



## BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

### Stellungnahme Nr. 33 Juli 2020

#### zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft

##### Mitglieder des Strafrechtsausschusses

RA Prof. Dr. Dr. Alexander Ignor, Vorsitzender (Berichterstatter)

RA Prof. Dr. Jan Bockemühl

RA Prof. Dr. Alfred Dierlamm (Berichterstatter)

RA Prof. Dr. Björn Gercke (Berichterstatter)

RA Thomas C. Knierim

RA Dr. Daniel M. Krause (Berichterstatter)

RA Prof. Dr. Holger Matt (Berichterstatter)

RAin Anke Müller-Jacobsen

RA Prof. Dr. Ralf Neuhaus

RA Prof. Dr. Tido Park (Berichterstatter)

RA Dr. Jens Schmidt

RAin Dr. Anne Wehnert (Berichterstatter)

RAin Dr. Annette von Stetten

RAin Ulrike Paul, BRAK-Vizepräsidentin

RA Frank Jahnigk, Bundesrechtsanwaltskammer

##### Bundesrechtsanwaltskammer

The German Federal Bar  
Barreau Fédéral Allemand  
[www.brak.de](http://www.brak.de)

##### Büro Berlin – Hans Litten Haus

Littenstraße 9    Tel. +49.30.28 49 39 - 0  
10179 Berlin    Fax +49.30.28 49 39 -11  
Deutschland    Mail [zentrale@brak.de](mailto:zentrale@brak.de)

##### Büro Brüssel

Avenue des Nerviens 85/9    Tel. +32.2.743 86 46  
1040 Brüssel    Fax +32.2.743 86 56  
Belgien    Mail [brak.bxl@brak.eu](mailto:brak.bxl@brak.eu)

**Verteiler:** Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz  
Landesjustizminister/Justizsenatoren der Länder  
Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages  
Arbeitskreise Recht der Bundestagsfraktionen  
Rechtsanwaltskammern  
Bundesverband der Freien Berufe  
Bundesnotarkammer  
Bundessteuerberaterkammer  
Deutscher Steuerberaterverband  
Wirtschaftsprüferkammer  
Institut der Wirtschaftsprüfer  
Deutscher Anwaltverein  
Deutscher Notarverein  
Deutscher Richterbund  
Deutscher Juristinnenbund  
Bundesvorstand Neue Richtervereinigung  
Strafverteidigervereinigungen  
Redaktionen der NJW, Beck Verlag, Deubner Verlag, Jurion, Juris, LexisNexis,  
Otto Schmidt Verlag, Strafverteidiger, Neue Zeitschrift für Strafrecht, ZAP Verlag,  
Zeitschrift für höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht,  
Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht,  
wistra - Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Zeitschrift HRR-Strafrecht, Krimi-  
nalpolitische Zeitschrift

Die Bundesrechtsanwaltskammer ist die Dachorganisation der anwaltlichen Selbstverwaltung. Sie vertritt die Interessen der 28 Rechtsanwaltskammern und damit der gesamten Anwaltschaft der Bundesrepublik Deutschland mit etwa 166.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten gegenüber Behörden, Gerichten und Organisationen – auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

## Stellungnahme

### A. Einleitung

#### I. Inhalt und Ziele des Gesetzentwurfs

Mit dem in **Artikel 1** des vorliegenden Entwurfs eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität der Wirtschaft vorgesehenen **Entwurf eines Gesetzes zur Sanktionierung von verbandsbezogenen Straftaten (VerSanG-E)** will die Bundesregierung das im Koalitionsvertrag vom 12. März 2018 enthaltene Ziel umsetzen, in Fällen von Wirtschaftskriminalität die von einem Fehlverhalten von Leitungspersonen und Mitarbeitern profitierenden Unternehmen stärker zu sanktionieren. Die bislang insoweit allein bestehende Möglichkeit einer Geldbuße nach § 30 OWiG wird als nicht mehr ausreichend für die Ahndung „*kriminellen Unternehmensverhaltens*“ angesehen. Durch Abkehr vom Opportunitätsprinzip soll für eine bundesweit einheitliche Rechtsanwendung gesorgt werden.

Gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 1 VerSanG-E soll gegen einen „*Verband*“ i.S.v. § 2 Nr. 1 VerSanG-E eine „*Verbandssanktion*“ (§ 8 VerSanG-E) verhängt werden, wenn jemand (1.) als Leitungsperson dieses Verbandes eine „*Verbandstat*“ gem. § 2 Abs. 1 Nr. 3 VerSanG-E begangen hat oder (2.) sonst in Wahrnehmung der Angelegenheiten des Verbandes eine „*Verbandstat*“ begangen hat, wenn Leitungspersonen des Verbandes die Straftat durch angemessene Vorkehrungen zur Vermeidung von Verbandstaten wie insbesondere Organisation, Auswahl, Anleitung und Aufsicht hätten verhindern oder wesentlich erschweren können. Absatz 2 der Vorschrift regelt besonders schwere Fälle.

Die Höhe der „*Verbandgeldsanktion*“ (§ 9 VerSanG-E) soll sich an der Wirtschaftskraft des betroffenen Unternehmens orientieren. Bei Unternehmen mit mehr als 100 Mio. Euro Umsatz soll sie bis zu 10% des Jahresumsatzes betragen können.

Spezielle Vorschriften über das „*Sanktionsverfahren*“ bei Verbänden (§ 23 VerSanG-E) sollen einerseits mehr Rechtssicherheit schaffen, andererseits den Verfolgungsbehörden die in der Praxis erforderliche „*Verfolgungsflexibilität*“ gewährleisten.

Insbesondere sollen durch die Aussicht auf „*Milderung der Verbandssanktion*“ (Reduzierung des Höchstmaßes um die Hälfte, Entfallen des Mindestmaßes und Ausschluss der öffentlichen Bekanntmachung der Verurteilung) Anreize dafür geschaffen werden, dass in Verdacht geratene Unternehmen mit „*verbandsinternen Untersuchungen*“ dazu beitragen, Verbandstaten und die Verbandsverantwortlichkeit aufzuklären (s. §§ 16 bis 18 VerSanG-E). Analog zum Strafbefehlsverfahren soll dem Gericht mit dem „*Sanktionsbescheid*“ (§ 50 VerSanG-E) – auf Antrag der Staatsanwaltschaft – die Möglichkeit eröffnet werden, Verbandssanktionen ohne Hauptverhandlung festzusetzen. Im Falle der Herabsetzung einer Verbandgeldsanktion bei verbandsinternen Untersuchungen soll ein solcher Bescheid zwingend sein, wenn der Verband zustimmt (§ 50 Abs. 3 VerSanG-E). Der generelle Ver-

weis auf die Vorschriften der StPO, sofern das geplante Gesetz nichts anderes bestimmt (§ 24 Abs. 1 VerSanG-E), soll zudem die Anwendung der §§ 153 ff. StPO ermöglichen.

Die **Artikel 2 bis 14** enthalten korrespondierende Änderungen des GVG, der InsO, der StPO (dazu im Folg. die Ausführungen unter **C.**), des GKG, des RVG, des StGB (s. dazu im Folg. die Ausführungen unter **B.II.2.**), des OWiG (s. dazu im Folg. unter **B.I.6.**), der AO, des GWB, des WRegG, des EnWG und weiterer Rechtsvorschriften.

## II. Zusammenfassende Bewertung

Ungeachtet einzelner begrüßenswerter Regelungen ist der vorliegende **Entwurf eines Verbands-sanktionengesetzes** in vielerlei Hinsicht fragwürdig. Die nachfolgende Stellungnahme konzentriert sich auf die Vereinbarkeit des Entwurfs mit rechtsstaatlichen Grundsätzen, insbesondere auch unter Berücksichtigung der Erfordernisse einer effektiven Verteidigung, sowie auf die Widersprüche, Anwendungsprobleme und Zweckwidrigkeiten einzelner Regelungen.

Es handelt sich bei dem vorgesehenen Verbandssanktionengesetz der Sache nach um ein **Unternehmensstrafrecht**, obwohl der Begriff sorgfältig vermieden wird (s. unter **B.I.1.**). Ein nachvollziehbares kriminalpolitisches Bedürfnis hierfür ist weder dargelegt, noch sonst erkennbar (s. unter **B.I.2.**). Der im Hinblick auf angebliche europarechtliche Vorgaben behauptete Konvergenzdruck besteht nicht (s. unter **B.I.3.**). Die vorgesehenen Sanktionierungen von Verbänden mit ihren massiven Auswirkungen zum einen auf die betroffenen Verbände selbst, zum anderen, mittelbar, auf die an den zugrunde liegenden Verbandstaten nicht beteiligten Mitglieder der betroffenen Verbände, verletzen die Verbände in ihrer durch Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG grundrechtlich geschützten wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit. Letztlich werden durch die vorgesehenen Sanktionen auch Unschuldige bestraft, was sowohl mit dem Schuldprinzip als auch mit dem Willkürverbot unvereinbar ist (s. unter **B.I.4.**). Mit dem Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG unvereinbar sind sowohl die Regelungen über die Höhe der vorgesehenen Verbandsgeldsanktionen (s. unter **B.I.5.**), als auch die Sanktionsvorschrift des § 3 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E (s. unter **B.I.6.**).

Was die geplanten **Verfahrensvorschriften** anbelangt, so bestehen zunächst grundsätzlichen Bedenken gegen die vorgesehene Privatisierung der Strafverfolgung durch verbandsinterne Untersuchungen (s. unter **B.II.1.**) und die damit einhergehende Marginalisierung der Verteidigung sowohl des Verbandes als auch der beschuldigten natürlichen Personen (unter **B.II.2.**). Speziell kritikwürdig ist angesichts des an sich begrüßenswerten Schutzes der Mitarbeiter des Verbandes vor Selbstbelastung bei verbandsinternen Untersuchungen (§ 17 Abs. Nr. 5 VerSanG-E) die vorgesehene Verknüpfung der in Aussicht gestellten Strafmilderungen (§ 18 VerSanG-E) mit tatsächlichen Aufklärungserfolgen (§ 17 Abs. 1 Nr. 1 VerSanG-E) (s. unter **B.II.3.**). Ferner ist das Gebot der Trennung von interner Untersuchung und Verteidigung als Voraussetzung zur Milderung der Verbandssanktionen (§ 17 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E) abzulehnen (s. unter **B.II.4.**).

Von den geplanten **Änderungen der StPO** ist insbesondere die beabsichtigte Änderung des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO kritikwürdig (s. unter **C.I.**).

Schließlich widerspricht der Entwurf dem Beschluss des Koalitionsausschusses vom 22. April 2020, wonach zusätzliche Belastungen von Unternehmen durch Gesetze und andere Regelungen in der derzeitigen Pandemiesituation vermieden werden sollen (s. unter **D.**).

## **B. Zum Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes (Artikel 1) und korrespondierenden Änderungen des StGB (Artikel 8) und des OWiG (Artikel 9)**

### **I. Grundpositionen des Strafrechtsausschusses der BRAK**

#### **1. Strafcharakter der vorgesehenen Verbandssanktionen gemäß § 8 VerSanG-E**

Der Gesetzentwurf vermeidet den Begriff des Unternehmensstrafrechts, offenbar um die – insbesondere verfassungsrechtlichen – Probleme, die mit einem neuen Unternehmensstrafrecht verbunden sind, zu umgehen. Der Sache nach handelt es sich aber – ungeachtet der Etikettierung des Gesetzes als „*Verbandssanktionenrecht*“ – um Kriminalstrafrecht im eigentlichen Sinne.

Das Strafrecht unterscheidet sich nicht nur graduell, sondern qualitativ vom Recht der Ordnungswidrigkeiten. Rechtssystematisch gehört das Ordnungswidrigkeitenrecht zum Verwaltungs(un)recht, während das Strafrecht die Ahndung von Kriminalunrecht vorsieht. Das Ordnungswidrigkeitenrecht beinhaltet lediglich eine Pflichtenmahnung an den Betroffenen, während der Kriminalstrafe ein spezifisches sozialetisches Unwerturteil immanent ist (vgl. nur BVerfGE 27, 18, 29; 22, 49, 80). Dieses Unwerturteil ist ehrenrührig. Es wirft dem Täter einen erheblichen Verstoß gegen die Rechtsordnung vor; nur ein solcher rechtfertigt den schweren Eingriff echter Strafe (vgl. BVerfG 22, 49, 80; 27, 18, 33). Dagegen sind Ordnungswidrigkeiten Verfehlungen mit geringerem Unwertgehalt (BVerfGE 8, 197, 207; 27, 18, 28). Bloßer Ungehorsam gegen Ordnungsrecht der staatlichen Verwaltung erfährt nur eine nachdrückliche, unter Umständen auch scharfe Pflichtenmahnung (BVerfGE 27, 18, 33; 45, 272, 289). Einer solchen Pflichtenmahnung fehlt der Ernst staatlichen Strafens (BVerfGE 22, 49, 79). Sie hat keine ins Gewicht fallende Beeinträchtigung von Ehre und Reputation zur Folge (BVerfGE 27, 18, 33).

Es kann nicht ernsthaft bezweifelt werden, dass das in dem Gesetzentwurf als solches bezeichnete „*Verbandssanktionenrecht*“ der Sache nach ein Kriminalstrafrecht für Unternehmen ist. Dies wird schon durch die rechtspolitischen Diskussionen der letzten Jahre belegt, die durchgängig unter dem Topos der Einführung eines „*Unternehmensstrafrechts*“ geführt wurden (vgl. nur den „Entwurf eines Gesetzes zur Einführung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen und sonstigen Verbänden“ des Justizministeriums des Landes Nordrhein-Westfalen, siehe hierzu auch *Kutschaty DRiZ* 2013, 16). Auch der Inhalt der Regelungen des VerSanG-E bestätigt diesen Befund: Die Unternehmenssanktion nach dem VerSanG-E knüpft an eine sog. Verbandstat an, die in § 2 Abs. 1 Nr. 3 VerSanG-E auf Straftaten beschränkt ist. Kommen nur Ordnungswidrigkeiten als Anknüpfungstaten in Betracht, so soll es bei der Regelung des § 30 OWiG bleiben. In § 4 Abs. 1 VerSanG-E ist sogar ausdrücklich von einem „*auf den Verband bezogenes Strafverlangen*“ die Rede. Die Verbandsgeldsanktion in § 9 VerSanG-E ist auch der Höhe nach so massiv und einschneidend, dass nicht mehr nur von einer bloßen Pflichtenmahnung die Rede sein kann. Dass die Sanktion nach dem Verständnis der Entwurfsverfasser auch ein sozialetisches Unwerturteil für begangenes Kriminalunrecht beinhalten soll, folgt aus den Regelungen zur öffentlichen Bekanntmachung der Verurteilung des Verbandes in § 14 VerSanG-E und zum Verbandssanktionenregister in den §§ 54 ff. VerSanG-E, die eine für die Öffentlichkeit deutlich wahrnehmbare Prangerwirkung zu Lasten des Verbandes bezwecken. Hierdurch soll ein sozialetisches Unwerturteil öffentlich zur Schau gestellt werden. Die in § 10 VerSanG-E geregelte Verwarnung mit Verbandsgeldsanktionsvorbehalt entspricht der Bewährung im Strafrecht und ist dem Ordnungswidrigkeitenrecht fremd. „*Bewähren*“ muss sich nach allgemeinem Verständnis nur ein Straftäter; eine bloße Pflichtenmahnung bedarf keiner Bewährung.

Dass der VerSanG-E der Sache nach ein Unternehmensstrafrecht ist, der Begriff des Verbandssanktionenrechts also nichts anderes als einen „Etikettenschwindel“ darstellt, ergibt sich auch aus der Entwurfsbegründung selbst. Auf S. 84 des Entwurfs heißt es hierzu:

*„Im Hinblick darauf, dass es sich um eine Reaktion auf strafbares Verhalten von Leitungspersonen und sonstigen in Wahrnehmung der Angelegenheiten des Verbandes handelnden Personen handelt, **gehen die Verbandssanktionen über die nach § 30 OWiG vorgesehene und als nachdrückliche Pflichtenmahnung konzipierte Geldbuße hinaus**. Das ergibt sich auch aus der Reichweite des in § 8 eröffneten Instrumentariums.“ (Hervorhebungen hinzugefügt)*

## 2. Kein kriminalpolitischer Bedarf

In der Entwurfsbegründung wird ausgeführt, dass eine „angemessene Reaktion auf Unternehmenskriminalität“ auf der Grundlage des OWiG „nicht möglich“ sei (S. 1, 50 VerSanG-E). Außerdem wird ausgeführt, dass die Verurteilung der handelnden natürlichen Personen nicht geeignet sei, verbandsbezogene Umstände bis hin zu einer „kriminellen Verbandsattitüde“ angemessen „abzubilden und zu kompensieren“ (Entwurf, S. 52).

In der Entwurfsbegründung werden zudem Gesichtspunkte aufgeführt, warum das geltende Recht in § 30 OWiG „erhebliche Defizite“ aufweise und „für eine angemessene Sanktionierung von Unternehmen nicht hinreichend geeignet“ sei (Entwurf, S. 54); insbesondere wird auf „Probleme“ bei Auslandstaten, bei der Rechtsnachfolge und der Berücksichtigung von Compliance-Maßnahmen hingewiesen. Außerdem hält der Entwurf die Geltung des Opportunitätsprinzips nicht für angemessen, was zu einem „Anwendungsdefizit“ geführt habe (Entwurf, S. 55). Die uneinheitliche Verfolgungspraxis führe zu einer „nicht hinnehmbaren Ungleichbehandlung“.

Die Bundesrechtsanwaltskammer hat schon in früheren Stellungnahmen wiederholt darauf hingewiesen, dass für die Einführung eines Unternehmensstrafrechts kein kriminalpolitisches Bedürfnis besteht (Stellungnahmen Nr. 9/2013; Nr. 15/2014). An diesem Befund hat sich nichts geändert.

Es fehlt nach wie vor an einer probaten Definition von Unternehmenskriminalität sowie an zuverlässigen rechtstatsächlichen Erkenntnissen hierzu. Die Behauptung, das geltende Recht sei nicht geeignet, unternehmensbezogene Umstände bis hin zu einer „kriminellen Verbandsattitüde“ – was auch immer damit gemeint sein mag (vgl. unter **B.II.4.**) – „abzubilden und zu kompensieren“ (Entwurf, S. 52), entbehrt jeder belastbaren rechtstatsächlichen Grundlage. Im Gegenteil ist in der Praxis zu beobachten, dass die strafrechtliche Verfolgung von Wirtschaftskriminalität bei den Unternehmen dazu geführt hat, dass Vorkehrungen zur Vermeidung von strafrechtlichen Risiken durch eine massive Aufwertung von Compliance-Maßnahmen ganz erheblich ausgebaut worden sind.

Damit steht in Einklang, dass Wirtschaftskriminalität insgesamt rückläufig ist. Aus dem aktuellsten **Bundeslagebericht Wirtschaftskriminalität** des Bundeskriminalamts für das Jahr 2018 ergibt sich, dass die Anzahl der Fälle mit einem Rückgang um 31,8 % zum Vorjahr stark rückläufig ist. Die Fallzahl liegt somit deutlich unter dem Durchschnitt der vergangenen fünf Jahre. Gemessen an allen polizeilich bekannt gewordenen Straftaten betrug der Anteil der Wirtschaftskriminalität 0,9 %. Dieser Wert betrug im Vorjahr 2017 1,3 %. Der bereits in den letzten fünf Jahren verzeichnete Rückgang der Anzahl der Tatverdächtigen bei Wirtschaftsstraftaten setzt sich auch im Jahr 2018 fort. Die Anzahl der Tatverdächtigen sank im Jahr 2018 um 5,3 % im Vergleich zum Vorjahr. Im Jahr 2018 betrug die Aufklärungsquote bei Wirtschaftsdelikten 90,9 %, ein weiterer Beleg dafür, dass die unternehmensinterne

Kontrolle ebenso effizient funktioniert wie die Strafverfolgung. Im Jahr 2018 entstand durch Wirtschaftsdelikte ein Schaden in Höhe von 3,356 Mrd. €, was im Vergleich zum Vorjahr einem Rückgang von 10,2 % entspricht. Damit lag die Gesamtschadenssumme in 2018 unter dem Durchschnitt der letzten fünf Jahre.

Die Praxis der Verfolgung von unternehmensbezogenen Straftaten belegt, dass das geltende Recht im ganzen Bundesgebiet angewandt wird und funktioniert. Von einem „Anwendungsdefizit“ (Entwurf, S. 55) kann ebenso wenig gesprochen werden wie von einer „*uneinheitlichen Verfolgungspraxis*“ mit der Folge einer „*nicht hinnehmbaren Ungleichbehandlung*“. Hierbei handelt es sich um Behauptungen ohne jeden Beleg. Das geltende Recht in den §§ 30, 130 OWiG ist für die Sanktionierung von Unternehmen geeignet und ausreichend. Selbst wenn sich ein „Anwendungsdefizit“ der geltenden Vorschriften feststellen ließe, so wäre dies allein kein Grund, die bewährte Struktur des Ordnungswidrigkeitenrechts aufzugeben und ein Unternehmensstrafrecht einzuführen.

Wenn in der Entwurfsbegründung auf „*Probleme*“ hingewiesen wird, z.B. bei Auslandstaten oder in Fällen der Rechtsnachfolge, so bietet dies keine Rechtfertigung für die Abschaffung der vorhandenen funktionierenden Regelungen und die Ersetzung durch ein Unternehmensstrafrecht. Die Beseitigung der angeblichen „*Probleme*“ – einmal unterstellt, es gäbe sie – könnte auf der Grundlage des geltenden Rechts durch eine Reform der §§ 30, 130 OWiG vorgenommen werden (vgl. nur die Reformvorschläge des BUJ aus dem Jahre 2014 oder des DICO aus dem Jahre 2016, siehe die Nachw. auf S. 53 des Entwurfs).

### **3. Kein Konvergenzdruck**

Die Bundesrechtsanwaltskammer hat bereits in ihren Stellungnahmen Nr. 9/2013 (dort III.) und Nr. 15/2014 (dort II.3.) zu dem in früheren Diskussionen fälschlich behaupteten und in anderen Entwürfen als Begründung fälschlich instrumentalisierten (angeblichen) internationalen Konvergenzdruck herausgearbeitet, dass internationale oder europäische Vorgaben das Erfordernis eines neu zu schaffenden Unternehmensstrafrechts nicht zu begründen imstande sind. Im Gegenteil: Die Rechtslage, insbesondere innerhalb der EU, ist unverändert. Die geltenden internationalen und insbesondere europäischen Rechtsvorschriften „*haben die Wahl der Art der Haftung juristischer Personen für begangene strafrechtliche Handlungen immer den Mitgliedsstaaten überlassen, da das Konzept der strafrechtlichen Haftung juristischer Personen nicht in allen nationalen Rechtsordnungen existiert*“ (KOM 2011-573). Der internationale Standard wird durch das geltende Recht vollständig erfüllt und kein EU-Experte käme auf die Idee, das deutsche Ordnungswidrigkeitenrecht in Verbindung mit den strengen Einziehungsvorschriften als defizitär und/oder ineffektiv zu bewerten. Etwaige Überlegungen einer OECD-Arbeitsgruppe im Zusammenhang mit der Bewertung eines sehr speziellen Themas (Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr, vgl. Begründung S. 51 VerSanG-E) werden weder in der Analyse geteilt noch besteht eine Bindungswirkung.

### **4. Verletzung des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. 19 Abs. 3 GG**

Gemäß Art. 19 Abs. 3 GG genießen juristische Personen – und anerkanntermaßen auch sonstige Verbände des Privatrechts – Grundrechtsschutz, soweit Grundrechte ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind. Das ist insbesondere im Hinblick auf die im Rahmen der allgemeinen Handlungsfreiheit gem. Art. 2 Abs. 1 GG geschützte wirtschaftliche Betätigungsfreiheit der Fall.

Dass die Verhängung einer Verbandssanktion i.S.d. §§ 8 ff. VerSanG-E – also einer Verbandsgeldsanktion oder einer Verwarnung mit Verbandsgeldsanktionsvorbehalt – einen Eingriff in die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit eines Verbandes darstellt, bedarf keiner näheren Ausführung (vgl. nur *Jahn*, in: ders./Schmitt-Leonardy/Schoop, Das Unternehmensstrafrecht und seine Alternativen, 2016, S. 53, 75 m.w.N.). Dieser Eingriff muss sich schon deswegen an grundrechtlichen Maßstäben messen lassen, weil davon neben dem Verband selbst auch dessen natürliche Mitglieder betroffen sind, die sich zum Zwecke ihrer wirtschaftlichen Betätigung und/oder Vermögensvorsorge (z.B. durch Aktien) an dem Verband beteiligen, sowie nicht zuletzt dessen Arbeitnehmer.

Die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen, die Eingriffe in Grundrechte vorsehen, erfordert zumindest, dass die Grundrechtseingriffe einem legitimen Zweck dienen und verhältnismäßig sind. Das erscheint vorliegend fraglich.

Ausweislich seiner Begründung verfolgt der Entwurf das Ziel, „*eine angemessene Ahndung von Verbandstaten zu ermöglichen*“. Zugleich soll er „*Compliance-Maßnahmen fördern*“ und „*Anreize dafür bieten, dass Unternehmen mit internen Untersuchungen dazu beitragen, Straftaten aufzuklären*“ (Entwurf, S. 1).

Was das Ziel einer „*angemessenen Ahndung von Verbandstaten*“ anbelangt, so ist zunächst festzustellen, dass es sich bei den „*Verbandstaten*“ um Taten handelt, die nach geltendem Recht Straftaten sind, nämlich Straftaten entweder von Leitungspersonen (§ 2 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. § 3 Abs. 1 Nr. 1 VerSanG-E) oder von sonstigen Personen eines Verbandes, wenn Leitungspersonen ein Organisationsverschulden trifft oder diese verschuldensunabhängig Aufsichtspflichten verletzt haben (§ 3 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E). Um „*Verbandstaten*“ soll es sich handeln, wenn durch diese Straftaten entweder Pflichten verletzt wurden, die den Verband treffen, oder der Verband bereichert wurde oder werden sollte – also immer dann, wenn sie sich nicht gegen den Verband selbst richten.

Eine „*angemessene Ahndung*“ erfahren diese Straftaten jedoch bereits dann, wenn die Täter – und ggf. deren Gehilfen – (angemessen) bestraft werden. Darin liegt ja gerade der Sinn und Zweck ihrer Bestrafung. Wenn der Entwurf behauptet, die Verurteilung der handelnden natürlichen Personen sei nicht geeignet, die „*verbandsbezogenen Umstände*“ der Straftaten angemessen abzubilden und zu kompensieren (Entwurf, S. 52), dann verwechselt er die möglichen Ursachen von (Verbands-)Straftaten mit diesen selbst. Als solche Umstände nennt er „*potentielle kriminogene Aspekte von Verbandsstrukturen und Verbandszugehörigkeit*“, im Einzelnen die vor allem in wirtschaftlich tätigen Verbänden „*häufig stark ausgeprägte arbeitsteilige Organisation*“, die zu einer „*Verantwortungsdiffusion*“ führen und Straftaten von Unternehmensmitarbeitern erleichtern und begünstigen könnte. Selbst wenn es sich tatsächlich so verhalten sollte, ist zu konstatieren, dass es sich bei diesen Umständen um Risiken handelt, deren Eingehung von der Rechtsordnung erlaubt ist, weil eine funktionstüchtige Marktwirtschaft notwendigerweise arbeitsteilige Organisationen voraussetzt. Auch der Umstand, dass die Verbandszugehörigkeit „*kollektive Werte und Ziele des Verbandes*“ vermittelt, die sich prägend auf das Verhalten von Verbandsmitgliedern auswirken können, ist zwangsläufig und liegt grundsätzlich im Interesse einer effizienten Marktordnung. Was insoweit unter einer ahndungswürdigen „*kriminellen Verbandsattitüde*“ zu verstehen sein soll, entzieht sich strafrechtlicher Subsumtion. Die vor einiger Zeit vereinzelt vertretene Lehre von der „*kriminogenen Verbandsattitüde*“ ist wissenschaftlich überholt und geht an der Realität vorbei. Verbandsbezogene Straftaten resultieren aus individuellen Fehlern von natürlichen Personen oder aus dem Einzelversagen konkreter Compliancestrukturen, nicht aber aus der angeblichen Kriminalitätsgeneigtheit des Unternehmens als Ganzem. Die Behauptung einer „*kriminellen Verbandsattitüde*“ ist legislatorische Polemik ohne rechtstatsächliche Fundierung. Jedenfalls ist es dem deutschen Strafrecht grundsätzlich fremd, mögliche Ursachen von Straftaten zu ahnden, sofern es sich hierbei nicht selbst um strafbares Verhalten handelt.



„Ahndungen“, seien es Strafen oder Bußen, sind im deutschen Straf- und Bußgeldrecht grundsätzlich und notwendigerweise auf individuelles rechtswidriges und schuldhaftes menschliches Verhalten bezogen. Das gilt sowohl für den Gegenstand einer Ahndung – die von einem Menschen begangene Straftat oder Ordnungswidrigkeit – als auch im Hinblick auf den Adressaten der Ahndung. Letzterer ist im Strafrecht stets und im Ordnungswidrigkeitenrecht grundsätzlich der Täter der Straftat bzw. Ordnungswidrigkeit, weil durch die Strafe oder Buße gerade auf diesen eingewirkt und dessen rechtswidriges Verhalten kompensiert werden soll (ebendies besagt das Schuldprinzip, vgl. BVerfGE 123, 267, 408).

Eine Ausnahme bildet insoweit nur der Ahndungsteil einer Geldbuße nach § 30 OWiG, was zwar unsystematisch ist, aber im Hinblick auf die Eigentümlichkeiten des Bußgeldrechts – fehlender Strafcharakter, Opportunitätsprinzip – noch akzeptabel erscheint. Hingegen sind Strafen bzw. in ihrer Wirkung Strafen gleich kommende Ahndungen wie die vorgesehenen Verbandssanktionen (s.o.) dann unangemessen, wenn sie zulasten Dritter gehen, die an den zugrunde liegenden Straftaten nicht beteiligt sind. Das ist zum einen der Verband selbst, der als bloße Rechtsfigur selbst weder handlungs- noch gar einsichtsfähig ist, und sind zum anderen, mittelbar, die an den Straftaten unbeteiligten Mitglieder des Verbandes, z.B. die Aktionäre einer Aktiengesellschaft (s. dazu *Reuter ZIP 2018, 2299*). Ein vernünftiger Grund für deren Belastung mit Verbandssanktionen ist nicht ersichtlich. Sie sind als solche nicht in der Lage, strafbare Handlungen durch Leitungspersonen oder sonstige Mitarbeiter zu verhindern, und begehen selbst kein Unrecht. Juristische Konstruktionen wie die „Verbandsschuld“ oder die „organschaftliche Verbandstäterschaft“ (s. dazu *KK OWiG-Rogall § 30 Rn. 6 ff.*) ändern daran nichts.

Die in dem Entwurf vorgenommene sprachliche Personalisierung von Unternehmen (z.B. Entwurf S. 50: „Soweit einzelne Unternehmen die Regeln verletzen und sich dadurch Wettbewerbsvorteile verschaffen, tun sie dies auf Kosten der rechtstreuen Unternehmen sowie deren Inhaber- und Arbeitnehmerschaft“), darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass Unternehmen/Verbände gerade nicht selbst handeln, sondern dass deren „Handlungen“ letztlich immer solche natürlicher Personen sind, die ihnen unter bestimmten Voraussetzungen und mit bestimmten Rechtsfolgen rechtlich zugerechnet werden. Diese Zurechnung darf nicht willkürlich erfolgen, sondern muss ihrerseits sachgerecht sein. So ist es gewiss sachgerecht, Unternehmen zivilrechtlich für Schäden haften zu lassen, die für sie handelnde Personen angerichtet haben. Ebenso ist es sachgerecht, von Unternehmen ungerechtfertigte Bereicherungen zurück zu fordern oder bei ihnen Vermögensvorteile einzuziehen, die sie durch Straftaten von Leitungspersonen oder sonstigen für sie tätige Personen erlangt haben. Auch ist es grundsätzlich sachgerecht, gegen einen Verband ordnungsrechtliche Maßnahmen wie Auflagen etc. zwecks Herstellung rechtmäßiger Zustände zu verhängen. Nicht sachgerecht ist es hingegen, ein Unternehmen und seine Mitglieder sowie seine Arbeitnehmer dem Makel und den finanziellen Folgen von Sanktionen für Taten auszusetzen, die sie selbst nicht begangen haben. Mangels schuldhaft begangenen Unrechts kommt insoweit weder ein Unrechtsausgleich, noch eine tadelnde Ahndung in Betracht. Anders ausgedrückt: Durch die vorgesehenen Verbandssanktionen würden letztlich Unschuldige bestraft werden (vgl. *Geiger medstra 2019, 321; Reuter ZIP 2018, 2298*). Das ist mit dem Schuldprinzip unvereinbar (vgl. *Dierlamm ÖAnwBl. 2013, 419, 420*).

Die Sanktionierung Unschuldiger lässt sich auch nicht mit sozialen Zuschreibungsprozessen (*Kubiciel Die Verbandsstrafe. Kölner Papier zur Kriminalpolitik 2/2014, S. 16*) oder dem Demokratieprinzip rechtfertigen (*J. Vogel StV 2012, 427, 429*). Dem steht das Willkürverbot entgegen, das auch für den Gesetzgeber gilt.

Auch die mit den vorgesehenen Verbandssanktionen verfolgten weiteren Zwecke, „**Compliance-Maßnahmen (zu) fördern und Anreize dafür (zu) bieten, dass Unternehmen mit internen Untersuchungen dazu beitragen, Straftaten aufzuklären**“ (Entwurf, S. 1), rechtfertigen nicht die damit

verbundenen Eingriffe in die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit von Unternehmen und den daran beteiligten Personen.

Sicherlich ist es im Gemeinwohlinteresse wünschenswert, dass Unternehmen Compliance-Maßnahmen zur möglichen Verhinderung oder Erschwerung von Verbandstaten durch Mitarbeiter treffen. Es ist jedoch unverhältnismäßig, dessentwegen etwaige Compliance-Mängel zum Anlass für die einer Strafe gleichkommende Sanktionierung von Verbänden zu nehmen; denn genaue Aussagen zur Frage der Kausalität zwischen einer Straftat und dem Unterlassen von Compliance-Maßnahmen werden sich kaum jemals treffen lassen. Es gehört zu den Binsenweisheiten der Kriminologie, dass die Begehung einer Straftat regelmäßig viele Ursachen hat, die sich sowohl im Einzelnen als auch in ihrer Gesamtheit einer genauen Feststellung entziehen. Nicht zuletzt deshalb besteht der Kern des strafrechtlichen Schuldvorwurfs darin, dass sich der Täter für das Unrecht entschieden hat, obwohl er sich für das Recht hätte entscheiden können (BGHSt 2, 194, 200) – ungeachtet alles dessen, was zu dieser Entscheidung beigetragen hat oder haben mag. Die höchstpersönliche Entscheidung, Unrecht zu begehen, ist anderen weder normativ noch tatsächlich kausal zurechenbar. Über den tatsächlichen Zusammenhang zwischen der Begehung von „Verbandstaten“ und mangelnden „Vorkehrungen zur Vermeidung von Verbandstaten“ (§ 3 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E) lassen sich, wie gesagt, nur Vermutungen anstellen. Bloße Vermutungen rechtfertigen keine Strafen.

Offensichtlich ist sich der Gesetzgeber selbst nicht sicher, welche Compliance-Maßnahmen in der Lage sind, die Begehung von Straftaten zu vermeiden. Anderenfalls hätte er sie im Entwurf benennen können und müssen (s. auch unter **B.II. 6.**).

Was schließlich die **Aufklärung von Straftaten** betrifft, so handelt es sich hierbei nach traditionellem deutschen Rechtsverständnis um eine im Interesse des Gemeinwohls liegende originäre hoheitliche Aufgabe. Daher fragt es sich, ob die vom Entwurf angestrebte Mitwirkung von Unternehmen an der Aufklärung von Straftaten überhaupt ein legitimes staatliches Ziel darstellt. Interne Untersuchungen sind in vielerlei Hinsicht rechtlich bedenklich, am problematischsten sind die fehlende Bindung privater Ermittler an die Strafprozessordnung und das Rechtsstaatsprinzip (vgl. Entwurf, S. 100) sowie die mangelnde Objektivität (s. näher unter **B.II.1.** sowie unter **B.II.4.**). Hinzu kommt, dass der Entwurf die Durchführung unternehmensinterner Untersuchungen mit dem Verzicht des Unternehmens auf Verteidigung verknüpft (s. näher unter **B.II.2.** sowie unter **B.II.4.**).

## **5. Unbestimmte/unangemessene Höhe der Verbandsgeldsanktion (§ 9 VerSanG-E)**

Die Regelung zur Verbandsgeldsanktion in § 9 VerSanG-E verstößt gegen das Bestimmtheitsgebot in Art. 103 Abs. 2 GG. Außerdem ist die Verbandsgeldsanktion mit einer Höhe von bis zu 10 % des Umsatzes der „wirtschaftlichen Einheit“ der Höhe nach unangemessen und damit unverhältnismäßig.

Nach Art. 103 Abs. 2 GG kann eine Tat nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt ist, bevor die Tat begangen wurde. Das verfassungsrechtliche Gebot der Gesetzesbestimmtheit gilt nicht nur für die tatbestandlichen Voraussetzungen der Strafbarkeit, sondern auch für die Strafandrohung. Eine Strafandrohung ist nur dann hinreichend bestimmt, wenn die für eine Zuwiderhandlung drohende Sanktion für den Normadressaten vorhersehbar ist. Nach der Entscheidung des BVerfG vom 20.03.2002 – 2 BvR 794/95 (zur Vermögensstrafe) muss die Sanktionsnorm einen Strafraum bestimmen, der ein Mindestmaß ebenso wie eine Sanktionsobergrenze enthält. Außerdem muss die Strafe in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Tat und zum Maß der Schuld stehen (vgl. nur BVerfGE 20, 323, 331; 25, 269, 286; 27, 18, 29; 45, 187, 260; 50, 5, 12; 54, 100, 108). Verfassungs-

rechtlich problematisch sind nach der Rechtsprechung des BVerfG uferlose Strafrahmen, denn diese begründen (BVerfG vom 20.03.2002 – 2 BvR 794/95 Rn. 72)

*„die Gefahr, das normative Verhältnis zwischen Unrecht und Schuld einerseits und Sanktion andererseits im Unklaren zu belassen und die Bestimmung der konkreten Strafe zu einem unberechenbaren Akt richterlicher Entscheidung zu machen“.*

Die Sanktionsandrohung von bis zu 10 Mio. € sowie bis zu 10 % des Umsatzes der „*wirtschaftlichen Einheit*“ bei Unternehmen mit mehr als 100 Mio. € Jahresumsatz führt für Verbände zu ebenso **unberechenbaren** wie unverhältnismäßig **hohen Sanktionen**. Die Regelung ermöglicht die Verurteilung eines Verbandes zu einer Zahlungssanktion, die nur durch eine Prozentzahl seines Umsatzes begrenzt ist. Sie ist zwar keine der Höhe nach unbegrenzte Sanktion; schon ihre potentielle Höhe wird aber erst im Zeitpunkt der konkreten Rechtsanwendung auf den Einzelfall sichtbar. Das BVerfG hat in seiner Entscheidung zur Vermögensstrafe gerade solchen „*wandernden Strafrahmen*“ eine Absage erteilt (BVerfG aaO Rn. 94). Die **Unbestimmtheit** der Sanktionsandrohung wird noch dadurch komplettiert, dass für die Bestimmung des Sanktionsrahmens auf den Umsatz der „*wirtschaftlichen Einheit*“ abgestellt wird (§ 9 Abs. 2 S. 2 VerSanG-E). Der Begriff der „*wirtschaftlichen Einheit*“ ist völlig unbestimmt. Er wird auch im Gesetzentwurf nicht definiert. Es sollen sogar Umsätze von natürlichen Personen erfasst werden, die mit dem Unternehmen „*als wirtschaftliche Einheit operieren*“ (§ 9 Abs. 2 S. 2 VerSanG-E). Aus der Entwurfsbegründung ergibt sich immerhin, dass als wirtschaftliche Einheit die „*Zusammenfassung derjenigen Rechtsträger verstanden (wird), die mit dem betroffenen Verband in einem Konzernverbund unter einheitlicher Leitung stehen*“ (Entwurf, S. 86). Wenn dies so ist, fragt sich aber, warum dann nicht auf die Vorschriften der §§ 17 ff. AktG verwiesen wird, anstatt es bei einem höchst unbestimmten und letztlich nichtssagenden Begriff im Gesetzeswortlaut zu belassen. Der Begriff der „*wirtschaftlichen Einheit*“ schafft Unschärfen, die mit dem Gebot der Gesetzesbestimmtheit nicht zu vereinbaren sind.

Es verwundert, dass die Entwurfsbegründung zur Rechtfertigung der Sanktionsobergrenze auf die Entscheidung des BGH vom 26.02.2013 – KRB 20/12 rekurriert, die sich ausdrücklich nur auf eine Bußgeldsanktion nach dem OWiG und nicht auf eine Strafe bezieht. In der Entscheidung wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Anforderungen des BVerfG in seiner Entscheidung zur Verfassungswidrigkeit der Vermögensstrafe in BVerfGE 105, 135 nicht auf das Ordnungswidrigkeitenrecht gegen Unternehmen übertragen werden können. In der Entscheidung heißt es hierzu (BGH vom 26.02.2013 – KRB 20/12 Rn. 60):

*„Die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts lassen sich wegen der Unterschiedlichkeit der Rechtsinstitute nicht ohne weiteres auf die Geldbuße gegen Unternehmen übertragen. Während die Vermögensstrafe als zusätzliche Sanktionsnorm neben das tradierte System der (Haupt-) Strafen treten sollte, ist die Verhängung von Bußgeldern die zentrale Sanktion bei Ordnungswidrigkeiten.“*

Auch hier wird deutlich, dass an die verfassungsrechtliche Bestimmtheit im Sinne der Vorschrift des Art. 103 Abs. 2 GG im Strafrecht höhere Anforderungen zu stellen sind als im Ordnungswidrigkeitenrecht. Daher sind die Hinweise auf vergleichbare Sanktionsnormen im Ordnungswidrigkeitenrecht verfehlt.

Weiter problematisch ist, dass der **Umsatz** kein geeigneter Ansatzpunkt für die Wahl des Sanktionsrahmens ist, weil er nichts über die Leistungsfähigkeit eines Unternehmens aussagt. Die Anknüpfung an den Umsatz erfolgt nach der Entwurfsbegründung deshalb, weil eine Ahndung „*in Abhängigkeit von der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit erfolgen soll*“ (Entwurf, S. 86). Gerade dies aber geschieht nicht, da der Umsatz keine fundierte Aussage zur Rentabilität und damit zur Leistungsfähigkeit des

Unternehmens zulässt. Solange der Sanktionsrahmen am Umsatz ausgerichtet wird, ist es auch nicht ausreichend, wenn der Entwurf die Ertragslage im Rahmen der Sanktionszumessung gem. § 15 Abs. 2 VerSanG-E berücksichtigen will.

Der hohe Sanktionsrahmen von bis zu 10 % des Umsatzes gilt auch für eine Verbandstat eines kleinen Tochterunternehmens, ohne dass der Verstoß auf die Konzernmutter oder andere Konzernunternehmen zurückzuführen ist. Der Adressat der Sanktion wäre aber nicht die wirtschaftliche Einheit, sondern das einzelne Tochterunternehmen. Theoretisch möglich wären damit Sanktionen, die den eigenen Umsatz des sanktionierten Unternehmens um ein Vielfaches übersteigen können. Wenn der Gesetzentwurf also von einer *„Belastungsgleichheit für große Unternehmen und multinationale Konzerne“* (Entwurf, S. 57) spricht, so wird diese Belastungsgleichheit in ihr Gegenteil verkehrt, wenn auf kleine Unternehmen ein Strafrahmen angewendet wird, der in keinem Verhältnis zur Leistungsfähigkeit des sanktionierten Unternehmens steht.

Nicht nachvollziehbar ist auch, weshalb für die Sanktionsbemessung nach § 9 Abs. 1 S. 3 VerSanG-E – im Gegensatz zum Kartellrecht, wo auf das der Bußgeldverhängung vorangegangene Geschäftsjahr abgestellt wird – der weltweite Umsatz der letzten drei Jahre relevant sein soll: Dies kann zu völlig unangemessenen Ergebnissen führen. Nur beispielhaft sei angeführt, dass ein Unternehmen, das durch die Corona-Krise in erhebliche wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten ist, auf der Grundlage einer wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit sanktioniert werden soll, die tatsächlich nicht (mehr) vorhanden ist und zu grob unverhältnismäßigen Ergebnissen führen würde. Das von dem Entwurf verfolgte Ziel, zu vermeiden, dass *„die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Verbandes durch eventuelle Sondereffekte nach oben oder unten verzerrt wird,“* wird so gerade nicht erreicht. Es wäre geboten gewesen, die Sanktion an der aktuellen Leistungsfähigkeit im Zeitpunkt der Entscheidung auszurichten. So vergleicht die Entwurfsbegründung auch Äpfel mit Birnen, wenn sie zur Rechtfertigung der Regelung die Entscheidung des BGH vom 26.02.2013 – KRB 20/12 zum Kartellordnungswidrigkeitenrecht heranzieht, das sich gerade in diesem Punkt maßgeblich von der Regelung in § 9 VerSanG-E unterscheidet. Abgesehen davon hält es der BGH in der zitierten Entscheidung für verfassungsrechtlich geboten, *„für die Ahndung die der Entscheidung sach nächsten Zahlen zugrunde zu legen“* (BGH aaO Rn. 65).

Generell ist aufgrund der erheblichen Spannweite des Bußgeldrahmens nicht – nicht einmal ansatzweise – vorhersehbar, in welcher Höhe eine Sanktion zu erwarten ist oder erlassen wird. Nicht verständlich ist vor diesem Hintergrund, warum der Entwurf beanstandet, dass es für Verbandsgeldbußen nach geltendem Recht keine *„konkreten und nachvollziehbaren Zumessungsregeln“* gebe (Entwurf, S. 1). Das zu erwartende Bußgeld ist nach geltendem Recht für den Rechtsbürger besser vorhersehbar und bestimmbar als eine Verbandssanktion auf der Grundlage eines in der Höhe nicht durch eine absolute Obergrenze begrenzten Sanktionsrahmens nach dem VerSanG-E.

## **6. Unbestimmtheit des § 3 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E/ Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG**

Die Aufsichtspflichtverletzung der Leitungsperson nach § 130 OWiG ist die in der Praxis bedeutsamste Anknüpfungstat des § 30 OWiG (KK-Rogall, OWiG, 5. Aufl., § 30 Rn. 92). Dies ist auch den Entwurfsverfassern bekannt, wenn sie auf Seite 53 der Begründung auf die besonders wichtige Rolle hinweisen, die die Verletzung der Aufsichtspflicht von Leitungspersonen in Unternehmen als Anknüpfungstat für die Verbandsgeldbuße nach § 30 OWiG in der Praxis spielt.

Ausgerechnet bei § 3 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E, der die Konstellation der §§ 30, 130 OWiG abdecken soll, verheddert sich der Entwurf in unauflösbare Widersprüche. Zwar heißt es in der Begründung zu §

3, die Vorschrift gelte **nicht** für Ordnungswidrigkeiten von Leitungspersonen (Entwurf, S. 77). Erfülle die unzureichende Auswahl, Anleitung oder Aufsicht zugleich den Ordnungswidrigkeitentatbestand der Aufsichtspflichtverletzung nach § 130 OWiG, so werde nach der Neufassung des § 21 Abs. 3 S. 2 OWiG-E auch in diesen Fällen nur § 3 Abs. 1 Nr. 2 angewendet (Entwurf, S. 77). Wollte man hieraus ableiten, nur Straftaten, nicht aber Ordnungswidrigkeiten von Leitungspersonen seien Gegenstand der Verbandssanktionierung, wäre dies ein Irrtum. Tatsächlich ist die Schwelle für eine Sanktionierung des Verbandes sogar noch substantiell herabgesetzt worden: denn das Unterlassen angemessener Maßnahmen der Organisation, Auswahl, Anleitung und Aufsicht muss im Unterschied zu § 130 OWiG weder vorsätzlich noch fahrlässig, sondern lediglich **objektiv** pflichtwidrig sein und objektiv feststehen; die Verbandsverantwortlichkeit soll an die volldeliktisch begangene Verbandstat (der Nicht-Leitungsperson) anknüpfen (Entwurf, S. 79). In der Rechtswirklichkeit wird das Vorliegen einer Verbandstat durch eine Nicht-Leitungsperson regelmäßig die **verschuldensunabhängige** objektive Pflichtwidrigkeit des Unterlassens der angemessenen Vorkehrungen durch eine Leitungsperson indizieren. Dies dürfte zu einer erheblichen Ausweitung des Anwendungsbereichs des VerSanG-E sogar unterhalb der Schwelle des § 130 OWiG führen.

Wenn – wie dargestellt – § 3 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E, anders als § 30 OWiG, nicht für Ordnungswidrigkeiten von Leitungspersonen gilt, fragt sich auch, wie verbandssanktionsgeeignete Aufsichtspflichtverletzungen von Leitungspersonen von ordnungswidrigkeitenrechtlichen Aufsichtspflichtverletzungen, die nicht von § 3 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E erfasst sind, abgegrenzt werden sollen. Nach der Logik des Gesetzes liegt die Trennlinie bei der Qualifikation der „Vortat“ der Nicht-Leitungsperson. Handelt es sich um eine Verbandstat i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 3 VerSanG-E, liegt eine verbandssanktionsgeeignete Aufsichtspflichtverletzung vor, handelt es sich „nur“ um eine Ordnungswidrigkeit oder eine Straftat abseits des § 2 Abs. 1 Nr. 3 VerSanG-E, liegt eine ordnungswidrigkeitenrechtliche Aufsichtspflichtverletzung vor. Qualitative Unterschiede auf Ebene der Sorgfaltspflichten zur Überwachung (durch die Leitungspersonen) erschließen sich nicht.

Überdies enthält der Entwurf **keine Definition der angemessenen Maßnahmen**, deren Unterlassung eine verbandssanktionsgeeignete Aufsichtsverletzung begründet, sondern verweist durchgehend auf die Kommentierung von KK-Rogall zu § 130 OWiG (vgl. Entwurf, S.78: „*hinsichtlich der angemessenen Maßnahmen der Organisation, Auswahl, Anleitung und Aufsicht kann im Wesentlichen auf die zu § 130 OWiG entwickelten Grundsätze [vgl. KK-Rogall, OWiG, 5. Aufl., § 130 Rn. 39 ff.] zurückgegriffen werden*“). Auch im Hinblick auf den geforderten Inhalt und Umfang von Compliance-Maßnahmen wird im Entwurf, Seite 79 ausschließlich auf Kommentierungen von KK-Rogall zu § 130 OWiG verwiesen.

Folglich sind – entgegen der Entwurfsbegründung – Aufsichtspflichtverletzungen des § 130 OWiG inhaltlich identisch mit Aufsichtspflichtverletzungen des § 3 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E. Mehr noch: Im Gegensatz zu § 130 OWiG sind sogar verschuldensunabhängige Aufsichtspflichtverletzungen vom Regelungsgegenstand des VerSanG-E miterfasst. Im Ergebnis führt diese Konstruktion dazu, dass die von § 130 OWiG erfasste Ordnungswidrigkeit der Aufsichtspflichtverletzung zu einer Verbandssanktionierung führt und sogar strafloses (verschuldensunabhängiges) Unterlassen einer Leitungsperson zum Hauptanwendungsfall des Verbandssanktionengesetzes avanciert.

Bedenkt man zudem, dass es Ziel des Entwurfs ist, rechtssichere Anreize für Investitionen in Compliance zu setzen (S. Entwurf 50), wurde diese Chance durch ausschließlichen Verweis auf die Kommentierungen zu § 130 OWiG vertan. Über die geltende Auslegung der Anforderungen an angemessene Aufsichtsmaßnahmen hinaus, erhält der Unternehmer keine zusätzliche Richtschnur zur Ausrichtung seiner Entscheidungen. Da das Vorliegen einer Verbandstat, begangen durch Nicht-Leitungspersonen, die objektive Pflichtwidrigkeit einer unterlassenen Aufsichtsmaßnahme regelmäßig indizieren dürfte, läuft die Regel darauf hinaus, dass die Verbandsverantwortlichkeit alleine durch die

Begehung einer Verbandstat einer Nicht-Leitungsperson begründet wird. Angesichts der exorbitanten hieran anknüpfenden Verbandssanktionen ist dies inakzeptabel.

## **II. Zu den §§ 16 bis 18 VerSanG-E (verbandsinterne Untersuchungen)**

### **1. Grundsätzliche Bedenken gegen die vorgesehene Privatisierung der Strafverfolgung**

Verbandsinterne Untersuchungen haben zwar seit geraumer Zeit Eingang in die deutsche Strafverfolgungspraxis gefunden, sind jedoch dem deutschen Strafprozessrecht grundsätzlich fremd. Danach ist die Ermittlung von Straftaten eine originäre hoheitliche Aufgabe, die von den Strafverfolgungsbehörden zu erfüllen ist. Dass dies trotz zurückgehender Kriminalität (vgl. oben unter **B.I.2.**) insbesondere wegen der ständigen Ausweitung des materiellen Strafrechts möglicherweise immer schwieriger wird, ändert daran nichts. Zwecks Aufklärung eines Anfangsverdachts i.S.d. § 152 Abs. 2 StPO im Hinblick auf das Vorliegen bzw. Nicht-Vorliegen eines hinreichenden Tatverdachts i.S.d. § 170 StPO sind die Strafverfolgungsbehörden mit zahlreichen Befugnissen ausgestattet, zugleich aber streng an Gesetz und Recht gebunden. Sie sollen sowohl Belastendes wie Entlastendes ermitteln (§ 160 Abs. 2 StPO).

Verbandsinterne Untersuchungen können zur Aufklärung von Straftaten beitragen; ersetzen können und dürfen sie die staatlichen Ermittlungen nicht. Außer der freiwilligen Herbeischaffung von schriftlichem Beweismaterial und der Befragung von Zeugen stehen privaten Ermittlern keine Mittel der Beweiserhebung zur Verfügung – wobei unklar ist, auf welcher Rechtsgrundlage die Befragungen eigentlich erfolgen. Auch der Entwurf gibt darauf keine klare Antwort (s. Entwurf S. 96 f.).

Ebenso lässt der Entwurf eine klare Aussage zur rechtlichen Bindung der privaten Ermittler an die prozessualen Vorschriften und zur Folge etwaiger Rechtsverletzungen durch private Ermittler vermissen. Hatte noch der ursprüngliche Referentenentwurf die Milderung der Verbandssanktion bei internen Untersuchungen in § 18 Abs. 1 Nr. 6 VerSanG-E a.F. davon abhängig gemacht, dass diese in Übereinstimmung mit den geltenden Gesetzen geführt werden, so fehlt diese Vorschrift jetzt. Rechtliche Voraussetzung ist insoweit nur noch die Beachtung der Grundsätze eines fairen Verfahrens und die Belehrung des Zeugen über das Recht auf anwaltlichen Beistand und seine Auskunftsverweigerungsrechte (s. § 17 VerSanG-E). Im Regierungsentwurf wird diese Bindung an den Grundsatz des fairen Verfahrens im Vergleich zum Referentenentwurf nunmehr augenscheinlich weiter eingeschränkt. Anders als noch im Referentenentwurf bezieht sich § 17 Abs. 1 Nr. 5 VerSanG-E nunmehr nur noch auf Befragungen und nicht mehr – wie zuvor im Referentenentwurf – auf sämtliche Maßnahmen einer verbandsinternen Untersuchung.

Grundsätzlich bedenklich ist schließlich die strikte Differenzierung des Entwurfs zwischen der Mitwirkung des Verbandes an der Sachverhaltsaufklärung durch verbandsinterne Untersuchungen einerseits und der Verteidigung des Verbandes andererseits (s. näher unter **B.II.4.**) und die damit einhergehende Marginalisierung der Verteidigung (s. im Folg.).

### **2. Marginalisierung der Verteidigung bei verbandsinternen Untersuchungen**

Der vom Gesetzgeber gewollte Anreiz für Unternehmen, an der Aufklärung (möglicher) Verbandstaten und der Verbandsverantwortlichkeit durch verbandsinterne Untersuchungen mitzuwirken, wird nicht

nur durch die in Aussicht gestellten Milderungen geschaffen (s. § 18 VerSanG-E), sondern insbesondere auch dadurch, dass – auf Antrag der Staatsanwaltschaft – die gemilderte Verbandsgeldsanktion im Wege eines Sanktionsbescheides ohne Hauptverhandlung festgesetzt werden kann und sogar festgesetzt werden muss, wenn das Unternehmen zustimmt (§ 50 Abs. 1 und 3 VerSanG-E). Der Preis dafür ist die weitgehende Ausschaltung der Verteidigung sowohl des Verbandes selbst als auch der beschuldigten natürlichen Personen von den Ermittlungen.

#### a) Marginalisierung der Verteidigung des Verbandes

Der in den Blick einer Strafverfolgungsbehörde geratene Verband muss frühzeitig eine Entscheidung darüber treffen, ob er sich gegen den Verdacht einer Verbandsstraftat entweder verteidigen oder eine verbandsinterne Untersuchung durchführen und – einschränkungslos – mit der Verfolgungsbehörde „kooperieren“ möchte (Entwurf, S. 100). Tertium non datur.

Die „funktionale Trennung von Verteidigung und verbandsinterner Untersuchung“, wie es im Entwurf heißt, soll dem jeweiligen Untersuchungsführer eine „größere Eigenständigkeit gegenüber der Unternehmensverteidigung“ einräumen, was zu einer „erhöhten Glaubwürdigkeit ihrer Untersuchungsergebnisse“ und zu einem „Vertrauensvorschuss bei den Verfolgungsbehörden“ führen würde. Zudem könne die Unabhängigkeit des Untersuchungsführers gegenüber der Unternehmensverteidigung „ein erster Schritt zu einer ernsthaften Selbstreinigung des Verbandes und zu einem nachhaltigen Kulturwandel“ sein, weil nur ein unabhängiger Untersuchungsführer zum Kern der aufzuarbeitenden Straftat vordringen und hierbei auch eventuelle Verstrickungen der Firmenleitung ernsthaft in den Blick nehmen könne (Entwurf, S. 99 und Bezugnahme auf *Mansdörfer* jm 2019, 123, 126).

An diesen Ausführungen befremdet nicht nur die Selbstverständlichkeit, mit der der Anfangsverdacht und das Vorliegen einer Verbandstat gleichgestellt werden. Auch wird eine Hauptaufgabe der Strafverteidigung, den Verdacht einer Straftat kritisch zu hinterfragen und eben dadurch zur Wahrheitsfindung beizutragen, grundlegend verkannt. Es kommt hinzu, dass der generelle Ausschluss der Verteidigung des Verbandes während der verbandsinternen Untersuchung mit zahlreichen negativen Folgen verbunden und insgesamt kontraproduktiv ist (s. dazu näher unter **B.II.4.**).

Die Entscheidung des Unternehmens, sich nicht zu verteidigen, ist nach der Konzeption des Entwurfs endgültig, wenn die internen Untersuchungen durchgeführt werden und auf ihrer Grundlage ein Sanktionsbescheid (§ 50 VerSanG-E) ergeht. Da § 41 VerSanG-E vorsieht, dass die Verfolgungsbehörde zum Zwecke der Schonung ihrer Ressourcen (Entwurf, S. 118) während der internen Untersuchungen von der Verfolgung des Verbandes – und der natürlichen Beschuldigten (s.u.) – verjährungsruhend vorläufig absehen kann, besteht in dieser Zeit für eine etwaige Verteidigung nicht einmal ein Adressat.

Eine eigenständige Bedeutung kommt der Verteidigung nach dem Entwurf nur dann zu, wenn sich der Verband von vornherein gegen eine unternehmensinterne Untersuchung entscheidet oder trotz unternehmensinterner Untersuchungen ein Sanktionsbescheid nicht ergeht und es zur Hauptverhandlung kommt - was der Entwurf indessen offensichtlich vermeiden möchte. Mit der zwingenden und umfangreichen Strafmilderung, die § 18 VerSanG-E bei verbandsinternen Untersuchungen vorsieht, wird dem Verband eine Alternative zu einem „streitigen“ Verfahren geboten, die im Individualstrafrecht ihresgleichen nicht findet und geradezu den Charakter einer „Sanktionsschere“ hat.

## **b) Marginalisierung der Verteidigung der beschuldigten natürlichen Personen**

Mag der Verzicht des Verbandes auf eine Verteidigung im Falle einer verbandsinternen Untersuchung noch als Akt selbstbestimmten Handelns anzusehen sein, ist der potentielle Ausschluss der Verteidigung der natürlichen Beschuldigten von den Ermittlungen gegen den Verband mit Blick auf den Grundsatz des rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) höchst problematisch.

Wie ausgeführt, soll § 41 VerSanG-E der Verfolgungsbehörde zum Zwecke der „*Ressourcenschonung*“ ermöglichen, bei verbandsinternen Untersuchungen von der Verfolgung vorläufig abzusehen. Dies soll nicht nur zu einem Ruhen der Verjährung gegen den Verband führen (§ 21 Abs. 2 Nr. 3 VerSanG-E), sondern nach dem neu vorgesehenen § 78 Abs. 2 Nr. 3 StGB-E auch zu einem Ruhen der Verjährung gegen die individuell Beschuldigten. Erklärter Zweck dieser Regelung ist es, während der verbandsinternen Untersuchung keine die Verjährung unterbrechenden Maßnahmen gegen die Beschuldigten durchführen zu müssen (Entwurf, S. 81). Der Entwurf geht mithin davon aus, dass im Falle verbandsinterner Untersuchungen regelmäßig sowohl das Verfahren gegen den Verband als auch das Verfahren gegen die natürlichen Beschuldigten ruht. Das ist für diese keineswegs nur eine Wohltat, sondern steht ihrem etwaigen Interesse entgegen, sich unabhängig von der verbandsinternen Untersuchung in das Strafverfahren einzubringen. Durch eine verbandsinterne Untersuchung kann also auch die Verteidigung des natürlichen Beschuldigten zumindest zeitweise völlig ausgeschaltet werden.

Der Entwurf lässt offen, ob und inwieweit es den natürlichen Beschuldigten überhaupt möglich ist, sich im Falle verbandsinterner Untersuchungen in das mit ihrem Strafverfahren im Zusammenhang stehende Sanktionsverfahren (§ 25 VerSanG-E) vor dessen Abschluss durch einen Sanktionsbescheid einzubringen und zu dem Untersuchungsergebnis Stellung zu nehmen. Eine Verpflichtung zur ihrer Anhörung sieht der Entwurf nicht vor, obwohl der Sanktionsbescheid für die individuell Beschuldigten von großer Tragweite sein kann. Das ist äußerst unbefriedigend.

## **3. Zum Spannungsverhältnis zwischen den Regelungen in § 17 Abs. 1 Nr. 1 und 5 VerSanG-E**

### **a) Problematik**

Gemäß § 17 Abs. 1 Nr. 1 VerSanG-E zieht eine verbandsinterne Untersuchung eine Verschiebung des Sanktionsrahmens nach sich, wenn der Verband oder der von ihm beauftragte Dritte wesentlich dazu beigetragen hat, dass die Verbandstat und die Verbandsverantwortlichkeit aufgeklärt werden konnte. Voraussetzung für eine „ordnungsgemäße“ verbandsinterne Untersuchung i.S.d. § 17 VerSanG-E ist somit ein *Aufklärungserfolg* (Entwurf, S. 98). Auf der Kehrseite führt dies dazu, dass das („bloße“) ernstliche Bemühen des Verbands, die Straftat aufzuklären, nicht genügen soll, um in den Genuss der Rechtsfolge von § 17 VerSanG-E zu kommen.

Diese Regelung ist bei praxisnaher Betrachtung problematisch, weil dem Verband etwaige verbandsbezogene Straftaten seiner Mitarbeiter und Organe lediglich zugerechnet werden. Der Verband selbst hat naturgemäß kein originäres „Täterwissen“. Liegen „dem Verband“ bzw. seinen Repräsentanten Anhaltspunkte vor, die auf eine verbandsbezogene Straftat hindeuten, muss er sich in der Regel erst einmal um Aufklärung bemühen, um überhaupt die Chance zu erhalten, einen Aufklärungserfolg i.S.d. § 17 Abs. 1 Nr. 1 VerSanG-E herbeizuführen.



Insoweit besteht nun aber ein Spannungsverhältnis von § 17 Abs. 1 Nr. 1 VerSanG-E und § 17 Abs. 1 Nr. 5 VerSanG-E, denn ein wesentliches, wenn nicht *das* wesentliche Mittel des Verbands zur Aufklärung des Sachverhalts ist die Durchführung von Mitarbeiterbefragungen, deren Durchführung dem Verband nicht uneingeschränkt möglich ist.

Gemäß § 17 Abs. 1 Nr. 5 VerSanG-E müssen verbandsinterne Untersuchungen unter Beachtung der Grundsätze eines fairen Verfahrens durchgeführt werden. Demgemäß müssen Mitarbeiter vor ihrer Befragung darauf hingewiesen werden, dass ihre Auskünfte in einem Strafverfahren gegen sie verwendet werden können, § 17 Abs. 1 Nr. 5 lit. a) VerSanG-E. Den Befragten muss nach § 17 Abs. 1 Nr. 5 lit. b) VerSanG-E ferner das Recht eingeräumt werden, einen anwaltlichen Beistand oder ein Mitglied des Betriebsrats zu Befragungen hinzuzuziehen; auch auf dieses Recht sind sie vor der Befragung hinzuweisen. Schließlich sollen nach dem Entwurf die befragten Arbeitnehmer das Recht haben, die Auskunft auf solche Fragen zu verweigern, deren Beantwortung sie selbst oder die in § 52 Abs. 1 StPO bezeichneten Angehörigen gefährden würde, wegen einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit verfolgt zu werden, worauf die Befragten ebenfalls vor der Befragung hinzuweisen sind, § 17 Abs. 1 Nr. 5 lit. c) VerSanG-E.

Insbesondere das Auskunftsverweigerungsrecht der Befragten, die an der Verbandstat beteiligt sind, kann den betroffenen Verband in ein Dilemma bringen: Auf der einen Seite obliegt es ihm, einen Aufklärungserfolg herbeizuführen, wofür er regelmäßig auf die Angaben verdächtiger bzw. verdächtigter Befragter angewiesen ist. Auf der anderen Seite können diese von ihrem Auskunftsverweigerungsrecht Gebrauch machen mit der Folge, dass der Verband gerade keinen Aufklärungserfolg erzielen kann und eine Sanktionsmilderung ausscheidet. Diese Abhängigkeit des Verbandes von der Aussagebereitschaft der auskunftsverweigerungsberechtigten Befragten kann zu dem paradoxen Ergebnis führen, dass die eigentlichen (Straf-)Täter von der Begehung der Verbandstat profitieren: Denkbar sind etwa Fälle, in denen sich Täter für eine geständige Einlassung vom Verband entlohnen lassen (Amnestie, Übernahme der Verteidigungs- und Verfahrenskosten, aber eben auch eine schlichte Belohnung), weil dies für den Verband im Ergebnis günstiger ist, als auf die Milderung des Sanktionsrahmens zu verzichten. Die vorgesehenen Regelungen können somit eine Erpressbarkeit des Verbandes bewirken. Diese Folge steht im Widerspruch zum erklärten Willen des Entwurfs, der sich gegen die sog. Widerspruchslösung (dazu sogleich) mit der Begründung ausspricht (Entwurf, S. 102 f.): *„Zudem würde der Verband erpressbar. Könnte das Unternehmen durch den Widerspruch des Befragten keinen wesentlichen Beitrag zur Sachverhaltsaufklärung leisten, wäre auch eine Sanktionsmilderung ausgeschlossen. Letztlich läge es bei einer Widerspruchslösung in der Hand der befragten Mitarbeiter, ob das Unternehmen einen sanktionsmildernden Beitrag zur Sachverhaltsaufklärung leisten kann oder nicht“*. Eben diese vom Entwurf zutreffend erkannte Gefahr besteht in gleicher Weise aufgrund des vorgesehenen Auskunftsverweigerungsrechts für verdächtige bzw. verdächtige Mitarbeiter.

## **b) Alternative Regelungsvarianten**

Für die Auflösung des Spannungsverhältnisses zwischen § 17 Abs. 1 Nr. 1 und 5 VerSanG-E und zur Vermeidung einer Erpressbarkeit des Verbandes bieten sich verschiedene alternative Lösungen an.

### **(1) Ernstliches Bemühen um Aufklärung**

Zum einen könnte man als ausreichend für eine Milderung i.S.d. § 17 VerSanG-E das „ernsthafte Bemühen um Aufklären des Sachverhalts“ genügen zu lassen. Eine vergleichbare Regelung findet sich

in § 46a StGB. Gemäß § 46a Nr. 1 StGB kann eine Strafe schon dann gemildert werden, wenn der Täter die Wiedergutmachung der Tat „*ernsthaft anstrebt*“. Die Vorschrift soll u.a. dem Täter die Folgen seines Handelns zu Bewusstsein bringen und seine Bereitschaft fördern, hierfür Verantwortung zu übernehmen (Fischer, StGB, § 46a, Rn. 2). Dieser Gedanke ist ohne Weiteres auf § 17 VerSanG-E übertragbar, weil der Gesetzgeber selbst davon ausgeht, dass die Durchführung einer verbandsinternen Untersuchung unter ununterbrochener und uneingeschränkter Zusammenarbeit mit den Verfolgungsbehörden (§ 17 Abs. 1 Nr. 3 VerSanG-E) eine Übernahme der Verantwortung des Verbandes für die Verbandstat impliziert (vgl. Entwurf, S. 99: „*Selbstreinigung*“).

Hat ein Verband mit der Durchführung einer internen Untersuchung und im Einklang mit den Vorschriften der § 17 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 VerSanG-E alles in seiner Macht Stehende zur Sachverhaltsaufklärung unternommen, ist es nur recht und billig, ihm eine Sanktionsmilderung zu gewähren. Das oben beschriebene Dilemma bestünde nicht, und es wäre zudem die Gefahr vermieden, dass vom Verband Druck auf die betroffenen Mitarbeiter ausgeübt wird, an der verbandsinternen Untersuchung aktiv mitzuwirken. Dies ist insbesondere deshalb wünschenswert, weil sich auf diese Weise auch ein mögliches Dilemma des verdächtigen oder verdächtigten Mitarbeiters vermeiden ließe. Nach wohl herrschender Auffassung im Arbeitsrecht ist der Mitarbeiter zur Auskunftserteilung auch dann verpflichtet, wenn er sich durch seine Aussage selbst bezichtigt (vgl. BGH NJW 1964, 1469; LAG Hamm CCZ 2010, 237). Entsprechend wird u.a. angenommen, die Auskunftsverweigerung eines verdächtigten oder verdächtigten Mitarbeiters im Rahmen einer verbandsinternen Untersuchung könne dazu führen, dass der Verband als Arbeitgeber eine Verdachtskündigung aussprechen kann (*Greco/Caracas* NStZ 2015, 7, 9). Auch die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen des Verbandes gegen den auskunftsverweigernden Befragten ist jedenfalls dann nicht von vornherein ausgeschlossen, wenn dem Verband eine Sanktionsmilderung nach § 17 VerSanG-E (allein) aufgrund der Auskunftsverweigerung des Befragten versagt wird. Der Arbeitnehmerschutz, den § 17 Abs. 1 Nr. 5 VerSanG-E garantieren soll, ist also nur scheinbar gegeben, wenn die betroffenen Mitarbeiter aufgrund zivilrechtlicher Konsequenzen faktisch zu einer Aussage gezwungen sind. Ließe man hingegen im Rahmen von § 17 Abs. 1 Nr. 1 VerSanG-E das ernstliche Bemühen des Verbandes genügen, einen Beitrag zur Aufklärung zu erbringen, bestünde von Seiten des Verbandes kein Grund, auf den Arbeitnehmer dahingehend einzuwirken, von der Ausübung seines Auskunftsverweigerungsrechts abzusehen.

## **(2) Widerspruchslösung**

Eine weitere – wenn auch weniger effektive – Möglichkeit, das Spannungsverhältnis zwischen § 17 Abs. 1 Nr. 1 und 5 VerSanG-E aufzulösen, böte die Einführung der sog. Widerspruchslösung, wonach der Arbeitnehmer zwar gegenüber seinem Arbeitgeber Angaben machen muss, jedoch der Weitergabe des Protokolls an die Strafverfolgungsbehörden widersprechen können soll (*Moosmayer/Petrasch* ZHR 182 [2018], 22). Der Referentenentwurf lehnt diese Lösung mit dem Argument ab, dass die Entscheidung über die Weitergabe des Inhalts nicht in die Hände des als Zeugen befragten Mitarbeiters gelegt werden dürfe, weil dies ein Missbrauchspotential schaffen würde, das dem Gebot effektiver Strafverfolgung widerspräche (Entwurf, S. 102). Zudem wäre der Verband erpressbar, weil es letztlich in der Hand der befragten Mitarbeiter läge, ob das Unternehmen einen sanktionsmildernden Beitrag zur Sachverhaltsaufklärung leisten könne oder nicht (ebd.).

Wie ausgeführt, übersieht der Entwurf an dieser Stelle, dass die von ihm zutreffend erkannte Gefahr der Erpressbarkeit des Verbandes zumindest in abgeschwächter Form auch dann besteht, wenn den Mitarbeitern ein Auskunftsverweigerungsrecht eingeräumt wird (s.o.).

### **(3) Beweisverwendungsverbot**

Schließlich ließe sich Spannungsverhältnisses zwischen § 17 Abs. 1 Nr. 1 und 5 VerSanG-E durch die Einführung einer Aussagepflicht der Befragten, gekoppelt mit einem Beweisverwendungsverbot, auflösen. Ein solches ist der Rechtsordnung nicht fremd. Vielmehr existiert mit § 97 Abs. 1 S. 3 InsO eine Regelung, die die Verwendbarkeit der vom Schuldner nach § 97 Abs. 1 S. 1 InsO zwingend zu erbringenden Auskünfte von dessen Zustimmung abhängig macht, wenn er Tatsachen offenbart, die geeignet sind, eine Verfolgung wegen einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit herbeizuführen. Die der Regelung des § 97 Abs. 1 S. 3 InsO zugrunde liegende Situation ist der des zur Aussage im Rahmen verbandsinterner Untersuchungen verpflichteten verdächtigten oder verdächtigen Mitarbeiters vergleichbar. Der Entwurf lehnt ein Beweisverwertungsverbot und somit auch ein Beweisverwendungsverbot mit der Begründung ab, dass ein solches die Entscheidung über die Verwertbarkeit der Interviewprotokolle in die Hände der privaten Untersuchungsführer legen würde. Eine Dispositionsbefugnis Privater über die Zulässigkeit strafverfahrensrechtlicher Maßnahmen liefe aber der gebotenen Effektivität der Strafverfolgung zuwider (Entwurf, S. 102). Der in diesem Zusammenhang häufig angeführte sogenannte Gemeinschuldnerbeschluss des Bundesverfassungsgerichts (Beschl. v. 13.01.1981 - 1 BvR 116/77, NJW 1981, 1431, 1433) sei auf die Situation einer privaten Befragung nicht übertragbar und daher als Vorbild für eine gesetzliche Regelung ungeeignet (ebd.).

Diese Argumentation verkennt, dass im Falle eines Verwendungsverbotes nicht der Untersuchungsführer über die Verwendbarkeit der Aussage disponieren könnte, sondern der die Auskunft erteilende Mitarbeiter. Außerdem bestünde eine Vergleichbarkeit mit der dem Gemeinschuldnerbeschluss zugrundeliegende Situation, wenn man im Einklang mit der verbreiteten arbeitsrechtlichen Rechtsprechung eine Auskunftspflicht der Mitarbeiter im Rahmen von verbandsinternen Untersuchungen statuieren würde. In diesem Fall bestünde eine gesetzliche Pflicht zur Auskunft, die nach dem Gemeinschuldnerbeschluss zur (gleichzeitigen) Einführung eines Beweisverwendungsverbots in einem etwaigen (Individual-) Strafverfahren zwingt.

#### **4. Unvertretbare „Anreiz“-Regelung zur Trennung von interner Untersuchung und Verteidigung (§ 17 Abs. 1 Nr. VerSanG-E)**

Die Vorschrift des § 17 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E knüpft die fakultative („soll“) Milderung der Verbandsanktion (§ 18 VerSanG-E) bei der Durchführung verbandsinterner Untersuchungen als eigenständige Voraussetzung daran, 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“.*

##### **a) Begründung der „Anreiz“-Regelung**

Die Entwurfsbegründung führt dazu aus, dass die Verbindung von interner Untersuchung und Verteidigung des Verbandes die Glaubwürdigkeit der Untersuchungsergebnisse schwäche. Es liege ein Interessenkonflikt nahe, der auf die Durchführung und die Ergebnisse der internen Untersuchung Auswirkungen haben könne. Die interne Untersuchung diene der objektiven Aufklärung des Sachver-

haltes einschließlich aller belastenden und entlastenden Umstände. Dieser Objektivität sei es dienlich, wenn die Verteidigung des Verbandes bzw. von betroffenen Verantwortlichen personell abgelöst von der internen Untersuchung sei. Die funktionale Trennung begründe eine größere Eigenständigkeit der Untersuchung von der Verteidigung. Insoweit könne die Unabhängigkeit des Untersuchungsführers auch ein erster Schritt im Sinn einer Selbstreinigung des Verbandes hin zu einem Kulturwandel sein.

Trotz des von der Entwurfsbegründung ausgemachten Interessenkonfliktes soll es indes möglich sein, dass – bei Einbindung einer Anwaltskanzlei – das Verteidigungsmandat und die interne Untersuchung in derselben Anwaltskanzlei geführt werden, so lange eine personelle Trennung strikt gewährleistet ist. Der Regelung der Nr. 2 sei dann (aber auch nur dann) Genüge getan, wenn die Verteidigung des Verbandes (oder eines betroffenen Verantwortlichen) nicht an der Untersuchung mitgewirkt habe oder sonst an ihr beteiligt gewesen sei und die Verteidigung auch sonst keinen unmittelbaren Zugriff auf die Ergebnisse der Untersuchung habe.

## **b) Kritik**

Die Regelung ist als „Anreiz“-Regelung ausgestaltet und beinhaltet eine der Voraussetzungen, unter denen eine bis zu hälftige Sanktionsreduzierung (§ 18 VerSanG-E) vorgenommen werden soll. Tatsächlich handelt es sich nur vordergründig um eine die vermeintliche Objektivität der Untersuchungsergebnisse steigernde oder absichernde Regelung durch funktionale Teilung von interner Untersuchung und Verteidigung des Verbandes. Die Regelung führt nämlich in der Praxis zu weit reichenden Konsequenzen, die die berechtigten Interessen des Verbandes an einer effektiven Verteidigung massiv beeinträchtigen und die im Ergebnis auch dem Anliegen des Entwurfs zuwiderlaufen. Sie enthält in ihrer Ausgestaltung überdies einen ihrer Konzeption nach unerklärlichen Bruch, der sich ausschließlich als Entgegenkommen gegenüber den wirtschaftlichen Interessen eines kleinen Kreises von anwaltlichen Großkanzleien und Wirtschaftsprüfungs-Gesellschaften begreifen lässt.

Die Regelung ist aus unterschiedlichen Gründen abzulehnen.

### **(1) Kein prinzipieller Konflikt zwischen Untersuchung und Verteidigung**

Schon der in der Entwurfsbegründung angesprochene potenzielle Interessenkonflikt auf der Ebene des Untersuchungsführers/Verbandsverteidigers, den die Regelung im Interesse der Glaubwürdigkeit der Untersuchungsergebnisse eliminieren soll, ist konstruiert und entbehrt der tatsächlichen Grundlage. Die Entwurfs-Begründung führt an, die interne Untersuchung diene dazu, belastende und entlastende Umstände hervorzubringen. Doch diese an die staatsanwaltschaftliche Ermittlungsmaxime des § 160 Abs. 2 StPO angelehnte Formulierung (i.Ü. ein weiterer markanter Beleg für die Richtigkeit der These von der „Privatisierung der Ermittlungen“) zur Objektivität als Zielvorgabe der internen Untersuchung blendet vollständig aus, in welcher Lage der Verband über die Durchführung einer internen Untersuchung zu entscheiden und was diese im Interesse des Verbandes zu erbringen hat: Die interne Untersuchung ist immer zweckorientiert und auf ein bestimmtes Ziel und Interesse ausgerichtet. Sie wird im Kontext des Sanktionsverfahrens durchgeführt, um einen Sanktionsnachlass (§ 18 Ref-E) zu erlangen und muss einen Aufklärungserfolg herbeiführen, um dieses Ziel erreichen zu können. Bei dieser Sachlage ist Annahme des Entwurfs, der Untersuchungsführer sei nicht oder nicht primär interessenorientiert tätig, sondern zuerst der Objektivität verpflichtet, offensichtlich unrichtig. Das Gegenteil trifft vielmehr zu – der Untersuchungsführer verfolgt ein Verbandsinteresse, i.e. ein sanktionsbezogenes Reduzierungsinteresse, in reiner Ausprägung.

Nicht nachvollziehbar ist insoweit, wieso der Entwurf eine die Objektivität gefährdende Interessenkollision gerade auf der Ebene des Untersuchungsführers/Verbandsverteidigers meint ausmachen zu können, der durch die funktionale Trennung von Untersuchung und Verteidigung präventiv entgegengewirkt werden müsse. Soweit Interessenkonflikte die Objektivität der Ergebnisse einer Untersuchung in der Praxis tatsächlich bedrohen, handelt es sich in aller Regel um die spezifische Partikular-Interessenverfolgung und Verstrickung der einzelnen stake-holder (Verband, Auskunftspersonen, Mitarbeiter, Geschädigte etc.), nicht aber um Einseitigkeiten oder Manipulationen seitens interessen( Fehl)geleiteter Untersuchungsführer.

Dementsprechend kann sich der Entwurf auch nicht auf tatsächliche Fälle stützen, in denen die von ihm ausgemachte (vermeintliche) Interessenkollision bei einem Untersuchungsführer tatsächlich in einer Verfälschung von Untersuchungsergebnissen in der bisherigen Praxis einen Niederschlag gefunden hätte. Die in den letzten fünfzehn Jahren mit internen Untersuchungen in Deutschland gemachten Erfahrungen haben keinen Fall hervortreten lassen, in dem infolge einer Konfliktlage auf der Ebene des Untersuchungsführers Ermittlungsergebnisse zurückgehalten, verfälscht oder anderweitig manipuliert worden wären. Der in der Entwurfsbegründung angesprochene Konflikt scheint angesichts dessen herbeigeschrieben und vorgeschoben. Dies zeigt sich auch daran, dass die deutschen Strafverfolgungsbehörden bislang einer Übernahme von Untersuchungsergebnissen aus internen Untersuchungen stets und gerade auch dann überaus zurückhaltend gegenüber getreten sind, wenn diese Untersuchungen von Untersuchungsführern durchgeführt worden waren, die mit der Verbandsverteidigung in den jeweiligen Fällen gerade nicht befasst gewesen sind (z.B. Siemens AG/Großkanzlei als „unabhängiger“ Untersuchungsführer/StA München; VOLKSWAGEN AG, AUDI AG/Großkanzlei als „unabhängiger“ Untersuchungsführer/StA Braunschweig, StA München). Mit dem Postulat einer funktionellen Trennung hat diese Zurückhaltung hiernach ersichtlich nichts zu tun. Vor diesem Hintergrund erweist sich die in der Begründung des Entwurfs zum Ausdruck gebrachte Sorge vor einer die Glaubwürdigkeit der Untersuchung schädigenden Interessenkollision beim Untersuchungsführer/Verteidiger als praxisfernes und geradezu institutionelles Misstrauen gegenüber vornehmlich der Anwaltschaft, das nicht begründet und zurückzuweisen ist.

## **(2) Negative Folgen**

Die dem Entwurf zugrunde liegende funktionelle Trennung von interner Untersuchung und Verteidigung des Verbandes führt in der Praxis zu weitreichenden und dem Anliegen des Entwurfs zuwiderlaufenden Konsequenzen. Auch deshalb ist die Regelung abzulehnen:

Die Milderungsvoraussetzung der funktionellen Trennung des § 17 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E soll nach der Entwurfsbegründung nur dann erfüllt sein, wenn die Verteidigung des Verbandes (oder eines betroffenen Verantwortlichen) nicht an der Untersuchung mitgewirkt habe oder sonst an ihr beteiligt gewesen sei und die Verteidigung auch sonst keinen unmittelbaren Zugriff auf die Ergebnisse der Untersuchung habe. Die Sanktionsreduzierung gemäß § 18 VerSanG-E wird davon abhängig gemacht, dass die Verteidigung des Verbandes nicht nur die Untersuchung nicht selbst führt, sondern die Verteidigung auch auf die Ergebnisse der Untersuchung keinen unmittelbaren Zugriff – d.h. keinen anderen Zugriff als mittelbar über die spätere Einsicht in die Ermittlungsakte – auf die Untersuchungsergebnisse besitzt. Was „Verteidigung“ in diesem Kontext genau meint, bleibt nach der Entwurfsbegründung unklar. Nach dem Gesamtzusammenhang muss davon ausgegangen werden, dass mit Verteidigung in diesem Kontext jede durch die Verfolgung von Unternehmensinteressen geleitete Verteidigungstätigkeit gemeint ist. Dazu gehört auch die Verteidigung des Verbandes in Verwaltungs- und Aufsichtsverfahren, aber auch die Verteidigung gegen zivilrechtliche Ansprüche, insbesondere auch gegen deliktische Ansprüche. Denn auch bei dieser Art „Verteidigung“ bestünde der von der Ent-

wurfsbegründung ausgemachte (vermeintliche) Interessenkonflikt, der die an dem Ziel der Objektivität ausgerichteten Untersuchung und die Glaubwürdigkeit ihrer Ergebnisse gefährden könnte.

Die in § 17 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E niedergelegte Voraussetzung der funktionellen Trennung von Untersuchung und Verteidigung ist abzulehnen. Anders als der Entwurf vorauszusetzen scheint, dienen interne Untersuchungen nicht lediglich der Aufklärung von Sachverhalten zum Zweck der Weiterleitung von Erkenntnissen an Verfolgungs- und Aufsichtsbehörden. Interne Untersuchungen dienen vielmehr auch und gerade der Selbstinformation des Verbandes. Diese Selbstinformation des Verbandes ist notwendig, um in der konkreten, regelmäßig krisenbetroffenen Situation für den Verband fortlaufend die eigene Position bestimmen und um Entscheidungen der Verantwortlichen – auch z.B. über eine kooperative Unterstützung der behördlichen Untersuchung – ermöglichen und überprüfen zu können. Tatsächlich sind Information, Verteidigung und interne Untersuchung in der Wirklichkeit auch bei verbandsbezogenen Sanktionsverfahren unterschiedliche Säulen einer einheitlichen kooperativen Verteidigung des Verbandes zur bestmöglichen Verfolgung und Wahrung der Verbandsinteressen.

Die im Entwurf enthaltene Regelung zur funktionalen Trennung begründet für den Verband demgegenüber schon zu einem sehr frühen Zeitpunkt nach Bekanntwerden von Anhaltspunkten für Rechtsverstöße die Notwendigkeit, entweder die eigene Rechtsverteidigung von der Aufklärung des Sachverhaltes vollkommen abzuschneiden oder eine zweite Sachverhaltsaufklärung zur Wahrung seiner Verteidigungsinteressen in die Wege zu leiten. Das führt zu einer Vervielfachung der Kosten und bedeutet nicht nur in wirtschaftlicher Hinsicht eine für den Verband nicht tragbare Zusatzbelastung. (Auch dies ist Aspekt der Privatisierung, zumal das Unternehmen die Kosten der Untersuchungen auch dann zu tragen hat, wenn sich der Verdacht als unbegründet erweist.) In dieser „Notwendigkeit der Untersuchungsverdopplung“ liegt auch eine erhebliche Beeinträchtigung der Effektivität der Verteidigung, die mit dem anerkannten Recht des Beschuldigten zur Durchführung eigener Erhebungen nicht in Einklang zu bringen ist. Zur Durchführung einer sachgerechten und an den Verbandsinteressen ausgerichteten umfassenden Verteidigung sind die Kenntnis des Sachverhaltes und die Durchführung von eigenen Erhebungen unerlässlich. Ein Zuwarten bis zur Gewährung von Akteneinsicht in die im eigenen Auftrag des Verbandes gewonnenen Erkenntnisse ist für den Verband nicht zumutbar und mit den Interessen des Verbandes an einer effektiven Verteidigung, zumal auch in Verwaltungs- und Zivilverfahren nicht zu vereinbaren. Das aber ist die Konsequenz des Entwurfes.

Weitere unangemessene – gleichwohl gewollte – strafprozessuale Konsequenzen des § 17 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E treten hinzu:

Strafprozessrechtlich führt die in § 17 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E niedergelegte funktionelle Trennung dazu, dass die Erkenntnisse aus der internen Untersuchung nicht solche sind, die im Rahmen eines Verteidigungsverhältnisses entstehen bzw. hervorgebracht werden. Dadurch bleibt der Beschlagnahmeschutz gegen Zugriffe der Strafverfolgungsbehörden in das Verteidigungsverhältnis (§§ 97, 148 StPO) für sämtliche Arbeitsprodukte und Erkenntnisse aus der internen Untersuchung unanwendbar. Der Entwurf verfolgt ersichtlich das Konzept, dass die (ungewisse) Möglichkeit („soll“, § 18 VerSanG-E) einer Sanktionsreduzierung durch den Verband mit dem Verlust des Beschlagnahmeschutzes bezüglich sämtlicher Erkenntnisse aus der internen Untersuchung „erkauft“ werden soll (vgl. unter **C.**). Dies erweist sich insbesondere dann als unvertretbar, wenn es im weiteren Verlauf dazu kommt, dass die Kooperation des Verbandes – aus welchem Grund auch immer – nicht fortgeführt wird und der Verband sich gegen die Begründetheit der Vorwürfe streitig verteidigt. Angesichts der erheblichen Ungewissheit bezüglich des Ausgangs des Verfahrens ist die vollständige Preisgabe des Beschlagnahmeschutzes aus dem Verteidigungsverhältnis für die in der Untersuchung erlangten Erkenntnisse unangemessen. Statt der unspezifischen „Anreiz“-Regelung der funktionellen Trennung in § 17 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E, deren – gezielter – Reflex eine vollständige Preisgabe des Beschlagnahmeschutzes

für Verteidigungsunterlagen ist, sollte der Gesetzgeber klare Beschlagnahmeregeln im Lichte der Bedeutung des Verteidigungsverhältnisses verankern.

### **(3) Kein Bedarf**

Jenseits der aufgezeigten Bedenken in Bezug auf die Auswirkungen der Regelung erweist sie sich überdies im Gefüge des Entwurfs als nicht erforderlich. Die mit der potenziellen Interessenkollision aus Sicht des Entwurfs einhergehenden Schwächungen der Glaubwürdigkeit der Untersuchungsergebnisse würden sich – wenn überhaupt – als Defizite der Sachverhaltsaufklärung realisieren. Durch solche Defizite würde jedoch stets die zentrale Voraussetzung für den Sanktionsnachlass, nämlich der erforderliche Aufklärungserfolg, gefährdet oder relativiert. Vor diesem Hintergrund dient die funktionelle Trennung (§ 17 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E) dem Ausschluss einer bloß abstrakten Gefahr, vor deren tatsächlicher Realisierung schon die Notwendigkeit, einen konkreten Aufklärungserfolg bewirken zu müssen, hinreichend absichert.

### **(4) Untauglichkeit**

Die Regelung ist schließlich in ihren Auswirkungen auch kontraproduktiv zu dem Anliegen des Entwurfs selbst.

Es ist kaum zu erwarten, dass die Verantwortlichen eines Verbandes, der sich mit Unregelmäßigkeiten oder Anhaltspunkten für Rechtsverstöße oder Straftaten bzw. mit behördlichen Untersuchungen oder einem Ermittlungsverfahren konfrontiert sieht, eine interne Untersuchung nach dem Zuschnitt des Entwurfs beauftragen wird. Der mit einer solchen Beauftragung einhergehende Ausschluss von der Untersuchungssteuerung und der Verzicht auf den Zugriff auf gewonnene tatsächliche Erkenntnisse zu Zwecken der Verteidigung in Zivil-, Aufsichts- und Strafverfahren bis zum ungewissen und nicht kontrollierbaren Zeitpunkt der Gewährung von Akteneinsicht durch die Strafverfolgungsbehörden bedeutet einen umfänglichen Verzicht des Verbandes auf Verteidigungspositionen und -optionen, der von keinem Verantwortlichen eines Verbandes ernsthaft erwartet werden kann und der im Zweifel für den Verband massive Schadensgefahren mit sich bringt. Dies gilt zumal vor dem Hintergrund, dass die im Gegenzug gewonnene Aussicht auf den Sanktionsnachlass nach § 18 VerSanG-E ungewiss und sein Eintritt von zahlreichen weiteren Voraussetzungen abhängig ist, deren Eintritt der Verband nicht in der Hand hat (z.B. der Aufklärungserfolg). Tatsächlich begründet das Erfordernis der funktionellen Trennung in § 17 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E einen weitreichenden Verlust von Informationen und Optionen zur Abwehr von Vorwürfen bei einer gänzlich ungewissen Perspektive bezüglich des Sanktionsnachlasses.

### **(5) Lobbying**

Unerklärlich ist schließlich – jenseits der ausgeführten Bedenken – die Position der Entwurfsbegründung, für eine funktionelle Trennung im Sinn des § 17 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E genüge es, wenn Untersuchungsführer und Verbandsverteidiger nicht dieselbe natürliche Person sind und letzterer nicht an der Untersuchung mitgewirkt hat, weshalb Untersuchungsführer und Verbandsverteidiger derselben Kanzlei bzw. Gesellschaft angehören könnten. Hierbei handelt es sich offensichtlich um ein Zugeständnis gegenüber an entsprechenden Umfangsmandaten interessierten Großkanzleien und Wirt-

schaftsprüfungsgesellschaften. Dieses ist mit dem in der Entwurfsbegründung so stark gewichteten Ziel einer der Objektivität verpflichteten Untersuchung schwerlich in Einklang zu bringen ist. Warum der von der Entwurfsbegründung beschworene Interessenkonflikt nennenswert geringer sein soll, wenn Untersuchungsführer und Verbandsverteidiger zwar nicht dieselbe Person, wohl aber in derselben Kanzlei tätig sind, ist nicht zu erkennen und wird auch in der Entwurfsbegründung nicht deutlich. Tatsächlich vermittelt diese Position des Entwurfs eher den Eindruck eines allzu offensichtlichen Lobbying-Erfolges eines Kreises von an Doppel- und Umfangsmandaten interessierten Großkanzleien und Wirtschaftsprüfungsgesellschaften.

### **C. Zur vorgesehenen Neuregelung der §§ 97, 160 a StPO (Artikel 4)**

De lege lata besteht keine umfassende Rechtssicherheit hinsichtlich der Reichweite von Beschlagnahmeverboten. Dies gilt insbesondere für den bislang nicht gesondert gesetzlich geregelten Bereich der unternehmensinternen Untersuchungen. Angesichts der zunehmenden praktischen Bedeutung derartiger Untersuchungen wurde deshalb in der Literatur gerade für diesen Bereich dringender gesetzlicher Regelungsbedarf gesehen (vgl. auch *Momsen/Grützner*, CCZ 2017, 242, 253; ausdrücklich auch *Park*, *Durchsuchung und Beschlagnahme.*, 4. Aufl. 2018, Rn. 1004). Dass der Entwurf einen Anlauf unternimmt, in diesem Bereich für mehr Klarheit zu sorgen, ist, für sich genommen, zu begrüßen. Allerdings wird das angestrebte Ziel insgesamt nicht zufriedenstellend umgesetzt, weil der Entwurf verschiedene Inkonsistenzen enthält und deutlich erkennen lässt, dass sein Hauptansinnen darin besteht, einen möglichst weitgehenden staatlichen Zugriff auf Unterlagen aus internen Untersuchungen zu ermöglichen.

#### **I. Änderungen des § 97 StPO**

##### **1. Zu Buchstabe a)**

Die beabsichtigte Änderung des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO betrifft eine Klarstellung der derzeit umstrittenen Reichweite des Beschlagnahmeschutzes von Berufsgeheimnisträgern i.S.d. § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 bis 3b StPO. Nach dem Gesetzentwurf sollen nur solche Gegenstände geschützt sein, die aus dem „*Vertrauensverhältnis*“ des Beschuldigten zu dem Berufsgeheimnisträger hervorgegangen sind. Damit sollen sowohl Unterlagen, die auf dem Vertrauensverhältnis zwischen einem Nichtbeschuldigten und dem Berufsgeheimnisträger beruhen, also auch sog. Drittgeheimnisse, d.h. solche Gegenstände, die nicht auf dem Vertrauensverhältnis zwischen dem Beschuldigten und dem Berufsgeheimnisträger, sondern auf dem Vertrauensverhältnis des Berufsgeheimnisträgers zu einem Dritten beruhen, vom Beschlagnahmeschutz ausgenommen sein.

Der Drittgeheimnisschutz ist gerade im Bereich von unternehmensinternen Untersuchungen von Relevanz (*Park*, a.a.O., Rn. 578, 996 ff.). Zwar hat das BVerfG die dem Entwurf zugrunde liegende Auslegung des geltenden Rechts in der Jones Day-Entscheidung verfassungsrechtlich nicht beanstandet (BVerfG StV 2018, 547, 552 f.). Gleichwohl wird damit die Anknüpfung des Beschlagnahmeschutzes an das Zeugnisverweigerungsrecht des Berufsgeheimnisträgers als Ausdruck einer besonderen Vertrauensbeziehung zwischen Berufsgeheimnisträger und Mandant durchbrochen und damit der Gesetzeszweck, eine Umgehung der Zeugnisverweigerungsrechte zu verhindern, konterkariert (vgl. *Park*, a.a.O., Rn. 573ff.). Auf den Punkt gebracht hat die Notwendigkeit eines Gleichlaufs zwischen Aussageverweigerungsrecht und Beschlagnahmeschutz bereits *Dünnebier* mit dem prägnanten Diktum,



dass auch der Hand nicht entrissen werden dürfe, was der Mund nicht zu offenbaren brauche (*Dünnebier*, Das Problem einer Sonderstellung der Presse im Strafverfahren, 1966, S. 39, 44).

Die besondere Vertrauensbeziehung zwischen einem Mandanten und einem Berufsgeheimnisträger besteht unabhängig davon, ob der Mandant Beschuldigter ist. Folgerichtig ist es – soweit ersichtlich – in allen anderen EU-Ländern eine Selbstverständlichkeit, dass auch Unterlagen aus der Vertrauenssphäre eines anwaltlichen Mandatsverhältnisses außerhalb eines Verteidigungsmandats dem Zugriff der Ermittlungsbehörden entzogen sein müssen. Zur Vermeidung von Schutzlücken erscheint deshalb ein extensiverer, nicht auf das Vertrauensverhältnis des Berufsgeheimnisträgers zum Beschuldigten beschränkter Beschlagnahmeschutz geboten.

In Bezug auf unternehmensinterne Untersuchungen erscheint die abweichende Regelung des Entwurfs auch insoweit als problematisch, als sie in einem zu weitgehenden Umfang den staatlichen Zugriff auf im Rahmen derartiger Untersuchungen gewonnene Erkenntnisse ermöglichen will. Bezogen auf involvierte Unternehmen erscheint eine Zugriffsmöglichkeit in diesem Umfang schon deshalb als sachlich nicht gerechtfertigt, weil zu dem Zeitpunkt, in dem ein Unternehmen eine interne Untersuchung veranlasst, in vielen Fällen noch nicht absehbar ist, ob und wann das Unternehmen überhaupt einen Beschuldigtenstatus erlangen wird. Dieses gilt umso mehr bei Untersuchungen, die frühzeitig und völlig unabhängig von einem staatlichen Ermittlungsverfahren eigeninitiativ durchgeführt werden. Anders als Individualpersonen ist einem Unternehmen im frühen Stadium einer Untersuchung mangels näherer Kenntnisse über den Sachverhalt eine Beurteilung der Frage, ob ein Verfahren gegen das Unternehmen selbst in Betracht kommt, schwierig, wenn nicht unmöglich. Der Übergang von einem Beratungs- zu einem Verteidigungsmandat ist dann regelmäßig fließend (vgl. dazu auch *Mommsen*, Interne Ermittlungen, in: Rotsch [Hrsg.], Criminal Compliance, 2015, S. 1234, 1255 f.). Insofern erscheint die Beschränkung des Beschlagnahmeschutzes auf das Vertrauensverhältnis zwischen einem Beschuldigten und dem Berufsgeheimnisträger nicht zielführend.

Bei dem Hinweis in der Entwurfsbegründung, eine Sachverhaltsaufklärung, die vor Vorliegen einer Beschuldigtenstellung stattfindet oder anderen Zielen wie z.B. der internen Compliance diene, falle nicht unter § 97 Abs. 1 Nr. 2 StPO, ist unklar, welche Vorschrift tatsächlich gemeint ist. Das dort angeführte Belegzitat (Meyer/Goßner-Schmitt [ungenannt bleibt der Kommentator *Köhler*], 62. Aufl. § 97 Rn. 10a) bezieht sich nicht auf § 97 Abs. 1 Nr. 2 StPO, sondern auf § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO.

Die Durchführung eigener Erhebungen zur Sachverhaltsaufklärung gehört zu den typischen – und deshalb geschützten – Tätigkeiten des Verteidigers (vgl. *BRAK-Strafrechtsausschuss*, Thesen zur Strafverteidigung, 2. Aufl. 2015, insb. Thesen 25, 26). In Bezug auf die Reichweite des Beschlagnahmeschutzes ist deshalb auch die im Entwurf für die Gewährung des maximalen Sanktionsrabatts vorgesehene Differenzierung zwischen Rechtsanwälten, die die Untersuchung durchführen, und Verteidigern in den Blick zu nehmen. Diese Differenzierung wäre illegitim, wenn sie in Wahrheit nur einen Vorwand dafür bildete, einen beschlagnahmefreien Verteidigungsbereich von einem beschlagnahmefähigen Untersuchungsbereich abzugrenzen und dadurch dem Staat den jederzeitigen und unbeschränkten Zugriff auf alle im Rahmen der internen Untersuchung gewonnenen Erkenntnisse zu ermöglichen. Es muss dem Unternehmen möglich sein, Compliance-relevante Sachverhalte eigenverantwortlich und ohne die Gefahr eines staatlichen Zugriffs auf diesbezügliche Erkenntnisse untersuchen zu lassen. Auch für das Aussageverhalten der zu befragenden Mitarbeiter hätte es gravierende Folgen, wenn diese befürchten müssten, dass ihre Aussageinhalte unabhängig vom Unternehmenswillen jederzeit dem Zugriff der Ermittlungsbehörden unterlägen.

Der Beschlagnahmeschutz sollte sich auf folgende Unterlagen bzw. Daten erstrecken:

- Mandatsbezogene Korrespondenz zwischen dem Berufsträger und dem Unternehmen

- Protokolle und zusammenfassende Vermerke von Interviews
- Vermerke (Auswertungsvermerke, E-Mail-Screenings, Datenanalysen, rechtliche Beurteilungen, Fragenkataloge, Anforderungslisten)
- Zwischen- und Abschlussberichte mit Anlagen
- Präsentationsfolien zum Stand der Untersuchung.

Bedeutsam ist ferner, dass Unternehmen mit internen Untersuchungen regelmäßig Berufsgeheimnisträger beauftragen, zu denen ein institutionell geschütztes Vertrauensverhältnis besteht, § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO. Dem hohen rechtlichen Rang des Vertrauensschutzes sollte auch bei unternehmensinternen Untersuchungen Rechnung getragen werden. Ein Unternehmen sollte – ggfs. um den Preis der Versagung der in § 17 Abs. 1 VerSanG-E vorgesehenen Milderung der Verbandssanktion – grundsätzlich die Verfügungsgewalt über die Inhalte und Ergebnisse der Untersuchung behalten, weil es sich bei unternehmensinternen Untersuchungen gerade nicht um staatlich Ermittlungen, auch nicht um abgeleitete staatliche Ermittlungen handelt. Anderenfalls ist absehbar, dass die vom Entwurf vorgesehenen unternehmensinternen Untersuchungen in der Praxis weitgehend auf Anwaltskanzleien und andere Berufsgeheimnisträger ausgelagert und damit in beträchtlichem Umfang privatisiert werden. Einer solchen Entwicklung sollte Einhalt geboten werden.

Unternehmensinterne Untersuchungen „im Auftrag“ der Staatsanwaltschaft widersprechen der kontradiktorischen Grundidee des deutschen Strafverfahrens, dem auch das vorgesehene Verfahren gegen Verbände im Übrigen weitgehend nachgebildet ist. Zu dessen elementaren Bestandteilen gehört Schweigerecht des Beschuldigten. Es ist nicht illegitim, gesetzliche Anreize für die Aufklärung von Sachverhalten durch verbandsinterne Untersuchungen zu schaffen. Nicht hinnehmbar ist jedoch die Schaffung von Rahmenbedingungen, aufgrund derer die Ermittlungsbehörden interne Untersuchungen – zumindest faktisch – quasi anordnen oder verlangen können. Das Unternehmen darf nicht zur Kooperation unter Preisgabe seiner Rechtspositionen gezwungen werden. Auch aus diesem Grund stellt die Anknüpfung eines Beschlagnahmeverbots an das Erfordernis eines (konkret bevorstehenden) Beschuldigtenstatus einen Schwachpunkt des Entwurfs dar. Damit wäre der Zugriff auf Unterlagen aus einer internen Untersuchung möglich, die ohne ein (konkret bevorstehendes) staatliches Ermittlungsverfahren initiiert wurde, was ggf. eine Verteidigung des Unternehmens nahezu unmöglich machen könnte.

Wird der Beschlagnahmeschutz an das Vertrauensverhältnis zum Berufsgeheimnisträger angeknüpft, erscheint es nicht sinnvoll, den Schutz von der Frage des Gewahrsams abhängig zu machen (ebenso *Momsen/Grützner*, CCZ 2017, 242, 248). Für Beschuldigte ist anerkannt, dass über die Vorschrift des § 148 StPO unabhängig vom Wortlaut des § 97 StPO Unterlagen auch geschützt sind, wenn sie sich im Gewahrsam des Beschuldigten befinden (LG Stuttgart StV 2019 7, 10 Tz. 44 m. insoweit zust. Anm. *Jahn/Kirsch*; *Meyer-Goßner/Schmitt-Köhler*, StPO, 63. Aufl. 2020, § 97 Rn. 37 m.w.N.). Weil der Übergang von der verfahrens- bzw. statusabhängigen Untersuchung zu einem Beschuldigtenstatus des Unternehmens, wie ausgeführt, oftmals fließend ist und das zu dem Berufsgeheimnisträger bestehende Vertrauensverhältnis der maßgebliche Grund für die geschützte Rechtsbeziehung ist, sollte dies auch in Bezug auf unternehmensinterne Untersuchungen unabhängig von konkreten behördlichen Verfahren gelten.

Bei einem Konzern sollte sich die Beschlagnahmefreiheit grundsätzlich auf alle Konzerngesellschaften erstrecken. Dies gilt jedenfalls dann, wenn nach dem Untersuchungsgegenstand ein Zusammenhang zu den Aufzeichnungen etc. der jeweils anderen Konzerngesellschaft(en) in Betracht kommt und dieser Zusammenhang von dem Untersuchungsauftrag erfasst ist, unabhängig davon, welche Konzerngesellschaft diesen Auftrag konkret erteilt hat.

Rechtsanwälten sollte als Organen der Rechtspflege ein institutioneller Vertrauensvorschuss auch dann entgegengebracht werden, wenn sie als Verteidiger agieren. Dieses Vertrauen lässt der Entwurf vermissen. Bereits nach geltendem Recht ist klar, dass im Falle einer Tatverstrickung des Berufsgeheimnisträgers kein Beschlagnahmenschutz bestehen kann, §§ 97 Abs. 2 S. 2, 160a Abs. 4 StPO.

## 2. Zu Buchstabe b

Die vorgesehene Ergänzung des § 97 Abs. 2 StPO um eine neue Nummer 2 soll der Klarstellung dienen, dass Aufzeichnungen und Gegenstände, zu deren Aufbewahrung ein redlicher Kaufmann oder Gewerbebetrieb im Rahmen der Überwachung seines Geschäftsbetriebs gesetzlich verpflichtet ist, vom Beschlagnahmeverbot ausgenommen sein sollen, und zwar auch dann, wenn sie sich im Gewahrsam des Berufsgeheimnisträgers befinden. Dies betrifft insbesondere Buchhaltungsunterlagen, hinsichtlich derer bislang umstritten war, inwieweit sie einem Beschlagnahmeverbot unterliegen können (zum Meinungsstand SK StPO-*Wohlers/Greco*, 5. Aufl. 2016, § 97 Rn. 92 m.w.N.).

Die vermeintliche Klarstellung vermag nur teilweise zu überzeugen. Nachvollziehbar erscheint sie nur in Bezug auf die „nackten“ Unterlagen, hinsichtlich derer eine gesetzliche Aufbewahrungspflicht besteht. Insofern ist zutreffend, dass Originalbeweismittel dem staatlichen Zugriff auch nicht dadurch entzogen werden können, dass sie in den Gewahrsam eines als „Safe House“ genutzten (gutgläubigen) Berufsgeheimnisträgers verbracht werden. Anders stellt sich die Situation jedoch dar, wenn auf den Unterlagen (insbesondere handschriftliche) Anmerkungen, Kommentare etc. vermerkt sind, die einen Bezug zur Beratertätigkeit des Berufsgeheimnisträgers aufweisen. Dann verdienen die entsprechenden Unterlagen denselben Schutz wie eine Korrespondenz mit dem Berufsgeheimnisträger etwa im Zuge der Vorbereitung der Aufstellung des Jahresabschlusses.

## 3. Zu Buchstabe c

Die Klarstellung in § 97 Abs. 6 StPO-E, dass die Grenzen des § 97 StPO auch für die Durchsuchung gelten, ist uneingeschränkt zu begrüßen. Sind Beweismittel aus Rechtsgründen nicht beschlagnahmefähig, ist es nur konsequent, Durchsuchungen, die die Erlangung dieser Beweismittel bezwecken, von vornherein zu untersagen, zumal Durchsuchungen stets einen schweren Grundrechtseingriff darstellen.

## 4. Änderung des § 160a StPO

Zu begrüßen ist auch die Klarstellung in § 160a Abs. 5 StPO-E, dass die Bestimmungen der §§ 94, 95, 100b, 100c, 100g, 102, 103 und 110 der Regelung des § 160a StPO als *leges speciales* vorgehen. Dieser Vorrang ist sachgerecht, weil mit § 160a StPO keine Meistbegünstigungsklausel eingeführt werden sollte (Meyer-Goßner/Schmitt-*Schmitt*, StPO, 62. Aufl. 2019, § 160a Rn. 17; *Jahn/Kirsch*, Fragen der Criminal Compliance im Schnittfeld von materiellem Recht, Strafverfahrens- und Verfassungsrecht, in: Rotsch a.a.O., § 33 Rn. 102). Aufgrund der bisherigen Formulierung in § 160a Abs. 5 StPO, wonach die Vorschriften der §§ 97, 100d Abs. 5 und 100g Abs. 4 „*unberührt bleiben*“, ist das Verhältnis der Bestimmungen zueinander unklar (vgl. *Park*, a.a.O., Rn. 633).

#### D. Verstoß gegen das sog. Belastungsmoratorium des Koalitionsausschusses vom 22. April 2020

Der Gesetzentwurf verstößt gegen den Beschluss des Koalitionsausschusses vom 22. April 2020. In der Sitzung vom 22. April 2020 hat der Koalitionsausschuss ein Maßnahmenpaket beschlossen, um – wie es heißt – „soziale und wirtschaftliche Härten abzufedern sowie den wirtschaftlichen Wiederaufbau zu unterstützen“. Teil dieses Pakets ist eine Regelung, mit der auch zusätzliche Belastungen für Unternehmen vermieden werden sollen.

Der Beschluss lautet (sog. Belastungsmoratorium, <https://www.cdu.de/corona/ergebnis-koalitionsausschuss>):

*„Durch die Corona-Krise hat sich die wirtschaftliche Situation für die Beschäftigten und Unternehmen in unserem Land deutlich geändert. Deshalb wird die Koalition besonders darauf achten, **Belastungen für Beschäftigte und Unternehmen durch Gesetze und andere Regelungen möglichst zu vermeiden.**“*

Dass das VerSanG-E mit seinen massiven Belastungen für Unternehmen diesem Moratorium widerspricht, liegt auf der Hand. Der VerSanG-E enthält ganz massive zusätzliche finanzielle Belastungen für Unternehmen, insbesondere

- durch eine Verbandsgeldsanktion gem. § 8 VerSanG-E (einschließlich Ausfallhaftung gem. § 7 VerSanG-E und Rechtsnachfolge gem. § 6 VerSanG-E), die neben der Einziehung gem. §§ 73 ff. StGB zu ganz erheblichen Belastungen, u.U. in Milliardenhöhe, führen kann,
- durch die unter Umständen sehr hohen Kosten für die Implementierung von „Vorkehrungen“ und den Nachweis durch Bescheinigung einer „sachkundigen Stelle“ gem. § 13 Abs. 2 VerSanG-E („Monitor light“),
- durch die enormen – nicht selten auch durch einzelne Kanzleien in die Höhe getriebenen – Kosten für verbandsinterne Untersuchungen gem. § 16 VerSanG-E,
- durch die zusätzlichen Kosten für die Verteidigung des Verbandes im Strafverfahren (§§ 28 VerSanG-E) und
- durch wirtschaftliche Belastungen infolge der nach den §§ 54 ff. VerSanG-E bezweckten Reputationsnachteile für Unternehmen.

Es ist widersprüchlich, Unternehmen auf der einen Seite durch staatliche Zuschüsse und Kredite, durch die Suspendierung der Insolvenzantragspflicht und durch steuerliche Erleichterungen am Leben zu erhalten, ihnen auf der anderen Seite aber die notwendige Liquidität wieder durch enorme zusätzliche Lasten zu entziehen.

Diesen Widerspruch hat zwar im Grundsatz auch das BMJV erkannt, wie sich dem Begleitschreiben zur Übersendung des Referentenentwurfs an die Verbände vom 21.04.2020 entnehmen lässt, worin es heißt:

*„Wir gehen auf wirtschaftlich schwere Zeiten zu. Manche fragen sich vielleicht, ob in solchen Zeiten ein neues Sanktionsrecht wirklich das richtige ist. Aber gerade jetzt ist es wichtig, die*

*große Mehrzahl der Unternehmen zu stärken, die sich an die Regeln halten und die nicht die Notsituation vieler ausnutzen, um sich selbst ungerechtfertigt Vorteile zu schaffen.“*

Der Versuch, das verfehlt Gesetzesvorhaben als Beitrag zur Stärkung der pandemiegeschädigten deutschen Wirtschaft zu rühmen und ihm damit gleichsam neues Leben einzuhauchen, ist untauglich. Zur Bekämpfung möglicher Kriminalität anlässlich coronabedingter wirtschaftlicher Maßnahmen der Bundesregierung reicht das geltende Strafrecht völlig aus.

- - -