

Infoletter

Zentrum für Wettbewerbs- und Handelsrecht

Compliance Kompakt

November 2019

Entwurf eines deutschen Gesetzes zur Bekämpfung der Unternehmenskriminalität: Auswirkungen auf Schweizer Unternehmen / Unternehmen mit einer Schweizer Holding

Was muss ich als Schweizer Compliance-Verantwortlicher und Verantwortliche dazu wissen?

In Deutschland wurde Mitte August 2019 der Entwurf zum Gesetz zur Bekämpfung der Unternehmenskriminalität veröffentlicht. Dieser führt für Deutschland die Verantwortlichkeit des Unternehmens als juristische Person für Fehlverhalten seiner Mitarbeiter und Organe ein. Welche Auswirkungen hat dies auf Schweizer Unternehmen beziehungsweise Unternehmen mit Holding in der Schweiz? Wie muss die Compliance-Abteilung hiermit umgehen? Antworten darauf liefert dieser Artikel.

Inhaltsübersicht

Mit insgesamt 69 Paragraphen regelt der Entwurf die Voraussetzungen der Sanktionierung, die Rechtsfolgen inklusive Sanktionszumessung und Verjährung sowie Zuständigkeit, Verfahren und abschliessend die Details zu einem Verbandssanktionenregister (Anm.: der Entwurf spricht von einem Verband. Hiermit ist ein Unternehmen mit allen seinen Tochtergesellschaften gemeint).

Im Gegensatz zur bestehenden Rechtslage werden hier bei Fehlverhalten aus dem Unternehmen heraus zusätzliche Unternehmenssanktion verhängt (Paragraphen 8 bis 15 des Entwurfs). Nach bisheriger Rechtslage ist die Bebussung nach dem deutschen Ordnungswidrigkeitengesetz (OWiG) auf zehn Millionen Euro für vorsätzliche Taten begrenzt. Hinzu kommt vor allem eine in der Höhe nicht begrenzte Möglichkeit zur Gewinnabschöpfung, die in der Vergangenheit in grossen Wirtschaftsfällen, wie in etwa im Siemens-Fall, von staatlicher Seite genutzt wurde und zunehmend genutzt wird.

Für ausländische Gesellschaften, wie solche aus der Schweiz, soll das Gesetz nach § 2 Abs. II Nr. 3 und 4 i.V.m. § 2 Abs. I Nr. 3 Anwendung finden, soweit ein Sitz im Inland, also Deutschland, vorgelegen hat und eine Verbandsstraftat, also eine Straftat, durch die Pflichten, die das Unternehmen treffen, verletzt worden sind oder durch die das Unternehmen bereichert worden ist oder werden sollte, begangen wurde.

Relevanteste Paragraphen für die interne Compliance-Organisation

§ 3 Abs. I Nr. 2 lautet:

«Gegen einen Verband wird eine Verbandssanktion verhängt, wenn jemand

.. sonst in Wahrnehmung der Angelegenheiten des Verbands eine Verbandsstraftat begangen hat, wenn Leitungspersonen des Verbands die Straftat durch angemessene Vorkehrungen zur Vermeidung von Verbandsstraftaten wie insbesondere Organisation, Auswahl, Anleitung und Aufsicht hätten verhindern oder wesentlich erschweren können.»

Hier beschreibt der Entwurf die Legalitäts(kontroll)pflichten der Organe, die auch bisher ein massgeblicher Ausgangspunkt für die Einführung eines CMS dargestellt haben. In Gesetzesform gegossen heisst dies nun konkret für Unternehmen: Fehlen solche Vorkehrungen und Aufsicht, ergibt sich daraus eine Verbandssanktion, soweit es zu einem Verstoss gekommen ist.

Verbandssanktionen sind gemäss § 8 des Entwurfs

1. die Verbandsgeldsanktion,
2. die Verwarnung mit Verbandsgeldsanktionsvorbehalt und
3. die Verbandsauflösung.

Die Verbandsgeldsanktion beläuft sich bei Unternehmen mit einem durchschnittlichen Jahresumsatz von mehr als 100 Millionen Euro bei Vorsatztaten auf bis zu zehn Prozent des durchschnittlichen Jahresumsatzes des gesamten Konzerns. Hierbei kann ein CMS vor oder nach der Tat bussgeldmindernd wirken (§ 16 Abs. 2 Nr. 6 und 7).

Eine Verwarnung kann nach §§ 10 ff dann ausreichen, wenn dies dem Gericht als ausreichend erscheint, hierdurch weitere Verbandsstraftaten in der Zukunft zu vermeiden, eine Gesamtwürdigung zur Entbehrlichkeit der Strafverhängung kommt und die Verteidigung der Rechtsordnung die Sanktionsverhängung nicht erfordert.

Die Verbandsauflösung nach § 14 dürfte als ultimo ratio gelten.

Ebenfalls unangenehm dürfte für Unternehmen die Möglichkeit der Veröffentlichung der Urteile unter bestimmten Umständen sein.

Schliesslich für den hiesigen Kurzabriss interessant ist § 18, der eine Milderung der Verbands-sanktionen dann in Aussicht stellt, wenn das Unternehmen während verbandsinterner Untersuchungen (uneingeschränkt) mit den Behörden kooperiert.

Relevanteste Stellen für die interne Compliance-Organisation in der Entwurfsbegründung

Für die Praxis nicht minder interessant ist die dem Gesetzestext folgende Begründung der Entwurfsersteller. Hieraus lässt sich die Intention des Gesetzgebers sowie die Auslegung der Paragraphen im Weiteren erkennen. Insoweit lohnt der Blick auf folgende, ausgewählte Stellen, die die höchste Relevanz für interne Compliance-Verantwortliche haben dürften.

Auf S. 55 heisst es u.a.: *«Compliance, das heisst alle Massnahmen zur Gewährleistung von rechtmäßigem Verhalten aller Verbandsangehörigen im Hinblick auf alle gesetzlichen Gebote und Verbote ... Für die Bemessung der Geldbuße ist es daher von Bedeutung, inwieweit die bebusste juristische Person ihrer Pflicht, Rechtsverletzungen aus der Sphäre des Unternehmens zu unterbinden, genügt und ein effizientes Compliance-Management installiert hat, das auf die Vermeidung von Rechtsverstößen ausgelegt sein muss. Dabei kann auch eine Rolle spielen, ob die juristische Person in der Folge dieses Verfahrens entsprechende Regelungen optimiert und ihre betriebsinternen Abläufe so gestaltet hat, dass vergleichbare Normverletzungen zukünftig jedenfalls deutlich erschwert werden:»*

Im Weiteren (S. 74 f) wird ausgeführt, an welche Taten die Verbandsstraftat anknüpfen kann, das heisst welche andere Tat dazu führt, dass die Verbandsstraftat gegen das Unternehmen verhängt wird. Die Anknüpfungstaten sind sehr weit gefasst und können auch aus Menschenrechtsverletzungen, Umweltdelikten oder Straftaten gegen den Wettbewerb erfolgen.

Interessant sind die angemessenen Massnahmen (S. 77), die das Unternehmen treffen muss, um Rechtsverstöße zu vermeiden. Hier soll das rechtlich Zulässige, Geeignete und Notwendige getan werden, ohne das Mass des Zumutbaren zu überschreiten. Letzteres kann in etwa dann der Fall sein, wenn eine zu starke Aufsicht so starkes Misstrauen bei den Mitarbeitenden erzeugt, dass der Betriebsfrieden gestört wird.

Schliesslich besteht die Chance, dass Elemente eines CMS bei der Sanktionsbemessung positiv berücksichtigt werden. Dies gegebenenfalls auch dann, wenn der Verstoss nicht verhindert werden konnte, weil zum Beispiel eine einzelne Leitungsperson eine Straftat begangen hat, aber das System grundsätzlich wirksam ist. Hingegen könne ein CMS mit schweren Defiziten kaum zu einer Sanktionsmilderung führen (S. 95 f).

Die weiteren Ausführungen des Entwurfs und der Begründung zu den §§ 17 bis 19 hinsichtlich der verbandsinternen Untersuchungen und deren Berücksichtigungen zu möglichen Milderungen werden im Beitrag von Frau Rita Pikó, ebenfalls in dieser Ausgabe des Compliance Kompakt, untersucht und hier deshalb ausgespart.

Auswirkungen und Empfehlung für Schweizer Unternehmen

Welche ersten zehn Schritte empfehlen sich daraus für interne Compliance-Officer in Schweizer Unternehmen?

1. Das Gesetz findet auch auf ausländische Gesellschaften Anwendung. Soweit daher eine deutsche Tochtergesellschaft eines Schweizer Unternehmens existiert, findet das Gesetz Anwendung. Der Compliance Officer muss sich daher in einem ersten Schritt mit dem Entwurf vertraut machen. Nach aktuellen Prognosen wird dieser 2020 in Kraft gesetzt.
2. Die Legalitäts(kontroll)pflichten der Organe werden detailliert aufgeführt. Für das unternehmenseigene CMS sollte der CO deshalb prüfen, in wieweit die Kontrollpflichten aktuell bereits erfüllt werden. Bestehen Lücken, sollten diese zeitnah behoben werden.

3. Für die Bemessung der Verbandsgeldsanktion spielt es eine Rolle, inwieweit das Unternehmen vor der Tat Vorkehrungen zur Vermeidung und Aufdeckung von Straftaten getroffen hat. Der CO sollte hier zunächst präventive Massnahmen genau prüfen, insbesondere ob diese geeignet, erforderlich und notwendig sind. Oftmals zeigt es sich, dass Massnahmen wie eine Richtlinie zunächst geeignet waren, aber in der Umsetzung Schwächen aufwiesen, die nicht immer behoben wurden.
4. Die Kooperation mit Behörden während einer Untersuchung wird als strafmildernd angeführt. Dies birgt eine Vielzahl von Fragen an den CO, zum Beispiel inwieweit andere in- und ausländische Gesetze missachtet oder ausgehöhlt werden, wie Mitarbeitende zu behandeln sind, ohne ihre Rechte zu verletzen. Da diese Kenntnisse vor allem von ausländischen Gesetzen die Expertise der meisten CO überschreiten, kann es sich hier empfehlen, externe Expertise beizuziehen.
5. Das CMS muss wirksam sein, also zur Vermeidung von Rechtsverstößen ausgelegt sein. Hier kann es sich empfehlen, soweit nicht innerhalb der letzten maximal zwei Jahre geschehen, eine Risikoanalyse durchzuführen. Ohne diese besteht die Gefahr, dass relevante Risiken nicht erkannt wurden und damit das CMS jedenfalls an dieser Stelle nicht wirksam aufgesetzt ist.
6. Sollte das Unternehmen bereits einmal eine Strafverfolgung und/oder ein Gerichtsverfahren durchlebt haben, sollte der CO die daraufhin erfolgten Systemoptimierungen dokumentieren. Sind noch keine Anpassungen erfolgt, sollte dies umgehend nachgeholt werden.
7. Die Verbandsstraftaten sind sehr weit ausgelegt. Darunter fallen nach der Entwurfsbegründung auch Menschenrechtsverletzungen und Umweltdelikte. Hier empfiehlt es sich für den CO in einem ersten Schritt zu prüfen, wer diese oder ähnliche Themen in seinem Unternehmen bearbeitet, da diese meist nicht innerhalb der zentralen Compliance-Organisation liegen. Dann ist in einem zweiten Schritt sicherzustellen, wie diese Risiken dort wirksam minimiert werden und wie die Kommunikation zwischen den Abteilungen aussieht, zum Beispiel gemeinsames Reporting oder Ähnliche.
8. Keine Verbandsstraftat liegt bei Taten vor, die sich ausschließlich gegen den Verband gerichtet haben. Hier kann es sich für den CO empfehlen, den Fokus seiner Bemühungen zu analysieren und gegebenenfalls zu ändern. Oftmals ist die Bekämpfung von Taten wie Diebstahl Teil der Compliance-Massnahmen. Soweit diese Taten aber nur gegen das Unternehmen gerichtet sind, werden diese nicht vom vorliegenden Entwurf erfasst. Bei Ressourcenengpässen kann es daher sinnvoll sein, den Fokus zu justieren.
9. Der Gesetzgeber fordert im vorliegenden Entwurf rechtlich zulässige, geeignete und notwendige Massnahmen, ohne das Mass des Zumutbaren zu überschreiten. Grenze kann unter anderem das den Betriebsfrieden störende und die Würde der Arbeitnehmer verletzende Mass an Aufsichtsmassnahmen sein, soweit es von zu starkem Misstrauen geprägt ist. Hier empfiehlt es sich für den CO in vorhandenen Grenzfällen, wo also gegebenenfalls aus Behördensicht an einer ausreichenden Kontrolle gezweifelt werden könnte, genau die Argumente aufzuführen und zu dokumentieren, worum es in genau diesen Fällen notwendig war, die Massnahmen so zu wählen, um gerade nicht vorgenannte Misstrauenskultur zu verwirklichen. Ob dies später in einem Fall von staatlicher Seite tatsächlich berücksichtigt wird, wie der Entwurf es in Aussicht stellt, bleibt jedoch abzuwarten.

10. Auch bei Verstößen kann ein CMS eine substantielle Sanktionsmilderung bewirken. Dies setzt ein Compliance-System voraus, welches Straftaten systematisch verhindert. Einzeltaten durch vorsätzliche Verstöße einzelner Leitungspersonen, die das CMS umgehen, können dabei unschädlich sein. Hier empfiehlt es sich für den CO noch einmal verstärkt zu kontrollieren, ob die Compliance-Massnahmen ausreichen, um systematische Verstöße zu verhindern.

Insgesamt empfiehlt es sich, das CMS weiter zu schärfen. Dazu können die vorgenannten zehn Punkte eine erste Hilfestellung geben. Ansonsten erfüllt ein CMS, welches sich an bestehenden Standards und Gesetzen orientiert, bereits viele der Anforderungen, die der vorliegende Entwurf fordert.

Dr. Katharina Hastenrath, Dozentin, Studiengangsleitung MAS Compliance