



26. Februar 2020

---

## Der Referentenentwurf für ein Verbandssanktionenrecht: 7 Thesen aus dem Blickwinkel des Gesellschaftsrechts

Bekanntlich hat im August 2019 das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) einen Referentenentwurf für ein "Gesetz zur Bekämpfung der Unternehmenskriminalität" inhaltlich der Öffentlichkeit vorgestellt. Dieser aufgrund der Vorgaben des Koalitionsvertrags von CDU, CSU und SPD vom 12. März 2018 zu erwartende Vorstoß hat ein erhebliches Echo in Medien sowie der interessierten Fachöffentlichkeit ausgelöst, obgleich der Text des Referentenentwurfs seitens des BMJV nicht offiziell veröffentlicht wurde.

Kern des (inoffiziellen) Referentenentwurfs ist die Schaffung eines eigenständigen Verbandssanktionengesetzes (VerSanG) mit scharfen Sanktionsandrohungen gegenüber solchen Rechtsträgern, die – nach dem Maßstab der Regelungen des Entwurfs – für Verbandsstraftaten ihrer Leitungs- oder Nichtleitungspersonen verantwortlich sind. Verbandsstraftaten, und damit taugliche Anknüpfungstaten, sind nach dem Referentenentwurf solche Straftaten, durch die – wie es abstrakt heißt – "Pflichten, die den Verband treffen, verletzt worden sind oder durch die der Verband bereichert worden ist oder werden sollte". Dies können damit verschiedenste Delikte wie etwa Betrugs- oder Bestechungstatbestände, Umweltdelikte oder Steuerstraftaten sein.

Betroffen vom Regelungsanliegen des Referentenentwurfs sind alle gängigen Organisationsformen für Unternehmen und Non-Profit-Organisationen, insbesondere die AG, KGaA, SE, GmbH, eG, Verein, Stiftung, KG, OHG sowie die Außen-GbR. Ein offizieller Gesetzesentwurf der Bundesregierung liegt zwar bislang nicht vor. Nichtsdestotrotz ist ausgehend von den Inhalten des Referentenentwurfs ein strenges Verbandssanktionenrecht zu erwarten.

In diesem Beitrag formulieren wir zu dem Gesetzgebungsvorhaben sieben Thesen aus dem Blickwinkel des Gesellschaftsrechts. Vorab skizzieren wir hierzu einige zentrale Eckpunkte des Referentenentwurfs.

## **I. ECKPUNKTE DES REFERENTENENTWURFS**

### **1. Strenge Maßstäbe der Verbandsverantwortlichkeit**

Dreh- und Angelpunkt eines jeden "Verbandssanktionengesetzes" ist der Maßstab, nach dem ein Rechtsträger für aus der Organisation heraus begangene Straftaten zur Verantwortung gezogen werden kann. Im Referentenentwurf wird die Verantwortlichkeit des Verbands für Verbandsstraftaten grundsätzlich in Anlehnung an §§ 30, 130 OWiG geregelt, im Detail jedoch strenger ausgestaltet.

So soll die Begehung einer Verbandsstraftat durch eine Nichtleitungsperson die Verantwortlichkeit des Verbands bereits dann begründen, wenn die Person in Wahrnehmung der Angelegenheiten des Verbands gehandelt hat und Leitungspersonen des Verbands – rein objektiv betrachtet – die Straftat durch "angemessene Vorkehrungen zur Vermeidung von Verbandsstraftaten" hätten verhindern oder wesentlich erschweren können. Positiv gewendet: Sind im Zeitpunkt der Begehung der Verbandsstraftat "angemessene Vorkehrungen zur Vermeidung von Verbandsstraftaten" implementiert, führt dies im Fall der Begehung einer Verbandsstraftat durch eine Nichtleitungsperson zur Durchbrechung des Zurechnungszusammenhangs zum Verband, der dann nicht verantwortlich ist.

Als taugliche Vorkehrungen werden im Referentenentwurf die Begriffe "Organisation", "Auswahl", "Anleitung" und "Aufsicht" genannt. Konkrete Maßstäbe, was genau die Entwurfsverfasser unter "Vorkehrungen" verstehen und wann diese "angemessen" sein sollen, finden sich im Referentenentwurf allerdings nicht.

Keine Exkulpationsmöglichkeit soll für den Verband generell dann bestehen, wenn eine Leitungsperson selbst eine Verbandsstraftat begeht. Außer bei Vorliegen einer "Exzesstat" soll in diesem Fall der Verband automatisch verantwortlich i.S.d. Referentenentwurfs sein.

### **2. Scharfe Verbandssanktionsandrohungen**

Auf der Rechtsfolgenseite sind für den Fall der Verbandsverantwortlichkeit drei Sanktionsarten vorgesehen: Die Verbandsgeldsanktion, die Verwarnung mit Verbandsgeldsanktionsvorbehalt sowie – als Ultima Ratio – die Verbandsauflösung.

Die Verbandsgeldsanktion soll für solche Unternehmen, die einen weltweiten durchschnittlichen Gruppenumsatz von mehr als EUR 100 Mio. in den letzten drei Geschäftsjahren vor Verurteilung aufweisen, umsatzbezogen ausgestaltet sein und im Höchstmaß bis zu 10 % des weltweiten durchschnittlichen Gruppenumsatzes betragen können. Für kleinere Unternehmen soll sich die Verbandsgeldsanktion auf bis zu EUR 10 Mio. belaufen können. Unter bestimmten Voraussetzungen soll anstatt der Verhängung einer Verbandsgeldsanktion auch eine bloße Verwarnung mit Verbandssanktionsvorbehalt in Betracht kommen, die allerdings mit bestimmten Auflagen oder Weisungen, auch hinsichtlich der Ausgestaltung des Compliance-Management-Systems (CMS), verbunden werden kann.

Im Raum steht nach dem Referentenentwurf weiter die Möglichkeit einer durch das Gericht verfügten Verbandsauflösung als Ultima Ratio, die jedoch dem Vernehmen nach nicht Eingang in einen offiziellen Gesetzesentwurf finden soll.

### **3. Strafprozessuales Verfahren; gestuftes Anreizsystem**

Das Verfahren soll sich nach strafprozessualen Grundsätzen richten, d.h. im Kern vor Gericht stattfinden. Für Ermittlungen der Verfolgungsbehörden (i.d.R. Staatsanwaltschaften) und eine Anklage vor Gericht soll im Anwendungsbereich des Gesetzes das aus dem Strafprozessrecht bekannte Legalitätsprinzip gelten. Eröffnete Hauptverfahren würden damit jedenfalls grundsätzlich in eine öffentliche Hauptverhandlung führen. Korrespondierend hierzu sind – was positiv zu werten ist – eine Reihe praxisrelevanter Einstellungsmöglichkeiten vorgesehen, u.a. bei Geringfügigkeit oder unter Auflagen und Weisungen.

Zu einer Einstellung können bestenfalls auch die Optimierung von Compliance-Maßnahmen vor, während oder nach Begehung der Verbandsstraftat oder wesentliche Aufklärungsbeiträge des Verbands führen. Zudem bestünde weiter die Möglichkeit einer Honorierung solcher Maßnahmen beim anzulegenden Sanktionsrahmen bzw. im Rahmen der konkreten Sanktionszumessung. Durch ein solches kodifiziertes Anreizsystem würde einem wichtigen Anliegen aus der Wirtschaft dem Grunde nach entsprochen. Allerdings besteht insbesondere im Bereich der Regelungen zu den (nach dem Referentenentwurf insbesondere honorierungswürdigen) "guten" verbandsinternen Untersuchungen noch wesentlicher rechtspolitischer Diskussionsbedarf. Denn bliebe es bei den derzeitigen Überlegungen, könnte ein Verband die vorgesehene "vertypte" Kann-Reduzierung des Sanktionshöchstmaßes um 50% nur erhalten, wenn er sich bei und in Zusammenhang mit der "guten" verbandsinternen Untersuchung freiwillig wesentlicher Verteidigungsrechte begibt.

Insgesamt zeigt der Referentenentwurf, dass bei aus Unternehmen heraus begangenen strafbaren Handlungen eine deutliche Verschärfung gegenüber dem derzeit auf Unternehmensebene grundsätzlich zur Anwendung kommenden OWiG-Rechtsrahmen angedacht ist.

## **II. THESEN**

Ein strenges Verbandssanktionenrecht (in der derzeit diskutierten oder in ähnlicher Form) hätte voraussichtlich nicht nur spürbare Auswirkungen auf die Praxis der Unternehmensverteidigung. Es ergäben sich – auch unabhängig von einem Verdachtsfall – Rückwirkungen auf das Zusammenspiel zwischen Leitungs- und Kontrollorganen in Unternehmen sowie allgemein auf die Bewertungsmaßstäbe und Komplexität von unternehmensbezogenen Entscheidungen. Zu dem letztgenannten Aspekt aus gesellschaftsrechtlicher Sicht sieben Thesen:

### **1. Corporate Governance**

*Die Rolle und Bedeutung des Aufsichtsrats wird sich bei einem strengen Verbandssanktionenrecht mit Blick auf Compliance-relevante Sachverhalte weiter schärfen.*

Der Aufsichtsrat hat die Aufgabe, die Tätigkeit des Vorstands zu überwachen und zu kontrollieren. Angesichts eines strengen Verbandssanktionenrechts dürfte der Aufsichtsrat daher geneigt sein, die Compliance-Bemühungen der Geschäftsleitung tendenziell enger zu begleiten. Um dies zu erreichen, wären aus der Sicht des Aufsichtsrats unterschiedliche Instrumente denkbar, z.B. die Einrichtung eines Compliance- bzw. Integritätsausschusses, die Erweiterung der Kommunikationskanäle des Aufsichtsrats in Richtung leitender Angestellter oder die Ausweitung von gesellschaftsrechtlich verankerten Zustimmungsvorbehalten.

Bei der Wahrnehmung seiner ihm zugewiesenen Überwachungsaufgabe hat der Aufsichtsrat freilich zu berücksichtigen, dass – wie auch der Bundesgerichtshof in seiner ARAG-Garmenbeck-Rechtsprechung anerkannt hat – dem Vorstand für die Leitung der Geschäfte ein weiter Handlungsspielraum zuzubilligen ist, ohne den unternehmerisches Handeln schlechterdings nicht denkbar ist.

## **2. Maßstab für Compliance-Management**

*Die Kernvokabel des Referentenentwurfs lautet "angemessene Vorkehrungen zur Vermeidung von Verbandsstraftaten". Wünschenswert ist eine gesetzliche Konkretisierung, wie solche "angemessenen Vorkehrungen" in der Unternehmensrealität aussehen sollen. Dies gilt insbesondere in Anbetracht der erheblichen Sanktionsandrohungen.*

Eine Binsenweisheit ist, dass bei Risikogeneigtheit der Organisation ein risikoadjustiertes angemessenes CMS unabdingbar ist. Sind angemessene Vorkehrungen im Zeitpunkt der Begehung der Verbandsstraftat implementiert, führt dies nach der Logik des Referentenentwurfs immerhin im Fall der Begehung einer Verbandsstraftat durch eine Nichtleitungsperson (nicht dagegen im Fall der Begehung durch eine Leitungsperson) zur Durchbrechung des Zurechnungszusammenhangs zum Verband und damit zu einer Nicht-Verantwortlichkeit des Verbands. Ausschlaggebend für die Erreichung der mit der Implementierung des CMS unternehmensseitig intendierten Wirkung bleibt damit dessen Ernsthaftigkeit und jederzeitige (dokumentierte) Wirksamkeit.

## **3. Zertifizierungen**

*Die Nachfrage nach Zertifizierungen von CMS wird bei einem strengen Verbandssanktionenrecht zunehmen.*

Zertifizierungen nach gängigen Standards können dazu beitragen, dass die Organe sich von der Wirksamkeit und Angemessenheit "ihres" CMS überzeugen können. Man sollte sich aber auch nichts vormachen. Jede Zertifizierung, egal nach welchem Standard, wird als solches nicht ausreichen, um Verfolgungsbehörden und Gerichte von der Angemessenheit getroffener Vorkehrungen zu überzeugen. Verfolgungsbehörden und Gerichte werden mit Recht selbst prüfen wollen und müssen, ob das in Frage stehende CMS im konkret relevanten Zeitpunkt effektiv genug war, um das in Rede stehende (mögliche) Fehlverhalten zumindest wesentlich erschwert zu haben. Entscheidend ist, dass Compliance ungeachtet einer Zertifizierung durch einen entsprechenden *Tone from the Top* tatsächlich gelebt wird.

#### 4. Compliance Best-Practice

*Ein strenges Verbandssanktionenrecht könnte sich auf eine Compliance-Best-Practice auswirken.*

Insoweit beispielhaft zu nennen sind Compliance-Bemühungen im Hinblick auf Auslandsaktivitäten. Auslandsaktivitäten sind auch bereits derzeit im CMS mit zu berücksichtigen. Dies würde in Anbetracht der derzeitigen Überlegungen des BMJV indes ein noch wichtigerer Aspekt, da Auslandstaten nach dem Referentenentwurf unter bestimmten Voraussetzungen einer Verbandsstraftat gleichstehen sollen.

Auch interne Meldesysteme dürften eine weitere Bedeutungszunahme erfahren. Nicht nur ist inzwischen die EU-Whistleblower-RL in Kraft und bis Mitte Dezember 2021 in nationales Recht umzusetzen, wodurch ab dann für Unternehmen ab 50 Mitarbeitern die Einrichtung eines internen Meldesystems – unabhängig von ihrem Tätigkeitsfeld – verpflichtend wird. Zudem dürften Unternehmen angesichts eines strengen Verbandssanktionenrechts ein originäres Interesse daran haben, wirksame interne Meldesysteme vorzuhalten, um frühzeitig von (etwai- gen) internen Missständen Kenntnis zu erlangen und so erforderlichenfalls rechtzeitig verbandsinterne Untersuchungen anstoßen zu können. Nur so lässt sich sicherstellen, dass Entscheidungsträger im Unternehmen im Fall von Ermittlungsverfahren keine Wissensnachteile haben und sich das Unternehmen entweder effektiv verteidigen oder aber die eigene Lage in Kooperation mit den Verfolgungsbehörden noch positiv gestalten kann.

#### 5. Umstrukturierungen / M&A

*Für Umstrukturierungen und M&A wird ein Verbandssanktionenrecht (in der derzeit diskutierten oder in ähnlicher Form) insbesondere im Bereich der Due Diligence, der Transaktionsstrukturierung und der Vertragsgestaltung zusätzliche Gestaltungsparameter setzen.*

In Transaktionen gewinne insbesondere eine sorgfältige Compliance-Due Diligence durch den Erwerber noch weiter an Bedeutung, damit bei Zielgesellschaften "schlummernde" Risikolagen frühzeitig und zutreffend erkannt werden können.

Im Bereich der Vertragsgestaltung wären unter Berücksichtigung der Ergebnisse der Compliance-Due Diligence gegebenenfalls z.B. spezifische Compliance-Garantien bzw. -Freistellungen, verkäuferseitige Mitwirkungspflichten im Verdachts- bzw. Ermittlungsfall für die Zeit nach dem Closing sowie, falls erforderlich, MAC-Klauseln, Kaufpreisanpassungsmechanismen und Rücktrittsrechte zu verhandeln.

Auch die sog. Post Closing-Due Diligence dürfte an Bedeutung gewinnen.

## 6. Verdachtsfall

*Ein strenges Verbandssanktionenrecht wird zusätzliche Abwägungsanforderungen für die Unternehmensleitung nach sich ziehen. Insbesondere bei Verdacht einer Verbandsstraftat wird die Entscheidungskomplexität noch zunehmen.*

Im Verdachtsfall wäre vom Unternehmen zusätzlich zu allen sonstigen To Do's unverzüglich zu prüfen, ob tatsächlich der Verdacht der Begehung einer Verbandsstraftat besteht, welcher Personenkreis diese begangen haben könnte, welche Aufdeckungswahrscheinlichkeit besteht und ob das Unternehmen sich "klassisch" verteidigen will oder vielmehr eine Kooperation mit den Verfolgungsbehörden nach Maßgabe von § 18 des Referentenentwurfs, die nur eine "uneingeschränkte" sein kann, anstreben sollte. Diese Vorprüfungen wären auch leitend bei der Entscheidung, ob eine "gute" interne Untersuchung nach Maßgabe der dann bestehenden (voraussichtlich) engen gesetzlichen Vorgaben angezeigt ist.

Im Referentenentwurf nicht eindeutig vorgegeben ist der späteste Zeitpunkt, zu dem sich ein Unternehmen noch rechtzeitig für eine Kooperation mit den Verfolgungsbehörden nach Maßgabe der §§ 18, 19 des Referentenentwurfs entscheiden könnte. Richtigerweise sollte insoweit auf den Zeitpunkt abgestellt werden, zu dem der Verband von den Verfolgungsbehörden erstmals in Kenntnis gesetzt wurde, dass gegen *ihn* wegen des Verdachts der Verantwortlichkeit für eine Verbandsstraftat ermittelt wird.

## 7. Organhaftung

*Ein strenges Verbandssanktionenrecht bedeutet eine weitere Verschärfung der Vermögensrisiken für Organmitglieder im Haftungsfall.*

Nach herrschender Auffassung sind heute neben klassischen Schadenspositionen insbesondere auch der Ahndungsanteil von Bußgeldern sowie Aufklärungskosten im Rahmen der Organhaftung regressfähig – beides Positionen, die merklich zunehmen würden, wobei insbesondere der Ahndungsanteil erheblich umfangreicher würde. Eine Begrenzung des Organregresses wird zwar seit geraumer Zeit kontrovers diskutiert, ist aber zumindest im Referentenentwurf nicht vorgesehen. In der gesellschaftsrechtlichen Diskussion um etwaige Grenzen des Organregresses sollten mögliche Auswirkungen eines Verbandssanktionenrechts deshalb mit berücksichtigt werden.

## III. AUSBLICK

Solange die Große Koalition aus CDU, CSU und SPD auf unveränderter Basis zusammen arbeitet, ist damit zu rechnen, dass starke politische Kräfte darauf drängen werden, wie durch den Referentenentwurf vorgeschlagen eine eigenständige gesetzliche Grundlage für die Sanktionierung von Verbänden im Fall von aus der Organisation heraus begangenen Straftaten zu schaffen. Insoweit ist ein deutlich repressiver Schwerpunkt mit vereinzelt – wenngleich für die Praxis durchaus wichtigen – präventiven Elementen zu erwarten.

Bei einer Umsetzung des Gesetzgebungsvorhabens ergäben sich für Unternehmen voraussichtlich Überprüfungs- und ggf. Anpassungserfordernisse bei internen Prozessen und Leitlinien, insbesondere im Bereich des Compliance-Managements, der Transaktionsvorbereitung und -gestaltung, sowie die Notwendigkeit zur Vorstrukturierung "guter" verbandsinterner Untersuchungen und einer (möglichen) Kooperation mit Verfolgungsbehörden im Verdachtsfall. Insbesondere mittelständische Unternehmen könnte dies vor bislang unbekannte Herausforderungen stellen.

Immerhin: Nach dem Referentenentwurf soll es eine zweijährige Übergangsfrist zwischen einer Verkündung und dem Inkrafttreten geben, in der sich Unternehmen und Organisationen auf die absehbaren Neuerungen werden einstellen können.

## Kontakt

---



### **DR. MARCO SUSTMANN**

Partner

Telefon: +49 211 20052-270

E-Mail: [m.sustmann@glademichelwirtz.com](mailto:m.sustmann@glademichelwirtz.com)



### **DR. MARTIN RÜCKER**

Managing Counsel

Telefon: +49 211 20052-250

E-Mail: [m.ruecker@glademichelwirtz.com](mailto:m.ruecker@glademichelwirtz.com)