

aa) *Auskunftspflichten*. Es ist umstritten, ob und unter welchen Voraussetzungen der befragte Mitarbeiter die Mithilfe und Aussage unter Hinweis auf für ihn nachteilige Konsequenzen verweigern kann.⁴⁵ Zwar hat der BGH in einer älteren Entscheidung eine dahingehende Mitwirkungspflicht eines freien Mitarbeiters verneint.⁴⁶ Allerdings sind die gesetzlichen Nebenpflichten und auch die Auskunftspflichten zur Arbeitsleistung für Arbeitnehmer erheblich weitgehend als für freie Mitarbeiter. Es hat zwar überdies das BVerfG entschieden, dass eine ausdrückliche gesetzliche Anordnung eines strafprozessualen Verwertungsverbots erforderlich sei, sofern das im Strafrecht geltende Selbstbeichtigungsverbot außerhalb des Strafrechts zurücktreten soll.⁴⁷ Teile der Literatur leiten daraus auch ab, dass ein Schweigerecht des Arbeitnehmers bei Gefahr der Selbstbeichtigung bestehe.⁴⁸ Das LG Hamburg hat hingegen geurteilt, dass Arbeitnehmer zur Offenbarung möglicherweise auch strafbaren Verhaltens verpflichtet sind.⁴⁹ Auch bei Annahme eines Aussageverweigerungsrechts berechtigt dies den Mitarbeiter aber nicht, seine Mitwirkung vollständig zu verweigern, sondern verlangt auch auf Seiten des aussageverweigernden Arbeitnehmers die Beteiligung als solche und Angaben zu der Aussageverweigerung.⁵⁰

bb) *Beteiligung*. Der Arbeitnehmer hat typischerweise kein gesetzliches Recht, ein Betriebsratsmitglied zu Interviews im Rahmen von Investigations hinzuzuziehen, denn nach § 82 II BetrVG ist dies nur für Personalgespräche zur Leistungsbeurteilung und Entwicklung vorgesehen.⁵¹ Es ist umstritten, ob und wann ein Arbeitnehmer die Begleitung durch einen Rechtsanwalt/Zeugenbeistand verlangen kann. Beauftragt der Arbeitgeber Rechtsanwälte mit der Durchführung der Ermittlungen, spricht aus Gründen der Waffengleichheit vieles für ein Recht auf anwaltlichen Beistand.⁵² Es gibt aber kein Recht des Arbeitnehmers, einen Anwalts unter allen Umständen, auch wenn der Arbeitgeber nicht anwaltlich vertreten ist, hinzuzuziehen.⁵³ Soweit dies Strafverteidiger anders beurteilen, liegt dieser Position ein zu enger strafprozessualer Ansatz zugrunde.⁵⁴

Von einer möglicherweise arbeitsrechtlich bestehenden Pflicht zur Mitwirkung von Arbeitnehmern im Rahmen einer Untersuchung ist die öffentlich-rechtliche Zeugenpflicht zur Aussage vor einem Gericht zu unterscheiden. Soweit die öffentlich-rechtliche Zeugenpflicht nicht reicht, ist es umstritten, ob Arbeitgeber und Arbeitnehmer in einem so genannten Aussagevertrag regeln können, dass der Arbeitnehmer vor einem Gericht aussagen wird und der Arbeitgeber dafür alle Reise- sowie Freistellungskosten übernimmt. Eine

Meinung geht von der Zulässigkeit eines solchen Vertrags aus; nur, wenn eine inhaltlich falsche Aussage Gegenstand der Vereinbarung ist oder der Arbeitgeber Zahlungen an den Arbeitnehmer leistet, die über eine bloße Schadloshaltung hinausgehen, soll ein Aussagevertrag sittenwidrig sein.⁵⁵ Eine andere Ansicht hält grundsätzlich Vereinbarungen, die auf die Abgabe einer bestimmten Aussage gerichtet sind, für unwirksam, im Falle einer wahren Aussage für sittenwidrig nach § 138 BGB und im Fall einer unwahren Aussage für nichtig wegen § 134 BGB.⁵⁶

b) *Lösungsvorschlag*. Zur Klarstellung der Pflichten und Obliegenheiten der Arbeitnehmer im Hinblick auf Interviewfragen des Arbeitgebers im Rahmen von Investigations sollte gesetzlich die grundsätzliche Mitwirkungs- und Aussagepflicht zu dienstlichen Sachverhalten normiert werden. ■

45 Gegen einen Schutz vor Selbstbeichtigung Diller, DB 2004, 313 (314); Göpfert/Merten/Siegrist, NJW 2008, 1703 (1705 f.); Mengel, Compliance u. ArbR, 119; Mengel/Ullrich, NZA 2006, 240; Moosmayer, Compliance, Praxisleitfaden für Unternehmen, 90; Vogt, NJW 2009, 3755; zweifelnd Weiße in Moosmayer/Hartwig, Interne Untersuchungen, Praxisleitfaden für Unternehmen, 50 f.; aA Dann/Schmidt, NJW 2009, 1851; Rudkowski, NZA 2011, 612 (613); Wastl/Litzka/Pusch, NStZ 2009, 68; zurückhaltend auch: Groppe-Stadler/Wolfgramm in Moosmayer/Hartwig, Interne Untersuchungen, Praxisleitfaden für Unternehmen, 24 f. mwN; vorsichtig und pragmatisch: Burgard in ebd., 163 f.

46 BGH, NJW-RR 1989, 614 (615).

47 BVerfGE 56, 37 = NJW 1981, 1431.

48 Göpfert/Merten/Siegrist, NJW 2008, 1703 (1705); Klengel/Mückenberger, CCZ 2009, 81 (83); Rudkowski, NZA 2011, 612 (613); wohl auch Gerst, CCZ 2012, 1 (3); Moosmayer, Compliance, Praxisleitfaden für Unternehmen, 90; Schrader/Mahler, NZA-RR 2016, 57 (64); aA Diller, DB 2004, 313 (314); Mengel/Ullrich, NZA 2006, 240 (243); Mengel, Compliance u. ArbR, 119.

49 LG Hamburg, NJW 2011, 942 (944); wohl auch Lützel/Müller-Sartori, CCZ 2011, 19 (20).

50 Vgl. auch Burgard in Moosmayer/Hartwig, Interne Untersuchungen, Praxisleitfaden für Unternehmen, 164.

51 Vgl. nur Jousen, Sicher handeln bei Korruptionsverdacht, Rn. 340, 345 ff.; Weiße in Moosmayer/Hartwig, Interne Untersuchungen, Praxisleitfaden für Unternehmen, 47.

52 Vgl. Weiße in Moosmayer/Hartwig, Interne Untersuchungen, Praxisleitfaden für Unternehmen, 47; Rudkowski, NZA 2011, 612 (615); LAG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 6.11.2009 – 6 Sa 1121/09, BeckRS 2009, 74071; weitergehend Moosmayer, Compliance, Praxisleitfaden für Unternehmen, 90.

53 Vgl. nur Jousen, Sicher handeln bei Korruptionsverdacht, Rn. 341 ff.; Burgard in Moosmayer/Hartwig, Interne Untersuchungen, Praxisleitfaden für Unternehmen, 162; aA wohl Gerst, CCZ 2012, 1 (4).

54 Vgl. dazu Thesen des Strafrechtsausschusses der BRAK und dazu Ignor, CCZ 2011, 143 (143 ff.).

55 Diller, DB 2004, 313 (315 f.).

56 Vgl. nur Stein/Jonas/Berger, ZPO, 22. Aufl. 2002, Vor § 373 Rn. 41; MüKOZPO/Damrau, 5. Aufl. 2016, §§ 374, 375 Rn. 24.

Rechtsanwältin Dr. Dorothee Herrmann und Rechtsanwalt Dr. Finn Zeidler*

Arbeitnehmer und interne Untersuchungen – ein Balanceakt

Bei internen Untersuchungen finden sich Arbeitnehmer regelmäßig in dem bedrohlichen Szenario wieder, selbst „Verdächtige“ einer Wirtschaftsstraftat bei ihrem Arbeitgeber zu sein. Im Spannungsfeld zwischen Kooperationspflicht und Selbstbelastungsfreiheit sehen sie sich einer Gemengelage arbeitsrechtlicher, datenschutzrechtlicher und strafrechtlicher Regelungen ausgesetzt. Dieser Beitrag zeigt auf, welche Grundsätze in den einzelnen Phasen der internen Untersuchung beachtet werden sollten, gibt Handlungsempfehlungen und Praxistipps.

I. Einführung

Interne Untersuchungen dienen der Aufklärung von Compliance-Verstößen. Hierbei geht es in erster Linie darum, den Sachverhalt eines vermeintlichen Verstoßes gründlich aufzuarbeiten, damit das Unternehmen Defizite in der Compliance-Struktur sowie individuell Verantwortliche

* Die Autorin Herrmann ist Rechtsanwältin bei Gibson Dunn in Frankfurt a. M., der Autor Zeidler ist dort Partner.

identifizieren und Abhilfemaßnahmen ergreifen kann. Die gründliche Aufarbeitung des Sachverhalts ist auch entscheidend für eine effiziente Unternehmens- oder Individualverteidigung. Schließlich können eigene Aufklärungsmaßnahmen im Fall der Kooperation mit den ermittelnden Behörden weitergehende Untersuchungen durch diese eingrenzen und eventuell drohende Sanktionierungen positiv beeinflussen.

Letzteres gilt insbesondere bei Ermittlungen durch US-Behörden.¹ Ob Anklage erhoben wird, steht in den USA grundsätzlich im Ermessen der jeweiligen Behörde. Maßgebliche Kriterien sind ua die Schwere des Verstoßes, die unternehmensinterne Verbreitung der Verstöße, die getroffenen Compliance-Vorkehrungen sowie die initiierten Gegenmaßnahmen.² Von besonderer Bedeutung ist die Kooperation mit den Behörden, bei der die interne Untersuchung zentrales Element ist.³ Im Ergebnis soll es möglichst zu einem außergerichtlichen Vergleich und nicht zu einer Verurteilung kommen.⁴

II. Ermittlungsmaßnahmen durch den Arbeitgeber

Eine bedeutende Rolle bei internen Untersuchungen spielt die E-Mail-Auswertung. Nachdem der relevante Personenkreis eingegrenzt wurde, werden die E-Mails dieser Personen nach bestimmten Schlagworten durchsucht und – im Fall von Treffern – ausgewertet. Diese Auswertung kann intern oder durch externe Dienstleister erfolgen. Abhängig vom Ergebnis der E-Mail-Analyse werden ausgewählte Arbeitnehmer zu einem internen Gespräch gebeten. Dieses Gespräch wird regelmäßig von externen Rechtsanwälten geführt und für den Arbeitgeber protokolliert.⁵

1. E-Mail-Auswertung – Was darf der Arbeitgeber? Was darf er nicht?

Hat der Arbeitgeber die Nutzung des betrieblichen E-Mail-Kontos für private Zwecke verboten, stehen ihm weitgehende Kontrollrechte zu, die lediglich den allgemeinen Anforderungen des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) unterliegen.⁶ Der Arbeitgeber darf die E-Mails auswerten, wenn dies durch eine Rechtsvorschrift erlaubt – also zB kollektivrechtlich vereinbart ist. Dient das BDSG selbst als Rechtsgrundlage,⁷ muss der Arbeitgeber im Ergebnis seine legitimen Interessen an der Datenverarbeitung gegen das Recht des Arbeitnehmers auf informationelle Selbstbestimmung abwägen und hierbei den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wahren.⁸ Schließlich kann eine Auswertung stets durch eine Einwilligung des Betroffenen legitimiert werden.⁹

Problematischer wird es, wenn die Privatnutzung des betrieblichen E-Mail-Kontos erlaubt oder jedenfalls geduldet wird. Teilweise wird dann vertreten, dass es sich bei dem Arbeitgeber um einen Diensteanbieter im Sinne des Telekommunikationsgesetzes (TKG) handele.¹⁰ Als solcher wäre der Arbeitgeber dem Fernmeldegeheimnis nach Art. 10 GG verpflichtet. Lassen sich private und dienstliche Datenbestände nicht voneinander trennen, wäre eine Datenverarbeitung insgesamt nur mit ausdrücklicher schriftlicher Einwilligung der betroffenen Arbeitnehmer möglich. Gerade in jüngerer Zeit setzt sich jedoch zunehmend – und richtigerweise – die Meinung durch, dass das Telekommunikationsgesetz auf das Rechtsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer keine Anwendung finde und die Arbeitnehmer ausreichend durch das BDSG geschützt seien.¹¹

In der Praxis werden regelmäßig Einwilligungen zur E-Mail-Auswertung eingeholt. Dies schafft Klarheit für den Arbeitnehmer und Rechtssicherheit für den Arbeitgeber.¹² Die Einwilligung ist schriftlich zu erteilen.¹³ Der Arbeitnehmer muss über den genauen Umfang und Zweck der Erhebung, Verarbeitung und Nutzung seiner personenbezogenen Daten informiert werden.¹⁴ Neben den verwendeten Daten und dem Verwendungszweck müssen bei einer Datenübermittlung die Empfänger der Daten konkret benannt werden.¹⁵ Um dem datenschutzrechtlichen Transparenzgebot zu genügen, muss die Einwilligungserklärung klar, verständlich und aussagekräftig sein. Knackpunkt der Einwilligungserklärungen ist in der Regel ihre ausreichende Bestimmtheit.¹⁶ Der Betroffene muss die Tragweite seines Einverständnisses er-

- 1 Anders als in Deutschland, richten sich die Ermittlungen hier primär gegen das Unternehmen – „Corporate Criminal Liability“. Da es in Deutschland an einem Unternehmensstrafrecht fehlt, richten sich die Ermittlungen gegen die handelnden Mitarbeiter. Die Zurechnung von strafrechtlich relevantem Verhaltens erfolgt gem. OWiG §§ 30, 130.
- 2 *Bebrens*, RIW 2009, 22 (25 f.); *Jahn*, StV 2009, 41 (41), mwN.
- 3 Denn nach angloamerikanischer Strafzumessungsdoktrin wirkt sich die Aufarbeitung von verdachtsbegründenden Verhaltensweisen durch das Unternehmen strafmildernd aus, vgl. Chapter 8, Part C der „Sentencing Guidelines“ des US-Department of Justice (DOJ), abrufbar unter: „<https://www.uscc.gov/guidelines/2016-guidelines-manual>“.
- 4 *Wessing* in *Hauschka/Moosmayer/Lösler*, Corporate Compliance, 3. Aufl. 2016, § 46 Rn. 152; *Schulte/Görts*; RIW 2006, 561 (561, 565); *Reeb*, Internal Investigations, S. 23 f.
- 5 Ob und unter welchen Voraussetzungen dt. Ermittlungsbehörden auf diese Protokolle zugreifen dürfen, ist umstritten; Ausf. *Wimmer* in FS Roxin, 2012, 537 ff.; *Jahn/Kirsch*; NSTz 2012, 713 (718 ff.); *Ballo*, NZWiSt 2013, 46 (46 ff.); Eine Entsch. des BVerfG im Fall „Jones Day“, der zul. für Aufsehen gesorgt hatte, steht noch aus; s. IV. 1.
- 6 Vgl. insb. §§ 4, 4 a BDSG; zukünftig insb. Art. 5-7 DS-GVO.
- 7 Als Rechtsgrundlage in Betracht kommen hier iDR § 28 I 1 Nr. 2 BDSG, wenn die Datenverarbeitung zur Wahrung berechtigter Interessen des Arbeitgebers erforderlich ist, sowie § 32 I 1 u. 2 BDSG, sofern die Datenverarbeitung für die Durchführung oder Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses erforderlich ist (S. 1) oder tatsächliche Anhaltspunkte den Verdacht begründen, dass der Betroffene im Beschäftigungsverhältnis eine Straftat begangen hat und die Datenverarbeitung zur Aufdeckung erforderlich ist (S. 2). Zur Reichweite des Anwendungsbereichs des § 32 I BDSG vgl. *BAG*, NZA 2017, 1179.
- 8 IRD DS-GVO wird Art. 6 If die zentrale Abwägungsklausel darstellen. Die bisherigen Grundsätze der Verhältnismäßigkeitsprüfung nach § 28 I Nr. 2 BDSG sind übertragbar. Es kommt jedoch zu einer umgekehrten Verteilung der Darlegungslast, so dass das Interesse der Betroffenen überwiegen muss, um eine Datenverarbeitung auszuschließen; Vgl. *Frenzel* in *Paal/Pauly*, DS-GVO, 1. Aufl. 2017, Art. 6 Rn. 16; *Groß/Platzer*, NZA 2017, 1097 (1102).
- 9 § 4 I iVm § 4 a BDSG; zukünftig Art. 6 I a iVm Art. 7 DS-GVO.
- 10 *Wessing* in *Hauschka/Moosmayer/Lösler*, Corporate Compliance, 3. Aufl. 2016, § 46 Rn. 39; *Panzer-Heemeier* in *Grobys/Panzer*, Elektronische Kommunikationsmittel, Rn. 17.
- 11 *Löwisch*, DB 2009, 2782 (2782 ff.); *Scheben/Klos*, CCZ 2013, 88 (89 ff.); *Thüsing*, Arbeitnehmerdatenschutz, Rn. 74 ff.; Ausf. *Walther/Zimmer*, BB 2013, 2933 ff.; Auch die Rspr. stützt seit geraumer Zeit die im Vordringen befindliche Meinung, vgl. *OLG Karlsruhe*, MMR 2005, 178 = Die Justiz 2005, 253; *LAG Berlin-Brandenburg*, NZA-RR 2011, 342; *LAG Niedersachsen*, NZA-RR 2010, 406; *VG Karlsruhe*, NVwZ-RR 2013, 797.
- 12 Etwas anderes gilt zB dann, wenn ein Arbeitnehmer konkret verdächtigt wird, fortlaufend Straftaten zu begehen oder es sich um besonders großflächige Untersuchungen handelt, da Einwilligungen den Ermittlungszweck gefährden würden bzw. impraktikabel wären.
- 13 Vgl. § 4 a I 3 BDSG; ausf. *Simitis* in *Simitis*, BDSG, 8. Aufl. 2014, § 4 a Rn. 33 ff.
- 14 *Helfrich* in *Hoeren/Sieber/Holznel*, Multimedia-Recht, 44. EL, Januar 2017 Rn. 42 ff.
- 15 *Simitis* in *Simitis*, BDSG, § 4 a Rn. 72; *Bergmann/Möhrle/Herb*, BDSG, § 4 a Rn. 81; *Roßnagel/Holznel/Sonntag*, HdB Datenschutzrecht, 1. Aufl. 2003, 4.8 Rn. 45; *Roßnagel/Scholz*, HdB Arbeitnehmerdatenschutz, 9.2 Rn. 120; *Gola/Wronka*, HdB, Arbeitnehmerdatenschutz, 7. Aufl. 2016, Rn. 402; *Plath* in *Plath*, BDSG, § 4 a Rn. 32; *Wohlgemuth*, Datenschutz, Rn. 196; *Beckhosen*, Datenumgang, 163, 183 ff.
- 16 *BGHZ* 95, 362 (367 f.) = NJW 1986, 46; *BGHZ* 115, 123 (127) = NJW 1991, 2955; *BGHZ* 116, 268 (273); *Helfrich* in *Hoeren/Sieber/Holznel*, Multimedia-Recht, 44. EL, Januar 2017 Rn. 43; *Simitis* in *Simitis*, BDSG, § 4 Rn. 55, mwN.

kennen können.¹⁷ Die Einwilligung muss zudem freiwillig, also nicht aus einer Drucksituation heraus erfolgen.¹⁸ Teilweise wird die Freiwilligkeit von Erklärungen eines Arbeitnehmers gegenüber seinem Arbeitgeber aufgrund der wirtschaftlichen Abhängigkeit des einen und der Machtposition des anderen kritisch gesehen.¹⁹ Richtigerweise wird dem jedoch entgegen gehalten, dass es mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung unvereinbar wäre, Arbeitnehmern per se abzusprechen, im Verhältnis zu ihrem Arbeitgeber autonome Entscheidungen treffen zu können.²⁰ Der Arbeitnehmer sollte jedoch darüber informiert werden, dass er eine einmal erteilte Einwilligung jederzeit und ohne Begründung widerrufen kann.²¹ Wegen der Widerrufbarkeit sollte sich der Arbeitgeber in der Einwilligungserklärung regelmäßig vorbehalten, auf ebenfalls einschlägige gesetzliche Erlaubnistatbestände für die Datenverarbeitung zurückzugreifen. Ist eine Einwilligung erteilt, darf der Arbeitgeber die E-Mails im Rahmen der dort definierten Grenzen nutzen.

2. Mitarbeiterbefragung – Umfang und Grenzen des Direktionsrechts

Neben bzw. parallel zur Auswertung des Datenmaterials erfolgen regelmäßig Mitarbeiterbefragungen, die so genannte „Interviews“, zur weiteren Sachverhaltsaufklärung.

Ein Arbeitnehmer ist grundsätzlich dazu verpflichtet, an solchen Interviews teilzunehmen.²² Der Arbeitgeber kann die Teilnahme im Wege des Direktionsrechts anordnen. Sein Interesse an der Aufklärung des Sachverhalts bei Compliance-Verstößen wird entgegenstehende Interessen des Arbeitnehmers, aufgrund derer er seine Teilnahme an einem Interview verweigern könnte, regelmäßig überwiegen. Ausnahmen sind denkbar, wenn das Interview schikanösen Charakter hat, außerhalb der Arbeitszeit stattfinden, oder übermäßig lange dauern soll.²³ Der Arbeitnehmer ist außerdem verpflichtet, den Sachverhalt vollständig und wahrheitsgemäß zu schildern.

Ob dem Arbeitnehmer ein Zeugnis- oder Auskunftsverweigerungsrecht zusteht, wenn er sich selbst oder einen nahen Angehörigen belasten würde, ist umstritten.²⁴ Teilweise wird vertreten, dass es unzumutbar sei, sich wegen einer strafbaren Handlung selbst belasten zu müssen.²⁵ Die weit überwiegende Meinung in Rechtsprechung und Literatur bejaht eine Auskunftspflicht des Arbeitnehmers innerhalb seines vertraglichen Aufgabebereichs jedoch, da der nemo-tenetur-Grundsatz nur vor staatlich veranlasstem Aussagezwang schützt.²⁶

Auch die Frage, ob die befragten Arbeitnehmer ein Recht auf einen Zeugenbeistand haben, ist bislang nicht eindeutig geklärt.²⁷ Die unverbindlichen BRAK-Standards zu internen Ermittlungen sehen vor, die Arbeitnehmer dahingehend zu befehlen, dass sie einen Rechtsanwalt ihres Vertrauens hinzuziehen können.²⁸ In der Praxis ist das Hinzuziehen eines Rechtsanwalts eher unüblich. Sofern ein Arbeitnehmer nur wenig Hinweise liefern kann oder nicht selbst in Pflichtverletzungen involviert ist, wird argumentiert, dass kein berechtigtes Interesse an einem Rechtsbeistand bestehe.²⁹ Tatsächlich besteht die Gefahr, dass die Hinzuziehung von Rechtsbeiständen das Verfahren unnötig aufbläht, länger und teurer macht. Auch die Übernahme der Rechtsanwaltskosten aus Fürsorgegesichtspunkten gem. § 670 BGB analog ist in diesen Fällen nur schwer begründbar. Andererseits sprechen Gesichtspunkte der Waffengleichheit für die Anwesenheit eines Zeugenbeistands.³⁰ Auch kann es sich positiv auf die Auskunftsbereitschaft des Betroffenen auswirken, wenn er sich in der Interviewsituation sicher fühlt. Ausnahmen sind

deshalb jedenfalls dann zu machen, wenn Arbeitnehmer bereits Beschuldigte in einem Ermittlungsverfahren sind oder vorab erkennbar ist, dass sie Gefahr laufen, sich im Rahmen des Interviews selbst zu belasten.

3. Zwischenfazit

Interne Untersuchungen werden von Arbeitnehmern regelmäßig als unangenehm, wenn nicht sogar bedrohlich empfunden. Dem Reflex, sich Auskunftsersuchen zu widersetzen, sollten sie jedoch widerstehen. Die Interviews dienen primär der Aufklärung des Sachverhalts. Durch kooperatives Verhalten können sich die Arbeitnehmer beim Arbeitgeber positiv hervortun. Der Arbeitgeber profitiert wiederum von einer umfassenden Aufklärung und Kooperation mit den ermittelnden Behörden. Nimmt ein Arbeitnehmer eine Verweigerungshaltung an, führt dies aufseiten des Arbeitgebers zu erhöhtem Interesse und kann, sofern der Arbeitnehmer hierdurch eine arbeitsvertragliche (Neben-)Pflicht verletzt, arbeits- oder zivilrechtliche Konsequenzen haben.³¹ Auch die Wirkungen in ein potenzielles Strafverfahren hinein sollten nicht außer Acht gelassen werden, da sich regelmäßig auch die Ermittlungsbehörden denjenigen Arbeitnehmern besonders intensiv widmen werden, die im Verfahren der internen Aufklärung unkooperativ waren.³² Lediglich für diejenigen Arbeitnehmer, die Beschuldigte in dem der internen Untersuchung zugrundeliegenden Ermittlungsverfahren sind, gilt etwas anderes. Sie sollten einen Strafverteidiger ihrer Wahl hinzuziehen und sich eng mit diesem abstimmen.

- 17 Dies ist der Fall, wenn der Betroffene weiß, unter welchen Bedingungen welche Daten genutzt werden; *BVerfG*, JZ 2007, 576 (577); *BGHZ* 95, 362 (367 f.) = NJW 1986, 46; *BGHZ* 115, 123 (127) = NJW 1991, 2955; *BGHZ* 116, 268 (273); *OLG Celle*, NJW 1980, 347 (348); *OLG Köln*, ZD 2011, 34 Rn. 17; *Gola/Klug/Körffler* in *Gola/Schomerus*, BDSG, § 4 a Rn. 26; *Bergmann/Möhrle/Herb*, BDSG, § 4 a Rn. 76; *Schaffland/Wiltfang*, BDSG, § 4 a Rn. 12; *DKWW/Däubler*, BDSG, § 4 a Rn. 18; *Thüsing*, Arbeitnehmerdatenschutz, Rn. 136; *Simitis* in *Simitis*, BDSG, § 4 a Rn. 77.
- 18 Vgl. § 4 a I 1 BDSG; zukünftig Art. 4 XI iVm Art. 7 IV DS-GVO.
- 19 Vgl. zu diesem Streit *Taeger* in *Taeger/Gabel*, § 4 a Rn. 59 ff.
- 20 Vgl. *Gola/Klug/Körffler* in *Gola/Schomerus*, BDSG, § 4 a Rn. 19-24.
- 21 Denn der Widerruf dient demselben Zweck wie die Einwilligung: Die Betroffenen sollen mit Rücksicht auf ihr Recht auf informationelle Selbstbestimmung den Umgang mit ihren Daten nach ihren Vorstellungen gestalten; *Roßnagel/Holzmann/Sonntag*, HdB Datenschutzrecht, 1. Aufl. 2003, 4.8 Rn. 64; *Beckhosen*, Datenumgang, 183; *Simitis* in *Simitis*, BDSG, § 4 a Rn. 94, mwN; Anders als im BDSG ist das Widerrufsrecht in der DS-GVO zukünftig in Art. 7 III DS-GVO explizit normiert.
- 22 Diese Pflicht wird aus dem Weisungsrecht des Arbeitgebers gem. § 106 GewO abgeleitet oder etwa unter Rückgriff auf die §§ 666, 675 BGB begr. Vgl. *Kasiske*, NZWiSt 2014, 262 (263); *Wessing* in *Hauschka/Moosmayer/Lösler*, Corporate Compliance, 3. Aufl. 2016, § 46 Rn. 42; *Lützel/Müller-Sartori*, CCZ 2011, 19 (22); *BGHZ* 41, 318 ff.; *BAG*; *NZA* 2002, 618 (620).
- 23 *Lützel/Müller-Sartori*, CCZ 2011, 19 (22); *BAG*, *NZA* 2009, 1011.
- 24 In manchen Unternehmen bestehen daher kollektivarbeitsrechtliche Regeln, die eine Pflicht zur Selbstbelastung ausschließen; In der Praxis tendieren die befragten Arbeitnehmer andernfalls auch oft zu „Erinnerungslücken“; vgl. *Zimmer*, ZRfC 2011, 259 f.; *Zimmer*, BWV 2017, 32 (33).
- 25 *Tscherwinka* in FS Roxin, 528, mwN; *Jahn*, StV 2009, 41 (44); *Wastl/Litzka/Pusch*, NStZ 2009, 68 (73).
- 26 Vgl. *BGHZ* 41, 318 (323); *LG Hamburg*, NJW 2011, 942; *LAG Hamm*, Urt. v. 3.3.2009 – 14 Sa 1689/08, BeckRS 2009, 74015; *ArbG Saarlouis*, Teilurt. v. 19.10.1983 – 1 Ca 493/83, BeckRS 2011, 69046; *Bittmann/Molkenbur*, wistra 2009, 373 (376); *Jahn*, StV 2009, 41 (44), mwN; *Kienast* in *Wessing/Dann*, § 8 Rn. 16 ff.; *Lützel/Müller-Sartori*, CCZ 2011, 19 ff.. Fraglich ist, ob das auch dann gelten kann, wenn von Anfang an feststeht, dass die Untersuchungsergebnisse mit den Strafverfolgungsbehörden geteilt werden; Vgl. *Knauer/Gaul*, NStZ 2013, 192 (193); *Schürle/Olbers*, CCZ 2010, 178 (179 f.); *Diller*, DB 2004, 313 (313 ff.).
- 27 Zum Anwesenheitsrecht des Betriebsrats vgl. *Zimmer/Heymann*; *BB* 2010, 1853 (1854).
- 28 Ferner soll darauf hingewirkt werden, dass das Unternehmen die Kosten hierfür übernimmt, vgl. BRAK-Stellungn. 35/2010, 10.
- 29 *Wessing* in *Hauschka/Moosmayer/Lösler*, Corporate Compliance, 3. Aufl. 2016, § 46 Rn. 70.
- 30 *Zimmer*, ZRfC 2011, 259 (260 f.).
- 31 *Böhm*, WM 2009, 1923 (1926); *Dann/Schmidt*, NJW 2009, 1851 (1854).
- 32 *Wessing* in *Hauschka/Moosmayer/Lösler*, Corporate Compliance, 3. Aufl. 2016, § 46 Rn. 50.

III. Weitergabe der Untersuchungsergebnisse an die Ermittlungsbehörden

1. Weitergabe an deutsche Ermittlungsbehörden

Am Ende der internen Untersuchung steht regelmäßig ein Untersuchungsergebnis, das den Leitungsorganen des Unternehmens präsentiert wird. Dieses kann eine reine Zusammenstellung der Sachlage, oder aber auch eine rechtliche Beurteilung und Handlungsempfehlung enthalten. Ob der ermittelnden Behörde das Ergebnis als Bericht vorgelegt, mündlich präsentiert oder gar keine Kooperationsleistungen entgegengebracht wird, hängt von den Umständen des Falls ab.³³

2. Weitergabe an US-Behörden

Bei Ermittlungen durch US-Behörden werden diesen im Rahmen einer umfassenden Kooperation regelmäßig die Untersuchungsergebnisse präsentiert. Angefertigte Interview-Protokolle und Berichte werden hierbei nur mündlich und zusammenfassend dargestellt, da ansonsten der nach US-Recht bestehende Schutz der vertraulichen Kommunikation und Arbeitsprodukte entfallen könnte.³⁴ Sollen die untersuchten E-Mails übermittelt werden, sind zum Schutz der betroffenen Arbeitnehmer datenschutzrechtliche Vorgaben zu beachten. Diese gegenüber den US-Behörden durchzusetzen, ist oft mit Schwierigkeiten verbunden. Aufgrund der erheblichen Unterschiede zwischen dem europäischen und amerikanischen Datenschutzniveau,³⁵ werten US-Behörden datenschutzrechtliche Bedenken und Einschränkungen oft als unkooperativ. Insofern ist Fingerspitzengefühl gefragt. Einerseits darf keinesfalls der Eindruck entstehen, dass Informationen unter dem Deckmantel vermeintlich entgegenstehender datenschutzrechtlicher Regelungen zurückgehalten werden. Andererseits ist die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Vorgaben zwingend geboten.

Die Übermittlung von E-Mails an US-Behörden ist nur zulässig, soweit das BDSG oder andere Rechtsvorschriften dies erlauben oder der Betroffene einwilligt. In den begrenzten Fällen, in denen sich die Datenübermittlung auf Erlaubnisvorschriften des BDSG oder andere Rechtsvorschriften stützen lässt, muss der Arbeitgeber eine Interessenabwägung vornehmen, wobei er insbesondere die möglichen Folgen der Datenübermittlung für den Betroffenen berücksichtigen muss.³⁶ Diese sind bei einer Übermittlung an US-Behörden schon aufgrund des deutlich geringeren Datenschutzniveaus erheblich. Sind personenbezogene Daten einmal in den Händen einer US-Behörde, ist für den Betroffenen nicht mehr absehbar, von wem, zu welchem Zweck und in welchem Umfang seine Daten verwendet werden.

In der Praxis wird die datenschutzrechtliche Problematik im Hinblick auf die Datenübermittlung regelmäßig eingegrenzt, indem personenbezogene Daten – soweit dies nach dem Verwendungszweck möglich ist und keinen unverhältnismäßigen Aufwand bedeutet – pseudonymisiert oder anonymisiert werden. Dies ist im Interesse des Arbeitgebers, des betroffenen Arbeitnehmers und entspricht nicht zuletzt auch einem wichtigen Grundsatz des BDSG, so wenig personenbezogene Daten wie möglich zu erheben, zu verarbeiten oder zu nutzen.³⁷

Bei der Pseudonymisierung werden personenbezogene Daten verschlüsselt, indem beispielsweise die jeweiligen Namen, Titel, E-Mail-Adressen und Personalnummern durch Codes oder Kennzeichen ersetzt werden.³⁸ Da die (Wieder-) Herstellung eines Personenbezugs mithilfe der Zuordnung- oder Entschlüsselungsregel grundsätzlich möglich wäre, bleiben

auch die Vorschriften des BDSG anwendbar.³⁹ Wird die Entschlüsselungsregel jedoch vor dem Zugriff des Datenempfängers geschützt, wird diesem die Entschlüsselung in der Regel nicht möglich sein. Damit wird das Risiko einer Verletzung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung für die Betroffenen auf ein Minimum gesenkt, sodass die vorzunehmende Interessenabwägung in der Regel zugunsten des Arbeitgebers ausfallen wird.⁴⁰

Bei einer Anonymisierung werden die Daten derart unkenntlich gemacht, dass kein Bezug zu einer Person hergestellt werden kann oder eine Zuordnung zu einer bestimmten Person nur mit einem unverhältnismäßig großen Aufwand verbunden wäre.⁴¹ Dies erfolgt in der Regel durch das schlichte Entfernen oder aber Schwärzen der personenbezogenen Daten im Datensatz.⁴² Das BDSG ist auf anonymisierte Datensätze nicht anwendbar, da eine Gefahr für die informationelle Selbstbestimmung ausgeschlossen ist.⁴³

3. Zwischenfazit

Ob die Ergebnisse der internen Untersuchung mit den ermittelnden Behörden geteilt werden, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Da in der Regel keine Kooperationspflicht besteht, sollte eine Abwägung der Vor- und Nachteile nach Maßgabe der Business Judgement Rule erfolgen. Für eine Kooperation spricht, neben dem „Kooperationsbonus“ der Behörden, dass so ausufernden Ermittlungen selbst entgegengewirkt werden kann, die nicht nur zu viel Verunsicherung im Unternehmen und Markt führen können, sondern auch stets die Gefahr von Zufallsfunden bergen. Insbesondere bei einer Datenübermittlung in die USA sind zum Schutz der betroffenen Arbeitnehmer jedoch strenge datenschutzrechtliche Vorgaben zu beachten, denen mit Einwilligungserklärungen sowie der Pseudonymisierung oder Anonymisierung der Datensätze zu begegnen ist.

IV. Eigene Ermittlungsmaßnahmen der Behörden

1. Ermittlungsbefugnisse der Staatsanwaltschaft

Deutsche Staatsanwaltschaften stehen internen Untersuchungen zum Teil skeptisch gegenüber. Sie befürchten, dass Beweise vernichtet und Tatsachen geschönt werden. Auch aufgrund des in Deutschland geltenden Amtsermittlungsgrundsatzes wird die ermittelnde Staatsanwaltschaft die Untersuchungsergebnisse in der Regel noch einmal selbst bewerten und hierfür eigenständige Ermittlungen anstellen.

33 Hierbei sind die widerstreitenden Interessen – die Grundrechte des Arbeitnehmers, die Interessen des Arbeitgebers, das Strafverfolgungsinteresse des Staates – in Ausgleich zu bringen, vgl. ausf. *Knauer/Gaul*, NSzZ 2013, 192 ff.; Eine Pflicht des Arbeitgebers, den Arbeitnehmer vor Strafverfolgung zu schützen, besteht nicht, da es sich hierbei um ein illegales und somit nicht schutzwürdiges Interesse handelt.

34 Sog. „Privilege Waiver“; vgl. Federal Rules of Evidence – ARTICLE V. – PRIVILEGES – Rule 501 – „Privilege in General“ und Rule 502 – „Attorney-Client Privilege and Work Product; Limitations on Waiver“.

35 Es fehlt bereits an vergleichbaren allg. Datenschutzregeln sowie einer unabhängigen Datenschutzaufsicht; vgl. hierzu sowie der aktuellen Rechtslage („Privacy Shield“): *Pauly in Paal/Pauly*, DS-GVO, 1. Aufl. 2017, Art. 45 Rn. 8 ff.; *Spies in Forgó/Helfrich/Schneider*, Betrieblicher Datenschutz, 2. Aufl. 2017 Rn. 5 ff.; *Schantz in Schantz/Wolff*, Das neue Datenschutzrecht, 1. Aufl. 2017 Rn. 767 ff.

36 Dies bezieht sich jedoch nur auf dessen schutzwürdige – also legale – Interessen. Das Interesse, sich einer Strafverfolgung zu entziehen, ist nicht schutzwürdig. Ausf. *Simitis in Simitis*, BDSG, § 28 Rn. 125 ff.

37 § 3 a S. 1, 2 BDSG; zukünftig Art. 5 I c DS-GVO.

38 § 3 VI a BDSG; zukünftig Art. 4 V DS-GVO.

39 *Roßnagel/Scholz*, MMR 2000, 721 (724); *Knierim/Rübenstahl/Tsambiakakis*, Internal Investigations, 2. Aufl. 2016, Kap. 12 Rn. 52.

40 *Knierim/Rübenstahl/Tsambiakakis*, Internal Investigations, Kap. 12 Rn. 52; *Schild in Wolf/Brink*, BeckOK Datenschutzrecht, 20. Ed. 2017, BDSG, § 3 Rn. 102.

41 BDSG § 3 VI; die DS-GVO enthält keine Definition der Anonymisierung, allerdings wird in Erwägungsgrund 26 auf diese eingegangen.

42 Ausf. zu den Möglichkeiten der Anonymisierung und Pseudonymisierung, *Geschooneck/Meyer/Scheben*, BB 2011, 2677 ff.

43 *Scholz in Simitis*, BDSG, § 3 a Rn. 31.

Ob hierbei die Beschlagnahme von Untersuchungsberichten und sonstigen im Rahmen einer internen Untersuchung erstellten Dokumenten⁴⁴ rechtmäßig und die beschlagnahmten Unterlagen somit auch in eventuellen Strafverfahren gegen einzelne Arbeitnehmer verwertbar sind, ist umstritten.⁴⁵ Die Frage erhält vor allem vor dem Hintergrund Brisanz, dass Arbeitnehmern nach oben dargestellter herrschender Meinung in internen Untersuchungen kein Zeugnis- oder Auskunftsverweigerungsrecht zusteht.⁴⁶

Nach Auffassung des *LG Hamburg* lasse sich der besondere Schutzstatus des Vertrauensverhältnisses eines Beschuldigten zu seinem Strafverteidiger nicht auf das Verhältnis zwischen dem vom Unternehmen beauftragten Rechtsanwalt und dem Arbeitnehmer übertragen, sodass kein Beschlagnahmeverbot nach § 97 I Nr. 3 StPO bestehe.⁴⁷ Das *LG Mannheim* entschied jedoch, dass der Beschlagnahmeschutz des § 97 I Nr. 3 StPO nicht nur im Verhältnis eines Beschuldigten und seines Strafverteidigers gelte, sondern vor dem Hintergrund der Neugestaltung des § 160 a StPO auch auf das Verhältnis zwischen dem Nichtbeschuldigten und seinem Rechtsanwalt Anwendung finde.⁴⁸ Damit bestünde zwar kein Beschlagnahmeschutz im Verhältnis zwischen dem Unternehmensanwalt und dem Arbeitnehmer, wohl aber zwischen dem Unternehmensanwalt und dem Unternehmen, sofern sich die Unterlagen bei dem Unternehmensanwalt befinden.⁴⁹ In einer Aufsehen erregenden Entscheidung hat dann jedoch das *LG München* die Beschlagnahme von internen Ermittlungsunterlagen in den Räumlichkeiten einer Rechtsanwaltskanzlei für rechtmäßig erklärt.⁵⁰ Das hierzu angerufene *BVerfG* hat zwar einstweilen angeordnet, dass die *Staatsanwaltschaft München* die beschlagnahmten Unterlagen und Dateien vorerst nicht auswerten darf, die endgültige Entscheidung des *BVerfG* über die Verfassungsbeschwerde steht aber noch aus.⁵¹

Rechtssicherheit bei Fragen der Beschlagnahme und Verwertung von Interviewprotokollen besteht folglich nicht. Nach derzeitiger Rechtslage ist den betroffenen Unternehmen jedenfalls zu empfehlen, die im Rahmen der internen Untersuchung angefertigten Unterlagen – insbesondere die Untersuchungsberichte und Interviewprotokolle – in der Sphäre des Unternehmensanwalts zu halten und keinen Gewahrsam des Mandanten zu begründen.⁵² Die Unterlagen sind regelmäßig anwaltliche Arbeitsprodukte und Verteidigungsunterlagen und sollten auch als solche gekennzeichnet werden, um den Beschlagnahmeschutz abzusichern.

2. Interviews mit US-Behörden

Auch die US-Behörden wollen die Ergebnisse der internen Untersuchung naturgemäß noch einmal verifizieren. Hierzu streben Behördenvertreter regelmäßig eigene, so genannte „confirmatory Interviews“ mit denjenigen Arbeitnehmern an, die eine vermeintliche Nähe zu dem zu untersuchenden Sachverhalt aufweisen.⁵³

a) *Rechtsbeistand*. In den allermeisten Fällen dienen die Arbeitnehmer den Behörden als Informationsquelle und sind nicht selber einer Straftat verdächtig. Dennoch ist in der Praxis zu beobachten, dass den betroffenen Arbeitnehmern vom Arbeitgeber ein Rechtsbeistand vorgeschlagen oder beigeordnet wird. Die Inanspruchnahme eines Rechtsbeistands gibt den betroffenen Arbeitnehmern Sicherheit, vereinfacht und beschleunigt das Verfahren und wird nicht zuletzt von den US-Behörden erwartet. Hierbei kann es erforderlich sein, bestimmte Gruppen von Mitarbeitern von unterschiedlichen Rechtsanwaltskanzleien vertreten zu lassen, um potenzielle Interessenkonflikte zu vermeiden.⁵⁴ Das Mandatsverhältnis

wird hierbei ausschließlich zwischen den jeweiligen Arbeitnehmern und der Rechtsanwaltskanzlei begründet. Die Inhalte der Rechtsberatung sind – insbesondere auch gegenüber dem Arbeitgeber – vertraulich. Die Kosten der Rechtsberatung trägt in der Regel der Arbeitgeber, jedenfalls dann, wenn er die Beiziehung empfohlen hat.⁵⁵ Grundlage der Kostenübernahmeerklärung ist die Annahme, dass Arbeitgeber und Arbeitnehmer in Bezug auf den Compliance-Vorfall dieselben Interessen – Sachverhaltsaufklärung und Demonstration der Kooperationswilligkeit – verfolgen. Dementsprechend enthalten die Mandatsvereinbarungen im Fall der Kostenübernahme stets eine Klausel dazu, dass keine Beratung des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber erfolgt und dieser die die Kosten der Rechtsberatung im Fall von Vorsatztaten vom Arbeitnehmer zurückfordern kann.

Die Rolle des Rechtsanwalts in dieser Phase konzentriert sich folglich darauf, die zu dem jeweiligen Arbeitnehmer identifizierten und an die Behörden übergebenen Unterlagen auszuwerten und auf etwaige individuelle Risiken zu prüfen. Der Sachverhalt zu jedem einzelnen Arbeitnehmer wird hierbei regelmäßig noch einmal gemeinsam mit diesem aufgearbeitet. Am Ende steht dann der Rat, ob – und wenn ja, unter welchen Bedingungen – an einem Interview mit den US-Behörden teilgenommen werden sollte.

44 Wie zB den Interviewprotokollen, aber auch Zusammenfassungen der Interviews oder Zitate aus diesen, die sich in den Untersuchungsberichten befinden können.

45 Vgl. *LG Hamburg*, NJW 2011, 942; *LG Mannheim*, NZWiSt 2012, 424; *LG München I*, Beschl. v. 8.5.2017 – 6 Qs 5/17 ua, nv; v. *Galen*, NJW 2011, 942 (945); *Jahn/Kirsch*, StV 2011, 148 (151 ff.); *Jahn/Kirsch*, NStZ 2012, 713 (718 ff.); *Ballo*, NZWiSt 2013, 46 ff.; *Krug/Skoupil*, NJW 2017, 2374 (2379); *de Lind van Wijngaarden/Egler*, NJW 2013, 3549 (3551 f.); *Jahn*, ZIS 2011, 45 ff., mwN; *Schmitt* in *Meyer-Gofner/Schmitt*, StPO, 60. Aufl. 2017, § 97 Rn. 10 a ff., mwN

46 Vgl. Zimmer, BWV 2017, 32 (33).

47 Vgl. *LG Hamburg*, NJW 2011, 942; *Krit. v. Galen*, NJW 2011, 942 (945); *Jahn/Kirsch*, StV 2011, 148 (151 ff.); das *LG Hamburg* hatte sich mit der Beschlagnahme von Interviewprotokollen solcher Arbeitnehmer zu befassen, die später zu Beschuldigten wurden. Es lehnte ein Beschlagnahmeverbot ab und bejahte die Verwertbarkeit. Dies gelte auch, wenn sich die Arbeitnehmer in den Interviews selbst belasten, da kein Fall staatlich erzwungener Selbstbelastung vorliege, wenn ein Arbeitnehmer freiwillig eine arbeitsrechtliche Pflicht erfülle.

48 *LG Mannheim*, NZWiSt 2012, 424 m. zust. Anm. *Jahn/Kirsch*, NStZ 2012, 713 (718 ff.); *krit. Ballo*, NZWiSt 2013, 46 ff.

49 Für den Fall, dass sich Unterlagen im Gewahrsam des Unternehmens befinden, vertritt das *LG Mannheim* die Auff., dass diese Unterlagen beschlagnahmefähig sind; zust. *Schmitt* in *Meyer-Gofner/Schmitt*, StPO, 60. Aufl. 2017, § 97 Rn. 10 a ff., mwN; Nach vorzugswürdiger anderer Auff. sollen auch Unterlagen im Gewahrsam des Unternehmens gem. 160 a StPO beschlagnahmefrei sein; *Krug/Skoupil*, NJW 2017, 2374 (2379); *Ballo*, NZWiSt 2013, 46 (52); *de Lind van Wijngaarden/Egler*, NJW 2013, 3549 (3551 f.).

50 *LG München I*, Beschl. v. 8.5.2017 – 6 Qs 5/17 ua, nv; das Verhältnis zwischen Kanzlei und Mandant sei weniger Anwaltsmandat im klassischen Sinne, sondern bestünde vielmehr in einem Untersuchungsauftrag. § 160 a StPO erweitere nicht den Schutzbereich des § 97 I Nr. 3 StPO. Dagegen spreche § 160 a V StPO, demzufolge § 97 StPO unberührt bleiben solle. Allerdings hatte das Unternehmen ursprünglich die Veröffentlichung des Untersuchungsberichtes zugesagt. Sofern die StA nur deshalb auf Ermittlungsmaßnahmen verzichtete, könnte nach Rücknahme der Zusage der Verdacht des Verbergens von Beweismitteln entstanden und somit die Anwendbarkeit des § 160 a StPO nach Abs. 4 ausgeschlossen gewesen sein.

51 *BVerfG*, NJW 2017, 2816 = NZG 2017, 1233.

52 *Krug/Skoupil*, NJW 2017, 2374 (2379); *Ballo*, NZWiSt 2013, 46 (52); *de Lind van Wijngaarden/Egler*, NJW 2013, 3549 (3554); *Haefcke*, CCZ 2014, 39 (40 f.).

53 Diese bilden das Pendant zu einer „Vernehmung“, wie sie auch regelmäßig in Deutschland durch dt. Behörden – dann allerdings nach Maßgabe der StPO – erfolgen.

54 Gem. § 43 a IV BRAO, § 3 BORA dürfen keine widerstreitenden Interessen vertreten werden; § 356 StGB stellt den Parteiverrat unter Strafe.

55 Eine Pflicht zur Kostenübernahme besteht nicht. Allerdings werden die meisten Arbeitnehmer einen Rechtsbeistand nicht selbst bezahlen wollen und eine weitere Mitwirkung ohne diesen idR verweigern.

b) Das „Interview“. Eine wesentliche Rolle spielt zunächst der Ort, an dem die Interviews stattfinden sollen. Die Bereitschaft, zu den Interviews in die USA zu reisen, wird seitens der dortigen Behörden als besonders kooperativ und damit positiv wahrgenommen. Um Risiken für die zu befragenden Arbeitnehmer auszuschließen, die sich aus der freiwilligen Unterwerfung unter eine fremde Rechtsordnung ergeben, werden so genannte „Proffer Agreements“⁵⁶ geschlossen. Darin verpflichten sich die US-Behörden, die im Interview getätigten Aussagen nicht gegen den Aussagenden zu verwenden. Sofern für einzelne Arbeitnehmer ein individuelles Strafverfolgungsrisiko gesehen wird, sollte zudem freies Geleit⁵⁷ ausgehandelt werden. Dies garantiert die unbehelligte Ein- und Ausreise der Betroffenen. Interviews finden in der Praxis so gut wie nie in Deutschland statt, da die Wahrnehmung hoheitlicher Befugnisse auf fremdem Staatsgebiet nach allgemein anerkannten Regeln des Völkerrechts ohne Erlaubnis des fremden Staates unzulässig ist⁵⁸ und amerikanische Behörden den Aufwand eines entsprechenden Amtshilfersuchens und die damit gegebenenfalls einhergehenden Einschränkungen meiden. Als Kompromiss hat sich in der Praxis London als Interviewort etabliert. Für die US-Behörden ist die Durchführung der Interviews dort mit weniger administrativem Aufwand verbunden, da die UK-Behörden regelmäßig keine Amtshilfersuchen verlangen. Für das betroffenen Unternehmen schlägt positiv zu Buche, dass die Zustimmung zu Interviews in Großbritannien ebenfalls als kooperativ gewertet wird. Für die betroffenen Arbeitnehmer ist eine Anreise nach London sehr viel weniger einschneidend als eine Anreise nach New York oder Washington, D. C. Zudem finden die Interviews außerhalb der USA regelmäßig in neutralen Räumlichkeiten – meistens in Kanzleiräumen der Individualvertreter – statt, sodass der Rahmen den betroffenen Arbeitnehmern deutlich mehr psychologische Sicherheit bietet.

Beim Interview sind Vertreter der jeweiligen Behörden, der betroffene Arbeitnehmer, seine Rechtsanwälte und gegebenenfalls ein Übersetzer anwesend. Die Teilnehmerzahl kann sich so auf 10 – 20 Personen summieren. Das Interview kann einige Stunden aber auch mehrere Tage dauern, je nachdem, wie wichtig die Rolle des jeweiligen Arbeitnehmers in dem zu untersuchenden Sachverhalt eingeschätzt wird.

Bei den Interviews muss selbstverständlich stets wahrheitsgemäß geantwortet werden. Als Rechtsbeistand ist darauf zu achten, dass der Befragte die Frage richtig verstanden hat, diese explizit beantwortet und das auch nur, wenn er auf diese aus eigener Wahrnehmung antworten kann. Spekulationen und allgemeine Ausführungen zu Geschehensabläufen müssen vermieden werden. Im Vorfeld vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellte datenschutzrechtlich bedingte Aussagebeschränkungen (zB in Bezug auf andere Mitarbeiter, Kunden, etc.) müssen eingehalten werden. Auch wenn die Befragten über gute Englischkenntnisse verfügen, sollten Übersetzer genutzt werden, da der Teufel oft im Detail steckt. Inwieweit die befragten Arbeitnehmer das Risiko eingehen, sich selbst zu belasten, hängt entscheidend von der Kooperationsbereitschaft der Behörden ab. Im Vergleich zu den deutschen Behörden haben die US-Behörden einen deutlich größeren Ermessensspielraum zum Abschluss entsprechender „Deals“.

3. Zwischenfazit

Auf die Phase der internen Untersuchung folgen die Ermittlungen der Behörden. Wie weit die Ermittlungsbefugnisse der Staatsanwaltschaft reichen, ist aktuell höchst umstritten.

Für die betroffenen Arbeitnehmer ist hierbei insbesondere die Frage, ob Interviewprotokolle beschlagnahmt und in Strafverfahren (gegen sie) verwertet werden dürfen, von enormer Bedeutung. Den US-Behörden geht es in der Regel um die Sanktionierung des Unternehmens.⁵⁹ Den Arbeitnehmern sind in der Phase der Interviews dennoch Rechtsanwältin zur Seite zu stellen. Dies erhöht die Kooperationsbereitschaft und fördert einen möglichst zügigen und positiven Abschluss des Verfahrens.

V. Arbeitsrechtlichen Konsequenzen

Werden im Rahmen der internen Ermittlung Verstöße eines Arbeitnehmers festgestellt, kann der Arbeitgeber arbeitsrechtliche Konsequenzen ziehen. In Betracht kommt vor allem eine Abmahnung oder ordentliche Kündigung, in Ausnahmefällen der Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung.⁶⁰ Letztere erfordert jedoch einen schwerwiegenden Verstoß, dh es bedarf Tatsachen, die dem Arbeitgeber im konkreten Fall und unter Abwägung beiderseitiger Interessen die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist unzumutbar machen.⁶¹ Eine außerordentliche Kündigung ist folgerichtig dann unwirksam, wenn der Arbeitgeber das dem Arbeitnehmer vorgeworfene Verhalten selbst initiiert oder zumindest geduldet hat.⁶²

1. Amnestieprogramme/Kronzeugenregelungen

Der Arbeitgeber kann dem Arbeitnehmer zusichern, im Falle einer vollständigen und wahrheitsgemäßen Auskunft über aufzuklärende Sachverhalte von arbeits- und zivilrechtlichen Sanktionen – also zB von einer Abmahnung, Kündigung und der Geltendmachung etwaiger Schadensersatzansprüche – abzusehen. Da die Geschäftsleitung verpflichtet ist, sorgfältig und zum Wohle der Gesellschaft zu handeln,⁶³ muss der Verzicht auf Ansprüche der Sache angemessen sein.⁶⁴ Amnestieprogramme bedeuten immer eine gewisse Ungleichbehandlung der Arbeitnehmer, worunter auch das Betriebsklima insgesamt leiden kann.⁶⁵ Amnestieprogramme kommen daher vor allem dann in Betracht, wenn es um eine Vielzahl von Fällen geht, die besonders komplex, schlecht dokumentiert und ohne Amnestieangebote schwer aufklärbar sind. Außerdem sollte der erwartete Sanktionsbedarf gegenüber

56 Auch „Queen for a Day Letter“/„Proffer Letter“.

57 Auch „Safe Passage“/„Safe Conduct“.

58 Das sog „Territorialitätsprinzip“ gehört zu den allg. Grundsätzen des Völkerrechts. Der Staat, dem die Verletzung des Völkerrechts zuzurechnen ist, ist grds. verpflichtet, das völkerrechtliche Unrecht und seine Folgen nach Möglichkeit zu beseitigen und auszugleichen; *Tiedemann* in FS Paul Bockelmann, 1978, 825; Ausf. zum Verwertungsverbot bei völkerrechtswidriger Ermittlungshandlung, *OLG Koblenz*, NStZ 2017, 108 (109 ff.).

59 Was nicht bedeutet, dass die Individualstrafverfolgung gar keine Rolle spielt; vgl. hierzu das sog „Yates-Memo“ zur Verfolgung natürlicher Personen im Kontext wirtschaftsstrafrechtlicher Ermittlungen, abrufbar unter: „<https://www.justice.gov/archives/dag/file/769036/download>“.

60 *Zimmer/Stetter*, BB 2006, 1445 ff.

61 StRspr, *BAGE* 157, 84 = NZA 2016, 1527; *BAG*, Urt. v. 17.3.2016 – 2 AZR 110/15, BeckRS 2016, 72235; *BAG*, = NZA 2013, 27; *BGH*, DStR 1993, 134 = NJW 1993, 463 = NZA 1993, 267 Ls.

62 *ArbG München*, NZA-RR 2009, 134 = NZA 2009, 265 Ls.

63 § 93 AktG bzw. § 43 GmbHG.

64 *Schürle/Olbers*, CCZ 2010, 178 (181); Unzulässig sind zB allg. oder zugunsten einer Gruppe von Mitarbeitern gewährte Sanktionsverschonungen ohne Bezug zu konkreten Aufklärungsmaßnahmen, da diese als unternehmensschädigende, ermessenfehlerhafte Vorstands- bzw. Geschäftsführerhandlungen zu werten sind, vgl. *Göpfert/Merten/Siegrist*, NJW 2008, 1703 (1704); insofern kommt auch eine Haftung der Gesellschaftsorgane sowie deren Strafverfolgung wegen Untreue in Betracht, vgl. *Moosmayer*, Compliance, 3. Aufl. 2015 Rn. 333.

65 *Leisner* in *Knierim/Rübenstahl/Tsambikakis*, Internal Investigations, Kap. 10 Rn. 15; zu Ausgestaltung und Durchführung von Amnestieprogrammen, s. *Annuß/Pelz*, BB Special 4 (zu BB 2010, Heft 50), 14 (19 f.).

den Arbeitnehmern gering sein – etwa weil fragwürdige Handlungen vordergründig im Sinne des Unternehmens erfolgten – und eine Abstimmung mit den ermittelnden Behörden erfolgen.⁶⁶ Schutz vor Strafverfolgungsmaßnahmen im Sinne einer strafrechtlichen Amnestie kann der Arbeitgeber ohnehin nicht gewähren.⁶⁷ Der Arbeitgeber kann insofern lediglich darauf verzichten, ein Ermittlungsverfahren durch Strafanzeige oder Strafantrag einzuleiten, wodurch Ermittlungen von Amts wegen jedoch nicht verhindert werden.⁶⁸

2. Sonderfall: „Druckkündigung“

Ergeben sich im Rahmen einer internen Ermittlung Wirtschaftsstraftaten, zivilrechtliche Pflichtverletzungen oder Compliance-Verstöße, kann es vorkommen, dass Geschäftspartner, Kunden, die Belegschaft oder auch Behörden, unter Androhung von Nachteilen für den Arbeitgeber, die Kündigung der verantwortlichen Arbeitnehmer fordern. Die Kündigung als Reaktion auf die Androhung von Nachteilen für den Fall der Nichtentlassung bestimmter Arbeitnehmer wird als „Druckkündigung“ bezeichnet. Hierbei unterscheidet das BAG wiederum zwischen der echten und der unechten Druckkündigung.⁶⁹ Während bei einer unechten Druckkündigung das Verlangen des Dritten in Folge des Arbeitnehmerverhaltens oder eines personenbedingten Grundes objektiv gerechtfertigt ist und der Arbeitgeber nach den allgemeinen Regeln kündigen kann, fehlt es bei einer echten Druckkündigung an einer solchen objektiven Rechtfertigung. An die Zulässigkeit einer echten Druckkündigung sind daher strenge Anforderungen zu stellen. Primäre Aufgabe des Arbeitgebers ist es, sich schützend vor den Arbeitnehmer zu stellen, sodass eine echte Druckkündigung nur möglich ist, wenn dem Arbeitgeber durch das angekündigte Übel schwere wirtschaftliche Schäden drohen, die nicht anders abwendbar sind.⁷⁰ Bei Vorliegen eines wichtigen Grundes kommt auch eine fristlose Druckkündigung in Betracht. Der Arbeitnehmer wird hierbei allerdings insbesondere durch die Vorschrift des § 626 II BGB geschützt, wonach eine außerordentliche Kündigung nur innerhalb von zwei Wochen nach Kenntniserlangung von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen möglich ist. Wann die Frist genau zu laufen beginnt, beurteilt sich nach dem Einzelfall. Die Frist beginnt insofern nicht bereits in dem Zeitpunkt, in dem der Arbeitgeber Kenntnis von dem Verlangen des Dritten erlangt, weil er zunächst ernsthaft und mit gewissen Erfolgsaussichten versuchen muss, den Druck abzuwenden.⁷¹ Vielmehr ist auf den Zeitpunkt abzustellen, in dem der Arbeit-

geber zu der Einsicht gelangt, dass der von dem Dritten erzeugte Druck nicht anders abgewendet werden kann als durch den Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung.⁷²

3. Zwischenfazit

Hat sich ein Arbeitnehmer gegenüber seinem Arbeitgeber etwas zuschulden kommen lassen, drohen ihm naturgemäß arbeitsrechtliche Konsequenzen. Bei einer internen Untersuchung treten jedoch verschiedene Besonderheiten hinzu: Aufgrund der genauen und umfassenden Sachverhaltsaufarbeitung kann es zu „Zufallsfunden“ kommen. Allerdings besteht im Rahmen einer internen Untersuchung regelmäßig auch ein größerer Verhandlungsspielraum. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Arbeitgeber an einer umfassenden Aussage eines Arbeitnehmers interessiert ist, da die Vorteile der Kooperation mit den Behörden die Nachteile des pflichtwidrigen Individualverhaltens überwiegen. Problematisch wird es dann, wenn die ermittelnden Behörden die Kündigung bestimmter Arbeitnehmer zur Bedingung einer außergerichtlichen Einigung machen.

VI. Ergebnis

Arbeitnehmern kommt bei internen Untersuchungen eine Schlüsselrolle zu. Sie sind das wichtigste Mittel bei der internen Sachverhaltsaufklärung. Außerdem können sie stellvertretend für ihr Unternehmen Kooperationsbereitschaft gegenüber den ermittelnden Behörden demonstrieren. Der Großteil der von internen Untersuchungen betroffenen Arbeitnehmer hat weder individuelle Strafverfolgung, noch arbeitsrechtliche Konsequenzen zu fürchten. Der Arbeitgeber sollte seine datenschutzrechtlichen Pflichten einhalten, interne Untersuchungsdokumente im Rahmen des rechtlich Möglichen vor dem Zugriff staatlicher Stellen schützen und seinen Arbeitnehmern im Fall weitergehender US-behördlicher Ermittlungen Rechtsanwältin zur Seite stellen. So können beide Seiten internen Untersuchungen und den sich in der Regel anschließenden Ermittlungen durch staatliche Stellen mit Ernsthaftigkeit und Respekt, jedoch ohne Angst begegnen. ■

66 *Leisner in Knierim/Rübenstahl/Tsambikakis*, Internal Investigations, Kap. 10 Rn. 20 ff.

67 *Schürle/Olbers*, CCZ 2010, 178 (181); *Leisner in Knierim/Rübenstahl/Tsambikakis*, Internal Investigations, Kap. 10 Rn. 55.

68 *Brefßler/Kuhnke/Schulz/Stein*, NZG 2009, 721 (727).

69 BAG, NZA 2014, 109.

70 BAG, NZA 2014, 109.

71 MüKoBGB/Henssler, 7. Aufl. 2016, § 626 Rn. 312; BeckOGK BGB/Günther, Stand: 1.6.2017, § 626 Rn. 546; ErfK/Niemann, ArbR, 17. Aufl. 2017, § 626 Rn. 215.

72 BeckOGK BGB/Günther, § 626 Rn. 546; ErfK/Niemann, ArbR, § 626 Rn. 215.

Rechtsanwalt Michael Kempter und Rechtsanwalt Dr. Björn Steinat*

Compliance – arbeitsrechtliche Gestaltungsinstrumente und Auswirkungen in der Praxis

Das Thema Compliance ist längst auch jedem Arbeitsrechtler bekannt. Unternehmen und Belegschaften werden immer transparenter, sodass sich gerade für Arbeitgeber immer wieder die Frage nach Möglichkeiten und Grenzen der betrieblichen Umsetzung ergibt. Welche Anforderungen sind an das Compliance-System oder den Inhalt von Arbeitsverträgen zu stellen? Wie weit reicht die Mitbestimmung des Betriebsrates, welche Verpflichtungen haben Beschäftigte und welche Konsequenzen drohen bei Verstößen? Diesen Fragestellungen soll im Folgenden nachgegangen werden, ergänzt um konkrete Gestaltungshinweise für die praktische Umsetzung.

I. Einführung

Die Frage, ob insbesondere die Fülle an gesetzlichen Vorgaben eingehalten wird, beschäftigt Arbeitgeber bzw. die dahinter handelnden Personen im Geschäftsverkehr ständig.¹

* Der Autor *Kempter* ist Fachanwalt für Arbeitsrecht sowie Geschäftsführer beim Arbeitgeberverband Südwestmetall, Waiblingen. Der Autor *Steinat* ist Fachanwalt für Arbeitsrecht sowie Syndikalisrechtsanwalt beim Arbeitgeberverband Südwestmetall, Waiblingen.

1 Als aktuelles Beispiel seien nur die Kartellvorwürfe gegen deutsche Automobilhersteller genannt, mit den daraus resultierenden „Beschwerden“ durch Ermittler der EU-Kommission.