



Institut suisse de droit comparé
Schweizerisches Institut für Rechtsvergleichung
Istituto svizzero di diritto comparato
Swiss Institute of Comparative Law

E-Avis ISDC 2019-09

Strafrechtliche oder strafrechtsähnliche Sanktionierung von Unternehmen bei der Verletzung verwaltungsrechtlicher Pflichten

**Deutschland, Frankreich, Niederlande,
Österreich**

Stand: 30.04.2019

Vorgeschlagene Zitierweise: J. Fournier / M. Langhorst / J. van den Bosch / C. Viennet,
Strafbarkeit von Unternehmen, Stand 30.04.2019,
E-Avis ISDC 2019-09, verfügbar unter www.isdc.ch.

Dieses Dokument darf ausschliesslich zu privaten Recherchezwecken heruntergeladen werden. Jegliche Vervielfältigung zu anderen Zwecken, ob als Ausdruck oder elektronisch, bedarf der Zustimmung des Instituts. Das Schweizerische Institut für Rechtsvergleichung lehnt jede Haftung aus einer anderweitigen als der akademischen Verwendung des Textes ab.

E-Avis ISDC

Série de publications électroniques d'avis de droit de l'ISDC / Elektronische Publikationsreihe von Gutachten des SIR / Serie di pubblicazioni elettroniche di pareri dell'Istituto svizzero di diritto comparato / Series of Electronic Publications of Legal Opinions of the SICL

ZUSAMMENFASSUNG

Im Auftrag des Bundesamtes für Justiz (BJ) befasst sich dieses Gutachten des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung (SIR) mit verschiedenen Aspekten der **Sanktionierung von Unternehmen**. Untersucht wird die Rechtslage in **Deutschland, Frankreich, den Niederlanden und Österreich**, wobei sowohl auf materielles als auch auf prozessuales Recht eingegangen wird. Während der Schwerpunkt auf **allgemeingültigen Regelungen** der verschiedenen Rechtsordnungen liegt, geht das Gutachten auch auf **abweichende Vorschriften** im Bereich des **Kartellrechts**, des **Finanzmarktrechts** sowie des **Datenschutzrechts** ein.

Insgesamt lässt sich feststellen, dass sich die **grundlegenden Systeme der Regulierung von Unternehmenssanktionen in Frankreich und den Niederlanden ähnlich sind**. Beide Rechtsordnungen verfügen über Vorschriften in ihren Strafgesetzbüchern, welche das jeweilige Strafgesetzbuch sowohl auf natürliche als auch auf juristische Personen für anwendbar erklärt. In **Österreich** hingegen ist das Unternehmensstrafrecht in einem **eigenen Spezialgesetz** geregelt, dem **Verbandsverantwortlichkeitsgesetz**. Lediglich in **Deutschland** sind Unternehmen **nur verwaltungsstrafrechtlich verfolgbar**, nicht jedoch strafrechtlich. Abweichende Regelungen im **Kartell-, Finanzmarkt- und Datenschutzrecht** finden sich vor allem in **Frankreich** und in **Deutschland**, die jeweils das verwaltungsstrafrechtliche Verfahren in diesen Rechtsgebieten genauer und teilweise abweichend von den allgemeinen Vorgaben regeln. In Österreich und in den Niederlanden hingegen gibt es nur sehr wenige Abweichungen, insbesondere in **Österreich** traten alle Normen zur Sanktionierung in Nebengebieten mit Erlass des Verbandsverantwortlichkeitsgesetzes ausser Kraft, mit Ausnahme des **Kartellrechts**.

Von diesen mehr regelungstechnischen Aspekten abgesehen lassen sich kaum **allgemeine Aussagen** treffen, dass beispielsweise eine oder zwei der Rechtsordnungen detailliertere, umfassendere oder strengere Vorgaben hätten als andere. Zwar fällt auf, dass insbesondere **in den Niederlanden nur wenig gesetzliche Regelungen** zu den hier untersuchten Aspekten bestehen, allerdings betrifft dies nicht nur juristische, sondern auch natürliche Personen. Bezieht man hingegen auch die **Rechtsprechung** mit ein, so wird deutlich, dass die **Regelungstiefe in den vier Rechtsordnungen relativ ausgewogen scheint**: In manchen Bereichen verfügt die eine Rechtsordnung über mehr Vorgaben, in anderen Bereichen die andere.

In den **Grundlagen der Unternehmenssanktionierung ähneln sich die vier Rechtsordnungen**. Demnach beziehen alle **jedenfalls juristische Personen mit Rechtspersönlichkeit** in den Anwendungsbereich mit ein und erlauben es, **gleichzeitig das Unternehmen sowie natürliche Personen zur Verantwortung zu ziehen**. Als wichtigste Sanktion sehen sie stets die **Geldbusse** vor, wobei als weitere Massnahme lediglich das **Einziehen von Gegenständen** gemein ist. Schliesslich verfügen auch alle vier Rechtsordnungen grundsätzlich über ein **Register**, in welches Sanktionen gegen Unternehmen eingetragen werden, allerdings unterscheiden sich sowohl die Register selbst als auch die eintragungsfähigen Informationen und die Einsichtnahmeberechtigungen.

In **Deutschland** existiert bislang **kein Unternehmensstrafrecht**. Juristische Personen können dort lediglich im Wege des **Verwaltungsstrafrechts**, dem sogenannten Ordnungswidrigkeitenrecht, mit einer Geldbusse belangt werden. Auch eine derzeit diskutierte Verschärfung der Unternehmenssanktionierung beschränkt sich weiterhin auf das Verwaltungsstrafrecht. Die Sanktionierung von Unternehmen ist in einer zentralen Vorschrift geregelt. Zusätzlich finden sich abweichende und teilweise auch detailliertere Regelungen in verwaltungsstrafrechtlichen Nebengebieten, wie insbesondere im Kartellrecht, teilweise jedoch auch im Finanzmarkt- und selten im Datenschutzrecht.

Das **französische Strafgesetzbuch (Code pénal)** regelt **explizit**, dass **jegliche Straftat sowohl von natürlichen wie auch von juristischen Personen begangen** und dementsprechend verfolgt werden

kann. Dabei enthält das Gesetz regelmässig auch weitere Vorschriften, welche die Anwendbarkeit des Strafrechts auf Unternehmen genauer regeln. Separat dazu finden sich in auf die einzelnen Rechtsgebiete anwendbaren jeweiligen Spezialgesetze verwaltungsstrafrechtliche Regelungen.

Auch das **niederländische Strafgesetzbuch (*Wetboek van Strafrecht*)** regelt **ausdrücklich**, dass **jegliche Straftat sowohl durch natürliche Personen als auch durch juristische Personen begangen** werden kann. Darüber hinaus enthält das niederländische Recht allerdings nur sehr wenige Vorgaben zu allgemeinstrafrechtlichen oder zu strafprozessrechtlichen Aspekten. Stattdessen ergeben sich viele Präzisierungen aus der **Rechtsprechung**. Alternativ können Unternehmen auch verwaltungsstrafrechtlich sanktioniert werden. Um eine Doppelbestrafung zu vermeiden müssen sich die jeweilige Verwaltungsbehörde und die Staatsanwaltschaft im Wege einer sogenannten *una via*-Entscheidung im Vorfeld absprechen.

Österreich hat die Unternehmensstrafbarkeit bereits 2006 in einem **umfassenden und abschliessenden Spezialgesetz** geregelt, nämlich im **Verbandsverantwortlichkeitsgesetz**. Dieses enthält genaue Vorgaben für verschiedene Aspekte der Sanktionierung von juristischen Personen, verweist subsidiär jedoch auch auf das Strafgesetzbuch. Vormalige verwaltungsstrafrechtliche Vorschriften wurden mit Inkrafttreten des Gesetzes abgeschafft. Lediglich kartellrechtliche Taten fallen nicht in den Anwendungsbereich des Verbandsverantwortlichkeitsgesetzes, sondern sind in einem eigenständigen System im Kartellgesetz geregelt.

INHALTSVERZEICHNIS

Zusammenfassung.....	2
I. Sachverhalt und Fragestellung	7
II. Analyse.....	9
A. Deutschland.....	9
1. Sektorielle Sanktionsmechanismen oder allgemeine Regelungen	9
2. Definition.....	10
3. Verantwortlichkeit.....	15
4. Sanktionsart für Unternehmen	19
5. Sanktionierung	20
6. Berücksichtigung von Kooperation oder Wiedergutmachung bei Bemessung der Sanktion ...	26
7. Staatliche Registrierung von Sanktionen gegen Unternehmen	26
8. Verwaltungs- oder Strafverfahren	29
9. Punktuelle oder abschliessende Regelung des Verfahrens.....	30
10. Regelungen zur Rechtsnachfolge	30
11. Regelungen für Kronzeugen und <i>Whistleblower</i>	31
12. Mitwirkungspflichten des Unternehmens im Sanktionsverfahren	36
13. Interessenskonflikte von Unternehmensangehörigen.....	38
B. Frankreich.....	40
1. Système de sanction sectoriel ou général.....	40
2. Définition.....	42
3. Responsabilité	44
4. Type de sanction pour les entreprises	45
5. Sanctions	50
6. Prise en compte de la coopération ou d’une indemnisation pour la détermination de la sanction	52
7. Registre étatique des sanctions contre les entreprises	52
8. Procédure administrative ou pénale.....	53
9. Règlementation partielle ou entière de la procédure.....	56
10. Règles concernant la succession juridique.....	57
11. Règles concernant les statuts de lanceur d’alerte et de repentí	57
12. Obligations de coopération par l’entreprise dans la procédure de sanction.....	59
13. Conflits d’intérêts de membres de l’entreprise	60
C. Niederlande	62
1. Sectoral Sanctioning Mechanisms or General Regulations.....	62
2. Definition.....	62
3. Liability	63

4.	Types of Sanctions for Companies	65
5.	Sanctioning	67
6.	Taking into Account Cooperation or Recompense when Determining the Sanction	67
7.	State Registration of Sanctions against Companies	68
8.	Administrative or Criminal Proceedings: the <i>Una Via</i> principle.....	68
9.	Partial or Conclusive Regulation of the Procedure	68
10.	Rules on Legal Succession	68
11.	Rules on Crown Witnesses and Whistle-blowers.....	69
12.	Obligations for Companies to Co-operate during the Sanctioning Procedure	70
13.	Conflicts of interest of Company Staff	70
D.	Österreich.....	71
1.	Sektorielle Sanktionsmechanismen oder allgemeine Regelungen	71
2.	Definition.....	72
3.	Verantwortlichkeit.....	74
4.	Sanktionsart für Unternehmen	76
5.	Sanktionierung	78
6.	Berücksichtigung von Kooperation oder Wiedergutmachung bei Bemessung der Sanktion ...	83
7.	Staatliche Registrierung von Sanktionen gegen Unternehmen	84
8.	Verwaltungs- oder Strafverfahren	85
9.	Punktuelle oder abschliessende Regelung des Verfahrens.....	87
10.	Regelungen zur Rechtsnachfolge	87
11.	Regelungen für Kronzeugen und <i>Whistleblower</i>	88
12.	Mitwirkungspflichten des Unternehmens im Sanktionsverfahren	91
13.	Interessenskonflikte von Unternehmensangehörigen.....	92
III.	Vergleichende Bemerkungen.....	94
1.	Sektorielle Sanktionsmechanismen oder allgemeine Regelungen	94
2.	Definition.....	94
3.	Verantwortlichkeit.....	96
4.	Sanktionsart für Unternehmen	97
5.	Sanktionierung	97
6.	Berücksichtigung von Kooperation oder Wiedergutmachung bei Bemessung der Sanktion ...	98
7.	Staatliche Registrierung von Sanktionen gegen Unternehmen	98
8.	Verwaltungs- oder Strafverfahren	99
9.	Punktuelle oder abschliessende spezialgesetzliche Regelung des Verfahrens.....	100
10.	Regelungen zur Rechtsnachfolge	100
11.	Regelungen für Kronzeugen und <i>Whistleblower</i>	100
12.	Mitwirkungspflichten des Unternehmens im Sanktionsverfahren	101

13. Interessenskonflikte von Unternehmensangehörigen..... 102

I. SACHVERHALT UND FRAGESTELLUNG

Das Bundesamt für Justiz (BJ) hat das Schweizerische Institut für Rechtsvergleichung (SIR) im Hinblick auf aktuelle und künftige Entwicklungen in der schweizerischen Gesetzgebung angefragt, ein Gutachten zur Sanktionierung von Unternehmen zu erstellen. Diese werde teilweise mittels Strafrecht vorgenommen, manchmal aber auch mittels pönalen Verwaltungssanktionen.

Zur Illustration stellte das BJ dem SIR eine umfassende Aktennotiz zur Verfügung, welche hier aus Platzgründen nicht wiedergegeben werden kann.

Konkret wünschte das BJ, dass die Rechtslage in Deutschland, Frankreich, den Niederlanden und Österreich in Bezug auf die folgenden Fragen untersucht werde:

„Materiell

1. Bestehen [für Unternehmen] sektorielle Sanktionsmechanismen (also beschränkt z.B. auf das Kartellrecht) oder gibt es allgemeine Regelungen im Strafrecht oder im Zivilrecht (wie z.B. in CH mit Art. 102 Abs. 1 StGB oder Art. 7 VStrR) [...]?
 2. [Definition]
 - 2.1. Wie sind Unternehmen definiert? Sind das nur juristische Personen oder auch Personengesellschaften ohne eigene Rechtspersönlichkeit?
 - 2.2. Gibt es besondere Regeln zur Verantwortlichkeit in Konzernverhältnissen?
 3. [Verantwortlichkeit]
 - 3.1. Werden dem Unternehmen nur (verwaltungsrechtlich) schuldhaftige Pflichtverletzungen von Leitungspersonen oder anderen Unternehmensangehörigen zugerechnet oder findet eine direkte Zurechnung im Sinne einer „*strict corporate liability*“ statt? Welches sind die Kriterien, nach denen einem Unternehmen im Hinblick auf dessen Sanktionierung die Verletzung von verwaltungsrechtlichen Pflichten zugerechnet werden können?
 - 3.2. Können für eine konkrete Pflichtverletzung Unternehmen und Unternehmensangehörige sanktioniert werden? [...]
 4. Welche Sanktionsart ist für Unternehmen vorgesehen: Bussen/Geldstrafen/finanzielle Verwaltungssanktionen, (temporäre) Tätigkeitsverbote, Ausschluss aus öffentlichen Vergabeverfahren, staatliche Aufsicht, besondere Rechenschaftspflichten, Auflösung des Unternehmens etc.?
5. [Sanktionierung]
 - 5.1. Welche Kriterien werden bei der Bemessung der Sanktion herangezogen?
 - 5.2. Gibt es Regeln zur Einziehung/Verfall oder wird der unrechtmässige Gewinn in die Sanktion „hineingerechnet“?
6. Wird die Kooperation des Unternehmens oder eine allfällige Wiedergutmachung (ev. auch seit der Pflichtverletzung neu ergriffene Compliance-Massnahmen) bei der Bemessung der Sanktion honoriert?

7. Werden Sanktionen gegen Unternehmen zentral oder allenfalls sektoriell (z.B. zur Verhinderung des Zuschlages bei öffentlichen Ausschreibungen) staatlich registriert? Falls Ja: Wer hat Zugriff auf dieses Register?

Prozessual

8. Wird die Sanktion im Rahmen eines Verwaltungs- oder Strafverfahrens ausgesprochen?
9. Wird das Verfahren gegen Unternehmen punktuell oder abschliessend spezialgesetzlich geregelt?
10. Gibt es Regeln zur Rechtsnachfolge (z.B. bei Fusionen, Spaltungen und Umwandlungen von Unternehmen)?
11. Gibt es Kronzeugen- oder *Whistleblower*-Regelungen?
12. Unterliegt das Unternehmen bestimmten Mitwirkungspflichten im Sanktionsverfahren? Falls Ja: Welche natürlichen Personen im Unternehmen trifft diese Pflicht? Ist die Mitwirkungspflicht strafrechtlich abgesichert?
13. Wie werden Interessenkonflikte von Unternehmensangehörigen vermieden oder aufgelöst: Werden die natürlichen Personen im Unternehmen in sie betreffenden, konnexen Verfahren durch Beweisverwertungsverbote geschützt? Bestehen Zeugnisverweigerungsrechte?“¹

¹ Nummerierung der Fragen durch das Institut.

II. ANALYSE

A. DEUTSCHLAND

Materielles Recht

1. Sektorielle Sanktionsmechanismen oder allgemeine Regelungen

Anders als in zahlreichen anderen Rechtsordnungen können **Unternehmen** in Deutschland **nicht strafrechtlich belangt** werden. Eine solche kriminalstrafrechtliche Sanktionierung würde **gegen das Schuldprinzip verstossen**, auf welchem das deutsche Strafrecht basiert. Gemäss diesem Prinzip kann eine Kriminalstrafe nur bei Vorliegen von Handlungs- und Schuldfähigkeit verhängt werden, um so individuelle Zurechenbarkeit und persönliche Verantwortlichkeit zu bestrafen.² Allerdings können juristische Personen im Rahmen des deutschen Verwaltungsstrafrechts, dem sogenannten **Ordnungswidrigkeitenrecht**, sanktioniert werden.

Ein 2017 von der Universität Köln erstellter Entwurf eines neuen Verbandssanktionengesetzes³ hat zwar in der Literatur viel Beachtung gefunden, scheint jedoch bisher noch nicht vom Gesetzgeber berücksichtigt worden zu sein. Auch der aktuelle Koalitionsvertrag der Regierungsparteien sieht zwar eine Verschärfung des Unternehmensstrafrechts vor, beschränkt sich dabei allerdings weiterhin auf Ordnungswidrigkeiten.⁴ Bisher ist jedoch nicht bekannt, in welchem Ausmass die angekündigten Vorhaben auch tatsächlich umgesetzt werden.

Die Sanktionierung von Unternehmen im Rahmen des Verwaltungsstrafrechts ist in **§ 30 Ordnungswidrigkeitengesetz**⁵ geregelt. Grundsätzlich gelten sowohl das Verbot kriminalstrafrechtlicher

² Siehe beispielsweise A. Meyberg, in J.-P. Graf (Hrsg.), BeckOK OWiG, 20. Ed., München 2018, § 30 Rn. 1.

³ M. Henssler u.a., Kölner Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes, Köln 2017, verfügbar unter http://www.jpstrafrecht.jura.uni-koeln.de/sites/iss_juniorprof/Projekte/Koelner_Entwurf_eines_Verbandssanktionengesetzes_2017.pdf (09.01.2019).

⁴ Für eine Zusammenfassung der wichtigsten Änderungen siehe beispielsweise U. Hellmann, Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl., Stuttgart 2018, S. 364.

⁵ § 30 Ordnungswidrigkeitengesetz (OWiG):

„Geldbuße gegen juristische Personen und Personenvereinigungen

(1) Hat jemand

1. als vertretungsberechtigtes Organ einer juristischen Person oder als Mitglied eines solchen Organs,
2. als Vorstand eines nicht rechtsfähigen Vereins oder als Mitglied eines solchen Vorstandes,
3. als vertretungsberechtigter Gesellschafter einer rechtsfähigen Personengesellschaft,
4. als Generalbevollmächtigter oder in leitender Stellung als Prokurist oder Handlungsbevollmächtigter einer juristischen Person oder einer in Nummer 2 oder 3 genannten Personenvereinigung oder
5. als sonstige Person, die für die Leitung des Betriebs oder Unternehmens einer juristischen Person oder einer in Nummer 2 oder 3 genannten Personenvereinigung verantwortlich handelt, wozu auch die Überwachung der Geschäftsführung oder die sonstige Ausübung von Kontrollbefugnissen in leitender Stellung gehört,

eine Straftat oder Ordnungswidrigkeit begangen, durch die Pflichten, welche die juristische Person oder die Personenvereinigung treffen, verletzt worden sind oder die juristische Person oder die Personenvereinigung bereichert worden ist oder werden sollte, so kann gegen diese eine Geldbuße festgesetzt werden.

[...]

(2a) Im Falle einer Gesamtrechtsnachfolge oder einer partiellen Gesamtrechtsnachfolge durch Aufspaltung (§ 123 Absatz 1 des Umwandlungsgesetzes) kann die Geldbuße nach Absatz 1 und 2 gegen

Verfolgung von Unternehmen als auch die Vorgaben des § 30 Ordnungswidrigkeitengesetz für die verwaltungsstrafrechtlichen Massnahmen **für alle Rechtsgebiete einheitlich**. Lediglich in den **Details kann es in verschiedenen Rechtsgebieten Abweichungen geben**. Im Rahmen dieses Gutachtens werden im Folgenden nur solche Abweichungen dargestellt, die das Kartellrecht, das Recht der Finanzmärkte oder das Datenschutzrecht betreffen, wobei es insbesondere im Kartellrecht oftmals eigene oder ergänzende Regelungen gibt, in den anderen beiden Rechtsbereich nur sehr punktuell.

Gemäss **§ 30 Ordnungswidrigkeitengesetz** kann gegen eine juristische Person oder eine Personenvereinigung⁶ eine Geldbusse verhängt werden, wenn eine Leitungsperson⁷ eine Straftat oder eine Ordnungswidrigkeit begangen hat, durch welche Pflichten der juristischen Person verletzt wurden. Alternativ zur Pflichtverletzung ist diese Vorschrift auch dann einschlägig, wenn die juristische Person durch die Straftat oder Ordnungswidrigkeit bereichert wurde oder werden sollte.⁸

2. Definition

2.1. Definition von Unternehmen

2.1.1. Allgemeingültige Vorschriften

In den im Rahmen dieses Gutachtens einschlägigen Vorschriften, also insbesondere in § 30 Ordnungswidrigkeitengesetz, verwendet das Gesetz **nicht den Begriff des Unternehmens**. Stattdessen spricht die Vorschrift zum einen von **juristischen Personen** und zum anderen von zwei Personenvereinigungen, nämlich dem **nicht rechtsfähigen Verein** sowie der **rechtsfähigen Personengesellschaft**.⁹

Unter **juristischen Personen** sind all solche Zusammenschlüsse zu verstehen, denen die Rechtsordnung eigene Rechtspersönlichkeit zugesteht. Dies erfasst im privatrechtlichen Bereich die Aktiengesellschaft (AG), die Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaA), die als Aktiengesellschaft geltende Europäische Gesellschaft (SE), die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH), die Genossenschaft, den eingetragenen Verein (e.V.), die Stiftung sowie den Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit.¹⁰ Soweit eine juristische Person des öffentlichen Rechts privatrechtlich handelt, fällt nach herrschender Meinung auch diese in den Anwendungsbereich des § 30 Ordnungswidrigkeitengesetz.¹¹

den oder die Rechtsnachfolger festgesetzt werden. Die Geldbuße darf in diesen Fällen den Wert des übernommenen Vermögens sowie die Höhe der gegenüber dem Rechtsvorgänger angemessenen Geldbuße nicht übersteigen. Im Bußgeldverfahren tritt der Rechtsnachfolger oder treten die Rechtsnachfolger in die Verfahrensstellung ein, in der sich der Rechtsvorgänger zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Rechtsnachfolge befunden hat.

[...]"

⁶ Siehe hierzu unter Punkt 2.1. in diesem Gutachten zum deutschen Recht.

⁷ Siehe hierzu unter Punkt 3.1. in diesem Gutachten zum deutschen Recht.

⁸ § 30 Abs. 1 Ordnungswidrigkeitengesetz (OWiG).

⁹ § 30 Abs. 1 Ordnungswidrigkeitengesetz (OWiG).

¹⁰ A. Meyberg, in J.-P. Graf (Hrsg.), BeckOK OWiG, 20. Ed., München 2018, § 30 Rn. 22, 24.

¹¹ K. Rogall, in W. Mitsch (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 5. Aufl., München 2018, § 30 Rn. 35.

Im Gegensatz zum sogenannten eingetragenen Verein¹² ist der **nicht rechtsfähige Verein** im deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) zwar erwähnt, jedoch nicht definiert.¹³ Nach der Kommentarliteratur handelt es sich um eine auf Dauer angelegte Personenvereinigung, deren Bestand vom Mitgliederwechsel unabhängig ist und die dem Erreichen eines gemeinsamen, selbst gesetzten Zwecks dient.¹⁴

Bei einer **rechtsfähigen Personengesellschaft** handelt es sich laut Definition im Bürgerlichen Gesetzbuch um „eine Personengesellschaft, die mit der Fähigkeit ausgestattet ist, Rechte zu erwerben und Verbindlichkeiten einzugehen.“¹⁵ Dies meint insbesondere solche Gesellschaften, denen das Gesetz ausdrücklich eine solche Fähigkeit zuerkennt. Hierzu gehören die Offene Handelsgesellschaft (OHG)¹⁶, die Kommanditgesellschaft (KG)¹⁷, die Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV)¹⁸ oder die Partnerschaftsgesellschaft¹⁹. Jedoch sind auch einige Gesellschaften erfasst, bei denen es keine explizite Regelung hierfür gibt,²⁰ wie beispielsweise die am Rechtsverkehr teilnehmende (Aussen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR)²¹.

2.1.2. Spezialgesetzliche Vorschriften

Nach den Ergebnissen unserer Recherche zu urteilen, scheint es in den im Rahmen dieses Gutachtens zu untersuchenden Rechtsbereichen **keine spezialgesetzlichen Abweichungen** zu geben.

2.2. Regelungen zur Verantwortlichkeit in Konzernverhältnissen

2.2.1. Allgemeingültige Vorschriften

Die Verantwortlichkeit in Konzernverhältnissen im Allgemeinen ist im deutschen Recht **nicht ausdrücklich** geregelt.

Ein Teil der Lehre²² zieht jedoch eine Anwendung des **§ 130 Ordnungswidrigkeitengesetz** in Betracht, welcher die **Verletzung von Aufsichtspflichten in Betrieben und Unternehmen** regelt. Gemäss dieser Vorschrift begeht eine Ordnungswidrigkeit, wer als Inhaber eines Betriebes oder eines Unternehmens solche Aufsichtsmassnahmen unterlässt, die erforderlich wären, um Zuwiderhandlungen im Betrieb

¹² § 21 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB); der eingetragene Verein hat kraft Gesetzes durch Eintragung in das Vereinsregister Rechtspersönlichkeit.

¹³ § 54 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB):
„Auf Vereine, die nicht rechtsfähig sind, finden die Vorschriften über die Gesellschaft Anwendung. Aus einem Rechtsgeschäft, das im Namen eines solchen Vereins einem Dritten gegenüber vorgenommen wird, haftet der Handelnde persönlich; handeln mehrere, so haften sie als Gesamtschuldner.“

¹⁴ K. Rogall, in W. Mitsch (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, 5. Aufl., München 2018, § 30 Rn. 38.

¹⁵ § 14 Abs. 2 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB).

¹⁶ Geregelt in den §§ 105-160 Handelsgesetzbuch (HGB).

¹⁷ Geregelt in den §§ 161-177a Handelsgesetzbuch (HGB); auch in der Form der GmbH & Co KG erfasst.

¹⁸ Geregelt im EWIV-Ausführungsgesetz (EWIVAG).

¹⁹ Geregelt im Partnerschaftsgesellschaftsgesetz (PartGG).

²⁰ H.G. Bamberger, in H.G. Bamberger *et al.* (Hrsg.), *BeckOK BGB*, München 2018, § 14 Einleitung; J. Bohnert *et al.*, *Ordnungswidrigkeitengesetz*, München 2018, § 30 Rn. 14; A. Meyberg, in J.-P. Graf (Hrsg.), *BeckOK OWiG*, München 2019, § 30 Rn. 26.

²¹ Bundesgerichtshof, Urteil vom 29.01.2001 – II ZR 331/00. Nicht erfasst jedoch ist die reine Innen-Gesellschaft bürgerlichen Rechts, vgl. A. Meyberg, in J.-P. Graf (Hrsg.), *BeckOK OWiG*, München 2019, § 30 Rn. 26. Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist geregelt in den §§ 705-740 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB).

²² Siehe dazu im folgenden Absatz.

oder Unternehmen zu verhindern, sofern den Inhaber eine entsprechende straf- oder bussgeldbewehrte Pflicht trifft. Dabei ist unerheblich, ob er die Aufsichtsmassnahmen vorsätzlich oder fahrlässig unterlässt. Allerdings muss die dieser Aufsichtspflicht unterfallende Zuwiderhandlung auch tatsächlich begangen werden. Das Gesetz nennt als Beispiele für erforderliche Aufsichtsmassnahmen das Bestellen, das sorgfältige Auswählen sowie das Überwachen von Aufsichtspersonen.²³ Sofern **gleichzeitig auch die Voraussetzungen des § 30 Ordnungswidrigkeitengesetz** für eine Geldbusse gegen eine juristische Person erfüllt sind, kann dabei auch eine **Geldbusse gegen die juristische Person** verhängt werden.

Allerdings spricht das Gesetz in § 130 Ordnungswidrigkeitengesetz nicht ausdrücklich von Konzernverhältnissen. In der Literatur ist **höchst umstritten**, ob die Vorschrift auch auf Konzerne Anwendung findet. Dies betrifft die Frage, **ob die Muttergesellschaft als Inhaberin der Tochtergesellschaften eine Aufsichtspflicht gegenüber diesen Tochtergesellschaften trifft**.²⁴ Die in der Literatur vertretenen Auffassungen lassen sich in drei Gruppen zusammenfassen. Ein grosser Teil der Lehre **lehnt es ab**, Muttergesellschaften eine derartige Aufsichtspflicht gegenüber ihren Tochtergesellschaften aufzuerlegen. Als Grund hierfür wird in erster Linie angegeben, die einzelnen Unternehmen und Betriebe seien rechtlich selbständig, sodass das Direktionsrecht der Muttergesellschaft nicht in die innere Organisation der Tochtergesellschaften hineinreiche. Andererseits ist eine zweite Gruppe in der Literatur der Meinung, die **Muttergesellschaft treffe eine entsprechende sanktionsbewehrte Aufsichtspflicht über ihre Tochtergesellschaften**. Demnach sei die rechtliche Selbständigkeit der einzelnen Unternehmen für die Frage der Aufsichtspflichtverletzung irrelevant. Massgebend sei ausschliesslich die faktische Betrachtung, nach welcher durchaus eine entsprechende Aufsichtspflicht bestehen könne, da die Konzernobergesellschaft in allen Fragen faktisch über ein Durchgriffsrecht verfüge. Aus Einzelfällen lässt sich schliessen, dass auch das Bundeskartellamt sowie die Staatsanwaltschaft München I diese Auffassung unterstützen. Eine vermittelnde Ansicht erkennt eine **Aufsichtspflicht der Muttergesellschaft lediglich in bestimmten Fällen** an. Dies soll beispielsweise der Fall sein, wenn diese der Tochtergesellschaft die Aufsichtshoheit entzogen hat und stattdessen für den gesamten Konzern geltende Aufsichtsstrukturen eingeführt hat. Dadurch habe die Tochtergesellschaft keine Aufsichtshoheit mehr inne und der Muttergesellschaft stünden faktische Durchgriffsrechte zu. In der einschlägigen **Rechtsprechung** lässt sich bisher **nicht erkennen**, welcher Ansicht diese folgt.²⁵

²³ § 130 Ordnungswidrigkeitengesetz (OWiG):

„(1) Wer als Inhaber eines Betriebes oder Unternehmens vorsätzlich oder fahrlässig die Aufsichtsmassnahmen unterlässt, die erforderlich sind, um in dem Betrieb oder Unternehmen Zuwiderhandlungen gegen Pflichten zu verhindern, die den Inhaber treffen und deren Verletzung mit Strafe oder Geldbusse bedroht ist, handelt ordnungswidrig, wenn eine solche Zuwiderhandlung begangen wird, die durch gehörige Aufsicht verhindert oder wesentlich erschwert worden wäre. Zu den erforderlichen Aufsichtsmassnahmen gehören auch die Bestellung, sorgfältige Auswahl und Überwachung von Aufsichtspersonen.

(2) Betrieb oder Unternehmen im Sinne des Absatzes 1 ist auch das öffentliche Unternehmen.

(3) Die Ordnungswidrigkeit kann, wenn die Pflichtverletzung mit Strafe bedroht ist, mit einer Geldbusse bis zu einer Million Euro geahndet werden. § 30 Absatz 2 Satz 3 ist anzuwenden. Ist die Pflichtverletzung mit Geldbusse bedroht, so bestimmt sich das Höchstmass der Geldbusse wegen der Aufsichtspflichtverletzung nach dem für die Pflichtverletzung angedrohten Höchstmass der Geldbusse. Satz 3 gilt auch im Falle einer Pflichtverletzung, die gleichzeitig mit Strafe und Geldbusse bedroht ist, wenn das für die Pflichtverletzung angedrohte Höchstmass der Geldbusse das Höchstmass nach Satz 1 übersteigt.“

²⁴ Siehe zusammenfassend zu diesem Streit beispielsweise M. Ziegler, in H. Blum *et al.* (Hrsg.), Ordnungswidrigkeitengesetz, 1. Aufl., Baden-Baden 2016, § 130 Rn. 10 ff.; K. Rogall, in W. Mitsch (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 5. Aufl., München 2018, § 130 Rn. 27 ff.

²⁵ Zweifelnd: Bundesgerichtshof (BGH), Beschluss vom 01.12.1981 – KRB 3/79; befürwortend: BGH, Urteil vom 13.04.1994 – II ZR 16/93; ebenso: Oberlandesgericht (OLG) Jena, Urteil vom 12.08.2009 – 7 U

Inwiefern innerhalb von Konzernen Muttergesellschaften eine bussgeldbewehrte Aufsichtspflicht gegenüber ihren Tochtergesellschaften auferlegt, kann daher derzeit nicht abschliessend beantwortet werden.

2.2.2. Spezialgesetzliche Vorschriften

Im Kartellrecht hat der deutsche Gesetzgeber mit Wirkung ab Juni 2017 mit **§ 81 Absatz 3a des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen**²⁶ eine Vorschrift eingeführt, nach welcher eine **unternehmensbezogene Geldbusse wegen eines Kartellrechtsverstosses ausdrücklich auch gegen Konzerngesellschaften verhängt werden kann**. Durch Einführen dieser und weiterer Vorschriften²⁷ wollte der Gesetzgeber Sanktionslücken bei der Rechtsnachfolge sowie bei Konzernstrukturen schliessen. Mit den neuen Regelungen soll vermieden werden, dass Unternehmen kartellrechtliche Geldbussen durch Vermögensverschiebungen und Umstrukturierungen umgehen.²⁸ Diese Neuerung scheint jedoch nicht unumstritten zu sein. Nach gewissen Lehrmeinungen könnten die neuen Vorschriften zur Rechtsnachfolge und zu Konzernverhältnissen einen Verstoss gegen das Verschuldens- und das gesellschaftsrechtliche Trennungsprinzip bedeuten. Dem kann jedoch entgegengehalten werden, dass kein fremdes Verschulden zugerechnet wird, sondern dass in Konzernverhältnissen dem Mutterunternehmen sein eigenes Verhalten vorgeworfen wird, welches oft auf das Vermeiden eines Bussgeldes abzielt.²⁹

244/07 (nicht rechtskräftig). Diese Entscheidungen beziehen sich jedoch alle auf zivilrechtliche Verfahren.

²⁶ § 81 Abs. 31 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen:

„[...] (3a) Hat jemand als Leitungsperson im Sinne des § 30 Absatz 1 Nummer 1 bis 5 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten eine Ordnungswidrigkeit nach den Absätzen 1 bis 3 begangen, durch die Pflichten, welche das Unternehmen treffen, verletzt worden sind oder das Unternehmen bereichert worden ist oder werden sollte, so kann auch gegen weitere juristische Personen oder Personenvereinigungen, die das Unternehmen zum Zeitpunkt der Begehung der Ordnungswidrigkeit gebildet haben und die auf die juristische Person oder Personenvereinigung, deren Leitungsperson die Ordnungswidrigkeit begangen hat, unmittelbar oder mittelbar einen bestimmenden Einfluss ausgeübt haben, eine Geldbusse festgesetzt werden. [...]“

²⁷ Siehe hierzu Neuntes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Bundesgesetzblatt (BGBl.) I Nr. 33 vom 08.06.2017, verfügbar unter http://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl&jumpTo=bgbl117s1416.pdf (29.04.2019).

²⁸ K. Sackreuther, in J.-P. Graf (Hrsg.), BeckOK OWiG, München 2019, § 81 GWB Rn. 6a.

²⁹ Vgl. K. Sackreuther, in J.-P. Graf (Hrsg.), BeckOK OWiG, München 2019, § 81 GWB Rn. 6a.

Bei Begehung einer der in § 81 Absatz 3a des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen **aufgelisteten Ordnungswidrigkeiten**³⁰ durch eine **Leitungsperson**³¹ und Vorliegen der in **§ 30 Ordnungswidrigkeitengesetz genannten Voraussetzungen**³² sollen ausserdem **weitere** Geldbussen möglich sein. Demnach können auch gegen weitere juristische Personen oder Personenvereinigungen

-
- ³⁰ § 81 Abs. 1-3 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen:
 „(1) Ordnungswidrig handelt, wer gegen den Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union in der Fassung der Bekanntmachung vom 9. Mai 2008 (ABl. C 115 vom 9.5.2008, S. 47) verstösst, indem er vorsätzlich oder fahrlässig
1. entgegen Artikel 101 Absatz 1 eine Vereinbarung trifft, einen Beschluss fasst oder Verhaltensweisen aufeinander abstimmt oder
 2. entgegen Artikel 102 Satz 1 eine beherrschende Stellung missbräuchlich ausnutzt.
- (2) Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig
1. einer Vorschrift der §§ 1, 19, 20 Absatz 1 bis 3 Satz 1 oder Absatz 5, § 21 Absatz 3 oder 4, § 29 Satz 1 oder § 41 Absatz 1 Satz 1 über das Verbot einer dort genannten Vereinbarung, eines dort genannten Beschlusses, einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise, der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung, einer Marktstellung oder einer überlegenen Marktmacht, einer unbilligen Behinderung oder unterschiedlichen Behandlung, der Ablehnung der Aufnahme eines Unternehmens, der Ausübung eines Zwangs, der Zufügung eines wirtschaftlichen Nachteils oder des Vollzugs eines Zusammenschlusses zuwiderhandelt,
 2. einer vollziehbaren Anordnung nach
 - a) § 30 Absatz 3, § 31b Absatz 3 Nummer 1 und Nummer 3, § 32 Absatz 1, § 32a Absatz 1, § 32b Absatz 1 Satz 1 oder § 41 Absatz 4 Nummer 2, auch in Verbindung mit § 40 Absatz 3a Satz 2, auch in Verbindung mit § 41 Absatz 2 Satz 3 oder § 42 Absatz 2 Satz 2, oder § 60 oder
 - b) § 39 Absatz 5 oder
 - c) § 47d Absatz 1 Satz 2 in Verbindung mit einer Rechtsverordnung nach § 47f Nummer 1 oder
 - d) § 47d Absatz 1 Satz 5 erster Halbsatz in Verbindung mit einer Rechtsverordnung nach § 47f Nummer 2
 zuwiderhandelt,
 3. entgegen § 39 Absatz 1 einen Zusammenschluss nicht richtig oder nicht vollständig anmeldet,
 4. entgegen § 39 Absatz 6 eine Anzeige nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig erstattet,
 5. einer vollziehbaren Auflage nach § 40 Absatz 3 Satz 1 oder § 42 Absatz 2 Satz 1 zuwiderhandelt,
 - 5a. einer Rechtsverordnung nach § 47f Nummer 3 Buchstabe a, b oder c oder einer vollziehbaren Anordnung auf Grund einer solchen Rechtsverordnung zuwiderhandelt, soweit die Rechtsverordnung für einen bestimmten Tatbestand auf diese Bußgeldvorschrift verweist,
 - 5b. entgegen § 47k Absatz 2 Satz 1, auch in Verbindung mit Satz 2, jeweils in Verbindung mit einer Rechtsverordnung nach § 47k Absatz 8 Satz 1 Nummer 1 oder Nummer 2, eine dort genannte Änderung nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig übermittelt oder
 6. entgegen § 59 Absatz 2, auch in Verbindung mit § 47d Absatz 1 Satz 1 oder § 47k Absatz 7, eine Auskunft nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig erteilt, Unterlagen nicht, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig herausgibt, geschäftliche Unterlagen nicht, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig zur Einsichtnahme und Prüfung vorlegt oder die Prüfung dieser geschäftlichen Unterlagen sowie das Betreten von Geschäftsräumen und -grundstücken nicht duldet oder
 7. entgegen § 81b Absatz 1 Satz 1 eine Auskunft nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig erteilt oder eine Unterlage nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig herausgibt.
- (3) Ordnungswidrig handelt, wer
1. entgegen § 21 Absatz 1 zu einer Liefersperre oder Bezugssperre auffordert,
 2. entgegen § 21 Absatz 2 einen Nachteil androht oder zufügt oder einen Vorteil verspricht oder gewährt oder
 3. entgegen § 24 Absatz 4 Satz 3 oder § 39 Absatz 3 Satz 5 eine Angabe macht oder benutzt. [...]“
- ³¹ Die in § 30 Abs. 1 Ordnungswidrigkeitengesetz (OWiG) genannten Personen; siehe hierzu unter Punkt 3.1. in diesem Gutachten zum deutschen Recht.
- ³² Siehe hierzu unter Punkt 1. in diesem Gutachten zum deutschen Recht.

mit einer Geldbusse belangt werden, wenn diese zum Zeitpunkt der Begehung der Straftat oder Ordnungswidrigkeit „**das Unternehmen [...] gebildet haben**“ und wenn sie auf diejenige juristische Person **unmittelbar oder mittelbar bestimmenden Einfluss** ausgeübt haben, deren Leitungsperson die Ordnungswidrigkeit begangen hat. Dabei ist jedoch nicht erforderlich, dass eine Leitungsperson der bestimmenden Gesellschaft selbst gegen Aufsichtspflichten verstossen hat.³³

3. Verantwortlichkeit

3.1. Zurechnung von Pflichtverletzungen durch Leitungspersonen

3.1.1. Allgemeingültige Vorschriften

Das Gesetz zählt in § 30 Ordnungswidrigkeitengesetz **abschliessend** auf, auf Grundlage der Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten welcher Personen eine Geldbusse gegen eine juristische Person verhängt werden kann. Hierbei handelt es sich ausschliesslich um **Leitungspersonen**, wobei der Kreis der möglichen Täter **weit formuliert** ist, um ein Umgehen der Norm zu vermeiden.³⁴ Eine Beschränkung der Vertretungsmacht ist dabei ebenfalls irrelevant, da es nur auf die Stellung als „vertretungsberechtigt“ allgemein ankommt.³⁵

Im Einzelnen zählt das Gesetz die folgenden Personen auf:

- Vertretungsberechtigtes Organ einer juristischen Person oder Mitglied eines solchen Organs,
- Vorstand eines nicht rechtsfähigen Vereins oder Mitglied eines solchen Vorstandes,
- Vertretungsberechtigter Gesellschafter einer rechtsfähigen Personengesellschaft,
- Generalbevollmächtigter oder Prokurist oder Handlungsbevollmächtigter in leitender Stellung einer juristischen Person, eines nicht rechtsfähigen Vereins oder einer rechtsfähigen Personengesellschaft,
- Sonstige Personen, die für die Leitung eines Betriebs oder Unternehmens einer juristischen Person, eines nicht rechtsfähigen Vereins oder einer rechtsfähigen Personengesellschaft verantwortlich handeln, wozu auch das Überwachen der Geschäftsführung oder das sonstige Ausüben von Kontrollbefugnissen in leitender Stellung gehört.³⁶

Das Handeln der jeweiligen Person muss in funktionalem Zusammenhang zu ihrer Position stehen. So muss sie insbesondere „**als**“ Leitungsperson handeln. Dies soll rein privates Handeln bei Gelegenheit der entsprechenden Tätigkeit von **Handeln zur eigentlichen Wahrnehmung der Leitungsfunktion** abgrenzen.³⁷ Dabei ist irrelevant, ob die Person den Rahmen der ihr übertragenen Aufgaben überschritten hat.³⁸

³³ K. Sackreuther, in J.-P. Graf (Hrsg.), BeckOK OWiG, München 2019, § 81 GWB Rn. 6b.

³⁴ A. Meyberg, in J.-P. Graf (Hrsg.), BeckOK OWiG, München 2019, § 30 Rn. 47.

³⁵ Ch. Schmitt-Leonardy, in H. Blum *et al.* (Hrsg.), Ordnungswidrigkeitengesetz, 1. Aufl., Baden-Baden 2016, § 30 Rn. 18; K. Rogall, in W. Mitsch (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 5. Aufl., München 2018, § 30 Rn. 85.

³⁶ § 30 Abs. 1 Nr. 1-5 Ordnungswidrigkeitengesetz (OWiG).

³⁷ A. Meyberg, in J.-P. Graf (Hrsg.), BeckOK OWiG, München 2019, § 30 Rn. 68 ff.; Ch. Schmitt-Leonardy, in H. Blum *et al.* (Hrsg.), Ordnungswidrigkeitengesetz, 1. Aufl., Baden-Baden 2016, § 30 Rn. 129; beide auch mit Hinweis auf Deutscher Bundestag, Gesetzentwurf der Bundesregierung, Drucksache 14/8998 vom 13.05.2002, S. 8.

³⁸ K. Rogall, in W. Mitsch (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 5. Aufl., München 2018, § 30 Rn. 108; A. Meyberg, in J.-P. Graf (Hrsg.), BeckOK OWiG, München 2019, § 30 Rn. 70;

Darüber hinaus ergibt sich bereits aus den Voraussetzungen,³⁹ dass die handelnde Person eine **Pflicht verletzen** muss, **welche die juristische Person trifft**. Regelmässig meint dies Pflichten des Unternehmensträgers als Normadressaten, wie beispielsweise als Arbeitgeber, Steuerpflichtiger, Gewerbetreibender, Im-/Exporteur, Hersteller oder Auskunfts-/Meldepflichtiger. Insbesondere fällt hierunter auch die unter Punkt 2.2.1. in diesem Gutachten dargestellte **Aufsichtspflichtverletzung im Sinne des § 130 Ordnungswidrigkeitengesetz**. Ausgenommen sind jedoch Exzesstaten, wobei diese nicht klar definiert und entsprechend umstritten sind.⁴⁰

Alternativ liegt ein ausreichender Zusammenhang auch dann vor, wenn die **juristische Person durch die begangene Straftat oder Ordnungswidrigkeit bereichert wurde oder bereichert werden sollte**.⁴¹

3.1.2. Spezialgesetzliche Vorschriften

Nach den Ergebnissen unserer Recherche zu urteilen, scheint es in den im Rahmen dieses Gutachtens zu untersuchenden Rechtsbereichen **keine spezialgesetzlichen Abweichungen** zu geben.

3.2. Sanktionierung von Unternehmen und Unternehmensangehörigen

3.2.1. Allgemeingültige Vorschriften

Voraussetzung für die Sanktionierung einer juristischen Person im Rahmen des Ordnungswidrigkeitenrechts ist unter anderem, dass eine Leitungsperson eine Straftat oder eine Ordnungswidrigkeit begangen hat. Es muss also jedenfalls eine grundsätzlich sanktionsfähige Pflichtverletzung vorliegen, die sogenannte Anlasstat. Eine **Sanktionierung der Leitungsperson** gemäss Straf- oder Ordnungswidrigkeitenrecht **neben der Geldbusse für die juristische Person** im Ordnungswidrigkeitenrecht ist **ohne Weiteres möglich**. Die Geldbusse gegen die juristische Person wird im Verfahren gegen die Leitungsperson gleichzeitig mit der Sanktion gegen letztere verhängt. Es ergeht eine einheitliche Entscheidung in Form eines Bussgeldbescheides, eines Strafbefehls oder eines Urteils.⁴² Der juristischen Person kommt in diesem Verfahren der Status eines Nebenbeteiligten⁴³ zu.⁴⁴

³⁹ Siehe hierzu unter Punkt 1. in diesem Gutachten zum deutschen Recht.

⁴⁰ Ch. Schmitt-Leonardy, in H. Blum *et al.* (Hrsg.), Ordnungswidrigkeitengesetz, 1. Aufl., Baden-Baden 2016, § 30 Rn. 32 f.; A. Meyberg, in J.-P. Graf (Hrsg.), BeckOK OWiG, München 2019, § 30 Rn. 78 ff.

⁴¹ § 30 Abs. 1 Nr. 1-5 Ordnungswidrigkeitengesetz (OWiG).

⁴² A. Meyberg, in J.-P. Graf (Hrsg.), BeckOK OWiG, München 2019, § 30 Rn. 110.

⁴³ § 46 Abs. 1 Ordnungswidrigkeitengesetz (OWiG), in Verbindung mit § 444 Abs. 1 Strafprozessordnung (StPO), und § 88 Abs. 1 OWiG:
§ 46 Abs. 1 OWiG:

„(1) Für das Bußgeldverfahren gelten, soweit dieses Gesetz nichts anderes bestimmt, sinngemäss die Vorschriften der allgemeinen Gesetze über das Strafverfahren, namentlich der Strafprozeßordnung, des Gerichtsverfassungsgesetzes und des Jugendgerichtsgesetzes. [...]“

§ 444 Abs. 1 StPO:

„(1) Ist im Strafverfahren über die Festsetzung einer Geldbuße gegen eine juristische Person oder eine Personenvereinigung zu entscheiden (§ 30 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten), so ordnet das Gericht deren Beteiligung an dem Verfahren an, soweit es die Tat betrifft. § 424 Absatz 3 und 4 gilt entsprechend. [...]“

§ 88 Abs. 1 OWiG:

„(1) Hat die Verwaltungsbehörde im Bußgeldverfahren über die Festsetzung einer Geldbuße gegen eine juristische Person oder eine Personenvereinigung zu entscheiden (§ 30), so ist sie auch für die Anordnung der Verfahrensbeteiligung und die Beordnung eines Rechtsanwalts oder einer anderen Person, die als Verteidiger bestellt werden darf, zuständig (§ 444 Abs. 1, § 428 Absatz 2 der Strafprozeßordnung); § 60 Satz 2 gilt entsprechend. [...]“

⁴⁴ Bundesgerichtshof (BGH), Urteil vom 05.12.2000 – 1 StR 411/00.

Allein die juristische Person zu sanktionieren ist dann möglich, wenn wegen der Anlasstat kein Verfahren eingeleitet wird, wenn das Verfahren eingestellt wird oder wenn von Strafe abgesehen wird. Ein solches selbständiges Verfahren ist jedoch ausgeschlossen, wenn die Anlasstat aus rechtlichen Gründen nicht verfolgt werden kann.⁴⁵ Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Anlasstat bereits vor Einleitung des selbständigen Verfahrens gegen die juristische Person verjährt ist.⁴⁶ Ist die Anlasstat bei Einleitung des selbständigen Verfahrens hingegen noch nicht verjährt, so kann der Lauf der Verjährung durch Verfolgungshandlungen unterbrochen werden.⁴⁷

3.2.2. Spezialgesetzliche Vorschriften

§ 30 Ordnungswidrigkeitengesetz gestattet es, durch Gesetz weitere Rechtsgrundlagen zu schaffen, aufgrund derer auch in weiteren als den unter Punkt 3.2.1. genannten Fällen die Geldbuße gegen die juristische Person selbständig und damit unabhängig von einer Verfolgung der Anlasstat verhängt werden kann.⁴⁸ Der Gesetzgeber hat von dieser Möglichkeit in zwei Fällen Gebrauch gemacht.

Dies betrifft zum einen das **Kartellrecht** in § 82 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen.⁴⁹ Demnach ist ausschliesslich die Kartellbehörde für Verfahren zur Festsetzung einer Geldbuße gegen eine juristische Person zuständig, wenn die Anlasstat gleichzeitig den Tatbestand des § 81 Absatz 1, Absatz 2 Nummer 1 und Absatz 3 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen⁵⁰ verwirklicht. Dabei

⁴⁵ § 30 Abs. 4 Ordnungswidrigkeitengesetz (OWiG):
„[...] (4) Wird wegen der Straftat oder Ordnungswidrigkeit ein Straf- oder Bußgeldverfahren nicht eingeleitet oder wird es eingestellt oder wird von Strafe abgesehen, so kann die Geldbuße selbständig festgesetzt werden. Durch Gesetz kann bestimmt werden, dass die Geldbuße auch in weiteren Fällen selbständig festgesetzt werden kann. Die selbständige Festsetzung einer Geldbuße gegen die juristische Person oder Personenvereinigung ist jedoch ausgeschlossen, wenn die Straftat oder Ordnungswidrigkeit aus rechtlichen Gründen nicht verfolgt werden kann; § 33 Abs. 1 Satz 2 bleibt unberührt. [...]“

⁴⁶ Bundesgerichtshof (BGH), Beschluss vom 05.07.1995 – KRB 10/95; Oberlandesgericht (OLG) Frankfurt, Beschluss vom 18.11.1991 – 1 Ws 95/91; OLG Dresden, Beschluss vom 20.03.1997 – 2 Ss (OWi) 71/97.

⁴⁷ § 33 Abs. 1 S. 2 Ordnungswidrigkeitengesetz (OWiG), in Verbindung mit § 30 Abs. 4 S. 3 OWiG:
§ 33 Abs. 1 S. 2 OWiG:

„(1) [...] Im selbständigen Verfahren wegen der Anordnung einer Nebenfolge oder der Festsetzung einer Geldbuße gegen eine juristische Person oder Personenvereinigung wird die Verjährung durch die dem Satz 1 entsprechenden Handlungen zur Durchführung des selbständigen Verfahrens unterbrochen. [...]“
§ 30 Abs. 4 S. 3 OWiG:

„[...] (4) Die selbständige Festsetzung einer Geldbuße gegen die juristische Person oder Personenvereinigung ist jedoch ausgeschlossen, wenn die Straftat oder Ordnungswidrigkeit aus rechtlichen Gründen nicht verfolgt werden kann; § 33 Abs. 1 Satz 2 bleibt unberührt. [...]“

⁴⁸ § 30 Abs. 4 S. 2 Ordnungswidrigkeitengesetz (OWiG):

„[...] (4) Durch Gesetz kann bestimmt werden, dass die Geldbuße auch in weiteren Fällen selbständig festgesetzt werden kann. [...]“

⁴⁹ § 82 S. 1 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB):

„Die Kartellbehörde ist für Verfahren wegen der Festsetzung einer Geldbuße gegen eine juristische Person oder Personenvereinigung (§ 30 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten) in Fällen ausschließlich zuständig, denen

1. eine Straftat, die auch den Tatbestand des § 81 Absatz 1, 2 Nummer 1 und Absatz 3 verwirklicht, oder
2. eine vorsätzliche oder fahrlässige Ordnungswidrigkeit nach § 130 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten, bei der eine mit Strafe bedrohte Pflichtverletzung auch den Tatbestand des § 81 Absatz 1, 2 Nummer 1 und Absatz 3 verwirklicht, zugrunde liegt. [...]“

⁵⁰ § 81 Abs. 1, Absatz 2 Nummer 1, Absatz 3 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB):

„(1) Ordnungswidrig handelt, wer gegen den Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union in der Fassung der Bekanntmachung vom 9. Mai 2008 (ABl. C 115 vom 9.5.2008, S. 47) verstößt, indem er vorsätzlich oder fahrlässig

muss die Anlasstat entweder eine Straftat sein, die gleichzeitig den genannten Tatbestand erfüllt, oder eine vorsätzliche oder fahrlässige Aufsichtspflichtverletzung im Sinne des § 130 Ordnungswidrigkeitengesetz, bei der die mit Strafe bedrohte Pflichtverletzung auch den genannten Tatbestand erfüllt.⁵¹ Damit soll gewährleistet werden, dass die Kartellbehörden ihre Sachkunde und ihre Erfahrungen einbringen können.⁵² Die Kartellbehörde kann das Verfahren auch an die Staatsanwaltschaft abgeben, welche sodann ein strafrechtliches Verfahren einleitet. Anderenfalls sollen sich Staatsanwaltschaft und Kartellbehörde bereits in einem frühen Stadium über geplante Ermittlungen mit Aussenwirkung informieren, was insbesondere Durchsuchungen betrifft.⁵³ So möchte der Gesetzgeber der Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen entgegenwirken.⁵⁴

Zum anderen hat der Gesetzgeber der Regulierungsbehörde die ausschliessliche Zuständigkeit in bestimmten Fällen für Verfahren wegen der Festsetzung einer Geldbusse gegen eine juristische Person im Rahmen des **Energiewirtschaftsgesetzes** zuerkannt.⁵⁵ Dies betrifft jedoch nicht die im Rahmen dieses Gutachtens behandelten Rechtsgebiete.

1. entgegen Artikel 101 Absatz 1 eine Vereinbarung trifft, einen Beschluss fasst oder Verhaltensweisen aufeinander abstimmt oder

2. entgegen Artikel 102 Satz 1 eine beherrschende Stellung missbräuchlich ausnutzt.

(2) Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig

1. einer Vorschrift der §§ 1, 19, 20 Absatz 1 bis 3 Satz 1 oder Absatz 5, § 21 Absatz 3 oder 4, § 29 Satz 1 oder § 41 Absatz 1 Satz 1 über das Verbot einer dort genannten Vereinbarung, eines dort genannten Beschlusses, einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise, der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung, einer Marktstellung oder einer überlegenen Marktmacht, einer unbilligen Behinderung oder unterschiedlichen Behandlung, der Ablehnung der Aufnahme eines Unternehmens, der Ausübung eines Zwangs, der Zufügung eines wirtschaftlichen Nachteils oder des Vollzugs eines Zusammenschlusses zuwiderhandelt, [...]

(3) Ordnungswidrig handelt, wer

1. entgegen § 21 Absatz 1 zu einer Liefersperre oder Bezugssperre auffordert,

2. entgegen § 21 Absatz 2 einen Nachteil androht oder zufügt oder einen Vorteil verspricht oder gewährt oder

3. entgegen § 24 Absatz 4 Satz 3 oder § 39 Absatz 3 Satz 5 eine Angabe macht oder benutzt.“

⁵¹ Zur Aufsichtspflicht gemäss § 130 Ordnungswidrigkeitengesetz (OWiG) siehe unter Punkt 2.2.1. in diesem Gutachten zum deutschen Recht.

⁵² Zum damaligen § 81a Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen: Drucksache des Bundestags 13/8079 vom 26.06.1997; so auch G. Greeve, in W. Leitner & H. Rosenau (Hrsg.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Baden-Baden 2017, § 82 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen Rn. 2 sowie K. Sackreuther, in J.-P. Graf (Hrsg.), BeckOK OWiG, München 2019, § 82 GWB Rn. 1 f.

⁵³ § 82 S. 2, 3 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB):
„[...] Dies gilt nicht, wenn die Behörde das § 30 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten betreffende Verfahren an die Staatsanwaltschaft abgibt. In den Fällen des Satzes 1 sollen sich die Staatsanwaltschaft und die Kartellbehörde gegenseitig frühzeitig über geplante Ermittlungsschritte mit Außenwirkung, insbesondere über Durchsuchungen, unterrichten.“

⁵⁴ K. Sackreuther, in J.-P. Graf (Hrsg.), BeckOK OWiG, München 2019, § 82 GWB Rn. 2.

⁵⁵ § 96 Energiewirtschaftsgesetz (EnWG):

„Die Regulierungsbehörde ist für Verfahren wegen der Festsetzung einer Geldbuße gegen eine juristische Person oder Personenvereinigung (§ 30 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten) in Fällen ausschließlich zuständig, denen

1. eine Straftat, die auch den Tatbestand des § 95 Abs. 1 Nr. 4 verwirklicht, oder

2. eine vorsätzliche oder fahrlässige Ordnungswidrigkeit nach § 130 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten, bei der eine mit Strafe bedrohte Pflichtverletzung auch den Tatbestand des § 95 Abs. 1 Nr. 4 verwirklicht,

zugrunde liegt. Dies gilt nicht, wenn die Behörde das § 30 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten betreffende Verfahren an die Staatsanwaltschaft abgibt.“

4. Sanktionsart für Unternehmen

4.1. Allgemeingültige Vorschriften

Sanktionen werden im Rahmen des Ordnungswidrigkeitenrechts mit **Geldbussen** sanktioniert. Dies ergibt sich insbesondere aus § 30 Ordnungswidrigkeitengesetz. **Daneben** können ausserdem **Gegenstände** gemäss der §§ 74 ff. Strafgesetzbuch⁵⁶ **eingezogen** werden.

Wird keine Geldbusse verhängt, so kann **stattdessen** die **Einziehung**⁵⁷ **von Taterträgen**⁵⁸ oder die **Einziehung des Wertes von Taterträgen**⁵⁹ angeordnet werden.

Weitere allgemeingültige Sanktionsmöglichkeiten scheint es nach derzeitiger Rechtslage nicht zu geben.

4.2. Spezialgesetzliche Vorschriften

Das **Wirtschaftsstrafgesetz 1954** regelt einige bestimmte Straftaten aus dem Bereich des Wirtschaftsstrafrechts. Bei einigen dieser Straftaten schreibt das Gesetz vor, das **Abführen des Mehrerlöses** anzuordnen.⁶⁰ Dies betrifft bestimmte strafbare oder ordnungswidrige Verstösse gegen Sicherstellungsvorschriften, Verstösse gegen die Preisregelung, Preisüberhöhung in einem Beruf oder

⁵⁶ §§ 74 ff. Strafgesetzbuch (StGB).

⁵⁷ Bis 30.06.20017 „Verfall“.

⁵⁸ § 73 Strafgesetzbuch (StGB):

„(1) Hat der Täter oder Teilnehmer durch eine rechtswidrige Tat oder für sie etwas erlangt, so ordnet das Gericht dessen Einziehung an.

(2) Hat der Täter oder Teilnehmer Nutzungen aus dem Erlangten gezogen, so ordnet das Gericht auch deren Einziehung an.

(3) Das Gericht kann auch die Einziehung der Gegenstände anordnen, die der Täter oder Teilnehmer erworben hat

1. durch Veräußerung des Erlangten oder als Ersatz für dessen Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung oder

2. auf Grund eines erlangten Rechts.“

⁵⁹ § 73c Strafgesetzbuch (StGB):

„Ist die Einziehung eines Gegenstandes wegen der Beschaffenheit des Erlangten oder aus einem anderen Grund nicht möglich oder wird von der Einziehung eines Ersatzgegenstandes nach § 73 Absatz 3 oder nach § 73b Absatz 3 abgesehen, so ordnet das Gericht die Einziehung eines Geldbetrages an, der dem Wert des Erlangten entspricht. Eine solche Anordnung trifft das Gericht auch neben der Einziehung eines Gegenstandes, soweit dessen Wert hinter dem Wert des zunächst Erlangten zurückbleibt.“

⁶⁰ § 8 Wirtschaftsstrafgesetz 1954 (WiStrG 1954):

„(1) Hat der Täter durch eine Zuwiderhandlung im Sinne der §§ 1 bis 6 einen höheren als den zulässigen Preis erzielt, so ist anzuordnen, daß er den Unterschiedsbetrag zwischen dem zulässigen und dem erzielten Preis (Mehrerlös) an das Land abführt, soweit er ihn nicht auf Grund einer rechtlichen Verpflichtung zurückerstattet hat. Die Abführung kann auch angeordnet werden, wenn eine rechtswidrige Tat nach den §§ 1 bis 6 vorliegt, der Täter jedoch nicht schuldhaft gehandelt hat oder die Tat aus anderen Gründen nicht geahndet werden kann.

(2) Wäre die Abführung des Mehrerlöses eine unbillige Härte, so kann die Anordnung auf einen angemessenen Betrag beschränkt werden oder ganz unterbleiben. Sie kann auch unterbleiben, wenn der Mehrerlös gering ist.

(3) Die Höhe des Mehrerlöses kann geschätzt werden. Der abzuführende Betrag ist zahlenmäßig zu bestimmen.

(4) Die Abführung des Mehrerlöses tritt an die Stelle der Einziehung von Taterträgen (§§ 73 bis 73e und 75 des Strafgesetzbuches, § 29a des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten). Bei Zuwiderhandlungen im Sinne des § 1 gelten die Vorschriften des Strafgesetzbuches über die Verjährung der Einziehung von Taterträgen entsprechend.“

Gewerbe, Mietpreisüberhöhung sowie die Durchführung einer baulichen Veränderung in missbräuchlicher Weise.⁶¹

Zudem finden sich im Finanzmarktrecht Vorschriften, wonach die **Sanktionierung veröffentlicht** wird. Die zuständige Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht macht Massnahmen und Sanktionen dafür auf ihrer Website bekannt. Dies betrifft bestimmte Massnahmen und Sanktionen im Rahmen des **Kreditwesengesetzes**⁶² sowie im Rahmen des **Wertpapierhandelsgesetzes**.⁶³

5. Sanktionierung

5.1. Kriterien für Bemessung der Sanktionierung

5.1.1. Allgemeingültige Vorschriften

Grundsätzlich setzt sich die Höhe der Geldbusse aus einem **ahndenden Anteil** und einem **abschöpfenden Anteil** zusammen. Dabei muss sich aus den Entscheidungsgründen im Urteil grundsätzlich auch ergeben, in welcher Höhe die Geldbusse ahndenden und in welcher Höhe abschöpfenden Charakter hat.⁶⁴ Rechnerisch stellt der Abschöpfungsanteil mithin die Untergrenze der Geldbusse dar, zu welcher sodann noch ein Ahndungsanteil hinzu kommt.⁶⁵

§ 30 Ordnungswidrigkeitengesetz legt das **Höchstmass der möglichen Geldbussen** gegen juristische Personen fest. Demnach beträgt die Geldbusse bis zu zehn Millionen Euro⁶⁶, wenn es sich bei der Anlasstat um eine vorsätzliche Straftat handelt, und bis zu fünf Millionen Euro⁶⁷, wenn es sich bei der Anlasstat um eine fahrlässige Straftat handelt. Ist auch die Anlasstat lediglich eine Ordnungswidrigkeit, so gilt die maximal zulässige Geldbusse für die Anlasstat auch für die Geldbusse gegen die juristische Person. Das Gesetz kann jedoch gesondert anordnen, dass dieses letztgenannte Höchstmass für

⁶¹ §§ 1-6 Wirtschaftsstrafgesetz 1954 (WiStrG 1954).

⁶² § 60b Kreditwesengesetz (KWG):

„(1) Die Bundesanstalt soll, sofern die Bekanntmachung nicht bereits nach § 60c Absatz 1 Satz 1 erfolgt, jede gegen ein ihrer Aufsicht unterstehendes Institut oder Unternehmen oder gegen einen Geschäftsleiter eines Instituts oder Unternehmens verhängte und bestandskräftig gewordene Maßnahme, die sie wegen eines Verstoßes gegen dieses Gesetz, die dazu erlassenen Rechtsverordnungen oder die Bestimmungen der Verordnung (EU) Nr. 575/2013 oder der Verordnung (EU) 2015/847 verhängt hat, und jede unanfechtbar gewordene Bußgeldentscheidung nach Maßgabe der Absätze 2 bis 4 unverzüglich auf ihren Internetseiten öffentlich bekannt machen und dabei auch Informationen zu Art und Charakter des Verstoßes mitteilen. Die Rechte der Bundesanstalt nach § 37 Absatz 1 Satz 3 bleiben unberührt. [...]“

⁶³ § 123 Wertpapierhandelsgesetz (WpHG):

„(1) Die Bundesanstalt kann unanfechtbare Maßnahmen, die sie wegen Verstößen gegen Verbote oder Gebote dieses Gesetzes getroffen hat, auf ihrer Internetseite öffentlich bekannt machen, soweit dies zur Beseitigung oder Verhinderung von Missständen nach § 6 Absatz 1 Satz 2 geeignet und erforderlich ist, es sei denn, diese Veröffentlichung würde die Finanzmärkte erheblich gefährden oder zu einem unverhältnismäßigen Schaden bei den Beteiligten führen. Anordnungen nach § 6 Absatz 2 Satz 4 hat die Bundesanstalt unverzüglich auf ihrer Internetseite zu veröffentlichen. [...]“

⁶⁴ Bundesgerichtshof (BGH), Urteil vom 18.05.2017 – 3 StR 103/17; BGH, Beschluss vom 25.04.2005 – KRB 22/04.

⁶⁵ Oberlandesgericht (OLG) Düsseldorf, Beschluss vom 03.08.1994 – 2 Ss (OWi) 223-94/78/94 II; A. Meyberg, in J.-P. Graf (Hrsg.), BeckOK OWiG, München 2019, § 30 Rn. 98.

⁶⁶ Wurde die Anlasstat vor dem 30.06.2013 begangen, so beträgt die Höchstgrenze eine Million Euro.

⁶⁷ Wurde die Anlasstat vor dem 30.06.2013 begangen, so beträgt die Höchstgrenze 500'000 Euro.

bestimmte Tatbestände verzehnfacht wird.⁶⁸ Stellt die Anlasstat gleichzeitig eine Straftat und eine Ordnungswidrigkeit dar, so ist das höhere Höchstmass anzuwenden. Liegt also die höchstmögliche Geldbusse für die ordnungswidrige Anlasstat höher als das für Straftaten als Anlasstat festgelegte Höchstmass, so ist die Höhe der Geldbusse für die ordnungswidrige Anlasstat als Grenze anzusetzen.⁶⁹

Zudem berücksichtigt das Gesetz auch die besondere Situation einer **vollständigen oder partiellen Gesamtrechtsnachfolge** durch Aufspaltung. In diesem Fall darf die Geldbusse den Wert des übernommenen Vermögens und die Höhe der gegenüber dem Rechtsvorgänger angemessenen Geldbusse nicht übersteigen.⁷⁰

Die Vorgaben zum Höchstmass der Geldbusse sowie für den Fall der Gesamtrechtsnachfolge stellen den **ahndenden Charakter der Geldbusse** dar. Innerhalb dieser Grenzen werden die Bedeutung der Ordnungswidrigkeit oder Straftat, die Schwere des Vorwurfs, die wirtschaftlichen Verhältnisse sowie die Umstände des Einzelfalles mitberücksichtigt. Dabei ist zu beachten, dass sich die Bedeutung der Ordnungswidrigkeit oder Straftat sowie die Schwere des Vorwurfs auf die Anlasstat und deren Täter beziehen.⁷¹

Bei der Bemessung der Sanktion soll die Geldbusse den **erlangten wirtschaftlichen Vorteil** übersteigen. Hierfür darf das angegebene Höchstmass der Sanktion auch **überschritten** werden.⁷² Dies stellt den **abschöpfenden Charakter der Geldbusse** dar.⁷³

Der juristischen Person kann auch angeboten werden, die Geldbusse innerhalb einer bestimmten Frist oder durch bestimmte Raten zu zahlen, wenn eine sofortige Einmalzahlung nach ihren wirtschaftlichen Verhältnissen **unzumutbar** wäre.⁷⁴

⁶⁸ Dies gilt nicht, wenn die Anlasstat vor dem 30.06.2013 begangen wurde.

⁶⁹ § 30 Abs. 2 Ordnungswidrigkeitengesetz):

„[...] (2) Die Geldbuße beträgt

1. im Falle einer vorsätzlichen Straftat bis zu zehn Millionen Euro,
2. im Falle einer fahrlässigen Straftat bis zu fünf Millionen Euro.

Im Falle einer Ordnungswidrigkeit bestimmt sich das Höchstmaß der Geldbuße nach dem für die Ordnungswidrigkeit angedrohten Höchstmaß der Geldbuße. Verweist das Gesetz auf diese Vorschrift, so verzehnfacht sich das Höchstmaß der Geldbuße nach Satz 2 für die im Gesetz bezeichneten Tatbestände. Satz 2 gilt auch im Falle einer Tat, die gleichzeitig Straftat und Ordnungswidrigkeit ist, wenn das für die Ordnungswidrigkeit angedrohte Höchstmaß der Geldbuße das Höchstmaß nach Satz 1 übersteigt. [...]“

⁷⁰ § 30 Abs. 2a S. 2 Ordnungswidrigkeitengesetz):

„[...] (2a) [...] Die Geldbuße darf in diesen Fällen den Wert des übernommenen Vermögens sowie die Höhe der gegenüber dem Rechtsvorgänger angemessenen Geldbuße nicht übersteigen. [...]“

⁷¹ K. Rogall, in W. Mitsch (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, 5. Aufl., München 2018, § 30 Rn. 134; Ch. Schmitt-Leonardy, in H. Blum *et al.* (Hrsg.), *Ordnungswidrigkeitengesetz*, 1. Aufl., Baden-Baden 2016, § 30 Rn. 39.

⁷² § 17 Abs. 4 Ordnungswidrigkeitengesetz (OWiG), in Verbindung mit § 30 Abs. 3 OWiG:

§ 17 Abs. 4 OWiG:

„[...] (4) Die Geldbuße soll den wirtschaftlichen Vorteil, den der Täter aus der Ordnungswidrigkeit gezogen hat, übersteigen. Reicht das gesetzliche Höchstmaß hierzu nicht aus, so kann es überschritten werden.“

§ 30 Abs. 3 OWiG:

„[...] (3) § 17 Abs. 4 und § 18 gelten entsprechend. [...]“

⁷³ Ch. Schmitt-Leonardy, in H. Blum *et al.* (Hrsg.), *Ordnungswidrigkeitengesetz*, 1. Aufl., Baden-Baden 2016, § 30 Rn. 41.

⁷⁴ § 18 Ordnungswidrigkeitengesetz (OWiG) in Verbindung mit § 30 Abs. 3 OWiG:
§ 18 OWiG:

In der Praxis scheint sich zudem durchzusetzen, vorgenommene **Compliance-Massnahmen** bei der Bemessung des Bussgeldes zu berücksichtigen.⁷⁵ Dies ist jedoch nicht ausdrücklich im Gesetz geregelt.

5.1.2. Spezialgesetzliche Vorschriften

Insbesondere im Hinblick auf die Höhe der Sanktion finden sich in einigen Rechtsbereichen Sonderregelungen.

5.1.2.1. Kartellrecht

Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen enthält in § 81 über Bussgeldvorschriften eine Reihe an **grösstenteils allgemein gehaltenen Regelungen**, die sich mit Geldbussen gegen juristische Personen oder Personenvereinigungen im Anwendungsbereich des Gesetzes befassen.

Aus diesen ergibt sich unter anderem, dass die sogenannten **schweren Kartellordnungswidrigkeiten**⁷⁶ mit einem **höheren Bussgeld** sanktioniert werden. Demnach darf die Geldbusse bei vorsätzlich

„Ist dem Betroffenen nach seinen wirtschaftlichen Verhältnissen nicht zuzumuten, die Geldbuße sofort zu zahlen, so wird ihm eine Zahlungsfrist bewilligt oder gestattet, die Geldbuße in bestimmten Teilbeträgen zu zahlen. Dabei kann angeordnet werden, daß die Vergünstigung, die Geldbuße in bestimmten Teilbeträgen zu zahlen, entfällt, wenn der Betroffene einen Teilbetrag nicht rechtzeitig zahlt.“

§ 30 Abs. 3 OWiG:

„[...] (3) § 17 Abs. 4 und § 18 gelten entsprechend. [...]“

⁷⁵ Siehe hierzu Ch. Schmitt-Leonardy, in H. Blum *et al.* (Hrsg.), Ordnungswidrigkeitengesetz, 1. Aufl., Baden-Baden 2016, § 30 Rn. 43.

⁷⁶ So genannt in Bundeskartellamt, Leitlinien für die Bussgeldzumessung in Kartellordnungswidrigkeitenverfahren, 2013, verfügbar unter

<https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Leitlinien/Bekanntmachung%20-%20Bu%C3%9Fgeldleitlinien->

[Juni%202013.pdf;jsessionid=D763250D1A9ED6DCAD35D9A9D283D2DA.1_cid362?_blob=publicationFile&v=5](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Leitlinien/Bekanntmachung%20-%20Bu%C3%9Fgeldleitlinien-Juni%202013.pdf;jsessionid=D763250D1A9ED6DCAD35D9A9D283D2DA.1_cid362?_blob=publicationFile&v=5) (13.02.2019). Bei diesen schweren Kartellordnungswidrigkeiten handelt es sich um die in § 81 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1, Nr. 2 lit. a), Nr. 5, Abs. 3 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) genannten Fälle:

„(1) Ordnungswidrig handelt, wer gegen den Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union in der Fassung der Bekanntmachung vom 9. Mai 2008 (ABl. C 115 vom 9.5.2008, S. 47) verstößt, indem er vorsätzlich oder fahrlässig

1. entgegen Artikel 101 Absatz 1 eine Vereinbarung trifft, einen Beschluss fasst oder Verhaltensweisen aufeinander abstimmt oder

2. entgegen Artikel 102 Satz 1 eine beherrschende Stellung missbräuchlich ausnutzt.

(2) Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig

1. einer Vorschrift der §§ 1, 19, 20 Absatz 1 bis 3 Satz 1 oder Absatz 5, § 21 Absatz 3 oder 4, § 29 Satz 1 oder § 41 Absatz 1 Satz 1 über das Verbot einer dort genannten Vereinbarung, eines dort genannten Beschlusses, einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise, der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung, einer Marktstellung oder einer überlegenen Marktmacht, einer unbilligen Behinderung oder unterschiedlichen Behandlung, der Ablehnung der Aufnahme eines Unternehmens, der Ausübung eines Zwangs, der Zufügung eines wirtschaftlichen Nachteils oder des Vollzugs eines Zusammenschlusses zuwiderhandelt,

2. einer vollziehbaren Anordnung nach

a) § 30 Absatz 3, § 31b Absatz 3 Nummer 1 und Nummer 3, § 32 Absatz 1, § 32a Absatz 1, § 32b Absatz 1 Satz 1 oder § 41 Absatz 4 Nummer 2, auch in Verbindung mit § 40 Absatz 3a Satz 2, auch in Verbindung mit § 41 Absatz 2 Satz 3 oder § 42 Absatz 2 Satz 2, oder § 60 [...] zuwiderhandelt,

[...]

5. einer vollziehbaren Auflage nach § 40 Absatz 3 Satz 1 oder § 42 Absatz 2 Satz 1 zuwiderhandelt,

begangener Anlasstat höchstens 10 % des im Vorjahr⁷⁷ erzielten Gesamtumsatzes des Unternehmens oder der Unternehmensvereinigung betragen. Dabei stellt das Gesetz klar, dass der Gesamtumsatz den weltweiten Umsatz aller natürlichen und juristischen Personen und Personenvereinigungen umfasst, die als wirtschaftliche Einheit fungieren. Mit diesen Regelungen wollte der Gesetzgeber das deutsche Kartellordnungswidrigkeitenrecht an das europäische Kartellrecht anpassen. Es wurde jedoch diskutiert, ob der Sonderbussgeldrahmen für Unternehmen und Unternehmensvereinigungen mit der Verfassung vereinbar ist.⁷⁸ Der Bundesgerichtshof ist der Ansicht, das Rückwirkungsverbot werde durch die Vorschrift nicht verletzt und die Regelung sei auch nicht zu unbestimmt. In verfassungskonformer Auslegung sei die Geldbusse von 10 % des im Vorjahr erzielten Gesamtumsatzes als Obergrenze und nicht als Kappungsgrenze zu verstehen.⁷⁹ Damit widerspricht der Bundesgerichtshof der europäischen Praxis, welche Bussgelder auf Grundlage des kartellbefangenen Umsatzes berechnet und den sich daraus ergebenden Betrag bei Erreichen der Grenze von 10 % kappt.⁸⁰ Das Gericht darf die Höhe des Gesamtumsatzes schätzen. Es **berücksichtigt** beim Festsetzen der Höhe der Geldbusse die Schwere des Verstosses und deren Dauer sowie die wirtschaftlichen Verhältnisse des Unternehmens oder der Unternehmensvereinigung. Zudem darf der aus dem Verstoss gezogene wirtschaftliche Vorteil abgeschöpft werden, wodurch auch hier das allgemeine Ordnungswidrigkeitenrecht Anwendung findet und der Höchstbetrag der Geldbusse zur Abschöpfung des genannten Vorteils überstiegen werden darf.

Schliesslich besagt das Gesetz auch, dass die festgesetzte Geldbusse zu **verzinsen** ist, mit Beginn vier Wochen nach Zustellung des Bussgeldbescheides.⁸¹

[...]

(3) Ordnungswidrig handelt, wer

1. entgegen § 21 Absatz 1 zu einer Liefersperre oder Bezugssperre auffordert,
2. entgegen § 21 Absatz 2 einen Nachteil androht oder zufügt oder einen Vorteil verspricht oder gewährt oder
3. entgegen § 24 Absatz 4 Satz 3 oder § 39 Absatz 3 Satz 5 eine Angabe macht oder benutzt. [...]"

⁷⁷ Das der Behördenentscheidung vorausgegangene Geschäftsjahr.

⁷⁸ Vgl. K. Sackreuther, in J.-P. Graf (Hrsg.), BeckOK OWiG, München 2019, § 81 GWB Rn. 7.

⁷⁹ Bundesgerichtshof (BGH), Beschluss vom 26.02.2013 – KRB 20/12.

⁸⁰ Vgl. H. J. Meyer-Lindemann, Anmerkung zu Bundesgerichtshof (BGH), Beschluss vom 26.02.2013 – KRB 20/12, in Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2013, S. 1972, 1976.

⁸¹ § 81 Abs. 4-6 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB):

„[...] (4) Die Ordnungswidrigkeit kann in den Fällen des Absatzes 1, des Absatzes 2 Nummer 1, 2 Buchstabe a und Nummer 5 und des Absatzes 3 mit einer Geldbuße bis zu einer Million Euro geahndet werden. Im Falle eines Unternehmens oder einer Unternehmensvereinigung kann über Satz 1 hinaus eine höhere Geldbuße verhängt werden; die Geldbuße darf 10 vom Hundert des im der Behördenentscheidung vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes des Unternehmens oder der Unternehmensvereinigung nicht übersteigen. Bei der Ermittlung des Gesamtumsatzes ist der weltweite Umsatz aller natürlichen und juristischen Personen sowie Personenvereinigungen zugrunde zu legen, die als wirtschaftliche Einheit operieren. Die Höhe des Gesamtumsatzes kann geschätzt werden. In den übrigen Fällen kann die Ordnungswidrigkeit mit einer Geldbuße bis zu hunderttausend Euro geahndet werden. Bei der Festsetzung der Höhe der Geldbuße ist sowohl die Schwere der Zuwiderhandlung als auch deren Dauer zu berücksichtigen.

(4a) Bei der Zumessung der Geldbuße sind die wirtschaftlichen Verhältnisse des Unternehmens oder der Unternehmensvereinigung maßgeblich. Haben sich diese während oder nach der Tat infolge des Erwerbs durch einen Dritten verändert, so ist eine geringere Höhe der gegenüber dem Unternehmen oder der Unternehmensvereinigung zuvor angemessenen Geldbuße zu berücksichtigen.

(5) Bei der Zumessung der Geldbuße findet § 17 Absatz 4 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten mit der Maßgabe Anwendung, dass der wirtschaftliche Vorteil, der aus der Ordnungswidrigkeit gezogen wurde, durch die Geldbuße nach Absatz 4 abgeschöpft werden kann. Dient die Geldbuße allein der Ahndung, ist dies bei der Zumessung entsprechend zu berücksichtigen.

Gleichzeitig hat das Bundeskartellamt auf Grundlage einer entsprechenden gesetzlichen Ermächtigung⁸² die sogenannten **Leitlinien für die Bussgeldzumessung in Kartellordnungswidrigkeitenverfahren** herausgegeben. In der aktuellsten Version scheinen diese von Juni 2013 zu stammen.⁸³ Die Leitlinien befassen sich mit der Bemessung des ahndenden Teils der Geldbusse für schwere Kartellordnungswidrigkeiten gegen Unternehmen und Unternehmensvereinigungen. Zusätzlich zu den bereits dargestellten Aspekten weisen die Leitlinien auch darauf hin, die Geldbusse solle auch das Gewinn- und Schadenspotenzial des Verstosses mitberücksichtigen. Dieses ergebe sich aus sogenannten **tatbezogenen Umsatz**, das heisst dem während des Tatzeitraums erzielten Inlandsumsatz des Unternehmens mit Produkten oder Dienstleistungen, die mit dem Verstoß in Zusammenhang stehen. Demnach sei für die Höhe der Geldbusse massgebend, ob der tatbezogene Umsatz lediglich einen kleinen Teil des Gesamtumsatzes ausmache oder einen grossen Anteil.⁸⁴ Darüber hinaus zählen die Leitlinien einige tatbezogene und einige täterbezogene Kriterien auf, die schärfende oder mildernde Faktoren darstellen können.

Tatbezogene Kriterien sind unter anderem:

- Art und Dauer der Zuwiderhandlung
- Qualitativ zu bestimmende Auswirkungen der Zuwiderhandlung (zum Beispiel Umfang der betroffenen räumlichen Märkte, Bedeutung der beteiligten Unternehmen auf den betroffenen Märkten)
- Bedeutung der Märkte (zum Beispiel Art des betroffenen Produktes)
- Organisationsgrad unter den Beteiligten
- Preis-, Quoten-, Gebiets- und Kundenabsprachen führen in der Regel zur Einordnung im oberen Bereich des Bemessungsspielraums

Täterbezogene Kriterien sind unter anderem:

- Rolle des Unternehmens im Kartell
- Stellung des Unternehmens auf dem betroffenen Markt
- Besonderheiten bei der Wertschöpfungstiefe
- Grad des Vorsatzes/der Fahrlässigkeit
- Vorangegangene Verstösse

(6) Im Bußgeldbescheid festgesetzte Geldbußen gegen juristische Personen und Personenvereinigungen sind zu verzinsen; die Verzinsung beginnt vier Wochen nach Zustellung des Bußgeldbescheides. § 288 Absatz 1 Satz 2 und § 289 Satz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs sind entsprechend anzuwenden. Die Verjährungsfrist beträgt drei Jahre und beginnt mit dem Ablauf des Kalenderjahres, in dem die festgesetzte Geldbuße vollständig gezahlt oder beigetrieben wurde. [...]“

⁸² § 81 Abs. 7 gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB):

„[...] (7) Das Bundeskartellamt kann allgemeine Verwaltungsgrundsätze über die Ausübung seines Ermessens bei der Bemessung der Geldbuße, insbesondere für die Feststellung der Bußgeldhöhe als auch für die Zusammenarbeit mit ausländischen Wettbewerbsbehörden, festlegen. [...]“

⁸³ Bundeskartellamt, Leitlinien für die Bussgeldzumessung in Kartellordnungswidrigkeitenverfahren, 2013, verfügbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Leitlinien/Bekanntmachung%20-%20Bu%C3%9Fgeldleitlinien-Juni%202013.pdf;jsessionid=D763250D1A9ED6DCAD35D9A9D283D2DA.1_cid362?_blob=publicationFile&v=5 (13.02.2019).

⁸⁴ Bundeskartellamt, Leitlinien für die Bussgeldzumessung in Kartellordnungswidrigkeitenverfahren, 2013, verfügbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Leitlinien/Bekanntmachung%20-%20Bu%C3%9Fgeldleitlinien-Juni%202013.pdf;jsessionid=D763250D1A9ED6DCAD35D9A9D283D2DA.1_cid362?_blob=publicationFile&v=5 (13.02.2019), S. 2 f. Rn. 4.

- Wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Unternehmens⁸⁵

5.1.2.2. Finanzmarktrecht

Im Bereich des Finanzmarktrechts finden sich in den einschlägigen Gesetzen Auflistungen von abweichenden Höchstbeträgen für Geldbussen gegen juristische Personen oder Personenvereinigungen. Dies ist beispielsweise in § 56 Kreditwesengesetz⁸⁶ der Fall sowie in § 120 Wertpapierhandelsgesetz⁸⁷. Diese Regelungen zeichnen sich dadurch aus, dass die Obergrenze für die Geldbusse nicht eindeutig festgelegt wird. Stattdessen werden zwei mögliche Obergrenzen genannt und es soll jeweils die höhere gelten. Dabei handelt es sich jeweils um einen Fixbetrag, wie beispielsweise fünf oder zehn Millionen Euro, und einen umsatzbezogenen Betrag, wie beispielsweise fünf oder zehn Prozent des Gesamtumsatzes des Vorjahres⁸⁸. Oftmals sieht das Gesetz zusätzlich vor, die Geldbusse könne bis zum Zwei- oder Dreifachen des aus der Zuwiderhandlung gezogenen wirtschaftlichen Vorteils sanktioniert werden, wobei dieser erzielte Gewinne und vermiedene Verluste umfasse und geschätzt werden könne.⁸⁹

5.2. Regelungen zu Einziehung und Verfall

5.2.1. Allgemeingültige Vorschriften

Wie bereits unter Punkt 4.1. dargestellt, kann neben der Geldbusse nur die Einziehung von Gegenständen angeordnet werden. Taterträge und der Werte der Taterträge können nur statt, nicht jedoch neben der Geldbusse eingezogen⁹⁰ werden.⁹¹

Der unrechtmässige Gewinn wird als abschöpfender Anteil in die Geldbusse einbezogen (siehe dazu oben, Punkt 5.1.1.).

5.2.2. Spezialgesetzliche Vorschriften

Nach den Ergebnissen unserer Recherche zu urteilen, scheint es in den im Rahmen dieses Gutachtens zu untersuchenden Rechtsbereichen **keine spezialgesetzlichen Abweichungen** zu geben.

⁸⁵ Bundeskartellamt, Leitlinien für die Bussgeldzumessung in Kartellordnungswidrigkeitenverfahren, 2013, verfügbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Leitlinien/Bekanntmachung%20-%20Bu%C3%9Fgeldleitlinien-Juni%202013.pdf;jsessionid=D763250D1A9ED6DCAD35D9A9D283D2DA.1_cid362?_blob=publicationFile&v=5 (13.02.2019), S. 5 Rn. 16.

⁸⁶ § 56 Abs. 6a-8 Kreditwesengesetz (KWG).

⁸⁷ § 120 Abs. 17-25 Wertpapierhandelsgesetz (WpHG).

⁸⁸ Auch hier ist das der Behördenentscheidung vorangegangene Geschäftsjahr massgebend.

⁸⁹ Siehe zusammenfassend auch K. Rogall, in W. Mitsch (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, 5. Aufl., München 2018, § 30 Rn. 133.

⁹⁰ Früher: Verfall.

⁹¹ § 30 Abs. 5 Ordnungswidrigkeitengesetz:

„[...] (5) Die Festsetzung einer Geldbuße gegen die juristische Person oder Personenvereinigung schließt es aus, gegen sie wegen derselben Tat die Einziehung nach den §§ 73 oder 73c des Strafgesetzbuches oder nach § 29a anzuordnen. [...]“

6. Berücksichtigung von Kooperation oder Wiedergutmachung bei Bemessung der Sanktion

6.1. Allgemeingültige Vorschriften

Wie bereits unter Punkt 5.1.1. angesprochen, scheint es sich in der **Praxis** durchzusetzen, vorgenommene *Compliance*-Massnahmen bei der Bemessung des Bussgeldes zu **berücksichtigen**. Dies ist jedoch **nicht ausdrücklich im Gesetz geregelt**. Dabei scheint jedoch keine Einigkeit darüber zu herrschen, ob jegliche *Compliance*-Massnahmen zwingend honoriert werden müssen oder ob lückenhafte oder ineffiziente Strukturen ausgenommen werden sollen.⁹²

Der Bundesverband der Unternehmensjuristen e.V. (BUJ) hat in einem Entwurf von April 2014 zur Reform des Sanktionssystems gegen Unternehmen vorgeschlagen, dem § 30 Ordnungswidrigkeitengesetz einen neuen Absatz hinzuzufügen. Dieser solle einen gesetzlichen Milderungsgrund einführen, wonach zwingend mildernd zu berücksichtigen wäre, ob der Verstoss trotz angemessener Compliance-Strukturen geschah oder ob das Unternehmen geeignete Massnahmen ergreift, um künftige Zuwiderhandlungen zu verhindern.⁹³

6.2. Spezialgesetzliche Vorschriften

Nach den Ergebnissen unserer Recherche zu urteilen, scheint es in den im Rahmen dieses Gutachtens zu untersuchenden Rechtsbereichen **keine spezialgesetzlichen Abweichungen** zu geben.

7. Staatliche Registrierung von Sanktionen gegen Unternehmen

Das **Bundesamt für Justiz** fungiert als **Registerbehörde für Gewerbetreibende**, welche sowohl natürliche als auch juristische Personen sein können.

Im **Gewerbezentralregister** werden unter anderem **rechtskräftige Bussgeldentscheidungen** für solche Taten eingetragen, die bei oder in Zusammenhang mit der Ausübung des Gewerbes oder im Betrieb einer sonstigen wirtschaftlichen Unternehmung begangen wurden. Gleiches gilt für rechtskräftige Bussgeldentscheidungen für Taten, die bei der Tätigkeit in dem Gewerbe oder der sonstigen wirtschaftlichen Unternehmung von einer Leitungsperson begangen wurden. In beiden Fällen muss sich die Geldbusse auf mindestens 200 Euro belaufen, damit sie eingetragen wird.⁹⁴ Sofern der Bussgeldbescheid nach § 30 Ordnungswidrigkeitengesetz gegen die juristische Person also

⁹² Siehe hierzu Ch. Schmitt-Leonardy, in H. Blum *et al.* (Hrsg.), *Ordnungswidrigkeitengesetz*, 1. Aufl., Baden-Baden 2016, § 30 Rn. 43.

⁹³ Siehe hierzu Th. Grütznert, *Unternehmensstrafrecht vs. Ordnungswidrigkeitenrecht*, in *Corporate Compliance Zeitschrift (CCZ)* 2015, S. 56, 58.

⁹⁴ § 149 Abs. 2 Gewerbeordnung (GewO):

„(2) In das Register sind einzutragen

[...]

3. rechtskräftige Bußgeldentscheidungen, insbesondere auch solche wegen einer Steuerordnungswidrigkeit, die aufgrund von Taten ergangen sind, die

a) bei oder in Zusammenhang mit der Ausübung eines Gewerbes oder dem Betrieb einer sonstigen wirtschaftlichen Unternehmung oder

b) bei der Tätigkeit in einem Gewerbe oder einer sonstigen wirtschaftlichen Unternehmung von einem Vertreter oder Beauftragten im Sinne des § 9 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten oder von einer Person, die in einer Rechtsvorschrift ausdrücklich als Verantwortlicher bezeichnet ist, begangen worden sind, wenn die Geldbuße mehr als 200 Euro beträgt, [...]“

rechtskräftig ist und die genannten Voraussetzungen erfüllt, wird der ergangene Bescheid im Gewerbezentralregister eingetragen. Die Eintragung wird nach drei Jahren getilgt, wenn die Geldbuße nicht mehr als 300 Euro beträgt. Ansonsten wird sie nach fünf Jahren getilgt.⁹⁵

Auskunft über die Eintragung erhalten auf Antrag die **betroffene juristische oder natürliche Person**⁹⁶ sowie unter bestimmten Voraussetzungen **Behörden und öffentliche Auftraggeber**⁹⁷, **wissenschaftliche Forschungseinrichtungen**⁹⁸ sowie **ausländische und über- und zwischenstaatliche Stellen**⁹⁹.

Die entsprechenden Vorschriften listen **abschliessend bestimmte Zwecke** auf, aufgrund welcher gewisse Informationen aus dem Register an einen definierten Personenkreis weitergegeben werden dürfen. Auskunftsberechtigt sind **öffentliche Auftraggeber** im Sinne des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen und damit

- Gebietskörperschaften
- Andere juristische Personen des öffentlichen und des Privatrechts, die dazu gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen
- Entsprechende Verbände
- Natürliche und juristische Personen des öffentlichen und des Privatrechts, wenn sie für Tiefbaumassnahmen, für die Errichtung von Krankenhäusern, Sport-, Erholungs- oder Freizeiteinrichtungen, Schul-, Hochschul- oder Verwaltungsgebäuden von den zuvor genannten Stellen Mittel erhalten¹⁰⁰

⁹⁵ § 153 Abs. 1 Gewerbeordnung (GewO):
„(1) Die Eintragungen nach § 149 Absatz 2 Satz 1 Nr. 3 sind nach Ablauf einer Frist
1. von drei Jahren, wenn die Höhe der Geldbuße nicht mehr als 300 Euro beträgt,
2. von fünf Jahren in den übrigen Fällen
zu tilgen. [...]“

⁹⁶ § 150 Gewerbeordnung (GewO):
„(1) Auf Antrag erteilt die Registerbehörde einer Person Auskunft über den sie betreffenden Inhalt des Registers. [...]“

⁹⁷ § 150a Gewerbeordnung (GewO).

⁹⁸ § 150b Gewerbeordnung (GewO):
„(1) Die Registerbehörde kann Hochschulen, anderen Einrichtungen, die wissenschaftliche Forschung betreiben, und öffentlichen Stellen Auskunft aus dem Register erteilen, soweit diese für die Durchführung bestimmter wissenschaftlicher Forschungsarbeiten erforderlich ist.
(2) Die Auskunft ist zulässig, soweit das öffentliche Interesse an der Forschungsarbeit das schutzwürdige Interesse des Betroffenen an dem Ausschluß der Auskunft erheblich überwiegt.
(3) Die Auskunft wird in anonymisierter Form erteilt, wenn der Zweck der Forschungsarbeit unter Verwendung solcher Informationen erreicht werden kann. [...]“

⁹⁹ § 150c Gewerbeordnung (GewO):
„(1) Ersuchen von Stellen eines anderen Staates sowie von über- und zwischenstaatlichen Stellen um Erteilung einer Auskunft aus dem Register werden nach den hierfür geltenden völkerrechtlichen Verträgen, soweit an ihnen nach Artikel 59 Absatz 2 Satz 1 des Grundgesetzes die gesetzgebenden Körperschaften mitgewirkt haben, von der Registerbehörde ausgeführt und mit Zustimmung des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz bewilligt.
(2) Ersuchen eines anderen Mitgliedstaates der Europäischen Union um Erteilung einer Auskunft werden von der Registerbehörde ausgeführt und bewilligt. Die Auskunft kann, soweit kein völkerrechtlicher Vertrag im Sinne des Absatzes 1 vorliegt, dem ersuchenden Mitgliedstaat für die gleichen Zwecke und in gleichem Umfang wie gegenüber vergleichbaren deutschen Stellen erteilt werden. Der ausländische Empfänger ist darauf hinzuweisen, dass er die Auskunft nur zu dem Zweck verwenden darf, für den sie erteilt worden ist. Die Auskunftserteilung unterbleibt, wenn sie in Widerspruch zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union steht. [...]“

¹⁰⁰ § 99 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB):

Im Rahmen des vorliegenden Gutachtens scheinen jedoch nur sehr wenige dieser Zwecke einschlägig zu sein, nämlich zwei allgemeine und drei spezialgesetzliche.

7.1. Allgemeingültige Vorschriften

Wie bereits dargestellt scheinen im Rahmen der allgemeinen Vorschriften lediglich zwei Fälle für dies in dieser Studie untersuchten Konstellationen relevant zu sein. Zum einen können die unter Punkt 7. genannten Stellen Auskünfte aus dem Register verlangen, wenn dies der **Vorbereitung von Rechtsvorschriften und allgemeinen Verwaltungsvorschriften** dient, dann jedoch nur in anonymisierter Form.¹⁰¹ Zum anderen wird der für die **Aufhebung eines Bussgeldbescheides** zuständigen Behörde zu diesem Zwecke Auskunft erteilt.¹⁰²

7.2. Spezialgesetzliche Vorschriften

In den gleichen Vorschriften der Gewerbeordnung finden sich auch drei zur Auskunft berechtigende Zwecke, welche die im vorliegenden Gutachten relevanten Rechtsgebiete betreffen.

Im **Kartellrecht** werden Auskünfte aus dem Register erteilt für das **Vorbereiten von vergaberechtlichen Entscheidungen über Bussgeldentscheidungen** unter anderem nach dem Bussgeldkatalog des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen.¹⁰³ Ebenso werden Auskünfte zur

„Öffentliche Auftraggeber sind

1. Gebietskörperschaften sowie deren Sondervermögen,
2. andere juristische Personen des öffentlichen und des privaten Rechts, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen, sofern
 - a) sie überwiegend von Stellen nach Nummer 1 oder 3 einzeln oder gemeinsam durch Beteiligung oder auf sonstige Weise finanziert werden,
 - b) ihre Leitung der Aufsicht durch Stellen nach Nummer 1 oder 3 unterliegt oder
 - c) mehr als die Hälfte der Mitglieder eines ihrer zur Geschäftsführung oder zur Aufsicht berufenen Organe durch Stellen nach Nummer 1 oder 3 bestimmt worden sind;
 dasselbe gilt, wenn diese juristische Person einer anderen juristischen Person des öffentlichen oder privaten Rechts einzeln oder gemeinsam mit anderen die überwiegende Finanzierung gewährt, über deren Leitung die Aufsicht ausübt oder die Mehrheit der Mitglieder eines zur Geschäftsführung oder Aufsicht berufenen Organs bestimmt hat,
3. Verbände, deren Mitglieder unter Nummer 1 oder 2 fallen,
4. natürliche oder juristische Personen des privaten Rechts sowie juristische Personen des öffentlichen Rechts, soweit sie nicht unter Nummer 2 fallen, in den Fällen, in denen sie für Tiefbaumaßnahmen, für die Errichtung von Krankenhäusern, Sport-, Erholungs- oder Freizeiteinrichtungen, Schul-, Hochschul- oder Verwaltungsgebäuden oder für damit in Verbindung stehende Dienstleistungen und Wettbewerbe von Stellen, die unter die Nummern 1, 2 oder 3 fallen, Mittel erhalten, mit denen diese Vorhaben zu mehr als 50 Prozent subventioniert werden.“

¹⁰¹ § 150a Abs. 1 S. 1 Nr. 3 Gewerbeordnung (GewO):

„(1) Auskünfte aus dem Register werden für [...]

3. die Vorbereitung von Rechtsvorschriften und allgemeinen Verwaltungsvorschriften, insoweit nur in anonymisierter Form, [...] erteilt. [...]“

¹⁰² § 150a Abs. 2 Nr. 3 Gewerbeordnung (GewO):

„[...] (2) Auskünfte aus dem Register werden ferner [...]

3. den zuständigen Behörden für die Aufhebung der in § 149 Absatz 2 Satz 1 Nr. 3 bezeichneten Bußgeldentscheidungen, auch wenn die Geldbuße weniger als 200 Euro beträgt, [...] erteilt. [...]“

¹⁰³ § 150a Abs. 1 S. 1 Nr. 4 Gewerbeordnung (GewO):

„(1) Auskünfte aus dem Register werden für [...]

Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten aus dem genannten Bussgeldkatalog an die zuständigen Verwaltungsbehörden erteilt, nämlich an die Bundesnetzagentur, das Bundeskartellamt oder die nach Landesrecht zuständige oberste Landesbehörde des jeweiligen Geschäftsbereichs.¹⁰⁴

Im Bereich des **Finanzmarktrechts** ist lediglich eine Regelung einschlägig. Demnach werden der **Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen** zur Erfüllung ihrer Aufgaben nach dem **Geldwäschegesetz** Auskünfte aus dem Register erteilt.¹⁰⁵

Prozessrecht

8. Verwaltungs- oder Strafverfahren

8.1. Allgemeingültige Vorschriften

Wie bereits unter Punkt 1. dargestellt ist eine Sanktionierung von Unternehmen nur im Rahmen des Ordnungswidrigkeitenrechts und damit des deutschen Verwaltungsstrafrechts möglich.

Wie unter Punkt 3.2.1. beschrieben wird das Bussgeld in der Regel **gleichzeitig mit der Sanktion für die Anlasstat und im für diesen einschlägigen Verfahren verhängt**. Handelt es sich bei der Anlasstat um eine **Straftat**, so wird auch das Bussgeld gegen die juristische Person im **Strafverfahren** ausgesprochen. Handelt es sich bei der Anlasstat jedoch um eine **Ordnungswidrigkeit**, so werden beide Sanktionen im Rahmen des **Verwaltungsverfahrens** erteilt. Findet ausnahmsweise ein selbständiges Verfahren für die Ordnungswidrigkeit gegen die juristische Person statt,¹⁰⁶ so handelt es sich hierbei um ein Verwaltungsverfahren.

8.2. Spezialgesetzliche Vorschriften

Wie bereits unter Punkt 3.2.2. dargestellt ist im **Kartellrecht** ausschliesslich die **Kartellbehörde** für Verfahren zur Festsetzung einer Geldbusse gegen eine juristische Person zuständig, wenn die Anlasstat gleichzeitig den Tatbestand einer **schweren Kartellordnungswidrigkeit** verwirklicht. In diesem Fall handelt es sich also um ein **Verwaltungsverfahren**. Die Kartellbehörde kann das Verfahren jedoch auch an die Staatsanwaltschaft abgeben, wodurch das Bussgeld gegen die juristische Person im Rahmen eines Strafverfahrens erteilt wird.

4. die Vorbereitung von vergaberechtlichen Entscheidungen über strafgerichtliche Verurteilungen und Bußgeldentscheidungen nach [...] § 81 Absatz 1 bis 3 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, erteilt. [...]“

¹⁰⁴ § 150a Abs. 2 Nr. 4 Gewerbeordnung (GewO):

„[...] (2) Auskünfte aus dem Register werden ferner [...]

4. den nach § 81 Abs. 10 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen zuständigen Behörden zur Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten nach § 81 Abs. 1 bis 3 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen über die in § 149 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 bezeichneten Eintragungen, [...] erteilt. [...]“

¹⁰⁵ § 150a Abs. 2 Nr. 4 Gewerbeordnung (GewO):

„[...] (2) Auskünfte aus dem Register werden ferner [...]

5. der Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen zur Erfüllung ihrer Aufgaben nach dem Geldwäschegesetz, erteilt. [...]“

¹⁰⁶ Siehe hierzu ebenfalls unter Punkt 3.2.1. in diesem Gutachten zum deutschen Recht.

9. Punktuelle oder abschliessende Regelung des Verfahrens

Das Verfahren gegen juristische Personen wird sowohl in den allgemeingültigen als auch in den spezialgesetzlichen Vorschriften eher punktuell geregelt.

9.1. Allgemeingültige Vorschriften

Grundsätzlich handelt es sich bei der Sanktion gegen eine juristische Person um einen Bussgeldbescheid, der entweder im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens erteilt oder vor einem Strafgericht verhandelt wird.¹⁰⁷ Abgesehen von der Abhängigkeit von einer Anlasstat unterscheidet sich das Verfahren in seinen Grundzügen nicht von anderen Bussgeldverfahren. § 30 Ordnungswidrigkeitengesetz sieht daher nur einzelne ergänzende Vorschriften vor, die auf Verfahren gegen juristische Personen Anwendung finden. Nach unserer Auffassung handelt es sich daher eher um eine **punktuelle Regelung** als um ein abschliessend und umfassend geregeltes eigenes Verfahren.

9.2. Spezialgesetzliche Vorschriften

In den für dieses Gutachten relevanten Rechtsgebieten finden sich nur vereinzelt eigene Vorschriften zum Verfahren gegen juristische Personen. Die ausführlichsten Regelungen enthält das Kartellrecht in § 81 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Auch hierbei handelt es sich jedoch nach unserer Auffassung lediglich um **ergänzende Vorschriften** und nicht um ein umfassendes eigenes Verfahren, welches dort abschliessend geregelt wäre.

10. Regelungen zur Rechtsnachfolge

10.1. Allgemeingültige Vorschriften

Gemäss § 30 Ordnungswidrigkeitengesetz wird die Geldbusse bei einer **Gesamtrechtsnachfolge** oder einer **partiellen Gesamtrechtsnachfolge durch Aufspaltung**¹⁰⁸ gegen den oder die Rechtsnachfolger festgesetzt. Dabei ist lediglich zu beachten, dass die Geldbusse den Wert des übernommenen Vermögens nicht übersteigen darf und dass sie auch nicht höher sein darf als es gegenüber dem Rechtsvorgänger angemessen gewesen wäre. Der oder die Rechtsnachfolger übernehmen im Bussgeldverfahren diejenige **Verfahrensstellung**, in welcher sich der Rechtsvorgänger zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Rechtsnachfolge befunden hat.¹⁰⁹

¹⁰⁷ Siehe hierzu unter Punkt 8.1. in diesem Gutachten zum deutschen Recht.

¹⁰⁸ Im Sinne des § 123 Abs. 1 Umwandlungsgesetz (UmwG):

„(1) Ein Rechtsträger (übertragender Rechtsträger) kann unter Auflösung ohne Abwicklung sein Vermögen aufspalten

1. zur Aufnahme durch gleichzeitige Übertragung der Vermögensteile jeweils als Gesamtheit auf andere bestehende Rechtsträger (übernehmende Rechtsträger) oder

2. zur Neugründung durch gleichzeitige Übertragung der Vermögensteile jeweils als Gesamtheit auf andere, von ihm dadurch gegründete neue Rechtsträger

gegen Gewährung von Anteilen oder Mitgliedschaften dieser Rechtsträger an die Anteilhaber des übertragenden Rechtsträgers (Aufspaltung). [...]“

¹⁰⁹ § 30 Abs. 2a Ordnungswidrigkeitengesetz (OWiG):

„[...] (2a) Im Falle einer Gesamtrechtsnachfolge oder einer partiellen Gesamtrechtsnachfolge durch Aufspaltung (§ 123 Absatz 1 des Umwandlungsgesetzes) kann die Geldbuße nach Absatz 1 und 2 gegen den oder die Rechtsnachfolger festgesetzt werden. Die Geldbuße darf in diesen Fällen den Wert des übernommenen Vermögens sowie die Höhe der gegenüber dem Rechtsvorgänger angemessenen Geldbuße nicht übersteigen. Im Bußgeldverfahren tritt der Rechtsnachfolger oder treten die

10.2. Spezialgesetzliche Vorschriften

Spezialgesetzliche Vorschriften zur Rechtsnachfolge scheint es in den hier zu untersuchenden Rechtsgebieten lediglich im **Kartellrecht** zu geben. Dort regelt § 81 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, dass die unter Punkt 10.1. dargestellten **Höchstwerte**, nämlich der Wert des übernommenen Vermögens sowie die Bussgeldhöhe, die gegenüber dem Rechtsvorgänger angemessen gewesen wäre, im Anwendungsbereich des Gesetzes **nicht gelten** sollen.¹¹⁰

Zudem ergänzt die Norm, eine Geldbusse könne auch gegen diejenige juristische Person oder Personenvereinigung verhängt werden, die das Unternehmen in wirtschaftlicher Kontinuität fortführt. Das Gesetz definiert dies als **wirtschaftliche Nachfolge**.¹¹¹

11. Regelungen für Kronzeugen und *Whistleblower*

11.1. Allgemeingültige Vorschriften

11.1.1. Kronzeugen

Zwar gibt es im deutschen **Strafrecht** eine sogenannte **Kronzeugenregelung**¹¹², jedoch steht diese nicht in direktem Zusammenhang mit Sanktionen gegen Unternehmen. Sie könnte lediglich im Rahmen der

Rechtsnachfolger in die Verfahrensstellung ein, in der sich der Rechtsvorgänger zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Rechtsnachfolge befunden hat. [...]“

¹¹⁰ § 81 Abs. 3b Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB):

„[...] (3b) Im Falle einer Gesamtrechtsnachfolge oder einer partiellen Gesamtrechtsnachfolge durch Aufspaltung (§ 123 Absatz 1 des Umwandlungsgesetzes) kann die Geldbuße nach Absatz 3a auch gegen den oder die Rechtsnachfolger festgesetzt werden. Im Bußgeldverfahren tritt der Rechtsnachfolger oder treten die Rechtsnachfolger in die Verfahrensstellung ein, in der sich der Rechtsvorgänger zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Rechtsnachfolge befunden hat. § 30 Absatz 2a Satz 2 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten findet insoweit keine Anwendung. Satz 3 gilt auch für die Rechtsnachfolge nach § 30 Absatz 2a Satz 1 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten, soweit eine Ordnungswidrigkeit nach § 81 Absatz 1 bis 3 zugrunde liegt. [...]“

¹¹¹ § 81 Abs. 3c Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB):

„[...] (3c) Die Geldbuße nach § 30 Absatz 1 und 2 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten sowie nach Absatz 3a kann auch gegen die juristischen Personen oder Personenvereinigungen festgesetzt werden, die das Unternehmen in wirtschaftlicher Kontinuität fortführen (wirtschaftliche Nachfolge). Für das Verfahren gilt Absatz 3b Satz 2 entsprechend. [...]“

¹¹² § 46b Strafgesetzbuch (StGB):

„(1) Wenn der Täter einer Straftat, die mit einer im Mindestmaß erhöhten Freiheitsstrafe oder mit lebenslanger Freiheitsstrafe bedroht ist,

1. durch freiwilliges Offenbaren seines Wissens wesentlich dazu beigetragen hat, dass eine Tat nach § 100a Abs. 2 der Strafprozessordnung, die mit seiner Tat im Zusammenhang steht, aufgedeckt werden konnte, oder

2. freiwillig sein Wissen so rechtzeitig einer Dienststelle offenbart, dass eine Tat nach § 100a Abs. 2 der Strafprozessordnung, die mit seiner Tat im Zusammenhang steht und von deren Planung er weiß, noch verhindert werden kann,

kann das Gericht die Strafe nach § 49 Abs. 1 mildern, wobei an die Stelle ausschließlich angedrohter lebenslanger Freiheitsstrafe eine Freiheitsstrafe nicht unter zehn Jahren tritt. Für die Einordnung als Straftat, die mit einer im Mindestmaß erhöhten Freiheitsstrafe bedroht ist, werden nur Schärfungen für besonders schwere Fälle und keine Milderungen berücksichtigt. War der Täter an der Tat beteiligt, muss sich sein Beitrag zur Aufklärung nach Satz 1 Nr. 1 über den eigenen Tatbeitrag hinaus erstrecken. Anstelle einer Milderung kann das Gericht von Strafe absehen, wenn die Straftat ausschließlich mit

Anlasstat zur Anwendung kommen und dies auch nur, wenn es sich bei dieser Tat um eine **Katalogtat** handelt. Das Gesetz verweist hierfür auf den Katalog derjenigen schweren Straftaten, bei welchen die Strafprozessordnung das geheime Überwachen der Telekommunikation gestattet.¹¹³

Demnach kann das Gericht die **Strafe des Täters mildern oder von Strafe absehen**, wenn er freiwillig sein Wissen über eine Tat offenbart und dadurch entweder deren Umsetzung verhindert oder wesentlich dazu beiträgt, dass die Tat aufgedeckt werden kann. Dies muss vor Eröffnung des Hauptverfahrens gegen den Täter geschehen. Bei der verhinderten oder aufgedeckten Tat muss es sich um eine der besagten Katalogtaten handeln und sie muss im Zusammenhang stehen mit der eigenen Tat des Täters. Handelt es sich um eine bereits begangene Tat, die aufgedeckt wird, so muss der Beitrag des Täters zur Aufklärung über seine eigene Beteiligung an der Tat hinausgehen.

Bei seiner Entscheidung **berücksichtigt** das Gericht insbesondere die folgenden **Aspekte**:

- Art und Umfang der offenbaren Tatsachen und deren Bedeutung für die Aufklärung oder Verhinderung der Tat
- Zeitpunkt der Offenbarung
- Ausmass der Unterstützung der Strafverfolgungsbehörden durch den Täter
- Schwere der Tat, auf welche sich die Angaben beziehen
- Verhältnis der zuvor genannten Punkte zur Schwere der Tat und Schuld des Täters

11.1.2. Whistleblower

Whistleblower genossen nach bisheriger Rechtslage in Deutschland nur einen **sehr geringen Schutz**. Das kürzlich vom Bundestag angenommene Geschäftsgeheimnisgesetz (11.1.2.1.) sowie jüngere Rechtsprechung zur Datenschutzgrundverordnung (11.1.2.2.) könnten die Rechtslage aber beeinflussen.

11.1.2.1. Geschäftsgeheimnisgesetz

Im März 2019 hat der Bundestag jedoch den Entwurf des **Geschäftsgeheimnisgesetzes zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/943** angenommen, welches am Tag nach seiner Verkündung in Kraft treten wird.¹¹⁴ Dieses enthält nur wenige hier relevante Regelungen, da das Gesetz in erster Linie den Schutz von Geschäftsgeheimnissen vor unerlaubter Erlangung, Nutzung und Offenlegung bezweckt. Demnach macht sich strafbar, wer zur Förderung des eigenen oder fremden Wettbewerbs, aus Eigennutz, zugunsten eines Dritten oder in der Absicht, dem Inhaber des Unternehmens zu schaden, Geschäftsgeheimnisse verletzt. Ein solches Vergehen wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder

zeitiger Freiheitsstrafe bedroht ist und der Täter keine Freiheitsstrafe von mehr als drei Jahren verwirkt hat.

(2) Bei der Entscheidung nach Absatz 1 hat das Gericht insbesondere zu berücksichtigen:

1. die Art und den Umfang der offenbaren Tatsachen und deren Bedeutung für die Aufklärung oder Verhinderung der Tat, den Zeitpunkt der Offenbarung, das Ausmaß der Unterstützung der Strafverfolgungsbehörden durch den Täter und die Schwere der Tat, auf die sich seine Angaben beziehen, sowie

2. das Verhältnis der in Nummer 1 genannten Umstände zur Schwere der Straftat und Schuld des Täters.

(3) Eine Milderung sowie das Absehen von Strafe nach Absatz 1 sind ausgeschlossen, wenn der Täter sein Wissen erst offenbart, nachdem die Eröffnung des Hauptverfahrens (§ 207 der Strafprozessordnung) gegen ihn beschlossen worden ist.“

¹¹³ § 100a Abs. 2 Strafprozessordnung (StPO), in Verbindung mit § 46b Abs. 1 S. 1 Nr. 1, 2 Strafgesetzbuch (StGB).

¹¹⁴ Verfügbar unter <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/19/047/1904724.pdf> (15.04.2019).

mit Geldstrafe bestraft.¹¹⁵ Allerdings werden **Whistleblower in gewissem Masse von dieser Strafbarkeit ausgenommen**. Laut § 5 Geschäftsgeheimnisgesetz stellt es nämlich einen die Strafbarkeit ausschliessenden Rechtfertigungsgrund dar, wenn der eine rechtswidrige Handlung oder ein berufliches oder sonstiges Fehlverhalten aufdeckende Täter in der Absicht handelte, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen.¹¹⁶

Dieses letzte Erfordernis, dass der Aufdeckende **in der Absicht handelte, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen**, könnte jedoch schon **bald in Widerspruch zu europarechtlichen Vorgaben stehen**. Die gerade beschlossene sogenannte EU-Whistleblower-Richtlinie¹¹⁷ enthält nämlich kein solches Erfordernis; sie soll also auch solche Whistleblower schützen, die Fehlverhalten aus niederen Motiven aufdecken.¹¹⁸ Dabei ist jedoch zu beachten, dass die EU-Whistleblower-Richtlinie nur auf Hinweisgeber auf Verstösse gegen europäische Vorschriften anwendbar ist.

Auch ein anderer Aspekt des neuen Geschäftsgeheimnisgesetzes könnte **der gerade beschlossenen EU-Whistleblower-Richtlinie widersprechen**. So sieht die Richtlinie vor, Hinweisgeber dazu zu ermutigen, **Fehlverhalten zunächst nur intern zu melden** und erst in einem zweiten Schritt externe Kanäle zu nutzen.¹¹⁹ Eine solche Aufforderung enthält das Geschäftsgeheimnisgesetz nicht.¹²⁰ Auch hier ist zu beachten, dass die EU-Whistleblower-Richtlinie nur Meldungen über Verstösse gegen europäisches Recht betrifft.

11.1.2.2. DS-GVO und Whistleblower

Im Hinblick auf den Schutz von Whistleblowern ist auch eine erst kürzlich veröffentlichte **Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Stuttgart**¹²¹ von Dezember 2018 von Interesse. Basierend auf **Artikel 15 Datenschutz-Grundverordnung**¹²² hatte der Kläger im Berufungsverfahren zu seiner Kündigung einen

¹¹⁵ § 23 Geschäftsgeheimnisgesetz (GeschGehG).

¹¹⁶ § 5 Nr. 2 Geschäftsgeheimnisgesetz (GeschGehG).

¹¹⁷ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz von Personen, die Verstösse gegen das Unionsrecht melden, verfügbar unter <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A52018PC0218> (15.04.2019).

¹¹⁸ Vgl. Art. 1 des Vorschlags für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz von Personen, die Verstösse gegen das Unionsrecht melden, verfügbar unter <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A52018PC0218> (15.04.2019).

¹¹⁹ Vgl. Art. 13 Abs. 2 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz von Personen, die Verstösse gegen das Unionsrecht melden, verfügbar unter <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A52018PC0218> (15.04.2019).

¹²⁰ Vgl. § 5 Geschäftsgeheimnisgesetz (GeschGehG).

¹²¹ Landesarbeitsgericht (LArbG) Baden-Württemberg, Urteil vom 20.12.2018 – 17 Sa 11/18.

¹²² Art. 15 Abs. 1 Datenschutz-Grundverordnung:

„Auskunftsrecht der betroffenen Person

(1) Die betroffene Person hat das Recht, von dem Verantwortlichen eine Bestätigung darüber zu verlangen, ob sie betreffende personenbezogene Daten verarbeitet werden; ist dies der Fall, so hat sie ein Recht auf Auskunft über diese personenbezogenen Daten und auf folgende Informationen:

a) die Verarbeitungszwecke;

b) die Kategorien personenbezogener Daten, die verarbeitet werden;

c) die Empfänger oder Kategorien von Empfängern, gegenüber denen die personenbezogenen Daten offengelegt worden sind oder noch offengelegt werden, insbesondere bei Empfängern in Drittländern oder bei internationalen Organisationen;

d) falls möglich die geplante Dauer, für die die personenbezogenen Daten gespeichert werden, oder, falls dies nicht möglich ist, die Kriterien für die Festlegung dieser Dauer;

Auskunftsanspruch im Hinblick auf die von der internen Abteilung „Business Practices Office“ über ihn gesammelten Daten geltend gemacht. Diese für interne Ermittlungen zuständige Abteilung hatte auf Grundlage von **Hinweisen durch Whistleblower** ein Fehlverhalten des Klägers festgestellt. Allerdings waren die vom *Business Practices Office* zusammengetragenen Informationen zum Schutze der Informanten nicht Teil der Personalakte des Klägers.¹²³ Das Landesarbeitsgericht entschied nun, es müsse jeweils **im Einzelfall abgewogen** werden, wessen Interessen überwiegen. **Im vorliegenden Fall habe der Kläger jedenfalls einen Auskunftsanspruch** betreffend der mithilfe von *Whistleblowern* vom internen *Business Practices Office* gesammelten Informationen, welche als Grundlage für seine Kündigung dienen.¹²⁴

Allerdings wurde gegen das Urteil Revision eingelegt, sodass das Urteil derzeit **nicht rechtskräftig** ist. Als nächste Instanz wird das Bundesarbeitsgericht über den Fall entscheiden.¹²⁵

11.2. Spezialgesetzliche Vorschriften

11.2.1. Kronzeugen

Das **Bundeskartellamt** hat für den Bereich des Kartellrechts im Jahre 2006 eine Bekanntmachung zur sogenannten Bonusregelung veröffentlicht, welche noch immer anwendbar ist.¹²⁶ Demnach kann das Bundeskartellamt Kartellteilnehmern die **Geldbusse erlassen oder reduzieren**, wenn diese durch ihre **Kooperation dazu beitragen, ein Kartell aufzudecken**. Dies gilt ausdrücklich nicht nur für natürliche Personen, sondern **auch für Unternehmen und Unternehmensvereinigungen**.¹²⁷ In seiner

e) das Bestehen eines Rechts auf Berichtigung oder Löschung der sie betreffenden personenbezogenen Daten oder auf Einschränkung der Verarbeitung durch den Verantwortlichen oder eines Widerspruchsrechts gegen diese Verarbeitung;

f) das Bestehen eines Beschwerderechts bei einer Aufsichtsbehörde;

g) wenn die personenbezogenen Daten nicht bei der betroffenen Person erhoben werden, alle verfügbaren Informationen über die Herkunft der Daten;

h) das Bestehen einer automatisierten Entscheidungsfindung einschließlich Profiling gemäß Artikel 22 Absätze 1 und 4 und — zumindest in diesen Fällen — aussagekräftige Informationen über die involvierte Logik sowie die Tragweite und die angestrebten Auswirkungen einer derartigen Verarbeitung für die betroffene Person. [...]“

¹²³ St. Nägele & B. Göpfert, Datenschutz vs. Whistleblowerschutz: Landesarbeitsgericht gibt Unternehmen harte Nuss zu knacken, 25.03.2019, verfügbar unter <https://www.juve.de/nachrichten/verfahren/2019/03/datenschutz-vs-whistleblower-landesarbeitsgericht-gibt-unternehmen-harte-nuss-zu-knacken> (15.04.2019).

¹²⁴ Landesarbeitsgericht (LArbG) Baden-Württemberg, Urteil vom 20.12.2018 – 17 Sa 11/18.

¹²⁵ St. Nägele & B. Göpfert, Datenschutz vs. Whistleblowerschutz: Landesarbeitsgericht gibt Unternehmen harte Nuss zu knacken, 25.03.2019, verfügbar unter <https://www.juve.de/nachrichten/verfahren/2019/03/datenschutz-vs-whistleblower-landesarbeitsgericht-gibt-unternehmen-harte-nuss-zu-knacken> (15.04.2019).

¹²⁶ Bundeskartellamt, Leitlinien für die Bussgeldzumessung in Kartellordnungswidrigkeitenverfahren, 2013, verfügbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Leitlinien/Bekanntmachung%20-%20Bu%3%9Fgeldleitlinien-Juni%202013.pdf;jsessionid=D763250D1A9ED6DCAD35D9A9D283D2DA.1_cid362?_blob=publicationFile&v=5 (13.02.2019), S. 5 Rn. 18; Erläuterungen zu den Leitlinien für die Bussgeldzumessung in Kartellordnungswidrigkeitenverfahren, S. 4 Anm. 1 zu Ziff. 18.

¹²⁷ Bundeskartellamt, Bekanntmachung Nr. 9/2006 über den Erlass und die Reduktion von Geldbussen in Kartellsachen – Bonusregelung, verfügbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Bekanntmachungen/Bekanntmachung%20-%20Bonusregelung.pdf?_blob=publicationFile&v=7 (13.02.2019), S. 1 Rn. 1.

Bekanntmachung sieht das Bundeskartellamt unterschiedlich weit gehende Sanktionsmilderungen vor mit entsprechend unterschiedlich strengen Anforderungen.

Das Bundeskartellamt **erlässt zwingend die Geldbusse** gegen einen Kartellbeteiligten, wenn dieser drei Voraussetzungen erfüllt:

- a) Er muss sich als erster Kartellbeteiligter an das Bundeskartellamt wenden, bevor dieses über ausreichende Beweismittel verfügt, um einen Durchsuchungsbeschluss zu bewirken
- b) Er muss das Bundeskartellamt durch mündliche und schriftliche Informationen und wenn möglich Beweismittel in die Lage versetzen, einen Durchsuchungsbeschluss zu erwirken
- c) Er darf nicht alleiniger Anführer des Kartells gewesen sein oder andere zur Teilnahme am Kartell gezwungen haben¹²⁸

Wird keinem Kartellbeteiligten aufgrund der vorgenannten Regelung zwingend die Geldbusse erlassen, so wird das Bundeskartellamt **in der Regel**, und damit nicht zwingend, **die Geldbusse** gegen einen Kartellbeteiligten **erlassen**, wenn dieser drei weniger weitreichende Voraussetzungen erfüllt. Dies muss nach dem Zeitpunkt der Fall sein, zu welchem das Bundeskartellamt selbst in der Lage ist, einen Durchsuchungsbeschluss zu erwirken:

- a) Er muss sich als erster Kartellbeteiligter an das Bundeskartellamt wenden, bevor dieses über ausreichende Beweismittel verfügt, um die Tat nachzuweisen
- b) Er muss das Bundeskartellamt durch mündliche und schriftliche Informationen und wenn möglich durch Beweismittel in die Lage versetzen, die Tat nachzuweisen
- c) Er darf nicht alleiniger Anführer des Kartells gewesen sein oder andere zur Teilnahme am Kartell gezwungen haben¹²⁹

Erfüllt der Kartellbeteiligte lediglich die soeben unter dem Punkt b) genannte Voraussetzung, so **kann** das Amt seine **Geldbusse bis zur Hälfte reduzieren**. Dabei richtet sich der Umfang der Ermässigung in erster Linie nach dem Nutzen der Aufklärungsbeiträge und der Reihenfolge der Anträge.¹³⁰

Alle dargestellten Varianten setzen voraus, dass der Kartellbeteiligte während der gesamten Dauer des Verfahrens **ununterbrochen und uneingeschränkt** mit dem Bundeskartellamt **zusammenarbeitet**. Dabei obliegen ihm drei **Pflichten**:

- a) Er muss seine Teilnahme am Kartell nach Aufforderung durch das Bundeskartellamt unverzüglich beenden
- b) Er muss auch nach seinem Antrag auf Erlass oder Reduktion der Geldbusse alle ihm zugänglichen Informationen und Beweismittel weiterleiten
- c) Er muss die Zusammenarbeit vertraulich behandeln, bis er von dieser Pflicht entbunden wird, was in der Regel nach Beendigung der Durchsuchung der Fall ist

¹²⁸ Bundeskartellamt, Bekanntmachung Nr. 9/2006 über den Erlass und die Reduktion von Geldbussen in Kartellsachen – Bonusregelung, verfügbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Bekanntmachungen/Bekanntmachung%20-%20Bonusregelung.pdf?__blob=publicationFile&v=7 (14.02.2019), S. 1 Rn. 3.

¹²⁹ Bundeskartellamt, Bekanntmachung Nr. 9/2006 über den Erlass und die Reduktion von Geldbussen in Kartellsachen – Bonusregelung, verfügbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Bekanntmachungen/Bekanntmachung%20-%20Bonusregelung.pdf?__blob=publicationFile&v=7 (14.02.2019), S. 1 Rn. 4.

¹³⁰ Bundeskartellamt, Bekanntmachung Nr. 9/2006 über den Erlass und die Reduktion von Geldbussen in Kartellsachen – Bonusregelung, verfügbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Bekanntmachungen/Bekanntmachung%20-%20Bonusregelung.pdf?__blob=publicationFile&v=7 (14.02.2019), S. 2 Rn. 5.

Handelt es sich bei dem Kartellbeteiligten nicht um eine natürliche, sondern um eine juristische Person, so muss das **Unternehmen** alle an der Kartellabsprache beteiligten aktuellen und ehemaligen Beschäftigten benennen. Es muss zudem darauf hinwirken, dass diejenigen, die über Informationen und Beweismittel verfügen können, während des Verfahrens ununterbrochen und uneingeschränkt mit dem Bundeskartellamt zusammenarbeiten.¹³¹

11.2.2. Whistleblower

Lediglich im **Finanzmarktrecht** scheint es derzeit spezialgesetzliche Regelungen zum Schutz von *Whistleblowern* zu geben. Die entsprechende Vorschrift findet sich wortgleich in drei verschiedenen Gesetzen: dem **Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz**, dem **Börsengesetz** und dem **Geldwäschegesetz**. Demnach dürfen Mitarbeiter, die eine Meldung über potentielle oder tatsächliche Verstöße gegen Gesetze, Rechtsverordnungen, Allgemeinverfügungen oder sonstige Vorschriften sowie Verordnungen und Richtlinien der Europäischen Union bei der jeweils zuständigen Behörde melden, weder nach **arbeitsrechtlichen** noch **strafrechtlichen** Vorschriften verantwortlich gemacht werden.¹³²

Auch hier könnte sich jedoch bald das bereits unter Punkt 11.1.2.1. dargestellte Problem stellen, dass die **Regelungen der neu beschlossenen EU-Whistleblower-Richtlinie widersprechen könnten**. Im Gegensatz zu dieser Richtlinie **ermutigen die zuvor genannten Vorschriften nämlich nicht dazu, Fehlverhalten zunächst nur intern zu melden** und erst in einem zweiten Schritt eine externe Meldung vorzunehmen. Zu beachten ist, dass die EU-Whistleblower-Richtlinie nur Meldungen über Verstöße gegen europäische Vorschriften betrifft.

Zudem **widerspricht das neue Geschäftsgeheimnisgesetz**, ebenfalls wie bereits unter Punkt 11.1.2.1. dargestellt, **den finanzmarktrechtlichen Vorschriften**, da letztere auch dann Anwendung finden, wenn der Aufdeckende **böswillig** Fehlverhalten aufdeckt.

12. Mitwirkungspflichten des Unternehmens im Sanktionsverfahren

12.1. Allgemeingültige Vorschriften

Nach den Ergebnissen unserer Recherche zu urteilen, scheint es in den allgemeinen Vorschriften des Ordnungswidrigkeitenrechts **keine Mitwirkungspflichten für Unternehmen im Sanktionsverfahren** zu geben.

¹³¹ Bundeskartellamt, Bekanntmachung Nr. 9/2006 über den Erlass und die Reduktion von Geldbussen in Kartellsachen – Bonusregelung, verfügbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Bekanntmachungen/Bekanntmachung%20-%20Bonusregelung.pdf?__blob=publicationFile&v=7 (14.02.2019), S. 2 Rn. 6 ff.

¹³² § 4d Abs. 6 Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz (FinDAG), § 3b Abs. 5 Börsengesetz (BörG), § 53 Abs. 5 Geldwäschegesetz (GwG):
„[...] Mitarbeiter, die bei Unternehmen und Personen beschäftigt sind, die von der Bundesanstalt beaufsichtigt werden, oder bei anderen Unternehmen oder Personen beschäftigt sind, auf die Tätigkeiten von beaufsichtigten Unternehmen oder Personen ausgelagert wurden, und die eine Meldung nach Absatz 1 abgeben, dürfen wegen dieser Meldung weder nach arbeitsrechtlichen oder strafrechtlichen Vorschriften verantwortlich gemacht noch zum Ersatz von Schäden herangezogen werden, es sei denn, die Meldung ist vorsätzlich oder grob fahrlässig unwahr abgegeben worden. [...]“

12.2. Spezialgesetzliche Vorschriften

Von den hier zu untersuchenden Rechtsgebieten scheint lediglich das **Bundesdatenschutzgesetz** über eine Vorschrift zu verfügen, welche sich mit Mitwirkungspflichten im Verhältnis zum Grundsatz befasst, dass man sich nicht selbst belasten muss (*nemo tenetur*-Grundsatz).

Die **europäische Datenschutz-Grundverordnung**¹³³ hat **bussgeldbewährte**¹³⁴ **Melde- und Benachrichtigungspflichten** bei Verletzung des Schutzes personenbezogener Daten an die Aufsichtsbehörde (Meldepflicht)¹³⁵ beziehungsweise an die betroffene Person (Benachrichtigungspflicht)¹³⁶ eingeführt. Um diese Pflicht mit dem **nemo tenetur-Grundsatz** besser in Einklang zu bringen, hat der deutsche Gesetzgeber eine ausgleichende Vorschrift erlassen. Demnach darf eine solche Meldung oder eine solche Benachrichtigung in einem Ordnungswidrigkeitsverfahren gegen den Melde- oder Benachrichtigungspflichtigen sowie gegen seine Angehörigen¹³⁷ **nur mit seiner Zustimmung verwendet** werden.¹³⁸ Hierbei handelt es sich um ein persönliches, gesetzlich ausdrücklich angeordnetes **Beweisverwertungsverbot**, welches als Ausgleich dafür dienen soll, dass sich eine Person entweder selbst wegen eines gegebenenfalls sanktionierbaren Datenschutzverstosses belasten oder gegen die ebenfalls sanktionierbaren Melde- und Benachrichtigungspflichten verstößt.¹³⁹

Die Literatur merkt allerdings kritisch an, die Rechtsprechung habe zu einer vergleichbaren älteren Regelung ein solches Beweisverwertungsverbot im Endeffekt nur in wenigen Fällen angenommen. Dies

¹³³ Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.04.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG.

¹³⁴ Art. 83 Abs. 4 lit. a) Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO):
„[...] (4) Bei Verstößen gegen die folgenden Bestimmungen werden im Einklang mit Absatz 2 Geldbußen von bis zu 10 000 000 EUR oder im Fall eines Unternehmens von bis zu 2 % seines gesamten weltweit erzielten Jahresumsatzes des vorangegangenen Geschäftsjahrs verhängt, je nachdem, welcher der Beträge höher ist:
a) die Pflichten der Verantwortlichen und der Auftragsverarbeiter gemäß den Artikeln 8, 11, 25 bis 39, 42 und 43; [...]“

¹³⁵ Art. 33 Abs. 1 Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO):
„(1) Im Falle einer Verletzung des Schutzes personenbezogener Daten meldet der Verantwortliche unverzüglich und möglichst binnen 72 Stunden, nachdem ihm die Verletzung bekannt wurde, diese der gemäß Artikel 51 zuständigen Aufsichtsbehörde, es sei denn, dass die Verletzung des Schutzes personenbezogener Daten voraussichtlich nicht zu einem Risiko für die Rechte und Freiheiten natürlicher Personen führt. Erfolgt die Meldung an die Aufsichtsbehörde nicht binnen 72 Stunden, so ist ihr eine Begründung für die Verzögerung beizufügen. [...]“

¹³⁶ Art. 34 Abs. 1 Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO):
„(1) Hat die Verletzung des Schutzes personenbezogener Daten voraussichtlich ein hohes Risiko für die persönlichen Rechte und Freiheiten natürlicher Personen zur Folge, so benachrichtigt der Verantwortliche die betroffene Person unverzüglich von der Verletzung. [...]“

¹³⁷ Die in § 52 Abs. 1 Strafprozessordnung aufgezählten Angehörigen, nämlich 1. Verlobte, 2. Ehegatten, auch wenn die Ehe nicht mehr besteht, 2a. Lebenspartner, auch wenn die Lebenspartnerschaft nicht mehr besteht, 3. aktuell oder in der Vergangenheit in gerader Linie Verwandte oder Verschwägerete, in der Seitenlinie bis zum dritten Grad Verwandte oder bis zum zweiten Grad Verschwägerete.

¹³⁸ § 43 Abs. 4 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG):
„[...] (4) Eine Meldung nach Artikel 33 der Verordnung (EU) 2016/679 oder eine Benachrichtigung nach Artikel 34 Absatz 1 der Verordnung (EU) 2016/679 darf in einem Verfahren nach dem Gesetz über Ordnungswidrigkeiten gegen den Meldepflichtigen oder Benachrichtigenden oder seine in § 52 Absatz 1 der Strafprozessordnung bezeichneten Angehörigen nur mit Zustimmung des Meldepflichtigen oder Benachrichtigenden verwendet werden.“

¹³⁹ D. Brodowski & D. Nowak, in St. Brink & H.A. Wolff (Hrsg.), BeckOK Datenschutzrecht, München 2018, § 43 Rn. 22.

sei nämlich nur dann der Fall gewesen, wenn ausgeschlossen sei, dass die Behörde die jeweiligen Informationen auch auf anderem Wege hätte erhalten können.¹⁴⁰

Es scheint jedoch **unklar**, inwiefern sich neben natürlichen Personen auch **juristische Personen auf diese Regelung berufen können**. Dafür sprächen insbesondere der Wortlaut und die Gesetzessystematik. Allerdings sei der *nemo tenetur*-Grundsatz als Teil des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung bei juristischen Personen in geringerem Masse grund- und menschenrechtlich verankert als bei natürlichen Personen. Zudem seien im europäischen Kartellsanktionsrecht Mitwirkungs- und Vorlagepflichten für Unternehmen anerkannt, daher sei fraglich, inwiefern der Schutz des Beweisverwertungsverbotes auch auf juristische Personen Anwendung finden könne, ohne der europäischen Verpflichtung zur effektiven Verfolgung von Datenschutzverstößen zu widersprechen.¹⁴¹ Andere Teile der Literatur hingegen sehen keinen Widerspruch zum Europarecht und wenden die Vorschrift daher auch auf juristische Personen an.¹⁴²

13. Interessenskonflikte von Unternehmensangehörigen

13.1. Allgemeingültige Vorschriften

Nach den Ergebnissen unserer Recherche zu urteilen, scheint es in den allgemeinen Vorschriften des Ordnungswidrigkeitenrechts **keine besonderen Regelungen zu Interessenkonflikten von Unternehmensangehörigen** zu geben.

Insbesondere regelt die auch im Ordnungswidrigkeitenrecht zu grossen Teilen anwendbare Strafprozessordnung, dass **Unternehmensanwälte, sogenannte Syndikusanwälte, kein Zeugnisverweigerungsrecht** haben im Hinblick auf Informationen, die ihnen in ihrer Eigenschaft als Unternehmensanwalt anvertraut wurden oder von denen sie Kenntnis erlangt haben.¹⁴³

¹⁴⁰ J. Eckhardt & K. Menz, Bussgeldsanktionen der DS-GVO, in Datenschutz und Datensicherheit (DuD) 2018, S. 139, 142.

¹⁴¹ Siehe im Ergebnis ablehnend hierzu D. Brodowski & D. Nowak, in St. Brink & H.A. Wolff (Hrsg.), BeckOK Datenschutzrecht, München 2018, § 43 Rn. 26 und J. Eckhardt & K. Menz, Bussgeldsanktionen der DS-GVO, in Datenschutz und Datensicherheit (DuD) 2018, S. 139, 143.

¹⁴² E. Ehmann, in P. Gola & D. Heckmann (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz, 13. Aufl., München 2019, § 43 Rn. 10 f.

¹⁴³ § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 Strafprozessordnung (StPO) in Verbindung mit § 46 Abs. 1 Ordnungswidrigkeitengesetz (OWiG),:

§ 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StPO:

„(1) Zur Verweigerung des Zeugnisses sind ferner berechtigt

3. Rechtsanwälte und Kammerrechtsbeistände, Patentanwälte, Notare, Wirtschaftsprüfer, vereidigte Buchprüfer, Steuerberater und Steuerbevollmächtigte, Ärzte, Zahnärzte, Psychologische Psychotherapeuten, Kinder- und Jugendlichenpsychotherapeuten, Apotheker und Hebammen über das, was ihnen in dieser Eigenschaft anvertraut worden oder bekanntgeworden ist; für Syndikusrechtsanwälte (§ 46 Absatz 2 der Bundesrechtsanwaltsordnung) und Syndikuspatentanwälte (§ 41a Absatz 2 der Patentanwaltsordnung) gilt dies vorbehaltlich des § 53a nicht hinsichtlich dessen, was ihnen in dieser Eigenschaft anvertraut worden oder bekanntgeworden ist; [...]“

§ 46 Abs. 1 OWiG:

„(1) Für das Bußgeldverfahren gelten, soweit dieses Gesetz nichts anderes bestimmt, sinngemäß die Vorschriften der allgemeinen Gesetze über das Strafverfahren, namentlich der Strafprozeßordnung, des Gerichtsverfassungsgesetzes und des Jugendgerichtsgesetzes. [...]“

13.2. Spezialgesetzliche Vorschriften

Nach den Ergebnissen unserer Recherche zu urteilen, scheint es in den im Rahmen dieses Gutachtens zu untersuchenden Rechtsbereichen **keine spezialgesetzlichen Abweichungen** zu geben.

B. FRANKREICH

Droit matériel

1. Système de sanction sectoriel ou général

Le Code pénal pose la **responsabilité pénale de principe des personnes morales**, au nombre desquelles figurent les entreprises. L'article 121-2 de ce code prévoit en effet :

« Les personnes morales, à l'exclusion de l'Etat, sont responsables pénalement [...] des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants.

Toutefois, les collectivités territoriales et leurs groupements ne sont responsables pénalement que des infractions commises dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public.

La responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits, sous réserve des dispositions du quatrième alinéa de l'article 121-3. »

En d'autres termes, les personnes morales, exception faite de l'Etat, peuvent être tenues responsables pénalement de **n'importe quelles infractions commises pour leur compte, par leurs organes ou représentants**. La responsabilité pénale des personnes morales n'est plus, depuis 2005, limitée aux infractions qui prévoiraient expressément cette possibilité. Les personnes morales sont traitées comme des personnes physiques, en ce sens qu'elles peuvent être poursuivies pour la commission ou la tentative d'infraction, en tant qu'auteur ou complice, qu'elles aient fourni de l'aide, assistance ou inciter à l'infraction.¹⁴⁴ A l'instar de ce principe, on observe, dans les secteurs indiqués d'intérêt par notre mandant - à savoir les délits et manquements boursiers, le droit de la concurrence et la protection des données -, la possibilité de réprimer tant les personnes physiques que les personnes morales¹⁴⁵.

Outre le système de sanction pénal qui vient d'être présenté, il existe des sanctions administratives, en particuliers dans les trois secteurs indiqués d'intérêt et susmentionnés. **Ces systèmes de sanctions administratives sont, en revanche, spécifiques à chaque domaine**. Ainsi, en matière de protection des données, la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) est l'autorité compétente pour sanctionner les manquements à des règles propres au droit de l'informatique¹⁴⁶. En ce qui concerne les délits et manquements boursiers, il s'agit de l'Autorité des marchés financiers (AMF)¹⁴⁷. Enfin, dans le droit de la concurrence, l'Autorité de la concurrence prononce les sanctions administratives¹⁴⁸.

Ainsi, **dans le cadre du droit de la concurrence par exemple**, il existe une incrimination pénale à l'article L. 420-6 du Code de commerce prévoyant que :

¹⁴⁴ C. Viennet, Access to judicial remedies in France, in C. Kaufmann & L. Heckendorn Urscheler, Access to remedy, 2017, pp. 162 – 193, N 461 – N 463, disponible sous: https://www.isdc.ch/media/1637/access-to-remedy_english.pdf (11.12.2018).

¹⁴⁵ Pour les délits et les manquements boursiers, voir A. Lepage et al., Droit pénal des affaires, 5^{ème} éd., Paris 2018, pp. 535 – 539 ; pour le droit de la concurrence, voir Lepage et al., Droit pénal des affaires, *op. cit.*, pp. 753 – 754 et N 1421 faisant néanmoins état de divergences doctrinales ; pour les atteintes aux droits de la personne résultant des fichiers ou des traitements informatiques, voir Lepage et al., Droit pénal des affaires, *op. cit.*, N 548.

¹⁴⁶ Voir Lepage et al., Droit pénal des affaires, *op. cit.*, notamment N 546.

¹⁴⁷ Voir Lepage et al., Droit pénal des affaires, *op. cit.*, N 1085 et s.

¹⁴⁸ Lepage et al., Droit pénal des affaires, *op. cit.*, N 1261 et s.

« Est puni d'un emprisonnement de quatre ans et d'une amende de 75'000 euros le fait, pour toute personne physique de prendre frauduleusement une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre de [certaines] pratiques [indiquées par la loi comme anticoncurrentielles].

Le tribunal peut ordonner que sa décision soit publiée intégralement ou par extraits dans les journaux qu'il désigne, aux frais du condamné.

Les actes interruptifs de la prescription devant l'Autorité de la concurrence en application de l'article L. 462-7 sont également interruptifs de la prescription de l'action publique. »

Par ailleurs, des dispositions « para-pénale »¹⁴⁹ prohibent, dans le même code, les pratiques anticoncurrentielles d'ententes, d'abus de position dominante et d'abus de dépendance économique^{150, 151}. La doctrine remarque en conséquence que, dans ce secteur, il existe « une incrimination de nature pénale et des manquements administratifs de nature para-pénale, pouvant respectivement donner lieu à **une condamnation pénale, prononcée par le tribunal correctionnel, et à une sanction administrative, prononcée par l'Autorité de la concurrence** »¹⁵² ; ce qui n'est pas sans poser des questions au regard du principe *ne bis in idem*¹⁵³.

Outre cette dissociation des sanctions pénales et administratives, cet exemple permet encore d'illustrer la mécanique de la responsabilité pénale des entreprises : la disposition citée prévoit que les peines sont endurées par « **toute personne physique** » ayant frauduleusement pris une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre¹⁵⁴, mais la règle générale de **l'applicabilité des incriminations pénales aux personnes morales** rend applicable cette disposition aux sociétés¹⁵⁵.

À noter que, **en matière de protection des données à caractère personnel**, le juge pénal a la faculté d'écarter le problème relatif au principe *ne bis in idem*, puisque la loi prévoit que si la sanction pécuniaire prononcée par la CNIL est « devenue définitive avant que le juge pénal ait statué définitivement sur les mêmes faits ou des faits connexes, celui-ci peut ordonner que **l'amende administrative s'impute sur l'amende pénale** qu'il prononce »¹⁵⁶.

En matière de **marchés financiers**, le problème relatif au principe *ne bis in idem* est résolu, grâce à une **obligation de concertation** entre le Parquet national financier, exclusivement compétent en matière de délits boursiers, et le Collège de l'AMF, lors du choix du type de répression à adopter, en amont des poursuites¹⁵⁷, lorsque des faits correspondent si bien à une infraction pénale qu'à un manquement boursier. En outre, lorsqu'il s'agit de **faits connexes**, il est prévu que, dans les cas où l'AMF a

¹⁴⁹ Lepage et al., Droit pénal des affaires, *op. cit.*, N 1268.

¹⁵⁰ Code de commerce, articles L. 420-1 et L. 420-2.

¹⁵¹ On mentionnera encore la pertinence de norme de l'Union européenne telles que, outre le droit primaire, le Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20.01.2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, ou encore le Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16.12.2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, devenus les articles 101 et 102 TFUE ; Lepage et al., Droit pénal des affaires, *op. cit.*, N 1265.

¹⁵² Lepage et al., Droit pénal des affaires, *op. cit.*, N 1268.

¹⁵³ Voir Lepage et al., Droit pénal des affaires, *op. cit.*, N 1268.

¹⁵⁴ Code de commerce, article L. 420-6.

¹⁵⁵ Lepage et al., Droit pénal des affaires, *op. cit.*, N 1421, faisant néanmoins état de divergences doctrinales.

¹⁵⁶ Loi n° 78-17 du 06.01.1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, article 47 (article 22, à partir du 01.06.2019).

¹⁵⁷ Lepage et al., Droit pénal des affaires, *op. cit.*, N 952. Code monétaire et financier, articles R. 465-1 à R. 465-4.

« prononcé une sanction pécuniaire devenue définitive avant que le juge pénal ait statué définitivement sur [l]es faits connexes, celui-ci peut ordonner que **la sanction pécuniaire s'impute sur l'amende** qu'il prononce »¹⁵⁸

2. Définition

2.1. Définition des entreprises

L'entreprise ne fait pas l'objet d'une définition légale en droit français. Il s'agit d'une notion essentiellement économique¹⁵⁹ et sociale¹⁶⁰. Elle joue un rôle de support dans la matière juridique¹⁶¹, laissant varier ces acceptions au rythme des domaines du droit¹⁶².

En revanche, **la société** est clairement encadrée par le droit, sous ces différentes formes. Il en existe **avec ou sans personnalité morale**¹⁶³. C'est l'immatriculation au Registre du commerce et des sociétés qui ouvre la jouissance de la personnalité morale¹⁶⁴.¹⁶⁵ À noter que, **en matière pénale, c'est plus généralement cette notion de personne morale qui est pertinente.**

2.2. Règles sur la responsabilité dans des groupes

Les groupes ne disposant pas de la personnalité juridique ne peuvent pas être poursuivis et donc ils ne peuvent être pénalement responsables. Par conséquent, les groupes d'entreprises, ou les

¹⁵⁸ Code monétaire et financier, article L. 621-16.

¹⁵⁹ M. Pariente, Les groupes de sociétés. Aspects juridique, social, comptable et fiscal, Paris 1993, N 16.

¹⁶⁰ E. Roig (dir.), Différence entre entreprise et société : définitions, 2018, disponible sous : <https://droit-finances.commentcamarche.com/faq/20637-difference-entre-entreprise-et-societe-definitions> (11.12.2018).

¹⁶¹ Pariente, Les groupes de sociétés, *op. cit.*, N 16.

¹⁶² Le Vocabulaire juridique dirigé par Gérard Cornu, ouvrage de référence, propose ainsi différentes définitions selon la matière concernée. L'entreprise sera tantôt le « nom générique donné au contrat [...] par lequel une personne [...] s'engage envers une autre [...] à faire un ouvrage [...] en fournissant son travail ou son industrie ou également la matière et qui diffère du contrat de travail [...] en ce qu'il ne subordonne pas l'entrepreneur à celui qui commande l'ouvrage dans l'exécution de la tâche convenue », dans la matière civile. Tantôt l'entreprise sera la « réunion, sous l'autorité de l'employeur ou de ses préposés, de travailleurs salariés poursuivant sous une forme juridique variable une activité commune, cadre dans lequel le droit du travail contemporain a organisé la collectivité du personnel et aménagé ses rapports avec le chef d'entreprise », dans le domaine du travail. L'entreprise est encore, dans la matière commerciale, un « établissement industriel ou commercial », « l'activité même de l'entrepreneur », ou un « organisme se proposant essentiellement de produire pour les marchés certains biens ou services, financièrement indépendant de tout autre organisme ». Dans le domaine administratif, l'entreprise est une « personne morale constituée sous forme de société ou d'établissement public pour la gestion d'une activité administrative à caractère économique ». Encore, dans l'environnement européen, l'entreprise est un « ensemble de moyens humains et matériels concourant, sous une direction économique, à la réalisation d'un objectif économique ». Source : G. Cornu (dir.), *Entreprise*, in *Vocabulaire juridique*, 9^{ème} éd., Paris 2011, pp. 404 – 405, I à V.

¹⁶³ Telles que les sociétés en participation et les sociétés créées de fait ; V. Magnier, *Droit des sociétés*, 8^{ème} éd., Paris 2017, pp. 54 – 61.

¹⁶⁴ Code civil, article 1842 ; Code de commerce, article L. 210-6 alinéa 1^{er}.

¹⁶⁵ Voir Magnier, *Droit des sociétés*, *op. cit.*, N 99 et s..

entreprises *de facto*¹⁶⁶, et les sociétés en participation (c'est-à-dire non immatriculées¹⁶⁷) ne sont pas pénalement responsables^{168, 169}. En effet, au moment de la création de l'entreprise, c'est-à-dire **avant son immatriculation** au Registre du commerce et des sociétés (ou avant une déclaration d'association à la préfecture), la personne morale n'existe pas juridiquement. Par conséquent, seuls les fondateurs peuvent voir leur responsabilité pénale engagée.¹⁷⁰

En vertu du principe de droit pénal selon lequel « **nul n'est responsable pénalement que de son propre fait** »¹⁷¹, une société-mère ne peut être poursuivie et punie pour des infractions commises par leur filiale. Cependant, lorsqu'une filiale n'a pas de pouvoir de décision et agit uniquement sur les instructions de sa société-mère, cette dernière peut être tenue responsable des actes de sa filiale. Dans l'affaire *Erika* de 2012¹⁷², la Cour de cassation a estimé que la société-mère, en l'occurrence Total, contrôlait effectivement et entièrement sa filiale étrangère. La société-mère fut reconnue responsable des actes de sa filiale.¹⁷³ Dans **une affaire relative à des pratiques anticoncurrentielles**, la Cour de cassation a décidé, en 2017, qu'**une société-mère et sa filiale étaient responsables**. La cour a retenu que la direction juridique de la filiale était exercée par la société-mère qui détenait 99,6% de son capital.¹⁷⁴

Par ailleurs, on relève des appellations proches de celle du « groupe », sujet du présent 2.2, et qui peuvent correspondre à ce qui est ici entendu sous ce terme ; il s'agit des **groupements économiques**.

L'article L. 251-1 du Code de commerce définit le « **groupement d'intérêt économique de droit français** » comme étant constitué de deux ou plusieurs personnes physiques ou morales, pour une durée déterminée, afin « de faciliter ou de développer l'activité économique de ses membres, d'améliorer ou d'accroître les résultats de cette activité ». Le but du groupement « n'est pas de réaliser

¹⁶⁶ Cela étant, les entreprises *de facto*, légalement inscrite et possédant une personnalité légale, mais qui ont été annulées par le juge sont pénalement responsable, car l'annulation n'a pas d'effet rétroactif (article 1844-15 du Code civil).

¹⁶⁷ Au sens des articles 1871 à 1873 du Code civil.

¹⁶⁸ R. Bernardini, Droit criminel, vol. II – L'infraction et la responsabilité, 2^{ème} éd., Bruxelles 2015, p. 521.

¹⁶⁹ Néanmoins, en matière environnementale, les sociétés mères peuvent voir leur responsabilité engagée pour la dette environnementale de leurs filiales insolvable, lorsqu'elles interviennent sur des installations classées ; Code de l'environnement, article L. 512-17 (depuis une loi n° 2010-788 du 12.07.2010 portant engagement national pour l'environnement) ; Commission nationale consultative des droits de l'homme, Entreprises et droits de l'homme : avis sur les enjeux de l'application par la France des Principes directeurs des Nations unies, 24.10.2013, N 50, disponible sous : https://www.cncdh.fr/sites/default/files/13.10.24_avis_entreprises_et_droits_de_lhomme_0.pdf (19.12.2018).

¹⁷⁰ Viennet, Access to judicial remedies in France, *op. cit.*, N 466 et N 467.

¹⁷¹ Code pénal, article 121-1.

¹⁷² Cour de cassation, chambre criminelle, 01.03.2000, bulletin des arrêts de la chambre criminelle n° 101 ; Cour d'appel de Paris, 30.03.2010.

¹⁷³ Viennet, Access to judicial remedies in France, *op. cit.*, N 473.

¹⁷⁴ Cour de cassation, chambre commerciale, 18.10.2017, pourvoi n° 16-19120, disponible sous : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000035849114&fastReqId=1755812313&fastPos=1> (12.02.2019) : « Mais attendu, en premier lieu, que dans le cas où une société mère détient la totalité ou la quasi totalité du capital de sa filiale ayant enfreint les règles de concurrence, la présomption réfragable selon laquelle la société mère exerce effectivement une influence déterminante sur sa filiale, peut être renversée par la preuve contraire, rapportée par la société mère, prenant en considération l'ensemble des éléments pertinents relatifs aux liens économiques, organisationnels et juridiques qui les unissent, établissant que sa filiale se comporte de manière autonome sur le marché et ne constitue donc pas avec elle une unité économique » (premier attendu *in limine*).

des bénéfiques pour lui-même. Son activité doit se rattacher à l'activité économique de ses membres et ne peut avoir qu'un caractère auxiliaire par rapport à celle-ci ».

L'article L. 251-4 du Code de commerce dispose que le « groupement d'intérêt économique **jouit de la personnalité morale et de la pleine capacité à dater de son immatriculation** au registre du commerce et des sociétés ». Avant cette inscription au registre, ce sont les personnes qui ont agi au nom du groupement d'intérêt économique en formation qui « sont tenues, solidairement et indéfiniment, des actes ainsi accomplis, à moins que le groupement, après avoir été régulièrement constitué et immatriculé, ne reprenne les engagements souscrits ».

Une fois un groupement immatriculé, **son ou ses administrateurs sont « responsables individuellement ou solidairement selon le cas**, envers le groupement ou envers les tiers, des infractions aux dispositions législatives et réglementaires applicables aux groupements, de la violation des statuts du groupement, ainsi que de leurs fautes de gestion. Si plusieurs administrateurs ont coopéré aux mêmes faits, le tribunal détermine la part contributive de chacun dans la réparation du dommage »¹⁷⁵.

En ce qui concerne les « **groupements européens d'intérêt économique** », ceux qui sont « immatriculés en France au registre du commerce et des sociétés ont la personnalité juridique dès leur immatriculation »¹⁷⁶. Dans les mêmes termes que pour les administrateurs des groupements de droit français, la responsabilité du ou des gérants d'un groupement européen peut être engagée¹⁷⁷. Lorsque le gérant est une personne morale, un représentant permanent doit être désigné afin que sa responsabilité civile et pénale puisse être engagée comme s'il était gérant en son nom propre.

Il convient de remarquer, lorsqu'on s'intéresse à **la question des cartels** (ou ententes), que la réunion d'entreprises indépendantes en un groupement ne résulte pas nécessairement en une pratique prohibée. Cette forme juridique sert à favoriser la compétitivité des sociétés impliquées. Cela étant, la jurisprudence, et en particulier le Conseil de la concurrence, constate fréquemment que des groupements légalement constitués servent à couvrir des pratiques anticoncurrentielles.¹⁷⁸

3. Responsabilité

3.1. Imputation de manquements à des devoirs par des cadres

L'article 121-2 du Code pénal dispose que **les personnes morales peuvent être tenues pénalement responsables pour les infractions commises « pour leur compte » et « par leurs organes ou représentants »**.

« Pour leur compte » signifie que les faits doivent être **commis dans l'intérêt ou au bénéfice de la personne morale** pour que la responsabilité soit celle de la personne morale. *A contrario*, si les faits

¹⁷⁵ Code de commerce, article L. 251-11.

¹⁷⁶ Code de commerce, article L. 252-1.

¹⁷⁷ Code de commerce, article L. 252-4 : « Le ou les gérants d'un groupement européen d'intérêt économique sont responsables, individuellement ou solidairement selon le cas, envers le groupement ou envers les tiers, soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables au groupement, soit des violations des statuts, soit de leurs fautes de gestion. Si plusieurs gérants ont coopéré aux mêmes faits, le tribunal détermine la part contributive de chacun dans la réparation du dommage. ». Pour les gérants personnes morales, voir l'article L. 252-6 du même code.

¹⁷⁸ R. Bout et al., *Le Lamy Droit économique*, 2016 Paris, N 1074.

ont été commis dans l'intérêt du directeur de la compagnie par exemple, la responsabilité de la personne morale ne peut pas être engagée.

En outre, **les faits doivent avoir été commis par les organes ou représentants de la personne morale**. Les organes sont les représentants légaux (président, gérant, etc.) et le conseil d'administration, l'assemblée générale (des associés ou des membres). Les représentants sont les personnes physiques qui ont le pouvoir, en vertu de la loi ou des statuts, d'agir au nom de la personne morale (par ex. le directeur général unique, le gérant, le président du conseil d'administration, le directeur général, l'administrateur provisoire, l'administrateur judiciaire). En l'absence de disposition visant les organes *de facto*, ces derniers ne pourraient imposer la responsabilité de la personne morale ; cependant, la doctrine n'est pas unanime sur cette question¹⁷⁹. Ainsi, *a contrario*, les employés ne peuvent être tenus responsables pour les actes de la personne morale. Cependant, la Cour de cassation a considéré que des personnes morales qui avaient reçu une **délégation de pouvoir** de la part d'organes d'une personne morale sont des représentants¹⁸⁰.

Afin d'être tenu responsable, il doit être prouvé que **l'organe ou le représentant ont soit consciemment commis l'infraction, ou n'ont pas accompli une obligation légale ou réglementaire, ou ont commis une faute délibérée**.¹⁸¹

3.2. Sanction de l'entreprise et des membres de l'entreprise

L'article 121-2 du Code pénal dispose, en son troisième alinéa, que « **la responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits** ». La responsabilité d'une société peut, par conséquent, se cumuler ou non avec celle de ses membres complices ou co-auteurs de l'infraction. C'est aux tribunaux qu'il revient de le déterminer, en fonction des circonstances de l'espèce¹⁸².

4. Type de sanction pour les entreprises

Le Code pénal contient des dispositions prévoyant les sanctions pénales applicables aux personnes morales¹⁸³. Il distingue les sanctions applicables aux crimes et délits des sanctions applicables aux contraventions.

En matière de **crimes et délits**, l'article 131-37 du Code pénal prévoit que, en principe, **l'amende** sanctionne les délits et les crimes commis par les personnes morales. La règle veut que le montant maximal des amendes sanctionnant les personnes morales soit **le quintuple de ce qui est prévu pour les personnes physiques**¹⁸⁴. Lorsqu'il s'agit d'un crime pour lequel aucune peine d'amende n'est

¹⁷⁹ Voir : B. Bouloc, *Droit pénal général*, 25^{ème} éd., Paris 2017, N 337 ; Bernardini, *Droit criminel. Volume II – L'infraction et la responsabilité*, *op. cit.*, N 666.

¹⁸⁰ Cour de cassation, chambre criminelle, 14.12.1999, bulletin n° 252 ; 26.06.2001, bulletin n° 161 ; 11.12.2012, bulletin n° 274 ; 25.03.1994, bulletin n° 94.

¹⁸¹ Bouloc, *Droit pénal général*, *op. cit.*, N 337 et N 338 ; voir aussi Bernardini, *Droit criminel. Volume II – L'infraction et la responsabilité*, *op. cit.*, N 666 – 673. Viennet, *Access to judicial remedies in France*, *op. cit.*, N 474.

¹⁸² Par exemple : Bouloc, *Droit pénal général*, *op. cit.*, N 342.

¹⁸³ Code pénal, articles 131-37 à 131-49.

¹⁸⁴ Code pénal, article 131-38 paragraphe 1.

prévue à l'encontre des personnes physiques, l'amende encourue par les personnes morales est de 1 000 000 euros¹⁸⁵.

Outre les amendes, **d'autres peines peuvent sanctionner les personnes morales**. Toutefois, il doit être expressément prévu par la loi que ces autres peines s'appliqueront aux personnes morales. L'article 131-39 du Code pénal liste ces autres peines. Il dispose :

« Lorsque la loi le prévoit à l'encontre d'une personne morale, un crime ou un délit peut être sanctionné d'une ou de plusieurs des peines suivantes :

1° La **dissolution**, lorsque la personne morale a été créée ou, lorsqu'il s'agit d'un crime ou d'un délit puni en ce qui concerne les personnes physiques d'une peine d'emprisonnement supérieure ou égale à trois ans, détournée de son objet pour commettre les faits incriminés;

2° L'**interdiction**, à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus, **d'exercer directement ou indirectement une ou plusieurs activités professionnelles ou sociales**;

3° Le **placement**, pour une durée de cinq ans au plus, **sous surveillance judiciaire**;

4° La **fermeture** définitive ou pour une durée de cinq ans au plus **des établissements ou de l'un ou de plusieurs des établissements de l'entreprise** ayant servi à commettre les faits incriminés;

5° L'**exclusion des marchés publics** à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus;

6° L'**interdiction**, à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus, **de procéder à une offre au public de titres financiers ou de faire admettre ses titres financiers aux négociations sur un marché réglementé**;

7° L'**interdiction**, pour une durée de cinq ans au plus, **d'émettre des chèques** autres que ceux qui permettent le retrait de fonds par le tireur auprès du tiré ou ceux qui sont certifiés ou **d'utiliser des cartes de paiement**;

8° La peine de **confiscation** [des biens ayant servi à commettre l'infraction, qui étaient destinés à la commettre ou qui sont l'objet ou le produit direct ou indirect de l'infraction¹⁸⁶];

9° L'**affichage de la décision** prononcée ou la diffusion de celle-ci soit par la presse écrite, soit par tout moyen de communication au public par voie électronique;

10° La **confiscation de l'animal** ayant été utilisé pour commettre l'infraction ou à l'encontre duquel l'infraction a été commise;

11° L'**interdiction**, à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus, **de détenir un animal** ;

12° L'**interdiction**, pour une durée de cinq ans au plus **de percevoir toute aide publique** attribuée par l'Etat, les collectivités territoriales, leurs établissements ou leurs groupements ainsi que toute aide financière versée par une personne privée chargée d'une mission de service public.

La peine complémentaire de confiscation est également encourue de plein droit pour les crimes et pour les délits punis d'une peine d'emprisonnement d'une durée supérieure à un an, à l'exception des délits de presse.

Les peines définies aux 1° et 3° ci-dessus ne sont pas applicables aux personnes morales de droit public dont la responsabilité pénale est susceptible d'être engagée. Elles ne sont pas non plus applicables aux partis ou groupements politiques ni aux syndicats professionnels. La peine définie au 1° n'est pas applicable aux institutions représentatives du personnel. »

Par ailleurs, pour les délits punis par une peine d'emprisonnement pour les personnes physiques – transformée en une amende pour les personnes morales – le juge peut prononcer, à la place ou en plus de l'amende, une **peine de sanction-réparation**¹⁸⁷. Il en est de même lorsqu'un délit est puni à titre principale d'une seule peine d'amende¹⁸⁸. La sanction-réparation consiste en l'obligation

¹⁸⁵ Code pénal, article 131-38 paragraphe 2.

¹⁸⁶ Voir l'article 131-21 du Code pénal.

¹⁸⁷ Code pénal, articles 131-39-1 et 131-8-1.

¹⁸⁸ Code pénal, article 131-8-1.

d'indemniser le préjudice subi par la victime¹⁸⁹. Si victime et prévenu y consentent, la sanction-réparation peut être exécutée en nature¹⁹⁰.

À noter qu'en matière de **corruption**, un délit commis par une personne morale peut être sanctionné par l'obligation de se soumettre à un **programme de mise en conformité**¹⁹¹.

Lorsque l'infraction commise est une **contravention**, les peines encourues sont l'amende (également le quintuple du taux maximum encouru par les personnes physiques), l'interdiction d'émettre des chèques ou d'utiliser des cartes de paiement, la confiscation, la sanction-réparation¹⁹².

Dans les domaines du droit de la concurrence, de la protection des données et des marchés financiers, des **sanctions administratives** viennent s'ajouter à ces catégories de sanctions pénales.

Ainsi, **l'Autorité de la concurrence** peut infliger des sanctions pécuniaires. Ces dernières sont « **proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération de pratiques prohibées** ». La loi fixe encore un **plafond** que le montant de la sanction ne peut pas dépasser : lorsqu'il s'agit d'une entreprise, il s'agit de 10 % du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre ; lorsqu'il ne s'agit pas d'une entreprise, le montant maximum est de 3 millions d'euros.¹⁹³

¹⁸⁹ Code pénal, article 131-8-1 paragraphe 2.

¹⁹⁰ Code pénal, article 131-8-1 paragraphe 3.

¹⁹¹ Voir Code pénal, article 131-39-2.

¹⁹² Code pénal, articles 131-40 à 131-44-1.

¹⁹³ Code de commerce, article L. 464-2 ; disposition dans son intégralité au 24.03.2019 : « I.- L'Autorité de la concurrence peut ordonner aux intéressés de mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles dans un délai déterminé ou imposer des conditions particulières. Elle peut aussi accepter des engagements proposés par les entreprises ou organismes et de nature à mettre un terme à ses préoccupations de concurrence susceptibles de constituer des pratiques prohibées visées aux articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-5.

Elle peut infliger une sanction pécuniaire applicable soit immédiatement, soit en cas d'inexécution des injonctions soit en cas de non-respect des engagements qu'elle a acceptés.

Les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération de pratiques prohibées par le présent titre. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction.

Si le contrevenant n'est pas une entreprise, le montant maximum de la sanction est de 3 millions d'euros. Le montant maximum de la sanction est, pour une entreprise, de 10 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre. Si les comptes de l'entreprise concernée ont été consolidés ou combinés en vertu des textes applicables à sa forme sociale, le chiffre d'affaires pris en compte est celui figurant dans les comptes consolidés ou combinés de l'entreprise consolidante ou combinante.

L'Autorité de la concurrence peut ordonner la publication, la diffusion ou l'affichage de sa décision ou d'un extrait de celle-ci selon les modalités qu'elle précise. Elle peut également ordonner l'insertion de la décision ou de l'extrait de celle-ci dans le rapport établi sur les opérations de l'exercice par les gérants, le conseil d'administration ou le directoire de l'entreprise. Les frais sont supportés par la personne intéressée.

II.- L'Autorité de la concurrence peut infliger aux intéressés des astreintes dans la limite de 5 % du chiffre d'affaires journalier moyen, par jour de retard à compter de la date qu'elle fixe, pour les contraindre :

À noter que, en cas de **procédure simplifiée**¹⁹⁴, les sanctions pécuniaires ne peuvent excéder 750 000 euros pour chacun des auteurs¹⁹⁵.

Par ailleurs, lorsque des pratiques anticoncurrentielles affectent un **marché de dimension locale**, les entreprises dont le chiffre d'affaires réalisé en France par chacune d'elles ne dépasse pas 50 millions d'euros et, cumulés, 100 millions d'euros, peuvent se voir enjoindre par le ministre chargé de l'économie de mettre un terme aux pratiques, ainsi que de choisir entre une transaction dont le montant ne peut excéder 75 000 euros ou 5 % du dernier chiffre d'affaires connu en France, ou bien la saisine par le ministre de l'Autorité de la concurrence¹⁹⁶.

a) A exécuter une décision les ayant obligés à mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles, à exécuter une décision ayant imposé des conditions particulières ou à respecter une décision ayant rendu un engagement obligatoire en vertu du I ;

b) A respecter les mesures prononcées en application de l'article L. 464-1.

Le chiffre d'affaires pris en compte est calculé sur la base des comptes de l'entreprise relatifs au dernier exercice clos à la date de la décision. L'astreinte est liquidée par l'Autorité de la concurrence qui en fixe le montant définitif.

III.-Lorsqu'un organisme ou une entreprise ne conteste pas la réalité des griefs qui lui sont notifiés, le rapporteur général peut proposer à l'Autorité de la concurrence, qui entend les parties et le commissaire du Gouvernement sans établissement préalable d'un rapport, de prononcer la sanction pécuniaire prévue au I en tenant compte de l'absence de contestation. Dans ce cas, le montant maximum de la sanction encourue est réduit de moitié. Lorsque l'entreprise ou l'organisme s'engage en outre à modifier son comportement pour l'avenir, le rapporteur général peut proposer à l'Autorité de la concurrence d'en tenir compte également dans la fixation du montant de la sanction.

IV.-Une exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires peut être accordée à une entreprise ou à un organisme qui a, avec d'autres, mis en œuvre une pratique prohibée par les dispositions de l'article L. 420-1 s'il a contribué à établir la réalité de la pratique prohibée et à identifier ses auteurs, en apportant des éléments d'information dont l'Autorité ou l'administration ne disposaient pas antérieurement. A la suite de la démarche de l'entreprise ou de l'organisme, l'Autorité de la concurrence, à la demande du rapporteur général ou du ministre chargé de l'économie, adopte à cette fin un avis de clémence, qui précise les conditions auxquelles est subordonnée l'exonération envisagée, après que le commissaire du Gouvernement et l'entreprise ou l'organisme concerné ont présenté leurs observations ; cet avis est transmis à l'entreprise ou à l'organisme et au ministre, et n'est pas publié. Lors de la décision prise en application du I du présent article, l'Autorité peut, si les conditions précisées dans l'avis de clémence ont été respectées, accorder une exonération de sanctions pécuniaires proportionnée à la contribution apportée à l'établissement de l'infraction.

V.-Lorsqu'une entreprise ou un organisme ne défère pas à une convocation ou ne répond pas dans le délai prescrit à une demande de renseignements ou de communication de pièces formulée par un des agents visés au I de l'article L. 450-1 dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés par les titres V et VI du livre IV, l'Autorité peut, à la demande du rapporteur général, prononcer à son encontre une injonction assortie d'une astreinte, dans la limite prévue au II.

Lorsqu'une entreprise a fait obstruction à l'investigation ou à l'instruction, notamment en fournissant des renseignements incomplets ou inexacts, ou en communiquant des pièces incomplètes ou dénaturées, l'Autorité peut, à la demande du rapporteur général, et après avoir entendu l'entreprise en cause et le commissaire du Gouvernement, décider de lui infliger une sanction pécuniaire. Le montant maximum de cette dernière ne peut excéder 1 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre. »

¹⁹⁴ Cf. *infra* 8.

¹⁹⁵ Code de commerce, article L. 464-5.

¹⁹⁶ Code de commerce, article L. 464-9.

La loi précise que les sanctions pécuniaires et les sommes issues des transactions susmentionnées sont respectivement recouvrées comme les **créances de l'État**¹⁹⁷ et versées au Trésor public¹⁹⁸. **Elles visent « à punir les auteurs [des infractions] [...] et à dissuader les autres opérateurs** de se livrer à de telles pratiques, dans une perspective de préservation de l'ordre public économique. Elles n'ont en revanche **pas pour but de réparer le préjudice** que d'autres entreprises ou des consommateurs intermédiaires ou finaux ont pu subir du fait d'ententes anticoncurrentielles, notamment de cartels, ou d'abus de position dominante »¹⁹⁹.

Dans le domaine de la **protection des données à caractère personnel**, la sanction administrative²⁰⁰ pouvant être prononcée par la CNIL est une **amende administrative ne pouvant excéder 10 millions d'euros ou, s'agissant d'une entreprise, 2 % du chiffre d'affaires** annuel mondial total de l'exercice précédent (le montant le plus élevé étant retenu). **En application du Règlement européen relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel**²⁰¹, **ces plafonds sont portés respectivement à 20 millions d'euros et 4% dudit chiffre d'affaires** notamment lorsque la violation porte sur les principes de base d'un traitement, les droits dont bénéficient les personnes concernées²⁰², les transferts de données à caractère personnel à un destinataire situé dans un pays tiers ou à une organisation internationale ou encore le non-respect d'une injonction, d'une limitation temporaire ou définitive du traitement²⁰³. La loi précise que, dans ce domaine également, les sanctions pécuniaires sont recouvrées comme **créances de l'État**²⁰⁴.

Dans le domaine des **marchés financiers**, l'AMF sanctionne les manquements administratifs tels que « les pratiques boursières qui ont pour effet de fausser le fonctionnement du marché, de procurer à leurs auteurs un avantage injustifié qu'ils n'auraient pas obtenu dans le cadre normal du marché, de porter atteinte à l'égalité d'information et de traitement des investisseurs ou à leurs intérêts, ou de faire bénéficier les émetteurs ainsi que les investisseurs des agissements d'intermédiaires, contrairement à leurs obligations professionnelles »²⁰⁵. Les types de sanctions administratives qui peuvent être prononcées par l'AMF dépendent du manquement dont il est question et sont : **l'avertissement, le**

¹⁹⁷ Code de commerce, article L. 464-4.

¹⁹⁸ Code de commerce, article L. 464-9.

¹⁹⁹ Autorité de la concurrence, Le contrôle des pratiques anticoncurrentielles, N 8, disponible sous : http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?lang=fr&id_rub=402&id_article=1597 (04.04.2019).

²⁰⁰ La CNIL peut par ailleurs prononcer d'autres mesures telles que des mises en demeure, éventuellement sous astreintes (Loi n° 78-17 du 06.01.1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, article 45 (article 20, à partir du 01.06.2019)). En ce qui concerne les sanctions pénales d'atteintes aux droits de la personne résultant des fichiers ou des traitements informatiques, voir les articles 226-16 à 226-24 du Code pénal.

²⁰¹ Règlement (UE) 2016-679 du Parlement européen et du Conseil du 27.04.2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), article 83, §§ 5 et 6.

²⁰² Il s'agit des droits dont bénéficient les personnes concernées en vertu des articles 12 à 22 du Règlement (UE) 2016-679 (relatif à la transparence et aux modalités d'exercice des droits, à l'information et l'accès aux données à caractère personnel, leur rectification et effacement, le droit d'opposition et la prise de décision individuelle automatisée).

²⁰³ Loi n° 78-17 du 06.01.1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, article 45 (article 20, à partir du 01.06.2019), 7° renvoyant à l'article 83 § 6 du Règlement européen (UE) 2016-679.

²⁰⁴ Loi n° 78-17 du 06.01.1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, article 47 (article 22, à partir du 01.06.2019).

²⁰⁵ A. Lepage et al., Droit pénal des affaires, 5^{ème} ed., 2018 Paris, p. 455. Les sanctions pénales des infractions boursières sont prévues aux articles L. 465-1 et s. du Code monétaire et financier.

blâme, l'interdiction à titre temporaire ou définitif de l'exercice de tout ou partie des services fournis, le retrait temporaire ou définitif de la carte professionnelle, l'interdiction temporaire de négocier pour leur propre compte, l'interdiction à titre temporaire ou définitif de l'exercice de tout ou partie des activités ou de l'exercice des fonctions de gestion, la radiation du registre unique des intermédiaires, une sanction pécuniaire dont le montant ne peut être supérieur à des plafonds déterminés en fonction des infractions.

En outre, les sanctions pécuniaires peuvent faire l'objet d'une **majoration**, dans la limite de 10 % de leur montant, afin de financer **l'aide aux victimes**.

Il est prévu que les sommes perçues au titre des sanctions pécuniaires sont versées au **fonds de garantie** auquel est affiliée la personne sanctionnée ou la personne morale sous l'autorité ou pour le compte de qui agit la personne sanctionnée, **ou au Trésor public**. Lorsque les sommes sont versées à des fonds de garanties, ces derniers peuvent en affecter une partie à des **actions éducatives** dans le domaine financier.²⁰⁶

5. Sanctions

5.1. Critères pour déterminer la sanction

Le régime général des peines impose **l'individualisation des sanctions**. Ceci signifie que la nature, le quantum et le régime des peines sont décidés par le juge (dans les limites fixées par la loi) en fonction « des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur ainsi que de sa situation matérielle, familiale et sociale, conformément aux finalités et fonctions de la peine »²⁰⁷, c'est-à-dire « sanctionner l'auteur de l'infraction », « favoriser son amendement, son insertion ou sa réinsertion », « assurer la protection de la société », « prévenir la commission de nouvelles infractions » et « restaurer l'équilibre sociale, dans le respect des intérêts de la victime »²⁰⁸.

Ainsi la Cour de cassation, se prononçant sur la constitutionnalité de l'article 131-38 alinéa premier du Code pénal prévoyant que « le taux maximum de l'amende applicable aux personnes morales est égal au quintuple de celui prévu pour les personnes physiques par la loi qui réprime l'infraction », rappelle que **l'amende prononcée à l'encontre d'une personne morale doit être individualisée « en fonction des circonstances de l'infraction et de la situation personnelle de son auteur, en tenant compte de ses ressources et de ses charges »**²⁰⁹.

On retrouve ce principe dans le cadre des **sanctions administratives**. Ainsi, en particulier, le Code monétaire et financier précise, en son article L. 621-15 III ter, qu'il est notamment tenu compte dans le domaine qu'il régit :

- « – de la gravité et de la durée du manquement;
- de la qualité et du degré d'implication de la personne en cause;
- de la situation et de la capacité financières de la personne en cause, au vu notamment de son patrimoine et, s'agissant d'une personne physique de ses revenus annuels, s'agissant d'une personne morale de son chiffre d'affaires total;

²⁰⁶ Code monétaire et financier, article L. 621-15, III et III bis.

²⁰⁷ Code pénal, article 132-1.

²⁰⁸ Code pénal, article 130-1.

²⁰⁹ Cour de cassation, chambre criminelle, 19.04.2017, pourvoi n° 17-90004, disponible sous : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000034653468&fastReqId=1886171806&fastPos=1> (17.01.2019).

- de l'importance soit des gains ou avantages obtenus, soit des pertes ou coûts évités par la personne en cause, dans la mesure où ils peuvent être déterminés;
- des pertes subies par des tiers du fait du manquement, dans la mesure où elles peuvent être déterminées;
- du degré de coopération avec l'Autorité des marchés financiers dont a fait preuve la personne en cause, sans préjudice de la nécessité de veiller à la restitution de l'avantage retiré par cette personne;
- des manquements commis précédemment par la personne en cause;
- de toute circonstance propre à la personne en cause, notamment des mesures prises par elle pour remédier aux dysfonctionnements constatés, provoqués par le manquement qui lui est imputable et le cas échéant pour réparer les préjudices causés aux tiers, ainsi que pour éviter toute réitération du manquement. »²¹⁰

5.2. Règles concernant saisie et recouvrement

Parmi les peines qui peuvent être infligées aux personnes morales, **la confiscation** est encourue en cas de crime ou délit²¹¹. Cette peine est également possible en tant que peine complémentaire, lorsque cela est prévu par la loi ou lorsque le crime ou le délit est puni d'une peine d'emprisonnement d'une durée supérieur à un an (à l'exception des délits de presse)²¹².

Les biens confisqués sont ceux ayant servi à commettre l'infraction (ou destiné à sa commission), mais **aussi ceux qui sont l'objet ou le produit direct ou indirect de l'infraction** (à l'exception des biens susceptibles de restitution à la victime). La confiscation peut encore être ordonnée en valeur. En outre, lorsque l'infraction commise est un crime ou un délit puni d'au moins cinq ans de prison et qu'elle a procuré un profit direct ou indirect, la confiscation porte aussi « sur les biens meubles ou immeubles, quelle qu'en soit la nature, divis ou indivis, appartenant au condamné lorsque celui-ci, mis en mesure de s'expliquer sur les biens dont la confiscation est envisagée, n'a pu en justifier l'origine »²¹³.

D'une manière plus générale, **il semble que le profit illégitime ne fasse pas expressément partie des critères d'évaluation du montant de l'amende**. Ce sont les éléments généraux suivants qui sont indiqués comme permettant de déterminer le montant de l'amende : l'infraction reprochée, les circonstances de l'infraction et la situation personnelle de l'auteur, dont la prise en considération de ses ressources et de ses charges²¹⁴.

²¹⁰ Voir Lepage et al., *Le droit pénal des affaires*, *op. cit.*, N 1102.

²¹¹ Code pénal, article 131-39 8°.

²¹² Code pénal, article 131-39 alinéa 2.

²¹³ Code pénal, article 131-21 alinéa 5 ; J.-Y. Maréchal, Fasc. 10 : Peines applicables aux personnes morales. – Peines criminelles et correctionnelles, in *Jurisclasseur Pénal Code* : art. 131-37 à 131-49, 2018, N 33. A noter par ailleurs que la confiscation peut être obligatoire, lorsque les objets concernés sont dangereux, et que des mesures spéciales sont prévues pour la confiscation d'animaux ; voir par exemple : Maréchal, Fasc. 10 : Peines applicables aux personnes morales. – Peines criminelles et correctionnelles, *op. cit.*, N 34 et s. La Note de commentaires notifiée à la Commission européenne relative à la législation française en vigueur en application des articles 49, 51, 84, 85, 88, 90 du règlement (UE) 2016/679 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données du 19.07.2018 indique l'article 131-21 du Code pénal comme permettant la saisie des profits réalisés en violation du susmentionné règlement européen et évoquée en son considérant 149 (note disponible sous : https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/data-protection-eu/eu-countries-gdpr-specific-notifications_en (10.04.2019)).

²¹⁴ Cf. *supra* 5.1. ; voir encore Maréchal, Fasc. 10 : Peines applicables aux personnes morales. – Peines criminelles et correctionnelles, *op. cit.*, N 13 et s..

6. Prise en compte de la coopération ou d'une indemnisation pour la détermination de la sanction

D'une manière générale, nos recherches n'ont pas permis d'exclure qu'un juge puisse estimer que la coopération de la part de l'entreprise ou une indemnisation versée volontairement par elle à une victime seraient des motifs à prendre en compte pour déterminer la sanction.²¹⁵

En ce qui concerne **les sanctions administratives prononcées par l'Autorité de la concurrence**, il est prévu que **l'absence de contestation** de la part du contrevenant peut être prise en compte pour déterminer le montant et diminuer le montant maximum de la sanction encourue de moitié. En outre, s'il **s'engage à modifier son comportement pour l'avenir**, le montant de la sanction peut également être diminué. Enfin, dans certains cas, le contrevenant peut être entièrement ou partiellement exonéré de sanction s'il a **contribué à établir la réalité de la pratique prohibée et à identifier ses auteurs, en apportant des éléments d'information dont l'Autorité ou l'administration ne disposaient pas antérieurement**. *A contrario*, faire obstruction à l'investigation ou à l'instruction expose à une sanction pécuniaire dont le montant maximum ne peut excéder 1 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre.²¹⁶

7. Registre étatique des sanctions contre les entreprises

Le **casier judiciaire national automatisé** reçoit les condamnations des personnes morales²¹⁷. En dehors de la délivrance de l'intégralité du relevé à la personne morale concernée²¹⁸, une partie des informations que le casier contient n'est accessible qu'aux autorités judiciaires²¹⁹.

Certaines informations sont néanmoins délivrées à d'autres autorités, et en particulier aux « préfets, aux administrations de l'Etat et aux collectivités locales saisis de propositions ou de soumissions **pour des adjudications de travaux ou de marchés publics** », ou encore à « l'Autorité des marchés financiers en ce qui concerne les personnes morales demandant **l'admission de leurs titres financiers aux négociations sur un marché réglementé** »²²⁰. En effet, parmi les peines pouvant être prononcées à l'encontre des personnes morales figurent en particulier une peine d'exclusion des marchés publics et/ou d'interdiction de procéder à une offre au public des titres financiers ou de faire admettre ses titres financiers aux négociations sur un marché réglementé (cf. *supra* 4). À noter néanmoins qu'une ordonnance de 2015 relative aux marchés publics²²¹ prévoit que l'acheteur accepte une **déclaration sur l'honneur**, comme preuve suffisante attestant que le candidat n'a pas fait l'objet d'une condamnation définitive de nature à l'exclure de la procédure de passation des marchés publics²²².

²¹⁵ Cf. *supra* 5.1.

²¹⁶ Code de commerce, article L. 464-2.

²¹⁷ Code de procédure pénale, article 768-1.

²¹⁸ Code de procédure pénale, article 777-2.

²¹⁹ Code de procédure pénale, article 774-1.

²²⁰ Code de procédure pénale, article 776-1, en l'occurrence 1° et 4° ; voir aussi l'article R. 79 du même code.

²²¹ Ordonnance n°2015-899 du 23.07.2015 relative aux marchés publics, disponible sous : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000030920376&fastPos=1&fastReqId=354009881&categorieLien=cid&oldAction=rechTexte> (23.01.2019).

²²² Ordonnance n° 2015-899 du 23.07.2015 relative aux marchés publics, article 45. A noter que des dispositions spéciales sont encore prévues, notamment dans le cadre des marchés publics de défense ou de sécurité (voir l'article 46 de la même ordonnance). Voir encore : Candidatures : interdictions de

Droit procédural

8. Procédure administrative ou pénale

Les infractions prévues dans le Code pénal sont classiquement sanctionnées par le juge pénal, dans le cadre d'une **procédure pénale**.

En revanche, dans le cadre du contrôle par les autorités administratives telles que l'AMF, la CNIL ou encore l'Autorité de la concurrence²²³, les sanctions prononcées sont **administratives** tout comme la catégorie de la procédure.

Devant **l'Autorité de la concurrence**, la procédure est la suivante. Après avoir examiné la recevabilité de la saisine, l'Autorité analyse les conditions d'exercice de la concurrence sur le ou les marchés concernés. L'Autorité dispose de **services d'instruction**. Elle peut aussi faire appel à des enquêteurs locaux placés sous la direction du ministre chargé de l'économie, ainsi qu'à des experts²²⁴. Ses pouvoirs d'enquêtes incluent la possibilité d'accéder à tous locaux, terrains ou moyens de transport à usage professionnel, de demander la communication des livres, factures et tous autres documents professionnels et d'en obtenir copie, de recueillir sur convocation ou sur place les renseignements et justifications, et de désigner un expert pour procéder à toute expertise contradictoire nécessaire²²⁵. L'exercice de ces pouvoirs n'a lieu que « dans le cadre d'enquêtes demandées par la Commission européenne, le ministre chargé de l'économie ou le rapporteur général de l'Autorité de la concurrence sur proposition du rapporteur, **sur autorisation judiciaire** »²²⁶. Les visites et saisies s'effectuent sous l'autorité et le contrôle du juge. Des officiers de police judiciaire assistent aux opérations, et le juge peut se rendre dans les locaux pendant l'intervention.²²⁷ Au moment de la visite, l'autorisation judiciaire est notifiée à l'occupant des lieux ou son représentant. Ces derniers ont la faculté de **faire appel à un conseil de leur choix**.²²⁸ L'autorisation judiciaire peut faire l'objet de **recours non suspensif**²²⁹. Les visites ne sont possibles qu'entre 6 heures et 21 heures, en présence de l'occupant des lieux, son représentant, ou bien deux témoins²³⁰. Le déroulement des opérations de visite ou saisie peut faire l'objet d'un recours non suspensif²³¹. Un **emprisonnement** de six mois et une amende de 7 500 euros sont encourus par toute personne qui s'opposerait à l'exercice de ces pouvoirs d'enquête²³².

La loi prévoit expressément que l'« instruction et la procédure devant l'Autorité de la concurrence sont **pleinement contradictoires** »²³³. Seule réserve à cette disposition, **la préservation du secret des affaires** d'autres personnes permet à l'Autorité de refuser à une partie la communication ou la consultation de pièces ou de certains éléments contenus dans ces pièces. Dans ce cas, une version

soumissionner – marchés publics, disponible sous : <http://www.acheteurs-publics.com/marches-publics-encyclopedie/candidatures-interdictions-de-soumissionner> (23.01.2019).

²²³ Cf. 1. ci-dessus.

²²⁴ Autorité de la concurrence, Missions, disponible sous : http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?lang=fr&id_rub=169&id_article=436 (04.04.2019). Voir : Code de commerce, articles L. 450-1 et s.

²²⁵ Code de commerce, article L. 450-3.

²²⁶ Code de commerce, article L. 450-4.

²²⁷ Code de commerce, article L. 450-4, alinéas 3 et 4.

²²⁸ Code de commerce, article L. 450-4, alinéa 5.

²²⁹ Code de commerce, article L. 450-4, alinéa 6.

²³⁰ Code de commerce, article L. 450-4, alinéa 7.

²³¹ Code de commerce, article L. 450-4, alinéa 12.

²³² Code de commerce, article L. 450-8.

²³³ Code de commerce, article L. 463-1.

confidentielle et un résumé des pièces ou éléments en cause lui sont accessibles. Néanmoins, cette exception ne s'applique que lorsque les documents en question ne sont pas nécessaires à l'exercice des droits de la défense d'une partie mise en cause.²³⁴

Il est prévu que **notification des griefs est faite aux intéressés et au commissaire** du Gouvernement. Ils peuvent consulter le dossier et présenter **leurs observations** dans un délai de deux mois. Sauf décision contraire du rapporteur général de l'Autorité de la concurrence (procédure simplifiée)²³⁵, **un rapport**, accompagnés des pièces justificatives et des observations susmentionnées, sont ensuite notifiés aux parties, au commissaire du Gouvernement et aux ministres intéressés. Les parties disposent de deux mois pour présenter un **mémoire en réponse**, qui peut être consulté par les parties, le commissaire et les ministres.²³⁶

En cas de **procédure simplifiée** décidée lors de l'envoi de la notification des griefs, l'affaire est directement portée devant l'Autorité sans établissement préalable d'un rapport. La sanction pécuniaire ne peut alors pas excéder 750 000 euros pour chacun des auteurs de pratiques prohibées.²³⁷

Seules les parties et le commissaire du Gouvernement assistent aux séances de l'Autorité de la concurrence, qui ne sont donc **pas publiques**. **Les parties peuvent demander à être entendues par l'Autorité et se faire représenter ou assister**²³⁸.

L'Autorité de la concurrence peut alors prendre des mesures conservatoires, ordonner la fin des pratiques anticoncurrentielles, infliger des sanctions pécuniaires, ordonner la publication, diffusion ou affichage de sa décision, infliger des astreintes²³⁹, ou au contraire prendre une décision motivée indiquant qu'aucune pratique de nature à porter atteinte à la concurrence sur le marché n'est établie²⁴⁰. La décision de l'Autorité est susceptible de **recours non suspensifs**. Le juge peut toutefois ordonner qu'il soit **sursis à son exécution**²⁴¹. La décision de la cour d'appel est encore contestable devant la **Cour de cassation**²⁴².

En matière de **protection des données à caractère personnel**, la **CNIL** opère des contrôles pouvant aboutir à des sanctions. Lorsque les investigations menées conduisent à caractériser des manquements significatifs, le Président de la CNIL peut décider de mettre en demeure l'organisme d'adopter des mesures de mise en conformité, ou bien il peut transmettre le dossier à la **formation restreinte de la CNIL**²⁴³. C'est cette formation restreinte qui prononcera éventuellement des sanctions administratives pour non-respect des normes relatives à la protection des données ou pour absence de réponse à la mise en demeure ou non-respect des injonctions du Président de la CNIL²⁴⁴.

²³⁴ Code de commerce, article L. 463-4.

²³⁵ Code de commerce, article L. 463-3.

²³⁶ Code de commerce, article L. 463-2.

²³⁷ Code de commerce, articles L. 463-4 et L. 464-5 ; et Autorité de la concurrence, Mission, *op. cit.*

²³⁸ Code de commerce, article L. 463-7.

²³⁹ Code de commerce, articles L. 464-1 et L. 464-2.

²⁴⁰ Code de commerce, article L. 464-6.

²⁴¹ Code de commerce, articles L. 464-7 et L. 464-8.

²⁴² Code de commerce, article L. 464-8.

²⁴³ CNIL, Comment se passe un contrôle de la CNIL ?, disponible sous : <https://www.cnil.fr/fr/comment-se-passe-un-contrôle-de-la-cnil> (05.04.2019).

²⁴⁴ Cette transmission à la formation restreinte n'exclut pas la saisine des autorités pénales (article 40 du Code de procédure pénale ; article 11 e) de la Loi 78-17 du 06.01.1978 modifiée relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés ; CNIL, Comment se passe un contrôle de la CNIL ?, *op. cit.*)

L'investigation visant au contrôle de la mise en œuvre des traitements est effectuée par les membres de la CNIL et les agents de ses services habilités, entre 6 heures et 21 heures. Après en avoir préalablement **informé le procureur de la République**, ils ont accès aux espaces servant à la mise en œuvre d'un traitement de données à caractère personnel. Les lieux affectés au **domicile privé** ne sont accessibles que sur autorisation du juge. Le responsable des lieux a le **droit de s'opposer** à la visite. La visite ne pourra alors avoir lieu que sur autorisation du juge. Cependant, en cas d'urgence, de risque de dissimulation ou de destruction ou encore si la gravité des faits à l'origine du contrôle le justifie, la visite peut être autorisée à l'avance par le juge et le responsable ne pourra pas s'y opposer. La visite est effectuée sous le contrôle du juge, en présence de l'occupant des lieux ou de son représentant, éventuellement assisté d'un conseil, ou, à défaut, de deux témoins. Le juge ayant autorisé la visite peut être saisi d'une **demande de suspension ou d'arrêt de la visite**. Un **appel** peut également être interjeté contre la décision du juge ayant autorisé la visite et pour contester le déroulement des opérations de visites dont la finalité est l'exercice effectif des missions confiées à la CNIL.

Lors de ces visites, les membres de la CNIL et agents de ses services habilités, éventuellement assistés par des experts, peuvent **demande communication de tous documents** nécessaires et en prendre copie, recueillir tout renseignement et toute justification utiles et nécessaires, **accéder aux programmes informatiques et aux données** et en demander la transcription (dans des conditions préservant la confidentialité à l'égard des tiers). Le secret ne peut leur être opposé que lorsqu'il s'agit du **secret professionnel entre l'avocat et son client**, du **secret des sources des traitements journalistiques**, ou du **secret médical** lorsqu'il s'agit de traitements nécessaires aux fins de la médecine préventive, de la recherche médicale, des diagnostics médicaux, de l'administration de soins ou de traitements, ou de la gestion de service de santé (la communication des données médicales incluses dans cette catégorie de traitement ne peut se faire que sous l'autorité et en un présence d'un médecin). Outre les contrôles sur place et sur convocation, la CNIL peut procéder à toute constatation utile à partir des **données accessibles librement**, éventuellement sous une identité d'emprunt dans la mesure où il n'y a pas incitation à commettre une infraction. Le **procès-verbal** des visites sur place ou sur convocation est **dressé contradictoirement**²⁴⁵.

Il est prévu que **le fait d'entraver l'action de la CNIL est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende**²⁴⁶.

En ce qui concerne la **procédure conduisant au prononcé d'une sanction administrative**, elle a lieu devant la formation restreinte de la CNIL. Il est tout d'abord prévu qu'un **rapport** soit établi par un membre de la CNIL extérieur à la formation restreinte. Ce rapport est porté à la connaissance du responsable du traitement concerné. Ce dernier peut alors déposer des **observations** et se faire représenter ou assister. La loi prévoit que le rapporteur peut décider de présenter ses observations orales à la formation restreinte, mais ne peut pas prendre part aux délibérations de celle-ci. Toute autre personne pourra être entendue par la formation restreinte, si cette dernière l'estime utile. En revanche, le règlement intérieur de la CNIL prévoit que, après la prise de parole du rapporteur, l'organisme mis en cause s'exprime. En outre, **ce règlement intérieur prévoit que le président de séance donne systématiquement la parole en dernier à l'organisme mis en cause** ou à son conseil, avant de clore le débat.²⁴⁷

²⁴⁵ Loi 78-17 du 06.01.1978 modifiée relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, article 44 (article 19, à partir du 01.06.2019).

²⁴⁶ Loi 78-17 du 06.01.1978 modifiée relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, article 51.

²⁴⁷ Règlement intérieur de la CNIL, version consolidée au 22.01.2015, article 67, disponible sous : https://www.cnil.fr/fr/reglement-interieur-de-la-cnil#_Toc411938705 (10.04.2019).

La décision de la CNIL peut faire l'objet d'un **recours devant le Conseil d'État**²⁴⁸.

En matière de **marchés financiers**, la procédure devant l'AMF est la suivante. Après **enquête ou contrôle** effectués par les services de l'AMF, **le Collège de l'AMF est chargé des poursuites**. Si ce dernier décide d'ouvrir une procédure de sanction, la personne concernée et la Commission des sanctions en reçoivent notification. Les pièces du dossier sont alors accessibles à la personne mise en cause et au représentant du Collège. **La personne mise en cause**, éventuellement assistée ou représentée par un conseil de son choix, **a deux mois pour transmettre ses observations écrites** au président de la Commission des sanctions. **L'instruction est menée par un rapporteur** issu des membres de la Commission des sanctions. Ce rapporteur peut entendre la personne mise en cause, le cas échéant à la demande de celle-ci. Il procède à toutes diligences utiles, éventuellement à l'aide des services de l'AMF. **Le rapporteur produit un rapport dans lequel il émet un avis sur le bien-fondé des griefs. La personne mise en cause reçoit ce rapport et dispose de 15 jours pour transmettre ses observations** au représentant du Collège. Ce dernier peut y répondre par écrit. Suite à cela, la **séance de la Commission des sanctions** a lieu. Elle est **publique**, sauf si cela est contraire à l'ordre public, la sécurité nationale ou lorsque la protection des secrets d'affaires ou de tout autre secret protégé par la loi l'exige. Il revient en premier lieu au **rapporteur** d'exposer ses conclusions oralement. Elles sont suivies éventuellement des observations orales du **représentant du directeur général du Trésor**, puis de celles du **représentant du Collège**. Ce dernier **propose une sanction**. Le président de la formation peut faire entendre toute personne dont l'audition est estimée utile. **À la fin de la séance, la personne mise en cause, éventuellement assistée de son conseil, présente sa défense**. Le délibéré a ensuite lieu en la seule présence des membres de la Commission, dont le rapporteur ne fait pas partie. La sanction est publiée sur le site internet de l'AMF, sauf risque de grave perturbation des marchés financiers ou de préjudice disproportionné aux parties.²⁴⁹

Les décisions de la Commission des sanctions sont susceptibles de **recours devant le Conseil d'État** lorsqu'ils sont formés par des professionnels soumis au contrôle de l'AMF et les personnes physiques placées sous leur autorité ou agissant pour leur compte, **ou bien devant la cour d'appel de Paris**, lorsque les recours sont formés par toute autre personne. Ces recours, **non suspensifs**, peuvent être accompagnée d'une demande de sursis à exécution ou de suspension de la décision.²⁵⁰

9. Règlementation partielle ou entière de la procédure

Le Code pénal pose la responsabilité pénale de principe des personnes morales (cf. *supra* 1) ; par voie de conséquence, **la loi générale posée dans le Code de procédure pénale** est applicable aux entreprises. Le Code de procédure pénale dispose en ce sens que les dispositions qu'il contient « sont applicables à la poursuite, à l'instruction et au jugement des infractions commises par les personnes morales, sous réserve » de quelques rares aménagements notamment relatifs à la représentation de la personne morale, ou encore à son placement sous contrôle judiciaire²⁵¹.

²⁴⁸ Code de justice administrative, article R. 311-1.

²⁴⁹ AMF, Le déroulement de la procédure de sanction, disponible sous : https://www.amf-france.org/Sanctions-et-transactions/Notions-essentielles/Composition-de-la-Commission--deroulement-de-la-procedure-de-sanction-et-voies-de-recours#title_paragraph_1 (10.04.2019).

²⁵⁰ AMF, Les recours contre la décision de la commission des sanctions, disponible sous : https://www.amf-france.org/Sanctions-et-transactions/Notions-essentielles/Composition-de-la-Commission--deroulement-de-la-procedure-de-sanction-et-voies-de-recours#title_paragraph_2 (10.04.2019).

²⁵¹ Voir Code de procédure pénale, articles à 706-41 à 706-46.

En revanche, **les procédures administratives** devant les autorités administratives telles que l'AMF²⁵², la CNIL²⁵³ ou encore l'Autorité de la concurrence²⁵⁴ **ont chacune leurs spécificités**²⁵⁵.

10. Règles concernant la succession juridique

Il convient de **distinguer les cas de transformation de ceux d'absorption**.

Lorsqu'une personne morale est transformée (c'est-à-dire lorsqu'une société prend une autre forme), il n'y a pas création d'une nouvelle personne morale²⁵⁶. La doctrine en déduit que **la transformation ne supprime pas la responsabilité pénale de la société**, qui devra répondre des infractions commises sous sa forme précédente²⁵⁷.

En revanche, **la société absorbante ne répond pas des infractions commises pour le compte de la société absorbée**. La jurisprudence précise même que « la fusion faisant perdre son existence juridique à la société absorbée, l'action publique est éteinte à son égard »²⁵⁸ également. Toutefois, une société absorbante, venant aux droits et obligations de la société absorbée, est **tenue de payer les dommages-intérêts** prononcés aux parties civiles^{259, 260}.

11. Règles concernant les statuts de lanceur d'alerte et de repentir

Après une première loi de 2013 visant à protéger les lanceurs d'alerte dans les domaines de la santé et de l'environnement²⁶¹, une loi de 2016²⁶² a étendu la protection et créé un véritable **statut général des lanceurs d'alerte**.

²⁵² Code monétaire et financier, articles L. 621-1 et s. et R. 621-1 et s.

²⁵³ Loi n° 78-17 du 06.01.1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, articles 11 et s. et 45 et s.

²⁵⁴ En ce qui concerne sa mission de contrôle des concentrations, voir : Le contrôle des concentrations, disponible sous : http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?lang=fr&id_rub=296&id_article=1018 (23.01.2019) ; ainsi que les articles L. 430-1 et s. du Code de commerce.

²⁵⁵ Cf. *supra* 8.

²⁵⁶ Code civil, article 1844-3.

²⁵⁷ B. De Lamy & M. Segonds, Fasc. 7 : Responsabilité pénale des personnes morales, in Jurisclasseur Pénal des affaires, 2018, N 16.

²⁵⁸ Cour de cassation, chambre criminelle, 09.09.2009, n° 08-87.312 ; 29.09.2009, n° 08-88.527 ; 09.02.2010, n° 09-81.574 ; 18.02.2014, n° 12-85.807 ; et, même après la décision de la CJUE du 05.03.2015 (aff. C-343/13), Cour de cassation, chambre criminelle, 25.10.2016, n° 16-80.366, disponible sous : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000033321064&fastReqId=1149238785&fastPos=1> (24.01.2019).

²⁵⁹ Cour de cassation, chambre criminelle, 28.02.2017, n° 15-81469, disponible sous : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000034140504&fastReqId=1956209874&fastPos=1> (24.01.2019).

²⁶⁰ De Lamy & Segonds, Fasc. 7 : Responsabilité pénale des personnes morales, *op. cit.*, N 13.

²⁶¹ Loi n° 2013-316 du 16.04.2013 relative à l'indépendance de l'expertise en matière de santé et d'environnement et à la protection des lanceurs d'alerte.

²⁶² Loi n° 2016-1691 du 09.12.2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie numérique, disponible sous :

Cette dernière loi définit un lanceur d'alerte comme étant :

« **une personne physique qui révèle ou signale, de manière désintéressée et de bonne foi, un crime ou un délit**, une violation grave et manifeste d'un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, d'un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur le fondement d'un tel engagement, de la loi ou du règlement, **ou une menace ou un préjudice graves pour l'intérêt général, dont elle a eu personnellement connaissance.**

Les faits, informations ou documents, quel que soit leur forme ou leur support, couverts par le secret de la défense nationale, le secret médical ou le secret des relations entre un avocat et son client sont exclus du régime de l'alerte »²⁶³.

Cette loi modifie le Code pénal pour y indiquer que les lanceurs d'alerte ne sont pas tenus pénalement responsables pour la divulgation de **secret protégé par la loi**, lorsque cela est nécessaire et proportionné à la sauvegarde des intérêts en cause, sous réserve qu'ils respectent les procédures de signalement définies par la loi²⁶⁴.

Il est prévu que les procédures mises en œuvre pour recueillir les signalements (précisées par ailleurs dans la loi²⁶⁵) garantissent une **stricte confidentialité** de l'identité des auteurs du signalement, des personnes visées par celui-ci et des informations recueillies par l'ensemble des destinataires du signalement. Les éléments de nature à identifier ces personnes doivent également ne pas être

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000033558528&categorieLien=id> (24.01.2019).

²⁶³ Loi n° 2016-1691 du 09.12.2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie numérique, article 6.

²⁶⁴ Loi n° 2016-1691 du 09.12.2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie numérique, article 7 ; la procédure ci-dessus présentée est définie à l'article 8 de la loi (cf. la prochaine note de bas de page ci-dessous) ; voir également l'article 16 de la loi en ce qui concerne le signalement des manquements professionnels dans le cadre monétaire et financier.

²⁶⁵ Loi n° 2016-1691 du 09.12.2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie numérique, article 8 (procédure générale) : « I. - Le signalement d'une alerte est porté à la connaissance du supérieur hiérarchique, direct ou indirect, de l'employeur ou d'un référent désigné par celui-ci.

En l'absence de diligences de la personne destinataire de l'alerte mentionnée au premier alinéa du présent I à vérifier, dans un délai raisonnable, la recevabilité du signalement, celui-ci est adressé à l'autorité judiciaire, à l'autorité administrative ou aux ordres professionnels.

En dernier ressort, à défaut de traitement par l'un des organismes mentionnés au deuxième alinéa du présent I dans un délai de trois mois, le signalement peut être rendu public.

II. - En cas de danger grave et imminent ou en présence d'un risque de dommages irréversibles, le signalement peut être porté directement à la connaissance des organismes mentionnés au deuxième alinéa du I. Il peut être rendu public.

III. - Des procédures appropriées de recueil des signalements émis par les membres de leur personnel ou par des collaborateurs extérieurs et occasionnels sont établies par les personnes morales de droit public ou de droit privé d'au moins cinquante salariés, les administrations de l'État, les communes de plus de 10 000 habitants ainsi que les établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre dont elles sont membres, les départements et les régions, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État.

IV. - Toute personne peut adresser son signalement au Défenseur des droits afin d'être orientée vers l'organisme approprié de recueil de l'alerte. ». Voir également l'article 16 de la loi en ce qui concerne le signalement des manquements professionnels dans le cadre monétaire et financier ; ainsi que le Décret n° 2017-564 du 19.04.2017 relatif aux procédures de recueil des signalements émis par les lanceurs d'alerte au sein des personnes morales de droit public ou de droit privé ou des administrations de l'État, disponible sous :

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000034443268&fastPos=1&fastReqId=1004646125&categorieLien=cid&oldAction=rechTexte> (24.01.2019).

divulgués, sauf à l'autorité judiciaire, avec le consentement du lanceur d'alerte (pour ce qui le concerne) et uniquement une fois que le caractère fondé de l'alerte est établi (pour ce qui concerne la personne mise en cause). Le non-respect de la confidentialité est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende.²⁶⁶

Par ailleurs, toute personne faisant **obstacle à la transmission d'un signalement** encourt une peine d'emprisonnement d'un an et une amende de 15 000 €. En ce sens, il est encore prévu que les **plaintes pour diffamation contre un lanceur d'alerte** qui s'avèreraient abusives ou dilatoires sont sanctionnées d'une amende civile de 30 000 €.

Des mesures de protection des lanceurs d'alerte sont également prévues dans **le droit du travail**, notamment en ce qui concerne le recrutement, la formation, la sanction, la discrimination, la promotion professionnelle, etc.²⁶⁷.

En ce qui concerne les **repentis**, le Code pénal prévoit, de manière générale, la possibilité pour le législateur de prévoir pour une infraction spécifique que peut être diminuée la peine²⁶⁸ d'une personne qui a tenté de commettre ou a commis une infraction, mais a averti les autorités et ainsi permis d'éviter la réalisation de l'infraction ou d'en punir les autres auteurs ou complices. Toutefois, nos recherches n'ont pas permis d'identifier une telle possibilité pour les infractions pertinentes pour la présente étude. On fera néanmoins le parallèle avec l'exonération de sanction administrative déjà mentionnée²⁶⁹ et prévue en matière de pratiques anticoncurrentielles, en cas de contribution à établir la réalité de la pratique prohibée et à identifier ses auteurs.

12. Obligations de coopération par l'entreprise dans la procédure de sanction

Dans le cadre de la **procédure pénale** générale, les personnes morales comme les personnes physiques bénéficient des droits de la défense, parmi lesquels figurent **le droit de se taire**. Ce droit est exercé, pour une personne morale, en la personne de **son représentant**.²⁷⁰ Ce dernier est le représentant légal

²⁶⁶ Loi n° 2016-1691 du 09.12.2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie numérique, article 9.

²⁶⁷ Voir : Loi n° 2016-1691 du 09.12.2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie numérique, articles 10, 11 et 12.

²⁶⁸ Code pénal, article 132-78 : « La personne qui a tenté de commettre un crime ou un délit est, dans les cas prévus par la loi, exempte de peine si, ayant averti l'autorité administrative ou judiciaire, elle a permis d'éviter la réalisation de l'infraction et, le cas échéant, d'identifier les autres auteurs ou complices.

Dans les cas prévus par la loi, la durée de la peine privative de liberté encourue par une personne ayant commis un crime ou un délit est réduite si, ayant averti l'autorité administrative ou judiciaire, elle a permis de faire cesser l'infraction, d'éviter que l'infraction ne produise un dommage ou d'identifier les autres auteurs ou complices.

Les dispositions de l'alinéa précédent sont également applicables lorsque la personne a permis soit d'éviter la réalisation d'une infraction connexe de même nature que le crime ou le délit pour lequel elle était poursuivie, soit de faire cesser une telle infraction, d'éviter qu'elle ne produise un dommage ou d'en identifier les auteurs ou complices.

Aucune condamnation ne peut être prononcée sur le seul fondement de déclarations émanant de personnes ayant fait l'objet des dispositions du présent article. »

²⁶⁹ Cf. *supra* 6.

²⁷⁰ Code de procédure pénale, article 406 ; Convention européenne des droits de l'homme, article 6 ; Cour de cassation, chambre criminelle, 24.05.2016, pourvoi n° 15-82.516, disponible sous :

de la personne morale à l'époque des poursuites. Si cette personne physique est également inquiétée pour les mêmes faits ou des faits connexes, un mandataire de justice est désigné pour représenter la personne morale. Par ailleurs, il peut être prévu par la loi ou les statuts d'une société que, dans le cadre éventuel de procédures pénales, le représentant de la personne morale serait une autre personne bénéficiant alors d'une délégation de pouvoir.²⁷¹

Dans le cadre des **procédures de sanction à caractère administratif**, il en va différemment. Par exemple, en matière de marchés financiers, **l'AMF a des pouvoirs d'enquête²⁷² qui implique la coopération de l'entreprise**, qui devra par exemple lui communiquer tout document, quel qu'en soit le support, et en obtenir la copie. Les enquêteurs doivent également pouvoir accéder aux locaux professionnels. A cette occasion, le secret professionnel ne peut pas leur être opposé²⁷³. A noter que toute personne peut être auditionnée par l'AMF²⁷⁴, qu'elle soit susceptible d'être ultérieurement mise en cause ou non. Cette personne a le droit de se faire assister d'un conseil de son choix²⁷⁵. Cependant, les enquêteurs ne peuvent, par eux-mêmes, surmonter les éventuels obstacles à l'exercice de leurs fonctions qui leur seraient opposés. Cela étant, des poursuites pénales contre l'auteur d'une telle entrave sont possibles ; il s'expose à des sanctions pénales^{276,277}. En effet, le Code monétaire et financier prévoit qu' « est puni d'un **emprisonnement de deux ans et d'une amende de 300 000 euros le fait, pour toute personne, de mettre obstacle à une mission de contrôle ou d'enquête de l'Autorité des marchés financiers [...] ou de lui communiquer des renseignements inexacts** »²⁷⁸. Il en va de même dans le domaine de la protection des données à caractère personnel, puisque l'entrave aux procédures d'enquête menée par la CNIL est puni d'une amende de 15 000 euros et d'un an de prison²⁷⁹.

13. Conflits d'intérêts de membres de l'entreprise

Les personnes physiques convoquées, en tant que **témoins**, par un juge ou un officier de police judiciaire sont **obligés de comparaître**²⁸⁰.

Il existe des **mesures de protection** des témoins. Elles peuvent consister en la déclaration de leur domicile à l'adresse du commissariat ou à leur adresse professionnelle²⁸¹, voire en l'absence de mention de l'identité du témoin dans le dossier de la procédure²⁸². Toutefois, cette dernière mesure

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000032597756&fastReqId=767458878&fastPos=1> (08.02.2019) ; Cour de cassation, chambre criminelle, 07.06.2016, pourvoi n° 15-81.171, disponible sous :

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000032681840&fastReqId=1430650756&fastPos=1> (08.02.2019) ; B. Lavielle, Et si nous parlions... du droit de se taire ?, disponible sous : https://www.doctrine.fr/articles_pdf/Droit-au-silence_Bruno-Lavielle_mars-2018.pdf (08.02.2019).

²⁷¹ Code de procédure pénale, article 706-43.

²⁷² Code monétaire et financier, articles L. 621-9 et s.

²⁷³ Code monétaire et financier, article L. 621-9-3.

²⁷⁴ Code monétaire et financier, article R. 621-34.

²⁷⁵ Code monétaire et financier, article L. 621-11.

²⁷⁶ Code monétaire et financier, article L. 642-2.

²⁷⁷ Lepage et al., Droit pénal des affaires, *op. cit.*, p. 560.

²⁷⁸ Code monétaire et financier, article L. 642-2.

²⁷⁹ Loi 78-17 du 06.01.1978 modifiée relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, article 51.

²⁸⁰ Code de procédure pénale, articles 62 et 78, 281, 310, 312, 324 à 326, 435 à 457 et 513.

²⁸¹ Code de procédure pénale, article 706-57.

²⁸² Code de procédure pénale, article 706-58 ; voir également les articles suivants.

n'est envisageable que dans les procédures portant sur un crime ou un délit puni d'au moins trois ans d'emprisonnement.

Par ailleurs, **aucune mesure de protection générale n'est prévue pour protéger des salariés** qui témoigneraient contre leur entreprise, en matière pénale. Cela étant, on relève **des mesures de protection des salariés dans le droit du travail** ; il s'agit alors de mesures spécifiques, par exemple en cas de témoignage dans des cas de harcèlement sexuel²⁸³ ou moral²⁸⁴ ou de discrimination²⁸⁵, ou bien du respect de la **liberté fondamentale de témoigner**²⁸⁶. Les employés qui témoignent contre leur employeur sont alors protégés contre un licenciement ou tout autre forme de sanction.

²⁸³ Code du travail, article L. 1153-3.

²⁸⁴ Code du travail, article L. 1152-2.

²⁸⁵ Code du travail, article L. 1132-3.

²⁸⁶ Convention européenne des droits de l'homme, articles 6 et 10 ; Cour de cassation, chambre sociale, 29.10.2013, pourvoi n° 12-22447, disponible sous : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000028147669&fastReqId=1185149183&fastPos=1> (13.02.2019).

C. NIEDERLANDE

The Swiss institute for comparative law ('SIR') is working on a project concerning corporate criminal liability in Germany, France, Austria and the Netherlands. *Ivy Advocaten* has been requested to provide input with respect to the legal situation in the **Netherlands**. For this purpose, SIR provided *Ivy Advocaten* with a questionnaire.

Substantive Law

1. Sectoral Sanctioning Mechanisms or General Regulations

In the Netherlands, **criminal law is regulated by the Dutch Criminal Code ("DCC")**. Some offences are included in sectoral laws, such as labour law and environmental offences.²⁸⁷ Insofar as the **criminal liability of both companies and individuals is concerned, this is recognised by article 51 DCC**. This will be discussed in Section 3 of this country report, below.

2. Definition

2.1. Definition of Companies

According to Article 51 DCC, offences can be committed by **'legal entities'**.²⁸⁸

Whether an entity has **legal personality** is determined under Dutch private law. In Article 2:1, 2:2 and 2:3 of the Dutch Civil Code, legal personality is attributed to:

- the private limited-liability company,
- the public limited company,
- associations and co-operatives,
- foundations and mutual societies,
- public authorities such as provinces and municipalities, and
- religious denominations.²⁸⁹

Article 51, paragraph 3 DCC, however, **broadens the scope with regard to corporate criminal liability** by stating that certain entities without legal personality in civil law can be held criminally liable:

²⁸⁷ Criminal procedure law is included in the Dutch Code of Criminal Procedure ("DCCP").

²⁸⁸ Article 51 DCC reads (translation made available by the European Judicial Training Network at http://www.ejtn.eu/PageFiles/6533/2014%20seminars/Omsenie/WetboekvanStrafrecht_ENG_PV.pdf (27.02.2019)):

"1. Criminal offences can be committed by natural persons and legal persons.

2. If a criminal offence is committed by a legal person, criminal proceedings may be instituted and such punishments and measures as prescribed by law, where applicable, may be imposed:

1°. on the legal person; or

2°. on those persons who have ordered the commission of the criminal offence, and on those persons who actually directed the unlawful acts; or

3°. on the persons referred to in 1° and 2° jointly.

3. In the application of the preceding subsections, the following shall be considered as equivalent to the legal person: the unincorporated company, the partnership, the shipping company and the special purpose fund."

²⁸⁹ Commentary on article 51 Dutch Criminal Code (T&C Strafrecht, commentaar op art. 51, aant. 3).

- the business partnership,
- the shipping company,
- special-purpose assets.

Moreover, **(civil) defects of form** in the foundation of the legal entity are **not an impediment to criminal liability** in the sense of article 51 DCC.²⁹⁰

2.2. Regulation of Liability within Corporations

In the Netherlands, **no specific rules exist with respect to criminal liability of the corporate structure**. The same (general) criteria that apply for corporate criminal liability, as discussed in Section 3, *infra*, are also used to determine liability for criminal conduct within a corporate group (“*concern*”) structure, such as holding a Dutch parent company criminally liable for the behaviour of its (foreign) subsidiary or vice versa. Moreover, from case law of the Dutch Supreme Court it follows that a (holding) company can be held liable not only as a corporate entity, but also as a ‘*de facto director*’ (which concept will be explained in Section 3, *infra*).²⁹¹

3. Liability

We have interpreted the question, in the context of corporate criminal law, as follows: 1) explain the responsibility of the company for actions of the executive staff (*e.g.* directors), 2) explain whether both individuals and companies can be held liable at the same time in this matter.

3.1. Criminal Law

Article 51 DCC establishes the criminal liability of:

- the **legal entity**; and/or
- the person who guided the prohibited conduct hereafter indicated as the ‘*de facto director*’, signifying that this person need not be a board member and need even not have any formal position at all within the company (see explanation below).

3.2. Legal Entity

Companies can be held liable when a criminal offence can be ‘**reasonably imputed**’²⁹² to the company²⁹³. This imputation depends on the specific circumstances of the case, in particular on the nature of the (prohibited) conduct.

The Dutch Supreme Court has provided important points of reference in this respect, in particular that the offence must have been committed ‘**within the sphere of the company**’ in order for there to be liability.²⁹⁴

²⁹⁰ Commentary on article 51 Dutch Criminal Code, note 3.

²⁹¹ Supreme Court of the Netherlands 26 April 2016, ECLI:NL:HR:2016:733, consideration 3.5.1.

²⁹² In Dutch: ‘*redelijke toerekening*’.

²⁹³ Supreme Court of the Netherlands 21 October 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7938, available at <http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:HR:2003:AF7938> (19.02.2019).

²⁹⁴ In Dutch: ‘*in de sfeer van de rechtspersoon*’.

The Dutch Supreme Court has provided additional factors that are deemed relevant for deciding whether an offence was committed within this 'sphere':²⁹⁵

- Whether the company could have taken action against the perpetrator, but instead accepted his/her conduct. This acceptance includes failure to take reasonable care to prevent the conduct;
- Whether the company profited from the conduct;
- Whether the person(s) who committed the offence were employees of the company;
- Whether the conduct falls within the regular business activities of the company²⁹⁶;

With respect to '**persons who work for the company**', this need not be an actual employee; the Supreme Court has ruled that it is also not necessary that the conduct be committed by an official body of the legal entity. Moreover, liability may still be imputed to the company even where the conduct in question has been committed by an employee with no formal managerial authority. In other words, there need not be a formal relationship of legal authority in order for some form of decision-making power to be attributed to the perpetrator; a *de facto* relationship of authority can provide decision-making power to the perpetrator. Decision-making power is (therefore) not limited to directors and officers, but can also be attributed to others, such as employees, advisers, contractors, etc, provided the above criteria are met.²⁹⁷

3.3. Directors and Officers

The fact that a person is a board member of the company does not lead to criminal liability.

The person who can be held criminally liable is someone who guided the prohibited conduct, the '**de facto director**' of the prohibited conduct, which concerns any individual who, although s/he did not directly commit the offence itself was in a **position to intervene** and was, based on his position with respect to the company/affiliate, **obliged to intervene**, but failed to do so.

In practice, this often concerns directors and officers of a company.

When the individual concerned is actively involved, liability can be established based on his/her active behaviour. Moreover, in situations where the officer did not act but was more passively involved, the '*de facto* director' can also be held liable. This is the case if s/he was aware that such conduct was taking place or appreciated the risk that such conduct would occur.

With respect to this so-called '**passive**' liability, the Dutch Supreme Court has given the following examples:²⁹⁸

- 'the offence was the inevitable consequence of the policy implemented by the *de facto* director';
- 'playing a role in acts in such a way and taking initiatives that s/he was in charge of the criminal act' which s/he 'could have prevented, but failed to do so'.

Dolus eventualis suffices, also in respect of the above. It therefore suffices when a director of the company accepted the possibility that the prohibited behaviour would occur when s/he approved the

²⁹⁵ Supreme Court of the Netherlands 26 April 2016, ECLI:NL:HR:2016:733, consideration 3.4.1, available at <http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:HR:2016:733> (19.02.2019).

²⁹⁶ Supreme Court of the Netherlands 14 January 1992, NJ 1992/413.

²⁹⁷ Commentary on article 51 Dutch Criminal Code, note 6.

²⁹⁸ Supreme Court of the Netherlands 26 April 2016, ECLI:NL:HR:2016:733, consideration 3.5.3, available at <http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:HR:2016:733> (19.02.2019).

respective change. However, this only applies in case s/he is authorised and obliged to take measures to prevent the prohibited conduct of the company but failed to do so. The fact of general awareness is taken into account, but knowledge must exist to some extent that the offences are taking place or that these (or other, similar, ones) have taken place in the past.²⁹⁹

An individual can only be held liable as a ‘*de facto* director’, when the company/affiliate is liable itself: without liability of the company, no liability for these individuals can exist. However, prosecution need not proceed in relation to both of them.

The ‘*de facto* director’ can be an individual as well as a (holding) company. The latter is especially relevant for corporate group (“concern”) structures.

3.4. Administrative Law

In the Netherlands, **administrative law** includes both **competition law** and **financial law**. All relevant areas of law in this respect are brought together in the General Administrative Law Act (‘ALA’). The possibility to issue fines to companies and its liable directors/officers is also harmonised through the ALA. The ALA is applicable alongside other acts, such as the Competitive Trading Act (‘CTA’) and the Act on Financial Supervision. By way of example: the Authority for Consumers and Markets of the Netherlands (‘ACM’) has the power to impose sanctions on natural persons for violations of the CTA, but has to base itself on the ALA, more specifically on article 5:1 paragraph 3 ALA, who can be considered as an ‘offender’. This article 5:1 paragraph 3 ALA states that the offender is the person who commits or participates in the offence. The term **offender includes both individuals and legal entities**, and specific reference is made in Article 5:1 Paragraph 3 ALA to Article 51 DCC. In other words: Competition law and financial law are brought together in administrative law, under which a direct link is created with the concept of the ‘*de facto* director’ as developed in criminal law. This is done in order to prevent administrative law from unnecessarily deviating from criminal law.³⁰⁰

4. Types of Sanctions for Companies

4.1. Criminal Law

The DCC includes no specific provisions regarding sanctions for legal entities other than Article 23 DCC which provides for a **(next) higher category of maximum fine for companies** and even, in exceptional circumstances, for a **fine of 10 % of the annual turnover** of the preceding financial year.³⁰¹³⁰²

²⁹⁹ Supreme Court of the Netherlands 4 December 2018, ECLI:NL:HR:2018:2247, available at <http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:HR:2018:2247> (19.02.2019).

³⁰⁰ *Parliamentary Papers II* 2003/04, 29 702, no. 3, p. 125, available at <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-29702-3.html> (19.02.2019).

³⁰¹ Art. 23, Par. 7 DCC.

³⁰² Art. 23, Par. 4 DCC reads as follows (translation of the author):
 ‘The first category, € 335 [edit: As of 1 January 2018, € 415.];
 the second category, € 3’350 [edit: As of 1 January 2018, € 4’150.];
 the third category, € 6’700 [edit: As of 1 January 2018, € 8’300.];
 the fourth category, € 16’750 [edit: As of 1 January 2018, € 20’750.];
 the fifth category, € 67’000 [edit: As of 1 January 2018, € 83’000.];
 the sixth category, € 670’000 [edit: As of 1 January 2018, € 830’000.]’

The DCC contains **primary sanctions** (fine, etc.) and **secondary sanctions**, of which the following are particularly relevant for companies: **forfeiture of assets and publication of the verdict**.³⁰³ Publication of the verdict is not often imposed (although all verdicts are read out publicly).³⁰⁴

In addition, the DCC provides for the imposition of **measures**, of which the following are relevant for companies:

- The prohibition of the circulation of property (Article 36c/36d DCC);
- Forfeiture of unlawful profit;
- Confiscation of unlawful profit;
- Compensation of the injured party through an obligation to pay a specified sum to the State on behalf of the victim (Article 36f DCC) (the State subsequently hands over the money to the victim³⁰⁵).

In addition to the DCC, some other Acts provide for sanctions that can be imposed on legal entities. Of particular relevance is the **Economic Offences Act (EOA)**, with respect to specified criminal offences, often related to the regulation of economic activities, including anti-money laundering laws and environmental laws.³⁰⁶

Based on the EOA, some or all of the **activities of a legal entity can be suspended** for a maximum term of one year. To the extent that the interests in question require immediate action, the court can also order that all or some of the activities be suspended as a temporary measure.

In the event that a criminal offence is considered to be **related to the regulation of economic activities**, the following **measures** are also available:

- The court may hand over control of specified economic activities of the convicted person to another (legal) person.
- The court may require the performance of whatever obligation was omitted in breach of the law or the undoing of whatever was done contrary to the law.
- The court may order the withdrawal of advantages granted to a corporation by public authorities (*e.g.*, a grant or a permit) for a maximum term of two years.

4.2. Administrative Law

From Article 5:1, Paragraph 3 ALA it follows that **administrative sanctions can also be imposed on the legal entity**. Administrative sanctions are mentioned in Article 5:2 ALA. Administrative sanctions consist of remedial and punitive sanctions. Both may be applied to a company.

Pursuant to Article 5:40 ALA the **administrative fine** is the administrative sanction, implying an unconditional obligation to pay a sum of money, which is aimed at punishing the offender.

³⁰³ The DCC sets a maximum fine for each criminal offence. There are six categories, ranging from € 415 to € 830'000. Every criminal offence is assigned to one of the first five categories.

³⁰⁴ Court of Rotterdam 13 June 2000, ECLI:NL:RBROT:2000:AA6189, available at <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBROT:2000:AA6189> (19.02.2019).

³⁰⁵ Van Keulen & Gritter 2010, *Corporate Criminal Liability in the Netherlands*, *op. cit.*, p. 7.

³⁰⁶ The Economic Offences Act (EOA) is not only applicable to legal persons: depending on the offence in question, a natural person can also commit an 'economic offence'.

5. Sanctioning

5.1. Criteria for Determining the Sanction

In the Netherlands, **no legal guidelines exist in relation to sanctioning of companies** (traditionally, the Netherlands is not keen on setting legal criteria for sanctioning at all). However, recommendations for the prosecution service and courts have now existed for some time (although not often in writing for companies). Their purpose is to promote unity throughout the country. These recommendations do not bind the criminal judge in a concrete case, but are intended to provide guidance.³⁰⁷

5.2. Regulation on Confiscation and Forfeiture

In the Netherlands, both **forfeiture** and the **confiscation of illegally obtained benefit** exist.

Forfeiture can be imposed as a sanction and may include confiscation of illegally obtained profits.³⁰⁸ Forfeiture of objects and rights is possible in case of conviction with respect to almost every punishable offense if there is at least a relationship between the object(s) and/or right(s) pertaining to them and the offense itself.³⁰⁹

The **confiscation of illegally obtained benefits is not a punitive sanction** but a measure which can be imposed on the convicted company, in a separate ruling (or even a separate procedure), in order to seize criminal profits. The judge can impose the confiscation measure only if the company is convicted of a criminal offense for which, according to the statutory definition, a fine of the fifth category may be imposed. The confiscation measure, however, can also include illegal profit for which the defendant was not convicted,³¹⁰ provided there are sufficient indications³¹¹ that he (also) committed this offence.³¹¹ It needs to be shown that either the offense or other criminal offenses have resulted in the convicted offender illegally obtaining benefits.³¹²

6. Taking into Account Cooperation or Recompense when Determining the Sanction

In the Netherlands, companies may be eligible for an **out of court settlement** (Article 74 DCC). The Public Prosecution Service has repeatedly stated that this is particularly the case if a company voluntarily discloses and/or cooperates with the criminal investigation. However, no formal rules or regulations exist with respect to out of court settlement, which is currently the topic of much debate (the practice of settling out of court currently is a politically sensitive theme).

Voluntary disclosure and cooperation may also lead to **other forms of favourable treatment**, including the imposition of **lower penalties**. That said, **no rules exist** about the way the voluntary disclosure or other cooperation leads to a better treatment.

³⁰⁷ See <https://www.rechtspraak.nl/Voor-advocaten-en-juristen/Reglementen-procedures-en-formulieren/Strafrecht/Paginas/Orientatiepunten-voor-straftoemeting.aspx> (20.02.2019).

³⁰⁸ Article 9, paragraph 5 DCC.

³⁰⁹ Commentary on Article 9 Dutch Criminal Code.

³¹⁰ Article 36e paragraph 1 DCC.

³¹¹ Article 36e paragraph 2 DCC.

³¹² Article 36e paragraph 3 DCC; Commentary on article 36e Dutch Criminal Code.

7. State Registration of Sanctions against Companies

In the Netherlands, **criminal record systems exist**.³¹³ The Dutch judicial and criminal data decree regulates who can request these records.³¹⁴ The person concerned, including a company, can only request a '**Certificate of Conduct**', which is a statement that past behaviour does not indicate that the subject of the certificate is unable/unlikely to fulfill a specific task or function in society. The government screens persons and legal entities that apply for this certificate.³¹⁵

Procedural Law

8. Administrative or Criminal Proceedings: the *Una Via* principle

Some offences can lead to sanctions **under criminal law, as well as under administrative law**, however not at the same time.

In order to prevent double jeopardy / '*ne bis in idem*', **coordination between the administrative authority and the Dutch Public Prosecution Service is mandatory in those cases** in which the administrative authority wishes to impose a punitive sanction.

The obligation to choose either criminal law or administrative law is called the ***una via*-decision** ('one route'). The legal basis is Article 243 Paragraph 2 DCP and Article 5:44 ALA. The obligation to take a '*una via*'-decision is a consequence of the provisions in Article 68 DCC and Article 5:43 ALA, in which the principle of '*ne bis in idem*' is codified.³¹⁶

9. Partial or Conclusive Regulation of the Procedure

See our answers to Questions 4 and 5.

10. Rules on Legal Succession

The Dutch legal system has rules on **dissolution**³¹⁷ and **legal succession in criminal matters**. These rules arise from **case law** however, not from the DCC.

A legal entity can be dissolved before, during or after prosecution for a criminal offence. The company being already dissolved before any judgment, may have consequences for the case: if the company is indicted after its dissolution becomes public knowledge (publication, Chamber of

³¹³ <https://www.justid.nl/organisatie/JDS/index.aspx> (20.02.2019).

³¹⁴ <https://www.rijksoverheid.nl/wetten-en-regelingen/productbeschrijvingen/inzage-van-straflblad-uitreksel-justitiele-documentatie> (20.02.2019). Exceptions are the head of the Company Security Service of the Royal Dutch Airlines, the director of SAGEM Identification BV, the director of the Dutch Central Institute for 'Giro Effectenverkeer BV', the President of the Dutch Central Bank 'De Nederlandsche Bank N.V.', the director of 'Joh. Enschede Facilities BV' and the Chairman of the Dutch Authority for the Financial Markets.

³¹⁵ <https://www.justis.nl/> (20.02.2019).

³¹⁶ Commentary on Article 5:44 of the General Administrative Law Act.

³¹⁷ We have also included dissolution in our answer, which technically formed part of question 4.

Commerce), there no longer exists a right to prosecute. If the company is indicted before its dissolution has become public knowledge, the right to prosecute is preserved.³¹⁸

A legal entity can merge, change into a different legal form or change its name. The Dutch Supreme Court has ruled that ‘**the social reality**’ rather than the rules of civil law are decisive.³¹⁹ For instance, if there is a formal discontinuation, but a factual continuation of a company’s activities in a new company, the new legal entity may be held liable for conduct that was carried out by the former legal entity. This is particularly the case if the new private limited company is to be identified with an old private limited company, for instance because both companies have the same enterprise, the same director and (more or less) the same name.³²⁰ This kind of equivalency is also possible in mergers.³²¹

11. Rules on Crown Witnesses and Whistle-blowers

11.1. The Crown Witness

Responsibility for making **agreements with crown witnesses** rests with the **Prosecution Service**. No specific rules exist in relation to key witnesses of companies and as far as we know, the concept of the crown witness has never been used in cases against companies (but only in cases of the most severe organised crime).

11.2. The Whistle-blower

The Dutch ‘**House of Whistle-blowers Act**’ was introduced in 2016. This law aims to strengthen the position of whistle-blowers.

An employee may report suspected abuse within the organization where he works or has worked. An employee must **first submit an internal report to his employer**. The employer may not disadvantage the employee because he has made such a report. If this report is not handled properly, he can report it to an external authority.³²² In some cases, he can also submit a request for research to the Research Department of the House for Whistle-blowers. A report must relate to:

- Violation of a legal requirement
- Danger to public health
- Danger to the safety of persons
- Risk of environmental degradation
- Danger to the proper functioning of the government organization or company as a result of inappropriate handling or negligence.³²³

³¹⁸ For instance, HR 2 October 2007, *NJ* 2008, 550.

³¹⁹ Supreme Court of the Netherlands 6 April 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZD3918, and Supreme Court of the Netherlands 13 October 1998, *NJ* 1999, 498.

³²⁰ Supreme Court of the Netherlands 28 October 1980, *NJ* 1981, 123; Supreme Court of the Netherlands 6 April 1999, *L/N* ZD3918.

³²¹ Supreme Court of the Netherlands 19 September 1977, *NJ* 1977, 616.

³²² <https://huisvoorklokkenluiders.nl/klokkenluidersregeling-en-intern-melden/> (20.02.2019).

³²³ <https://huisvoorklokkenluiders.nl/advies-bij-werkgerelateerde-misstand/> (20.02.2019).

12. Obligations for Companies to Co-operate during the Sanctioning Procedure

There are **no general rules requiring cooperation in a sanctioning matter**. The same rules apply to the prosecution of legal entities as with regard to individuals. A legal entity is therefore not obliged to cooperate. This means that the right to remain silent will also belong to the suspected legal entity. This is derived from the '*nemo-tenetur*' principle (no one can be forced to provide evidence against himself). However, a legal entity is a legal fiction that can only, as a factual reality, act through natural persons; employees that are not suspects themselves do not have the right to remain silent.

For **companies that are subject to supervision**, the obligation to cooperate with the supervisor remains. However, the Dutch Supreme Court has ruled that in that case the oral evidence provided to the supervisor could not be used for any sanctioning (neither criminal nor administrative).³²⁴

13. Conflicts of interest of Company Staff

No rules exist. When a legal entity is suspected of one or more violations of the law, the Public Prosecution Service will usually wish to interrogate one or more employees as part of their investigation. If those employees are also suspects themselves, for example because they are seen as a participant or a *de facto* manager, they can of course exercise their own right to remain silent.³²⁵ If they are regarded as witnesses, however, they are obliged to testify (before a judge).³²⁶

³²⁴ Dutch Supreme Court, 12 July 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3640.

³²⁵ Doorenbos 2013, *Het zwijgrecht van de Rechtspersoon*, Academic journal for Sanctions Law and Company 2013 nr. 5/6, p. 175-181.

³²⁶ Article 219 of the DCCP.

D. ÖSTERREICH

Materielles Recht

1. Sektorielle Sanktionsmechanismen oder allgemeine Regelungen

Seit dem 1. Jänner 2006 gilt in Österreich das **Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit von Verbänden für Straftaten** (hiernach: **Verbandsverantwortlichkeitsgesetz**).³²⁷ Es handelt sich um ein **strafrechtliches Spezialgesetz**, das das sogenannte Unternehmensstrafrecht regelt.³²⁸ Demnach können Verbände für strafbare Handlungen ihrer Entscheidungsträger oder Mitarbeiter mit strafrechtlichen Sanktionen belegt werden.³²⁹

Das Verbandsverantwortlichkeitsgesetz legt die Voraussetzungen der strafrechtlichen Verbandsverantwortlichkeit (Abschnitt I des Gesetzes, §§ 1 bis 3 und 12), das strafrechtliche Verbandssanktionensystem (Abschnitt II des Gesetzes, §§ 4 bis 11) und die notwendigen Sonderregelungen für das Verbandsstrafverfahren (§§ 13 bis 27) fest.³³⁰ Subsidiär anwendbar sind das Strafgesetzbuch³³¹ und die Strafprozessordnung³³².

Daneben befindet sich im österreichischen **Kartellrecht**³³³ ein **sektorieller Sanktionsmechanismus**. Das Kartellgesetz begründet keine Verantwortung nach dem Verbandsverantwortlichkeitsgesetz³³⁴ und kennt als einzige Sanktionsart die Geldbusse, die allein vom Kartellgericht verhängt wird.³³⁵ Der Abschnitt über Geldbussen im Kartellgesetz 2005 ist allerdings sehr kurz und lässt offen, inwiefern zusätzlich auf das allgemeine Strafrecht oder des Verwaltungsstrafrechts zurückgegriffen werden kann.³³⁶

³²⁷ Verbandsverantwortlichkeitsgesetz (VbVG).

³²⁸ M. J. Hilf u.a., Verbandsverantwortlichkeit aus strafrechtlicher, abgabenrechtlicher und verwaltungsrechtlicher Sicht, 20. Österreichischer Juristentag, Wien 2018, Band III/1, S. 32. Der Begriff des „Unternehmensstrafrechts“ wird auf der Seite der Wirtschaftskammer Österreich verwendet (verfügbar unter <https://www.wko.at/service/wirtschaftsrecht-gewerberecht/Verbandsverantwortlichkeitsgesetz.html> (18.12.2018)). In der Literatur wird jedoch argumentiert, dass der „plakative Ausdruck Unternehmensstrafrecht“ zu weit greife, „da nicht alle Erscheinungsformen unternehmerischen Handelns“, sondern nur Verbände erfasst werden. Unternehmerische Einheiten, die davon nicht erfasst werden, können daher nach dem Verbandsverantwortlichkeitsgesetz nicht bestraft werden; siehe E. Steininger, VbVG Verbandsverantwortlichkeitsgesetz, 2. Auflage, Wien, 2018, Kapitel 1, Rn. 1, S. 2 und Kapitel 2, Rn. 1, S. 25.

³²⁹ § 3 Verbandsverantwortlichkeitsgesetz (VbVG). Eine Übersicht zum Verbandsverantwortlichkeitsgesetz („Unternehmensstrafrecht“) findet sich auf der Seite der Wirtschaftskammer Österreich, verfügbar unter <https://www.wko.at/service/wirtschaftsrecht-gewerberecht/Verbandsverantwortlichkeitsgesetz.html> (18.12.2018).

³³⁰ M. J. Hilf u.a., Verbandsverantwortlichkeit aus strafrechtlicher, abgabenrechtlicher und verwaltungsrechtlicher Sicht, 20. ÖJT, Wien 2018, Band III/1, S. 32.

³³¹ Strafgesetzbuch (StGB), BGBl. Nr. 60/1974.

³³² Strafprozessordnung (StPO), BGBl. Nr. 631/1975.

³³³ Bundesgesetz gegen Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz 2005 – KartG 2005), (24.01.2019), sowie Bundesgesetz über die Einrichtung einer Bundeswettbewerbsbehörde (Wettbewerbsgesetz – WettbG).

³³⁴ E. Steininger, VbVG Verbandsverantwortlichkeitsgesetz, 2. Auflage, Wien, 2018, Kapitel 1, Rn. 39, S. 20.

³³⁵ § 29 Kartellgesetz 2005.

³³⁶ E. Solé u.a., Das Verfahren vor dem Kartellgericht, 2. Auflage, Wien, 2019, S. 258 f.

Andere Bestimmungen in strafrechtlichen Nebengesetzen, nach denen juristische Personen für gegen natürliche Personen verhängte Geldstrafen haften, sind mit Inkrafttreten des Verbandsverantwortlichkeitsgesetzes abgeschafft worden.³³⁷

2. Definition

2.1. Definition von Unternehmen

2.1.1. Verbandsverantwortlichkeit

Sanktionsmechanismen, die Unternehmen betreffen, sind in Österreich im Verbandsverantwortlichkeitsgesetz geregelt.³³⁸ Darin wird jedoch nicht der Begriff Unternehmen, sondern **Verband** verwandt. § 1 Absatz 2 Verbandsverantwortlichkeitsgesetz definiert Verbände als juristische Personen und eingetragene Personengesellschaften, sowie Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigungen.³³⁹ Erfasst sind mithin insbesondere auch Aktiengesellschaft, Europäische Aktiengesellschaft, Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Privatstiftung, Verein, Offene Gesellschaft und Kommanditgesellschaft.³⁴⁰ Gemäss § 1 Absatz 3 Verbandsverantwortlichkeitsgesetz sind im Sinne des Gesetzes keine Verbände und damit nicht der Verbandsverantwortlichkeit unterworfen: (1) die Verlassenschaft, (2) Bund, Länder, Gemeinden und andere juristische Personen, soweit sie in Vollziehung der Gesetze handeln und (3) anerkannte Kirchen, Religionsgesellschaften und religiöse Bekenntnisgemeinschaften, soweit sie seelsorgerisch tätig sind.

Den in der Definition genannten Verbänden ist die **Rechtsfähigkeit** gemein.³⁴¹ Unternehmerische Einheiten, die nicht unter die Definition des Verbandes fallen, also keine eigene Rechtspersönlichkeit haben, können daher nicht nach dem Verbandsverantwortlichkeitsgesetz belangt werden.³⁴²

2.1.2. Kartellrecht

Das Kartellgesetz 2005 hingegen stellt auf den Begriff des **Unternehmers** ab, wobei Unternehmen und Unternehmer gleichzusetzen sind.³⁴³ Aus dem Verweis auf eine wirtschaftliche Betrachtungsweise im Kartellgesetz 2005³⁴⁴ ergibt sich, dass dem Kartellrecht ein eigener Unternehmensbegriff zugrunde liegt und dass nicht auf die Definition aus § 1 Unternehmensgesetzbuch³⁴⁵ zurückgegriffen werden

³³⁷ Betroffen waren das Mediengesetz, das Lebensmittelsicherheits- und Verbraucherschutzgesetz, das Patentgesetz, das Markenschutzgesetz 1970, das Halbleiterschutzgesetz, das Musterschutzgesetz 1990 und das Gebrauchsmustergesetz; siehe Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage (EBRV), 994 der Beilagen XXII. GP – Regierungsvorlage – Materialien, S. 39 ff., verfügbar unter https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXII/I/I_00994/fname_043774.pdf (16.01.2019).

³³⁸ E. Steininger, VbVG Verbandsverantwortlichkeitsgesetz, 2. Auflage, Wien, 2018, Kapitel 1, Rn. 40, S. 20. Verbandsverantwortlichkeitsgesetz (VbVG).

³³⁹ § 1 Absatz 2 Verbandsverantwortlichkeitsgesetz (VbVG).

³⁴⁰ Informationen zum Verbandsverantwortlichkeitsgesetz („Unternehmensstrafrecht“) auf der Seite der Wirtschaftskammer Österreich, verfügbar unter <https://www.wko.at/service/wirtschaftsrecht-gewerberecht/Verbandsverantwortlichkeitsgesetz.html> (18.12.2018).

³⁴¹ E. Steininger, VbVG Verbandsverantwortlichkeitsgesetz, 2. Auflage, Wien, 2018, Kapitel 2, Rn. 2, S. 26.

³⁴² E. Steininger, VbVG Verbandsverantwortlichkeitsgesetz, 2. Auflage, Wien, 2018, Kapitel 2, Rn. 1, S. 25.

³⁴³ J. P. Gruber, Österreichisches Kartellrecht, 2. Auflage, Wien, 2013, § 7 KartG 2005, E 55.

³⁴⁴ § 20 Kartellgesetz 2005 (KartG 2005).

³⁴⁵ § 1 Abs 1, 2 Unternehmensgesetzbuch (UGB):
„(1) Unternehmer ist, wer ein Unternehmen betreibt.“

kann. Jedoch enthält das Kartellgesetz 2005 keine eigene Definition des Unternehmers oder des Unternehmens. Stattdessen soll der Begriff gemäss Rechtsprechung und Lehre demjenigen funktionalen und weit auszulegenden Unternehmensbegriffs des Artikel 101 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union entsprechen.³⁴⁶ Demnach umfasst der Begriff des Unternehmens im Kartellrecht jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung sowie von ihrer Dauer.³⁴⁷

Zugleich erfasst das Kartellgesetz 2005 auch **Unternehmervereinigungen**. Auch hierfür hat der Gesetzgeber den Begriff aus Artikel 101 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union übernommen.³⁴⁸ Die Vereinigung selbst braucht dabei nicht Unternehmer zu sein, es ist ausreichend, wenn ihre Mitglieder Unternehmer sind. In Betracht kommen in erster Linie Wirtschaftsverbände, Berufsorganisationen und Arbeitgeberverbände.³⁴⁹

2.2. Regelungen zur Verantwortlichkeit in Konzernverhältnissen

2.2.1. Verbandsverantwortlichkeit

Das Verbandsverantwortlichkeitsgesetz beinhaltet keine gesonderten Bestimmungen bezüglich der Verantwortlichkeit in Konzernverhältnissen. Ein Konzern fasst gemäss § 15 Aktiengesetz rechtlich selbstständige Unternehmen zu wirtschaftlichen Zwecken unter einheitlicher Leitung zusammen.³⁵⁰ Daher ist **ein Konzern in seiner Gesamtheit kein Verband** im Sinne des Verbandsverantwortlichkeitsgesetzes.³⁵¹ Die in dem Konzern zusammengeschlossenen selbstständigen Unternehmen können jedoch jeweils Verbände im Sinne des Verbandsverantwortlichkeitsgesetzes sein. Wenn für ein einzelnes Unternehmen eine strafrechtliche Verbandsverantwortlichkeit besteht, dann kann sich über die Regeln der Beteiligung³⁵² eine strafrechtliche Verantwortung der Tochter- oder auch der Muttergesellschaft ergeben.³⁵³

2.2.2. Kartellrecht

Im Kartellrecht scheint es **keine besonderen Regelungen zur Verantwortlichkeit innerhalb von Konzernverhältnissen** zu geben.

Das Kartellgesetz 2005 stellt lediglich klar, dass **kein** sogenannter **Zusammenschluss** vorliegt, wenn **alle beteiligten Unternehmen einem Konzern angehören**.³⁵⁴ Somit kommen die Vorschriften über Zusammenschlüsse wie insbesondere das Anmeldebedürfnis von Zusammenschlüssen von umsatzstarken Unternehmen³⁵⁵ auf Konzerne nicht zur Anwendung.

(2) Ein Unternehmen ist jede auf Dauer angelegte Organisation selbständiger wirtschaftlicher Tätigkeit, mag sie auch nicht auf Gewinn gerichtet sein.“

³⁴⁶ Oberster Gerichtshof (OGH), Urteil vom 17.12.2008 – 16 Ok 12/08; *J. P. Gruber*, Österreichisches Kartellrecht, 2. Auflage, Wien, 2013, § 1 KartG 2005, E 29.

³⁴⁷ *J. P. Gruber*, Österreichisches Kartellrecht, 2. Auflage, Wien, 2013, § 1 KartG 2005, E 30, 32.

³⁴⁸ Vgl. *J. P. Gruber*, Österreichisches Kartellrecht, 2. Auflage, Wien, 2013, § 1 KartG 2005, E 128.

³⁴⁹ *A. Petsche & K. Tautscher*, in *A. Petsche et al.* (Hrsg.), Wien, 2007, § 1, Z 9.

³⁵⁰ § 15 Aktiengesetz (AktG).

³⁵¹ *Hilf/Zeder* in *Höpfel/Ratz*, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1.-214. Lieferung (Stand: 01.12.2018), § 1 VbVG Rn. 30.

³⁵² § 12 Strafgesetzbuch (StGB), BGBl. Nr. 60/1974.

³⁵³ *Hilf/Zeder* in *Höpfel/Ratz*, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1.-214. Lieferung (Stand: 01.12.2018), § 1 VbVG Rn. 30.

³⁵⁴ § 7 Abs 4 Kartellgesetz 2005 (KartG 2005).

³⁵⁵ § 9 Abs 1 Kartellgesetz 2005 (KartG 2005).

3. Verantwortlichkeit

3.1. Zurechnung von Pflichtverletzungen durch Leitungspersonen

3.1.1. Verbandsverantwortlichkeit

Der 2. Abschnitt des Verbandsverantwortlichkeitsgesetzes regelt die materiellen Bestimmungen der Verbandsverantwortlichkeit. § 3 Verbandsverantwortlichkeitsgesetz bestimmt, unter welchen Voraussetzungen ein Verband für eine Straftat haftet. Gemäss § 3 Absatz 1 Verbandsverantwortlichkeitsgesetz ist ein Verband für eine Straftat nur dann verantwortlich, wenn entweder die Anlasstat **zu seinen Gunsten** begangen wurde oder durch die Anlasstat **Verbandspflichten verletzt** wurden.³⁵⁶ Zudem muss die Anlasstat in beiden Fallgruppen von einer **natürlichen, in den Verband organisatorisch eingebundenen Person** begangen werden.³⁵⁷ Dabei gelten unterschiedliche Regeln für die Zurechnung von Taten von **Entscheidungsträgern** und für Taten, die durch **Mitarbeiter** begangen wurden.³⁵⁸

- a) Eine Anlasstat geschieht „**zu Gunsten**“ des Verbandes, wenn dieser durch sie bereichert wurde oder bereichert hätte werden sollen, oder der Verband sich durch die Tat einen Aufwand erspart hat oder hätte ersparen sollen. Straftaten zum Nachteil des Verbandes fallen mithin nicht in den Anwendungsbereich des Verbandsverantwortlichkeitsgesetzes.
- b) Die **Verbandspflichten** eines Unternehmens ergeben sich aus den **verwaltungsrechtlichen Vorschriften**, die auf die jeweilige Unternehmenstätigkeit anwendbar sind – zum Beispiel die Gewerbeordnung oder Arbeitsschutzbestimmungen – und aus an das Unternehmen gerichteten Bescheiden wie beispielsweise aus einer Betriebsanlagengenehmigung.³⁵⁹ Wenn ein Verband alle anwendbaren öffentlich-rechtlichen Vorschriften einhält, so kann eine Straftat dem Verband nicht zugerechnet werden. Dies gilt nicht, wenn die Straftat zu Gunsten des Verbandes erfolgte.³⁶⁰
- c) Der § 2 Verbandsverantwortlichkeitsgesetz definiert sowohl die Gruppe der Entscheidungsträger als auch der Mitarbeiter.

Entscheidungsträger sind demnach (1) Geschäftsführer, Vorstandsmitglieder, Prokuristen, oder Personen mit vergleichbarer Vertretungsmacht für den Verband; (2) Aufsichtsrat- oder Verwaltungsratsmitglieder oder Personen, die sonst Kontrollbefugnisse in leitender Stellung ausüben, oder (3) Personen mit massgeblichem Einfluss auf die Geschäftsführung.

Mitarbeiter sind (1) Personen im Arbeits-, Lehr- oder anderem Ausbildungsverhältnis; (2) Heimarbeiter oder Personen in arbeitnehmerähnlichem Verhältnis; (3) Personen, die als überlassene Arbeitskraft oder (4) auf Grund eines öffentlich-rechtlichen Verhältnisses Arbeitsleistungen erbringen

³⁵⁶ 3 Absatz 1 Verbandsverantwortlichkeitsgesetz (VbVG)

³⁵⁷ § 3 Absatz 1 Verbandsverantwortlichkeitsgesetz (VbVG).

³⁵⁸ 3 Absatz 2 und 3 Verbandsverantwortlichkeitsgesetz (VbVG).

³⁵⁹ Informationen zum Verbandsverantwortlichkeitsgesetz („Unternehmensstrafrecht“) auf der Seite der Wirtschaftskammer Österreich, verfügbar unter <https://www.wko.at/service/wirtschaftsrecht-gewerberecht/Verbandsverantwortlichkeitsgesetz.html> (18.12.2018).

³⁶⁰ Informationen zum Verbandsverantwortlichkeitsgesetz („Unternehmensstrafrecht“) auf der Seite der Wirtschaftskammer Österreich, verfügbar unter <https://www.wko.at/service/wirtschaftsrecht-gewerberecht/Verbandsverantwortlichkeitsgesetz.html> (18.12.2018).

Das Verbandsverantwortlichkeitsgesetz unterscheidet bei der **Zurechnung** der Anlasstat zwischen Entscheidungsträgern und Mitarbeitern. Die rechtswidrig und schuldhaft begangene Straftat eines Entscheidungsträgers ist dem Verband gemäss § 3 Absatz 2 Verbandsverantwortlichkeitsgesetz **sofort zuzurechnen**. Für die Zurechnung einer Mitarbeiterstraftat müssen zusätzliche Kriterien erfüllt sein³⁶¹: der Mitarbeiter muss **rechtswidrig gehandelt** haben und es muss ein **Organisationsverschulden des Verbandes** vorliegen. Dies bedeutet, dass die Tat durch die Sorgfaltswidrigkeit von Entscheidungsträgern ermöglicht oder wesentlich erleichtert worden ist, insbesondere indem die Entscheidungsträger zumutbare und gebotene technische, personelle oder organisatorische Massnahmen zur Verhinderung solcher Taten unterlassen haben.³⁶² Für eine Verbandsverantwortlichkeit bedarf es dabei weder einer konkreten Verurteilung des Mitarbeiters, noch eines Verschuldens der Straftat durch den Mitarbeiter.³⁶³

Weiter ist zwischen **Fahrlässigkeits- und Vorsatzdelikten** zu unterscheiden. Eine Verbandsverantwortlichkeit für Vorsatzdelikte ist nur dann möglich, wenn zumindest ein Mitarbeiter vorsätzlich gehandelt hat. Bei Fahrlässigkeitsdelikten müssen jedenfalls objektive Sorgfaltspflichten verletzt worden sein.³⁶⁴ Damit schwer verfolgbare Delikte in arbeitsteiligen Organisationen erfasst werden können, braucht jedoch nicht konkret festgestellt werden, welcher Mitarbeiter sorgfaltswidrig gehandelt hat.³⁶⁵

3.1.2. Kartellrecht

Das Kartellgesetz 2005 scheint keine Angaben darüber zu enthalten, wessen Pflichtverletzung einem Unternehmen zugerechnet werden kann. Aus der Rechtsprechung ergibt sich jedoch, dass das pflichtwidrige Verhalten der Organe und sonstigen Entscheidungsträger für eine Geldbusse gegen das Unternehmen massgebend sein soll, sofern diese in Wahrnehmung ihrer dienstlichen Aufgaben handeln oder ihr Verhalten auf dienstlichen Weisungen beruht.³⁶⁶

3.2. Sanktionierung von Unternehmen und Unternehmensangehörigen

3.2.1. Verbandsverantwortlichkeit

Im österreichischen Recht können Unternehmen und Unternehmensangehörige nebeneinander sanktioniert werden. Die Verurteilung einer natürlichen Person und des Verbandes für dieselbe Pflichtverletzung stellt **keinen Verstoss gegen das Verbot der Doppelbestrafung**³⁶⁷ dar, da unterschiedliche

³⁶¹ § 3 Absatz 3 Verbandsverantwortlichkeitsgesetz (VbVG).

³⁶² § 3 Absatz 3 Ziffer 2 Verbandsverantwortlichkeitsgesetz (VbVG).

³⁶³ Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage (EBRV), 994 der Beilagen XXII. GP - Regierungsvorlage – Materialien, S. 22, verfügbar unter https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXII/I/I_00994/fname_043774.pdf (16.01.2019).

³⁶⁴ § 3 Absatz 3 Ziffer 1 Verbandsverantwortlichkeitsgesetz (VbVG).

³⁶⁵ Informationen zum Verbandsverantwortlichkeitsgesetz („Unternehmensstrafrecht“) auf der Seite der Wirtschaftskammer Österreich, verfügbar unter <https://www.wko.at/service/wirtschaftsrecht-gewerberecht/Verbandsverantwortlichkeitsgesetz.html> (18.12.2018).

³⁶⁶ Oberster Gerichtshof (OGH), Urteil vom 08.10.2008 – 16 Ok 5/08; *J. P. Gruber*, Österreichisches Kartellrecht, 2. Auflage, Wien, 2013, § 29 KartG 2005, E 43.

³⁶⁷ Verbot der Doppelbestrafung, „*ne bis in idem*“; Art. 4 des 7. Zusatzprotokolls zur Europäischen Menschenrechtskonvention, verfügbar unter <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19840284/index.html> (16.01.2019).

Subjekte sanktioniert werden.³⁶⁸ Der Verband ist daher im Verhältnis zu der natürlichen Person auch nicht lediglich subsidiär verantwortlich.³⁶⁹

Gemäss § 15 Absatz 1 Verbandsverantwortlichkeitsgesetz kann die Hauptverhandlung gegen den belangten Verein und eine natürliche Person **gemeinsam geführt** werden. § 22 Verbandsverantwortlichkeitsgesetz regelt die Details eines solchen gemeinsamen Verfahrens.³⁷⁰ Hervorzuheben ist, dass demnach für den Verband auch dann eine Verbandsverantwortlichkeit möglich ist, wenn die natürliche Person, die die Anlasstat begangen hat, selbst nicht verurteilt wird.

3.2.1. Kartellrecht

Aus unserer Recherche geht nicht hervor, inwiefern ein Unternehmen und seine Angehörigen gleichzeitig wegen derselben Pflichtverletzung sanktioniert werden können.

4. Sanktionsart für Unternehmen

4.1. Verbandsverantwortlichkeit

Der Sanktionskatalog des Verbandsverantwortlichkeitsgesetzes sieht Geldbussen (§ 4), deren bedingte oder teilbedingte Nachsicht (§§ 6 und 7), Weisungen wie insbesondere den Auftrag zur Schadenswiedergutmachung (§ 8) und die Diversion (§ 19) vor.

³⁶⁸ § 3 Absatz 4 Verbandsverantwortlichkeitsgesetz (VbVG): „Die Verantwortlichkeit eines Verbandes für eine Tat und die Strafbarkeit von Entscheidungsträgern oder Mitarbeitern wegen derselben Tat schließen einander nicht aus“.

³⁶⁹ Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage (EBRV), 994 der Beilagen XXII. GP - Regierungsvorlage – Materialien, S. 24, verfügbar unter https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXII/I/I_00994/fname_043774.pdf (16.01.2019).

³⁷⁰ Gemäss § 22 Absatz 1 wird das Beweisverfahren für beide gemeinsam geführt, die Schlussvorträge und das Urteil sind im Anschluss daran aber zunächst nur bezüglich der natürlichen Person zu halten. Entsprechend der Vorgaben des Absatzes 2 werden danach die Schlussvorträge und das Urteil bezüglich der Verbandes ausgesprochen. Die Absätze 3 und 4 betreffen den Ablauf, wenn die natürliche Person freigesprochen wurde.

§ 22 Verbandsverantwortlichkeitsgesetz (VbVG): Hauptverhandlung und Urteil

(1) Wird die Hauptverhandlung gegen den belangten Verband und eine natürliche Person gemeinsam geführt (§ 15 Abs. 1), so hat das Gericht im Anschluss an das Beweisverfahren, das für beide Verfahren gemeinsam durchgeführt wird, zunächst nur die Schlussvorträge betreffend die natürliche Person zuzulassen und dann das Urteil über die natürliche Person zu verkünden.

(2) Im Fall eines Schuldspruches sind in fortgesetzter Hauptverhandlung Schlussvorträge zu den Voraussetzungen einer Verantwortlichkeit des Verbandes sowie den für die Bemessung einer Geldbuße und die Festsetzung anderer Sanktionen maßgeblichen Umständen zu halten. Danach verkündet das Gericht das Urteil über den Verband.

(3) Im Fall des Freispruchs muss der Ankläger binnen drei Tagen bei Verlust des Verfolgungsrechts erklären, ob in einem selbstständigen Verfahren über die Verhängung einer Verbandsgeldbuße entschieden werden soll. Stellt der Ankläger diesen Antrag, so hat das Gericht nach Abs. 2 vorzugehen.

(4) Das Urteil über den Verband hat im Fall einer Verurteilung bei sonstiger Nichtigkeit auszusprechen, für welche Straftat der Verband auf Grund welcher Umstände für verantwortlich befunden wird; im Übrigen ist § 260 Abs. 1 Z 3 bis 5 StPO anzuwenden.

(5) Die Urteilsausfertigung muss die in § 270 Abs. 2 StPO sowie in Abs. 4 angeführten Inhalte haben.

Die **Verbandsgeldbusse** nach § 4 Verbandsverantwortlichkeitsgesetz ist die **einzige selbstständige Sanktion** für Verbände.³⁷¹ Sie ist in Tagessätzen zu bemessen.³⁷² Das Verbandsverantwortlichkeitsgesetz sieht hingegen keine Haftsurrogate wie zum Beispiel Tätigkeitsverbote, den Ausschluss aus öffentlichen Vergabeverfahren oder die Auflösung des Unternehmens vor.³⁷³

Bedingt nachgesehen werden können gemäss § 6 Verbandsverantwortlichkeitsgesetz Geldbussen von nicht mehr als 70 Tagessätzen unter Bestimmung einer Probezeit von einem bis zu drei Jahren.

Zum Teil bedingt nachgesehen werden können gemäss § 7 Verbandsverantwortlichkeitsgesetz Geldbussen von mehr als 70 Tagessätzen. Dies bedeutet, dass nur ein Teil der Strafe dann unbedingt bezahlt werden muss.

Sowohl bei bedingter oder teilbedingter Nachsicht der Strafe können dem Verband **Weisungen** aufgetragen werden, insbesondere die Schadenswiedergutmachung.³⁷⁴ Mit Zustimmung des Verbandes können diesem auch Weisungen bezüglich technischer, organisatorischer oder personeller Massnahmen aufgetragen werden. In der Regel wird ein Verband seine Zustimmung jedoch nur dann erteilen, wenn mit den Weisungen eine bedingte oder teilbedingte Nachsicht der Geldbusse verbunden ist.³⁷⁵

Schliesslich kann die Staatsanwaltschaft gemäss § 19 Verbandsverantwortlichkeitsgesetz auch von der Verfolgung zurücktreten. Voraussetzung der **Diversion** ist, dass der entstandene Schaden wiedergutmacht wurde und keine general- oder spezialpräventiven Gründe gegen den Rücktritt von der Verfolgung sprechen. Eine Diversion ist zudem mit zwingenden Sanktionen verbunden.³⁷⁶

4.2. Kartellrecht

Das Kartellgericht kann bei Verstössen die folgenden Entscheidungen treffen: Es kann entweder eine sogenannte **Abstellung** (§ 26 Kartellgesetz 2005) wählen, wonach es den beteiligten Unternehmen und Unternehmervereinigungen aufgibt, die erforderlichen Aufträge zu erteilen, um den Verstoss abzustellen; oder es kann statt der Abstellung auch **Verpflichtungszusagen** der beteiligten Unternehmen und Unternehmervereinigungen **für bindend erklären**, wenn zu erwarten ist, dass dies

³⁷¹ E. Steininger, VbVG Verbandsverantwortlichkeitsgesetz, 2. Auflage, Wien, 2018, Kapitel 6, Rn. 1, S. 81. Das Gesetz verwendet nicht den Begriff „Verbandsstrafe“, sondern „Verbandsbusse“, da Strafen persönliche Vorwerfbarkeit voraussetzen, Verbände als juristische Personen aber nicht schuldhaft handeln können; siehe dazu auch N. Wess u.a., (Neben-)Folgen einer Verurteilung nach dem VbVG, in: Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzstrafrecht (ZWF), 3. Jahrgang, März 2017, Nr. 2, S. 54 - 60, S. 55, verfügbar unter http://www.wkklaw.at/fileadmin/inhalte/Publikationen/ZWF_2017_02_Wess.pdf (16.01.2019).

³⁷² § 4 Absatz 2 Verbandsverantwortlichkeitsgesetz (VbVG).

³⁷³ E. Steininger, VbVG Verbandsverantwortlichkeitsgesetz, 2. Auflage, Wien, 2018, Kapitel 6, Rn. 1, S. 81.

³⁷⁴ Die Zulässigkeit von Weisungen ist mithin von der Auferlegung einer Verbandsgeldbusse abhängig. § 8 Absätze 1 und 2 Verbandsverantwortlichkeitsgesetz (VbVG) und E. Steininger, VbVG Verbandsverantwortlichkeitsgesetz, 2. Auflage, Wien, 2018, Kapitel 6, Rn. 1, S. 81.

³⁷⁵ Informationen zum Verbandsverantwortlichkeitsgesetz („Unternehmensstrafrecht“) auf der Seite der Wirtschaftskammer Österreich, verfügbar unter <https://www.wko.at/service/wirtschaftsrecht-gewerberecht/Verbandsverantwortlichkeitsgesetz.html> (18.12.2018).

³⁷⁶ Diese Sanktionen sind gemäss § 19 Absatz 1 Verbandsverantwortlichkeitsgesetz die Zahlung eines Geldbetrages von bis zu 50 Tagessätzen und die Begleichung der Verfahrenskosten, oder die Verhängung einer bis zu dreijährigen Probezeit allenfalls in Verbindung mit Weisungen, oder die Erklärung des Verbandes innerhalb einer Frist von bis zu sechs Monaten unentgeltlich bestimmte gemeinnützige Leistungen zu erbringen.

ausreichend ist (§ 27 Kartellgesetz 2005); bei bereits beendetem Verstoss kann es die **Zu widerhandlung feststellen**, sofern ein berechtigtes Interesse daran besteht (§ 28 Kartellgesetz 2005). Bei diesen Entscheidungen handelt es sich jedoch **nicht um Sanktionen im engeren Sinne**.

Als **einzigste echte Sanktion** kennt das Kartellgesetz 2005 lediglich die **Geldbusse** (§§ 29 ff.). Hierbei steht dem Kartellgericht auch kein Ermessensspielraum zu, es „hat“ eine Geldbusse zu verhängen, wenn die in § 29 Kartellgesetz 2005 genannten Voraussetzungen erfüllt sind. Die Geldbusse fließt dem Bund zu, wobei dieser davon jährlich 1.5 Millionen Euro für Zwecke der Bundeswettbewerbsbehörde und des Vereins für Konsumenteninformationen verwenden soll.³⁷⁷

Demnach legt das Kartellgericht eine **Geldbusse bis zu 10 % des im vorausgegangenen Geschäftsjahres erzielten Gesamtumsatzes** fest, wenn der Unternehmer oder die Unternehmervereinigung vorsätzlich oder fahrlässig gegen das Kartellverbot, das Missbrauchsverbot, das Verbot von Vergeltungsmassnahmen oder das Durchführungsverbot verstösst. Gleiches gilt, wenn der Unternehmer oder die Vereinigung einem Auftrag für nachträgliche Massnahmen nicht nachkommt, eine vom Gericht für verbindlich erklärte Verpflichtungszusage nicht einhält oder gegen Artikel 101 oder 102 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union verstösst.³⁷⁸ Richtet sich die Geldbusse gegen eine **Unternehmervereinigung**, deren Zu widerhandlung mit der Tätigkeit ihrer Mitglieder in Zusammenhang steht, so richtet sich die Höhe der Geldbusse nach der Summe der Gesamtumsätze derjenigen Mitglieder, die auf dem Markt tätig waren, auf welche sich die Zu widerhandlung ausgewirkt hat. Von dieser Regelung ausgeschlossen sind allerdings Vereinigungen mit gesetzlicher Mitgliedschaft.³⁷⁹

Eine **Geldbusse bis zu 1 % des Gesamtumsatzes des Vorjahres** muss zahlen, wer vorsätzlich oder fahrlässig einer Entscheidung des Gerichts nach § 19 Abs 3 Kartellgesetz 2005³⁸⁰ nicht nachkommt oder wer in der Anmeldung eines Zusammenschlusses unrichtige oder irreführende Angaben macht.³⁸¹

5. Sanktionierung

5.1. Kriterien für Bemessung der Sanktionierung

5.1.1. Verbandsverantwortlichkeit

Die Bemessung der Verbandsgeldbusse erfolgt wie die Bemessung einer Geldstrafe in zwei Schritten. Zunächst wird im Verhältnis zum Schuldvorwurf die **Anzahl der Tagessätze** festgelegt. Anschliessend wird die **Höhe der Tagessätze** entsprechend der wirtschaftlichen Situation, insbesondere der Ertragslage des Unternehmens, festgelegt.³⁸² Ein Tagessatz entspricht grundsätzlich 1/360 des Jahresertrags. Dieser Wert kann um ein Drittel über- oder unterschritten werden, um die sonstige

³⁷⁷ § 32 Abs 1, 2 Kartellgesetz 2005 (KartG 2005).

³⁷⁸ § 29 Z 1 lit. a) - d) Kartellgesetz 2005 (KartG 2005).

³⁷⁹ § 31 Kartellgesetz 2005 (KartG 2005).

³⁸⁰ § 19 Abs 3 Kartellgesetz 2005 (KartG 2005):

„Das Kartellgericht hat dem Erwerber der Anteile aufzutragen, ein gegen Abs 2 verstossendes Verhalten abzustellen. [...]“

³⁸¹ § 29 Z 2 lit. a) - b) Kartellgesetz 2005 (KartG 2005).

³⁸² N. Wess u.a., (Neben-)Folgen einer Verurteilung nach dem VbVG, Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzstrafrecht (ZWF), 3. Jahrgang, März 2017, Nr. 2, S. 54 – 60, S. 56, verfügbar unter http://www.wkklaw.at/fileadmin/inhalte/Publikationen/ZWF_2017_02_Wess.pdf (16.01.2019).

wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Verbandes zu berücksichtigen.³⁸³ Die Multiplikation der Anzahl mit der Höhe der Tagessätze ergibt schliesslich die konkret festzusetzende Geldstrafe.³⁸⁴

§ 4 Absatz 2 des Verbandsverantwortlichkeitsgesetzes legt eine **Strafuntergrenze** von mindestens einem Tagessatz fest. Die **Strafobergrenze** hängt gemäss § 4 Absatz 3 von der Staffelung der Freiheitsstrafandrohungen ab, die einer natürlichen Person bei der Begehung der Anlasstat in dem entsprechenden Straftatbestand angedroht werden.³⁸⁵

Anders als bei natürlichen Personen kann auf Grund der **Natur juristischer Personen** bei der Bemessung der Anzahl der Tagessätze die Schuld nicht Grundlage einer Strafzumessung sein. § 5 Verbandsverantwortlichkeitsgesetz legt fest, dass für die Bemessung der Anzahl der Tagessätze **Milderungs- und Erschwerungsgründe** gegeneinander abzuwägen sind. Auf Grund des Doppelverwertungsverbot es nicht berücksichtigt werden dürfen dabei die Gründe, die schon die Höhe der angedrohten Geldbusse bestimmen. Die Kriterien sind aus der Position des Handelnden der Anlasstat heraus zu beurteilen.³⁸⁶

Besondere Erschwerungsgründe können gemäss § 5 Absatz 2 vor allem in den Umständen und Folgen der Tat liegen.³⁸⁷ Die Anzahl der Tagessätze ist entsprechend der Schadenshöhe, der Gefährdungsintensität und der Höhe des von dem Verband erlangten Vorteil höher zu bemessen. Erschwerend wirkt sich gemäss § 5 Absatz 2 Ziffer 3 auch aus, wenn das gesetzwidrige Verhalten von Mitarbeitern geduldet oder begünstigt wird. Damit soll nicht strafgesetzwidriges Verhalten von Mitarbeitern geahndet werden, sondern eine „generell sorglose, beziehungsweise kriminelle Verbandskultur“.³⁸⁸

³⁸³ Informationen zum Verbandsverantwortlichkeitsgesetz („Unternehmensstrafrecht“) auf der Seite der Wirtschaftskammer Österreich, verfügbar unter <https://www.wko.at/service/wirtschaftsrecht-gewerberecht/Verbandsverantwortlichkeitsgesetz.html> (18.12.2018).

³⁸⁴ E. Steininger, VbVG Verbandsverantwortlichkeitsgesetz, 2. Auflage, Wien, 2018, Kapitel 6, Rn. 2, S. 82.

³⁸⁵ So beträgt beispielsweise die Anzahl der Tagessätze bis zu 180, wenn die Tat mit lebenslanger oder Freiheitsstrafe bis zu zwanzig Jahren bedroht ist, aber nur bis zu 55, wenn die Tat lediglich mit einer Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr bedroht ist. In allen übrigen, unter dieser Strafanordnung liegenden Fällen, also auch wenn ausnahmsweise nur eine Geldstrafe als Sanktion vorgesehen ist, beträgt die Obergrenze 40 Tagessätze. § 4 Absatz 3 Verbandsverantwortlichkeitsgesetz (VbVG).

³⁸⁶ E. Steininger, VbVG Verbandsverantwortlichkeitsgesetz, 2. Auflage, Wien, 2018, Kapitel 6, Rn. 5, S. 83.

³⁸⁷ **§ 5 Verbandsverantwortlichkeitsgesetz (VbVG): Bemessung der Verbandsgeldbusse**

„(1) Bei der Bemessung der Anzahl der Tagessätze hat das Gericht Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Höhe der angedrohten Geldbusse bestimmen, gegeneinander abzuwägen.

(2) Die Anzahl ist insbesondere umso höher zu bemessen,

1. je größer die Schädigung oder Gefährdung ist, für die der Verband verantwortlich ist;
2. je höher der aus der Straftat vom Verband erlangte Vorteil ist;
3. je mehr gesetzwidriges Verhalten von Mitarbeitern geduldet oder begünstigt wurde.

(3) Die Anzahl ist insbesondere geringer zu bemessen, wenn

1. der Verband schon vor der Tat Vorkehrungen zur Verhinderung solcher Taten getroffen oder Mitarbeiter zu rechtstreuem Verhalten angehalten hat;
2. der Verband lediglich für Straftaten von Mitarbeitern verantwortlich ist (§ 3 Abs. 3);
3. er nach der Tat erheblich zur Wahrheitsfindung beigetragen hat;
4. er die Folgen der Tat gutgemacht hat;
5. er wesentliche Schritte zur zukünftigen Verhinderung ähnlicher Taten unternommen hat;
6. die Tat bereits gewichtige rechtliche Nachteile für den Verband oder seine Eigentümer nach sich gezogen hat.“

³⁸⁸ Hilf/Zeder in Höpfel/Ratz, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1.-214. Lieferung (Stand: 1.12.2018), § 5 VbVG Rn. 6.

Die Duldung oder Begünstigung brauchen selbst nicht gesetzeswidrig sein, müssen aber von den Entscheidungsträgern ausgehen und die konkrete Anlasstat ermöglicht oder wesentlich erleichtert haben.³⁸⁹

Die Aufzählung der Erschwerungsgründe in § 5 Verbandsverantwortlichkeitsgesetz ist nicht abschliessend. Zu berücksichtigen ist auch der über § 12 Absatz 1 Verbandsverantwortlichkeitsgesetz anwendbare § 33 Strafgesetzbuch.³⁹⁰ Anwendbar sind jeweils nur die Erschwerungsgründe, bei denen eine fingierte Täterschaft des Verbandes vorstellbar ist.³⁹¹ Daher kann ein Erschwerungsgrund zum Beispiel darin liegen, dass entsprechend § 33 Ziffer 1 Strafgesetzbuch mehrere strafbare Handlungen begangen wurden oder dass die strafbare Handlung durch längere Zeit fortgesetzt wurde, oder auch entsprechend § 33 Ziffer 2 Strafgesetzbuch, dass der Verband bereits zuvor für eine ähnlich gelagerte

³⁸⁹ *Hilf/Zeder in Höpfel/Ratz, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1.-214. Lieferung (Stand: 1.12.2018), § 5 VbVG Rn. 6.*

³⁹⁰ **§ 12 Absatz 1 Verbandsverantwortlichkeitsgesetz (VbVG): Anwendung der allgemeinen Strafgesetze**
 „(1) Im Übrigen gelten die allgemeinen Strafgesetze auch für Verbände, soweit sie nicht ausschließlich auf natürliche Personen anwendbar sind. (...)“

§ 33 Strafgesetzbuch (StGB): Besondere Erschwerungsgründe

„(1) Ein Erschwerungsgrund ist es insbesondere, wenn der Täter

1. mehrere strafbare Handlungen derselben oder verschiedener Art begangen oder die strafbare Handlung durch längere Zeit fortgesetzt hat;
2. schon wegen einer auf der gleichen schädlichen Neigung beruhenden Tat verurteilt worden ist;
3. einen anderen zur strafbaren Handlung verführt hat;
4. der Urheber oder Anstifter einer von mehreren begangenen strafbaren Handlung oder an einer solchen Tat führend beteiligt gewesen ist;
5. aus rassistischen, fremdenfeindlichen oder anderen besonders verwerflichen Beweggründen, insbesondere solchen, die sich gegen eine der in § 283 Abs 1 Z 1 genannten Gruppen von Personen oder ein Mitglied einer solchen Gruppe ausdrücklich wegen der Zugehörigkeit zu dieser Gruppe richten, gehandelt hat;
6. heimtückisch, grausam oder in einer für das Opfer qualvollen Weise gehandelt hat;
7. bei Begehung der Tat die Wehr- oder Hilflosigkeit eines anderen ausgenützt hat;
8. die Tat unter Missbrauch der personenbezogenen Daten einer anderen Person begangen hat, um das Vertrauen eines Dritten zu gewinnen, wodurch dem rechtmäßigen Identitätseigentümer ein Schaden zugefügt wird.

(2) Ein Erschwerungsgrund ist es außer in den Fällen des § 39a Abs 1 auch, wenn ein volljähriger Täter vorsätzlich eine strafbare Handlung unter Anwendung von Gewalt oder gefährlicher Drohung gegen eine unmündige Person oder für diese wahrnehmbar gegen eine ihr nahestehende Person begangen hat.

(3) Ein Erschwerungsgrund ist es ferner auch, wenn der Täter vorsätzlich eine strafbare Handlung nach dem ersten bis dritten oder zehnten Abschnitt des Besonderen Teils,

1. gegen eine Angehörige oder einen Angehörigen (§ 72), einschließlich einer früheren Ehefrau, eingetragenen Partnerin oder Lebensgefährtin oder eines früheren Ehemanns, eingetragenen Partners oder Lebensgefährten, als mit dem Opfer zusammenlebende Person oder eine ihre Autoritätsstellung missbrauchende Person;
2. gegen eine aufgrund besonderer Umstände schutzbedürftige Person unter Ausnützung deren besonderer Schutzbedürftigkeit;
3. unter Einsatz eines außergewöhnlich hohen Ausmaßes an Gewalt oder nachdem der Tat eine solche Gewaltanwendung vorausgegangen ist;
4. unter Einsatz oder Drohung mit einer Waffe begangen hat.“

³⁹¹ *E. Steininger, VbVG Verbandsverantwortlichkeitsgesetz, 2. Auflage, Wien, 2018, Kapitel 6, Rn. 9, S. 84.*

Tat sanktioniert wurde. Auch eine grobe Verletzung der Aufsichtspflicht entsprechend § 33 Ziffer 3 Strafgesetzbuch ist denkbar.³⁹²

Besondere Milderungsgründe im Sinne des § 5 Absatz 3 Verbandsverantwortlichkeitsgesetz sind vor allem Massnahmen zur Schadenswiedergutmachung, Präventivmassnahmen zur Verhinderung zukünftiger Taten und die Mitwirkung an der Wahrheitsfindung.³⁹³ Wie auch bei den Erschwerungsgründen ist diese Liste jedoch nicht abschliessend und unter der Einschränkung, dass die Milderungsgründe auf juristische Personen strukturell anwendbar sind muss insbesondere § 34 Strafgesetzbuch berücksichtigt werden.³⁹⁴

³⁹² E. Steininger, VbVG, Verbandsverantwortlichkeitsgesetz, 2. Auflage, Wien, 2018, Kapitel 6, Rn. 7, 8 und 11 ff., S. 83.

³⁹³ E. Steininger, VbVG Verbandsverantwortlichkeitsgesetz, 2. Auflage, Wien, 2018, Kapitel 6, Rn. 16 ff., S. 86.

³⁹⁴ **§ 34 Strafgesetzbuch (StGB): Besondere Milderungsgründe**

„(1) Ein Milderungsgrund ist es insbesondere, wenn der Täter

1. die Tat nach Vollendung des achtzehnten, jedoch vor Vollendung des einundzwanzigsten Lebensjahres oder wenn er sie unter dem Einfluß eines abnormen Geisteszustands begangen hat, wenn er schwach an Verstand ist oder wenn seine Erziehung sehr vernachlässigt worden ist;
2. bisher einen ordentlichen Lebenswandel geführt hat und die Tat mit seinem sonstigen Verhalten in auffallendem Widerspruch steht;
3. die Tat aus achtenswerten Beweggründen begangen hat;
4. die Tat unter der Einwirkung eines Dritten oder aus Furcht oder Gehorsam verübt hat;
5. sich lediglich dadurch strafbar gemacht hat, daß er es in einem Fall, in dem das Gesetz die Herbeiführung eines Erfolges mit Strafe bedroht, unterlassen hat, den Erfolg abzuwenden;
6. an einer von mehreren begangenen strafbaren Handlung nur in untergeordneter Weise beteiligt war;
7. die Tat nur aus Unbesonnenheit begangen hat;
8. sich in einer allgemein begreiflichen heftigen Gemütsbewegung zur Tat hat hinreißen lassen;
9. die Tat mehr durch eine besonders verlockende Gelegenheit verleitet als mit vorgefaßter Absicht begangen hat;
10. durch eine nicht auf Arbeitsscheu zurückzuführende drückende Notlage zur Tat bestimmt worden ist;
11. die Tat unter Umständen begangen hat, die einem Schuldausschließungs- oder Rechtfertigungsgrund nahekommen;
12. die Tat in einem die Schuld nicht ausschließenden Rechtsirrtum (§ 9) begangen hat, insbesondere wenn er wegen vorsätzlicher Begehung bestraft wird;
13. trotz Vollendung der Tat keinen Schaden herbeigeführt hat oder es beim Versuch geblieben ist;
14. sich der Zufügung eines größeren Schadens, obwohl ihm dazu die Gelegenheit offenstand, freiwillig enthalten hat oder wenn der Schaden vom Täter oder von einem Dritten für ihn gutgemacht worden ist;
15. sich ernstlich bemüht hat, den verursachten Schaden gutzumachen oder weitere nachteilige Folgen zu verhindern;
16. sich selbst gestellt hat, obwohl er leicht hätte entfliehen können oder es wahrscheinlich war, daß er unentdeckt bleiben werde;
17. ein reumütiges Geständnis abgelegt oder durch seine Aussage wesentlich zur Wahrheitsfindung beigetragen hat;
18. die Tat schon vor längerer Zeit begangen und sich seither wohlverhalten hat;
19. dadurch betroffen ist, daß er oder eine ihm persönlich nahestehende Person durch die Tat oder als deren Folge eine beträchtliche Körperverletzung oder Gesundheitsschädigung oder sonstige gewichtige tatsächliche oder rechtliche Nachteile erlitten hat.

(2) Ein Milderungsgrund ist es auch, wenn das gegen den Täter geführte Verfahren aus einem nicht von ihm oder seinem Verteidiger zu vertretenden Grund unverhältnismäßig lange gedauert hat.“

5.1.2. Kartellrecht

Das Kartellgesetz 2005 zählt zu einem Kriterien für das Bemessen der Sanktionierung auf, zum anderen Erschwerungs- und Milderungsgründe. Bei den Erschwerungs- und Milderungsgründen handelt es sich jedoch nicht um eine abschliessende Aufzählung. Es können also auch andere Aspekte erschwerend oder mildernd berücksichtigt werden.

Demnach muss das Kartellgericht grundsätzlich **Schwere** und **Dauer** der Rechtsverletzung, die dadurch erzielte **Bereicherung**, den Grad des **Verschuldens** sowie die **wirtschaftliche Leistungsfähigkeit** beim Bemessen der Geldbusse berücksichtigen.³⁹⁵

Ein **Erschwerungsgrund** liegt vor, wenn gegen den Unternehmer oder die Unternehmervereinigung bereits zuvor eine Geldbusse durch das Kartellgericht verhängt wurde oder wenn das Gericht eine Zuwiderhandlung festgestellt hatte. Gleiches gilt, wenn der Unternehmer oder die Vereinigung als Urheber oder Anstifter einer von mehreren Beteiligten oder von ihm beziehungsweise ihr führend begangenen Rechtsverletzung beteiligt war.³⁹⁶

Mildernd wirkt es sich hingegen aus, wenn der Unternehmer oder die Unternehmervereinigung nur in untergeordneter Weise beteiligt war, den Verstoss aus eigenem Antrieb beendet hat, wesentlich zur Aufklärung der Rechtsverletzung beigetragen hat oder den entstandenen Schaden ganz oder teilweise gutgemacht hat.³⁹⁷ Laut der Lehre können auch ergriffene *Compliance*-Massnahmen einen Milderungsgrund darstellen, wenn diese inhaltlich so gefasst und praktisch derart umgesetzt werden, dass sie reelle Resultate bringen.³⁹⁸

5.2. Regelungen zu Einziehung und Verfall

5.2.1. Verbandsverantwortlichkeit

Das Verbandsverantwortlichkeitsgesetz beinhaltet keine eigenen Regeln bezüglich der Einziehung oder des Verfalls. Über den Verweis im § 12 Verbandsverantwortlichkeitsgesetz sind jedoch die allgemeinen Strafgesetze anwendbar. Daher ist neben der sanktionierenden Verbandsgeldbusse der Verfall nach § 20 Strafgesetzbuch möglich.³⁹⁹ Wie bei natürlichen Personen dienen die Abschöpfung beziehungsweise der Verfall⁴⁰⁰ auch hier nicht der Sanktion, sondern der Wegnahme des durch die Tat

³⁹⁵ § 30 Abs 1 Kartellgesetz 2005 (KartG 2005)

³⁹⁶ § 30 Abs 2 Kartellgesetz 2005 (KartG 2005).

³⁹⁷ § 30 Abs 3 Kartellgesetz 2005 (KartG 2005)

³⁹⁸ E. Solé u.a., Das Verfahren vor dem Kartellgericht, 2. Auflage, Wien, 2019, S. 256.

³⁹⁹ **§ 20 Strafgesetzbuch (StGB): Verfall**

(1) Das Gericht hat Vermögenswerte, die für die Begehung einer mit Strafe bedrohten Handlung oder durch sie erlangt wurden, für verfallen zu erklären.

(2) Der Verfall erstreckt sich auch auf Nutzungen und Ersatzwerte der nach Abs. 1 für verfallen zu erklärenden Vermögenswerte.

(3) Soweit die dem Verfall nach Abs. 1 oder 2 unterliegenden Vermögenswerte nicht sichergestellt oder beschlagnahmt sind (§§ 110 Abs. 1 Z 3, 115 Abs. 1 Z 3 StPO), hat das Gericht einen Geldbetrag für verfallen zu erklären, der den nach Abs. 1 und Abs. 2 erlangten Vermögenswerten entspricht.

(4) Soweit der Umfang der für verfallen zu erklärenden Vermögenswerte nicht oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand ermittelt werden kann, hat das Gericht ihn nach seiner Überzeugung festzusetzen.

⁴⁰⁰ Mit dem strafrechtlichen Kompetenzpaket wurde 2010 die Unterscheidung zwischen Abschöpfung der Bereicherung und Verfall aufgegeben, siehe *Fuchs/Tipold in Höpfel/Ratz, WK2 Vorbemerkungen zu §§ 19a–20c StGB, Rn. 3* (Stand 1.11.2012, rdb.at). Im Strafgesetzbuch findet sich nunmehr nur noch der Begriff „Verfall“.

erlangten Vorteils.⁴⁰¹ Folglich können Geldbusse und Verfall nebeneinander und unabhängig voneinander verhängt werden.⁴⁰²

Der unrechtmässige Gewinn wird als Kriterium für die Bemessung der Verbandsgeldbusse berücksichtigt: Je höher der aus der Straftat vom Verband erlangte Vorteil ist, desto höher ist die Anzahl der Tagessätze zu bemessen.⁴⁰³

5.2.2. Kartellrecht

Das Kartellgesetz 2005 enthält keine Angaben zu Verfall und Einziehung. Inwiefern die Regelungen aus dem Strafgesetzbuch Anwendung finden können, geht aus unserer Recherche nicht hervor.

6. Berücksichtigung von Kooperation oder Wiedergutmachung bei Bemessung der Sanktion

6.1. Verbandsverantwortlichkeit

Schadenswiedergutmachung wird bei der Bemessung der Sanktion berücksichtigt. § 5 Absatz 3 Ziffern 1 bis 6 Verbandsverantwortlichkeitsgesetz beinhalten eine nicht abschliessende Aufzählung von bei der Bemessung der Verbandsstrafe zu berücksichtigenden besonderen Milderungsgründe. Diese beinhalten insbesondere Massnahmen zur Schadenswiedergutmachung, Präventivmassnahmen zur Verhinderung künftiger Taten sowie Beiträge des Verbandes zur Wahrheitsfindung.⁴⁰⁴ Siehe dazu auch unter Punkt 5.1.

Die Verbandsgeldbusse kann unter den Voraussetzungen des § 6 Verbandsverantwortlichkeitsgesetz bedingt beziehungsweise teilbedingt nachgesehen werden. Bei einer (teil)bedingten Nachsicht ist die Weisung zur Schadenswiedergutmachung „nach Kräften“ obligatorisch.⁴⁰⁵

6.2. Kartellrecht

Wie bereits oben⁴⁰⁶ dargestellt, nennt das Gesetz *Compliance*-Massnahmen nicht als möglichen Milderungsgrund. In der **Lehre wird jedoch vertreten**, sinnvolle und effektiv umgesetzte **Compliance-Massnahmen könnten als Milderungsgrund** beim Bemessen der Geldbusse **herangezogen werden**.⁴⁰⁷

⁴⁰¹ Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage (EBRV), 994 der Beilagen XXII. GP - Regierungsvorlage – Materialien, S. 30, verfügbar unter https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXII/I/I_00994/fname_043774.pdf (16.01.2019).

⁴⁰² E. Steininger, VbVG Verbandsverantwortlichkeitsgesetz, 2. Auflage, Wien, 2018, Kapitel 6, Rn. 39 und 40, S. 93.

⁴⁰³ § 5 Absatz 2 Verbandsverantwortlichkeitsgesetz (VbVG).

⁴⁰⁴ § 5 Absatz 3 Ziffern 1-6 Verbandsverantwortlichkeitsgesetz (VbVG); E. Steininger, VbVG Verbandsverantwortlichkeitsgesetz, 2. Auflage, Wien, 2018, Kapitel 6, Rn. 16, S. 86.

⁴⁰⁵ N. Wess u.a., (Neben-)Folgen einer Verurteilung nach dem VbVG, Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzstrafrecht (ZWF), 3. Jahrgang, März 2017, Nr. 2, S. 54 - 60, S. 56, verfügbar unter http://www.wkklaw.at/fileadmin/inhalte/Publikationen/ZWF_2017_02_Wess.pdf (16.01.2019).

⁴⁰⁶ Siehe oben, 5.1.2..

⁴⁰⁷ E. Solé u.a., Das Verfahren vor dem Kartellgericht, 2. Auflage, Wien, 2019, S. 256.

7. Staatliche Registrierung von Sanktionen gegen Unternehmen

7.1. Verbandsverantwortlichkeit

Da frühere Verurteilungen laut dem Verbandsverantwortlichkeitsgesetz bei erneuten Sanktionen berücksichtigt werden sollen, ist es erforderlich, diese zu registrieren. Aus den Materialien zum Verbandsverantwortlichkeitsgesetz geht hervor, dass Verurteilungen von Verbänden, beziehungsweise Sanktionen gegen Unternehmen in das **Strafregister** aufgenommen werden sollen.⁴⁰⁸ Die dafür insbesondere im Strafregistergesetz erforderlichen Bestimmungen sollen „in einem späteren Schritt“ geregelt werden.⁴⁰⁹ Die notwendigen Anpassungen des Strafregisters wurden unseren Informationen zufolge bisher jedoch noch nicht vorgenommen.⁴¹⁰

Das Strafregister wird von der Landespolizeidirektion in Wien (Strafregisteramt) zentral geführt und beinhaltet alle strafgerichtlichen Verurteilungen.⁴¹¹ Die Landespolizeidirektion hat gemäss § 9 Absatz 1 Strafregistergesetz auf Anfrage kostenfrei aus dem Strafregister Auskunft zu erteilen

1. allen inländischen Behörden, den Dienststellen der Bundespolizei sowie den Angehörigen des Bundesheeres auch den militärischen Kommanden,
2. Behörden eines Mitgliedstaates der Europäischen Union für Zwecke der Sicherheitsverwaltung, sowie allen ausländischen Behörden, sofern Gegenseitigkeit besteht,
- 2a. Behörden eines Mitgliedstaates der Europäischen Union für sonstige Zwecke, sofern Gegenseitigkeit besteht,
- 2b. allen ausländischen Behörden nach Maßgabe der Bestimmungen des Kapitels V der Datenschutz-Grundverordnung,
3. nach Maßgabe besonderer gesetzlicher Regelungen Jugendwohlfahrtsträgern zur Vermeidung oder zur Abwehr einer konkreten Gefährdung eines bestimmten minderjährigen Kindes durch eine bestimmte Person.⁴¹²

Von Bedeutung ist die zentrale Registrierung insbesondere auch in den Fällen, in denen andere Gesetze auf die Verurteilung eines Verbandes Bezug nehmen. Dies ist unseren Informationen zu Folge bisher nur im Aussenwirtschaftsgesetz relevant, das ausdrücklich auf Verurteilungen nach dem Verbandsverantwortlichkeitsgesetz Bezug nimmt.⁴¹³

⁴⁰⁸ Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage (EBRV), 994 der Beilagen XXII. GP – Regierungsvorlage – Materialien, S. 15, verfügbar unter https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXII/I/I_00994/fname_043774.pdf (16.01.2019). Siehe auch *N. Wess u.a.*, (Neben-)Folgen einer Verurteilung nach dem VbVG, Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzstrafrecht (ZWF), 3. Jahrgang, März 2017, Nr. 2, S. 54 - 60, S. 58 und 59, verfügbar unter http://www.wkklaw.at/fileadmin/inhalte/Publikationen/ZWF_2017_02_Wess.pdf (16.01.2019).

⁴⁰⁹ Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage (EBRV), 994 der Beilagen XXII. GP – Regierungsvorlage – Materialien, S. 15, verfügbar unter https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXII/I/I_00994/fname_043774.pdf (16.01.2019).

⁴¹⁰ Bundesgesetz vom 3. Juli 1968 über die Evidenthaltung strafgerichtlicher Verurteilungen (Strafregistergesetz 1968) und *N. Wess u.a.*, (Neben-)Folgen einer Verurteilung nach dem VbVG, Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzstrafrecht (ZWF), 3. Jahrgang, März 2017, Nr. 2, S. 54 - 60, S. 58, verfügbar unter http://www.wkklaw.at/fileadmin/inhalte/Publikationen/ZWF_2017_02_Wess.pdf (16.01.2019).

⁴¹¹ § 1 Absatz 2 Strafregistergesetz).

⁴¹² § 9 Absatz 1 Strafregistergesetz

⁴¹³ § 36 Außenwirtschaftsgesetz (AußWG) legt die Voraussetzungen für eine Zertifizierung zum Empfang von Verteidigungsgütern fest. Eine Voraussetzung ist gemäss Absatz 2 Ziffer 1 „die Erfahrung im verantwortungsvollen Umgang mit Verteidigungsgütern“, welche unter anderem angenommen wird,

Zudem müssen ein Rücktritt von der Verfolgung oder eine Einstellung des Verfahrens im Rahmen der Diversion im **Geschäftsregister der Staatsanwaltschaft** eingetragen werden.⁴¹⁴

Auf der Webseite der Wirtschaftskammer Österreich und der Zentralen Staatsanwaltschaft zur Verfolgung von Wirtschaftsstrafsachen und Korruption der Republik Österreich findet sich ausserdem der Hinweis, dass „für die Erteilung von Auskünften darüber, ob ein Verband im Sinn des Verbandsverantwortlichkeitsgesetzes (VbVG) nach den Eintragungen in der Verfahrensautomation Justiz eine Verurteilung aufweist und ob er als Beschuldigter geführt wird“ die Wirtschafts- und Korruptionsstaatsanwaltschaft zuständig ist. Voraussetzung für eine Auskunftserteilung dieser Eintragungen im **Verbandsregister** ist, dass „der Antrag von einem vertretungsbefugten Organ des Verbandes (oder einer von ihm bevollmächtigten, zur berufsmässigen Parteivertretung befugten Person (...)) handschriftlich unterfertigt ist (...)“ und „dass der Verband den Antrag schriftlich mit genauer Bezeichnung des Verbandes (...) gestellt hat“.⁴¹⁵

7.2. Kartellrecht

Ein **Register** für Sanktionen oder Entscheidungen des Kartellgerichts **scheint nicht zu existieren**.

Allerdings **veröffentlicht das Kartellgericht** sowohl stattgebende als auch ab- oder zurückweisende **rechtskräftige Entscheidungen**, wobei es die Beteiligten benennt und den wesentlichen Inhalt der Entscheidung inklusive der Sanktion wiedergibt. Hat ein Unternehmen ein berechtigtes Interesse daran, **Geschäftsgeheimnisse** von der Veröffentlichung auszunehmen, so berücksichtigt das Kartellgericht dies nach Beschluss des Vorsitzenden des Gerichts.⁴¹⁶

Prozessrecht

8. Verwaltungs- oder Strafverfahren

8.1. Verbandsverantwortlichkeit

Die Sanktion wird **im Rahmen eines Strafverfahrens** ausgesprochen. Die Verbandsverantwortlichkeit stellt nach Auffassung des Österreichischen Verfassungsgerichtshofes „eine (neue) strafrechtliche

wenn „konkrete Anhaltspunkte, die Zweifel an der Verlässlichkeit begründen könnten“ fehlen. Solche Anhaltspunkte sind unter anderem auch Vorstrafen gemäss dem Verbandsverantwortlichkeitsgesetz (§ 36 Absatz 2 Ziffer 1 lit d). Gemäss § 60 Außenwirtschaftsgesetz ist zudem für den Verlust und die vorübergehende Aussetzung des Rechts zur Verwendung von Allgemeingenehmigungen eine Verurteilung des Unternehmens nach dem Verbandsverantwortlichkeitsgesetz massgeblich. Siehe dazu auch *N. Wess u.a.*, (Neben-)Folgen einer Verurteilung nach dem Verbandsverantwortlichkeitsgesetz, Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzstrafrecht (ZWF), 3. Jahrgang, März 2017, Nr. 2, S. 54 - 60, S. 57, verfügbar unter

http://www.wkklaw.at/fileadmin/inhalte/Publikationen/ZWF_2017_02_Wess.pdf (16.01.2019).

⁴¹⁴ §§ 18 und 19 Verbandsverantwortlichkeitsgesetz (VbVG); Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage (EBRV), 994 der Beilagen XXII. GP - Regierungsvorlage – Materialien, S. 15, verfügbar unter https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXII/I/I_00994/fname_043774.pdf (16.01.2019).

⁴¹⁵ Webseite der zentralen Staatsanwaltschaft zur Verfolgung von Wirtschaftsstrafsachen und Korruption, verfügbar unter <https://www.justiz.gv.at/web2013/wksta/zentrale-staatsanwaltschaft-zur-verfolgung-von-wirtschaftsstrafsachen-und-korruption/verbandsregistrauskuenfte~2c94848525f84a6301321f65928d53c8.de.html> (22.01.2019)

⁴¹⁶ § 37 Abs 1, 2 Kartellgesetz 2005 (KartG 2005).

Kategorie eigener Art“ dar.⁴¹⁷ Das Verbandsverantwortlichkeitsgesetz ist ein **strafrechtliches Spezialgesetz**, das statt in einem eigenen Gesetz genauso gut in einem Teil des Strafgesetzbuches hätte geregelt werden können.⁴¹⁸ Gemäss § 14 Verbandsverantwortlichkeitsgesetz finden für Verfahren dieses Bundesgesetzes die allgemeinen Vorschriften für das Strafverfahren Anwendung, also insbesondere die Strafprozessordnung.⁴¹⁹

Das österreichische Verwaltungsstrafgesetz⁴²⁰ kennt keine verwaltungsstrafrechtliche Verantwortung oder Bestrafung juristischer Personen, also auch keine Verbandsverantwortlichkeit.⁴²¹

8.2. Kartellrecht

Die **Rechtsnatur der Geldbussen nach dem Kartellgesetz 2005 ist umstritten.**

Rechtsprechung und Lehre attestieren Geldbussen nach § 29 Kartellgesetz 2005 sowohl **repressiven** als auch **präventiven Charakter**.⁴²² Jedoch soll die Repression **nicht der Bestrafung von Kriminalunrecht** dienen, sondern lediglich „**Mittel des staatlichen Zwangs** [sein], um die kartellrechtlich vorgesehene Wirtschaftsordnung durchzusetzen“. ⁴²³ Demnach soll insbesondere die verfahrensrechtliche Garantie des Grundsatzes „Keine Strafe ohne Gesetz“⁴²⁴ bei kartellrechtlichen Bussgeldern zwar Anwendung finden, dies jedoch nicht im gleichen Ausmass wie im Kernbereich des Strafrechts.⁴²⁵

⁴¹⁷ Österreichischer Verfassungsgerichtshof, VfGH 02.12.2016, G 497/2015-26, G 679/2015-20, Rn. 50; *M. J. Hilf* et al., Verbandsverantwortlichkeit aus strafrechtlicher, abgabenrechtlicher und verwaltungsrechtlicher Sicht, 20. Österreichischer Juristentag, Wien 2018, Band III/1, S. 29.

⁴¹⁸ *M. J. Hilf*, Grundkonzept und Terminologie des österreichischen strafrechtlichen Verbandsverantwortlichkeitsgesetzes (VbVG); Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht (NZWiSt), 5. Jahrgang, 2016, S.189 – 193; S. 190.

⁴¹⁹ § 14 Verbandsverantwortlichkeitsgesetz (VbVG).

⁴²⁰ Verwaltungsstrafgesetz (VStG), veröffentlicht im Bundesgesetzblatt 1 52/1991.

⁴²¹ Über den § 9 Absatz 7 des Verwaltungsstrafgesetzes haften juristische Personen oder eingetragene Personengesellschaften jedoch für „über die zur Vertretung nach außen Berufenen oder über einen verantwortlichen Beauftragten verhängten Geldstrafen“; *M. J. Hilf* et al., Verbandsverantwortlichkeit aus strafrechtlicher, abgabenrechtlicher und verwaltungsrechtlicher Sicht, 20. Österreichischer Juristentag, Wien 2018, Band III/1, S. 67.

⁴²² So ausdrücklich Oberster Gerichtshof (OGH), Urteil vom 27.02.2006 – 16 Ok 52/05; *J. P. Gruber*, Österreichisches Kartellrecht, 2. Auflage, Wien, 2013, § 29 KartG 2005, E 4 ff.; *E. Solé* u.a., Das Verfahren vor dem Kartellgericht, 2. Auflage, Wien, 2019, S. 253 ff.

⁴²³ Oberster Gerichtshof (OGH), Urteil vom 12.09.2007 – 16 Ok 4/07; siehe auch *J. P. Gruber*, Österreichisches Kartellrecht, 2. Auflage, Wien, 2013, § 29 KartG 2005, E 4 ff.; *E. Solé* u.a., Das Verfahren vor dem Kartellgericht, 2. Auflage, Wien, 2019, S. 253 ff.

⁴²⁴ Art 7 Europäische Menschenrechtskonvention; Art 49 Abs 1 Charta der Grundrechte der Europäischen Union.

⁴²⁵ *E. Solé* u.a., Das Verfahren vor dem Kartellgericht, 2. Auflage, Wien, 2019, S. 254.

9. Punktuelle oder abschliessende Regelung des Verfahrens

9.1. Verbandsverantwortlichkeit

Das Verbandsverantwortlichkeitsgesetz stellt eine **spezialgesetzliche, abschliessende Regelung** zu dem Verfahren gegen Unternehmen in **allen Straf- und Verwaltungsrechtsbereichen ausser dem Kartellrecht** dar.⁴²⁶

9.2. Kartellrecht

Insbesondere die Vorschriften des Kartellgesetzes 2005, teilweise ergänzt durch diejenigen des Wettbewerbsgesetzes, stellen eine **spezialgesetzliche, abschliessende Regelung** zum Verfahren gegen Unternehmen in Angelegenheiten des **Kartellrechts** dar.

10. Regelungen zur Rechtsnachfolge

10.1. Verbandsverantwortung

§ 10 Verbandsverantwortlichkeitsgesetz enthält Regeln zur Rechtsnachfolge. Demnach wirken im Fall der Gesamtrechtsnachfolge „über den Rechtsvorgänger verhängte Rechtsfolgen auch auf den Rechtsnachfolger“.⁴²⁷ Dies bedeutet, dass gemäss § 10 Absatz 1 Satz 1 ein gegen einen Verband laufendes Strafverfahren gegen dessen Rechtsnachfolger fortgeführt werden kann, sowie gemäss § 10 Absatz 1 Satz 2 auch, dass eine gegen einen Verband verhängte Sanktion gegen dessen Rechtsnachfolger Wirkung haben.

Rechtsnachfolger im Sinne dieser Regelung kann nur ein Verband sein.⁴²⁸ Das Verbandsverantwortlichkeitsgesetz nimmt grundsätzlich eine Gesamtrechtsnachfolge an, stellt die Einzelrechtsnachfolge aber gleich, wenn „im Wesentlichen die selben Eigentumsverhältnisse am Verband bestehen und der Betrieb oder die Tätigkeit im Wesentlichen fortgeführt wird“.⁴²⁹ Den Sonderfall von einer Mehrheit von Rechtsnachfolgern im Fall einer Unternehmensspaltung regelt § 10 Absatz 3 Verbandsverantwortlichkeitsgesetz, der zwischen Geldbussen und anderen Rechtsfolgen unterscheidet. Eine bereits vor der Spaltung verhängte Geldbusse soll gegen jeden Rechtsnachfolger vollstreckt werden können, wobei ein Regress des in Anspruch genommenen Verbandes gegen die anderen Verbände nicht grundsätzlich ausgeschlossen ist.⁴³⁰ Andere Rechtsfolgen wie zum Beispiel Weisungen oder Diversion können einzelnen Rechtsnachfolgern auferlegt werden, soweit dies deren Tätigkeitsbereich entspricht.⁴³¹

⁴²⁶ M. J. Hilf et al., Verbandsverantwortlichkeit aus strafrechtlicher, abgabenrechtlicher und verwaltungsrechtlicher Sicht, 20. Österreichischer Juristentag, Wien 2018, Band III/1, S. 32.

⁴²⁷ § 10 Absatz 1 Verbandsverantwortlichkeitsgesetz (VbVG). Formen der Gesamtrechtsnachfolge sind insbesondere Verschmelzung, Umwandlung, Einbringung und Umgründung von Unternehmen.

⁴²⁸ Hilf/Zeder in Höpfel/Ratz, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1.-214. Lieferung (Stand: 01.06.2010), § 10 VbVG Rn. 3.

⁴²⁹ § 10 Absatz 2 Verbandsverantwortlichkeitsgesetz (VbVG).

⁴³⁰ Gemäss § 11 Verbandsverantwortlichkeitsgesetz ist ein Rückgriff jedoch ausgeschlossen, wenn es sich bei den Sanktionen und Rechtsfolgen um solche handelt, die den Verband auf Grund des Verbandsverantwortlichkeitsgesetzes selbst treffen.

⁴³¹ § 10 Absatz 3 Satz 2 Verbandsverantwortlichkeitsgesetz. Der Sinn dieser Regelung ist, dass die „präventive Wirkung der Rechtsfolgen in jenem Betriebsteil Platz greift, wo sie angebracht ist.“, siehe Hilf/Zeder in Höpfel/Ratz, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1.-214. Lieferung (Stand: 01.06.2010), § 10 VbVG Rn. 14.

Wenn sich ein Verband ohne Rechtsnachfolger auflöst, so erlischt wie bei dem Tod einer natürlichen Person auch der staatliche Strafanspruch.⁴³²

10.2. Kartellrecht

Nach unserer Recherche scheint es **keine Regelungen zur Rechtsnachfolge** bei Sanktionen gegen Unternehmer oder Unternehmervereinigungen durch das Kartellgericht zu geben. Inwiefern auf andere Gesetze wie insbesondere auf das Verbandsverantwortungsgesetz zurückgegriffen werden kann, ist unklar.

11. Regelungen für Kronzeugen und *Whistleblower*

11.1. Verbandsverantwortlichkeit

Das Verbandsverantwortlichkeitsgesetz beinhaltet keine eigenen Regelungen für Kronzeugen oder *Whistleblower*. Grundsätzlich bestehen in Österreich diesbezüglich jedoch Bestimmungen.

Eine **Whistleblower-Regelung** hat das Bundesministerium für Justiz im März 2013 eingeführt. Seitdem gibt es bei der Zentralen Staatsanwaltschaft zur Verfolgung von Wirtschaftsstrafsachen und Korruption (WKStA) ein speziell für Ermittlungen im Bereich der Wirtschafts- und Korruptionsdelikte geeignetes internetbasiertes anonymes Anzeigesystem, das sogenannte Business Keeper Monitoring System (BKMS-System). Über dieses Hinweisgebersystem können die Informanten anonym bleiben.⁴³³

Die seit 2011 bestehende und 2016 neu gefasste sogenannte **Kronzeugenregelung** beinhaltet Bestimmungen über den Rücktritt von der Verfolgung wegen Zusammenarbeit mit der Staatsanwaltschaft und ist in den Paragraphen §§ 209a und 209b Strafprozessordnung geregelt.⁴³⁴

§ 209a Strafprozessordnung betrifft den Rücktritt von der Verfolgung wegen Zusammenarbeit mit der Staatsanwaltschaft, § 209b Strafprozessordnung regelt den Rücktritt von der Verfolgung wegen Zusammenarbeit mit der Staatsanwaltschaft im Zusammenhang mit einer kartellrechtlichen Zuwider-

⁴³² *Hilf/Zeder* in *Höpfel/Ratz*, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1.-214. Lieferung (Stand: 01.06.2010), § 10 VbVG Rn. 3.

⁴³³ Siehe auf der Webseite der Zentralen Staatsanwaltschaft zur Verfolgung von Wirtschaftsstrafsachen und Korruption, verfügbar unter <https://www.justiz.gv.at/web2013/html/default/2c9484853d643b33013d8860aa5a2e59.de.html> (23.01.2019).

⁴³⁴ Die Vorgängerbestimmungen traten mit 01.01.2011 in Kraft und waren bis 31.12.2016 befristet. Kurz vor deren Auslaufen wurde die Verlängerung der Kronzeugenregelung um weitere fünf Jahre bis zum 31.12.2021 beschlossen.

handlung. Beide Paragraphen sind **sinngemäss auf Verfahren nach dem Verbandsverantwortlichkeitsgesetz anzuwenden**.⁴³⁵ Auch im Anwendungsbereich des Verbandsverantwortlichkeitsgesetzes bieten die Kronzeugenregelungen also Anreize zur Kooperation.⁴³⁶

Die österreichische Kronzeugenregelung betrifft den Austausch von der Strafverfolgung dienenden Informationen gegen Strafnachlass für den Kronzeugen. Sie sieht keine gänzliche Straffreiheit für den Kronzeugen vor, sondern eine diversionelle Erledigung.⁴³⁷ Dies bedeutet eine Beendigung des Strafverfahrens ohne Schuldspruch und ohne förmliche Sanktionierung, wohl aber mit Auferlegung bestimmter Leistungen, wie Geldzahlungen oder gemeinnütziger Arbeit.⁴³⁸

Voraussetzungen zur Erlangung des Kronzeugenstatus sind gemäss **§ 209a Strafprozessordnung** das Vorliegen einer geeigneten Aufklärungstat und einer geeigneten Kronzeugentat, die Offenlegung des Wissens des Kronzeugen über neue Tatsachen oder Beweismittel, die Rechtzeitigkeit des Kronzeugenantrages, ein freiwilliges reumütiges Geständnis und der Umstand, dass spezialpräventive Erwägungen der Anwendung der Kronzeugenregelung nicht entgegen stehen.⁴³⁹ Zur Erlangung des Kronzeugenstatus muss der Verband selbst die Voraussetzungen des § 209a Strafprozessordnung erfüllen.⁴⁴⁰ Um für den Verband wirksam Informationen offenzulegen, muss die handelnde Person über ein gewisses Mass an Befugnissen in dem Verband verfügen, was regelmässig bei Entscheidungsträgern im Sinne des § 2 Absatz 1 Verbandsverantwortlichkeitsgesetz der Fall ist.⁴⁴¹

Zudem enthält der Paragraph keine Beschränkung bezüglich der Anzahl an Personen, denen der Kronzeugenstatus zuerkannt werden kann. Es ist daher denkbar, dass mehrere Geschäftsführer und der nach Verbandsverantwortlichkeitsgesetz selbstständig strafrechtlich verfolgte Verband gemeinsam einen Kronzeugenantrag stellen und den Kronzeugenstatus erhalten.⁴⁴²

⁴³⁵ § 209a Absatz 7 und § 209b Absatz 3 Strafprozessordnung (StPO) und *H. V. Schroll in Fuchs/Ratz, Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung, inkl. 284. bis 290. Lieferung (Stand 01.06.2016), § 209a Rn. 109 und § 209b, Rn. 12.* Hinzuweisen ist allerdings darauf, dass der § 209b seit der Reform 2016 den Kronzeugenstatus nunmehr lediglich für Mitarbeiter von Unternehmen und nicht mehr für das Unternehmen selbst ermöglicht. Verbände im Sinne des Verbandsverantwortlichkeitsgesetzes die sich an Bieterabsprachen beteiligen, können seither selbst dann strafrechtlich verfolgt werden, wenn sie im Kartellverfahren Kronzeugenstatus haben oder die Voraussetzungen für eine Geldbusenreduktion erfüllen; siehe Handbuch zur Kronzeugenregelung, §§ 209a und 209b in der Fassung des Strafprozessrechtsänderungsgesetzes II 2016, herausgegeben vom Bundesministerium für Justiz, Stand: 01.01.2017, S 23, verfügbar unter https://www.justiz.gv.at/web2013/file/2c94848a580590360159b0e49b46031b.de.0/handbuch_zur_kronzeugenregelung.pdf (23.01.2019).

⁴³⁶ *J. Urbanek in Kert/Kodek, Das große Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, Wien, 2016, 2. Kapitel: Verbandsverantwortlichkeit: Die Strafbarkeit von Unternehmen und Verbänden in Österreich – ein Erfolgsmodell?* (Stand 1.6.2016, rdb.at), Rn 2.117 ff.

⁴³⁷ §§ 198 ff. Strafprozessordnung.

⁴³⁸ *A. Pollak, Die neue österreichische Kronzeugenregelung im Wirtschaftsstrafrecht, im Journal der Wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung (WiJ), Ausgabe 3 aus 2017, S. 90-95, S. 90.*

⁴³⁹ § 209a Strafprozessordnung (StPO), und *A. Pollak, Die neue österreichische Kronzeugenregelung im Wirtschaftsstrafrecht, im Journal der Wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung (WiJ), Ausgabe 3 aus 2017, S. 90-95, S. 91.*

⁴⁴⁰ *E. Steininger, VbVG Verbandsverantwortlichkeitsgesetz, 2. Auflage, Wien, 2018, Kapitel 7, Rn. 4, S. 114.*

⁴⁴¹ *C. Pilnacek, Kronzeugenregelung neu, in: Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit 2017, S 17-26, S. 23 und Handbuch zur Kronzeugenregelung, §§ 209a und 209b in der Fassung des Strafprozessrechtsänderungsgesetzes II 2016, herausgegeben vom Bundesministerium für Justiz, Stand: 01.01.2017, S. 23.*

⁴⁴² *A. Pollak, Die neue österreichische Kronzeugenregelung im Wirtschaftsstrafrecht, im Journal der Wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung (WiJ), Ausgabe 3 aus 2017, S. 90 - 95, S. 92.*

11.2. Kartellrecht

Wie bereits erwähnt⁴⁴³ sieht das Kartellgesetz 2005 das **Mildern der Sanktion** vor, wenn der Unternehmer oder die Unternehmervereinigung „**wesentlich zur Aufklärung beigetragen hat**“.⁴⁴⁴

Für Verstöße gegen das europäische⁴⁴⁵ oder das österreichische⁴⁴⁶ **Kartellverbot** sieht ausserdem das **Wettbewerbsgesetz eine ausdrückliche Kronzeugenregelung** vor, auf dessen Grundlage **von einer Sanktion vollständig abgesehen** werden kann. Sofern die Bundeswettbewerbsbehörde gegen einen anderen Teilnehmer einen Antrag auf Verhängen einer Geldbusse stellt, beantragt sie gleichzeitig die Feststellung der Zuwiderhandlung gegen denjenigen Teilnehmer, der als Kronzeuge fungiert.⁴⁴⁷ Zudem kann bei **Verstössen gegen andere kartellrechtliche Vorschriften** als das Kartellverbot die **Geldbusse gemindert** werden.⁴⁴⁸

Damit die Kronzeugenregelung greift, müssen jeweils bestimmte **Voraussetzungen** erfüllt sein. Unternehmer oder Unternehmervereinigungen müssen:

- ihre Mitwirkung an der Zuwiderhandlung eingestellt haben,
- daraufhin wahrheitsgemäss, uneingeschränkt und zügig mit der Bundeswettbewerbsbehörde zusammengearbeitet haben, um die vermutete Zuwiderhandlung vollständig aufzuklären, und dabei alle Beweismittel in ihrem Besitz oder auf die sie Zugriff haben vorlegen und
- andere Unternehmer und Vereinigungen nicht zur Teilnahme an der Zuwiderhandlung gezwungen haben.⁴⁴⁹

Handelt es sich um einen Verstoß gegen das **Kartellverbot**, so muss der Unternehmer oder die Unternehmervereinigung **als Erste/r** Informationen und Beweismittel zur Verfügung stellen, die es der Bundeswettbewerbsbehörde erlauben, einen begründeten Antrag auf Anordnung einer Hausdurchsuchung zu stellen. Bei **anderen Verstössen** als gegen das Kartellverbot müssen die vorgelegten Informationen und Beweismittel für die Bundeswettbewerbsbehörde einen **erheblichen Mehrwert** zu denjenigen Informationen und Beweismitteln darstellen, über die sie bereits verfügt.⁴⁵⁰

Das Gesetz verpflichtet die Wettbewerbsbehörde ausserdem, auf ihrer Website ein Handbuch zur Verfügung zu stellen, in welchem sie ihre Praxis bei der Durchführung der genannten Vorgaben darstellt.⁴⁵¹ Das „**Handbuch zur Kronzeugenregelung der Bundeswettbewerbsbehörde**“ befasst sich mit dem Geltungsbereich der Kronzeugenregelung, dem Absehen von einem Geldbussenantrag, der Beantragung einer geminderten Geldbusse, dem Verfahren, der Kronzeugenregelung des allgemeinen

⁴⁴³ Siehe oben, D. 5.1.2.

⁴⁴⁴ § 30 Abs 3 Z 3 Kartellgesetz 2005 (KartG 2005).

⁴⁴⁵ Art 101 Abs 1 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV).

⁴⁴⁶ § 1 Kartellgesetz 2005 (KartG 2005).

⁴⁴⁷ § 11b Abs 1 Satz 2 Wettbewerbsgesetz (WettbG).

⁴⁴⁸ § 11b Wettbewerbsgesetz (WettbG).

⁴⁴⁹ § 11b Abs 1 Satz 1 Z 1-4 in Verbindung mit Abs 2 Satz 1 Wettbewerbsgesetz (WettbG).

⁴⁵⁰ § 11b Abs 1 Satz 1 Z 1 a), Abs 2 Satz 2 Wettbewerbsgesetz (WettbG).

⁴⁵¹ § 11b Abs 3 Wettbewerbsgesetz (WettbG)

Strafprozessrechts⁴⁵², der Privilegierung des Kronzeugen im kartellrechtlichen Schadenersatzverfahren sowie mit der Kontaktaufnahme mit der Bundeswettbewerbsbehörde.⁴⁵³

12. Mitwirkungspflichten des Unternehmens im Sanktionsverfahren

12.1. Verbandsverantwortlichkeit

Das Verbandsverantwortlichkeitsgesetz beinhaltet **keine gesonderten Mitwirkungspflichten** für Unternehmen im Sanktionsverfahren. Über den Verweis in § 12 des Verbandsverantwortlichkeitsgesetzes sind jedoch die allgemeinen Strafgesetze anwendbar.

Sobald ein Verband auf Grund bestimmter Tatsachen verdächtig ist, für eine Tat verantwortlich zu sein, kommt ihm gemäss § 13 die Stellung als „**belangter Verband**“ zu. Der **belangte Verband** hat demnach sowohl in dem eigenen Verfahren, als auch gemäss § 15 Absatz 1 Verbandsverantwortlichkeitsgesetz in konnexen Verfahren gegen natürliche Personen **Beschuldigtenrechte**. Zu den Beschuldigtenrechten eines belangten Verbandes zählen insbesondere das Recht auf Aussageverweigerung und das Verbot der Selbstbeichtigung, sowie das Recht auf einen Verteidiger, das Recht auf Information, das Recht auf Akteneinsicht, das Recht auf Mitwirkung an Beweisaufnahmen, das Recht auf Beachtung der Unschuldsvermutung, das Recht auf rechtliches Gehör und das Beschwerderecht.⁴⁵⁴

Der Grundsatz des **Verbots des Zwangs zur Selbstbelastung (*nemo tenetur*)** ist bei natürlichen Personen anerkannt. Dieser Grundsatz, der auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht gestützt ist, müsste seit Einführung der Verbandsverantwortlichkeit auch für juristische Personen und insbesondere Verbände gelten. Dies ist jedoch scheinbar bisher noch nicht ausdrücklich geregelt.⁴⁵⁵ Das Oberlandesgericht Wien hat in einer Entscheidung aus dem Jahr 2013 für ein wenig mehr Klarheit gesorgt.⁴⁵⁶ Der Fall betraf ein Kreditinstitut, das Beschuldigte in einem Verfahren nach dem Verbandsverantwortlichkeitsgesetz war. Die Staatsanwaltschaft ordnete eine Kontenöffnung eben jener Konten bei dem beschuldigten Kreditinstitut an, wegen derer es selbst in den Fokus der Ermittlungen gelangt war. Grundsätzlich trifft Bank- und Kreditinstitute gemäss § 116 Absatz 6 Strafprozessordnung eine Auskunftspflicht. Diese Verpflichtung hätte in dieser Konstellation jedoch zu einer aktiven Selbstbelastung des beschuldigten Kreditinstituts geführt. Das Oberlandesgericht Wien hat daher in einer verfassungskonformen Auslegung des § 116 Absatz 6 Strafprozessordnung eine Mitwirkungspflicht des Kreditinstituts ausgeschlossen. Die mögliche Anwendung von Zwang

⁴⁵² § 209b Strafprozessordnung (StPO); siehe hierzu auch das vom Bundesministerium für Justiz herausgegebene Handbuch zur Kronzeugenregelung, verfügbar unter https://www.justiz.gv.at/web2013/file/2c94848a580590360159b0e49b46031b.de.0/handbuch_zur_kronzeugenregelung.pdf (11.04.2019).

⁴⁵³ *Bundeswettbewerbsbehörde*, Handbuch zur Kronzeugenregelung der Bundeswettbewerbsbehörde, verfügbar unter https://www.bwb.gv.at/kartelle_marktmachtmissbrauch/kronzeugenregelung/ (11.04.2019).

⁴⁵⁴ *E. Steininger*, VbVG Verbandsverantwortlichkeitsgesetz, 2. Auflage, Wien, 2018, Kapitel 9, Rn. 28 ff, S. 141.

⁴⁵⁵ *J. Urbanek* in *Kert/Kodek*, Das große Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, Wien, 2016, 2. Kapitel: Verbandsverantwortlichkeit: Die Strafbarkeit von Unternehmen und Verbänden in Österreich – ein Erfolgsmodell? (Stand 1.6.2016, rdb.at), Rn. 2.155 ff.

⁴⁵⁶ Oberlandesgericht (OLG) Wien 22Bs5/13s, Entscheidung vom 11.04.2013.

widerspreche dem Verbot eines Zwangs zur Selbstbelastung. Der Ausschluss der Mitwirkungspflicht greift bereits bei der Gefahr der Selbstbelastung.⁴⁵⁷

Gemäss § 17 Absatz 1 des Verbandsverantwortlichkeitsgesetzes werden zudem **allen Entscheidungsträgern** des Verbandes – also nicht nur jenen, die im Verdacht stehen, die Straftat begangen zu haben – sowie den **Mitarbeitern, die im Verdacht stehen, die Straftat begangen zu haben**, Beschuldigtenrechte zuerkannt.

12.2. Kartellrecht

Nach unseren Abklärungen scheint es **keine Regelungen zu Mitwirkungspflichten von Unternehmen im kartellrechtlichen Sanktionsverfahren** zu geben. Inwiefern auf andere Gesetze wie insbesondere auf das Verbandsverantwortlichkeitsgesetz zurückgegriffen werden kann, ist unklar.

13. Interessenskonflikte von Unternehmensangehörigen

13.1. Verbandsverantwortlichkeit

Gemäss § 17 Absatz 1 des Verbandsverantwortlichkeitsgesetzes werden **allen Entscheidungsträgern** des Verbandes sowie den **Mitarbeitern, die der Begehung einer Straftat verdächtigt** werden, **Beschuldigtenrechte** zuerkannt. Dies bedeutet insbesondere, dass sie als Beschuldigte in Strafverfahren nicht als Zeuge vernommen werden dürfen. Beschuldigte können die Aussage verweigern und müssen auch nicht wahrheitsgemäss aussagen.

Auch dem **Verband selbst** kommen gemäss § 15 Absatz 1 im Verfahren gegen Entscheidungsträger oder Mitarbeiter **Beschuldigtenrechte** zu. Dies bedeutet, dass der Verband jedenfalls auch in diesen Verfahren Rechtsmittel gegen die Verurteilung der natürlichen Personen einlegen kann, soweit daraus eine Voraussetzung der Verbandsverantwortlichkeit abgeleitet wird.⁴⁵⁸

Zudem betrifft § 16 Absatz 2 Verbandsverantwortlichkeitsgesetz den Fall einer **Interessenkollision**. Wenn sämtliche Mitglieder des zur Vertretung nach aussen befugten Organs selbst im Verdacht stehen, die Straftat begangen zu haben, so dürfen diese auf Grund des Rechtsstaatsprinzips nicht gleichzeitig als Vertreter des Verbandes agieren müssen. Wenn diese Interessenkollision die gesamte Vertretungsebene erfasst, so ist gemäss § 16 Absatz 2 vom Gericht ein Strafverteidiger als „Kollisionskurator“ zu bestellen.⁴⁵⁹

Aus den erläuternden Materialien zu dem Verbandsverantwortlichkeitsgesetz ergibt sich, dass alle anderen für den Verband handelnden Personen, also nicht der Tat verdächtige Mitarbeiter, als Zeugen zu vernehmen sind. Dieser Personenkreis ist durch Entschlagungs-, also Aussageverweigerungsrechte gemäss §§ 152 ff Strafprozessordnung geschützt.⁴⁶⁰

⁴⁵⁷ J. Urbanek in *Kert/Kodek*, Das große Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, Wien, 2016, 2. Kapitel: Verbandsverantwortlichkeit: Die Strafbarkeit von Unternehmen und Verbänden in Österreich – ein Erfolgsmodell? (Stand 01.06.2016, rdb.at), Rn 2.156.

⁴⁵⁸ Informationen zum Verbandsverantwortlichkeitsgesetz („Unternehmensstrafrecht“) auf der Seite der Wirtschaftskammer Österreich, verfügbar unter <https://www.wko.at/service/wirtschaftsrecht-gewerberecht/Verbandsverantwortlichkeitsgesetz.html> (18.12.2018).

⁴⁵⁹ E. Steininger, VbVG Verbandsverantwortlichkeitsgesetz, 2. Auflage, Wien, 2018, Kapitel 9, Rn. 25, S. 137.

⁴⁶⁰ Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage (EBRV), 994 der Beilagen XXII. GP – Regierungsvorlage – Materialien, S. 34, verfügbar unter

13.2. Kartellrecht

Das Kartellgesetz 2005 erklärt die Vorschriften zum nicht strittigen Verfahren und damit das Ausserstreitgesetz⁴⁶¹ für anwendbar. Dieses wiederum verweist global auf die Zivilprozessordnung⁴⁶², sofern das Ausserstreitgesetz nichts Abweichendes regelt.⁴⁶³ In der **Zivilprozessordnung** finden sich verschiedene **Aussageverweigerungsgründe**, welche einem Zeugen jeweils das Recht geben, **einzelne Fragen nicht zu beantworten**.⁴⁶⁴ Im Zusammenhang mit kartellrechtlichen Verfahren können die folgenden Aussageverweigerungsgründe relevant sein:

- Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung,
- Unmittelbarer vermögensrechtlicher Nachteil,
- Staatlich anerkannte Verschwiegenheitspflicht⁴⁶⁵,
- Offenbaren von Kunst- oder Geschäftsgeheimnissen.⁴⁶⁶

https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXII/I/I_00994/fname_043774.pdf (16.01.2019).

⁴⁶¹ Bundesgesetz über das gerichtliche Verfahren in Rechtsangelegenheiten außer Streitsachen (Außerstreitgesetz – AußStrG)

⁴⁶² Gesetz vom 1. August 1895, über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (Zivilprozessordnung – ZPO).

⁴⁶³ § 35 Ausserstreitgesetz (AußStrG).

⁴⁶⁴ E. Solé u.a., Das Verfahren vor dem Kartellgericht, 2. Auflage, Wien, 2019, S. 101.

⁴⁶⁵ Hier insbesondere die Verschwiegenheitspflicht von Rechtsanwälten aus § 9 Abs 2 Rechtsanwaltsordnung (RAO) nach dem Bankgeheimnis aus § 38 Bankwesengesetz (BWG) und des Datenschutzbeauftragten aus § 5 Datenschutzgesetz (DSG).

⁴⁶⁶ § 321 Zivilprozessordnung (ZPO).

III. VERGLEICHENDE BEMERKUNGEN

Materielles Recht

1. Sektorielle Sanktionsmechanismen oder allgemeine Regelungen

Bei den vier hier untersuchten Rechtsordnungen fällt auf, dass **in Deutschland juristische Personen nicht strafrechtlich verfolgt werden können**, da dies dem dort geltenden Schuldprinzip widersprechen würde. Gemäss diesem Prinzip kann nur strafrechtlich sanktioniert werden, wer schuldhaft gehandelt hat, wem die Tat also zum Vorwurf gemacht werden kann. Dies ist nur bei natürlichen Personen möglich. Allerdings können juristische Personen in Deutschland im Rahmen des **Verwaltungsstrafrechts** (Ordnungswidrigkeitenrecht) mit einer Geldbusse sanktioniert werden. In **Frankreich**, den **Niederlanden** und **Österreich** hingegen sind auch **juristische Personen strafrechtlich verantwortlich**, wobei dies in den beiden erstgenannten Rechtsordnungen **in einer allgemeinen Vorschrift** direkt im jeweiligen **Strafgesetzbuch** geregelt ist, in Österreich jedoch in einem separaten Spezialgesetz, dem **Verbandsverantwortlichkeitsgesetz**.

Neben dem grundsätzlichen Unterschied zur Strafbarkeit operieren alle untersuchten Rechtsordnungen mit einem ähnlichen Ansatz: In allen vier Rechtsordnungen existieren neben den **allgemeinen Regelungen** auch **besondere, in der Regel verwaltungsstrafrechtliche, Vorschriften** zur Sanktionierung von Unternehmen in bestimmten Rechtsgebieten. Allerdings unterscheiden sich die verschiedenen Systeme im Umfang. So gibt es in **Österreich lediglich im Kartellrecht** eigenständige Vorschriften zur Sanktionierung von Unternehmen, welche ein klar von den Vorschriften des Verbandsverantwortlichkeitsgesetzes abzugrenzendes System darstellen. Regelungen in anderen Nebengebieten traten mit Einführung des genannten Gesetzes 2006 ausser Kraft. Auch das **niederländische** Recht verfügt nur über vergleichsweise **wenige Ausnahmen** von den allgemeinen Normen. Zwar existieren sowohl Straf- als auch Verwaltungsstrafatbestände zur Sanktionierung von Unternehmen auch in Nebengesetzen, jedoch betrifft dies Bereiche, die im vorliegenden Gutachten nicht behandelt werden. Insgesamt deckt das niederländische **Verwaltungsgesetz** jedoch die meisten Rechtsbereiche gemeinsam ab, sodass nur wenige Ausnahmeregelungen verbleiben. **Frankreich** und **Deutschland** hingegen verfügen jeweils über **punktuelle Abweichungen in verschiedenen Gesetzen** zu den hier behandelten Rechtsgebieten, nämlich Kartellrecht, Finanzmarktrecht und Datenschutzrecht. Es fällt allerdings auf, dass es im **Datenschutzrecht in allen untersuchten Rechtsordnungen nur sehr wenige abweichende Vorschriften** zu geben scheint.

2. Definition

2.1. Definition von Unternehmen

Die vier hier untersuchten Rechtsordnungen haben gemein, dass jedenfalls **juristische Personen mit Rechtspersönlichkeit** straf- beziehungsweise verwaltungsstrafrechtlich sanktioniert werden können. Die **Niederlande**, **Österreich** und **Deutschland** erstrecken die Sanktionierbarkeit von Unternehmen daneben ausserdem auf jeweils zwei oder drei **weitere Vereinigungen**. Alle drei erwähnten Rechtsordnungen erfassen gewisse Personengesellschaften: die eingetragene (Österreich), die rechtsfähige (Deutschland) oder die Personengesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit (Niederlande, „*vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid*“). Ausserdem erstrecken die **Niederlande** ihr Unternehmensstrafrecht auf die **Geschäftspartnerschaft** („*maatschap*“) und die **Reederei** („*rederij en het doelvermogen*“), während **Österreich** die **Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung** erfasst und **Deutschland** den nicht **rechtsfähigen Verein**. Lediglich **Frankreich** beschränkt sein Unternehmensstrafrecht auf **Vereinigungen mit Rechtspersönlichkeit** („*personnes morales*“), wobei

zu beachten ist, dass sich die Rechtspersönlichkeit nicht wie in den anderen Rechtsordnungen kraft Gesetzes ergibt, sondern durch Eintragung in das Handels- und Gesellschaftsregister („*Registre du commerce et des sociétés*“). Daraus ergibt sich, dass beispielsweise die Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung nicht nur in Österreich, sondern auch in Frankreich sanktioniert werden kann, sofern sie dort im Handels- und Gesellschaftsregister eingetragen ist.

In den im Rahmen dieses Gutachtens relevanten **Nebengebieten** scheint es nach unseren Abklärungen lediglich im **österreichischen Kartellrecht** Abweichungen von den dargestellten allgemeinen Regelungen zu geben. Dort ist der Begriff des Unternehmers massgebend, synonym verwendet mit demjenigen des Unternehmens. Zwar scheint es keine gesetzliche Definition des kartellrechtlichen Begriffs des Unternehmens oder Unternehmers zu geben, jedoch verweisen Rechtsprechung und Lehre auf den **Unternehmensbegriff aus Artikel 101 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union**. Daran anknüpfend ist im Kartellrecht jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung sowie von ihrer Dauer ein Unternehmen. Daneben erfasst das österreichische Kartellrecht auch **Unternehmervereinigungen**, wobei ebenfalls auf die genannte europäische Vorschrift zurückgegriffen wird. Demnach braucht die Vereinigung selbst kein Unternehmer zu sein, solange seine Mitglieder Unternehmer sind.

2.2. Regelungen zur Verantwortlichkeit in Konzernverhältnissen

Die **einzige ausdrückliche Regelung** zur Verantwortlichkeit mehrerer miteinander in Verbindung stehender Unternehmen findet sich im **deutschen Recht**, dort jedoch **nur speziell für das Kartellrecht**. Diese Vorschrift wurde im Juni 2017 eingeführt und besagt, dass auch gegen andere juristische Personen verwaltungsstrafrechtlich vorgegangen werden kann, wenn diese **unmittelbar oder mittelbar einen bestimmenden Einfluss** auf diejenige juristische Person ausgeübt haben, deren Leitungsperson einen **Kartellverstoss** begangen hat. Gleichzeitig müssen jedoch die allgemeinen Voraussetzungen zur Sanktionierung von Unternehmen nach dem Verwaltungsstrafrecht vorliegen.

Inwiefern es **ausserhalb des Kartellrechts** möglich ist, Mutterunternehmen für Verwaltungsstrafverstösse von Tochterunternehmen zu sanktionieren, ist in **Deutschland** in der Literatur **stark umstritten**. Auch in der Rechtsprechung lässt sich bisher keine Linie erkennen, inwiefern eine verwaltungsstrafrechtliche Vorschrift über die vorsätzliche oder fahrlässige Verletzung von Aufsichtspflichten in Betrieben und Unternehmen durch deren Inhaber auf Mutterunternehmen als Inhaberinnen Anwendung finden soll.

In **Frankreich**, den **Niederlanden** und **Österreich** existieren zwar jeweils **keine ausdrücklichen Vorschriften** zur straf- oder verwaltungsstrafrechtlichen Verantwortlichkeit innerhalb von Konzernverhältnissen, jedoch ergibt sich eine entsprechende Verantwortlichkeit direkt **aus der Rechtsprechung oder lässt sich laut der Lehre aus anderen Vorschriften** unter bestimmten Voraussetzungen **herleiten**. Diese Voraussetzungen sind jedoch unterschiedlich streng. In **Frankreich** nimmt die **Rechtsprechung** eine solche Verantwortung nur dann an, wenn das **Tochterunternehmen keinen eigenen Spielraum** hatte und den Vorgaben des Mutterunternehmens folgt. Auch in den **Niederlanden** ergibt sich eine mögliche Verantwortung aus der **Rechtsprechung**. Diese wendet die im niederländischen Strafgesetzbuch (*Wetboek van Strafrecht*) zum Unternehmensstrafrecht enthaltene Vorschrift der Strafbarkeit der Person, die die Straftat oder das verbotene Verhalten tatsächlich angeordnet hat (sogenannter **„de facto Direktor“**), auch auf juristische Personen an. Die Rechtsprechung hat hierzu ausgeführt, diese Person müsse selbst verantwortlich sein und müsse in der Position und verpflichtet gewesen sein, gegen das verbotene Verhalten einzuschreiten. Hierbei soll **auch passives Verhalten** ausreichend sein, es muss jedoch stets zumindest Eventualvorsatz vorliegen. Bei besagter Person kann es sich sowohl um eine natürliche als auch um eine **juristische Person** handeln, woraus sich die Verantwortlichkeit eines Mutterunternehmens ergeben kann. Das

österreichische Verbandsverantwortlichkeitsgesetz enthält zwar keine direkte Bestimmung zur Verantwortung innerhalb von Konzernverhältnissen, jedoch kann dort gemäss der Kommentarliteratur eine Strafbarkeit im Wege der **Teilnahme** möglich sein.

3. Verantwortlichkeit

3.1. Zurechnung von Pflichtverletzungen durch Leitungspersonen

Die **engsten Voraussetzungen** zur Zurechenbarkeit von Pflichtverletzungen einer natürlichen Person finden sich in Frankreich und in Deutschland. In **Frankreich** führt ausschliesslich das Handeln der **Organe sowie der Vertretenden** („*représentants*“) des Unternehmens zu einer Verantwortlichkeit des Unternehmens, in **Deutschland** dasjenige **bestimmter, aufgezählter Leitungspersonen**. Diese Aufzählung ist allerdings in ihrer Formulierung recht weit gefasst, insbesondere soll die **tatsächliche Stellung** massgebend sein und nicht die formale. Zusätzlich wird in **Frankreich** in der **Literatur diskutiert**, ob auch **faktische Organe** erfasst sein sollen. In beiden Rechtsordnungen sind jedoch Angestellte des Unternehmens ohne Leitungs- oder Vertretungsfunktion vom Anwendungsbereich ausgeschlossen.

Demgegenüber kann in Österreich und den Niederlanden auch das Verhalten anderer Personen zu einer Sanktionierung des Unternehmens führen. In **Österreich** ergibt sich dies direkt aus dem Gesetz, wobei dieses unterschiedliche Anforderungen an die Zurechnung des Verhaltens stellt: Während **jegliches Verhalten von Entscheidungstragenden** dem Unternehmen sofort zugerechnet wird, muss das **Verhalten von Mitarbeitenden rechtswidrig gewesen sein und es muss gleichzeitig ein Organisationsverschulden des Unternehmens vorliegen**, welches das jeweilige Verhalten ermöglicht hat. Zudem stellt das österreichische Recht unterschiedliche Anforderungen an vorsätzliche und fahrlässige Taten. In den **Niederlanden** hat die Rechtsprechung die Voraussetzungen der Zurechnung näher ausgeführt. Demnach muss das Verhalten „**in der Sphäre**“ des Unternehmens liegen. Hierfür hat die Rechtsprechung verschiedene Kriterien entwickelt, zu welchen auch die Frage gehört, in welchem Verhältnis die natürliche (handelnde) Person und das Unternehmen stehen. Dabei ist **jedenfalls irrelevant, ob es sich um eine Leitungsperson oder um eine angestellte Person handelt**, tatsächlich **muss die Person nicht einmal direkt im Unternehmen arbeiten**. Es kann auch ausreichen, wenn sie als Berater oder Vertragspartner für das Unternehmen tätig ist. **Massgebend** soll jedoch sein, ob die handelnde Person eine **faktische Entscheidungsmacht** innehatte.

Alle **vier Rechtsordnungen** haben allerdings gemein, dass die **Tat zugunsten des Unternehmens** gewesen sein muss. In der Regel ist dies der Fall, wenn das Unternehmen **bereichert** wurde oder werden sollte. Eine reine Bereicherung der handelnden Person, welche keine Auswirkungen auf das Unternehmen hat, reicht nicht aus, um das Unternehmen zur Verantwortung zu ziehen. In **Österreich** und **Deutschland** kann **alternativ** auch eine **Pflicht des Unternehmens verletzt** worden sein.

3.2. Sanktionierung von Unternehmen und Unternehmensangehörigen

In **allen vier** der hier untersuchten **Rechtsordnungen** ist es möglich, **gleichzeitig das Unternehmen sowie die natürliche Person** (d.h. Täter der Anlasstat) zu sanktionieren.

In den **Niederlanden** kann der sogenannte **de facto Direktor** allerdings **nur dann sanktioniert** werden, wenn **auch das Unternehmen verantwortlich** ist.

4. Sanktionsart für Unternehmen

Alle vier Rechtsordnungen sehen als **wichtigste Sanktion** gegenüber Unternehmen die **Geldbusse** vor. Daneben kann ausser in Deutschland jeweils auch die **Wiedergutmachung des Schadens** angeordnet werden.

Die **Niederlande** und **Frankreich** verfügen daneben über recht **umfangreiche Kataloge an möglichen weiteren Sanktionen oder Massnahmen**, wobei nur das französische Strafgesetzbuch (*Code pénal*) spezifisch für Unternehmen einen Katalog von zwölf möglichen weiteren Sanktionen und Massnahmen enthält. Diese dürfen allerdings nur dann verhängt werden, wenn das Gesetz dies für die jeweilige Tat ausdrücklich vorsieht. In den Bereichen des **Kartell-, Finanzmarkt- und Datenschutzrechts** können ausserdem **verwaltungsrechtliche Massnahmen** hinzukommen. Dabei handelt es sich im Kartell- und im Datenschutzrecht um Geldbussen; im Finanzmarktrecht sind ausser Geldbussen auch andere Sanktionen möglich. Dazu gehören insbesondere die Verwarnung sowie diverse zeitlich beschränkte oder unbeschränkte Tätigkeitsverbote. Das **niederländische** Recht sieht im allgemeinen Strafrecht neben der (auch in Deutschland möglichen) **Einziehung** von Gegenständen auch die Einziehung und den Verfall unrechtmässigen Profits vor. Zudem enthält das **niederländische Wirtschaftsstrafgesetz** verschiedene Sanktionen und Massnahmen für bestimmte Wirtschaftsstraftaten, insbesondere die Suspendierung von Unternehmensaktivitäten für einen bestimmten Zeitraum, das Abgeben der Geschäftsführung, sowie das Nachholen oder Wiedergutmachen der jeweiligen Pflichtverletzung.

5. Sanktionierung

5.1. Kriterien für Bemessung der Sanktionierung

Die Vorschriften zur **Strafzumessung** in **Österreich, Frankreich und Deutschland ähneln sich ihren Grundzügen**. Auch in den **Niederlanden** scheinen **vergleichbare** Kriterien der Strafzumessung angewendet zu werden, allerdings finden sich diese nicht im Gesetz, sondern in **unverbindlichen Richtlinien für Richter**.

Demnach berücksichtigt das Gericht jeweils insbesondere **Schwere, Dauer, Umfang** und die **Umstände des jeweiligen Verstosses**, die **wirtschaftlichen Verhältnisse des Unternehmens** sowie der **gezogene Gewinn** beziehungsweise der **durch andere erlittene Schaden**. Die letzten beiden Aspekte gelten in Frankreich jedoch nur im Bereich des Finanzmarktrechts. Im deutschen Recht ist dabei anzumerken, dass sich die Geldbusse für Unternehmen aus einem das Mindestmass der Strafe bildenden sogenannten „**abschöpfenden**“ Anteil sowie einem dazu zu addierenden sogenannten „**ahndenden**“ Anteil zusammensetzen muss. In Österreich hingegen berechnet sich die Geldbusse nach Tagessätzen, wobei das Gericht Höhe und Anzahl der Tagessätze wählt. Die maximale Höhe der Geldbusse bemisst sich in Deutschland nach Pauschalwerten für vorsätzliche Anlasstaten einerseits und fahrlässige Anlasstaten andererseits, in Österreich und Frankreich hingegen nach den für die Anlasstat gültigen Höchstsätzen, jedoch erhöht, da es sich um Unternehmen und nicht um natürliche Personen handelt.

Erwähnenswert ist, dass in **Österreich** auch die **Schadenswiedergutmachung** berücksichtigt wird, in **Österreich und Frankreich** die **Kooperation** mit den Strafverfolgungsbehörden und in **Österreich, Frankreich und Deutschland** getroffene **Präventivmassnahmen**, um zukünftige Verstösse zu vermeiden. Letzteres ist in Deutschland zwar nicht gesetzlich geregelt, findet allerdings in der Praxis mehr und mehr Anwendung. Des Weiteren bestehen in **Deutschland** im **Kartell-** und im **Finanzmarktrecht**, in **Frankreich** im **Finanzmarktrecht** und in **Österreich** im **Kartellrecht** teilweise recht ausführliche Sonderregelungen insbesondere zur Höhe der Geldbusse, jedoch auch zu den Bemessungskriterien.

5.2. Regelungen zu Einziehung und Verfall

Die **Einziehung von Gegenständen** ist in **allen vier Rechtsordnungen** als **Sanktion** möglich, sofern ein ausreichender **Bezug** zwischen dem **Gegenstand** und der **Tat** besteht. In Frankreich kann sie jedoch nur angeordnet werden, wenn die **Anlasstat mit einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr** bedroht ist.

Der **Tatertrag** hingegen oder dessen Wert kann **nur in Deutschland eingezogen** werden, allerdings **nur anstatt der Geldbusse**.

Während der **unrechtmässige Gewinn** in **Österreich, Deutschland und Frankreich** bereits in der **Strafzumessung** berücksichtigt wird, kann er in den **Niederlanden** als **Massnahme neben der eigentlichen Sanktion eingezogen** werden. Dies ist sogar in einem separaten Verfahren möglich, sofern das Unternehmen tatsächlich verurteilt wurde. Voraussetzung ist allerdings, dass gegen das Unternehmen eine **ausreichend hohe Geldbusse verhängt** wurde. Interessant ist, dass auch solcher Gewinn eingezogen werden kann, der im entsprechenden Verfahren gegen das Unternehmen nicht abgeurteilt wurde, von dem jedoch mit ausreichender Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden kann, dass es sich um unrechtmässigen Gewinn handelt.

6. Berücksichtigung von Kooperation oder Wiedergutmachung bei Bemessung der Sanktion

In **Österreich** findet sich im Verbandsverantwortlichkeitsgesetz eine **gesetzliche Regelung** zu der Frage, ob **Kooperation** oder **Wiedergutmachung** von Seiten des Unternehmens bei der Bemessung der Sanktion berücksichtigt werden können. Demnach handelt es sich bei beiden Punkten um **Milderungsgründe**, ebenso wie bei **Compliance-Massnahmen**. Zwar nicht kraft Gesetzes jedoch gemäss der Lehre können **Compliance-Massnahmen** auch im **Kartellrecht** mildernd berücksichtigt werden.

Das **französische** Recht scheint lediglich im **Kartellrecht gesetzliche Vorgaben** zur Berücksichtigung von **Kooperation** zu kennen. Demnach kann die Sanktion unter anderem dann gemindert werden, wenn der Zuwiderhandelnde dem Vorwurf nicht widerspricht oder wenn er zur Aufklärung der Tat durch Zurverfügungstellen neuer Informationen beiträgt. Erwähnenswert ist zudem, dass das **Behindern der Untersuchung** auch eine **zusätzliche Sanktion** nach sich ziehen kann.

In Deutschland und den Niederlanden finden sich zwar keine entsprechenden gesetzlichen Regelungen, jedoch lassen sich teilweise Rückschlüsse aus der **Rechtsprechung** ziehen. Demnach werden in **Deutschland Compliance-Massnahmen** in der Praxis **strafmildernd** berücksichtigt. In den **Niederlanden** kann die **Kooperation** des Unternehmens entweder zu einer **aussergerichtlichen Regelung des Falles** oder zu einer **milderen Strafe** führen. Zum **französischen** Recht liessen sich, ausser zum bereits genannten Kartellrecht, keine eindeutigen Beispiele finden, wodurch jedoch auch **nicht ausgeschlossen werden** kann, dass die genannten Aspekte strafmildernd berücksichtigt werden.

7. Staatliche Registrierung von Sanktionen gegen Unternehmen

In **allen vier Rechtsordnungen** werden Sanktionen gegen Unternehmen in einem **Register eingetragen**, in Deutschland jedoch nur, wenn die verhängte Geldbusse 200 Euro übersteigt und wenn die Geldbusse im Zusammenhang mit dem betriebenen Gewerbe steht. Dies ergibt sich daraus, dass

Deutschland die einzige der vier untersuchten Rechtsordnungen ist, wo die Sanktion **nicht in das allgemeine Strafregister** eingetragen wird, sondern in das **Gewerbezentralregister**.

Zwar kann die **betroffene Person** in allen vier Rechtsordnungen die Eintragungen über sie selbst einsehen. Darüber hinaus ist Einsichtnahme in das jeweilige Register nur in sehr beschränktem Masse möglich. In den **Niederlanden** scheint eine solche **Einsichtnahme** lediglich durch die **Regierung** gestattet zu sein. **Frankreich, Deutschland und Österreich** hingegen gestatten dies **staatlichen Behörden allgemein**, wobei sich die Regelungen in den **Details unterscheiden**. Erwähnenswert im Rahmen dieses Gutachtens sind insbesondere folgende Einsichtnahmemöglichkeiten: in **Österreich** unter anderem auch für **ausländische Behörden auf Grundlage der Datenschutz-Grundverordnung**, in **Frankreich** für die **Finanzmarktbehörde** (*Autorité des marchés financiers*) und in **Deutschland** für **öffentliche und private juristische Personen, die im Allgemeininteresse liegende Aufgaben erfüllen**.

Im **österreichischen Kartellrecht** werden zudem alle **rechtskräftigen Entscheidungen** unter Nennung der Beteiligten **veröffentlicht**, unabhängig davon, ob sie stattgebend oder ab- beziehungsweise zurückweisender Art sind. Je nach Einzelfall können allerdings **Geschäftsgeheimnisse** von der Veröffentlichung ausgenommen werden.

Prozessrecht

8. Verwaltungs- oder Strafverfahren

Sowohl in **Österreich** als auch in **Frankreich** richtet sich die **strafrechtliche Sanktionierung** von Unternehmen nach dem **Strafprozessrecht** und findet im Rahmen eines Strafverfahrens statt. Allerdings sieht das **französische Recht** zusätzlich auch **verwaltungsstrafrechtliche Vorschriften** im **Kartell-, Finanzmarkt- und Datenschutzrecht** vor, welche durch die jeweiligen Oberbehörden im Verwaltungsverfahren angewendet werden. Das **österreichische Recht** hingegen kennt **verwaltungsrechtlichen Sanktionen** gegen Unternehmen lediglich im Kartellrecht. Trotz Verwaltungsverfahren ist die **Rechtsnatur der kartellrechtlichen Geldbussen umstritten**. Zwar erkennen Rechtsprechung und Lehre den Geldbussen repressive und präventive Zwecke zu, was für einen strafrechtlichen Charakter sprechen würde, jedoch soll die Repression kein Kriminalunrecht bestrafen, sondern lediglich Mittel des staatlichen Zwangs sein.

In den **Niederlanden** können **sowohl strafrechtliche Verfahren als auch verwaltungsrechtliche Verfahren** zur Anwendung kommen. Um eine **Doppelbestrafung** des Unternehmens zu verhindern, müssen sich die jeweiligen Verwaltungsbehörden im Vorfeld mit der Staatsanwaltschaft **absprechen** und eine sogenannte **„una via“-Entscheidung über das einzuschlagende Verfahren treffen**.

In **Deutschland** wiederum unterliegen Sanktionen gegen Unternehmen zwar ausschliesslich dem Verwaltungsstrafrecht, jedoch **hängt die Verfahrensart von der jeweiligen Anlasstat ab**: Handelt es sich um eine Straftat, so wird auch die Sanktion gegen das Unternehmen im gemeinsamen Strafverfahren verhängt, handelt es sich um eine Ordnungswidrigkeit, so kommt ein gemeinsames Verwaltungsverfahren zur Anwendung.

9. Punktuelle oder abschliessende spezialgesetzliche Regelung des Verfahrens

Lediglich der **österreichische** Gesetzgeber hat mit dem Verbandsverantwortlichkeitsgesetz die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen **umfassend und abschliessend** spezialgesetzlich geregelt.

In den anderen **drei Rechtsordnungen** hat der jeweilige Gesetzgeber die Sanktionierung von Unternehmen in das **Strafgesetzbuch** beziehungsweise in Deutschland in das **Ordnungswidrigkeitengesetz** mit aufgenommen. Dort enthalten sind nun **einzelne Vorschriften**, welche die jeweils für erforderlich erachteten **Anpassungen des üblichen, auf natürliche Personen ausgerichteten Straf- oder Verwaltungsstrafverfahrens** vornehmen, um eine Sanktionierung von juristischen Personen zu ermöglichen.

10. Regelungen zur Rechtsnachfolge

Im Falle einer **Gesamtrechtsnachfolge** bleibt der Rechtsnachfolger in **Deutschland, Österreich** und den **Niederlanden strafrechtlich verantwortlich** für Taten des Rechtsvorgängers, sofern das Strafverfolgungsverfahren bereits begonnen hat. Der Rechtsnachfolger übernimmt dann die Verfahrensstellung des Vorgängers. Dies ist in **Deutschland und Österreich gesetzlich** geregelt, ergibt sich in den **Niederlanden** allerdings nur aus der **Rechtsprechung**. Das deutsche Recht präzisiert, dass die Geldbusse in einem solchen Fall nicht den Wert des übernommenen Vermögens übersteigen darf und dass sie auch nicht höher sein darf als gegenüber dem Rechtsvorgänger angemessen gewesen wäre. Diese Höchstgrenzen gelten jedoch nicht im **deutschen Kartellrecht**. Der **österreichische** Gesetzgeber hat ausserdem die **Rechtsnachfolge bei Unternehmensspaltung in mehrere Nachfolger** geregelt. Demnach kann eine Geldbusse gegen jeden Rechtsnachfolger vollstreckt werden, wobei ein Regress untereinander nicht ausgeschlossen sein soll. Weisungen oder die Division des Verfahrens ist hingegen nur gegen denjenigen Nachfolger möglich, in dessen Tätigkeitsbereich der verfolgte Sachverhalt fällt.

Sowohl in **Österreich** als auch in den **Niederlanden** ist nicht massgebend, wer rechtlicher Nachfolger der juristischen Person ist, sondern **wer faktischer Nachfolger** ist. In **Deutschland** gilt dies hingegen **nur im Kartellrecht**, ansonsten wird auf den rechtlichen Nachfolger abgestellt.

Lediglich das **französische** Recht sieht **kein Übergehen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit auf den Rechtsnachfolger** vor, wenn es sich um eine Absorption oder um eine Fusion handelt. In einem solchen Fall soll der Rechtsnachfolger nur zivilrechtlich schadensersatzpflichtig bleiben.

11. Regelungen für Kronzeugen und *Whistleblower*

11.1. Kronzeugen

Eine Regelung des **Kronzeugenstatus**, die sich **explizit mit juristischen Personen** befasst, findet sich in den vier hier untersuchten Rechtsordnungen lediglich in **Österreich** und in **Deutschland** und in beiden Fällen auch nur im Rahmen des **Kartellrechts**. Während dies in **Österreich** im **Wettbewerbsgesetz** geregelt ist, handelt es sich bei der deutschen Regelung nicht um eine **gesetzliche Regelung**, sondern um eine Bekanntmachung des Bundeskartellamts über Richtlinien, die das Amt in behördlichen kartellrechtlichen Verfahren berücksichtigt.

Allgemeine Regelungen zu Kronzeugen gibt es auch im **österreichischen** sowie im **allgemeinen deutschen Strafrecht**, wobei die **österreichischen** Vorschriften auch ohne explizite Regelung auch **auf Unternehmen anwendbar** sein sollen. Erwähnenswert ist hier, dass das österreichische Strafgesetzbuch sowohl einen **allgemeinen Kronzeugenstatus** vorsieht als auch einen **speziell für kartellrechtliche Verstöße**. Aus der Kommentarliteratur ergibt sich, dass es sich bei der Person, die im Namen eines Unternehmens Informationen offenlegt, wohl um eine entscheidungstragende oder um eine andere natürliche Person mit einem gewissen Mass an Befugnissen handeln muss.

Weder in **Frankreich** noch in den **Niederlanden** scheint es ausgeschlossen, dass ein Unternehmen Kronzeugenstatus haben könnte, allerdings scheint es bisher **noch nicht in Rechtsprechung oder Lehre diskutiert** worden zu sein.

11.2. Whistleblower

In **Frankreich** und den **Niederlanden** bestehen recht **ausführliche** und oftmals eher neue Regelungen zum **Schutz von Whistleblowern allgemein**. Im **deutschen** Recht werden *Whistleblower* derzeit von den hier relevanten Rechtsgebieten lediglich im **Finanzmarktrecht** geschützt, in **Österreich** nur im Bereich der **Wirtschafts- und Korruptionsdelikte**. Die Vorschriften haben jeweils gemein, dass sie genaue Prozeduren zur Meldung von potentiellen oder erfolgten Verstößen vorsehen und straf- sowie arbeitsrechtliche Sanktionen für eine solche Meldung verbieten. Insbesondere in Österreich und in Frankreich wird ausserdem ein Schwerpunkt auf die Anonymität der meldenden Person gelegt.

Darüber hinaus hat der **deutsche** Gesetzgeber kürzlich das **neue Geschäftsgeheimnisgesetz** beschlossen, welches sich im Rahmen des Schutzes von Geschäftsgeheimnissen auch mit dem Status von *Whistleblowern* beschäftigt. Dabei stellt das **Hinweisgeben in der Absicht, das öffentliche Interesse zu schützen**, einen **Rechtfertigungsgrund** dar, welcher die Strafbarkeit wegen Verrats von Geschäftsgeheimnissen nach dem neuen Gesetz ausschliesst. Das Gesetz regelt das Verfahren zur Meldung von potentiellen oder erfolgten Verstößen jedoch kaum. Zudem ist es derzeit noch nicht in Kraft.

Im Rahmen des **Datenschutzrechts** ist ausserdem ein kürzlich in **Deutschland** ergangenes, jedoch noch **nicht rechtskräftiges Gerichtsurteil** von Interesse. Demnach soll im **Einzelfall abgewägt** werden, ob der **Schutz von Whistleblowern** oder das **Recht eines Arbeitnehmers auf Einsicht in vom Arbeitgeber über ihn gesammelte Daten** überwiegt. Im genannten Urteil entschied das Gericht, in diesem Fall überwiege das Recht auf Einsicht auf Grundlage der europäischen Datenschutz-Grundverordnung.

12. Mitwirkungspflichten des Unternehmens im Sanktionsverfahren

In allen vier Rechtsgebieten stellt sich die Frage, inwiefern Mitwirkungspflichten eines Unternehmens gegen den Grundsatz verstossen würden, sich nicht selbst belasten zu müssen (*nemo tenetur*-Grundsatz). **Frankreich** und **Österreich** verfügen über **explizite Vorschriften** hierzu, welche allgemein auf **strafrechtliche Verfahren** Anwendung finden. In beiden Rechtsordnungen steht Unternehmen das **Recht zu, sich nicht selbst belasten zu müssen**. In **Österreich** gilt dies auch für alle **Entscheidungstragenden** des Unternehmens sowie für **diejenigen Mitarbeitenden, die ebenfalls beschuldigt werden**. Das **französische** Recht erkennt dieses Recht hingegen **lediglich der rechtlichen Vertretungsperson** des Unternehmens zu. Ist dieser selbst verdächtigt, so kann auch eine andere Person als Vertretung des Unternehmens designiert werden.

In den **Niederlanden** ergeben sich die entsprechenden Vorgaben zwar lediglich aus der **Rechtsprechung**, jedoch haben auch dort neben dem **Unternehmen selbst** auch diejenigen **Mitarbeitenden ein Schweigerecht, die selbst verdächtigt werden**. Steht das Unternehmen unter besonderer Aufsicht, so muss es allerdings mit der jeweiligen Aufsicht zusammenarbeiten. Die so gewonnenen Informationen dürfen sodann allerdings nicht gegen das Unternehmen verwendet werden.

Sonderregelungen in anderen Rechtsgebieten finden sich in Frankreich und in Deutschland. So sehen das **französische Finanzmarktrecht und das Datenschutzrecht** vor, dass Unternehmen in gegen sie geführten Verwaltungsstrafverfahren **vollumfänglich kooperieren** müssen. Insbesondere müssen sie jegliche Dokumente zur Verfügung stellen, auch solche, welche der Geheimhaltung unterliegen, Zugang zu den Geschäftsräumen gewähren und die Befragung der Mitarbeitenden ermöglichen. Das **deutsche Datenschutzrecht** hingegen hat versucht, einen **Ausgleich** zwischen den **in der Datenschutz-Grundverordnung vorgesehenen Melde- und Benachrichtigungspflichten** und dem *nemo tenetur*-Grundsatz zu finden. Demnach dürfen die Informationen einer melde- oder benachrichtigungspflichtigen Person gegen sie oder gegen ihre Angehörigen nur dann verwendet werden, wenn diese jeweils zustimmt. In der Literatur herrscht jedoch keine Einigkeit darüber, inwiefern dies auch für juristische Personen gilt.

13. Interessenskonflikte von Unternehmensangehörigen

Lediglich in **Österreich** finden sich **ausdrückliche Regelungen zu Interessenkonflikten von Unternehmensangehörigen in strafrechtlichen Verfahren**. Demnach stehen sowohl dem Unternehmen als auch den Mitarbeitenden Beschuldigtenrechte und damit insbesondere Schweigerechte zu. Wird das gesamte Organ des Unternehmens verdächtigt, so bestellt das Gericht einen Strafverteidiger als Kollisionskurator.

Im **deutschen** Recht ist in dieser Hinsicht lediglich erwähnenswert, dass schon aufgrund der allgemeinen strafprozessrechtlichen Regelungen sogenannte **Syndikusanwälte kein Zeugnisverweigerungsrecht** haben. Bei Syndikusanwälten handelt es sich um interne juristische Mitarbeitende, die unter anderem die anwaltliche Vertretung des Unternehmens übernehmen, bei welchem sie durchgehend angestellt sind.

In **Frankreich** werden Mitarbeitende, die als Zeugen aussagen, in erster Linie **arbeitsrechtlich** geschützt. Auf strafrechtlicher Ebene existiert lediglich das Recht, die **Nennung ihres Namens in der Verhandlung zu umgehen**, beispielsweise durch Nennung nur der Adresse.

SCHWEIZERISCHES INSTITUT FÜR RECHTSVERGLEICHUNG

Projektleitung:	Dr. Johanna Fournier, LLM <i>Referentin für deutschsprachige Rechtsordnungen</i>
Deutschland	Dr. Johanna Fournier, LLM <i>Referentin für deutschsprachige Rechtsordnungen</i>
Frankreich	Dr. Carole Viennet <i>Referentin für französischsprachige Rechtsordnungen</i>
Niederlande	Jacqueline van den Bosch (Ivy Advocaten) <i>Korrespondentin für niederländische Rechtsordnungen</i>
Österreich	Maren Langhorst <i>Referendarin</i> <i>Dr. Johanna Fournier, LLM Referentin für deutschsprachige Rechtsordnungen</i>