

Infoletter

Zentrum für Wettbewerbs- und Handelsrecht

Compliance Kompakt

November 2019

Interne Untersuchungen nach dem deutschen Referentenentwurf zur Bekämpfung der Unternehmenskriminalität

Der vom Bundesjustizministerium (BMJV) erarbeitete Referentenentwurf für ein «Gesetz zur Bekämpfung der Unternehmenskriminalität» vom 15. August 2019 (nachfolgend der Referentenentwurf) enthält mehrere Schwerpunkte. Im Vordergrund steht dabei Artikel 1 des Referentenentwurfes, welches den «Entwurf des Gesetzes zur Sanktionierung von verbandsbezogenen Straftaten» (Verbandssanktionengesetz-E – VerSanG-E) enthält.¹

Unter Verband versteht der Referentenentwurf eine juristische Person des öffentlichen oder privaten Rechts, nichtrechtsfähige Vereine sowie rechtsfähige Personengesellschaften. Für ein besseres Verständnis in der Schweiz wird hier statt dem im Gesetzesentwurf verwendeten Begriff der «verbandsinternen Untersuchung» der Begriff «unternehmensinterne Untersuchung» verwendet.

Eine offizielle Veröffentlichung des Referentenentwurfes ist bisher nicht erfolgt.² Bestimmte Verbände haben den Referentenentwurf jedoch vorab zur Durchsicht erhalten, so dass der Referentenentwurf bereits für Diskussionen sorgt.

Nachfolgend sollen die Regelungen des VerSanG-E zu internen Untersuchungen weiter beleuchtet werden.

Interne Untersuchungen

Zu den wichtigsten Regelungen des VerSanG-E gehören – neben der Einführung des Legalitätsprinzips und einer Strafverschärfung – insbesondere Regelungen zur Durchführung von internen Untersuchungen bei Compliance-Verstössen. Erstmals sollen damit sogenannte unternehmensinterne Untersuchungen einen besonderen rechtlichen Rahmen erhalten. Dabei setzt das VerSanG-E Anreize für unternehmensinterne Untersuchungen als Aufklärungshilfe,

¹ Siehe dazu den Beitrag von Dr. Katharina Hastenrath in dieser Ausgabe des Compliance Kompakt.

² Stand Oktober 2019.

die nach verbindlichen Vorgaben durchgeführt werden sollen und so zu einer Halbierung von Sanktionen führen können. Voraussetzung einer milderer Sanktionierung ist insbesondere die Kooperation mit Ermittlungsbehörden.

Solche unternehmensinternen Untersuchungen können sowohl durch den Verband selbst als auch durch von ihm beauftragte Dritte durchgeführt werden (§ 17 VerSanG-E).

Gestuftes Anreizsystem

Führt ein Unternehmen eine unternehmensinterne Untersuchung nach den Vorgaben des VerSanG-E durch und kooperiert dieses mit den Ermittlungsbehörden, insbesondere durch Übergabe des Untersuchungsberichts, kann das Unternehmen mit Vergünstigungen von bis zu 50 Prozent der Sanktionen und dem Entfallen des vorgesehenen Mindestmasses rechnen. Unternehmen würden damit Verbandsgeldsanktionen auf maximal 5 Prozent des weltweiten Jahresumsatzes (bei Fahrlässigkeitsdelikten maximal 2,5 Prozent) reduzieren können. Die maximalen Sanktionen in Form der Verbandsauflösung sowie der öffentlichen Bekanntmachung der Verurteilung des Verbandes sind in diesem Fall ausgeschlossen (§ 19 VerSanG-E).

Die Ermittlungsbehörde kann während der unternehmensinternen Untersuchung von der Verfolgung des Unternehmens vorläufig absehen. Ist zudem auf Grund der unternehmensinternen Untersuchung nur noch mit geringfügigen Sanktionen zu rechnen und gleichzeitig besteht kein öffentliches Interesse mehr an einer Verfolgung, kann die Ermittlungsbehörde mit Zustimmung des zuständigen Gerichts ganz auf die weitere Verfolgung des Verbandes verzichten (§ 36 VerSanG-E). Im Fall eines öffentlichen Interesses an der Verfolgung kann das Verfahren unter Auflagen und Weisungen eingestellt werden (§ 37 VerSanG-E).

Das Gericht hat die Möglichkeit, die unternehmensinterne Untersuchung als besonderen Umstand zu werten und den Verband mit Verbandsgeldsanktionsvorbehalt zu warnen (§ 10 VerSanG-E). Hier muss der Verband die Verbandssanktion nur zahlen, wenn dieser binnen eines festgelegten Zeitraumes von bis zu fünf Jahren nach der Warnung erneut Verbandsstraftaten begeht, die Auflagen nicht erfüllt oder die Weisungen missachtet.

Wenn der Verband eine verbandsintere Untersuchung durchgeführt hat und die Voraussetzungen für eine Sanktionsmilderung erfüllt sind, wird die Verbandsgeldsanktion zwingend durch einen Sanktionsbescheid festgesetzt. Stimmt der Verband dem Sanktionsbescheid zu (§ 51 Abs. 3 VerSanG-E), kann dieser die öffentliche Hauptverhandlung vermeiden.

Milderung von Verbandssanktionen

Voraussetzungen für eine Milderung der Verbandssanktion sind

- ein wesentlicher Beitrag des Verbandes oder der von ihm beauftragten Dritten zur Aufklärung der Verbandsstraftat (§ 18 Abs. 1 Ziff. 1 VerSanG-E),
- die Aufgabentrennung zwischen Untersuchenden und Verteidigern. Der beauftragte Dritte (oder die für den beauftragten Dritten bei den unternehmensinternen Untersuchungen handelnden Personen) dürfen nicht Verteidiger des Verbandes oder eines Beschuldigten, dessen Verbandsstraftat dem Sanktionsverfahren zugrunde liegt, sein (§ 18 Abs. 1 Ziff. 2 VerSanG-E),
- die ununterbrochene und uneingeschränkte Zusammenarbeit des Verbandes oder des von ihm beauftragten Dritten mit den Verfolgungsbehörden (§ 18 Abs. 1 Ziff. 3 VerSanG-E),

- das Zurverfügungstellen des Ergebnisses der unternehmensinternen Untersuchung einschliesslich aller für die unternehmensinternen Untersuchung wesentlichen Dokumente, auf denen dieses Ergebnis beruht, sowie des Abschlussberichtes nach Abschluss der unternehmensinternen Untersuchung der Verfolgungsbehörden (§ 18 Abs. 1 Ziff. 4 VerSanG-E),
- die Durchführung einer unternehmensinternen Untersuchung unter Beachtung der Grundsätze eines fairen Verfahrens (§ 18 Abs. 1 Ziff. 5 VerSanG-E). Dies bedingt insbesondere, dass
 - Mitarbeitende vor ihrer Befragung darauf hingewiesen werden, dass ihre Auskünfte in einem Strafverfahren gegen sie verwendet werden können,
 - 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
 - Befragten das Recht eingeräumt wird, die Auskunft auf solche Fragen zu verweigern, deren Beantwortung sie selbst oder ihre Angehörigen³ gefährden würde, wegen einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit verfolgt zu werden und die Befragten auf dieses Recht vor der Befragung hingewiesen werden.
- die Durchführung der unternehmensinternen Untersuchung in Übereinstimmung mit den geltenden Gesetzen (§ 18 Abs. 1 Ziff. 6 VerSanG-E).

Die in § 18 VerSanG-E genannten qualitativen Anforderungen an eine unternehmensinterne Untersuchung müssen kumulativ erfüllt sein. Der Referentenentwurf setzt damit einen Mindestmassstab für die Durchführung von internen Untersuchungen. Mit anderen Worten, nur ein professioneller Prozess der internen Aufarbeitung führt zu einer Sanktionsmilderung.

Entscheidend ist dabei vorab zu eruieren, wo die Ermittlungsbehörden in ihrem Verfahren stehen. Denn nur wenn der Verband noch wesentlich zur Aufklärung beitragen kann, macht es Sinn, zügig mit einer eigenen Untersuchung zu beginnen. Gleichzeitig stellt sich die Frage, ab welchem Moment die Kooperation mit den Verfolgungsbehörden zu beginnen hat, schliesslich verlangt das Gesetz eine «ununterbrochene und uneingeschränkte Zusammenarbeit».

Von erheblicher organisatorischer Bedeutung ist die Vorgabe des Gesetzesentwurfes, dass das mit der Strafverteidigung befasste Team von demjenigen funktional getrennt ist, das die unternehmensinterne Untersuchung durchführt. Zulässig soll dabei die Mandatierung derselben Rechtsanwaltskanzlei für beide Tätigkeiten sein.⁴ Dies bedingt die professionelle Organisation und Einhaltung von *Chinese Walls* innerhalb der Kanzleien sowie des Verbands. Konsequenzen wird die gesetzlich geforderte Trennung auch auf die Kosten haben.

Diese Trennung hat aber auch wesentlichen Einfluss auf die weitere, brisante Problematik der Beschlagnahme von Unterlagen der internen Untersuchung, wie von Interviewprotokollen. In diesem Punkt hat der Entwurf keine eindeutige Regelung geschaffen. Hier ist zu wünschen, dass zukünftige Überarbeitungen des Referentenentwurfes zu mehr Rechtssicherheit führen werden.

Der Referentenentwurf sieht ein faires Verfahren für die interviewten Personen vor. So ist es bereits heute üblich, dass Zeugen einen rechtlichen Beistand im Rahmen ihre Befragung mit-

³ Im Sinne von § 52 Abs. 1 StPO.

⁴ Referentenentwurf, Begründung, S. 100.

bringen dürfen. *Best practice* wäre seitens der Unternehmen, die Kosten eines Rechtsbeistandes der Zeugen zu übernehmen und dadurch dem Gebot der Waffengleichheit noch stärker Genüge zu tun.

Ein seit Jahren diskutiertes Thema im Rahmen von internen Untersuchungen ist der für den aussagenden Mitarbeitenden bestehende Widerspruch zwischen der arbeitsrechtlichen Aussagepflicht dem Arbeitgeber gegenüber und dem Auskunftsverweigerungsrecht, dem *nemo tenetur*-Grundsatz. Der Gesetzesentwurf hat ausdrücklich diese Rechtsunsicherheit anerkannt und bezweckt die Umsetzung eines Arbeitnehmerschutzes über das Anreizsystem.⁵ Die die unternehmensinterne Untersuchung durchführende Person muss sich diesbezüglich der Verantwortung und der Grenzen sicher sein.

Vorbehalt der Verbandsgeldsanktion und Compliance Monitoring

Die Möglichkeit des Gerichts, eine Verwarnung mit einem Verbandsgeldsanktionsvorbehalt (§§ 10 ff VerSanG-E) auszusprechen, stellt eine neue Institution dar. Diese Verwarnung hat gewisse konzeptionelle Ähnlichkeiten mit den aus den USA bekannten *Deferred Prosecution Agreements*. Der Hintergedanke ist dabei, mittels einer Auflage Genugtuung für das durch die Verbandsstraftat begangene Unrecht zu schaffen und den verursachten Schaden wiedergutzumachen (§ 12 VerSanG-E). Die Weisungen zielen auf die Implementierung beziehungsweise Verbesserung von Compliance Management Systemen und sollen für die Verbände einen Anreiz für ein Compliance-gerechtes Verhalten setzen.

Die Einhaltung dieser Weisungen ist durch eine «sachkundige Stelle nachzuweisen» (§ 13 Abs. 2 VerSanG-E). Die sachkundige Stelle wird durch den Verband ausgewählt und bedarf der Zustimmung des Gerichts. Auch diese Institution ähnelt stark dem in den USA und Grossbritannien bereits bekannten «Monitoring». Die Begründung nennt dabei beispielhaft Wirtschaftsprüfer, Rechtsanwälte und Unternehmensberatungen als mögliche Monitoren.

Auch in der Schweiz gab es kürzlich Bestrebungen, sogenannte *Deferred Prosecution Agreements* zu ermöglichen. Der Bundesrat hat jedoch in seiner Botschaft zur Revision des Strafprozessrechts vom 28. August 2019 die Einführung von *Deferred Prosecution Agreements* vorerst abgelehnt.

Auswirkungen auf die Schweiz

Für Unternehmen in der Schweiz wird ein Gesetz im Rahmen des VerSan-E sowohl direkte als auch indirekte Auswirkungen haben. Direkt wird sich ein solches Gesetz auf Schweizer Unternehmen auswirken, die Tochtergesellschaften in Deutschland haben. Dies gilt insbesondere bei grenzüberschreitenden Compliance-Verstössen. Ebenso eine direkte Wirkung besteht auf Schweizer Tochtergesellschaften von deutschen Unternehmen.

Ferner sind indirekte Auswirkungen denkbar: So wird das Gesetz einen Mindeststandard für interne Untersuchungen und die Kooperation mit den Behörden definieren, an dem sich *best practices* orientieren werden. Und schliesslich können diese Regelungen indirekt auch in die Schweizer Rechtsprechung Eingang finden, wenn es in Zukunft gilt, Fragen im Zusammenhang mit internen Untersuchungen und der Zusammenarbeit mit Behörden zu beantworten.

⁵ Referentenentwurf, Begründung, S. 102.

Fazit

Der deutsche Referentenentwurf bietet erhebliche Anreize für die regelkonforme Durchführung von unternehmensinternen Untersuchungen bei Compliance-Verstössen. Wird der Referentenentwurf in seiner heutigen Form im Wesentlichen Gesetz, kann damit gerechnet werden, dass zukünftig nicht nur grosse Unternehmen interne Untersuchung praktizieren werden. Auch mittelständische Unternehmen werden sich vermehrt für die Durchführung solcher Untersuchungen zur Aufarbeitung von Compliance-Verstössen entscheiden, um von mildereren Sanktionen zu profitieren. Es bleibt dabei abzuwarten, welche Entwicklung der Referentenentwurf nehmen wird und welche Auswirkungen die neuen Regelungen auch auf Schweizer interne Untersuchungen haben werden – grenzüberschreitend oder auch nur in Bezug auf Schweizer Durchführungen.

Dr. Rita Pikó, Dozentin, Studiengangleitung CAS Compliance Investigator