht erscheinen.¹⁶ Damit werden kleine Unternehmen die nach dem VerSanG möglichen Sanktionsmilderungen kaum in Anspruch nehmen können. Im Übrigen ist unklar, warum auch bei kleinen Unternehmen ein zwingendes Bedürfnis für die Verschärfung des geltenden Rechts besteht, soll doch das VerSanG vor allem deshalb eingeführt werden, um große Unternehmen und multinationale Konzerne¹⁷ angemessen sanktionieren zu können.

In diesem Zusammenhang wäre es wünschenswert, wenn die Begründung des Gesetzesentwurfs auf den alternativen Ansatz des Münchener Entwurfs zum Verbandssanktionengesetz näher eingegangen wäre, der zwar ebenfalls eine Beschränkung auf wirtschaftlich aktive Verbände vorsieht, Verbandssanktionen aber zusätzlich vom Erreichen bestimmter Schwellenwerte abhängig macht.

m) Zurechnungsmodell

aa) Der Gesetzesentwurf folgt dem sog. Zurechnungsmodell. Dies ist ein aus anderen Rechtsordnungen durchaus bekannter Ansatz. Das ändert jedoch nichts daran, dass Gründe und etwaige Notwendigkeiten der konkret gewählten Zurechnung dargelegt und gegen unterbliebene Zurechnungsaspekte abgegrenzt werden müssen. *Jahn/Schmitt-Leonardy¹⁸* haben darauf hingewiesen, dass das Grundprinzip der Zurechnung im VerSanG-E wesentlich von der Art der Zurechnung im Strafrecht abweicht. Die strafrechtliche Diskussion rankt sich um die Frage, inwieweit Folgen eigener Handlungen dem Individuum zugerechnet werden können. Dem entgegen ist der Entwurf des VerSanG von dem Bestreben gekennzeichnet, das Verhalten von Individuen dem Verband zuzurechnen, ihn folglich für fremdes Verschulden einstehen zu lassen.

bb) Diese Art der Zurechnung soll auf zwei verschiedenen Wegen möglich sein: Strafrechtlich relevante Verfehlungen von nicht zu den Leitungspersonen gehörenden Individuen sollen dem Verband zugerechnet werden, falls die Tat durch angemessene Vorkehrungen vermieden oder wesentlich

¹⁵ Saliger/Tsambikakis, BB 40/2019, I.

¹⁶ Köllner/Mück, NZI 2018, 311, 314 f.

¹⁷ VerSanG-E, S. 57.

¹⁸ Forum der Süddeutschen Zeitung vom 26.4.2020.

erschwert worden wäre. Der Regierungsentwurf stellte dabei allein auf objektive Umstände ab. Ein Verschulden von Leitungspersonen soll als Voraussetzung nicht erforderlich sein. Darin liegt eine erhebliche Abweichung vom bisherigen Zusammenspiel zwischen den §§ 130 und 30 OWiG. Diese Verschärfung wird in der Gesetzesbegründung nicht nur nicht näher thematisiert, sondern im Zusammenwirken mit dem vorgesehenen Verfolgungszwang noch deutlich verstärkt.

n) Dichte des Regelungsnetzes

Dabei scheint ein Aspekt aus dem Blick zu geraten, der aus der Diskussion um die Reichweite von Compliance-Maßnahmen und der Verantwortlichkeit für Verletzungen von Compliance Anforderungen bekannt ist: Je enger das Netz an Vorgaben geknüpft ist, d. h. je stärker die Spielräume eingeeengt sind, anders formuliert, je bürokratischer ein Unternehmen organisiert ist, desto größer ist die Gefahr der Verletzung irgendeiner Pflicht. Dieser Effekt ist für sich schon dramatisch genug. Rechtlich höchst bedenklich ist daran, dass die strafrechtliche Relevanz nicht mehr normativ vorgegeben wird, sondern von der Mentalität der Unternehmensträger abhängt. Der demokratische Gesetzgeber bestimmt nicht mehr selbst über die Strafbarkeit, sondern gibt lediglich das „Stichwort“, unter das sie zu fassen ist. Mit welchen Maßstäben es dann jeweils ausgefüllt wird, soll den Ebenen unterhalb des Gesetzgebers bis hin zu privaten Stellen überlassen bleiben.

Selbstverständlich ist es nicht möglich, dass der Gesetzgeber sämtliche in der Praxis vorkommenden Varianten im Einzelnen bedenkt und die Lösung selbst vorgibt. Es ist durchaus verfassungsgemäß, z.B. die *Pflichtwidrigkeit* i. S. v. § 266 StGB situationsabhängig zu konkretisieren und dabei auch privatautonome Vorgaben zu berücksichtigen. Die Grenze hier wie auch bei Compliance-Vorgaben besteht allerdings darin, dass die normative Vorgabe exklusive Aufgabe des Gesetzgebers ist und dieser zu bestimmen hat, welchen Grad eine Verletzung erreicht haben muss, um daran eine repressive Folge anzuschließen, sei es eine Strafe, sei es eine Verbandssanktion. Privatautonom gesetzte *weitergehende* Sorgfaltsanforderungen mögen zu zivilrechtlichen Folgen wie Kündigung oder Schadensersatzpflicht führen, können und dürfen von Verfassung wegen jedoch nicht strafbarkeitsbegründend wirken.

Deshalb ist es bereits in objektiver Hinsicht erforderlich, dass der Gesetzgeber selbst definiert, welche Verstöße gegen Compliance-Pflichten geeignet sind, strafrechtliche Folgen auszulösen. Anderenfalls käme es im Ergebnis auf einem repressiven Sektor zu einer reinen Erfolgshaftung, weil es *immer* möglich ist, für das im Gesetzesentwurf vorgesehene Anknüpfen an die Vermeidbarkeit, ja noch deutlicher, an die bloße Erschwernis, ein noch engeres und deshalb auch das real vorgekommene

Geschehen vermeidendes Netz an einzuhaltenden Vorgaben, Kontrollen und Überwachungsmaßnahmen nebst zivilrechtlicher Sanktionierung zu erdenken. Darin läge eine entgrenzte Verantwortung allein für sämtliche eingetretenen negativen Folgen ungeachtet ihrer praktischen Vermeidbarkeit. Dass eine solche Gestaltung das Sanktionsverfahren erleichtert und zügig zu einer Ahndung führt, worauf Staatsanwalt Florian Schmid, LL.M. Lübeck, zutreffend aufmerksam gemacht hat, ist sicher richtig, beantwortet aber nicht die Frage nach einem angemessenen und vor allem praxistauglichen Maßstab menschlicher Verantwortung. Der Haftungsmaßstab wird vom Entwurf noch dadurch verschärft, dass er nur die schuldhafte Begehung der Verbandstat (vorsätzlich oder fahrlässig), nicht aber auch des Compliance-Verstoßes verlangt.

Eine derartige Erfolgshaftung gab es in früheren Zeiten der deutschen Rechtsgeschichte und wohl auch heute noch in einigen nicht demokratischen Staaten. Strafrechtliche Verantwortung für bloßes Pech kennt allerdings das aktuelle deutsche Repressionsrecht nicht.

o) Repressive Haftung für lediglich objektive Rechtsverstöße

Für den zweiten Pfad zur Verbandsverantwortlichkeit ist nicht einmal mehr ein auch nur irgendwie dem Verband zur Last gelegtes Geschehen konstitutiv. Alternativ ist nämlich vorgesehen, dass dem Verband nicht nur jede Straftat zugerechnet wird, bei der durch das Handeln einer Leitungsperson eine Verbandspflicht verletzt wird, sondern auch jede andere Verbandstat, wenn dadurch nur der Verband bereichert wurde oder bereichert werden sollte¹⁹. Diese Alternativität führte dazu, dass auch Exzesstaten einer Leitungsperson ohne Verletzung von Verbandspflichten zur Verbandsverantwortlichkeit führen können. Dem Verband würde also das bloße Handeln der Leitungsperson schon dann zugerechnet, wenn es sich für ihn nur als lukrativ erwies bzw. sogar dann, wenn nur vorgesehen war, dass die Handlung dem Verband wirtschaftlich zu Gute kommen sollte. Auch darin liegt eine reine, dem bisherigen deutschen Repressionsrecht fremde Erfolgszurechnung.

p) VerSanG-E und Vermögensabschöpfung

Die Gesetzesbegründung sollte auch die Notwendigkeit der Einführung eines Verbandssanktionengesetzes plausibel machen. Im Jahr 2017 wurde das Recht der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung grundlegend neu geregelt und führte sehr schnell zu auch betragsmäßig sehr hohen Einziehungsentscheidungen. Damit verfügt bereits das geltende Recht über ein effektives

¹⁹ Bedenken dagegen bei Rübenstahl, ZWH 2019, 233, 236 f.

Instrumentarium, Taterträge auch bei einem Unternehmen als Drittem (§ 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB) abzuschöpfen: Straftaten Untergebener lohnen sich demnach bereits heute auch für den Verband nicht. Es erscheint deshalb begründungsbedürftig, warum den Verband selbst zusätzlich sanktioniert werden soll, obwohl ihm keinerlei rechtlich relevantes Versagen zur Last liegt und er die Erträge aus rechtswidrigen Taten nicht behält.

q) Auseinanderfallen von Betroffenen wirtschaftlicher Folgen und fehlerhaft Handelnder

Begründungsbedürftig wäre zudem, weshalb nach der Konzeption des Entwurfs die neu einzuführenden wirtschaftlichen Repressionsfolgen nicht die eigentlichen Verursacher treffen, sondern die davon unabhängigen oder nur zufällig personengleichen Unternehmensträger. In verwaltungsrechtliche Kategorien eingeordnet, handelt es sich bei diesen zwar um Zweckveranlasser. Diese sind jedoch nur als Zustandsstörer und damit unter sehr engen Voraussetzungen polizeipflichtig und haften zudem lediglich nachrangig gegenüber einem Handlungsstörer. Warum nunmehr die gegenüber der Polizeipflichtigkeit viel schärfere Verbandssanktion gleichberechtigt neben die Strafbarkeit der natürlichen Person treten und damit den Verband unter leichteren Voraussetzungen als das Polizeirecht in die Haftung nehmen können soll, ist keineswegs selbstverständlich, wird aber im erläuternden Teil des Gesetzentwurfs nicht einmal thematisiert. Die Rechtsanwälte Dr. Ingo Bott und Dr. Maximilian Kohlhof, Düsseldorf, wählen insoweit eine drastische Formulierung: *Die Sanktionsschärfe steigt, ein tatsächliche Verantwortlichkeiten berücksichtigendes Regulativ fehlt.*

r) Organisierte Verantwortungslosigkeit

Dieser Blick auf das Polizeirecht verweist auch auf den das Bedürfnis nach einer Sanktionierung des Verbandes selbst begründenden kriminologischen Kern einer potenziellen repressiven Verbandsverantwortlichkeit hin: In einer arbeitsteiligen Wirtschaft, in der Zuständigkeiten parzelliert sind, müssen die einzelnen handelnden Personen nicht notwendig über das Gesamtwissen der Geschehensabläufe verfügen. Es ist geradezu systemimmanent, dass jeder Beteiligte sich auf seinen Part konzentriert. Selbst wenn sich sein Wissen nicht auf seinen Zuständigkeitsbereich beschränkt, ist es deswegen sehr schwer, über den Taterfolg hinaus überhaupt eine tatbestandlich-rechtswidrige Handlung zu erkennen und Einzelnen eine zumindest irgendwie repressionsrelevante Beteiligung (z. B. Teilnahme, § 27 StGB) daran nachzuweisen. Dieser Effekt kommt sehr anschaulich im Schlagwort von der *organisierten Verantwortungslosigkeit* zum Ausdruck.

Dort, wo es aufgrund der Arbeitsteilung und der Organisation im Übrigen nicht möglich ist, natürliche

Personen für strafrechtlich relevante Folgen verantwortlich zu machen, wächst das Bedürfnis, auf den Verband selbst zugreifen zu können. Das findet seinen Grund darin, dass erst das Zusammentreffen mehrerer, vielleicht nur kleiner Ursachen die strafbedürftigen Folgen auslöst. Ob und in welchen Fällen allein das Agieren im Verband als solches oder erst eine vorwerfbar fehlerhafte Organisation Anknüpfungspunkt für Repressionsmaßnahmen gegen den Verband sein darf und soll, kann vorliegend dahinstehen, denn die Begründung des Gesetzesentwurfs blendet diesen kriminologischen Ausgangspunkt insgesamt aus, stellt demnach nicht die Frage, ob eine Konzentration auf diesen Aspekt zielführend wäre und ausreichen würde, und beantwortet sie demgemäß auch nicht.

Zu welchem Ergebnis man für jeden einzelnen Aspekt kommt, ist erst dann bedeutsam, wenn er diskutiert wird. Dass diese einschlägigen Themen, die im Vorfeld nicht nur in der einschlägigen Fachöffentlichkeit diskutiert wurden, in der Begründung des Gesetzesentwurfs ausgeblendet wurden, verwundert und wird der Bedeutung der mit einem Verbandssanktion im Gesetz verbundenen innovativen Weiterentwicklung der Rechtsordnung nicht gerecht.

s) Fehlende Kollisionsregeln

Die Auswirkungen des Gesetzes auf die jeweils Betroffenen werden in der Gesetzesbegründung eher pauschal angesprochen. Betont wird die Schutzwirkung der Wettbewerber vor solchen Unternehmen, die skrupellos Gesetze zum eigenen Vorteil brechen. Es wäre jedoch auch geboten gewesen, die allgemeinen Folgen für die Wirtschaft näher zu bedenken. Der bloße Hinweis darauf, dass legal wirtschaftende Unternehmen keine zusätzlichen Belastungen zu fürchten hätten, erscheint unterkomplex. Angesichts nicht nur einer Vielzahl von gesetzlichen und untergesetzlichen Vorschriften, sondern auch aufgrund des Fehlens einer „Gesetzesverkehrsordnung“, also einer Regelung für die Fälle des Zusammentreffens verschiedener Bestimmungen, auf deren Notwendigkeit bereits der frühere Präsident des Bundesverfassungsgerichts Hassemer hingewiesen hat, wird es für Unternehmen quasi unmöglich, sich ausnahmslos gesetzestreu zu verhalten. Das gilt insbesondere dort, wo bereits fahrlässiges Handeln repressiv geahndet werden kann. Vorsorge dagegen und gegen die Zurechnung zum Verband ist aufwendig und nur dann wirksam möglich, wenn umfassend und dementsprechend kostenintensiv dokumentiert wird.

Für die Gesetzesunterworfenen bedeutet das unter Geltung eines Verbandssanktionengesetzes, dass Verbandsverfahren zum alltäglichen Begleiter werden. Je größer das Unternehmen ist, desto weniger vermeidbar erscheint es, dass an irgendeiner Stelle von irgendeinem für den Verband Tätigen irgendein strafrechtlich geschütztes Rechtsgut gefährdet oder gar verletzt wird. Da jedoch nicht sicher

vorhergesagt werden kann, an welcher Stelle dies der Fall sein wird und die rechtlichen Gefahren an jeder Stelle im Unternehmen lauern, wird das Verbandssanktionengesetz jedes Unternehmen dazu zwingen, ein detailliertes Compliance-System zu initiieren, in dem sämtliche mit der eigenen wirtschaftlichen Tätigkeit verbundenen strafrechtlichen Risiken zu identifizieren sind, und in dem festgelegt wird, wie ihrer Realisierung vorzubeugen ist. Dazu gehören nicht nur Handlungsanweisungen, sondern sowohl Wirksamkeitskontrollen als auch die Überwachung der Einhaltung des Festgelegten. Damit zieht zwangsläufig ein Sorgfaltsgrad in das Wirtschaftsleben ein, der demjenigen hoheitlichen Handelns entspricht (von Ministerien bis zu kommunalen Ämtern) und Unternehmen müssen nach Gesichtspunkten organisiert werden, die ihren Gegenstand und auch die kaufmännischen Notwendigkeiten überlagern. Umständlichkeit, Vorsicht und Langsamkeit sind aber gerade keine angemessenen Anforderungen an dynamisches Handeln im Wettbewerb stehender Unternehmen.

Derartige Pflichten kann der Staat trotzdem wollen und den Unternehmen (wie seinerzeit in der DDR) auferlegen. Dies zu kritisieren oder zu unterstützen ist hier nicht der passende Ort. Hervorzuheben ist jedoch, dass diese Folgen für sämtliche Unternehmen, also auch für alle diejenigen, die ohnehin peinlichst darauf achten, sich an die Regeln zu halten, eintreten werden. Es ist deshalb zwingend erforderlich, dass man diese sicher absehbaren Auswirkungen im Gesetzgebungsverfahren und damit auch in der Begründung des Gesetzesentwurfs bewusst hervorhebt, um eine rationale Diskussion über die Gesetzesfolgen führen zu können.

t) Belastung der Justiz

Auch die Folgen der Einführung eines Verbandssanktionengesetzes für die Justiz werden in dem Entwurf vernachlässigt. Staatsanwalt Schmid, LL.M., Lübeck, der für seine Behörde mit ca. 500 Verbandsverfahren pro Jahr rechnet, drückt dies wie folgt aus:

Sofern das Gesetz in der vorgelegten Form in Kraft treten sollte, dürfte auf die Staatsanwaltschaften und Gerichte ein nicht unerheblicher Mehraufwand zukommen. Die in vielen Fällen zu erwartende Komplexität der Verfahren, die sich auch in der im Gesetzentwurf vorgesehenen zwingenden Zuweisung zu Schöffengericht oder Kammer widerspiegelt (§ 25 Satz 2 und §§ 74 Absatz 1 Satz 3, 74g GVG-E), wird zu einer deutlichen Mehrbelastung führen. Hinzu kommt auch die neue Befassung mit der Thematik „Compliance,“ die zu Rechtsunsicherheiten führen wird.

III. Zu einzelnen Regelungen und Regelungskomplexen

1. § 2 VerSanG-E

Mit den verschiedenen Regelungen in § 2 VerSanG-E beschäftigte sich Prof. Dr. Dr. h.c. Waßmer und äußert sich dazu wie folgt:

a) Zu § 2 Abs. 1 VerSanG-E

Wenig sachgerecht ist die Einbeziehung aller juristischen Personen des öffentlichen Rechts in den Anwendungsbereich durch § 2 Abs. 1 Nr. 1 VerSanG-E. Die Verhängung von Verbandsgeldsanktionen gegen Körperschaften des öffentlichen Rechts (z.B. Universitäten, Gemeinden), öffentlich-rechtliche Anstalten (z.B. Rundfunkanstalten) oder Stiftungen (z.B. Stiftung Preußischer Kulturbesitz), die im Wesentlichen durch staatliche Gelder finanziert werden, macht wenig Sinn, da sich der Staat damit faktisch selbst sanktioniert und im Wesentlichen nur Umverteilungen bewirkt werden.²⁰ Wesentlich effektiver dürften disziplinarische und strafrechtliche Sanktionen gegen die tätigen Individuen sowie öffentlich-rechtliche Aufsichtsmaßnahmen sein.²¹ Der vorgesehene Ausschluss von Verbandstaten, die in Vornahme hoheitlichen Handelns begangen werden, geht nicht weit genug, da hierdurch nur ein geringer Teil der staatlichen Betätigung ausgeschlossen wird.²² Gerade die Leistungsverwaltung, Daseinsvorsorge, Beschaffung und fiskalische Hilfstätigkeiten verbleiben im Anwendungsbereich des Verbandssanktionenrechts, obwohl insoweit Kontroll- und Aufsichtsmechanismen des öffentlichen Rechts eingreifen können. Hinzu kommt, dass im Rahmen von § 30 OWiG die Sanktionierung juristischer Personen des öffentlichen Rechts kaum Bedeutung erlangt hat,²³ so dass auch insoweit nicht ersichtlich ist, warum für die schärfere Sanktionierung nach dem VerSanG ein zwingendes Bedürfnis bestehen soll.

Zu hinterfragen ist es, dass unter den Begriff des Verbands ein aus mehreren juristischen Personen oder Personenvereinigungen bestehender Konzern – wie bereits bei § 30 OWiG – nicht fallen soll, jedoch für die Höhe der Verbandsgeldsanktion bei der Ermittlung des durchschnittlichen Jahresumsatzes der weltweite Umsatz aller natürlichen Personen und Verbände zugrunde zu legen ist, soweit diese

²⁰ Rübenstahl, ZWH 2019, 233, 234.

²¹ Rübenstahl, ZWH 2019, 233, 234.

²² Rübenstahl, ZWH 2019, 233, 234.

²³ Siehe Gürtler, in: Göhler, OWiG, 17. Aufl. 2017, § 30 Rn. 2; siehe auch Rogall, in: KK-OWiG, 5. Aufl. 2018, § 30 Rn. 37.

Personen und Verbände mit dem Verband als „wirtschaftliche Einheit“ operieren (§ 9 Abs. 2 S. 2 VerSanG-E). Ebenso problematisch ist es, für die sog. Ausfallhaftung die wirtschaftliche Einheit heranzuziehen, wobei hier aber immerhin gefordert wird, dass auf den Verband oder seinen Rechtsnachfolger unmittelbar oder mittelbar ein bestimmender Einfluss ausgeübt wurde (§ 7 Abs. 1 Nr. 1 VerSanG-E).

Die Definition der Leitungsperson durch § 2 Abs. 1 Nr. 2 a) bis e) VerSanG-E übernimmt den von § 30 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 OWiG erfassten Personenkreis. Zu den sonstigen Personen, die (faktisch) „Kontrollbefugnisse in leitender Stellung“ ausüben (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 e) VerSanG-E) sollen nicht nur Aufsichtsräte, sondern auch Rechnungsprüfer, mit Weisungsbefugnissen ausgestattete Umwelt- oder Datenschutzbeauftragte, der Compliance-Beauftragte und der Leiter einer Innenrevision zählen.²⁴ Damit reicht die Verantwortlichkeit des Verbands sehr weit. Restriktiv ist zu fordern, dass die betreffende Person – zumindest faktisch – Einfluss auf die Verwaltung der juristischen Person hat und ihr Kompetenzen zur Reaktion und Sanktion übertragen wurden, damit von einer „leitenden Stellung“ die Rede sein kann.²⁵

Die Definition der Verbandsstraftat durch § 3 Abs. 2 Nr. 3 VerSanG-E verzichtet darauf, einen Straftatenkatalog zur Begründung einer Verbandsverantwortlichkeit vorzusehen, womit sämtliche Straftatbestände des Kern- und Nebenstrafrechts Verbandstaten sein können. Allerdings werden bereits bisher nur wenige Kriminalitätsbereiche mit Verbandsgeldbußen nach § 30 OWiG geahndet (etwa Korruption, Betrug, Steuerhinterziehung). Daher hätte sich in Anlehnung an die Zuständigkeit der Wirtschaftsstrafkammer die Schaffung eines Kataloges einschlägiger Straftaten angeboten.²⁶ Die vorgesehene Verfolgung und Ahndung aller verbandsbezogenen Straftaten gemäß dem Legalitätsprinzip dürfte die Strafverfolgungsbehörden überfordern, womit in der Praxis weiterhin eine ungleichmäßige Handhabung droht.²⁷

b) Zu § 2 Abs. 2 VerSanG-E

Die in § 2 Abs. 2 VerSanG-E vorgesehene Extension auf Auslandstaten soll im Ausland begangene Taten im Inland begangenen Verbandstaten gleichstellen, sofern der Verband zur Tatzeit einen Sitz im Inland hat. Die Begründung hebt auf die Existenz eines Satzungs- oder Verwaltungssitzes in

²⁴ VerSanG-E, S. 75.

²⁵ Rogall, in: KK-OWiG, 5. Aufl. 2018, § 30 Rn. 84.

²⁶ Rübenstahl, ZWH 2019, 233, 237.

²⁷ Rübenstahl, ZWH 2019, 233, 237.

Deutschland ab.²⁸ Darüber hinaus sollten allerdings auch Verbände einbezogen werden, die ihren Satzungs- bzw. Verwaltungssitz im Ausland haben, aber u.a. über eine inländische Betriebsstätte verfügen. Denn sonst sind im Ausland begangene Straftaten, die mit den Aktivitäten der deutschen Betriebsstätte in Zusammenhang stehen, nicht ohne Weiteres erfasst.²⁹ Im Übrigen geht die vorgesehene Extension zu weit, da sie eine Verbandsverantwortlichkeit für sämtliche im Ausland begangenen Verbandstaten statuiert, die von Leitungspersonen oder (beim Unterlassen angemessener Vorkehrungen) von Nicht-Leitungspersonen vorgenommen wurden. Dies dürfte zu großen praktischen Schwierigkeiten führen, da die Sachverhalte im Ausland ermittelt werden müssen und Rechtshilfeersuchen zu stellen sind.³⁰ Hierdurch drohen langwierige Verfahren, die mit der Einstellung des Verfahrens enden werden.

c) Volldeliktisch unabhängig von Schuld?

Ergänzend stellen die Rechtsanwälte Dr. Bott und Dr. Kohlhof, Düsseldorf, unter Bezugnahme auf Seite 75 der Gesetzesbegründung, die Frage, wie die beiden Aspekte volldeliktischen Handelns bei der Verbandstat einerseits und Unerheblichkeit der Person des Täters der Verbandstat andererseits miteinander vereinbar sein sollen: wenn der Täter nicht feststehen muss, stellt sich die Frage, wie eine schuldhaft Tat nachgewiesen werden kann. Schuld als individueller Vorwurf kann nur den Täter betreffen.

2. Zu § 3 VerSanG-E

a) Sachliche und personelle Differenzierung

Der Entwurf differenziert in zweierlei Hinsicht: In Bezug auf die persönliche Verantwortung rechnet er Verbandstaten von Leitungspersonen dem Verband uneingeschränkt und vollständig zu, § 3 Abs. 1 Nr. 1 VerSanG-E. Darüber hinaus rechnet er dem Verband Verbandstaten Dritter dann zu, wenn sie durch ausreichende Compliance-Maßnahmen hätten verhindert oder wesentlich erschwert werden können, § 3 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E. In sachlicher Hinsicht folgt die Differenzierung aus § 2 Abs. 1 Nr. 3 VerSanG-E. Danach besteht eine Verbandstat in einer Straftat, durch die entweder die Pflichten, die den Verband

²⁸ VerSanG-E, S. 76.

²⁹ Rübenstahl, ZWH 2019, 233, 235.

³⁰ Ströhmann, ZIP 2020, 105, 106.

treffen, verletzt worden sind, oder durch die der Verband bereichert worden ist oder bereichert werden sollte.

b) Keine Beschränkung auf kriminelle Verbandsattitüde

Ist die Verbandstat Ausdruck einer kriminellen Verbandsattitüde, so ist ein inhaltlicher Zusammenhang zwischen dem Handeln einer natürlichen Person, insbesondere einer solchen, die an leitender Stelle tätig ist, und dem Verband ohne weiteres ersichtlich. Darauf soll sich allerdings die Verantwortlichkeit des Verbands nicht beschränken. Ohne Möglichkeit zur Exkulpation soll ihm vielmehr jede Tat einer Leitungsperson zugeordnet werden, d. h. auch dann, wenn es sich um einen „Ausreißer“ handelt, der allein in die Verantwortlichkeit des individuell Handelnden fällt. Den Verband zu belangen, obwohl nicht er, sondern ausschließlich eine pflichtvergessene Leitungsperson fehlsam handelte, ist jedenfalls ohne nähere Erwägungen, die in der Gesetzesbegründung fehlen, nicht überzeugend.

Besonders deutlich wird dies beim Zusammentreffen einer von einer Leitungsperson begangenen Verbandstat, die keine Pflicht des Verbandes verletzt, sondern lediglich zur Bereicherung des Verbandes führt oder gar nur führen sollte. Abgesehen davon, dass dort Erträge beim Verband gemäß § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB abzuschöpfen sind, fehlt hier jegliche Pflichtverletzung des Verbandes. Es ist kein Grund im Entwurf benannt oder auch nur erkennbar, den Verband als solchen in diesen Fällen zu sanktionieren.

c) Unterscheidung Verbandstat und Verbandsverantwortlichkeit

Im Hinblick auf eine von einer Nicht-Leitungsperson begangene Verbandstat wurde in der Begründung des Gesetzesentwurfs überdies versäumt, deutlich hervorzuheben, dass zwischen dem Verdacht der Begehung einer Verbandstat einerseits und einer Aufsichtspflichtverletzung andererseits strikt unterschieden werden muss. Dies ist deswegen erforderlich, weil die Verbandstat eines Dritten dem Verband nur dann zur Last gelegt werden können soll, wenn die Begehung der Verbandstat aufgrund organisatorischer Mängel des Verbands erleichtert wurde. In dieser Konstellation begründet folglich der Anfangsverdacht einer Verbandstat noch keineswegs einen Anfangsverdacht für das Bestehen einer Verbandsverantwortlichkeit. Das ist vielmehr erst dann der Fall, wenn es konkrete Hinweise auf Organisationsmängel des Verbandes gibt.³¹

³¹ Vgl. im einzelnen Rübenthal, ZWH 2019, 265, 269 – 271.

d) Bezugsgegenstand des Verdachts

Die Klarheit darüber, worauf sich der Verdacht erstreckt, ist insbesondere für die Zusammenarbeit mit der Staatsanwaltschaft und für den Umfang etwaiger interner Ermittlungen von wesentlicher Bedeutung (s. dazu unten III 6 c).

e) Ausweitung des Verantwortlichkeitsgrads gegenüber dem OWiG

Obwohl der Verband für Taten von Nicht-Leitungspersonen nur dann eintreten muss, wenn Aufsichtsmängel die Begehung begünstigten, begnügt sich der Entwurf mit dem objektiven Vorliegen solcher Aufsichtsmängel. Damit verzichtet er darauf, die Regelung aus dem Ordnungswidrigkeitengesetz zu übernehmen, die die Zurechnung nur bei schuldhaft verursachten Mängeln vorsieht. Es geht aber deutlich zu weit, jemanden, und sei es ein entpersonalisierter, aber ebenfalls grundrechtstragender Verband, für etwas verantwortlich zu machen, was er gar nicht vorherzusehen vermochte.

f) Rechtsdogmatische Zweifel

Abgesehen von diesem unstimmgigen Ergebnis ist die Konstruktion auch rechtsdogmatisch nicht haltbar. Der Verband haftet zumindest in der Variante des § 3 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E für ein Unterlassen, nämlich für fehlende organisatorische Vorkehrungen. Ein Unterlassen ist aber nur dann Basis für eine repressive Maßnahme, wenn dem Adressaten die geforderte Handlung sowohl möglich als auch zumutbar war. Ein Verhaltensimperativ, der unmögliches oder unzumutbares Verhalten fordert, ist nicht befolgsbar. Damit ist er auch nicht geeignet, Rechtsgüterschutz zu bewirken. Dies wiederum führt streng genommen zur Verfassungswidrigkeit der Sanktionsnorm, da damit weder Rechtsgüterschutz noch sonstige Sanktionszwecke erreicht werden können.

Vorliegend kommt noch hinzu, dass die konkrete organisatorische Maßnahme, deren Unterlassen dem Verband vorgeworfen wird, gesetzlich noch nicht einmal annähernd beschrieben ist und folglich nur von der Vermeidung des unerwünschten Erfolgs her, d. h. dem Begehen der Verbandstat, bestimmt wird.

Da die Gesetzesbegründung auf diese Umstände nicht eingeht, lässt sich nicht beurteilen, ob es rechtstaatlich unbedenkliche Gründe für eine derart weite Verbandshaftung gibt.

3. Zu § 4 VerSanG-E

Die Rechtsanwälte Enno Appel und Jin-Bum Yoon, Frankfurt am Main, zeigen die Gefahr von Missverständlichkeit aufgrund allzu pauschaler Verweisung auf Vorschriften der StPO und des StGB auf. Es wäre der Rechtspraxis vielmehr dienlich, den Strafantrag, § 158 Abs. 2 StPO, nur in Verbindung mit den §§ 77-77d StGB zu bringen und für Ermächtigung und Strafverlangen gesondert auf § 77e StGB i. V. m §§ 77 und 77d StGB zu verweisen.

4. Zu §§ 5 – 7 VerSanG-E

a) Redaktionsversehen

Rechtsanwalt Dr. Matthias Peukert, Hamburg, fand in der Einzelbegründung zu § 6 VerSanG-E auf Seite 82 der Begründung des Ref-E noch einen Verweis auf die Verbandsauflösung. Dieser Irrtum ist in der Begründung des Reg-E beseitigt.

b) Stellung von Konzernen

Zu § 7 VerSanG-E führt Rechtsanwalt Dr. Matthias Peukert aus:

Klarstellung ist hier im Zusammenhang mit § 3 Abs. 1 VerSanG-E im Hinblick auf Konzernsachverhalte geboten. Ein Konzern selbst ist kein sanktionsfähiger Verband i.S. des VerSanG-E (siehe S. 73 der Begründung „Zu Buchstabe c“). Dies sollte aufgrund der grundlegenden Bedeutung dieser Frage dann allerdings auch im Gesetzestext entsprechend normiert werden.

§ 7 Abs. 1 VerSanG-E sieht eine Ausfallhaftung im Konzern daher auch nur bei Erlöschen des sanktionierten Verbandes oder bei Vermögensverschiebungen innerhalb des Konzerns vor. Ein verbandssanktionsrechtlicher Vorwurf soll damit gerade nicht verbunden sein (S. 82 der Begründung).

Nicht eindeutig lässt sich dem Entwurf in diesem Zusammenhang entnehmen, inwieweit konzernangehörige Gesellschaften darüber hinaus für Verbandstaten auf der Ebene von Mutter- oder Tochtergesellschaften sanktioniert werden können. Eine Zurechnung sollte nur dann in Betracht kommen können, wenn entsprechende Direktions- und Weisungsrechte bestehen.

c) Adressatenkreis der Ausfallhaftung

Im Hinblick auf den Adressatenkreis der Ausfallhaftung gibt Staatsanwalt Florian Schmid, LL.M., Lübeck, zu bedenken:

Überlegenswert aus praktischer Sicht wäre an dieser Stelle jedoch, die Ausfallhaftung nicht nur auf beherrschende Verbände zu beschränken, sondern auf herrschende natürliche Personen, die in gleicher Weise Einfluss nehmen können, auszudehnen. Gerade im Bereich der organisierten Wirtschaftskriminalität, bei denen beherrschende Einzeltäter oftmals große Netzwerke an Scheinfirmen zum Zwecke des Steuerbetrugs gründen oder professionelle Firmenbestattungen in Kombination mit Betrug oder Unterschlagung durchführen und sich dadurch in erheblichem Maße bereichern, scheint dies wünschenswert.

5. Zu § 9 VerSanG-E

a) Keine Abstufung von Strafrahmen

Unter den Aspekten der Bestimmtheit und der Vorhersehbarkeit weckt die Pauschalierung der vorgesehenen Höhe der Verbandsgeldsanktion erhebliche verfassungsrechtliche wie auch dogmatische Bedenken. Während die Rechtsfolgen von Straftaten und damit auch von Verbandstaten in von deren Schwere bestimmten Strafrahmen normiert sind verzichtet der Entwurf des VerSanG auf derartige Abstufungen.³² Dies hätte zur Folge, dass der Verband demselben, extrem weit gespannten und nach oben weitgehend offenen Sanktionsrahmen unterläge, unabhängig davon, ob ihm unter Einsatz von Korruption die Entwicklung eines mit Milliardengewinnen verbundenen Infrastrukturprojekts übertragen wurde, oder ob ein Kunde aufgrund eines umgefallenen Warnschildes nach dem feuchten Aufwischen des Bodens des Ladenlokals ins Stolpern geraten ist und sich eine kaum sichtbare Schürfwunden zugezogen hat, würde es sich denn dabei nicht um eine nach dem VerSanG ahndungsbedürftige Verbandstat.

Da der Entwurf an anderer Stelle (mit belastender Tendenz) auf die Bedeutung der Verbandstat abstellt (z.B. § 15 Abs. 1 Nr. 1 als ersten Zumessungsgrund, und § 21 Abs. 2 Nr. 1 VerSanG-E) wäre es konsequent, entweder darauf zu verzichten, oder die Differenzierung auch in Bezug auf den jeweils

³² Vgl. Rübenstahl, ZWH 2019, 233, 243

einschlägigen Sanktionsrahmen zu übertragen.

b) Umsatz sagt nichts über Wirtschaftskraft aus

Dass mit der Anknüpfung der Sanktionshöhe an den Umsatz kein sachgerechter Bezugspunkt gewählt wurde, bringt Staatsanwalt Schmid, LLM, Lübeck,³³ wie folgt zum Ausdruck:

Allerdings ist der Umsatz eine zwar verbreitete, gleichwohl aber problematische Anknüpfungsgröße für die Bemessung einer Geldsanktion. Der Umsatz allein sagt wenig über den wirtschaftlichen Erfolg und die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit eines Verbandes aus. Sachgerechter schiene die Anknüpfung an den Gewinn.

c) Bedenkliche Höhe möglicher Gesamtsanktion

Überdies bestehen Bedenken dagegen, an die Höhe des gesamten Weltumsatzes eines Unternehmens (20 % im Fall einer Gesamtsanktion) anzuknüpfen.³⁴

d) Ungleiche Wirkungen der Geldsanktionen

Kleinere und große Unternehmen werden im Hinblick auf die Höhe der Verbandsgeldsanktion zum Nachteil kleinerer Unternehmen ungleich behandelt. Denn 10 % des Weltumsatzes bilden nur dann die Höchstgrenze, wenn sich der Umsatz des betroffenen Verbandes auf mehr als 100 Mio. Euro p.a. beläuft. Bei einem geringeren Umsatz beträgt die Grenze auch dann 10 Mio. Euro, wenn diese mehr als 10 % des Umsatzes betragen. Die relative Belastung eines weniger umsatzstarken Unternehmens kann also höher ausfallen als bei einem kräftigeren Verband. Das überzeugt nicht und dürfte vor Art. 3 Abs. 1 GG keinen Bestand haben.³⁵

³³ Übereinstimmend mit Rübenstahl, ZWH 2019, 233, 238

³⁴ Nienaber/Schaumburg/Wenglarczyk, NZWiSt 2020, 223, 225; s.a. unten Waßmer, II 10 b; Rübenstahl, ZWH 2019, 233, 235 f.

³⁵ Vgl. dazu Rübenstahl, ZWH 2019, 233, 240 f.

6. Zu §§ 12 und 13 VerSanG-E

a) Verfahrensrechtliche Ausgestaltung des § 13 VerSanG-E

Die verfahrensrechtliche Ausgestaltung des § 13 VerSanG-E erscheint den Rechtsanwälten Thorsten Ebermann, Johannes Daunderer und Florian Mangold, Berlin, als angemessen:

Ein weiteres „Sicherheitsnetz“ für den Sanktionierten – und damit eine weitere praktisch notwendige Einschränkung des Ermessensspielraumes – ist die Möglichkeit für das Gericht, von sachkundigen Stellen (Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer und Unternehmensberatungen) Nachweise über die Vorkehrungen einzufordern; daneben die Möglichkeit des Sanktionierten selbst, diese sachkundigen Stellen auszuwählen (§ 13 Abs. 2 Satz 1 VerSanG). Dass diese Auswahl mit Zustimmung des Gerichts zu erfolgen hat (§ 13 Abs. 2 Satz 2 VerSanG) ist nach Ansicht der Unterzeichner eine hinnehmbare und notwendige Einschränkung, da ansonsten die Auswahlentscheidung des Sanktionierten einer gerichtlichen Prüfung und Kontrolle gänzlich entzogen wäre (Gefahr einer Umgehung sowie Gefahr von Gefälligkeitsgutachten), mithin die Wertigkeit und Objektivität der Auswahl solcher sachkundigen Stellen und der von diesen (in der Regel mittels Kurzugutachten) erarbeiteten Nachweise, gewahrt bleibt.

b) Ausbildungsqualifikation

Allerdings weist Staatsanwalt Schmid, LL.M., Lübeck, auf zu erwartende Probleme im Umgang mit geeigneten Auflagen im Anschluss an eine vorbehaltene Verbandsgeldsanktion hin:

Problematisch scheint aber die vorgesehene Regelung, dass das Gericht bei einer Verwarnung mit Verbandsgeldsanktionsvorbehalt den Verband anweisen kann, bestimmte Vorkehrungen zur Vermeidung von Verbandsstraftaten zu treffen und diese Vorkehrungen durch Bescheinigung einer sachkundigen Stelle nachzuweisen. Ausweislich der vorliegenden Begründung geht es hier um die Anweisung des Gerichts, bestimmte Compliance-Maßnahmen zur Verbesserung der Prävention verbandsbezogener Straftaten zu ergreifen.

Dieser nachvollziehbare Ansatz dürfte aber (derzeit) daran scheitern, dass weder die Staatsanwaltschaft noch das Gericht in der Lage sein dürfte umsetzbare und sachgerechte konkrete Compliance-Maßnahmen vorzuschlagen oder anzuordnen. Es besteht insoweit die Gefahr, dass das Gericht allgemein gehaltene Ziele beschreibt und die Details dann in Zusammenarbeit mit der im Entwurf vorgesehenen "sachkundigen Stelle" (§ 13) festzulegen sind.

Abgesehen davon, dass mit solchen allgemeinen Zielen die spezialpräventiven Ziele schwerlich erreicht werden können und eine Vollstreckung unmöglich ist, dürften hierdurch nur weitere - letztlich unnötige - auf die Verbände zukommen und ein Weiterreichen der Verantwortung von Gerichten und Staatsanwaltschaften auf die sachkundigen Stellen hervorgerufen werden. Daher sollte auf den „Nachweis durch eine sachkundige Stelle“ verzichtet werden.

An dessen Stelle wären zwei alternative Lösungen denkbar: Entweder könnte in Anlehnung an §§ 91 Abs. 2 AktG, 317 Abs. 4 HGB die Prüfung durch den Abschlussprüfer auf die Frage erweitert werden, ob der Verband die ihm auferlegten Maßnahmen in einer geeigneten Form getroffen hat. Oder aber es wird im Rahmen der vorgesehenen Spezialisierung der Gerichte (und Staatsanwaltschaften? - vgl. neuer § 74g GVG) auch eine korrespondierende Pflicht zur Aus- und Fortbildung der mit der Verbandssanktionierung betrauten Justizpersonen im Bereich Compliance eingeführt.

7. Zu § 14 VerSanG-E

a) Veröffentlichungsbedarf?

Es ist zweifelhaft, ob es einer Bestimmung zur Veröffentlichung einer Verurteilung überhaupt bedarf.

aa) Zu einen dürften Fälle mit einer Vielzahl von Geschädigten regelmäßig mit vermögensabschöpfenden Maßnahmen einhergehen. Die Information der Verletzten ist daher gemäß §§ 111I und 459i StPO auch ohne eine öffentliche Mitteilung nach § 14 VerSanG-E ausreichend gewährleistet.

bb) Zum anderen verfolgt, wer sich geschädigt fühlt, entweder sein Recht oder weiß zumindest, was er dazu veranlassen müsste. Entscheidet er sich dafür, seinen Ansprüchen nachzugehen, so nutzt ihm die öffentliche Bekanntmachung der Verurteilung des Verbands nichts, denn er kannte ihn bereits zuvor als seinen Anspruchsgegner. Verzichtet ein sich geschädigt Fühlender hingegen darauf, von seinen Rechten Gebrauch zu machen, so handelt es sich um eine privatautonom getroffene Entscheidung, die zu respektieren ist. Zudem ist nicht zu erwarten, dass ein derartiger Geschädigter amtliche Verlautbarungsorgane liest und erst dadurch von einem „Skandal“ erfährt, über den typischerweise bereits in der allgemeinen Presse berichtet wurde. Auch Rechtsanwälten, die eher als Nutzer amtlicher Veröffentlichungen in Betracht kommen, nutzt die amtliche Bekanntmachung einer Verurteilung nichts,

denn entweder sind sie nicht mandatiert, oder sie wissen längst, wer Anspruchsgegner ist und wie sie sich Kenntnis vom Verlauf eines Verfahrens gegen diesen verschaffen können.

cc) die Regelung verdeckt überdies einen Zielkonflikt: Ein Unternehmen, das sich ausreichend kooperativ zeigt, vermeidet die Möglichkeit der Veröffentlichung seiner Verurteilung. Das ist jedoch nicht gleichbedeutend mit der Bereitschaft, sämtliche Verletzten zu entschädigen. Wenn deren zivilrechtliche Befriedigung über § 14 VerSanG-E unterstützt werden soll, so würde dies von der vom Entwurf geförderten konsensualen Erledigung unterlaufen. Darin zeigt sich, dass eine Regelung über die Veröffentlichung auch nach der Logik des Entwurfs entbehrlich ist.

b) Bedenken gegen die Ausgestaltung des § 14 VerSanG-E

Aber auch dann, wenn man eine Regelung über die Veröffentlichung nicht für gänzlich überflüssig erachtet, überzeugt § 14 VerSanG-E nicht. Über seinen Zweck und zur Rechtsnatur äußert sich Rechtsanwalt Florian Junkers, Frankfurt am Main und Hamburg, unter Anerkennung dessen, dass die Norm als Ausnahmefall konzipiert und daher ihre restriktive Anwendung intendiert ist, wie folgt:

Die Regelung wurde auf Basis des Referentenentwurfs 2019 in der juristischen Literatur – soweit ersichtlich – überwiegend kritisch bewertet (vgl. etwa Makowicz, CB 2020, 1 (6); Ströhm, ZIP 2020, 105 (107); Mayer/Jenne, CB 2019, 405 (409)).

Dass eine öffentliche Bekanntmachung der Verurteilung dem Grunde nach geeignet ist, aus Sicht des betroffenen Unternehmens zu (einer Intensivierung von) spürbaren Ruf- und Imageschäden zu führen, dürfte dabei in der Tat keine allzu fernliegende Einschätzung darstellen. Insoweit ist daher aus Sicht des Verfassers auch die Befürchtung, dass § 14 VerSanG-E zu einem „naming & shaming“ und einer gewissen „Prangerwirkung“ führen kann, nachzuvollziehen.

Diesen kritischen Einwand dürfte der Gesetzgeber antizipiert haben. Nach den Ausführungen in beiden Referentenentwürfen sei daher es vielmehr so, dass nach dem Willen des Gesetzgebers Sinn und Zweck der Norm nicht in der Herbeiführung einer „Prangerwirkung“ liege. So wird in der Gesetzesbegründung ausdrücklich darauf hingewiesen (siehe S. 58 und 90), dass es gerade nicht das Ziel der Norm des § 14 VerSanG-E sei, „den betroffenen Verband an den Pranger zu stellen“. Vielmehr sei beabsichtigt, dass „die Verletzten über die für sie relevanten Tatsachen informiert werden, um gegebenenfalls über die Geltendmachung von Ansprüchen entscheiden zu können“.

Gerade dieser ausdrücklich erklärte Zweck des § 14 VerSanG-E führt bei einer Gesamtbetrachtung mit der weiteren Gesetzesbegründung zu teleologischen und systematischen Widersprüchen, auf die nachfolgend hingewiesen werden soll:

aa) Es finden sich Widersprüchlichkeiten und Inkonsistenzen.

Neben der Tatsache, dass Sinn und Zweck der Norm nicht in einer „Prangerwirkung“ bestehe, sondern im Interesse der Verletzten zu sehen sein soll, weist der Regierungsentwurf zur Legitimation der öffentlichen Bekanntmachung ausdrücklich darauf hin dass sich Vorschriften, die eine Veröffentlichung von Entscheidungen vorsehen bereits in den §§ 50a BörsG, 123 WpHG und 12 UWG finden lassen. Zudem knüpft § 14 S. 2 VerSanG-E nach der Gesetzesbegründung hinsichtlich der Art der Bekanntmachung an § 200 Abs. 2 S. 1 StGB an, der ebenfalls die öffentliche Bekanntmachung zum Gegenstand hat.

Bei detaillierter Betrachtung der seitens des Gesetzgebers in Bezug genommenen Vorschriften zeigt sich allerdings, dass diese nahezu ausschließlich Sanktionscharakter haben und über die Veröffentlichung der Sanktion gerade eine Abschreckungswirkung verfolgen.

Im Einzelnen:

(1) § 123 WpHG

§ 123 WpHG ist im 17. Abschnitt mit dem Titel „Straf- und Bußgeldvorschriften“ geregelt.

Die Regelung zur öffentlichen Bekanntgabe von Maßnahmen und Sanktionen wurde zur Umsetzung der entsprechenden europarechtlichen Verpflichtung aus Art. 14 Abs. 4 der Richtlinie 2014/57/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über strafrechtliche Sanktionen bei Marktmanipulation – Marktmissbrauchsrichtlinie (MMR) mit dem Anlegerschutzverbesserungsgesetz (AnSVG) eingeführt und hat ihren heutigen Standort mit dem 2. FiMaNoG erhalten.

Die Begründung zur Art. 14 Abs. 4 MMR im Vorschlag der Europäischen Kommission (KOM (2001) 281 endg.) weist auf S. 11 ausdrücklich darauf hin:

„Die Sanktionen müssen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein. [...]

Die Bekanntgabe von Sanktionen hat eine äußerst starke Abschreckungswirkung. Auch wäre es bei Zuwiderhandlungen sinnvoll, dass der Markt über die Sanktionen unterrichtet wird, da dies ein hohes Anlegerschutzniveau gewährleistet.“

Die Veröffentlichung nach § 123 WpHG hat folglich den Sinn und Zweck einer Abschreckungsfunktion im Sinne der negativen Generalprävention (vgl. Böse/Jansen, in: Schwark/Zimmer, § 123 WpHG, Rn. 1).

(2) § 50a BörsG

§ 50a BörsG ist im 6. Abschnitt mit dem Titel „Straf- und Bußgeldvorschriften; Schlussvorschriften“ geregelt.

Die Norm des § 50a BörsG wurde mit dem Ausführungsgesetz zur Verordnung (EU) Nr. 648/2012 über OTC-Derivate, zentrale Gegenparteien und Transaktionsregister (EMIR-Ausführungsgesetz) eingeführt. In der Gesetzesbegründung ist ausdrücklich ausgeführt, dass § 50a BörsG Art. 12 Abs. 2 sowie Art. 88 der Verordnung (EU) Nr. 648/2012 umsetzt (BT-Drs. 17/11289, S. 26).

Art. 12 Abs. 2 der Verordnung (EU) Nr. 648/2012 sieht vor, dass die Mitgliedstaaten sicher stellen, dass die für die Beaufsichtigung von finanziellen und gegebenenfalls nichtfinanziellen Gegenparteien zuständigen Behörden bestimmte wegen Verstößen verhängten Sanktionen öffentlich bekanntgeben. Als Begründung hat der Verordnungsgeber angeführt (ABl. L 201/1, Rn. 46):

„Die Mitgliedstaaten sollten für den Vollzug dieser Sanktionen derart Sorge tragen, dass die Wirksamkeit dieser Regeln nicht beeinträchtigt wird. Die Sanktionen sollten wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein. [...] Die Mitgliedstaaten sollten sicherstellen, dass die verhängten Sanktionen gegebenenfalls öffentlich bekannt gemacht und dass die Berichte, in denen bewertet wird, ob die bestehenden Regeln tatsächlich Wirkung zeigen, regelmäßig veröffentlicht werden“

Ergänzt und erweitert wurden die vorgenannten Vorgaben unter anderem mit der Richtlinie 2014/65/EU vom 15. Mai 2014 über Märkte für Finanzinstrumente (MiFID II), welche in Art. 71 ausdrücklich die öffentliche Bekanntmachung von Entscheidungen vorsieht. Zur Begründung wird ausgeführt (ABl. L 173/371, Rn. 146):

„Um zu gewährleisten, dass Entscheidungen der zuständigen Behörden eine abschreckende Wirkung auf die breite Öffentlichkeit haben, sollten sie grundsätzlich veröffentlicht werden. Die Veröffentlichung

von Entscheidungen ist auch ein wichtiges Mittel, mit dem die zuständigen Behörden die Marktteilnehmer darüber unterrichten können, welches Verhalten als ein Verstoß gegen diese Richtlinie betrachtet wird, und mit dem sie ein breiteres Wohlverhalten unter den Marktteilnehmern fördern können.

Die Norm des § 50a BörsG entspricht daher der Vorschrift des § 123 WpHG welche zur Umsetzung derselben unionsrechtlichen Vorgaben erlassen worden ist und weist damit ebenfalls primär eine Abschreckungsfunktion auf (Böse, in: Schwark/Zimmer, § 50a BörsG, Rn. 1).

(3) § 12 Abs. 3 UWG

Die Norm des § 12 Abs. 3 UWG sieht eine zivilprozessuale Regelung vor, wonach die Veröffentlichung der Entscheidung einem geltend gemachten Unterlassungsanspruch (in engen Grenzen) „akzessorisch“ folgen kann (vgl. Retzer/Tolkmitt, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, § 12, Rn. 724).

Sinn und Zweck der Vorschrift ist die Beseitigung fortdauernder wettbewerbswidriger Beeinträchtigungen aufgrund einer Rechtsverletzung (Retzer/Tolkmitt, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, § 12, Rn. 724). Eine Urteilsveröffentlichung kann etwa erforderlich sein, wenn der Unterlassungstitel nicht ausreicht eine – aufgrund der Rechtsverletzung – im Verkehr erweckte Fehlvorstellung zu beseitigen (Schlingloff, in: MüKo/Lauterkeitsrecht, § 12 UWG, Rn. 577).

Im Unterschied zu den anderweitig in Bezug genommenen Vorschriften beinhaltet § 12 Abs. 3 UWG jedoch nicht die Bekanntgabe einer Sanktion, sondern gewährt dem Verletzten einen Anspruch auf Richtigstellung.

(4) § 200 StGB

Die Anordnung der Bekanntgabe der Verurteilung wegen Beleidigung, die öffentlich oder durch Verbreiten von Schriften begangen wurde, wird als eine der Genugtuung für den Beleidigten dienende strafähnliche Nebenfolge angesehen (vgl. Kühl, in: Lackner/Kühl, § 200, Rn. 1; Regge/Pegel, in: MüKo/StGB, § 200, Rn. 1; Zaczyk, in: NK/StGB, § 200, Rn. 1). Die öffentliche Bekanntgabe wird dabei auch als zusätzliche Statusminderung des Täters eingeordnet, die als Strafrechtsfolge im Schuldzusammenhang stehen muss (Zaczyk, in: NK/StGB, § 200, Rn. 1).

Demzufolge hat auch die Bekanntgabe der Verurteilung nach § 200 StGB einen ausschließlich

sanktionierenden Charakter.

bb) Mit Ausnahme der Vorschrift des § 12 Abs. 3 UWG (die allerdings aufgrund ihres speziellen Anwendungsbereich im Zivilrecht nicht mit § 14 VerSanG-E oder den weiteren in Bezug genommenen Vorschriften zu vergleichen ist) soll bei sämtlichen Normen, die der Gesetzgeber zur Begründung in Bezug genommen hat, eine abschreckende Wirkung (und damit eine gewisse „Prangerwirkung“) erzielt werden.

Soweit die Gesetzesbegründung daher darauf hinweist, dass eine solche Wirkung nicht beabsichtigt ist, gleichzeitig aber auf Normen verweist, die ausdrücklich diesen Sinn und Zweck verfolgen, ist dies widersprüchlich und nicht konsistent.

Dies insbesondere unter Berücksichtigung, dass der Gesetzgeber § 14 VerSanG-E unter der Überschrift „Verbandssanktionen“ verortet und damit – mit Blick auf die systematische Auslegung – eine weitere Parallele zu den §§ 123 WpHG, 50a BörsG zieht.

Die hieraus resultierenden Widersprüche sind umso weniger nachzuvollziehen als mit § 53 Abs. 5 GWB eine Norm existiert, die – ohne eine Prangerwirkung zu beabsichtigen – die Veröffentlichung von Entscheidungen im Interesse von Verletzten zum Gegenstand hat. Hierzu wurde in der Gesetzesbegründung zur Einführung des § 53 Abs. 5 GWB (BT-Drs. 18/10207, S. 82) ausdrücklich ausgeführt:

„Diese Mitteilungen sollen mit Blick auf das Informationsbedürfnis möglicher Geschädigter verfasst werden. Sie sollen potenziell Geschädigte insbesondere durch die in Satz 2 genannten Informationen in die Lageversetzen, das Bestehen möglicher Schadensersatzansprüche gegen Unternehmen zu prüfen, die an dem Verstoß beteiligt waren (Nummern 1 bis 4). Potenziell Geschädigte sollen durch einen entsprechenden allgemeinen Hinweis auf ihr Recht auf Ersatz des ihnen aus einem Verstoß entstehenden Schadens aufmerksam gemacht werden (Nummer 5).“

Hätte der Gesetzgeber daher eine Norm in Bezug nehmen wollen, die eine Veröffentlichung im Interesse des Verletzten bezweckt (und gerade keine Abschreckungswirkung), so hätte er auf § 53 Abs. 5 GWB verweisen können (Anm. des Verfassers: Nicht bewertet werden soll an dieser Stelle die Ausgestaltung und rechtliche Legitimation der Norm des § 53 Abs. 5 GWB).

Im Unterschied zu § 14 VerSanG-E bzw. den in Bezug genommenen §§ 123 WpHG, 50a BörsG ist § 53

Abs. 5 GWB jedoch systematisch gerade nicht als „Straf- und Bußgeldvorschrift“ ausgestaltet.

cc) Es besteht Änderungsbedarf.

Wie zuvor dargelegt, kann der Gesetzesbegründung des § 14 VerSanG-E derzeit nicht abschließend entnommen werden, ob der Sinn und Zweck der Vorschrift (auch) in einer Abschreckungs- und Prangerwirkung zu sehen ist. Dem ausdrücklichen Hinweis des Gesetzgebers, dass dies nicht der Fall sei stehen die systematische Auslegung und die in Bezug genommenen Vorschriften entgegen.

.....

dd) Sollte der Gesetzgeber daran festhalten wollen, dass eine Abschreckungsfunktion (bzw. „Prangerwirkung“) nicht im Sinn und Zweck der Norm liegt, so hat eine Normierung jedoch systematisch an anderer Stelle zu erfolgen (etwa in Teil 5 Zuständigkeit und Verfahrensvorschriften). Zudem wäre ein Bezug zu den bislang im Regierungsentwurf aufgeführten Normen aus Gründen der Konsistenz zu vermeiden.

ee) Durch den Hinweis der Gesetzesbegründung darauf, dass die Verbandstat angesichts des Tatbestandsmerkmals „große Zahl von Geschädigten“ eine Bedeutung haben muss, die über den Einzelfall hinausreicht, um überhaupt den Anwendungsbereich von § 14 VerSanG-E zu eröffnen (was im Wege der tatbestandsspezifischen Auslegung zu ermitteln ist), ist der Anwendungsbereich der Norm von vornherein auf den Einzelfall beschränkt. Die zusätzliche Ausgestaltung als „kann-Vorschrift“, wonach die Anwendung des § 14 VerSanG-E im Ermessen des Gerichts steht, welches sowohl bei der Frage des „ob“ als auch bei der Frage des „wie“ der Bekanntmachung (z.B. zu Umfang und Medium der Bekanntmachung) „den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten und eine Interessenabwägung vorzunehmen, in die es Vor- und Nachteile einbezieht, die sich aus der Bekanntmachung des Urteils [...] ergeben“ hat, dürfte zudem bewirken, dass eine Bekanntmachung der Entscheidung nur in wenigen Ausnahmefällen in Betracht zu ziehen ist (in der Regel dürfte über bedeutende Fälle ohnehin bereits hinreichend in der Presse berichtet werden).

Auf weitere Bedenken machen die Rechtsanwälte Ebermann, Daunderer und Mangold, München, aufmerksam:

(1) Auch wenn die Vorschrift einen Verbraucherschutzgedanken hegt (die von der Verbandstat betroffenen Personen sollen über die für sie relevanten Tatsachen informiert werden) und bereits

ähnliche Regelungen in anderen Bereichen bestehen (vgl. § 50a BörsG, § 123 WpHG sowie § 12 Abs. 3 UWG), erscheint den Unterzeichnern § 14 VerSanG in Anbetracht des öffentlichkeitswirksamen Charakters und den damit einhergehenden möglicherweise nachhaltigen und bisweilen existenzvernichtenden Reputationsschäden als zu rudimentär ausgestaltet.

(2) Auch wenn die Begründung zum Regierungsentwurf (S. 58) ausführt, mit der öffentlichen Bekanntmachung den Verband „nicht an den Pranger stellen“ zu wollen, wird genau dies nach Ansicht der Unterzeichner bei nicht exakt sachgerechter Anwendung (strikte Verhältnismäßigkeits- und Interessenabwägung) des § 14 VerSanG eine stete und latente Gefahr sein. Eine so exakte und sachgerechte Anwendung könnte nach Auffassung der Unterzeichner aufgrund der abstrakten Ausgestaltung der Norm, den fehlenden Schutzmechanismen und den falsch gesetzten Anreizen, der Veröffentlichung entgegenzutreten, scheitern.

So ist bereits unklar, was unter einer „großen Zahl von Geschädigten“ (§ 14 Satz 1 VerSanG) zu verstehen ist. Viel schwerer wiegen jedoch die nach dem Wortlaut der Norm quasi völlig freien Ausgestaltungsmöglichkeiten des Gerichts hinsichtlich Art und Umfang der Bekanntmachung (§ 14 Satz 1 VerSanG). Besonders offensichtlich wird dies nicht nur bei der Entscheidung, welcher Lebenssachverhalt und in welchem Ausmaß dieser veröffentlicht wird, sondern insbesondere, wenn es um die Frage der Namhaftmachung der an der Verbandtat beteiligten natürlichen Personen geht (Schutz von Persönlichkeitsrechten der Leitungspersonen).

(3) Zudem ist kritisch anzumerken, dass eine Veröffentlichung im Internet von der Norm bereits als selbstverständliche Maßnahme vorgesehen ist und lediglich der Zeitpunkt der „Entfernung“ Erwähnung findet (§ 14 Satz 3 VerSanG). Hierbei wird übersehen, dass mit einer Veröffentlichung in diesem Medium eine Kontrolle über die an sich vorgesehene gezielte Ansprache von Betroffenen ausgeschlossen ist. Auch bleibt offen, was unter „Entfernung“ zu verstehen ist (wenn eine solche im Sinne einer tatsächlich künftigen Unauffindbarkeit im Internet überhaupt möglich ist).

Zwar besteht die Möglichkeit für den Verband einer Veröffentlichung entgegenzuwirken. Diese steht jedoch unter der Bedingung, dass der Verband oder der von ihm beauftragte Dritte „wesentlich dazu beigetragen haben, dass die Verbandstat aufgeklärt werden konnte“ (§ 18 VerSanG-E i.V.m. § 17 Abs. 1 Nr. 1 VerSanG-E). Hierbei ist einerseits unklar, was unter einem „wesentlichen Beitrag“ zu verstehen ist und in welchen Fällen ein Gericht einen solchen Beitrag als „wesentlich“ erachtet. Ob dieser Anreiz einer mitunter existenzvernichtenden Veröffentlichung zu entgehen (bzw. den Versuch zu unternehmen) durch diese abstrakte Vorgehensweise seine Wirkung entfalten wird, bleibt insofern abzuwarten.

8. Zu § 15 VerSanG-E

Die fehlende Differenzierung zwischen dem Verdacht einer Verbandstat einerseits und einer Aufsichtspflichtverletzung andererseits wirkt sich auch auf die strafmaßbestimmenden Faktoren aus: § 15 Abs. 1 Nr. 1 VerSanG-E nennt als ersten maßgeblichen Umstand pauschal die Bedeutung der Verbandstat. Das ist jedoch bei Begehung der Verbandstat durch einen anderen als eine Leitungsperson des Verbands der falsche Bezugspunkt. Die Verbandstat ist in diesen Fällen nur eine objektive Bedingung der Strafbarkeit. Die Vorwerfbarkeit und die nach dem Entwurf ausreichende Zurechnung knüpfen demgemäß allein an die Vermeidbarkeit seitens des Verbands an. Maßgeblich für die Bemessung der Geldsanktion ist demnach nur das Unterlassungsunrecht, nicht aber die Verbandstat als solche.

9. Zu §§ 16 – 18 VerSanG – Interne Untersuchungen

a) Rudimentäre Regelung

Einen Kernpunkt des Entwurfs bilden die Bestimmungen über den Umgang mit Internen Untersuchungen. Klugerweise verzichtet der Entwurf auf eine einengende Begriffsdefinition und trägt damit der Vielzahl der in der Praxis vorkommenden Anlässe und Gestaltungen Rechnung.

Diese Zurückhaltung setzt sich allerdings dahingehend fort, dass der Entwurf auf der Rechtsfolgenseite ebenfalls an sämtliche Arten Interner Untersuchungen anknüpft, ohne dabei nach Anlass und Umfang zu differenzieren. Er begnügt sich vielmehr mit dem Anführen bestimmter Umstände als Voraussetzung für eine Milderung gemäß § 18 VerSanG.

Zum Zusammenwirken der begrifflichen Weite einerseits und der Notwendigkeit, auf der Rechtsfolgenseite zu differenzieren, führt Rechtsanwalt Dr. Christian Rosinus, Frankfurt am Main, folgendes aus:

aa) Jede weitere zusätzliche Voraussetzung an verbandsinterne Untersuchungen könnte für Verbände eine weitere Hürde darstellen, die den Weg zur Sanktionsmilderung versperren und den Behörden die notwendige Flexibilität nehmen. Es ist üblich und hat sich in der Vergangenheit bewährt, die Ausfüllung abstrakter Norminhalte durch die Praxis, insbesondere die obergerichtliche Rechtsprechung vorzunehmen. Hier kann etwa beispielsweise auf § 46b StGB hingewiesen werden,

insbesondere unter dem Aspekt des Aufklärungserfolgs. Die Kronzeugenregelung des StGB arbeitet mit ähnlichen Wertungskriterien hinsichtlich der Qualität des Aufklärungsbeitrags und findet in der alltäglichen Praxis zahlreiche Anwendungsfälle.

bb) Im Unternehmensalltag werden verbandsinterne Untersuchungen aus vielen verschiedenen Zwecken durchgeführt, die sich überschneiden können. Nach der Begründung des Gesetzesentwurfs sollen nur solche verbandsinternen Untersuchungen gemeint sein, die zur Aufdeckung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten dienen. Dies ist sachgerecht. Die praktische Erfahrung zeigt jedoch, dass es zahlreiche Fälle gibt, in denen Untersuchungen, die schlicht der Aufklärung bestimmter außerstrafrechtlicher Sachverhalte dienen, mit einem Fortschreiten eine strafrechtlich relevante Komponente erhalten können. Dies kann etwa bei der Untersuchung steuerrechtlicher Sachverhalte der Fall sein. Was geschieht in diesem Fall mit den bis zu diesem Zeitpunkt gewonnenen Erkenntnissen? Müssen unter Umständen Sachverhaltserhebungen erneut durchgeführt werden, bedarf es vorsorglich Belehrungen im Sinne von § 17 Abs. 1 Nr. 5 a) VerSanG-E im Rahmen von Mitarbeiterbefragungen, die eigentlich keine strafrechtliche Zielsetzung haben? Insbesondere stellt sich diese Frage, wenn noch gar kein Ermittlungsverfahren eröffnet wurde. Gerade für den Fall von „Selbstanzeigen“ gegenüber Ermittlungsbehörden besteht hier ein Interesse an einer Klarstellung.

cc) Vor diesem Hintergrund (... wäre) ausdrücklich klarzustellen, dass auch Produkte verbandsinterner Untersuchungen berücksichtigt werden, die vor der Eröffnung eines Ermittlungsverfahrens und vor dem Bestehen eines Anfangsverdachts einer Straftat begonnen wurden. Etwaige Friktionen mit § 17 VerSanG-E könnten durch ein Verwertungsverbot (siehe auch „Gemeinschuldnerbeschluss“, BVerfGE 56, 37 ff.) abgemildert werden.

b) Kombination verbandseigener und externer Untersucher

Zu § 16 VerSanG gibt Rechtsanwalt Dr. Rosinus weiter zu bedenken, dass es keinen Grund dafür gibt, Interne Untersuchungen nur alternativ entweder durch verbandsangehörige Personen oder von Externen vornehmen zu lassen, sondern dass auch eine gemeinsame Untersuchung unter Beteiligung von Angehörigen beider Kreise erfasst sein sollte.

c) Bezugspunkte des Anfangsverdachts

Es ist fraglich, ob es dem Entwurf gelingt, sowohl den Umfang der Verbandsverantwortlichkeit als auch der damit verbundenen Handlungs-, insbesondere Aufklärungspflichten ausreichend bestimmt

festzulegen.³⁶ Eine dem § 152 Abs. 2 StPO entsprechende Regelung über das Vorliegen eines Anfangsverdachts fehlt. Der allgemeine Verweis des § 24 VerSanG-E auf die StPO schließt die vorhandene Lücke nicht. Darauf ließe sich möglicherweise stützen, einen anonymen Hinweis auf z.B. „Unregelmäßigkeiten in den X-land-Geschäften“ unbeachtet zu lassen. Was aber soll bei einer konkreteren Beschuldigung gelten, etwa „Schauen Sie sich mal die Filiale in X-land an, die das Infrastrukturprojekt Y betreut.“ Sichtung aller Unterlagen und Mails, Vernehmung aller Mitarbeiter, die in den letzten 7 Jahren mit dem Projekt zu tun hatten? Direkte Zurechnung oder Aufsichtsversagen? Davon hängt u.a. ab, wer sinnvollerweise wann befragt werden kann und welche Beweissicherung vor Bekanntwerden der Beschuldigung geboten ist.

Die von dem Verdacht in Kenntnis gesetzte Staatsanwaltschaft wird möglicherweise einen Anfangsverdacht verneinen, sich aber trotzdem für das Ergebnis der aus Haftungsgründen und aufgrund der Überwachungspflichten des Gesellschaftsrechts gebotenen Internen Ermittlungen interessieren – und deswegen einen AR-Vorgang anlegen. Fragt sie dann nach 2 Jahren beim Unternehmen an, so stellt sich die Frage, wie dieses reagieren kann, darf bzw. muss. Ist es zulässig, die Ergebnisse der Internen Ermittlungen zurückhalten? Darf es danach differenzieren, ob sich ein Verdacht nur gegen einen Nachgeordneten bestätigt hat oder ob ggf. auch die Leitungsebene involviert war? Oder muss es die Entscheidung der Staatsanwaltschaft zur Prüfung und Entscheidung überlassen? Und was ist, wenn sich zwar nicht der Ursprungsverdacht (z.B. Korruption) bestätigt hat, wohl aber ein anderer (etwa Produktpiraterie oder Umweltdelikte)? Läge im Verschweigen eine die förmliche Milderung ausschließende Kooperationsverweigerung, wenn der Staatsanwaltschaft der neue Vorwurf später bekannt wird?

Damit in Zusammenhang steht die Frage nach dem Umfang und den Grenzen erlaubter bzw. notwendiger Interner Ermittlungen.³⁷ Wie weit sind die Ermittlungen auszudehnen? Müssen alle Ergebnisse an Staatsanwaltschaft gegeben werden? Soll es Getrennte Berichte für jeden Einzelvorwurf geben? Was ist, wenn die Staatsanwaltschaft nicht nur die Aufklärung eines bereits bezeichneten Delikts erwartet, sondern auch kriminologisch naheliegender Begleitdelikte? Müssen sich Interne Ermittlungen auf die Suche nach dem Anfangsverdacht erstrecken?

Zudem ist weder im Gesetzesentwurf geregelt noch in der Begründung dargelegt, dass genau zwischen dem Verdacht einer Verbandstat, i.e. einer Straftat einer natürlichen Person, und dem Verdacht gegen

³⁶ Ausführlich dazu Rübenstahl, ZWH 2019, 265, 269 – 271.

³⁷ Dazu Cordes/Wagner, NZWiSt 2020, 215, 219.

den Verband als solchen zu differenzieren ist (dazu näher oben III 2 d).

d) Rechtmäßigkeit der Internen Untersuchungen

Zu § 17 VerSanG verweist Rechtsanwalt Dr. Rosinus auf weitere Aspekte.

In einer Version des Referentenentwurfs 2019 war zusätzlich vorgesehen, dass die verbandsinterne Untersuchung in Übereinstimmung mit den geltenden Gesetzen durchzuführen ist. Es ist selbstverständlich, dass eine verbandsinterne Untersuchung im Einklang mit dem geltenden Recht geführt werden muss, dennoch wäre es angesichts des erheblichen mit einer verbandsinternen Untersuchung verbundenen Aufwands nicht sach- und interessengerecht, eine Sanktionsmilderung wegen etwa geringfügigen Verstößen z.B. gegen das Datenschutz- oder Arbeitsrecht auszuschließen, was bei enger Betrachtungsweise die Folge der nunmehr gestrichenen Voraussetzung des § 18 Abs. 1 Nr. 6 VerSanG-E a.F. hätte sein können.

Rechtsanwalt und Leitender Oberstaatsanwalt a.D. Folker Bittmann, Köln, verweist in diesem Zusammenhang auf folgende Aspekte:

Ein allzu eng geknüpftes Netz aus einer Vielzahl regelnder Bestimmungen führt zwangsläufig dazu, dass in praxi nicht alle Vorschriften ausnahmslos gewahrt werden. Selbst geringfügige Verstöße z. B. gegen das Datenschutz- oder Arbeitsrecht können strafrechtliche Relevanz aufweisen. Nimmt man die Gebote umfassender Aufklärung und uneingeschränkter Kooperation beim Wort, so wäre der Verband beim Auftreten von Ungereimtheiten im Zuge Interner Ermittlungen nicht nur wie bereits bisher gehalten, diese aufzuklären, sondern es wäre insoweit, trotz Geringfügigkeit, auch keine rein interne Aufarbeitung ohne Einschaltung der staatlichen Ermittlungsbehörden mehr möglich. Während des Verlaufs dieser ergänzenden Internen Untersuchungen könnten vergleichbare Regelungsverstöße auftreten. Damit stünde jede Interne Untersuchung in der Gefahr, einen prinzipiell unendlichen Kreislauf weiterer externer wie Interner Ermittlungen in Gang zu setzen.

Dieses Beispiel belegt anhand der Streichung des Erfordernisses rechtskonformer Interner Untersuchungen als Voraussetzungen für eine förmliche Milderung gemäß § 18 VerSanG schlagend, wie wenig zielführend kleinteilige, insbesondere strafrechtliche Bestimmungen tatsächlich sind. Dies spricht für eine Orientierung an dem Rechtsgrundsatz, den bereits das römische Recht kannte: minima non curat praetor.

e) Keine zwingende Milderung vorgesehen

Rechtsanwalt Dr. Rosinus regt ferner an, *die Sanktionsmilderung nicht als gebundenes Ermessen in Form einer „Soll-Regelung“, sondern als zwingende Folge der Erfüllung der Voraussetzungen in § 17 Abs.1 VerSanG-E anzuordnen:*

„Das Gericht hat die Verbandssanktion zu mildern, wenn [...]“

Eine derartige zwingende Sanktionsmilderung erhöht den Anreiz und die Rechtssicherheit für die betroffenen Verbände und ist angesichts des erheblichen Aufwands einer verbandsinternen Untersuchung sachgerecht. Zudem führt dies auch zu einer erheblichen Erleichterung und geringerem Aufwand für die Justiz, da kein Begründungsaufwand für die entsprechende Entscheidung entsteht.

Abgesehen von den in § 17 VerSanG-E dargestellten Voraussetzungen nimmt der Gesetzentwurf von konkreten Vorgaben an die verbandsinterne Untersuchung Abstand. ... Zutreffend ist, dass die aktuelle Formulierung immer noch einen weiten Auslegungsspielraum durch die Strafverfolgungsbehörden und Gerichte eröffnet. Denn über die Beantwortung der Frage, was aus Sicht der jeweiligen Behörden und Gerichte eine umfassende Kooperation darstellen soll, bestehen schon heute praktisch vielfältige Meinungsverschiedenheiten.

Insoweit wird hierdurch der Versuch, dem Verband durch einen vertypen Strafmilderungsgrund Aufklärungsanreize zu schaffen in einem gewissen Sinne konterkariert. Auf der anderen Seite bietet der Umstand, dass sich die gesetzlichen Begrifflichkeiten auf einem abstrakten Niveau bewegen, auch Chancen für die betroffenen Verbände. Jede verbandsinterne Untersuchung ist einzelfallabhängig und muss hinsichtlich Art und Umfang an den jeweiligen Verband und den jeweiligen Sachverhalt anpassungsfähig sein. Vor diesem Hintergrund wäre eine weitere Eingrenzung nachteilig.

Auch sachgerechte Absprachen mit der Staatsanwaltschaft hinsichtlich des konkreten Schwerpunkts und des Umfangs der verbandsinternen Untersuchung sollten möglich sein. Auch heute schon ist etwa in Umfangsverfahren der Abschluss von sog. Datenlieferungsvereinbarungen üblich. Insoweit wird angeregt folgenden Absatz bin § 17 VerSanG-E aufzunehmen:

„Der Verband und die Staatsanwaltschaft können schriftlich Modalitäten hinsichtlich des Umfangs, Schwerpunkts und Zeitrahmens der internen Untersuchung festlegen.“

f) Trennung Verteidigung und Untersuchung

Zur Frage einer zwingenden Trennung zwischen Verteidigung und Interner Untersuchung finden sich zahlreiche Argumente pro und contra. Rechtsanwalt Dr. Rosinus erwägt beispielhaft:

§ 17 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E fordert, dass der beauftragte Dritte oder die für den beauftragten Dritten bei den verbandsinternen Untersuchungen handelnden Personen nicht Verteidiger des Verbandes oder eines Beschuldigten, dessen Verbandstat dem Sanktionsverfahren zugrunde liegt, sind. Die Entwurfsbegründung stützt sich auf die Gefahr potenzieller Interessenkonflikte zwischen Untersuchungs- und Verteidigungsmandat, die die Glaubwürdigkeit der Untersuchungsergebnisse mindern.³⁸ Die Beauftragung derselben Kanzlei mit Untersuchungsführung und Verteidigung soll möglich bleiben. Nach der Regierungsbegründung darf der Verteidiger dann „nicht an der verbandsinternen Untersuchung mitgewirkt haben, sonst an dieser beteiligt gewesen sein oder unmittelbaren Zugriff auf die Erkenntnisse aus der verbandsinternen Untersuchung haben“. Insoweit muss der beauftragte Dritte die entsprechenden organisatorischen Vorkehrungen treffen (sog. „Chinese Wall“).³⁹

Die Strafverteidigung knüpft traditionell grundlegend an die Stellung als Beschuldigter an. Die Entwurfsbegründung scheint u.a. von der Annahme auszugehen, dass sich dieses Rollenverständnis nicht mit dem Zweck einer verbandsinternen Untersuchung nach § 17 VerSanG-E vereinbaren lässt, die einen umfassenden objektiven Aufklärungsbeitrag leisten soll. Es lässt sich dafür streiten, dass dieses enge Verständnis des Verteidigungsbegriffes der Realität strafrechtlicher Unternehmensberatung nicht gerecht wird. Richtig ist, dass eine effektive Verteidigung auf einer sorgfältigen Sachverhaltsaufklärung aufbaut. Je nach Einzelfallgestaltung mag es sein, dass sich aus Verbandssicht nur schwer eine Trennung zwischen Untersuchungs- und Verteidigungsauftrag durchführen lässt.

*Dennoch ist der Strafverteidiger per se Interessenvertreter, was sich auf die Beratungstätigkeit auswirkt. Möglicherweise wären Mitarbeiter*innen des Verbandes aus diesem Grund sogar eher bereit, sich einem Verteidiger anzuvertrauen, als ihr Wissen einem unabhängigen Untersuchungsführer im Rahmen eines Interviews zu offenbaren. Bereits dieser Aspekt verdeutlicht, dass die Annahme eines Spannungsverhältnisses zwischen dem Mandanteninteresse verpflichteter Strafverteidigung und verobjektiviert zu führender verbandsinterner Untersuchung jedenfalls nicht pauschal von der Hand zu*

³⁸ VerSanG-E, S. 99.

³⁹ VerSanG-E, S. 99.

weisen ist. Vielmehr liegt dieser Konflikt nahe und sollte schon aus kommunikativen Gründen stets beachtet werden.

Tatsächlich entspricht die Mandatierung verschiedener Berater mit verbandsinterner Untersuchung und Verteidigung vor diesem Hintergrund bereits jetzt der Praxis, auch und gerade im internationalen Vergleich. Nach der Gesetzesbegründung bleibt es dem Verband unbenommen, sowohl Untersuchungsführung als auch Verteidigung in die Hände derselben Sozietät zu legen, sofern eine chinese wall eingerichtet wird. Jedoch wird die Praktikabilität und berufsrechtliche Situation einer derartigen Lösung häufig entgegenstehen und somit dem Gesamterfolg einer verbandsinternen Untersuchung gefährden könnte.

g) Keine Trennung Compliance-System-Urheber und Untersucher

Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass der Gesetzesentwurf zwar einerseits eine strikte Trennung zwischen Verteidigung und Untersuchung befürwortet, andererseits aber keinerlei Bedenken äußert, wenn dieselbe Person das Compiance-system entwickelt und implementiert, die anschließend auch die Untersuchung durchführt. Auf dieser Weise wird die Aufarbeitung insoweit aufgetretener Schwierigkeiten dem internen Verhältnis der Beteiligten überantwortet. Wer die organisatorischen Maßnahmen zu verantworten hat, die eine Verbandstat nicht verhinderten, wird allerdings keinerlei Interesse daran haben, den Grund dafür in selbstverschuldeten Mängeln zu suchen.

h) Eignung der Abgrenzung

Ungeachtet dessen, welchen Inhalt die letztlich zu treffende Entscheidung aufweisen wird, ist allerdings vorrangig zu klären, ob es überhaupt sachgerecht ist, an dieser Stelle auf ein formales Abgrenzungskriterium zu setzen. Die Alternative besteht darin, maßgeblich darauf abzustellen, ob sich der Verband für eine kooperative oder für eine konfrontative Verteidigungsstrategie entscheidet. Leitet der Verband die Internen Ermittlungen ein, bevor die Strafverfolgungsbehörden auf den Anlass aufmerksam wurden, so verfügt er diesbezüglich über eine breite Tatsachenbasis. Das ist zwar anders, trägt die Behörde das Geschehen an den Verband heran. Gleichwohl verlangt der Entwurf jedoch vom Unternehmen im Hinblick auf die anderenfalls ausscheidende förmliche Milderung, § 18 VerSanG-E, eine unverzügliche Entscheidung darüber, ob es kooperationsbereit ist. Wird dies verneint, so ist bereits aus Gründen des strafrechtlich abgesicherten Berufsrechts eine Trennung zwischen Verteidigung und Untersuchung unumgänglich. Wenn jedoch umgekehrt die Verteidigung des Verbandes bereit ist, den staatlichen Ermittlungsbehörden alles offen zu legen, so fehlt es an einem inneren Grund dafür, dem

Verband allein aufgrund fehlender formaler Trennung zwischen Verteidigung und Untersuchung die förmliche Milderung gemäß § 18 VerSanG-E zu verweigern.

i) Doppelte Kosten

Ließe das Gesetz dem Verband die freie Wahl seiner Verteidigungsstrategie, so würde sich das Problem mindestens erhöhter Kosten für kleine und mittlere Unternehmen, das Rechtsanwalt Dr. Rosinus wie folgt beschrieb, von selbst quasi in Luft auflösen:

Die immer wieder angeführte Kritik, die funktionale Trennung zwischen Verteidigung und interner Untersuchung erhöhe die Kosten und den Organisationsaufwand für die betroffenen Unternehmen, greift aus praktischer Sicht sicherlich häufig durch. Nicht selten werden derartige Aufwendungen zwar von Versicherungen übernommen. Es wird zu erwarten sein, dass die Zahl der versicherten Unternehmen im Zuge der Einführung des VerSanG-E noch steigen wird. Darüber hinaus müsste auch die beratende Rechtsanwaltskanzlei, die mit der verbandsinternen Untersuchung beauftragt ist, im Rahmen der Verteidigung zusätzliche kostenauslösende Verteidigungsaktivitäten durchführen, zum anderen werden auch die Mitarbeiter des Verbandes über die Ergebnisse der verbandsinternen Untersuchung unterrichtet werden, sodass auch ein Informationsfluss zur Verteidigung möglich erscheint. Es ist jedoch auch selbstverständlich, dass die Unternehmensverteidigung ebenfalls umfassende Sachverhaltsaufklärung betreiben muss, um ihre gesetzliche Aufgabe wahrzunehmen. Daher wird es zu erhöhten Kosten und Verwaltungsaufwand kommen, wenn die Verteidigung eigene interne Untersuchungen durchführen muss.

Zu beachten ist auch, dass etwaige Kosten für die interne Untersuchung sich in aller Regel – wie auch schon im internationalen Vergleich häufig der Fall ist – praktische mildernd auf die Verbandssanktion auswirken dürften.

Statt die vorgesehene funktionale Trennung von Untersuchungsführung und Verteidigung zu streichen, wäre es vor diesem Hintergrund und auch wegen der „prozessualen Waffengleichheit“ begrüßenswert, das Verhältnis zwischen Unternehmensverteidigung und der die verbandsinterne Untersuchung durchführenden Stelle klarer zu regeln. Der Regierungsentwurf deutet an, dass bei Angehörigen derselben Sozietät keine Mitwirkung oder ein unmittelbarer Zugriff auf Ergebnisse vorliegen darf.⁴⁰ Bis wann soll diese Voraussetzung gelten? Was bedeutet „unmittelbar“? Zudem stellt sich die Frage, ob

⁴⁰ VerSanG-E, S. 99.

diese Voraussetzungen auch dann gelten sollen, wenn die Verteidigung durch eine andere Sozietät durchgeführt wird. Der Gesetzesbegründung ist dies nicht zu entnehmen.

Es dürfte selbstverständlich sein, dass die Unternehmensverteidigung Zugriff zu sämtlichen relevanten Informationen und Unterlagen erhalten muss, die Gegenstand des strafrechtlichen/sanktionserheblichen Sachverhalts sind. Insoweit sollte im Gesetz oder der Gesetzesbegründung klargestellt werden, dass die Verteidigung des Verbandes umfassende Kooperations- und Zugriffsmöglichkeiten im Rahmen der verbandsinternen Ermittlung hat, wenn und soweit damit das Ergebnis der verbandsinternen Ermittlung nicht kompromittiert wird. Insoweit kann auch eine Teilnahme an Mitarbeiterinterviews erfolgen, jedoch die Bewertung derselben durch die Verteidigung nicht in die Ergebnisse der internen Ermittlung einfließen. Ein solches Vorgehen ist auch heute schon gängige Praxis. Eine Kompromittierung der Ergebnisse ist auch schon deshalb nicht zu befürchten, weil die beauftragten Kanzleien schon berufsrechtlich daran gebunden sind, sich strikt gesetzeskonform zu Verhalten. Zudem wird in aller Regel – wie international üblich – der Unternehmensverteidiger die Kommunikation mit der Staatsanwaltschaft führen und auch ggf. die Ergebnisse der verbandsinternen Untersuchung bewerten und mitteilen.

Dennoch wird der potenziell entstehende Beratungs- und Kostenaufwand prognostisch eine Hürde darstellen, die insbesondere kleine und mittelständische Unternehmen davon abhalten könnte, in den Genuss der vertypeten Sanktionsmilderung zu kommen. Umso wichtiger ist es, zu vermitteln, dass auch unterhalb der Anforderungen des § 17 VerSanG-E Milderungsmöglichkeiten bestehen. Die Entwurfsbegründung verweist insofern auf § 15 Abs. 3 Nr. 7 VerSanG-E und § 46 StGB, auf dessen Auslegung Bezug genommen werde.⁴¹ Es wäre wünschenswert, die Voraussetzungen, unter denen Aufklärungsleistungen unterhalb der Schwelle des § 17 Abs. 1 VerSanG-E sanktionsmildernd berücksichtigt werden können, klarzustellen und entsprechend zu kommunizieren. Der pauschale Verweis auf § 46 StGB in der Entwurfsbegründung greift zu kurz und vermittelt den Verbänden keine hinreichenden Anreize zu Aufklärungsbemühungen, auch wenn sie nicht den von § 17 Abs. 1 VerSanG-E geforderten Grad erreichen. Es wäre zu erwägen, auch in § 15 Abs. 3 Nr. 7 VerSanG-E zu Klarstellungszwecken verbandsinterne Untersuchungen als Begriff zu ergänzen. Eine Klarstellung an dieser Stelle des Entwurfs trüge auch der Vorstellung eines abgestuften Anreizsystems Rechnung, in das sich die Regelungen der §§ 16 bis 18 VerSanG-E nach Vorstellung des BMJV einfügen sollen.⁴²

⁴¹ VerSanG-E, S. 96.

⁴² VerSanG-E, S. 97.

j) Differenzierungen bei der Einschränkung des Personenkreises geeigneter Untersucher?

Darüber hinausgehend wäre es im Fall der Beibehaltung zwingender Trennung zwischen Verteidigung und Untersuchung sachgerecht zu prüfen, ob nicht nur die soeben angeführten Präzisierungen vorgenommen werden sollen, sondern ob die Trennung, wird sie schon nicht insgesamt aufgegeben, nicht wenigstens auf große Unternehmen zu beschränken ist.

aa) Über die Berechtigung eines Auskunftsverweigerungsrechts gemäß § 17 Abs. 1 Nr. 5 VerSanG-E ist vorliegend nicht zu streiten. Allerdings fällt auch insoweit auf, dass sich die Begründung des Gesetzesentwurfs mit den damit verbundenen Auswirkungen auf andere Rechtsgebiete nicht vertieft befasst, sondern sich auf eine rein utilitaristische Befürwortung beschränkt.

bb) Unbeschadet dessen, dass es nur wenige Gerichtsentscheidungen zum Spannungsfeld zwischen Informationspflicht gegenüber dem Arbeitgeber oder der Gesellschaft einerseits und der Selbstbelastungsfreiheit einer Auskunftsperson andererseits gibt, sind die unterschiedlichen Interessen mit Händen zu greifen. Zur Erfüllung sowohl der gesellschaftsrechtlichen als auch der strafrechtlichen Pflichten ist ein Verband unter gewissen Umständen zur Aufklärung verpflichtet. Die authentische Informationsquelle besteht aus den Personen, welche an den Geschehnissen beteiligt waren. Ein Unternehmen hat demgemäß ein veritables Interesse an deren wahrheitsgemäßer Aussage. Geradezu umgekehrt haben Beteiligte, die ihre Pflichten verletzt haben, ein Eigeninteresse daran, dass ihre Fehler nicht aufgedeckt werden.

k) Spannungsfeld VerSanG - Arbeitsrecht

Rechtsanwalt Jan-Patrick Vogel, Stellenbosch, nimmt dazu aus arbeitsrechtlicher Sicht Stellung:

aa) Die wichtigste Erkenntnisquelle einer internen Ermittlung war bislang in der Praxis die Mitarbeiterbefragung. In ihnen wird in aller Regel der für die Aufklärung des Rechtsverstoßes notwendige Sachverhalt ermittelt. Den Rechtsrahmen für Mitarbeiterbefragungen in internen Ermittlungen hat bislang allein das Arbeitsrecht gesetzt. Strafrechtliche und/ oder strafprozessuale Normen – insbesondere der nemo-tenetur Grundsatz – waren, so die ganz herrschende Meinung, nicht anwendbar auf die Mitarbeiterbefragungen in internen Ermittlungen. Im Arbeitsverhältnis bestehen eine Vielzahl von Nebenpflichten, deren Inhalt durch die besonderen persönlichen Bindungen zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber geprägt werden (vgl. BAG, Urteil v. 07.09.1995 - 8 AZR 828/93). Die für den Regelungskomplex interne Ermittlungen wichtigsten Nebenpflichten sind z.B. Auskunfts-, Schutz-, Treue- und Schadensabwendungspflichten. Hieraus ergeben sich die folgenden für die Durchführung

von internen Ermittlungen wichtigsten arbeitsrechtlichen Grundsätze:

Die jeweiligen Arbeitnehmer sind grundsätzlich zur Teilnahme an der Mitarbeiterbefragung und zur wahrheitsgemäßen Auskunft verpflichtet. Dies folgt aus § 666 i.V.m. § 675 BGB analog bzw. §§ 611a, 241 Abs. 2 bzw. § 242 BGB.

Inwieweit der Arbeitnehmer sich im Rahmen einer Mitarbeiterbefragung auch selbst belasten muss oder ob ihm ein Auskunftsverweigerungsrecht zu Gute kommt, ist von der Rechtsprechung nicht abschließend geklärt und muss im Einzelfall entschieden werden. Im Rahmen einer Interessenabwägung zwischen dem Auskunftsinteresse des Arbeitgebers einerseits und dem Verweigerungsinteresse des Arbeitnehmers andererseits wird ermittelt, inwieweit eine Pflicht zur Selbstbezichtigung zumutbar ist (vgl. LAG Hamm Urteil v. 3.3.2009 – 14 Sa 1689/08). Ein generelles Recht sich nicht belasten zu müssen, besteht im Arbeitsverhältnis jedoch nicht.

Das Recht einen Anwalt und/ oder ein Mitglied des Betriebsrates zu der Mitarbeiterbefragung hinzuziehen, ist bislang gesetzlich nicht geregelt. Überwiegend wird jedoch die Ansicht vertreten, dass ein solches Recht nicht besteht.

Der Entwurf des Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft (VerSanG) stellt nun erstmals eigene sanktionsrechtliche Anforderungen an die Mitarbeitergespräche in internen Ermittlungen in § 17 Abs. 1 Nr. 5 VerSanG-E nach dem „Fair-Trial-Prinzip“ auf, die zum Teil erheblich von den oben genannten arbeitsrechtlichen Grundsätzen einer Mitarbeiterbefragung abweichen. Wenngleich das VerSanG das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer berührt, statuiert es keine arbeitsrechtlichen Rechte und Pflichten, sondern materielle Voraussetzungen für eine Strafmilderung. Daher dürften die Anforderungen an Mitarbeitergespräche nach dem VerSanG auch nur für verbandsinterne Ermittlungen und die damit verbundene Sanktionsmilderung Geltung beanspruchen, während es bei „normalen“ Mitarbeitergesprächen außerhalb von verbandsinternen Ermittlungen – in denen häufig jedoch bereits erste Anhaltspunkte für ein rechtswidriges unternehmensinternes Verhalten aufgedeckt werden – bei den allgemeinen arbeitsrechtlichen Grundlagen, insbesondere der Auskunftspflicht des Arbeitnehmers bleiben dürfte. Darin steckt auch aus arbeitsrechtlicher Sicht bereits das Grunddilemma des Entwurfs: Es wird nicht hinreichend definiert, ab wann auf die Mitarbeiterbefragung nicht mehr Arbeitsrecht, sondern das Sanktionenrecht des § 17 VerSanG-E anwendbar ist (s.u.). Da die Anwendung des Fair-Trial Grundsatzes aber auch zwingende Voraussetzung für die Strafmilderung des Unternehmens ist, sollte aus Gründen der Rechtsklarheit sowohl für Arbeitnehmer als auch Unternehmen diese Schwelle klar definiert werden.

bb) Ausweislich der Gesetzesbegründung ist primäres Ziel der neuen Regeln für die Mitarbeiterbefragung dem Anliegen der Effizienz der Strafverfolgung zu genügen und den Beweiswert der Mitarbeiterbefragung zu steigern (vgl. Seite 100 f. der Gesetzesbegründung). Die Ausgestaltung des Fair Trial Prinzips berücksichtigt jedoch nicht hinreichend den strukturellen Gegensatz zwischen dem Interesse des Unternehmens an der Sachverhaltsaufklärung und somit Strafmilderung und dem schutzwürdigen Interesse des Arbeitnehmers, sich nicht selbst belasten zu müssen. Dieser Interessengegensatz wird von der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung seit jeher durch eine Einzelfallabwägung gelöst. Das Auskunftsverweigerungsrecht im VerSanG-E macht eine solche Einzelfallabwägung nun unmöglich und tariert nicht mehr die Interessen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer aus, sondern setzt an deren Stelle nahezu absolut das Interesse der Strafverfolgungsbehörden an eine effiziente Strafverfolgung.

cc) Im Einzelnen bedürfen die folgenden Punkte des VerSanG-E einer Prüfung und ggf. Anpassung:

– Die verbandsinterne Untersuchung, bei der die Fair Trial Grundsätze einzuhalten sind, ist nicht hinreichend definiert. Damit ist die Abgrenzung eines „normalen“ Mitarbeitergesprächs von einer Mitarbeiterbefragung im Rahmen einer verbandsinternen Untersuchung nur unzureichend möglich. Der zu einer internen Untersuchung führende „Anfangsverdacht“ wird häufig in informellen Mitarbeitergesprächen im Vorfeld der eigentlichen Untersuchung manchmal sogar durch Zufall gewonnen. Sind diese Informationen dann in der verbandsinternen Untersuchung noch verwertbar, wenn die in Nr. 5 geforderten Hinweis-/ und Aufklärungspflichten mangels Beginn der verbandsinternen Untersuchung (noch) nicht eingehalten wurden oder ist bereits dann eine Milderung der Verbandssanktion ausgeschlossen? Zur Beseitigung dieser Rechtsunsicherheit sollte der Gesetzgeber definieren, was eine verbandsinterne Untersuchung ist bzw. ab welchem Punkt diese beginnt und somit die Hinweis-/ und Aufklärungspflichten eingehalten werden müssen. Ferner sollte eine Klarstellung dergestalt erfolgen, dass die Ergebnisse der „Vorfeldermittlungen“ auch ohne Einhaltung der Hinweis-/ Aufklärungspflichten im Rahmen der internen Untersuchung verwertbar sind und somit das Vollständigkeitspostulat des § 17 Abs. 4 VerSanG-E erfüllt ist.

– Die Fair-Trial Grundsätze sind aufgrund ihres sanktionsrechtlichen Charakters unpassend für das Arbeitsverhältnis, da dieses durch das besondere Vertrauensverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer geprägt wird. Daher sollte in den Entwurf aufgenommen werden, dass die Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis, insbesondere Auskunfts-/ Schadensabwendungspflichten von den Fair-Trial Grundsätzen unberührt bleiben.

– *Die Fair-Trial Grundsätze sind als Regelbeispiele zu unbestimmt; sie sollten aus Gründen der Rechtsklarheit enumerativ definiert werden.*

– *Der aus arbeitsrechtlicher Sicht größte Kritikpunkt ist das Auskunftsverweigerungsrecht des Befragten und eine diesbezügliche Belehrungspflicht des Arbeitgebers oder des von ihm Beauftragten gemäß § 17 Abs. 1 Nr. 5 c). Im Regierungsentwurf ist das Verhältnis zwischen dem Auskunftsverweigerungsrecht und der in der Regel bestehenden arbeitsrechtlichen Auskunftspflicht nicht definiert. Wie verhält es sich zum Beispiel, wenn der Arbeitnehmer von seinem Auskunftsverweigerungsrecht Gebrauch macht, er arbeitsrechtlich aber zu Auskunft verpflichtet wäre? Kann das Unternehmen dann ggf. Schadenersatzansprüche geltend machen, weil es die Verbandstat deshalb nicht aufklären konnte und somit keine Sanktionsmilderung erhielt (vgl. § 17 Abs. 1 Nr. 1 VerSanG-E)? Muss der sich auf das Auskunftsverweigerungsrecht berufende Arbeitnehmer ggf. mit einer Kündigung seines Arbeitsverhältnisses rechnen bei bestehender Auskunftspflicht? Wie soll der Arbeitgeber ohne staatliche Ermittlungsbefugnisse nachprüfen können, ob das Auskunftsverweigerungsrecht tatsächlich besteht oder ob es vom Arbeitnehmer nur vorgeschoben wurde? Wer trägt das Risiko bei nicht vorliegendem Auskunftsverweigerungsrecht? Der Arbeitnehmer, der ggf. bei nur behaupteten Auskunftsverweigerungsrecht mit Schadenersatzansprüchen und Kündigung konfrontiert wird oder der Arbeitgeber, der bei nicht bestehenden Auskunftsverweigerungsrecht keine Strafmilderung erreichen kann?*

dd) Die Pflicht auf das Auskunftsverweigerungsrecht hinzuweisen, ist im Arbeitsverhältnis deplatziert. Das Arbeitsverhältnis ist ein freiwillig eingegangenes Rechtsverhältnis, das nicht mit der Zwangslage in einer Vernehmungssituation zu vergleichen ist. Eine der staatlichen Vernehmungssituation nachempfundene formelle Belehrungspflicht – so wie im VerSanG-E vorgesehen – kann das Vertrauensverhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber nachhaltig schädigen. Dies hat nicht nur Auswirkungen auf die verbandsinterne Untersuchung, sondern kann ggf. auch darüber hinaus auch Auswirkungen auf das Arbeitsverhältnis generell haben. Die bisherige Praxis von verbandsinternen Untersuchungen hat gezeigt, dass für die Aufklärung des Sachverhalts wesentlich ist, ein Vertrauensverhältnis in der Befragungssituation herbeizuführen. Es ist daher zu erwarten, dass die Arbeitnehmer die formal von ihrem Arbeitgeber oder von dessen Beauftragten – wie von der Strafverfolgungsbehörde – „belehrt“ werden, sich einer Vernehmungssituation ausgesetzt fühlen und daher aus Furcht belangt zu werden, sich eher auf das Auskunftsverweigerungsrecht berufen werden. Dies hat zum einem zur Folge, dass verbandsinterne Untersuchungen nur selten Erfolg haben werden

und die Arbeitnehmer unsicher bleiben, ob sie sich zu Recht auf das Auskunftsverweigerungsrecht berufen haben.

ee) Ferner kann das Auskunftsverweigerungsrecht Widersprüche zum arbeitsrechtlich anerkannten Institut der Verdachtskündigung begründen. Wird der Arbeitnehmer nicht als Zeuge, sondern als derjenige vom Arbeitgeber angehört, dem das rechtswidrige Verhalten vorgeworfen wird, so kann das Auskunftsverweigerungsrecht dazu führen, dass eine Verdachtskündigung ggf. unwirksam wäre, wenn der Arbeitnehmer sich weigert an der Sachverhaltsaufklärung mitzuwirken. In der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung ist bislang anerkannt, dass der Arbeitnehmer das Risiko einer von ihm verschuldet nicht durchgeführten Anhörung trägt und daher mit der Wirksamkeit der Verdachtskündigung rechnen muss. In den Entwurf des VerSanG-E sollte daher noch klarstellend mit aufgenommen werden, dass das Auskunftsverweigerungsrecht die bisherigen Grundsätze der Verdachtskündigung unberührt lässt.

ff) Das in der Gesetzesbegründung angesprochene Anreizmodell (Seite 102) bleibt aus arbeitsrechtlicher Sicht unklar. Während der Arbeitgeber durch die Aussicht einer Strafmilderung angereizt werden soll, den Sachverhalt selbst aufzuklären, wird nicht deutlich welchen Anreiz der Arbeitnehmer an der Sachverhaltsaufklärung haben soll. Im Gegenteil: das VerSanG-E mindert die Anreize für den Arbeitnehmer an der Sachverhaltsaufklärung teilzunehmen, da es die vormals in der Regel bestehende Auskunftspflicht durch ein generelles Auskunftsverweigerungsrecht ersetzt. Der Arbeitnehmer wird dadurch nicht einmal mehr durch das Erfüllen der Auskunftspflicht und somit durch das Entfallen eines Kündigungsgrundes angereizt, an der Sachverhaltsaufklärung teilzunehmen.

gg) Vorschlag: das generelle Auskunftsverweigerungsrecht sollte in dem Sinne modifiziert werden, dass es nicht besteht, wenn die Interessen des Arbeitgebers an der Sachverhaltsaufklärung überwiegen (z.B. wenn der Arbeitnehmer „nur“ eine geringe Ordnungswidrigkeit zu befürchten hat, seine Auskunft für den Fortgang der internen Ermittlung aber überragende Bedeutung hat). Zusätzlich könnte dem Arbeitnehmer, der auf sein Auskunftsverweigerungsrecht verzichtet und somit zur Sachverhaltsaufklärung wesentlich beiträgt durch des VerSanG in Aussicht gestellt werden, persönlich nicht weiter verfolgt zu werden, ähnlich einer Kronzeugenregel. In jedem Fall sollte der Entwurf aber eine Regelung enthalten, welche der Unternehmensleitung größere Rechtssicherheit in Bezug auf Amnestievereinbarungen gewährt. Die Unternehmensleitung, die im Rahmen von Amnestievereinbarungen, z.B. gegenüber den Arbeitnehmern auf Schadensersatzansprüche verzichtet, um somit den Sachverhalt aufklären zu können, sollte von einer organschaftlichen Pflichtverletzung wegen des Verzichts zivil- und strafrechtlich im VerSanG freigestellt werden.

– Das in § 17 Nr. 5 c) VerSanG-E geregelte Recht, generell einen anwaltlichen Beistand oder Mitglied des Betriebsrates zur Mitarbeiterbefragung hinzuziehen, ist dem Arbeitsrecht fremd. Arbeitsrechtlich ist umstritten, ob ein Recht besteht, einen Anwalt zu der Mitarbeiterbefragung hinzuziehen (vgl. Grimm in NZA 2019, 1534, 1535). Das generell Recht der Arbeitnehmer einen Anwalt hinzuziehen, ungeachtet einer Gefährdungslage des Arbeitnehmers, könnte die verbandsinterne Untersuchung schnell überfrachten. Es gibt viele verbandsinterne Untersuchungen, in denen eine Vielzahl von Arbeitnehmern befragt wird, bei denen eine „Beschuldigtenstellung“ fernliegend ist (z.B. bei § 266a StGB: bei der Frage, ob Fremdpersonal abgrenzungssicher eingesetzt wurde, scheidet eine Beschuldigtenstellung der das Fremdpersonal einsetzenden Arbeitnehmer bereits an der mangelnden Organstellung aus.) Deshalb sollte das VerSanG-E bei der Frage nach dem Recht auf anwaltlichen Beistand danach differenzieren, ob der Arbeitnehmer als Beschuldigter bzw. „gefährdeter Zeuge“ oder einfacher Zeuge befragt werden soll. Das hätte auch den Vorteil eines größeren Gleichlaufs mit dem Arbeitsrecht. Es ist nämlich unstrittig, dass der „Beschuldigte“ im Rahmen der Anhörung im Vorfeld einer Verdachtskündigung das Recht hat, einen Anwalt hinzuzuziehen (vgl. BAG, Urteil vom 13. 3. 2008 - 2 AZR 961/06; LAG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 16. 12.2010 – 2 Sa 2022/10).

hh) Das Recht auf Hinzuziehung eines Betriebsratsmitglieds sollte hingegen nicht aufgenommen werden. Zum einen bestehen außerhalb der in §§ 81ff. BetrVG verankerten Mitwirkungs- und Beschwerderecht des Arbeitnehmers keine Beteiligungsrechte des Betriebsrates an Mitarbeiterbefragungen in internen Ermittlungen (vgl. Grimm in NZA 1534, 1535). Zum anderen ist der Betriebsrat zumal bei arbeitsstrafrechtlichen Fällen nicht ohne Interessenkonflikte und hat häufig ein eigenes Interesse an dem Ausgang der internen Untersuchung.

– Eigenständige datenschutzrechtliche Regelungen enthält das VerSanG-E nicht. Lediglich § 34 VerSanG-E enthält eine Erlaubnisnorm, welche die Verwendung von personenbezogenen Daten im Sanktionsverfahren legitimiert. Hiermit ist keine Erlaubnis zur Verarbeitung von personenbezogenen Daten bei einer verbandsinternen Ermittlung verbunden. Jedoch hat auch § 16 VerSanG-E datenschutzrechtliche Folgewirkungen, da personenbezogene Daten zum einen durch die Mitarbeiterbefragung erhoben werden und zum anderen durch die Übergabe der Ermittlungsdokumente an die Strafverfolgungsbehörden übermittelt werden. Während die Übermittlung der Ergebnisse der verbandsinternen Untersuchung an die Verfolgungsbehörde ggf. noch auf der Grundlage von Art. 6 Abs. 1 lit. c) DSGVO gerechtfertigt sein könnte, fehlt eine Erlaubnisnorm für die Erhebung der personenbezogenen Daten im Rahmen der Mitarbeiterbefragungen im VerSanG-E. Um die ohnehin schon großen Rechtsunsicherheiten für das Unternehmen zu vermindern, sollte im VerSanG-E eine

ausdrückliche gesetzliche Grundlage für die Verarbeitung von personenbezogenen Daten im Rahmen der verbandsinternen Ermittlung aufgenommen werden.

– *Ebenfalls begrüßenswert wäre es, wenn im VerSanG geregelt würde, inwieweit bei verbandsinternen Untersuchungen auch der Zugriff auf E-Mail-Postfächer von Arbeitnehmern durch den Arbeitgeber oder den beauftragten Dritten zulässig ist, da diese Frage derzeit ebenfalls mit erheblichen Rechtsunsicherheiten belegt ist.*

Aus strafrechtlicher Sicht ergänzt Rechtsanwalt Dr. Rosinus diese Ausführungen wie folgt:

Die Möglichkeit eines Auskunftsverweigerungsrechts nach § 17 Abs. 1 Nr. 5 VerSanG-E für Mitarbeiterbefragungen im Rahmen der verbandsinternen Untersuchung ist sachgerecht. Zutreffend ist, dass Mitarbeiterinterviews bei verbandsinternen Untersuchungen regelmäßig einen wesentlichen Teil ausmachen. Da der Verband auch gesellschaftsrechtlich zur Aufklärung internen Fehlverhaltens verpflichtet ist, kollidiert ein Auskunftsverweigerungsrecht zwangsläufig mit der Aufklärungspflicht der Unternehmensführung, die dadurch insoweit begrenzt wird. Zwangsläufig werden damit auch die Kooperationspflicht und die Wahrheitsfindung begrenzt.

*Wünschenswert wäre eine Klarstellung, dass Informationen aus Mitarbeiterinterviews, die (zunächst) nicht im Rahmen einer verbandsinternen Untersuchung zum Zwecke der Aufklärung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten erhoben wurden, für den Fall eines „Umschlagens“ in einen strafrechtlich relevanten Sachverhalt nicht ohne Zustimmung der betroffenen Mitarbeiter*innen verwertet werden dürfen.*

I) Erhebliche Weite der Milderungsmöglichkeit

Den Umfang der förmlichen Milderung legt § 18 VerSanG-E u.a. auf die Halbierung des Strafrahmens und das Entfallen etwaigen erhöhten Mindestmaßes fest. Dies kann in der Kombination mit der vorgesehenen Höhe der Geldsanktion von bis zu 10 % des Jahresumsatzes den Verband faktisch zur Kooperation zwingen, weil ihm die Milderung anderenfalls entginge. Es wäre indes rechtssicherer und entspräche zudem dem Resozialisierungsgedanken, bereits die Sanktionsdrohung selbst auf ein Maß zu reduzieren, welches die Existenzgefährdung des Verbandes ausschließt, und das Erreichen dieser Notwendigkeit nicht wie nach bei dem jetzigen Stand des VerSanG-E der Sanktionszumessung im jeweiligen Verfahren zu überantworten.

10. Zu §§ 19 und 20 VerSanG-E

Zu den vorgesehenen Regelungen über Tateinheit und Tatmehrheit äußert sich Prof. Dr. Dr. h.c. Waßmer wie folgt:

a) Zu § 19 VerSanG-E

Die Regelung des § 19 Nr. 2 VerSanG-E zur Tateinheit soll in Fällen, in denen mehrere Leitungspersonen oder mehrere Nicht-Leitungspersonen des Verbandes eine Verbandstat begangen haben, dem Umstand Rechnung tragen, dass es sich „bei natürlicher Betrachtungsweise“ um eine einzige Tat handelt, unabhängig davon, ob mehrere Personen als Täter oder Teilnehmer beteiligt sind oder mehrere Personen unabhängig voneinander als Nebentäter handeln; der Verband soll demzufolge nur einmal sanktioniert werden.⁴³ Ob diese Regelung tatsächlich „inhaltlich der Rechtslage nach § 30 OWiG“ entspricht,⁴⁴ erscheint jedoch mit Blick auf die praktischen Ergebnisse fraglich. Denn in den Fällen, in denen das Unterlassen angemessener Aufsichtsmaßnahmen die Begehung von realkonkurrierenden Straftaten durch Nicht-Leitungspersonen begünstigt hat, ist der Verband nicht mehr bloß (mittelbar) für die durch seine Leitungspersonen begangene Aufsichtspflichtverletzung nach §§ 30, 130 OWiG verantwortlich, sondern er muss nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E (unmittelbar) für alle Verbandstaten der Nicht-Leitungspersonen eintreten. Daher wird viel häufiger als bisher Tatmehrheit (§ 20 VerSanG-E) vorliegen, wodurch die Verbände erheblich schärfer sanktioniert werden.

b) Zu § 20 VerSanG-E

Die Regelung des § 20 Abs. 1 VerSanG-E zur Tatmehrheit sieht vor, dass gegen den Verband eine „Gesamtsanktion“ verhängt wird, wenn mehrere realkonkurrierende Verbandstaten von einer Person oder von mehreren Personen begangen worden sind und diese gemeinsam abgeurteilt werden; damit soll eine angemessenere Ahndung von Tatmehrheit ermöglicht werden.⁴⁵ Dieses Ziel droht allerdings verfehlt zu werden, da die Gesamtsanktion in Anlehnung an die „wesentlichen Grundsätzen des § 54 StGB“⁴⁶ durch „Erhöhung der höchsten Einzelsanktion“ gebildet werden soll (§ 20 Abs. 2 S. 1 VerSanG-E). Selbst wenn die Gesamtsanktion zwar weder die Summe der Einzelsanktionen erreichen noch das Doppelte des anwendbaren „höchsten Höchstmaßes“ übersteigen darf (§ 20 Abs. 2 S. 3 und 4

⁴³ VerSanG-E, S. 104.

⁴⁴ VerSanG-E, S. 103 f.

⁴⁵ VerSanG-E, S. 104.

⁴⁶ VerSanG-E, S. 104.

VerSanG-E), kann sie damit bei vorsätzlichen Verbandstaten bis zu 20 Mio. € betragen (§ 8 Abs. 1 Nr. 1 VerSanG-E) und bei einem Verband mit einem durchschnittlichen Jahresumsatz von mehr als 100 Mio. € sogar bis zu 20 % des durchschnittlichen Jahresumsatzes (§ 8 Abs. 2 Nr. 1 VerSanG-E) erreichen. Diese Sanktionshöhe begegnet im Hinblick auf das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, das Verhältnismäßigkeitsprinzip und den Grundsatz des schuldangemessenen Strafens erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken. Zweckmäßiger erscheint es, die Begehung realkonkurrierender Verbandstaten im Rahmen der Zumessung der Verbandssanktionen schärfend zu berücksichtigen. Die Bildung einer Gesamtsanktion in Anlehnung an § 54 StGB macht wenig Sinn, da die Einzelstrafen des StGB mit den vorgesehenen Verbandsgeldsanktionen nicht vergleichbar sind.⁴⁷

11. Zu § 21 VerSanG-E

a) Ruhen der Verjährung nur nach Verdachtseröffnung

Zwecks Vermeidung einer zeitlich unkalkulierbar langen Verzögerung des Ablaufs der Verfolgungsverjährung wäre eine Modifikation der Ruhensregelung des § 21 Abs. 2 Nr. 1 VerSanG-E dahingehend angebracht, dass die Bestimmung nur dann gilt, wenn zuvor ein Verbandsverfahren zumindest eingeleitet worden ist. Damit der Verband nicht auch nach Ablauf der Regelverjährungsfrist noch von der Aufnahme von Ermittlungen überrascht werden kann, wäre es überdies angebracht, als zusätzliche Voraussetzung die Bekanntgabe der Einleitung des Verbandsverfahrens festzulegen.⁴⁸ Die Nr. 1 könnte neu wie folgt lauten:

„Solange die Verjährung der Verbandstat ruht, nachdem die Einleitung eines Verbandsverfahrens dem Verband von der Verfolgungsbehörde mitgeteilt worden war, [...]“

Unter einer solchen Modifikation würde die Effektivität der Verbandsverfolgung nicht leiden, weil in aller Regel Eilmaßnahmen zum Zwecke der Beweissicherung vor Eintritt des Ruhenstatbestands nicht nur vorgenommen werden, sondern auch vorgenommen werden dürfen. Demgemäß steht es der Verfolgungsbehörde frei, darüber zu befinden, ob es Anhaltspunkte für Beweismittelverluste gibt oder nicht. Ersterenfalls ist sie handlungsfähig, anderenfalls ist die Aufklärung ohnehin nicht gefährdet, so dass die Einleitung des Verbandsverfahrens dem Verband auch aus der Sicht Ermittlungsbehörde

⁴⁷ Rübenstahl, ZWH 2019, 233, 242.

⁴⁸ Vgl. Rübenstahl, ZWH 2019, 233, 243 f.

mitgeteilt werden kann, ohne das Verfahren zu gefährden.

b) Nebenwirkungen eines ruhenden Verfahrens

Allein damit wäre allerdings ein weiteres Problem noch nicht gelöst. Börsennotierte Unternehmen und solche, die an Ausschreibungen teilnehmen, unterliegen erhöhter Publizität. Sie sind demgemäß verpflichtet, von sich aus über das Verfahren zu informieren. Da aber Ermittlungen aufgrund der Ruhenstatbestände möglicherweise über einen erheblichen Zeitraum hinweg nicht vorgenommen werden können, verlängerte sich nicht nur die Dauer des täglich zunehmenden Reputationsschadens, sondern vor allem auch die aufgrund der bekanntgewordenen Einleitung des Verbandsverfahrens eingetretene rechtliche oder auch nur faktische Vergabesperre.

Da jedenfalls in der Zeit des Ruhens des Laufs der Verjährungsfrist gem. § 21 Abs. 2 Nr. 1 VerSanG-E der Staatsanwaltschaft der Abschluss des Verbandsverfahrens bereits aus Rechtsgründen unmöglich sein kann, jedenfalls faktisch unterbleiben wird und dem betroffenen Verband dagegen keine rechtlich wirksame Handhabe zur Verfügung steht, ist es angezeigt, die einschlägigen Registerregeln dahingehend zu ergänzen, dass eine Eintragung unter den Umständen jedenfalls des § 21 Abs. 2 Nr. 1 VerSanG-E getilgt oder zumindest von den Möglichkeiten der Kenntnisnahme seitens Dritter ausgenommen wird. Gleiches dürfte sich auch für den ein oder anderen Ruhenstatbestand gemäß § 21 Abs. 2 Nr. 2 VerSanG-E als notwendig erweisen. Ergänzend ist dem Verband auch in solchen Konstellationen zu gestatten, in Ausschreibungen zu verneinen, dass ein Verbandsverfahren gegen ihn geführt werde.

c) Weiterungen

Dass damit das Problem des „Verfahrens als Strafe“ nicht ausgeschöpft ist, sondern sich überall dort in einem die Existenz des Verbands gefährdenden Maße stellt, wo sich das Verbandsverfahren, wie leider zu vermuten ist: regelmäßig, über längere Zeit hinzieht, ist bereits an anderer Stelle ausgeführt (vergleiche dazu oben II 2 b).

d) Unterschiedliche Maßstäbe

Mit Rübenstahl⁴⁹ ist hier zudem auf die dogmatische Ungereimtheit hinzuweisen, dass sich zwar der

⁴⁹ ZWH 2019 233, 243.

Lauf der Verjährungsfrist an der Schwere der Verbandstat orientiert, nicht aber die Höhe der Verbandssanktion.

12. Zu § 22 VerSanG-E

Die Notwendigkeit, die Frist zur Vollstreckungsverjährung auf zehn Jahre und für besonders schwere Fälle sogar auf 20 Jahre festzulegen, wird in der Begründung des Gesetzesentwurfs nicht näher dargelegt, erschließt sich allerdings nicht von selbst und erscheint aus Sachgründen als nicht erforderlich. Anders als eine natürliche Person kann ein Verband nicht fliehen. Wenn er unerreichbar ist, kann er auch nicht mehr wirtschaftlich tätig sein. Beiseite geschaffte Taterträge oder deren Wert unterliegen für die noch längere Frist von 30 Jahren, § 76b StGB, der Einziehung. Wurden dem Verband vor seiner Auflösung Vermögenswerte entzogen, so erfüllten die handelnden Personen damit Straftatbestände wie Untreue oder Insolvenzdelikte, so dass es den Verfolgungsbehörden im Ergebnis auch möglich ist, auf ehemals dem Verband zustehendes Legalvermögen 30 Jahre lang zuzugreifen.

Überdies ruht die Frist zum Eintritt der Vollstreckungsverjährung bei Gewährung von z. B. Ratenzahlung, § 22 Abs. 4 Nr. 4 VerSanG-E.

Angesichts dieser Umstände stellt sich die Frage, ob eine gesonderte Frist zum Eintritt der Vollstreckungsverjährung überhaupt notwendig ist. Dass dies aus der Sicht der Vollstreckungsbehörde geboten wäre, erschließt sich nicht. Wohl aber bedarf es zum Schutz des verurteilten Verbandes der Festlegung einer solchen Frist. Es dürfte auch den Belangen der Vollstreckungsbehörde genügen, sie auf ein Jahr festzusetzen.

13. Zu §§ 23 VerSanG-E

a) Erforderliche Zusatzqualifikationen

Die materiellrechtlichen wie die verfahrensrechtlichen Regeln zur Verfolgung eines Verbandes sind in vielerlei Hinsicht deutlich komplexer als es Straf- und strafprozessualen Vorschriften in Bezug auf natürliche Personen sind. In konfrontativ geführten Verfahren bedarf es deshalb besonderer und über das Straf- wie das Sanktionenrecht hinausgehender Kenntnisse der zuständigen Staatsanwälte und Richter.

Gerade deshalb besteht die Gefahr, dass die Justiz die vom VerSanG-E vorgesehenen konsensualen Erledigungsmöglichkeiten mit den ihr zur Verfügung stehenden Mitteln zu realisieren versucht. Die Gefahr der Ausübung unangemessenen und verfassungswidrigen Drucks steigt proportional mit der fehlenden Qualifikation des eingesetzten Justizpersonals. Umso nötiger ist es deshalb, Vorsorge dafür zu treffen, dass die zuständigen Richter und Staatsanwälte über das erforderliche Wissen verfügen.

b) Konzentrationszuständigkeiten ?

Ob deshalb spezielle „Abschöpfungsgerichte“ nebst ihnen angegliederten spezialisierten Staatsanwaltschaften geschaffen werden müssten, kann an dieser Stelle nicht näher geprüft werden. Jedenfalls ist nicht ersichtlich, wie das erforderliche umfangreiche rechtliche Wissen bei der Vielzahl derjenigen Staatsanwälte und Richter präsent sein soll, deren Alltag vor allem von der Klärung von Tatsachenfragen geprägt ist.

Unter diesen Umständen spricht wenig für die vom Entwurf vorgesehene weitgehende Dezentralisierung sowohl der staatsanwaltschaftlichen als auch der gerichtlichen Zuständigkeiten mit der Verteilung auch auf allgemeine oder anderweit spezialisierte Strafkammern wie Schwurgerichts- oder Staatsschutzkammern.

Es ist allerdings eine offene Frage, in welcher Form die notwendigen Fachkenntnisse von der jeweiligen Materie mit dem Spezialwissen für die Verfolgung von Verbänden und der damit verbundenen Abschöpfung von Vermögen sachgerecht kombiniert und gestaltet werden könnte.

Die Komplexität gerade der Verfolgung von Verbänden und die diesen drohende Existenzvernichtung allein durch Bekanntwerden der Ermittlungen, erst recht der Vornahme sichernder Maßnahmen vor Eintritt rechtskräftiger Verurteilung, steht jedoch ohne ernsthaften Zweifel der Zuständigkeit der Befassung seitens der Amtsanwälte und des darauf nicht spezialisierten Personals der Bußgeld- und Strafsachenstellen der Finanzbehörden entgegen).⁵⁰

c) Zu § 24 VerSanG-E

Nach dem Vorbild des Ordnungswidrigkeitengesetzes verweist der Entwurf pauschal auf die subsidiäre

⁵⁰ Rübenstahl, ZWH 2019, 265, 266 f.

Geltung der Vorschriften der allgemeinen Gesetze über das Strafverfahren, namentlich der Strafprozessordnung und des Gerichtsverfassungsgesetzes, § 24 Abs. 1 VerSanG-E. Das erscheint in dieser Form allerdings als deutlich problematisch, weil es doch wesentliche Unterschiede zwischen der Strafbarkeit einer natürlichen Person und der repressiven Verantwortlichkeit eines Verbandes gibt und beides keineswegs immer zusammenfällt.

Aufgrund dessen wäre es geboten, sich in der Begründung des Entwurfs mit den in Betracht kommenden strafprozessualen und gerichtsverfassungsrechtlichen Regeln und deren Übertragung auf das Verbandsverfahren auseinanderzusetzen. Dies ist nicht geschehen. Es kann an dieser Stelle nicht, sollte aber im weiteren Gesetzgebungsverfahren unbedingt nachgeholt werden. Dabei ist auch klärungsbedürftig, ob und unter welchen Umständen sich gegen beim Verband tätige individuelle Personen eingeleitete strafprozessuale Zwangsmaßnahmen auch gegen den Verband als solchen richten dürfen. Beispielhaft sei hier der Einsatz verdeckter Ermittler, § 110a StPO, genannt. Missbraucht etwa eine Führungsperson eines ebenso angesehenen wie seriösen Unternehmens die ihm faktisch zur Verfügung stehenden Spielräume, um mit Betäubungsmitteln zu handeln, so diskreditiert dies den Verband ebenso wenig wie es gerechtfertigt ist, Finanzämtern nur deshalb mit allgemeiner Skepsis zu begegnen, weil es Fälle gab, in denen Finanzbeamte sich hinter erfundenen Personen und Sachverhalten verbargen, um privat für sich Steuererstattungen zu kassieren.

Dass sich Ermittlungen in derartigen Ausreißer-Situationen gegen die verdächtigen Individualpersonen richten dürfen, ist ebenso einsichtig wie die Notwendigkeit, die damit verbundenen Eingriffe und Belastungen in die Rechte und Interessen ihres Arbeitgebers zu minimieren. Die damit verbundene Abgrenzungsnotwendigkeit steht (über § 24 Abs. 2 VerSanG-E hinausgehend) im weiteren Gesetzgebungsverfahren noch an.

14. Zu §§ 25 f. VerSanG-E

Insoweit ist lediglich anzumerken, dass es wünschenswert erscheint, nicht nur die Möglichkeit von Zuständigkeitskonzentrationen zu eröffnen, sondern weitergehende Vorsorge dafür zu treffen, dass von deren Zulässigkeit tunlichst immer Gebrauch gemacht wird.⁵¹

⁵¹ Rübenstahl, ZWH 2019, 265, 267 f.

15. Zu §§ 27 VerSanG-E

a) Notwendiger materieller Begriff der „Verteidigung“

Rechtsanwalt Dr. Daniel Travers, Düsseldorf, plädiert wie folgt für einen materiellen Begriff von Verteidigungsunterlagen (s.a. unten III 35 c):

„Nach dem Entwurf sollen Materialien interner Untersuchungen, jedenfalls soweit diese vor der Begründung einer förmlichen Beschuldigtenstellung des Verbands entstanden sind, der Beschlagnahme unterliegen (vgl. Entwurfsbegründung, S. 137 f.). Eine so weitgehende Beschlagnahmemöglichkeit bedeutete indes eine Aushöhlung der Beschuldigtenrechte. Das Unternehmen muss bei Hinweisen auf Fehlverhalten dieses in einem rechtlich geschützten Rahmen aufklären und eine Verteidigungsstrategie vorbereiten können.

...

Unterlagen, die zu Zwecken der Verteidigung des Verbandes in einem erwarteten Sanktionsverfahren angefertigt werden, müssen zudem dem Schutz des § 148 StPO unterliegen, unabhängig davon, ob ein Sanktionsverfahren bereits eingeleitet wurde oder bei Behörden ein Verdacht bereits besteht.“

b) Fehlende Ausgewogenheit

Die Rechtsanwälte Dr. Bott und Dr. Kohlhof, Düsseldorf, sehen insgesamt das Verhältnis zwischen der Intensität der Eingriffe in die Rechte des Verbandes einerseits und deren Verteidigungsrechte andererseits als nicht ausgewogen an:

Unabhängig von der Frage, ob ein schuldkonformes Unternehmensstrafrecht legitimierbar oder sinnvoll ist,⁵² prägt den Entwurf eine dogmatische Rosinenpickerei. Er schwächt die Rechte von Verbänden, indem er die Voraussetzungen der Sanktionierung senkt, andererseits nicht klar definiert, dass sich die Spielregeln für die Verteidigung an den etablierten strafrechtlichen Grundsätzen orientieren. Als Folge des in § 24 Abs. 1 VerSanG-E i.V.m § 152 Abs. 2 StPO normierten Legalitätsprinzips dürften sich Verbände häufiger in Ermittlungsverfahren wiederfinden. Die niedrige Schwelle des Anfangsverdachts löst allerdings im klassischen Straf(prozess)recht auch umfangreiche Verteidigungsrechte aus. Hier ist das nicht so. Der Entwurf gesteht eine verfahrensrechtliche Gleichstellung nur sehr bedingt zu. Zwar

⁵² Böse, ZStW 126 (2014), 132 (passim); Bubnoff, ZEuS 2004, 447 (455); Engelhart, NZWiSt 2015, 201 (207 ff.); Grützner, CCZ 2015, 56 (59 ff.); Kohlhof, Die Legitimation einer originären Verbandsstrafe, S. 205; Kubiciel, ZRP 2014, 133 (133 f.); Kubiciel/Hoven, Entwurf, S. 162; Leipold, ZRP 2013, 34 (37). Kutschaty, ZRP 2013, 74 (74 ff.).

stellt er den Verband einem Beschuldigten gleich (§§ 28, 33 Abs. 1 VerSanG-E). Gleichzeitig werden, Stichwort: Beschlagnahmeverbote im Zusammenhang mit anwaltlichen Tätigkeiten, die Rechte des Verbandes aber doch klar von denen eines „normalen“ Beschuldigten unterschieden.⁵³ Das wirft die Frage auf, ob, wer, wie § 8 VerSanG-E das vorsieht, entschieden bestraft werden können soll, nicht auch das Recht haben muss, sich entschieden zu verteidigen.

...

Nach § 46 Abs. 1 VerSanG-E i.V.m § 254 Abs. 1 StPO sollen richterliche Protokolle von Erklärungen des gesetzlichen Vertreters zum Zweck der Beweisaufnahme über ein Geständnis verlesen werden können. Dasselbe kann bei auftretenden Widersprüchen gelten, § 46 Abs. 1 VerSanG-E i.V.m § 254 Abs. 2 StPO. Der Entwurf stellt den gesetzlichen Vertreter des Verbandes hier klar (und zu seinem Nachteil) einem Individualangeklagten gleich. Eine Zurechnung findet hier unmittelbar statt. Das erscheint insofern inkonsequent, als § 46 Abs. 2 VerSanG-E i.V.m § 251 StPO einen Entscheidungsvorbehalt des Verbandes kennt. Auch § 46 Abs. 3 VerSanG-E enthält eine dem Unternehmen nachteilige Regelung. Die Vorschrift stellt klar, dass die im Individualverfahren zu beachtende Schranke des § 252 StPO bei einem in der Hauptverhandlung geltend gemachten Aussageverweigerungsrecht des gesetzlichen Vertreters nicht anwendbar ist.

16. Zu § 28 VerSanG-E

Dass seine gesetzlichen Vertreter den Verband im Sanktionsverfahren vertreten, ist konsequent. Dass es dabei allerdings zu Komplikationen kommen kann, erkennt die Begründung (S. 121) an. Sie geht allerdings unausgewogen damit um, wenn sie es einerseits als ausreichend betrachtet, dass einer von mehreren Vertretungsbefugten für den Verband im Verfahren anwesend ist, dies andererseits aber auch dann nicht für ergänzungsbedürftig hält, wenn Gesamtvertretung vorgesehen ist. Die Begründung sieht es als unproblematisch an, dass es dem Verband in dieser Situation unmöglich ist, sogar einer Einstellung gegen Auflagen zuzustimmen. Dabei darf es im Verlauf des weiteren Gesetzgebungsverfahrens nicht sein Bewenden haben.

17. Zu § 29 VerSanG-E

Die Notwendigkeit, im Bedarfsfall einen Besonderen Vertreter zu bestimmen, der die prozessualen

⁵³ Vgl. VerSanG-E, S. 137.

Rechte des Verbandes im Verfahren wahrnimmt, ist unmittelbar einsichtig. Erkennbar ist aber auch die damit verbundene, nahezu unbegrenzte Rechtsmacht gegenüber dem Verband. Die somit eröffneten Missbrauchsmöglichkeiten dürfen nicht als gering abgetan werden. Es ist demgemäß erforderlich, bei der Auswahl eines derartigen Besonderen Vertreters besondere Sorgfalt walten zu lassen und zudem sein Vorgehen zu überwachen, abgesichert von der Möglichkeit (theoretisch) jederzeitiger Abberufbarkeit.

Den denkbaren Gefahren könnte mit besonderen verfahrensrechtlichen Regelungen begegnet werden. Sie könnten in besonderen Mitspracherechten der Anteilseigner ebenso bestehen wie in Rechenschaftspflichten gegenüber unbeteiligten Stellen (etwa der Rechtsanwalts- oder der Industrie- und Handelskammer). Auf deren Intervention hätte dann das Verbandsgericht für die Ablösung des Besonderen Vertreters zu sorgen.

18. Zu § 30 VerSanG-E

Es ist einerseits verständlich, dass die Rechtsnachfolger in den Stand des jeweiligen Verfahrens eintreten und ihnen nicht die zur Obstruktion verführende Möglichkeit eingeräumt wird, einen Neubeginn des Verfahrens zu verlangen. Andererseits ist nicht zu übersehen, dass es nicht allein freiwillige Rechtsnachfolger gibt, die über einen jederzeitigen Zugang zu den beim Rechtsvorgänger vorhandenen Informationen verfügen. Insbesondere deshalb, weil selbst Asset-Deals unter die Rechtsfolgeregelung des § 6 VerSanG-E fallen können sollen, ist zu berücksichtigen, dass diese (ebenso wie übertragende Sanierungen) nicht selten einen wichtigen Teil des Verwertungsgeschehens in einem Insolvenzverfahren bilden. Auch im Fall feindlicher Übernahmen, insbesondere bei Uneinigkeit der früheren Gesellschafter, dürfte die Kommunikation zwischen früher Verantwortlichen und deren Vertretern und den nunmehr Zuständigen nicht durchweg ungestört verlaufen.

Demgemäß ist es angemessen, die Last des Eintritts in ein fortgeschrittenes Verfahren dadurch abzumildern, dass den neuen Prozessvertretern erweiterte Unterbrechungsmöglichkeiten und zusätzliche Informationsrechte über den bisherigen Verlauf des Verfahrens eingeräumt werden. Ob sie vom Gericht eine Darstellung des bisherigen wesentlichen Ablaufs verlangen können sollen, vermag hier nicht beurteilt zu werden. Von vornherein auszuschließen ist diese Möglichkeit jedoch keineswegs, denn auch in Haftsachen steht das erkennende Gericht in der Pflicht, dem Beschwerde- oder dem Verfassungsgericht Ablauf und Zwischenstand zu dokumentieren. Die Grundsätze des fairen Verfahrens verlangen jedoch zumindest die Einsichtnahme in vorangegangene Anträge und deren Bescheidung.

19. Zu § 31 VerSanG-E

a) Redaktionsversehen

Rechtsanwalt Dr. Peukert, Hamburg, weist auf ein redaktionelles Versehen auf Seite 113 der Begründung hin, wonach zunächst festgestellt werden müsse, ob die Voraussetzungen für die Verhängung eines *Haftungsbeitrags* gegen den zunächst verfolgten Verband vorgelegen hätten. Gemeint sein dürfte hier die Voraussetzungen für die Verhängung einer *Verbandsgeldsanktion* gegen den zunächst verfolgten Verband.

b) Verweisung auf Umfang des Aussageverweigerungsrechts

Inhaltlich positioniert sich Rechtsanwalt Dr. Peukert wie folgt:

Inbesondere steht den Leitungspersonen des haftenden Verbandes dann ebenfalls ein Aussageverweigerungsrecht gemäß § 33 VerSanG-E zu. Durch die Gleichstellung lediglich im Hinblick auf die (prozessualen) Rechte bleibt an dieser Stelle jedoch unklar, inwiefern möglicherweise auch der haftende Verband verpflichtet werden kann, Auskünfte im Hinblick auf die Höhe des Umsatzes des an sich zu sanktionierenden Verbandes nach § 49 VerSanG-E zu erteilen, die schließlich akzessorisch zur ursprünglich vorgesehenen Verbandsgeldsanktion als Grundlage zur Bemessung des Haftungsbetrages dient. Derzeit lässt sich der Gesetzestext an dieser Stelle wohl so verstehen, dass dem haftenden Verband die gleichen Rechte zustehen wie dem ursprünglich verfolgten Verband, ihn hingegen jedoch nicht die gleichen Pflichten (insbesondere die Auskunftspflicht nach § 49 VerSanG-E) treffen.

In Absatz 3 wird klargestellt, dass den gesetzlichen Vertretern des ursprünglich verfolgten Verbandes auch im Verfahren zur Festsetzung des Haftungsbetrages ein Aussageverweigerungsrecht gemäß § 33 Abs. 1 VerSanG-E zusteht.

Unklar hingegen ist, wie weit das Aussageverweigerungsrecht der Leitungspersonen des an sich zu sanktionieren Verbandes im Verfahren zur Festsetzung des Haftungsbetrages reichen soll. Da es sich bei dem Verfahren nach § 31 VerSanG-E grundsätzlich um ein eigenständiges und von dem Verfahren gegen den zunächst verfolgten Verband unabhängiges Verfahren handelt, ist insbesondere fraglich, ob das Aussageverweigerungsrecht in diesem Fall denselben Einschränkungen unterliegen soll wie im originären Sanktionsverfahren. Konkret stellt sich also die Frage, ob das Aussageverweigerungsrecht

der Leitungspersonen des ursprünglich verfolgten Verbandes auch im Verfahren zur Festsetzung des Haftungsbetrages Einschränkungen durch die in § 49 VerSanG-E statuierte Auskunftspflicht erfahren soll, sofern Auskünfte über den Jahresumsatz der vergangenen drei Geschäftsjahre, an den der Haftungsbetrag des haftenden Verbandes akzessorisch zur ursprünglich vorgesehenen Verbandsgeldsanktion anknüpft, verlangt werden. Dazu, ob die im originären Sanktionsverfahren geltende Auskunftspflicht des ursprünglich verfolgten Verbandes nach § 49 VerSanG-E auch im Verfahren zur Festsetzung des Haftungsbetrages gilt, verhalten sich weder der Entwurf selbst noch dessen Begründung.

20. Zu § 32 VerSanG-E

Zum Umfang der Möglichkeiten zur Ausschreibung zur Aufenthaltsermittlung geben die Rechtsanwälte Dr. Bott und Dr. Kohlhof, Düsseldorf, folgendes zu bedenken:

Offen ist allerdings, auch mit Blick auf § 40 Abs. 1 VerSanG-E, ob eine Ausschreibung zur Aufenthaltsermittlung verhältnismäßig sein kann, wenn ein anderer (nicht selbst angeklagter, vgl. § 28 VerSanG-E) gesetzlicher Vertreter greifbar ist. Wegen des dann gleichwohl durchführbaren Prozesses scheint das kaum vertretbar. Eine entsprechende gesetzgeberische Klarstellung wäre daher zu begrüßen.

21. Zu § 33 VerSanG-E

Das vorgesehene Schweigerecht nur für gesetzliche Vertreter hält Staatsanwalt Schmid, LLM, Lübeck, für zu eng:

Unzureichend ausgestaltet scheint allerdings die Beschränkung v.a. des Schweigerechts auf „gesetzliche Vertreter des Verbandes“ zu sein, § 33 VerSanG-E. Jedenfalls das Recht zu schweigen sollte auf „Leitungspersonen“ im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E ausgedehnt werden und zwar auch auf solche, die nur zum Tatzeitpunkt verantwortlich waren: Genau diese können nämlich ebenfalls die sanktionsrechtliche Haftung des Verbands auslösen.⁵⁴

⁵⁴ So etwa auch § 17 des österreichischen Verbandsverantwortlichkeitsgesetz für „Entscheidungsträger“

Inhaltlich ebenso Rechtsanwalt Dr. Travers, Düsseldorf:

„Auf den ersten Blick vermag die Vorschrift des § 33 VerSanG-E die Selbstbelastungsfreiheit des Verbands im Sanktionsverfahren durch das Auskunftsverweigerungsrecht für dessen gesetzliche Vertreter sicherzustellen. Die besseren Gründe sprechen indes dafür, das Auskunftsverweigerungsrecht nicht nur den gesetzlichen Vertretern des Verbands zuzugestehen, sondern auch den zur Zeit der (vermeintlichen) Verbandstat tätigen Leitungspersonen (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E). Durch die Einbeziehung der Leitungsebene in das Auskunftsverweigerungsrecht würde das Gesetz praxismgerecht die tatsächliche Willensbildung in Unternehmen berücksichtigen. Außerdem würde das Auskunftsverweigerungsrecht in personeller Hinsicht gleichlaufend mit dem Zurechnungsmodell des VerSanG-E (§ 3 VerSanG-E) ausgestaltet werden. Denn die Sanktionierung des Verbands knüpft an eine Pflichtverletzung einer Leitungsperson an, nicht zwingend die eines gesetzlichen Vertreters. Dann aber erscheint es sachgerecht, auch den Leitungspersonen ein Auskunftsverweigerungsrecht einzuräumen.“

22. Zu § 34 VerSanG-E:

Das Erfordernis einer eigenständigen datenschutzrechtlichen Regelung stellen die Rechtsanwälte Dr. Bott und Dr. Kohlhof in Frage:

Nach § 34 Abs. 1 VerSanG-E dürfen personenbezogene Daten, die aufgrund von Maßnahmen zur Aufklärung der Verbandstat oder einer mit der Verbandstat zusammenhängenden Ordnungswidrigkeit nach § 130 OWiG erlangt wurden, im Sanktionsverfahren verwendet werden. Anlass dazu gibt, dass der Vorwurf gegenüber dem Verband direkt an eine (individuelle) Tat oder Aufsichtspflichtverletzung anknüpft.⁵⁵ Erkenntnisse aus einer Telekommunikationsüberwachung oder einer Online-Durchsuchung gegen einen Verbandsmitarbeiter sollen daher im Verfahren gegen den Verband verwertet werden können.⁵⁶ Eine Grenze bildet zwar der Erhebungszweck. Es muss daher ein Bezug der Datenerhebung zum (jetzigen) Verbandssanktionsverfahren bestehen.⁵⁷ Erfasst werden allerdings jedenfalls jene personenbezogenen Daten, die für die Klärung der Frage von Bedeutung sind, ob überhaupt ein Bezug zum Sanktionsverfahren besteht.⁵⁸

⁵⁵ Vgl. VerSanG-E, S. 115.

⁵⁶ Vgl. VerSanG-E, S. 115.

⁵⁷ Aufgrund der Nähe zu § 483 StPO vgl. BVerfG v. 12.04.2005 – 2 BvR 1027/02 = NJW 2005, 1917 (1922).

⁵⁸ Vgl. MüKoStPO/Singelstein, 1. Aufl. 2019, StPO § 483 Rn. 10; KK-StPO/Gieg, 8. Aufl. 2019, StPO § 483 Rn. 3.

Insgesamt scheint die Vorschrift redundant, da §§ 483 ff StPO die Verwendung personenbezogener Daten bereits umfangreich erlauben. Da eine weitergehende Klarstellung aus § 34 VerSanG-E nicht hervorgeht, wäre die Generalverweisung aus § 24 Abs. 1 VerSanG-E ausreichend.

Eine Einschränkung für die Verwertung personenbezogener Daten gilt nach § 34 Abs. 2 VerSanG-E dann, wenn diese aufgrund von Maßnahmen zur Aufklärung anderer Straftaten erlangt wurden. Hier soll es darauf ankommen, ob die personenbezogenen Daten nach den allgemeinen Vorschriften der Strafprozessordnung auch im Verfahren wegen der Verbandstat verwendet werden dürften. Auch das scheint unnötig kompliziert. Wenn, zu Recht, die Regelungen der Strafprozessordnung über die Datenverwendbarkeit entscheiden, genügt der Hinweis auf diese. Einer eigenen Regelung bedarf es nicht.⁵⁹ So bleibt der Eindruck, dass der Entwurf, gerade im gesetzgeberisch sensiblen Bereich „Datenschutz“ eine Regelung enthält, die gut gemeint, aber, schon weil es sie nicht braucht, nicht gut gemacht ist.

Ergänzend: Obgleich der Entwurf das nicht erwähnt, ist davon auszugehen, dass auch nach § 34 VerSanG-E eine Löschpflicht i.S.d § 24 Abs. 1 VerSanG-E i.V.m § 489 Abs. 2 S. 1 StPO greift, wenn sich nach der Speicherung herausstellt, dass die Daten für das konkrete Verbandssanktionsverfahren nicht (mehr) erforderlich sind.⁶⁰ Das sollte hier noch klargestellt werden.

23. Zu §§ 36 VerSanG-E

Anzumahlen ist der Gleichlauf von StPO und VerSanG hinsichtlich der potenziellen Adressaten von Geldauflagen (vgl. dazu oben II 2 h <7>).

24. Zu §§ 37 f. VerSanG-E

a) Verband als Opfer und Täter

§ 37 VerSanG-E überträgt die Regelung des § 153b Abs. 1 StPO auf das Verbandsverfahren. Dessen

⁵⁹ So auch ziemlich deutlich die Begründung des Entwurfs selbst, vgl. S. 115.

⁶⁰ Vgl. MK/Singelstein, 1. Aufl. 2019, StPO, § 483 Rn. 13.

Besonderheiten werden dabei allerdings nicht ausreichend berücksichtigt. Zwar handelt es sich gar nicht erst um eine Verbandstat, wenn sich die strafbare Handlung ausschließlich gegen den Verband richtet (vgl. S. 75, 78 und 96 der Begründung). Im Fall von Korruptionshandlungen ist aber weder ausgeschlossen, dass z.B. die Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr tateinheitlich mit einer Untreue zum Nachteil des Verbands zusammentrifft, noch dass der Erlös aus einem mittels Korruption erlangten Auftrag zunächst in das Vermögen des Verbandes fließt.

In derartigen Konstellationen richtet sich die Tat zwar nicht nur, wohl aber auch gegen den Verband selbst. Handelt es sich dabei um einen Ausreißer, so wäre eine Sanktionierung des Opfers unpassend. Angesichts dessen bedarf es einer Regelung dahingehend, dass von einer Sanktionierung *zwingend* abzusehen ist, wenn sich die Verbandstat auch gegen den Verband selbst richtete.

b) § 38 VerSanG-E als Ausnahme vom Legalitätsprinzip

Die Rechtsanwälte Dr. Bott und Dr. Kohlhof, Düsseldorf, erörtern den vorgesehenen § 38 VerSanG-E wie folgt:

Nach § 24 Abs. 1 VerSanG-E i.V.m § 152 Abs. 2 StPO gilt das Legalitätsprinzip. Allerdings soll es Ausnahmen von dem grundsätzlich geltenden Verfolgungszwang geben.⁶¹ Für den Verband gelten die Einstellungsgründe der Strafprozessordnung dazu entsprechend, soweit diese keine Schuld voraussetzen.⁶² Da das bei §§ 153c bis 154a und § 154d StPO nicht der Fall ist, blieben sie, wie § 38 Abs. 5 VerSanG-E regelt, unberührt.⁶³ Das wiederum bringt die Frage auf, warum es der Regelung dann überhaupt bedarf. Klarstellend: Die Intention Vorschrift ist nachvollziehbar und richtig, sie symbolisiert indes erneut eine notwendigen Fiktion, um das dogmatische Grundproblem eines nicht anerkannten Verbandsstrafrechts zu umschiffen.

Interessant ist, dass § 38 Abs. 1 VerSanG-E die Möglichkeit einer vorläufigen Einstellung im Hinblick auf eine erwartbare Sanktionierung im Ausland vorsieht. Es handelt sich um eine Art systematische Ausweitung des § 153c StPO, die an den ne bis in idem-Gedanken des Art. 54 SDÜ anzulehnen scheint,⁶⁴ allerdings nicht dessen Schengen-Limitierung kennt. Zu verfolgen sein würde hier, ob (und wie) hier letztlich eine Art sanktionsrechtliches forum shopping entsteht.

⁶¹ Vgl. VerSanG-E, S. 115.

⁶² Vgl. VerSanG-E, S. 115.

⁶³ Vgl. VerSanG-E, S. 115.

⁶⁴ Vgl. Duesberg, ZIS 2017, 66 (67 f.).

Die Sanktion muss im Ausland nicht bereits verhängt sein. Es genügt, ähnlich wie bei § 154 Abs. 1 Nr. 1 StPO, die entsprechende Möglichkeit.⁶⁵ Die Verfolgungsbehörde prüft hier hypothetisch was zu erwarten ist. Zu berücksichtigen hat sie dabei nicht nur die Intensität der ausländischen Sanktion, sondern auch, dass ein zweites Verfahren bereits eine Belastung für sich ist.

...

Offen bleibt, ob von einer inländischen Verfolgung auch abgesehen werden kann, wenn das Verfahren im Ausland wegen der gleichen Tat (nur) rechtskräftig eingestellt wurde. Mit Blick auf den ne bis in idem-Gedanken, unter anderem aus Art. 54 SDÜ, erscheint das allerdings zwingend.

In der Praxis dürfte sich ein Verfahrensende durch rechtskräftige Einstellung im Ausland indes mit der sehr interessanten Variante des § 38 Abs. 2 VerSanG-E beißen. Danach kann die Verfolgungsbehörde das Absehen von der Verfolgung mit Zustimmung des Verbandes mit der Auflage verbinden, dass sie in regelmäßigen Abständen über den Stand des Verfahrens im Ausland unterrichtet wird. Andererseits drängen sich die Potentiale einer solchen „Auslandsbewährung“ für die Unternehmensverteidigung geradezu auf. Kommt der Verband der Auflage nicht nach, kann der Fortgang des Verfahrens wieder aufgenommen werden.⁶⁶ Damit ist allerdings sehr viel weniger verloren, als durch den – seitens der Unternehmensvertretung herbeizuführenden – Aufschub als solchen gewonnen werden kann. Nicht zuletzt verschafft eine „Auslandsbewährung“ dem Unternehmen Zeit, um seinerseits eine starke Compliance-Struktur aufzubauen.

25. Zu § 39 VerSanG-E

Staatsanwalt Schmid, LL.M., Lübeck, plädiert für eine Ausweitung der Möglichkeit der Einstellung des Verbandsverfahrens im Insolvenzfall:

§ 39 VerSanG-E sieht die Möglichkeit des Absehens von Verfolgung nur in den Fällen vor, in denen das Insolvenzverfahren tatsächlich eröffnet oder mangels Masse abgelehnt wurde. Gerade im Bereich möglicher Insolvenz- oder Betrugsdelikte kommt es aber vor, dass Firmen zwar Insolvenzzureife aufweisen oder sonst faktisch führungs- und/oder vermögenslos sind, ein Insolvenzverfahren aber nicht beantragt wird. Ein Ausweichen auf die allgemeinen Opportunitätsgrundsätze erscheint zwar pragmatisch,

⁶⁵ Vgl. VerSanG-E, S. 117.

⁶⁶ VerSanG-E, S. 117

entspräche aber nicht den gesetzlichen Voraussetzungen. Die Verfehlungen der Leitungspersonen sind in der Regel nicht so gering, als dass sich „Geringfügigkeit“ rechtfertigen ließe, andererseits müsste ein Verfahren durchgeführt werden, in dem von Anfang an erkennbar ist, dass entweder das Verfahren nur schwer durchgeführt werden kann oder eine verhängte Sanktion erkennbar nicht vollstreckbar wäre. Damit müssten jährlich eine Vielzahl von Sanktionen verhängt werden, die faktisch nicht vollstreckt werden können. Dies kann angesichts knapper Ressourcen in der Justiz nicht Absicht des Gesetzgebers sein. Es wird daher angeregt, in § 39 VerSanG eine Regelung eingefügt wird, dass auch bei erkennbar vermögenslos bleibenden Gesellschaften von der Sanktionierung abgesehen werden kann.

26. Zu § 40 VerSanG-E

Dazu geben die Rechtsanwälte Dr. Bott und Dr. Kohlhof, Düsseldorf, folgendes zu bedenken und heben dabei den Vorrang endgültiger Verfahrenseinstellung hervor:

§ 40 Abs. 1 VerSanG-E regelt, dass das Verfahren bei vorübergehenden Hindernissen, die in der Person der gesetzlichen Vertreter liegen, entsprechend vorläufig eingestellt werden kann. Dies betrifft etwa Fälle, in denen der alleinige Geschäftsführer einer GmbH für längere Zeit handlungsunfähig ist und in denen die Bestellung eines besonderen Vertreters nach § 29 Abs. 2 VerSanG-E nicht in Betracht kommt.⁶⁷ Diese dürften indes selten sein. Da nach § 29 Abs. 2 VerSanG-E ohnehin nur eine Verfahrensdurchführung möglich ist, wenn das Interesse daran die Rechte des Verbandes überwiegt, steht die Sinnhaftigkeit der Vorschrift des § 40 VerSanG-E insgesamt in Frage.

27. Zu §§ 43 – 45 VerSanG-E

Insoweit hält Rechtsanwalt Dr. Travers, Düsseldorf, eine Klarstellung für wünschenswert:

Wünschenswert wäre, dass in der Entwurfsbegründung noch deutlicher klargestellt wird, dass die Anordnung des persönlichen Erscheinens der gesetzlichen Vertreter in der Hauptverhandlung den wenigen Ausnahmefällen vorbehalten bleibt, in denen das persönliche Erscheinen (z.B. für die Zwecke einer Gegenüberstellung) für die Wahrheitserforschung unerlässlich ist. Dies sollte in

⁶⁷ Vgl. VerSanG-E, S. 118.

Wirtschaftsstrafverfahren kaum je der Fall sein.

28. Zu § 46 VerSanG-E

Der Ausschluss des § 252 StPO im Verfahren gegen den Verband ist bereits für sich nicht ausreichend begründet. Die Fassung des § 46 Abs. 3 VerSanG-E führt überdies zur Suspendierung des § 252 StPO auch im Fall einer Kombination der Verfahren, also dann, wenn dasselbe Verfahren sich sowohl gegen natürliche Personen als auch gegen den Verband richtet. Darin liegt eine Modifikation der Strafprozessordnung zu Lasten derjenigen individuellen Angeklagten, die sich in einem derart verbundenen Verfahren zu verantworten haben. Für deren Schlechterstellung sind jedoch keine inhaltlich-sachlichen Gründe ersichtlich, so dass die Regelung zumindest insoweit vor dem allgemeinen Gleichheitssatz, Art. 3 Abs. 1 GG, keinen Bestand haben dürfte.

29. Zu § 48 VerSanG-E

Soweit die Bestimmungen die Verfolgung einer einheitlichen Ordnungswidrigkeit trotz eingestelltem Verbandsverfahren ermöglichen, sollte im weiteren Gesetzgebungsverfahren die Sperrwirkung der Einstellungsentscheidung festgelegt werden (vgl. unten III 37).

30. Zu § 50 VerSanG-E

Im Gegensatz zum Strafverfahrensrecht soll ein Sanktionsbescheid, d.h. eine Erledigung im schriftlichen Verfahren ohne Hauptverhandlung, auch vor dem Land- und dem Oberlandesgericht möglich sein. Dies ist aus der Sicht des betroffenen Verbandes durchaus positiv. Stünden allerdings die Interessen der Beschuldigten im Vordergrund, so läge es nahe, diese Erledigungsart auch für Strafverfahren vor dem Land- und Oberlandesgericht zu übernehmen. In der Begründung (S. 124) stehen allerdings fiskalische Erwägungen im Vordergrund: In den Verfahren vor den Obergerichten bestehe das größte Einsparpotenzial.

31. Zu § 51 VerSanG-E

Das Für und Wider des Ausschlusses der Privatklage stellen die Rechtsanwälte Dirk Seiler, Nathalie Thorhauer und Enno Appel, Frankfurt am Main, wie folgt gegenüber:

§ 51 Abs. 1 VerSanG-E schließt jedoch als Ausnahme die Verfolgung des Verbands im Wege der Privatklage aus. Es stellt sich daher die Frage nach dem sachlich legitimen Grund, weshalb dem Verletzten die Privatklage gegenüber dem Verband abgeschnitten ist. Weshalb sollte z.B. das Opfer einer Körperverletzung, die aufgrund der Missachtung von Arbeitsschutzvorschriften verursacht worden ist, zwar gegenüber dem Individuum, nicht aber gegenüber dem Verband Privatklage erheben können? Insoweit wird der Verband bessergestellt als die verantwortliche Leitungsperson oder der Mitarbeiter, die sich aufgrund ihrer individuellen Verantwortlichkeit der Privatklage zu stellen haben.

Die Begründung des Regierungsentwurfs (S. 124 f.) lässt vermuten, dass der Ausschluss des Privatklagewegs primär dazu dient, Widersprüchlichkeiten im Zuständigkeitsgefüge zu vermeiden. Denn für Privatklagedelikte ist gemäß § 25 Nr. 1 GVG der Strafrichter beim Amtsgericht ausschließlich sachlich zuständig, der jedoch nach dem derzeitigen Konzept des VerSanG-E mit der Verhängung von Verbandssanktionen nicht belastet werden soll, da Sanktionsverfahren gegen Verbände häufig aufgrund der Komplexität der wirtschaftlichen Sachverhalte enormen Zeitaufwand erfordern. Deshalb weisen §§ 74 Abs. 1 S. 3, 74g, 25 S. 2 GVG-E dem Schöffengericht beim Amtsgericht und dem Landgericht die erstinstanzliche Zuständigkeit für Verfahren nach dem VerSanG zu. Insofern konsequent schneidet § 51 Abs. 1 VerSanG-E dem Verletzten gegenüber dem Verband den Privatklageweg ab, um einen Bruch der neuen Zuständigkeitsregeln in §§ 74 Abs. 1 S. 3, 74g, 25 S. 2 GVG-E mit der ausschließlichen Zuständigkeit des Strafrichters für Privatklagedelikte zu vermeiden. Alternativlos ist diese Lösung allerdings nicht; der Gesetzgeber könnte auch eine besondere Zuständigkeitsregel für Privatklageverfahren gegen Verbände schaffen.

Trotzdem ist die Ausnahmeregelung in § 51 Abs. 1 VerSanG-E letztlich sachgerecht. Zum einen bewirkt sie eine Entlastung der Justiz, zumal die in § 374 Abs. 1 StPO genannten Vergehen die Allgemeinheit in der Regel kaum berühren. Zum anderen dürften sich für den Verletzten aus dem Ausschluss der Privatklage gegenüber Verbänden praktisch selten Nachteile ergeben:

- *Dem Privatklageweg wird im Falle von Verbandstaten ohnehin wenig Bedeutung zukommen. Da es sich nach der Legaldefinition in § 2 Abs. 1 Nr. 3 VerSanG-E bei einer Verbandstat um eine Straftat handelt, durch die Pflichten, die den Verband treffen, verletzt worden sind oder durch die der Verband*

bereichert worden ist oder werden sollte, kommen von vornherein nur wenige der in § 374 Abs. 1 StPO aufgezählten Vergehen als taugliche Verbandstaten in Betracht (so etwa §§ 223, 229, 299 StGB).

- *Liegt ein solcher Verbandsbezug vor, wird in der Regel auch ein öffentliches Interesse zu bejahen sein, sodass die Staatsanwaltschaft in entsprechender Anwendung des § 376 StPO Anklage erheben kann. Dies stellt die Begründung des Regierungsentwurfs eindeutig klar.*
- *Auch fallen Privatklagedelikte häufig mit Offizialdelikten im Rahmen einer prozessualen Tat zusammen, sodass dann ohnehin die Privatklage unzulässig und das Officialverfahren vorrangig ist. Die Staatsanwaltschaft verfolgt dann von Amts wegen die Verbandstat zusammen mit dem Privatklagedelikt ohne Rücksicht auf das Vorliegen des öffentlichen Interesses.*
- *Der Ausschluss der Verfolgung von Verbandstaten im Wege der Privatklage schützt Verbände vor massenhaften Verfahren durch Privatpersonen.*
- *Schließlich ist der Verletzte durch den Ausschluss des Privatklageweges gegenüber dem Verband jedenfalls nicht rechtlos gestellt, da er nach wie vor gegenüber dem handelnden Individuum, der Leitungsperson oder dem Unternehmensmitarbeiter, der die Straftat begangen hat, Privatklage erheben kann.*

Gemäß § 51 Abs. 2 VerSanG-E kann sich der Verletzte wie ein Nebenkläger nach §§ 395-402 StPO am Sanktionsverfahren beteiligen. Ferner gelten die Vorschriften der §§ 403-406c StPO über die Entschädigung des Verletzten, sodass dieser vermögensrechtliche Ansprüche im Strafverfahren geltend machen kann (Adhäsionsverfahren). Auch in dem Sanktionsverfahren gegenüber dem Verband stehen dem Verletzten die sonstigen Befugnisse aus §§ 406d-406f StPO zu, womit insbesondere Auskunfts- und Akteneinsichtsrechte verbunden sind. Die Regelung des § 51 Abs. 2 VerSanG-E stellt somit einen Gleichlauf zu den Verfahrensvorschriften der StPO her und sichert so die Rechte des Verletzten.

32. Zu §§ 52 f. VerSanG-E

a) Sonderopfer bei Vollziehung eines Vermögensarrests in Höhe noch nicht rechtskräftiger Geldsanktion

aa) Die Anwendbarkeit der Vorschriften über die strafrechtliche Vermögensabschöpfung auch im Verbandsverfahren folgt aus § 24 Abs. 1 VerSanG-E. Darüber hinaus erweitert § 52 VerSanG-E die Anwendbarkeit des § 111e Abs. 2 – 5 StPO auf die Sicherung u.a. der Vollstreckung von Verbandssanktionen. Die dazu angeführte Begründung (Seite 125) verkennt allerdings wesentliche Unterschiede zwischen Geldstrafe und Geldsanktion.

bb) In Bezug auf eine noch nicht rechtskräftig festgesetzte Geldstrafe entfaltet § 111e Abs. 2 StPO die Wirkung einer Art vorläufiger Vollstreckbarkeit. Ob dies auf rechtstaatliche Bedenken trifft, kann vorliegend dahinstehen. Bisher sind insoweit aus der Praxis noch keine nennenswerten Probleme bekanntgeworden.

cc) Das dürfte sich bei Ausdehnung des Anwendungsbereichs von § 111e Abs. 2 StPO auf die noch nicht rechtskräftig festgesetzte Verbandsgeldsanktion ändern, weil deren Bemessung nicht von der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Verbands (Gewinn und Vermögen) abhängt und daher nicht selten existenzgefährdende Größenordnungen erreichen wird.

Die Vollziehung eines Vermögensarrests in vollem Umfang der noch nicht rechtskräftigen Geldsanktion belastet die betroffenen Verbände in einem weit stärkeren Maße als die Vollstreckung aus einer rechtskräftigen Verurteilung, weil dabei die Mechanismen des Vollstreckungsschutzes nur partiell greifen. Die Bewilligung von Ratenzahlungen ist im Zuge der Vollstreckung einer rechtskräftigen Entscheidung, nicht aber für die Zeit vor Eintritt der Rechtskraft vorgesehen und scheidet damit betreffs die Vollziehung eines Vermögensarrests aus.

Die Vollziehung eines Vermögensarrests in vollständiger Höhe der erstinstanzlich ausgeurteilten Sanktion trifft den Verband aber nicht nur dann unverhältnismäßig hart, wenn die Erstentscheidung im Rechtsmittelzug herabgesetzt wird, sondern in jedem Fall. Größenordnungen von bis zu 10 Millionen € oder gar 10 % des durchschnittlichen Jahresweltumsatzes (bei Tatmehrheit gar 20 %) vermag kein Verband aus der Portokasse zu begleichen. Da ein angeordneter Vermögensarrest gegenüber einem Verband in dessen gesamtes Vermögen mit der einzigen Ausnahme der betriebsnotwendigen Aktiva vollzogen, der Verband also quasi kahlgepfändet werden kann, führte die Regelung im Ergebnis dazu, dass dem Verband die zum Begleichen seiner sonstigen Verbindlichkeiten erforderlichen finanziellen Mittel gesperrt werden. Dies zöge unweigerlich die Insolvenz nach sich.

dd) Darin liegt nicht nur ein Widerspruch zur vollstreckungsrechtlichen Regelung des § 53 Abs. 1 S. 2 VerSanG-E, der einen nachrangigen Insolvenzantrag seitens des Vollstreckungsrechtspflegers erst dann vorsieht, wenn Vollstreckungsschutzmaßnahmen ausscheiden oder gewährte Raten nicht geleistet werden, sondern führt die Streichung der Verbandsauflösung als direkte Verbandssanktion, die im Erkenntnisverfahren festgesetzt werden kann, geradezu ad absurdum.

ee) Bedenklich ist zudem, dass zwischen erstinstanzlich bestimmter Höhe der Verbandsgeldsanktion und deren rechtskräftiger Festsetzung ein durchaus deutliches Gefälle bestehen kann, das im Einzelfall

die gesamte Größenordnung auszumachen in der Lage ist. Dann hätten die Folgen der Vollziehung des Vermögensarrests den Verband ggf. in toto zu Unrecht getroffen. Der dadurch eingetretene Schaden ließe sich im Fall der Existenzvernichtung nicht wiedergutmachen.

ff) Wenn der Gesetzgeber (trotz der Haftungsregelungen der §§ 6 f. VerSanG-E und in Ergänzung der Sicherungsmöglichkeiten des staatlichen Anspruchs auf Einziehung von Taterträgen oder ihrem Wert) ein Bedürfnis nach Vorsorge für die Durchsetzung einer noch nicht rechtskräftigen Verbandsgeldsanktion bejaht, dann korreliert damit die Pflicht zur Anerkennung des legitimen Interesses des Verbands an der Fortsetzung seiner legalen Wirtschaftstätigkeit. Dazu bedarf es der Schaffung auf die wirtschaftlich tätigen Verbände abgestimmter praxistauglicher Vollziehungsschutzinstrumente.

b) Zwingender Insolvenzantrag bei mangelnder Vollstreckbarkeit

Die Rechtsanwälte Seiler und Appel, Frankfurt am Main, hegen durchgreifende Bedenken gegen die starre Regelung des § 53 Abs. 1 S. 2 VerSanG-E. Soll das Verbandssanktionengesetz fehlsame Verbände „auf den Pfad der Tugend zurückführen“, so ist es inkonsequent, im Fall der Unmöglichkeit der Vollstreckung einer Verbandssanktion mittels Insolvenzdrohung die Existenz des Verbandes doch zu vernichten. Dies wird dem Gesetzeszweck nicht gerecht und ist auch nicht nötig, weil auf Straftaten angelegte Gesellschaften von der Verwaltung aufgelöst werden können.

33. Zu §§ 54 – 66 VerSanG-E

a) Bedarf der Erfassung in Registern

Die Notwendigkeit und den Inhalt der vorgesehenen Bestimmungen bestätigte Rechtsanwalt Junkers folgendermaßen:

Aus Sicht des Verfassers verfolgt der Gesetzgeber mit der Einführung und der konkreten Ausgestaltung des Verbandssanktionenregisters einen legitimen Zweck. Die Informationen über Vorverurteilungen sind für die Bestimmung der Sanktionszumessung unerlässlich. Mit einer Ausgestaltung, die nah am BZRG angelehnt ist, stellt der Gesetzgeber zudem sicher, dass eine „Prangerwirkung“ bzw. Image- und Rufschäden nicht zu erwarten sind. Das Verbandssanktionenregister ist weder der Allgemeinheit noch einem bestimmten/bestimmbaren Personenkreis bei Nachweis eines berechtigten Interesses zugänglich, sondern auf Gerichte, Behörden und Stellen (§ 60 VerSanG-E), wissenschaftliche

Forschungen (§ 62 VerSanG-E, der § 476 StPO nachgebildet ist) sowie Stellen anderer Staaten bzw. über- und zwischenstaatlichen Stellen (§ 63 VerSanG-E) beschränkt.

b) Notwendigkeit selbständigen Registers?

Allerdings dürfte zu erwägen sein, ob es der Verwaltungsvereinfachung und der Einsparung von Personal diene, diese oder ähnliche Vorschriften in das BZRG zu integrieren und als Behörde lediglich das Bundeszentralregister beim Bundesamt für Justiz vorzusehen.

c) Einsichtnahme aufgrund Vollmachts

Überdies ist kein Grund dafür ersichtlich, warum die Einsichtnahme in das Register nur persönlich und nicht auch von einem mit einer Vollmacht ausgestatteten Dritten möglich sein soll. Das kann die Verteidigung eines Verbands erschweren.

d) Keine Erfassung tatzeitfremder Verantwortlicher

Die Sachwidrigkeit, die aktuellen Organe im Register zu erfassen und nicht diejenigen natürlichen Personen, die zur Zeit der Verbandstat die Verantwortung trugen, liegt auf der Hand (vgl. dazu oben II 2 c).

34. Zu § 68 VerSanG-E und Art. 15

a) Vorlauffrist

Die Bestimmungen des Verbandssanktionengesetzes sollen zwei Jahre nach Verkündung in Kraft treten. Es ist jedoch angesichts der Komplexität der Regelungen und der bereits jetzt zu den Aufgaben der Justiz unter proportionalen Personalausstattung nicht zu erwarten, dass die Länder innerhalb der Übergangsfrist die Voraussetzungen für die notwendige quantitative und qualitative Ausstattung der Staatsanwaltschaften und Gerichte sorgen können. Die Erfahrungen mit der Umgestaltung des Rechts der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung zum 1.7.2017 belegen in kaum zu überbietender Deutlichkeit die Notwendigkeit, tiefgreifende und rechtlich komplexe Neuregelungen gründlicher vorzubereiten. Das spricht nicht nur für eine mindestens fünfjährige Übergangsregelung (wie seinerzeit bei der Ablösung der Konkursordnung durch die Insolvenzordnung) sondern auch dafür, zeitlich

abgestufte Zwischenregelungen vorzusehen. Dies dürfte nur über Bund-Länder-Vereinbarungen möglich sein. Die Abhängigkeit des Inkrafttretens des Gesetzes von deren Zustandekommen kann jedoch bundesrechtlich festgelegt werden.

b) Wünschenswerte Differenzierungen

Zur Sinnhaftigkeit einer stärkeren Differenzierung der Bestimmungen über das Inkrafttreten ist auf die Ausführungen im Zusammenhang mit den vorgesehenen Änderungen der StPO zu verweisen (vgl. dazu unten III 35 b).

c) Unstimmigkeiten bei Altverurteilungen

Bedenklich erscheint, dass gemäß § 68 Abs. 2 VerSanG-E auch Altverurteilungen, die nach Inkrafttreten des neuen Gesetzes ausgesprochen wurden, in das Verbandsregister eingetragen werden sollen, obwohl es sich dabei gerade nicht um Verbandssanktionen handeln kann. Konsequenterweise sollte es deshalb bei den für das bisherige Recht einschlägigen Registererfassungen sein Bewenden haben.

35. Zu Art. 4: Änderungen der Strafprozessordnung

a) §§ 97 und 160a StPO

Das Für und Wider der vorgesehenen Novellierung der §§ 97 und 160a StPO hängt wesentlich vom beruflich geprägten Blick des Beurteilers ab. Auffällig ist jedoch, dass die Rolle von Syndikusanwälten als Verteidiger oder als typische Kommunikationsmittler des Verbandes nicht in Betracht gezogen wurde.⁶⁸ Für diese Funktionen ist es allerdings notwendig, die Geltung der Regeln des § 148 StPO entsprechend anzuordnen.

b) Kein Aufschub des Inkrafttretens geboten

Wenig überzeugend ist, dass auch die Neufassung der §§ 97 und 160a StPO erst mit dem Inkrafttreten des VerSanG Gültigkeit erlangen soll. Der Schwerpunkt der Bedeutung beider Bestimmungen liegt in der Strafprozessordnung selbst. Die vorgesehenen Veränderungen finden ihren Anlass, nicht aber ihren

⁶⁸ Dazu Rübenstahl, ZWH 2019, 265, 272

Grund in der Einführung eines Verbandssanktionengesetzes. Hält man die Neuregelung für sinnvoll, dann sollte ihr sofort vollständige Gesetzeskraft verschafft werden.

c) Notwendigkeit materiellen Verteidigungsbegriffs

Der Schutz von Verteidigungsunterlagen soll nach der Neuregelung ausdrücklich erst mit dem Zeitpunkt der Einleitung eines Sanktionsverfahrens einsetzen (dazu bereits oben III 16 a). Damit wäre eine präventive Vorbereitung auf eine drohende Ermittlung dadurch belastet, dass Unterlagen, die vor dem unbekanntem Zeitpunkt der Einleitung entstanden sind, nicht als Verteidigungsunterlagen qualifiziert wären und folglich nur im Gewahrsam des Rechtsanwalts beschlagnahmefreiheit genießen. In der Begründung des Gesetzesentwurfs findet sich allerdings keine Erklärung dazu, wie dieser Umstand mit der präventiven Ausrichtung des Verbandssanktionengesetzes in Übereinstimmung zu bringen sein soll.

Dem in Erwartung befindlichen vorsichtigen Verteidiger bliebe unter einer derartigen Rechtslage nichts anderes übrig, als seinem Mandanten, dem Verband, keinerlei schriftliche oder elektronische Unterlagen über Beratungsergebnisse oder Ratschläge zur Verfügung zu stellen und Einsicht in die eigenen Aufzeichnungen nur innerhalb der eigenen Kanzlei zu gewähren. Diese Vorgehensweise erschwerte zwar das Implementieren veränderter Compliance-Regelungen (und lieferte damit den Intentionen des neuen Gesetzes entgegen), hinderte aber nicht das Vorliegen vollständiger und ununterbrochener Kooperation als Voraussetzung förmlicher Milderung gemäß §§ 17 und 18 VerSanG-E. Denn auch diese kann erst nach Einleitung des staatlichen Verfahrens von Rechts wegen verlangt werden. nach dem vorliegenden Gesetzesentwurf erstreckt sich das Erfordernis nicht auf die Notwendigkeit, den Verbandsverteidiger von seiner Schweigepflicht befreien zu müssen.

36. Art. 8 des Gesetzesentwurfs: Änderungen des Strafgesetzbuchs

Dazu äußert sich Rechtsanwalt Dr. Lenard Wengenroth, Berlin, wie nachfolgend wiedergegeben:

Nach § 73b Abs. 1 S. 1 StGB soll folgender Satz eingefügt werden: "Ist der andere ein Verband nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 des VerSanG, so findet S. 1 Nr. 1 auch Anwendung, wenn der Verband etwas aus einer Tat erlangt hat, die nach § 2 Abs. 2 des VerSanG einer Verbandstat gleichsteht."

Die §§ 73, 73b StGB setzen grds. eine „rechtswidrige Tat“ nach deutschem Strafrecht (§ 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB) voraus. Durch die geplante Neuregelung ist eine Einziehung gem. § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB

bei einem im Inland befindlichen Verband auch bei Auslandstaaten einer Leitungsperson etc., d.h. bei Taten, auf die kein deutsches Strafrecht Anwendung findet, möglich. Die Ergänzung trägt dem Umstand Rechnung, dass Verbandssanktionen unter den Voraussetzungen des § 2 Abs. 2 VerSanG auch bei Taten verhängt werden sollen, für die das deutsche Strafrecht nicht gilt. Ausweislich der Entwurfsbegründung soll eine Einziehung bei Auslandstaaten auch dann möglich sein, wenn keine Sanktion nach dem VerSanG in Betracht kommt (S. 140 f. der Entwurfsbegründung).

Das mit der Neuregelung des § 73b Abs. StGB bezweckte Ziel des Gesetzgebers ist grds. nachvollziehbar. Durch die geplante Ergänzung stellen sich jedoch vermehrt Fragen einer doppelten Inanspruchnahme des Verbandes. Bei Auslandstaaten wird bezüglich der Vermögensabschöpfung vielfach eine parallele Zuständigkeit und damit parallellaufende Sicherungs- und Einziehungsmaßnahmen bestehen. Einerseits wären die deutschen Ermittlungsbehörden nach der Neuregelung für eine Einziehung gegen den inländischen Verband zuständig. Daneben kann auch die ausländische Ermittlungsbehörde, welche die Auslandstat gegen die Individualperson originär verfolgt, für eine gegen den Verband gerichtete Sicherungs- und Einziehungsmaßnahme zuständig sein. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass jedenfalls in der Europäischen Union die Vorschriften zur Einziehung aufgrund der Richtlinie 2014/42/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 03.04.2014 über die Sicherstellung und Einziehung von Tatwerkzeugen und Erträgen aus Straftaten in der Europäischen Union (ABl. L 127 vom 29.04.2014, S. 39; L 138 vom 13.05.2014, S. 114) angeglichen sind.

Es ist umstritten, ob Sicherungs- und Einziehungsentscheidungen dem Grundsatz „ne bis in idem“ unterfallen und damit beispielsweise eine doppelte Verfolgung gem. Art. 54 SDÜ bzw. Art. 50 GRCh im „Schengen-Raum“ ausgeschlossen ist (bereits zur alten Rechtslage bejahend Rügenstahl/Schilling, HRRS 2008, S. 492; a.A. Hoven, Auslandsbestechung, S. 128 ff.). Sicherungs- und Einziehungsentscheidungen sind nach Verständnis der Rechtsprechung und des Gesetzgebers keine Sanktion, sondern verfolgen präventiv-ordnende Ziele (BVerfG v. 14.01.2004 – 2 BvR 565/95; BGHSt 467, 369; BT-Drs. 18/9525, S. 46 f.). Aus dieser Perspektive stellt sich die Frage einer doppelten Inanspruchnahme nach dem Grundsatz „ne bis in idem“ nicht. Ausländische Einziehungsentscheidungen können dementsprechend nach geltendem Recht bislang auch lediglich auf Ebene der Vollstreckung von Einziehungs-, aber nicht Sicherstellungsentscheidungen gem. § 495g Abs. 5 StPO i.S. eines Härtefalls berücksichtigt werden (vgl. Korte, wistra. 2018, 1, 10; Köhler in: Meyer-Goßner/Schmitt, 63. Auflage, 2020, § 459g Rn. 13b; BGH, Beschluss vom 19.02.2019 - 2 StR 8/19; BT-Drs. 18/11640 S. 78.).

Eine entsprechende Sichtweise dürfte sich mit Blick auf die Verordnung (EU) 2018/1805 des

Europäischen Parlaments und des Rates vom 14.11.2018 über die gegenseitige Anerkennung von Sicherstellungs- und Einziehungsentscheidungen (ABl. L 303 vom 28.11.2018, S. 1), die ab dem 19.12.2020 in den Mitgliedsländern anzuwenden ist, jedoch nicht zu halten sein. In der Verordnung (EU) 2018/1805 ist als Ausschlussgrund für die Vollstreckung einer ausländischen Sicherungs- und Einziehungsentscheidung ausdrücklich ein Verstoß gegen den Grundsatz „ne bis in idem“ aufgeführt (Erwägungsgrund 31, Art. 8 und 19 der Verordnung (EU) 2018/1805). Der deutsche Gesetzgeber erkennt dies zwischenzeitlich wohl ebenfalls an (vgl. RegE eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Stand 15.04.2020, 13:03, S. 22).

Aufgrund der Verordnung (EU) 2018/1805 könnte wie gesehen die Vollstreckung ausländischer Sicherstellungs- und Einziehungsentscheidung aufgrund einer Auslandstat, gegen einen inländischen Verband mit dem Hinweis auf bereits durchgeführte nationale Maßnahmen der Vermögensabschöpfung, versagt werden.

Inwieweit im quasi umgekehrten Fall nationale Sicherstellungs- und Einziehungsmaßnahmen angeordnet werden könnten, obwohl wegen der Auslandstat bereits ausländische Maßnahmen der Vermögensabschöpfung vollstreckt worden sind, ist unklar. Die Verordnung (EU) 2018/1805 greift in diesem Fall nicht. Nationale Sicherstellungs- und Einziehungsmaßnahmen könnte indes § 76a Abs. 1 S. 3 StGB entgegenstehen. Bei Auslandstaten i.S.d. § 73b Abs. 1 S. 2 StGB-E käme mangels Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts eine Einziehung gem. §§ 73 ff. StGB im Verfahren gegen eine Individualperson denklogisch nicht in Betracht. Eine Einziehung im Fall des § 73b Abs. 1 S. 2 StGB-E würde vielmehr nach § 76a Abs. 1 StGB im selbstständigen Verfahren erfolgen, vgl. auch Entwurfsbegründung S. 109. Gem. § 76a Abs. 1 S. 3 StGB wird die Einziehung im selbstständigen Verfahren nicht angeordnet, wenn Antrag, Ermächtigung oder Strafverlangen fehlen oder bereits rechtskräftig über sie entschieden worden ist. Vom Wortlaut her erfasst § 76a Abs. 1 S. 3 StGB auch ausländische Einziehungsentscheidungen. Systematik, Historie und Telos von § 76a Abs. 1 S. 3 StGB sprechen hingegen eher gegen die Einbeziehung von ausländischen Einziehungsentscheidungen. Insofern wäre zumindest eine Klarstellung durch den Gesetzgeber wünschenswert.

Neben einer doppelten Inanspruchnahme durch staatliche Einziehungsmaßnahme bestünden mit der Neureglung ferner faktische Probleme darin, dass in der Praxis im Rahmen des § 73e Abs. 1 StGB nur mithilfe sachverständiger Hilfe feststellbar seien dürfte, ob nach ausländischem Recht der Anspruch des Geschädigten erloschen ist.

37. Art. 9 des Gesetzesentwurfs, Änderungen des Ordnungswidrigkeitengesetzes

Dazu führt Rechtsanwalt Dr. Wengenroth, Berlin, folgendes aus:

Dem § 21 OWiG soll folgender Absatz 3 angefügt werden: "Ist eine Tat zugleich eine Ordnungswidrigkeit im Sinne von § 30 Absatz 1 und eine Verbandstat im Sinne von § 3 Abs. 1 Nr. 1 des VerSanG, wird nur das VerSanG angewendet. Dies gilt auch, wenn eine Zuwiderhandlung im Sinne von § 130 gleichzeitig eine Verbandstat im Sinne von § 3 Abs. 1 Nr. 2 des VerSanG ist. Wenn keine Verbandssanktion verhängt wird, kann eine Ahndung nach diesem Gesetz erfolgen."

Die geplante Neuregelung wirft die Frage auf, ob eine Sanktionierung des Verbandes gem. § 30 OWiG auch möglich wäre, wenn keine Verbandssanktion verhängt wird, weil das Verbandsverfahren gem. §§ 35 ff. VerSanG eingestellt worden ist (dazu inzwischen auch Cordes/Wagner, NZWiSt 2020, 215, 221).

Damit würde insb. eine Erledigung gem. § 36 VerSanG erheblich entwertet werden. Ein Verband dürfte sich schwerlich zu einer möglicherweise millionenschweren Auflage durchringen, wenn Unsicherheiten darüber bestehen, ob nach Einstellung des Verbandsverfahrens noch eine Sanktionierung gem. § 30 OWiG möglich bleibt. Dies wird insb. in Fällen virulent, in denen nach Einstellung des Verbandsverfahrens ein Zuständigkeitswechsel stattfindet, etwa weil das Verfahren wegen der Verbandstat gegen eine Individualperson gem. § 170 Abs. 2 StPO durch die Staatsanwaltschaft eingestellt wird und sodann „nur“ noch wegen einer Ordnungswidrigkeit der Leitungsperson ermittelt wird.

Nach geltendem Recht ist bei einer Einstellung des Strafverfahrens gegen eine Individualperson gem. § 153a StPO die Verfolgung einer Ordnungswidrigkeit wegen der gleichen Tat gesperrt. Es tritt insoweit Strafklageverbrauch ein (Göhler/Gürtler OWiG § 21 Rn. 27; KK-OWiG/Mitsch OWiG § 21). Eine entsprechende Klarstellung sollte betreffend der geplanten Neuregelung des § 21 OWiG auch für § 36 VerSanG getroffen werden.

38. Zu Artikel 10, „Änderung der Abgabenordnung“

Auf die zahlreichen und bisher kaum bedachten Folgen für das Steuerstrafrecht macht Rechtsanwalt Dr. Hanno Kiesel, Esslingen, wie folgt aufmerksam:

Das Gesetz zur Stärkung der Integrität der Wirtschaft, dessen Schwerpunkt das Gesetz zur Sanktionierung von verbandsbezogenen Straftaten darstellt, wird für die Verbände – sollte es bei dem Entwurf bleiben – erhebliche Auswirkungen in Bezug auf die Ahndung von Steuerstraftaten haben. Diese – geregelt in den §§ 370-374 AO – stellen klassische Verbandstaten dar. Denn die Verbände sind Steuersubjekte. Die Steuererklärungen werden im Namen des Verbands durch seine gesetzlichen Vertreter abgegeben (§§ 34, 35 AO). Sie sind die Handelnden, gegen sie werden in der Regel die steuerstrafrechtlichen Ermittlungsverfahren nach §§ 370 ff AO eingeleitet. Nach dem Entwurf steht damit in jeder verbandsbezogenen steuerstrafrechtlichen Ermittlung – und dies gilt unabhängig von der Größenordnung der steuerlichen Verkürzung – die Verbandsverantwortlichkeit fest. Auf die subjektive Verantwortung der Leitungspersonen für die Tat (§ 30 OWiG) soll es nicht mehr ankommen.

Generell ist das Ansinnen des Entwurfs auch in Bezug auf die Erfassung steuerstrafrechtlicher Verbandstaten zu begrüßen, da die Verantwortlichkeit von Verbänden für verbandsbezogene Straftaten einem einheitlichen Regelwerk unterworfen werden sollte. Aufgrund der Besonderheiten, die dem Steuerverfahrensrecht und dem Steuerstrafrecht eigen sind, kann man u.E. jedoch darüber nachdenken, bei den Straftaten, die von dem Verbandssanktionengesetz erfasst werden sollen, Ausnahmen zu machen. Dabei könnte § 30 OWiG, der ja weiterhin Gültigkeit besitzt, eine Auffanglösung für die Straftaten darstellen, die mit dem steuerlichen Pflichtenkanon, dem die Verbände ausgesetzt sind, in besonders engem Zusammenhang stehen. Dies sind die in § 370 Abs.1, Abs.3 Nr.1 AO geregelten Vergehen. Selbst wenn man eine solche Differenzierung nicht für gerechtfertigt hält, sollten einzelne Regelungen des Entwurfs angepasst werden, um diesem Pflichtenkanon gerecht zu werden.

Zentraler Anknüpfungspunkt ist dabei die Parallelität von Selbstanzeige und Berichtigungspflicht. § 153 AO verlangt, Steuererklärungen zu berichtigen, wenn sich nachträglich erkennen lässt, dass diese Fehler enthalten, die zu einer Verkürzung des staatlichen Steueranspruchs führen können oder geführt haben. Diese Aufgabe trifft die gesetzlichen Vertreter der Verbände. Ihre Verletzung ist selbst strafbewehrt (§ 370 Abs.1 Nr.2 AO). § 153 AO dient damit der Sicherstellung des staatlichen Steueraufkommens.

Haben Vertreter des Verbandes Fehler in den steuerlichen Erklärungen jedoch zumindest billigend in Kauf genommen und damit eine Steuerstraftat begangen, gewährt § 371 AO auch dann Straffreiheit, wenn die Tat bereits beendet ist. Mit dieser Sonderstellung der Selbstanzeige – das deutsche Strafrecht kennt sonst nur den Rücktritt vom Versuch bzw. die tätige Reue – stellt der Gesetzgeber das Interesse des Staates an der Sicherstellung seines Steueranspruchs über das Interesse an Bestrafung.

Sind Steuerhinterzieher und Steuerpflichtiger personenidentisch, ergeben sich aus dem Zusammenspiel von § 371 AO und 153 AO keine Nachteile, da die Entscheidung zur Aufdeckung von Fehlern beiden Normansprüchen gleichzeitig gerecht werden kann. Anders ist dies jedoch bei Verbänden, da sich hier ein Auseinanderfallen zwischen Steuerpflichtigem und Straftäter ergibt. Wird durch die Vertreter des Verbandes nachträglich erkannt, dass eine Steuererklärung Fehler enthält, ist er als Steuerpflichtiger zur Berichtigung verpflichtet unabhängig davon, ob der Straftäter zur Selbstanzeige bereit ist oder ob diese den gesetzlichen Ansprüchen inhaltlich gerecht wird.

Dieses Auseinanderfallen führt nicht nur aufgrund der unterschiedlichen Interessenlagen zu einem Spannungsfeld, sondern auch aufgrund der unterschiedlichen Anforderungen. Nach § 371 AO sind sämtliche Steuerstraftaten einer Steuerart innerhalb der letzten zehn Jahre in aufzudecken (Vollständigkeitsgebot). Eine Unvollständigkeit führt damit zwangsläufig zur Unwirksamkeit der Selbstanzeige und damit zur strafrechtlichen Verfolgung. Um dies zu verhindern, werden die für die Steuerstraftat Verantwortlichen darauf drängen, mit der Offenlegung so lange zu warten, bis sichergestellt ist, dass die Vollständigkeit erreicht ist. Im Gegensatz dazu fordert die Verpflichtung nach § 153 AO allein die unverzügliche Anzeige, dass es zu Fehlern in der Steuererklärung gekommen ist. Erst in der sich anschließenden Berichtigung werden vom Verband dann die steuerlichen Folgen gezogen. Es liegt auf der Hand, dass mit einer isolierten Berichtigung Tatentdeckung eintreten würde, die wiederum einen Sperrgrund für die Selbstanzeige darstellt.

Dieses Spannungsfeld ist de lege lata noch beherrschbar, weil der Verband bei allen Widerständen, die sich von Seiten der Steuerstraftäter gegen eine Aufdeckung der Fehler ergeben mögen, durch die Berichtigungserklärung seiner Pflicht gerecht werden kann, ohne Nachteile zu erleiden. In der Praxis wird dieses Spannungsfeld zusätzlich noch dadurch entlastet, dass die Frist zur unverzüglichen Anzeige angemessen verlängert wird, um die Fehler tatsächlich zu ermitteln und dadurch auch die vollständige Selbstanzeige zu ermöglichen. Das Verbandssanktionengesetz in seiner jetzigen Form ignoriert mit seiner Fokussierung auf die Selbstanzeige jedoch dieses Spannungsfeld zulasten der Verbände.

Ausgangspunkt dabei ist § 5 Nr. 1 Nr. 1 VerSanG-E, der eine Sanktionierung allein ausschließt, wenn die Verbandstat nicht verfolgt werden kann, weil eine Strafe ausgeschlossen ist. Die Begründung (Seite 81) nennt als Beispiel die wirksame Selbstanzeige nach § 371 AO.

So simpel es klingen mag, so komplex ist es für den Rechtsanwender, die Voraussetzungen einer

wirksamen Selbstanzeige zu schaffen. Es ist schon zweifelhaft ob es dem Verband in jedem Einzelfall gelingt, sämtliche Taten eines Zeitraums von zehn Jahren zu identifizieren und damit schon allein wegen des Verstoßes gegen die Vollständigkeit der abgegebenen Selbstanzeige die Segnungen des § 5 Nr. 1 VerSanG-E zu verlieren. Zusätzlich stellt sich das Problem, dass die Gruppe der in Betracht kommenden Täter, die in den vergangenen zehn Jahren Verantwortung für die fehlerhaften Steuererklärungen trugen, umfassend geklärt werden muss. Wird dabei nur eine Person übersehen, weil sie z.B. zum Zeitpunkt der Abgabe der Berichtigungserklärung nicht mehr dem Verband angehört und für diesen eventuell auch nicht mehr erreichbar ist, droht dieser gegenüber die Einleitung des Steuerstrafverfahrens. Auch kann gerade bei großen Verbänden im Nachhinein nicht immer geklärt werden, wer aus dem Verband in diesem Zeitraum strafrechtlich in die Hinterziehung verstrickt gewesen sein könnte. Auch in diesen Fällen würde der Verband von der Segnung des § 5 Nr. 1 VerSanG-E ausgeschlossen.

Der Entwurf setzt die Verbände damit Risiken aus, die sie aus eigener Kraft nicht in jedem Fall auszuschließen vermögen. Der Verband droht vielmehr abhängig, ja sogar erpressbar zu werden von Personen, die bereits für die Verbandstat verantwortlich zeichnen.

Da der Verband unabhängig von diesen, die Selbstanzeige begleitenden Unsicherheiten auch bei Einführung des Verbandssanktionengesetzes verpflichtet bleibt, eine Berichtigungserklärung nach § 153 AO abzugeben, wird er dieser jedoch immer Vorrang vor der Selbstanzeige einräumen müssen. Denn der aktuelle gesetzliche Vertreter wird sich nicht des Vorwurfs einer unterlassenen Berichtigung aussetzen wollen und damit einen eigenen Strafvorwurf riskieren. Damit würde sich der Verband in jedem Fall dem Risiko einer strafrechtlichen Mithaftung aussetzen. In der Kombination der Berichtigungspflicht mit dem Verbandssanktionengesetz droht den Verbänden damit eine nicht hinnehmbare Selbstbelastung.

Besonders eklatant tritt diese Folge jedoch in Fällen zu Tage, in denen die Vertreter des Verbandes die erkannten Fehler zunächst allein nach § 153 AO berichtigen, weil sie keinen steuerstrafrechtlichen Bezug erkennen, die Finanzbehörde im Rahmen der sich anschließenden Würdigung einer Berichtigungserklärung jedoch Anhaltspunkte für eine Steuerstraftat sieht. Dies wird in der aktuellen Fassung des Anwendungserlasses zu § 153 AO deutlich, wenn dort ausgeführt wird, dass es einer sorgfältigen Prüfung bedarf, ob der Anfangsverdacht einer Steuerstraftat gegeben ist. Dies gelte auch dann, wenn der Steuerpflichtige ein innerbetriebliches Kontrollsystem eingerichtet habe, dass der Erfüllung der steuerlichen Pflichten diene. Das Kontrollsystem stelle allerdings nur ein Indiz dafür dar, dass der berichtigte Fehler nicht (bedingt) vorsätzlich begangen wurde.

Um dieses Spannungsfeld zu lösen, wäre es u.E. systematisch geboten, den Ausschluss einer Verbandssanktion nach § 5 VerSanG-E auch in den Fällen sicherzustellen, in denen der Verband die inkriminierte Steuererklärung nach § 153 AO rechtzeitig berichtigt. Denkbar wäre eine entsprechende Ergänzung in § 5 VerSanG-E oder aber eine eigenständige Regelung im Zusammenhang mit den bereits bestehenden Vorschlägen zum „Absehen der Verfolgung“ (§§ 35-42 VerSanG-E). Wir weisen darauf hin, dass auch de lege lata eine Berichtigungserklärung nach § 153 AO der Verhängung einer Verbandsgeldbuße entgegensteht (§ 30 Abs. 4 S. 3 OWiG, § 371 Abs. 4 AO).

Einen weiteren Kritikpunkt sehen wir in der Vorgabe einer Trennung der Berater nach § 17 VerSanG-E. Diese Vorgabe berücksichtigt nicht die Verpflichtung der Verbände, Steuerklärungen bei Fehlern auch dann zu berichtigen, wenn wegen der Steuerstraftat bereits ermittelt wird. Das sich in der Vorgabe widerspiegelnde Misstrauen gegen die Berater, das schon im Grundsatz fragwürdig ist, erscheint zumindest für den Bereich des steuerbezogenen Verbandssanktionsverfahrens nicht gerechtfertigt. Denn der die interne Untersuchung durchführende Berater wird sich – genau wie ein zur Vorbereitung einer Berichtigungserklärung und/oder einer Selbstanzeige beauftragter Berater oder auch der Verteidiger – zu aller erst an der steuermateriellen Einordnung der Sachverhalte orientieren müssen. Speziell § 370 AO stellt eine sog. Blankettnorm dar, bei der der strafrechtliche Tatbestand maßgeblich von den Vorschriften des materiellen Steuerrechts ausgefüllt werden muss. In diesem Punkt sind die Interessen des Verbandes damit denklogisch mit den Interessen des eventuellen Verbandstäters deckungsgleich, da es bei der Subsumptionsarbeit allein um die objektive Beurteilung der steuerlichen Sachverhalte geht. Gleiches gilt für die Interessen der Strafverfolgungsbehörden, die – neben der strafrechtlichen Würdigung – auch und zu aller erst die steuerliche Seite im Blick haben (vgl. z.B. § 208 AO).

Bei der im Rahmen der internen Untersuchung erfolgten Aufarbeitung der steuerlichen Historie ist auch der Frage nachzugehen, welche Gründe es aus der Sicht der damals Verantwortlichen für die steuerliche Einordnung gab, die von den Strafverfolgungsbehörden nunmehr als fehlerhaft eingeschätzt wird. Da es in der Praxis naturgemäß unterschiedliche Auffassung über die steuermaterielle Einordnung der Sachverhalte geben kann, muss dies im Einzelfall durch parallel zum Strafverfahren vom Verband zu führende Rechtsbehelfs- und Rechtsmittelverfahren geklärt werden. Das steuerliche Verfahrensrecht sieht daher vor, in diesen Fällen das Strafverfahrens ruhen zu lassen, bis die steuermaterielle Streitigkeit entschieden ist (§ 396 AO).

Es ist nicht zu erkennen, wie ein mit der internen Untersuchung beauftragter Berater vor diesem

Hintergrund Informationen und/oder Dokumente zurückhalten sollte, die für die Subsumptionsarbeit erforderlich waren und sind. Wir empfehlen daher, für steuerbezogene Verbandssanktionsverfahren eine Ausnahme von der formalen Trennung zwischen den Beratern zu machen.

Schließlich sehen wir – auch für den Fall, dass sich der Gesetzgeber zu einer Differenzierung der Steuerstraftatbestände entschließt – das Erfordernis, die Milderungsmöglichkeiten einer verbandsinternen Untersuchung nach § 17 VerSanG-E unabhängig vom Zeitpunkt der Mitteilung in den Fällen zu gewähren, in denen allgemeinstrafrechtliche Verbandstaten in Tateinheit oder Tatmehrheit zu Steuerstraftaten stehen und die steuerliche Verbandstat durch wirksame Selbstanzeige/Berichtigung von der Sanktionswirkung ausgeschlossen wird (§ 5 VerSanG-E). Dies ist z.B. im Falle einer Korruption gegeben, deren Kosten entgegen dem Betriebsausgabenabzugsverbot des § 4 Abs. 5 Nr. 10 EStG steuerlich geltend gemacht wurden. Die Vorbereitung der Selbstanzeige kann in diesen Fällen zu einer – den komplexen Fragestellungen mit oft internationalem Bezug – entsprechend langwierigen Untersuchungen führen (Stichworte: 10 Jahreszeitraum; Vollständigkeit), bevor die Ermittlungsbehörden offiziell eingeschaltet werden. Eine möglichst frühe Einschaltung der Strafverfolgungsbehörden zur Erreichung einer möglichst hohen Milderung würde die Selbstanzeige jedoch gefährden, da dies mit einer vorzeitigen Tatentdeckung und damit einer Sperrwirkung für die Selbstanzeige einherginge. Im Zweifel wird eine Offenlegung und Mitteilung an die Strafverfolgungsbehörde i.S.d. § 17 VerSanG-E daher erst am Ende der Untersuchung erfolgen, wenn das gesamte – steuerliche – Ausmaß erkennbar ist. Eine „ununterbrochene und uneingeschränkte Zusammenarbeit des beauftragten Dritten mit der Verfolgungsbehörde“, wie es § 17 Abs. 1 Nr. 3 VerSanG-E fordert, wird sich damit nicht mehr erfüllen lassen.

Denkbar wäre – wie bereits angedeutet – jedoch auch, den Anwendungsbereich des Verbandssanktionengesetzes auf die besonderen Begehungsformen des § 370 Abs.3 Nr. 2-6 AO und §§ 372-374 AO zu beschränken. Denn die Tatbestandsverwirklichung bei diesen Taten zeichnet sich – im Gegensatz zu § 370 Abs.1, Abs.3 Nr.1 AO – durch eine höhere kriminelle Energie, den oft mit Kriterien der Gewerbsmäßigkeit bzw. Bandenmäßigkeit einhergehenden Umständen und der Tatsache aus, dass mit diesen Strafnormen zum Teil allein außersteuerliche Rechtsgüter geschützt werden. Gerade diese Delikte decken sich auch mit den auf Seite 51 der Begründung genannten Argumenten einer Erforderlichkeit der Verbandssanktion, vor allem den dort aufgezählten internationalen Rechtsinstrumenten.

Mit dieser Beschränkung des Anwendungsbereichs des Verbandssanktionengesetzes könnte einer u.E. unverhältnismäßigen Kriminalisierung der Verbände entgegengewirkt werden. Der Gesetzgeber würde

damit auch anerkennen, dass das Risiko der für die Richtigkeit der Steuererklärung Verantwortlichen groß ist, bereits durch die fehlerhafte Subsumption von Lebenssachverhalten unter steuermaterielle Normen in den Bereich eines Hinterziehungsvorwurfs nach § 370 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1 AO zu gelangen, ohne dass direkter Vorsatz im Spiel war. Auch vor dem Hintergrund der Kleinteiligkeit, die dem Steuerrecht eigen ist und dieses Risiko erhöht, erscheint die Beschränkung des Anwendungsbereichs gerechtfertigt.

So sind nahezu sämtliche Lebenssachverhalte, die im operativen Umfeld von Verbänden zu verorten sind, mit steuerlichen Regelungen verknüpft, was einen erheblichen und mitunter komplexen Subsumptionsaufwand erfordert. Gesteigert wird das Risiko durch die Quantität der steuerlichen Pflichten. Gerade bei den „Massensteuern“ Umsatzsteuer und Lohnsteuer sind monatlich Erklärungen abzugeben. Fehler sind hier allein schon aufgrund der Masse an Sachverhalten vorprogrammiert. Die Praxiserfahrung zeigt, dass sich gerade in diesen beiden Steuerarten unabhängig von der Höhe der im Raum stehenden Steuerbeträge auch deshalb die Strafverfahren, konzentriert auf § 370 Abs.1, Abs.3 Nr.1 AO, häufen. Da die Höhe der durch Fehler verursachten Verkürzung bei der strafrechtlichen Beurteilung ein wichtiges Strafzumessungskriterium darstellt, drohen daher auch Verbandssanktionsverfahren bei relativ kleinen Verkürzungsbeträgen. Es sei darauf verwiesen, dass die von den Finanzbehörden verwendeten (inoffiziellen) Strafmaßtabellen bereits bei einem Hinterziehungsbetrag von € 1.000 beginnen.

In diesem Zusammenhang wichtig erscheint uns auch der Hinweis, dass der Tatbestand des großen Ausmaßes (§ 370 Abs. 3 Nr. 1 AO) nach der aktuellen höchstrichterlichen Rechtsprechung bereits bei einem Hinterziehungsvolumen von € 50.000 erfüllt ist. Auch wenn dieser Betrag aus der Sicht eines „normalen“ Steuerpflichtigen hoch erscheinen mag, muss doch gerade im Zusammenhang mit Verbänden gesehen werden, dass sich Fehler in Steuererklärungen sehr schnell zu solchen Summen addieren können. Als Beispiel dürfen hier ebenfalls die Lohnsteuer- oder Umsatzsteuererklärungen ins Feld geführt werden, bei denen sich ein systematischer Fehler in einer Vielzahl gleichgelagerter Sachverhalte summenmäßig zu einem Betrag von € 50.000 oder mehr potenzieren kann, ohne dass dies unbedingt Ausdruck gesteigerter krimineller Energie wäre.

Den Strafverfolgungsbehörden bliebe mit der Möglichkeit, in geeigneten Fällen eine Verbandsgeldbuße auszusprechen, genügend Spielraum, auch Steuerstraftaten nach § 370 Abs.1, Abs.3 Nr.1 AO zusätzlich zu sanktionieren. Die in der Entwurfsbegründung aufgeführten Defizite (Seite 54) bestehen nicht:

- *Die Ahnung von steuerlichen Verfehlungen nach § 370 Abs.1, Abs. 3 Nr.1 AO beschränkt sich auf die Verletzung deutscher Steuernormen. Straftaten im Ausland spielen daher keine Rolle.*
- *Die starren Obergrenzen des § 30 OWiG bei vorsätzlichen Taten (10 Mio. €) sind für diese Straftaten, selbst wenn sie das Kriterium des großen Ausmaßes erreichen (§ 370 Abs.3 Nr. 1 AO) u.E. mehr als ausreichend, selbst wenn diese durch Mitarbeiter von Verbänden mit mehr als € 100 Mio. Umsatz begangen werden. So erscheint es wenig wahrscheinlich, dass das Volumen eines vorwerfbaren Verhaltens bei diesen Taten eine Größenordnung erreicht, die eine Ahnung über mehr als € 10 Mio. rechtfertigt. Dies kann bei Straftaten nach § 370 Abs.3 Nr. 2-6 oder §§ 372-374 AO u.E. eher in Betracht kommen, zumal die besondere kriminelle Energie, die bei diesen Straftaten in die Bemessung der Strafe und Sanktion einzubeziehen ist, eine große Rolle spielt. Als Beispiel können die unter § 370 Abs. 3 Nr.5 AO zu fassenden Umsatzsteuerkarusselle genannt werden, die aufgrund ihres europäischen Bezugs auch ein erhebliches internationales Schadenpotential aufweisen*
- *Es ist zwar richtig, dass für den Fall der Herausnahme der § 370 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1 AO aus dem Anwendungsbereich des Verbandssanktionengesetzes die vom Entwurf bemängelte eingeschränkte Wahl der Ermittlungsbehörden bei der Ahnung für diese Verbandstaten nach dem § 30 OWiG bestehen bleiben würde. Es erscheint aber fraglich, ob das angedachte Instrumentarium bei § 370 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1 AO auch tatsächlich zum Ansatz käme. So kommt die vom Entwurf im Zusammenhang mit dem Verbandsgeldsanktionsvorbehalt geregelte Auflage (§ 10 VerSanG-E) schon jetzt bei verbandsbezogenen Steuerstraftaten zwingend zum Einsatz: der Verband als Steuerpflichtiger hat die hinterzogenen Steuern und die darauf entfallenden Zinsen zu bezahlen (Wiedergutmachung). Das bei Weitergeltung des § 30 OWiG nicht in jedem Fall zwingend eine Sanktionierung des Verbands erfolgt, ist von den bereits vorgetragenen sonstigen Gründen getragen.*
- *Schließlich ist das Vorhandensein eines Compliance Systems auch im Rahmen der Ahnung nach § 30 OWiG zu berücksichtigen. Richtig ist allerdings, dass es der Verfolgungsbehörde nach § 30 OWiG bisher an einer Möglichkeit mangelt, die Einrichtung eines solchen Systems oder dessen Verbesserung im Wege einer Weisung durchzusetzen (§ 13 VerSanG-E). Um in besonders gelagerten Einzelfällen der Strafverfolgungsbehörde auch im Zusammenhang mit Straftaten nach § 370 Abs.1, Abs.3 Nr. 1 AO die Möglichkeit zu geben, die Einrichtung oder Verbesserung von Compliance Systemen zu verlangen, wäre eine Verweisung auf § 13 VerSanG-E in § 30 OWiG denkbar.*

- *Auch die vom Entwurf als Defizit der Verbandgeldbuße nach § 30 OWiG genannte Lücke im Fall der Rechtsnachfolge (Seite 54 f., 81), die der Entwurf mit der Ausfallhaftung nach § 7 VerSanG-E schließen will, verbliebe zwar für den Fall, dass § 370 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1 AO aus dem Anwendungsbereich des VerSanG ausgenommen würden. Faktisch existiert die Lücke u.E. jedoch nicht, da ein Verband in diesen Fällen keine Umstrukturierungsmaßnahmen vornimmt, um sich von einer (drohenden) Verbandgeldbuße nach § 30 OWiG zu befreien. Der damit einhergehende Aufwand und die möglichen damit verbundenen steuerlichen Nachteile stehen diesem Risiko u.E. entgegen.*
- *Der Entwurf will zukünftig auch die nach § 30 OWiG geahndeten Fälle in das zu schaffende Verbandsregister aufnehmen (§ 54 Abs. 2 Nr. 2 VerSanG-E), so dass auch Verbände, die in gerechtfertigten Einzelfällen wegen der Steuerstraftaten nach § 370 Abs.1, Abs. 3 Nr.1 AO eine Geldbuße erhalten, für die Einsichtsberechtigten erkennbar werden.*