

Kritische Überlegungen zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit von juristischen Personen in Brasilien

Von Prof. Dr. Eduardo Saad-Diniz, Sao Paulo*

In Brasilien wird die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen nach wie vor kritisch beurteilt.¹ Nach überwiegender Auffassung ist ein Unternehmen weder handlungs- noch schuldfähig. Neben der eigenen strafrechtlichen Verantwortlichkeit lehnt die traditionelle opinio juris es auch ab, Straftaten natürlicher Person einem Unternehmen zuzurechnen. Die wenigen zu diesem Thema ergangenen Gerichtsurteile der brasilianischen Rechtsprechung wurden von dieser Dogmatik erkennbar beeinflusst. Das mangelnde Verständnis für die Rolle strafrechtlicher Sanktionen bei der sozialen Kontrolle von Unternehmen wird als eines der Haupthindernisse für effektivere Compliance-Programme in Brasilien angesehen.

I. Hintergrund und Auslöser für die Einführung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit juristischer Personen

Es bedarf deshalb nicht vieler Worte, um die strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen im brasilianischen Modell darzustellen. Die Dogmatik ist auch Ergebnis einer politischen Entscheidung im Jahre 1988, dem Jahr des Inkrafttretens der Verfassung.

Zwar gibt es vereinzelte Ausnahmen wie etwa das 1988 erlassene Umweltgesetz,² das die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen enthält. Auf Grundlage dieses Gesetzes wurde in der Rechtsprechung das Modell der Mitverantwortlichkeit entwickelt, das jedoch den Nachweis eines notwendigen Zusammenwirkens von Personen verlangt.³

Allerdings gab es in den fast 25 Jahren, in denen das Gesetz in Kraft ist, weniger als zehn Urteile⁴ des Obersten Gerichtshofs. Die meisten von ihnen haben weder zur Rechtssicherheit beigetragen noch die Voraussetzungen der Mitverantwortlichkeit des Unternehmens geklärt, weil es im Einzelfall schwierig war, die Verbindung zwischen dem Verhalten der natürlichen Person und dem Unternehmen nachzuweisen.

* Der Verf. ist Professor für Kriminologie und Wirtschaftsstrafrecht an der Universität São Paulo (Campus Ribeirão Preto und Lateinamerikanische Studien). Der Beitrag wurde übersetzt von Katharina Beckemper.

¹ Prado, *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*, 2001, S. 13.

² Abrufbar unter https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm#:~:text=LEI%20N%209.605%2C%20DE%2012%20DE%20FEVE%20REIRO%20DE%201998.&text=Dispõe%20sobre%20as%20sanções%20penais,ambiente%2C%20e%20dã%20outras%20providências (29.9.2023).

³ Shecaira, *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*, 1998, S. 97.

⁴ Diese finden sich bei Machado/Prado, *Revista de Direito Público da Economia* 10 (38/2012), 217.

Erst im letzten Urteil aus dem Jahr 2013⁵ (also vor fast einem Jahrzehnt) wurde die Eigenverantwortung einer juristischen Person diskutiert, allerdings in Form einer rein verfahrensrechtlichen Entscheidung, ohne dass ein konstruktiver Dialog über ein System der Unternehmensverantwortung geführt wurde.

Das mag am großen Vertrauen in Verwaltungssanktionen liegen, die eine strafrechtliche Verantwortlichkeit entbehrlich erscheinen lassen. Dabei gibt es viele Gründe, das brasilianische System der Verwaltungssanktionen gegen juristische Personen zu kritisieren.

So gab es bisher keine empirische Untersuchung, die die Wirksamkeit von Verwaltungssanktionen stützen konnte. Problematisch ist insbesondere, dass das Verwaltungsrecht und die Verwaltungsstrukturen in Brasilien nicht einheitlich ausgestaltet sind,⁶ und – schlimmer noch – durchaus noch die Strukturen vorherrschen, die in der Militärdiktatur (1964–1985) geprägt wurden. Man kann festhalten, dass das brasilianische System kaum bürokratisch reformiert wurde und die seit der Bundesverfassung von 1988 eingeführten verfassungsrechtlichen Werte nicht in das Sanktionssystem implementiert worden sind. Das Sanktionssystem fußt deshalb auf einem moral-basierten Modell, bei dem Verfahrensgarantien unterlaufen und Grundrechte mitunter missachtet werden.⁷

II. Die Entwicklungen des letzten Jahrzehnts und die Zunahme der Compliance-Programme

Im Jahr 2012 reformierte Brasilien sein System zur Bekämpfung der Geldwäsche. Neben der Abschaffung des abschließenden Katalogs von Vortaten der Geldwäsche im Bereich des Glücksspiels, das politische Korruption, kriminelle Banden und Milizen finanziert, wurden die Pflichten zur Meldung verdächtiger Transaktionen an die Financial Intelligence Unit (FIU) verstärkt. Die Reform hat zu einer Vielzahl von gemeldeten Transaktionen geführt, damit aber zugleich eine Informationsflut und generelle Überlastung der für die Kontrolle zuständigen Stellen hervorgerufen.

In der Rechtssache Mensalão⁸, in die ein hochrangiges Mitglied der Regierung von Lula da Silva verwickelt war,

⁵ STF RE 548181/PR-2013, betreffend Min. Rosa Weber. Anm. der Übersetzerin: STF steht für Supremo Tribunal Federal. Die genannte Entscheidung ist in der Originalsprache zu finden unter

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7087018> (29.9.2023).

⁶ Barrilari, *Crime Empresarial, Autorregulação e Compliance*, 2018, S. 53.

⁷ Saad-Diniz, *Criminal Justice Review* 46 (2021), 435 (435).

⁸ STF AP 470/MG, Rel. Min. Roberto Barroso. Anm. der Übersetzerin: Die genannte Entscheidung ist in der Originalsprache zu finden unter

fürte der Oberste Gerichtshof – inspiriert vom neuen Gesetz zur Bekämpfung der Geldwäsche – ohne weitere Begründung Folgendes aus: Aufgrund eines „mehrfachen Verstoßes gegen Compliance-Pflichten“ liege das Versäumnis vor, die Compliance im Unternehmen wirklich implementiert zu haben. Dies reiche aus, um einen Verstoß gegen eine Verwaltungspflicht zu begründen. Folglich wurde der Sachverhalt als strafbare Beteiligung an Geldwäsche gewertet.

Nach dem Urteil dauerte es nicht lange, bis der ehemalige Justizminister – eine der bekanntesten Persönlichkeiten der brasilianischen Strafverteidigung, Marcio Thomaz Bastos – auf die Notwendigkeit hinwies, das Risiko der Unternehmenshaftung durch die Einführung von Compliance-Programmen zu mindern.⁹ In diesem historischen Rahmen entstand ein „Compliance-Fieber“¹⁰ in Brasilien.

Im Bereich des Kartellrechts gab es bis 2012 kaum eine nennenswerte „Vorgeschichte“, mit nur einem Präzedenzfall, in dem das Compliance-Programm bei der Prüfung der Strafbarkeit berücksichtigt wurde.¹¹

Erst 2013 hat Brasilien auf Empfehlung der OECD ein Gesetz über die Verantwortlichkeit von Unternehmen für Korruption verabschiedet. Allerdings beschränkt sich dieses auf den Zivil- und Verwaltungsbereich.¹² Offensichtlich hat Brasilien die Gelegenheit verpasst, den Umfang der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen zu erweitern und die Diskussion über die Rechtspersönlichkeit und die strafrechtliche Verantwortlichkeit mitsamt ihrer Verfahrensgrundrechte zu führen. Das Anti-Korruptionsgesetz hat aber immerhin das Konzept der Compliance in Brasilien gefestigt, indem Managementsysteme, Aufdeckungs-, Untersuchungs- und Reaktionsmechanismen entwickelt wurden, die darauf abzielen, deviantes Verhalten im Unternehmen zu verhindern bzw. zu erschweren.

Der Hauptkritikpunkt an den seit fast zehn Jahren bestehenden Anti-Korruptionsgesetzen ist, dass die Compliance-Programme für das Sanktionssystem wenig oder gar nicht von Nutzen sind. In Art. 7 Abs. II des Gesetzes Nr. 12.846¹³ heißt es, dass etwaige Präventionsmechanismen bei der Bemessung der Strafe berücksichtigt werden sollen. Unklar ist aber, was jene Berücksichtigung im Einzelnen bedeutet. Problematisch ist auch, dass einfache Präventionsmechanismen sich leicht als Fassadenprogramme entpuppen können, die lediglich den Anschein von Legalität erwecken, sodass sie weder für die Staatsanwaltschaft noch für die gerichtliche Auslegung von Nutzen sind.

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7087018> (29.9.2023); Saad-Diniz, Law and Forensic Science 6 (2013), 103.

⁹ Saad-Diniz, Law and Forensic Science 6 (2013), 103.

¹⁰ Shecaira/Andrade, Compliance e direito penal, 2012, S. 2.

¹¹ Sarcedo, Compliance e Responsabilidade Pena da Pessoa Jurídica, 2016, S. 93.

¹² Silveira/Saad-Diniz, Compliance, direito penal e lei anticorrupção, 2015, S. 35.

¹³ Abrufbar unter https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm (29.9.2023).

Im Jahr 2015 wurde ein Bundesbeschluss veröffentlicht, der versucht, Kriterien für eine wirksame Compliance festzusetzen. Die Compliance-Standards – Einbindung der Führungsebene, Einrichtung eines Whistleblower-Kanals und andere Instrumente – wurden zwar übernommen. Der Erlass bot aber keine Möglichkeit, die Wirksamkeit der konkreten Umsetzung des Programms zu bewerten (siehe unten VII. für weitere Einzelheiten).

In diesem Kontext sind auch die ersten Urteile der „Operation Lava Jato“¹⁴ zu sehen. Sie sind der Beginn einer Geschichte, in der brasilianische Unternehmensermittlungen zu einem „Exportprodukt“ wurden. Die Untersuchung der Korruptionsfälle und der betrügerischen öffentlichen Auftragsvergaben, in die die oberste Führungsebene verschiedener Bauunternehmen verwickelt war, hatte die Eröffnung von Strafverfahren gegen hohe Politiker auf dem gesamten Kontinent zur Folge. Dabei wurden insgesamt 16 Präsidenten bzw. Ex-Präsidenten inhaftiert.

Die Kosten und die Folgen des Vorgangs für den Markt sind noch ungewiss, denn seit dem Fall Odebrecht¹⁵ hat es keine nennenswerten Änderungen in der Governance-Struktur brasilianischer Unternehmen gegeben, die durch Compliance-Mechanismen erzwungen wurden. Das ist erstaunlich, weil das Unternehmen Odebrecht über ein „robustes“ – aber offensichtlich ungenügendes – Compliance-Programm verfügte, das gerade Bestechungstaten verhindern sollte. Dass noch immer keine wirksamen Compliance-Strukturen in Brasilien durchgesetzt wurden, dürfte zwei Gründe haben: Erstens konnte wegen uneinheitlicher Datenlage bisher kein wissenschaftlicher Beleg für die Wirksamkeit von Compliance-Programmen geliefert werden. Zweitens erschwert schon die institutionelle Struktur Brasiliens die Umsetzung wirksamer Compliance-Strukturen.

1. Wie auch im globalen Szenario zu beobachten ist, wird die Wirksamkeit von Compliance-Programmen nicht objektiv bewertet. Hierzu fehlt es an belastbaren Daten zu Risikoanalysen und -bewertungen, Ursachenanalysen, Bewertungen der Kommunikationskanäle, Qualität der Schulungen, echter Wirkung und Effizienz auch von Verteidigungsstrategien. In Brasilien ist der Mangel einer empirischen Grundlage für öffentliche Maßnahmen und Unternehmensinitiativen sogar noch unerträglicher. Ein bedauerlicheres Beispiel könnte es nicht geben: In der Privatwirtschaft ist wohl nicht einmal die Ausarbeitung einer Risikomatrix konsolidierte Praxis: Nach

¹⁴ Siehe z.B. Riepe, Tagesspiegel v. 3.10.2022, abrufbar unter <https://www.tagesspiegel.de/gesellschaft/medien/opfer-einer-politischen-kampagne-im-sumpf-der-korruption-8708965.html> (29.9.2023).

¹⁵ Für die deutschen Leser z.B. Glüsing, Spiegel v. 15.2.2017, abrufbar unter <https://www.spiegel.de/politik/ausland/odebrecht-gigantischer-korruptionsskandal-in-lateinamerika-a-1134657.html> (29.9.2023) oder Infobae v. 30.3.2022, abrufbar unter <https://www.infobae.com/de/2022/03/30/der-fall-odebrecht-ehemaliger-direktor-der-ani-luis-fernando-andrade-wurde-angeklagt/> (29.9.2023).

einer aktuellen Untersuchung von KPMG geben nur 30 % des nationalen Marktes an, über eine Art von Risikoanalyse zu verfügen.¹⁶ Das Hauptproblem besteht darin, dass durch die bestehenden, meist sehr begrenzten und rein rechtlichen Risikoanalysen in brasilianischen Unternehmen nur scheinbar eine Selbstkontrolle erfolgt.

2. Zweiter Grund für die fehlende Implementierung von Compliance-Programmen ist die sehr fragile Regulierungspolitik. Sie ist schon gar nicht darauf angelegt, die Unternehmen zur Implementierung dieser Programme zu verpflichten oder zumindest einen Anreiz dafür zu schaffen. So wird die individuelle Rechenschaftspflicht (wobei die Zuweisung von Verantwortung einfach auf der hierarchischen Position des Unternehmens beruht) mit regulatorischen Erwartungen überfrachtet, übermäßig auf interne Untersuchungen vertraut, das Justizsystems auf ein „System von Vereinbarungen“ ohne Anerkennung von Verantwortung reduziert, das öffentliche Interesse verzerrt und die Schäden unzureichend kompensiert.

Die theoretische Konsequenz ist, dass man nur noch oberflächlich von „regulierter Selbstregulierung“ oder, aufgrund eines verfeinerten Verständnisses des ursprünglichen Vorschlags von *John Braithwaite*,¹⁷ von „erzwungener Selbstregulierung“ sprechen kann. Anstelle einer strukturellen Kopplung von Individuum/Unternehmen und Staat entkoppeln sich beide. Ausgangspunkt ist eine nicht-kollaborative Haltung, die das hervorbringt, was *Braithwaite* selbst als „die Bildung einer Subkultur des Widerstands“ bezeichnete: Unternehmen investieren beträchtliche Summen in die Einhaltung von Vorschriften, allerdings nicht um die Zusammenarbeit mit dem Justizsystem zu fördern, sondern um ihre unternehmerische Verteidigung zu stärken und sich vom Dialog mit dem Justizsystem zu distanzieren.

III. Bezug zum wirtschaftlichen Kontext des Landes: Art des Unternehmens und Bedeutung des öffentlichen Wirtschaftssektors

Die brasilianische Erfahrung im Privatsektor ist ebenfalls relevant. Selbst wenn man alle an der New Yorker Börse (NYSE) notierten Unternehmen in Chile, Peru, Mexiko, Argentinien, Panama, Costa Rica und Ecuador zusammenzählt, erreicht man nicht die Zahl der brasilianischen börsennotierten Unternehmen. Die formale Einhaltung der „Compliance-Kultur und -verfahren“ war deshalb in großen brasilianischen Organisationen bereits weit verbreitet.

Obwohl es in Brasilien möglich ist, hochqualifizierte Fachleute zu finden, die nach den Standards des nordamerikanischen Marktes ausgebildet sind, konnte ein solches Managementniveau weder die Gesetzgebungs- noch die Regulierungspolitik auf nationaler Ebene inspirieren.

Offenbar spielen in der brasilianischen Wirtschaft Devianzen vor allem bei der Ausbeutung der Umwelt und des öffentlichen Auftragswesens eine Rolle. Das betrifft die

wichtigsten Unternehmen im Öl- und Gassektor (Petrobras), im Bergbau (Vale do Rio Doce) sowie im Baugewerbe (Odebrecht). Seltsamerweise sind Initiativen im Zusammenhang mit der Pharmaindustrie oder den Finanzinstituten nicht sehr repräsentativ.

Dennoch wirkte die Odebrecht-Affäre sich mit Portugal, Spanien und Italien auch auf die andere Seite des Atlantiks aus. Die größten Auswirkungen hatte sie jedoch in Angola. In der vom FCPA-Blog der Stanford University¹⁸ erstellten Rangliste belegte Angola den beeindruckenden siebten Platz bei den FCPA-Ermittlungen, nach China, Brasilien, Russland und Indien (den BRIC-Staaten), Mexiko und Indonesien. All dies wurde durch Korruption in Politik und Wirtschaft verursacht – das „brasilianische Exportprodukt.“

IV. Bisherige Rechtslage

Wie bereits erwähnt, konzentrierte sich die brasilianische Debatte über die strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen stets auf den Bereich der Umweltkriminalität. Seit der Veröffentlichung des Gesetzes über Umweltverbrechen (1998) gab es nur sieben Fälle vor dem Obersten Gerichtshof,¹⁹ und in den die meisten von ihnen kam es nicht zu einer Verurteilung, weil es schwierig ist, die Verbindung zwischen individuellem und unternehmerischem Verhalten zu beweisen (die Entscheidungsträger sind in der Regel Tausende von Kilometern vom Konflikt entfernt).

Sanktionen können gem. Art. 21 des Gesetzes über Umweltstraftaten (Gesetz Nr. 9.605/1998) gegen juristische Personen einzeln, kumulativ oder alternativ verhängt werden und reichen von Geldstrafen bis hin zu gemeinnütziger Arbeit, einschließlich Sanktionen, die die Rechte einschränken (teilweise oder vollständige Aussetzung der Tätigkeit, vorübergehendes Verbot der Niederlassung, der Arbeit oder der Tätigkeit, Verbot, mit der öffentlichen Hand Verträge abzuschließen oder Subventionen, Verträge oder Spenden zu erhalten, wie in Art. 22). In extremen Situationen ist auch vorgesehen, die juristische Person zwangsweise aufzulösen und ihr Vermögen dem Nationalen Strafvollzugsfond zuzuführen (Art. 24 des Gesetzes über Umweltstraftaten), wenn die juristische Person für die Begehung von Straftaten instrumentalisiert wird, d.h. „überwiegend“ zu dem Zweck gegründet oder benutzt wird, „die Begehung einer Straftat zu ermöglichen, zu erleichtern oder zu verbergen“.

Art. 21 Abs. 1 des Gesetzes über Umweltstraftaten sieht auch die Möglichkeit der Aussetzung der Tätigkeit des Unternehmens im Falle der Nichteinhaltung von Rechts- oder Verwaltungsvorschriften im Zusammenhang mit der Umwelt vor. Die Erbringung von Dienstleistungen für die Gemeinschaft bezieht sich auf die Finanzierung von Umweltprogrammen und -projekten, die Durchführung von Arbeiten zur Wiederherstellung geschädigter Gebiete, die Instandhaltung öffentlicher Räume oder Beiträge zu öffentlichen Umwelt- oder Kultureinrichtungen (Art. 23 des Gesetzes über Umweltstraftaten).

¹⁶ *Saad-Diniz/Urban*, Análisis qualitativa dos programas de compliance no Brasil (2014–2019), 2021, S. 151.

¹⁷ *Ayres/Braithwaite*, Responsive Regulation, Transcending the Deregulation Debate, 1992.

¹⁸ <https://fcpa.stanford.edu> (29.9.2023).

¹⁹ Siehe dazu *Machado/Prado*, Revista de Direito Público da Economia 10 (38/2012), 217.

Wie bereits erwähnt, bieten die Legislativvorschläge jedoch nichts Neues in Bezug auf das Sanktionssystem, das von unbedeutenden Geldstrafen bis zum Verlust von Umweltlizenzen reicht. Selbst die Bußgelder werden nicht richtig angewandt – so wurden Unternehmen beispielsweise dazu verurteilt, ein paar Bäume zu pflanzen, und sogar zu der zweifelhaften Lösung genötigt, Umweltrechtskongresse zu finanzieren. Seit 2013 ist das Thema nie wieder vor dem Obersten Gerichtshof behandelt worden.

Was die verwaltungsrechtlichen Sanktionen betrifft, so hat Brasilien in jüngster Zeit eine Reihe von Vereinbarungen getroffen, die nicht nur die Reue, sondern die Kronzeugenregelungen betreffen. Man kann durchaus behaupten, dass es eine starke Tendenz gibt, das System der Gerichts- und Verwaltungsverfahren in ein echtes System von Vereinbarungen umzuwandeln (siehe im Einzelnen unten).

V. Faktoren, die zur Einführung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit juristischer Personen geführt haben

Obwohl der brasilianische Markt der Dreh- und Angelpunkt eines der repräsentativsten Unternehmensskandale der jüngeren Geschichte war, ist keine größere Aktivität auf Seiten der Strafverfolgung oder des Gesetzgebers in Bezug auf die strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen zu beobachten. In einigen Gesetzgebungsdebatten (z.B. im Gesetzentwurf von Senator Pedro Taques) wurde versucht, das Modell der Eigenverantwortung in das brasilianische Strafrechtssystem zu integrieren, ohne jedoch gleichzeitig eine Erneuerung des Sanktionssystems vorzuschlagen. Diese Situation spiegelt die mangelnde Kohärenz der brasilianischen Strafrechtspolitik im Bereich der Unternehmenskriminalität deutlich wider.

Was den möglichen Einfluss von Odebrecht betrifft, so ist das Resümee ernüchternd. Von den 178 Personen, die im Fall Odebrecht verurteilt wurden, haben etwa 85 % ihr Vermögen behalten. Man mag hier konstatieren, dass private Interessen überwogen und das öffentliche Interesse zur reinen Rhetorik verkommen ist. Odebrecht heißt nun Novonor und auch ein Reputationsschaden scheint so abgewendet zu sein.

Leider ist festzustellen, dass die Durchschlagkraft der US-Vollzugsbehörden wohl wichtiger ist als die Kohärenz der nationalen Praktiken. Petrobras hat mit dem DOJ und der SEC einen Vergleich in Höhe von 1,1 Milliarden Dollar geschlossen. Ein Unternehmen mit mehrheitlich öffentlichem Aktienkapital hat Millionen von Dollar in ausländische schwarze Kassen gesteckt. Bei den Umwelttragödien ist es dasselbe. Brasilien hat viel verloren, weil die innerstaatlichen Gesetze so labil und uneinheitlich sind, dass sie angesichts der extraterritorialen Reichweite des FCPA zumindest einen Wettbewerbsnachteil darstellen.

VI. Drei aktuelle Fälle: Vale, Carrefour und VW

Es gibt drei aktuelle Fälle, in denen die die Einführung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von juristischen Personen in Brasilien eine Rolle spielt.

1. Der Fall des Bergwerkskonzerns Vale betrifft eine große sozio-ökologische Tragödie, die schwere negative Aus-

wirkungen auf die brasilianische Gesellschaft hat.²⁰ Der *Verf.* hat wenig Schwierigkeiten nach einem jahrzehntelangen Bau von unsoliden Dämmen zu niedrigsten Kosten entweder Fahrlässigkeit oder sogar Gleichgültigkeit anzunehmen, man mag sogar von *dolus eventualis* sprechen. Es kam dabei jeweils zu Vereinbarungen. Diese wurden jedoch unterzeichnet, ohne die Verantwortung des Unternehmens oder seiner Leitung anzuerkennen. Die Vereinbarungen unterteilen die Sanierung in eine Umwelt- und eine Sozialpolitik. Im Umweltbereich scheinen die Umweltsanierungsprogramme recht überzeugend zu sein, aber die fehlende Abgrenzung der Schäden führt dazu, dass die Sozialpolitik sehr leicht verzerrt wird. Es gibt noch viel Spielraum für die Entwicklung innovativer Lösungen, einschließlich restaurativer Praktiken, die darauf abzielen, Mechanismen in die Unternehmenspolitik zu implementieren, die es ermöglichen, die Rechenschaftspflicht von Unternehmen auf der Grundlage der Anerkennung von Verantwortung (über die rechtliche Haftung hinaus) zu stärken, um die Forderungen der Opfer zu erfüllen. Aus den gesetzgeberischen Bemühungen aus Lateinamerika lassen sich auch Lehren für die deutsche Kodifizierung ziehen: Die Wiedergutmachung des Schadens durch das Unternehmen muss gesetzlich fixiert werden. Dies sollte nicht nur als Ausgangspunkt für jede Vereinbarung festgesetzt werden, sondern auch als rechtliche Voraussetzung, die den Opfern von sozialschädlichem Unternehmensverhalten den ihnen zustehenden Raum garantiert. Erst vor kurzem hat die Generalstaatsanwaltschaft Klage gegen das Unternehmen Vale erhoben, allerdings im Rahmen des nationalen Rechtssystems, das sich auf Straftaten gegen die Umwelt, die Fauna und Flora, die Stadtplanung, das kulturelle Erbe sowie die Umweltverwaltung beschränkt. Die juristische Antwort dauert, ist uneinheitlich und verbreitet ein Gefühl der Ungerechtigkeit, das Zweifel an der Legitimität des Justizsystems aufkommen lässt.

2. Was die von der Carrefour-Gruppe unterzeichnete Vereinbarung betrifft, so wurde ein schwarzer brasilianischer Staatsbürger auf dem Gelände des Carrefour-Supermarktes in Brasilien von zwei weißen Sicherheitskräften zu Tode geprügelt.²¹ Es wurde eine Vereinbarung mit der Staatsanwaltschaft unterzeichnet, ohne jedoch die Verantwortung des Unternehmens für rassistische Praktiken oder andere Menschenrechtsverletzungen anzuerkennen.

3. Der deutsche Volkswagen-Konzern wiederum unterzeichnete ein Abkommen mit der brasilianischen Staatsan-

²⁰ Für die deutschen Leser z.B. Spiegel Wirtschaft v. 22.1.2022, abrufbar unter <https://www.spiegel.de/wirtschaft/schlammlawine-von-brumadinho-vale-rechnet-mit-milliardenschweren-reparationen-a-8ea83626-8541-4328-a8cc-8364ed655ba8> (29.9.2023).

²¹ Für die deutschen Leser Spiegel Panorama v. 20.11.2020, abrufbar unter <https://www.spiegel.de/panorama/justiz/porto-alegre-in-brasilien-sicherheitsleute-sollen-schwarzen-mann-getoetet-haben-a-261146cc-e61e-49cb-9e56-cbdb72d64b61> (29.9.2023).

waltschaft, weil das Unternehmen als Gehilfin der brasilianischen Militärdiktatur fungierte (Entführung, Folter, Privatgefängnis, Finanzierung des Regimes). Bei einer Analyse dieser Vereinbarung fällt auf, dass auch sie unterzeichnet wurde, ohne dass das Unternehmen bzw. dessen Geschäftsführer die Verantwortung für die Rechtsgutsverletzung anerkennen.²²

Die Gemeinsamkeit zwischen den letzten beiden Fällen besteht folglich in der fehlenden Anerkennung der Verantwortlichkeit. Aus rechtstheoretischer Sicht ermöglicht eine Vereinbarung, die keine Verantwortung anerkennt, keine Identifizierung von sozialschädlichem Verhalten. Ohne die Überprüfung und vor allem Anerkennung des tatsächlich verursachten Schadens ist es weder möglich, die Opfer zu identifizieren, noch die vielfältigen Prozesse der Viktimisierung zu erkennen. Es fehlt aber an einer Legimitation für eine strafrechtliche Verantwortlichkeit, wenn das Opfer bei dem Zuschreibungsprozess der Verantwortlichkeit keine Rolle spielt.

Interessanterweise hat Brasilien in der gleichen Woche, in der das VW-Abkommen unterzeichnet wurde, zum ersten Mal die Bedeutung seiner „Nichtverfolgungsabkommen“ (ANPP) definiert.²³ Das Verfassungsgericht vertritt die Auffassung, dass die Angeklagten in einem anderen Verfahren aufgrund der Menge und der Vielfalt von Drogen nicht in den Genuss des Abkommens kommen sollten.²⁴ Dieser Fall sei an dieser Stelle erwähnt, um zu betonen, dass Brasilien einer politisch-kriminellen Ausrichtung folgt, die noch stark in der althergebrachten Ideologie des Kampfes gegen den Drogenhandel verhaftet ist und es auch deshalb an einer größeren Kreativität bei der Verfolgung anderen sozialschädlichen Verhaltens fehlt.

VII. Relevanz der Programme zur Einhaltung der Vorschriften und verfahrenstechnische Aspekte

Im brasilianischen Rechtssystem wird die Relevanz der Programme in Art. 7 VIII des Anti-Korruptionsgesetzes (Gesetz Nr. 12.846/2013) festgelegt, wo es heißt, dass „das Vorhandensein interner Mechanismen und Verfahren für Integrität, Audits und Anreize für Whistleblowing sowie die wirksame Anwendung von Ethik- und Verhaltenskodizes innerhalb der juristischen Person [...] bei der Anwendung von Sanktionen berücksichtigt werden“. Der Begriff „Vorhandensein“ und die höchst subjektive Auslegung dessen, was und wie es „berücksichtigt“ wird, lassen die Frage nach dem Nutzen von Compliance-Programmen für das Sanktionssystem offen. Unklar ist auch, was unter einer „kollaborativen Haltung“ des Individuums oder des Unternehmens zu verstehen ist, was

²² Für die Vereinbarung mit der Ministério Público do Estado de São Paulo, Ministério Público do Trabalho und Ministério Público Federal siehe unter https://mpsp.mp.br/documents/portlet_file_entry/20122/2666877.pdf/b5476e29-7fa4-3ec2-30f7-8a6e4a9fdb36 (29.9.2023).

²³ Siehe dazu *Frimino*, ANPP e Corrupção, 2021, S. 92.

²⁴ Siehe dazu *Vasconcellos*, Colaboração premiada no processo penal, 2018, S. 202; *Rodríguez*, Delação Premiada, Limites Éticos ao Estado, 2018, S. 72.

Zweifel an der Interpretation des sog. kollaborativen Verhaltens des brasilianischen Obersten Gerichtshof begründet.²⁵ Die Wahrheit ist, dass weder die Zusammenarbeit noch andere durchgeführte Kontrollen – wie interne Untersuchungen – den Richter bei der Auslegung der mildernden Umstände objektiv binden.

Zwei Jahre später wurde mit dem Bundesbeschluss Nr. 8.420/2015 in Art. 41 ein Konzept der Compliance konsolidiert, das unter anderem den Begriff „Integritätsprogramm“ enthielt:

„Es besteht im Rahmen einer juristischen Person aus einer Reihe von Mechanismen und internen Verfahren der Integrität, der Prüfung und des Anreizes zum Whistleblowing und der wirksamen Umsetzung von Ethik- und Verhaltenskodizes, Politiken und Leitlinien mit dem Ziel, Abweichungen, Betrug, Unregelmäßigkeiten und illegale Handlungen zu Lasten der öffentlichen Verwaltung im In- und Ausland aufzudecken und zu sanktionieren.“ (Übersetzung)²⁶

Und um das durch das Gesetz von 2013 entstandene Vakuum zu überwinden, schlug der Bundesbeschluss Nr. 8.420/2015 16 Parameter vor, um die „Wirksamkeit“ eines Programms zu gewährleisten: 1. Verpflichtung zu einer ethischen Unternehmensführung; 2. Kodizes, Richtlinien und Verfahren, die für alle Mitarbeiter und Führungskräfte des Unternehmens gelten; 3. dass die Kodizes gegebenenfalls auch für Dritte gelten; 4. regelmäßige Schulungen; 5. regelmäßige Risikoanalysen; 6. steuerliche Dokumentation; 7. interne Kontrollen, die gegebenenfalls eine Berichterstattung ermöglichen; 8. spezifische Verfahren für Verträge mit dem öffentlichen Sektor, sofern zutreffend; 9. funktionale Unabhängigkeit der für das Programm verantwortlichen Person; 10. Kommunikationskanäle; 11. Disziplinarmaßnahmen; 12. Verfahren, die eine wirksame Unterbrechung aufgedeckter Unregelmäßigkeiten oder Verstöße gewährleisten, zusammen mit unternehmensinternen Sanktionen; 13. vertragliche Sorgfaltspflicht; 14. Untersuchung und Sorgfaltspflicht bei Unternehmensumstrukturierungen; 15. Überwachung; 16. Transparenz der juristischen Person in Bezug auf die Finanzierung von Kampagnen. Dabei hat der letzte Punkt aufgrund der Entscheidung ADI 4650²⁷ (Verfassungswidrigkeitsklage), die die Teilnahme von Unternehmen an Wahlen untersagt, ihre

²⁵ STF PET 7003/DF-2017, abrufbar unter <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/631894525> (29.9.2023).

²⁶ Eine englische Version findet sich unter <https://www.global-regulation.com/translation/brazil/2896762/decreo-no.-8%252c420%252c-of-march-18%252c-2015.html> (29.9.2023).

²⁷ Anm. der Übersetzerin: ADI nach seinen Buchstaben im brasilianischen Ação Direta de Inconstitucionalidade, zu finden in der Originalsprache unter <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/864003307> (29.9.2023).

Wirksamkeit verloren. Ohne die Qualität der Sanktionen zu verbessern, liegt der Schwerpunkt nach wie vor auf Geldstrafen und der „außerordentlichen Veröffentlichung von Verwaltungsanktionsentscheidungen“, da man davon ausgeht, dass Geldstrafen und öffentliche Bekanntmachungen eine nur sehr begrenzte abschreckende Wirkung haben.

In jüngster Zeit wurde durch das Ausschreibungsgesetz (Gesetz Nr. 14.133/2021)²⁸ eine Reihe von Änderungen vorgenommen, welche sich auch auf die Implementierung von Compliance-Programmen beziehen. Dabei sieht das Gesetz die Möglichkeit vor, die Verantwortlichkeit – mit oder ohne Begründung – abzuschwächen.²⁹ Bereits an anderer Stelle³⁰ hat der *Verf.* die vier Änderungen, die durch das neue Gesetz in Bezug auf die Compliance-Anforderungen im Bereich der Ausschreibungen eingeführt wurden, kritisch analysiert: 1. Der obligatorische Charakter eines Compliance-Programms für die Teilnahme an öffentlichen Ausschreibungen (Art. 25 Abs. 4) wirft die Frage auf, ob es im Einzelfall auch zu einer Übererfüllung von Pflichten kommen kann. Hier ist insbesondere der Gesichtspunkt der sparsamen Verwendung von öffentlichem Mitteln zu erwähnen, der dieser strikten Verpflichtung entgegenstehen könnte; 2. Im Falle von zwei gleich geeigneten Bewerbern – einem mit und einem ohne Compliance-System (Art. 60 III) – ist unsicher, welchem der Zuschlag zu geben ist, zumal Kriterien wie Gleichbehandlung der Geschlechter und die Einführung eines Ethik-Programms sehr weich sind; 3. Es fehlt an Klarheit über die Zweckmäßigkeit des Sanktionssystems (Art. 156 Abs. 1); 4. Die nachträgliche Einführung eines Compliance-Systems, das als Rehabilitation verstanden wird, lässt zweifeln, ob so wichtige Gesichtspunkte wie Schadenswiedergutmachung eingehalten wurden und ob die Einführung eines Compliance-Programms in diesem konkreten Unternehmen die richtige Maßnahme ist.

Erst kürzlich, fast zehn Jahre später, wurde mit der Veröffentlichung des neuen Bundesbeschlusses Nr. 11.129/2022 kaum mehr als eine Konsolidierung der bestehenden Vorschriften vorgenommen und es wurden die technischen Aspekte der Verwaltungsverfahren verbessert. Der neue Erlass von 2022 greift nicht nur einige der Empfehlungen der Memoranden des DOJ auf (ausreichende Mittelzuweisung und die Notwendigkeit einer Bewertung der Compliance-Programme), sondern sieht auch die Möglichkeit vor, Kronzeugenvereinbarungen zu überprüfen (Art. 53 und 54).

VIII. Verfahrensrechtliche Aspekte: Die Reduktion der Strafjustiz auf ein System von Absprachen

Unter dem entscheidenden Einfluss der Erfahrungen mit den Durchsetzungsstrategien der US-Behörden (Department of

Justice und Security Exchange Commission), insbesondere bei der Anwendung des FCPA, haben die Aufsichts- und Regulierungsbehörden in Brasilien eine enorme Anzahl von Vereinbarungen sowohl im Rahmen der Reue (*delação premiada*) als auch von Kronzeugenvereinbarungen (*leniency*) gefördert. Auf der Grundlage der allgemeinen Formel des „Kollateralschadens“ üben die NPAs und DPAs des US-amerikanischen Modells auch in diesem Sinne enormen Einfluss auf die brasilianische Strafverfolgung aus. Durch den Rückgriff auf die Wiedergutmachung von Schäden ist im brasilianischen Justizsystem eine wahre Welle von Vergleichen mit Unternehmen im Gange.

Wie *Brandon Garrett*³¹ bereits nach den Erfahrungen in den USA feststellte, waren die Abkommen nicht von „öffentlichen Interessen“ geleitet. Im Gegenteil, sie wurden von den Unternehmen schnell als Strategie zur Wahrung privater Interessen wahrgenommen. Die Staatsanwaltschaft übt dabei oftmals nicht mehr ihre eigentliche Rolle als anklagende Behörde aus, sondern fungiert als interner Ermittler ohne das Ziel, letztlich Anklage zu erheben.

Die schlimmste Folge ist dabei, dass das Strafrechtssystem auf ein Vergleichssystem reduziert wird. Vergleiche haben zwar viele positive Aspekte, weil sie in der Regel dynamisch sind und weder von der Geschwindigkeit des Prozesses noch von den Beschränkungen der Ausbildung des Richters abhängen. Sie ermöglichen eine größere Varianz bei der Konstruktion der Verantwortlichkeit und eröffnen Raum für mehr Kreativität bei der angemessenen Betreuung der Opfer. Problematisch ist aber die in Brasilien fehlende Formstrenge des Vergleichs.

Dabei ist oft unbekannt, auf welchen tatsächlichen Grundlagen die Vereinbarung beruht, insbesondere weil dem Schaden des Opfers dabei kaum Aufmerksamkeit geschenkt wird. Das mag in Korruptionsfällen sogar noch vergleichsweise leicht festzustellen sein. Eine Umweltstraftat wiederum kann einen Schaden verursachen, der weit über das greifbare Maß hinausgeht. Der allgemeine Gedanke des öffentlichen Interesses und der Wiedergutmachung von Schäden verkommt oftmals zur reinen Rhetorik.

Eine große Resonanz finden in Brasilien die ursprünglich von *William Laufer* formulierten Kritikpunkte an der sozialen Kontrolle von sozial schädlichem Unternehmensverhalten. Der Mangel an Objektivität spiegele die Probleme bei der Zusammenarbeit zwischen Privatpersonen/Unternehmen und dem Staat wider.³² Es ist nicht genau bekannt, welchen Einfluss der Einsatz von Compliance-Ressourcen auf die Sanktionen hat und es gibt auch noch wenig Wissen darüber, wie gegen ein Unternehmen ermittelt werden kann, ohne es wirtschaftlich zu destabilisieren und die Fortführung rechtmäßiger und legitimer Geschäfte für die Beteiligten unrentabel zu machen. Auch die Schadenswiedergutmachung hat keinen für das Unternehmen vorhersehbaren Einfluss auf die Sanktionshöhe.

In den fast 35 Jahren der Diskussion über die strafrechtliche Verantwortlichkeit der juristischen Person und diverser

²⁸ Anm. der Übersetzerin: Für die deutschen Leser ist eine Einführung zu finden unter

<https://www.gtai.de/de/trade/brasilien/recht/neues-brasilianisches-gesetz-zum-oeffentlichen-auftragswesen-635848> (29.9.2023).

²⁹ Siehe *Saad-Diniz*, *Ética en los negocios y compliance*, 2020, S. 132.

³⁰ *Saad-Diniz* (Fn. 27), S. 97.

³¹ *Garrett*, *Too big to jail*, 2016, S. 3.

³² *Laufer*, *Corporate bodies and guilty minds*, 2006, S. 11.

Regelungen verbleiben die Konturen und vor allem die konkrete Anwendung sehr uneinheitlich. Es fehlt an Rechtssicherheit und nationalen Vorgaben. Daran scheint aber auch vielfach kein Interesse zu bestehen, weil die brasilianische Rechtspraxis und -wissenschaft sich mehr mit den Praktiken der US-Vollzugsbehörden als mit der Kohärenz des nationalen Systems auseinandersetzt. Dieses mangelnde Verständnis für die Rolle strafrechtlicher Sanktionen bei der nationalen Kontrolle von Unternehmen ist eines der Haupthindernisse für effektivere Compliance-Programme in Brasilien.