

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

	Seite
<u>Gliederung</u>	
A. Ausgangslage	2
B. Ausgewählte Aspekte	4
1. Haftungskonzept und Zurechnungsmodell	4
a. Verfassungswidrigkeit des Haftungsmodells in § 3 Abs. Nr. 2 VerSanG-E	
b. Unklare Definition der Leitungsperson in § 2 Abs. 1 Nr.1 lit. e) VerSanG-E	
2. Unklare Anforderungen an Compliance-Maßnahmen	9
3. Sanktionen	11
a. Abkoppelung von den Strafrahmen der Straftatbestände des StGB	
b. Unklare Zielrichtung der Sanktionen und Rückkehr des Prangers	
c. Spezifische Benachteiligung forschungsstarker Unternehmen	
4. Interne Untersuchungen und Beschlagnahmefreiheit	
C. Ergebnis	16

A. Ausgangslage

Das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz hat am 21.04.2020 den Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft vorgelegt. Der Entwurf verfolgt repressive und präventive Ziele, die mit „angemessene Ahndung von Verbandstaten“, „nachvollziehbare Zumessungsregeln für Verbandsgeldbußen“, Förderung von „Compliance-Maßnahmen“ und „Anreiz“ zur Durchführung von „internen Untersuchungen“ umschrieben werden (Seite 1 des Referentenentwurfes¹).

Der BPI, dem die Strafrechtsprävention seit jeher ein besonderes Anliegen ist und der zu diesem Zweck bereits 2008 die Gründung der Selbstkontrolleinrichtung „*Arzneimittel und Kooperation im Gesundheitswesen (AKG) e.V.*“ initiiert hat, begrüßt das grundsätzliche Ziel des Gesetzgebers, **Wirtschaftskriminalität** entschieden entgegenzutreten. Dennoch geben einzelne Aspekte des Entwurfs aus den nachfolgend darzulegenden Gründen Anlass zu kritischer Würdigung.

Sollte der Entwurf Gesetz werden, bildet dieses einen vorläufigen Abschluss unter die mehr als 60 Jahre andauernde Debatte um die Einführung eines Unternehmensstrafrechts in Deutschland, das zurecht bisher als mit Grundprinzipien des Strafrechts unvereinbar und angesichts des (durch das 8. Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 26.06.2013 erweiterten) Bußgeldrechts und des erst kürzlich (durch das Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung vom 13.04.2017) unter dem Schlagwort „crime must not pay“ verschärften Instruments der Vermögensabschöpfung als kriminalpolitisch überflüssig angesehen wurde.

Den Konflikt mit den strafrechtlichen Grundfragen (Handlungsfähigkeit, Schuld, Strafempfänglichkeit der Unternehmen) versucht der Gesetzgeber zu umgehen, indem er den Entwurf, der explizit kein „Unternehmensstrafrecht“ darstellen soll, als dritte Spur zwischen Bußgeld- und Strafrecht einordnet (S. 2, 62 und 71). Obwohl es sich angesichts der vorgesehenen Sanktionen (§§ 8 ff.) wohl nur um einen verbalen Beschwichtigungsversuch handelt, sind erhebliche Konsequenzen dieser Einordnung zu bedenken. So bleibt offen, ob die vorgesehenen Rechtsfolgen Strafen im Sinne des § 103 Abs. 2 GG darstellen und sich die Bestimmungen des Gesetzesentwurfs an den verfassungsrechtlichen Garantien des Strafrechts

¹ Seitenzahlen ohne nähere Angaben beziehen sich im Folgenden auf den „Referentenentwurf des BMJV eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität der Wirtschaft“ vom 21.04.2020. §§ ohne Angabe eines Gesetzes beziehen sich auf den Referentenentwurf eines Gesetzes zur Sanktionierung von verbandsbezogenen Straftaten (Verbandssanktionengesetz -VerSanG).

und Strafverfahrensrechts zu messen haben. Das im Entwurf formulierte Anliegen der „flexiblen“ und „ausreichend scharfen“ Reaktion auf Unternehmenskriminalität lässt jedenfalls die Bezugnahme auf einschlägige **Strafrechtsbegrenzungsprinzipien** vermissen.

Hierbei ist auch zu berücksichtigen, dass Sanktionen gegen Unternehmen eine geringere präventive Wirkung zugesprochen wird, als der Strafverfolgung der für die Taten verantwortlichen Individuen. Der bereits jetzt sichtbaren Praxis der „Schonung“ verantwortlicher Individuen unter gleichzeitiger Festlegung eingriffsintensiver Sanktionen gegen Unternehmen wird durch den Entwurf Vorschub geleistet, weil der Nachweis des Vorliegens einer Verbandsverantwortlichkeit mangels Bestimmtheit der insbesondere in § 3 Abs. 1 Nr. 2 formulierten Voraussetzungen leichter zu führen ist, als die Feststellung der individuellen Schuld der handelnden Individuen. Insbesondere in den USA ist das Unternehmensstrafrecht aus diesem Grund zunehmender Kritik ausgesetzt (*Schneider*, in: Jahn/Schmitt-Leonardy/Schoop, Das Unternehmensstrafrecht und seine Alternativen 2016, 25, 39, mit Nachweisen zum einschlägigen US-Schrifttum in Fn. 56). Obwohl der deutsche Gesetzgeber eine „zeitgemäße“ Reaktion auf Unternehmenskriminalität anstrebt, läuft er daher Gefahr, den internationalen Entwicklungen hinterherzulaufen und eine lediglich symbolische Anlassgesetzgebung („Lex Dieselgate“), die für die „Großen“ gedacht ist aber auch den als GmbH organisierten Handwerksbetrieb trifft mit **anachronistischem Zug** und toxischen Nebenwirkungen umzusetzen.

Zu den Nebenwirkungen gehören auch die unbeabsichtigten Folgen für diejenigen, die gar nicht im Stande waren, die Verbandsstrafat zu verhindern. Hierzu gehören nicht nur die Aktionäre und Gesellschafter des von der Verbandsgeldsanktion betroffenen Unternehmens, sondern auch die Beschäftigten auf niedrigeren Hierarchieebenen, die infolge der Verhängung einer Verbandssanktion entlassen werden oder Lohnkürzungen zu erwarten haben. Bereits diese Problematik verweist auf verfassungsrechtliche Grundprobleme des Entwurfes, weil die angesprochenen Folgen die Zufügung eines Strafübels gegenüber unschuldigen Dritten bedeuten können.

B. Ausgewählte Aspekte

1. Haftungskonzept und Zurechnungsmodell

Es liegt in der Natur jeder Unternehmenssanktionierung, dass Haftungssubjekt und Haftungsobjekt auseinanderfallen. Denn Anknüpfungspunkt der Ahndung ist ein Fehlverhaltensvorwurf, der nicht die sanktionsbetroffenen Inhaber des Verbandsvermögens, sondern die für den Verband handelnden Repräsentanten trifft. Deren voll verantwortliches Dazwischentreten unterbricht nach überkommenen strafrechtlichen Grundsätzen die Zurechnung des *von ihnen* begangenen Unrechts an die nicht-delinquenten Inhaber des Verbandsvermögens.

Anders als im Referentenentwurf suggeriert, lässt sich eine Zurechnung fremden Fehlverhaltens auch nicht damit rechtfertigen, dass die Verbandssanktionierung die Kompensation des Profits aus dem Fehlverhalten der Verbandsrepräsentanten ist (S. 50). Denn dieses Argument greift nur bezüglich der *Abschöpfung* unrechtmäßig erlangter Vermögensvorteile, nicht auch bezüglich der *Ahndung* individuellen Fehlverhaltens, die *alleiniges* Anliegen des VerSanG ist.

Auch ist es aus Sicht des BPI als verfehlt anzusehen, wenn im Referentenentwurf „die gewinnorientierte Betätigung in einem von Konkurrenz geprägten Markt“ als per se mit „erhöhten Risiken der Begehung von Straftaten durch Leitungspersonen und Mitarbeiter“ einhergehend angesehen wird (S. 72). Die volkswirtschaftliche und auch soziale Nützlichkeit gewinnorientierter unternehmerischer Tätigkeit und deren Legitimität lassen sich nicht in Frage stellen. Unternehmerische Tätigkeit stellt nach Auffassung des BPI ein „erlaubtes Risiko“ dar, das allenfalls im Bereich des Zivil- oder Umweltrechts zu einer Gefährdungshaftung führen kann, weil dort die Kompensation im Vordergrund steht, nicht aber in einem Quasi-Strafrecht, das einem Sühnegeraden folgt und für das deshalb anerkannt ist, dass ein erlaubtes Risiko den Zurechnungszusammenhang unter dem Aspekt der Sozialadäquanz ebenfalls unterbricht.

Aus diesen Gründen kann sich eine Verbandssanktionierung in das rechtsstaatliche Verfassungsgefüge der Bundesrepublik Deutschland nur unter strengen Voraussetzungen einordnen. Dem trägt der Referentenentwurf in seiner derzeitigen Ausgestaltung nach Auffassung des BPI nicht ausreichend Rechnung. Insbesondere indem er durch einen bewussten Verzicht auf jedwedes subjektive Element in § 3 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E in letzter Konsequenz eine

generelle „unternehmerische Gefährdungshaftung“ statuiert, schlägt er einen Weg ein, der nach Auffassung des BPI verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht genügt.

a. Verfassungswidrigkeit des Haftungsmodells in § 3 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E

Die zentrale Haftungsnorm des VerSanG findet sich in § 3.

Die erste Tatbestandsalternative des § 3 Abs. 1 setzt voraus, dass eine Leitungsperson (hierzu unter B 1 b) *selbst* eine „Verbandstat“ im Sinne von § 3 Abs. 1 Nr. 1 begangen hat. Dabei muss es sich gem. § 2 Abs. 1 Nr. 3 um eine verbandsbezogene Straftat handeln, die tatbestandsmäßig, rechtswidrig und *schuldhaft* verwirklicht wurde (S. 75). Die Tatbestandsalternative des § 3 Abs. 1 Nr. 1 setzt also ein originär schuldhaftes Verhalten der Leitungsperson voraus.

Demgegenüber wird für die Verbandsverantwortlichkeit wegen Unterlassens angemessener Organisationsmaßnahmen nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E auf jedwedes subjektive Element verzichtet. Dabei handelt es sich um eine *bewusste* Abkehr von der in § 130 OWiG vorausgesetzten vorsätzlichen oder fahrlässigen Aufsichtspflichtverletzung. Die Verbandsverantwortlichkeit soll im Anwendungsbereich des § 3 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E nur noch rein objektiv festgestellt werden (S. 79).

Ein solcher gänzlicher Verzicht auf die persönliche Vorwerfbarkeit unterlassener Organisationsmaßnahmen verstößt nach Auffassung des BPI gegen den im Rechtsstaatsprinzip wurzelnden Schuldgrundsatz „nulla poena sine culpa“. Zur Rechtsstaatlichkeit als einem der elementaren Prinzipien des Grundgesetzes (BVerfGE 1, 14 ff.) gehört nicht nur die Rechtssicherheit, sondern auch die materielle Gerechtigkeit (BVerfGE 7, 89, 92; 7, 194, 196). Mit ihr ist es nicht zu vereinbaren, wenn mittels Strafe eine sühnende Vergeltung für einen Vorgang bewirkt wird, den der Betroffene nicht zu verantworten hat. Eine Ahndung einer Tat ohne Schuld des Täters ist demnach rechtsstaatswidrig und verletzt den Betroffenen in seinem Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG“ (BVerfG 20, 323, 336, Rn. 32 bei *juris* unter Verweis auf BVerfGE 6, 389, 439; 7, 305, 319; 9, 167, 169; Bay-VerfGHE 3, 109, 114).

Die Anwendung grundrechtlich garantierter strafrechtlicher Grundsätze ist nicht etwa deshalb ausgeschlossen, weil das Rechtssubjekt eine juristische Person ist. Vielmehr findet der

Schuldgrundsatz nach der Rechtsprechung des BVerfG auch auf die Sanktionierung juristischer Personen Anwendung. Denn die juristische Person ist rechtsfähig und nimmt gleichwertig mit den natürlichen Personen am Rechtsleben teil (BVerfGE 20, 323, 336, Rn. 45 – 46 bei *juris*).

Ebenso wenig ist die Anwendung strafrechtlicher Grundsätze deshalb ausgeschlossen, weil der Gesetzentwurf einen Sanktionspfad außerhalb (und – vermeintlich – unterhalb der Schwelle) des Strafrechts beschreiten will. Denn der Schuldgrundsatz gilt nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG für jede Strafe und damit nicht nur für die Strafe für kriminelles Unrecht, sondern auch für die strafähnliche Sanktion (BVerfG 20, 323, 336, Rn. 32 bei *juris*). Es ist deshalb anerkannt, dass der Schuldgrundsatz u. a. auch im Ordnungswidrigkeitenrecht (BVerfGE 9, 167, 169) und sogar auf die zivilprozessuale Durchsetzung von Unterlassungstiteln mittels Ordnungsgeld und Ordnungshaft gem. § 890 Abs. 1 ZPO Anwendung findet (BVerfGE 20, 323, Rn. 38 bei *juris*). Denn mit der Strafe, auch mit einer Ordnungsstrafe, wird dem Täter ein Rechtsverstoß vorgehalten und zum Vorwurf gemacht, der Vorwerfbarkeit und damit strafrechtliche Schuld voraussetzt (BVerfG aaO, Rn. 32). Für eine Verbandsgeldbuße kann somit nichts anderes gelten.

Zu diesen verfassungsrechtlichen Überlegungen tritt ein rechtssystematisches Argument hinzu: Eine verschuldensunabhängige Ausgestaltung des § 3 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E führte zu unüberbrückbaren Wertungswidersprüchen mit dem parallel fortexistierenden § 130 OWiG, weil das gezielt eingriffsintensiver angelegte Sanktionsinstrument des VerSanG niedrigere Haftungsvoraussetzungen statuieren würde als das Ordnungswidrigkeitenrecht.

Der BPI fordert daher, die verfassungsmäßige Ausgestaltung des § 3 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E dadurch herzustellen, dass in Anlehnung an § 130 OWiG nur ein schuldhaftes Unterlassen angemessener Organisationsmaßnahmen zu einer Verbandsverantwortlichkeit führen kann.

b. Unklare Definition der Leitungsperson in § 2 Abs.1 Nr. 2 Buchst. e)

Kommt es nach den vorstehenden Darlegungen für jedwedes sühnende Strafen auf die Feststellung schuldhaften Handelns an, kann bei der Sanktionierung von juristischen Personen diesbezüglich nur auf das Verschulden der für sie verantwortlich handelnden Personen im Sinne

des § 31 BGB abzustellen sein. § 31 BGB ist nach h. M. (analog) auf alle juristischen Personen des Privatrechts, kraft Verweisung (§§ 86, 89 BGB) des öffentlichen Rechts und nach h. M. darüber hinaus auch auf Personengesellschaften entsprechend anwendbar. Das Verschulden *Dritter* muss sich die juristische Person grundsätzlich *nicht* zurechnen lassen (BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 04.12.2006 – 1 BvR 1200/04, Rn. 11 bei *juris*; offengelassen noch von BVerfGE 20, 323, Rn. 48 bei *juris*).

Gemäß § 31 BGB haftet ein Verein für den Schaden, den der *Vorstand*, ein *Mitglied des Vorstands* oder ein anderer *verfassungsmäßig berufener Vertreter* einem Dritten durch eine in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen begangene, zum Schadensersatz verpflichtende Handlung zufügt. Die Vorschrift rechnet das Handeln der darin genannten Repräsentanten dem Verein (Verband) als Eigenhandeln zu.

Mit diesem Zurechnungsregime korrespondieren die Legaldefinitionen der Leitungsperson in § 2 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a) bis c). Für die weitergehenden Definitionen in § 2 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. d) und e) ist aus Sicht des BPI zu differenzieren:

Die in § 2 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. d) genannten Generalbevollmächtigten, Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten „*in leitender Stellung*“ in den Kreis der Leitungspersonen einzubeziehen, steht aus Sicht des BPI mit der weiten Auslegung des „*verfassungsmäßig berufenen Vertreters*“ in § 31 BGB in Einklang. Denn „*verfassungsmäßig berufene Vertreter*“ im Sinne des § 31 BGB können nach der Rechtsprechung des BGH auch Personen sein, deren Tätigkeit in der Vereinssatzung nicht vorgesehen ist und sogar solche, die über keine rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht verfügen oder deren Aufgabengebiet nicht innerhalb der geschäftsführenden Verwaltungstätigkeit der juristischen Person liegt (BGHZ 49, 19, 21 = NJW 1968, 391, Rn. 11 bei *juris*). Entscheidend soll insoweit nur sein, dass dem Vertreter „*durch die allgemeine Betriebsregelung und Handhabung bedeutsame, wesensmäßige Funktionen der juristischen Person zur selbständigen, eigenverantwortlichen Erfüllung zugewiesen sind, dass er also die juristische Person auf diese Weise repräsentiert*“. Denn in solchen Konstellationen sei es unangemessen, der juristischen Person den Entlastungsbeweis nach § 831 BGB zu eröffnen (BGHZ 49, 19-24, Rn. 11 m.w.N.).

Problematisch erscheint auf Basis dieser Prämissen die sprachlich nicht eindeutig gefasste Definition der Leitungsperson in § 2 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. e) sowie die Ausführungen hierzu im Referentenentwurf (S. 75). Unklar ist insoweit vor allem, worauf sich das Erfordernis der

„leitenden Stellung“ bzw. das der Ausstattung „mit Weisungsbefugnissen“ erstreckt. Deshalb bedarf es aus Sicht des BPI einer Klarstellung dahingehend, dass eine „leitende Stellung“, die sich in Weisungsbefugnissen und Disziplinargewalt ausdrückt, für die Qualifikation als „Leitungsperson“ im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 2 – schon begrifflich – immer und ausnahmslos Voraussetzung ist. Denn ohne Ausstattung mit einer entsprechenden Disziplinargewalt kann ein Funktionsinhaber nicht dazu in der Lage sein, die im Referentenentwurf – problematischer Weise – zur Gefahrenquelle erklärte „Mitarbeiterschaft“ eines Unternehmens auch tatsächlich zu „kontrollieren“. Nur hierauf, auf das tatsächliche Beherrschen der „Gefahrenquelle Mensch“, kann es im Anwendungsbereich des § 2 Abs. 1 Nr. 2 aber ankommen. An einer solchen Gefahrbeherrschung fehlt es gerade den auch in der Gesetzesbegründung angesprochenen, *gesetzlich nicht fixierten* Compliance-Beauftragten in der Praxis häufig, weil sie nicht mit den erforderlichen Weisungsbefugnissen ausgestattet sind. Deshalb geht es aus Sicht des BPI auch an der Rechtswirklichkeit vorbei, wenn in der juristischen Debatte *dem* Compliance-Beauftragten unter Verweis auf das obiter dictum in Tz. 27 von BGH NStZ 2009, 686, 687 f. pauschal und undifferenziert eine Garantenstellung zuerkannt wird (s. hierzu auch *Geiger* CCZ 2011, 170; *Schneider/Gottschaldt*, ZIS 2011, 573). Aus diesem Grund dürften Compliance-Beauftragte in der Praxis eher im Ausnahmefall als Leitungspersonen im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 2 anzusehen sein.

Aber auch zu den gesetzlich definierten Beauftragten, die gerade in der pharmazeutischen Industrie in besonderer Zahl und Ausprägung vorzufinden sind (vgl. nur §§ 14, 52a, 63a, 74a AMG, § 12 AMWHV, § 5 BtMG; s. hierzu *Geiger* PharmR 2011, 262), ist aus Sicht des BPI eine differenzierende Abgrenzung vorzunehmen. Denn auch gesetzlich definierte Beauftragte dürften nicht *per se* als Leitungspersonen im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 2 anzusehen sein, sondern nur dann, wenn ihnen entweder durch die einschlägige Rechtsgrundlage oder im Wege „allgemeiner Betriebsregelung und Handhabung“ Weisungsbefugnisse eingeräumt wurden. Ist beides nicht der Fall, müssen sie als Leitungspersonen ausscheiden, weil es ihnen dann an der „leitenden Stellung“ im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 2 e) und dem damit verbundenen Risikobeherrschungsvermögen fehlt. Die Gefahr einer Erosion der unternehmerischen Verantwortung durch Gestaltungsmissbrauch entsteht in einer solchen Betrachtung nicht, weil eine insuffiziente Funktionsausgestaltung ggf. über § 3 Abs. 1 Nr. 2 sanktioniert werden kann.

Der BPI fordert, in § 2 Abs. 1 Nr. 2 e), mindestens aber in der Gesetzesbegründung klarzustellen, dass für die Qualifikation als Leitungsperson stets eine Ausstattung mit Weisungsbefugnissen und damit verbundener Disziplinargewalt vorausgesetzt ist.

2. Unklare Anforderungen an Compliance-Maßnahmen

Der BPI begrüßt die Zielrichtung des Gesetzesvorhabens „rechtssichere Anreize für Investitionen in Compliance“ zu setzen, sieht dieses Ziel durch den Referentenentwurf aber nur eingeschränkt als erreicht an.

Als Hemmschuh der Anreizwirkung dürfte sich vor allem die fehlende Präzisierung der gesetzgeberischen Verhaltenserwartungen sowie die Asymmetrie der Bonifizierung von unternehmerischen Compliance-Bemühungen im Rahmen der Haftungsbegründung einerseits und auf der Rechtsfolgenseite andererseits auswirken.

Der Referentenentwurf bemängelt zur geltenden Rechtslage zu recht, *„dass eine ausdrückliche gesetzliche Regelung und eine gefestigte Rechtsprechung fehlen (...), so dass Ob und Wie der Berücksichtigung von Compliance-Maßnahmen in das weite Ermessen von Verfolgungsbehörden und Gerichten gelegt sind, was die Rechtssicherheit und den Anreiz für Investitionen in Compliance beeinträchtigt.“* (S. 55 f.). Das damit zutreffend festgestellte Defizit wird auch die Neuregelung allerdings nur teilweise adressiert. Denn sie beschränkt sich auf die Festlegung des Kontextes, in dem Compliance-Maßnahmen berücksichtigungsfähig sein können, lässt aber offen, *welche Anforderungen* an berücksichtigungsfähige Compliance-Maßnahmen zu stellen sind. Der Entwurf beseitigt die Rechtsunsicherheiten nicht und könnte seitens der Regelungsadressaten einen Fatalismus begünstigen, der abträglich auf die vom Gesetzgeber mit der Neuregelung beabsichtigten Anreize zu Investitionen in Compliance-Maßnahmen wirkt. Es kommt hinzu, dass weder Strafverfolgungsbehörden noch Gerichte über ausreichend fachliche Expertise zur Bewertung von Compliance Maßnahmen verfügen.

Ein Lösungsansatz könnte nach Auffassung des BPI zum einen darin liegen, dass im Interesse einer unausweichlich bleibenden Flexibilität auf bereits bestehende Regelwerke und Qualitätsnormen verwiesen wird, zum anderen darin, dass ein eigener Leitfaden entwickelt wird (so auch *Dann/Warntjen* MedR 2020, 94, 100). Letzteres erscheint dem BPI vorzuzugwürdig. Vorbild für einen eigenen Leitfaden könnten dabei auch ausländische Empfehlungen, Richtlinien und Standards sein, wie etwa der *US Ressource Guide to FCPA* oder die Anlage zum *UK Bribery Act*, die ggf. durch eine Expertenkommission adaptiert würden.

Zudem sollte aus Sicht des BPI der in § 13 Abs. 2 auf Rechtsfolgenseite vorgesehene Ansatz insoweit in die Haftungsbegründung gespiegelt werden, dass es im Anwendungsbereich des § 3

Abs. 1 Nr. 2 – mutatis mutandis – als verschuldensrelevanter Umstand angesehen wird, wenn die „Angemessenheit“ getroffener Vorkehrungen zur Vermeidung von Verbandstaten durch eine sachkundige und ggf. akkreditierte Stelle bescheinigt wurde. Rechtstechnisch ließe sich eine solche Wirkung dadurch erreichen, dass in der Gesetzesbegründung klargestellt würde, dass in Fällen des Vorliegens einer „Angemessenheitsbescheinigung“ von einem gewichtigen Indiz *gegen* den nach Auffassung des BPI in § 3 Abs. 1 Nr. 2 schon aus verfassungsrechtlichen Gründen (s. B 1 a) zu (re-) implementierenden Verschuldensvorwurf zu sehen wäre.

Mit Blick auf die Reichweite der Verbandsdefinition in § 2 Abs. 1 Nr. 1, die auch kleinste Personengesellschaften erfasst, sollte insoweit aber nicht allein ein auf Basis des IDW PS 980 erstelltes Wirtschaftsprüfertestat anerkannt werden.

Und schließlich sollte seitens des Gesetzgebers eine Klarstellung erfolgen, dass auch die Unterwerfung unter Branchenkodizes und deren unternehmensinterne Implementierung bereits eine angemessene Vorkehrung zur Vermeidung von Verbandstaten im Sinne des VerSanG darstellt. Denn nicht nur unternehmensindividuelle Bemühungen, sondern auch sog. „Collective Compliance Actions“ einer ganzen Branche sollten honoriert werden, um eine diesbezügliche Anreizwirkung zu setzen. Insoweit nimmt die pharmazeutische Industrie mit ihren Selbstkontrollenrichtungen und den von diesen erlassenen, für die Mitgliedsunternehmen verpflichtenden und per Vereinsgewalt sanktionierten Verhaltenskodizes eine Vorreiterrolle ein. Die Wirksamkeit solcher Compliance-Pacts kann nicht überschätzt werden und trägt erheblich zu einer branchenweiten Stärkung der Integrität bei (zu den Compliance-Pacts in der Pharmaindustrie s. *Geiger DB Sonderausgabe 02/2017*, 109). Initiativen, wie insbesondere die des *Arzneimittel und Kooperation im Gesundheitswesen (AKG) e. V.* oder die des *Freiwillige Selbstkontrolle für die Arzneimittelindustrie (FSA) e. V.* müssen aus Sicht des BPI bei entsprechender Mitgliedschaft und Implementation im Unternehmen ebenfalls Berücksichtigung bei der Beurteilung der Frage finden, ob angemessene Vorkehrung zur Vermeidung von Verbandstaten getroffen wurden.

Der BPI fordert daher, im Zusammenhang mit der verschuldensabhängigen Ausgestaltung des § 3 Abs. 1 Nr. 2 klarzustellen, dass eine Bescheinigung über die „Angemessenheit“ der von einem Unternehmen getroffenen Vorkehrungen zur Vermeidung von Verbandstaten durch eine sachkundige und ggf. akkreditierte Stelle ein gewichtiges Indiz gegen einen Verschuldensvorwurf darstellt.

Der BPI fordert ferner, in der Gesetzesbegründung klarzustellen, dass auch kollektive Compliance-Maßnahmen einer ganzen Branche bei entsprechender Implementierung im Unternehmen angemessene Vorkehrungen zur Vermeidung von Verbandstaten darstellen können.

3. Sanktionen

a. Abkopplung von den Strafrahmen der Straftatbestände des StGB

Der Entwurf sieht als so genannte „Verbandssanktionen“ die Verbandsgeldsanktion und die Verwarnung mit Verbandsgeldsanktionsvorbehalt vor (§ 8). Für die Verbandsgeldsanktion enthält der Entwurf einen eigenständigen Sanktionsrahmen, der hinsichtlich der Sanktionshärte zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit und dem Jahresumsatz des Unternehmens differenziert. Bei einer vorsätzlich begangenen Verbandsstraftat kann die Geldsanktion zwischen 10.000 EUR und 10% des durchschnittlichen Jahresumsatzes betragen.

Hierbei ist es zwar nachvollziehbar, dass sich der Entwurf, vergleichbar der Bemessung der Geldstrafe (§ 40 Abs. 2 StGB), über das Kriterium des Umsatzes an der Leistungsfähigkeit des Verbandes orientiert. Problematisch ist aber, dass durch die Abkopplung von den verwirklichten Straftatbeständen jedes zuverlässige Maßprinzip für die Bemessung der Verbandssanktion fehlt.

Daraus folgt, dass ein Vergehen, das nach dem Strafrahmen des verwirklichten Strafgesetzes Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren vorsieht (zum Beispiel die unbefugte Nutzung fremder Geschäftsgeheimnisse nach § 23 GeschGehG) demselben Sanktionsrahmen unterliegt, wie ein Verbrechen, das eine Freiheitsstrafe von 10 Jahren ermöglicht (z.B. Schwere Gefährdung durch Freisetzung von Giften gem. § 330a StGB). Beide Taten können Verbandstaten nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 darstellen.

Diese Sanktionslogik verletzt den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, weil der Rang des durch die Tat verletzten Rechtsguts und dessen Schutzbedürftigkeit ein maßgeblicher Faktor zur Bestimmung der auch im Sanktionsrahmen zum Ausdruck kommenden Proportionalität zwischen Tat und Sanktion darstellt. Sollte der Gesetzgeber den vorliegenden Gesetzesentwurf umsetzen, entfernt er sich folglich von dem grundsätzlich im Rahmen der Strafgesetzgebung als maßgeblich

erachteten Prinzip, die angedrohten Strafen an der Wertigkeit des jeweils geschützten Rechtsguts auszurichten. Alleine durch Vermeidung des Etiketts „Strafe“ erscheint es nicht als gerechtfertigt, diese Grundsätze außer Kraft zu setzen. Dem kann auch nicht entgegeng gehalten werden, dass in § 15 Abs. 3 unter anderem auf „Gewicht, Ausmaß und Dauer der Verbandstat“ abgestellt wird. Denn hierbei handelt es sich lediglich um „weiche“ Zumessungskriterien, die § 46 StGB entsprechen, nicht aber um „harte“, für den Richter unübersteigbare Grenzen der Rechtsfolgenbemessung. Der Entwurf ist insofern auch unter dem Gesichtspunkt der Gewaltenteilung problematisch, weil der Gesetzgeber im Vergleich zum Strafrecht der Judikative größere Entscheidungsspielräume bei der Bestimmung des Sanktionsmaßes überlässt. Dies wird sich in der Praxis mit hoher Wahrscheinlichkeit in erheblichen regionalen Differenzen der Sanktionshärte niederschlagen.

Hinzu kommt, dass die Schuld, die auch bei der Bemessung der Geldstrafe bei der Festlegung der Anzahl der Tagessätze maßgeblich ist, vorliegend als Richtschnur ausscheidet (vgl. dazu die Ausführungen B.1.a.). Das Gericht wird deshalb nach der Konzeption des Gesetzesentwurfs in freier Abwägung der Umstände die „für und gegen den Verband sprechen“ (§ 15 Abs. 3 Satz 1) die Verbandgeldsanktion festlegen. Verbindliche Maßstäbe für diese Abwägung fehlen jedoch, so dass die Sanktion nicht voraussehbar ist und auch z.B. erforderliche Rückstellungen nicht beziffert werden können.

Das Ziel konkrete und nachvollziehbare Zumessungsregeln zu entwickeln (S. 1) wird somit aufgrund des gewählten „Einheitsstrahmens“ verfehlt. Eine Lösung der Problematik wäre möglich, indem auf ein einheitliches Höchstmaß der Verbandgeldsanktion verzichtet wird und abgestufte Obergrenzen (Sanktionsrahmenverschiebungen) definiert werden.

b. Unklare Zielrichtung der Sanktionen und Rückkehr des Prangers

Die mangelnde Bestimmtheit, die bereits das Zurechnungsmodell kennzeichnet, durchzieht den Entwurf somit auch auf der Ebene der Sanktionen. Diese verfolgen zudem unklare Ziele. Der Begriff der „Ahndung“ (S. 1) bezieht sich auf repressive Zwecke, die aber grundsätzlich im Schuldprinzip verankert sind und demnach vorliegend zur Begründung eines Ahndungsanspruchs gegen den Verband nicht herangezogen werden können.

Archaische Züge trägt § 14, der die öffentliche Bekanntgabe der Verurteilung des Verbandes vorsieht. Das BMJV hat die Problematik grundsätzlich erkannt und legt in der Entwurfsbegründung dar (S. 58), der Verband solle nicht „an den Pranger“ gestellt werden. Es gehe lediglich darum, die Verletzten über die für sie relevanten Taten zu informieren.

Trotz dieser Beteuerung ist die Brandmarkungswirkung der öffentlichen Bekanntgabe unübersehbar. Die Verbreitung des schlechten Rufs steht auch dem präventiven Grundanliegen entgegen, weil der durch die Veröffentlichung perpetuierte Imageschaden die Rückkehr in die redliche Geschäftspraxis erschwert und zu weiteren Vermögenseinbußen führen kann. Im Schrifttum wird dies zurecht als „unzulässiger Formenmissbrauch“ bezeichnet (*Zieschang GA 2014, 91 ff., 105.*; siehe auch *Wohlers, ZGR 2016, 364 ff., 381*).

Daher fordert der BPI die Streichung des § 14.

Daneben sollen präventive Zwecke verfolgt werden. Diese verbindet der Entwurf vor allem mit der Implementierung von Compliance-Instrumenten, die im Entwurf als „Vorkehrungen zur Vermeidung und Aufdeckung von Verbandstaten“ (§ 15 Abs. 3 Nr. 6) bezeichnet werden und deren inhaltliche Ausgestaltung unklar bleibt. Insoweit setzen sich die bereits oben dargelegten Bestimmtheitsdefizite fort.

c. Spezifische Benachteiligung forschungsstarker Unternehmen

Durch die Anbindung an den Umsatz werden Unternehmen benachteiligt, die hohe Umsätze benötigen, um diese in F&E Aktivitäten zu investieren. Der Gesetzesentwurf kann daher, verhalten sich die Unternehmen zweckrational, eine Wachstums- und Innovationsbremse darstellen.

Da je nach Branche und Ausrichtung der Unternehmen hohe Umsätze nicht notwendig mit hohen Gewinnen korrelieren, wird durch den Bezug auf den Umsatz auch das Ziel des Entwurfes verfehlt, „Belastungsgleichheit“ für große Unternehmen und multinationale Konzerne zu erzielen (vgl. S. 57).

4. Interne Untersuchungen und Beschlagnahmefreiheit

Der Referentenentwurf führt auch die internen Untersuchungen einer gesetzlichen Regelung zu. Die Durchführung einer internen Untersuchung, die bestimmten definierten Standards genügen muss, wird mit einer fakultativen Strafmilderung honoriert, § 17. Die Strafmilderung setzt unter anderem voraus, dass die interne Untersuchung nicht von einer Person durchgeführt wurde, die zugleich die Rolle des Unternehmens- oder Individualverteidigers eingenommen hat. Die interne Untersuchung kann nach § 41 auch dazu führen, dass von der Verfolgung einstweilen abgesehen wird.

Der BPI begrüßt im Interesse der Rechtssicherheit (S. 56) grundsätzlich die gesetzliche Regelung und strafmildernde Wirkung der internen Untersuchungen, die nach Übernahme aus dem Common Law bereits jetzt zur gelebten Praxis im Bereich des Wirtschaftsstrafrechts gehören. Änderungsbedarf sieht der BPI jedoch bei den Regelungen über das Schweigerecht und die Beschlagnahmefreiheit (siehe Art. 4 des Entwurfs, S. 37), die deutlich hinter den Regelungen aus dem Rechtskreis des Common Law zurückbleiben.

Die Ergebnisse interner Untersuchungen unterliegen im Common Law einem umfassenden legal privilege und der Beschlagnahmefreiheit nach der work product doctrine (*Schneider*, ZIS 2016, 626 ff.). Nach diesen Prinzipien hat das Unternehmen die Kontrolle über den Informationsfluss an die Ermittlungsbehörden und kann eigenverantwortlich entscheiden, ob die Ergebnisse der Untersuchung der Justiz zur Verfügung gestellt werden. Dem entspricht der Ansatz, die freiwillige Zurverfügungstellung der Ergebnisse der internen Untersuchung zu belohnen.

Nach gegenwärtiger Rechtslage in Deutschland unterliegt nur die Kommunikation zwischen Verteidiger und seinem Mandanten der Beschlagnahmefreiheit nach § 97 Abs. 1 Nr. 1 StPO. Aufzeichnungen des Verteidigers über Mitteilungen, die ihm von seinem Mandanten anvertraut wurden, können ebenfalls nicht beschlagnahmt werden, § 97 Abs. 1 Nr. 2 StPO. Auch sonstige Gegenstände, zum Beispiel Urkunden, die dem Verteidiger von Dritten übergeben wurden, unterliegen nicht der Beschlagnahme, § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO. Von dem zuletzt genannten Grundsatz der Beschlagnahmefreiheit „sonstiger“ Unterlagen wird schon nach geltender Rechtslage eine praxisrelevante Ausnahme gemacht. Unterlagen, die sich auf interne Untersuchungen beziehen, das heißt zum Beispiel Berichte, Interviewprotokolle und andere Beweismittel unterliegen nach herrschender Meinung nicht dem Schutz des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO. Diese kürzlich vom Bundesverfassungsrecht im „*Jones Day Verfahren*“ bestätigte Rechtsauffassung soll nach den geplanten Rechtsänderungen nunmehr im Gesetz festgeschrieben werden. Denn nach der Neufassung des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO soll sich der

Beschlagnahmeschutz auf solche Unterlagen beschränken, die sich auf ein Vertrauensverhältnis zwischen dem Mandanten und dem Verteidiger beziehen.

Zwar ordnet § 24 Abs. 1 ergänzend an, dass die Regelungen der Strafprozessordnung auf das Sanktionsverfahren entsprechend anzuwenden sind. Es fehlt aber die ausdrückliche Klarstellung, dass vom Zeugnisverweigerungsrecht und der Beschlagnahmefreiheit auch solche Unterlagen erfasst sind, die sich auf interne Untersuchungen beziehen. Tritt der Verband in den Beschuldigtenstatus ein und wird er Objekt eines Ermittlungsverfahrens, sollte ihm daher nach denselben Prinzipien Waffengleichheit zugestanden werden, die für das Strafverfahren gegen natürliche Personen gelten.

Dies gilt jedenfalls dann, wenn die interne Untersuchung durch den Unternehmensverteidiger durchgeführt oder von diesem veranlasst wird. Denn die Untersuchung gehört in diesem Fall zu den Verteidigeraktivitäten und steht unter dem Schutz des Vertrauensverhältnisses zum Beschuldigten.

Soweit indessen die Untersuchung gemäß § 17 Abs. 1 Nr. 2 von einem Dritten durchgeführt wurde, bei dem es sich nicht zugleich auch um den Unternehmensverteidiger handelt, ist die Ausklammerung der Unterlagen, die im Rahmen der internen Untersuchung herangezogen werden, aus dem Anwendungsbereich der Regelungen über die Beschlagnahmefreiheit vertretbar, weil in diesem Fall die mit der Untersuchung beauftragte Kanzlei nach dem Konzept des Entwurfes als „verlängerter Arm“ der Staatsanwaltschaft agiert. Insofern fragt es sich allerdings, weshalb eine freiwillige Herausgabe von Unterlagen prämiert werden soll (§ 17 Abs. 1 Nr. 4), wenn die Dokumente ohnehin jederzeit dem Zugriff der Ermittlungsbehörden zugänglich sind.

Der BPI fordert insofern die Überarbeitung der §§ 53, 97 StPO durch Klarstellung, dass Unterlagen des Unternehmensverteidigers auch dann beschlagnahmefrei sind, wenn dieser eine die Verteidigung vorbereitende interne Untersuchung durchgeführt hat.

Weiterhin sieht der BPI Überarbeitungsbedarf bei den Milderungsgründen, die im Zusammenhang mit der Durchführung der internen Untersuchung stehen. In § 17 Abs. 1 Nr. 5 wird zurecht auf die auch bisher anerkannten Standards für interne Untersuchungen Bezug genommen, und die Sanktionsminderung wird an die Erfüllung der in der Norm angeführten Voraussetzungen geknüpft. Problematisch ist allerdings, dass insoweit an eine dem Strafrecht

und Bußgeldrecht fremde Haftung für Erfüllungshilfen angeknüpft wird, denn die Sanktionsmilderung bleibt dem Unternehmen versagt, wenn der für die interne Untersuchung beauftragte Dritte die Voraussetzungen des § 17 Abs. 1 Nr. 5 nicht beachtet hat.

Der BPI regt insofern an, klarzustellen, dass der Verstoß gegen die in § 17 Abs.1 Nr. 5 genannten Verfahrensgrundsätze jedenfalls dann nicht zum Verlust der Sanktionsmilderung führt, wenn die durchführenden Personen sachgerecht ausgesucht wurden.

C. Ergebnis – Abschließende Bewertung

Abschließend sind die wesentlichen Kritikpunkte und Änderungsforderungen des BPI wie folgt zusammenzufassen:

Der BPI fordert:

- die verfassungsmäßige Ausgestaltung des § 3 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E dadurch herzustellen, dass in Anlehnung an § 130 OWiG nur ein schuldhaftes Unterlassen angemessener Organisationsmaßnahmen zu einer Verbandsverantwortlichkeit führen kann;
- in § 2 Abs. 1 Nr. 2 e), mindestens aber in der Gesetzesbegründung klarzustellen, dass für die Qualifikation als Leitungsperson stets eine Ausstattung mit Weisungsbefugnissen und damit verbundener Disziplinargewalt vorausgesetzt ist;
- im Zusammenhang mit der verschuldensabhängigen Ausgestaltung des § 3 Abs. 1 Nr. 2 klarzustellen, dass eine Bescheinigung über die „Angemessenheit“ der von einem Unternehmen getroffenen Vorkehrungen zur Vermeidung von Verbandstaten durch eine sachkundige und ggf. akkreditierte Stelle den Verschuldensvorwurf entfallen lassen kann;
- in der Gesetzesbegründung klarzustellen, dass auch kollektive Compliance-Maßnahmen einer ganzen Branche bei entsprechender Implementierung im Unternehmen angemessene Vorkehrungen zur Vermeidung von Verbandstaten darstellen können;
- statt des „Einheitsstrafrahmens“ Sanktionsrahmen vorzusehen, die auf die Strafrahmen der verwirklichten Straftatbestände bezogen sind;
- die Streichung des § 14 um die unvermeidliche Prangerwirkung für die betroffenen Verbände zu verhindern;

- die Überarbeitung der §§ 53, 97 StPO durch Klarstellung, dass Unterlagen des Unternehmensverteidigers auch dann beschlagnahmefrei sind, wenn dieser eine die Verteidigung vorbereitende interne Untersuchung durchgeführt hat;
- klarzustellen, dass der Verstoß gegen die in § 17 Abs.1 Nr. 5 genannten Verfahrensgrundsätze dann nicht zum Verlust der Sanktionsmilderung führt, wenn die durchführenden Personen sachgerecht ausgesucht wurden.

Bundesverband der Pharmazeutischen Industrie e. V. (BPI)

- vertreten durch den Hauptgeschäftsführer, Dr. Kai Joachimsen -
Friedrichstraße 148, 10117 Berlin

Berlin, 12. Juni 2020

Der Bundesverband der Pharmazeutischen Industrie e.V. (BPI) ist als Interessenvertretung, die das breite Spektrum der Pharmaindustrie vertritt, ein wichtiger Teil der pluralistischen Gesellschaft. Er artikuliert die vielfältigen Interessen seiner rund 270 Mitgliedsunternehmen mit ihren rund 78.000 Mitarbeitern. Seine Aufgabe als Verband ist es, die gemeinsamen wirtschaftlichen Interessen der pharmazeutischen Industrie zu vertreten. Die für ihn wichtigen Themen wie Gesundheits- und Standortpolitik, Versorgungssicherheit und Arzneimittelgesetzgebung vertritt der BPI auf Landes- und Bundesebene sowie in Europa.