

VORTRAGSREIHE

Donnerstag, 24. Januar 2019 / 19:00 Uhr

Privatautonomie oder Selbstjustiz? – Interne Ermittlungen wegen Compliance-Verstößen

Referent:

Dr. Mark Zimmer

(Gibson, Dunn & Crutcher LLP)

Privatautonomie oder Selbstjustiz?

– Interne Ermittlungen bei Compliance-Verstößen –

ZAAR, 24. Januar 2019, Dr. Mark Zimmer, RA/FAArbR

1. Herkunft der unternehmensinternen Ermittlungen

- Der FCPA als Geschäftsmodell
- Internationale Wirkung

2. Gründe und Anlässe für interne Ermittlungen

- Wichtigste Compliance-Risiken
- Ablauf interner Ermittlungen

3. Mitwirkungspflicht der Arbeitnehmer

- Interessenabwägung
- Selbstbelastungsschutz im Arbeitsverhältnis?

4. Email-Screenings

- Rechtliche Grenzen
- Arbeitgeber als TK-Dienstleister?

5. Rolle des Betriebsrats

- Beteiligungsrechte bei internen Ermittlungen
- Anwesenheit bei Vernehmungen?
- Kein Zeugnisverweigerungsrecht

6. Selbstanzeige bei Behörden?

- Rechtliche und taktische Fragen
- Ermessen der Organe
- Fallstudie zu Alternativen

Anlagen:

- Interne Ermittlungen, BWV 2017, 32
- Beteiligungsrechte des Betriebsrats bei unternehmensinternen Ermittlungen, BB 2011, 1853
- Selbstanzeige von Compliance-Verstößen, CCZ 2019, 21

Unternehmensinterne Ermittlungen

Selbstjustiz oder angemessenes Risikomanagement?

Rechtsanwalt Dr. Mark Zimmer, München*

A. Einleitung

Seit etwa zehn Jahren mehren sich auch in Deutschland unternehmensinterne Ermittlungen wegen Wirtschaftskriminalität. Im Vordergrund stehen solche Delikte, durch die sich Unternehmen einen Wettbewerbsvorteil gegenüber Konkurrenten verschaffen, wie etwa Korruption,¹ Kartelle² oder Umweltverstöße.³ Diese Delikte sind deshalb so riskant für die Wirtschaft, weil sie neben der Sanktion für den handelnden Mitarbeiter auch mit einer – oft weit höheren⁴ – Geldbuße für das Unternehmen einhergehen können. Deshalb hat »Compliance« in den letzten Jahren enorm an Bedeutung gewonnen.

Das Unternehmen hat somit ein vitales Interesse daran, Verdachtsmomente auf Regelverstöße zunächst in Eigenregie zu verfolgen, um die Sache nicht unnötig publik werden zu lassen und damit Reputation wie Unternehmensvermögen zu schützen. Der folgende Beitrag beschreibt Gründe, Anlässe, Ablauf und rechtliche Implikationen solcher unternehmensinternen Ermittlungen und geht dabei auch auf Parallelen und Unterschiede zu disziplinarischen Ermittlungen bei der Bundeswehr ein.

B. Gründe und Anlässe für interne Ermittlungen

In der Privatwirtschaft haben in den letzten zehn Jahren interne Ermittlungen wegen Delikten zugenommen, derentwegen das Unternehmen selbst einer Verbandsgeldbuße ausgesetzt werden kann. Hierzu gehören vor allem Korruption, Kartelle, sonstige Wettbewerbsverstöße, Geldwäsche, Exportkontrolle, Steuerhinterziehung, Bilanzmanipulation, Datenschutz, Umweltdelikte, Scheinselbstständigkeit und Arbeitsschutz. Verstöße gegen die hierfür geltenden Regeln können zu empfindlichen und teilweise existenzbedrohenden Geldbußen für die Unternehmen führen.⁵

Die Anlässe für interne Ermittlungen sind unterschiedlich. In Betracht kommen Hinweise durch Mitarbeiter, Kunden oder Wettbewerber, die oft auch anonym erfolgen und in diesem Fall eine besonders sorgfältige Behandlung erfordern. Was anonyme Meldewege betrifft, so gibt es große kulturelle Unterschiede auf der Welt. In den USA ist ein anonymes Hinweisgebersystem für börsennotierte Unternehmen gesetzlich⁶ vorgeschrieben. Die Möglichkeit einer auch für anonyme Hinweise geöffneten »Hotline« hat sich auch in vielen anderen (v.a. multinationalen) Unternehmen durchgesetzt, auch soweit sie nicht rechtlich vorgeschrieben ist. Der Gedanke dahinter ist altbekannt: Man liebt den Verrat, aber nicht den Verräter.⁷ Deshalb werden diejenigen, die auf Missstände in einer Organisation hinweisen, oft aus dieser Organisation ausgeschlossen (durch Meidung, Schmähung oder Kündigung), auch wenn ihre Hinweise berechtigt sind.⁸

Bei der Bundeswehr ist ein anonymes Hinweisgebersystem (bisher) nicht vorgesehen. Weder die Wehrbeschwerdeordnung noch das Soldatenbeteiligungsgesetz sehen eine anonyme Beschwerde vor, und in § 8 des Wehrbeauftragtengesetzes heißt es sogar ausdrücklich: »Anonyme Eingaben werden nicht bearbeitet.«⁹

Neben anonymen Hinweisen (v.a. durch Mitarbeiter) kommen in der Praxis Hinweise für interne Ermittlungen ferner von Zulieferern, Kunden, der Innenrevision (»Internal Audit«), Wirtschaftsprüfern oder Behörden (etwa Staatsanwaltschaft, Finanzamt, Kartellbehörden oder Finanzaufsicht). Als eine Art personalisierte Hotline hat sich die Beauftragung externer Ombudsleute etabliert.¹⁰ Deren Vorteil gegenüber einer normalen anonymen Hotline ist vor allem, dass sie Rückfragen des Unternehmens an den Hinweisgeber ermöglichen.¹¹ Sofern der Ombudsmann als Rechtsanwalt zugelassen ist, steht ihm im Straf- oder Zivilprozess ein Zeugnisverweigerungsrecht zu.¹² Allerdings droht ihm nach jüngerer Instanzrechtsprechung die Beschlagnahme der Unterlagen (dazu unten J.).

C. Warum gerade interne Ermittlungen?

Warum in derartigen Fällen das Unternehmen zu internen Ermittlungen greift und nicht den Behörden das Feld überlässt, hat verschiedene Gründe: Zum einen fehlt es in den Strafverfolgungsbehörden oft an Personal, insbesondere mit dem für eine Aufarbeitung derartiger Delikte notwendigen wirtschaftlichen Sachverstand. Ferner sind Unternehmen in ihren Ermittlungen in der Regel erheblich schneller als Behörden, schon aus Eigeninteresse und können dabei den Umgang mit den Mitarbeitern selbst steuern. Zudem lässt sich eine Rufschädigung – und eine mögliche Haftung – des Unternehmens durch interne Ermittlungen besser vermeiden. Schließlich bleibt ein weiterer, oft millionenschwerer Vorteil: Finden sich etwa bei internen Ermittlungen zu einem Korruptionsverdacht zusätzlich Indizien für ein Kartell, so kann das Unternehmen diese nutzen, um einen Kronzeugen-

* Der Verfasser ist Partner der internationalen Sozietät Gibson, Dunn & Crutcher LLP. Der Fachanwalt für Arbeitsrecht und Reserveoffizier (Oberstleutnant d.R.) ist auf unternehmensinterne Ermittlungen zur Aufklärung von Compliance-Verstößen, wie Korruption, Kartelle oder Umweltverstöße spezialisiert.

1 Hier geht es in privatwirtschaftlichen Unternehmen vor allem um sog. aktive Korruption, also Schmiergelder zur Erlangung oder Sicherung geschäftlicher Aktivitäten. – Zu der Erweiterung der Strafbarkeit im Ausland – auch von Bundeswehrbediensteten – durch die jüngere Gesetzgebung vgl. Zimmer, BWV 2016, 203.

2 Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen bergen die größten Haftungsrisiken für Unternehmen.

3 Hierunter fallen auch die derzeit als »Dieselgate« bezeichneten Probleme der Autohersteller im Zusammenhang mit Abgas-Emissionsgrenzwerten.

4 Ohne Obergrenze; § 17 Abs. 4 OWiG.

5 Vgl. §§ 30, 130 OWiG, insb. i.V.m. § 17 Abs. 4 OWiG, der auch eine Geldbuße in unbegrenzter Höhe zulässt. So kam es bereits mehrfach zu Geldbußen in dreistelliger Millionenhöhe für deutsche Unternehmen.

6 Section 301 Sarbanes-Oxley Act.

7 Zum soziobiologischen Hintergrund dieses Phänomens: Deiseroth/Derleder, ZRP 2008, 248.

8 Zimmer/Seebacher, Corporate Compliance Zeitschrift 2013, 31.

9 Gleichwohl prüft der Wehrbeauftragte regelmäßig auch bei einer anonymen Eingabe, ob – etwa wegen der Schwere und/oder Plausibilität der Vorwürfe – Anlass für eigene Ermittlungen besteht.

10 Sie ähneln in ihrer Funktion dem Wehrbeauftragten.

11 Es gibt allerdings auch IT-basierte Lösungen, die Rückfragen auf anonymer Basis ermöglichen, wie etwa »Business Keeper« oder »Integrity Line«.

12 Vgl. §§ 53 StPO, 384 ZPO.

antrag bei der Kartellbehörde¹³ zu stellen und damit Strafbefreiung oder zumindest -kürzung zu erreichen. Dieser Umstand hat einem deutschen Unternehmen in einem europäischen Kartellfall eine drei- bis vierstellige Millionenbuße erspart.

D. Ablauf interner Ermittlungen

Erhält die Geschäftsleitung Hinweise auf einen Regelverstoß, so wird eine interne Ermittlungsgruppe gebildet. Sie besteht oft aus Vertretern der Abteilungen Recht, Compliance (so weit vorhanden), Innenrevision, Finanzen und ggf. der betreffenden Fachabteilung. Unter Umständen werden Dritte, wie etwa spezialisierte WP-Gesellschaften und Rechtsanwälte, beauftragt. Sodann werden in der Regel Datenbestände eingefroren, gespeichert, nach Suchworten gefiltert und ausgewertet. Hierbei, insbesondere bei der Sichtung (»Screening«) von Emails, sind die datenschutzrechtlichen Bestimmungen zu beachten.¹⁴

E. Mitwirkungspflichten der Arbeitnehmer

Bei internen Ermittlungen haben Arbeitnehmer grundsätzlich mitzuwirken, auch wenn dies nicht in ihrem Arbeitsvertrag geregelt ist. Dabei besteht eine abgestufte Auskunftspflicht: Über Fragen zu ihrem eigenen Aufgabenbereich müssen sie vollständig und wahrheitsgemäß aussagen. Im Übrigen – also außerhalb ihres eigenen Aufgabenbereichs – entscheidet eine Interessenabwägung. Abzuwägen ist das berechnete, schutzwürdige Interesse des Arbeitgebers an der Aufklärung gegen das Interesse des Arbeitnehmers, durch die Aussage nicht unangemessen belastet zu werden. Um es an einem Beispiel zu verdeutlichen: Arbeitnehmer X muss nicht aussagen, dass er gesehen hat, wie sein Kollege Y den Bürolocher entwendet hat. Wohl aber muss Arbeitnehmer X wahrheitsgemäß antworten, wenn er bezeugen kann, dass sein Kollege Y die Bilanzen des Unternehmens maßgeblich gefälscht, ein Kartell abgesprochen oder einen Mittler bestochen hat, um einen Auftrag zu erlangen. In den letzten drei genannten Fällen, um die es bei internen Ermittlungen in aller Regel geht, hat das Unternehmen wegen der mit dem Fall einhergehenden existenziellen Bedrohung für das Unternehmen ein vitales Interesse an der Aufklärung.

Ferner besteht eine erhöhte Mitwirkungspflicht für Führungskräfte; die Aussagepflicht wächst also mit der Besoldung. Ehemalige Mitarbeiter sind hingegen nur noch in Ausnahmefällen auskunftspflichtig, nämlich dann, wenn die Antwort von überragender Bedeutung für das Unternehmen ist und nicht anderweitig bezogen werden kann.

F. Selbstbelastungsschutz

Juristisch besonders spannend ist die Frage, ob ein Mitarbeiter die Beantwortung einer Frage verweigern darf, wenn er dadurch seine eigene Strafbarkeit offenbaren, sich also selbst belasten würde. Dies kann für den Mitarbeiter unangenehme Folgen haben. Wenn nämlich gegen ihn später ein Straf- oder Zivilverfahren geführt wird, könnte der ihn vernehmende interne (Unternehmens-) Ermittler seinerseits von den Strafverfolgungsbehörden als Zeuge vom Hörensagen vernommen werden. Auf diese Weise würden Tatsachen in das gerichtliche Verfahren eingeführt und verwertbar, zu deren Offenbarung der Mitarbeiter im Verhältnis zu staatlichen Stellen nicht verpflichtet gewesen wäre. Im Strafverfahren stünde dem Mitarbeiter nämlich sowohl als Beschuldigter¹⁵ wie auch als

Zeuge¹⁶ ein Aussageverweigerungsrecht hinsichtlich selbstbelastender Tatsachen zu. Dasselbe gilt im Zivilprozess.¹⁷

Unternehmensinterne Ermittlungen bergen somit das Risiko, dass Informationen in einem gerichtlichen Straf- oder Zivilverfahren verwendet werden können, auf die die Strafverfolgungsbehörden gegenüber der jeweiligen Auskunftsperson keinen Zugriff hätten. Strafprozessuale Auskunftsverweigerungsrechte können dadurch faktisch ausgehöhlt werden.

Aus diesem Grund gehen einige Stimmen in der Literatur davon aus, dass der befragte Mitarbeiter solche Tatsachen nicht preisgeben muss, die eigenes strafbares Handeln belegen.¹⁸ Einige dieser Stimmen fordern sogar, dass der Mitarbeiter von dem privaten Ermittler über eine derartige Selbstbelastungsfreiheit vor dem Gespräch (»Interview«) belehrt werden muss.¹⁹ Nach anderer Auffassung muss der Mitarbeiter hingegen Fragen seines Arbeitgebers umfassend beantworten, auch wenn er damit eigenes strafbares Verhalten offenbart.²⁰ Auch die hierzu ersichtliche Rechtsprechung verneint ein Auskunftsverweigerungsrecht des Arbeitnehmers wegen möglicher Selbstbelastung.²¹

So reizvoll diese Frage ist, bleibt sie doch letztlich von eher akademischem Interesse: In der Praxis tendieren die befragten Mitarbeiter nämlich in solchen Situationen zu hartnäckigen »Erinnerungslücken«. Dem Arbeitgeber hilft die oben zitierte Rechtsprechung bei internen Ermittlungen wenig, denn bis zu einem obsiegenden Urteil auf Auskunftserteilung wird die vom Arbeitnehmer erbetene Auskunft für die unternehmensinternen Ermittlungen nicht mehr von Bedeutung sein.

Für Bundeswehrsoldaten ist dies – teilweise – in § 32 Abs. 4 Satz 3 und 4 WDO geregelt. Danach steht es dem Soldaten frei, sich zur Sache zu äußern oder nicht. Sagt er aus, muss er jedoch in dienstlichen Angelegenheiten die Wahrheit sagen. Für das oben angesprochene Dilemma ist in der Literatur²² eine Lösung analog zum sog. Gemeinschuldnerbeschluss des Bundesverfassungsgerichts²³ vorgeschlagen worden: Der Soldat müsse, soweit eine dienstliche Meldung erforderlich sei, diese wahrheitsgemäß erbringen, auch wenn damit eine strafrechtliche Selbstbeachtung verbunden sei. Ob diese Information jedoch in einem späteren Disziplinar- oder Strafverfahren verwendet werden könne, dürfe der Soldat selbst entscheiden.²⁴

G. Zeugenbeistand

Grundsätzlich hat ein Mitarbeiter bei einer Befragung durch seinen Arbeitgeber keinen Anspruch auf einen Zeu-

13 Bundeskartellamt oder EU-Kommission, je nach Größe des Unternehmens.

14 In Betracht kommt insb. § 32 BDSG; daneben kann jedoch auch § 28 BDSG anwendbar sein.

15 Vgl. § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO.

16 Vgl. § 55 StPO.

17 Vgl. § 384 Nr. 2 ZPO.

18 Vgl. Leipold, NJW-Spezial 2011, 56 f.; Wastl/Litzka/Pusch, NStZ 2009, 68 ff.

19 Vgl. Lützel/Müller-Sartori, Corporate Compliance Zeitschrift 2011, 19 ff.

20 Vgl. nur Wisskirchen/Glaser, DB 2011, 1392 ff. und 1447 ff.; Fritz/Nolden, Corporate Compliance Zeitschrift 2010, 170.

21 Vgl. LAG Hamm v. 03.03.2009 – 14 Sa 1689/08; ArbG Saarlouis v. 19.10.1983 – 1 Ca 493/83.

22 Poretschkin, DRiZ 2009, 288.

23 BVerfG v. 13.01.1981 – 1 BvR 116/77, NJW 1981, 1431.

24 Für das Insolvenzverfahren hat der Gesetzgeber diese Lösung in § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO kodifiziert.

genbeistand. Eine Ausnahme hiervon soll gelten, wenn der Arbeitgeber die Befragung seinerseits durch (externe) Anwälte durchführen lässt.²⁵ In diesem Fall gebietet es die Waffengleichheit, dass der Mitarbeiter selbst durch einen Rechtsanwalt vertreten sein kann. Hier besteht eine Parallele zum Wehrdisziplinarverfahren, in dem eine Vertretung des Soldaten nur im gerichtlichen Disziplinarverfahren vorgesehen ist.²⁶

Ein Recht auf Anwesenheit eines Betriebsratsmitglieds bei den Mitarbeiter-Interviews zur Aufklärung von Compliance-Verstößen scheidet in aller Regel aus.²⁷ Ebensovienig hat ein Betriebsrat das Recht, bei Mitarbeiter-Interviews anwesend zu sein. Er könnte sich auch einen Bären dienst leisten, denn über den Inhalt solcher Compliance-Interviews muss er im Falle eines gerichtlichen Verfahrens vollständig und wahrheitsgemäß Auskunft geben, denn Betriebsräte haben auf Grund ihrer Stellung kein Zeugnisverweigerungsrecht wie etwa Ärzte, Rechtsanwälte, Steuerberater und die Übrigen im § 53 StPO genannten Berufsstände.

Hier ist der Soldat im Disziplinarverfahren stärker geschützt, denn § 4 WDO i.V.m. §§ 27 und 28 SBG sieht eine recht detaillierte Beteiligung der Vertrauensperson vor. In einigen Großunternehmen bestehen bereits Betriebsvereinbarungen, nach denen Mitarbeitern im Falle interner Ermittlungen der Beistand durch einen Anwalt, Betriebsrat oder sogar sonstige Vertrauenspersonen zugesichert wird.

H. Betriebliche Amnestie

Bei unternehmensinternen Ermittlungen zeigt sich oft folgendes Bild: Ein »harter Kern« der Mitarbeiter verweigert die Aussage oder beruft sich auf Erinnerungslücken. Für den Arbeitgeber ist dies insoweit problematisch, als er auf die Erkenntnisse gerade dieser Mitarbeiter häufig dringend angewiesen ist, vor allem zur Demonstration seiner Kooperationsbereitschaft mit diversen Behörden (vor allem Kartellbehörden, aber auch Staatsanwaltschaft, ausländische Behörden, etc.).

Kommt es zu einer solchen festgefahrenen Situation, kann sich eine betriebliche Amnestie anbieten. Hierbei verzichtet der Arbeitgeber auf potentielle Schadenersatzansprüche und Kündigung wegen Fehlverhaltens des Mitarbeiters, wenn dieser vollständig und wahrheitsgemäß Auskunft über die erfragten Sachverhalte gibt. Solche betrieblichen Amnestien haben sich in der Praxis in großen Compliance-Verfahren bewährt. Wenngleich sie rechtlich keinen Schutz vor Strafverfolgungsmaßnahmen des Staates bieten können, zeigt die Praxis, dass die Ermittlungsbehörden die Kooperationsbereitschaft eines »Amnestiekandidaten« deutlich mildernd berücksichtigen.²⁸

Eine derartige betriebliche Amnestie bietet sich vor allem in kartellrechtlichen Kronzeugenverfahren an, wie sie sowohl national für Verfahren beim Bundeskartellamt²⁹ als auch auf europäischer Ebene bei der Europäischen Kommission³⁰ bestehen. Hier ist das Unternehmen, das einen Kronzeugenantrag bei der Behörde gestellt hat, auf die aktive Mitwirkung der am Kartell beteiligten Mitarbeiter angewiesen. Diese Mitwirkung kann durch eine betriebliche Amnestieregelung erreicht werden. Sie dient dann sowohl dem Betriebsfrieden als auch der beiderseitigen Loyalitätspflicht.

J. Schutz der Ermittlungsunterlagen vor Beschlagnahme

Wer in Deutschland interne Ermittlungen durchführt, muss damit rechnen, dass die Staatsanwaltschaft die Unterlagen beschlagnahmen möchte. Im ersten publikumswirksamen Fall gelang dies der Staatsanwaltschaft Hamburg 2010 bezüglich der von einer Rechtsanwaltskanzlei geführten Gespräche mit Führungskräften der HSH-Nordbank. In seiner die Beschlagnahme bestätigenden Entscheidung verwies das LG Hamburg³¹ darauf, der Beschlagnahmeschutz stehe nur dem Verteidiger zu, nicht dem Anwalt des Unternehmens.

Von dieser Linie rückte das LG Mannheim³² ab. Unter Hinweis auf die Änderung des § 160a StPO untersagte es die Beschlagnahme der bei den externen Anwälten des Unternehmens befindlichen Dokumente. Ähnlich urteilte das LG Braunschweig³³, das zusätzlich § 148 StPO in Bezug nahm.

Jüngst sorgte nun eine Entscheidung des LG Bochum³⁴ für Aufsehen. Hier ging es um die Notizen über die Aussagen von Hinweisgebern, die sich an die externe Ombudsperson eines Unternehmens gewandt hatten, eine Rechtsanwältin. Das Gericht gestattete die Beschlagnahme der Unterlagen ähnlich wie das LG Hamburg mit dem Argument, die Ombudsfrau vertrete nur das Unternehmen anwaltlich, nicht jedoch die Hinweisgeber. Deshalb bestehe in Bezug auf deren Aussagen kein Beschlagnahmeschutz.

K. Anzeige bei der Behörde?

Bei Compliance-Verstößen stellt sich für die Unternehmensleitung stets die Frage, ob der Sachverhalt den Behörden angezeigt werden soll oder nicht. Richtschnur für die Organe der Gesellschaft ist bei dieser Entscheidung vor allem die Wahrung der Vermögensinteressen der Gesellschaft. Zunächst stellt sich jedoch die Frage, ob die Unternehmensleitung aus rechtlichen Gründen verpflichtet ist, den Sachverhalt anzuzeigen. Dies wird nur selten der Fall sein. Ausdrückliche Anzeigepflichten gibt es – von einzelnen Fachgesetzen abgesehen – in § 138 StGB nur für (hier selten vorliegende) Kapitaldelikte und auch nur in einer Phase, in der diese noch verhindert werden können. Aus allgemeinem Strafrecht folgt somit bei typischen Compliance-Regelverstößen keine Anzeigepflicht. Insoweit unterscheidet sich die unternehmensinterne Ermittlung vom Disziplinarverfahren, für das § 33

25 Wisskirchen/Glaser, DB 2011, 1392/1447. – Allerdings ist ein derartiger Zeugenbeistand inzwischen in etlichen Unternehmen durch eine Betriebsvereinbarung geregelt (dem privatwirtschaftlichen Pendant zur Dienstvereinbarung).

26 Vgl. § 90 WDO, der nur im gerichtlichen Disziplinarverfahren gilt; vgl. BVerwG v. 21.05.2012 – 2 WD 34.10.

27 Derartige Rechte können allerdings in Betriebsvereinbarungen geregelt sein, was – v.a. in großen Unternehmen – zuweilen zu beobachten ist.

28 Eine auch im Strafprozess wirksame Amnestie Beschuldigter bietet die seit 01.09.2009 geltende Kronzeugenregelung im § 46b StGB.

29 Vgl. § 81 GWB.

30 Vgl. Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen und Kartellsachen, 2006/C 298/11, Amtsblatt der Europäischen Union v. 08.12.2006 – C 298/17.

31 LG Hamburg v. 15.10.2010 – 608 Qs 18/10, ZIP 2011, 1025, wistra 2010, 192.

32 LG Mannheim v. 03.07.2012 – 24 Qs 1/12 und 2/12, NZWiSt 2012, 424, wistra 2012, 400.

33 LG Braunschweig v. 21.07.2015 – 6 Qs 116/15, NSStZ 2016, 308.

34 LG Bochum v. 16.03.2016 – 6 Qs 1/16, NSStZ 2016, 500.

Abs. 3 WDO in bestimmten Fällen eine Abgabe an die Staatsanwaltschaft vorschreibt.

Eine faktische Anzeigepflicht kann sich aus dem Steuerrecht ergeben. Wenn sich etwa bei der internen Ermittlung herausstellt, dass bestimmte Ausgaben nicht dem tatsächlichen Zweck (z.B. wegen eines »Luftvertrags«) dienen, sondern zur Generierung schwarzer Kassen und/oder Bestechungsgeldern erfolgten, so ist die Steuererklärung unrichtig. Stellt die Unternehmensleitung dies noch vor Ablauf der Festsetzungsfrist fest, so muss der gesetzliche Vertreter der Gesellschaft (in der Praxis meist Geschäftsführer oder Vorstandsmitglied) eine berichtigte Erklärung beim Finanzamt abgeben.³⁵ Die Finanzbehörde ist dann verpflichtet, Verdachtsmomente auf Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten der Staatsanwaltschaft oder der Verwaltungsbehörde mitzuteilen.³⁶

Liegt keiner dieser rechtlichen Gründe für eine Anzeigepflicht vor, so hat die Geschäftsleitung in ihrem Ermessen anhand der Interessen der Gesellschaft zu entscheiden, ob ein Sachverhalt den Behörden angezeigt werden soll oder nicht. Bedenkt man, dass mit einer Anzeige mögliche Straf- und/oder Ordnungswidrigkeitsverfahren und möglicherweise Rufschädigungen einhergehen können, so kann es durchaus im Interesse der Gesellschaft sein, den Fall nicht offenzulegen. Hierin allein liegt keine Strafvereitelung im Sinne von § 258 StGB. Dies wäre nur der Fall, wenn das Unternehmen aktiv Beweismittel beiseiteschafft oder unterdrückt, um sie dem Zugriff durch Strafverfolgungsbehörden zu entziehen.³⁷

L. Zusammenfassung

In der Privatwirtschaft nimmt die Bedeutung unternehmensinterner Ermittlungen zur Aufklärung von Regelver-

stößen seit zehn Jahren kontinuierlich zu. Es geht vor allem um solche Delikte, mit denen sich das Unternehmen einen Wettbewerbsvorteil gegenüber Konkurrenten verschafft, weil in diesen Fällen unbegrenzte Unternehmensgeldbußen drohen und somit faktisch ein Verbandsstrafrecht besteht. Für die Aufklärung solcher Regelverstöße sind funktionierende Hinweisgebersysteme von großer Bedeutung. Die interne Ermittlung selbst besteht im Wesentlichen aus der Sichtung von Dokumenten und Gesprächen mit Mitarbeitern. Diese sind grundsätzlich verpflichtet, insoweit vollständig und wahrheitsgemäß auszusagen, jedenfalls in ihrem eigenen Aufgabenbereich. Ein Anspruch auf Zeugenbeistand durch einen externen Anwalt besteht nur, wenn das Unternehmen seinerseits die Gespräche durch externe Anwälte führen lässt. Gerät die Aufklärung durch eine interne Ermittlung ins Stocken, so kann eine betriebliche Amnestie Abhilfe schaffen; praktisch allerdings nur bei sehr großen Verfahren. Rechtlich besteht grundsätzlich keine Pflicht der Unternehmensleitung, den Fall an die Behörden zu melden. Es wird sogar oft im Unternehmensinteresse liegen, den Sachverhalt nicht anzuzeigen. Eine Strafvereitelung liegt hierin nur dann, wenn Beweismittel aktiv dem Zugriff der Behörden entzogen werden. Bei den internen Ermittlungen handelt es sich nicht um Selbstjustiz, wie manche polemisieren, denn das staatliche Monopol der Strafjustiz bleibt unberührt.

³⁵ § 153 Abgabenordnung.

³⁶ § 4 Abs. 5 Nr. 10 Satz 3 Einkommenssteuergesetz.

³⁷ Stree/Hecker, in: Schönke/Schröder, StGB 28. Aufl. § 258 Rn. 16 f.; vgl. auch Wettner/Mann, Deutsches Steuerrecht 2014, 655.

Rechtsprechung

Medienrecht

Das Auswärtige Amt kann Pressevertretern Auskünfte über die innerhalb der Bundesregierung durchgeführte rechtliche Prüfung des Einsatzes bewaffneter Streitkräfte zur Verhütung und Unterbindung terroristischer Handlungen durch die Terrororganisation IS sowie über die Prüfung, ob die Beteiligung an AWACS-Aufklärungsflügen in der Türkei der Zustimmung des Deutschen Bundestages bedurfte, unter Berufung auf den Schutz der Beziehungen zu den Bündnispartnern und den Schutz der Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland verweigern. Die behördliche Prognose der Beeinträchtigung dieser Schutzgüter ist gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbar.

OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 13.12.2016 – 6 S 22.16

Aus den Gründen:

[2] I. Der Antragsteller ist Redakteur einer Tageszeitung. Nach erfolglosem Bemühen, von der Antragsgegnerin entsprechende Auskünfte zu erhalten, beantragte er bei dem Verwaltungsgericht Berlin, der Antragsgegnerin im Wege einstweiliger Anordnung gem. § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO aufzugeben, ihm Auskunft darüber zu erteilen,

[3] 1. welche Rechtsgutachten, Vermerke oder sonstigen Dokumente, die rechtliche Prüfungen zur Frage der völkerrechtlichen, europarechtlichen und gegebenenfalls verfassungsrechtlichen Legitimation des Einsatzes bewaffneter deutscher Streitkräfte zur Verhütung und Unterbindung terroristischer Handlungen durch die Terrororganisation IS enthalten, dem Auswärtigen Amt vorliegen,

[4] 2. wie der vollständige Inhalt der in ihnen enthaltenen rechtlichen Prüfungen ist,

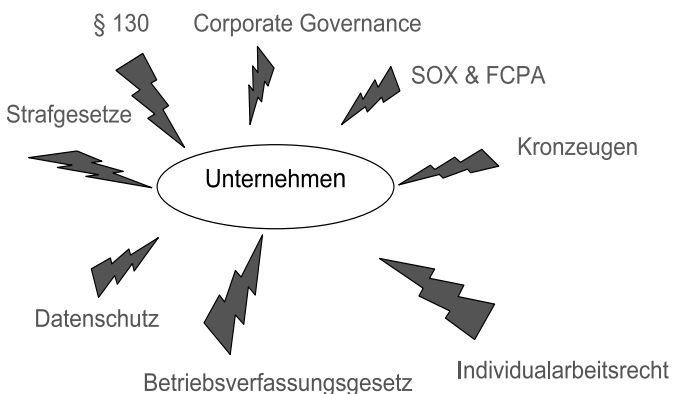
Dr. Mark Zimmer, RA/FAArbR, und Robert C. J. Heymann, RA

Beteiligungsrechte des Betriebsrats bei unternehmensinternen Ermittlungen

Bei unternehmensinternen Ermittlungen stellen sich diverse individual- und kollektivrechtliche Fragen. Der folgende Beitrag untersucht, welche Mitbestimmungsrechte dem Betriebsrat dabei zustehen. Ferner stellt sich dabei die Frage nach den Informationsrechten des Betriebsrats zum Ablauf der internen Ermittlungen. Der Beitrag geht auch der Frage nach, ob die Arbeitnehmer oder der Betriebsrat einen Anspruch auf Teilnahme von Betriebsratsmitgliedern an Ermittlungsgesprächen („Interviews“) haben. Darüber hinaus beschäftigen sich die Autoren mit der Konstellation bei den so genannten Compliance Monitorships.

I. Einleitung

Mit den Wirtschaftsskandalen in Deutschland haben die damit verbundenen unternehmensinternen Ermittlungen zugenommen.¹ Der Gesetzgeber hat auf einen Teil der dadurch betroffenen Rechtsfragen mit der Einführung des handwerklich missglückten § 32 BDSG reagiert.² Neben dem Datenschutz ergeben sich bei der Aufklärung von Compliance-Verstößen viele rechtliche Fragen. Unternehmen befinden sich hierbei in einem Spannungsfeld zwischen Compliance-Vorgaben von außen und Rechten der Mitarbeiter, wie das folgende Schaubild verdeutlicht.



Der vorliegende Beitrag untersucht, ob und inwieweit Betriebsräte an der Konzeption, Durchführung und Nachbereitung von internen Untersuchungen zu beteiligen sind. Der Verstoß gegen Mitbestimmungsrechte kann den Erfolg der internen Ermittlungen und den Betriebsfrieden gefährden. So können Maßnahmen gegenüber einzelnen Mitarbeitern bei Verstoß gegen Beteiligungsrechte des Betriebsrats auch individualrechtlich unwirksam sein (Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung).³ Umgekehrt kann ein Betriebsrat, der seine Mitbestimmungsrechte gewahrt sieht, sehr hilfreich dabei sein, die Akzeptanz und Kooperation der Mitarbeiter zu fördern.

Interne Ermittlungen im Zentrum des 3-Phasen-Modells der Compliance:

Vorbeugen, um Rechtsverstöße zu vermeiden, z. B. Verhaltensrichtlinien

Aufklären, wenn Verdachtsmomente entstanden sind, z. B.:

- Whistleblower-Hotline, Ombudsmann
- Interne Ermittlungen:
 - Mitarbeiter-Interviews
 - E-Mail-Durchsuchung („Screening“)
 - Amnestieprogramme

Reagieren, damit Verstoß nicht wieder geschieht, z. B. Sanktionen und Regress

II. Kein allgemeines Mitbestimmungsrecht bei internen Untersuchungen

Der Betriebsrat hat kein *allgemeines* Mitbestimmungsrecht dazu, ob und auf welche Art und Weise interne Ermittlungen durchgeführt werden. Die ihm zukommenden punktuellen Mitbestimmungsrechte bei einzelnen Aspekten einer Untersuchung sollen im Folgenden dargestellt werden. Die höchst- oder obergerichtliche Rechtsprechung war bisher nicht ersichtlich mit betriebsverfassungsrechtlichen Fragen interner Ermittlungen befasst.

PRAXISTIPP: Falls interne Ermittlungen auch mitbestimmungspflichtige Themen erfassen, kann es sich anbieten, nur diese in einer Betriebsvereinbarung zu regeln.⁴ Durch diese Aufteilung bleibt das Gestaltungs- und Weisungsrecht im mitbestimmungsfreien Bereich erhalten.⁵ Herrscht allerdings Unsicherheit über das Bestehen von Mitwirkungsrechten, kann es – auch aus Akzeptanzgründen und zur Vermeidung einstweiliger Verfügungen – ratsam sein, sie rechtzeitig und umfassend durch den Abschluss von Betriebsvereinbarungen oder Regelungsabreden zu erschöpfen.⁶

1. Mitarbeiter-Interviews

In einem Unternehmen wird der Verdacht rechtswidrigen Verhaltens oft durch anonyme Anzeigen oder Meldungen über so genannte Whistleblower-Hotlines ausgelöst.⁷ In einem solchen Fall sollte der Arbeitgeber dem Verdacht unverzüglich nachgehen und den Sachverhalt so vollständig wie möglich aufklären. Dadurch kann das Unternehmen die Lage besser einschätzen, weitere Schäden verhindern und in einem amtlichen Ermittlungsverfahren auf Milde hoffen. Wegen der in den Staatsanwaltschaften herrschenden Personalnot ist zudem die Kooperation der Unternehmen, insbesondere in Wirtschaftsstrafsachen, sehr geschätzt. Eine erfolgversprechende Möglichkeit der Sachverhaltsaufklärung

¹ Hierzu allgemein: Wybitul, BB 2009, 606; Behrens, RIW 2009, 22.

² Vgl. hierzu nur Wellhöner/Byers, BB 2009, 2310; Erfurth, NJOZ 2009, 2914; Löwisch, DB 2009, 2782; Thürsing, NZA 2009, 865.

³ Vgl. nur Erfk-Kania, 10. Aufl. § 87 BetrVG, Rn. 136.

⁴ Vogt, NJOZ 2009, 4206, 4209.

⁵ Borgmann, NZA 2003, 352, 355.

⁶ Mengel/Ullrich, NZA 2006, 240, 245.

⁷ Zu deren Mitbestimmungspflicht vgl. den sog. „Honeywell-Beschluss“ des BAG vom 22.7.2008 – 1 ABR 40/07, BB 2008, 2520; dazu Freckmann, BB 2008, M1.

rung ist die Befragung der eigenen Mitarbeiter (im Folgenden „Interviews“). Solche Interviews sollten nicht nur ermittlungstaktisch sondern auch rechtlich gut vorbereitet werden. Dabei kommen verschiedene Mitbestimmungsstatbestände des Betriebsrates in Betracht.

a) § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG – Arbeits- oder Ordnungsverhalten?

Ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG besteht bei der Regelung des so genannten „Ordnungsverhaltens“, also des betrieblichen Zusammenlebens und Zusammenwirkens der Arbeitnehmer.⁸ Es besteht nur insoweit, als ein Regelungsspielraum besteht, der von den Betriebspartnern ausgefüllt werden kann. Nicht mitbestimmungspflichtig sind dagegen Maßnahmen, die das so genannte Arbeitsverhalten regeln sollen,⁹ also dasjenige Verhalten, mit dem der Arbeitnehmer seiner Arbeitspflicht gegenüber dem Arbeitgeber nachkommt.

Es kommt für dieses Mitbestimmungsrecht also darauf an, ob bei einem Mitarbeiter-Interview das Arbeits- oder das Ordnungsverhalten betroffen ist. Bei der Einordnung sind zwei Anknüpfungspunkte denkbar – die Durchführung des Interviews selbst und der Gegenstand des Interviews, also der aufzuklärende Sachverhalt. Da das Mitbestimmungsrecht der kollektiven *Gestaltung* des Arbeitnehmerverhaltens dienen soll,¹⁰ der zu erörternde Sachverhalt aber nicht mehr gestaltet, sondern nur noch aufgedeckt wird,¹¹ spielt der Inhalt des Interviews keine Rolle.¹² Aber selbst wenn es auf den Gegenstand des Interviews ankäme, ergäbe sich daraus kein Mitbestimmungsrecht, weil die untersuchten Verstöße in der Regel so eng mit der Erbringung der Arbeitsleistung verbunden sind, dass sie dem Arbeitsverhalten zuzuordnen sind.¹³

Die Anordnung des Arbeitgebers, der Mitarbeiter solle an einem Interview teilnehmen, ist zwar eine Regelung, nämlich die Ausübung des individualrechtlichen Anspruchs auf Mitwirkung des Arbeitnehmers.¹⁴ Diese Mitwirkungspflicht betrifft aber ebenfalls allein das Arbeitsverhalten.¹⁵ Denn das Arbeitsverhalten umfasst alle „Maßnahmen, mit denen die Arbeitspflicht unmittelbar konkretisiert und abgefordert wird.“¹⁶ Das mitbestimmte Ordnungsverhalten dagegen bezieht sich nur auf das betriebliche Zusammenleben und Zusammenwirken der Arbeitnehmer, das durch die Teilnahme an einem Interview aber gerade nicht berührt ist. Denn mitbestimmungsfrei sind alle Maßnahmen des Arbeitgebers, die ein Verhalten des Arbeitnehmers betreffen, das keinen Bezug zur betrieblichen Ordnung hat, weil es sich lediglich auf das Verhältnis des Mitarbeiters zum Arbeitgeber bezieht. Mit seiner Teilnahme am Interview erfüllt der Mitarbeiter eben nur eine Pflicht gegenüber dem Arbeitgeber. Er verhält sich gerade nicht gegenüber seinen Kollegen. Deshalb scheidet ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG aus.¹⁷

Allerdings kann in der Praxis nicht ausgeschlossen werden, dass Betriebsräte unter Berufung auf den sog. *Wal*Mart*-Beschluss des LAG Düsseldorf¹⁸ ein Mitbestimmungsrecht bei internen Ermittlungen fordern. Das Gericht hielt weite Teile eines unternehmensweiten Verhaltenskodexes für mitbestimmungspflichtig. Einige Betriebsräte argumentieren nun, wenn die Verhaltensrichtlinien selbst mitbestimmungspflichtig sind, müsse das auch für interne Ermittlungen zur Aufdeckung von Verstößen dagegen gelten. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass die *Einführung* der Regeln losgelöst von der *Aufklärung* etwaiger Verletzungen zu bewerten ist.

b) § 94 Abs. 1 BetrVG – Fragebögen

In Betracht kommt ferner ein Mitbestimmungsrecht nach § 94 BetrVG. In einem ersten Schritt der Ermittlungen kann es nämlich

sinnvoll sein, die Mitarbeiter schriftlich zu befragen, um sich einen Überblick zu verschaffen. Die dafür verwandten Fragebögen sind nach § 94 Abs. 1 BetrVG mitbestimmungspflichtig. Selbst wenn die Interviews anhand standardisierter Fragelisten durchgeführt und die Antworten schriftlich festgehalten werden, ist der Inhalt der Fragen mitbestimmungspflichtig.¹⁹ Das betrifft allerdings nur diejenigen Fragen, die für eine größere Gruppe von interviewten Mitarbeitern (kollektiver Bezug) gleich sind. Individuelle Fragen, insbesondere solche, die sich auf den einzelnen Mitarbeiter beziehen oder die sich erst im Laufe des Interviews ergeben, lösen das Mitbestimmungsrecht hingegen nicht aus.

PRAXISTIPP: Um das Risiko zu vermeiden, dass wegen der teilweisen Standardisierung alle Fragen dem Mitbestimmungsrecht unterliegen, empfiehlt es sich, zwei getrennte Fragelisten für jedes Interview vorzubereiten: eine mit den Standardfragen und eine mit den individuellen Fragen. Die Mitbestimmung nach § 94 Abs. 1 BetrVG lässt sich auch vollständig vermeiden, indem mit der Durchführung der Interviews Dritte beauftragt werden, die sich verpflichten, die erlangten Informationen nur in anonymisierter und nicht individualisierter Form an den Arbeitgeber weiterzugeben.²⁰

c) Anwesenheitsrecht des Betriebsrates bei Mitarbeiter-Interviews

Der Betriebsrat hat kein gesetzliches Recht auf Teilnahme an den Mitarbeiter-Interviews zur Aufklärung von Compliance-Verstößen. Das wäre nur dann der Fall, wenn mit dem Arbeitnehmer (gleichzeitig) ein Leistungs- oder Entwicklungsgespräch geführt würde. In diesem Fall ist nach § 82 Abs. 2 BetrVG auf Wunsch des Mitarbeiters ein Mitglied des Betriebsrates hinzuzuziehen.

PRAXISTIPP: Leistungsbeurteilungen und Möglichkeiten der beruflichen Entwicklung sollten nicht Gegenstand der Mitarbeiter-Interviews in internen Ermittlungen sein.²¹

Ähnliches gilt für die leitenden Angestellten. Dem Wortlaut nach scheint § 26 Abs. 1 SprAuG zwar eine voraussetzungslose Hinzuziehung von Mitgliedern des Sprecherausschusses vorzusehen. Das SprAuG gewährt jedoch grundsätzlich kein stärkeres Schutzniveau als das BetrVG. Deshalb kann für Interviews mit leitenden Angestellten nichts anderes gelten als für alle übrigen Mitarbeiter.

8 BAG vom 24.3.1981, 1 ABR 32/78, AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitssicherheit Nr. 2, unter II. 1.c).

9 BAG vom 27.1.2004, NZA 2004, 556, 557.

10 *Kania*, in: Erfurter Kommentar, 10. Aufl., 2010, § 87 BetrVG, Rn. 18.

11 *Maschmann*, NZA 2002, 13, 19.

12 A. A. ohne nähere Begründung offenbar *Vogt*, NJOZ 2009, 4206, 4213, 4218; *Mengel/Ullrich*, NZA 2006, 240, 244.

13 So sieht das BAG vom 10.3.2009, NZA 2010, 180, 182 in der Schweigepflicht über bestimmte geschäftliche Informationen, die den Mitarbeitern im Zusammenhang mit der Planung und Durchführung eines Projekts bekannt wurden, eine Konkretisierung der arbeitsvertraglichen Pflicht zur Rücksichtnahme (§ 241 Abs. 2 BGB) und daher mitbestimmungsfreies Arbeitsverhalten.

14 §§ 242, 241 Abs. 2 BGB: Soweit die Mitwirkungspflicht eingeschränkt ist und der Mitarbeiter freiwillig am Interview teilnimmt, wäre ein Mitbestimmungsrecht zwar denkbar. Da die Mitwirkungspflicht aber nur im Ausnahmefall und punktuell, z. B. bei Unzumutbarkeit wegen Selbstbelastung eingeschränkt ist und jeder Mitarbeiter die Entscheidung über seine freiwillige Teilnahme individuell trifft, dürfte es aber am kollektiven Bezug fehlen.

15 A. A. BAG vom 27.9.2005, NJOZ 2006, 1776, 1780 zum gleichlautenden § 75 Abs. 3 Nr. 15 BpVersG; *Breßler u. a.*, NZG 2009, 721, 725 wollen dagegen nach dem mitbestimmungspflichtigen Verfahren, einschließlich Adressatenkreis und dem mitbestimmungsfreien Inhalt der Interviews unterscheiden.

16 BAG vom 27.1.2004, NZA 2004, 556, 557.

17 Im Ergebnis durch *Heldmann*, DB 2010, 1235, 1236; tendenziell auch ArbG Dessau vom 17.6.2009 – 1 BV 1/09, GWR 2009, 331.

18 14.11.2005 – 10 TaBV 46/05, BB 2006, 335.

19 BAG vom 21.9.1993, NZA 1994, 375, 376.

20 *Mengel/Ullrich*, NZA 2006, 240, 245 unter Hinweis auf LAG Frankfurt 11.2.1999 – 5 TaBV 29/98: Befragung von Mitarbeitern durch Drittfirmen, um möglichen Schulungsbedarf festzustellen.

21 Vgl. auch *Vogt*, NJOZ 2009, 4206, 4213.

PRAXISTIPP: Unabhängig von dieser Rechtslage kann es jedoch den Untersuchungserfolg fördern, wenn dem Mitarbeiter die Hinzuziehung eines Betriebsrats- oder Sprecherausschussmitglieds gestattet wird.

2. E-Mail-Durchsuchungen („Screening“)

Wenn – wie in vielen Unternehmen – die private Email-Nutzung erlaubt oder jedenfalls nicht konsequent untersagt ist, so darf während des Telekommunikationsvorganges²² überhaupt nicht auf die Emails der Mitarbeiter zugegriffen werden – weder auf deren Inhalt noch auf die bloßen Verkehrsdaten (§ 88 TKG). Sofern das TKG nicht anwendbar ist,²³ gilt das BDSG (§ 1 Abs. 3 Satz 1 BDSG), das einen Zugriff nach § 32 Abs. 1 Satz 2 jedenfalls beim Verdacht einer Straftat erlaubt.

Ob dem Betriebsrat beim E-Mail-Screening ein Mitbestimmungsrecht zusteht, richtet sich nach der Art des Zugriffs. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG betrifft nur technische Einrichtungen, wenn also z.B. über das Unternehmensnetzwerk auf den Emailspeicher des Mitarbeitercomputers zugegriffen wird. Wurde die betriebliche IT-Infrastruktur, die diesen Zugriff ermöglicht, bereits gesetzeskonform mitbestimmt eingeführt, scheidet eine erneute Ausübung des Mitbestimmungsrechts speziell für die internen Ermittlungen aus.

Verlangt der Arbeitgeber vom Arbeitnehmer lediglich die Herausgabe der dienstlichen (nicht auch privaten) E-Mails, kommt nur § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG in Betracht. Ein Mitbestimmungsrecht besteht in diesem Falle allerdings nicht, weil in aller Regel allein das Arbeitsverhalten betroffen ist [s.oben a)aa) zu Interviews].

3. Amnestieprogramme

Zur Förderung des Ermittlungserfolgs, aus Loyalität und zur Erhaltung des Betriebsfriedens kann es angeraten sein, die Kooperation der Mitarbeiter durch ein Amnestieprogramm anzuregen. Dabei wird unter der Bedingung vollständiger Aufklärung z.B. auf den Ausspruch einer Kündigung und die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen verzichtet.

Ein Mitbestimmungsrecht bei der Einführung und Ausgestaltung eines Amnestieprogramms hat der Betriebsrat nach richtiger Ansicht nicht.²⁴ Die Frage ist jedoch weder gesetzlich noch gerichtlich geklärt. Außerdem kann die Kooperation durch eine mit dem Betriebsrat besprochene Amnestie deutlich erhöht werden. Daher kann sich schon aus taktischen und atmosphärischen Gründen eine enge Zusammenarbeit mit dem Betriebsrat und dem Sprecherausschuss empfehlen. Gleichzeitig sollten auch die gegen das Unternehmen ermittelnden (auch ausländischen) Behörden in die Entscheidung über ein Amnestieprogramm eingebunden werden.

Auswirkungen auf die staatliche Strafverfolgung hat eine solche unternehmensinterne Amnestie rechtlich nicht, wohl aber faktisch: Erfahrungsgemäß würdigen Strafverfolgungsbehörden die Kooperation von Mitarbeitern. Eine auch rechtliche Amnestie Beschuldigter in staatlichen Strafverfolgungsverfahren bietet die seit 1.9.2009 geltende Kronzeugenregelung in § 46b StPO.²⁵

4. Allgemeines Mitbestimmungsrecht über § 3 Abs. 1 BDSG?

Selbst wenn die interne Ermittlung so zugeschnitten ist, dass die eigentlichen Mitbestimmungsrechte ausgeschaltet sind, kann sich die Notwendigkeit ergeben, mit dem Betriebsrat zusammenzuarbeiten. Denn das Bundesdatenschutzgesetz erfordert für den Umgang mit den dabei

anfallenden personenbezogenen Daten eine Erlaubnisnorm (§ 4 Abs. 1 BDSG).²⁶ Da eine Einwilligung (§ 4a BDSG) nicht immer zu erlangen und oft auch nicht ausreichend sein wird,²⁷ kann sich eine Betriebsvereinbarung als Erlaubnisnorm anbieten. Denn auch Betriebsvereinbarungen sind nach h.M. Rechtsnormen i.S.v. § 4 Abs. 1 BDSG.²⁸ Zu einem zwingenden Mitspracherecht des Betriebsrates führt das zwar nicht, doch kann sich die Einbindung des Betriebsrates in das Verfahren bei internen Ermittlungen auch aus nicht-rechtlichen Erwägungen anbieten (z.B. größere Akzeptanz der Belegschaft).

III. Informationsrechte des Betriebsrates, § 80 Abs. 2 BetrVG

Unabhängig davon, ob dem Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht tatsächlich zukommt, hat er nach § 80 Abs. 2 BetrVG einen weitreichenden Anspruch auf Unterrichtung. Zu allen Fragen, die seine Aufgaben betreffen können, hat ihn der Arbeitgeber zu informieren. Denn der Betriebsrat darf selbstständig prüfen, ob sich für ihn daraus eine Zuständigkeit ergibt.²⁹

Dabei kommt als Auffangaufgabe fast immer die Überwachung der Einhaltung arbeitnehmerschützender Vorschriften (§ 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG) in Betracht. Dazu zählt auch das Bundesdatenschutzgesetz, insbesondere dessen neuer § 32. Aber auch möglicherweise einschlägige Mitbestimmungsrechte können die Informationspflicht auslösen. Wenn im Rahmen einer internen Ermittlung Verstöße im Bereich des Ordnungsverhaltens der Mitarbeiter untersucht und aufgedeckt werden (sollen), dann kann deren Wiederholung ggf. durch Regelungen in diesem Bereich begegnet werden (§ 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG). Dabei steht dem Betriebsrat ein Initiativrecht zu, ohne dass es auf entsprechende Planungen des Arbeitgebers ankommt.³⁰

So ist der Betriebsrat über interne Ermittlungen im Allgemeinen, aber auch über die einzelnen Maßnahmen wie Mitarbeiter-Interviews vorab und nach deren Durchführung zu unterrichten.³¹ Dem Betriebsrat wird z.B. mitgeteilt werden müssen, welche Mitarbeiter interviewt und welche Themen mit ihnen besprochen werden sollen. Nach dem Interview muss der Betriebsrat wohl darüber unterrichtet werden, welche Erkenntnisse der Arbeitgeber gewonnen hat und welche Schlüsse er daraus zieht. Sofern der Betriebsrat hiernach Informationsrechte hat, dürften diese im Wesentlichen auch dem Sprecherausschuss zustehen (§ 25 Abs. 2 SprAuG).

PRAXISTIPP: Der Umfang der dem Betriebsrat zur Verfügung zu stellenden Unterlagen und Informationen kann durch ein stufenweises Vorgehen – wenn auch nicht rechtlich, so doch praktisch – beschränkt werden. Der Betriebsrat ist nämlich verpflichtet, je nach dem Umfang der ihm schon vorliegenden Informationen Tatsachen dafür darzulegen, warum er für die

²² Wann der Telekommunikationsvorgang beendet ist, ist umstritten. Mit dem VGH Hessen vom 19.5.2009 (NJW 2009, 2470, 2471) dürfte der Telekommunikationsvorgang abgeschlossen sein, sobald der Mitarbeiter die Möglichkeit hatte, das (versandte oder empfangene) E-Mail zu löschen. Ganz sicher unanwendbar ist das TKG aber nur, wenn der Arbeitgeber nicht auf die auf dem Server, sondern nur auf die im Computer oder Blackberry des Mitarbeiters gespeicherten E-Mails zugreift.

²³ Nach der überzeugenden Argumentation von Löwisch, DB 2009, 2782, ist das TKG – entgegen der h.M. – im Arbeitsverhältnis überhaupt nicht anwendbar.

²⁴ Breßler u. a., NZG 2009, 721, 725; a. A. Göpfert/Merten/Siegrist, NJW 2008, 1703, 1708.

²⁵ Hierzu näher: Sahan/Berndt, BB 2010, 647.

²⁶ Das gilt im Arbeitsverhältnis jetzt auch für nicht automatisierte Daten, § 32 Abs. 2 BDSG.

²⁷ Auch die Daten eines Dritten, über die der Mitarbeiter berichtet, sind geschützt. Die Einwilligung des interviewten Mitarbeiters kann aber nicht zu Lasten des Dritten wirken.

²⁸ Ganz h.M., vgl. nur Wank, in: Erfurter Kommentar, 10. Aufl., 2010, § 4 BDSG, Rn. 2.

²⁹ BAG vom 8.6.1999, NZA 1999, 1345, 1346.

³⁰ BAG vom 8.6.1999, NZA 1999, 1345, 1346.

³¹ Mengel/Ullrich, NZA 2006, 240, 244; Vogt, NJOZ 2009, 4206, 4219.

Erfüllung seiner Aufgaben weitere Informationen benötigt.³² Indem dem Betriebsrat zunächst nur allgemeine und erst nach erneuten Aufforderungen immer detailliertere Auskünfte erteilt werden, entgeht der Arbeitgeber dem Risiko, unnötigerweise zu viele Informationen preiszugeben.

IV. Mitbestimmungsrechte bei sog. Compliance Monitorships

Ein Compliance Monitorship ist eine mehrjährige³³ Prüfung der Compliance-Struktur eines Unternehmens durch eine neutrale private Instanz. Es handelt sich um eine Auflage im Rahmen eines Vergleichs, den ein Unternehmen mit amerikanischen Regulierungsbehörden (SEC und/oder DOJ) schließt, um eine Verurteilung wegen Verstößen gegen das amerikanische Anti-Korruptionsrecht (FCPA) zu vermeiden. In Deutschland gibt es derzeit die ersten beiden Compliance Monitorships, in deren Rahmen kollektivrechtliche Fragen bisher jedoch nicht zu Rechtsstreitigkeiten geführt oder in der Literatur Beachtung gefunden haben.

Bei einem Compliance Monitorship stellt das Unternehmen keine eigenen internen Ermittlungen an. Der Monitor ist eine im Einvernehmen mit den Strafverfolgungsbehörden bestellte Person, die während eines mehrjährigen Zeitraumes untersucht, ob die vom Unternehmen eingeführten Systeme funktionieren und die getroffenen Maßnahmen ausreichen, um eine Wiederholung des festgestellten Compliance-Verstoßes in der Zukunft zu vermeiden. Der Monitor deckt also nicht vergangenes Fehlverhalten einzelner Mitarbeiter auf, sondern ist allein auf Gegenwart und Zukunft bedacht.

Das richtige Ansicht nach schon im Rahmen interner Ermittlungen nicht anwendbare Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG ist bei einem Compliance Monitorship erst recht nicht einschlägig. Da der Monitor Dritter ist, kommt es für das Mitbestimmungsrecht nach § 94 Abs. 1 BetrVG darauf an, welche Informationen er an das Unternehmen weitergibt. In aller Regel wird es keine allgemeinen Fragebögen geben, die nach § 94 BetrVG mitbestimmungspflichtig wären. Informationsrechte von Betriebsrat und Sprecherausschuss bestehen aber ebenso wie bei einer internen Ermittlung.

V. Zusammenfassung

Bei unternehmensinternen Ermittlungen stellen sich diverse individual- und kollektivrechtliche Fragen. Ein generelles Mitbestimmungs-

recht des Betriebsrats besteht nicht, kann sich aber je nach den ermittelten Gegenständen ergeben. In der Regel hat der Betriebsrat Informationsrechte zum Ablauf der internen Ermittlungen. Weder die Arbeitnehmer noch der Betriebsrat haben jedoch einen Anspruch auf Teilnahme von Betriebsratsmitgliedern an Ermittlungsgesprächen („Interviews“). Ähnliches wie für die internen Ermittlungen gilt für so genannte Compliance Monitorships.

Inhaltsverzeichnis: Bei unternehmensinternen Ermittlungen stellen sich diverse individual- und kollektivrechtliche Fragen. Der Beitrag untersucht, welche Mitbestimmungsrechte dem Betriebsrat dabei zustehen. Ferner stellt sich dabei die Frage nach den Informationsrechten des Betriebsrats zum Ablauf der internen Ermittlungen. Der Beitrag geht auch der Frage nach, ob die Arbeitnehmer oder der Betriebsrat einen Anspruch auf Teilnahme von Betriebsratsmitgliedern an Ermittlungsgesprächen („Interviews“) haben. Darüber hinaus beschäftigen sich die Autoren mit der Konstellation bei den so genannten Compliance Monitorships.

// Autoren

Dr. Mark Zimmer ist Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht und Partner bei Gibson, Dunn & Crutcher LLP, München. Er hat einen Lehrauftrag an der Universität der Bundeswehr München. Ein Schwerpunkt seiner Tätigkeit ist die Einführung und Überprüfung von Schutzsystemen gegen Wirtschaftskriminalität („Compliance“). Gibson Dunn ist in die ersten vier Compliance Monitorships in Europa involviert.



Robert C. J. Heymann ist Rechtsanwalt bei Gibson, Dunn & Crutcher LLP, München. Neben einer arbeitsrechtlichen Praxis beschäftigt er sich mit Compliance-Verfahren.



³² BAG vom 8.6.1999, NZA 1999, 1345, 1346.

³³ Meist dauert ein Compliance Monitorship drei Jahre, kann aber auf Veranlassung der Behörden um ein Jahr verlängert werden.

BAG: Zum Verhältnis von Tat- zu Verdachtskündigung

BAG, Urteil vom 23.6.2009 – 2 AZR 474/07

Volltext des Urteils: [// BB-ONLINE](#) BBL2010-1856-1
unter www.betriebs-berater.de

LEITSÄTZE

1. Ist eine Verdachtskündigung als solche mangels Anhörung des Arbeitnehmers unwirksam, hat der Tatsachenrichter stets zu prüfen, ob die vom Arbeitgeber vorgetragene Verdachtsmomente geeignet sind, die Überzeugung von einer entsprechenden Tat zu gewinnen

und damit die Kündigung unter dem Gesichtspunkt einer Tatkündigung zu rechtfertigen.

2. Hat der Arbeitgeber den Betriebsrat lediglich zu einer beabsichtigten Verdachtskündigung angehört, schließt dies die Anerkennung einer nachgewiesenen Pflichtwidrigkeit als Kündigungsgrund dann nicht aus, wenn dem Betriebsrat alle Tatsachen mitgeteilt worden sind, die – ggf. auch im Rahmen eines zulässigen Nachschiebens von Kündigungsgründen – nicht nur den Verdacht, sondern den Tatvorwurf selbst begründen.

Der Beitrag ist in der CCZ 1/19 aus dem C.H. Beck Verlag erschienen und wurde freundlicherweise zur Verfügung gestellt. Weitere Informationen zur CCZ finden Sie hier: <https://rsw.beck.de/zeitschriften/ccz>

RECHTSANWALT DR. MARK ZIMMER UND DIPL.-JUR. UNIV. VERONIKA WEIGL *

Selbstanzeige von Compliance-Verstößen

A. Einleitung

Im größten Mordprozess der Bundesrepublik Deutschland hätten wohl etliche Opfer des Krankenpflegers Niels H. gerettet werden können, wenn die Behörden früher informiert worden wären. Bei Wirtschaftsdelikten ist die Ausgangslage anders. Aber auch hier stellt sich bei Verdachtsmomenten und beim Abschluss interner Ermittlungen für die Organe der Gesellschaft die Frage, ob man die Behörden einschalten soll. Der folgende Beitrag behandelt die Frage, wann eine Selbstanzeige erfolgen muss oder sollte – und wann nicht.

B. Offenlegungspflichten (und -verbote)

Die Frage nach einer freiwilligen Meldung eines Compliance-Verstoßes stellt sich nur, wenn das Unternehmen nicht schon zur Meldung verpflichtet ist. Eine Offenlegungspflicht besteht nur bei entsprechender gesetzlicher, behördlich angeordneter oder anderweitiger rechtlicher Verpflichtung.¹

I. Gesetzliche Offenlegungspflicht

1. Unmittelbare gesetzliche Offenlegungspflicht

a) Strafrecht

Eine strafrechtlich bewehrte Anzeigepflicht besteht nur in sehr seltenen Fällen, die im Wirtschaftsleben so gut wie nie vorkommen dürften. Nach §§ 138, 139 StGB macht sich wegen Nichtanzeige geplanter Straftaten strafbar, wer von dem Vorhaben oder der Ausführung einer der genannten Katalogtaten zu einer Zeit, zu der die Ausführung oder der Erfolg noch abgewendet werden kann, glaubhaft erfährt und es unterlässt, der Behörde oder dem Bedrohten rechtzeitig Anzeige zu machen. Damit statuieren die

§§ 138, 139 StGB gerade keine generelle Meldepflicht, sondern eine Ausnahme zur fehlenden allgemeinen Anzeigepflicht für den Fall, dass es sich um eine noch abwendbare Katalogtat handelt.² Die häufigsten Compliance-Verstöße³ fallen nicht unter § 138 StGB; sie sind zudem meist beendet und somit nicht mehr vermeidbar. Damit ergibt sich jedenfalls für den typischen Compliance-Verstoß keine Anzeigepflicht aus §§ 138, 139 StGB.

Auch aus § 258 StGB ergibt sich keine generelle Meldepflicht. Danach macht sich strafbar, wer vereitelt, dass ein anderer strafrechtlich verfolgt wird. Tathandlung kann „jedes für den Vereitelungserfolg ursächliche Tun oder Unterlassen“⁴ sein. Dabei kann das „Unterlassen einer gebotenen und den Umständen nach zumutbaren Anzeige oder Meldung [...] als Vereitelungshandlung zu werten sein, wenn den Unterlassenden die Pflicht trifft, die gerade dem Schutz des staatlichen Sanktionsanspruchs dient“.⁵ Für Privatpersonen und Unternehmen gibt es eine derartige Pflicht jedoch nicht.⁶ Ausnahmsweise kann sich aber eine Garantienpflicht aus Ingerenz und damit doch ein strafbares Unterlassen der Anzeige ergeben, wenn „die Rechtspflege bereits [durch das Vorverhalten des Täters] beeinträchtigt worden“⁷ ist, indem bspw. aktiv Beweismittel dem Zugriff durch die Strafverfolgungsbehörden entzogen werden.⁸ Liegt ein solcher Ausnahmefall nicht vor, liegt somit in der Nichtanzeige keine Strafvereitelung.

2 Vgl. hierzu *Schemmel/Ruhmannseder/Witzigmann*, Hinweisgeber-systeme – Implementierung in Unternehmen, 2012, 4. Kap., Rn. 115.

3 Nach der *KPMG-Studie* „Tatort Deutschland – Wirtschaftskriminalität in Deutschland 2016“, S. 11, sind dies: Betrug, Untreue, Diebstahl/Unterschlagung, Datendiebstahl/Datenmissbrauch, Verletzung von Schutz- und Urheberrechten, Korruption, Verrat von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen, Geldwäsche sowie Kartellrechtsverstöße und die Manipulation jahresabschlussrelevanter Informationen.

4 *Jahn* JuS 2009, 408 (409).

5 *Jahn* JuS 2009, 408 (409).

6 Schönke/Schröder/Stree/Hecker, StGB, 29. Aufl. 2014, § 258 Rn. 17; BeckOK StGB/Ruhmannseder, 40. Ed., Stand 1.11.2018, § 258 Rn. 16.

7 Schönke/Schröder/Stree/Hecker, StGB, 29. Aufl. 2014, § 258 Rn. 17.

8 BeckOK StGB/Ruhmannseder, 40. Ed., Stand 1.11.2018, § 258 Rn. 16; *Wettner/Mann* DStR 2014, 655 (656 f.); *Zimmer* BWV 2017, 32 (35). Anders dagegen Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/*Altenhain*, StGB, 5. Aufl. 2017, § 258 Rn. 46, wonach dies nicht immer für eine Garantienstellung kraft Ingerenz ausreichen soll.

* Dr. Mark Zimmer ist Fachanwalt für Arbeitsrecht und Partner im Münchener Büro von Gibson, Dunn & Crutcher LLP. Die Doktorandin Veronika Weigl ist dort als wissenschaftliche Mitarbeiterin tätig.

1 Moosmayer/Hartwig/Gropp-Stadler/Wolfgramm, Interne Untersuchungen – Praxisleitfaden für Unternehmen, 2. Aufl. 2018, C Rn. 29.

In aller Regel scheidet auch eine Begünstigung nach § 257 StGB aus. Dem steht nämlich das Wörtchen „ihm“ in § 257 StGB entgegen, wonach gerade „solche Vorteile nicht erfasst [werden], die ein anderer als der Vortäter⁹ aus einer rechtswidrigen Tat unmittelbar erlangt hat“.¹⁰ § 257 StGB scheidet somit bereits auf Tatbestandsebene aus, sofern der Vortäter ausschließlich zugunsten eines Dritten gehandelt hat,¹¹ was bei Unternehmensstraftaten meist der Fall ist.¹²

Auch eine Meldepflicht aufgrund drohender Strafbarkeit wegen psychischer Beihilfe (zum Compliance-Verstoß) dürfte idR ausscheiden. Zum einen ist eine Beihilfe max. bis zur Beendigung der Tat möglich,¹³ wodurch eine Beihilfe bei den meisten der aufgedeckten Compliance-Verstöße schon deshalb ausscheidet. Zum anderen besteht zwar grundsätzlich die Möglichkeit der psychischen Beihilfe „in Form der Vermittlung ‘eines erhöhten Gefühls der Sicherheit‘“,¹⁴ allerdings reicht dafür „eine bloße Billigung ohne irgendeine Mitwirkungshandlung [...] nicht“ aus. So ist eine „gewisse aktive Beteiligung notwendig“, sodass Beihilfe „bei bloß einseitiger Kenntnisnahme und Billigung sowie bei Beiträgen, die erkennbar nicht erforderlich oder nutzlos für das Gelingen der Tat sind“ ausscheidet. „Andernfalls würde bloßes Unterlassen auch ohne Garantenpflicht pönalisiert“.¹⁵ Damit ist das alleinige Unterlassen einer Anzeige idR nicht ausreichend. Vielmehr kommt dies nur in Betracht, wenn eine Garantenstellung vorliegt. Aber auch dann ergibt sich daraus nur eine Pflicht zum Einschreiten, was auch intern geschehen kann und damit nicht notwendig eine Einschaltung der Ermittlungsbehörden zur Folge haben muss.¹⁶

b) Fachgesetze

Allerdings sehen einige Vorschriften in Fachgesetzen Meldepflichten an die Behörden vor. Dies sind insbesondere:

– Art. 33, 34 DSGVO (seit 25.5.2018): Meldung von Verletzungen des Schutzes personenbezogener Daten

– § 81 a Abs. 4 SGB V und § 197 a Abs. 4 SGB V: Bekämpfung von Fehlverhalten im Gesundheitswesen (zwar Ausgestaltung als Soll-Vorschrift, aber trotzdem Möglichkeit der Strafbarkeit nach § 258 StGB bei Unterlassen)¹⁷

– § 43 Abs. 1 GwG: Meldepflichten im Zusammenhang mit Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung

– Art. 17 MAR: bei kapitalmarktorientierten Unternehmen iSd § 264 d HGB, sofern der Compliance-Verstoß eine Insiderinformation nach Art. 7 MAR darstellt¹⁸

2. Mittelbare gesetzliche Offenlegungspflicht

Eine Anzeigepflicht bestimmter Compliance-Verstöße kennt das Steuerrecht.¹⁹ § 153 AO verpflichtet denjenigen zur unverzüglichen Anzeige und Richtigstellung, der vor Ablauf der Festsetzungsfrist erkennt, dass seine abgegebene Steuererklärung unrichtig oder unvollständig ist – etwa weil bestimmte Ausgaben tatsächlich zur Bestechung und damit für andere Zwecke verwendet wurden. Nach § 4 Abs. 5 Nr. 10 S. 3 EStG wird die Staatsanwaltschaft oder Verwaltungsbehörde durch die Finanzbehörden über Tatsachen, die den Verdacht einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit begründen, informiert. Damit wird durch die Berichtigungspflicht faktisch eine Anzeigepflicht statuiert.

Des Weiteren kann sich bei kapitalmarktorientierten Unternehmen iSd § 264 d HGB eine mittelbare Meldepflicht aus § 21 WpPG und § 264 a StGB ergeben, sofern der Compliance-Verstoß kursrelevant sein kann, bspw. iRd Begebung von Anleihen oder bei Kapitalerhöhung.²⁰

II. Sonstige Offenlegungspflichten

Eine behördliche Offenlegungspflicht kann sich u. U. aus einer vom Unternehmen selbst gewählten Kooperation mit den Behörden ergeben.²¹ Eine solche „Absprache zur Zusammenarbeit [kann nämlich] auch die Verpflichtung enthalten, sämtliche noch unbekannt Sachverhalte, die mit dem laufenden Verfahren in Zusammenhang stehen, bei deren Bekanntwerden unverzüglich den Behörden zu melden“.²² Technisch handelt es sich nicht um eine Rechtspflicht, denn die Behörde kann die Herausgabe aufgrund der Kooperationsabrede nicht erzwingen. Sie könnte jedoch eine Durchsuchung beauftragen und damit zu einem ähnlichen Ziel kommen.

In der Praxis lassen sich auch vertragliche, also im beiderseitigen Einvernehmen getroffene, Offenlegungspflichten beobachten.²³ Diese finden sich teilweise in Compliance-Vereinbarungen mit Kunden oder Geschäftspartnern.

Schließlich können interne Untersuchungsrichtlinien nicht nur eine interne Meldung, sondern sogar eine grundsätzliche Offenlegung gegenüber externen Behörden vorsehen.²⁴

9 Das Unternehmen kann als juristische Person niemals selbst Vortäter sein.

10 MüKoStGB/Cramer, 3. Aufl. 2017, § 257 Rn. 12.

11 MüKoStGB/Cramer, 3. Aufl. 2017, § 257 Rn. 12.

12 Anders ist dies, wenn nicht nur das Unternehmen einen Vorteil aus dem Compliance-Verstoß erlangt hat, sondern auch der Vortäter und das Unterlassen der Anzeige dazu dienen soll, dem Vortäter diesen Vorteil zu belassen. Zur dafür notwendigen Garantenstellung s. die Ausführungen im nächsten Absatz.

13 Schönke/Schröder/Heinel/Weißer, StGB, 29. Aufl. 2014, § 27 Rn. 20.

14 Schönke/Schröder/Heinel/Weißer, StGB, 29. Aufl. 2014, § 27 Rn. 15, vgl. auch BGH 22.12.2015 – 2 StR 419/15, NStZ 2016, 463. Dort jeweils auch zum folgenden Text.

15 Schönke/Schröder/Heinel/Weißer, StGB, 29. Aufl. 2014, § 27 Rn. 15, vgl. auch BGH 22.12.2015 – 2 StR 419/15, NStZ 2016, 463.

16 Aus der Garantenstellung folgt nämlich nur die Pflicht, dem betreffenden Unheil entgegenzuwirken; vgl.: Schönke/Schröder/Stree/Bosch, StGB, 29. Aufl. 2014, § 13 Rn. 2. Eine bestimmte Handlung ist damit nicht vorgeschrieben.

17 Zum Fehlverhalten im Gesundheitswesen s. Dannecker/Bülte NZWiSt 2012, 1.

18 S.a. die näheren Ausführungen zu § 15 Abs. 1 S. 1 WpHG, Schockenhoff NZG 2015, 409 (411 ff.) sowie in Moosmayer/Hartwig/Gropp-Stadler/Wolfgramm, Interne Untersuchungen – Praxisleitfaden für Unternehmen, 2. Aufl. 2018, CRn. 35 f.

19 Vgl. Rotsch/Taschke, Criminal Compliance, 2015, § 36 Rn. 13; Schockenhoff/NZG 2015, 409 (410); Zimmer BWV 2017, 32 (35).

20 S. dazu die näheren Ausführungen in Schockenhoff NZG 2015, 409 (413).

21 Moosmayer/Hartwig/Gropp-Stadler/Wolfgramm, Interne Untersuchungen – Praxisleitfaden für Unternehmen, 2. Aufl. 2018, CRn. 32.

22 Moosmayer/Hartwig/Gropp-Stadler/Wolfgramm, Interne Untersuchungen – Praxisleitfaden für Unternehmen, 2. Aufl. 2018, CRn. 32.

23 Moosmayer, Compliance – Praxisleitfaden für Unternehmen, 3. Aufl. 2015, Rn. 354, dort auch zum folgenden Satz; Kremer FS für Uwe H. Schneider zum 70. Geburtstag, 701 (713).

24 Moosmayer/Hartwig/Gropp-Stadler/Wolfgramm, Interne Untersuchungen – Praxisleitfaden für Unternehmen, 2. Aufl. 2018, CRn. 33. Vgl. auch Schockenhoff NZG 2015, 409 (411). Zur Aufnahme „Ethischen Verhaltens“ in den eigenen Code of Conduct s. Myers/Manthei, Corporate Compliance Answer Book, 2009, S. 146.

III. Offenlegungsverbote?

Ist man zur Offenlegung zwar nicht verpflichtet, so folgt daraus allein noch nicht, dass man zur Meldung des Verstoßes auch berechtigt ist. Vielmehr könnten einer freiwilligen Offenlegung gewisse „Meldeverbote“ entgegenstehen. Prinzipiell ist aber jeder dazu befugt, einen möglicherweise strafbaren Sachverhalt an die Behörden zu melden.²⁵ Dem zieht das Strafrecht durch §§ 145 d, 164 StGB Grenzen, welche „im Rahmen professionell durchgeführter interner Untersuchungen aber regelmäßig keine Rolle spielen“.²⁶

IV. Zwischenergebnis

Das deutsche Recht kennt keine generellen Meldepflichten oder -verbote bzgl. festgestellter Compliance-Verstöße. In bestimmten Fällen kann sich eine Offenlegungspflicht jedoch aus Fachgesetz oder behördlicher oder vertraglicher Verpflichtung ergeben.

C. Freiwillige Meldung aus taktischen Gründen

Gibt es aus *rechtlicher* Sicht keine Pflicht zur Meldung (und auch kein Verbot), so stellt sich jedoch die Frage, ob man den aufgedeckten Verstoß aus *unternehmenspolitischen* Gründen zur Anzeige bringen soll. Diese Entscheidung liegt im Ermessen der Geschäftsleitung und hat anhand der Interessen der Gesellschaft zu erfolgen, wobei „negative Folgen für die eigene Geschäftstätigkeit zu vermeiden oder zumindest abzumildern“²⁷ sind.²⁸

I. Bei der unternehmerischen Entscheidung zu berücksichtigende Faktoren

Im Folgenden sollen die einzelnen in die Entscheidung einzubeziehenden Punkte erörtert und ihre beiden Seiten aufgezeigt werden.

1. Straf- und OWi-Verfahren

Einer der wohl abschreckendsten Faktoren ist die mit einer Selbstanzeige einhergehende Gefahr, Ziel von (staatlichen) Straf- und/oder OWi-Verfahren²⁹ zu werden und damit die Kontrolle aus der Hand zu geben.³⁰ Die – häufig große – Chance, dass der Verstoß unentdeckt bleibt und verjährt, ist damit ausgeschlossen.³¹

Allerdings ermöglicht eine Selbstanzeige auch eine gewisse „Kontrolle über das Unkontrollierbare“, indem man einer Mitteilung durch Mitarbeiter, Kunden oder Wettbewer-

bern zuvorkommt. Man erhält sich dadurch die Möglichkeit, einen für das Unternehmen günstigen Zeitpunkt zu wählen und so Kollisionen mit Jahreshauptversammlungen oder ähnlichem zu vermeiden. Ferner behält das Unternehmen ein gewisses Maß an inhaltlicher Kontrolle, indem es den Umfang der Meldung selbst bestimmt.³² In diesem Zusammenhang ist aber zu berücksichtigen, dass durch die Mitteilung gegebenenfalls „schlafende Hunde“ geweckt werden und durch anschließende Ermittlungen mehr als ursprünglich beabsichtigt aufgedeckt wird.³³ Vor diesem Hintergrund ist es geboten, wenigstens einen begründeten Verdacht einer Compliance-Verletzung zu haben, also keinesfalls eine Anzeige „ins Blaue“ zu erstatten.³⁴

Eine eigene Mitteilung an die Behörden kann jedoch noch weitere Vorteile in Bezug auf das Verfahren haben: So bietet sie die Chance, „Ermittlungsmaßnahmen objektiver zu gestalten und die Mitverantwortlichkeit Dritter untersuchen zu lassen“³⁵ oder im Rahmen einer vollumfänglichen Kooperation mit der Behörde Kenntnis über den aktuellen Stand der behördlichen Ermittlungen zu erlangen.³⁶ Des Weiteren ist unter Umständen mit einer verbesserten Vertraulichkeit des Verfahrens zu rechnen.³⁷

2. Vergünstigungen und Sanktionen

Nicht zu unterschätzen ist die Gefahr empfindlicher, teilweise sogar existenzbedrohender Sanktionen und sonstiger vermögensgefährdender Folgen der Anzeige für das Unternehmen. Dem stehen allerdings Vergünstigungen (zB Reduzierung der Strafe, Absehen von Strafe, mildernde Umstände, etc.) bei einer Selbstanzeige gegenüber, sodass sich eine eigene Offenbarung im Vergleich zu einer Meldung durch einen anderen lohnen kann. Weitere Vergünstigungen sind etwa:

– Kronzeugenregelung im Kartellrecht³⁸

– § 47 OWiG: Einstellung aus Opportunitätsgründen/Verfolgung im pflichtgemäßen Ermessen der Verfolgungsbehörde³⁹

– Spielraum der Staatsanwaltschaft, statt eines Bußgeldbescheids nach § 30 Abs. 4 OWiG nur die Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils aus der Straftat über die Einziehung nach § 29 a OWiG zu erreichen⁴⁰

– § 30 OWiG iVm § 17 Abs. 3 OWiG: Berücksichtigung im Rahmen des Ermessens bei der Bemessung der Geldbuße⁴¹

– § 46 b StGB: Die Selbstanzeige gilt nur für den Täter selbst und scheidet damit für Unternehmen (jur. Person)

25 Wettner/Mann DStR 2014, 655 (656), wonach dies Ausdruck des Gedankens ist, „dass das Strafprozessrecht die Interessen der beschuldigten Personen hinreichend schützt“.

26 Wettner/Mann DStR 2014, 655 (656).

27 Kremer FS für Uwe H. Schneider zum 70. Geburtstag, 701 (703).

28 Kremer FS für Uwe H. Schneider zum 70. Geburtstag, 701 (713 f.); Schockenhoff NZG 2015, 409 (414); Zimmer BWV 2017, 32 (35). Vgl. auch Reichert/Ott ZIP 2009, 2173 (2180).

29 Zimmer BWV 2017, 32 (35).

30 Moosmayer, Compliance – Praxisleitfaden für Unternehmen, 3. Aufl. 2015, Rn. 352; Wettner/Mann DStR 2014, 655 (656 und 661).

31 Kremer FS für Uwe H. Schneider zum 70. Geburtstag, 701 (712 und 714).

32 Vgl. Rotsch/Bittmann, Criminal Compliance, 2015, § 35 B Rn. 10.

33 Vgl. Momsen/Grützner/Grützner, Wirtschaftsstrafrecht – Handbuch für die Unternehmens- und Anwaltspraxis, 2013, Kap. 4, Rn. 74.

34 Myers/Manthei, Corporate Compliance Answer Book, 2009, S. 131.

35 Minoggio, Unternehmensverteidigung, 3. Aufl. 2016, § 11 Rn. 9.

36 Moosmayer/Hartwig/Gropp-Stadler/Wolfgramm, Interne Untersuchungen – Praxisleitfaden für Unternehmen, 2012, S. 20.

37 Wessing/Dann/Di Bianco, Deutsch-Amerikanische Korruptionsverfahren, 2013, § 7 Rn. 4.

38 Vgl. zur Kronzeugenregelung Wiedemann/Hellmann, Handbuch des Kartellrechts, 3. Aufl. 2016, § 46 Rn. 64 ff.

39 Utz NZWiSt 2015, 377 (377); Niestedt/Trennt BB 2013, 2115 (2120).

40 Moosmayer, Compliance – Praxisleitfaden für Unternehmen, 3. Aufl. 2015, Rn. 355.

41 Utz NZWiSt 2015, 377 (377). Vgl. auch Karlsruher KommOWiG/Mitsch, 5. Aufl. 2018, § 17 Rn. 64.

aus.⁴² Auch eine eigene Selbstanzeige des Täters führt lediglich zur Milderung bzw. zum Absehen von dessen Strafe und lässt die Verbandsgeldbuße unberührt (§ 30 Abs. 4 OWiG). Allenfalls ist eine Berücksichtigung im Rahmen des Ermessens denkbar.

– § 371 AO: Die Selbstanzeige im Steuerrecht führt dazu, dass die Tat nicht mehr verfolgbar ist und dadurch keine Anknüpfungstat für § 30 OWiG besteht.⁴³

– § 22 Abs. 4 AWG: Selbstanzeige im Außenwirtschaftsrecht⁴⁴

– § 261 Abs. 9 StGB: Selbstanzeige bei Geldwäsche

– § 266 a Abs. 6 StGB: Selbstanzeige bei Nichtabführen von SV-Beiträgen

– vergaberechtliche Selbstreinigung⁴⁵

Zu beachten ist jedoch, dass man sich häufig „trotz umfangreicher Kooperation nicht sicher sein [kann] [...], in den Genuss der Straffreiheit zu kommen“⁴⁶ und der Bonus der Selbstanzeige, insbesondere bei bereits zuvor erfolgter Meldung durch einen anderen, teilweise oder vollständig entfallen kann.⁴⁷ Damit muss auch eine Offenlegung zur Vermeidung/Verringerung von Sanktionen vorher gut durchdacht werden. Auswirkungen auf das Gesellschaftsvermögen sind nämlich nicht nur durch Geldbußen nach §§ 30, 130 OWiG und Kartellrecht zu erwarten, sondern umfassen auch die Einziehung (§§ 73 ff. StGB oder § 29 a OWiG), die Auflösung der juristischen Person (§ 62 GmbHG und § 396 AktG), Auswirkungen auf die Tätigkeit (Tätigkeitsbeschränkungen nach §§ 35, 33 KWG; Gewerbeuntersagung nach § 35 GewO; Tätigkeitsverbot nach § 16 Abs. 3 HandwO), vergaberechtliche Konsequenzen (wie etwa der Ausschluss von Bieterverfahren) sowie die drohende zivilrechtliche Haftung und die „Kosten für Aufklärung, Abhilfemaßnahmen und Steuernachzahlungen“⁴⁸ bei Compliance-Verstößen.⁴⁹

3. Reputation des Unternehmens

Nicht zu vernachlässigen sind auch die Auswirkungen auf die Reputation des Unternehmens – und zwar bei Kunden, Zulieferern, sonstigen Geschäftspartnern sowie dem potentiellen Nachwuchs.⁵⁰

In großen Wirtschafts- und Strafsachen werden Ermittlungsverfahren häufig frühzeitig öffentlich bekannt.⁵¹ Was ursprünglich als Kontrolle und für mehr Transparenz gedacht war, führt heute schnell zu einer Prangerwirkung, zum Teil sogar gewollt.⁵² Das Interesse der Presse ist dabei

häufig vom Zufall abhängig,⁵³ staatliche Ermittlungsmaßnahmen werden als Bestätigung der Vorwürfe gesehen.⁵⁴ Die Einstufung der Kreditwürdigkeit und sonstiger Unternehmensbewertungen können darunter leiden und die „Motivation und Loyalität der Mitarbeiter [sinken], wenn sie fortlaufend im beruflichen und privaten Umfeld auf die Compliance Probleme ihres Unternehmens angesprochen werden.“⁵⁵

Zu bedenken ist jedoch, dass der gute Ruf des Unternehmens durch die Selbstanzeige nur dann in Gefahr gerät, wenn der Verstoß andernfalls nicht ans Licht gekommen wäre. Wäre er auch so entdeckt worden, so wäre er unter Umständen noch größer. So zeigt eine Selbstanzeige doch ein gewisses Maß an Einsicht und die Selbstaufklärung gilt als Zeichen eines effektiven Compliance-Systems⁵⁶ und wirkt dadurch durchaus positiv.⁵⁷ Auch besteht bei einer anschließenden Kooperation mit der Behörde die Möglichkeit, dass zugunsten des Unternehmens mehr Diskretion gewährt wird⁵⁸ und die negativen Auswirkungen zum Beispiel durch die Absprache von Pressemitteilungen möglichst gering gehalten werden.⁵⁹

4. Bindung an Selbstanzeige

Nicht vergessen werden darf, dass eine Selbstanzeige irreversibel ist. Ist sie erst einmal erstattet, kann sie nur noch in Ausnahmefällen⁶⁰ wieder beseitigt werden.⁶¹ Mit einer erfolgten Selbstanzeige geht oft die Erwartung der Behörde einher, das Unternehmen werde nun während des gesamten Verfahrens vollumfänglich kooperieren und berücksichtigt so fehlende weitere Kooperation negativ oder streicht sogar den Selbstanzeige-Bonus.⁶² Das vorläufige Unterlassen einer Selbstanzeige kann dagegen durch Nachholung (sofern dazwischen noch nichts anderes – wie eine Meldung durch andere – geschehen ist) wieder revidiert werden.⁶³

Zu berücksichtigen ist zudem, dass sich nach einer freiwilligen Meldung im Rahmen der dann oft vereinbarten Kooperation die behördliche Pflicht ergeben kann, auch weitere entdeckte Verstöße zu melden, die im Zusammenhang mit dem aktuellen Sachverhalt stehen (s.o. B. II.), sodass sich insofern durch eine freiwillige Selbstanzeige die Pflicht zu weiteren Selbstanzeigen ergeben kann.

42 Waltenberg wistra 2018, 191 (192).

43 Vgl. BeckOK OWiG/Meyberg, 20. Ed., Stand 1.10.2018, § 30 OWiG Rn. 62.

44 Zur Selbstanzeige nach § 22 IV AWG s. Krausel/Prieß NStZ 2013, 688; Niestedt/Trennt BB 2013, 2115 (2118 ff.); Pelz/Hofschneider wistra 2014, 1.

45 Zur vergaberechtlichen Selbstreinigung s. Schnitzler BB 2016, 2115.

46 Utz NZWiSt 2015, 377 (379).

47 Myers/Manthei, Corporate Compliance Answer Book, 2009, S. 131.

48 Zimmer BWV 2018, 33 (34).

49 Vgl. Moosmayer, Compliance – Praxisleitfaden für Unternehmen, 3. Aufl. 2015, Rn. 39 ff. sowie Minoggio, Unternehmensverteidigung, 3. Aufl. 2016, § 3 Rn. 5 ff., Rn. 61 ff.

50 Moosmayer, Compliance – Praxisleitfaden für Unternehmen, 3. Aufl. 2015, Rn. 69 f. und 352; Zimmer BWV 2018, 33 (34 f.).

51 Minoggio, Unternehmensverteidigung, 3. Aufl. 2016, § 3 Rn. 74, dort auch zum folgenden Satz.

52 Vgl. Naming and Shaming in § 57 GwG.

53 Minoggio, Unternehmensverteidigung, 3. Aufl. 2016, § 3 Rn. 77.

54 Kremer FS für Uwe H. Schneider zum 70. Geburtstag, 701 (703).

55 Moosmayer, Compliance – Praxisleitfaden für Unternehmen, 3. Aufl. 2015, Rn. 69.

56 Zum Zeichen einer effektiven Compliance s. Moosmayer/Hartwig/Moosmayer, Interne Untersuchungen – Praxisleitfaden für Unternehmen, 2. Aufl. 2018, A Rn. 3.

57 Vgl. nur Rotsch/Taschke, Criminal Compliance, 2015, § 36 Rn. 9, wonach die Selbstanzeige eine für alle sichtbare Distanzierung vom Rechtsverstoß darstellt.

58 Wessing/Dann/Di Bianco, Deutsch-Amerikanische Korruptionsverfahren, 2013, § 7 Rn. 4.

59 Moosmayer/Hartwig/Gropp-Stadler/Wolfgramm, Interne Untersuchungen – Praxisleitfaden für Unternehmen, 2. Aufl. 2018, C Rn. 40. Vgl. auch Wybitul BB 2009, 606 (609).

60 Vgl. hierzu Minoggio, Unternehmensverteidigung, 3. Aufl. 2016, § 10 Rn. 18, § 11 Rn. 20 ff.

61 Momsen/Grützner/Grützner, Wirtschaftsstrafrecht – Handbuch für die Unternehmens- und Anwaltspraxis, 2013, Kap. 4, Rn. 73; Wessing/Dann/Di Bianco, Deutsch-Amerikanische Korruptionsverfahren, 2013, § 7 Rn. 5.

62 Vgl. hierzu Myers/Manthei, Corporate Compliance Answer Book, 2009, S. 144.

63 Wessing/Dann/Di Bianco, Deutsch-Amerikanische Korruptionsverfahren, 2013, § 7 Rn. 5.

5. Weitere Faktoren

Bei der Gesamtabwägung, ob ein Compliance-Fall freiwillig gemeldet werden soll oder nicht, sind ferner folgende Faktoren zu berücksichtigen:

- die Wahrscheinlichkeit der Meldung durch Mitarbeiter, Kunden oder Wettbewerber⁶⁴
- die Möglichkeit der unter Umständen rascheren Aufklärung des Vorwurfs⁶⁵
- die mit einem Verfahren unter Umständen verbundene Behinderung des operativen Geschäfts, indem bspw. Führungskräfte massiv durch Gerichtstermine in strafrechtlichen Hauptverfahren gebunden werden⁶⁶ oder der Geschäftsbetrieb durch Untersuchungen gestört wird
- die bereits bestehende (gute oder schlechte) Beziehung zu Behörden⁶⁷
- das Unterstreichen einer Zero-Tolerance-Policy⁶⁸
- die Gefahr, dass sich Mitarbeiter bei einer Meldung an die Strafverfolgungsorgane bei zukünftigen Fällen nicht mehr an den Compliance-Officer wenden⁶⁹
- die Herbeiführung eines Beschuldigtenstatus, um ggf. Beschlagnahmeschutz zu erreichen⁷⁰
- eine einheitliche Linie, wenn auch eine Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche erstrebt wird⁷¹
- die Tatsache, ob es sich bei dem Verstoß um einen rein internen Vorgang (zB interner Diebstahl oder Untreue) oder einen Verstoß mit Außenwirkung (insbesondere Korruption, Kartell oder Verstoß gegen Außenwirtschaftsrecht) handelt;⁷² bei einem rein internen Verstoß können noch weitere Punkte relevant werden: Erstattung von Anzeige als Geschädigter aus versicherungsrechtlichen Gründen; Hoffnung auf Unterstützung bei der Aufklärung; Verminderung des finanziellen Schadens; eigenes Interesse an strafrechtlicher Verfolgung durch externe Ermittlungsorgane mit deutlich weiter reichenden Ermittlungsbefugnissen und Akteneinsichtsrecht (hilfreich für Schadensersatzansprüche, etc.).⁷³

64 Wessing/Dann/Di Bianco, Deutsch-Amerikanische Korruptionsverfahren, 2013, § 7 Rn. 5, vgl. auch *Kremer* FS für Uwe H. Schneider zum 70. Geburtstag, 701 (714).

65 *Moosmayer*, Compliance – Praxisleitfaden für Unternehmen, 3. Aufl. 2015, Rn. 350.

66 *Minoggio*, Unternehmensverteidigung, 3. Aufl. 2016, § 3 Rn. 86.

67 Wessing/Dann/Di Bianco, Deutsch-Amerikanische Korruptionsverfahren, 2013, § 7 Rn. 5.

68 *Kremer* FS für Uwe H. Schneider zum 70. Geburtstag, 701 (714); *Minoggio*, Unternehmensverteidigung, 3. Aufl. 2016, § 10 Rn. 47. Vgl. auch *Taschke* NZWiSt 2012, 89 (92).

69 *Kremer* FS für Uwe H. Schneider zum 70. Geburtstag, 701 (714).

70 S. dazu *Rieder/Menne* CCZ 2018, 203 (208) und *Pelz* CCZ 2018, 211 (217).

71 *Rotsch/Taschke*, Criminal Compliance, 2015, § 36 Rn. 10 sowie *Taschke* NZWiSt 2012, 89 (92).

72 *Moosmayer*, Compliance – Praxisleitfaden für Unternehmen, 3. Aufl. 2015, Rn. 352, dort auch zum folgenden Text.

73 *Wettner/Mann* DStR 2014, 655 (656 und 661). Vgl. auch *Moosmayer/Hartwig/Gropp-Stadler/Wolfgramm*, Interne Untersuchungen – Praxisleitfaden für Unternehmen, 2. Aufl. 2018, C Rn. 40 sowie *Rotsch/Taschke*, Criminal Compliance, 2015, § 36 Rn. 9.

II. Grenzen des Ermessens

1. Organhaftung

Wie hat das Unternehmensorgan sein Ermessen auszuüben, einen Compliance-Fall zu melden oder nicht? Eine Grenze der Ermessensentscheidung kann in der Organhaftung nach § 93 Abs. 2 S. 1 AktG/§ 43 GmbHG gesehen werden. Denn auch eine freiwillige Meldung kann eine Pflichtverletzung darstellen, obwohl nach § 158 Abs. 1 S. 1 StPO jedermann das Recht zur Strafanzeige hat. Dieses Recht besteht „keinesfalls vorbehaltlos“⁷⁴ und kann damit eine Schranke in der sich aus dem Organverhältnis ergebenden Treuepflicht finden, welche die Organmitglieder dazu verpflichtet, „immer im Interesse der Gesellschaft zu handeln und sie vor Nachteilen zu schützen“.⁷⁵ Wie oben bereits dargestellt, kann eine Offenlegung des Compliance-Verstoßes nicht nur mit Vergünstigungen, sondern auch mit erheblichen Nachteilen einhergehen und damit dem Interesse der Gesellschaft entgegenstehen. Bei der Frage nach einer freiwilligen Meldung handelt es sich folglich um eine Entscheidung „unter Unsicherheit, [der] [...] größtenteils prognostische Elemente zugrunde liegen und die nicht der ex post eingreifenden gerichtlichen Kontrolle unterliegen“ soll.⁷⁶ Deshalb fällt sie auch in den Anwendungsbereich der Business Judgment Rule nach § 93 Abs. 1 S. 2 AktG.⁷⁷

Das Handeln auf Grundlage angemessener Information, die Freiheit von Sonderinteressen und sachfremden Einflüssen sowie die Gutgläubigkeit diesbezüglich dürften in diesem Kontext meist keine Probleme aufwerfen. Jedoch muss auch „zum Wohle der Gesellschaft“ gehandelt werden, wobei „der Vorstand nicht nur subjektiv der Auffassung sein muss, zum Besten der Gesellschaft zu handeln, sondern [...] diese Einschätzung auch aus der maßgeblichen Perspektive ex ante objektiv plausibel [...] erscheinen [en]“ muss.⁷⁸ Die „Grenze [sei jedoch] erst dann überschritten, wenn das mit der unternehmerischen Entscheidung verbundene Risiko in völlig unverantwortlicher Weise falsch beurteilt worden ist“.⁷⁹

Während die subjektive Komponente idR keine Schwierigkeiten bereiten wird, da die Geschäftsleitung wohl kaum eine Meldung vornehmen wird, wenn sie nicht davon ausgeht, dass diese im Interesse der Gesellschaft liegt, kann die objektive Plausibilität aus ex ante Sicht nicht ohne vorherige Bestimmung des richtigen Blickwinkels und Bezugspunkts zur Beurteilung des Unternehmensinteresses vorgenommen werden. Dies ist insbesondere dann von Bedeutung, wenn zu klären ist, ob dem Vorstandsmitglied ein Vorwurf gemacht werden kann, wenn es „kalte Füße“ bekommt und den Verstoß meldet, obwohl es die Auswirkungen (Durchsuchungen, schlechte Presse, etc.) auf das

74 *Schemmell/Ruhmannseder/Witzigmann*, Hinweisgebersysteme – Implementierung in Unternehmen, 2012, 4. Kap., Rn. 147.

75 *Hölters/Hölters*, Aktiengesetz, 3. Aufl. 2017, § 93 Rn. 114. Vgl. auch *MüKoAktG/Spindler*, 4. Aufl. 2014, § 76 Rn. 13.

76 Zur Definition der unternehmerischen Entscheidung s. *MüKoAktG/Spindler*, 4. Aufl. 2014, § 93 Rn. 36. Zur Einordnung der Entscheidung über die Zusammenarbeit mit der Staatsanwaltschaft als unternehmerische Entscheidung s. *Hüffer/Koch/Hüffer/Koch*, AktG, 13. Aufl. 2018, § 93 Rn. 18. Vgl. auch *Schockenhoff* NZG 2015, 409 (414).

77 *Schockenhoff* NZG 2015, 409 (414); *Kremer* FS für Uwe H. Schneider zum 70. Geburtstag, 701 (703).

78 *Kölner KommentarAktG/Mertens/Cahn*, 3. Aufl. 2010, § 93 Rn. 23.

79 *Hüffer/Koch*, AktG, 13. Aufl. 2018, § 93 Rn. 23.

Unternehmen hätte sehen müssen. Diese Auswirkungen auf die Gesellschaft können bei der objektiven Plausibilitätsprüfung nur dann belastend herangezogen werden, wenn (ex ante) davon auszugehen ist, dass sie im Falle des Schweigens des Vorstands nicht eingetreten wären. Dies wäre nur der Fall, wenn der Verstoß unentdeckt geblieben und verjährt wäre. Davon kann aber keineswegs sicher ausgegangen werden, v.a. wenn der Compliance-Verstoß Drittbezug aufweist. Vielmehr schwebt ständig das Schwert über der Gesellschaft, dass der Verstoß anderweitig entdeckt wird und mangels Bonus durch Selbstanzeige alles noch schlimmer wird. Mit Blick darauf können die durch die Offenlegung hervorgerufenen Auswirkungen auf das Unternehmen vergleichsweise „harmlos“ sein. Bei der Klärung der Frage, was im Interesse der Gesellschaft liegt, ist also zunächst der richtige Bezugspunkt zu finden, welcher im Zweifel wohl das Szenario bei Meldung durch Dritte ist, da diese nie sicher ausgeschlossen werden kann und für das Unternehmen typischerweise noch nachteiliger als eine eigene Meldung ist.

Damit ergibt sich aus der Entscheidung zur⁸⁰ (!) Offenlegung (idR) keine Haftung des Vorstands, obwohl eine Meldung mit erheblichen Auswirkungen auf das Unternehmen einhergeht.

2. Sonderfall: Ermessensreduzierung auf Null

a) Pflicht zur Offenlegung

Die Geschäftsleitung hat zwar grundsätzlich ein weites unternehmerisches Ermessen, was die Meldung von Verstößen anbelangt, allerdings kann dieses in seltenen Fällen auf Null reduziert sein, was haftungsrechtlich einer Meldepflicht gleichkommt.⁸¹

Denkbar ist dies zum einen in Fällen, in denen allein eine Meldung dem Unternehmensinteresse entspricht.⁸² Dies wäre bspw. dann der Fall, wenn eine Aufdeckung des Verstoßes als so gut wie sicher erscheint und ohne den Bonus einer freiwilligen Offenlegung die Existenz der juristischen Person gefährdet wäre.⁸³ Zum anderen besteht eine solche Ermessensreduktion auch dann, wenn die Pflicht zur Aufklärung, Abstellung und Sanktionierung des Compliance-Verstoßes nur durch die Einschaltung der Behörden möglich ist, weil „die hinreichende Aufklärung des Sachverhalts nur durch Einschaltung der Ermittlungsbehörden gewährleistet werden kann [...] [oder] andere Sanktionsmittel nicht zur Verfügung stehen, keinen Erfolg versprechen oder in Anbetracht von Art und Schwere der Tat keine angemessene Sanktion darstellen.“⁸⁴

80 Nach Momsen/Grützner/Grützner, Wirtschaftsstrafrecht – Handbuch für die Unternehmens- und Anwaltspraxis, 2013, Kap. 4, Rn. 73 soll sogar die Entscheidung gegen eine Offenlegung idR keinen „Anknüpfungspunkt für eine Aufsichtspflichtverletzung“ bieten.

81 Vgl. Schockenhoff NZG 2015, 409 (415) sowie Kremer FS für Uwe H. Schneider zum 70. Geburtstag, 701 (713), wonach deshalb bei schweren Verstößen eine Mitteilung durch den Vorstand zumindest zu prüfen ist.

82 Vgl. Rotsch/Taschke, Criminal Compliance, 2015, § 36 Rn. 9. Ebenso Momsen/Grützner/Grützner, Wirtschaftsstrafrecht – Handbuch für die Unternehmens- und Anwaltspraxis, 2013, Kap. 4, Rn. 458 ff., wonach dies bspw. der Fall sein soll, wenn es um die Rückführung erheblicher Vermögenswerte geht.

83 Zur Ermessensreduzierung auf Null im Falle einer Existenzgefährdung s. Schockenhoff NZG 2015, 409 (415).

84 Reichert/Ott ZIP 2009, 2173 (2180).

b) Pflicht zum Schweigen?

Eine Ermessensreduzierung auf Null ist theoretisch auch in die andere Richtung denkbar, also dahingehend, dass eine Meldung an die Behörden zu unterbleiben hat oder in anderen Worten, dass kein Melderecht besteht.

Ist eine Ermessensreduzierung auf Null zur Offenlegungspflicht aber schon nur in sehr seltenen Fällen anzunehmen, so ist sie in Richtung eines Meldeverbots so gut wie ausgeschlossen. Wie oben bereits dargestellt, kann eine anderweitige Entdeckung des Verstoßes fast nie ausgeschlossen werden. Ein Meldeverbot käme damit nur dann in Betracht, wenn anzunehmen wäre, dass eine Meldung sicher nicht im Unternehmensinteresse liegt, etwa weil ein anderweitiges Bekanntwerden des Verstoßes ausgeschlossen ist oder durch die Selbstanzeige ein im Vergleich zur anderweitigen Entdeckung weit höherer Schaden entstünde. Beides dürfte in der Praxis idR nicht vorkommen.

D. Folgerungen für die Praxis

Auch wenn Verdachtsmomente auf Compliance-Verstöße oft hektische oder gar panische Reaktionen auszulösen geeignet sind: Für die Praxis empfiehlt sich – gerade aufgrund der Tragweite – eine wohlüberlegte und nicht voreilig getroffene Entscheidung. Insbesondere sollte bei einer Einschaltung der Behörden zumindest ein begründeter, hinreichend belegter Verdacht bestehen, um nicht unnötige Unannehmlichkeiten zu verursachen.⁸⁵ Die Entscheidung sowie der zugrundeliegende Entscheidungsprozess sind sorgfältig zu begründen und zu dokumentieren, um den Vorwurf einer Sorgfaltspflichtverletzung auszuschließen oder widerlegen zu können.⁸⁶

Die Entscheidung selbst ist stets einzelfallabhängig, wobei es eine Reihe von Punkten gibt, die eher für eine Entscheidung in die eine oder andere Richtung sprechen. So wird man eine rein interne Straftat umso seltener zur Anzeige bringen, je geringfügiger sie ist (zB einfacher Diebstahl), da sowohl die Wahrscheinlichkeit anderweitiger Aufdeckung als auch die damit einhergehende Gefahr von Reputationsschäden äußerst gering sind und somit in keinem Verhältnis zur Belastung des Unternehmens durch ein Straf- oder Ordnungswidrigkeitenverfahren stehen. Dagegen sind Straftaten von Leitungspersonen aufgrund drohender Reputationsschäden umso eher zu melden, je größer der Schaden bei Dritten oder je höchstpersönlicher das geschädigte Rechtsgut ist, um sich nicht später den Vorwurf stillschweigenden Einverständnisses⁸⁷ gefallen lassen zu müssen. Bei Kartellen ist zu berücksichtigen, dass sie aufgrund der Kronzeugenregelung eine Sonderform darstellen, da diese auch für die Mitkartellanten einen hohen Anreiz zur Offenlegung bildet und damit grundsätzlich eine höhere Aufdeckungswahrscheinlichkeit als in anderen Fällen besteht.

E. Zusammenfassung

Abgesehen von einzelnen Fachgesetzen besteht in Deutschland keine Pflicht zur Meldung eines Compliance-Verstoßes an die Behörden. Die Entscheidung über die Offenle-

85 Vgl. Myers/Manthei, Corporate Compliance Answer Book, 2009, S. 131.

86 Kremer FS für Uwe H. Schneider zum 70. Geburtstag, 701 (714).

87 Vgl. Rotsch/Taschke, Criminal Compliance, 2013, § 36 Rn. 7.

gung liegt im Ermessen der Geschäftsleitung und ist anhand der Interessen der Gesellschaft zu beurteilen – insbes. im Hinblick auf das Gesellschaftsvermögen sowie deren Reputation. Im Einzelfall kann sich dieses Ermessen auch auf Null reduzieren. Bekommt die Geschäftsleitung „kalte Füße“ und meldet den Verdacht, so folgt daraus (idR) keine Haftung, selbst wenn sich diese Entscheidung ex post als nachteiliger herausstellen sollte.

KONTAKT:

Dr. Mark Zimmer
Gibson, Dunn & Crutcher LLP
Hofgarten Palais

Marstallstr. 11
80539 München
Tel.: 089/189 33-130
Fax: 089/189 33-330
mzimmer@gibsondunn.com

Dipl.-Jur. Univ. Veronika Weigl
Gibson, Dunn & Crutcher LLP
Hofgarten Palais
Marstallstr. 11
80539 München
Tel.: 089/189 33-0
Fax: 089/189 33-330
vweigl@gibsondunn.com

