

23. Juli 2020

## **Stellungnahme der Gesellschaftsrechtlichen Vereinigung – Wissenschaftliche Vereinigung für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (VGR) e.V. ("VGR") zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft**

Die Bundesregierung hat am 16. Juni 2020 den Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft („RegE“) vorgelegt. Sein Kernstück ist der Entwurf für ein neues Verbandssanktionengesetz („VerSanG-E“).

Als gesellschaftsrechtliche Vereinigung beschränken wir uns in dieser Stellungnahme auf die für die gesellschaftsrechtliche Praxis besonders relevanten Themen des VerSanG-E, nämlich neben grundsätzlichen Anmerkungen insbesondere das Sanktionenregime, interne Untersuchungen, die Bedeutung von Compliance-Management-Systemen und konzernrechtliche Aspekte. Insbesondere auf die strafprozessualen Regelungen des Entwurfs wird nicht eingegangen. Die nachfolgenden Anmerkungen und Vorschläge geben jeweils die Meinung der Mehrheit der Mitglieder der Arbeitsgruppe, die an der Erarbeitung dieser Stellungnahme mitgewirkthaben<sup>1</sup>, wieder, müssen aber nicht in jedem Einzelfall der Meinung aller einzelnen Mitglieder entsprechen.

### **I. Grundsätzliches**

#### **1. Anreizbezogene Unternehmenssanktion**

Es ist umstritten, ob die Sanktionierung juristischer Personen einen wesentlichen Anreiz zur Vermeidung unternehmensbezogener Straftaten leisten kann oder nicht. Wir teilen im Ausgangspunkt die Überlegung des RegE, dass eine anreizbezogene Unternehmenssanktion eine sinnvolle rechtspolitische Maßnahme darstellt. Sie muss aber unbedingt so ausgestaltet sein, dass Fehlanreize vermieden werden, ein faires Verfahren gewährleistet ist und unverhältnismäßige Belastungen insbesondere für

---

<sup>1</sup> *An der vorliegenden Stellungnahme haben die folgenden Mitglieder mitgewirkt, die überwiegend zugleich Mitglied des Vorstands oder des Beirats der VGR sind oder waren: Prof. Dr. Holger Altmeyden, Prof. Dr. Gregor Bachmann (Berichterstatter), Prof. Dr. Alfred Bergmann, Prof. Dr. Wulf Goette, Prof. Dr. Mathias Habersack (Berichterstatter), Prof. Dr. iur. Dr. h.c. mult. Peter Hommelhoff (Berichterstatter), Prof. Dr. Dr. Dr. h. c. mult. Klaus J. Hopt, Dr. Thomas Kremer, Prof. Dr. Katja Langenbacher (Berichterstatter), Dr. Theresa Lauterbach (Berichterstatter), Prof. Dr. Jochen Vetter (Berichterstatter), Dr. Gabriele Roßkopf, LL.M., Dr. Joachim Tebben, LL.M..*

rechtstreue Unternehmen ausgeschlossen bleiben. Vor diesem Hintergrund sehen wir bei einzelnen Elementen des VerSanG-E Verbesserungsbedarf.

## 2. Regelungsdefizit im Ordnungswidrigkeitenrecht

Das VerSanG-E soll die bereits bestehende Möglichkeit der Sanktionierung von Verbänden gem. § 30 OWiG nicht verdrängen, sondern ergänzen. Erfüllt die innerhalb des Verbandes begangene Tat lediglich den Tatbestand einer Ordnungswidrigkeit, bleibt es wie bisher dabei, dass die Ahndung des Verbandes sich allein nach den Regeln des OWiG (in Verbindung mit den spezialgesetzlichen Regelungen der jeweiligen Fachgesetze) richtet (RegE S. 71). Nur wenn die Tat zugleich den Tatbestand einer Ordnungswidrigkeit und denjenigen einer Verbandstat erfüllt, ist das VerSanG-E vorrangig (vgl. § 21 Abs. 3 OWiG-E).

Durch das prinzipielle Nebeneinander von VerSanG-E und OWiG entsteht ein *Bruch mit dem Grundanliegen* des Entwurfs, Rechtsunsicherheiten und eine unterschiedliche Verfolgungs- und Ahndungspraxis bei der Unternehmensdelinquenz zu beseitigen und zugleich Anreize für Kooperation und Compliance zu setzen (RegE S. 50). Richtet sich die Sanktionierung des Verbandes nämlich nach dem OWiG, kommen die ausdifferenzierten Regelungen des VerSanG-E zur Bestimmung und Bemessung der Rechtsfolgen (einschließlich der Regeln zur Strafmilderung bei interner Untersuchung und bei Einrichtung von Compliance-Systemen sowie zur Möglichkeit eines bloßen Sanktionsvorbehalts mit Auflagen und Weisungen) *nicht* zum Zuge; es verbleibt dann bei den bestehenden Rechtsunsicherheiten.

Ist in einem Unternehmen also eine kartellrechtswidrige Preisabsprache vorgenommen worden (= Ordnungswidrigkeit), liegt es weiterhin im Ermessen der Verfolgungsbehörde, inwieweit sie Bemühungen des Unternehmens zur Kooperation (interne Untersuchung, Compliance-Anstrengungen, „faire“ Mitarbeiterbefragung etc.) honoriert. Wird in demselben Unternehmen dagegen ein Bestechungsdelikt begangen (= Straftat), kommt der gesamte ausdifferenzierte Rechtsfolgenapparat der §§ 8 ff. VerSanG-E zum Zuge. Das erscheint in hohem Maße unstimmig und ist in Stellungnahmen zum RefE mit Recht kritisiert worden.

Im OWiG sollte daher eine Verweisungsnorm installiert werden, welche die §§ 8 ff. VerSanG vollständig oder doch in wesentlichen Teilen für entsprechend anwendbar erklärt. Dies ließe sich ohne größeren regelungstechnischen Aufwand bewerkstelligen.

### **3. Begrenzung auf Verbände mit wirtschaftlichem Geschäftsbetrieb (§ 1 VerSanG-E)**

Der Entwurf begrenzt die Sanktionierung auf Verbände, „*deren Zweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist*“ (§ 1 VerSanG-E). Wie die Entwurfsbegründung zu Recht hervorhebt, sind nicht-wirtschaftliche Verbände häufig im gemeinnützigen Bereich aktiv und durch ehrenamtliches Engagement charakterisiert. Dieses ist auch im Privatrecht haftungstechnisch privilegiert (vgl. §§ 31a, 31b BGB). Derartige Verbände aus dem Regime der Verbandssanktion herauszunehmen, erscheint daher im Ausgangspunkt plausibel.

Allerdings können auch Verbände, die nicht auf Gewinnerzielung angelegt sind (und daher keinen „wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb“ im Sinne von § 22 BGB haben), in großem Umfang als Anbieter am Markt auftreten und über eine komplexe, für Verbandstaten anfallige Organisation verfügen. Zu denken ist etwa an große Sport- und Interessenverbände, aber auch an Sparkassen oder kommunale Krankenhäuser. Diese vollständig aus dem Anwendungsbereich des VerSanG-E herauszunehmen und weiterhin allein dem Regime des Ordnungswidrigkeitenrechts zu unterstellen, ist deshalb nicht angezeigt, weil das neue Gesetz als modernes, den bisherigen OWiG-Regelungen überlegenes Instrumentarium angesehen wird und im Übrigen nicht nur Verschärfungen, sondern auch Privilegierungen (beispielsweise den typisierten Sanktionsnachlass bei internen Untersuchungen) enthält. Sein Anwendungsbereich sollte daher eher weiter als enger abgesteckt werden. Wir schlagen deshalb vor, zur Abgrenzung nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb, mithin nicht auf Gewinnerzielung, sondern auf eine professionelle Organisation abzustellen. Alternativ oder kumulativ könnte auf bestimmte formale und damit leicht bestimmbare Größenmerkmale rekuriert werden; insoweit könnte sich eine Anlehnung an §§ 267, 267a HGB anbieten.

### **4. (Kein) Regressausschluss**

Wird ein Verband mit einer Verbandssanktion belegt, stellt sich zwangsläufig die Folgefrage, ob der Verband gegen das im Innenverhältnis verantwortliche Organmitglied Regress nehmen kann. Diese Frage ist ungeklärt und in der Fachliteratur umstritten. Sie ist von hoher praktischer Relevanz, da zumindest Aktiengesellschaften nach der ARAG/Garmenbeck-Rechtsprechung des BGH gehalten sind, erfolgversprechende Regressansprüche gegen Vorstandsmitglieder durchzusetzen. Im sog. Schienenkartellfall ist das BAG einer Klärung der Frage aus dem Weg gegangen. Gleich wie diese ausfallen wird, ist eine gesetzgeberische

Antwort geboten. Denn ob (und ggf. in welchem Umfang) Organmitglieder für Verbandssanktionen „büßen“ müssen oder ob die Buße wirtschaftlich ausschließlich den Verband und seine Eigentümer treffen soll, ist eine genuin rechtspolitische Frage, mit deren Antwort Gerichte überfordert sind und für die ihnen auch die demokratische Legitimation fehlt.

Der RegE bezieht zur Frage des Regresses – anders als etwa der „Kölner Entwurf“ oder das österreichische Verbandsverantwortlichkeitsgesetz, die den Regress jeweils ausschließen – keine Position. In den vorliegenden Stellungnahmen zum RefE wurde z.T. vehement gefordert, den Regress ausdrücklich *zuzulassen*, weil nur durch die Weitergabe der Sanktion eine echte verhaltenssteuernde Wirkung erzielt werde und die Sanktion ansonsten die „Falschen“ (Anteilshaber und Arbeitnehmer) treffe. Umgekehrt plädieren andere Stellungnahmen für den *Ausschluss* des Regresses, weil dieser mit dem Grundgedanken des VerSanG-E unvereinbar sei, wonach die Sanktion den Verband treffen soll.

Unserer Ansicht nach ist die letztere Position überzeugend. Nach dem Grundkonzept des Entwurfs soll die Sanktion den Verband und damit wirtschaftlich die hinter diesem stehenden Anteilseigner treffen. Nur so ist es auch zu rechtfertigen, dass die Sanktionshöhe nicht am Vermögen des individuellen Täters, sondern am weltweiten Konzernumsatz ausgerichtet ist. Durch den Regress würde die Verbandssanktion als Schadensersatzanspruch in das Zivilrecht transformiert. Das würde nicht nur dem Grundanliegen des Entwurfs, der den Verband sanktionieren will, zuwider streiten, sondern führte auch zu einer vom Entwurf so nicht intendierten, die Leistungskraft des einzelnen Verbandstäters um ein Vielfaches übersteigenden Individualsanktion. Da für Unternehmensleiter in aller Regel eine Haftpflichtversicherung (sog. D&O-Versicherung) besteht, würden nicht nur deren Prämien in beachtliche Höhen getrieben, sondern über diese würde eine Sanktion, die selbst nicht versicherbar ist, im wirtschaftlichen Ergebnis doch von einer Versicherung getragen, womit die rechtstreuen Wettbewerber mittelbar an der Schadenstragung beteiligt wären. Eine disziplinierende Wirkung gegenüber dem (potentiellen) Verbandstäter entfällt durch den Regressausschluss nicht, da dieser ggf. zum Ersatz sonstiger Schäden verpflichtet bleibt (z.B. Anwaltskosten und Reputationsschäden) und mit sonstigen persönlichen Konsequenzen zu rechnen hat (Arbeitsplatzverlust, Stigmatisierung, ggf. individuelles Bußgeldverfahren).

Aus diesen Gründen halten wir einen Regressausschluss jedenfalls dann für angezeigt, wenn der oder die für die Tat Verantwortliche einem eigenen Bußgeld- oder Strafverfahren unterworfen wird. Sollte der Regress zugelassen bleiben, sollte er

wenigstens der Höhe nach gedeckelt sein. Beides ließe sich mit geringem Regelungsaufwand im VerSanG-E verankern.

Sollte sich der Bundestag nicht dazu entschließen können, die Regressfrage zu entscheiden, sollte das Thema der Organhaftung aber unbedingt im Rahmen der kommenden Legislaturperiode auf die Agenda gesetzt werden. Denn losgelöst von den speziellen Gründen, die für eine Regressbeschränkung im Rahmen des VerSanG-E sprechen, wird die Haftung von Organmitgliedern gegenüber ihren Gesellschaften generell als reformbedürftig angesehen. Der Deutsche Juristentag hat hierzu im Jahr 2014 konkrete Vorschläge zur Begrenzung des Haftungsrisikos von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern deutscher Unternehmen unterbreitet (Verhandlungen des 70. DJT. (2014), Band II/2: Diskussion und Beschlüsse). Hierauf wird Bezug genommen.

## 5. **Bessere Einbindung der fachnahen Verfolgungsbehörden (insbes. BaFin)**

Das VerSanG-E räumt den *Kartellbehörden* einen Vorrang bei der Entscheidung über die Verfolgung von Verbandstaten ein, wenn zugleich wegen eines Kartelldelikts ermittelt wird (vgl. § 42 Abs. 3 VerSanG-E; zur ausschließlichen Zuständigkeit zur Verhängung einer Verbandsgeldbuße gem. § 30 OWiG siehe § 82 GWB). Begründet wird das mit der „*Sachkunde und Erfahrung der Kartellbehörden bei der Verfolgung von kartellrechtswidrigen Absprachen*“, die es sachgerecht erscheinen lasse, die Entscheidung über die Verfolgung von juristischen Personen oder Personenvereinigungen in die Hände der Kartellbehörde zu legen (RegE S. 120). Das überzeugt, doch fragt sich, warum dann nicht dasselbe mit Blick auf andere sachnahe und erfahrene Behörden statuiert wird. Insbesondere ist hier an die *Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht* (BaFin) zu denken, die mit der Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten im Bereich des Finanzmarktes betraut und darin überaus erfahren ist. Wir regen an, auch ihr sowie ggf. weiteren Spezialbehörden eine entsprechende Entscheidungsprärogative einzuräumen.

Entsprechendes gilt für das wechselseitige Unterrichtsverfahren, wie es § 42 Abs. 1 u. 2 VerSanG-E (nur) im Verhältnis zu Kartellbehörden vorsieht. Auch hier sollten andere fachnahe Behörden wie namentlich die BaFin einbezogen werden. § 11 WpHG verpflichtet die BaFin bei bestimmten Straftaten (z.B. Insiderhandel) schon heute zur Verdachtsmeldung an die Staatsanwaltschaft, während § 122 WpHG und § 60a KWG umgekehrt die Staatsanwaltschaft und die Gerichte zur Unterrichtung und Beteiligung der BaFin bei entsprechenden Straftaten verpflichtet. In dieses Verfahren muss das VerSanG-E einbezogen werden.

Schließlich empfehlen wir, die Fachbehörden (z.B. BaFin) in die Erteilung von Weisungen (§ 13 Abs. 1 VerSanG-E) einzubeziehen (s. auch II.1.). Ein Strafgericht dürfte mit der Frage, in welcher Art und Weise am besten in die Unternehmensorganisation einzugreifen ist, oftmals überfordert sein und ist daher auf die Hilfestellung durch Aufsichtsbehörden angewiesen. Dies sollte wenigstens als Möglichkeit im Gesetz zum Ausdruck kommen, etwa in einem zusätzlichen § 13 Absatz 4: *„Das Gericht kann sich bei der Erteilung von Weisungen der Mitwirkung fachnaher Aufsichtsbehörden bedienen“*.

## **6. Öffentliche Bekanntmachung der Verurteilung des Verbandes (§ 14 VerSanG-E)**

Das Gericht soll gem. § 14 VerSanG-E die öffentliche Bekanntmachung der Verurteilung des Verbandes anordnen können. Die Regelung soll dem Schutz von Geschädigten dienen, wie sich aus ihrer erklärten Zwecksetzung (*„zur Information der durch die Verbandstat Geschädigten“*) und im Übrigen daraus ergibt, dass sie tatbestandlich eine *„große Zahl von Geschädigten“* voraussetzt. Praktisch kann die öffentliche Bekanntgabe der Verurteilung eine Anprangerung des Verbandes bewirken (*„naming and shaming“*).

Trotz ihres Prangereffekts sollte die Regelung nicht pauschal verworfen werden, denn entsprechende Normen sind in verschiedenen Rechtsgebieten (u.a. im Finanzmarktrecht) nicht unbekannt (vgl. z.B. §§ 123-126 WpHG, § 60b KWG). Anzuraten ist aber eine inhaltliche Abstimmung mit diesen und anderen Gesetzen, welche eine öffentliche Bekanntgabe vorsehen, um etwaige Widersprüche von vornherein zu vermeiden.

## **II. Sanktionen, § 13 VerSanG-E**

### **1. Hinreichend konkrete Weisungen**

Wir gehen davon aus, dass – im Einklang mit der Formulierung in § 13 Abs. 2 S. 1 VerSanG-E *„bestimmte Vorkehrungen“* – hinreichend konkrete Weisungen gemeint sind und regen an, dies im Gesetzestext klarzustellen und in der Begründung zu vertiefen, wenn dort vom *„weiten Ermessensspielraum“* des Gerichts die Rede ist (S. 89). Die konkrete Fassung der Weisung stellt einen wichtigen Aspekt der Kompetenzabgrenzung zwischen Gericht und sachkundiger Stelle dar: Je unbestimmter die Formulierung, desto eher liegt es in der Hand der sachkundigen Stelle, die *„Bescheinigung“* gemäß § 13 Abs. 2 S. 1 VerSanG-E an bestimmte, von dieser zu formulierende Bedingungen zu knüpfen. Das birgt Streitpotential und sollte vermieden werden, auch um nicht diese Fragen ggf. in ein Beschwerdeverfahren, § 24

Abs. 1 VerSanG-E i.V.m. §§ 304, 305a StPO, oder in die gerichtliche Überwachung nach § 24 Abs. 1 VerSanG-E i.V.m. § 453b StPO auszulagern.

Das gilt umso mehr, weil dem Verband nicht (wie in den USA, aber auch Österreich) die Wahl zwischen Sanktionsvorbehalt mit Weisung einerseits und Hinnahme der höheren Verbandsgeldsanktion andererseits eröffnet wird (*Baums/v. Buttlar ZHR 184 (2020) 259, 279*).

Betrifft die Verbandstat den Aufgabenbereich einer Fachaufsichtsbehörde (etwa der BaFin), regen wir an, die Formulierung der konkreten Weisung in Abstimmung mit dieser vorzunehmen sowie vorzusehen, dass diese Fachbehörde bei der Überwachung der Weisung mitwirkt (s. bereits vorstehend I.5.).

## **2. „Sachkundige Stelle“ kein Monitor**

Wir gehen davon aus, dass der Entwurf in seiner gegenwärtigen Form auf die Einrichtung eines „Monitors“ im Sinne des US-amerikanischen Rechts verzichtet. Wir regen an, in der Begründung ausdrücklich klarzustellen, dass die „sachkundige Stelle“ des § 13 VerSanG-E nur eine nachlaufende Bestätigung samt Kurzgutachten (Begründung S. 90) zu erstellen hat. Der Aufgabenkreis der sachkundigen Stelle umfasst insbesondere weder die Befragung von Unternehmensangehörigen noch sonstige Rechte auf Vorlage unternehmensinterner Informationen. Zudem zählt der aus der US-amerikanischen Praxis bekannte, mitunter tiefe Eingriff in die Unternehmensstrukturen nicht zum Aufgabenkreis der sachkundigen Stelle. Erst recht hat die sachkundige Stelle nichts mit dem Sonderbeauftragten der §§ 45c KWG, 307 VAG zu tun (vgl. *Hopt, ZGR 2020, 373, 384 f.*).

## **3. Überprüfungsvorbehalt**

Mit der Möglichkeit, die vom Gericht angeordneten „bestimmten Vorkehrungen zur Vermeidung von Verbandstaten“ durch Bescheinigung einer sachkundigen Stelle nachweisen zu lassen, betritt der Gesetzgeber Neuland. Im Hinblick auf die Ausgestaltung einer solchen Kontrolle durch einen externen Experten bestehen unterschiedliche gesetzgeberische Möglichkeiten, beispielsweise im Hinblick auf den Detaillierungsgrad der Regelung und die Rechte und Befugnisse der sachkundigen Stelle. Es ist auch noch nicht abzusehen, wie die Praxis der Gerichte diese Möglichkeit nutzen wird, wer typischerweise als sachkundige Stelle ausgewählt wird und wie diese ihrer Aufgabe nachgeht. Wir regen daher an, die Erfahrungen mit § 13 Abs. 2 und möglicherweise auch dem gesamten § 13 VerSanG-E nach einer Testphase von etwa

drei bis fünf Jahren einer Überprüfung zu unterziehen und dies auch so von vornherein im Gesetz vorzusehen.

### **III. Interne Untersuchungen (§§ 16 – 18 VerSanG-E)**

#### **1. Grundsätzliche Beurteilung**

In den §§ 16 – 18 VerSanG-E soll ein Anreiz zur Durchführung verbandsinterner Untersuchungen gesetzt werden. Verbandssanktionen sollen gemildert werden, wenn der betroffene Verband tatsächlich zur Aufklärung der Verbandstat beigetragen und bei seiner internen Untersuchung bestimmte Voraussetzungen erfüllt hat. Die Regelung ist im Ausgangspunkt zu begrüßen. Insbesondere ist es effizient, die Ergebnisse der internen Untersuchung, die unabhängig von einer strafrechtlichen Verantwortung ohnehin durchgeführt wird, auch für Zwecke der Strafverfolgung zu verwenden. Staatliche Ressourcen werden eingespart; den Unternehmen werden Durchsuchungen erspart. Zudem werden durch strafrechtliche Vergünstigungen Anreize gesetzt, die in das Gesellschaftsrecht ausstrahlen: Die Geschäftsleitung kann aufgrund ihrer organschaftlichen Sorgfaltspflicht (§ 93 Abs. 1 AktG) verpflichtet sein, zur Vermeidung höherer Schäden und zur Vermeidung einer eigenen persönlichen Ersatzpflicht interne Untersuchungen durchzuführen und mit den Verfolgungsbehörden zu kooperieren, um die vertypete Sanktionsmilderung in Anspruch zu nehmen.

Allerdings ist der konkrete Gesetzesvorschlag so ausgestaltet, dass die strafrechtlichen Vergünstigungen nicht nur in das Gesellschaftsrecht ausstrahlen, sondern die Gefahr besteht, dass die gesellschaftsrechtlich motivierte Funktion interner Untersuchungen ausgehöhlt wird und Anreize gesetzt werden, auf gesellschaftsrechtlich erwünschte interne Untersuchungen zu verzichten.

Interne Untersuchungen verfolgen bisher im Ausgangspunkt andere, nämlich gesellschaftsrechtliche Zwecke und dienen nicht primär der Unterstützung der Strafverfolgungsbehörden. Werden der Geschäftsleitung Hinweise auf Defizite des unternehmensinternen Compliance-Management-Systems oder gar auf Straftaten, die aus dem Verband heraus begangen werden, bekannt, ist sie gesellschaftsrechtlich verpflichtet, diesen nachzugehen, jedenfalls dann, wenn das Risiko besteht, dass in Zukunft weitere vergleichbare Compliance-Verstöße begangen werden. Defizite des Compliance-Management-Systems sind zu beheben. Daneben ist die konsequente verbandsinterne arbeitsrechtliche Ahndung von Compliance-Verstößen ein wichtiges Element, die Beachtung von Compliance-Vorgaben verbandsintern sicherzustellen.



Neben diese verbandsinterne Funktion interner Untersuchungen tritt nunmehr die Unterstützung der Strafverfolgungsbehörden bei der Aufklärung von Verbandstaten als quasi-hoheitliche Funktion.

Bei der Ausgestaltung der Voraussetzungen für sanktionsmildernde interne Untersuchungen wird – wie nachfolgend gezeigt wird – dieser zweiten Funktion zu Lasten der ersten der Vorrang eingeräumt. Insbesondere gelangen die Ergebnisse interner Untersuchungen einschließlich der Aufzeichnungen von Mitarbeiterbefragungen, die keinem Beweisverwertungsverbot unterliegen, potentiell immer in den Besitz der Strafverfolgungsbehörden – entweder nach § 17 Abs. 1 Nr. 4 VerSanG-E zur Erlangung der typisierten Sanktionsmilderung oder im Wege der Beschlagnahme. Für das Entscheidungsorgan des Verbands besteht im Ergebnis nur die Wahl, eine interne Untersuchung – ggf. unter Verstoß gegen die gesellschaftsrechtliche Legalitätskontrollpflicht – zu unterlassen oder eine solche im Wissen darum durchzuführen, dass alle Informationen i.E. potentiell zur Staatsanwaltschaft gelangen werden, mit der Folge, dass sich das Unternehmen selbst bezichtigt. Damit wird faktisch ein Anreiz gesetzt, auf im Unternehmensinteresse liegende und für die Sicherstellung der Compliance wichtige interne Untersuchungen zu verzichten. Auch in den Detailregelungen wird der Funktion der internen Untersuchung, die Strafverfolgung zu erleichtern, in unangemessener Weise der Vorrang gegenüber der gesellschaftsrechtlichen Funktion der internen Aufklärung, Ahndung und Prozessverbesserung eingeräumt.

## **2. Kritik im Einzelnen**

### **a) Auskunftsverweigerungsrecht des Befragten nach § 17 Abs. 1 Nr. 5 lit. c) VerSanG-E ohne Beweisverwertungsverbot**

Während die Anforderungen an ein faires Befragungsverfahren gemäß § 17 Abs. 5 Nr. 1 lit a) und b) VerSanG-E zu begrüßen sind, ist die Voraussetzung des § 17 Abs. 1 Nr. 5 lit. c) VerSanG-E, wonach die Sanktionsmilderung davon abhängt, dass Mitarbeitern ein Auskunftsverweigerungsrecht bei drohender Belastung der eigenen Person oder naher Angehöriger i.S.d. § 52 StPO eingeräumt wird, problematisch. Da die interne Untersuchung einheitlich sowohl für den gesellschaftsrechtlichen als auch den quasi-hoheitlichen Zweck durchgeführt wird, bedeutet dies zugleich, dass die Mitarbeiter sich auch bei der zur Vermeidung künftiger Verstöße und zur Identifizierung von personellen und prozessualen Schwachstellen in der Unternehmens- und Compliance-Organisation durchgeführten internen Untersuchung auf ein solches Auskunftsverweigerungsrecht berufen können. Das überzeugt nicht:

- Durch das Auskunftsverweigerungsrecht wird die gesellschaftsrechtliche Funktion der internen Untersuchung beeinträchtigt. Der Verband ist zur Identifizierung von Schwachstellen in der Organisation häufig darauf angewiesen, dass Mitarbeiter ihren konkreten Tatbeitrag, der häufig auch andere Kollegen und Vorgesetzte betrifft, offenlegen. Berufen sich Mitarbeiter, deren Aussage für die Aufklärung von Compliance-Verstößen essentiell ist, auf ihr Auskunftsverweigerungsrecht, können die Organe des Unternehmens ihrer gesellschaftsrechtlichen Aufklärungspflicht nicht oder nicht hinreichend gerecht werden. Die Verhinderung zukünftiger Rechtsverstöße wird dadurch erschwert.
- Damit stellt sich § 17 Abs. 1 Nr. 5 lit c) VerSanG-E auch in Widerspruch zu spezialgesetzlichen Ausformungen der Anforderungen an Compliance: So ist etwa für Wertpapierdienstleistungsunternehmen in Art. 22 Abs. 3 lit. a) Delegierte VO (EU) 2017/565 (i.V.m. § 80 Abs. 1 S. 3 WpHG) vorgesehen, dass die Compliance-Funktion Zugang zu „allen einschlägigen Informationen“ haben muss, was die BaFin im behördlichen Schreiben (norminterpretierende Verwaltungsvorschrift) in Abschnitt 1.3.1.2. Tz. 1 MaComp dahingehend auslegt, dass befragte Mitarbeiter gerade *kein* Verweigerungsrecht haben dürfen.
- Die Erlangung vollständiger Informationen ist für Verbände wichtig, um Rechtspflichten, die ihrerseits Interessen und Rechtsgüter Dritter schützen, erfüllen zu können. Beispielhaft wird nur auf die Pflichten verwiesen, Compliance-Risiken zutreffend zu bewerten und in Finanzberichten ordnungsgemäß abzubilden oder das Vorliegen einer ad-hoc zu veröffentlichenden Insiderinformation zu beurteilen.
- Für den betroffenen Mitarbeiter ist die Berufung auf ein Auskunftsverweigerungsrecht im Zweifel arbeitsrechtlich von Nachteil: Er wird kaum die Möglichkeit haben, seinen Tatbeitrag näher zu präzisieren und zu erläutern, wie es dazu kam. Dem Arbeitgeber wird häufig nichts anderes übrigbleiben, als das Arbeitsverhältnis zu dem betroffenen Mitarbeiter im Wege der außerordentlichen Verdachtskündigung zu beenden.

Selbstverständlich müssen die strafprozessualen Rechte des Arbeitnehmers gewahrt werden. Dies gilt auch bei internen Untersuchungen, die durch den Staat instrumentalisiert werden. Dafür gibt es allerdings alternative Möglichkeiten. Aus gesellschaftsrechtlicher Sicht erscheint es vorzugswürdig, die gesellschaftsrechtliche von der hoheitlich-strafrechtlichen Sphäre zu trennen und Mitarbeiter – wie in der Literatur und im „Kölner Entwurf“ (§ 18 Abs. 3) vorgeschlagen – im Strafverfahren durch ein Beweisverwertungs- bzw. -verwendungs- und ein Beschlagnahmeverbot zu schützen, sofern und soweit der Mitarbeiter der Verwendung des Interviewprotokolls

im Strafverfahren nicht zustimmt. Denkbar wäre sogar eine weitergehende Regelung, die eine Schwärzung der entsprechenden Stellen vorsieht. Die hiergegen in der Begründung des RegE (S. 102) vorgebrachten Bedenken können nicht überzeugen. Insbesondere verfährt das Argument nicht, dass die Entscheidung der Verwertbarkeit und der Beitrag des Unternehmens zur (strafrechtlichen) Aufklärung in die Hand des privaten Untersuchungsführers oder Mitarbeiters gestellt würden. Denn räumt man dem Mitarbeiter im Verhältnis zum Verband ein Auskunftsverweigerungsrecht ein, liegt es erst recht in der Hand einer Privatperson, ob durch ihre Aussage zur Sachverhaltsaufklärung beigetragen wird oder nicht. Auch ist nicht ersichtlich, weshalb Mitarbeiter durch ein fakultatives Recht auf Aussageverweigerung besonders effektiv geschützt werden, wenn ein Verstoß nur zum Verlust der Sanktionsmilderung für den Verband, aber – anders als im Strafrecht – gerade nicht zu einem Beweisverwertungsverbot im Strafverfahren führt. Wäre eine Aussage im Bericht über die interne Untersuchung nicht verwertbar oder in ihr aufgrund des Widerspruchs des Betroffenen gar nicht erst enthalten oder geschwärzt, bliebe es den Strafverfolgungsbehörden frei, ihrerseits eine Befragung des Betroffenen vorzunehmen (bei der dieser allerdings ggf. ein Auskunftsverweigerungsrecht hätte).

**b) Trennung von Untersuchendem und Verteidiger (§ 17 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E)**

Die sanktionsmildernde Wirkung interner Untersuchungen setzt nach § 17 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E voraus, dass an der Untersuchung kein Verteidiger des Verbandes oder eines Beschuldigten mitgewirkt hat. Dies überzeugt aus den folgenden Gründen im Hinblick auf den Verteidiger des Verbandes nicht:

- Es ist un schlüssig, eine interne Untersuchung durch den Verband selbst zuzulassen, nicht aber durch seinen Verteidiger. Wie unabhängig eine Untersuchung durchgeführt wird, entscheidet in der Praxis nicht der beauftragte Anwalt, sondern der Mandant. Und bei diesem bleibt der Interessenkonflikt zwischen Aufdeckung des zur Sanktionierung führenden Sachverhalts und Verteidigungsinteresse bestehen, den das BMJV selbst anerkennt.<sup>2</sup>
- Ein von Ermittlungen betroffenes Unternehmen erhält mit Einleitung des Sanktionsverfahrens die Stellung eines Beschuldigten und hat somit die damit verbundenen Verfahrensrechte. Es ist bedenklich, dass dieses Unternehmen angehalten wird, ohne Mitwirkung eines Verteidigers zur Aufklärung beizutragen

---

<sup>2</sup> „Verbandsinterne Untersuchungen dienen der objektiven Aufklärung des Sachverhalts einschließlich aller belastenden und entlastenden Umstände. Die Strafverteidigung ist hingegen auf die bestmögliche Durchsetzung der Rechte des Beschuldigten gerichtet. Diese unterschiedlichen Zielrichtungen können zu Interessenkonflikten führen.“ Fragen und Antworten des BMJV vom 16. Juni 2020, S. 17.

und alle wesentlichen Untersuchungsergebnisse mit der Staatsanwaltschaft zu teilen.

- Dies gilt insbesondere für kleinere und mittlere Unternehmen, für die – wie das BMJV feststellt – *"das Bedürfnis bestehen [kann], die Untersuchung selbst durchzuführen, da die Beauftragung externer Berater mit erheblichen Kosten verbunden sein kann"*.<sup>3</sup>
- Auch der Verteidiger muss den Sachverhalt aufklären. Nach dem Entwurf muss er parallel und unabhängig von der internen Untersuchung arbeiten. Kosten und Belastungen für Unternehmen und betroffene Mitarbeiter werden gedoppelt.
- Sehr häufig wird die interne Untersuchung begonnen, bevor eine eigene Verantwortung des Verbandes nach dem VerSanG-E in Betracht kommt. Wurde das Unternehmen dabei von dem strafrechtlichen Berater des Vertrauens unterstützt, insbesondere bei den Befragungen von Mitarbeitern, scheidet dieser für die spätere Verteidigung des Verbands aus.
- Letztlich wird in das verfassungsrechtlich verbürgte Recht auf freie Verteidigerwahl und effektive Strafverteidigung eingegriffen.

### c) **Beschlagnahmeschutz**

Erst recht sollte die Beschränkung der typisierten Sanktionsmilderung bei internen Untersuchungen auf solche, die nicht vom Verteidiger des Unternehmens durchgeführt werden, nicht dazu dienen, den Beschlagnahmeschutz für die Ergebnisse interner Untersuchungen weiter zu mindern. Durch die in Art. 4 des RegE vorgesehenen Änderungen in §§ 97 und 160a StPO werden die Beschlagnahmeverbote von bei Rechtsanwälten befindlichen Unterlagen weiter eingeschränkt. Die Gesetzesbegründung (S. 137) betont, dass die Aufzeichnungen über Befragungen im Rahmen verbandsinterner Untersuchungen nur dann vor Beschlagnahme geschützt sind, wenn sie dem geschützten Vertrauensverhältnis zum Verteidiger zuzuordnen sind. Das komme aber nicht für Aufzeichnungen über Sachverhaltsaufklärungen, die vor Vorliegen einer Beschuldigtenstellung stattfanden oder anderen Zwecken dienen, z.B. der internen Compliance, in Betracht. Das ist zum einen insoweit zu kritisieren, als die gesellschaftsrechtliche Zwecksetzung der Compliance-Aufzeichnungen im Regelfall vorwiegend der internen Aufklärung dienen wird, da erst am Ende dieses Prozesses absehbar sein wird, ob nun eine verbandsbezogene Straftat vorliegt oder nicht, so dass der Schutz quasi leerläuft. Zum anderen werden die Beschlagnahmemöglichkeiten durch das zur Erlangung der typisierten Sanktionsmilderung nach § 17 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E erforderliche Fernhalten des

---

<sup>3</sup> Fragen und Antworten des BMJV vom 16. Juni 2020, S. 16.

Verteidigers von der internen Untersuchung weiter ausgedehnt. Es verwundert daher nicht, dass sich der Entwurf angesichts der wenig nachvollziehbaren Begründung für § 17 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E und der offen ausgesprochenen Absicht, den Beschlagnahmeschutz bei Rechtsanwälten im Interesse einer effektiven Strafverfolgung weiter zu beschränken, dem Verdacht ausgesetzt sieht, der wahre Grund für die zur Sanktionsmilderung verlangte Trennung von Verteidigung und Sachverhaltsermittlung sei letztlich nur die erleichterte Beschlagnahme der Untersuchungsergebnisse. Es wäre zu begrüßen, wenn der Gesetzgeber diesen rechtsstaatlich bedenklichen Verdacht durch Modifikation des § 17 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E und des weitgehenden Ausschlusses von Beschlagnahmeverboten für anwaltliche Unterlagen zerstreuen würde.

Die Gesetzesbegründung betont, dass Unternehmen strafrechtlich weder verpflichtet sind, interne Untersuchungen an sich, noch diese unter Beachtung der Anforderungen des § 17 Abs. 1 VerSanG-E einschließlich von Nr. 2 durchzuführen. Soweit die Ergebnisse interner Untersuchungen der Beschlagnahme zugänglich sind, wird die Entscheidung über die (freiwillige oder unfreiwillige) Weitergabe der Untersuchungsergebnisse aber letztlich schon mit der Entscheidung, eine interne Untersuchung durchzuführen, getroffen. Damit wird der Fehlanreiz gesetzt, von solchen Untersuchungen von vornherein abzusehen. Im praktischen Ergebnis konterkariert das VerSanG-E sein eigenes Ziel, die Compliance von Unternehmen zu verbessern. Hier besteht dringender Nachbesserungsbedarf.

#### **IV. Compliance**

##### **1. Anreizmechanismen des VerSanG-E**

Der Entwurf eines VerSanG wirkt zwar nicht unmittelbar, wohl aber mittelbar und nicht minder wirkungsvoll auf die Compliance-Verantwortung der Leitungspersonen des Verbandes ein. Zurückzuführen ist dies auf ein durchaus ausgeklügeltes und im Grundsatz zu begrüßendes Anreizsystem, das den Entwurf wie ein "roter Faden" durchzieht und sowohl zu präventiven (§ 3 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E, § 15 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 Nr. 6, 7 VerSanG-E, § 36 Abs. 1 S. 1 VerSanG-E) als auch zu repressiven (§ 15 Abs. 3 Nr. 7 VerSanG-E, § 18 VerSanG-E) Compliance-Vorkehrungen stimulieren soll (siehe auch III.1).

## **2. Maßgeblichkeit des Verhaltens der Leitungspersonen (§ 3 Abs. 1 Nr. 1, 2 VerSanG-E)**

- a) § 3 Abs. 1 VerSanG-E befindet sich im konzeptionellen Einklang mit §§ 30, 130 OWiG, soweit er in Nr. 1 dem Verband illegales Verhalten der Leitungspersonen unabhängig von einem Organisationsdefizit zurechnet und damit auf eine Verletzung der der Leitungsperson obliegenden Legalitätspflicht im engeren Sinne reagiert, und in Nr. 2 in Fällen, in denen die Verbandstat nicht durch eine Leitungsperson begangen wird, an eine Verletzung von Organisationspflichten – speziell: der Legalitätskontroll- oder Legalitätsthroughsetzungspflicht – der Leitungspersonen anknüpft. Diese Zweiteilung fügt sich im Übrigen in allgemeine verbandsrechtliche Grundsätze über die Zurechnung von Organhandeln ein und ist auch in der Sache zu begrüßen. Nicht gefolgt werden kann dem Entwurf freilich, soweit er im Rahmen des § 3 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E auf ein Verschulden der Leitungspersonen verzichten und stattdessen nur an ein objektiv pflichtwidriges Verhalten anknüpfen möchte. Für die damit verbundene Distanzierung von allgemeinen Prinzipien der Zurechnung von Organhandeln und des Ordnungswidrigkeitenrechts ist ein sachlicher Grund nicht ersichtlich.
- b) Zu begrüßen ist, dass die Entwurfsbegründung (S. 79) klarstellt, dass hinsichtlich der Frage, welche Maßnahmen und Vorkehrungen erforderlich sind, auf den jeweiligen Einzelfall und insbesondere auf Art, Größe, Organisation und Risikolage des Unternehmens abzustellen ist und insbesondere bei kleinen und mittleren Unternehmen mit nur geringem Non-Compliance-Risiko ein professionelles Compliance-Management-System gegebenenfalls verzichtbar sein kann, ferner, dass auch ein Compliance-Management-System einen lückenlosen Schutz nicht zu gewährleisten vermag und in der Folge die Begehung einer Straftat aus dem Unternehmen heraus keineswegs zwangsläufig auf eine Organisationspflichtverletzung im Sinne des § 3 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E schließen lässt. Um allfällige Rückschaufehler zu vermeiden, sollte der Gesetzgeber allerdings in § 3 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E klarstellen, dass sich die Angemessenheit der Vorkehrungen aus der Sicht ex ante beurteilt und dass zu den angemessenen Vorkehrungen "gegebenenfalls" (nämlich abhängig von „Art, Größe und Organisation eines Unternehmens, Gefährlichkeit des Unternehmensgegenstands, Anzahl der Mitarbeiter, den zu beachtenden Vorschriften sowie dem Risiko ihrer Verletzung“, s. Begr. S. 79) auch die Einrichtung eines Compliance-Management-Systems gehören kann.

- c) Im Übrigen verliert die Entwurfsbegründung zu § 10 Abs. 1 Nr. 1, 2 VerSanG-E (S. 87) die gleichsam "naturgemäßen" Unzulänglichkeiten eines Compliance-Management-Systems aus den Augen, soweit sie für den Fall eines "Ausreißers" eine Verwarnung (anstelle einer Bebußung) erwägt; tatsächlich fehlt es bei einem "Ausreißer" typischerweise schon an einer Organisationspflichtverletzung und damit an einer Verbandstat, so dass sich Fragen der Sanktionierung erst gar nicht stellen. Zuzustimmen ist hingegen der Entwurfsbegründung zu § 15 Abs. 3 Nr. 6 VerSanG-E (S. 95) darin, dass auch hinreichende Compliance-Vorkehrungen sanktionsmildernd wirken können, soweit die Straftat durch eine Leitungsperson begangen wird und damit § 3 Abs. 1 Nr. 1 VerSanG-E einschlägig ist.

### **3. Anreizmechanismen des VerSanG-E und Gesellschaftsrecht**

Der Entwurf eines VerSanG sieht keine ordnungswidrigkeitsrechtliche Pflicht des Verbands und seiner Leitungspersonen vor, hinreichende Compliance-Vorkehrungen zu treffen. Er setzt vielmehr auf die erwähnten Anreizmechanismen. Diese Mechanismen wie auch das künftig erheblich gesteigerte Sanktionsrisiko (Legalitätsprinzip, Bußgeldrahmen) werden freilich tief in das Gesellschaftsrecht einwirken und die aus § 93 Abs. 1 S. 1 AktG, § 43 Abs. 1 GmbHG herzuleitende Legalitätspflicht der Leitungspersonen weiter verschärfen: Wollen die Leitungspersonen den Vorwurf vermeiden, durch nicht hinreichende Compliance-Vorkehrungen das Bußgeldrisiko des Verbandes erhöht zu haben, werden sie künftig im eigenen Interesse die Anforderungen an die Angemessenheit der Vorkehrungen verschärfen. Dies folgt der Teleologie des VerSanG-E und ist als solches nicht zu kritisieren. Umso wichtiger erscheint es, dass das VerSanG-E den Leitungspersonen einige Handreichungen leistet. Neben den schon unter 2. angesprochenen Präzisierungen ist hier an eine Klarstellung (sei es in § 3 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E selbst oder in den Materialien) zu denken, dass Verband und Leitungspersonen jedenfalls dann angemessene Vorkehrungen treffen, wenn sie sich an den im Zeitpunkt der Begehung der Verbandstat geltenden Marktstandards orientieren.

Hingegen erscheint es in der Tat nicht veranlasst, dass das VerSanG-E hinsichtlich der Frage, ob die Leitungspersonen eine VerSanG-konforme interne Untersuchung durchführen (die zwar eine Sanktionsminderung zur Folge hätte, aber auch die Chance preisgeben würde, einer Verurteilung gänzlich zu entgehen), Hilfestellung leistet; die den Leitungspersonen diesbezüglich künftig abverlangte Abwägungsentscheidung erweist sich zwar als überaus komplex, folgt indes anerkannten gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen.

## **V. Konzernrelevantes**

Offenbar angeregt von der schon im europäischen und deutschen Wettbewerbsrecht verfehlten, weil völlig undifferenzierten Sicht auf den rechtlich gegliederten Konzern als Einheitsunternehmen, schlägt der Regierungsentwurf an mehreren Stellen Regelungen vor, die den Konzern in seiner organisatorischen Leistungsfähigkeit zum Schaden der Gesamtwirtschaft entscheidend schwächen. Im Einzelnen:

### **1. Verbandsgeldsanktion bei Konzerntöchtern und –enkeln**

Für Großkonzerne mit einem Jahresumsatz von mehr als 100 Mio. Euro soll die Verbandsgeldsanktion erst bei 10% des Konzernumsatzes „gedeckelt“ werden, in einem Konzern mit 300 Millionen Jahresumsatz mithin bei 30 Millionen Euro. Dieser Strafraum soll für sämtliche Glieder im Großkonzern gelten; für die Mutter ebenso wie für die Töchter und Enkel (§ 9 Abs. 2 VerSanG-E) – und zwar unabhängig von ihren jeweiligen Einzelumsätzen. Damit soll dieser Strafraum sogar dann zum Zuge kommen, wenn die Tochter oder der Enkel Eigenumsätze von nur wenigen Millionen Euro erwirtschaftet.

Bei der Bemessung der Verbandsgeldsanktion im konkreten Einzelfall muss somit jede Tochter- oder Enkelgesellschaft mit einer Sanktion in Höhe weit oberhalb ihres eigenen Jahresumsatzes rechnen. Zwar sollen in die wirtschaftlichen Verhältnisse der konzernverflochtenen Gesellschaft die Konzernumsätze nicht einfließen (§ 15 Abs. 2 S. 2 VerSanG-E); deren wirtschaftliche Verhältnisse sollen also nicht mit denen des Konzerns gleichgesetzt werden. Daraus folgt jedoch mitnichten eine Begrenzung der Geldsanktion auf den Einzelumsatz der Tochter oder des Enkels, wie die Begründung des Regierungsentwurfs (S. 93) ausdrücklich klarstellt. Deren Stakeholder können dann bloß noch hoffen, dass die Verfolgungsbehörde sich an einem anderen Grundsatz aus der Regierungsbegründung (aaO) orientiert: Bei der Bemessung der Verbandsgeldsanktion sei auch zu berücksichtigen, ob diese für den Verband zu einer Existenzgefährdung führen könnte oder ein Insolvenzverfahren eingeleitet werden müsste.

### **2. Verbandsgeldsanktion und Insolvenzantragspflicht**

Diese Passage in der Gesetzesbegründung verschafft den Mitgliedern der Tochter- und Enkelgeschäftsleitungen nicht jene Rechtssicherheit, die sie brauchen, um von einem unverzüglichen Insolvenzantrag Abstand zu nehmen, sobald die Verfolgungsbehörde gegen ihre Gesellschaft wegen einer Verbandsstraftat aktiv wird. Denn die im



Strafrahmen für Großkonzerne drohende Geldsanktion führt in aller Regel zur Überschuldung der konzernabhängigen Gesellschaft wegen der nach § 249 Abs. 1 S. 1 HGB obligatorisch zu bildenden und nach § 253 Abs. 1 S. 2 HGB in ihrer Höhe zu schätzenden Rückstellung für die Erfüllung der Sanktionsforderung. In den insolvenzrechtlichen Überschuldungsstatus (§ 19 InsO) ist diese Rückstellung ungekürzt zu übernehmen.

### **3. Die Ausfallhaftung der Konzernmutter**

Mit der Insolvenz der Konzerntochter- oder -enkelgesellschaft wird diese zumeist erlöschen mit der Folge, dass die Konzernmutter für die Verbandsgeldsanktion einstehen muss (§ 7 Abs. 1 Nr. 1 VerSanG-E). Ihre Ausfallhaftung setzt allein die wirtschaftliche Einheit des Konzerns voraus und die Ausübung eines bestimmenden Einflusses, also die Zusammenfassung der konzernabhängigen Gesellschaft unter der einheitlichen Leitung der Mutter (§ 18 Abs. 1 AktG). An der Verbandsstraftat in der Tochter oder im Enkel braucht sie in keiner Weise beteiligt gewesen zu sein. Sie muss „rein haftungsrechtlich“ einstehen, wie der Regierungsentwurf (S. 82) begründet und dies mit der Erwägung legitimiert, in der engen Bindung (eines Konzerns) bestimme die Tochtergesellschaft ihr Marktverhalten nicht autonom, sondern befolge im Wesentlichen Weisungen der Mutter (S. 83).

Für die Ausfallhaftung im Konzern haben sich die Gesetzesverfasser offenbar am Leitbild einer Tochter im Alleinbesitz der Mutter orientiert, die jener bestimmte Hilfsfunktionen übertragen hat. Solche Konzernverbindungen finden sich weit verbreitet in der Wirtschaftspraxis, dürfen jedoch keineswegs verallgemeinernd für alle Konzernkonfigurationen schlechthin als Grundlage einer Ausfallhaftung der Mutter herangezogen werden. Damit würden die Mannigfaltigkeit der Konzernverbindungen und ihre Leistungskraft als vielfach vernetzte Leitungsorganisation namentlich in dezentral strukturierten Konzernen verkannt. Im Gegenteil und darüber hinaus drängt die drohende Ausfallhaftung die Mutter, die nachgeordneten Tochter- und Enkelgesellschaften durchgehend und breitflächig betont zentralistisch von oben her bis in die Einzelheiten des Tagesgeschäfts hinein zu führen. In faktisch konzernabhängigen Aktiengesellschaften steht eine so verdichtete Konzernleitung nicht bloß im Widerspruch zum Aktienrecht, sondern beraubt diese modernste Organisationsform überdies der Befähigung, Konzerne Binnenmarkt-weit und darüber hinaus erfolgreich zu führen.

#### 4. Konzernspezifische Desiderate

Mit Blick auf den Konzern sollten Bundestag und -rat den Regierungsentwurf in mehreren Richtungen nachsteuern:

- zum Ersten sollte die Ausfallhaftung der Konzernmutter auf jene Konzernverbindungen beschränkt werden, in denen die konzernabhängige Gesellschaft wie eine unselbständige Betriebsabteilung in den Organisationsbereich der Mutter eingegliedert ist;
- zum Zweiten sollte auch allein für solche unselbständig eingegliederten Tochter- und Enkelgesellschaften und für Verbandsstraftaten bei ihnen der Strafraum Großkonzern-dimensional erweitert werden;
- zum Dritten schließlich sollte bei der Festsetzung der Geldsanktion im Einzelfall allein (mit Ausnahme der unselbständig Eingegliederten) auf die Einzelumsätze und nicht auf den Konzernumsatz abgestellt werden;
- zum Vierten (und unabhängig von der Konzernproblematik) wird es sich empfehlen, im Gesetzestext ausdrücklich zu verlautbaren, dass die Bemessung der Verbandsgeldsanktion nicht zum Erlöschen der betroffenen Gesellschaft führen darf.

Die Erfüllung dieser Vorschläge beeinträchtigt weder die Ahndungs- und Anreizfunktion nach dem Verbandsaktionsgesetz, noch eröffnet sie Gestaltungsmöglichkeiten, um sich angemessener und effektiver Sanktionierung zu entziehen. Umgekehrt sind diese Vorschläge darauf ausgerichtet, den Konzern als modernste Organisationsform auch unter diesem Gesetz im volkswirtschaftlichen Gesamtinteresse vor Schaden zu bewahren.

\*\*\*\*\*