

Arentz, Oliver; Rehm, Rebekka

Working Paper

Was bedeutet die Einführung eines Unternehmensstrafrechts für KMU? Eine ökonomische Betrachtung der Verbandverantwortlichkeit

Otto-Wolff-Discussion Paper, No. 03/2015

Provided in Cooperation with:

Otto-Wolff-Institut für Wirtschaftsordnung (owiwo), Köln

Suggested Citation: Arentz, Oliver; Rehm, Rebekka (2015) : Was bedeutet die Einführung eines Unternehmensstrafrechts für KMU? Eine ökonomische Betrachtung der Verbandverantwortlichkeit, Otto-Wolff-Discussion Paper, No. 03/2015, Otto-Wolff-Institut für Wirtschaftsordnung (owiwo), Köln

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/145982>

Standard-Nutzungsbedingungen:

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

Terms of use:

Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.

You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.

If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.

Direktor: Prof. Achim Wambach, Ph. D.

Geschäftsführer: Dr. Steffen J. Roth

Was bedeutet die Einführung eines Unternehmensstrafrechts für KMU? Eine ökonomische Betrachtung der Verbandsverantwortlichkeit

Oliver Arentz und Rebekka Rehm*

Otto-Wolff-Discussion Paper 03/2015 – Dezember 2015

*Die Autoren danken Elisa Hoven und Achim Wambach für wertvolle Diskussionen, kritische Anmerkungen und hilfreiche Anregungen.

Inhaltsverzeichnis

1. Einleitung.....	1
2. Der Gesetzesentwurf.....	2
3. Die Prinzipal-Agenten-Problematik.....	4
4. Kosten und Nutzen von Compliance-Strukturen.....	10
5. Sanktionen und Erwartungswerte.....	18
6. Weitere Aspekte.....	20
7. Schlussbemerkungen.....	21
8. Literaturverzeichnis.....	23

Autorenkontakt

Oliver Arentz
E-Mail: arentz@wiso.uni-koeln.de
Tel: 0221 470 5356

Rebekka Rehm
E-Mail: rebekka.rehm@wiso.uni-koeln.de
Tel: 0221 470 5349

Korrespondenzadresse

Institut für Wirtschaftspolitik
an der Universität zu Köln
Pohligstr. 1 – 50969 Köln

1. Einleitung

Über die Einführung eines Unternehmensstrafrechts wird seit Jahren diskutiert. Unter Rechtswissenschaftlern ist die Einführung eines solchen Gesetzes umstritten – während die einen ein deutsches Strafrecht für Unternehmen für überfällig halten¹, bezeichnen andere sie als einen „kriminalpolitischen Zombie“ und lehnen ein Unternehmensstrafrecht aus verschiedenen Gründen ab². Auch die politische Diskussion wird kontrovers geführt. Im Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD heißt es eher zurückhaltend: „Wir prüfen ein Unternehmensstrafrecht für multinationale Konzerne“³. Seitdem haben sich jedoch wiederholt Gegner und Befürworter des Gesetzes aus unterschiedlichen politischen Lagern zu Wort gemeldet.⁴ In der öffentlichen Wahrnehmung gewann das Thema im Zuge der Vorwürfe gegen den Volkswagen-Konzern noch einmal zusätzlich an Bedeutung.⁵

Konkrete Pläne legte das Land Nordrhein-Westfalen unter Federführung von Justizminister Kutschaty 2013 mit dem „Entwurf eines Gesetzes zur Einführung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen und sonstigen Verbänden“ vor. Damit wären neben multinationalen Konzernen, die der Koalitionsvertrag adressiert, auch kleine und mittelständische Unternehmen von den Regelungen betroffen. Nach Angabe des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz werde zurzeit geprüft, ob ein solches Gesetz notwendig sei.⁶

Ungeachtet der bestehenden Unwägbarkeiten sind viele Rechtswissenschaftler überzeugt, dass in absehbarer Zeit mit einem Unternehmensstrafrecht zu rechnen ist.⁷ Es wird nicht zuletzt darauf hingewiesen, dass in den meisten europäischen Ländern ein solches Gesetz bereits eingeführt wurde.⁸ An dieser Stelle soll beleuchtet werden, welche Wirkungen von einem Unternehmensstrafrecht aus ökonomischer Perspektive ausgehen. Es werden zum einen die Auswirkungen auf die Gesamtheit der Unternehmen und zum anderen die Konsequenzen für die mittelständisch geprägte Wirtschaft im Besonderen betrachtet.⁹ Dabei werden insbesondere juristische Erwägungen nicht berücksichtigt. Ebenso wenig wird eine gesellschaftliche

¹ Siehe bspw. Kubiciel (2015)

² Siehe bspw. Schünemann (2014)

³ Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD (18. Legislaturperiode), S. 101

⁴ Vgl. Neuerer (2014)

⁵ Siehe bspw. Kubiciel (2015)

⁶ So äußerte sich ein Mitarbeiter des BMJV am 11.03.2015 auf Nachfrage per E-Mail.

⁷ So die Stimmung während des Workshops „Anwendungsprobleme eines Verbandsstrafrechts“ am 20.3.2015 an der Universität zu Köln.

⁸ Vgl. Gesetzesantrag des Landes Nordrhein-Westfalen (2013), S. 26

⁹ Der Begriff des Mittelstandes wird unterschiedlich verwendet, da eine eindeutige Definition fehlt (vgl. Arentz und Münstermann, 2013). Häufig wird stattdessen der quantitativ definierte Begriff der kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) verwendet. Allerdings wird auch dieser nicht einheitlich verwendet: So definiert das Statistische Bundesamt nach Empfehlung der Europäischen Kommission KMU als Unternehmen mit 10-249 Mitarbeiter und bis zu 50 Millionen € Umsatz, während beispielsweise das Institut für Mittelstandsforschung Bonn auch Unternehmen unter 10 Mitarbeiter in seine Definition einbezieht, anstatt zusätzlich „Kleinstunternehmen“ zu definieren (siehe <http://www.ifm-bonn.org/mittelstandsdefinition/>). Daneben steht der qualitativ, durch die Einheit von Eigentum und Unternehmensleitung, definierte Begriff der Familienunternehmen. Für die qualitativen Argumente, die im Weiteren entwickelt werden sollen, genügt an dieser Stelle die sehr allgemeine

Bewertung des Schadens durch unternehmensbezogene Straftaten vorgenommen. In eine umfassende Bewertung des Unternehmensstrafrechts müssten diese Aspekte ebenfalls zwingend einbezogen werden.

Zunächst wird in Grundzügen erläutert, was der nordrhein-westfälische Gesetzesentwurf vorsieht (Kapitel 2). Auch wenn nicht unbedingt zu erwarten ist, dass dieser in allen Aspekten wie vorgeschlagen umgesetzt wird¹⁰, bildet er dennoch den Referenzpunkt der aktuellen Diskussion um das Unternehmensstrafrecht. Anschließend wird dargestellt, inwiefern die Beziehungen innerhalb von Unternehmen als Prinzipal-Agenten-Beziehungen charakterisiert werden können (Kapitel 3). Auf dieser Grundlage wird anschließend analysiert, welche Herausforderungen sich für Unternehmen, insbesondere für kleine und mittelgroße Betriebe, ergeben würden (Kapitel 4-6).

2. Der Gesetzesentwurf¹¹

Vorgeschlagen wird die Einführung eines Verbandstrafgesetzbuches. Verbände sind gemäß dem Gesetzesentwurf alle juristischen Personen, alle nicht rechtsfähigen Vereine und alle rechtsfähigen Personengesellschaften.¹² Der Gesetzesentwurf sieht vor, dass Unternehmen in zwei verschiedenen Fällen, in denen ihre Mitarbeiter einem Strafgesetz zuwiderhandeln, bestraft werden können: Entweder ein Entscheidungsträger¹³ begeht die Zuwiderhandlung oder ein Entscheidungsträger verletzt seine Aufsichtspflichten und ermöglicht Zuwiderhandlungen durch ihm unterstellte Mitarbeiter. Im Gesetzesvorschlag wird erläutert, unter welchen Umständen diese Fälle für eine Unternehmensstrafe in Betracht kommen. Voraussetzung für eine Unternehmensstrafe ist insbesondere, dass mit der Zuwiderhandlung verbandsbezogene Pflichten verletzt wurden oder dass das Unternehmen bereichert wurde bzw. werden sollte. Beispielhaft genannt werden unter anderem Umwelt- oder Korruptionsdelikte.

Die vorgesehenen Sanktionen für eine Verbandsstraftat sind vielfältig: Insbesondere sind Geldstrafen von bis zu zehn Prozent des durchschnittlichen Jahresumsatzes angedacht. Wenn eine Vielzahl von Personen geschädigt wird,¹⁴ soll die Verurteilung eines Unternehmens zudem öffentlich gemacht werden. Darüber hinaus sollen in bestimmten Fällen so genannte Maßregeln angeordnet werden können. Diese reichen vom Ausschluss des Unternehmens von Subven-

Festlegung auf das Unternehmenssegment unterhalb multinationaler Großkonzerne, das überwiegend durch Familienbetriebe gekennzeichnet ist.

¹⁰ Seine Umsetzbarkeit in der vorliegenden Form wird kritisch diskutiert (siehe bspw. Hoven, 2014).

¹¹ Die Erläuterungen in diesem Abschnitt folgen dem Gesetzesantrag des Landes Nordrhein-Westfalen (2013).

¹² Die Begriffe „Unternehmen“ und „Verband“ werden im Folgenden synonym genutzt.

¹³ Die Rolle des Entscheidungsträgers kann sich dabei sowohl aus der Rechtsstellung (z.B. des Vorstands) als auch aus der faktischen Ausübung von Leitungs- und Kontrollbefugnissen ergeben (vgl. Gesetzesantrag des Landes Nordrhein-Westfalen (2013), S. 41).

¹⁴ Der Gesetzesentwurf verweist darauf, dass die relevante Anzahl der geschädigten Personen „einer tatbestandsspezifischen Auslegung“ bedürfe.

tionen bis zur Auflösung des Unternehmens. In bestimmten Fällen würde die Möglichkeit bestehen, zunächst eine Verwarnung gegen das Unternehmen auszusprechen. Abbildung 1 zeigt eine Übersicht über die Tatbestände und die vorgesehenen Sanktionen.¹⁵

Abbildung 1

Verbandsstraftaten §2	Verbandssanktionen §4
<p>(1) Ist durch einen Entscheidungsträger in Wahrnehmung der Angelegenheiten eines Verbandes vorsätzlich oder fahrlässig eine verbandsbezogene Zuwiderhandlung begangen worden, so wird gegen den Verband eine Verbandssanktion verhängt.</p> <p>(2) Ist in Wahrnehmung der Angelegenheiten eines Verbandes eine verbandsbezogene Zuwiderhandlung begangen worden, so wird gegen den Verband eine Verbandssanktion verhängt, wenn durch einen Entscheidungsträger dieses Verbandes vorsätzlich oder fahrlässig zumutbare Aufsichtsmaßnahmen, insbesondere technischer, organisatorischer oder personeller Art, unterlassen worden sind, durch die die Zuwiderhandlung verhindert oder wesentlich erschwert worden wäre.</p>	<p>(1) Verbandstrafen</p> <ol style="list-style-type: none"> I. Geldstrafen II. Verwarnungen III. Bekanntmachung der Verurteilung <p>(2) Verbandmaßregeln</p> <ol style="list-style-type: none"> I. Ausschluss von Subventionen II. Ausschluss von öffentlichen Aufträgen III. Verbandsauflösung

Quelle: Gesetzesantrag des Landes Nordrhein-Westfalen (2013), S. 8f

Vorkehrungen, die Zuwiderhandlungen in einem Unternehmen verhindern sollten, können bei der Bemessung der Strafe mildernd berücksichtigt werden. Von einer Bestrafung soll ganz abgesehen werden können, wenn ein Unternehmen ausreichende Vorkehrungen durch entsprechende Compliance-Systeme vorweisen kann, um vergleichbare Zuwiderhandlungen zukünftig zu vermeiden. Voraussetzung für das vollständige Absehen von Strafe wäre jedoch, dass kein bedeutsamer Schaden entstanden oder dieser zum überwiegenden Teil wiedergutmacht worden ist. Auch die Zurverfügungstellung geeigneter Beweise zum Nachweis der Verbandsstraftat durch das Unternehmen soll zum Absehen von Strafe führen können, wenn zugleich sichergestellt wird, dass ähnliche Verstöße zukünftig unterbleiben.

Die Einführung eines Unternehmensstrafrechts würde also bedeuten, dass nicht wie bisher nur natürliche Personen sondern auch juristische Personen strafrechtlich verfolgt werden könnten. Auch heute bestehen bereits Möglichkeiten, Unternehmen zu sanktionieren. Bislang geschieht dies vor allem im Rahmen des Ordnungswidrigkeitsrechts. Die dort bestehenden Sanktionsmöglichkeiten sind zuletzt 2013 mit der Verzehnfachung der Bußgeldobergrenzen

¹⁵ In §2 des Gesetzesentwurfes ist darüber hinaus geregelt, wie Straftaten im Ausland zu behandeln sind, und unter welchen Umständen ein Rechtsnachfolger bestraft wird (vgl. Gesetzesantrag des Landes Nordrhein-Westfalen, 2013, S. 8).

verschärft worden.¹⁶ Zudem gibt es verschiedene rechtliche Möglichkeiten, den wirtschaftlichen Vorteil abzuschöpfen, der sich aus einem Verstoß ergeben hat.¹⁷ Die Gegner des Gesetzesvorschlags argumentieren daher, dass das bestehende Recht ausreichend sei.¹⁸

Ein wesentlicher verfahrensrechtlicher Unterschied zwischen dem Ordnungswidrigkeiten- und dem Strafrecht liegt der Strafverfolgung. Während im Strafrecht grundsätzlich das Legalitätsprinzip Anwendung findet, gilt bei Ordnungswidrigkeiten das Opportunitätsprinzip. Der Gesetzesvorschlag sieht vor, dass auch im Unternehmensstrafrecht das Legalitätsprinzip gelten soll. Dieses bietet im Unterschied zum Opportunitätsprinzip keinen Ermessensspielraum bei der Strafverfolgung. Die zuständigen Behörden wären verpflichtet, bei Vorliegen hinreichender Kenntnisse über eine mögliche Straftat tätig zu werden.¹⁹ Zudem sieht der Gesetzesentwurf eine öffentliche Hauptverhandlung vor, von der eine „generalpräventive Wirkung“ erwartet wird.²⁰ Aus Sicht der Unternehmen dürfte bereits dies eine Verschärfung der Rechtslage bedeuten, da so gegebenenfalls schon vor einer Verurteilung mit Reputationsverlusten zu rechnen wäre.

Für die folgende Untersuchung wesentlich ist die Feststellung, dass die Einführung eines Unternehmensstrafrechts die Rechtslage für Unternehmen verschärfen würde. So würden sich insbesondere zusätzliche Sanktionsmöglichkeiten ergeben und der behördliche Ermessensspielraum verringert. Darüber hinaus sind für diese Analyse vor allem die Regelungen bezüglich des Compliance-Managements eines Unternehmens relevant. Bevor auf diese näher eingegangen wird, soll im Folgenden zunächst erläutert werden, warum es aus ökonomischer Sicht wichtig ist, Unternehmen nicht als Einheiten sondern als Summe handelnder Akteure zu betrachten.

3. Die Prinzipal-Agenten-Problematik

Tritt das Gesetz wie vorgeschlagen in Kraft, können zukünftig Unternehmen strafrechtlich verfolgt werden. Der Gesetzesentwurf bezieht sich dabei auf ein Konzept „organisierter Unverantwortlichkeit“. Es wird unterstellt, dass sich Verbandstraftaten aus Fehlentwicklungen im Unternehmen ergeben und nicht unbedingt auf individuelles Verschulden zurückgeführt werden können.²¹ Ausgehend von einem individualistischen Forschungsansatz²² können jedoch

¹⁶ Sanktioniert wird nach §30 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten, der im Zuge der 8. GWB-Novelle entsprechend geändert wurde.

¹⁷ Vgl. Bundesrechtsanwaltskammer (2013), S. 5

¹⁸ So zum Beispiel Bundesrechtsanwaltskammer (2013)

¹⁹ Dies trifft nicht auf die so genannten „Antragsdelikte“ zu, die nur auf Antrag der Geschädigten verfolgt werden.

²⁰ Vgl. Gesetzesantrag des Landes Nordrhein-Westfalen, 2013, S. 28

²¹ Vgl. ebenda, S. 24

²² Der methodologische Individualismus ist Grundlage des ökonomischen Forschungsansatzes. Demnach ergibt sich das Handeln von Organisationen immer aus der Aggregation der Handlungen der einzelnen Akteure (vgl. Kirchgässner, 2008, S. 22f). Unternehmen führen also kein Eigenleben, sondern werden durch die im Unternehmen handelnden Individuen gelenkt.

Organisationen als solche keine Straftaten begehen. Die Straftaten²³ werden demnach immer von den handelnden Akteuren im Unternehmenskontext begangen.²⁴ Um das Zustandekommen von Straftaten und die Auswirkungen von Sanktionen besser nachvollziehen zu können, ist es deshalb wichtig, die Beziehungen innerhalb von Unternehmen zu betrachten.

Unternehmen können dabei ganz unterschiedliche Strukturen aufweisen: Unter anderem können sie nur einen oder aber mehrere Inhaber haben, welche wiederum mehr oder weniger in das operative Geschäft des Unternehmens eingreifen können. Neben oder anstelle der Inhaber können auch Manager mit Entscheidungskompetenzen ausgestattet sein. So können sich sowohl auf horizontaler als auch auf vertikaler Ebene komplexe und vielstufige Entscheidungsprozesse in Unternehmen ergeben.

Aufgrund der möglichen Komplexität erscheint es hilfreich, zunächst die Beziehung zwischen einem alleinigen Unternehmensinhaber und einem Mitarbeiter zu untersuchen. Dabei wird im Folgenden davon ausgegangen, dass es sich um einen Mitarbeiter in Entscheidungsträgerfunktion handelt. Straftaten, die von Entscheidungsträgern begangen werden, könnten im Sinne des vorgeschlagenen Gesetzes zu einer Unternehmensstrafe führen. Darüber hinaus umfassen die relevanten Handlungen des Entscheidungsträgers auch die Vernachlässigung von Sorgfaltspflichten, wodurch anderen Mitarbeitern Straftaten ermöglicht werden. Auch in diesem Fall könnte das Unternehmen mit einer Strafe belegt werden. Der Unternehmensinhaber haftet mit seinem Eigenkapital für mögliche Unternehmensstrafen, profitiert aber auch von möglichen Gewinnen aus den gesetzeswidrigen Handlungen.

Wenn der Inhaber und der Mitarbeiter in Hinsicht auf unternehmensstrafrechtliche Handlungen keine deckungsgleichen Interessen haben, lässt sich deren Verhältnis als Prinzipal-Agenten-Beziehung charakterisieren: Der Inhaber (Prinzipal) beauftragt den Mitarbeiter (Agenten) mit der Durchführung von Geschäften. Sofern der Unternehmensinhaber über alle Handlungen des Agenten vollständig informiert ist und er von seinen Interessen abweichendes Verhalten wirksam sanktionieren kann, kann der Agent nicht opportunistisch agieren. Wenn der Agent allerdings hinsichtlich seiner Handlungen einen Informationsvorsprung gegenüber dem Prinzipal besitzt, ergibt sich für ihn ein Handlungsspielraum, den er zu seinem eigenen Vorteil nutzen kann. Der Prinzipal kann in diesem Fall nicht ohne weiteres sicherstellen, dass der Agent sich in seinem Sinn verhält.²⁵

Da Informationsnachteile zulasten des Prinzipals eher die Regel als die Ausnahme darstellen dürften, soll im Folgenden dargestellt werden, wie hierdurch die Entscheidungssituation für alle Beteiligten in Bezug auf unternehmensstrafrechtlich relevante Sachverhalte berührt wird. Die ökonomische Betrachtung von Straftaten geht maßgeblich auf Gary S. Becker zurück. Sein

²³ Im Folgenden wird der Einfachheit halber der Begriff „Straftat“ verwendet. Gemeint sind damit Zuwiderhandlungen gegen Strafgesetze, aus denen eine Strafe für das Unternehmen folgen könnte.

²⁴ Dieser Ansatz schließt nicht aus, dass sich die Handlungen der einzelnen Akteure gegenseitig bedingen und sich organisationstypische Verhaltensmuster herausbilden, wie beispielsweise Grieger (2005) beschreibt. Diese Zusammenhänge bilden den Restriktionsrahmen für die individuelle Wahl zwischen Handlungsalternativen.

²⁵ Die Prinzipal-Agenten-Theorie geht unter anderem auf Jensen und Meckling (1976) zurück.

Aufsatz „Crime and Punishment: An Economic Approach“ beruht auf dem Ansatz, dass Individuen der Entscheidung, ob sie eine Straftat begehen, deren Erwartungsnutzen zugrunde legen (Erwartungsnutzentheorie). Sowohl die Erwartungsnutzentheorie im Allgemeinen auch als ihre Verwendung im Zusammenhang mit Straftaten ist in der Vergangenheit vielfach hinterfragt und kritisiert worden.²⁶ Es können zwar viele aber nicht alle potentiell entscheidungsrelevanten Faktoren im Rahmen dieser Theorie abgebildet werden. Dies war unter anderem maßgeblich für die Entwicklung der Prospect Theory, die es erlaubt, Verlustaversionen bei Entscheidungen zu berücksichtigen.²⁷ Die Kritik erscheint insbesondere dann berechtigt, wenn mit Hilfe der Theorie versucht wird, bestimmte Größen, wie zum Beispiel die optimale Strafe, zu quantifizieren. Für die vorliegende Untersuchung ist die Erwartungsnutzentheorie hingegen als eine erste Annäherung an den Sachverhalt angemessen. Die Entscheidung über eine bestimmte Straftat lässt sich auf ihrer Grundlage als Entscheidung unter Unsicherheit modellieren, bei der das Einkommen aus einer Straftat mit den drohenden Strafen abgewogen wird.

Für einen Mitarbeiter stellt sich das Basisszenario wie folgt dar:²⁸

$$EU_i^M = p_i^M U^M(Y_i^M - f_i^M) + (1 - p_i^M) U^M(Y_i^M)$$

wobei

$$\frac{\partial EU_i^M}{\partial p_i^M} < 0, \frac{\partial EU_i^M}{\partial f_i^M} < 0 \text{ und } \frac{\partial EU_i^M}{\partial y_i^M} > 0$$

Dabei ist EU_i^M der erwartete Nutzen einer Straftat i für den Mitarbeiter M . Das mit der Straftat erzielbare zusätzliche Einkommen ist Y_i^M . Der Mitarbeiter geht davon aus, dass die Straftat mit Wahrscheinlichkeit p_i^M aufgedeckt und dementsprechend mit Wahrscheinlichkeit $1 - p_i^M$ nicht aufgedeckt wird. Im Fall der Aufdeckung wird das Einkommen des Mitarbeiters um die Strafe f_i^M reduziert. U^M beschreibt den Nutzen, den er aus Y_i^M bzw. f_i^M zieht. Auf Grundlage dieses Kalküls würde die Entscheidung über eine Straftat positiv ausfallen, wenn

$$p_i^M U^M(Y_i^M - f_i^M) < (1 - p_i^M) U^M(Y_i^M)$$

und negativ, wenn

$$p_i^M U^M(Y_i^M - f_i^M) > (1 - p_i^M) U^M(Y_i^M).$$

Dabei lassen sich sowohl über f_i^M als auch über Y_i^M auch nicht-monetären Größen abbilden. Diese Parameter können beispielsweise auch die eigene Reputation oder moralische Bedenken repräsentieren. Zudem ist die individuelle Wahrnehmung des einzelnen Mitarbeiters ausschlaggebend: So entspricht die Wahrscheinlichkeit, dass eine Straftat aufgedeckt wird, der

²⁶ Siehe bspw. Cameron (1988)

²⁷ Die Prospect Theory geht auf Kahneman und Tversky (1979) zurück.

²⁸ Die Formulierung des Kalküls erfolgt in Anlehnung an Becker (1968).

individuell angenommenen Häufigkeit, die von der tatsächlichen Wahrscheinlichkeit abweichen kann²⁹.

Das Kalkül des Mitarbeiters wird nicht nur durch die rechtlichen Rahmenbedingungen determiniert. Es wird auch von den formellen und informellen Regeln innerhalb des Unternehmens bestimmt. Diese können sowohl maßgeblich dafür sein, welches zusätzliche Einkommen durch eine Straftat generiert wird, als auch dafür, welche zusätzlichen internen Strafen im Fall der Aufdeckung zu erwarten sind. Wichtig ist jedoch, dass der Inhaber die Entscheidungen des Mitarbeiters dennoch nicht vollständig bestimmen kann, weil er nur ihm bekannte Handlungen sanktionieren oder belohnen kann. Zudem ist möglich, dass informelle Regeln dem Inhaber nicht bekannt sind oder nur begrenzt von ihm beeinflusst werden können, weil sie sich im Zusammenspiel der Mitarbeiter herausbilden.

Das Kalkül des Inhabers kann mit analoger Notation wie folgt beschrieben werden:

$$EU_i^I = p_i^I U^I(Y_i^I - f_i^I) + (1 - p_i^I) U^I(Y_i^I)$$

wobei

$$\frac{\partial EU_i^I}{\partial p_i^I} < 0, \frac{\partial EU_i^I}{\partial f_i^I} < 0 \text{ und } \frac{\partial EU_i^I}{\partial y_i^I} > 0$$

Allerdings ist die Straftat hier die Handlung eines Dritten, also des Mitarbeiters. Das Kalkül determiniert daher nicht unmittelbar, ob die Straftat begangen wird, sondern, ob der Inhaber die Straftat befürwortet. Dies wäre der Fall, wenn

$$p_i^I U^I(Y_i^I - f_i^I) < (1 - p_i^I) U^I(Y_i^I).$$

Der Inhaber würde eine Straftat demgegenüber ablehnen wenn

$$p_i^I U^I(Y_i^I - f_i^I) > (1 - p_i^I) U^I(Y_i^I).$$

Der Ausdruck $U^I(Y_i^I)$ kann negativ sein, wenn der Inhaber auch abgesehen von der möglichen Strafe von der Straftat nicht profitiert, sondern ihm unmittelbar ein Schaden zugefügt wird. Dies wäre dann der Fall, wenn sich ein Mitarbeiter auf Kosten des Unternehmens bereichert. Der Erwartungsnutzen wäre dann immer negativ, weil beide Komponenten ein negatives Vorzeichen hätten. Allerdings werden diese Fälle im Folgenden nicht weiter erörtert. Zum einen sind sie theoretisch weniger interessant, weil aus Sicht des Inhabers ohne weitere Abwägung eindeutig ist, dass solche Straftaten verhindert werden sollen. Vor allem aber bezieht sich das vorgeschlagene Unternehmensstrafrecht in erster Linie auf Straftaten, bei denen das Unternehmen (also der Inhaber) bereichert werden sollte und schließt solche aus, „die sich ausschließlich gegen den betroffenen Verband gerichtet haben“³⁰.

²⁹ Dies identifizieren beispielsweise Götz et al (2014) als einen entscheidenden Risikofaktor der Kartellrechts-Compliance.

³⁰ Gesetzesantrag des Landes Nordrhein-Westfalen (2013), S. 41

Entscheidend ist, dass die Erwartungsnutzen von Inhaber und Mitarbeiter zwar von ähnlichen Variablen abhängen, diese jedoch andere Ausprägungen annehmen können: Insbesondere würden beide höchstens zufällig³¹ in gleicher Höhe von einer Straftat profitieren bzw. in der gleichen Höhe bestraft werden. Es können sich demnach vier verschiedene Fälle ergeben, die in Abbildung 2 dargestellt sind.

Abbildung 2

	$\frac{p_i^M U^M(Y_i^M - f_i^M)}{(1 - p_i^M) U^M(Y_i^M)}$	$\frac{p_i^M U^M(Y_i^M - f_i^M)}{(1 - p_i^M) U^M(Y_i^M)}$
$\frac{p_i^I U^I(Y_i^I - f_i^I)}{(1 - p_i^I) U^I(Y_i^I)}$	A	B
$\frac{p_i^I U^I(Y_i^I - f_i^I)}{(1 - p_i^I) U^I(Y_i^I)}$	C	D

Eigene Darstellung

Die Fälle A bis D charakterisieren die verschiedenen möglichen Ausprägungen der Prinzipal-Agenten-Beziehung: Die Straftat stellt für beide Akteure keine relevante Option dar, wenn der Erwartungsnutzen sowohl für den Prinzipal als auch für den Agenten negativ ist (Fall D). Auch in dem Fall, in dem der Erwartungsnutzen einer Straftat aus Sicht des Inhabers positiv, der des Mitarbeiters aber negativ ist, wird der Mitarbeiter die Straftat zunächst einmal nicht begehen (Fall B). Dieses Ergebnis ist zwar gesellschaftlich wünschenswert, aber für den Inhaber nicht optimal. Daher ist davon auszugehen, dass er versuchen wird, das Entscheidungskalkül des Mitarbeiters in seinem Sinne zu verändern. Um den Mitarbeiter doch zu der Straftat zu motivieren, kann der Inhaber dessen Einkommen durch die Straftat erhöhen oder potentielle Sanktionen reduzieren ($Y_i^M \uparrow$ oder $f_i^M \downarrow$). Dass dies realistisch ist, zeigt sich beispielsweise daran, dass es Unternehmen gibt, die bei Kartellvergehen die Sanktionen, mit denen die beteiligten Mitarbeiter belegt werden, übernehmen.³² Gelingt es dem Inhaber wirksame Anreize zu setzen, haben beide Parteien Interesse an der Straftat, was wiederum Fall A entsprechen würde.

Neben Fall A ist insbesondere Fall C für diese Analyse relevant. Dieser beschreibt die Situation, in der der Mitarbeiter von einer bestimmten Straftat im Erwartungswert profitiert, während sie für den Inhaber im Erwartungswert mit einem negativen Nutzen verbunden ist. Beispielsweise wäre es denkbar, dass ein Mitarbeiter einen bestimmten Auftrag durch Zahlung von Bestechungsgeldern erlangt und dadurch Vorteile im weiteren Verlauf seiner Karriere hat. Der Inhaber hingegen könnte vor allem fürchten, dass die Reputation des Unternehmens leidet,

³¹ Dies erscheint insbesondere dann zufällig, wenn subjektive, nicht monetäre Faktoren in das Kalkül einbezogen werden.

³² Vgl. Monopolkommission (2012) S. 96

wenn die Bestechung bekannt wird. Es könnte zudem sein, dass die Wahrscheinlichkeit, dass die Straftat aufgedeckt wird, vom Mitarbeiter als sehr gering und vom Inhaber als sehr hoch einschätzt wird. So würde der Inhaber die Straftat ablehnen – auch wenn der gewonnene Auftrag dem Unternehmen zunächst Nutzen stiftet. Aufgrund der Informationsnachteile kann es sogar sein, dass der Inhaber unwissentlich die Straftat des Mitarbeiters durch höhere Gehaltszahlungen belohnt, obwohl er das Verhalten des Mitarbeiters nicht gestattet hätte, wenn er davon Kenntnis erlangt hätte.

Die Einführung eines Unternehmensstrafrechts würde in allen Fällen das Kostenrisiko für den Inhaber erhöhen. Zum einen wären höhere Strafen ($f_i^I \uparrow$) zu erwarten und zum anderen scheint eine höhere Ahndungswahrscheinlichkeit ($p_i^I \uparrow$)³³ denkbar. Das Unternehmensstrafrecht hätte hingegen keine unmittelbaren Auswirkungen auf das Kalkül des Mitarbeiters. Da das Individualstrafrecht von dem Unternehmensstrafrecht unberührt bliebe, würde sich dessen Kostenrisiko zunächst nicht ändern.

Die Frage ist, ob ein Unternehmensstrafrecht nur in solchen Fällen zur Anwendung käme, in denen gleichzeitig auch der verantwortliche Mitarbeiter bestraft würde. Im Gesetzesvorschlag wird dies nicht zwangsläufig vorausgesetzt. Es heißt dazu: „Anders als §30 OWiG setzt die Vorschrift nicht voraus, dass ein Entscheidungsträger wegen der Zuwiderhandlung selbst auch mit Kriminalstrafe belegt werden könnte. Die Strafbarkeit des Entscheidungsträgers kann [...] daran scheitern, dass mehrere Entscheidungsträger alternativ als Täter der Zuwiderhandlung in Betracht kommen, ohne dass geklärt werden könnte, welcher der Verdächtigen die Verantwortung letztlich trägt“³⁴. Der Inhaber muss demnach davon ausgehen, dass sich sein Kostenrisiko auch für solche Fälle erhöht, in denen der Mitarbeiter gegebenenfalls nicht belangt wird.

Durch das Unternehmensstrafrecht steigen für den Inhaber die Anreize, unternehmensbezogene Straftaten zu verhindern. Wenn sein Erwartungsnutzen einer Straftat in der Folge negativ ist, wird er versuchen, so auf das Kalkül seiner Mitarbeiter einzuwirken, dass solche Straftaten weniger lohnenswert erscheinen, weil entweder die Ahndungswahrscheinlichkeit zunimmt ($p_i^M \uparrow$) oder die monetären und nicht-monetären Einkommensverluste im Ahndungsfall erhöht werden ($f_i^M \uparrow$). Dazu dienen im ersten Schritt der Abbau von Informationsasymmetrien und darüber hinaus beispielsweise die Androhung von Vertragsstrafen.³⁵

Das Gesetz würde in diesem Sinne also seinen Zweck erfüllen. Allerdings verdeutlichen die Überlegungen oben, dass Unternehmensinhaber strafbares Verhalten ihrer Mitarbeiter in der Regel nur begrenzen, aber nicht vollständig ausschließen können.³⁶ Im Folgenden soll näher

³³ Dies könnte bereits aus der öffentlichen Hauptverhandlung folgen, wenn Reputationsschäden wie Strafzahlungen wirken.

³⁴ Gesetzesantrag des Landes Nordrhein-Westfalen (2013), S. 43

³⁵ Wenn dem Kalkül des Mitarbeiters Fehlinformationen über die Aufdeckungswahrscheinlichkeit oder die potentielle Strafe zugrunde liegen, könnte es auch wirksam sein, die Mitarbeiter über die gesetzlichen Rahmenbedingungen ausreichend zu informieren.

³⁶ Die Monopolkommission befürwortet unter anderem aus diesem Grund eine stärkere Strafverfolgung von Kartellrechtsverstößen auf individueller Ebene (siehe unter anderem Monopolkommission, 2015).

analysiert werden, unter welchen Umständen die Unternehmen³⁷ bestimmte Maßnahmen ergreifen, um das Auftreten von Straftaten zu verhindern.

4. Kosten und Nutzen von Compliance-Strukturen

Mit dem vorgeschlagenen Gesetz wird explizit beabsichtigt, Anreize „zur Entwicklung und Pflege einer Kultur von Unternehmenscompliance“ zu setzen.³⁸ Insbesondere sollen kleine und mittlere Unternehmen darin bestärkt werden, Compliance-Programme zu entwickeln.³⁹ Compliance wird in verschiedenen Zusammenhängen unterschiedlich definiert. Nach einer recht allgemeinen Definition kann man unter Compliance die „effektive und effiziente Erfüllung sämtlicher juristisch verbindlicher sowie selbst auferlegter Richtlinien und Vorgaben“⁴⁰ verstehen. Compliance-Management umfasst dementsprechend die Maßnahmen, mit denen unerwünschtes Verhalten unterbunden werden soll. Im Folgenden soll der Fokus auf der Vermeidung von Straftaten liegen. Wie im letzten Abschnitt dargestellt, können Unternehmen dies erreichen, indem sie Informationsasymmetrien abbauen, Anreizstrukturen implementieren oder gegebenenfalls auch, indem sie zusätzliche Informationen zur Verfügung stellen.

Tatsächlich ergäben sich aus der Einführung eines Unternehmensstrafrechts gleich mehrere Anreize für Unternehmen, solche Maßnahmen zu ergreifen:⁴¹

Erstens würde das geplante Gesetz das Risiko für Unternehmen erhöhen, sanktioniert zu werden, wenn Mitarbeiter Straftaten begehen. Für die Unternehmen bestünde also im Umfang des zusätzlichen Kostenrisikos ein Anreiz, ihre Mitarbeiter zu gesetzeskonformem Verhalten anzuhalten. Dies kann eine bereits bestehende Motivation verstärken, Verstöße zu unterbinden, oder aber bei Unternehmen, die bestimmte Straftaten zuvor befürwortet haben, Anreize zur Strafvermeidung setzen.

Zweitens soll ein Unternehmen straffrei bleiben können, wenn es entscheidend zur Aufklärung einer Verbandsstraftat beigetragen hat.⁴² Dies würde ebenfalls eine zusätzliche Motivation für Inhaber darstellen, Maßnahmen durchzuführen, mit denen die frühzeitige Aufdeckung von Straftaten im Unternehmen aktiv betrieben werden kann.

Drittens könnten die Vorkehrungen, die ein Unternehmen eigentlich getroffen hatte, strafmildernd berücksichtigt werden.⁴³ Strafen würden demnach voraussichtlich geringer ausfallen,

³⁷ Im Folgenden soll der Einfachheit halber von „Unternehmen“ die Rede sein, wenn sich die Überlegungen auf das Kalkül der Unternehmensinhaber beziehen.

³⁸ Gesetzesantrag des Landes Nordrhein-Westfalen (2013), S. 2

³⁹ Vgl. ebenda, S. 4

⁴⁰ Becker (2011), S. 10

⁴¹ In dem Maße wie Compliance-Systeme für das Unternehmen dienlich sind, um sich von einer Aufsichtspflichtverletzung nach § 130 OWiG zu entlasten, bestehen diese Anreize bereits heute (vgl. Taschke, 2014, S. 33).

⁴² Vgl. Gesetzesantrag des Landes Nordrhein-Westfalen (2013), S. 55f

⁴³ Vgl. ebenda, S. 57f

wenn ersichtlich ist, dass es Bemühungen gab, die Informationsasymmetrien im Unternehmen abzubauen.

Viertens soll darüber hinaus von einer Strafe abgesehen werden können, wenn das Unternehmen nachweisen kann, Maßnahmen ergriffen zu haben, die geeignet sind, ähnliche Straftaten zukünftig zu vermeiden. Ziel dieser Regelung ist es, die präventive Wirkung des Gesetzes zu stärken.⁴⁴

Fraglich ist, ob der dritte und vierte Punkt zwangsläufig zum Aufbau effektiver Compliance-Strukturen führen würden. Denkbar wäre, dass die Unternehmen stattdessen vor allem nach außen sichtbare Strukturen ohne spürbare Innenwirkung aufbauen, nur um diese im Falle einer Strafverfolgung vorweisen zu können.⁴⁵ Auch wenn die Unternehmen ein Interesse an effektiven Aufklärungsstrukturen haben, belohnt der Gesetzesvorschlag mit diesen Regelungen nur nach außen sichtbare Strukturen. Die Entscheidung zwischen verschiedenen Compliance-Maßnahmen würde somit zu Gunsten dieser Strukturen verzerrt.

Es gibt also verschiedene Gründe, warum das vorgeschlagene Unternehmensstrafrecht (formal nachweisbare) Compliance-Strukturen belohnen würde. Unternehmensverbände interpretieren das Gesetz sogar als eine Quasiverpflichtung, solche Strukturen aufzubauen.^{46,47} Befürworter des Gesetzesvorschlags gehen teilweise davon aus, dass von der Einführung bzw. dem Ausbau von Compliance-Systemen positive Effekte auf den wirtschaftlichen Erfolg der Unternehmen ausgehen würden. So heißt es auch in der Begründung des Gesetzesvorschlags „[v]on der Stärkung einer zeitgemäßen Kultur der Unternehmenscompliance sind zudem positive, wenn auch nicht quantifizierbare Auswirkungen auf den wirtschaftlichen Erfolg der betroffenen Unternehmen, insbesondere im internationalen Wettbewerb, zu erwarten“⁴⁸. Sehr viele, insbesondere große, Unternehmen haben bereits Compliance-Systeme. Daher erscheint die These, dass dies zu deren Vorteil ist, zunächst plausibel. Allerdings lässt diese Beobachtung nicht den Schluss zu, dass Unternehmen, die bislang auf solche Strukturen verzichtet haben, von deren Implementierung in derselben Weise profitieren würden. Dies sind insbesondere kleinere und mittlere Unternehmen. Bei einer Befragung von mittelständischen Unternehmen im Jahr 2010 gab nur jedes fünfte Unternehmen an, eine Organisationseinheit oder einen Verantwortlichen benannt zu haben, der für die Compliance im Unternehmen verantwortlich ist.⁴⁹

⁴⁴ Vgl. ebenda, S. 53f

⁴⁵ IHK NRW warnt in diesem Zusammenhang vor der Gefahr einer „pro forma Compliance-System-Kultur“ (vgl. Clearingstelle Mittelstand, 2014, S. 9).

⁴⁶ Vgl. Clearingstelle Mittelstand (2014), S. 16

⁴⁷ Eine tatsächliche Verpflichtung, Compliance-Management zu formalisieren, besteht in Deutschland für Unternehmen der Finanzbranche. Das Gesetz über den Wertpapierhandel legt fest, dass „insbesondere eine dauerhafte und wirksame Compliance-Funktion einzurichten ist, die ihre Aufgaben unabhängig wahrnehmen kann“ (WpHG, § 33). Für international tätige Konzerne kann sich diese Verpflichtung darüber hinaus aus den gesetzlichen Bestimmungen anderer Länder ergeben.

⁴⁸ Gesetzesantrag des Landes Nordrhein-Westfalen (2013), S. 6

⁴⁹ Vgl. Corporate Trust (2010), S.18

Im Folgenden soll analysiert werden, welches Kalkül der Entscheidung über die Implementierung von Compliance-Maßnahmen zu Grunde liegen könnte und welche Gründe dafür ausschlaggebend sein könnten, dass insbesondere mittelständische Unternehmen bislang häufig kein Compliance-System implementiert haben.

Es soll dabei weiterhin von dem gesellschaftlichen Nutzen abstrahiert werden, der von gesetzeskonformem Verhalten der Unternehmen ausgeht. Angestrebt wird also keine gesamtgesellschaftliche Abwägung der Kosten und Nutzen der Vermeidung von Straftaten, sondern vielmehr die Betrachtung der Kosten und Nutzen von Compliance-Strukturen aus Sicht der einzelnen Unternehmen.

Der Nutzen einer bestimmten Compliance-Maßnahme hängt zum einen davon ab, mit welcher Wahrscheinlichkeit sie geeignet ist, eine bestimmte Straftat zu unterbinden.⁵⁰ Zum anderen wird der Nutzen dadurch bestimmt, mit welchem Erwartungsnutzen bzw. -schaden die Straftat verbunden ist oder gewesen wäre. In einer Situation nach Einführung des Unternehmensstrafrechts sprechen für die Implementierung einer Compliance-Maßnahme die höhere Ahndungswahrscheinlichkeit, der höhere Strafrahmen und auch die mögliche strafmildernde Wirkung. Vom Nutzen einer Compliance-Maßnahme abzuziehen sind die Kosten, also die finanziellen und zeitlichen Aufwendungen, die zur Vermeidung der Straftat notwendig sind. Diese Kosten reichen beispielsweise von Informationsbeschaffungs-, über Schulungs- bis hin zu Kontrollkosten.

Das relevante Kalkül lässt sich folgendermaßen beschreiben:

$$EU_j^I = -r_{ij} \left(p_i^I U^I(Y_i^I - f_i^I) + (1 - p_i^I) U^I(Y_i^I) \right) + (1 - r_{ij}) \left(p_i^I U^I(Y_i^I - f_i^I + B_j^I) + (1 - p_i^I) U^I(Y_i^I) \right) - U^I(K_j^I)$$

wobei

$$f_i^I \geq B_j^I, \frac{\partial EU_j^I}{\partial p_i^I} > 0, \frac{\partial EU_j^I}{\partial r_{ij}^I} > 0, \frac{\partial EU_j^I}{\partial f_i^I} > 0, \frac{\partial EU_j^I}{\partial B_j^I} > 0, \frac{\partial EU_j^I}{\partial y_i^I} < 0 \text{ und } \frac{\partial EU_j^I}{\partial K_j^I} < 0$$

EU_j^I beschreibt den erwarteten Nutzen einer bestimmten Compliance-Maßnahme j . Dieser hängt davon ab, mit welcher Wahrscheinlichkeit r_{ij} diese eine bestimmte Straftat i verhindern kann. Wenn die Straftat wirksam unterbunden wird, entspricht der Nutzen der Höhe des vermiedenen Kostenrisikos ($-EU_i^I = - \left(p_i^I U^I(Y_i^I - f_i^I) + (1 - p_i^I) U^I(Y_i^I) \right)$). Wenn die Straftat nicht unterbunden wird, muss trotz der Compliance-Maßnahme mit einer Strafverfolgung gerechnet werden. Dieser Fall tritt mit Wahrscheinlichkeit $1 - r_{ij}$ ein. Der erwartete Schadenswert der Straftat wird im Ahndungsfall um den Bonus B_j^I verringert, mit dem das Compliance-

⁵⁰ Dies gilt nur, solange unterstellt wird, dass die Compliance-Maßnahme zum Zweck hat, gesetzeskonformes Verhalten sicherzustellen, wie hier angenommen wurde. Nach einem breiteren Verständnis des Begriffs „Compliance“ ließen sich darunter auch Maßnahmen fassen, die Straftaten anreizen sollen, wenn diese im Sinne des Unternehmens sind.

System honoriert wird. Dabei kann der strafmildernde Bonus die Strafe niemals überkompensieren ($f_i^l \geq B_j^l$). In jedem Fall muss das Unternehmen die Kosten K_j^l tragen. Diese Kosten können ebenso wie das Einkommen aus einer Straftat und die Strafzahlungen auch nicht-monetäre Faktoren repräsentieren, wie beispielsweise zeitliche Ressourcen oder zusätzliche Anstrengungen des Inhabers.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass sich über verschiedene Maßnahmen hinweg die Wahrscheinlichkeit r_{ij} nicht unbedingt proportional zu dem gewährten Bonus B_j^l verhält, da die wirksamsten Maßnahmen nicht unbedingt die sind, die am ehesten strafmildernd berücksichtigt werden, und umgekehrt. Es ist davon auszugehen, dass die Voraussetzung für einen „Strafbonus“ immer sein wird, dass eine Maßnahme nachgewiesen werden kann.

Eine bestimmte Maßnahme j , die zur Verhinderung einer bestimmten Straftat i eingesetzt wird, ist demnach lohnenswert wenn

$$-r_{ij} \left(p_i^l U^l(Y_i^l - f_i^l) + (1 - p_i^l) U^l(Y_i^l) \right) + (1 - r_{ij}) \left(p_i^l U^l(Y_i^l - f_i^l + B_j^l) + (1 - p_i^l) U^l(Y_i^l) \right) > U^l(K_j^l)$$

und nicht lohnenswert, wenn

$$-r_{ij} \left(p_i^l U^l(Y_i^l - f_i^l) + (1 - p_i^l) U^l(Y_i^l) \right) + (1 - r_{ij}) \left(p_i^l U^l(Y_i^l - f_i^l + B_j^l) + (1 - p_i^l) U^l(Y_i^l) \right) < U^l(K_j^l).$$

In der Praxis kann nicht davon ausgegangen werden, dass Compliance-Maßnahmen nur der Vermeidung einer bestimmten Straftat dienen. Unternehmen sind mit einer Vielzahl potentieller Straftaten konfrontiert. Sie können verschiedene Compliance-Instrumente einsetzen, die in den meisten Fällen der Vermeidung mehrerer dieser Straftaten dienen dürften.

Das Kalkül der Unternehmen lässt sich in einer allgemeineren Variante als Maximierung des Nettonutzens von Compliance-Management formulieren. Dieser ergibt sich aus dem erwarteten Bruttonutzen der implementierten Compliance-Maßnahmen abzüglich deren Kosten. Maximiert wird der Nettonutzen von Compliance-Management über den Umfang der Compliance-Maßnahmen. Ergebnis einer solchen Maximierung ist die Bedingung, dass die Grenzkosten der letzten zusätzlich ergriffenen Maßnahme gleich deren (Brutto-)Grenznutzen sein sollten. Diese Feststellung lässt ohne weitere Annahmen noch keine Schlussfolgerungen zu, welcher Compliance-Umfang in der Praxis tatsächlich optimal ist. Sie weist aber darauf hin, dass Compliance-Management nicht entweder lohnenswert oder aber nicht lohnenswert ist, sondern dass dies für jede weitere Maßnahme abgewogen werden muss.

In den letzten Jahren ist in einigen Studien untersucht worden, in welchem Umfang Compliance-Maßnahmen durchgeführt werden.⁵¹ Erkenntnisse speziell über Compliance in mittelständischen Unternehmen liefert eine Studie des Deloitte Mittelstandsinstituts an der Universität Bamberg: Mittelständische Unternehmen⁵² wurden befragt, wie sie die Kosten und den Nutzen von Compliance-Systemen im Vergleich einschätzen.⁵³ Etwas mehr als ein Drittel der Unternehmen gab an, dass der Nutzen die Kosten überkompensiere. Ungefähr die Hälfte der Unternehmen war der Meinung, Aufwand und Nutzen hielten sich die Waage. Die übrigen knappen 20 Prozent kamen zu der Einschätzung, dass die Kosten von Compliance-Systemen deren Nutzen überwiegen würden.⁵⁴ Obwohl diese Angaben wenige Erkenntnisse über Art und Umfang der berücksichtigten Maßnahmen zulassen, weisen sie darauf hin, dass es für mittelständische Unternehmen in einigen Fällen rational sein könnte, auf bestimmte Compliance-Maßnahmen zu verzichten.

Interessanterweise tendierten mehr der befragten Manager als der befragten Inhaber dazu, den Nutzen von Compliance-Systemen höher als deren Kosten einzuschätzen.⁵⁵ Um dieses Phänomen mit dem hier verwendeten Analyseansatz in Einklang zu bringen, müsste ein mehrstufiges Prinzipal-Agenten-Problem formuliert werden. Plausibilisieren ließe es sich dann wie folgt: Für den Inhaber eines Unternehmens ist relevant, ob der Nutzen oder die Kosten einer solchen Maßnahme für das Unternehmen überwiegen. Der Manager hingegen wird abschätzen, welche Kosten und Nutzen für ihn mit Compliance-Management verbunden sind. Entscheidend sind also die Risiken, die sich für ihn persönlich aus unternehmensbezogenen Straftaten ergeben. Denkbar wäre beispielsweise, dass der Manager für die Straftaten der ihm unterstellten Mitarbeiter zur Verantwortung gezogen werden könnte und sich entsprechend absichern möchte. Die Kosten von Compliance-Maßnahmen sind für ihn hingegen nahezu irrelevant, da diese von den Inhaber zu tragen sind. Eine Beteiligung an den Implementierungskosten findet indirekt nur statt, wenn dadurch für die Entlohnung des Managers relevante Unternehmenskennziffern negativ betroffen wären. Hier ist also nicht zwangsläufig von einem besonders hohen Nutzen für das Unternehmen sondern gegebenenfalls vor allem für den einzelnen Manager auszugehen.

Während also die meisten großen Unternehmen Compliance-Systeme haben, scheinen diese für mittelständische Unternehmen nicht unbedingt lohnenswert zu sein. Tatsächlich gibt die

⁵¹ Siehe bspw. Bussmann et al. (2010). oder Götz et al (2014)

⁵² Hier ausgewählt nach einer Definition, die unter anderem auch die Unternehmensform berücksichtigt.

⁵³ Diese Studien beziehen sich auf die heutige Situation vor Einführung des Unternehmensstrafrechtes. Der Nutzen von Compliance-Systemen wird maßgeblich von den gesetzlichen Rahmenbedingungen und den vorgesehenen Sanktionen bestimmt. Das heißt, dass ein Unternehmensstrafrecht Anreize zur Implementierung von Compliance-Strukturen setzt, die deren Nutzen unmittelbar erhöhen, da sie dem originären Zweck von Compliance entsprechen. Um dem Argument auf den Grund zu gehen, dass sich Compliance-Management-Systeme für die Unternehmen lohnen, muss aber auch diskutiert werden, ob diese Annahme in der Situation vor Einführung des Unternehmensstrafrechts plausibel erscheint. Würde die Implementierung solcher Systeme erst durch ein zusätzliches Gesetz rentabel, wäre diese Rentabilität ein paradoxer Grund für dessen Einführung.

⁵⁴ Vgl. Becker (2011), S. 6

⁵⁵ Vgl. ebenda, S. 6

Hälfte der in der genannten Studie befragten mittelständischen Unternehmen an, keine Compliance-Strukturen zu haben, wobei (nur) ein Fünftel dieser Unternehmen eine zeitnahe Einführung plant.⁵⁶ Dies wirft die Frage auf, wie die dargelegten Kosten- und Nutzenfaktoren von der Größe eines Unternehmens abhängen. Wenn das Kosten-Nutzen-Verhältnis für große Unternehmen systematisch vorteilhafter ist, würde das geplante Unternehmensstrafrecht zu einer höheren Belastung für KMU führen. KMU müssten relativ höhere Kosten aufwenden, um in den Genuss der strafmildernden Wirkung eines Compliance-Managements zu kommen.

Dass Compliance-Management in kleineren Unternehmen relativ höhere Kosten verursacht, ist vor allem dann plausibel, wenn die notwendigen Maßnahmen mit hohen Fixkosten verbunden sind. Dies dürfte beispielsweise bei Schulungen oder dem Erstellen von Informationsmaterial der Fall sein. Die Grenzkosten dürften bei solchen Maßnahmen hingegen relativ gering ausfallen: Einmal erstellte Materialien können meist ohne hohe Kosten vervielfältigt werden und an weitere Mitarbeiter ausgegeben werden. Da bestimmte Maßnahmen möglicherweise erst ab einer gewissen Unternehmensgröße notwendig werden, ist die Fixkostenproblematik nicht zwingend für die kleinsten Unternehmen am relevantesten. Vielmehr könnten sich eine oder mehrere Sprungstellen ergeben, an denen die Fixkosten steigen. Die relative Belastung wäre dann immer kurz nach dem Anstieg der Fixkosten am höchsten. Entscheidend dafür, bei welchen Unternehmensgrößen sich unvorteilhafte Sprungstellen am meisten auswirken, sind auch die Anforderungen, die die Gerichte an die Compliance-Maßnahmen der Unternehmen stellen werden. Im Gesetzesentwurf fehlen dazu konkrete Angaben.⁵⁷

Grundsätzlich haben Unternehmen die Möglichkeit, Compliance-Leistungen von externen Beratungsunternehmen einzukaufen. Inwiefern dies ein Vorteil für kleine Unternehmen ist, kann nicht eindeutig beantwortet werden. Zum einen könnten die Kosten aufgrund von Größenvorteilen beim externen Dienstleister sinken. Allerdings ist es fraglich, wie schwer diese wiegen, wenn speziell auf ein Unternehmen zugeschnittene Compliance-Maßnahmen erforderlich sind. Zudem könnte es sein, dass große Unternehmen aufgrund ihrer Verhandlungsmacht auch beim Zukauf von Compliance-Leistungen einen relativen Vorteil gegenüber kleineren Unternehmen haben.

Neben der relativ geringeren Kostenbelastung durch einzelne Maßnahmen ist auch davon auszugehen, dass größere Unternehmen stärker von Synergieeffekten profitieren: Je mehr potentiell schädigende Straftaten durch eine bestimmte Maßnahme verhindert werden können, desto größer ist deren Nutzen. Die Wahrscheinlichkeit, dass das Kosten-Nutzen-Verhältnis eine Maßnahme lohnenswert erscheinen lässt, steigt also mit der Anzahl der Straftaten, die es zu verhindern gilt, solange diese nicht jeweils weitere vollständig unabhängige Maßnahmen erfordern.

⁵⁶ Vgl. Becker (2011), S. 4

⁵⁷ Es werden einige erforderliche Aufsichtsmaßnahmen aufgeführt, die allerdings sehr allgemein formuliert sind. Beispielsweise seien die Mitarbeiter „über die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften genau zu unterrichten“ (Gesetzesantrag des Landes Nordrhein-Westfalen, 2013, S. 56).

Vertreter mittelständischer Unternehmen argumentieren zudem, dass in ihren Unternehmen andere Methoden zur Sicherstellung des rechtmäßigen Verhaltens der Mitarbeiter geeignet seien, die nicht formalem, nach außen sichtbarem Compliance-Management entsprechen.⁵⁸ Es erscheint plausibel, dass informelle Maßnahmen geeignet sein können, Informationsasymmetrien in Unternehmen abzubauen, in denen persönliche Beziehungen einen hohen Stellenwert haben. So ist beispielsweise vorstellbar, dass ein Unternehmensinhaber, der seine Mitarbeiter aus langjähriger Zusammenarbeit kennt, im persönlichen Gespräch bemerken würde, wenn diese Straftaten verschweigen. Es ist jedoch davon auszugehen, dass nur solche Compliance-Strukturen in Strafverfahren belohnt würden, die durch das Unternehmen nachgewiesen werden können. Die Wahrscheinlichkeit, nicht bestraft zu werden, erhöht sich also durch formelle Compliance-Strukturen mehr als durch informelle Maßnahmen – und das unabhängig von deren tatsächlicher Effektivität, unerwünschtes Verhalten zu verhindern.

Informelles Compliance-Management kann auch als Errichtung reziproker Beziehungen zwischen dem Agenten und dem Prinzipal verstanden werden. Dies erschließt sich bei der Betrachtung so genannter Mehrrundenspiele: Wenn der Prinzipal und der Agent eine langfristige Beziehung eingehen, ist es möglich, dass sich der Prinzipal dem Agenten gegenüber großzügig verhält, um zukünftig, also in späteren „Runden“, von dessen Kooperationsbereitschaft zu profitieren. Der Agent kooperiert, damit ihm auch zukünftig die Großzügigkeit des Prinzipals zu Teil wird. Anders formuliert betrachtet der Agent nicht nur, ob eine bestimmte Straftat in einzelnen Momenten lohnenswert erscheint, sondern investiert über viele Entscheidungen hinweg in die Beziehung zum Prinzipal. Die Investitionen des Prinzipals in die beiderseitig vorteilhafte Beziehung wiederum lassen sich als Compliance-Kosten interpretieren. Jedoch ergeben sich aus dieser Art der Beeinflussung des Agenten-Verhaltens keine nachweisbaren Compliance-Strukturen.⁵⁹

Kritiker befürchten, dass der vermehrte Einsatz formeller Compliance-Maßnahmen, wie Kontrollen und Sanktionen, zu Misstrauen zwischen Unternehmensführung und Mitarbeitern führen könnte und so die Unternehmenskultur schädigen würde.⁶⁰ Insbesondere in Betrieben mit familiärer Atmosphäre erscheint diese These nicht abwegig. Sie ist auch vor dem Hintergrund einer breiten Literatur zu sehen, die belegt, dass extrinsische Anreize, also beispielsweise monetäre Belohnungen, intrinsische Motivation verdrängen können. Diese These hat ihren Ursprung in der Psychologie⁶¹ und ist vielfach in verschiedenen Zusammenhängen überprüft worden.⁶² Sie ist aus ökonomischer Sicht deshalb so interessant, weil Ökonomen Belohnungen üblicherweise eine eindeutig motivierende Wirkung zuschreiben. Entsprechend wird bei Be-

⁵⁸ Vgl. Clearingstelle Mittelstand (2014), S. 9

⁵⁹ In Experimenten lässt sich darüber hinaus eine Präferenz für Fairness nachweisen: So verhalten sich viele Menschen selbst in Einrundenspielen nicht ausschließlich zu ihrem eigenen Vorteil. Für die Beziehung zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern haben dies beispielsweise Fehr und Schmidt (2004) gezeigt.

⁶⁰ Vgl. ebenda, S. 10

⁶¹ Siehe Deci (1971)

⁶² Für eine bekannte ökonomische Auseinandersetzung mit diesem Thema siehe bspw. Titmuss (1970)

strafungen zunächst einmal davon ausgegangen, dass diese ein bestimmtes Verhalten wirksam unterbinden.⁶³ Dass dies nicht unbedingt der Fall ist, haben beispielsweise Gneezy und Rustichini in einem Experiment in einem Kindergarten gezeigt:⁶⁴ Eltern, die ihre Kinder nicht rechtzeitig abholen, mussten eine kleine monetäre Strafe bezahlen. In der Folge ging die Pünktlichkeit der Eltern zurück, was über den Verlust von intrinsischer Motivation zu erklären ist. Wenn intrinsische Motivation verdrängt wird, bedeutet dies nicht, dass der Gesamteffekt eines Anreizes negativ (bei Belohnungen) bzw. positiv (bei Bestrafungen) ist. Vielmehr steht dem Verlust an intrinsischer Motivation die beabsichtigte Wirkung des Anreizes gegenüber. So hätten die Eltern ihre Kinder vermutlich rechtzeitig vom Kindergarten abgeholt, wenn die Strafe ausreichend hoch gewesen wäre. Dementsprechend ist auch nicht davon auszugehen, dass der Inhaber eines Unternehmens im Zuge der Strafandrohung durch ein Unternehmensstrafrecht eher Straftaten befürworten würde. Dennoch kann der Verlust intrinsischer Motivation als solcher ein Problem darstellen: Zum einen erhöht der Motivationsverlust der Mitarbeiter die Compliance-Kosten, wenn er durch formale (Sanktions-)Mechanismen ausgeglichen werden muss. Zum anderen ist davon auszugehen, dass sich dieser Effekt nicht auf die intrinsische Motivation beschränkt, den Regeln des Unternehmens zu folgen. Vielmehr ist plausibel, dass die Motivation der Mitarbeiter auch in Bezug auf die Arbeitsleistung sinkt. Dies wären ebenfalls (indirekte) Kosten der Compliance-Maßnahme.

Es ist nicht überraschend, dass Unternehmensverbände, insbesondere solche, die kleine und mittelgroße Unternehmen vertreten, eine hohe finanzielle und zeitliche Belastung durch das Gesetz betonen.⁶⁵ Demgegenüber gibt beispielsweise das Deutsche Institut für Compliance an, dass Mittelständler „bereits mit überschaubarem Aufwand ein effektives Compliance-Management in ihren Unternehmen implementieren können“⁶⁶. Die Abschätzung der tatsächlichen Kosten und Nutzen ist an dieser Stelle gar nicht von entscheidender Bedeutung. Unabhängig von deren absoluter Höhe bleibt zunächst einmal davon auszugehen, dass die Kosten entsprechender Maßnahmen ihren Nutzen überwiegen, wenn Unternehmen sich gegen die Implementierung formaler Compliance-Systeme entscheiden.⁶⁷ Solange die Nutzen-Kosten-Relation von Compliance-Systemen für kleinere Unternehmen tendenziell niedriger als für größere Unternehmen ist, wird die im Gesetzesentwurf angedachte Belohnung von Compliance-Systemen tendenziell zu einer überproportionalen (Mehr-)Belastung für kleine und mittlere Unternehmen führen.

⁶³ Vgl. Gneezy und Rustichini 2004, S. 572

⁶⁴ Siehe Gneezy und Rustichini 2000

⁶⁵ Siehe bspw. Clearingstelle Mittelstand (2014), S. 8f

⁶⁶ Deutsches Institut für Compliance (2014)

⁶⁷ Anders wäre dies nur, wenn fehlende Compliance-Maßnahmen auf ein Koordinationsproblem zurückzuführen wären. Entsprechende Argumente werden beispielsweise bezüglich der Corporate Social Responsibility (CSR) vorgebracht: Die Entwertung von CSR-Maßnahmen durch vordergründige Maßnahmen einiger Unternehmen senkt die Bereitschaft aller Unternehmen, wirksame Maßnahmen durchzuführen (vgl. Icks et al, 2015, S. 28f). Es erscheint allerdings wenig wahrscheinlich, dass hier ein entsprechendes Problem vorliegt, weil die Reputation von Compliance-Management nicht der entscheidende Faktor sein dürfte. Zudem wäre zu begründen, warum dies mittelständische Unternehmen eher betreffen sollte als große.

Mehr Neutralität gegenüber den verschiedenen Unternehmensgrößen könnte erreicht werden, indem die für eine Strafmilderung erforderlichen Compliance-Maßnahmen entsprechend abgestuft würden. Müssten die Compliance-Systeme je nach Unternehmensgröße unterschiedlichen Anforderungen gerecht werden, könnte dies die ungleiche Belastung abschwächen. Idealerweise würde eine solche Ausdifferenzierung nicht nur quantitativ, sondern auch qualitativ erfolgen. Diesem Anspruch steht in der Praxis die Umsetzbarkeit der gesetzlichen Regelung entgegen. Es besteht weiterer Forschungsbedarf, um Schwellenwerte bzw. qualitative Kriterien für Abstufungen zu bestimmen, die sowohl ökonomisch begründet als auch in der Rechtsumsetzung praktikabel sind.

5. Sanktionen und Erwartungswerte

Im letzten Abschnitt wurde argumentiert, dass das Unternehmensstrafrecht eine überproportionale Belastung für kleine und mittlere Unternehmen darstellen könnte. In diesem Abschnitt soll ein weiterer Aspekt erläutert werden, der für relativ kleine Unternehmen eine andere Bedeutung haben könnte als für größere.

Es wurde bereits gezeigt, dass der optimale Umfang an Compliance-Maßnahmen in der Regel nicht dem maximal denkbaren Maß entspricht. Vielmehr ist davon auszugehen, dass Unternehmen nur dann weitere Compliance-Maßnahmen implementieren, wenn deren Grenznutzen über den damit verbundenen Grenzkosten liegt. Mit anderen Worten: Die Unternehmen gehen unter Umständen bewusst die Möglichkeit ein, für eine unternehmensbezogene Straftat belangt zu werden.⁶⁸ Dies gilt insbesondere dann, wenn der Abbau von Informationsasymmetrien ab einem gewissen Punkt mit steigenden Grenzkosten verbunden ist.

Wie dargelegt, beziehen sich diese Überlegungen auf Erwartungswerte. So wissen Unternehmen nicht mit Sicherheit, welche Schäden sich durch Straftaten zukünftig ergeben werden. Damit allerdings zuverlässig mit Erwartungswerten operiert werden kann, muss die Anzahl der relevanten Fälle ausreichend groß sein. In großen Unternehmen kommt es tendenziell zu mehr Situationen, in denen unternehmensbezogene Zuwiderhandlungen möglich sind. Das hat zur Folge, dass sich die Schadenswerte der unternehmensbezogenen Straftaten ex post den ex ante zugrunde gelegten Erwartungswerten angleichen. Geht ein sehr großes Unternehmen beispielsweise davon aus, in einem Prozent seiner Geschäfte strafrechtlich in bestimmter Höhe sanktioniert zu werden, kann es erwarten, dass die Belastung tatsächlich in dieser Höhe auftritt. Anders ist dies jedoch bei relativ kleinen Unternehmen: Diese können nicht davon ausgehen, dass sich die Schadenswerte den Erwartungswerten angleichen. Ähnlich wie Versicherungen, die eine hinreichende Anzahl von Versicherten brauchen, um ihre Prämien risiko-

⁶⁸ Im Kern trifft dies auf alle Gesetzesbereiche zu. Eine Totalüberwachung zur Vermeidung aller Straftaten ist mit einer liberalen Gesellschaftsordnung unvereinbar.

gerecht kalkulieren zu können, müssen Unternehmen also eine ausreichende Anzahl risikobehafteter Geschäfte eingehen, damit sich die Schadensfälle über die Zeit den Erwartungen entsprechen („Gesetz der großen Zahlen“).

Grundsätzlich ist denkbar, dass sich Unternehmen gegen die rechtlichen Risiken absichern, die sie nicht selbst tragen können oder wollen, indem sie Versicherungen abschließen. Unternehmen versichern sich bereits heute gegen verschiedene Risiken, wie beispielsweise die Haftung für Schäden, die durch fehlerhafte Produkte entstehen. Allerdings ist die Versicherbarkeit von Risiken davon abhängig, inwiefern sich diese tatsächlich der Kontrolle der Versicherten entziehen. Ob gegen Gesetze verstoßen wird und ob dies zu einer Bestrafung führt, können Unternehmen zu einem gewissen Grad jedoch beeinflussen. Dabei steht die Versicherung vor denselben Kontrollproblemen wie die Unternehmen in Bezug auf ihre Mitarbeiter. Daher ist fraglich, ob die Unternehmen die verbleibenden Risiken aus unternehmensbezogenen Straftaten theoretisch versichern könnten.⁶⁹

Auch wenn Risiken abgesichert werden können, liegen die Kosten für Versicherungen üblicherweise oberhalb des erwarteten Schadenswertes, da den Versicherungen Kosten durch die Schadensverwaltung, Marketing etc. entstehen. Zudem verteuern Transaktionskosten den Versicherungsabschluss: Unternehmen müssen sich über Versicherungsoptionen informieren und Verhandlungen führen. Selbst wenn die Absicherung der Risiken, die sich aus einem Unternehmensstrafrecht ergäben, mögliche wäre, wäre sie also mit zusätzlichen Kosten verbunden.

Die dargelegten Argumente sprechen dafür, dass kleinere Unternehmen relativ gesehen mehr Vorkehrungen treffen müssen, um Straftaten ihrer Mitarbeiter zu verhindern. Dies führt zum einen zu unmittelbar höheren Kosten für Compliance-Maßnahmen. Zum anderen könnte die Vermeidung von Risikofaktoren indirekt Kosten verursachen. Beispielsweise könnte die Beschäftigung junger, unerfahrener Mitarbeiter relativ unattraktiver sein, wenn diese einen besonders hohen Schulungsbedarf im Rahmen von Compliance-Programmen haben, um unwissentliche Straftaten zu verhindern.^{70,71} Auch solche Verzerrung stellen indirekt Kosten für ein Unternehmen dar und sind geeignet, kleinere Unternehmen im Wettbewerb zu benachteiligen.

⁶⁹ In der Praxis ist darüber hinaus entscheidend, welche gesetzlichen Grenzen der Versicherbarkeit von (Unternehmens-)Strafen gesetzt sind. Für das 2006 in Österreich eingeführte Verbandsverantwortlichkeitsgesetz stellt die Wirtschaftskammer Österreich fest: „Das Risiko der Verbandsgeldbuße selbst ist nicht versicherbar. Ein derartiger Versicherungsvertrag wäre sittenwidrig.“ Es sei lediglich möglich die Verfahrenskosten abzusichern (vgl. Wirtschaftskammer Österreich, 2015).

⁷⁰ Die Relevanz dieses Arguments hängt davon ab, wie häufig Straftaten tatsächlich unwissentlich begangen werden.

⁷¹ Vgl. Clearingstelle Mittelstand (2014), S. 7

6. Weitere Aspekte

Neben den bereits dargelegten Argumenten gibt es weitere Aspekte, die insbesondere für mittelständische Unternehmen relevant sein könnten. Zwei dieser Aspekte sollen hier im Hinblick auf ihre ökonomische Bedeutung kurz erörtert werden.

Erstens wird kritisiert, dass der vorliegende Gesetzesvorschlag nicht näher definiert, wie Compliance-Strukturen ausgestaltet sein müssen, damit sie strafmildernd berücksichtigt werden.⁷² Die sich daraus ergebende Rechtsunsicherheit kann auch aus ökonomischer Sicht problematisch sein: Beispielsweise wäre denkbar, dass eine Investition in ein Unternehmen unterbleibt, wenn sie für den potentiellen Investor mit Rechtsunsicherheiten verbunden ist, obwohl in dem betroffenen Unternehmen ausreichend Vorsorge getroffen wurde. Wenn Investoren nicht wissen, inwiefern dies in einem Strafverfahren anerkannt würde, könnte diese Unsicherheit dazu führen, dass ein eigentlich gegenseitig vorteilhaftes Geschäft unterbleibt.

Dieses Beispiel ist insofern sehr relevant, als dass das Gesetz bei der Übernahme eines Unternehmens die Haftung des Rechtsnachfolgers für eventuelle strafrechtliche Konsequenzen vorsieht.⁷³ Es wird entsprechend kritisiert, dass dies zu erheblichen Risiken bzw. Kosten (z.B. für entsprechende Gutachten) führe und so potentielle Interessenten abschrecke.⁷⁴ Wenn die Kosten einer solchen Prüfung durch Investoren nicht proportional zur Unternehmensgröße sind, ist hier wiederum davon auszugehen, dass Investitionen in kleine und mittlere Unternehmen relativ unattraktiver werden. Dies würde einen weiteren Wettbewerbsnachteil für KMU darstellen.⁷⁵

Zudem wäre denkbar, dass aus Gründen der Rechtsunsicherheit übermäßig viele Ressourcen in Compliance-Systemen gebunden werden (z. B. damit diese in einem potentiellen Strafverfahren vorgewiesen werden könnten). Wenn jedoch rechtmäßiges Verhalten der Mitarbeiter mit hoher Wahrscheinlichkeit auch mit weniger Ressourcen erreicht werden könnte, ist dies unter dem Effizienzkriterium („Verschwendungsfreiheit“) ebenfalls negativ zu bewerten.

Zweitens wird häufig bemängelt, dass das Gesetz dazu führen könnte, dass Unternehmensinhaber doppelt bestraft würden.⁷⁶ Dies wäre dann der Fall, wenn Sie sowohl privat als auch über ihr Unternehmen bestraft werden könnten. Denkbar scheint dies, wenn die Inhaber als Entscheidungsträger in ihrem Unternehmen auftreten. Dies ist aus zwei Gründen für KMU besonders relevant: Zum einen machen Inhaber-geführte Unternehmen den überwiegenden Teil der kleinen und mittleren Unternehmen aus.⁷⁷ Die Definition von „mittelständischen Unternehmen“ des Instituts für Mittelstand Bonn beruht sogar unter anderem auf dem Kriterium,

⁷² Vgl. ebenda, S. 6

⁷³ Vgl. Gesetzesantrag des Landes Nordrhein-Westfalen (2013), S. 8

⁷⁴ Vgl. Clearingstelle Mittelstand (2014), S. 5

⁷⁵ Zu berücksichtigen ist, dass auch das Ordnungswidrigkeitenrecht seit 2013 die Haftung des Rechtsnachfolgers vorsieht.

⁷⁶ Vgl. Clearingstelle Mittelstand (2014), S. 7

⁷⁷ Vgl. Becker (2011), S. 9

dass Eigentum und Leitung eine Einheit bilden.⁷⁸ Zum anderen handelt es sich bei kleineren Unternehmen überproportional häufiger um Personengesellschaften.⁷⁹ Da in Personengesellschaften die Gesellschafter unmittelbar haften, während in Kapitalgesellschaften meist nur das Gesellschaftsvermögen haftungsrelevant ist, würden die Inhaber von Personengesellschaften durch ein Unternehmensstrafrecht tendenziell mehr belastet. Die Folge wäre vermutlich, dass es langfristig mehr Kapitalgesellschaften gäbe. Diese mögliche Folge kann an dieser Stelle nicht bewertet werden, die Politik sollte sie jedoch bedenken.

7. Schlussbemerkungen

Viele Gründe könnten für oder gegen die Einführung eines Unternehmensstrafrechts sprechen. Längst nicht alle Argumente haben in diesem Beitrag Berücksichtigung gefunden. Es kann also auch abschließend keine Bewertung des vorliegenden Vorschlags zur Einführung eines Unternehmensstrafrecht vorgenommen werden.

In einer umfassenden Bewertung müssten viele verschiedene Faktoren gegeneinander abgewogen werden: In erster Linie würde ein Unternehmensstrafrecht wohl der Verringerung der Anzahl bestimmter Straftaten dienen, was sowohl grundsätzlich im gesellschaftlichen Interesse sein als auch ganz konkret den Konsumenten zugutekommen könnte: So schädigen beispielsweise Kartellabsprachen⁸⁰ oder der Verstoß gegen Verbraucherschutzvorschriften unmittelbar die Nachfrager. Allerdings wäre auch abzuschätzen, welche Folgen es hat, wenn Unternehmen aufgrund von Strafen aus Märkten ausscheiden (müssen). Neben dem (kurzfristigen) Verlust von Arbeitsplätzen ist dabei insbesondere die (kurzfristig) verringerte Wettbewerbsintensität auf den betroffenen Märkten zu berücksichtigen. Auch wenn eine exakte Quantifizierung der einzelnen Effekte kaum möglich ist, besteht hier aus ökonomischer Sicht weiterer Forschungsbedarf – insbesondere hinsichtlich Art und Ausmaß der begangenen Straftaten sowie der zugrundeliegenden Motive der Täter.

Ziel dieses Beitrags ist es, einige wichtige ökonomische Aspekte zu ergänzen, die in der Debatte um ein Unternehmensstrafrecht bislang keine oder kaum Berücksichtigung gefunden haben. Der Nutzen von umfangreichen formalen Compliance-Strukturen überwiegt aus Sicht der Unternehmen nicht unbedingt deren Kosten. Herausgearbeitet wurde, dass dieses Missverhältnis insbesondere für kleine und mittlere Unternehmen bestehen könnte, die deshalb

⁷⁸ Siehe <http://www.ifm-bonn.org/mittelstandsdefinition/>

⁷⁹ Im Unternehmensregister des Statistischen Bundesamtes fanden sich 2014 in der Gruppe der Unternehmen mit 10-49 Beschäftigten 2,78 mal so viele Kapitalgesellschaften wie Personengesellschaften. In der Gruppe der Unternehmen mit über 250 Mitarbeitern beträgt dieses Verhältnis 3,11. Ein noch deutlicheres Bild ergibt sich, wenn man die Umsatzzahlen der Unternehmen zu Grunde legt: Während Unternehmen mit weniger als einer Millionen Euro Umsatz lediglich 1,21-mal häufiger Kapitalgesellschaften als Personengesellschaften sind, beträgt dieses Verhältnis bei Unternehmen mit über 50 Millionen Euro Umsatz 2,35 (zu Grunde gelegt wurden Berechnungen von Günterberg, 2012).

⁸⁰ Würde der Gesetzesentwurf wie vorgeschlagen bei ansonsten unveränderter Rechtslage umgesetzt, scheint für eine Anwendung des Unternehmensstrafrechtes nur ein Verstoß gegen das Verbot zu Submissionsabsprachen in Betracht zu kommen, da dies der einzige Tatbestand ist, der im geltenden Kartellrecht strafrechtlich verfolgt wird (vgl. bspw. Monopolkommission, 2012, S. 89).

durch das Gesetz überproportional belastet würden. Auch aus dieser Feststellung lässt sich noch keine Bewertung des Gesetzes ableiten. Die übermäßige Belastung mittelständischer Unternehmen steht allerdings der Vorstellung entgegen, dass die gesetzlichen Rahmenbedingungen des Wettbewerbs neutral gegenüber verschiedenen Unternehmensgrößen und Rechtsformen sein sollten. Jede Abweichung hiervon erscheint begründungspflichtig und wäre wohl im vorliegenden Fall nur dann zu rechtfertigen, wenn in kleineren Unternehmen heute besonders häufig Straftaten begangen würden. Studien weisen darauf hin, dass das Gegenteil der Fall ist.⁸¹ Diese Zusammenhänge sollten bei der Ausgestaltung eines Unternehmensstrafrechts Berücksichtigung finden, sofern dies mit juristischen Grundsätzen vereinbar ist. Die Analyse hat verdeutlicht, dass insbesondere eine Abstufung der Anforderungen an die Compliance-Systeme angemessen sein könnte. Hinsichtlich geeigneter Kriterien, die sowohl sinnvolle Anforderungen an die Unternehmen stellen als auch in Gerichtsverfahren praktikabel sind, besteht weiterer Forschungsbedarf. Aus ökonomischer Perspektive erscheint es jedenfalls wünschenswert, ein Unternehmensstrafgesetz so auszugestalten, dass nicht bestimmte Unternehmensgruppen unverschuldet einen Wettbewerbsnachteil erleiden.

⁸¹ Vgl. KPMG (2014), S.9f

8. Literaturverzeichnis

Arentz, O. und Münstermann, L. (2013), *Mittelunternehmen statt KMU? Ein Diskussionsbeitrag zum Mittelstandsbegriff*, Otto-Wolff-Diskussionspapier, Nr. 01/2013

Becker, G. (1968), *Crime and punishment: An economic approach*, Journal of Political economy, 76. Jg., Nr. 2, S. 169-217

Becker, W. (2011), *Compliance-Management im Mittelstand*, Bamberger Betriebswirtschaftliche Beiträge, Nr. 178

Bundesrechtsanwaltskammer (2013), *Einführung einer Unternehmensstrafe*, Stellungnahme, Nr. 9/2013

Bussmann, K.; Nestler, C. und Salvenmoser, S. (2013), *Wirtschaftskriminalität und Unternehmenskultur 2013*, <http://www.pwc.de/de/risiko-management/wikri-2013.jhtml>, zuletzt abgerufen am 01.08.2015

Cameron, S. (1988), *The economics of crime deterrence: a survey of theory and evidence*, Kyklos, 41. Jg., Nr. 2, S. 301-323

Clearingstelle Mittelstand (2014), *Stellungnahme zum Gesetz zur Einführung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen und Verbänden*, <http://clearingstelle-mittelstand.de/wp-content/uploads/2014/04/Stellungnahme-Unternehmensstrafrecht.pdf>, zuletzt abgerufen am 14.10.2015

Corporate Trust (2010), *Gefahrenbarometer 2010 – Sicherheitsrisiken für den deutschen Mittelstand*, <https://www.corporate-trust.de/studie/Gefahrenbarometer2010.pdf>, zuletzt abgerufen am 05.10.2015

Deci, E. (1971), *Effects of Externally Mediated Rewards on Intrinsic Motivation*, Journal of Personality and Social Psychology, 18. Jg., Nr. 1, S. 105-115

Deutsches Institut für Compliance (2014), http://dico-ev.de/fileadmin/PDF/PDF_Intranet_2013/Unternehmensstrafrecht/2014-01-27_Unternehmensstrafrecht.pdf, zuletzt abgerufen am 06.03.2015

Fehr, E. und Schmidt, K. (2004), *Fairness and Incentives in a Multi-task Principal-Agent Model*, The Scandinavian Journal of Economics, 106. Jg., Nr. 3, S. 453-474

Georg, G.; Herold, D. und Paha, J. (2014), *Wie Compliance-Maßnahmen Kartellrechtsverstöße verhindern und zum Unternehmenserfolg beitragen können*, https://www.uni-giessen.de/fbz/fb02/fb/professuren/vwl/goetz/lehre/copy2_of_downloadsordner/sonstiges/forschungsprojekt-kartellrechts-compliance-wie-compliance-massnahmen-kartellrechtsverstoesse-verhindern-und-zum-unternehmenserfolg-beitragen, zuletzt abgerufen am 01.08.2015

Gesetzesantrag des Landes Nordrhein-Westfalen (2013), *Entwurf eines Gesetzes zur Einführung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen und sonstigen Verbänden*, https://www.justiz.nrw.de/JM/justizpolitik/jumiko/beschluesse/2013/herbstkonferenz13/zw3/TOP_II_5_Gesetzesentwurf.pdf, zuletzt abgerufen am 14.10.2015

Gneezy, U. und Rustichini, A. (2000), *A Fine Is a Price*, The Journal of Legal Studies, 29. Jg., Nr. 1, S. 1-19

Gneezy, U. und Rustichini, A. (2004), *Incentives, Punishment, and Behavior*, Camerer, C.; Loewenstein, G. und Rabin, M. (Hrsg.): *Advances in Behavioral Economics*, Princeton University Press

Grieger, J. (2005), *Corruption in Organizations – Some Outlines for Research*, Arbeitspapiere des Fachbereichs Wirtschafts- und Sozialwissenschaften der Bergischen Universität Wuppertal, Nr. 203

Günterberg, B. (2012), *Unternehmensgrößenstatistik – Unternehmen, Umsatz und sozialversicherungspflichtig Beschäftigte 2004 bis 2009 in Deutschland*, IfM Bonn (Hrsg.): *Daten und Fakten*, Nr. 2

Hoven, E. (2014), *Der nordrhein-westfälische Entwurf eines Verbandsstrafgesetzbuchs – Eine kritische Betrachtung von Begründungsmodell und Voraussetzungen der Straftatbestände*, Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik 2014, S. 19-30

Icks, A.; Levering, B.; Maaß, F. und Werner, A. (2015), *Chancen und Risiken von CSR im Mittelstand*, IfM Bonn (Hrsg.): *IfM-Materialien*, Nr. 236

Institut für Mittelstandsforschung, <http://www.ifm-bonn.org/mittelstandsdefinition/>, zuletzt abgerufen am 27.09.2015

Jensen, M. und Meckling, W. (1976), *Theory of the firm: Managerial behavior, agency costs and ownership structure*, Journal of financial economics, 3. Jg., Nr. 4, S. 305-360

Kahneman, D. und Tversky, A. (1979), *Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk*, Econometrica, 47. Jg., Nr. 2, S. 263-292

Kirchgässner, G. (2008), *Homo oeconomicus: Das ökonomische Modell individuellen Verhaltens und seine Anwendung in den Wirtschafts- und Sozialwissenschaften*, 3. Auflage, Mohr Siebeck

KPMG (2014), *Wirtschaftskriminalität in Deutschland*, https://www.kpmg.com/DE/de/Documents/Wikri-Studie_2014_sec.pdf, zuletzt abgerufen am 14.10.2015

CDU, CSU und SPD (2013), *Deutschlands Zukunft gestalten*, Koalitionsvertrag der 18. Legislaturperiode

Kubiciel, M. (2015), *Was sind schon 10 Millionen Euro?*, <http://www.zeit.de/wirtschaft/2015-10/volkswagen-strafrecht-unternehmen-abgas-skandal/komplettansicht>, zuletzt abgerufen am 14.10.2015

Neuerer, D. (2014), *US-Strafe für Credit Suisse ruft SPD auf den Plan*, <http://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/debatte-um-unternehmensstrafrecht-us-strafe-fuer-credit-suisse-ruft-spd-auf-den-plan/9927684.html>, zuletzt abgerufen am 14.10.2015

Monopolkommission (2012), *Kriminalisierung von Kartellrechtsverstößen*, Auszug aus Hauptgutachten XX, http://www.monopolkommission.de/images/PDF/HG/HG20/1_Kap_3_A_HG20.pdf, zuletzt abgerufen am 14.10.2015

Monopolkommission (2015), *Strafrechtliche Sanktionen bei Kartellverstößen*, Sondergutachten 72, http://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/s72_volltext.pdf, zuletzt abgerufen am 10.11.2015

Schünemann, B. (2014), *Die aktuelle Forderung eines Verbandsstrafrechts – Ein kriminalpolitischer Zombie*, Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik 2014, S. 1-18

Taschke, J. (2014), *Die Einführung eines neuen Unternehmensstrafrechts und seine Auswirkung auf das Compliance Management*, Berufsverband der Compliance Manager e.V. (Hrsg.): Compliance 2015 – Perspektiven einer Entwicklung

Titmuss, R. (1970), *The gift relationship: from human blood to social policy*, Allen and Unwin

Wirtschaftskammer Österreich (2015): *Verbandsverantwortlichkeitsgesetz ("Unternehmensstrafrecht") – unter welchen Voraussetzungen können Verbände strafrechtlich belangt werden?*, <https://www.wko.at/Content.Node/Service/Wirtschaftsrecht-und-Gewerbe-recht/Gesellschaftsrecht/Unternehmensrecht/Unternehmensrecht--Handelsrecht-/Verbandsverantwortlichkeitsgesetz.html>, zuletzt abgerufen am 06.11.2015