

## E. Auswirkungen des VerSanG-E auf das Ob und Wie der Durchführung einer verbandsinternen Untersuchung *de lege ferenda*

Auf diese Pflichten, die *de lege lata* bestehen, kann ein Gesetz, das dem Vorbild des VerSanG-E folgt, *de lege ferenda* Auswirkungen haben. Dies kann zum einen das Ob der Durchführung betreffen (I.). Weiterhin kann sich ein solches Gesetz auch auf das Wie der Untersuchungsdurchführung in unmittelbarer (II.) sowie mittelbarer (III.) Hinsicht, auswirken.

### I. Auswirkung auf das Ob der Durchführungspflicht

Eine den kartellrechtlichen Kronzeugenregelungen vergleichbare Rahmenbedingung findet sich im VerSanG-E. Inwiefern sich diese Regelungen auf die Vorstandspflichten auswirken, soll im Nachfolgenden untersucht werden.

Durch ein Gesetz, dessen Ausgestaltung dem Entwurf der Verbandsanktion folgt, würden erstmals Regelungen im Hinblick auf verbandsinterne Untersuchungen statuiert. Diese betreffen zum einen den rechtlichen Rahmen, in dem sich verbandsinterne Untersuchungen zu bewegen haben, § 17 VerSanG-E. Es finden sich nähere Vorgaben zum Aufklärungsbeitrag durch die verbandsinterne Untersuchung (wesentlicher Beitrag), zur Art und Weise der Durchführung der Untersuchung (Untersuchungsführer und Anforderung an die Mitarbeiterbefragung) und zum Umgang des Verbands mit den Behörden in Bezug auf die laufende Untersuchung (umfassende Kooperation) sowie in Bezug auf die Untersuchungsergebnisse und damit zusammenhängender Dokumente (Herausgabe).<sup>598</sup> Zum anderen finden sich Regelungen zu den Konsequenzen einer verbandsinterne Untersuchung, die den Vorgaben des § 17 Abs. 1, Abs. 2 VerSanG-E entspricht, § 18 VerSanG-E. Diese sind die Aussicht auf eine erhebliche Sanktionsmilderung, die Beschränkung der Öffentlichkeitwirkungen eines

---

598 Vgl. die Ausführungen zu Kap. C. II. 4. b) aa).

Sanktionsverfahrens sowie das vorläufige oder endgültige Absehen von der Verfolgung.<sup>599</sup>

Dabei stellt sich die Frage, wie sich diese Neuregelungen auf die Pflicht des Vorstands sowie auf seine Ermessensausübung im Zusammenhang mit der Durchführung einer verbandsinternen Untersuchung und der sich anschließenden Handhabung der Ergebnisse auswirkt.

Wird dem Vorstand eine Verbandstat oder der unternehmensrelevante Verdacht auf eine solche bekannt, trifft ihn die Pflicht, diese aufzuklären.<sup>600</sup> Aus seiner Sorgfaltspflicht sowie Legalitätspflicht wird dabei eine Pflicht zur Durchführung einer verbandsinternen Untersuchung abgeleitet.<sup>601</sup>

Die erste Vorschrift zu verbandsinternen Untersuchungen findet sich in der Norm des § 16 VerSanG-E. Durch sie trifft der Entwurfsverfasser eine Regelung hinsichtlich des Untersuchungsführers. Danach können verbandsinterne Untersuchungen sowohl durch den Verband selbst als auch durch von ihm beauftragte Dritte durchgeführt werden. Die Verwendung des Begriffs „können“ spricht eindeutig gegen die Statuierung einer Pflicht. Stattdessen nimmt der Entwurfsverfasser eine Klarstellung dahingehend vor, dass weder die Aufklärung einer Verbandstat mit eigenen Mitteln noch jene durch externe Berater der Charakterisierung als „verbandsintern“ entgegensteht.<sup>602</sup> Somit lassen weder der Wortlaut der Norm noch ihr Telos die Schlussfolgerung zu, dass § 16 VerSanG-E eine Pflicht zur Durchführung einer verbandsinternen Untersuchung enthält.

Auch die Norm des § 17 VerSanG-E leistet einen Beitrag zur Statuierung eines Rechtrahmens für verbandsinterne Untersuchungen. Dabei werden qualitative Anforderungen kodifiziert, bei deren kumulativem Vorliegen das Gericht die Sanktion mildern soll.<sup>603</sup> Normadressat ist somit das zuständige Gericht, nicht der Verband. Die Entwurfsbegründung stellt ausdrücklich klar, dass kein „Zwang zur Einhaltung dieser Vorgaben durch den Verband besteht“.<sup>604</sup> Damit ist dem VerSanG-E keine Pflicht zur Durchführung einer verbandsinternen Untersuchung zu entnehmen.

---

599 Vgl. die Ausführungen zu Kap. C. II. 4. b) cc); Kap. C. II. 4. c)

600 Vgl. die Ausführungen zu Kap. D. II. 1. a) aa).

601 Vgl. die Ausführungen zu Kap. D. II. 1. a) bb).

602 BT-Drs. 19/23568, S. 84.

603 BT-Drs. 19/23568, S. 85.

604 BT-Drs. 19/23568, S. 85.

## II. Unmittelbare Auswirkungen auf das Ausgestaltungsermessen

Der Norm des § 17 Abs. 1, Abs. 2 VerSanG-E sind die Vorgaben zu entnehmen, die erfüllt sein müssen, damit es regelmäßig zu einer Sanktionsmilderung kommt. Die Vorgaben betreffen die Art und Weise der Untersuchung sowie die Kooperation mit den Behörden und den Umgang mit den Untersuchungsergebnissen, daher könnte sich die Norm auf das Ausgestaltungsermessen des Vorstands im Zusammenhang mit der Durchführung von verbandsinternen Untersuchungen auswirken.

Die unmittelbare Auswirkung hängt dabei von der Rechtsnatur der Norm ab. Beinhaltet diese eine Verpflichtung des Verbands zur Erfüllung, so hat der Vorstand als Leitungsorgan diesen Anforderungen nachzukommen.<sup>605</sup>

### 1. Rechtsnatur der Vorschrift

#### a) Keine Rechtspflicht

Die Norm des § 17 Abs. 1 VerSanG-E enthält fünf Anforderungen, die im Zusammenhang mit der Durchführung von verbandsinternen Untersuchungen stehen. Dabei betreffen § 17 Nr. 2 und Nr. 5 VerSanG-E die konkrete Ausgestaltung der Untersuchung. Das Prinzip der Trennung von Verteidigung und Untersuchungsführung bezieht sich auf die Auswahl des Untersuchungsführers, während das Fairnessprinzip die konkrete Untersuchungsmethode der Mitarbeiterbefragung betrifft. Jedoch ist dem Entwurf nicht zu entnehmen, dass bei Durchführung einer (nach dem VerSanG-E freiwilligen) verbandsinternen Untersuchung die Anforderungen in Nr. 2 und Nr. 5 VerSanG-E *verpflichtend* zu erfüllen sind.<sup>606</sup>

#### b) Quasi-Obliegenheit

Stattdessen ist zu untersuchen, ob durch die gesetzgeberische Ausgestaltung der Norm eine Obliegenheit für den Verband entsteht, die Voraus-

---

605 Vgl. *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 93 Rn. 28; BGH, Urt. v. 10.7.2012 – VI ZR 341/10, NJW 2012, 3439, 3441; BGH, Urt. v. 27.8.2010 – 2 StR 111/09, NJW 2010, 3458, 3460.

606 Ebenso: *Lanzinner/Petrasch*, CCZ 2020, 109, 113.

setzungen des § 17 Abs. 1 VerSanG-E zu erfüllen. Dies könnte dadurch begründet werden, dass ohne die kumulative Erfüllung der Voraussetzungen des § 17 Abs. 1, Abs. 2 VerSanG-E eine Sanktionsmilderung nach §§ 17, 18 VerSanG-E nicht in Betracht kommt. Und, dass der Verband mithin durch die Nichtbeachtung des § 17 Abs. 1, Abs. 2 VerSanG-E möglicherweise Einbußen erleidet.

Gesetzlich kodifizierte Obliegenheiten sind etwa die Schadensfernhaltungsobliegenheit in § 254 Abs. 1 BGB, die Schadensabwendungs- und -minderungsobliegenheit in § 254 Abs. 2 BGB,<sup>607</sup> die Untersuchungs- und Rügeobliegenheit in § 377 HGB<sup>608</sup> sowie die Beantwortungsobliegenheit in § 362 HGB.<sup>609</sup> Gemeinsam ist ihnen, dass der Adressat durch Vornahme des gegenständlichen Verhaltens die Einbuße an seinen gesetzlich eingeräumten Rechtspositionen bzw. eine Abweichung von den gesetzgeberischen Wertungen zu seinen Lasten vermeiden kann. Im Falle des § 254 Abs. 1 bzw. Abs. 2 BGB bedeutet dies, dass der Gläubiger im Erhalt seines Anspruchs auf Ersatz der vollen Schadenshöhe ohne Abzüge bleibt, wenn er der Schadensfernhaltungsobliegenheit bzw. Schadensabwendungs- und -minderungsobliegenheit nachkommt. Im Falle des § 377 HGB führt die Einhaltung der Untersuchungs- und Rügeobliegenheit (Abs. 1) dazu, dass der Käufer im Erhalt seiner Rechte wegen des gerügten Mangels bleibt.<sup>610</sup> Hierzu zählen insbesondere seine gesetzlichen Kaufgewährleistungsrechte aus §§ 437 ff. BGB sowie sein Aufwendungsersatzanspruch nach § 445a BGB.<sup>611</sup> Bei § 362 HGB werden dem Adressaten des kaufmännischen Bestätigungsschreiben zwar keine gesetzlich gewährten Rechte entzogen, stattdessen wird bei Missachtung der Beantwortungsobliegenheit zu seinen Lasten von der gesetzgeberischen Wertung, wonach Schweigen keine Rechtswirkungen entfaltet,<sup>612</sup> abgewichen. Mithin führt die Beantwortung des Schreibens zur Aufrechterhaltung seiner Vertragsschlussfreiheit.

---

607 Vgl. grundlegend zu den Schadensminderungspflichten nach § 254 BGB *Looschelders*, Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht.

608 Vgl. zur Rügeobliegenheit nach § 377 HGB *Lieder/Hohmann*, JURA 2017, 1136 ff.

609 *Ernst*, in: Münch. Komm. BGB, Einl. SchuldR Rn. 14.

610 *Koch*, in: Oetker, HGB, § 377 Rn. 115; *Leyens*, in: Baumbach/Hopt, HGB, § 377, Rn 44; *Grunewald*, in: Münch. Komm. HGB, § 377 Rn. 94; *Roth*, in: Koller/Kindler/Roth/Düren, HGB, § 377 Rn. 19.

611 *Koch*, in: Oetker, HGB, § 377 Rn. 115.

612 *Eckert*, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, § 362 Rn. 1; *Welter*, in: Münch. Komm. HGB, § 362 Rn. 1;

Die Norm des § 17 VerSanG-E stellt eine Sanktionsmilderung in Aussicht, wenn die Voraussetzungen des Absatz 1, 2 erfüllt werden. Dabei zeigt die Norm folgende Unterschiede zur „klassischen Obliegenheit“: Bei den Obliegenheiten im BGB und HGB ist die Ausgangslage jene, dass das Gesetz von der vormalig günstigen Ausgangslage (Kaufgewährleistungsrechte, Schadensersatzanspruch in voller Höhe, keine Willenserklärung durch Schweigen) durch Statuierung der Obliegenheit abweicht. Es legt es dabei in die Hände des Adressaten durch Vornahme des gewünschten Verhaltens, die ursprünglich günstige Ausgangslage *beizubehalten*. Missachtet er die Obliegenheit, bleibt es bei der nachteiligen Wertung des Gesetzes. Bei der Norm des § 17 VerSanG-E räumt der Entwurfsverfasser die Möglichkeit ein, von einer ungünstigen Ausgangslage des Adressaten abzuweichen, indem sich das Sanktionshöchstmaß um die Hälfte reduziert und das Mindestmaß entfällt, wenn das gewünschte Verhalten (Erfüllung der Vorgaben des § 17 Abs. 1, Abs. 2 VerSanG-E) vorgenommen wird. Es geht, anders als bei den Obliegenheiten im BGB und HGB, nicht darum, eine gesetzliche Rechtsposition oder gesetzgeberische Wertung durch Vornahme eines Verhaltens aufrechtzuerhalten. Stattdessen geht es um die Verminderung der Konsequenzen für eigenes Fehlverhalten, also die Verminderung des gesetzgeberischen Tadels.

Weiterhin besteht ein Unterschied dahingehend, dass bei der Sanktionsmilderung nach § 17 VerSanG-E die Besserstellung des Verbands auf einer gerichtlichen Ermessensentscheidung beruht. Trotz Erfüllung der Anforderungen im Zusammenhang mit der verbandsinternen Untersuchung reduziert sich die Sanktion nicht unmittelbar. Anders ist dies etwa bei Vornahme der Mängelrüge in § 377 HGB. Hier behält der Käufer unmittelbar seine aus der Mangelhaftigkeit der Ware resultierenden Rechte.

Allerdings ist das Gericht in seiner Ermessensentscheidung über die Gewährung der Sanktionsmilderung gebunden,<sup>613</sup> sodass eine Versagung der Sanktionsmilderung bei Erfüllung der Voraussetzungen des § 17 Abs. 1 VerSanG-E nur in atypischen Fällen in Betracht kommt.<sup>614</sup> Aufgrund der

---

613 BT-Drs. 19/23568, S. 85. Die Änderung der Vorschrift von einer Kann-Vorschrift in eine Soll-Vorschrift wird von der Literatur einhellig begrüßt, vgl. *Knauer*, NStZ 2020, 441, 445; *Lanzinner/Petrasch*, CCZ 2020, 183, 184; *Nienaber/Schauenburg/Wenglarczyk*, NZWiSt 2020, 223, 226; *Knauer*, NStZ 2020, 441, 445.

614 Vgl. zum intendierten Ermessen im Bereich der Sozialgerichtsbarkeit: LSG Sachsen, Urt. v. 29. 4.2015 – L 8 AS 780/14, BeckRS 2016, 71990; LSG Thüringen, Beschl. v. 8.4.2015 – L 4 AS 263/15 B ER, BeckRS 2015, 68069; zum intendierten Ermessen des Gerichts im Verwaltungsrecht: *Reise*, in: Schoch/Schneider, VwGO, § 87b Rn. 61 „nur in ausnahmweise“.

### III. Mittelbare Auswirkungen auf das Ermessen aufgrund der Innenhaftung des Vorstands

bestehenden Unterschiede kann die Norm zwar nicht als klassische Obliegenheit bezeichnet werden. Jedoch bestehen gewichtige Gemeinsamkeiten mit den sonstigen Obliegenheiten, etwa im BGB und HGB, sodass von einer „Quasi-Obliegenheit“ auszugehen ist.<sup>615</sup> Die Wirkung ist mit der einer klassischen Obliegenheit zu vergleichen; es besteht keine Verpflichtung zur Vornahme eines Verhaltens, stattdessen wird ein Anreiz gesetzt. Unterlässt der Adressat das gewünschte Verhalten bleibt es nach den Regelungen im VerSanG-E bei der drohenden Sanktion in voller Höhe. Eine darüberhinausgehende Verschlechterung als die, die der Verband durch Begründung der Verbandsverantwortlichkeit selbst geschaffen hat, ist bei Nichterfüllung des gewünschten Verhaltens, nicht zu befürchten.

#### 2. Unmittelbare Auswirkung auf das Ermessen des Vorstands durch § 17 VerSanG-E

Fraglich ist, ob und wie sich die Quasi-Obliegenheit auf das Ermessen des Vorstands hinsichtlich der Ausgestaltung der verbandsinternen Untersuchung auswirkt. Die Quasi-Obliegenheit betrifft jedoch den Verband; ist er es, dem die Sanktion droht und dem mithin die Sanktionsmilderung zugutekommt. Die Norm alleine kann sich mithin nicht auf das Ermessen des Vorstands auswirken.

### III. Mittelbare Auswirkungen auf das Ermessen aufgrund der Innenhaftung des Vorstands

Die Norm des § 17 Abs. 1, Abs. 2 VerSanG-E könnte sich mittelbar auf das Ermessen des Vorstands auswirken, indem sie sein Haftungsrisiko im Innenverhältnis zur Gesellschaft nach § 93 Abs. 2 iVm Abs. 1 S. 2 AktG erhöht, wodurch sich eine faktische Pflicht zur Erfüllung der Voraussetzungen und damit zur Nutzung der Sanktionsminderungsoption ergibt. Ändert sich durch die Norm des § 17 Abs. 1, Abs. 2 VerSanG-E etwas an der Einordnung der Entscheidung als unternehmerische hin zu gebundenen, weil eine Pflicht zur Nutzung statt eines Ermessens besteht, so erhöht sich sein Haftungsrisiko deshalb, weil ihm dann nicht mehr die Haftungsprivilegierung des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG zugutekommt. Zur Untersuchung

---

615 In diese Richtung auch: *Knauer*, NStZ 2020, 441, 449; *Teicke*, CCZ 2019, 298, 300; *Schmitz*, Wij 2019, 154, 159.

dieser Fragestellung wird zunächst die Innenhaftung des Vorstands nach dem AktG (1.) bei gebundenen sowie nicht gebundenen Entscheidungen (Ermessensentscheidungen) beleuchtet und sodann eine Einordnung der Entscheidung über die Erfüllung der Sanktionsmilderungsoption in eine der beiden Kategorien vorgenommen (2.).

## 1. Innenhaftung des Vorstands nach dem AktG

Die Haftung des Vorstands gegenüber der Gesellschaft richtet sich nach § 93 Abs. 2 AktG. Eine Haftung nach § 93 Abs. 2 AktG kommt in Betracht, wenn ein Vorstandsmitglied schuldhaft eine ihm obliegende Pflicht verletzt hat und der Gesellschaft dadurch ein Schaden entstanden ist.

Die Norm des § 17 VerSanG-E kann sich dabei vor allem auf die Pflichten des Vorstands auswirken und dadurch bewirken, dass die Haftungsprivilegierung des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG keine Anwendung findet, sodass eine Pflichtverletzung in der unterbliebenen Inanspruchnahme der Sanktionsmilderungsoption liegen kann. Ist dies der Fall, hat der Vorstand – sofern die weiteren Voraussetzungen des Verschuldens und des kausalen Schadens im konkreten Einzelfall vorliegen – für den Schaden aufzukommen, der dem Verband aufgrund der Entscheidung gegen die Erfüllung der Sanktionsmilderungsvoraussetzungen entsteht.

### a) Allgemeine Pflichten

Um zu bestimmen, ob durch die fehlende Erfüllung der Sanktionsmilderungsvoraussetzungen eine Pflicht verletzt werden kann, soll zunächst ermittelt werden, welche Pflichten den Vorstand treffen.

Der Vorstand hat diverse spezifische aktienrechtliche Pflichten zu erfüllen, wie etwa die Pflicht zur Berichterstattung an den Aufsichtsrat gemäß § 90 Abs. 1 AktG, die Pflicht zur ordnungsgemäßen Buchführung und Bilanzierung gemäß § 91 Abs. 1 AktG oder die Pflicht zur Errichtung eines Überwachungssystems nach § 91 Abs. 2 AktG.

Daneben trifft den Vorstand die allgemeine Sorgfaltspflicht aus § 93 Abs. 1 S. 1 AktG. Dieser kommt eine Doppelfunktion zu. Zum einen ist ihr ein objektiver Verschuldensmaßstab zu entnehmen, der eine Konkretisierung des § 276 Abs. 2 BGB, § 347 Abs. 1 HGB darstellt; weiterhin

beinhaltet sie eine objektive Verhaltenspflicht.<sup>616</sup> Der allgemeinen Sorgfaltspflicht werden diverse Einzelpflichten entnommen, etwa die Legalitätspflicht, die Überwachungspflicht, die Treuepflicht sowie eine Sorgfaltspflicht im engeren Sinne.<sup>617</sup> Vom Vorstand wird die umfängliche Wahrnehmung der übertragenen Leitungsaufgabe nach § 76 Abs. 1 AktG im Rahmen des gesetzlich vorgegebenen Pflichtenprogramms gefordert. Der konkrete Inhalt und Umfang der Leitungsaufgabe hängt dabei von den Umständen des Einzelfalls ab, insbesondere von der Größe des Unternehmens, von der Unternehmensbranche sowie von der wirtschaftlichen Situation.<sup>618</sup> Die Unternehmensleitung muss dabei stets so erfolgen, dass der Vorteil der Gesellschaft gewahrt und Schaden von ihr abgewendet wird.<sup>619</sup> Es besteht mithin eine Rechtspflicht zur Orientierung der Leitung an einer dauerhaften Rentabilität der Gesellschaft<sup>620</sup> sowie eine Schadensabwendungs-<sup>621</sup>

#### b) Haftung in Abhängigkeit der Rechtsnatur der Entscheidung

In Bezug auf die Entscheidungen, welche der Vorstand seinen Pflichten entsprechend trifft, unterscheidet man zwischen unternehmerischen (aa)) sowie gebundenen Entscheidungen(bb)).<sup>622</sup> Die Haftung des Vorstands ist

---

616 Koch, in: Hüffer/Koch, AktG, § 93 Rn. 5; Bürgers, in: Bürgers/Körper/Lieder, AktG, § 93 Rn. 2; Krieger/Sailer-Coceani, K.Schmidt/Lutter, AktG, § 93 Rn. 5; Mertens/Cahn, in: Köln. Komm. AktG, § 93 Rn. 11; Spindler, in: Münch. Komm. AktG, § 93 Rn. 21; Fleischer, in: BeckOGK AktG, § 93 Rn. 15; ders., in: HdB. VorstandsR, § 7 Rn. 1; Hop/Roth, in: Großkomm. AktG, § 93 Rn. 52.

617 Fleischer, in: BeckOGK AktG, § 93 Rn. 15; Spindler, in: Münch. Komm. AktG, § 93 Rn. 22; Mertens/Cahn, in: Köln. Komm. AktG, § 93 Rn. 11.

618 Fleischer, in: BeckOGK AktG, § 93 Rn. 15; ders., in: Fleischer, HdB. VorstandsR, § 7 Rn. 27.

619 Spindler, in: Münch. Komm. AktG, § 93 Rn. 26; Fleischer, in: BeckOGK AktG, § 93 Rn. 15; Bürgers, in: Bürgers/Körper/Lieder, AktG, § 93 Rn. 2; Hop/Roth, in: Großkomm. AktG, § 93 Rn. 52; BGH, Urt. v. 27.9.1956 – II ZR 144/55, NJW 1956, 1753, 1754; Mertens/Cahn, in: Köln. Komm. AktG, § 93 Rn. 66.

620 Kort, in: Großkomm. AktG, § 76 Rn. 53; Mertens/Cahn, in: Köln. Komm. AktG, § 76 Rn. 22; Koch, in: Hüffer/Koch, AktG, § 76 Rn. 34; Fleischer, in: DB 2014, 1971, 1974.

621 Verse, ZHR 175 (2011), 401, 405; ders. in: Scholz GmbHG, § 43 Rn. 154; Mertens/Cahn, in: Köln. Komm. AktG, § 93 Rn. 66; Hop/Roth, in: Großkomm. AktG, § 93 Rn. 60.

622 Spindler, in: Münch. Komm. AktG, § 93, Rn. 49; Weber-Rey/Buckel, AG 2011, 845, 849; BT-Drs. 15/5092, S. 11, wonach die gebundene Entscheidung den



unterschiedlich bei gebundenen und Ermessensentscheidungen ausgestaltet. Im Gegensatz zur gebundenen Entscheidung kommt dem Vorstand bei den unternehmerischen Entscheidungen ein Ermessenspielraum zu. Dabei muss sich die unternehmerische Entscheidung nach dem gesetzlichen Haftungsprivileg der Business Judgement Rule in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG nur daran messen lassen, ob sie vernünftigerweise, bei angemessener Informationslage und in gutem Glauben getroffen sowie vom Gesellschaftswohl getragen wurde. Bei gebundenen Entscheidungen kommt diese Privilegierung nicht in Betracht, sodass eine Pflichtverletzung vorliegt, wenn nicht im Sinne der einzig möglichen Entscheidungsoption gehandelt wird.<sup>623</sup>

aa) Ermessensentscheidung

Bei der Wahrnehmung seiner Leitungsaufgabe hat der Vorstand ein weites unternehmerisches Ermessen, welches es ihm ermöglicht, die von ihm verlangte unternehmerische Tätigkeit auszuführen.<sup>624</sup> Nur so kann er mit der nötigen Flexibilität auf die Gegebenheiten des Marktes reagieren und die AG in eigener Verantwortung leiten.<sup>625</sup> Der Vorstand muss in der Lage bleiben Chancen, die sich oftmals erst durch risikoreiche Geschäfte ergeben, wahrzunehmen.<sup>626</sup> Dies setzt jedoch voraus, dass er nicht für den Erfolg seines Handelns – der im Zeitpunkt der Vornahme risikoreicher Geschäfte oftmals ungewiss ist – haftbar gemacht wird, sondern lediglich für sorgfaltswidriges Verhalten bei Vornahme der Entscheidung.<sup>627</sup> Die Zubilligung unternehmerischen Ermessens durch die Rechtsprechung erfolgte erstmals ausdrücklich in der *ARAG/Garmenbeck*<sup>628</sup>-Entscheidung des

---

Gegensatz zur unternehmerischen Entscheidung bildet; *Mertens/Cahn*, in: Köln. Komm. AktG, § 93 Rn. 17; *Spindler*, in: Münch. Komm. AktG, § 93 Rn. 49.

623 Vgl. *Strohn*, CCZ 2013, 177, 178.

624 BGH, Urt. v. 21.4.1997 – II ZR 175/95, NJW 1997, 1926; *Fleischer*, in: *Fleischer*, HdB. VorstandsR, § 7 Rn. 3; *ders.*, in: BeckOGK AktG, § 93 Rn. 18; *Hopt/Roth*, in: Großkomm. AktG, § 93 Rn. 53; *Spindler*, in: Münch. Komm. AktG, § 76 Rn. 36; § 93 Rn. 43; *Bürgers*, in: *Bürgers/Körber/Lieder*, AktG, § 93 Rn. 9; *Paefgen*, AG 2004, 245.

625 *Spindler*, in: Münch. Komm. AktG, § 93 Rn. 43.

626 *Brömmelmeyer*, WM 2005, 2065, 2066.

627 *Spindler*, in: Münch. Komm. AktG, § 93 Rn. 43; *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 93 Rn. 77; *ders.*, in: *Fleischer*, HdB. VorstandsR, § 7 Rn. 3, 46; *Ibrig*, WM 2004, 2098, 2102; *Schäfer*, ZIP 2005, 1253, 1255.

628 BGH, Urt. v. 21.4.1997 – II ZR175/95, NJW 1997, 1926.

BGH.<sup>629</sup> Die Entscheidung fand großen Zuspruch in der Literatur und ließ die Rufe nach einer gesetzlichen Kodifizierung, die zu eigenen Gesetzesvorschlägen führten,<sup>630</sup> laut werden. Der Gesetzgeber hat sodann die Haftungsprivilegierung des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG mit der Bezeichnung als „Haftungsfreiraum im Bereich qualifiziert unternehmerischer Entscheidungen“<sup>631</sup> mit Einführung des UMAG im Jahr 2005 niedergeschrieben.<sup>632</sup>

Die Haftungsprivilegierung des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG dient der Absicherung des unternehmerischen Freiraums und erkennt an, dass insbesondere prognoseträchtige Entscheidungen nicht aus ex post-Sicht des Gerichts anhand ihres Erfolgs gemessen werden können (*hindsight-bias*), da andernfalls eine den Unternehmenserfolg abträgliche risikoaverse Haltung gefördert würde.<sup>633</sup> Sie gibt den Maßstab vor, an dem sich eine unternehmerische Entscheidung des Vorstands messen lassen muss.

Nach § 93 Abs. 1 S. 2 AktG liegt „eine Pflichtverletzung [...]“ nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Informationen zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.“ Liegen diese Voraussetzungen vor, hat dies zur Folge, dass ein Rückgriff auf § 93 Abs. 1 S. 1 AktG gesperrt ist.<sup>634</sup> Umgekehrt bedeutet es nicht, dass bei Nichtvorliegen der Voraussetzung des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG ohne Weiteres eine Pflichtver-

---

629 *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 93 Rn. 78; *ders.*, in: *Fleischer*, HdB. VorstandsR, § 7 Rn. 3; *Grigoleit/Tomasic*, in: *Grigoleit*, AktG, § 93 Rn. 37.

630 Der erste Vorschlag erfolgte durch *Ulmer*, ZHR 163 (1999), 290, 299 und lautete „Eine Pflichtverletzung liegt nicht vor, wenn der Schaden durch unternehmerisches Handeln im Interesse der Gesellschaft auf der Grundlage angemessener Informationen verursacht wurde, auch wenn dieses Handeln sich aufgrund späterer Entwicklungen oder Erkenntnisse als für die Gesellschaft nachteilig erweist.“

631 BT-Drs. 15/5092, S. 10; kritisch zum Begriff: *Ibrig*, WM 2004, 2098, 2103.

632 *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 93 Rn. 79.

633 *Spinder*, in: Münch. Komm. AktG, § 93 Rn. 43; *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 93 Rn. 77.

634 *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 93 Rn. 82; *ders.*, ZIP 2004, 685, 688 f.; *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, § 93 Rn. 14; *Ibrig*, WM 2004, 2098, 2103; *Sailer-Coceani*, in: K.Schmidt/Lutter, AktG, § 93 Rn. 14.

letzung anzunehmen ist.<sup>635</sup> Stattdessen muss das Gericht positiv feststellen, dass das Verhalten des Vorstandsmitglieds pflichtwidrig war.<sup>636</sup>

#### bb) Gebundene Entscheidungen

Bei einer rechtlich gebundenen Entscheidung hat der Vorstand keinen Entscheidungsspielraum; stattdessen ist nur ein bestimmtes Verhalten des Vorstandsmitglieds rechtmäßig.<sup>637</sup> Die Haftungsprivilegierung des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG findet keine Anwendung mit der Folge, dass das Gericht vollständig überprüfen kann, ob das Vorstandsmitglied durch seine Entscheidung seiner gesetzlichen oder vertraglichen Pflicht nachgekommen ist.<sup>638</sup> Eine gebundene Entscheidung liegt hinsichtlich der Beachtung gesetzlicher, satzungsmäßiger sowie anstellungsvertraglicher Pflichten vor.<sup>639</sup>

#### cc) Zwischenergebnis

Für die Innenhaftung des Vorstandsmitglieds bedeutet dies, dass sein Haftungsrisiko bei unternehmerischen Entscheidungen geringer ist, da sich diese nur am eingeschränkten Maßstab des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG messen lassen müssen. Dabei können mehrere Handlungsoptionen rechtmäßig sein, solange das Vorstandsmitglied vernünftigerweise annehmen durfte auf der Grundlage angemessener Informationen und zum Wohle der Ge-

---

635 Die Meinungen gehen dabei auseinander, ob es sich in dogmatischer Hinsicht um eine gesetzliche Konkretisierung des Sorgfaltsmaßstabs handelt, so etwa *Hopt/Roth*, in: Großkomm. AktG, § 93 Rn. 67; *Spindler*, in: Münch. Komm. AktG, § 93 Rn. 46; *Brömmelmeyer*, WM 2005, 2065, 2068; *Weiss/Buchner*, WM 2005, 162, 165, einen Tatbestandsausschluss, so etwa *Fleischer*, in: *Fleischer, HdB. VorstandsR.*, § 7 Rn. 51; *Dauner-Lieb*, in: *Henssler/Strohn, GesR.*, § 93 AktG Rn. 19 oder eine unwiderlegliche Rechtsvermutung, so etwa *Koch*, in: *Hüffer/Koch, AktG* § 93 Rn. 14; *ders.*, ZGR 2006, 769, 784; *Bürgers*, in: *Bürgers/Körber/Lieder*, § 93 Rn. 10; *Lutter*, in: FS Canaris, S. 254, 247 ff.

636 *Spindler*, in: Münch. Komm. AktG, § 93 Rn. 47; *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 93 Rn. 82; *Koch*, in: *Hüffer/Koch, AktG*, § 93 Rn. 12; OLG München, Endurt. v. 12.01.2017 – 23 U 3582/16, NZG 2017, 378.

637 Vgl. *S.H. Schneider*, DB 2005, 707, 709; *Mertens/Cahn*, in: Köln. Komm. AktG, § 93 Rn. 17.

638 Vgl. *S.H. Schneider*, DB 2005, 707, 709; *Bürgers*, in: *Bürgers/Körber/Lieder*, § 93 Rn. 11; *Spindler*, in: Münch. Komm. AktG, § 93 Rn. 49.

639 BT-Drs. 15/5092, S. 11.

sellschaft zu handeln. Bei gebundenen Entscheidungen ist das Risiko der Haftung deshalb höher, da die der Entscheidung zugrundeliegende Pflicht befolgt werden muss, andernfalls haftet das Vorstandsmitglied. Es gibt mithin nur eine Handlungsoption.

## 2. Rechtsnatur der Entscheidung über die Erfüllung des § 17 Abs. 1, Abs. 2 VerSanG-E

Denkbar ist, dass der Vorstand gemäß § 93 Abs. 2 AktG der Gesellschaft gegenüber haftet, wenn die Voraussetzungen des § 17 Abs. 1, Abs. 2 VerSanG-E nicht erfüllt werden und daher keine Sanktionsmilderung in Betracht kommt, sodass gegen den Verband eine Sanktion in voller Höhe verhängt wird.

Maßgeblich für den Schadensersatzanspruch ist dabei insbesondere die Frage nach dem Vorliegen der Pflichtverletzung, die darin gesehen werden könnte, dass sich der Vorstand gegen die Erfüllung der Sanktionsmilderungsvoraussetzungen des § 17 Abs. 1, Abs. 2 VerSanG-E entschieden hat. Handelt es sich hingegen um eine unternehmerische Entscheidung iSd § 93 Abs. 1 S. 2 AktG, bei der der Vorstand vernünftigerweise annehmen durfte auf Grundlage angemessener Informationen zum Wohle der Gesellschaft zu handeln, scheidet eine Pflichtverletzung und mithin ein Haftung nach § 93 Abs. 2 AktG aus.

Es ist zu ermitteln, ob die Entscheidung zur Nutzung der Sanktionsmilderungsoption eine unternehmerische Entscheidung ist (a), b)) oder ob der Vorstand zur Erfüllung der Voraussetzungen in § 17 Abs. 1, Abs. 2 VerSanG-E verpflichtet ist bzw. in welchen Fällen dies zutreffend sein könnte (c), d)).

### a) Begriffsbestimmung

Eine eindeutige Definition der unternehmerischen Entscheidung findet sich weder im Gesetz, noch hat sich die Rechtsprechung auf eine solche festgelegt. Die Literatur hat negative sowie positive Abgrenzungsversuche unternommen.

Im Hinblick auf die positive Umschreibung der unternehmerischen Entscheidung wird unterschiedlich beurteilt, ob bestimmte Elemente als notwendige Voraussetzung oder bloße Charakteristika anzusehen sind. Im letzteren Fall können sie als Abgrenzungskriterium der unternehme-

rischen von sonstigen Entscheidungen nicht dienen. Überwiegend wird der unternehmerischen Entscheidung in Anlehnung an die Regierungsbegründung zum UMAG<sup>640</sup> ein Prognosecharakter beigemessen.<sup>641</sup> Das Element der Unsicherheit wird hingegen als hinreichendes Merkmal,<sup>642</sup> nicht jedoch als notwendige Bedingung<sup>643</sup> angesehen. Auch die Zukunftsgerichtetheit der Entscheidung ist ein „begriffstypisches“<sup>644</sup>, jedoch kein begriffsbestimmendes Merkmal.<sup>645</sup> Die in der Literatur diskutierten, positiven Attribute liegen damit zwar grundsätzlich bei unternehmerischen Entscheidungen vor, können aber nicht zur *Abgrenzung* der unternehmerischen Entscheidung von sonstigen Entscheidungen fruchtbar gemacht werden.<sup>646</sup>

Daher ist sich der Problematik von der anderen Seite her zu nähern und eine negative Abgrenzung vorzunehmen. Zunächst liegt dort keine unternehmerische Entscheidung vor, wo das Vorstandsmitglied gegen das Gesetz oder die Satzung verstößt, worunter auch die organschaftliche Treuepflicht<sup>647</sup> fällt. Die Legalitätspflicht des Vorstands bildet die äußerste Grenze für jegliches Verhalten, sodass kein Haftungsfreiraum im Bereich gesetzeswidrigen Verhaltens anzuerkennen ist.<sup>648</sup> Weiterhin liegt bei rechtlich gebundenen Entscheidungen (Pflichtaufgaben), etwa Rechnungslegungs-

---

640 „unternehmerische Entscheidungen [sind] infolge ihrer Zukunftsbezogenheit durch Prognosen und nicht justiziable Einschätzungen geprägt.“, BT-Drs. 15/5092, S. 11.

641 **hM** *Bürgers*, in: *Bürgers/Körber/Lieder*, AktG, § 93 Rn. 11; *Brömmelmeyer*, WM 2005, 2065, 2066; *S.H. Schneider*, DB 2005, 707, 708 f.; *Fleischer*, NJW 2005, 3525, 3528; BT-Drs. 15/5092, S. 11.

642 *Spindler*, NZG 2005, 865, 871 f.; *Paefgen*, WM 2004, 245, 251; *Ott*, NZG 2017, 145, 155; *Mertens/Cahn*, Köln. Komm. AktG, § 93 Rn. 17; *Hopt/Wiedemann*, in: *Großkomm. AktG*, § 93 Rn. 83.

643 *Koch*, in: *Hüffer/Koch*, AktG, § 93 Rn. 18; *Schäfer*, ZIP 2005, 253, 1256; *Fleischer*, NZG 2008, 371; *Dauner-Lieb*, in: *Henssler/Strohn*, GesR, § 93 AktG Rn. 20.

644 *Koch*, in: *Hüffer/Koch*, AktG, § 93 Rn. 18.

645 Im Ergebnis ebenso: *Hopt/Roth*, in: *Großkomm. AktG*, § 93 Rn. 83; ausführlich: *Ott*, NZG 2017, 149, 155.

646 Im Ergebnis ebenso: *Ott*, NZG 2017, 149, 152 ff.

647 Treuepflicht als eigene Fallgruppe *Fleischer*, in: *BeckOGK AktG*, § 93 Rn. 85; *ders.* in: *FS Wiedemann*, S. 827, 843 f.; *Paefgen*, AG 2004, 245, 251, *Hopt/Roth*, in: *Großkomm. AktG*, § 93 Rn. 73; **aA**: *Schäfer*, ZIP 2005, 1253, 1255 f., erst bei Wohl der Gesellschaft zu berücksichtigen.

648 BT-Drs. 15/5092, S. 11; *Hopt/Roth*, in: *Großkomm. AktG*, § 93 Rn. 74; *Koch*, in: *Hüffer/Koch*, § 93 Rn. 16; *Spindler*, in: *Münch. Komm. AktG*, § 93 Rn. 52; *Fleischer*, in: *BeckOGK AktG*, § 93 Rn. 85; *ders.*, ZIP 2004, 685, 690; *S.H. Schneider*, DB 2005, 707, 708; *Säcker*, NJW 2008, 3313, 3316; *Bürgers*, in: *Bürgers/Körber/Lieder*, AktG, § 93 Rn. 11 f.

pflichten (§§ 264, 242 HGB, § 91 Abs. 1 AktG), kapitalmarktrechtlichen Informationspflichten (Art. 3 Prospekt-VO, §§ 114 ff., §§ 33 ff. WpHG, Art. 17 MAR, §§ 161, 111c AktG) ebenso wie Informationspflichten gegenüber dem Aufsichtsrat (§ 90 AktG) und der Hauptversammlung (§§ 131, 176 Abs. 1, 186 Abs. 4 S. 2, 293a AktG, §§ 64, 127, 192 UmwG) sowie den in § 93 Abs. 3 normierten Unterlassungspflichten, keine unternehmerische Entscheidung vor.<sup>649</sup>

Relevant ist die Frage inwiefern Pflichtaufgaben, die nicht in einer gesetzlichen Norm festgeschrieben sind, sondern solche, die sich aus den gesetzlichen Pflichten ableiten, als unternehmerische Entscheidungen gewertet werden können. Hierzu zählt insbesondere die Legalitätskontrollpflicht, an die die Gewährleistung der Compliance und hiermit die Durchführung von verbandsinternen Untersuchungen anknüpft. Teilweise wird der Pflichtaufgabe kategorisch die Eigenschaft als unternehmerische Entscheidung abgesprochen.<sup>650</sup> Diese Auffassung ist jedoch als unangemessen pauschal abzulehnen.<sup>651</sup> Für die Beantwortung der Frage, ob eine Pflichtaufgabe eine unternehmerische Entscheidung beinhalten kann, muss der Blick auf den gesetzgeberischen Willen geworfen werden. Wird vom Gesetzgeber beabsichtigt, dem Vorstand Freiräume bei der Erfüllung seiner Pflichtaufgaben einzuräumen, so kommen auch bei Pflichtaufgaben unternehmerische Entscheidungen in Betracht.<sup>652</sup> Ist der Vorstand zur Erfüllung der Pflicht gesetzlich angehalten, steht ihm also kein Entschließungsermessen zu, scheidet auch eine unternehmerische Entscheidung hinsichtlich des *Ob* der Pflicht aus. Lässt der Gesetzgeber dem Vorstand hingegen Freiräume bei der Umsetzung der Pflicht, also bei der Auswahl der Mittel, so kann eine unternehmerische Entscheidung angenommen werden.<sup>653</sup>

Zu berücksichtigen ist noch, dass dort keine Entscheidung vorliegt, wo ein bloßes Untätigbleiben erkennbar wird.<sup>654</sup> Vielmehr mündet die

---

649 *Ibrig*, WM 2004, 2098, 2103; *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 93 Rn. 85; *Bürgers*, in: *Bürgers/Körper/Lieder*, AktG, § 93 Rn. 12; ausführlich: *Baums*, ZHR 2003, 139, 145.

650 *Koch*, in: *Hüffer/Koch*, AktG, § 93 Rn. 16; *Hüffer*, NZG 2007, 47, 48; *Habersack*, in: *Karlsruher Forum* 2009, 2010, S. 17; *Hauschka*, GmbHR 2007, 11, 12f.

651 *Ott*, ZGR 2017, 149, 160.

652 *Ott*, ZGR 2017, 149, 160; *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 93 Rn. 87; *Nietsch*, NZG 2015, 631, 634.

653 *Ott*, ZGR 2017, 149, 161; *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 93 Rn. 87; *Seibt/Cziupka*, DB 2014, 1598, 1599 begreifen die Umsetzung der Legalitätskontrollpflicht als unternehmerische Entscheidung.

654 *S.H. Schneider*, DB 2005, 707, 708.

Entscheidung stets entweder in einem aktiven Tun oder Unterlassen, zu dem das Vorstandsmitglied nicht verpflichtet ist,<sup>655</sup> und kann dabei als Wahl zwischen zwei tatsächlich möglichen und rechtlich nicht erkennbar unzulässigen Handlungsalternativen umschrieben werden.<sup>656</sup>

b) Im Ausgangspunkt: Unternehmerische Entscheidung

Die verschiedenen Sanktionsmilderungsvoraussetzungen betreffen zum einen die Art und Weise der Durchführung einer verbandsinternen Untersuchung und zum anderen den Umgang mit den Ermittlungsbehörden in Bezug auf die laufende Untersuchung und die Untersuchungsergebnisse.<sup>657</sup> Es muss zum einen eine Prognose getroffen werden, ob die Erfüllung der Vorgaben in § 17 Abs. 1, Abs. 2 VerSanG-E zu einer Sanktionsmilderung führt. Dieser Entscheidung wohnt ein Element der Unsicherheit inne. Das Aufklärungsprinzip in § 17 Abs. 1 Nr. 1 VerSanG-E ist eine *ergebnisorientierte* Voraussetzung und stellt damit eine bedingt beeinflussbare Komponente dar, deren Erfüllung von Unsicherheit geprägt ist.

Das Erbringen eines Aufklärungsbeitrags ist steuerbar; es erfordert, dass der Verband Informationen liefert, die eine Aufklärung der Verbandstat ermöglichen. Das Vorstandsmitglied kann den Aufklärungsbeitrag also insofern beeinflussen, als er die verbandsinterne Untersuchung ernsthaft und mit der Absicht durchführt bzw. durchführen lässt, die Umstände der Tat umfassend aufzuklären.<sup>658</sup> Zwar kann auch ein kleiner Aufklärungsbeitrag ausreichen, jedoch weiß der Vorstand im Vorhinein nicht, in welchem Bereich sich die entscheidende Information verbirgt.

Nicht direkt steuerbar ist hingegen, ob der Aufklärungsbeitrag *wesentlich* ist. Insbesondere das Herantreten eines Hinweisgebers an die Behörden kann verhindern, dass der Verband einen wesentlichen Aufklärungsbeitrag erbringt. Dabei ist für den Verband vor allem der Hinweisgeber relevant, der durch seine frühere oder aktuelle Tätigkeit im Verband in der Regel über die internen Informationen verfügt, die im Rahmen der verbandsinternen Untersuchung zum Vorschein kommen und die Sanktionsmilderung ermöglichen. Bei einer unternehmensexternen Person, et-

---

655 *Schäfer*, ZIP 2005, 1253, 1256; BT-Drs. 15/5092, S. 11; *Spindler*, in: Münch. Komm. AktG, § 93 Rn. 50; *Koch*, in: Hüffer/Koch, § 93 Rn. 16.

656 *S.H. Schneider*, DB 2005, 707, 709; *Ott*, NZG 2017, 149, 151 f., 161.

657 Vgl. die Ausführungen zu Kap. C II. 4. b) aa).

658 In diese Richtung: *Ott/Lüneborg*, CCZ 2019, 71, 73.

wa einem Kunden oder Lieferanten und damit jemandem, der nicht in die Verbandsorganisation eingebunden ist oder war, besteht hingegen weiterhin eine hohe Wahrscheinlichkeit, dass der Verband durch eine Untersuchung einen wesentlichen Aufklärungsbeitrag leisten kann. Eine externe Person hat in der Regel keinen Zugang zu den Gesellschaftsinterna, sodass sie zwar einen Hinweis auf die Verbandstat geben, aber nur begrenzt die gesamten Umstände der Tat offenlegen kann. In Bezug auf den Hinweisgeber aus den Reihen des Verbands kann der Vorstand jedoch Maßnahmen ergreifen, die es dem Verband ermöglichen, weiterhin den wesentlichen Aufklärungsbeitrag zu leisten. Dies betrifft etwa die Einrichtung eines effektiven Hinweisgebersystems.<sup>659</sup> Zwar sollen nach der Whistleblower-Richtlinie<sup>660</sup> die Mitgliedsstaaten sicherstellen, dass sowohl interne wie externe Kanäle geschaffen werden (angeordnete Gleichrangigkeit), jedoch steht es Verbänden frei, Anreize zu schaffen, durch die eine interne Meldung über das Hinweisgebersystem attraktiver wird als die externe Meldung an die Behörden.<sup>661</sup> Das Ziel dabei muss es sein, den Hinweisgeber zu motivieren, die internen Kanäle bevorzugt zu nutzen und die Information zu erbringen, die im Falle eines Hinweises bei den Behörden den wesentlichen Aufklärungsbeitrag scheitern lassen. Gelingt ihm dies, kann er die Erfüllung der Voraussetzung des § 17 Abs. 1 Nr. 1 VerSanG-E zumindest fördern und mittelbar beeinflussen, unmittelbar und vollständig beeinflussen lässt sie sie dennoch nicht. Selbst wenn die direkt beeinflussbaren, daher *verhaltensorientieren*, restlichen Vorgaben des § 17 Abs. 1 Nr. 2 bis Nr. 5 sowie Abs. 2 VerSanG-E erfüllt werden, bleibt es bei der Unsicherheit hinsichtlich der Erlangung der Sanktionsmilderung, die durch Nr. 1 begründet wird und auf die restlichen Vorgaben ausstrahlt. Denn nur die kumulative Erfüllung aller Vorgaben führt in der Regel zu einer Sanktionsmilderung. Die positiven Merkmale der unternehmerischen Entscheidung sind mithin gegeben.

---

659 Vgl. zur Einrichtung effektiver Hinweisgebersysteme: *Clodius/Warda*, CB 2021, 137 ff.; *Buchert/Jacob-Hofbauer*, in: Knierim/Rüberstahl/Tsambikakis, Internal Investigations, Kap. 9; *Ghassemi-Tabar/Wenzl*, in: Münch. HdB. GesR, Band 7, § 107, Rn. 33; *Ghassemi-Tabar*, in: Illert/Ghassemi-Tabar/Cordes, HdB. Vorstand und Aufsichtsrat, § 15, Rn. 101 ff.; *Miege*, CCZ 2018, 45 ff.

660 Richtlinie (EU) 2019/1937 vom 23. Oktober 2019 zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden.

661 Vgl. Art. 7 Abs. 2 Richtlinie (EU) 2019/1937; *Clodius/Warda*, CB 2021, 137.



c) Einschränkung durch gesetzliche und vertragliche Pflichten

Eine unternehmerische Entscheidung liegt nicht vor, wenn die Vorstandsmitglieder aufgrund gesetzlicher, vertraglicher oder sonstiger Pflichten zur Inanspruchnahme der Sanktionsmilderungsoption angehalten oder daran gehindert sind. In diesen Fällen ist das Ermessen auf Null reduziert und es liegt eine gebundene Entscheidung vor.<sup>662</sup>

aa) Verschwiegenheitspflicht

Eine *Pflicht zur Nichterfüllung* der Voraussetzungen könnte sich aufgrund der gesetzlichen Verschwiegenheitspflicht. In der Entscheidung über die Durchführung einer verbandsinternen Untersuchung nach Maßgabe des § 17 Abs. 1, Abs. 2 VerSanG-E wäre der Vorstand nicht mehr im Sinne eines unternehmerischen Ermessens frei, wenn eine seiner Pflichten ihn dazu zwingt, von der Erfüllung der Voraussetzungen des § 17 Abs. 1, Abs. 2 VerSanG-E *abzusehen*. Dies könnte die Verschwiegenheitspflicht in § 93 Abs. 1 S. 3 AktG als Ausprägung der Treuepflicht<sup>663</sup> erfordern. Danach haben die Vorstandsmitglieder „[ü]ber vertrauliche Angaben und Geheimnisse der Gesellschaft, namentlich Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, die [ihnen] durch ihre Tätigkeit im Vorstand bekanntgeworden sind [...] Stillschweigen zu bewahren.“

Durch die Durchführung einer qualifizierten verbandsinternen Untersuchung<sup>664</sup>, also jener, die den Vorgaben des Trennungsprinzip in § 17 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E und Fairnessprinzips in § 17 Abs. 1 Nr. 5 VerSanG-E entspricht, werden zwar gesellschaftsinterne Informationen generiert; jedoch führt die bloße Durchführung der Untersuchung nicht dazu, dass diese Informationen auch nach außen getragen werden.

Anders gestaltet sich dies jedoch bei der Erfüllung der Kooperationsanforderung in § 17 Abs. 1 Nr. 3 VerSanG-E und der Herausgabeobligiegenheit in § 17 Abs. 1 Nr. 4 VerSanG-E. Hierbei könnte das Vorstandsmitglied gegen seine Verschwiegenheitspflicht aus § 93 Abs. 1 S. 3 AktG verstoßen.

---

662 Vgl. BT-Drs. 15/5092, S. 11.

663 Die Treuepflicht ist im Gesetz nicht kodifiziert, jedoch ergibt sie sich aus verschiedenen Vorschriften, etwa § 88 AktG oder § 93 Abs. 1 S. 3 AktG, *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 93 Rn. 143 m.w.N.

664 Vgl. *Seibt/Wolf*, DB 2020, 1149, 1152.

Die Verschwiegenheitspflicht dient dem Schutz des Gesellschaftsinteresses und ist Ausfluss der organschaftlichen Treuepflicht.<sup>665</sup> Kommt es zu einem Verstoß gegen die Verschwiegenheitspflicht durch ein Vorstandsmitglied, so kann dies bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen zu einem Schadensersatzanspruch der Gesellschaft gegen das Vorstandsmitglied gemäß § 93 Abs. 2 AktG führen.<sup>666</sup> Weiterhin kann der Verstoß einen wichtigen Grund zum Widerruf der Bestellung gemäß § 84 Abs. 3 S. 1 AktG darstellen<sup>667</sup> und zur Kündigung des Anstellungsvertrags aus wichtigem Grund gemäß § 626 BGB führen, sofern die Verletzung der Verschwiegenheitspflicht verschuldet war.<sup>668</sup> Der Schutz der unbefugten Offenbarung und Verwertung von Geheimnissen durch Vorstandsmitglieder wird zudem strafrechtlich über § 404 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 AktG geschützt.<sup>669</sup>

#### (1) Anwendungsbereich

Von der Verschwiegenheitspflicht des § 93 Abs. 1 S. 3 AktG erfasst sind Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse sowie vertrauliche Angaben. Bei der Bestimmung des Geheimnisbegriffs nach § 93 Abs. 1 S. 3 AktG orientiert man sich an der Spruchpraxis zu § 17 UWG a.F sowie am Geheimnisbegriff des § 404 AktG und § 95 GmbHG.<sup>670</sup> Unter einem Geheimnis werden Tatsachen verstanden, die nicht offenkundig sind, in Bezug auf

---

665 *Hop/Roth*, in: Großkomm. AktG, § 93 Rn. 279; *Spindler*, in: Münch. Komm. AktG, § 93 Rn. 113; *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, § 93 Rn. 29; *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 93 Rn. 193; *Hölters*, in: Hölters, AktG, § 93 Rn. 133; *Hoffmann-Becking*, in: Münch. HdB. GesR, Band 4, § 25 Rn. 47; *Grigoleit/Tomasic*, in: Grigoleit, AktG, § 93 Rn. 79; Sorgfalts- und Treuepflicht: *Bürgers*, in: Bürgers/Körper/Lieder, AktG, § 93 Rn. 47; *Mertens/Cahn*, in: Köln. Komm. AktG, § 93 Rn. 113.

666 *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 93 Rn. 207; *Spindler*, in: Münch. Komm. AktG, § 93 Rn. 130; *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, § 93 Rn. 35.

667 *Spindler*, in: Münch. Komm. AktG, § 93 Rn. 130; *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, § 93 Rn. 152; *Hölters*, in: Hölters, AktG, § 93 Rn. 152.

668 *Hölters*, in: Hölters, AktG, § 93 Rn. 152; für den Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat BAG, Urt. v. 4.4.1974 – 2 AZR 452/73; BAGE 26, 116.

669 *Spindler*, in: Münch. Komm. AktG, § 93 Rn. 130; *Hoffmann-Becking*, in: Münch. HdB. GesR Band 4, § 25 Rn. 47; *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 93 Rn. 207; *ders./Pendl*, ZIP 2020, 1321, 1322; *Bürgers*, in: Bürgers/Körper/Lieder, AktG, § 93 Rn. 47.

670 *Hopt/Roth*, in: Großkomm. AktG, § 93 Rn. 283; *Fleischer*, BeckOGK, AktG, § 93 Rn. 197.

die ein objektives Geheimhaltungsbedürfnis besteht und die nach dem geäußerten oder mutmaßlichen Willen der Gesellschaft auch nicht offenkundig werden sollen.<sup>671</sup> Erforderlich ist demnach ein objektives Geheimhaltungsinteresse sowie ein subjektiver Geheimhaltungswille (sog. Vereinigungstheorie).<sup>672</sup> Teilweise wird der subjektive Geheimhaltungswille für entbehrlich erachtet, sodass es allein auf das objektive Geheimhaltungsinteresse ankommt.<sup>673</sup> Dies wird einerseits mit dem seit 26.4.2019 in Kraft getretenen Geschäftsgeheimnisgesetz (GeschGehG) begründet, das in § 2 Nr. 1 GeschGehG den Geheimnisbegriff legaldefiniert und dabei keinen Geheimhaltungswillen statuiert.<sup>674</sup> Jedoch strahlt diese Legaldefinition nicht auf das Aktien- und GmbH-Recht aus, da dies zu einer Schwächung des gesellschaftsrechtlichen Geheimnisschutzes führt, indem der Begriff die Einordnung als Geschäftsgeheimnis davon abhängig macht, dass Geheimhaltungsmaßnahmen ergriffen wurden.<sup>675</sup> Ferner wird das Absehen vom Geheimhaltungswillen mit dem Missbrauchspotential unredlicher Vorstandsmitglieder begründet, die versuchen könnten, den Schutzbereich des Verschwiegenheitsgebots zu verkürzen, indem sie von der Bildung eines Geheimhaltungswillens absehen.<sup>676</sup> Dem lässt sich zwar entgegenhalten, dass es auf den Geheimhaltungswillen der Gesellschaft ankommt, den zwar grundsätzlich der Vorstand als „Herr der Geschäftsgeheimnisse“<sup>677</sup> konkretisiert.<sup>678</sup> Dies wird aber wohl in den Fällen nicht gelten, in denen das Vorstandsmitglied unredlich seine Verschwiegenheitspflicht umgehen möchte.<sup>679</sup> Nicht nur in diesen Fällen ist der Schwerpunkt

---

671 *Bürgers*, in: *Bürgers/Körber/Lieder*, AktG, § 93 Rn. 47; *Sailer-Coceani*, in: *K.Schmidt/Lutter*, AktG, § 93 Rn. 23; *Koch*, in: *Hüffer/Koch*, AktG, § 93 Rn. 30; BGH, Urt. v. 5.6.1975 – II ZR 156/73, NJW 1975, 1412, 1413; OLG Stuttgart, Beschl. v. 28.5.2013 – 20 U 5/12; AG 2013, 599, 560; aA: *Hopt/Roth*, in: *Großkomm. AktG*, § 93 Rn. 283 wonach ein objektives Geheimhaltungsinteresse nicht Inhalt des Geheimnisbegriffs ist.

672 *Seyfarth*, Vorstandsrecht, § 8 Rn. 88.

673 Vgl. *Fleischer*, in: *BeckOGK AktG*, § 93 Rn. 197; *ders./Pendl*, ZIP 2020, 1321, 1324 f.; *Rönnau*, in: *Scholz GmbHG*, § 85 Rn. 27.

674 Vgl. etwa *Beurskens*, in: *Baumbach/Hueck, GmbHG*, § 85 Rn. 7.

675 *Fleischer*, in: *BeckOGK, AktG*, § 93 Rn. 198; *ders./Pendl*, ZIP 2020, 1321, 1326; *Höfer*, *GmbHR* 2018, 1195, 1197; *Ries/Haimerl*, *NZG* 2018, 621, 622 f.

676 *Fleischer*, in: *BeckOGK, AktG*, § 93 Rn. 197; *ders./Pendl*, ZIP 2020, 1321, 1324 f.; *Ziemons*, *AG* 1999, 492, 493.

677 BGH, Urt. v. 5.6.1975 – II ZR 156/73, NJW 1975, 1412, 1413.

678 *Spindler*, in: *Münch. Komm. AktG*, § 93 Rn. 136; *Fleischer*, in: *BeckOGK AktG*, § 93 Rn. 197.

679 In diese Richtung: *Seyfarth*, Vorstandsrecht, § 8 Rn. 88: „Der Geheimhaltungswille wird maßgeblich durch den Vorstand bestimmt, wobei das Vorstandser-

auf das objektive Geheimhaltungsbedürfnis zu legen und der Geheimhaltungswillen etwa „aus der Natur der geheim zuhaltenden Tatsache“<sup>680</sup> abzuleiten.<sup>681</sup> Es ist anzuerkennen, dass das Erfordernis eines Geheimhaltungswillens teilweise zu Willensfiktionen führen kann, wie eben gezeigt, oder etwa, wenn es um die Erfassung von dem Vorstand unbekanntem Informationen geht.<sup>682</sup> Die aufgrund dieser Schwierigkeiten herabgesetzten Anforderungen an den Geheimhaltungswillen durch Vermutungen,<sup>683</sup> Fiktionen<sup>684</sup> und Generalisierungen vermögen zwar zu sachgerechten Ergebnissen zu verhelfen, dogmatisch sind sie jedoch wenig überzeugend.<sup>685</sup> Daher ist der Geheimhaltungswille kein Entstehungsmerkmal des Geheimnisbegriffs und es ist dem objektiven Ansatz zu folgen.<sup>686</sup>

Die in der Norm hervorgehobenen Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse sind Beispielsfälle.<sup>687</sup> Betriebsgeheimnisse beziehen sich dabei auf technische Daten, Geschäftsgeheimnisse auf kaufmännische Informationen.<sup>688</sup>

Im Zusammenhang mit den Informationen, die bei der Durchführung einer verbandsinternen Untersuchung zur Aufklärung einer Verbandstat

---

messen insoweit eine Grenze findet: Soweit objektiv ein Bedürfnis an Geheimhaltung besteht, darf der Vorstand die Geheimhaltungspflicht nicht dadurch unterlaufen, dass er das Geheimhaltungsbedürfnis wegdefiniert.“; ebenso für den Geschäftsführer der GmbH: *Hohmann*, in: Münch. Komm. StGB, § 85 GmbHG Rn. 20.

680 BGH, Urt. v. 10.5.1995 – 1 StR 764/94, NJW 1995, 2301.

681 BGH, Beschl. v. 5.11.2013 – II ZB 28/12, NJW 2014, 541, 546; BGH, Urt. v. 5.6.1975 – II ZR 156/73, NJW 1975, 1412, 1413; BGH, Urt. v. 26.4.2016 – XI ZR 108/15, NJW 2016, 2569, 2570; *Spindler*, in: Münch. Komm. AktG, § 93 Rn. 134; *Seyfarth*, Vorstandsrecht, § 8. Rn. 88; *Hohmann*, in: Münch. Komm. StGB, § 85 GmbHG Rn. 21.

682 *Fleischer/Pendl*, ZIP 2020, 1321, 1324.

683 Etwa in BGH, Urt. v. 10.5.1995 – 1 StR 764/94, NJW 1995, 2301, 2302; BGH, Urt. v. 18.2.1977 – I ZR 112/75, NJW 1977, 1062, 1063.

684 So in BGH, Urt. v. 16.11.1954 – I ZR 180/53, NJW 1955, 463.

685 Ebenso: *Rönnau*, in: Scholz GmbHG, § 85 Rn. 27.

686 Vgl. *Altenhain*, in: Münch. Komm. GmbHG § 85 Rn. 16; *Dannecker*, in: Michalski/Heidinger/Leible/J.Schmidt, GmbHG, § 85 Rn. 27, 31 ff.; *Beurskens*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 85 Rn. 7; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 85 Rn. 4; *Ransiek*, in: Ulmer/Habersack/Löbbecke, GmbHG, § 85 Rn. 23; *Rönnau*, in: Scholz, GmbHG, § 85 Rn. 22; *Servantius*, in: Henssler/Strohn, GesR, § 85 GmbHG Rn. 3; *Altmeppen*, in: Altmeppen, GmbHG, § 85 Rn. 7.

687 *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, § 93 Rn. 30; *Bürgers*, in: Bürgers/Köber/Lieder, AktG, § 93 Rn. 23; *Sailer-Coceani*, in: K.Schmidt/Lutter, AktG, § 93 Rn. 48; *Körber*, in: Fleischer, HdB. VorstandsR, § 10 Rn. 5.

688 *Sailer-Coceani*, in: K.Schmidt/Lutter, AktG, § 93 Rn. 23.

generiert werden, stellt sich die Frage inwiefern gesetzeswidriges Verhalten vom Geheimnisbegriff umfasst wird. Für den Geheimnisbegriff des § 17 UWG a.F. wird vielfach<sup>689</sup> nur solchen Informationen die Eigenschaft als rechtlich geschütztes Geheimnis zugesprochen, an denen der Inhaber ein „berechtigtes“, „rechtlich anerkennenswertes“<sup>690</sup> bzw. „schutzwürdiges“<sup>691</sup> Geheimhaltungsinteresse hat.<sup>692</sup> Nach dieser Ansicht sind rechtswidrige geheime Tatsachen nicht vom Geheimnisbegriff erfasst und geschützt, denn das Recht dürfe keine Mittel zur Verfügung stellen, um strafbares oder sonst rechtswidriges Verhalten zu verdecken.<sup>693</sup> Diese Ansicht ist jedoch abzulehnen.<sup>694</sup> Das objektive Geheimhaltungsinteresse ist von einer normativen Wertung unabhängig.<sup>695</sup> Der Schutzzweck der Norm des § 404 AktG ist das Vermögensinteresse der Gesellschaft und damit ein

---

689 *Erb*, in: FS Roxin II, S. 1103, 1106 ff.; *Diemer*, in: Erbs/Kohlhaas, UWG, § 17 Rn. 16 (abweichend in Rn. 24); *Hauck*, WRP 2018, 1032 Rn. 9 ff, 16, 29; *Herbert/Oberrath*, NZA 2005, 193, 196; *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 2019, vor §§ 17 – 19 Rn. 16; *Rützel*, GRUR 1995, 557, 558, 560 f.; *Schnabel*, CR 2016, 342, 345 ff.; EuG, WPP-Beschluss, 28.1.2015 – T-341/12, GRUR Int. 2015, 754, 762, Rn. 110; BVerfG, Beschl. v. 2.7.2001 – BvR 2049/00, NJW 2001, 3474 ff.; OLG Hamm, Beschl. v. 26.11.2013 – III – 1 VAs 116/13 – 120/13 und 122/13, BB 2014, 526, OLG München, Beschl. v. 18.6.1997 – 29 W 1352-97, NJW-RR 1998, 1495 f.; BVerwG, Beschl. v. 19.1.2009 – 20 F 23/07, NVwZ 2009, 1114, 1116.

690 BVerwG, Beschl. v. 19.1.2009 – 20 F 23/07, NVwZ 2009, 1114, 1116; *Rützel*, GRUR 1995, 557 ff.

691 LAG Berlin, Urt. v. 12.12.1968 – 5 Ss 52/68, BB 1970, 710; ebenso OLG München, Urt. v. 20.1.2005 – 6 U 3236/04, ZUM 2005, 399, 405; *Engländer/Zimmermann*, NZWiSt 2012, 328, 331 ff.

692 *Brammsen*, Lauterkeitsstrafrecht, § 17 Rn. 24.

693 *Engländer/Zimmermann*, NZWiSt 2012, 328, 332 f. *Erb*, in: FS Roxin II, S. 1103, 1107 f.; *Rützel*, GRUR 1996, 557, 560 f.; *Schnabel*, CR 2016, 342, 345 f.; *Rotsch/Wagner*, in: Rotsch, Criminal Compliance, § 34 C Rn. 53.

694 Ebenso: *Brammsen*, BB 2016, 3034, 3035 f.; *Buchert*, CCZ 2013, 144, 148; *von Pelchrzim*, CCZ 2009, 25, 26; *Oetker*, ZESAR 2017, 257, 261 f.; *Lindemann*, in: Rotsch, Criminal Compliance, § 15 Rn. 35; *Spindler*, ZGR 2011, 690, 710 ff.; *Ulrich*, NZWiSt 2019, 65, 66; *Mayer*, GRUR 2011, 884, 887; *Sieber*, NJW 2008, 881, 881 f.; OLG Jena, Beschl. v. 18.5.2010 - 1 Ss 36/10, BeckRS 2012, 24537; zu § 85 GmbHG *Rönnau*, in: Scholz, GmbHG, § 85 Rn. 24 f.; *Ransiek*, in: Ulmer/Habersack/Löbbe, GmbHG, § 85 Rn. 24; *Altenhain*, in: Münch. Komm. GmbHG, § 85 Rn. 15; *Hobmann*, in: Münch. Komm. StGB, § 85 GmbHG Rn. 29; *Dannecker*, in: Michalski/Heidinger/Leible/J.Schmidt, GmbHG, § 85 Rn. 42; *Beurskens*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 85 Rn. 7.

695 Ebenso: *Hobmann*, in: Münch. Komm. StGB, § 85 GmbHG Rn. 19; *Rönnau*, in: Scholz, GmbHG, § 85 Rn. 20.

Individualrechtsgut.<sup>696</sup> Orientiert man sich hieran, ist festzuhalten, dass ein objektives Geheimhaltungsinteresse auch bei illegalen Geheimnissen besteht, wenn durch das Bekanntwerden der Tatsache ein Schaden bei der Gesellschaft einzutreten droht.<sup>697</sup> Ferner ist anzuführen, dass zwischen dem rechtswidrigen und damit zu beanstandenden Verhalten und dem jeweiligen Wissen zu differenzieren ist. Das bloße Innehaben von Wissen kann dabei nicht gegen das Gesetz verstoßen; etwas anderes gilt dabei nur für das Unterlassen der Offenbarung in Fällen einer Offenbarungspflicht.<sup>698</sup> Weiterhin werden illegale Geheimnisse auch an anderer Stelle, etwa in § 203 StGB, geschützt.<sup>699</sup> Die besseren Gründe sprechen mithin dafür, auch rechtswidrige Geheimnisse vom Geheimnisbegriff des § 93 Abs. 1 S. 3 AktG als erfasst anzusehen, sodass auch die im Zusammenhang mit einer verbandsinternen Untersuchung generierten Umstände im Zusammenhang mit einer Verbandstat Geheimnisse im Sinne des § 93 Abs. 1 S. 3 AktG darstellen können.

Weiterhin werden von der Verschwiegenheitspflicht vertrauliche Angaben erfasst. Der Begriff der vertraulichen Angaben bezieht sich auf Umstände, deren Bekanntwerden nachteilige Auswirkungen für die Gesellschaft haben kann, auch wenn sie kein Geheimnis (mehr) sind.<sup>700</sup>

Durch die Durchführung einer verbandsinternen Untersuchung werden umfassende Informationen über Gesellschaftsinterna generiert. Bereits das Vorliegen einer Verbandstat stellt einen Umstand dar, der sich bei Bekanntwerden in der allgemeinen Öffentlichkeit oder gegenüber den Strafverfolgungsbehörden für die Gesellschaft nachteilig auswirken kann. Dies gilt weiterhin für die Umstände der Verbandstat, etwa die an der Verbandstat Beteiligten, das Versäumnis der Leitungsperson(en), die Dauer der Verbandstat sowie den Umfang der Bereicherung. Das Bekanntwerden dieser Umstände kann nicht nur Verfahren nach dem Recht der Ord-

---

696 *Hefendehl*, in: BeckOGK AktG, § 404 Rn. 5; für die Parallelvorschrift des § 85 GmbHG: *Rönnau*, in: Scholz, GmbHG, § 85 Rn. 25, 3; *Hohmann*, in: Münch. Komm. StGB, § 85 GmbHG Rn. 19.

697 *Altenhain*, in: Münch. Komm. GmbHG, § 85 Rn. 15; *Rönnau*, in: Scholz, GmbHG, § 85 Rn. 25; *Hohmann*, in: Münch. Komm. StGB, § 85 GmbHG Rn. 19; *Brammsen*, BB 2016, 3034, 3035 f.; *Ullrich*, NZWiST 2019, 65, 66.

698 *Rönnau*, in: Scholz, GmbHG, § 85 Rn. 25; *Hohn*, in: Köln. Komm. UmwG, § 315 Rn. 22.

699 *Rönnau*, in: Scholz, GmbHG, § 85 Rn. 25; *Fischer*, StGB, § 203 Rn. 9; *Schünemann*, in: Leipzig. Komm. StGB, § 203 Rn. 27.

700 *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 93 Rn. 201; *Hopt/Roth*, in: Großkomm. AktG, § 93 Rn. 286; *Körber*, in: Fleischer, HdB. VorstandsR, § 10 Rn. 8; *Spindler*, in: Münch. Komm. AktG, § 93 Rn. 137.

nungswidrigkeiten<sup>701</sup> sowie dem zukünftigen Recht der Sanktionierung von Verbänden<sup>702</sup> nach sich ziehen, sondern insbesondere auch zu zahlreichen, kostspieligen Schadensersatzansprüchen Dritter sowie zu erheblichen Verfahrenskosten führen.<sup>703</sup>

## (2) Grenzen

Allerdings gilt die Verschwiegenheitspflicht nicht grenzenlos. Zunächst normiert § 93 Abs. 1 S. 4 AktG eine Ausnahme von der Verschwiegenheitspflicht gegenüber der Prüfstelle für Rechnungslegung im Rahmen einer von dieser durchgeführten Prüfung. Weiterhin tritt die Verschwiegenheitspflicht denklogisch dort zurück, wo der Vorstand ausdrücklich zur Auskunft verpflichtet ist. Auskunftspflichten gegenüber dem Aufsichtsrat statuiert § 90 AktG. Auch ist der Vorstand den Aktionären gegenüber nach §§ 131, 175 Abs. 2, 176 Abs. 1 AktG, dem Betriebsrat nach §§ 90, 92, 99, 111 BetrVG sowie dem Wirtschaftsausschuss nach § 106 Abs. 2 BetrVG und § 108 Abs. 5 BetrVG zur Auskunft verpflichtet.<sup>704</sup>

Neben den ausdrücklich gesetzlich normierten Auskunftspflichten werden weitere, ungeschriebene Ausnahmen von der Verschwiegenheitspflicht anerkannt. Zum einen besteht eine Ausnahme, wenn dem Vorstandsmitglied die Beachtung der Verschwiegenheitspflicht unzumutbar ist.<sup>705</sup> Dies wird etwa dann angenommen, wenn die Missachtung der Verschwiegenheitspflicht der Verteidigung gegen seine Abberufung oder gegen Schadensersatzansprüche dient.<sup>706</sup> Auch im Falle der Durchsetzung ei-

---

701 Bußgeldverfahren nach §§ 30, 130 Abs. 1 OWiG.

702 Sanktions(geld)verfahren nach §§ 3 Abs. 1, 8 f. VerSanG-E.

703 So weist etwa der VW Konzern in seiner Jahresbilanz für das Geschäftsjahr 2019 Aufwendungen für Rechts- und Prozessrisiken aus der Dieseldiagnostik i.H.v. EUR 2,4 Mrd. (Vorjahr EUR 2,3 Mrd.) aus, [https://www.volkswagenag.com/pressence/investorrelation/publications/annual-media-conference/2020/HGB%20A nhang%20Volkswagen%20AG%202019%20\(deutsch\).pdf](https://www.volkswagenag.com/pressence/investorrelation/publications/annual-media-conference/2020/HGB%20A nhang%20Volkswagen%20AG%202019%20(deutsch).pdf), zuletzt abgerufen am 21. Dezember 2021, S. 28.

704 *Hölters*, in: *Hölters*, AktG, § 93 Rn. 143; *Fleischer*, in: *BeckOGK AktG*, § 93 Rn. 202; *Hopt/Roth*, in: *Großkomm. AktG*, § 93 Rn. 297.

705 *Fleischer*, in: *BeckOGK AktG*, § 93 Rn. 203; *Hopt/Roth*, in: *Großkomm. AktG*, § 93 Rn. 307; *Koch*, in: *Hüffer/Koch*, AktG, § 93 Rn. 31; *Mertens/Cahn*, in: *Köln. Komm. AktG*, § 93 Rn. 121; *Spindler*, in: *Münch. Komm. AktG*, § 93 Rn. 150.

706 *Bürgers*, in: *Bürgers/Körber/Lieder*, AktG, § 93 Rn. 51; *Hopt/Roth*, *Großkomm. AktG*, § 93 Rn. 307; *Mertens/Cahn*, in: *Köln. Komm. AktG*, § 93 Rn. 121; *Körber*, in: *Fleischer*, *HdB. VorstandsR*, 2006, § 10 Rn. 17; v. *Stebut*, *Geheimnisschutz*

gener (Schadenersatz-)Ansprüche wird eine Ausnahme von der Verschwiegenheitspflicht in engen Grenzen zugelassen, namentlich vor und im Prozess.<sup>707</sup> Dabei muss die Preisgabe von Geheimnissen und vertraulichen Angaben unter größtmöglicher Schonung der Interessen der Gesellschaft erfolgen.<sup>708</sup>

Zum anderen bildet die Fallgruppe der Preisgabe von Informationen im Gesellschaftsinteresse eine weitere ungeschriebene Ausnahme. Die Verschwiegenheitspflicht selbst dient dem Gesellschaftsinteresse, sodass in Fällen, in denen das Gesellschaftsinteresse durch die Preisgabe der Informationen besser gewahrt wird, eine Abweichung von § 93 Abs. 1 S. 3 AktG zulässig ist.<sup>709</sup> Klassische Beispielfälle sind hier die Beauftragung von Beratern, etwa Rechtsanwälten, Steuerberatern, Wirtschaftsprüfern oder Investmentbanken.<sup>710</sup> Des Weiteren wird diskutiert, inwiefern eine Offenlegung von Gesellschaftsinterna gegenüber dem potentiellen Erwerber im Bereich des Unternehmenskaufs, speziell bei der dem Kauf vorausgehenden Due-Diligence-Prüfung, zulässig ist. Eine eher restriktive Auffassung lehnt eine Weitergabe von Informationen durch den Vorstand gegenüber dem Kaufinteressenten grundsätzlich ab und erachtet diese nur dann für zulässig, wenn es sich um „ein ungewöhnliches und überragendes, anders nicht erreichbares, eigenes unternehmerisches Interesse der Gesellschaft handelt, gewissermaßen um eine einmalige und unwiederbringliche unternehmerische Chance“<sup>711</sup>. Dabei sei eine derartige Situation „sehr, sehr selten“.<sup>712</sup> Die Ansicht verkennt jedoch, dass die Entscheidung über die Preisgabe von Geheimnissen und vertraulichen Angaben am Gesellschaftsinteresse

---

und Verschwiegenheitspflicht im Aktienrecht, S. 140 ff.; *Spindler*, in: Münch. Komm. AktG, § 93 Rn. 150.

707 *Hopt/Roth*, in: Großkomm. AktG, § 93 Rn. 307; *Spindler*, in: Münch. Komm. AktG, § 93 Rn. 150; *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 93 Rn. 203.

708 *Hopt/Roth*, in: Großkomm. AktG, § 93 Rn. 307; *Mertens/Cahn*, in: Köln. Komm. AktG, § 93 Rn. 121; *Spindler*, in: Münch. Komm. AktG, § 93 Rn. 150.

709 *Hoffmann-Becking*, in: Münch. HdB. GesR Band 4, 2020, § 25 Rn. 52; *Hopt/Roth*, in: Großkomm. AktG, § 93 Rn. 300; *Sailer-Coceani*, in: K.Schmidt/Lutter, AktG, § 93 Rn. 27; *Spindler*, in: Münch. Komm. AktG, 93 Rn. 137; *Bürgers*, in: Bürger/Körber/Lieder, AktG, § 93 Rn. 52.

710 *Hopt/Roth*, in: Großkomm. AktG, § 93 Rn. 302; *Sailer-Coceani*, in: K.Schmidt/Lutter, AktG, § 93 Rn. 27; *Spindler*, in: Münch. Komm. AktG, § 93 Rn. 144, 154; *Mertens/Cahn*, in: Köln. Komm. AktG, § 93 Rn. 120; *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, § 93 Rn. 31; *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 93 Rn. 169.

711 *Lutter*, ZIP 1997, 613, 617; *Ziemons*, AG 1999, 492, 495; für die GmbH: *Götze*, ZGR 1999, 102.

712 *Lutter*, ZIP 1997, 613, 617.



auszurichten ist, wobei das Interesse an der Preisgabe das Geheimhaltungsinteresse nicht qualifiziert, sondern nur „einfach“ überwiegen muss; mithin, dass die Schweigepflicht in § 93 Abs. 1 S. 3 AktG keine Vermutung im Sinne eines umfassenden, absoluten Geheimhaltungsbedürfnisses aufstellt.<sup>713</sup> Daher kann der Vorstand die Durchführung einer *Due Diligence* durch den potentiellen Erwerber gestatten, wenn die Gesellschaft ein eigenes, das Geheimhaltungsinteresse überwiegendes Interesse am Zustandekommen des Unternehmenskaufs hat.<sup>714</sup> Die Entscheidung obliegt wegen ihrer Bedeutung dem Gesamtvorstand,<sup>715</sup> wobei er nach pflichtgemäßen Ermessen zu entscheiden hat.<sup>716</sup>

Für die Entscheidung über die Durchführung einer verbandsinternen Untersuchung nach den Vorgaben des § 17 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 5 VerSanG-E mit der Absicht, mit den Behörden im Sinne des § 17 Abs. 1 Nr. 3 VerSanG-E zu kooperieren und zu diesem Zwecke die Ergebnisse und sonstigen Dokumente im Zusammenhang mit der verbandsinternen Untersuchung zur Erfüllung des § 17 Abs. 1 Nr. 4 VerSanG-E herauszugeben, ist wie in den „Due-Diligence-Fällen“ das Gesellschaftsinteresse maßgeblich. Die Beurteilung, ob die Pflicht nach § 93 Abs. 1 S. 3 AktG der Erfüllung des § 17 Abs. 1 VerSanG-E entgegensteht, richtet sich nach einer Abwägung des Interesses der Gesellschaft an einer Sanktionsmilderung nach den §§ 17, 18 VerSanG-E und ihrem Geheimhaltungsinteresse. Gelangt der Vorstand zu dem Entschluss, dass eine Sanktionsmilderung erstrebenswert ist, so wird die Preisgabe der Untersuchungsergebnisse und weiterer Informationen, die eine Zusammenarbeit mit den Strafverfolgungsbehörden erfordern, ebenfalls im Gesellschaftsinteresse liegen. Ein Verstoß gegen die Verschwiegenheitspflicht kommt in diesen Fällen nicht

---

713 *Spindler*, in: Münch. Komm. AktG, § 93 Rn. 154; BGH, Urt. v. 5.6.1975 – II ZR 156/73, NJW 1975, 1412, 1413; *Müller*, NJW 2000, 3452, 3453.

714 *Sailer-Coceani*, in: K.Schmidt/Lutter, AktG, § 93 Rn. 27; *Spindler*, in: Münch. Komm. AktG, § 93 Rn. 154; *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, § 93 Rn. 32; *Hemeling*, ZHR 169 (2005), 274, 276 ff.; *Müller*, NJW 2000, 3452, 3453; *Hopt/Roth*, in: Großkomm. AktG, § 93 Rn. 304; *Fleischer*, ZIP 2002, 651, 652; *ders.*, in: BeckOGK AktG, § 93 Rn. 205; *Hoffmann-Becking*, in: Münch. HdB. GesR, Band 4, § 25 Rn. 53.

715 *Hopt/Roth*, in: Großkomm. AktG, § 93 Rn. 304; *Sailer-Coceani*, in: K.Schmidt/Lutter, AktG, § 93 Rn. 27.

716 *Bürgers*, in: Bürgers/Körber/Lieder, AktG, § 93 Rn. 52; *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, § 93 Rn. 31; *Körber*, in: Fleischer, HdB. VorstandsR, § 10 Rn. 18; *Hoffmann-Becking*, in: Münch. HdB. GesR, Band 4, § 25 Rn. 52.

in Betracht,<sup>717</sup> sodass § 93 Abs. 1 S. 3 AktG der Erfüllung von § 17 Abs. 1 VerSanG-E nicht entgegensteht. Damit besteht keine ermessenbeschränkende Pflicht zur Nicht-Nutzung der Sanktionsmilderungsoption.

bb) Pflicht aufgrund des Anstellungsvertrages

Eine unternehmerische Entscheidung ist dann nicht anzunehmen, wenn der Vorstand zur Inanspruchnahme der Sanktionsmilderungsoption durch Erfüllung der Voraussetzungen des § 17 Abs. 1 VerSanG-E verpflichtet ist.

Eine solche Pflicht zur Inanspruchnahme der Sanktionsmilderungsmöglichkeit könnte sich aus dem Anstellungsvertrag des Vorstands ergeben. Der Anstellungsvertrag stellt regelmäßig einen Dienstvertrag dar, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat und tritt nach der sog. Trennungstheorie neben die organschaftliche Bestellung.<sup>718</sup> Die Abschluss- und Gestaltungskompetenz kommt dabei dem Aufsichtsrat gem. § 112 AktG zu.<sup>719</sup>

(1) Typische anstellungsvertragliche Pflichten

Aus dem Vertrag ergeben sich dabei diverse Rechte, die etwa die Vergütung des Vorstands,<sup>720</sup> seine Ansprüche auf Entgeltfortzahlung,<sup>721</sup> betrieb-

---

717 Gleiches wird im Bereich der Kooperation mit den Behörden im Rahmen eines Kronzeugenprogramms angenommen, *Spindler*, in: Münch. Komm. AktG, 4. Aufl., § 93 Rn. 129.

718 *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 84 Rn. 7, 26; BGH, Urt. v. 14.7.1980 – II ZR 161/79, NJW 1980, 2415; BGH, Urt. v. 28.10.2002 – II ZR 146/02, NJW 2003, 351; *Bürgers*, in: Bürgers/Körper/Lieder, AktG, § 84 Rn. 1; *Kort*, in: Großkomm. AktG, § 84 Rn. 1, 17.

719 *Kolb*, in: Drinhausen/Eckstein, Beck'sches Handbuch der AG, § 7 Rn. 67.

720 Vgl. ausführlich *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 84 Rn. 48 ff.; *Kort*, in: Großkomm. AktG, § 84 Rn. 343 ff.; *Spindler*, in: Münch. Komm. AktG, § 84 Rn. 90; *Beiner/Braun*, Vorstandsvertrag, Rn. 288 ff.

721 Vgl. ausführlich *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 84 Rn. 50 f.; *Kort*, in: Großkomm. AktG, § 84 Rn. 415 ff.; *Beiner/Braun*, Vorstandsvertrag, Rn. 339 ff.

liche Nebenleistungen<sup>722</sup>, Ruhegehalt,<sup>723</sup> Aufwendungsersatz oder Versicherungsschutz betreffen.<sup>724</sup>

Zudem trifft der Vertrag Regelungen in Bezug auf die Pflichten des Vorstands. Die Pflicht zur Leitung der Gesellschaft, die allgemeine Sorgfaltspflicht, die Treuepflicht sowie weitere gesetzliche Pflichten entstehen unmittelbar durch die Bestellung und sind damit vom Anstellungsvertrag unabhängig.<sup>725</sup> Im Anstellungsvertrag findet sich oftmals die Verpflichtung des Vorstands zur Wahrung von Gesetz, Satzung und Geschäftsordnung, wodurch die Organpflichten zu vertraglichen Pflichten erhoben werden.<sup>726</sup> Des Weiteren werden im Vertrag „vertragsautonome“<sup>727</sup> Pflichten verankert. Hierzu zählen etwa das nachvertragliche Wettbewerbsverbot für die Zeit nach Ende der Anstellung oder ein vertragliches Wettbewerbsverbot, das das gesetzliche Wettbewerbsverbot des § 88 AktG abgesichert oder erweitert.<sup>728</sup> Auch Residenzpflichten sowie besondere Vertraulichkeitsverpflichtungen, die die Verschwiegenheitspflicht konkretisieren, können Gegenstand der Vereinbarung sein.<sup>729</sup>

Es findet sich häufig eine Regelung, wonach der Vorstand die Empfehlungen und Anregungen des Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK) umzusetzen hat.<sup>730</sup> Die Empfehlung und Anregung A.2, die sich auf den Grundsatz 5 des DCGK bezieht, betrifft die Einrichtung eines Compliance-Management-Systems, das an der Risikolage des Unternehmens ausgerichtet ist. Das Compliance-Management-System wird regelmäßig im repressiven Bereich auch verbandsinterne Untersuchungen

---

722 Vgl. ausführlich *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 84 Rn. 52; *Beiner/Braun*, Vorstandsvertrag, Rn. 579 ff.

723 Vgl. ausführlich *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 84 Rn. 53 ff.; *Beiner/Braun*, Vorstandsvertrag, Rn. 471 f.

724 Vgl. ausführlich *Beiner/Braun*, Vorstandsvertrag, 2014, Rn. 555 ff.; *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 84 Rn. 78; *Spindler*, in: Münch. Komm. AktG, § 84 Rn. 104.

725 *Spindler*, in: Münch. Komm. AktG, § 84 Rn. 107; *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 84 Rn. 79.

726 *Spindler*, in: Münch. Komm. AktG, § 84 Rn. 107; *Dauner-Lieb*, in: Henssler/Strohn, GesR, § 84 AktG Rn. 23; *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 84 Rn. 79; *Kort*, in: Großkomm AktG, § 84 Rn. 430.

727 *Seibt*, in: K.Schmidt/Lutter, AktG, § 84 Rn. 40.

728 *Wentrup*, in: Münch. HdB. GesR, Band 4, 2020, § 21 Rn. 115, 122; *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 84 Rn. 82; *Kort*, Großkomm. AktG, § 84 Rn. 435.

729 *Seibt*, in: K.Schmidt/Lutter, AktG, § 84 Rn. 40; *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 84 Rn. 83.

730 *Lutter/Bachmann/v. Werder*, in: Kremer/Bachmann/Lutter/v. Werder, DCGK, T. 4, Rn. 97; *Lutter*, ZHR 166 (2002), 524, 536; *Seibt*, in: K.Schmidt/Lutter, AktG, § 84 Rn. 40.

umfassen.<sup>731</sup> Die Erfüllung der Voraussetzungen des § 17 Abs. 1 VerSanG-E betrifft jedoch nicht nur die Durchführung verbandsinterner Untersuchungen, sondern auch den Umgang mit den Untersuchungsergebnissen sowie die Kooperation mit den Behörden. Sie zielt insgesamt auf eine Sanktionsmilderung, welche kein Teil des Compliance-Management-Systems ist. Mithin kann über die vertragliche Bestimmung zur Einhaltung der Empfehlungen und Anregungen des DCGK keine anstellungsvertragliche Pflicht zur Nutzung der Sanktionsmilderungsoption begründet werden.

- (2) Zulässigkeit der Normierung einer Pflicht zur Nutzung sanktionsrechtlicher Bonusregelungen im Anstellungsvertrag

Es stellt sich die Frage, ob eine konkrete Vereinbarung zur Nutzung der sanktionsrechtlichen Bonusregelung und damit Erfüllung der Voraussetzungen des § 17 Abs. 1 Nr. 2 bis Nr. 5 VerSanG-E getroffen werden kann.

- (a) Pflicht zur Offenlegung unzulässig

Im Schrifttum teilweise diskutiert wird die Frage, ob der Vorstand zur Offenlegung von eigenem Fehlverhalten verpflichtet ist oder werden kann.<sup>732</sup> Dabei wird vor allem eine Offenlegungspflicht von Pflichtverletzungen gegenüber der Gesellschaft zum Zwecke der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen in den Blick genommen.<sup>733</sup> Teilweise wird eine derartige Pflicht mit Verweis auf das besondere Treueverhältnis zwischen der Gesellschaft und seinem geschäftsleitenden Organ bejaht.<sup>734</sup> Dagegen spricht jedoch die besondere Belastung, die eine derartige Pflicht zur Selbstbeziehung, etwa in Bezug auf Abfindungsvereinbarungen, mit

---

731 Vgl. *Bachmann*, in: *Kremer/Bachmann/Lutter/v. Werder*, DCGK, T. 3, Rn. 11; *ders.*, ZHR 180 (2016), 563, 564.

732 Vgl. *Schmolke*, RiW 2008, 365 ff.; *Grunewald*, NZG 2013, 841 ff.; *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 84 Rn. 88; ausführlich *Dubovitskaya*, Offenlegungspflichten der Organmitglieder in Kapitalgesellschaften.

733 Vgl. *Schmolke*, RiW 2008, 365, 371; *Grunewald*, NZG 2013, 841, 843.

734 *Hopt*, ZGR 2004, 1, 27 angelehnt an die Rechtsprechung des BGH zum Pflichtentkreis bei Rechtsanwälten und Steuerberatern (BGH, Urt. v. 9.12.1999 – IX ZR 129/99, NJW 2000, 1263; Urt. v. 29.11.2001 – IV ZR 278/00, NJW 2002, 1117; *Schmolke*, RiW 2008, 365, 371.

sich bringen würde.<sup>735</sup> Handelt es sich um eine strafrechtlich relevante Pflichtverletzung, ist der Grundsatz *nemo-tenetur-se-ipsum-accusare* zu beachten.<sup>736</sup> Seine Beachtung im Privatrecht wird unterschiedlich beurteilt. Die Rechtsprechung äußert Zurückhaltung in Hinblick auf die Übertragung des Grundsatzes auf das zivilrechtliche Verhältnis.<sup>737</sup> In Zeiten zunehmender Privatisierung staatlicher Verwaltungsaufgaben erscheint es fraglich, ob diese ablehnende Haltung aufrechterhalten werden kann.<sup>738</sup> Daher wird zunehmend vertreten, den verfassungsrechtlichen Grundsatz auch bei der Beurteilung einer zivilrechtlichen Offenbarungspflicht gegenüber der Gesellschaft anzuwenden.<sup>739</sup> Dies muss dann jedoch erst recht gelten, wenn der Anstellungsvertrag den Vorstand zur Offenlegung gegenüber den Strafverfolgungsbehörden verpflichten soll, da hier wegen der strafrechtlichen Konsequenzen für den Vorstand sogar noch mehr auf dem Spiel steht.

(b) Pflicht zur Nutzung der Sanktionsmilderungsmöglichkeit zulässig

Allerdings ist zu berücksichtigen, dass die Nutzung der Sanktionsmilderungsmöglichkeit gerade nicht bedeutet, dass der Vorstand die Verbandstat offenlegen muss. Zwar erfordern das Kooperationsprinzip sowie das Herausgabeprinzip die umfassende Weitergabe vorhandenen Wissens an die Strafverfolgungsbehörden, jedoch gilt dies erst ab dem Zeitpunkt, in dem die Behörden an den Verband herantreten und damit zumindest einen Verdacht haben.<sup>740</sup> Geht es jedoch um die umfassende Aufdeckung einer Verbandstat mit Vorstandsbeteiligung oder um systematische Verstöße, die eine Aufsichtspflichtverletzung nahelegen, besteht nicht nur das Risiko einer persönlichen Haftung der Unternehmensleitung,<sup>741</sup> sondern

---

735 Vgl. ausführlich *Grunewald*, NZG 2013, 841, 845.

736 Vgl. *Grunewald*, NZG 2013, 841, 845.

737 BVerfG, Beschl. v. 13.1.2981 – 1 BvR116/77, NJW 1981, 1431; BGH, Urt. v. 30.4.1964 – VII ZR 156/62, NJW 1964, 1469.

738 *Harbarth*, in: GS Winter, 2011, S. 215, 221.

739 So wohl *Grunewald*, NZG 2013, 841, 845; *Harbarth*, in: GS Winter, S. 215, 221; zur Anwendung des *nemo-tenetur*-Grundsatzes im Arbeitsverhältnis: ArbG Kassel, Urt. v. 25.10.2016 - Az. 6 Ca 147/16; *U.H. Schneider*, NZG 2010, 1201, 1204; *Dann/Schmidt*, NJW 2009, 1851, 1853; *Schrader/Mahler*, NZA-RR 2016, 57, 64.

740 BT-Drs. 19/23568, S. 86.

741 Vgl. *Teicke*, CCZ 2019, 298, 299.

es drohen auch strafrechtliche und ordnungswidrigkeitsrechtliche Konsequenzen. Dabei würde sich das Vorstandsmitglied bei einer Kooperation mit den Strafverfolgungsbehörden selbst belasten und kann daher nicht dazu verpflichtet werden.<sup>742</sup>

Geht es hingegen um Verbandstaten, die zu keiner Selbstbelastung des Vorstands führen, kann der Anstellungsvertrag eine Pflicht zur Nutzung der Sanktionsmilderungsoption statuieren. Der Inhalt des Vertrages wird parteiautonom vereinbart.<sup>743</sup> Eine Grenze ziehen die zwingenden Bestimmungen des Aktiengesetzes und anderer Gesetze.<sup>744</sup> Dies kann im Wege einer AGB-Kontrolle überprüft werden.<sup>745</sup> Unzulässig sind im Hinblick auf die Pflichten des Vorstands Änderungen seiner organschaftlichen Verhaltenspflichten und Verschärfungen seines Verschuldensmaßstabs.<sup>746</sup> Zulässig sind dagegen anstellungsvertragliche Konkretisierungen und Erweiterungen des Pflichtenkreises.<sup>747</sup> Dabei dürfen letztere nur in quantitativer, nicht in qualitativer Form vereinbart werden.<sup>748</sup> Die Nutzung der Sanktionsmilderungsoption erscheint auf den ersten Blick keine unzulässige Änderung oder qualitative Erweiterung der Verhaltenspflichten des Vorstands, sondern vielmehr eine quantitative Erweiterung. Allerdings ist das näher zu betrachten, was für die Nutzung der Sanktionsmilderungsoption vom Vorstand verlangt wird, namentlich die Erfüllung des Trennungs-, Fairness-, Kooperations- und Herausgabepinzips und ob dies eine unzulässige Vertragsvereinbarung begründen kann.

Die Erfüllung des Trennungsprinzips sowie des Fairnessprinzips betreffen die Art und Weise der Durchführung einer verbandsinternen Un-

---

742 Vgl. Harbarth, in: GS Winter, S. 215, 221; Hasselbach/Seibel, AG 2008, 770, 774; Dreher, ZWeR 2009, 397, 418 f.; aA: Säcker, WuW 2009, 362, 372; Zimmermann, DB 2008, 687, 689 der wohl eine Kooperation des Vorstands auch bei Selbstbelastung aufgrund der Treuepflicht annimmt.

743 Kort, in: Großkomm. AktG, § 84 Rn. 282.

744 Kort, in: Großkomm. AktG, § 84 Rn. 282.

745 Bauer/Arnold, ZIP 2006, 233, 2338 f.; BGH, Urt. v. 24.9.2019 – II ZR 192/18, NJW 2020, 679, 681; Werner, NZA 2020, 1444, 1445; Koch, in: Hüffer/Koch, AktG, § 84 Rn. 21; Wentrup, in: Münch. HdB. GesR, Band 4, § 21 Rn. 15; Wilsing/Mayer, DB 2011, 341, 344; Fleischer, in: BeckOGK AktG, § 84 Rn. 26; Seyfarth, Vorstandsrecht, § 4 Rn. 101.

746 Vgl. Fleischer, in: BeckOGK, § 93 Rn. 6; Hopt/Roth, in: Großkomm. AktG, § 93 Rn. 49; Koch, in: Hüffer/Koch, AktG, § 93 Rn. 2.

747 Fleischer, in: BeckOGK AktG, § 93 Rn. 57; Hopt/Roth, in: Großkomm. AktG, § 93 Rn. 321; Bürgers, in: Bürgers/Körper/Lieder, AktG, § 93 Rn. 4; U.H. Schneider, in: Heidel, Aktien- und Kapitalmarktrecht, § 93 AktG Rn. 5.

748 Hopt/Roth, in: Großkomm. AktG, § 93 Rn. 321.

tersuchung. Aus der allgemeine Leitungssorgfalt nach §§ 76 Abs. 1, 93 Abs. 1 AktG wird die Pflicht des Vorstands zur Legalitätskontrolle entnommen, welche eine Pflicht zur Aufklärung von Verstößen und damit grundsätzlich zur Durchführung einer verbandsinternen Untersuchung beinhaltet.<sup>749</sup> Dabei ist der Vorstand grundsätzlich frei, was die Modalitäten der Untersuchung betrifft. Dies beinhaltet etwa die Auswahl des Untersuchungsführers oder die Einräumung von Rechten bei Mitarbeiterbefragungen. Eine Pflicht zur Einhaltung der Vorgaben des § 17 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 5 VerSanG-E betrifft also dieses Ermessen des Vorstands. Zwar kann der Anstellungsvertrag die organschaftlichen Verhaltenspflichten nicht ändern, jedoch können im Vertrag Konkretisierungen und Ergänzungen vorgenommen werden. Es stellt sich die Frage, ob es sich bei der Pflicht zur Einhaltung der Vorgaben des § 17 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 5 VerSanG-E um unzulässige, qualitative oder zulässig, quantitative Erweiterungen handelt. Die Pflicht zur Einhaltung der Nr. 2 und Nr. 5 VerSanG-E stellt keine Erweiterung der Pflichten dar, sondern lediglich eine Konkretisierung der Pflicht zur Aufklärung von Verstößen. Die Vorgaben des § 17 Abs. 1 Nr. 3 und Nr. 4 VerSanG-E betreffen nicht die Durchführung der verbandsinternen Untersuchung selbst, sondern den Umgang mit den Untersuchungsergebnissen sowie eine Zusammenarbeit mit den Behörden. Aus der Treuepflicht wird teilweise eine Pflicht zur Zusammenarbeit mit den Behörden abgeleitet.<sup>750</sup> Auch kann die Zusammenarbeit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters entsprechen. Eine Vorgabe im Anstellungsvertrag, wonach die Geschäftsleitung von der Sanktionsmilderungsoption Gebrauch machen muss, ist dabei auch bei näherem Hinsehen möglich. Die Pflicht kann dabei an zusätzliche, tatsächliche Bedingungen geknüpft werden, etwa das Vorliegen einer konkreten Aufdeckungswahrscheinlichkeit.

Ob eine derartige Pflicht sinnvoll ist, lässt sich bezweifeln. Die Erfüllung der Voraussetzungen des § 17 Abs. 1 VerSanG-E bringt nicht nur den Vorteil der Sanktionsmilderung mit sich, sondern ist auch mit potenziellen Nachteilen verbunden.<sup>751</sup> Eine starre Regelung, die die Nutzung der Sanktionsmilderungsoption vorgibt, lässt eine Entscheidung, die sich an den Umständen des Einzelfalls orientiert und zur umfassenden Verwirklichung des Gesellschaftsinteresses beiträgt, hingegen nicht zu.

---

749 Vgl. Ausführungen in Kap. D. II. 1. a) bb).

750 So wohl Zimmermann, DB 2008, 687, 689.

751 Es folgen Ausführungen zu den Risiken der Erfüllung unter Kap. E. III. 2. d) dd) (2) (b).

cc) Pflicht aufgrund der Satzung

Die Satzung der AG stellt eine weitere potenzielle Regelungsplattform für die Pflicht zur Nutzung der Sanktionsmilderoption dar. Die Satzungsbestimmungen werden in zwei Kategorien eingeteilt. Zunächst zu nennen sind die sog. materiellen Satzungsbestimmungen<sup>752</sup>. Sie betreffen die Gesellschaft und ihre Beziehung zu den Gründern und später hinzukommenden Aktionären.<sup>753</sup> Neben den Angaben nach § 23 Abs. 3 AktG und den nach § 23 Abs. 4 AktG notwendigen Regelungen („Satzung im engeren Sinne“<sup>754</sup>) zählen hierzu etwa die Angabe über die Art der zu leistenden Einlage nach §§ 23 Abs. 2, 36a Abs. 1, Abs. 2 AktG, Sonderrecht von Aktionären sowie regelmäßig die Abweichungen und Ergänzung nach § 23 Abs. 5 S. 1 und S. 2 AktG.<sup>755</sup> Daneben gibt es die sog. rein formelle Satzungsbestimmungen<sup>756</sup>, die dadurch gekennzeichnet sind, dass sie zwar in der Satzungsurkunde vorzufinden sind, jedoch nicht die Grundlagen der Gesellschaft und ihre Beziehung zu den Gründern und zukünftigen Gesellschaftern betreffen.<sup>757</sup> Sie sind vielmehr rein schuldrechtlicher bzw. individualvertraglicher oder gar rein deklaratorischer Natur.<sup>758</sup> Klassische Beispiele sind über § 55 AktG hinausgehende Nebenpflichten der Aktionäre, Absprachen über Sondervorteile, die Aufzählung der Namen der ersten Aufsichtsratsmitglieder oder Stimmbindungsvereinbarungen.<sup>759</sup>

Bezweckt die Gesellschaft eine dauerhafte, vom konkreten Amtsinhaber unabhängige Konkretisierung der Verhaltenspflichten, die also über die Tätigkeit des konkreten Vorstandsmitglieds hinausgeht, so muss dies als Ergänzung im Sinne des § 23 Abs. 5 S. 2 AktG und damit als fakultative,

---

752 Auch „echte“, „korporative“, „körperschaftliche“ oder „normative“ Satzungsbestimmung genannt, vgl. *Solveen*, in: Hölters, AktG § 23 Rn. 4.

753 *Pentz*, in: Münch. Komm. AktG, § 23 Rn. 40; *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, § 23 Rn. 3; *Solveen*, in: Hölters, AktG § 23 Rn. 4.

754 *Pentz*, in: Münch. Komm. AktG, § 23 Rn. 64.

755 *Solveen*, in: Hölters, AktG § 23 Rn. 4; *Limmer*, in: BeckOGK AktG, § 23 Rn. 7.

756 Auch „unechte“, „nicht-korporative“, „individuelle“ oder „zufällig“ Satzungsbestimmungen genannt, vgl. *Solveen*, in: Hölters, AktG, § 23 Rn. 5.

757 *Wagner*, in: Heidel, Aktien- und Kapitalmarktrecht, § 179 Rn. 7; *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, § 23 Rn. 4.

758 *Holzborn*, in: Großkomm. AktG, § 179 Rn. 32.

759 Vgl. *Koch*, in: Hüffer/Koch AktG, § 23 Rn. 4; *Pentz*, in: Münch. Komm. AktG, § 23 Rn. 42; *Braunfels*, in: Heidel, Aktienrecht, § 23 AktG Rn. 55; *Wagner*, in: Heidel, Aktien- und Kapitalmarktrecht, § 179 Rn. 7.



aber dennoch materielle Satzungsbestimmung erfolgen.<sup>760</sup> Zu beachten ist, dass sich eine Verschärfung oder Milderung des Verschuldensmaßstabs verbietet; dieser ist in § 93 AktG abschließend bestimmt.<sup>761</sup> Eine Konkretisierung der Verhaltenspflichten dagegen ist zulässig.<sup>762</sup> Soll dies nur in Bezug auf die Verhaltenspflichten des konkreten Vorstandsmitglieds erfolgen, so kommt nur eine individualvertragliche Regelung im Anstellungsvertrag in Betracht.<sup>763</sup> Zu beachten ist, dass sich eine anstellungsvertragliche Regelung verbietet, die der Satzung zuwiderläuft.<sup>764</sup>

Die Pflicht zur Nutzung der Sanktionsmilderungsoption durch Erfüllung der Voraussetzungen des § 17 Abs. 1, Abs. 2 VerSanG-E verschärft nicht die Haftung, indem der Verschuldensmaßstab verändert wird, sondern präzisiert lediglich die Sorgfaltspflicht in zulässiger Weise. Dies kann in der Satzung erfolgen, wenn eine dauerhafte Festlegung der Pflicht gewünscht ist.

Allerdings sprechen gegen eine starre Regelung zur Nutzung der Sanktionsmilderungsoption in der Satzung erneut die fehlende Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls.<sup>765</sup> Erfolgt dennoch eine derartige Regelung ist zu beachten, dass Satzungsbestimmungen nicht durch eine einfache Mehrheit geändert werden können; vielmehr bedarf es hierzu gemäß § 179 Abs. 2 S. 1 AktG des Beschlusses einer Dreiviertelmehrheit des bei Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals. Die Entscheidung für die Festschreibung einer solchen Pflicht in der Satzung hat mithin weitreichende Auswirkungen und wird kaum in der Praxis vorkommen.

#### dd) Pflicht aufgrund eines Beschlusses der Hauptversammlung

Denkbar ist es, dass im konkreten Einzelfall ein Bedürfnis der Gesellschafter besteht, den Vorstand zu Nutzung der Sanktionsmilderungsvoraussetzung zu bewegen. Dies könnte durch einen Beschluss der Hauptversammlung erfolgen.

---

760 Röbriht/Schall, in: Großkomm. AktG, § 23 Rn. 21; Stein, in: Münch. Komm. AktG, § 179 Rn. 10; Holzborn, in: BeckOGK AktG, § 179 Rn. 35.

761 Vgl. Spindler, in: Münch. Komm. AktG, § 93 Rn. 27.

762 Vgl. Röbriht/Schall, in: Großkomm. AktG, § 23 Rn. 21; Stein, in: Münch. Komm. AktG, § 179 Rn. 10; Holzborn, in: BeckOGK AktG, § 179 Rn. 35.

763 Vgl. Holzborn, in: BeckOGK AktG, § 179 Rn. 38.

764 Vgl. Kort, in: Großkomm. AktG, § 84 Rn. 284; Spindler, in: Münch. Komm. AktG, § 84 Rn. 76.

765 Vgl. die Ausführungen zu Kap. E. III. 2. c) bb).

(1) Zwingende Vorgabe durch die Hauptversammlung

Grundsätzlich kann die Hauptversammlung gemäß § 119 Abs. 1 AktG nur in den im Gesetz und der Satzung ausdrücklich bestimmten Fällen Beschluss fassen. Dies betrifft in der Regel vor allem Grundlagengeschäfte.<sup>766</sup> Dadurch wird dem im Aktiengesetz herrschenden Prinzip der Teilung und klaren Abgrenzung der Zuständigkeiten der Organe in der AG Rechnung getragen.<sup>767</sup> Die Rechtsprechung sah sich in bestimmten Fällen gezwungen, weitere, ungeschriebene Kompetenzen zu entwickeln.<sup>768</sup> Dies betraf Geschäftsführungsmaßnahmen, die die Rechtsposition der Aktionäre in erheblichem Maße beeinträchtigten.<sup>769</sup>

Die Nutzung der Sanktionsmilderungsoption berührt keinen in § 119 Abs. 1 AktG aufgelistet Fall. Zwar wurden in der BGH-Entscheidung *Holz-müller*<sup>770</sup> und in der viele Jahre später ergangenen Entscheidung *Gelatine*<sup>771</sup> die Kompetenz der Hauptversammlung für bestimmte Geschäftsführungsmaßnahmen anerkannt. Dies kommt jedoch nur in engen Grenzen in Betracht, nämlich dann, wenn sie an die „Kernkompetenz der Hauptversammlung über die Verfassung der Gesellschaft zu bestimmen, rühren und in ihren Auswirkungen einem Zustand nahezu entsprechen, der allein durch eine Satzungsänderung herbeigeführt werden kann“.<sup>772</sup>

Dies wurde bei der Veräußerung des „wichtigsten Betriebszweigs“ angenommen, der „substanz- und ertragsmäßig [den] weit wertvollere[n] Teil des Betriebsvermögens“ darstellt.<sup>773</sup> Die Erfüllung der Voraussetzungen des § 17 Abs. 1, Abs. 2 VerSanG-E eröffnet lediglich die Möglichkeit der hälftigen Reduzierung des Sanktionshöchstmaßes einer an den durchschnittlichen (Konzern-)Umsatzzahlen bemessenen Sanktion. Die Rechtsprechung hat in der Sache *Gelatine* bereits entschieden, dass eine Maßnahme, die lediglich den Schwellenwert von 50 % erreicht, nicht genügt. Weiterhin handelt es sich bei den diskutierten Fällen, um Geschäftsführungs-

---

766 *Bitter/Heim*, Gesellschaftsrecht, § 3 Rn. 92.

767 *Bitter/Heim*, Gesellschaftsrecht, § 3 Rn. 92; *Hoffmann*, in: BeckOGK AktG, § 119 Rn. 2.

768 *Hoffmann*, in: BeckOGK AktG, § 119 Rn. 26.

769 Vgl. BGH, Urt. v. 25.2.1982 – II ZR 174/80 („Holzmüller“), NJW 1982, 1703; BGH, Urt. v. 25.11.2002 – II ZR 133/01 („Macotron“), NJW 2003, 1032, aufgegeben durch BGH, Beschl. v. 8.10.2013 – II ZB 26/12 („Frosta“), NJW 2014, 146.

770 BGH, Urt. v. 25.2.1982 – II ZR 174/80 („Holzmüller“), NJW 1982, 1703.

771 BGH, Urt. v. 26.4.2004 – II ZR 155/02 („Gelatine“), NJW 2004, 1860, 1864.

772 BGH, Urt. v. 26.4.2004 – II ZR 155/02, NJW 2004, 1860, 1864.

773 BGH, Urt. v. 25.2.1982 – II ZR 174/80, NJW 1982, 1703, 1707.

maßnahmen, die einen über den Umsatz des einzelnen Geschäftsjahrs hinausgehenden Einfluss haben. Zu nennen sind etwa der Beteiligungserwerb, die Beteiligungsveräußerung sowie der Erwerb bzw. die Veräußerung wesentlicher Aktiva.<sup>774</sup>

Allerdings kann die Hauptversammlung gemäß § 119 Abs. 2 AktG auch in Bezug auf weniger weitreichenden Geschäftsführungsmaßnahmen einen Beschluss fassen, wenn der Vorstand dies verlangt. Dabei darf grundsätzlich<sup>775</sup> jede Geschäftsführungsmaßnahme vorgelegt werden, unabhängig von ihrer finanziellen oder strategischen Bedeutung.<sup>776</sup> Geschäftsführung wird begriffen als jedwede tatsächliche oder rechtsgeschäftliche Tätigkeit für die Gesellschaft.<sup>777</sup> Davon erfasst sind etwa Entscheidungen auf sämtlichen Wertschöpfungsstufen sowie Fragen der Investition, Finanzierung und Personalwirtschaft.<sup>778</sup> Es zählen nur solche Maßnahmen und Entscheidungen nicht zur Geschäftsführung, die in die originäre Zuständigkeit des Aufsichtsrats fallen oder für die eine geschriebene oder ungeschriebene Kompetenz der Hauptversammlung besteht.<sup>779</sup> Die Entscheidung über die Nutzung der Sanktionsmilderungsoption durch Erfüllung der Voraussetzungen des § 17 Abs. 1, Abs. 2 VerSanG-E fällt weder in die Zuständigkeit des Aufsichtsrats, noch in jene der Hauptversammlung. Stattdessen sind Bereiche der Geschäftsführung betroffen, etwa das Personalressort. Wird ein Hauptversammlungsbeschluss aufgrund eines Vorstandsverlangens durchgeführt, so bindet die Sachentscheidung den Vorstand; auch wenn eine vom Beschlussantrag abweichende Entscheidung getroffen wird.<sup>780</sup> Lehnt die Hauptversammlung etwa die Nutzung der Sanktionsmilderungsoption ab, so hat der Vorstand sie zu unterlassen; beschließt die Hauptversammlung hingegen, dass die Sanktionsmilderungsoption genutzt werden soll, so ist der Vorstand gemäß § 83 Abs. 2 AktG

---

774 Ausführlich *Hoffmann*, in: BeckOGK AktG § 119 Rn. 35 ff.

775 Die Ausnahme bildet der missbräuchliche Einsatz des Abs. 2. Dieser liegt vor, wenn der Vorstand jede wichtige Geschäftsführungsmaßnahme vorlegen würde und sich somit eine prinzipielle Verschiebung der innergesellschaftlichen Zuständigkeitsverteilung vollzieht, *Mülbert*, in: Großkomm. AktG, § 119 Rn. 200.

776 *Mülbert*, in: Großkomm. AktG, § 119 Rn. 200.

777 *Spindler*, in: K.Schmidt/Lutter, AktG, § 119 Rn. 18; *ders.*, in: Münch. Komm. AktG, § 77 Rn. 6; *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, § 119 Rn. 13 i.V.m. § 77 Rn. 3; so ähnlich: *Kort*, in: Großkomm AktG, § 77 Rn. 3; *Zöllner*, in: Köln. Komm. AktG, § 119 Rn. 28.

778 *Kubis*, in: Münch. Komm. AktG, § 119 Rn. 24.

779 *Mülbert*, in: Großkomm. AktG, § 119 Rn. 193.

780 *Kropff*, AktG, S. 165 f.; *Mülbert*, in: Großkomm. AktG, § 119 Rn. 208; *Kubis*, in: Münch. Komm. AktG, § 119 Rn. 27.

dazu verpflichtet, die Maßnahmen zu ergreifen. Das Korrelat der Befolungspflicht ist der Haftungsausschluss nach § 93 Abs. 4 S. 1 AktG. Ist der Vorstand zur Ausführung der Maßnahme verpflichtet, darf bei der Befolung dieser Pflicht keine Haftung entstehen.<sup>781</sup> Dies gilt dabei jedoch nur für gesetzmäßige Hauptversammlungsbeschlüsse.<sup>782</sup> Mithin kann der Vorstand die Entscheidung über die Nutzung der Sanktionsminderungsoption an die Hauptversammlung „abgeben“, sich somit selbst binden und damit zugleich sein Haftungsrisiko beschränken.<sup>783</sup> Von der Zulässigkeit zu trennen ist jedoch die Praxisauglichkeit. Ob ein Beschluss der Hauptversammlung über die Nutzung der Sanktionsminderungsoption auf Verlangen des Vorstands gemäß § 119 Abs. 2 AktG ein praxisnahes Szenario darstellt, mag bezweifelt werden; ist jedoch in bestimmten Einzelfällen vorstellbar.

## (2) Exkurs: Anreize durch die Hauptversammlung

Handelt es sich um eine Verbandstat mit Vorstandsbeteiligung, wird das Vorstandsmitglied ohne weiteres wohl weder das Herausgabe- noch das Kooperationsprinzip erfüllen wollen. Auch wird kaum zu erwarten sein, dass sich das Kollegialorgan<sup>784</sup> an die Hauptversammlung wendet und einen Beschlussantrag stellt. Jedoch kann es für das Unternehmen von entscheidender Bedeutung sein, dass die Voraussetzungen für die Sanktionsminderungsoption erfüllt werden. Es stellt sich daher die Frage, ob und wie Anreize geschaffen werden können, um das Vorstandsmitglied zur Erfüllung der Sanktionsminderungsvoraussetzungen zu bewegen. Eine Freistellung von den straf- und ordnungswidrigkeitsrechtlichen Verurteilungen scheidet aus, da die Gesellschaft nicht über den staatlichen Strafanspruch verfügen kann.<sup>785</sup> Jedoch könnte das Vorstandsmitglied von den Wirkungen der Geldstrafe oder Geldbuße befreit werden. Nach § 93 Abs. 4 S. 3 AktG besteht die Möglichkeit der Gesellschaft, auf Ersatzansprüche gegen das Vorstandsmitglied zu verzichten oder sich mit ihm zu verglei-

---

781 Vgl. *Fleischer*, in: Münch. Komm. AktG, § 93 Rn. 317; *Bürgers*, in: Bürgers/Körper/Lieder, AktG, § 93 Rn. 32; *Spindler*, in: Münch. Komm. AktG, § 93 Rn. 266.

782 *Spindler*, in: Münch. Komm. AktG, § 93 Rn. 266; *Fleischer*, BB 2005, 2025, 2028; *Bürgers*, in: Bürgers/Körper/Lieder, AktG, § 93 Rn. 33.

783 Vgl. *Fleischer*, BB 2005, 2025, 2027.

784 Das Entscheidungsverlangen muss vom Vorstand als Kollegialorgan erfolgen, *Mülbert*, in: Großkomm. AktG, § 119 Rn. 198.

785 Eingehend zum staatlichen Strafanspruch *Wolfslast*, Staatliche Strafanspruch und Verwirkung.

chen. Dabei werden auch andere Rechtshandlungen, die wie ein Verzicht oder Vergleich wirken, von der Norm als erfasst angesehen.<sup>786</sup> Die Norm ist nach der Rechtsprechung nicht nur auf Ersatzansprüchen anwendbar, sondern auch auf die Übernahme einer Geldstrafe oder Geldbuße für den Fall, dass die Handlung, durch die das Vorstandsmitglied seine Pflichten gegenüber der Gesellschaft verletzt hat,<sup>787</sup> Gegenstand eines Strafverfahrens ist.<sup>788</sup>

Jedoch sind der Verzicht, Vergleich und vergleichbare Rechtshandlungen an zeitliche sowie sachliche Voraussetzungen geknüpft. Sachlich muss ein Beschluss der Hauptversammlung vorliegen und es darf kein niedergeschriebener Widerspruch einer Minderheit, deren Anteil zusammen den zehnten Teil des Grundkapitals erreicht, vorliegen.<sup>789</sup> Des Weiteren muss die in § 93 Abs. 4 S. 3 AktG kodifizierte Dreijahresfrist eingehalten werden, sodass Verzicht, Vergleich und vergleichbare Rechtshandlungen erst drei Jahre nach Entstehung des Anspruchs bzw. Verhängung des Bußgeldes erfolgen können.<sup>790</sup> Dies stößt jedoch in rechtspolitischer Hinsicht auf Kritik.<sup>791</sup> Den Interessen aller Beteiligten entspricht häufig eine rasche und endgültige Regelung.<sup>792</sup> Trotz vielfach befürworteter Streichung der Dreijahresfrist<sup>793</sup> hält der Gesetzgeber daran fest. Daher bedient man sich

---

786 Vgl. *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 93 Rn. 341; *Hopt/Roth*, in: Großkomm. AktG, § 93 Rn. 528 ff.; *Sailer-Coceani*, in: K.Schmidt/Lutter, AktG, § 93 Rn. 64; *Bürgers*, in: Bürgers/Körper/Lieder, AktG, § 93 Rn. 36.

787 Eine Freistellung von etwaigen Geldbußen, Geldstrafen oder Schadensersatzansprüchen Dritte ist unabhängig von § 93 Abs. 4 S. 3 AktG allein durch Beschluss des Aufsichtsrats zulässig, wenn die Haftung im Außenverhältnis keine Pflichtverletzung im Innenverhältnis begründet, vgl. BGH, Urt. v. 8.7.2014 – II ZR 174/13, NZG 2014, 1058, 1060; *Hasselbach/Seibel*, AG 2008, 770, 776; *Dreher*, ZWeR 2009, 397, 420; *ders.*, in: FS Konzen, S. 85, 100; *Hoffmann-Becking*, ZGR 2015, 618, 624 f.

788 *Sailer-Coceani*, in: K.Schmidt/Lutter, AktG, § 93 Rn. 64; BGH, Urt. v. 8.7.2014 – II ZR174/13, NZG 2014, 1058; kritisch zur Entscheidung *Hoffmann-Becking*, ZGR 2015, 618, 625 ff.; *Selter*, ZIP 2015, 714, 716 ff.

789 Vgl. *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 93 Rn. 333; *Spindler*, in: Münch. Komm. AktG, § 93 Rn. 284.

790 Vgl. *Sailer-Coceani*, in: K.Schmidt/Lutter, AktG, § 93 Rn. 65; *Fleischer*, BeckOGK AktG, § 93 Rn. 333.

791 *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 93 Rn. 338; *ders.*, WM 2005, 909, 918; *Hopt/Roth*, in: Großkomm. AktG, § 93 Rn. 505; *Sailer-Coceani*, in: K.Schmidt/Lutter, AktG, § 93 Rn. 52.

792 *Hopt/Roth*, in: Großkomm. AktG, § 93 Rn. 505.

793 Vgl. etwa 70. Deutsche Juristentag, ZIP 2014, 1902, 1903 (Beschluss Nr. 7 lit. a)); *Hopt*, ZIP 2013, 1793, 1803 f.; *ders./Roth*, in: Großkomm. AktG, § 93 Rn. 505; *Mertens/Cahn*, in: Köln. Komm. AktG, § 93 Rn. 164; *Krebs*, BB 2014, 2512; DAV

in der Praxis „Normvermeidungsstrategien“<sup>794</sup>. Für Fälle der Ersatzansprüche der Gesellschaft gegen das Vorstandsmitglied behilft man sich häufig mit einer Abtretung der Ersatzforderung an einen Dritten, der eine entsprechende Verzichtvereinbarung treffen kann.<sup>795</sup> Die Grenze ist jedoch erreicht, wenn eine unzulässige Umgehung vorliegt. Dies wird angenommen, wenn die Abtretung unentgeltlich erfolgt.<sup>796</sup> Erfolgt sie hingegen im Gegenzug einer Geldleistung, stellt sich die Abtretung für die Gesellschaft günstiger dar, da sie die Forderung nicht mehr durchsetzen muss und ist daher zulässig.<sup>797</sup> Im Falle der Geldbuße kann ein Dritter eine Vereinbarung über die Übernahme der Geldzahlung mit dem Vorstand treffen, ohne dass es zur Anwendung des § 93 Abs. 4 S. 3 AktG kommt.<sup>798</sup> Jedoch ist zu beachten, dass, etwa bei der Übernahme durch einen Großaktionär als Dritten, bei nachteiliger Einflussnahme eine Haftung nach § 117 AktG sowie im Falle des faktischen Konzerns eine Pflicht zum Nachteilsausgleich entsteht.<sup>799</sup>

ee) Zwischenergebnis

Es bleibt festzuhalten, dass die Verschwiegenheitspflicht eine Nutzung der Sanktionsmilderung, trotz der Offenbarung der Gesellschaftsinterna durch die Kooperationsanforderung, nicht verbietet. Es ist rechtlich zulässig, wenn auch wenig praxistauglich, eine Pflicht zur Nutzung im Anstellungsvertrag ebenso wie in der Satzung zu regeln. Die Hauptverhandlung kann einen Beschluss über die Nutzung nur dann fassen, wenn der Vorstand dies gemäß § 119 Abs. 2 AktG verlangt.

---

Handelsrechtsausschuss, NZG 2010, 897, 898 f.; zurückhaltend: *Fleischer*, AG 2015, 133, 139.

794 *Fleischer*, AG 2015, 133, 139.

795 *Hopt/Roth*, in: Großkomm. AktG, § 93 Rn. 505; *Fleischer*, WM 2005, 909, 919.

796 Vgl. *Hopt/Roth*, in: Großkomm. AktG, § 93 Rn. 530; *Spindler*, in: Münch. Komm. AktG, § 93 Rn. 297; *Hölters*, AktG, § 93 Rn. 319.

797 *Fleischer*, AG 2015, 133, 139.

798 Vgl. Garantie und Freistellung im Zusammenhang mit Schadensersatzansprüchen durch einen Dritten, *Hölters*, AktG, § 93 Rn. 320; *Hopt/Roth*, in: Großkomm. AktG, § 93 Rn. 531; Freistellung im Zusammenhang mit Kronzeugenanträgen, *Dreber*, ZWeR 2009, 387, 423.

799 *Hopt/Roth*, in: Großkomm. AktG, § 93 Rn. 531; *Mertens/Cahn*, in: Köln. Komm. AktG, § 93 Rn. 171; *Hölters*, AktG, § 93 Rn. 320.

d) Einschränkung durch ungeschriebene Pflichten

Eine (weitere) Ausnahme vom Grundsatz der Ermessensentscheidung hinsichtlich der Nutzung der Sanktionsmilderoption, kann sich aufgrund ungeschriebener Pflichten ergeben.

aa) Legalitätspflicht

Die Erfüllung der Voraussetzungen des § 17 Abs. 1, Abs. 2 VerSanG-E führt in der Regel zu einer Sanktionsmilderung. Die *Legalitätspflicht* erfordert rechtstreu Verhalten des Vorstands. Die Norm des § 17 Abs. 1, Abs. 2 VerSanG-E ist jedoch nicht als Rechtspflicht ausgestaltet. Damit kann seine Nichtbefolgung nicht als fehlende Rechtstreue gewertet werden, sodass die Legalitätspflicht die Nutzung der Sanktionsmilderoption nicht gebietet.<sup>800</sup>

bb) Legalitätskontrollpflicht

Die *Legalitätskontrollpflicht* erfordert, dass der Vorstand rechtstreu Verhalten seiner Mitarbeiter gewährleistet, indem er Maßnahmen ergreift, die etwaige Verstöße im und durch das Unternehmen verhindern sowie bei Vorliegen von Verfehlungen einen rechtskonformen Zustand wiederherstellen.<sup>801</sup> Dies beinhaltet es, Regel- und Gesetzesübertretungen aufzuklären, abzustellen und zu sanktionieren.<sup>802</sup> Die Durchführung einer verbandsinternen Untersuchung ist dabei grundsätzlich von der Aufklärungspflicht erfasst.<sup>803</sup> Allerdings knüpft § 17 Abs. 1, Abs. 2 VerSanG-E nicht schlicht an die Durchführung einer verbandsinternen Untersuchung an. Die Norm statuiert in Nr. 2 und Nr. 5 konkrete Anforderungen, *wie* die Untersuchung durchzuführen ist und trifft in Nr. 3 und Nr. 4 eine Regelung hinsichtlich des Umgangs mit den Behörden während und nach der Untersuchung.<sup>804</sup> Die Art und Weise der Untersuchung wird von der Legalitätskontrollpflicht gerade nicht vorgeschrieben. Weiterhin sind von der

---

800 Im Ergebnis ebenso: *Seibt/Wolf*, DB 2020, 1049, 1053.

801 Vgl. Ausführungen zu Kap. D. I. 1.

802 Vgl. Ausführungen zu Kap. D. I. 1.

803 Vgl. Ausführungen zu Kap. D. III. 1. b).

804 Vgl. Ausführungen zu Kap. C II. 4. b) aa).

Pflicht zwar reaktive Maßnahmen erfasst, wie das Abstellen und Ahnden des Verstoßes. Jedoch beinhaltet sie keine verpflichtende Kooperation mit den Behörden. Mithin kann die Erfüllung der Voraussetzungen nicht an die Legalitätskontrollpflicht angeknüpft werden.

#### cc) Rentabilitätspflicht

Den Vorstand trifft eine Rechtspflicht zur Leitung der Gesellschaft im Sinne einer *dauerhaften Rentabilität* bzw. einer angemessenen Gewinnerzielung.<sup>805</sup> Sanktionen, die potenziell eine maximale Höhe von 10 % des Konzernumsatzes erreichen, können einen Einfluss auf die Ertragskraft des Unternehmens haben. Geldbußen werden nach betriebswirtschaftlichen Maßstäben als Aufwand verbucht und den Erträgen im Rahmen der Gewinn- und Verlustrechnung gegenübergestellt.<sup>806</sup> Somit schmälern sie den Gewinn. Eine Sanktionsmilderung trägt mithin dazu bei, die Gewinnschmälerung geringer zu halten. Jedoch wäre der Vorstand aufgrund seiner Rentabilitätspflicht nur dann zur Nutzung der Sanktionsmilderungsoption verpflichtet, wenn ohne die Milderung der Fortbestand der AG gefährdet wäre. Er darf hingegen kurz- oder mittelfristig auf die Erreichung einer Rentabilität verzichten, wenn dies erforderlich ist.

#### dd) Schadensabwendungspflicht

Die *Schadensabwendungspflicht* könnte durch die in Aussicht gestellte Sanktionsmilderung durch Erfüllung der Voraussetzungen des § 17 Abs. 1 und Abs. 2 VerSanG-E betroffen sein.

#### (1) Inhalt

Die Pflicht des Vorstands, Schaden von der Gesellschaft abzuwenden, stellt eine erste, allgemeine Konkretisierung seiner Sorgfaltspflicht in § 93

---

805 Kort, in: Großkomm. AktG, § 76 Rn. 53; Spindler, in: Münch. Komm. AktG, § 76 Rn. 73; Mertens/Cahn, in: Köln. Komm. AktG, § 76 Rn. 22; Koch, in: Hüffer/Koch, AktG, § 76 Rn. 34.

806 Vgl. Schmidt/Kliem, in: Beck'scher Bilanzkomm., § 275 HGB Rn. 172; Baumeister/Freisleben, in: BeckOGK, Bilanzrecht, § 275 HGB Rn. 167.



Abs. 1 S. 1 AktG dar.<sup>807</sup> Bereits im Jahr 1956 postulierte der BGH, dass es die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters erfordert, nicht vorsätzlich zum Schaden der Gesellschaft zu handeln, etwa durch Zuwendung von Sondervorteilen an Dritte zum Nachteil der Gesellschaft.<sup>808</sup> Für die GmbH stellte der BGH mehrfach klar, dass der Geschäftsführer verpflichtet ist, den Vorteil der Gesellschaft zu wahren und Schaden von ihr abzuwenden.<sup>809</sup> Mithin ist es dem Vorstand einerseits verwehrt, Handlungen vorzunehmen, die der Gesellschaft schaden (Schädigungsverbot).<sup>810</sup> Zum anderen ist er, sofern sich bereits ein Schaden abzeichnet, angehalten, den Schaden möglichst von der Gesellschaft abzuwenden (Schadensabwendungsgebot).<sup>811</sup> Letztlich lassen sich die aus der Sorgfaltspflicht abgeleiteten Verhaltenspflichten<sup>812</sup> ebenso wie die Treuepflicht auf den Gedanken der Schadensabwendung zurückführen bzw. mit diesem begründen,<sup>813</sup> sodass der Gedanke der Schadensvermeidung- und -abwendung eine wichtige Maxime für die Ausrichtung des Vorstandshandelns abbildet.

## (2) Schadensabwendung durch Erfüllung

Bei Nutzung der Sanktionsmilderungsoption wird jedoch der Schaden in Form der Geldsanktion<sup>814</sup> nicht vollständig abgewendet. Stattdessen besteht die Aussicht auf eine Sanktionsmilderung, wobei sich das Sank-

---

807 Vgl. *Hopt/Roth*, in: Großkomm. AktG, § 93 Rn. 60; *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 93 Rn. 16; *Bürgers*, in: Bürgers/Körper/Lieder, AktG, § 93 Rn. 2; *Mertens/Cahn*, in: Köln. Komm. AktG, § 93 Rn. 66; *Spindler*, in: Münch. Komm. AktG, § 93 Rn. 26.

808 Vgl. BGH, Urt. v. 27.09.1956 – II ZR 144/55, NJW 1956, 1753, 1754.

809 Vgl. BGH, Urt. v. 12.10.1987 – II ZR 251/86, NJW 1988, 1321; BGH, Urt. v. 28.4.2008 – II ZR 264/06, NJW 2008, 2437, 2441.

810 Dies manifestiert sich etwa bei der Treuepflicht, wenn der Vorstand angehalten ist die Interessen der Gesellschaft voranzustellen, vgl. *Spindler*, in: Münch. Komm. AktG, § 93 Rn. 125; *Fleischer*, NJW 2009, 2337, 2338.

811 Dies zeigt sich im Gesetz etwa durch die Norm des § 71 Abs. 1 Nr. 1 AktG, vgl. *Cahn* in: BeckOGK AktG, § 71 Rn. 48 ff.; *Lutter/Drygala*, in: Köln. Komm. AktG, § 71 Rn. 46 ff.; *Merkt*, in: Großkomm. AktG, § 71 Rn. 160 ff.

812 Vgl. *Hopt/Roth*, in: Großkomm. AktG, § 93 Rn. 60 („Zur Konkretisierung der Sorgfaltspflicht wird häufig die Formel verwendet, dass das Organmitglied [...] zur Abwendung von Schäden verpflichtet sei.“)

813 Vgl. für die Treuepflicht *Spindler*, in: Münch. Komm. AktG, § 93 Rn. 125.

814 Auch die Geldbuße kann einen Schaden darstellen, vgl. *Dreher*, ZWeR 2009, 397, 415.

tionshöchstmaß um die Hälfte reduziert und das Mindestmaß entfällt. Allerdings stellt dies jedenfalls eine partielle Schadensabwendung und damit Schadensminderung dar, sodass auch eine solche Sanktionsmilderung erfasst sein kann.<sup>815</sup>

(a) Zuständigkeit für die Entscheidung

Bevor die Frage erörtert wird, ob die Schadensabwendungspflicht den Vorstand dazu anhält, die Sanktionsminderungsoption zu nutzen, ist zu klären, wer der konkrete Adressat der Schadensabwendungspflicht ist. Zur Schadensreduzierung verpflichtet sein kann nur derjenige, der für die Entscheidung über die Nutzung zuständig ist. Dies könnte der Gesamtvorstand oder ein einzelnes Vorstandsmitglied sein.

Wird die Durchführung von verbandinternen Untersuchungen in zulässigerweise auf ein Mitglied übertragen,<sup>816</sup> so kommt entweder eine Einzelzuständigkeit dieses Mitglieds auch für die Nutzungsentscheidung der Sanktionsminderungsoption in Betracht oder eine Gesamtzuständigkeit aller Vorstandsmitglieder.

(aa) Einzelzuständigkeit bzgl. der Erfüllung von § 17 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 5 VerSanG-E

Zunächst spricht für die Einzelzuständigkeit eines Organmitglieds, dass die Entscheidung über die Erfüllung der § 17 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 5, Abs. 2 VerSanG-E die Art und Weise der Untersuchung betrifft und damit in den Verantwortungsbereich des für verbandsinterne Untersuchungen verantwortlichen Vorstandsmitglieds fällt.<sup>817</sup> Die Erfüllung der Voraussetzung des § 17 Abs. 1 Nr. 3 und Nr. 4 VerSanG-E hat erhebliche Auswirkungen auf das Unternehmen, etwa in wirtschaftlicher und die Reputation betreffender Hinsicht, da es über die Sanktionsmilderung nach § 18 VerSanG-E, den Ausschluss der öffentlichen Bekanntmachung sowie nach Zustimmung des Verbands über die Festsetzung der Rechtsfolgen durch

---

815 Vgl. *Seibt/Wolf*, DB 2020, 1049, 1053; *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 93 Rn. 11; *Spindler*, in: Münch. Komm. AktG, § 93 Rn. 26; *Nolte/Michaelis*, BB 2020, 1054, 1160.

816 Vgl. die Ausführungen zu Kap. D. II. 4. a).

817 In diese Richtung ebenso *Klabold*, CB 2020, 362, 365.

Sanktionsbescheid ohne Hauptverhandlung gemäß § 50 Abs. 3 i.V.m. § 18 S. 1 VerSanG-E entscheidet. Aufgaben und Entscheidungen, die den Kernbereich der Leitung betreffen, sind nicht delegierbar und unterliegen daher der Gesamtzuständigkeit des Vorstands. Inwiefern eine Entscheidung den Kernbereich der Leitung tangiert und nicht delegierbar ist, wird nicht abstrakt festgelegt, sondern hängt unter anderem von Größe und Art des Unternehmens ab.<sup>818</sup> Im Zweifel ist in Fällen, die gemäß § 90 AktG eine Berichtspflicht dem Aufsichtsrat gegenüber auslösen, von einer Zuständigkeit des Gesamtvorstand auszugehen.<sup>819</sup>

(bb) Kollektivzuständigkeit bzgl. der Erfüllung von § 17 Abs. 1 Nr. 3 und Nr. 4 VerSanG-E

Die Entscheidung über die Erfüllung der Voraussetzungen des § 17 Abs. 1 Nr. 3 und Nr. 4 VerSanG-E entfaltet eine Berichtspflicht an den Aufsichtsrat. Dies kann entweder mit § 90 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 oder mit § 90 Abs. 1 S. 3 AktG begründet werden.<sup>820</sup> Je nach Sachlage kann der Entscheidung zweifelsohne eine wirtschaftliche Relevanz in dem Sinne zugesprochen werden, dass sie die Rentabilität und Liquidität der Gesellschaft im Sinne des § 90 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 AktG tangiert. Zwar ist die durch § 17 Abs. 1 Nr. 3 und Nr. 4 VerSanG-E ausgelöste Kooperation mit den Behörden eine einseitige verfahrensbezogene Handlung des Verbands, jedoch kann dies dann vom Begriff des Geschäfts erfasst sein, wenn man diesen weit auslegt.<sup>821</sup> Für das Eingreifen der Berichtspflicht nach § 90 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 AktG muss weiterhin auch die *mittelbare* Bedeutung des „Geschäfts“ für die Rentabilität und Liquidität erfasst sein, denn die Kooperation nach § 17 Abs. 1 Nr. 3 und Nr. 4 VerSanG-E wirkt sich nur aufgrund des geringer ausfallenden Sanktionsbescheids, dem eine gerichtliche Entscheidung vorgeschaltet ist, auf die Liquidität der Gesellschaft aus.<sup>822</sup> Überzeugender erscheint es daher eine Berichtspflicht nach § 90 Abs. 1 S. 3 AktG zu be-

---

818 *Mertens/Cahn*, in: Köln. Komm. AktG, § 77 Rn. 23; *Spindler*, in: Münch. Komm. AktG, § 77 Rn. 63; *Kort*, in: Großkomm. AktG, § 76 Rn. 49a.

819 *Hoffmann-Becking*, ZGR 1998, 497, 508; *Mertens/Cahn*, in: Köln. Komm. AktG, § 77 Rn. 23; *Kort*, in: Groß. Komm. AktG, § 77 Rn. 31.

820 *Klabold*, CB 2020, 362, 366; *Seibt/Wolf*, DB 2020, 1049, 1053.

821 Vgl. *Klabold*, CB 2020, 362, 366.

822 Vgl. *Klabold*, CB 2020, 362, 366.

gründen.<sup>823</sup> Bei der Entscheidung über die Kooperation handelt es sich jedenfalls um einen sonstigen wichtigen Anlass im Sinne der Norm. Im Übrigen erfasst § 90 Abs. 1 S. 3 AktG Ereignisse, die von außen auf die AG einwirken, wie etwa eine behördliche Auflage.<sup>824</sup> Die Brisanz besteht in der Gefahr einer Sanktion und der Möglichkeit des Verbands, ihre Milderung zu bewirken, sodass ein sonstiger wichtiger Anlass durchaus angenommen werden kann.<sup>825</sup> Im Zweifel ist die Entscheidung über die Erfüllung des § 17 Abs. 1 Nr. 3 und Nr. 4 VerSanG-E eine solche, die in die Gesamtzuständigkeit des Vorstands fällt.

(cc) Einheitliche Kollektivzuständigkeit wünschenswert

Denkbar ist es, die gesamte Entscheidung über die Nutzung der Sanktionsmilderungsoption dem Gesamtvorstand zuzuweisen, sodass auch die Frage der Durchführung einer qualifizierten verbandsinternen Untersuchung vom Gesamtorgan geklärt werden muss. Dafür streitet zunächst, dass es sich bei der Erfüllung von § 17 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 5, Abs. 2 VerSanG-E um eine Frage handelt, die insgesamt für die Nutzung der Sanktionsmilderungsoption bedeutsam ist und mit der Erfüllung von § 17 Abs. 1 Nr. 3 und Nr. 4 VerSanG-E zusammenhängt.<sup>826</sup> Entscheidet sich das für die Durchführung von verbandsinternen Untersuchungen zuständige Vorstandsmitglied gegen die Erfüllung des Trennungs- und Fairnessprinzips, so nimmt es zugleich eine Entscheidung gegen die Nutzung der Sanktionsmilderungsoption insgesamt vor, da die Voraussetzung des § 17 Abs. 1 VerSanG-E für eine Sanktionsmilderung kumulativ erfüllt sein müssen. Eine Entscheidung für die Erfüllung des Kooperations- und Herausgabepinzips erübrigt sich in diesen Fällen, da eine Sanktionsmilderung nach §§ 17, 18 VerSanG-E nicht mehr in Betracht kommt und etwaige Bemühungen allenfalls eine Berücksichtigung bei der Sanktionszumessung gemäß § 15 Abs. 3 Nr. 7 VerSanG-E finden können.

---

823 *Klahold*, CB 2020, 362, 366; siehe auch *Seibt/Wolf*, DB 2020, 1049, 1053 allerdings ohne Begründung.

824 *Kort*, in: Großkomm. AktG, § 90 Rn. 67; *Mertens/Cahn*, in: Köln. Komm. AktG, § 90 Rn. 45; *Fleischer*, BeckOGK AktG, § 90 Rn. 32; *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, § 90 Rn. 8.

825 Ebenso: *Klahold*, CB 2020, 362, 366.

826 In diese Richtung auch *Klahold*, CB 2020, 362, 365.

Im Übrigen ist anerkannt, dass ein Rückfall der Einzelzuständigkeit in die Gesamtzuständigkeit in bestimmten Situationen erfolgt.<sup>827</sup> Die Hin-fälligkeit einer Ressortaufteilung wurde erstmals im *Lederspray*-Fall, den der II. Zivilsenat des BGH im Jahr 1990 zu entscheiden hatte,<sup>828</sup> aus-gesprochen.<sup>829</sup> Dabei handelte es sich um eine nicht erfolgte Rückrufakti-on eines Produktes trotz Verbraucherbeschwerden wegen hervorgerufener Gesundheitsgefährdungen. Die gebotene Maßnahme stellte nach Ansicht des Gerichts ein *ressortüberschreitendes* Problem dar und erforderte daher ein Handeln der Gesamtgeschäftsleitung.<sup>830</sup> In der Literatur ist man sich einig, dass jedenfalls in einer Situation wirtschaftlicher Existenzbedrohung der Gesellschaft ein Rückfall der Zuständigkeit bejaht werden kann.<sup>831</sup> Darüber hinaus wird dergleichen in Krisen- und Ausnahmesituationen anerkannt.<sup>832</sup> Bislang fehlen jedoch handfeste Voraussetzungen, wann ein Rückfall der Zuständigkeit geboten ist.<sup>833</sup> Bei schweren Verbandstaten ist anzunehmen, dass diese sich ressortübergreifend auswirken und damit einen Rückfall der Zuständigkeit für die Entscheidungen im Zusammen-hang mit der Durchführung der verbandsinternen Untersuchung an das Gesamtorgan bewirken. Wegen der Auswirkung, die eine Entscheidung über § 17 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 5 VerSanG-E für die gesamte Sanktionsmil-derungsoption hat, ist jedoch auch bei sonstigen Verbandstaten von einer Gesamtzuständigkeit für die Entscheidung über die Erfüllung der Voraus-setzungen des § 17 Abs. 1, Abs. 2 VerSanG-E auszugehen.

---

827 *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 77 Rn. 70; *ders.*, NZG 2003, 449,454; *Emde*, in: FS U.H. Schneider, 2011, S. 295, 318 ff.; *Nietsch*, ZIP 2013, 1449, 1453; *Schmidt-Husson*, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance, § 6 Rn. 25; für die GmbH *Schockenhoff*, GmbHR 2019, 514, 518 f.; *Leuering/Dornhegge*, NZG 2010, 13, 16; *Fleischer*, DB 2019, 472, 477.

828 BGH, Urt. v. 6.7.1990 – 2 StR 549/89, NJW 1990, 2560.

829 Vgl. *Schockenhoff*, GmbHR 2019, 514, 519.

830 Vgl. BGH, Urt. v. 6.7.1990 – 2 StR 549/89, NJW 1990, 2560, 2565.

831 *Fleischer*, DB 2019, 472, 477; *ders.*, in: BeckOGK AktG, § 77 Rn. 71; *Nietsch*, ZIP 2013, 1449, 1453; *Schockenhoff*, GmbHR 2019, 514, 519.

832 *Schmidt-Husson*, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance, 2016, § 6 Rn. 25; *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 77 Rn. 70; *Emde*, in: FS U.H. Schnei-der, 2011, S. 395, 309.

833 *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 77 Rn. 70.

(b) Exkurs: Auswirkungen der Beteiligung von Vorstandsmitgliedern an der Verbandstat

Sind an einer Verbandstat einzelne (aa) oder alle (bb) Vorstandsmitglieder beteiligt, stellt sich die Frage, ob dies Auswirkungen auf die Zuständigkeit für die Entscheidungen im Zusammenhang mit der Nutzung der Sanktionsmilderungsoption hat. Es könnte zu einer Veränderung der Zuständigkeit für die Entscheidung über die Nutzung der Sanktionsmilderungsoption kommen (cc).

(aa) Beteiligung eines Vorstandsmitglieds

Ist nur ein Mitglied betroffen, sollte dieses nicht an der Entscheidung teilnehmen; beteiligt es sich trotz seines Sonderinteresses an der Entscheidung und verschweigt es seine Befangenheit, so ist nach einer Ansicht allen Organmitgliedern die Haftungsprivilegierung des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG verwehrt.<sup>834</sup> Nach einer im Schrifttum vordringlichen, überzeugenderen Ansicht, bleibt für die übrigen Mitglieder hingegen weiterhin die Haftungsprivilegierung anwendbar, sofern sie dahingehend gutgläubig waren, dass ohne Sonderinteressen entschieden wird.<sup>835</sup> Dies gilt selbst bei Offenlegung des Konflikts,<sup>836</sup> wenn nicht anzunehmen ist, dass die übrigen Mitglieder unter einem derart starken Einfluss durch das beteiligte Vorstandsmitglied standen, dass ihnen eine eigene Entscheidung im Interesse der Gesellschaft nicht möglich wäre.<sup>837</sup> Für die Frage nach der Zuständigkeit verbleibt die Entscheidungskompetenz über die Nutzung der Sanktionsmilderungsoption bei den übrigen, unbefangenen Mitgliedern.<sup>838</sup>

---

834 *Blasche*, AG 2010, 692, 694 ff.; *Lutter*, in: FS Canaris, 2007, Bd. II, S. 245, 248 f. wohl auch *Spindler*, in: Münch. Komm. AktG, § 93 Rn. 71; *Winnen*, Die Innenhaftung des Vorstands nach dem UMAG, S. 278; *Paefgen*, AG 2004, 245, 253.

835 vgl. *Fleischer*, BeckOGK AktG, § 93 Rn. 95; *Bunz*, NZG 2011, 1294, 1295; *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, § 93 Rn. 26; *Mertens/Cahn*, in: Köln. Komm. AktG, § 93 Rn. 29; *Hopt/Roth*, in: Großkomm. AktG, § 93 Rn. 96.

836 Es wird eine Offenlegungspflicht aufgrund der Treuepflicht abgeleitet, vgl. *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 93 Rn. 94; in diese Richtung auch *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, § 93 Rn. 26; *Hopt/Roth*, in: Großkomm. AktG, § 93 Rn. 94.

837 *Mertens/Cahn*, in: Köln. Komm. AktG, § 93 Rn. 29.

838 Vgl. *Hölters*, in: Hölters, AktG, § 93 Rn. 38; *Kock/Dinkel*, NZG 2004, 441, 444; *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 93 Rn. 94; *Semler*, in: FS Ulmer, S. 627, 637; *Hölters*, in: Hölters, AktG, § 93 Rn. 38.

(bb) Beteiligung aller Vorstandsmitglieder

Sind hingegen alle Vorstandsmitglieder aufgrund eines Interessenkonflikts befangen, entsteht keine Zuständigkeit des Aufsichtsrats zur Entscheidung über die Nutzung der Sanktionsmilderungsoption.<sup>839</sup> Allerdings muss der Vorstand entweder die Entscheidung zur Billigung an den Aufsichtsrat vorlegen<sup>840</sup> oder analog § 88 Abs. 1 AktG seine Zustimmung einholen.<sup>841</sup>

(cc) Verbandsinterne Untersuchung durch den Aufsichtsrat

Ist der Vorstand an einer Verbandstat beteiligt, wirkt sich dies nicht nur auf ihn in der Weise negativ aus, dass er nicht frei von Sonderinteressen entscheiden und somit nicht die Haftungsprivilegierung gemäß § 93 Abs. 1 S. 2 AktG in Anspruch nehmen kann. Vielmehr kann es sich gerade auch für die Gesellschaft nachteilig auswirken, wenn aufgrund der Befangenheit die Sanktionsmilderungsoption nicht genutzt wird. Daher stellt sich die Frage, wie eine für die Gesellschaft günstige Entscheidung in diesen Fällen getroffen werden kann.

α Anlass der verbandsinternen Untersuchung durch den Aufsichtsrat

Die Beteiligung des Vorstands an einer Verbandstat kann zu einer Untersuchungspflicht des Aufsichtsrats führen, wobei die Details umstritten sind. Überwiegend wird angenommen, dass der Aufsichtsrat eine eigene Untersuchung einleiten darf und muss, wenn begründete Anhaltspunkte<sup>842</sup> dafür bestehen, dass der Vorstand selbst an einer Verbandstat beteiligt war.<sup>843</sup>

---

839 Vgl. *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 93 Rn. 96; *Koch*, in: FS Säcker, S. 403, 418; *Mertens/Cahn*, in: Köln. Komm. AktG, § 93 Rn. 30; *Spindler*, in: Münch. Komm. AktG, § 93 Rn. 75.

840 *Kock/Dinkel*, NZG 2004, 441, 444; *Semler*, in: FS Ulmer, S. 627, 638.

841 *Kock/Dinkel*, NZG 2004, 441, 444; *Hölters*, in: Hölters, AktG, § 93 Rn. 38; *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, § 93 Rn. 26, ohne auf die Art und Weise der Hinzuziehung des Aufsichtsrats einzugehen.

842 Die Frage eines aktiven Tätigwerdens des Aufsichtsrats stellt sich mit dem Vorliegen eines sog. Anfangsverdachts. Vgl. *Habbe*, CCZ 2019, 27, 33; in diese Richtung auch *Habersack*, AG 2014, 1, 5 „Vorliegen hinreichend konkreter Anhaltspunkte“.

843 *Hopt/Roth*, in: Großkomm. AktG, § 111 Rn. 206 f.; *Grigolet/Tomasic*, in: Grigolet, AktG, § 111 Rn. 41 f.; *Hambloch/Gesinn*, in: Hölters, AktG, § 111 Rn. 18;

Der Aufsichtsrat hat nach der Kompetenzordnung im Aktienrecht die Leitung der Geschäfte durch den Vorstand zu überwachen, § 111 Abs. 1 AktG. Kern dieser Überwachungspflicht ist es, bei Pflichtverletzungen des Vorstands einzuschreiten.<sup>844</sup> Dies beinhaltet es, Fehlverhalten abzustellen oder, wenn dies noch möglich ist, zu verhindern.<sup>845</sup> Der Verhinderung und Ahndung von Fehlverhalten denklogisch vorgelagert ist dabei die Ermittlung von Fehlverhalten. Mithin ist der Aufsichtsrat verpflichtet, Anhaltspunkten, die auf eine Pflichtverletzung hindeuten, nachzugehen.<sup>846</sup> Dies kann weiterhin mit der Befugnis und Pflicht des Aufsichtsrats, die Gesellschaft gegenüber dem Vorstand nach § 112 AktG zu vertreten sowie der Pflicht des Aufsichtsrats zur Verfolgung etwaiger Schadensersatzansprüche nach der *ARAG/Garmenbeck*-Entscheidung des BGH,<sup>847</sup> begründet werden.<sup>848</sup>

### β Zuständigkeit des Vorstands bleibt bestehen

Umstritten ist, ob die eigenen Ermittlungen des Aufsichtsrats nur durch die Beteiligung aller Vorstandsmitglieder ausgelöst werden und wie es in diesen Fällen um die Ermittlungskompetenz des Vorstands bestellt ist.

---

*Hüffer*, NZG 2007, 47, 53; *Arnold*, ZGR 2014, 76, 103; *Habbe*, CCZ 2019, 27, 29; *Fett/Habbe*, AG 2018, 257, 259; *Klabold*, CB 2020, 362, 367; *Reichert/Ott*, NZG 2014, 241, 248; *Knauer*, ZWH 2012, 81; *Fuhrmann*, NZG 2016, 881, 883; *Drinhausen*, ZHR 179 (2015), 226, 233; *Hugger*, ZHR 179 (2015), 214, 217 f.; *Klabold*, in: in: VGR, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2019, 2020, Rn. 40; *Wilsing-Goslar*, in: Krieger/Schneider, HdB. Managerhaftung, § 15 Rn. 20 f.; *Potl-necke/Block*, in: Knierim/Rübenstahl/Tsambikakis, Internal Investigations, Kap. 2 Rn. 53 ff.

844 *Hopt/Roth*, in: Großkomm. AktG, § 111 Rn. 202; *Mertens/Cahn*, in: Köln. Komm. AktG, § 111 Rn. 14; BGH, Urt. v. 3.12.2001 – II ZR 308/99, NZG 2002, 195, 198; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 9.12.2009 – 6 W 45/09, ZIP 2010, 28, 32; OLG Karlsruhe, Urt. v. 4.9.2008 – 4 U 26/06, AG 2008, 900, 902; *Reichert/Ott*, NZG 2014, 241, 250.

845 *Hopt/Roth*, in: Großkomm. AktG, § 111 Rn. 202.

846 *Hopt/Roth*, in: Großkomm. AktG, § 111 Rn. 206 f.; *Grigolet/Tomasic*, in: Grigolet, AktG, § 111 Rn. 41 f.; *Hambloch/Gesinn*, in: Hölter, AktG, § 111 Rn. 18; *Hüffer*, NZG 2007, 47, 53; *Arnold*, ZGR 2014, 76, 103; *Habbe*, CCZ 2019, 27, 29; *Fett/Habbe*, AG 2018, 257, 259; *Mertens/Cahn*, in: Köln. Komm. AktG, § 111 Rn. 22; *Klabold*, CB 2020, 362, 367; *Reichert/Ott*, NZG 2014, 241, 248.

847 BGJ, Urt. v. 21.4.1997 – II Zr 175/95, NJW 1997, 1926.

848 *Fett/Habbe*, AG 2018, 257, 259; *Siepert/Pütz*, CCZ 2018, 78, 80; *Reichert/Ott*, NZG 2014, 241, 248; *Drinhausen*, ZHR 179 (2015), 226, 233.



Teilweise wird die ausschließliche Kompetenz zur Durchführung einer verbandsinternen Untersuchung dem Aufsichtsrat bereits bei Beteiligung nur eines von mehreren Vorstandsmitgliedern zugewiesen.<sup>849</sup> Nach einer anderen, vorzugswürdigen Ansicht sind Vorstand und Aufsichtsrat sowohl in Fällen einer singulären als auch bei mehrheitlicher Beteiligung parallel zuständig.<sup>850</sup> Zwar kann und muss eine effektive Sachverhaltsermittlung durch die übrigen Vorstandsmitglieder grundsätzlich erwartet werden<sup>851</sup>, jedoch muss auch der Aufsichtsrat seiner Überwachungspflicht nachkommen, indem er eigenständig eine verbandsinterne Untersuchung veranlasst.<sup>852</sup> Ferner streitet für diese Ansicht, dass sie das Kompetenzgefüge der §§ 76, 111 AktG wahrt.<sup>853</sup> Den Aufsichtsrat trifft in diesen Fällen eine Pflicht zu Durchführung der verbandsinternen Untersuchung zum Zwecke der Aufklärung der Verbandstat unter Beteiligung von Vorstandsmitgliedern.<sup>854</sup> Die Art und Weise wie der Aufsichtsrat die verbandsinterne Untersuchung durchführt, etwa die Wahl des Untersuchungsführers (Prüfungsausschuss, § 107 Abs. 3 S. 2 AktG oder Beauftragung eines externen Beraters) sowie die Wahl der Aufklärungsinstrumente, bleibt im Ermessen des Aufsichtsrats.<sup>855</sup>

---

849 Vgl. *Hugger*, ZGR 179 (2015), 214, 218; *Siepelt/Pütz*, CCZ 2018, 78, 80; in diese Richtung wohl auch *Habersack*, AG 2014, 1, 6; *Fuhrmann*, NZG 2016, 881, 883.

850 *Wilsing/Goslar*, in: Krieger/Schneider, HdB. Managerhaftung, § 15 Rn. 21; *Potinecke/Block*, in: Knierim/Rübenstahl/Tsambikakis, Internal Investigations, Kap. 2 Rn. 40; *Reichert/Ott*, NZG 2014, 241, 248; *Klabold*, in: VGR, Gesellschaftsrecht in der Diskussion, 2019, 2020, Rn. 40; *ders.*, CB 2020, 362, 367; *Fett/Habbe*, AG 2018, 257, 262; *Reichert/Ott*, NZG 2014, 241, 249f.

851 Vgl. *Wagner*, CCZ 2009, 8, 15; *Arnold*, ZGR 2014, 76, 100 ff.; *Potinecke/Block*, in: Knierim/Rübenstahl/Tsambikakis, Internal Investigations, Kap. 2 Rn. 40.

852 *Klabold*, CB 2020, 362, 367; *Wilsing/Goslar*, in: Krieger/Schneider, HdB. Managerhaftung, § 15 Rn. 21; *Mertens/Cahn*, in: Köln. Komm. AktG, § 111 Rn. 16; *Hopt/Roth*, in: Großkomm. AktG, § 111 Rn. 206; *Habbe*, CCZ 2019, 27, 29 f.

853 *Wilsing/Goslar*, in: Krieger/Schneider, HdB. Managerhaftung, § 15 Rn. 21; *Klabold*, in: VGR, Gesellschaftsrecht in der Diskussion, 2019, 2020, Rn. 40.

854 *Fett/Habbe*, AG 2018, 257, 262; *Siepelt/Pütz*, CCZ 2018, 78, 81; *Wilsing/Goslar*, in: Krieger/Schneider, HdB. Managerhaftung, § 15 Rn. 20; *Potinecke/Block*, in: Knierim/Rübenstahl/Tsambikakis, Internal Investigations, Kap. 2 Rn. 32, 42; *Hopt/Roth*, in: Großkomm. AktG, § 111 Rn. 278; enger *Arnold*, ZGR 2014, 76, 103; ebenso *Stöhr*, BB 2019, 1286, 1288 f., *Drinhausen*, ZHR 179 (2015), 226, 235, die eine Pflicht nur bejahen, wenn der Aufsichtsrat vom Vorstand nicht ausreichend informiert wird und nicht bereits bei bloßer Beteiligung des Vorstands.

855 Vgl. *Fett/Habbe*, AG 2018, 257, 262; *Klabold*, in: VGR, Gesellschaftsrecht in der Diskussion, 2019, 2020, Rn. 47 *Mertens/Cahn*, in: Köln. Komm. AktG, § 111

Hinsichtlich der Befugnis zur Nutzung der Untersuchungsinstrumente steht dem Aufsichtsrat die gesamte Bandbreite an Aufklärungsmethoden zur Verfügung.<sup>856</sup> Hierzu zählen insbesondere der Zugriff auf die Unternehmensberichterstattung; dies umfasst bei hinreichend konkreten Anhaltspunkten für eine Involvierung von Vorstandsmitgliedern auch die Vorstandsprotokolle.<sup>857</sup> Weiterhin sprechen gute Gründe dafür, auch Mitarbeiterbefragungen zum Aufklärungsarsenal des Aufsichtsrats zu zählen.<sup>858</sup> Zwar unterliegen Angestellte des Unternehmens nicht der Überwachung des Aufsichtsrats, sondern der des Vorstands;<sup>859</sup> allerdings dient die Befragung der Mitarbeiter in Fällen einer Beteiligung des Vorstands an einer Verbandstat eben dieser Überwachung des Vorstands.<sup>860</sup> Handelt der Aufsichtsrat zur Aufklärung einer Verbandstat, an der der Vorstand beteiligt ist, sind Befragungen von Unternehmensangehörigen ein unverzichtbares Überwachungsinstrument.<sup>861</sup>

---

Rn. 65; **aA:** *Potinecke/Gottschalk*, CB 2015, 444, 448, die eine Pflicht zur Nutzung aller verfügbarer Erkenntnisquellen annehmen.

856 *Klabold*, CB 2020, 362, 367; *ders.*, in: VGR, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2019, 2020, Rn. 42; *Fett/Habbe*, AG 2018, 257, 263 f.; *Habbe*, CCZ 2019, 27, 31; *Reichert/Ott*, NZG 2014, 241, 250; *Potinecke/Gottschalk*, CB 2015, 444, 448; *Eichner/Leukel*, 2020, 513, 523; *Wilsing/Goslar*, in: Krieger/Schneider, HdB. Managerhaftung, § 15 Rn. 25; *Klabold/Lochen*, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance, § 37 Rn. 53 ff.

857 *Fett/Habbe*, AG 2018, 257, 263; *Habbe*, CCZ 2019, 27, 31.

858 Vgl. *Fett/Habbe*, AG 2018, 257, 263; *Habbe*, CCZ 2019, 27, 31; *Wilsing/Goslar*, in: Krieger/Schneider, HdB. Managerhaftung, § 15 Rn. 26; *Potinecke/Block*, in: Knierim/Rübenstahl/Tsambikakis, Kap. 2 Rn. 59; *Reichert/Ott*, NZG 2014, 241, 249 f.; *Siepert/Pütz*, CCZ 2018, 78, 81; *Eichner/Leukel*, AG 2020, 513, 523; enger *Potinecke/Gottschalk*, CB 2015, 444, 448.

859 *Habersack*, in: Münch. Komm. AktG, § 111 Rn. 21; *Spindler*, in: BeckOGK AktG, § 93 Rn. 134; *Schmidt/Husson*, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance, § 6 Rn. 32.

860 *Habersack*, AG 2014, 1, 6 f.; *Fett/Habbe*, AG 2018, 257, 263; *Drygala*, in: K.Schmidt/Lutter, AktG, § 109 Rn. 11 f.; *Hopt/Roth*, in: Großkomm. AktG, § 111 Rn. 177, 507, 511 ff.; *Roth*, AG 2004, 1, 8 f.; *Tomasici/Grigoleit*, in: Grigoleit, AktG, § 111 Rn. 52.

861 *Habersack*, AG 2014, 1, 6; *Klabold*, in: VGR, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2019, 2020, Rn. 42; *ders.*, CB 2020, 362, 367.

γ Pflicht des Aufsichtsrats zur Erfüllung des § 17 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 5, Abs. 2 VerSanG-E

Im Zusammenhang mit den Anforderungen, die § 17 Abs. 1, Abs. 2 VerSanG-E an die verbandsinterne Untersuchung statuiert, stellt sich die Frage, ob der Aufsichtsrat bei Durchführung einer eigenständigen verbandsinternen Untersuchung diese ebenfalls erfüllen darf bzw. muss.

Zu beachten ist, dass bereits bei Beteiligung eines Vorstandsmitglieds eine verbandsinterne Untersuchung des Aufsichtsrats in den meisten Fällen parallel zu jener des Vorstands erfolgt. In der Begründung zum Gesetzesentwurf wird den konkreten Ausführungen der Regelungen zu verbandsinternen Untersuchungen vorangestellt, dass die verbandsinterne Untersuchung auch vom Aufsichtsrat ausgehen kann.<sup>862</sup> Mithin lässt sich entnehmen, dass auch die Untersuchung durch den Aufsichtsrat den Anforderungen des § 17 VerSanG-E genügen muss, damit der Verband in den Genuss der Sanktionsmilderung kommt. Dabei betreffen die Anforderungen des § 17 Abs. 1 Nr. 2, Nr. 5 und Abs. 2 VerSanG-E die Art und Weise der Untersuchung. Dem Aufsichtsrat steht aus gesellschaftsrechtlicher Perspektive ein Ermessen hinsichtlich der Auswahl des Untersuchungsführers sowie dem Einsatz der Aufklärungsmethoden zu, sodass die Erfüllung des Trennungsprinzip, Fairnessprinzips sowie Dokumentationsprinzip tatsächlich möglich ist. Mangels Verpflichtung durch den Entwurf richtet sich die Beurteilung über die Befugnis und Pflicht zur Erfüllung nach dem Gesellschaftsrecht, insbesondere der Kompetenzordnung zwischen Vorstand und Aufsichtsrat. Der Vorstand bleibt bei parallelen Untersuchungen primär verantwortlich, wohingegen der Aufsichtsrat nur subsidiär in dem Umfang ermittelt, wie anzunehmen ist, dass eine Aufklärung durch den Vorstand wegen der Involvierung einzelner Mitglieder nicht mit Sicherheit gewährleistet werden kann. Zu beachten ist, dass die Entscheidung für die Nutzung der Sanktionsmilderungsoption dem „Alles oder Nichts-Prinzip“ folgt. Erfüllt die verbandsinterne Untersuchung bereits eine Voraussetzung des § 17 Abs. 1, Abs. 2 VerSanG-E *nicht*, kommt eine Milderung nach §§ 17, 18 VerSanG-E nicht mehr in Betracht. Dies bedeutet, dass durch die Entscheidung des Aufsichtsrats über die Art und Weise der Durchführung, etwa die Nichtbeachtung des Fairnessprinzips, die Entscheidung zur Nutzung der Sanktionsmilderungsoption vorweggenommen wird. Es besteht mithin ein Spannungsverhältnis zwischen der Pflicht zur eigenständigen und vom Vorstand unabhängig durchzuführenden verbandsinternen Un-

---

862 BT-Drs. 19/23568, S. 83.

tersuchung und den Auswirkungen einer inkongruenten Untersuchungsstrategie.<sup>863</sup> Der gemeinsame Nenner beider Untersuchungen muss stets das Unternehmensinteresse sein, sodass sich eine Abstimmung der Organe empfiehlt.<sup>864</sup> Hat sich der Vorstand für die Beachtung der Voraussetzungen des § 17 Abs. 1 Nr. 2, Nr. 5, Abs. 2 VerSanG-E entschieden, gebietet es das Unternehmensinteresse, dass der Aufsichtsrat die Nutzung der Sanktionsmildungsoption bei seiner Untersuchung nicht gefährdet.<sup>865</sup>

Die Erfüllung der § 17 Abs. 1 Nr. 3 und Nr. 4 VerSanG-E betrifft hingegen das Außenverhältnis der Gesellschaft mit den Verfolgungsbehörden. Der Aufsichtsrat vertritt die Gesellschaft gemäß § 112 AktG nur gegenüber den Vorstandsmitgliedern. Die nach außen gerichtete Kooperation fällt hingegen als Geschäftsführungsmaßnahme in den Zuständigkeitsbereich des Vorstands.<sup>866</sup> Mithin steht es dem Aufsichtsrat nicht zu, über die Erfüllung der § 17 Abs. 1 Nr. 3 und Nr. 4 VerSanG-E zu befinden. Bei diesem Ausschuss von der Entscheidungskompetenz bleibt es selbst im Ausnahmefall, dass hinreichend konkrete Anhaltspunkte für die Beteiligung des gesamten Vorstands vorliegen. Gegenteiliges wäre nicht mit der Norm des § 111 Abs. 4 S. 1 AktG vereinbar, wonach dem Aufsichtsrat Maßnahmen der Geschäftsführung nicht übertragen werden können.<sup>867</sup> In diesen Fällen ist der nach § 29 Abs. 1 VerSanG-E vom Gericht bestellte besondere Vertreter zur Entscheidung über die Kooperation mit den Behörden zuständig.

(dd) Zwischenergebnis

Die Beteiligung eines oder mehrerer Vorstandsmitglieder hat keine Auswirkung auf die Zuständigkeit für die Durchführung einer verbandsinternen Untersuchung und die Entscheidung über die Nutzung der Sanktionsmildungsoption in § 17 VerSanG-E. Der Vorstand entscheidet weiterhin über die Art und Weise der Untersuchung und die anschließende Kooperation. Die befangenen Mitglieder sollten sich an der Entscheidung

---

863 Ebenso: *Klahold*, CB 2020, 362, 367.

864 Vgl. allgemein zur Kooperation bei Untersuchungen jeweils durch Vorstand und Aufsichtsrat unabhängig vom VerSanG-E, *Potinecke/Gottschalk*, CB 2015, 444, 448; *Arnold*, ZGR 2015, 76, 103 ff.; *Reichert/Ott*, NZG 2014, 241, 250; *Stöhr*, BB 2019, 1286, 1290.

865 *Klahold*, CB 2020, 362, 367.

866 Vgl. *Klahold*, CB 2020, 362, 367.

867 Vgl. *Fleischer*, in: BeckOGK AktG, § 93 Rn. 96; *Mertens/Cahn*, in: Köln. Komm. AktG, § 93 Rn. 30; *Koch*, in: FS Säcker, S. 403, 418.

nicht beteiligen; bei ihnen liegen die Voraussetzungen für die Haftungsprivilegierung des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG ohnehin nicht vor. Die übrigen Mitglieder müssen sich allein vom Unternehmensinteresse leiten lassen und ihre Entscheidung am Wohle der Gesellschaft ausrichten, um bei der nachträglichen Beurteilung über die Pflichtwidrigkeit der Entscheidung weiterhin in den Genuss der Haftungsprivilegierung zu gelangen. Der Aufsichtsrat hat parallel zum Vorstand, eine eigenständige Untersuchung durchzuführen, sofern es um die Aufklärung einer Verbandstat unter möglicher Vorstandsbeteiligung geht. Dabei empfiehlt sich eine Abstimmung der Organe hinsichtlich der Frage nach der Erfüllung der Sanktionsmildervorgaben des § 17 Abs. 1, Abs. 2 VerSanG-E, da bereits die Nichterfüllung einer Vorgabe zur Versagung der gesamten Sanktionsmilderung nach §§ 17 f. VerSanG-E führt.

(c) Risiken der Erfüllung des § 17 Abs. 1, Abs. 2 VerSanG-E

Zu berücksichtigen ist, dass die Nutzung der Sanktionsmilderoption zwar in Bezug auf das Sanktionsverfahren einen Schaden(santeil) abzuwenden vermag. Die Frage, ob die Schadensabwendungspflicht es gebietet, die Sanktionsmilderoption zu nutzen, kann jedoch nicht allein mit Blick auf die Konsequenzen im Sanktionsverfahren beurteilt werden. Vielmehr sind auch die sonstigen Auswirkungen der Erfüllung der Voraussetzungen des § 17 Abs. 1, Abs. 2 VerSanG-E in den Blick zu nehmen und dabei zwischen dem Zeitpunkt vor Kenntnis der Behörden und jenem nach Kenntnis der Behörden zu unterscheiden.

(aa) Risiken des Trennungsprinzips (Nr. 2)

Das VerSanG-E schreibt vor, dass im Falle der Beauftragung eines Untersuchungsführers dieser nicht zugleich Unternehmensverteidiger sein darf.

*α* Vor Kenntnis der Behörden

Für den Zeitraum vor Kenntnis der Behörden erfolgt die verbandsinterne Untersuchung nicht mit Blick auf eine etwaige (spätere) Verteidigung,

sondern aufgrund der gesellschaftsrechtlichen Aufklärungspflicht.<sup>868</sup> In diesem Zeitraum kann das Trennungsprinzip nicht anwendbar sein, da es mangels behördlichen Verfahrens noch keinen Verteidiger gibt,<sup>869</sup> der eine verbandsinterne Untersuchung durchführen könnte.

### β Nach Kenntnis der Behörden

Im Zeitraum, nachdem die Behörden Kenntnis von der Verbandstat erlangen und ihrerseits Ermittlungen einleiten, erlangt der Verband die Stellung als Beschuldigter.<sup>870</sup> Mit Erlangung der Stellung als Beschuldigter steht dem Verband gemäß § 27 VerSanG-E i.V.m. § 137 Abs. 1 S. 1 StPO das Recht zu, sich eines Verteidigers zu bedienen. Wird die verbandsinterne Untersuchung nach diesem Zeitpunkt durchgeführt, muss der Verband das Trennungsprinzip beachten, will er nicht die Chance auf die Sanktionsmilderung verlieren.

In diesen Fällen müssen mithin zwei Berater mandatiert werden; dadurch entsteht ein doppeltes Kostenrisiko.<sup>871</sup> Der Verband muss bei Durchführung der Untersuchung durch externe Dritte nicht nur diese Kosten tragen<sup>872</sup>, sondern zusätzlich die für die Mandatierung des Verteidigers.<sup>873</sup> Will der Verteidiger nicht bis zum Ende der Untersuchung untätig bleiben – wobei hier auch noch zweifelhaft ist, inwiefern der Verteidiger überhaupt auf die Ergebnisse des Untersuchungsführers zugreifen darf<sup>874</sup> – ist er gezwungen, parallele Untersuchungsarbeit zu leisten.<sup>875</sup>

---

868 Vgl. Ausführungen zu Kap. C. III 1. b) aa).

869 Gemäß § 137 Abs. 1 S. 1 StPO kann der *Beschuldigte* in jeder Lage des *Verfahrens* einen Verteidiger bestellen. Im Zeitpunkt vor einem Verfahren und der Stellung als Beschuldigtem nimmt der rechtliche Beistand nicht die Stellung als *Verteidiger* ein.

870 Vgl. zum Begriff des Beschuldigten, *Wessing*, in: BeckOK StPO, § 137 Rn. 1.

871 Vgl. *Rotsch/Mutschler/Grobe*, CCZ 2020, 169, 179; *Pörtge*, CCZ 2020, 65, 71.

872 Die Beauftragung des Dritten (Kanzlei, Wirtschaftsprüfer) durch den Verband erfolgt im Rahmen eines Dienstvertrags mit Geschäftsbesorgungscharakter nach den §§ 611 ff. BGB.

873 *Szesny/Stelten*, ZRP 2020, 130, 131; *Makowicz*, CB 2020, 1, 6.; *Rotsch/Mutschler/Grobe*, CCZ 2020, 169, 179.

874 Vgl. *Szesny/Stelten*, ZRP 2020, 130, 131; BT-Drs. 19/23568, S. 87 f.

875 *Szesny/Stelten*, ZRP 2020, 130, 131; *Makowicz*, CB 2020, 1, 6; *Ströbmann*, ZIP 2020, 105, 110; *Nienaber/Schauenburg/Wenglarczyk*, NZWiSt 2020, 223, 228; in diese Richtung bereits *Hugger*, ZHR 179 (2015), 214, 224.

Im Übrigen führt die Beachtung des Trennungsprinzips dazu, dass die generierten Unterlagen der Beschlagnahme unterliegen. Es lässt sich vermuten, dass die Norm des § 17 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E vor allem dem Zweck dienen soll, den staatlichen Ermittlungsbehörden weitreichende Beschlagnahmemöglichkeiten einzuräumen.<sup>876</sup>

Neben der Einführung eines VerSanG-E sollten durch den Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft auch Vorschriften in der StPO modifiziert werden. Hierzu gehörte die Anpassung des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO, der eine Regelung in Bezug auf die Beschlagnahmefreiheit „andere[r] Gegenstände“ – hierzu zählen auch die Unterlagen einer verbandsinternen Untersuchung –<sup>877</sup> trifft. Nach der Regelung des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO-E unterliegen diese nicht der Beschlagnahme, wenn sie dem Vertrauensverhältnis zwischen dem Beschuldigten und dem Zeugnisverweigerungsberechtigten zuzurechnen sind.<sup>878</sup>

Kommt der Verband jedoch dem Trennungsprinzip des § 17 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E nach und lässt die verbandsinterne Untersuchung von einer beauftragten Person durchführen, die nicht zugleich Verteidiger ist, sind diese Unterlagen *nicht* dem in § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO-E angesprochenen Vertrauensverhältnis zuzurechnen. Somit liegt es nahe, dass sie der Beschlagnahme durch die Strafverfolgungsbehörden unterliegen. Dies scheint vom Entwurfsverfasser beabsichtigt zu sein, um sich die Beschlagnahme der Unterlagen erforderlichenfalls vorzubehalten.<sup>879</sup>

Bemerkenswert ist dabei jedoch, dass selbst im Zeitraum vor dem Vorliegen einer Beschuldigtenstellung, ebenso wie bei Nichtbeachtung des Trennungsprinzips, eine Beschlagnahme der Untersuchungsunterlagen nicht automatisch verhindert werden kann. Zwar sollen die Unterlagen, die dem Vertrauensverhältnis zwischen Beschuldigtem und Zeugnisver-

---

876 Vgl. *Nienaber/Schauenburg/Wenglarczyk*, NZWiSt 2020, 223, 228; DAV, NZG 2020, 298, 303; *Rotsch/Mutschler/Grobe*, CCZ 2020, 169, 181; *Lanzinner/Petrasch*, CCZ 2020, 109, 111.

877 Vgl. BT-Drs. 19/23568, S. 116.

878 Die Regelung folgt dabei der sog. Jones-Day-Entscheidung des BVerfG, bei der Gericht unter anderem klarstellte, dass § 97 Abs. 1 Nr. 3, ebenso wie § 97 Abs. 1 Nr. 1 und 2 StPO ein Beschlagnahmeverbot nur im Rahmen des Vertrauensverhältnisses zwischen Berufsträger und dem im konkreten Ermittlungsverfahren Beschuldigten begründen, BVerfG, Beschl. v. 27.6.2018, 2 BvR 1562/17, NJW 2018, 2395.

879 Namentlich, wenn der Verband sich gegen die Herausgabe der Untersuchungsergebnisse nach § 17 Abs. 1 Nr. 4 VerSanG-E entscheidet. In diese Richtung ebenfalls: *Nienaber/Schauenburg/Wenglarczyk*, NZWiSt 2020, 223, 228; DAV, NZG 2020, 298, 303.

weigerungsberechtigten zuzurechnen sind, nicht der Beschlagnahme unterliegen. Jedoch ist unklar, ob sich diese Beschlagnahmefreiheit auch auf solche Unterlagen bezieht, die nach Erlangung der formalen Beschuldigtenstellung<sup>880</sup> beschlagnahmt werden sollen, aber bereits vorher generiert wurden.<sup>881</sup> Dagegen spricht jedoch die Entwurfsbegründung, wonach „eine Sachverhaltsaufklärung, die vor Vorliegen einer Beschuldigtenstellung stattfindet oder anderen Zielen dient, zum Beispiel der internen Compliance“ nicht dem Beschlagnahmeschutz unterliegt.<sup>882</sup> Die Begründung stellt mithin klar, dass sowohl die Sachverhaltsaufklärung, die zeitlich vor dem Vorliegen der Beschuldigtenstellung erfolgt, als auch jene, die etwa gesellschaftsrechtlichen Zwecken dient, keinen Beschlagnahmeschutz genießt. Folglich kann selbst in den Fällen, in denen die Sachverhaltsaufklärung von dem späteren Verteidiger, aber zeitlich vor dem Vorliegen der Beschuldigtenstellung vorgenommen wird, eine Beschlagnahme nicht verhindert werden.<sup>883</sup>

Zwar greift der Beschlagnahmeschutz des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO-E immerhin für solche Unterlagen, die nach Erlangung der Beschuldigtenstellung erstellt werden. Dies setzt jedoch voraus, dass die Untersuchungsunterlagen dem Verteidiger in dessen Eigenschaft anvertraut oder bekanntgeworden sind, denn § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO-E ist seinem Wortlaut nach nur auf die Unterlagen anwendbar, auf die sich auch das Zeugnisverweigerungsrecht nach § 53 Abs. 1 Nr. 1 bis Nr. 3b StPO erstreckt. Dies erfordert, dass die Unterlagen erst dann generiert werden, wenn bereits ein Verfahren gegen den Verband eingeleitet wurde, dieser also als Beschuldigter gilt.

Mithin unterliegen die Unterlagen unabhängig von der Beachtung des Trennungsprinzips fast immer der Beschlagnahme,<sup>884</sup> nämlich, wenn die Untersuchung durch den Verband intern wie extern zum Zwecke des gesellschaftsrechtlichen Abstellens und Ahndens der Verbandstat oder im

---

880 Es gilt ein formeller Beschuldigtenbegriff, wonach die Beschuldigtenstellung bei Bestehen eines Tatverdachts durch einen Willensakt der Strafverfolgungsbehörde begründet, der sich nach außen – meist durch Einleitung des Ermittlungsverfahrens – manifestiert hat, *Diemer*, in: Karls. Komm. StPO, § 136 Rn. 4; BGH, Urt. v. 23.7.1986 – 3 StR 164/86, NJW 1987, 1955.

881 Vgl. ausführlich *Traub*, AG 2019, 813 ff.

882 BT-Drs. 19/23568, S. 116 a.E.

883 Ebenso: *Rotsch/Mutschler/Grobe*, CCZ 2020, 169, 181; *Cordes/Wagner*, NZWiSt 2020, 215, 222; Zum Begriff des Beschuldigten: *Hadamitzky*, in: Karls. Komm. z. StPO, § 81b, Rn. 2.

884 In diese Richtung ebenso: *Schmitz*, WiJ 2019, 154, 158; *Ströbmann*, ZIP 2020, 105, 110; *Cordes/Wagner*, NZWiSt 2020, 215, 222.



Vorfeld der Beschuldigtenstellung durchgeführt wird.<sup>885</sup> Die Ausnahme bildet der Fall, dass die verbandsinterne Untersuchung erst nach Einleitung des Ermittlungsverfahrens und damit nach Erlangung der Beschuldigtenstellung durch den Verteidiger vorgenommen wird, da die Unterlagen dann dem in § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO angesprochenen Vertrauensverhältnis zuzurechnen sind, sowie dem zeugnisverweigerungsberechtigten Verteidiger im Sinne des § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StPO in seiner Eigenschaft bekanntgeworden sind. Daher greift der Beschlagnahmeschutz. In Zeiten, in denen dem Thema der Corporate Compliance in diversen Gesetzgebungsverfahren<sup>886</sup> immer mehr Bedeutung zukommt, wird durch Anreize und Pflichten darauf hingearbeitet, dass Unternehmen ihre Compliance-Systeme ausbauen. Dies wird im Idealfall dazu führen, dass Verstöße im eigenen Interesse der Verbände primär von ihnen selbst entdeckt und unterbunden werden. Es liegt daher nahe, dass die Fälle, in denen das Unternehmen erst durch die Verfolgungsbehörden von dem Verstoß erfährt und damit erst nach Erlangung der Beschuldigtenstellung Untersuchungen vornimmt, zukünftig die Ausnahme bilden werden.

Die Beachtung des Trennungsprinzips des § 17 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E hat somit Kostennachteile, die durch eine Missachtung vermieden werden können. Ferner führt die Trennung dazu, dass die Unterlagen, die durch die verbandsinterne Untersuchung generiert werden, in jedem Fall der Beschlagnahme unterliegen. Im Umkehrschluss kann aber bei einer Neufassung des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO-E nicht gefolgert werden, dass die Missachtung des Trennungsprinzips stets dazu führt, dass die generierten Unterlagen dem Beschlagnahmeschutz unterfallen. Dies kann nur im Fall der Untersuchungsdurchführung nach Erlangung der Beschuldigtenstellung angenommen werden.

---

885 Vgl. *Ströbmann*, ZIP 2020, 105, 110; *Cordes/Wagner*, NZWiSt 2020, 215, 222.

886 Vgl. etwa den Regierungsentwurf eines Gesetzes über die unternehmerische Sorgfalt in Lieferketten, abrufbar unter: [https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetze/Regierungsentwuerfe/reg-sorgfaltspflichtengesetz.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetze/Regierungsentwuerfe/reg-sorgfaltspflichtengesetz.pdf?__blob=publicationFile&v=2) (zuletzt abgerufen am 21. Dezember 2021); Referentenentwurf eines Gesetzes für einen besseren Schutz hinweisgebender Personen sowie zur Umsetzung der Richtlinie zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen des Unionsrecht melden, [https://www.whistleblower-net.de/wp-content/uploads/2021/02/2020\\_11\\_26-Referentenentwurf-Whistleblowing-BMJV-1.pdf](https://www.whistleblower-net.de/wp-content/uploads/2021/02/2020_11_26-Referentenentwurf-Whistleblowing-BMJV-1.pdf) (zuletzt abgerufen am 21. Dezember 2021); Regierungsentwurf eines Gesetzes zu Stärkung der Integrität in der Wirtschaft, BT-Drs. 19/23568.

(bb) Risiken des Kooperations- und Herausgabepinzips (Nr. 3, Nr. 4)

Das Kooperationsprinzip in § 17 Abs. 1 Nr. 3 VerSanG-E erfordert die „ununterbrochen[e] und uneingeschränkt[e]“ Zusammenarbeit mit den Verfolgungsbehörden ab dem Zeitpunkt, zu dem sich der Verband zur Kooperation entschließt. Sofern die Verfolgungsbehörden jedoch an den Verband herantreten, muss die Entscheidung über eine Kooperation „unverzüglich“ getroffen werden.<sup>887</sup> Das Kooperationsprinzip ist dabei im Zusammenhang mit dem Aushändigungsprinzip in § 17 Abs. 1 Nr. 4 VerSanG-E zu sehen, wonach der Verband das Ergebnis der verbandsinternen Untersuchung sowie alle wesentlichen Dokumente, auf denen das Ergebnis beruht, zur Verfügung stellen muss. Entscheidet sich der Vorstand dafür, die Voraussetzungen des § 17 Abs. 1 Nr. 3 und Nr. 4 VerSanG-E zu erfüllen, kann dies Risiken mit sich bringen.

α Vor Kenntnis der Behörden

Im Zeitpunkt vor Kenntnis der Behörden würde eine Kooperation dazu führen, dass den Behörden eine bis dato unbekannte Verbandstat und Verbandsverantwortlichkeit offenbart wird. Mithin würde der Vorstand, der den unwissenden Behörden Hinweise auf Verstöße gibt, das Sanktionsverfahren erst anstoßen und damit „schlafende Hunde wecken“.<sup>888</sup> Eine frühzeitige Kooperation wird hingegen im Sinne der Sanktionsmilderung nicht erforderlich sein. Die Entwurfsbegründung stellt klar, dass § 17 Abs. 1 Nr. 3 VerSanG-E keine Anzeigepflicht statuiert.<sup>889</sup> Zwar ist der Zeitpunkt der Offenbarung bei der Festlegung des Umfangs der Sanktionsmilderung zu berücksichtigen,<sup>890</sup> jedoch ist davon auszugehen, dass auch eine spätere Kooperation, die alle weiteren Voraussetzungen erfüllt und insbesondere einen wesentlichen Aufklärungsbeitrag leistet, sanktionsmildernde Wirkung entfalten wird. Der wesentliche Aufklärungsbeitrag ist im Zusammenhang mit dem Kooperationsprinzip relevant. Liegen den Behörden noch keine Anhaltspunkte für die Verbandstat und Verbandsverantwortlichkeit vor, kann die frühzeitige Anzeige und uneingeschränkte Kooperation, die in diesem Fall mit der Anzeige der Verbandstat beginnt,

---

887 Vgl. die Ausführungen in Kap. C. II. 4. b) aa) (3).

888 Zimmer/Weigl, CCZ 2019, 21, 23.

889 BT-Drs. 19/2368, S. 86.

890 BT-Drs. 19/2368, S. 86.

dazu führen, dass der wesentliche Aufklärungsbeitrag im Sinne des § 17 Abs. 1 Nr. 1 VerSanG-E erbracht wird.

Wartet der Vorstand ab, bis die Behörden ihrerseits auf den Verband zukommen, könnte er unter Umständen nicht mehr in der Lage sein, den wesentlichen Aufklärungsbeitrag zu leisten. Es liegt jedoch der Schluss nahe, dass die Behörden auf die Hilfe des Verbandes bei der Aufklärung angewiesen sind. Die Ressourcen der Behörden sind bereits heute knapp;<sup>891</sup> dieser Umstand würde durch die im Entwurf in Aussicht gestellte Einführung des Legalitätsprinzips nicht verbessert.<sup>892</sup> Mithin stellen die von Unternehmen durchgeführten bzw. beauftragten und damit insbesondere bezahlten verbandsinternen Untersuchungen einen notwendigen Gegenspieler für die effektive Bewältigung der Verfahren dar.<sup>893</sup> Dies lässt darauf schließen, dass vor allem bei Verbandstaten, deren Aufklärungskomplexität sich etwa aus der Beteiligung mehrere Unternehmensakteure, einem Auslandsbezug sowie der Dauer des Delikts ergibt, durch die Kooperation des Verbandes auch nach Kenntnis der Behörden ein wesentlichen Aufklärungsbeitrag geleistet werden kann. Das Risiko, dass bei Abwarten mit der Erfüllung des Kooperations- und Herausgabeprinzip eine Sanktionsmilderung nach §§ 17, 18 VerSanG-E gefährdet würde, ist niedrig. Das Risiko, dass der Verband durch eine frühzeitige Erfüllung von Nr. 3 und Nr. 4 sich selbst ausliefert, ist hoch.

## β Nach Kenntnis der Behörden

Haben die Behörden hingegen hinreichend konkrete Anhaltspunkte für das Vorliegen der Verbandstat und Verbandsverantwortlichkeit und gehen auf den Verband zu, ergeben sich aus der Erfüllung des § 17 Abs. 1 Nr. 3 VerSanG-E folgende Risiken.

Zunächst steht die konkrete Ausgestaltung der Zusammenarbeit im Ermessen der Strafverfolgungsbehörden.<sup>894</sup> Zwar bleibt der Verband bzw.

---

891 Vgl. Kommentar von Sven Rebehn, Bundesgeschäftsführer des Deutschen Richterbunds, <https://www.drj.de/newsroom/presse-mediencenter/nachrichten-auf-einen-blick/nachricht/news/strafjustiz-am-limit> (zuletzt abgerufen am 21. Dezember 2021); *Knauer*, NZWiSt 2020, 441, 443; *Schmitz*, Wj 2019, 154, 165.

892 Vgl. *Schmitz*, Wj 2019, 154, 158; *Knauer*, NZWiSt 2020, 441, 443.

893 In diese Richtung ebenfalls *Schmitz*, Wj 2019, 154, 158; *Petrusch*, CB 2020, 309, 310 f.

894 BT-Drs. 19/23568, S. 86.

der Vorstand „Herr der Untersuchung“<sup>895</sup> jedoch lässt sich der Regierungsbegründung entnehmen, dass der Verband den Anfragen der Strafverfolgungsbehörden in Bezug auf die Zusammenarbeit bedingungslos nachzukommen hat.<sup>896</sup> Daher vermag es kaum zu verwundern, dass einige Autoren von „Unterwerfung“<sup>897</sup> oder „Kapitulation“<sup>898</sup> sprechen. Dies kann zu dem Nachteil der *scope-Erweiterung* führen.<sup>899</sup> Dies bedeutet, dass durch den Einfluss der Strafverfolgungsbehörden die Gefahr kontinuierlicher Änderungen bzw. Erweiterungen des Untersuchungsumfangs besteht.<sup>900</sup> Dies führt nicht nur zu einem steigenden Aufwand, sondern kann vor allem auch gefährliche Zufallsfunde nach sich ziehen.<sup>901</sup> Es scheint nicht ausgeschlossen, dass durch die ununterbrochene und uneingeschränkte Kooperation nach Maßgabe der Behörden sowie der Aushändigung der Untersuchungsergebnisse und aller damit zusammenhängender Dokumente auch solche Sachverhalte aufgedeckt werden, die den Strafverfolgungsbehörden zuvor nicht bekannt waren.<sup>902</sup> Es entsteht die Gefahr, dass der Verband selbst dazu beiträgt, mehr Sanktionen aufgrund weiterer Verbandstaten zu kassieren.<sup>903</sup>

Zu beachten ist jedoch Folgendes: Hat der Vorstand eine verbandsinterne Untersuchung angestoßen, bevor die Behörden von der Verbandstat erfahren haben, wird die oben beschriebene Gefahr bereits dadurch begründet, dass er entsprechend seiner gesellschaftsrechtlichen Pflicht umfassend aufklärt und die Ergebnisse dieser umfassenden Aufklärung wiederum der Beschlagnahme unterliegen.<sup>904</sup> Die Aufklärung im Wege der verbandsinternen Untersuchung dient dem Zweck, die Umstände der Tat zu beleuchten. Dabei ist weder ausgeschlossen noch unbeabsichtigt, dass weitere Verstöße zu Tage treten. Die Durchführung von verbandsinternen

---

895 Vgl. BT-Drs. 19/23568, S. 86 wonach „detailliert Vorgaben zur Ausgestaltung verbandsinterner Untersuchungen unterbleiben.“

896 BT-Drs. 19/23568, S. 99 f. „insbesondere Zwischenberichte und die umfassende Beantwortung von Fragen“; *Schmitz*, *Wij* 2019, 154, 158 „bedingungslose Kooperation“.

897 *Eggers*, *BB* 2019, 3010, 3012.

898 *Schmitz*, *Wij* 2019, 154, 158.

899 *Nolte/Michaelis*, *BB* 2019, 1154, 1161.

900 Vgl. *Nolte/Michaelis*, *BB* 2019, 1154, 1161; *Lanzinner/Petrasch*, *CCZ* 2020, 109, 112.

901 Vgl. *Bielefeld*, *CB* 2020, 8, 9; *Szesny/Stelten*, *ZRP* 2020, 130, 131; *Seibt/Wolf*, *DB* 2020, 1049, 1054; *Lanzinner/Petrasch*, *CCZ* 2020, 109, 112.

902 *Bielefeld*, *CB* 2020, 8, 9.

903 Vgl. *Lanzinner/Petrasch*, *CCZ* 2020, 109, 112.

904 Vgl. die Ausführungen zu E. III. 2. d) dd) (2) (c) (aa).

Untersuchungen belasten das Unternehmensgefüge, sodass es im Sinne aller Beteiligten ist, bei dieser Gelegenheit auf alle möglichen Verstöße, die bestehen, aufmerksam zu werden, um diese schnellstmöglich abzustellen und sanktionieren zu können. Dadurch kann der Eingriff in die Betriebsabläufe, der durch jede Untersuchung entsteht, begrenzt werden. So mag es weniger einschneidend sein, alle bestehenden Verstöße auf einmal aufzudecken, anstatt sukzessive in die Betriebsabläufe einzugreifen. Die Aufdeckung weiterer Taten ist zwar nicht primäres Ziel der Untersuchung, jedenfalls aber ein wünschenswertes Nebenprodukt. Dabei werden die durch die Untersuchung ermittelten Ergebnisse umfassend dokumentiert.<sup>905</sup> Sie unterliegen somit der Beschlagnahme, sofern sie nicht erst nach Erlangung der Beschuldigtenstellung generiert wurden.<sup>906</sup>

Zutreffend ist zwar, dass durch die ununterbrochene und uneingeschränkte Kooperation den Behörden mehr bekannt werden kann als zuvor von ihnen vermutet wurde. Die Gefahr, dass dadurch mehr Sanktionen aufgrund weiterer Taten drohen, wird hingegen bereits durch die gesellschaftsrechtliche Pflicht zur Aufklärung des Sachverhalts, verbunden mit der Beschlagnahmemöglichkeit der hierdurch generierten Unterlagen, begründet. Ähnlich stellt sich die Situation dar, wenn man die Konsequenzen bei Be- und Missachtung des Herausgabepinzips betrachtet.

Die Folgen der Beachtung des Herausgabepinzips sind vergleichbar mit jenen der Beachtung des Kooperationsprinzips. Wurde durch die verbandsinterne Untersuchung mehr aufgedeckt als nötig war, erlangen die Behörden durch Befolgung des Herausgabepinzips umfassende Kenntnis von allen entdeckten Verfehlungen. Allerdings führt im Umkehrschluss seine Missachtung nicht dazu, dass weniger aufgedeckt würde. Grund ist der fehlende Beschlagnahmeschutz für die Unterlagen. Wurden die Unterlagen der verbandsinternen Untersuchung vor Erlangung der Beschuldigtenstellung oder zu gesellschaftsrechtlichen Zwecken generiert, sind sie – unter Anwendung des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO-E – beschlagnahmefähig. Mithin haben die Behörden ohnehin eine Zugriffsmöglichkeit auf die Untersuchungsunterlagen. Die einzige Möglichkeit einen Zugriff zu verhindern ist jene, dass die Untersuchungsergebnisse nicht dokumentiert

---

905 Vgl. *Wilsing/Goslar*, in: Krieger/Schneider, HdB. Managerhaftung, § 15 Rn. 64 ff.; *Idler/Knierim/Waeber*, in: Knierim/Rübenstahl/Tsambikakis, Internal Investigations, 2016, Kap. 4 Rn. 122 ff., 172; *Wisskirchen/Glaser*, DB 2011, 1447, 1451; *Wessing*, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance, § 46 Rn. 121 ff.

906 Vgl. Ausführungen zu Kap. E. III. 2. d) aa) (2) (c) (aa).

werden. Dies stellt jedoch keine tatsächliche Möglichkeit dar, da bereits zur Information des Vorstands eine umfassende Dokumentation der Untersuchung notwendig ist.<sup>907</sup>

Über die Stellschraube des verkürzten Beschlagnahmeschutzes wird mithin sichergestellt, dass selbst bei Nichterfüllung der in § 17 Abs. 1 Nr. 3 und Nr. 4 VerSanG-E kodifizierten Prinzipien ein Zugriff auf die Untersuchungsergebnisse und die damit zusammenhängenden Dokumente möglich bleibt. Die Nachteile der *scope-Erweiterung* werden mithin nicht nur durch die Kooperation und Herausgabe begründet, sondern auch durch die Beschlagnahmemöglichkeit.

(cc) Risiken des Fairnessprinzips (Nr. 5)

Weitere Risiken birgt die Befolgung des letzten in § 17 Abs. 1 VerSanG-E aufgeführten Prinzips, das der Verband für die Zwecke der Sanktionsmilderung zu erfüllen hat. Das Fairnessprinzip erfordert, dass der Verband den befragten Mitarbeiter über die potenzielle Verwendung der Auskünfte in einem Strafverfahren hinweist und ihm bestimmte Schutzrechte einräumt (Recht auf anwaltlichen Beistand, Auskunftsverweigerungsrecht).<sup>908</sup>

Durch das Befolgen der Voraussetzung des § 17 Abs. 1 Nr. 5 VerSanG-E erweitert der Verband zunächst nur die Rechte des befragten Mitarbeiters. Jedoch kann insbesondere das Auskunftsverweigerungsrecht bei Ausübung durch den Mitarbeiter dazu führen, dass die Aufklärung der in Rede stehenden Verbandstat verhindert wird.<sup>909</sup>

Aus arbeitsrechtlicher Sicht ist der Arbeitnehmer nach überwiegender Ansicht in der Rechtsprechung und Rechtslehre zur Aussage gegenüber seinem Arbeitgeber verpflichtet.<sup>910</sup> Befolgt der Verband als Arbeitgeber die Norm des § 17 Abs. 1 Nr. 5 VerSanG-E, verzichtet er auf sein arbeitsrecht-

---

907 Vgl. *Klahold*, in: VGR, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2019, 2020, Rn. 18.

908 Vgl. Ausführungen zu Kap. C. II. 4. b) aa) (5).

909 *Lanzinner/Petrasch*, CCZ 2020, 183, 188; *Rotsch/Mutschler/Grobe*, CCZ 2020, 169, 180; *Szesny/Stelten*, ZRP 2020, 130, 132; *DAV*, NZG 2020, 298, 304; *Bielefeld*, CB 2019, 413, 414.

910 Vgl. *Schrader/Mahler*, NZA 2018, 965, 966; BAG, Urt. v. 7.9.1995 – 8 AZR 828/93, NZA 1996, 637; BAG, Urt. v. 7.9.1995 – 8 AZR 828/93, NZA 1996, 637; *Wisskirchen/Glaser*, DB 2011, 1447; *Wessing/Dann*, in: Bürkle/Hauschka, Compliance Officer, § 12 Rn. 25; *Lützel/Müller-Sartori*, CCZ 2011, 19; *Lanzinner/Petrasch*, CCZ 2020, 183, 186 f.

liches Auskunftsrecht.<sup>911</sup> Dies hat zur Folge, dass er unter Umständen mittelbare Nachteile arbeitsrechtlicher wie auch gesellschaftsrechtlicher Art in Kauf nehmen muss. Diese sind etwa die geringen Erfolgsaussichten einer Verdachtskündigung<sup>912</sup> oder die Unfähigkeit, den Verstoß umfassend aufzuklären, abzustellen und zu ahnden sowie künftige Rechtsverstöße zu vermeiden.<sup>913</sup> Bei Letzterem kommt dabei eine Kollision mit der gesellschaftsrechtlichen Legalitätskontrollpflicht des Vorstands in Betracht. Der Konflikt ist dabei jedoch – jedenfalls solange eine Sanktionsmilderung durch Erfüllung aller Voraussetzungen des § 17 Abs. 1, Abs. 2 VerSanG-E noch möglich ist – zugunsten der verbandssanktionsrechtlichen Norm zu lösen. Es ist somit gesellschaftsrechtlich zulässig, die Aufklärung zugunsten einer angestrebten Sanktionsmilderung zu beschneiden.<sup>914</sup> Dafür spricht zum einen der Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung; weiterhin kann dem Entwurfsverfasser nicht unterstellt werden, den Vorstand durch Schaffung der Voraussetzung des § 17 Abs. 1 Nr. 5 VerSanG-E zu gesellschaftsrechtswidrigem Verhalten „anstiften“ zu wollen.<sup>915</sup>

Die Auflösung der Pflichtenkollision trifft dabei allein eine Aussage für die rechtliche Dimension des Vorstandshandelns. Jedoch kann eine Aufklärung unter Zubilligung eines Aussageverweigerungsrechts sowie sonstiger in § 17 Abs. 1 Nr. 5 VerSanG-E genannter Rechte möglicherweise andere, etwa ökonomische Nachteile nach sich ziehen. Dies betrifft insbesondere den potenziellen mittelbaren Nachteil, dass durch die verweigerte Aussage eine für die Aufklärung entscheidende Information fehlt, sodass eine Aufklärung unmöglich wird. Dies kann zum finanziellen Nachteil führen, dass etwaige Schadensersatzansprüche nicht geltend gemacht sowie Kündigungen der Mitarbeiter nicht ausgesprochen werden können.

Dabei handelt es sich zum einen um mehrstufig-mittelbare Schäden, deren endgültige Realisierung von zahlreichen, unsicheren Faktoren abhängt. Zum anderen können sie vermieden werden. Anknüpfungspunkt muss die legale und von Zwang befreite Verhinderung der Ausübung des Aussageverweigerungsrechts sein. Dies kommt insbesondere durch ein Amnestieprogramm in Betracht. Das Unternehmen sichert dem Mitarbeiter zu, von arbeitsrechtlichen Sanktionen, der Geltendmachung von Scha-

---

911 Vgl. *Klabold*, CB 2020, 362, 364.

912 *Aszmons/Herse*, DB 2020, 56, 58 halten eine Kündigung auf Verdacht wegen einer arbeitnehmerseitigen Ausübung des Auskunftsverweigerungsrechts für unzulässig.

913 Vgl. *Lanzinner/Petrasch*, CCZ 2020, 183, 188; *Schmitz*, WiJ 2019, 154, 159.

914 *Lanzinner/Petrasch*, CCZ 2020, 183, 188.

915 *Lanzinner/Petrasch*, CCZ 2020, 183, 188.

denersatzansprüche oder der Erstattung einer Strafanzeige abzusehen, um diesen zu einer Aussage zu bewegen.<sup>916</sup> Diese Art von Aufklärungsmethode setzt auf eine Aussage im Rahmen eines fördernden und belohnenden statt eines fordernden, mit Zwang und Druck arbeitenden Umfelds, sodass ein Verstoß gegen das in § 17 Abs. 1 Nr. 5 VerSanG-E normierte Fairnessprinzip nicht ersichtlich ist.<sup>917</sup>

Im Übrigen wird der Aufklärungserfolg nicht durch die Geltendmachung der arbeitsrechtlichen Aussagepflicht begünstigt, sondern eher durch eine unter Einräumung der Rechte in § 17 Abs. 1 Nr. 5 lit. a) bis lit. c) VerSanG-E und durch Amnestien motivierte Aussage. Denn auch bei Bestehen auf die Aussageverpflichtung und Missachtung des § 17 Abs. 1 Nr. 5 VerSanG-E kann der Verband dem Mitarbeiter kaum nachweisen, welche Kenntnis er hat, die er im Rahmen der Aussage preisgeben müsste.<sup>918</sup> Mithin weiß der Verband nicht was konkret geltend gemacht wird, sodass die Aussagepflicht des Arbeitnehmers eine schwache Rechtsposition darstellt, deren Preisgabe einen zu vernachlässigende Nachteil darstellt, der noch dazu durch entsprechende Maßnahmen abgefedert werden kann.

Die Erfüllung der Voraussetzung des § 17 Abs. 1 Nr. 5 VerSanG-E wirkt sich potenziell auch auf die Voraussetzung des § 17 Abs. 1 Nr. 1 sowie Nr. 3 VerSanG-E aus.

Nach § 17 Abs. 1 Nr. 1 VerSanG-E wird vom Verband ein wesentlicher Aufklärungsbeitrag erwartet. Räumt der Verband dem Befragten ein Auskunftsverweigerungsrecht ein und macht dieser davon Gebrauch, könnte der Verband nicht mehr in der Lage sein, den erforderlichen „wesentlichen Aufklärungsbeitrag“ zu erbringen.<sup>919</sup> Die Voraussetzung des § 17 Abs. 1 Nr. 1 VerSanG-E stellt eine vom Vorstand nicht direkt beeinflussbare Bedingung der Sanktionsmilderung dar.<sup>920</sup> Ob die vom Vorstand vorangetriebene Aufklärung der Verbandstat, verbunden mit der Zusammenarbeit mit den Behörden und Herausgabe der Untersuchungsergebnisse, einen wesentlichen Aufklärungsbeitrag zu leisten vermag, wird sich erst zeigen, wenn der Vorstand diese erbracht hat.

Ferner könnte die Erfüllung des § 17 Abs. 1 Nr. 5 VerSanG-E und hier insbesondere die Einräumung des Auskunftsverweigerungsrechts (lit. c))

---

916 Vgl. *Ghassemi-Tabar/Wenzl*, in: Münch. HdB. GesR, Band 7, § 107 Rn. 91 f.

917 In diese Richtung ebenso: *Ott/Lüneborg*, NZG 2019, 1361, 1367.

918 Vgl. *Breßler/Kuhnke/Schulz/Stein*, NZG 2009, 721, 721 f.

919 *Lanzinner/Petrasch*, CCZ 2020, 183, 188; *Schmitz*, WjJ 2019, 154, 15; *S.H. Schneider/Priewer*, Compliance, Sep. 2019, S. 7.

920 Ebenso: *Eggers*, BB 2019, 3010, 3013; *Schmitz*, WjJ 2019, 154.



mit dem Kooperationsprinzip in § 17 Abs. 1 Nr. 3 VerSanG-E kollidieren. Es stellt sich die Frage, ob gemäß § 17 Abs. 1 Nr. 3 VerSanG-E von einer „ununterbrochen[en] und uneingeschränkt[en]“ Zusammenarbeit mit den Verfolgungsbehörden ausgegangen werden kann, wenn aufgrund des Aussageverweigerungsrechts und seiner Inanspruchnahme kein Mitarbeiter aussagt. Jedoch ist dem Entwurf nicht zu entnehmen, dass es auf die Kooperationsbereitschaft der Mitarbeiter ankommt. Die Kooperation des Verbands muss von der Kooperationsbereitschaft der Mitarbeiter vielmehr entkoppelt sein.<sup>921</sup>

Im Übrigen zeigt die heutige Praxis, dass Unternehmen ihre Mitarbeiter bereits schriftlich über die potenzielle Verwendung im Strafverfahren hinweisen sowie ihnen das Recht auf einen anwaltlichen Beistand und zur Verweigerung der Aussage einräumen.<sup>922</sup> Allerdings wird nur sehr selten von dem Recht auf Aussageverweigerung Gebrauch gemacht,<sup>923</sup> sodass trotz Beachtung des § 17 Abs. 1 Nr. 5 VerSanG-E teilweise keine Ausübung des Rechts durch den jeweils betroffenen Mitarbeiter zu erwarten sein wird und mithin auch die potentiell damit verbundenen Nachteile ausbleiben könnten.

Die Befolgung des Fairnessprinzips führt gegebenenfalls dazu, dass eine Aufklärung erschwert oder gar verhindert wird, wenn der betroffene Mitarbeiter von seinen eingeräumten Rechten, insbesondere dem Auskunftsverweigerungsrecht, Gebrauch macht. Im Falle der Verhinderung der Aufklärung führt dies jedoch jedenfalls nicht zu einem Pflichtenverstoß auf gesellschaftsrechtlicher Ebene. Unter Umständen ist mit ökonomischen Nachteilen zu rechnen. Das Risiko der verweigerten Aussage kann jedoch durch die Implementierung von Amnestieprogrammen abgemildert werden.

(dd) Risiken des Dokumentationsprinzips (Abs. 2)

Die Dokumentation der Anforderungserfüllung gemäß § 17 Abs. 2 VerSanG-E dient nach der Entwurfsbegründung Nachweiszwecken.<sup>924</sup> Die Behörde und das Gericht sollen anhand der Dokumentation die Einhaltung der Anforderungen überprüfen können. Die Anforderung wirkt auf

---

921 *Knauer*, NSzZ 2020, 441, 449; wohl auch *Aszmons/Herse*, DB 2020, 56, 58.

922 *Ott/Lüneborg*, NZG 2020, 1361, 1367; *Giese/Dachner*, ZIP 2020, 408, 501.

923 *Ott/Lüneborg*, NZG 2020, 1361, 1367.

924 BT-Drs. 19/23568, S. 88.

den ersten Blick ausschließlich vorteilhaft für den Verband. Allerdings ist zugleich zu beachten, dass jede Information, die dokumentiert wird, selbst für den Fall, dass keine Herausgabe der Untersuchungsergebnisse erfolgt, einer Beschlagnahme unterliegen kann.<sup>925</sup>

(ee) Zwischenergebnis

Aus der Befolgung des Trennungsprinzips erwächst das Risiko, dass die verbandsintern generierten Unterlagen, allesamt der Beschlagnahme unterliegen und die Behörden damit unabhängig von einer Kooperation darauf zugreifen können. Das Kooperations- und Herausgabeprinzip führt im Zeitpunkt vor Kenntnis der Behörden ebenfalls zum Risiko die Behörden erstmalig auf die Verbandstat und Verbandsverantwortlichkeit aufmerksam zu machen und sich somit selbst auszuliefern. Nach Kenntnis der Behörden führt die umfassende Kooperation und Herausgabe vergleichbar zur Erfüllung des qualifizierten Kausalitätsprinzips zum Risiko, den Behörden auch zu solchen Verbandstaten oder Ordnungswidrigkeiten Hinweise und Beweismittel zur Verfügung zu stellen, von denen die Behörden ohne Hilfe des Verbands nicht oder nicht rechtzeitig erfahren hätten. Die Beachtung des Fairnessprinzips führt zum Risiko einer mangelnden Aufklärung und in dieser Folge zu ökonomischen Nachteilen, etwa der Nichtgeltendmachung von Schadensersatzansprüchen.

(d) Chancen der Erfüllung des § 17 Abs. 1, Abs. 2 VerSanG-E

Den Risiken aus der Erfüllung der Voraussetzungen stehen diverse Chancen gegenüber, die sich nur dann realisieren, wenn die Vorgaben des §§ 17 Abs. 1, Abs. 2 VerSanG-E kumulativ erfüllt werden.

(aa) Sanktionsmilderung, § 18 S. 1 VerSanG-E

Die offenkundigste Chance der Erfüllung des § 17 Abs. 1, Abs. 2 VerSanG-E liegt in der Aussicht auf Sanktionsmilderung, wenn es zu einer Sanktionierung kommt. Die Entscheidungskompetenz im Hinblick auf die Sankti-

---

925 Vgl. Ausführungen zu Kap. E. III. 2. d) dd) (2) (c) (aa).

onsmilderung liegt beim Gericht, § 17 Abs. 3 VerSanG-E. Das gerichtliche Ermessen ist gebunden („soll“) und wird durch die Kriterien in § 17 Abs. 3 VerSanG-E flankiert.<sup>926</sup>

#### $\alpha$ Verwarnung mit Sanktionsvorbehalt, § 10 VerSanG-E

Die Aussicht auf Sanktionsmilderung zieht weitere Chancen nach sich, die sich darin entfalten, dass es nicht zu einer Sanktionierung kommt.

Hierzu zählt die Verwarnung mit Sanktionsvorbehalt nach § 10 VerSanG-E. Statt einer Sanktionierung wird eine Verwarnung ausgesprochen, eine Verbandsgeldsanktion bestimmt sowie deren Verhängung für einen Zeitraum zwischen einem und fünf Jahren vorbehalten, § 10 Abs. 1, 2 VerSanG-E. Die umfassende Aufklärung der Tat durch eine verbandsinterne Untersuchung nach der Maßgabe des § 17 Abs. 1, Abs. 2 VerSanG-E kann dabei einen besonderen Umstand begründen, der von § 10 VerSanG-E für eine derartige Verwarnung vorausgesetzt wird.<sup>927</sup>

#### $\beta$ (endgültiges) Absehen von der Verfolgung, §§ 35, 36 VerSanG-E

Von großer Bedeutung für den Verband ist die Aussicht, dass das Verfahren infolge einer Reduktion der Sanktion wegen Geringfügigkeit nach § 35 VerSanG-E oder unter Auflagen nach § 36 VerSanG-E eingestellt wird.<sup>928</sup>

Reduziert sich die zu verhängende Sanktion auf ein geringfügiges Maß und besteht kein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung, so kann nach § 35 VerSanG-E von der ihr abgesehen werden. Dies hat den gewichtigen Vorteil, dass eine Sanktionierung gänzlich entfällt.<sup>929</sup>

Wird ein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung bejaht, so kommt eine Einstellung nach § 36 VerSanG-E unter Auflagen und Weisungen in Betracht.<sup>930</sup> Die Norm trifft eine zu § 153a StPO vergleichbare Regelung.<sup>931</sup> Die Sanktionierung des Verbands entfällt ebenfalls, jedoch

---

926 BT-Drs. 19/23568, S. 88; *Rotsch/Mutschler/Grobe*, CCZ 2020, 169, 178.

927 Vgl. BT-Drs. 19/23568, S. 84.

928 Vgl. BT-Drs. 19/23568, S. 84; *Ott/Lüneborg*, NZG 2019, 1361, 1364; *Nienaber/Schauenburg/Wenglarczyk*, NZWiSt 2020, 223, 226 f.; *Aszmons/Herse*, DB 2020, 56, 57; *Lange*, CCZ 2020, 265, 273.

929 Vgl. BT-Drs. 19/23568, S. 84.

930 BT-Drs. 19/23568, S. 84.

931 Bt-Drs. 19/23568, S. 84.

kommen als Auflagen die Schadenswiedergutmachung, § 12 Abs. 1 Nr. 1 VerSanG-E und die Zahlung eines Geldbetrags zugunsten der Staatskasse, § 12 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E, in Betracht. Letztere ist im Verhältnis zur Schadenswiedergutmachung subsidiär. Die Weisung betrifft insbesondere die Vorkehrungen zur Vermeidung von Verbandstaten und die Bescheinigung der Vorkehrungen durch die sachkundige Stelle, § 13 Abs. 2 VerSanG-E. Sowohl Auflagen als auch Weisungen sind aufgrund ihres geringeren Geldumfangs und der Tatsache, dass kein Urteil oder Sanktionsbescheid ergeht, gegenüber einer Sanktionierung vorteilhaft, sodass die Einstellung nach § 36 VerSanG-E eine bedeutsame Chance für den Verband darstellt.

(bb) Sanktionsbescheid und keine öffentliche Bekanntmachung, § 50 Abs. 3, Abs. 1; § 18 S. 2 VerSanG-E

Eine weitere Chance der Erfüllung liegt in dem Anspruch auf Sanktionierung ohne Hauptverhandlung im Wege eines Sanktionsbescheids gemäß § 50 Abs. 3, Abs. 1 VerSanG-E. Ferner bleibt die öffentliche Bekanntmachung der Verurteilung (§ 14 VerSanG-E) gemäß § 18 S. 2 VerSanG-E aus. Dies bringt den Vorteil mit sich, dass die Öffentlichkeit am Verfahren weniger beteiligt ist, wodurch Reputationseinbußen abgemildert werden können.<sup>932</sup> Die Unternehmensreputation beruht auf der Wahrnehmung und Bewertung früherer Handlungen durch die Stakeholder des Verbands sowie deren Wahrscheinlichkeitseinschätzung über zukünftiges Verhalten des Unternehmens in Bezug auf die eigenen Interessen.<sup>933</sup> Wird das Verfahren nicht in der Öffentlichkeit geführt, bleibt es dem Verband unbenommen, umfassende Informationen über die Durchführung der verbandsinternen Untersuchung nach Maßgabe des § 17 Abs. 1, Abs. 2 VerSanG-E zu kommunizieren<sup>934</sup> und die öffentliche Wahrnehmung dadurch positiv zu beeinflussen. Durch die „Selbstreinigung“ im Wege der

---

932 Vgl. *Nienaber/Schauenburg/Wenglarczyk*, NZWiSt 2020, 223, 225; *Schmitz*, Wij 2019, 154, 157; *Seibt/Wolf*, DB 2020, 1049, 1052.

933 *Seibt*, DB 2015, 171.

934 Etwa durch Pressemitteilungen wie dies in der Praxis häufig geschieht, *Pörtge*, CCZ 2020, 65, 70.

Aufklärung der Verbandstat und Zusammenarbeit mit den Behörden können Vertrauensverluste bei Kunden und Aktionären begrenzt werden.<sup>935</sup>

(cc) (vorläufiges) Absehen von der Verfolgung, § 41 VerSanG-E

Bereits die Absicht zur Durchführung einer verbandsinternen Untersuchung nach Maßgabe des § 17 Abs. 1, Abs. 2 VerSanG-E eröffnet die Chance auf vorübergehende Aussetzung der Ermittlungstätigkeit der Strafverfolgungsbehörden gemäß § 41 Abs. 1 VerSanG-E, wenn der Verband die beabsichtigte Durchführung den Behörden gegenüber anzeigt.<sup>936</sup> Das vorläufige Absehen von der Verfolgung liegt jedoch im Ermessen der Strafverfolgungsbehörden, der Verband hat keinen Anspruch darauf.<sup>937</sup> Von Vorteil ist, dass der Verband bei einem vorläufigen Absehen (zunächst) nicht mit staatlichen Zwangsmitteln, etwa einer Durchsuchung oder Beschlagnahme, konfrontiert wird.<sup>938</sup> Das Ermessen der Strafverfolgungsbehörden sowie die vorläufige Natur der Maßnahme führen dazu, dass es sich um einen eher geringen Vorteil handelt.

(dd) Zwischenergebnis

Die Erfüllung der Sanktionsmilderungsvorgaben führt für den Fall einer Sanktionierung in der Regel zu einer Sanktionsmilderung. Allerdings kann die Sanktionsmilderung auch die, gegenüber der Geldsanktion milderen, Verwarnung mit Sanktionsvorbehalt oder die Einstellung aufgrund von Geringfügigkeit oder die Einstellung unter Auflagen oder Weisungen nach sich ziehen. Kommt es zu einer Sanktionierung mit einer gemilderten Sanktion, entfällt die öffentliche Bekanntmachung und der Verband hat einen Anspruch auf Sanktionierung im Wege des Sanktionsbescheids und damit ohne öffentliche Hauptverhandlung. Die Anzeige eine beabsichtigte Beachtung der Sanktionsmilderungsvoraussetzungen bringt die Chance auf vorläufige Aussetzung der Strafverfolgung mit sich.

---

935 *Nolte/Michaelis*, BB 2019, 1154, 1160; *Knauer*, NStZ 2020, 441, 447 f.; kritisch hierzu *Pörtge*, CCZ 2020, 65, 70, der eine öffentliche Erwartung zur Kooperation nicht erkennt.

936 *Nolte/Michaelis*, BB 2019, 1154, 1160.

937 BT-Drs. 19/23568, S. 101.

938 BT-Drs. 19/23568, S. 101.

(e) Risiken der Nichterfüllung des § 17 Abs. 1, Abs. 2 VerSanG-E

Die Nichterfüllung der Vorgaben des § 17 Abs. 1, Abs. 2 VerSanG-E hat zur Folge, dass bei einer Sanktionierung eines Unternehmens mit einem durchschnittlichen Jahresumsatz von mehr als 100 Mio. Euro nach §§ 3, 8 f. VerSanG-E eine Sanktion zwischen 10.000 Euro und 10 % des weltweiten Konzernumsatzes in Betracht kommt.<sup>939</sup> Zwar können Aufklärungsbemühungen, zu denen solche internen Untersuchungen zählen, die nicht den Vorgaben des § 17 Abs. 1, Abs. 2 VerSanG-E entsprechen, gemäß § 15 Abs. 3 Nr. 7 VerSanG-E bei der Sanktionsbemessung berücksichtigt werden. Allerdings kann diese Berücksichtigung der Höhe nach nicht an einer Halbierung des Sanktionshöchstmaßes heranreichen bzw. nicht unter dem Sanktionsmindestmaß liegen, da andernfalls die Norm des §§ 17, 18 VerSanG-E unterlaufen würde. Weiterhin kommt eine öffentliche Bekanntmachung nach § 14 VerSanG-E in Betracht und das Verfahren kann regulär im Wege der öffentlichen Hauptverhandlung geführt werden.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass bereits die Nichterfüllung einer einzelnen Vorgabe des § 17 Abs. 1 VerSanG-E zur Versagung der Sanktionsmilderung nach §§ 17, 18 VerSanG-E führt.<sup>940</sup>

Die Risiken der Nichterfüllung werden durch das Legalitätsprinzip, das ein Gesetz nach dem Vorbild des VerSanG-E enthielte, verschärft, da dadurch die Wahrscheinlichkeit der Verfolgung und Aufdeckung der Verbandsverantwortlichkeit und damit die Wahrscheinlichkeit der Sanktionierung steigt. *De lege lata* gilt im OWiG das Opportunitätsprinzip, wenn es um die Verfolgung von Unternehmensverfehlungen geht, § 47 Abs. 1 S. 1 OWiG. Damit kann die Verfolgungsbehörde von einer Verfolgung nach ihrem pflichtgemäßen Ermessen absehen, wodurch die Chance besteht, dass eine Geldbuße unterbleibt. Die Einführung des Legalitätsprinzips führt zu einem Verfolgungszwang der Behörden, sodass eine Einstellung nur noch in den im VerSanG-E bezeichneten Fällen möglich ist.

Eine weitere Verschärfung des Risikos erfolgt durch die Normierung eines verschuldensunabhängigen Verantwortlichkeitstatbestandes in § 3 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E. Es genügt für die Begründung der Verbandsverantwortlichkeit, dass eine Verbandstat durch einen Dritten begangen wurde, wenn eine Leitungsperson des Verbandes die Straftat durch angemessene Vorkehrungen zur Vermeidung von Verbandstaten wie insbesondere Organisation, Auswahl, Anleitung und Aufsicht hätten verhindern oder

---

939 Vgl. BT-Drs. 19/23568, S. 53.

940 BT-Drs. 19/23568, S. 85.

wesentlich erschweren können. Dabei kommt es nicht auf ein Verschulden der Leitungsperson an, sondern nur auf die objektive Geeignetheit und Notwendigkeit der Vorkehrungen zur Vermeidung oder Erschwerung der Tat.

Nicht zuletzt leistet der signifikant erhöhte Sanktionsrahmen für umsatzstarke Unternehmen in § 9 Abs. 2 VerSanG-E mit einer Obergrenze von bis zu 10 % des durchschnittlichen Konzernjahresumsatzes, einen Beitrag zur Verschärfung des Risikos der Nichterfüllung.

(f) Fallgruppen

Es lassen sich in Abhängigkeit der jeweiligen Vorgaben und des Zeitpunkts der Erfüllung Fallgruppen bilden, in denen die Chancen der Erfüllung gepaart mit den Risiken der Nichterfüllung, die Risiken der Erfüllung überwiegen und damit die Schadensabwendungspflicht zur Erfüllung der Vorgaben anhält bzw. *vice versa* die Risiken der Erfüllung die Chancen der Erfüllung und Risiken der Nichterfüllung überwiegen, sodass durch die Erfüllung ein Schaden nicht zwangsläufig abgewendet wird.

(aa) Verband hat vor den Behörden Kenntnis

α Vorgaben Nr. 2, Nr. 5

Das Trennungsprinzip (Nr. 2) und Fairnessprinzip (Nr. 5) knüpfen an die Durchführung der Untersuchung der Art und Weise nach an. Bei diesen Vorgaben ist zu berücksichtigen, dass die Durchführung der Untersuchung ohne die Beachtung dieser Vorgaben irreversibel ist. Eine verbandsinterne Untersuchung, die durch den Verteidiger und/oder, bei der die Mitarbeiterbefragung ohne die Einräumung der Schutzrechte erfolgt, kann im Nachhinein nicht mehr rückgängig gemacht werden.<sup>941</sup> Die Option auf eine Sanktionsmilderung nach §§ 17, 18 VerSanG-E ist damit verloren.

Sind die Behörden (noch) nicht an den Verband herangetreten und ist der Vorstand aufgrund der hinreichenden Verdachtsschwelle zur Aufklärung einer potentiellen Verbandstat verpflichtet,<sup>942</sup> gebietet die Schadensabwendungspflicht die Beachtung der Vorgabe Nr. 5. In diesem Zeitpunkt

---

941 Ebenso: *Knauer*, NStZ 2020, 441, 449.

942 Vgl. Ausführungen zu Kap. B. IV. 1. b).

ist regelmäßig noch nicht absehbar, ob der Verband auf die Sanktionsmilderung verzichten kann, etwa, weil keine Verbandstat begangen wurde oder eine Sanktionierung unwahrscheinlich ist. Wird das Fairnessprinzip missachtet, so kommt eine Sanktionsmilderung nach §§ 17, 18 VerSanG-E nicht mehr in Betracht.<sup>943</sup> Die Vorteile, die mit der Erfüllung der Sanktionsmildervorgaben einhergehen<sup>944</sup> sowie das Risiko der Missachtung (Versagung der §§ 17, 18 VerSanG-E) überwiegen das eher geringfügige Risiko der Beachtung, das in den potentiellen ökonomischen Nachteilen liegt, die aufgrund der mangelnden Aufklärung infolge der Ausübung des Schweigerechts des Mitarbeiters entstehen können.

Da in diesem Zeitpunkt noch keine Beschuldigtenstellung und damit kein Verteidiger vorliegt, ist das Trennungsprinzip nicht anwendbar.<sup>945</sup> Wird die Untersuchung von dem späteren Verteidiger durchgeführt, kann kein Verstoß gegen das Trennungsprinzip angenommen werden. Jedoch kann in diesem Zeitpunkt weder die Be- noch die Missachtung des Trennungsprinzips verhindern, dass die generierten Unterlagen nicht dem Beschlagnahmeschutz unterliegen.<sup>946</sup>

Treten die Behörden jedoch an den Verband heran findet das Trennungsprinzip Anwendung. Hat der Vorstand bereits mit einer Untersuchung begonnen, ist die Beachtung des Trennungsprinzips zwingend, da eine Missachtung zur Versagung der Sanktionsmilderung nach §§ 17, 18 VerSanG-E und aller weiteren Chancen<sup>947</sup> führt. Die bisherigen Ergebnisse wurden aber in einer Zeit generiert, in dem das Unternehmen noch keinen Verteidiger hatte, sodass der Beschlagnahmeschutz des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO-E nicht greift.<sup>948</sup> Die Behörden hätten vollen Zugriff auf die bisherigen Untersuchungsunterlagen.

### β Vorgaben Nr. 3, Nr. 4

Im Unterschied zu den Vorgaben der Nr. 2 und Nr. 5, müssen das Kooperationsprinzip (Nr. 3) sowie das Herausgabeprinzip (Nr. 4) nicht zu Beginn

---

943 Vgl. BT-Drs. 19/23568, S. 85 „qualitative Anforderungen an die verbandsinterne Untersuchung, die kumulativ erfüllt sein müssen.“

944 Vgl. Ausführungen Kap. E. III. 2. d) dd) (2) (d).

945 Vgl. Ausführungen Kap. E. III.2. d) dd) (2) (c) (aa) (α).

946 Vgl. Ausführungen Kap. E. III.2. d) dd) (2) (c) (aa) (δ).

947 Vgl. Ausführungen Kap. E. III. 2. d) dd) (2) (d).

948 Vgl. Ausführungen Kap. E. III. 2. d) dd) (2) (c) (aa) (δ).



der Untersuchung erfüllt werden.<sup>949</sup> Sofern die Behörden noch nicht an den Verband herangetreten sind, kann die Untersuchung zunächst ohne behördliche Kenntnis durchgeführt werden und anschließend nach pflichtgemäßem Ermessen über eine Kooperation und Herausgabe der Ergebnisse entschieden werden.

Haben die Behörden keine Kenntnis von der Verbandstat, führt eine Befolgung des Kooperations- und Herausgabepinzips dazu, dass die Behörden auf Verstöße aufmerksam würden, die im Zweifel unentdeckt geblieben wären. Eine mögliche Verjährung der Verbandstat(en), die sich nach § 21 VerSanG-E richtet, ist damit ausgeschlossen.<sup>950</sup>

Der Vorstand würde die Aufdeckungswahrscheinlichkeit und damit das Sanktionsrisiko für den Verband erhöhen. Es schadet der Gesellschaft, wenn die Untersuchungsergebnisse herausgegeben werden und mit den Behörden kooperiert wird, da hierdurch zwar eine Sanktionsmilderung auf die Hälfte des Höchstmaßes und Entfall des Mindestmaßes in Betracht kommt, jedoch ein vollständiger Sanktionserlass nicht möglich ist. Das Abwarten bis eine ausreichende Entscheidungsgrundlage durch die Untersuchung generiert wurde oder die Behörden an den Verband herantreten, verhindert nicht, dass eine Sanktionsmilderung nach den §§ 17, 18 VerSanG-E noch erlangt werden kann.<sup>951</sup> Im Zeitpunkt vor Einleitung eines Verfahrens überwiegen die negativen Folgen einer frühzeitigen Kooperation den Nutzen aus der Erfüllung der Sanktionsmilderungsvorgaben.<sup>952</sup> Die Vorstandsmitglieder sind nicht zur Erfüllung der Nr. 3 und Nr. 4 verpflichtet.

Ab dem Zeitpunkt, in dem die Behörden jedoch an den Verband herantreten, bringt eine Entscheidung gegen die Befolgung für den Verband grundsätzlich mehr Nachteile als Vorteile mit sich. Mit Herantreten der Behörden muss sich der Vorstand für die Kooperation entscheiden, andernfalls wird dem Verband die Sanktionsmilderung versagt.<sup>953</sup> Wegen der Beschlagnahmemöglichkeit der Untersuchungsunterlagen, die bereits vorher aufgrund der gesellschaftsrechtlichen Aufklärungspflicht generiert wurden,<sup>954</sup> laufen die Vorstandsmitglieder bei einer Nichtbeachtung von Nr. 3 und Nr. 4 Gefahr, dass die Behörden alle Informationen durch die

---

949 Vgl. Ausführungen Kap. C. III. 2. d) (dd) (2) (c) (bb) (⊕).

950 Vgl. *Kremer*, in: FS U.H. Schneider, 2011, S. 701, 703 f.

951 Vgl. Ausführungen Kap. C. VIII. 2. d) dd) (2) (c) (bb) (⊕).

952 In diese Richtung ebenfalls *Traub*, AG 2019, 813, 818.

953 BT-Drs. 19/23568, S. 83.

954 Vgl. Ausführungen zu Kap. C. VIII. 2. d) dd) (2) (c) (aa) (⊕).

Beschlagnahme der Unterlagen ermitteln können, der Verband aber mangels Kooperation und freiwilliger Herausgabe keine Sanktionsmilderung nach §§ 17, 18 VerSanG-E erhält.<sup>955</sup> In diesen Fällen gebietet die Schadensabwendungspflicht die Erfüllung dieser Anforderungen.<sup>956</sup>

(bb) Verband erfährt erst durch Behörden von Verbandstat

In den Fällen, in denen der Verband erst durch die Behörden von der Verbandstat erfährt, können im Einzelfall die Risiken der Beachtung sämtlicher Vorgaben des § 17 Abs. 1, Abs. 2 VerSanG-E die Chancen der Sanktionsmilderung überwiegen. In diesen Fällen liegt noch keine verbandsinterne Untersuchung vor, sodass sich der Vorstand gegen eine Kooperation sowie Durchführung der verbandsinternen Untersuchung nach § 17 Abs. 1, Abs. 2 VerSanG-E entscheiden und damit auch der Beschlagnahme etwaiger Untersuchungsergebnisse entgehen kann.<sup>957</sup> Setzt der Vorstand hier auf die Strategie der Verteidigung und lässt die verbandsinterne Untersuchung durch den Verteidiger durchführen, können die Behörden nicht auf die Unterlagen zugreifen. Der Vorstand wird eine auf Prognose diverser Einflussfaktoren basierende, unternehmerische Entscheidung treffen müssen, ob er sich für die Durchführung einer verbandsinternen Untersuchung und Kooperation nach Maßgabe des § 17 Abs. 1 und Abs. 2 VerSanG-E entscheidet oder auf Verteidigung setzt. Wählt er die zweite Alternative, ist eine Sachverhaltsermittlung durch den Unternehmensverteidiger anzuraten, um einen Beschlagnahmeschutz zu erreichen.<sup>958</sup> Jedoch wird kaum ein Vorstand bei erstmaliger Kenntnis von den Vorwürfen durch die Behörden in der Lage sein, über die angemessene Informationsgrundlage zu verfügen, um den Sanktionsbonus von 50 % und die weiteren Chancen mit finaler Wirkung ausschlagen zu können.<sup>959</sup> Überwiegend

---

955 Vgl. Ausführungen zu Kap. C. VIII. 2. d) dd) (2) (c) (bb) (d).

956 In diese Richtung auch *Fleischer*, DB 2014, 345, 351 „Rechtspflicht der Geschäftsleiter zur Kooperation“; *Kremer*, in: FS U.H. Schneider, 2011, S. 701, 705; *Bielefeld*, CB 2019, 413.

957 Vgl. Ausführungen zu Kap. E. III. 2. d) dd) (2) (c) (aa).

958 Vgl. *Pörtge*, CCZ 2020, 65, 67.

959 Ebenso: *Knauer*, NStZ 2020, 441, 445, 449; *Michaelis/Krause*, CCZ 2020, 342, 348 f.; *Schmitz*, WjJ 2019, 154, 158; *Seibt/Wolf*, DB 2020 1049, 1053 sprechen von „Spannungsverhältnis“; *Bielefeld*, CB 2020, 8, 9.

würde eine derartige Regelung bewirken, dass die Voraussetzungen in § 17 Abs. 1 VerSanG-E erfüllt werden.<sup>960</sup>

Die Beachtung der Vorgaben ist nicht zwingend durch die Schadensabwendungspflicht angezeigt, da eine Schadensabwendung sowohl durch die Be- als auch durch die Missachtung erfolgen kann.

#### e) Zwischenergebnis

Eine Ermessensreduktion auf Null, die zu einer gebundenen Entscheidung führt, liegt beim Bestehen vertraglicher Pflichten zur Erfüllung der Voraussetzungen § 17 Abs. 1, Abs. 2 VerSanG-E vor.

Im Fall der Kenntnis des Vorstands von der Verbandstat vor den Behörden, hat der Vorstand die Vorgaben des Fairnessprinzips (Nr. 5) zwingend zu beachten. Sein Ermessen ist aufgrund seiner Schadensabwendungspflicht auf Null reduziert. Die Vorgaben der Nr. 2, Nr. 3 und Nr. 4 sind zwingend zu beachten, wenn der Vorstand vor den Behörden von der Verbandstat Kenntnis erlangt hat und die Behörden auf den Verband zugehen.

Ein Ermessen besteht hinsichtlich der Erfüllung von Nr. 3 und Nr. 4 im Zeitraum, in dem der Vorstand bereits Untersuchungsunterlagen generiert hat und die Behörden noch nicht an den Verband herangetreten sind. Nr. 2 ist vor dem Vorliegen einer Beschuldigtenstellung nicht anwendbar.

Für den Fall, dass der Vorstand erst durch die Behörden von der Verbandstat erfährt, hat der Vorstand ein Ermessen bzgl. der Erfüllung aller Vorgaben in § 17 Abs. 1, Abs. 2 VerSanG-E.

### 3. Ergebnis

Die Norm des § 17 Abs. 1, Abs. 2 VerSanG-E wirkt sich mittelbar auf das Ermessen des Vorstands aus, indem sie sein Haftungsrisiko im Innenverhältnis zu Gesellschaft erhöht, wodurch teilweise eine faktische Pflicht zur Erfüllung der Vorgaben entsteht.

Die Innenhaftung des Vorstands unterliegt der Privilegierung des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG bei unternehmerischen Entscheidungen. Der Entscheidung über die Erfüllung der Vorgaben des § 17 Abs. 1, Abs. 2 VerSanG-E

---

<sup>960</sup> Im Ergebnis ebenso: *Schmitz*, WiJ 2019, 154, 158; *Nolte/Michaelis*, BB 2020, 1154, 1161; *Knauer*, NStZ 2020, 441, 449.

wohnt zum einen das Element der Prognose und zum anderen das der Unsicherheit inne. Damit sind die positiven Merkmale der unternehmerischen Entscheidung gegeben. Eine unternehmerische Entscheidung ist jedoch nicht anzunehmen, wenn eine Pflicht den Vorstand bindet. Diese Pflicht zur Erfüllung der Vorgaben des § 17 Abs. 1 VerSanG-E kann zum einen vertraglich begründet werden, etwa durch eine Regelung im Anstellungsvertrag oder der Satzung. Zum anderen gebietet die Schadensabwendungsspflicht die Erfüllung der Vorgaben von § 17 Abs. 1, Abs. 2 VerSanG-E, wenn der Verband vor den Behörden Kenntnis erlangt, wobei die Vorgaben sukzessive erfüllt werden. Bei der Durchführung der verbandsinternen Untersuchung ist die Erfüllung der Vorgaben der Nr. 5 zwingend. Die Erfüllung der Nr. 2, Nr. 3 und Nr. 4 ist zwingend, wenn die Behörden an den Verband herantreten. In diesen Fällen kommt dem Vorstand keine Haftungsprivilegierung zugute, wodurch sich sein Haftungsrisiko erhöht.<sup>961</sup>

Die unterschiedlichen Mechanismen, derer sich der Entwurfsverfasser bedient, wirken sich in verschiedener Weise, aber in gleicher Richtung auf das Ermessen aus. Die mit einer Erfüllung der § 17 Abs. 1, Abs. 2 VerSanG-E verbundenen Vorteile der betragsmäßigen Sanktionsmilderung, des Entfalls der öffentlichen Bekanntmachung, der Einstellung wegen Geringfügigkeit oder unter Auflagen und der Möglichkeit der Rechtsfolgenfestsetzung mittels Sanktionsbescheids haben eine *anreizsetzende Wirkung*. Der signifikant erhöhte Sanktionsrahmen für umsatzstarke Verbände in § 9 Abs. 2 VerSanG hat hingegen eine *drohende Wirkung*. Die zusätzliche Einführung des Legalitätsprinzips sowie der verkürzte Beschlagnahmenschutz durch Neufassung des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO-E erhöhen dabei die Aufdeckungs- und Sanktionswahrscheinlichkeit. Je höher diese ist, desto eher ist der Verband auf eine Sanktionsmilderung angewiesen, sodass die Schadensabwendungsspflicht den Vorstand zur Erfüllung der Vorgaben anhält, womit sich das Ermessen zu einer Pflicht verdichtet.

---

961 Im Ergebnis ebenso: *Szesny/Stelten*, ZRP 2020, 130, 132; *Odenthal*, PStR 2020, 10; *Knauer*, NStZ 2020, 441, 445; *Schmitz*, WjJ 2019, 154, 158; *Eggers*, BB 2019, 3010, 3013; *Michaelis/Krause*, CCZ 2020 343, 348; *Nolte/Michaelis*, BB 2020, 1154, 1160; *Schefold*, ZRfC 5/19, 227, 231 f.