

<p>Prof. Christian Strenger</p> <p>c/o DWS Investment GmbH Mainzer Landstraße 11-17, 60329 Frankfurt am Main, Tel. +49 69 910-14141 <a href="mailto:christian.strenger@dws.com">christian.strenger@dws.com</a></p>	<p>Prof. Dr. Julia Redenius- Hövermann, LL. M.</p> <p>Frankfurt School of Finance &amp; Management Adickesallee 32-34 60322 Frankfurt am Main Tel: +49 69 154008 – 767 <a href="mailto:j.redenius@fs.de">j.redenius@fs.de</a></p>	<p>Prof. Dr. Alexander Reuter</p> <p>Rechtsanwalt und Attorney-at- Law (New York) GÖRG Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB Kennedyplatz 2, 50679 Köln Tel. +49 221 33660 754 <a href="mailto:areuter@goerg.de">areuter@goerg.de</a></p>
--	---	--

Frankfurt/Köln, 05. Juni 2020

### **Das Unternehmenssanktionsrecht trifft die Falschen!**

#### **Stellungnahme zum Entwurf eines „Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft“ aus gesellschaftsrechtlicher Sicht**

Der Beitrag nimmt kritisch Stellung zu dem jetzt vorliegenden Entwurf eines Gesetzes zur Sanktionierung von verbandsbezogenen Straftaten (VerSanG) und unterbreitet konkrete Änderungsvorschläge zur Erreichung des erklärten, aber durch den Entwurf nicht erreichbaren Ziels des Gesetzes, die Integrität der Wirtschaft zu stärken.

Die kritische Würdigung leitet sich u.a. daraus ab, dass der Gesetzentwurf weder die gesellschafts- und haftungsrechtlichen Regeln, noch die principal-agent-Konflikte bei Rechtsverstößen berücksichtigt. Daher trifft der Entwurf nach Ansicht der Verfasser die Falschen und verfehlt sein Ziel.

#### **I. Kritische Kernthesen zum VerSanG**

- Einer Neuordnung der Unternehmenssanktionen durch ein Verbandssanktionsrecht bedarf es nicht; eine sachgerechte Anpassung des Ordnungswidrigkeitengesetzes (OWiG) genügt.
- Das VerSanG vernachlässigt die gesellschaftsrechtlichen Gegebenheiten, insbesondere das Delegationsprinzip, das Haftungs- und das Versicherungsrecht. Strafen können nur verhaltenssteuernde Wirkung entfalten, wenn die Verantwortlichen getrof-

fen werden. Das erklärte Ziel des Gesetzes, die Integrität der Wirtschaft zu stärken, wird durch die fehlende Einbeziehung der Verantwortlichen verfehlt.

- Das VerSanG gründet auf veralteten empirischen Prämissen.
- Es fehlt an einem zureichenden Sanktionsgrund; Unternehmen können selbst dann sanktioniert werden, wenn die zuständigen Gesellschaftsorgane eine angemessene Compliance-Organisation eingerichtet haben.
- Da es die verursachenden Personen nicht trifft, trägt das Vorhaben kaum zu der gewünschten Compliance-Verbesserung bei.
- Es verletzt die Grundrechte der Aktionäre bzw. Gesellschafter, die indirekt bestraft werden, aber für das Fehlverhalten (insbesondere bei Gesellschaften mit breitem Aktionärskreis) regelmäßig keine Verantwortung tragen.
- Es widerspricht dem Rechtsempfinden, Unternehmen keine Sicherheit zu geben, sanktionsfrei oder zumindest nach klaren Regeln sanktionsgemindert auszugehen, wenn sie bei der Aufklärung gutgläubig und nach Kräften mitgewirkt haben. Auch dies unterminiert die Wahlfreiheit des Unternehmens, sich nach Kräften gegen Vorwürfe zu verteidigen.
- Das Gesetz rechnet Schadensersatzleistungen, andere Wiedergutmachungen und die Doppelbelastung bei Familien- und anderen inhabergeführten Unternehmen aus der strafrechtlichen Verfolgung auf Gesellschafterebene nicht an. Das kann die Belastung vervielfachen und ist ohne faire und sinnvolle Anrechnungen willkürlich. Verbandssanktionen dürfen nicht dem Ziel dienen, staatliche Einnahmen zu erzielen.

Die Vorschläge, die hieraus abzuleiten sind, finden sich in Abschnitt IV (Fazit und Vorschläge).

## **II. Vorbemerkung**

Herodot berichtet, dass 480 v. Chr. ein Sturm dem Heer des Perserkönigs Xerxes schwer zusetzte, als es auf dem Feldzug nach Griechenland den Hellespont überquerte. Der Despot ließ daher die hochschlagenden Wellen der Meerenge zur Strafe mit 300 Rutenschlägen züchtigen. Das erscheint uns heute als törichte Vergeltungssucht.

Stattdessen sollen Strafen heute der Prävention dienen, d.h. die Rechtstreue (Compliance) erhöhen. In diesem Sinne hat das BMJV am 22. 4. 2020 einen Entwurf für ein „Gesetz zur Bekämpfung der Unternehmenskriminalität“ und darin insbesondere ein „Gesetz zur Sanktionierung von verbandsbezogenen Straftaten“ (Verbandssanktionengesetz – nachfolgend VerSanG) vorgelegt und zur Stellungnahme bis 12. 6. 2020 eingeladen. Dort werden juristische Personen („Verbände“ = Unternehmen) u. a. mit drastischen Geldbußen für Straftaten belegt, die Geschäftsleiter und leitende Angestellte begehen. Ob das Gesetz tatsächlich die Unternehmens-Compliance stärkt, hängt wesentlich von den tatsächlichen Sanktionen ab. Die nachstehende Analyse zeigt, dass das Gesetz die Falschen trifft und damit sein an sich wünschenswertes Ziel verfehlt.

### **III. Grundsätzliches**

Die wesentlichen Regelungen des VerSanG betreffen dessen Anwendbarkeit, die Sanktionsvoraussetzungen, die Rechtsfolgen, die Sanktionszumessung und verfahrensrechtliche Aspekte. Inhaltlich hat sich – trotz der von vielen Experten intensiv geäußerten Kritik – kaum etwas gegenüber dem acht Monate lang kursierenden inoffiziellen Vorentwurf verändert: So wurden die Unternehmensschließung als Sanktion und die Generalklausel gestrichen, wonach interne Ermittlungen nur dann zur Strafmilderung führen können, wenn sie „dem geltenden Recht entsprechen“. Auch fallen Vereine ohne Wirtschaftsbetrieb nicht mehr unter das VerSanG. Geblieben ist aber die Nichtverfolgung von Taten der öffentlichen Hand (§§ 1, 5 VerSanG), trotz jüngerer Fälle behördlichen Versagens (z. B. Love Parade in Duisburg<sup>1</sup>)).

Nachfolgend sollen kritische Punkte des Entwurfs behandelt und gefragt werden, ob es nicht statt eines neuen Gesetzes nur einer sinnvollen Anpassung der in der Praxis bewährten Handhabung von strafbaren bzw. strafwürdigen Fällen durch das OWiG bedarf. Die Analyse zeigt, dass das VerSanG die gesellschaftsrechtlichen Gegebenheiten verkennt und auf überholten empirischen Grundlagen beruht und so das erklärte Ziel verfehlt, die Rechtstreue der Unternehmen zu verstärken. Denn im Ergebnis trifft das Gesetz die Falschen. Widersprüche im Gesetz kommen hinzu.

---

1 Vgl. Einstellungsbeschluss v. 4. 4. 2020, S. 35: "Maßgeblich für die Fehler in der Durchführungsphase dürften darüber hinaus auch erhebliche, vorhersehbare und jedenfalls zum Teil vermeidbare Störungen in der Kommunikation der beteiligten Institutionen, insbesondere auch der Landespolizei, sowie darauf aufbauende, größtenteils lageabhängig, bisweilen entgegen vorheriger Absprachen getroffene Entscheidungen gewesen sein"; [https://www.lg-duisburg.nrw.de/behoerde/loveparade/zt\\_behinderte/so\\_pe/2020\\_05\\_04-PE-65-anonymisierter-Beschluss-im-Wortlaut.pdf](https://www.lg-duisburg.nrw.de/behoerde/loveparade/zt_behinderte/so_pe/2020_05_04-PE-65-anonymisierter-Beschluss-im-Wortlaut.pdf).

## 1. Eine Anpassung des OWiG ist zielführender

Zunächst ist zu klären, ob es tatsächlich einer (dogmatisch motivierten) Neuordnung durch das Verbandssanktionsrecht bedarf. Vergleiche mit EU-Kartellbußen oder internationalen Vorbildern können hierbei nicht überzeugen: Denn schon bisher wurden Unternehmen durch das OWiG sanktioniert, und der genaue Blick ins Ausland zeigt, dass das VerSanG weit über die internationale Praxis hinausgeht.<sup>2</sup> Da § 3 Abs. 1 VerSanG nunmehr die Verbandsverantwortlichkeit in Anlehnung an die Regelungen des § 30 OWiG abbildet, ist anstelle einer komplexen Neuordnung durch das Verbandssanktionsrecht eine Fortentwicklung des OWiG angezeigt.

## 2. Nichterfassung der Verantwortlichen

Die Höhe der vorgeschlagenen Geldsanktionen führt zum intensivsten Kritikpunkt: Der VerSanG trifft die „juristische Person“, d. h. die Unternehmen. Diese sind letztlich nur „ein Stapel Papier beim Notar“, gleichen also den Wellen des Hellespont. Prävention setzt jedoch Einwirkung auf und Veränderung beim verursachenden Menschen voraus. Die verantwortlichen Personen, Geschäftsleitung und von ihr zu überwachende leitende Angestellte sowie Aufsichtsorgane, werden aber vom VerSanG gar nicht erfasst.

### a) Verschärfter Sanktionsrahmen

#### aa) Wirtschaftliche Umgehung des Trennungsprinzips

Im deutschen und EU-Bußgeldrecht können nicht nur das handelnde Unternehmen, sondern auch Konzernunternehmen bebußt werden (§ 81 Abs. 3a GWB).<sup>3</sup> Dem folgt das VerSanG nicht; es missachtet aber das konzernrechtliche Trennungsprinzip<sup>4</sup>, weil bei der Sanktionsbe-

---

2 Herfurth, Ein Verbändesanktionengesetz gegen Familienunternehmen?, Vortrag auf einer Konferenz von Wirtschaftswoche, BCM, DAI, VCI und GÖRG in Berlin am 27. 11. 2019, abrufbar unter <https://www.goerg.de/de/aktuelles/veroeffentlichungen/11-2019/irrweg-oder-chance-der-bmjv-gesetzentwurf-zu-verbandsanktionen-am-27-11-2019-in-berlin>.

3 Hierzu Sackreuther, in: BeckOK OWiG, Stand: 2020, § 81 Rz. 6a ff.; Klusmann, in: Wiedemann, Kartellrecht, 2020, § 55 Rz. 51 ff.

4 Grundsätzlich zum Trennungsprinzip: Baums, Recht der Unternehmensfinanzierung, 2017, § 41 Rz. 1 ff.; DAV, Stellungnahme Nr 56/2016, S. 6; für Geltung des Trennungsprinzips auch im Strafrecht: Seibt/Wolf, DB 2020, 1049, 1056; krit. zum Trennungsprinzip im Kartellrecht: Weck, NZG 2016, 1374. Die Einschränkung oder gar Aufgabe des Trennungsprinzips be-

rechnung nicht auf den Umsatz des handelnden Unternehmens, sondern den Konzernumsatz abgestellt wird (§ 9 Abs. 2 VerSanG). Dies gilt nicht fürs OWiG (vgl. dessen eindeutigen § 30).<sup>5</sup>

Das gleiche gilt bei der erweiterten Haftung von Rechtsnachfolgern: Wie soll zum Beispiel bei einer M&A-Transaktion das verbandsstrafrechtliche Risiko abgebildet werden? Wie ist damit umzugehen, wenn eine kleinere Tochtergesellschaft abgespalten werden soll und hinterher festgestellt wird, dass in diesem Unternehmen eine Straftat begangen wurde? § 6 VerSanG sieht hier nur vor, dass „Verbandssanktionen gegen die Rechtsnachfolger verhängt werden“ können. Legt man dann den Konzernumsatz des Verkäufers zu Grunde, kann das gerade für einen „kleinen“ Übernehmer existentielle Folgen haben. § 30 Abs. 2a OWiG sieht eine sinnvolle Regelung bereits dadurch vor, dass die Geldbuße in diesen Fällen den Wert des übernommenen Vermögens sowie die Höhe der gegenüber dem Rechtsvorgänger angemessenen Geldbuße nicht übersteigen darf.

#### bb) Erhöhung des Sanktionsrahmens

Das VerSanG erhöht den Sanktionsrahmen drastisch: Zwar beträgt gem. § 9 Abs. 1 VerSanG die Verbandsstrafe – wie § 30 OWiG – bei Vorsatz bis zu 10 Mio. € (bei Fahrlässigkeit bis zu 5 Mio. €); allerdings erhöht sich die Sanktion für Unternehmen bzw. Konzerne, die in den letzten 3 Jahren weltweit im Durchschnitt mehr als 100 Mio. € Umsatz erwirtschaftet haben, gem. § 9 Abs. 2 VerSanG bei Vorsatz auf 10 % (bei Fahrlässigkeit auf 5 %) des durchschnittlichen Jahresumsatzes der letzten drei Jahre. Sanktionen dieser Größenordnung würden also zu ganz erheblichen Einschränkungen des Unternehmenswerts und damit des Anteilswerts der Aktionäre bzw. der Gesellschafter führen,<sup>6</sup> die aber für die Rechtsbrüche in aller Regel nicht verantwortlich sind.

---

stätigt die Analyse, das es für den Grundrechtsschutz nicht (nur) auf die sanktionierte juristische Person, sondern ebenfalls auf die Position der tatsächlich Betroffenen ankommt: Schränkt man das Trennungsprinzip im Interesse "effektiver" Strafverfolgung ein, so kann nichts anderes für "effektiven" Grundrechtsschutz gelten; näher *Reuter*, ZIP 2018, 2298, 2302; *ders.*, NZG 2019, 321, 326 – 328, dort auch zum Schutz des Art. 14 GG vor "mittelbaren Einwirkungen" und zur Anerkennung des "Doppelschadens" auf Gesellschafts- und Gesellschafterebene im Gesellschaftsrecht.

5 BGH ZIP 2011, 2463, dazu EWiR 2011, 821 (*Heinichen*); s. dazu auch: *Rogall*, in: Karlsruher Komm. z. OWiG, 2018, § 30 Rz. 51.

6 Näher *Reuter*, ZIP 2018, 2298, 2304; kritisch bezüglich der Sanktionshöhe auch *Seibt/Wolf*, DB 2020, 1049, 1050.

### cc) Kein Regressanspruch gegen Organmitglieder

Hinzu kommt: In der gegenwärtigen Praxis geht die wirksame Verfolgung von Regressansprüchen gegen die verantwortlichen Leitungspersonen (z. B. bei Aktiengesellschaften nach §§ 93, 116, 148 AktG oder über den komplexen Weg der Sonderprüfung nach § 142 AktG) de facto ins Leere. Ferner verweigern die Gerichte den gesellschaftsrechtlichen Regressanspruch bei Bußgeldern mit dem Argument, Unternehmensbußgelder seien auf das Unternehmen zugeschnitten und dürften daher nicht auf die verantwortlichen Organmitglieder abgewälzt werden.<sup>7</sup>

Das VerSanG erhöht zwar die Unternehmenssanktionen, eröffnet aber weder dem Unternehmen, noch seinen Anteilshabern Regressansprüche gegen die verantwortlichen Organmitglieder. Somit sind und bleiben die das Unternehmen finanzierenden Anteilseigner und auch die weiteren Stakeholder, wie Mitarbeiter und Lieferanten, die vorrangig Betroffenen. Wie die zitierte Rechtsprechung zeigt, *sollen* sie von Rechts wegen auch getroffen werden.<sup>8</sup>

Das erklärte Ziel des Gesetzes, die Integrität der Wirtschaft zu stärken, wird durch die fehlende Einbeziehung der Verantwortlichen verfehlt.<sup>9</sup>

### dd) Verfassungsrechtliche Vorgaben bleiben unberücksichtigt

Dass lässt verfassungsrechtliche Vorgaben außer acht: Insbesondere das Aktienrecht weist die Leitung der Gesellschaft ausschließlich dem Vorstand zu (§ 76 AktG). Daran will auch das VerSanG nicht ändern. Das Grundgesetz verbietet jedoch die sog. Sippenhaft, d.h. die

---

7 LAG Düsseldorf v. 20. 1. 2015 – 16 Sa 459/14, ZIP 2015, 829, n. rkr., dazu EWiR 2015, 313 (*Faerber/Engelhoven*); Folgeentscheidung: BAG ZIP 2017, 2424 (BAG v. 29. 6. 2017 – 8 AZR 189/15).

8 So auch Presseerklärung des VCI e. V. v. 22. 4. 2020, abrufbar unter <https://www.vci.de/presse/pressemitteilungen/staerkung-der-compliance-kommt-noch-zu-kurz-vci-und-bcm-zum-referentenentwurf-eines-gesetzes-zur-staerkung-der-integritaet-in-der-wirtschaft.jsp>; Stiftung Familienunternehmen, zur Frage der Einführung eines Unternehmensstrafrechts in Deutschland, 2017, S. 36, abrufbar unter [https://www.familienunternehmen.de/media/public/pdf/publikationen-studien/studien/Unternehmensstrafrecht\\_Studie\\_Stiftung\\_Familienunternehmen.pdf](https://www.familienunternehmen.de/media/public/pdf/publikationen-studien/studien/Unternehmensstrafrecht_Studie_Stiftung_Familienunternehmen.pdf).

9 Ebenso die Notwendigkeit der Regelung eines höhenmäßig begrenzten Regresses betonend *Seibt/Wolf*, DB 2020, 1049, 1055; skeptischer bezüglich des Organregresses *Haase/Brouwer*, CCZ 2018, 278, 281.

Bestrafung von Personen für die Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten anderer.<sup>10</sup> Rechtsverstöße durch Personen, die aus dem Unternehmen begangen werden, können den Anteilseignern aber nur nach den Vorgaben des Gesellschaftsrechts zugerechnet werden.<sup>11</sup> Überdies sind Strafen und Bußen Grundrechtseingriffe. Sie lassen sich daher nicht allein auf das Rechtsempfinden stützen, dass „Strafe sein muss“. Belastungen von Anteilseignern und Mitarbeitern müssen sich vielmehr an den verfassungsrechtlichen Regeln messen lassen, die für Grundrechtseingriffe gelten. Zu berücksichtigen ist dabei, dass das BVerfG Eigentum dort besonders stark schützt, wo es die persönliche Freiheit des Einzelnen im vermögensrechtlichen Bereich sichert.<sup>12</sup> Dies gilt auch für Anteilseigentum.<sup>13</sup>

Weitere Brüche zum Verfassungs- und Gesellschaftsrecht kommen hinzu. So widerspricht es dem Rechtsstaat, Unternehmen einerseits gesellschaftsrechtlich zu zwingen, Unregelmäßigkeiten aufzuklären (Legalitätspflicht), andererseits die Aufklärungsergebnisse nicht von einer Beschlagnahme auszunehmen.<sup>14</sup> Gesellschaftsrecht verpflichtet Unternehmensorgane, *im Gesellschaftsinteresse* Unregelmäßigkeiten aufzuklären und Ansprüche der Gesellschaft zu verfolgen.<sup>15</sup> Nach dem VerSanG bleibt es aber dabei, dass sich die *Strafverfolgungsbehörden* die Ergebnisse der Erfüllung dieser gesellschaftsrechtlichen Pflicht zunutze machen dürfen. Dies macht Unternehmensorgane zu Hilfsorganen der Strafermittlung, untergräbt die Wahlfreiheit des Unternehmens, sich nach Kräften gegen Vorwürfe zu verteidigen und widerspricht dem Rechtsstaat. Dies gilt besonders, wenn die Rechtsordnung den Regressanspruch der Unternehmen gegen die Verantwortlichen verweigert (vgl. Ziff. 2.1.3).

---

10 BVerfG v. 4. 2. 1959 – 1 BvR 197/53, BVerfGE 9, 167, 169 – Wirtschaftsstrafgesetz; ebenso Monopolkommission, 72. Sondergutachten v. 15. 10. 2015, Rz. 21, [http://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/s72\\_volltext.pdf](http://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/s72_volltext.pdf); ausführlich *Reuter*, BB 2016, 1283, 1292.

11 *Reuter*, BB 2016, 1283, 1288 ff.; *Reuter*, NZG 2019, 321, 322 ff.

12 BVerfG v. 1. 3. 1979 – 1 BvR 532/77, BVerfGE 50, 290, 340 f.; v. 19. 6. 1985 – 1 BvL 57/79, BVerfGE 70, 191, 201; v. 16. 2. 2000 – 1 BvR 242/91, 1 BvR 315/99, BVerfGE 102, 1, 16 f., dazu EWIR 2000, 655 (*Scherer-Leydecker*); v. 9. 1. 2014 – 1 BvR 2344/11, ZIP 2014, 464, Rz. 27, dazu EWIR 2014, 239 (*Büdenbender*) – Drittel-Mitbestimmung; näher *Reuter*, BB 2016, 1283, 1289 f., 1293; *Reuter*, NZG 2019, 324 – 328, dort auch zur Rechtsprechung des BVerfG zum erweiternden "Schutzauftragscharakter" der Grundrechte.

13 Die Investition in Aktien dient vielfach der Alters- und Vermögensvorsorge und sichert damit persönliche Freiheit. Insbesondere für (Lebens-)Versicherer, Versorgungswerke, Rentenkassen, Selbständige und Freiberufler ist der freiheitssichernde Charakter der Aktienanlage zentral; als weiterer Pfeiler ihrer finanziellen Selbständigkeit gilt er aber auch für Personen, deren Altersvorsorge sich aus dem Steueraufkommen speist. Die (von Deutschland mitgetragene) Niedrigzinspolitik der EZB zwingt viele, die auf eigenständige Altersvorsorge angewiesen sind, weiter in die Aktienanlage; ausführlicher *Reuter*, BB 2016, 1283, 1292.

14 So auch *Brouwer*, AG 2020, 920, 924.

15 Statt aller *Koch* in Hüffer/Koch, Aktiengesetz, 2020, § 116, Rn. 15, § 93, Rn. 6.

b) VerSanG gründet auf veralteten empirischen Prämissen

Das VerSanG verstößt jedoch nicht nur gegen die Grundrechte der Anteilseigner, sondern gründet auf veralteten empirischen Prämissen:

aa) Erkenntnisse der Monopolkommission

In ihrem 72. Sondergutachten vom 15. 10. 2015 zur 9. GWB-Novelle hat die Monopolkommission die Fallpraxis der EU und Deutschlands ausgewertet und auf dieser Grundlage festgestellt, es sei im „Hinblick auf die general- und spezialpräventiven Ziele des Kartellsanktionssystems ... zweifelhaft, ob selbst eine drastische weitere Erhöhung der verhängten Geldbußen zu einem ausreichend tief greifenden Bewusstseinswandel führen wird.“ Es sei „nicht unbedingt zu erwarten, dass Unternehmen durch höhere Geldbußen als Hauptsanktion von Kartellverstößen stärker abgeschreckt werden (Generalprävention)“. Ein effektiver Rückgang von Kartellen habe sich aus den Fallzahlen nicht ableiten lassen, obwohl „Unternehmen für Kartellverstöße im relevanten Zeitraum hohe – und tendenziell steigende – Geldbußen befürchten mussten“. <sup>16</sup> Die Monopolkommission zieht daher den Schluss, dass „sich die von außen sichtbare Abschreckungswirkung der behördlichen Kartellverfolgung trotz Erhöhung der Geldbußen nicht wesentlich erhöhen wird. Sie führt weiter aus, dass sich Unternehmensbußgelder nicht unmittelbar auf die handelnden Mitarbeiter auswirken und diese daher nicht zu rechtskonformem Verhalten angereizt würden. So könne es z. B. für Vertriebsmitarbeiter mit persönlichen Vorteilen verbunden sein, sich ohne Wissen der Unternehmensführung an einem Kartell zu beteiligen. Individualgeldbußen gegenüber Mitarbeitern wiederum seien selten und träten auch in der öffentlichen Wahrnehmung gegenüber den Unternehmensbußen völlig in den Hintergrund.“ <sup>17</sup> Auf der Grundlage dieses kriminologischen Befunds schlug die Monopolkommission im Rahmen der Diskussion der 9. GWB-Novelle daher eine Verschärfung der Verantwortung der handelnden Mitarbeiter vor, keine Erhöhung der Unternehmensbußen. <sup>18</sup>

---

16 Monopolkommission (Fußn. 10), Rz. 171, 175. Vgl. auch *Reuter*, BB 2016, 1283, 1284.

17 Monopolkommission (Fußn. 10), Rz. 183.

18 Monopolkommission (Fußn. 10), Rz. 191 ff.



## bb) Fehlende Berücksichtigung empirischer Erkenntnisse

Diesen Befund bestätigen zahlreiche jüngere empirische Studien zur Frage<sup>19</sup>, warum Führungskräfte in Unternehmen Rechtsbrüche begehen. Ein Teil dieser Studien behandelt auch die Frage, wie sich Regeltreue (Compliance) verbessern lässt, und, ob sich künftige Rechtsbrecher im Vorhinein identifizieren lassen. Quintessenz aller empirischen Studien ist, dass es sehr vielfältige Tätertypen und Entstehungsgründe für Wirtschaftskriminalität gibt. Rechtsbrüche entstehen, weil spezifische Persönlichkeitsmerkmale mit spezifischen „Gelegenheiten“ zusammenwirken. Dieses Zusammenwirken ist ausserordentlich dynamisch, ist also in ständigem Fluss und lässt sich kaum vorhersehen. Rechtsbrüche lassen sich daher durch Compliance-Maßnahmen eindämmen, aber nicht völlig verhindern. Zur Prävention ungeeignet haben sich auch Persönlichkeitstests erwiesen, mit denen Wirtschaftskriminelle im Vorhinein identifiziert werden sollen.<sup>20</sup> Daher ist eine Prognose, wer zukünftig gegen die Regeln verstoßen wird, unmöglich.<sup>21</sup> Hieran ändern Unternehmenssanktionen nichts. Auch eine Studie des Harvard-Professors *Soltes* von 2016 kommt zu dem Ergebnis, dass es Täter nicht von ihren Taten abhält, wenn nicht der Täter, sondern das Unternehmen sanktioniert wird.<sup>22</sup> Die Erkenntnisse der Monopolkommission werden damit gestützt.

Dies heißt: Das VerSanG ist nicht nur aus Rechtsgründen unverhältnismäßig (vgl. oben Ziff. 2.1.1). Es fehlt ihm auch eine evidenz-basierte Eignung, die von ihm angestrebten Ziele zu

---

19 Überblick bei *Hugendubel*, Tätertypologien in der Wirtschaftskriminologie, 2016, S. 49 ff. Die von *Hugendubel* untersuchten Studien sind: *Bannenber*, Korruption in Deutschland und ihre strafrechtlich Kontrolle, eine kriminologisch-strafrechtliche Analyse, 2002; *Becker/Holzmann*, zfwu 12 (2011), 354 ff.; *Bussmann*, zfwu 5 (2004), 35, 41; *Schuchter*, Perspektiven verurteilter Wirtschaftsstraftäter, 2012; *Cleff/Naderer/Volker*, MschKrim 94 (2011), 4 ff.; *Collins/Schmidt*, Personnel Psychology 46 (1993), 295 ff.; *KPMG International*, Global profiles of the fraudster, 2013; *Krüger*, in: *Dölling/Jehle*, Täter, Taten, Opfer, 2013, S. 403; *PricewaterhouseCoopers/Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg*, Wirtschaftskriminalität und Unternehmenskultur, 2013; *Röf's Partner/Universität Leipzig*, Der Wirtschaftsstraftäter in seinen sozialen Bezügen, 2009. Zu alledem demnächst näher *Reuter*. Festschrift für Thümmel, 2020, S. 674 ff.

20 *Hugendubel* (Fußn. 20), S. 161 f.

21 *Hugendubel* (Fußn. 20), S. 162.

22 *Soltes*, Why They Do It- Inside the Mind of the White-Collar Criminal, New York, 2016, S. 325: "And, ironically, fines levied on offending firms are ultimately paid by the shareholders rather than by the executives or employees who actually engaged in the misconduct. Without specter of the full justice system hanging over them as is the case with individual defendants, labeling firms as criminal often has surprisingly weak, or even misdirected, effects".

erreichen. Ohne evidenz-basierte Eignung kann das Gesetz im Angesicht der von ihm angestrebten Grundrechtseingriffe nicht verfassungsmäßig sein.<sup>23</sup>

c) Konsequenzen

Hieraus ergeben sich folgende Konsequenzen:

(1) Da durch die im Gesetzentwurf vorgesehenen Unternehmenssanktionen letztlich nur die Aktionäre und Mitarbeiter des Unternehmens bestraft werden, diese aber keine Verantwortung tragen, sollten Unternehmenssanktionen, die über faire Gewinnabschöpfung hinausgehen, entfallen, jedenfalls aber deutlich niedriger ausfallen.

(2) Das Gesetz sollte zur Erreichung seines Ziels Regressansprüche gegen die verantwortlichen Personen ermöglichen. Da eine für Verbandsstraftaten notwendige Reform der Aktionärs-(Gesellschafter)-Klage noch auf sich warten lassen dürfte, ist die Regressmöglichkeit gegen verantwortliche Organmitglieder und sonstige Verantwortliche im VerSanG abzubilden.<sup>24</sup> Nur wenn die verantwortlichen Personen selbst angemessen finanziell belastet werden,<sup>25</sup> wird das Gesetz verhaltenssteuernde Wirkung entfalten.<sup>26</sup> In diesem Zusammenhang sollte diskutiert werden, wie Regressansprüche angemessen im Sinne einer Haftungshöchstgrenze und unter Beachtung „besonders schwerer Fälle“ i. S. d. § 3 Abs. 2 VerSanG zu verfolgen sind.<sup>27</sup> Eine damit zusammenhängende Frage ist es, ob man den Rahmen re-

---

23 Auf fehlende Begründung des Gesetzgebers zum Bedarf eines Unternehmensstrafrechts hinweisend: *Köllner/Mück*, NZI 2018, 311, 313. Grundsätzlich zur Rezeption *Engel*, in: Engel et al., *Recht und Verhalten*, 2007, S. 363 ff.; *Redenius-Hövermann*, *Verhalten im Unternehmensrecht*, 2019, S. 283 ff.; *Reuter*, BB 2016, 1283, 1284, 1287 ff.

24) *Bachmann*, Schriftliche Stellungnahme zum Antrag BT-Drucks. 19/8233, S. 7 f., der eine Gesamtreform befürwortet – Haftungsbegrenzung auf der einen Seite und tatsächliche Geltendmachung auf der anderen; so bereits *Bachmann*, Gutachten zum 70. DJT, Bd. I (2014); *Bachmann*, NJW-Beilage 2014, 43 ff.; zur Reform der Organhaftung *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, 2020, § 93 Rn. 9a ff.; zu einem ausgewogenen Modell der Haftungsbegrenzung *Redenius-Hövermann*, *La responsabilité des dirigeants de sociétés anonymes en droit français et droit allemand*, 2008, S. 360 ff.

25 So auch *Seibt/Wolf*, DB 2020, 1049, 1055.

26 Statt aller *Redenius-Hövermann* (Fußn. 24), S. 260 m. w. N.

27 Für eine solche Differenzierung *Brouwer*, AG 2020, 920, 922; krit. bezüglich zu hoher Strafrahmen *Haase/Brouwer*, CCZ 2018, 276, 279.

gelt, in dem Unternehmen die Organmitgliedern auferlegten Geldauflagen übernehmen können,<sup>28</sup>

(3) Soweit die Regressansprüche beschränkt werden, der Gesetzgeber also zum Ausdruck bringt, dass eine (indirekte) Sanktionierung der Handelnden unverhältnismäßig wäre, gelten diese Schranken aus den dargelegten verfassungsrechtlichen und empirischen Gründen erst recht für Anteilseigner und andere Mitarbeiter: Sanktionen gegen das Unternehmen, die die Regressansprüche überschreiten, um Anteilseigner und Mitarbeiter zu treffen, müssen also ausscheiden.

(4) Wichtig ist weiterhin eine namentliche Berichterstattungspflicht im Geschäftsbericht und an die Haupt- bzw. Gesellschafterversammlung. Damit würde auch öffentlichkeitswirksam, welche Sanktionszahlungen seitens des Unternehmens geleistet wurden und inwieweit Regressansprüche geltend gemacht wurden bzw. sogar auf Regresszahlungen verzichtet wurde. Auch dadurch ist eine verhaltenssteuernde Wirkung bei den verursachenden Personen zu erwarten.

(5) Über die Regressgrenzen hinausgehende Unternehmenssanktionen setzen jedenfalls einen zureichenden Grund für die darin liegende Sanktionierung von Anteilseignern und Mitarbeitern voraus. Hierbei ist das bewährte Delegationsprinzip zu berücksichtigen.<sup>29</sup>

(5.1) In Delikts- und Strafrecht ist anerkannt, dass natürliche Personen nicht jede Pflicht selbst erfüllen müssen, sondern unter bestimmten Voraussetzungen und Maßgaben an andere delegieren können (Delegationsprinzip).<sup>30</sup> Das gilt erst recht, wo Anteilseigner gesetzlich (§ 76 AktG) oder faktisch (z. B. wegen der Anteilseignerstrukturen, insbesondere einer hohen Zahl von Anteilseignern oder der Anwesenheit nicht beherrschender Gesellschafter) zur Delegation der Legalitätspflicht an die Geschäftsleitung gezwungen sind.

---

28 Vgl. dazu strafrechtlich: BGH, Urt. v. 06.04.1964, Az. II ZR 11/62, BGHZ 41, 223, 229; Urt. v. 07.11.1990, Az. 2 StR 439/90, BGHSt 37, 226, 229; BGH, Urt. v. 08.07.2014, Az. II ZR 174/13, NZG 2014, 1058; gesellschaftsrechtlich: BGH, Urt. v. 08.07.2014, Az. II ZR 174/13, Rn. 17 ff., NZG 2014, 1058.

29 Näher *Reuter*, ZIP 2019, 1157; so bereits zuvor zum Unternehmensstrafrecht *Leipold*, ZRP 2013, 34, 36 f.

30 Statt aller *MünchKomm-Wagner*, BGB, 2017, § 831 Rz. 34 ff.; so muss z. B. der Vorstandsvorsitzende eines Chemieunternehmens nicht beim Transport gefährlicher Substanzen jeden Leitungshahn selbst auf- oder zudrehen und eine Verteidigungsministerin muss nicht jeden Beschaffungsvorgang selbst prüfen.

(5.2) Bei ordnungsgemäßer Delegation der Legalitätspflicht im Rahmen der gesellschaftsrechtlichen Regeln an die zuständigen Unternehmensorgane, insbesondere die Geschäftsleitung, kommen Unternehmenssanktionen nicht in Betracht. Ordnungsgemäße Delegation setzt voraus, dass die Organmitglieder sorgfältig ausgewählt werden. Allgemeinen Grundsätzen folgend dürfen die Anteilseiger bzw. das Aufsichtsorgan auf die Ordnungsmäßigkeit solcher Delegation vertrauen, solange keine Indizien darauf hindeuten, dass die Legalitätspflicht nicht angemessen erfüllt wird.

(5.3) Die Erfüllung der beschriebenen Delegationspflichten muss für die Anteilseigerversammlung abfragbar und prüfbar sein, z.B. durch Berichterstattung. Dies setzt Standards für eine ordnungsgemäße Compliance-Organisation voraus, die flexibel genug sein müssen, den individuellen Unternehmensgegebenheiten gerecht zu werden.

### **3. Strafmilderung durch Compliance-Maßnahmen und interne Untersuchungen**

Das OWiG setzt *de lege lata* keinen Organisationsmangel voraus, sondern knüpft lediglich an das individuelle Fehlverhalten der Verursacher, der natürlichen Leitungspersonen an (§ 130 OWiG). Unternehmen mit einer einwandfreien Compliance-Organisation werden somit von der Sanktion genauso erfasst wie Unternehmen mit mangelhafter oder gar keiner Compliance-Organisation.

Zwar enthält das VerSanG die vom BGH anerkannten Grundsätze, dass vom Unternehmen ergriffene „Compliance-Maßnahmen“<sup>31</sup> zur Verhinderung oder auch im Nachgang einer Straftat bei der Verhängung von Sanktionen gegen das Unternehmen strafmildernd zu berücksichtigen sind.<sup>32</sup> Allerdings fehlen hierfür klare Orientierungsgrößen,<sup>33</sup> wie etwaige Compliance-Maßnahmen im Rahmen der Strafverfolgung und Sanktionierung entlastend zu berücksichtigen sind, da sonst der von den Gerichten eingeräumte Ermessensspielraum zu weit ausfallen würde. Novelliert man das OWiG anstelle eines neuen VerSanG, so wären §§ 130, 9 Abs. 1 und 2 OWiG entsprechend anzupassen. Daran anschließend stellt sich aus gesellschaftsrechtlicher Sicht die Frage, in welcher Form Entscheidungen betreffend die Compli-

---

31 Zu den Auswirkungen des VerSanG auf die Compliance-Risikoanalyse, ausführlich *Grunert*, CCZ 2020, 71. Zur "Compliance-Pflicht" durch das VerSanG *Köllner*, NZI 2020, 60, 63.

32 BGH vom 9. 5. 2017 – 1 StR 265/16, ZIP 2017, 2205 (LS), dazu EWiR 2017, 683 (*Frisch*); *Jenne/Martens*, CCZ 2017, 285.

33 Statt aller *Kainer/Feinauer*, NZA 2020, 363, 365; *Köllner*, NZI 2020, 60, 62; *Schulz/Block*, CCZ 2020, 49, 50; *Seibt/Wolf*, DB 2020, 1049, 1051, wonach „hohes Maß an Rechtsunsicherheit“ herrscht.

ance-Maßnahmen und interne Untersuchungen als Ermessensentscheidungen des Vorstands i. S. d. § 93 AktG zu qualifizieren sind, auf welcher Informationsgrundlage die Entscheidungen getroffen werden und wie diese Entscheidungen letztlich vom Aufsichtsrat zu kontrollieren sind.

#### **4. Zur Frage der Verfolgung (Legalitätsprinzip)**

Gemäß VerSanG soll ein striktes Legalitätsprinzip gelten, so dass die Strafverfolgungsbehörden ermitteln müssen. Dieser gegenüber dem Opportunitätsprinzip des § 47 Abs. 1 OWiG auf der ersten Blick klarere Ansatz soll u. a. eine bundesweit gleichmäßigere Rechtsanwendung gewährleisten.<sup>34</sup>

Angesichts der zu erwartenden erheblich steigenden Zahl der Fälle müsste die fachliche Expertise intensiv ausgebaut werden. Stattdessen sollte die Sanktionierung und die Angemessenheit der Strafhöhe an eine in solchen Bereichen langfristig tätige und sacherfahrene Behörde, wie BKartA oder BaFin, übertragen werden. Eine solche Übertragung würde im Einklang mit dem OWiG stehen. Dies ließe erwarten, dass das in der Vergangenheit häufig bemängelte „Nord-Süd-Gefälle“, nicht mehr relevant wäre.

Das in §§ 54 ff. VerSanG vorgesehene Verbandssanktionsregister gewährleistet eine ebenfalls wünschenswerte Offenlegung, die analog zu § 60b KWG der zuständigen Behörde obliegen sollte.<sup>35</sup>

#### **IV. Fazit und Vorschläge**

Mit dem jetzt vorgelegten VerSanG erreicht der Gesetzgeber die erwünschte Bewusstseins- und Verhaltensänderung nicht, da die für die Pflichtverletzungen Verantwortlichen nicht erfasst werden. Zudem belegen empirische Studien, dass Unternehmensbußen die Verursacher bzw. Verantwortlichen nicht von ihren Taten abhalten, so dass das VerSanG auf überholten empirischen Prämissen gründet. Weil Bewusstseinsbildung und -veränderung in Köpfen und nicht in Bilanzen stattfinden, müssen Gesetzgeber und Strafverfolger sich auf die

---

<sup>34</sup> Begründung zum VerSanG-E, S. 54.

<sup>35</sup> Zum *Corporate Shaming* statt aller *Skeel*, U. Penn. L. Rev. 149 (2001), S. 1811, 1832 ff.; zum "Naming and Shaming" im Kapitalmarktrecht *Klöhn/Schmolke*, NZG 2015, 689, 696; krit. zur öffentlichen Bekanntmachung von Verbandsverurteilung *Brouwer*, AG 2020, 920, 922.

Verursacher konzentrieren, da sonst die Falschen – insbesondere nämlich die Anteilseiger – getroffen werden. Dies steht auch der Verfassungsmäßigkeit des Entwurfs entgegen.

Aus alledem ist abzuleiten:

- Der Gesetzgeber sollte das VerSanG in der vorgelegten Entwurfsform nicht weiter verfolgen.
- Einer dogmatisch motivierten Neuordnung durch ein Verbandssanktionsrecht bedarf es nicht. Der Gesetzgeber sollte sich vielmehr auf eine dem Gesetzesziel entsprechende Anpassung des OWiG beschränken.
- Unternehmen muss ein Regressanspruch gegen die verantwortlichen Organmitglieder eröffnet werden. Dieser ist, um eine verhaltenssteuernde Wirkung zu entfalten, angemessen auszugestalten (z. B. in Form einer Haftungshöchstgrenze).
- Der Gesetzgeber sollte der in jahrzehntelanger Praxis bewährten, strafbefreienden bzw. strafmindernden Selbstanzeige im Steuerrecht folgen.
- Die im VerSanG angelegten Widersprüche bei den Folgen (Kumulierung von Sanktion, Mehrfachverfolgung und Schadensersatz) sind zu beseitigen.
- Die Verfolgungs- und Sanktionszuständigkeit sollte bei den sachnäheren Fachbehörden mit langjährigen Erfahrungen (wie z. B. BAFin, BKartA) liegen.

gez. Strenger

gez. Redenius-Hövermann

gez. Reuter