

# Webinar: Vermeidung von Bußgeldrisiken und der richtige Umgang mit Verdachtsfällen

## 16. Juni 2020

SESSION 1: 11:30 – 12:30 Uhr

**Dr. Robert Weber:** Bußgeldrisiken für Unternehmen, Regress gegen Organe sowie aktienrechtliche Möglichkeiten und Grenzen einer Freistellung durch den Aufsichtsrat

**Dr. Gabriele Haas:** Gestaltungsmöglichkeiten und Grenzen einer Übernahme von Verteidigungskosten und Bußgeldern

PAUSE: 12:30 – 13:15 Uhr

SESSION 2: 13:15 – 14:30 Uhr

**Dr. Lars Kutzner:** Unternehmensinterne Untersuchungen – Risiko oder Chance

**Frank Lenzen:** Der Mitarbeiter: Pflicht zur Mitwirkung – Recht zum Schweigen

**Dr. Christian Schefold:** Unternehmensinterne Untersuchungen bei Verfahren im Ausland

# Bußgeldrisiken für Unternehmen

Regress gegen Organe sowie aktienrechtliche  
Möglichkeiten und Grenzen einer Freistellung  
durch den Aufsichtsrat

**Dr. Robert Weber**  
**Dentons Europe LLP**

16. Juni 2020

# Bußgeldregress gegen Organmitglieder

# Zunehmende Bußgeldrisiken

- **Höhe von Bußgeldern gegen Unternehmen steigt in den vergangenen Jahren**
  - ➔ Z.B. Bußgeldpraxis der BaFin (WpHG-Bußgeldleitlinien II) oder des Bundeskartellamts (Leitlinien für die Bußgeldzumessung im Kartellordnungswidrigkeitenverfahren)
- **Zukünftig voraussichtlich auch Verbandsgeldsanktionen (Entwurf Verbandssanktionengesetz, VerSanG-E)**
- **Können sich Gesellschaften bei ihren Organmitgliedern **schadlos halten?****
  - ➔ **Schadensersatzansprüche** gegen Vorstandsmitglieder?

# Regressansprüche gegen Organmitglieder

- **Schadensersatzansprüche gegen Vorstandsmitglieder**
  - Voraussetzungen einer Schadensersatzhaftung für Bußgelder ( § 93 Abs. 2 S. 1 AktG):
    - **Pflichtverletzung** und **Verschulden** des Vorstandsmitglieds
    - Daraus Entstehung eines **ersatzfähigen Schadens** bei der Gesellschaft
  - **Beweislast**
    - Gesellschaft hat den Eintritt eines Schadens zu beweisen; zudem Darlegung einer zumindest möglicherweise pflichtwidrigen Handlung
    - Vorstandsmitglied trägt dann Beweislast für fehlende Pflichtverletzung und fehlendes Verschulden ( § 93 Abs. 2 S. 2 AktG)
- **Aufsichtsrat ist grds. verpflichtet, durchsetzbare Regressansprüche gegen Vorstandsmitglieder geltend zu machen**
- **Regressnahme liegt allerdings teils nicht im Gesellschaftsinteresse**

# **Bußgelder/Verbandsgeld- sanktion und Begleiteinbußen als ersatzfähiger Schaden?**

# Bußgelder/Verbandsgeldsanktionen als ersatzfähiger Schaden? (1)

- Bußgelder: Sog. **“Ahndungsteil”** (Sanktion) und ggf. sog. **“Abschöpfungsteil”** (Abschöpfung erzielter Gewinne)
  - ➔ **“Abschöpfungsteil” kein ersatzfähiger Schaden** (ganz h.M.)
- **Haftung des Vorstandsmitglieds für Ahndungsteil bereits dem Grunde nach umstritten**
  - Bußgeld bereits **grds. (dem Grunde nach) kein ersatzfähiger Schaden** - überwiegende instanzgerichtliche Rechtsprechung (LAG Düsseldorf, CCZ 2015, 185 ff.; LG Frankfurt a.M., Az. 3-13 O 72/17) und Teile der Literatur
  - Bußgeld als **grds. ersatzfähiger Schaden** der Gesellschaft – h.M. in der Literatur
    - Bislang keine Entscheidung des BGH
    - Aber: BGH hat in anderen Fällen Bußgeldregress zugelassen
  - ➔ **Dennoch Risiko, dass Bußgelder bereits grds. nicht als ersatzfähiger Schaden anerkannt werden**
- **Bei Verbandsgeldsanktionen nach dem VerSanG-E ähnliche Regress-Problematik**

# Bußgelder/Verbandsgeldsanktionen als ersatzfähiger Schaden (2)

- **Haftung des Vorstandsmitglieds für Ahndungsteil auch der Höhe nach umstritten**
  - Ahndungsteil **in voller Höhe** ersatzfähiger Schaden
  - Nur ersatzfähig in der **Höhe**, in welcher auch ein **Bußgeld gegen den Vorstand persönlich** hätte verhängt werden können – wohl ArbG Essen (NZKart 2014, 193 (195))
  - Begrenzung der Haftung nach den **Umständen des Einzelfalls** (insbesondere abhängig vom Grad des Verschuldens)
- **Zudem Vorteilsausgleichung: Gesellschaft muss sich auf ihren Ersatzanspruch Vorteile anrechnen lassen, die sie durch den Verstoß erzielt hat**
- **Auch diese Problematik ist auf VerSanG-E übertragbar**

# Weitere Schäden (1)

- **Rechtsanwaltskosten, Kosten interner Ermittlungen**
  - Häufig (umfangreiche) interne Ermittlungen zur Aufdeckung von Verstößen
    - ➔ Vgl. auch §§ 16 f. VerSanG-E
  - Gute Gründe sprechen dafür, dass entstehende Kosten **dem Grunde nach** ersatzfähiger Schaden sind
  - Allerdings **umstritten, in welcher Höhe** (volle Höhe/nur gesetzliche Gebühren?)
  - Auch hier zudem Frage einer **Begrenzung** der Haftung **nach den Umständen des Einzelfalls**





## Weitere Schäden (2)

- **Schadensersatzansprüche Dritter gegen die Gesellschaft wegen des bußgeldbewehrten Verstoßes**
  - Z.B. Schadensersatzansprüche von Kartellgeschädigten ( § 33a GWB) stellen grds. ersatzfähigen Schaden der Gesellschaft dar
  - Aber auch hier Frage der **Begrenzung** der Haftung **nach den Umständen des Einzelfalls**
  - Zudem ebenfalls Vorteilsausgleichung

# Weitere Voraussetzungen und Probleme einer Regressnahme

# Pflichtverletzungen bei Bußgeldverhängung

## • Pflichtverletzung des Vorstands

- Mitwirkung des Vorstandsmitglieds an Verstoß gegen bußgeldbewehrte Vorschriften ist grds. Pflichtverletzung gegenüber der Gesellschaft
- Verstoß wird auch nicht dadurch legitimiert, dass er im Interesse der Gesellschaft erfolgt (keine Privilegierung “nützlicher” Pflichtverletzungen)
- Im Übrigen möglicherweise Verletzung der **Überwachungspflicht** für nachgeordnete Unternehmensebenen, auf denen Verstöße begangen werden (vgl. auch § 3 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E)



Aber: Keine Haftung bei **zulässiger Delegation** und **Erfüllung der Überwachungspflichten**

# Verschulden bei Bußgeldverhängung

- **Verschulden: Entlastung für Vorstandsmitglied i.d.R. schwierig**
  - Bereits leichte Fahrlässigkeit genügt für einen Verschuldensvorwurf
  - Organmitglied muss grds. darlegen und beweisen, dass seine Pflichtverletzung nicht verschuldet war ( § 93 Abs. 2 S. 2 AktG)
- **Aber: Entlastung insbesondere möglich, wenn Vorstand/Aufsichtsrat auf Expertenrat hin (z.B. anwaltliches Gutachten) gehandelt hat – Voraussetzungen:**
  - Beratung durch einen **unabhängigen**, für die zu klärende Frage **fachlich qualifizierten** Berufsträger
  - **Umfassende Darstellung** der Verhältnisse der Gesellschaft und Offenlegung der erforderlichen Unterlagen
  - Sorgfältige Kontrolle des erteilten Rats auf Plausibilität hin (**Plausibilitätskontrolle**)

(Sog. **ISION-Rechtsprechung**, BGH, NZG 2011, 1271 (Rz. 18))

# Verjährung

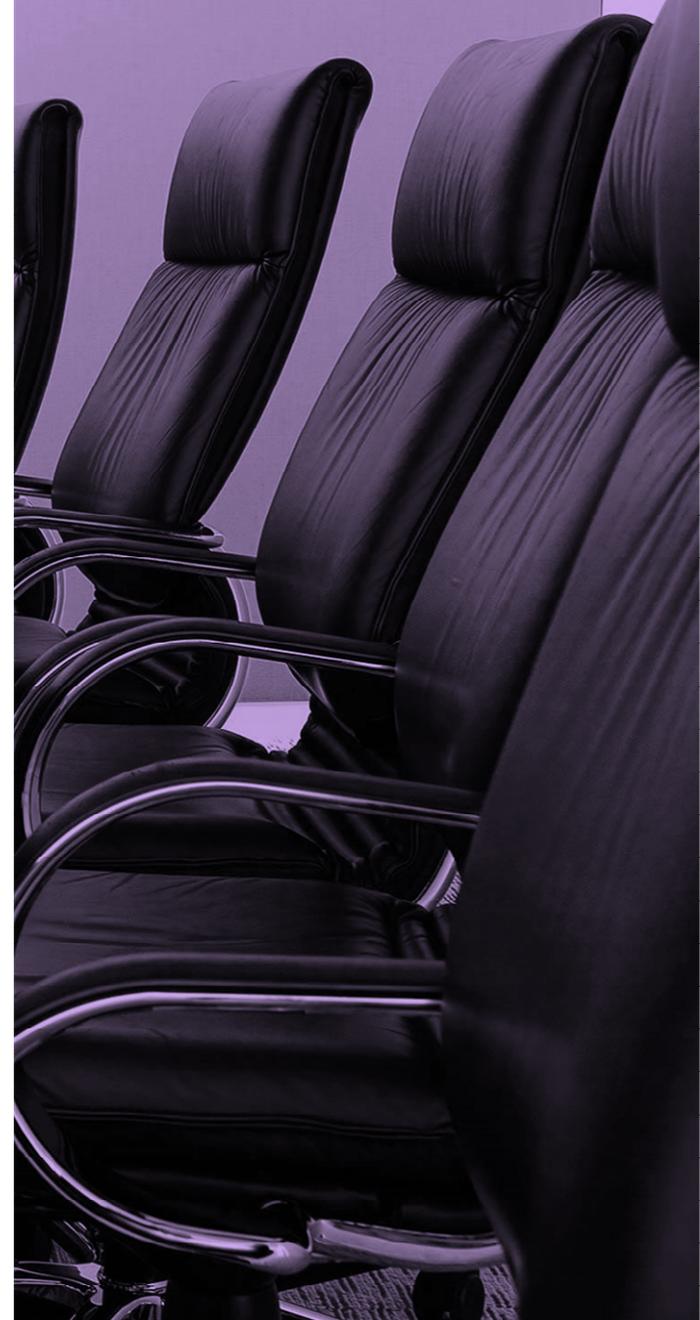
- Schadensersatzansprüche nach § 93 AktG verjähren in **zehn Jahren** (bei nichtbörsennotierten Gesellschaften fünf, § 93 Abs. 6 AktG)
- Frist beginnt ab Entstehung des Anspruchs, unabhängig von der Kenntnis der Gesellschaft
- **Verjährung Ersatzansprüche Bußgeld/Verbandsgeldsanktion**
  - ➔ Beginn der Verjährungsfrist: Mit Einleitung des Bußgeldverfahrens/Entstehung erster Kosten (i.d.R. interne Ermittlungskosten)/**Zustellung des Bußgeldbescheides / Sanktionsbescheids ( § 50 VerSanG-E)**?
- **Verjährung von Ersatzansprüchen wegen Rechtsanwalts-/ Ermittlungskosten und wegen der Schadensersatzansprüche Dritter**
  - ➔ Einheitlicher Fristbeginn (**Grundsatz der Schadenseinheit**)?

# **Pflicht zur Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen?**

## Verfolgungspflichten des Aufsichtsrats

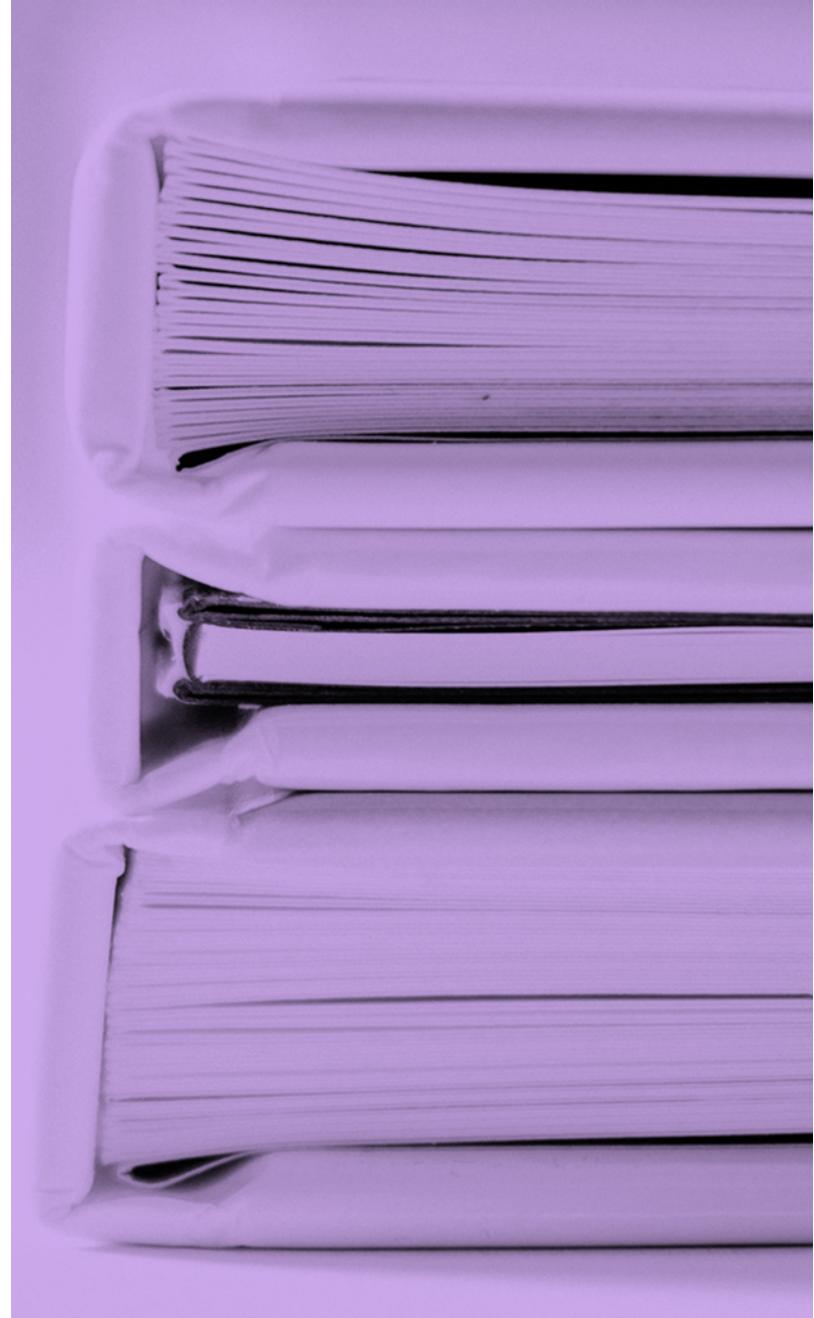
# Problematik

- Unter Umständen **widerspricht Durchsetzung** von Ersatzansprüchen gegen den Vorstand dem **Gesellschaftsinteresse**
- Aber ARAG/Garmenbeck-Rechtsprechung (BGH, NJW 1997, 1926, 1927 f.)
  - Grds. **Pflicht** des Aufsichtsrats, die Erfolgsaussichten einer gerichtlichen Geltendmachung zu prüfen und durchsetzbare **Ersatzansprüche geltend zu machen**
  - Nur ausnahmsweise **Absehen von der Verfolgung** aus überwiegenden Gründe des Gesellschaftswohls



# Folgen für Ersatzansprüche wegen Bußgeldern/ Verbandsgeldsanktion (1)

- **Erfolgsaussichten einer Geltendmachung von Regressansprüchen **problematisch**:**
- Umstritten, ob Bußgelder ersatzfähigen Schaden darstellen (s.o.)
  - ➔ Ähnliche Problematik für Verbandsgeldsanktionen nach dem VerSanG-E
- Gerade bei hohen Summen wird Ersatzanspruch zudem oftmals nur in (geringen) Teilen von Vermögen der Vorstandsmitglieder gedeckt sein (**fehlende Beitreibbarkeit**)



# Folgen für Ersatzansprüche wegen Bußgeldern/ Verbandsgeldsanktion (2)

- **I. Ü. überwiegende Gründe des Gesellschaftswohl, die ein Absehen von der Verfolgung rechtfertigen können, z.B.:**
  - Imageverlust in der Öffentlichkeit durch Bekanntwerden der Verstöße  
aber: Risiko abzuwägen gegen Vorteile Ermittlungskooperation und Sanktionsmilderung
  - Gefahr, dass das Vorstandsmitglied das Unternehmen verlässt (Know-How-Verlust)
  - Negative Beeinträchtigung des Betriebsklimas durch Inanspruchnahme
  - Kooperationsbereitschaft des Vorstandsmitglieds (insb. im Kartellrecht, VerSanG-E)
- **Nach h.M. erweitertes Handlungsermessen des Aufsichtsrats bei der Beurteilung, ob Absehen von der Verfolgung**

# Freistellung von Vorstandsmitgliedern von ihnen persönlich drohenden Bußgeldern

# Bußgeldvermeidung/-verringern

- Unternehmen können unter Umständen die **Verhängung** eines drohenden Bußgeld **vermeiden** bzw. die **Höhe** des drohenden Bußgeldes **verringern**
  - Bereits heute insbesondere im Kartellrecht (vgl. nur Bonusregelung des BKartA)
  - Aber strenge Vorgaben, insbesondere: schnelles Vorgehen, vollumfängliche Kooperation
  - Siehe auch für Verbandsgeldsanktionen § 17 VerSanG-E: Milderung Verbandsgeldsanktion bei verbandsinternen Untersuchungen
- **Mitwirkung des Vorstands für erfolgreiche Kooperation von wesentlicher Bedeutung**
  - ➔ **Anreiz zur Kooperation** durch Zusage der **Freistellung** von Bußgeldern (bzw. Geldstrafe/-auflage), die Vorstandsmitgliedern wegen dem Verstoß persönlich drohen?

# Freistellungszusagen (1)

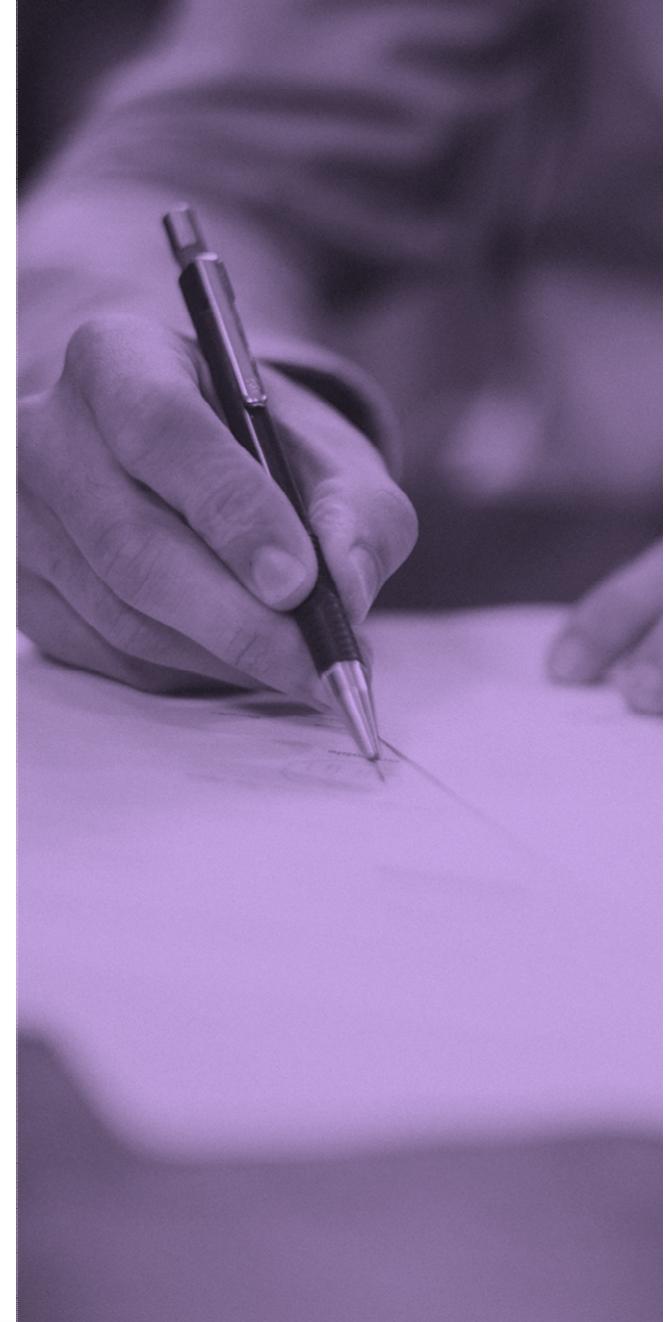
- Freistellungszusage wird durch Aufsichtsrat erteilt ( § 112 AktG)
- Freistellung **mit Zustimmung der Hauptversammlung** nach Ablauf einer drei-Jahres-Frist möglich (vgl. § 93 Abs. 4 S. 3 AktG)
  - ➔ **Nicht praxistauglich**, da schnelles Vorgehen notwendig
- Freistellung **allein durch Aufsichtsrat ohne Beteiligung der Hauptversammlung**
  - Rechtsprechung verlangt grds. Zustimmung der Hauptversammlung (siehe BGH NZG 2014, 1058 (Rz. 17 ff.))
  - Rechtsprechung bezieht sich allerdings nur auf Fälle, in welchen der Gesellschaft durch die Freistellung Vermögenseinbußen entstehen
  - **Keine Beteiligung der Hauptversammlung** notwendig, wo durch die Freistellung **keine Einbußen** entstehen?
    - ➔ Dann maßgeblich: **Wiegen die Vorteile** der Freistellung (insbesondere Erlass bzw. Reduzierung eines Bußgeldes/einer Verbandsgeldsanktion) die **Nachteile** (Kosten der Bußgeld-/Geldstrafenübernahme) auf?

## Freistellungszusagen (2)

- **Beurteilung durch den Aufsichtsrat, ob Vorteile der Freistellungszusage die Nachteile aufwiegen**
  - Beurteilung fällt leicht nach Verhängung des Bußgeldes/der Verbandsgeldsanktion
  - Vorstand muss aber bereits zuvor kooperieren und Anreiz hierfür haben
  - Lösung: Freistellungszusage dann unseres Erachtens vorab zulässig, sofern Grenzen der **Business-Judgement-Rule** gewahrt sind



**Wenn Aufsichtsrat auf Grundlage angemessener Informationen vernünftigerweise annehmen darf, dass die Gesellschaft in Folge der Freistellungszusage keine Vermögenseinbuße erleidet**



# Fragen?

# Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

大成 DENTONS



## Dr. Robert Weber Partner

Dentons Europe LLP  
Rechtsanwälte Steuerberater  
Thurn-und-Taxis-Platz 6  
60313 Frankfurt am Main  
Germany  
+49 69 45 00 12 120  
robert.weber@dentons.com

---

Dr. Robert Weber ist Partner im Frankfurter Büro von Dentons und Mitglied der Praxisgruppe Gesellschaftsrecht. Er konzentriert sich auf das Aktien- und Konzernrecht und die damit im Zusammenhang stehenden kapitalmarktrechtlichen Fragen. Zu seinem Schwerpunkt gehören die Vorbereitung und Durchführung von ordentlichen und außerordentlichen Hauptversammlungen börsennotierter Unternehmen sowie gesellschaftsrechtliche Strukturmaßnahmen wie Umwandlungen, Verschmelzungen, Unternehmensverträge oder Squeeze-outs. Daneben berät er Unternehmen bei Akquisitionen und Übernahmen, Joint Ventures und Restrukturierungen sowie Vorstände, Geschäftsführer und Aufsichtsräte zu Fragen der Corporate Governance, Compliance und zu haftungsrechtlich relevanten Fragestellungen.

# Bußgeldrisiken für Unternehmen

Gestaltungsmöglichkeiten und  
Grenzen einer Übernahme von  
Verteidigungskosten und Bußgeldern

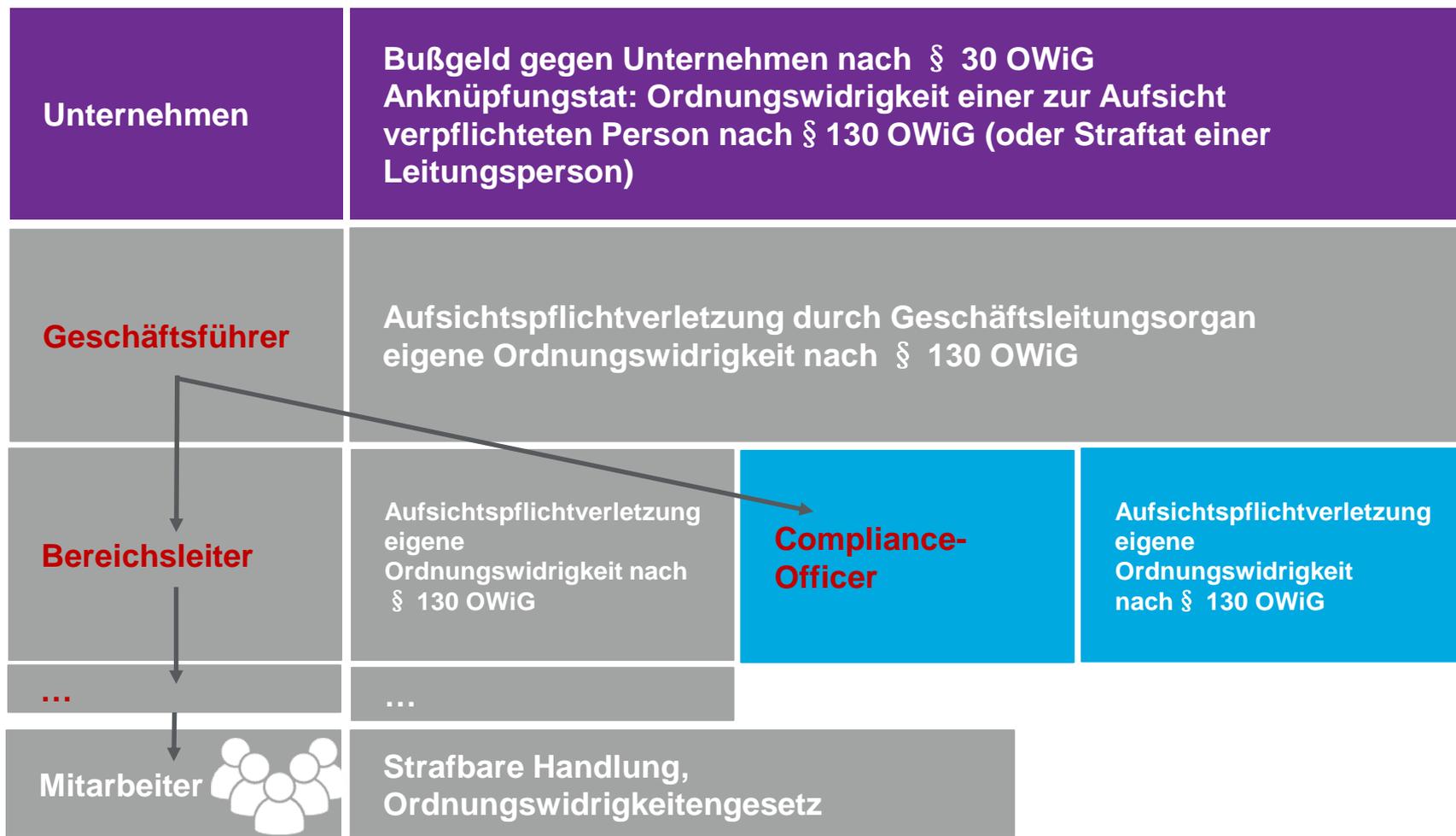
**Dr. Gabriele Haas**  
**Dentons Europe LLP**

16. Juni 2020

# Compliance – wichtiger denn je

- Compliance und Haftung sind im Fokus:
  - Whistleblowing-Systeme werden aufgebaut, Taten werden aufgedeckt.
  - Verfolgung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten als Einnahmequelle.
  - Gesetzgeberische Verschärfungen und Ausweitungen/Verschärfungen von Bußgeldtatbeständen.
  - Das „VerSanG“ steht vor der Tür.
- Was ist jetzt wichtig?
  - Überprüfung, ob das **CMS effektiv** ist, um strafbares Handeln von Organen, Leitungspersonen, Garanten und Mitarbeiter zu verhindern.
  - Insbesondere Überprüfung, ob effektiv **delegiert** und **instruiert** wurde und **kontrolliert** wird.
  - Überprüfen von **internen Regelungen** zum Ablauf und zum Umgang mit **internen und externen Untersuchungen, der Übernahme von Kosten der Verteidigung und Bußgeldern.**

# Ordnungswidrigkeitengesetz



Das Bußgeld gegen das Unternehmen erfordert eine Anknüpfungstat. Die „richtige(n)“ Anknüpfungstat(en) hängen von der Delegation und Aufsicht ab. Regelmäßig kommen eine Reihe möglicher Anknüpfungstaten in Frage.

# Verbandssanktionengesetz-E

## Anknüpfungstat

- **Jedes strafbare** (Strafrecht und Nebenstrafrecht) Handeln als Anknüpfungstat
  - Strafbares Handeln eines **Mitarbeiters** plus Aufsichtspflichtverletzung von Leitungspersonen und Garanten; oder
  - Strafbares Handeln einer **Leitungsperson**.
- Erfasst werden Straftaten,
  - die Verbandspflicht verletzen, oder
  - die zur Bereicherung des Verbandes führen oder intendiert waren.
- Auch **Auslandstaten** kommen als Anknüpfungstat in Frage, wenn
  - die Tat nach deutschem Recht strafbar wäre, und
  - die Tat auch nach dem Recht am Tatort strafbar ist bzw. der Tatort keiner Strafgewalt unterliegt.

# Ermittlungen

## Fragen im Unternehmen

- Wer zahlt die Kosten für die Verteidigung
- Wer zahlt/übernimmt das Bußgeld
- Wie sicher ist der Job
- ...

- Die Übernahme von Kosten kann im Einzelfall nach **§ 670 BGB** geboten und im **Interesse** des Unternehmen sein.
- Internes Regelwerk zu Verteidigungskosten und zum Umgang mit Bußgeldern oder sonstigen Vorteilen kann die Bereitschaft zur **Unterstützung bei der Aufklärung** unterstützen (und damit einen positiven Effekt auf die Bußgeldhöhe haben),
- ... sofern die Regelungen denn **rechtlich zulässig** sind
- ... und die großzügige Übernahme nicht als Kehrseite das **Compliance Management System** aushöhlt.

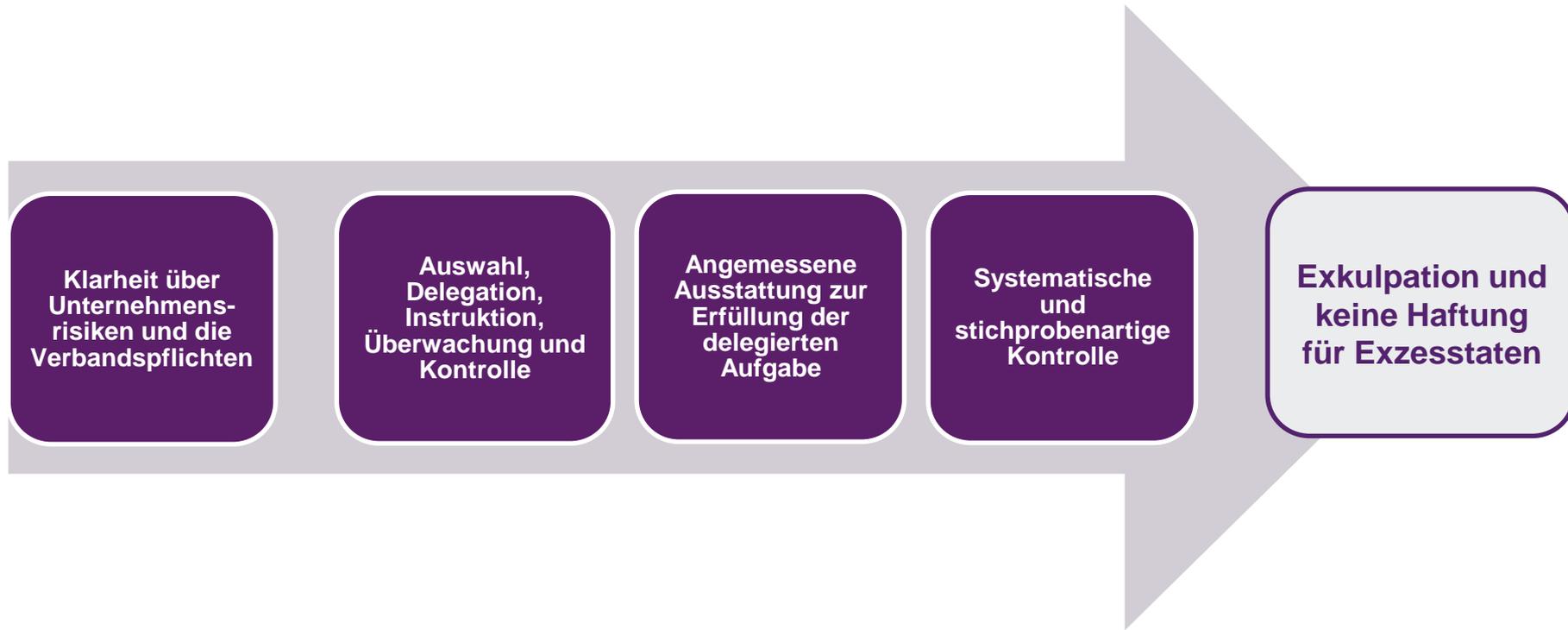
# Unternehmensinterne Regelung

Ziel: Rahmen festlegen, nach dem im Einzelfall über den Abschluss von Kostenvereinbarung und sonstigen Begünstigungen im Zusammenhang mit Untersuchungen entschieden wird.

- **Entscheidungsprozess und Ablauf:**
  - Wer, Zeitrahmen, Dokumentationspflichten, D&O?
- **Voraussetzungen:**
  - Im Einzelfall im Interesse des Unternehmens und rechtlich zulässig;
  - Keine negativen Anreize, die das CMS aushebeln würden.
- **Grenzen:**
  - Grenzen für die Einzelfallentscheidung kann die betriebliche Übung sein.
  - Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit.
  - Keine Übernahme von Kosten, sofern es sich um Taten handelt, die gegen das Unternehmen gerichtet sind.
  - Vortatliche Zusagen über Bußgeldübernahme sind sittenwidrig.
- **Angebot zum Abschluss einer Vereinbarung**, Regelungsbeispiele (nicht abschließend):
  - Kostenregelung (angemessene Verteidigungskosten, ggf. Vorschuss, ggf. Freistellung von Ansprüchen Dritter o.ä.)
  - Ggf. (beschränkter) Verzicht auf arbeitsrechtliche Maßnahmen;
  - Mitwirkung bei der Aufklärung; **DON'T**: vertragliche Verpflichtung den eigenen Verteidiger zur Offenlegung zu verpflichten.
  - Steuern;
  - Vertraulichkeitsregelungen;
  - Verjährungsregelung;
  - Rückzahlungsklausel, sofern rechtskräftig festgestellt wurde, dass eine vorsätzliche oder grob fahrlässige Tat vorliegt.

- Kein Zeitverlust durch Auseinandersetzen mit der Rechtslage im Krisenfall.
- Strukturierter und dokumentierter Prozess bringt nachvollziehbare Entscheidungen
- Ein definierter Prozess erhöht das Vertrauen der Belegschaft im Krisenfall.

# Der effektivste Schutz aber ist ...



Und für den Delegationsempfänger:

- Klarheit über die übernommenen Aufgaben
- Kenntnis über die Haftungssituation
- Melden, wenn die Aufgabe nicht erfüllbar ist (mangelnde Ressourcen, Kenntnisse etc.) oder es zu Verstößen gekommen ist.

# Ihre Referentin



## **Dr. Gabriele Haas**

Partner, Frankfurt

Gabriele.Haas@dentons.com

+49 69 45 00 12 393

+49 16 05 06 57 69

Dr. Gabriele Haas ist Sozia im Frankfurter Büro von Dentons. Sie ist Mitglied der Practice Group Corporate und konzentriert sich auf Compliance und Regulierung, insbesondere auf Corporate Governance, den Aufbau von Compliance-Managementsystemen, interne und externe Untersuchungen sowie die Einhaltung von regulierungsrechtlichen Vorschriften für den Energiesektor.

Frau Dr. Haas verfügt über umfangreiche in-house Erfahrung in der Verteidigung und Beilegung von hochkarätigen Marktmanipulation- und Kartellverfahren auf dem Energiegroßhandelsmarkt, der Durchführung interner Compliance-Untersuchungen und der Steuerung der Verteidigung gegen behördliche Ermittlungen sowie der Beratung zu zivilrechtlichen Haftungsfragen.

# Bußgeldrisiken für Unternehmen

Unternehmensinterne Untersuchungen –  
Risiko oder Chance

**Dr. Lars Kutzner**  
**Dentons Europe LLP**

16. Juni 2020

# Übersicht

- I. Rahmenbedingungen für interne Untersuchungen
- II. Pflicht zur Durchführung interner Untersuchungen?
- III. Durchführung interner Untersuchungen

# Rahmenbedingungen für interne Untersuchungen

# Rahmenbedingungen für interne Untersuchungen

- Eines der **Kernstücke** der Neuregelung ( § § 17 und 18 VerbSanG-E)
  - **Kooperation** mit der Verfolgungsbehörde im Wege der verbandsinternen Untersuchung = Reduzierung des Höchstmaßes der möglichen Verbandsgeldsanktion um die Hälfte ( § 17 Abs. 1, § 18 Abs. 1 VerbSanG-E)
  - Im Unterschied zum „August-Entwurf“: Bindung des Gerichts bei Entscheidung zur Sanktionsmilderung („**Soll-Regelung**“)
  - Kooperiert des Verband mit Verfolgungsbehörde kann auch zum **Absehen von der Verfolgung** führen ( § 41 Abs. 1 VerbSanG-E)
  - Ausschluss der öffentlichen Bekanntmachung ( § 18 Satz 2 VerbSanG-E)

# Rahmenbedingung für interne Untersuchungen



- **Hohe Anforderungen** an die ordnungsgemäße Durchführung der Untersuchung ( § 17 VerbSanG-E):
  - Die Untersuchung muss einen **wesentlichen Beitrag** zur Aufklärung der Verbandsstraftat geleistet haben;
  - die mit der Untersuchung Beauftragten dürfen **nicht als Verteidiger** des Verbandes oder eines einschlägig Beschuldigten mandatiert sein;
  - der Verband bzw. der von ihm Beauftragte muss ununterbrochen und uneingeschränkt mit den Verfolgungsbehörden **kooperiert** haben;
  - der Verband bzw. der von ihm Beauftragte muss nach Abschluss der Untersuchung das Ergebnis, **sämtliche wesentlichen Dokumente** sowie den Abschlussbericht den Behörden zur Verfügung stellen;
  - die verbandsinterne Untersuchung muss unter **Beachtung der Grundsätze eines fairen Verfahrens** durchgeführt worden sein (in Bezug auf die Relevanz von Auskünften für ein Strafverfahren, Beiziehung eines Anwalts oder Mitglied des Betriebsrats sowie Sicherstellung eines Auskunftsverweigerungsrechts).

# Pflicht zur Durchführung interner Untersuchungen?

# Pflicht zur Durchführung interner Untersuchungen?

Gesellschaftsrechtliche  
Pflichten ( § § 93 AktG, 43  
GmbHG)

Business Judgement Rule

Nebenfolgen

Grundsatz der  
Verhältnismäßigkeit

Ansehen und Reputation  
des Unternehmens

Verteidigerhandeln

Kosten der Untersuchung

Sondervorschriften  
( § § § 130 OWiG, 831  
BGB, 25a KWG, 23 VAG,  
80 WpHG)

Rolle des Aufsichtsrates

Akteneinsicht durch Dritte  
( § § 406e, 475 StPO)

# Durchführung interner Untersuchungen

# Durchführung interner Untersuchungen

## • Rechtliche Rahmenbedingungen

- Datenschutzrechtliche Vorschriften (Art. 6 Abs. 1 lit. B) und f) DSGVO, § 26 BDSG)
- Einschränkungen durch das Telekommunikationsgesetz?
- Mitbestimmung durch den Betriebsrat bei technischen Lösungen
- Wichtig wegen potentieller Verwertungsverbote in zivil- und arbeitsrechtlichen Verfahren
- Wirkung ausländischer Vorschriften beachten
- Regelungen der Mitarbeiterbefragung

## • Legal Privilege?

- Jones Day-Entscheidung des BVerfG (BVerfG, 27.6.2018 – 2 BvR 1405/17, 2 BvR 1780/17):
  - Beschlagnahmeprivileg umfasst lediglich Beziehung zwischen Verband und seinem Verteidiger.
  - Voraussetzung: Einleitung eines Verbandsbußgeldverfahren nach § 30 OWiG oder ein Einziehungsverfahren (oder zumindest müssen die Voraussetzungen hierfür vorliegen)
  - Resultat:
    - Unterlagen über interne Untersuchungen vor Kenntnis durch die Strafverfolgungsbehörden = kein Beschlagnahmeverbot
    - Beschlagnahmeverbot nur bei internen Ermittlungen, die ab Erlangung eines Straftatverdachts durch die Strafverfolgungsbehörden durchgeführt werden.
    - Beschlagnahmeprivileg greift auch nicht umfassend, sondern nur in dem jeweiligen Ermittlungsverfahren

# Durchführung interner Untersuchungen

## • Legal Privilege?



- Idee des Verbandssanktionengesetzes:
  - Neuregelung der §§ 97 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3 und 160a Abs. 5 StPO
  - Erwägungen:
    - Anerkennung der eigenen internen Untersuchung in § 17 VerSanG-E = Ergebnisse müssten auch nach § 148 StPO geschützt sein, soweit Untersuchung auch zu Verteidigungszwecken erfolgte.
    - Gleiches muss gelten, wenn die interne Untersuchung durch externe Berater durchgeführt wird, die nicht gleichzeitig Verteidiger des Verbands sind, vorausgesetzt sie dient der Information des Verteidigers.
    - Allerdings: Will das Unternehmen eine Milderung der Verbandssanktion in Anspruch nehmen, setzt dies voraus, dass auf das Beschlagnahmeprivileg verzichtet wird (§ 17 Abs. 1 Nr. 4 VerSanG-E)
- Problem funktionale Trennung: Beauftragung eines Unternehmensverteidigers soll gedachter Regelfall sein = funktionale Trennung von verbandsinterner Untersuchung und Verteidigung führt zu Doppeluntersuchungen
- Problem Zugriff des Verteidigers: Möglichkeit unsicher, da nach Entwurfsbegründung Verteidiger keinen unmittelbaren Zugriff auf die Erkenntnisse aus der verbandsinternen Untersuchung haben dürfen (Widerspruch zum Prinzip der effektiven Verteidigung)

# Fragen?

# Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

大成 DENTONS



Dr. Lars Kutzner

Partner | Co-Head German Compliance Group

T: +49 211 74074 190

M: +49 151 1421 1484

E: [lars.kutzner@dentons.com](mailto:lars.kutzner@dentons.com)

---

Dr. Lars Kutzner ist Partner im Düsseldorfer Büro von Dentons und Co-Head der deutschen Compliance-Praxis. Er ist Mitglied der Praxisgruppe Tax. Dr. Kutzner konzentriert sich auf die Themen Wirtschaftsstrafrecht, Steuerstrafrecht und Kapitalmarktstrafrecht sowie Compliance-Management-Systeme und interne Untersuchungen. Lars Kutzner verfügt über umfangreiche Erfahrung in verschiedenen Branchen, insbesondere in den Bereichen Finanzdienstleistungen und neue Technologien. Er vertritt Mandanten (Unternehmen, Vorstände, Aufsichtsräte und Führungskräfte) auch als Verteidiger bei allen Arten von straf- und verwaltungsrechtlichen Ermittlungen von Aufsichtsbehörden, Steuer- und Zollfahndern, Staatsanwaltschaften oder Gerichten. Er verteidigt und vertritt Unternehmen bei nationalen und internationalen Ermittlungen, Einziehungen, in Strafprozessen und vor parlamentarischen Untersuchungsausschüssen. Lars Kutzner ist Referent auf Konferenzen und Seminaren und veröffentlicht über nationales und internationales Wirtschaftsstrafrecht und Compliance-Fragen.

# Neue Herausforderungen für die Haftungsvermeidung im Unternehmen

## Der Mitarbeiter: Pflicht zur Mitwirkung – Recht zum Schweigen

Frank Lenzen  
Dentons Europe LLP

16. Juni 2020



- im Rahmen der internen Untersuchungen werden digitale Datenscreenings, Videoüberwachungsmaßnahmen, Aufzeichnungen von Telefonaten der Mitarbeiter und Überprüfung der Email- und Internetnutzung bei der Überführung von Tätern oft gewünscht bzw. durchgeführt.
- Daneben sind insbesondere Interviews mit den Mitarbeitern von großer Relevanz innerhalb der internen Untersuchungen



**Spannungsverhältnis zwischen arbeitsvertraglicher Mitwirkungspflicht und strafprozessualer Selbstbelastungsfreiheit**

# Interne Untersuchung - Mitwirkung des Arbeitnehmers



- weit überwiegende Ansicht: arbeitsrechtliche Pflicht zur Teilnahme an der Befragung und Auskunftspflicht des AN; sofern die Fragen im direkten Zusammenhang mit seiner Arbeit stehen: Pflicht wird aus dem Weisungsrecht des AG abgeleitet.
  - Abwägung zwischen den Interessen des Unternehmens und den Persönlichkeitsrechten des AN
  - ob dem AN bei möglicher Selbstbelastung ein Zeugnisverweigerungsrecht zukommt, ist in der Rechtsprechung nicht entschieden und in der arbeitsrechtlichen Literatur umstritten, wird aber überwiegend abgelehnt
  - siehe hierzu aber § 17 I Nr. 5c VerSanG-E



## § 17

### **Milderung der Verbandssanktion bei verbandsinternen Untersuchungen**

(1) Das Gericht soll die Verbandssanktion mildern, wenn

1. der Verband oder der von ihm beauftragte Dritte wesentlich dazu beigetragen haben, dass die Verbandstat aufgeklärt werden konnte,
2. der beauftragte Dritte oder die für den beauftragten Dritten bei den verbandsinternen Untersuchungen handelnden Personen nicht Verteidiger des Verbandes oder eines Beschuldigten, dessen Verbandstat dem Sanktionsverfahren zugrunde liegt, sind,
3. der Verband oder der von ihm beauftragte Dritte ununterbrochen und uneingeschränkt mit den Verfolgungsbehörden zusammenarbeiten,
4. der Verband oder der von ihm beauftragte Dritte den Verfolgungsbehörden nach Abschluss der verbandsinternen Untersuchung das Ergebnis der verbandsinternen Untersuchung einschließlich aller für die verbandsinterne Untersuchung wesentlichen Dokumente, auf denen dieses Ergebnis beruht, sowie des Abschlussberichts zur Verfügung stellen,
5. die verbandsinterne Untersuchung unter Beachtung der Grundsätze eines fairen Verfahrens durchgeführt wurde, insbesondere
  - a) Mitarbeiter vor ihrer Befragung darauf hingewiesen werden, dass ihre Auskünfte in einem Strafverfahren gegen sie verwendet werden können,
  - b) Befragten das Recht eingeräumt wird, einen anwaltlichen Beistand oder ein Mitglied des Betriebsrats zu Befragungen hinzuzuziehen, und die Befragten auf dieses Recht vor der Befragung hingewiesen werden und
  - c) Befragten das Recht eingeräumt wird, die Auskunft auf solche Fragen zu verweigern, deren Beantwortung sie selbst oder die in § 52 Absatz 1 der Strafprozessordnung bezeichneten Angehörigen gefährden würde, wegen einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit verfolgt zu werden, und die Befragten auf dieses Recht vor der Befragung hingewiesen werden.

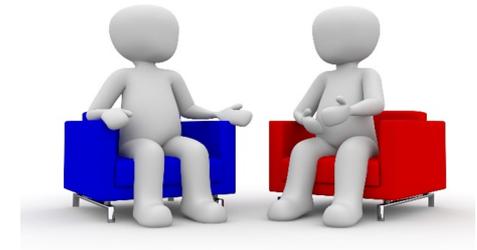
(2) Die Durchführung der verbandsinternen Untersuchung nach den Grundsätzen des Absatzes 1 Nummer 5 ist gegenüber den Verfolgungsbehörden zu dokumentieren.

(3) Bei der Entscheidung nach Absatz 1 hat das Gericht insbesondere die Art und den Umfang der offenbaren Tatsachen und deren Bedeutung für die Aufklärung der Tat, den Zeitpunkt der Offenbarung und das Ausmaß der Unterstützung der Strafverfolgungsbehörden durch den Verband zu berücksichtigen. Eine Milderung nach Absatz 1 ist ausgeschlossen, wenn der Verband die Ergebnisse der verbandsinternen Untersuchung erst nach Eröffnung des Hauptverfahrens (§ 203 der Strafprozessordnung) offenbart.

# Personalgespräch



- Personalgespräche sind oft der erste Schritt einer internen Untersuchung
- Gespräche sollten nicht als „Anhörung“, „Untersuchung“ o.ä. bezeichnet werden, da solche Termini das Risiko arbeitsrechtlicher Fristen nach sich ziehen können (Stichwort: fristlose Kündigung, Verdachtskündigung)
- es sollte zunächst eine Übersicht aller AN erstellt werden, die für die Untersuchung von Interesse sind
- alle Gespräche sollten im Hinblick auf Informationen über den AN und die ihm zu stellenden Fragen gut vorbereitet sein
- es ist ratsam den AN über seine Rechte und Pflichten zu informieren, es besteht allerdings keine Verpflichtung, den AN über die rechtlichen Umstände der Befragung und seine Rechte zu belehren



➤ AN sollte u.a. über folgende Umstände informiert werden:

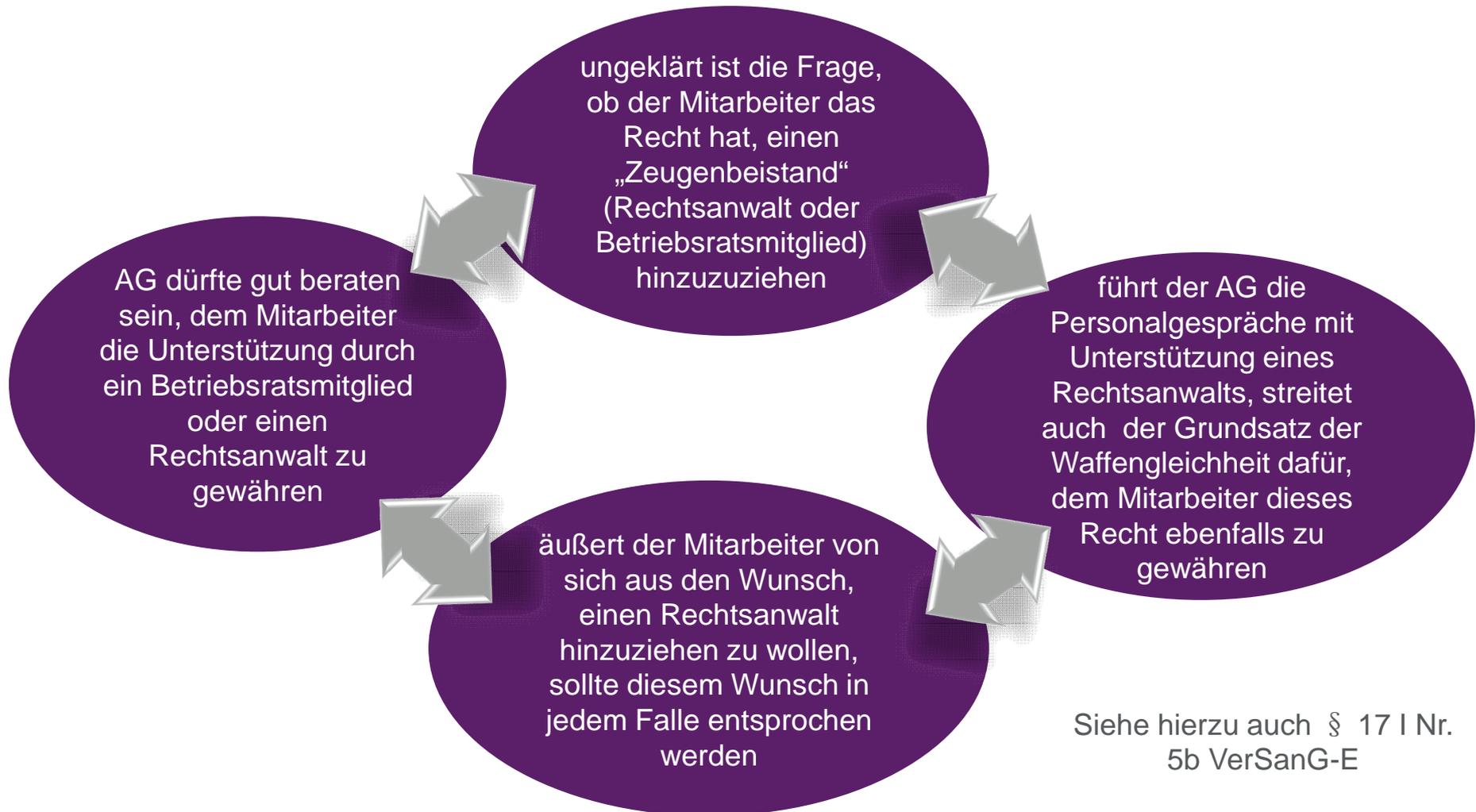
- ✓ Hintergrund der Untersuchung
- ✓ Geheimhaltungspflichten
- ✓ Hinweis auf mögliche arbeitsrechtliche Konsequenzen bei unberechtigter Auskunftsverweigerung
- ✓ Schweigerecht aufgrund möglicher Selbstbelastung (**Achtung: umstritten**)
- ✓ Möglichkeit auf Hinzuziehung eines Rechtsanwalts(sowie Klarstellung hinsichtlich der Kostentragung) und/oder Betriebsratsmitglieds
- ✓ Recht, eine Niederschrift über die Befragung aufnehmen zu lassen, diese einzusehen und zu genehmigen
- ✓ Möglichkeit der Weitergabe der Befragungsaufzeichnung an die Ermittlungsbehörden und dortige Verwertung zum Nachteil des Befragten



# Personalgespräch

- jede Anweisung sollte schriftlich dokumentiert und zusätzlich alle Information bzgl. des Gesprächs dem Mitarbeiter zu Beginn des Gesprächs mündlich erklärt werden
- Informationspflicht bei Erhebung von personenbezogenen Daten nach Art. 13 DSGVO bedenken
- AN sollte auf der Dokumentation auch bestätigen, dass eine Erklärung stattfand, Fragen des AN beantwortet wurden und sichergestellt wurde, dass ihm alle Informationen verständlich gemacht worden sind
- AN sollte von mindestens zwei Arbeitgebervertretern interviewt werden; vernünftig ist auch der Einbezug von externen Beratern
- Gespräch sollte während der Arbeitszeit stattfinden
- wiederum umstritten ist, ob der AG den AN vor Beginn des Gesprächs über Zeugnisverweigerungsrechte belehren sollte: AG ist gut beraten, hier keinerlei Rechtsrisiken einzugehen und eine entsprechende Belehrung vorzunehmen

## Problem: Zeugenbeistand



Siehe hierzu auch § 17 I Nr. 5b VerSanG-E

Notwendige Verarbeitung von Beschäftigtendaten

Beachtung der Datenschutzprinzipien (Art. 5 I DSGVO) und Dokumentationspflichten (Art. 5 II und Art. 24 I DSGVO) sowie §§ 4, 24, 26 BDSG

bei der Überwachung und Auswertung der Kommunikation der Mitarbeiter

- Briefe
- E-Mails (dienstlich ↔ privat)
- Key-Logger Urteil
- Telefonate und Verbindungsdaten
- Auswertung und Sicherstellung von Dienstcomputern
- Durchsuchung des Arbeitsplatzes
- Videokameras am Arbeitsplatz (offen ↔ heimlich / öffentlich ↔ privat)

- Wanzen/ Tonbandaufnahmen
- Einsicht in dienstliche Akten- und Datenbestände
- Personalakte
- Übermittlung personenbezogener Daten
- Ermittlungen im persönlichen Umfeld des Verdächtigen

andernfalls drohen Beweisverwertungsverbote



## Rechte des Betriebsrates

- ggf. Regelungen in Betriebsvereinbarungen beachten, sofern solche existieren
- damit der Betriebsrat seine Aufgaben sachgerecht wahrnehmen kann, sieht **§ 80 II 1 BetrVG** vor, dass er vom AG rechtzeitig und umfassend unterrichtet wird → die insofern zu erteilenden Auskünfte müssen es dem Betriebsrat ermöglichen, in eigener Verantwortung zu prüfen, ob sich durch ihn wahrzunehmende Überwachungs- und Förderpflichten oder Beteiligungsrechte im Sinne des BetrVG ergeben
- ggf. Mitbestimmungsrecht des BR nach **§ 87 I Nr. 1 BetrVG**, wenn der AG bindende Regelungen getroffen hat bzgl. der Personalgespräche, die alle AN oder Gruppen betreffen
- bei der Nutzung von technischen Vorrichtungen insb. z. B. bei der Auswertung vieler Dokumente ist auch **§ 87 I Nr. 6 BetrVG** zu beachten
- bei Fragebögen ist auch **§ 94 I BetrVG** ggf. einschlägig
- AG ist jedoch nicht verpflichtet dem BR sensible Daten zu übermitteln, da es die interne Untersuchung gefährden könnte



# Arbeitsrechtliche Konsequenzen

- neben einer Einschränkung von Befugnissen oder einer vollständigen Suspendierung kommt es in der Praxis oftmals zum Ausspruch außerordentlicher Kündigungen, ggf. im Rahmen einer Verdachtskündigung.
- Ausspruch von Abmahnungen bei Verweigerung der Mitwirkung an Aufklärungsmaßnahmen denkbar.
- Arbeitsrechtliche Konsequenzen unterliegen strengen rechtlichen Anforderungen, die wiederum Auswirkungen auf die Durchführung von Internal Investigations haben und deshalb eine enge Abstimmung zwischen den Internen Ermittlern und dem Bereich HR bzw. den Arbeitsrechtlern erfordern.

# Ihr Ansprechpartner



**Frank Lenzen**  
Partner, Frankfurt

D +49 69 45 00 12 280

Frank.Lenzen@dentons.com

Frank Lenzen ist Partner im Frankfurter Büro von Dentons. Er ist Fachanwalt für Arbeitsrecht und berät seine Mandanten seit dem Jahr 2000 umfassend in allen Fragen des individuellen und kollektiven Arbeitsrechts und im Sozialversicherungsrecht. Einer seiner Schwerpunkte ist die arbeitsrechtliche Beratung an der Nahtstelle zum Gesellschaftsrecht, insbesondere bei M&A Transaktionen, gesellschaftsrechtlichen Umstrukturierungen und zu mitbestimmungsrechtlichen Themen. Frank Lenzen verfügt über große Erfahrung bei der Betreuung komplexer arbeitsrechtlicher Restrukturierungen zudem die umfassende betriebsverfassungs- und tarifrechtliche Begleitung von Unternehmen. Individual- und kollektivarbeitsrechtlich betreut Frank Lenzen zudem eine Vielzahl von Unternehmen verschiedener Branchen dauerberatend bei allen täglichen Fragen, zum Beispiel im Kündigungs- und Datenschutzrecht, zur Arbeitsvertragsgestaltung sowie zu Vergütungsmodellen einschließlich Stock Options. Daneben vertritt Herr Lenzen Unternehmen, deren Organe und Führungskräfte prozessual in allen Instanzen. Seine Mandanten schätzen seine pragmatische und lösungsorientierte Beratung sowie seine schnellen Reaktionszeiten.

# Unternehmensinterne Untersuchungen mit Auslandsbezug

**Dr. Christian Schefold, LL.M.**  
**Dentons Europe LLP**

16. Juni 2020

# Auslandsbezüge interner Untersuchungen

- Datenschutz / Geheimnisschutz:  
internationaler Informationstransfer (Unternehmen/Anwälte/Behörden)
- Tätigkeit ausländischer Anwälte vor Ort
  - Einreisegenehmigungen (Visum)
  - Tätigkeitserlaubnisse
  - Beziehung lokaler Anwälte
- Zusammenarbeit mit Behörden
  - Berücksichtigung nationaler Praxis (u.a. Verfahrensrecht, ggf. *privilege*)
  - Internationale Zusammenarbeit (Rechtshilfeabkommen und Konsequenzen auf Verfahren in anderen Jurisdiktionen – z.B. Beeinträchtigung des *privilege*)
  - Wechselseitige Auswirkungen ► mögliche Konsequenzen?

**ne bis in idem**

*nicht zweimal in derselben Angelegenheit*

# Auswertung einer multinationalen Untersuchung

## Auswertung von Vorbereitungsmaßnahmen zur Steuerung von Sanktionsrisiken in 33 Staaten

Amtsermittlungsgrundsatz	Ermessen			keine Angaben
	kein	eingeschränkt	frei	
	4	19	4	6
Momente für Anfangsverdacht	gering		hoch	
	21		5	7
Verbandsstrafen oder -sanktionen	ja	eingeschränkt	nein	
	19	5	4	5
- Ausschluss von Vergabeverfahren	21	9	1	2
- Schadenersatzforderungen üblich	21	4	1	7
- Bußgelder/Geldstrafen	> 1 Mio.\$	> 100 T\$	< 100 T\$	
	11	8	10	4
Selbstanzeige	empfohlen		nein	
	21		5	7

Neben staatlichen Sanktionen drohen auch Sanktionen durch internationale Organisationen (z.B. Weltbank).

## §§ 2 (2) und 38 VerSanG-E

- Möglichkeit der Verfolgung von Auslandsstraftaten, auf die das deutsche Strafrecht nicht anwendbar ist.
  - ▶ Ausweitung der Haftung insbesondere auf Konzernsachverhalte
- Ermessen: Absehen von der Verfolgung bei erwarteter Sanktionierung im Ausland
  - Doppelbestrafungsverbot (Art. 103 (3) GG) ???
  - Was bedeutet Sanktionierung?
    - Verbandsgeldsanktion ( § 9 VerSanG-E)
    - Verwarnung mit Verbandsgeldsanktionsvorbehalt ( §§ 10-13 VerSanG-E)
  - Was sind Nebenfolgen?
    - Öffentliche Bekanntmachung ( § 14 VerSanG-E)
    - Vergabesperre („Blacklisting“)
    - Abschöpfung
    - Schadenersatzforderung (öffentlich/zivil)
    - Weitere ...

# Strategie bei multinationalen Untersuchungen

- Vorprüfung (*worst case* – Betrachtung)
  - lokale Auswirkungen und Konsequenzen
  - mögliche Konsequenzen in Deutschland
  - Konsequenzen in weiteren Jurisdiktionen (z.B. USA)
- *forum shopping*: Überlegungen zum Erstkontakt zu ausgewählten Behörden (*self reporting*) sowie zur Kooperation nach § 17 VerSanG-E
- Durchführung der Untersuchung / Interviews
  - Datenschutz
  - Anwaltstätigkeit / *privilege*
  - Umgang mit lokalen Behörden / Informationstransfer ins Ausland
- Kooperation / Verteidigung in Deutschland ( § 38 VerSanG-E)
- Kooperation / Verteidigung im Ausland (sofern nicht bereits erfolgt)

# Fragen?

# Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

大成 DENTONS



## Dr. Christian Schefold, LL.M. Partner

Dentons Europe LLP  
Rechtsanwälte Steuerberater  
Markgrafenstraße 33  
10117 Berlin  
+49 30 264 73 246  
christian.schefold@dentons.com

---

Dr. Christian Schefold, LL.M., ist Partner im Bereich Corporate im Berliner Büro von Dentons und Co-Head der deutschen Compliance-Praxis. Er verfügt über umfangreiche Erfahrungen in Compliance, Datenschutz sowie Konzern- und Gesellschaftsrecht. Christian Schefold leitete den Bereich Compliance Consultation der Daimler AG und beriet dort weltweit bei der Umsetzung von Compliance-Anforderungen nachdem er mehrere Jahre als leitender Syndikus bei der Daimler Financial Services AG tätig war. Er berät durchgehend seit 1996 zum Datenschutz.

Christian Schefold fokussiert insbesondere auf den Aufbau von Compliance Management Systemen (CMS) gerade im Bereich Datenschutz wie auch die Konzeption und Umsetzung von Verfahren zum internationalen Transfer personenbezogener Daten in weltweit tätigen Unternehmen.

# Ihre Ansprechpartner



**Dr. Gabriele Haas**  
Partner, Frankfurt

D +49 69 45 00 12 393  
gabriele.haas@dentons.com



**Dr. Lars Kutzner**  
Partner, Düsseldorf

D +49 211 74074 211  
lars.kutzner@dentons.com



**Frank Lenzen**  
Partner, Frankfurt

D +49 69 45 00 12 284  
frank.lenzen@dentons.com



**Dr. Christian Schefold**  
Partner, Berlin

D +49 30 264 73 246  
christian.schefold@dentons.com



**Dr. Robert Weber**  
Partner, Frankfurt

D +49 69 450 012 120  
robert.weber@dentons.com



Dentons is the world's largest law firm, delivering quality and value to clients around the globe. Dentons is a leader on the Acritas Global Elite Brand Index, a BTI Client Service 30 Award winner and recognized by prominent business and legal publications for its innovations in client service, including founding Nextlaw Labs and the Nextlaw Referral Network. Dentons' polycentric approach and world-class talent challenge the status quo to advance client interests in the communities in which we live and work. [www.dentons.com](http://www.dentons.com)