

schaftt weitere Klarheit und sollte bei verbandsinternen Untersuchungen nach VerSanG-E mit der Verfolgungsbehörde abgestimmt werden.

Der VerSanG-E enthält einige diskussionswürdige Punkte. Problematisch ist die künstliche personelle Trennung zwischen Unternehmensverteidigung und Untersuchungsteam in Kombination mit dem begrenzten Beschlagnahmenschutz und die unsichere Aussicht eines Sanktionsrabatts für verbandsinterne Untersuchungen. Ein echtes Wahlrecht zwischen Kooperation und Verteidigung sieht anders aus. Ein wichtiges positives Signal für Unternehmen ist die künftige Honorierung von Compliance sowohl beim Vortat- als auch beim Nachtatverhalten. Hilfreich wäre es, die wichtigsten Compliance-Elemente im neuen Gesetz kurz und schlang zusammengefasst darzustellen. Dies würde

nicht nur allgemein Unternehmen Orientierung bieten, sondern auch Gerichten bei der Formulierung von Compliance-Weisungen gem. § 13 VerSanG-E helfen. Der Vorteil wäre eine klarere Prüfungsgrundlage für die anschließend von dem neu vorgesehenen Monitor („sachkundige Stelle“) durchzuführende Bewertung der Compliance-Maßnahmen.

KONTAKT:

Dr. Tobias Teicke
Comfield Legal
Kurfürstendamm 194
10707 Berlin
tobias.teicke@comfield-legal.eu

RECHTSANWÄLTE DR. STEFAN BARTZ, DR. WOLF-TASSILO BÖHM UND WISSENSCHAFTLICHE MITARBEITERIN MALLIKA POHL *

Aktuelle Entwicklungen in den USA

Der vorliegende Beitrag setzt die Reihe der Beiträge in der CCZ unter diesem Titel fort.¹ Dieses Mal steht die Entscheidung *United States v. Connolly No. 16-CR-370 (CM)* des United States District Court Southern District of New York² im Mittelpunkt. Sie hat in den USA für großes Aufsehen gesorgt, da sich das Gericht kritisch mit der Rolle von Behörden bei internen Untersuchungen und der Abgrenzung zwischen staatlichem und privatem Handeln auseinandersetzt. In diesem Kontext befasst sich die Entscheidung auch mit der Frage, inwieweit eine arbeitsrechtliche Mitwirkungspflicht an internen Untersuchungen die Selbstbelastungsfreiheit des Arbeitnehmers einschränkt. Eine Frage, die auch in Deutschland noch immer viel diskutiert wird und mit dem aktuellen Entwurf eines Verbandssanktionsgesetzes an Aktualität gewinnt.

A. Die *United States v. Connolly*-Entscheidung

I. Hintergrund

Im Jahre 2010 begannen amerikanische Behörden, darunter die SEC, das DOJ und insbesondere die Commodity Futures Trading Commission („CFTC“), eine Untersuchung gegen einige internationale Geldinstitute im Zusammenhang mit LIBOR-Manipulationen. Im Zuge der ersten Kontaktaufnahme mit einer der betroffenen Banken wies die CFTC unter anderem darauf hin, dass sie volle Kooperation bei den Ermittlungen erwarte.³ Die CFTC

schlug der Bank vor, die Vorwürfe im Rahmen einer internen Untersuchung aufzuklären. Die Richterin bezeichnete dies im Urteil als „*Godfather offer*“, ein Angebot, das die Bank nicht ablehnen konnte.⁴ Ein Partner der mit der Sachverhaltsaufklärung beauftragten Kanzlei sagte zudem im Verfahren aus, dass die interne Untersuchung aus Sicht der Bank nicht freiwillig war.⁵

Zu Beginn der Untersuchung bestimmte die CFTC mittels spezifischer Parameter, welche Mitarbeiter (wiederholt) im Rahmen der internen Untersuchung durch die beauftragte Rechtsanwaltskanzlei interviewt werden sollten. Dies betraf unter anderem die Antragsteller Connolly und B., ehemalige Trader der Bank. Die CFTC instruierte die Anwälte, die Interviews wie ein Staatsanwalt zu führen.⁶ Nach den Unternehmensrichtlinien der Bank waren die Mitarbeiter zu voller Kooperation bei etwaigen internen wie externen Überprüfungen verpflichtet. Eine Weigerung zur Zusammenarbeit hätte die Kündigung des Arbeitsverhältnisses zur Folge gehabt.⁷ Im Jahre 2015 legte die Kanzlei den Behörden einen Abschlussbericht vor, der Ergebnisse aller Interviews enthielt.⁸ Dem Urteil zufolge hatten die Behörden bis zu diesem Zeitpunkt keine substantziellen eigenen Ermittlungen gegen die Bank geführt.⁹

Die Antragsteller, Connolly und B., waren wegen ihrer Verwicklungen in die Manipulationen des LIBOR-Zinssatzes wegen *wire fraud* und *bank fraud* verurteilt worden. Hiergegen wehrten sie sich mit einem Antrag auf Freispruch, hilfsweise Wiederaufnahme des Prozesses. B. bezog sich hierbei auf die *Kastigar*-Rechtsprechung, wonach Strafverfolgungsbehörden rechtswidrig erlangte Aussagen

* Dr. Stefan Bartz und FAArBR Dr. Wolf-Tassilo Böhm sind beide Senior Associates bei Latham & Watkins LLP und Mitglieder der White Collar & Investigations Practice Group; Mallika Pohl ist wissenschaftliche Mitarbeiterin bei Latham & Watkins LLP.

1 Vgl. CCZ 2019, 45 ff., 59 ff., 139 ff., 189 ff., 239 ff.
2 *United States v. Connolly*, No. 16-CR-370 (CM), [nachfolgend: *United States v. Connolly*].
3 *United States v. Connolly*, S. 3: “The CFTC advised [them] that it ‘expect[ed]’ the Bank to ‘cooperate fully’ with its investigation.”

4 *United States v. Connolly*, S. 26.

5 *United States v. Connolly*, S. 4.

6 *United States v. Connolly*, S. 6 f.

7 *United States v. Connolly*, S. 6 f., mit Verweis auf eine globale Compliance-Mitarbeiterpolicy der Bank.

8 *United States v. Connolly*, S. 4 f. und 13.

9 *United States v. Connolly*, S. 17 ff.

nicht für die Strafverfolgung verwenden dürfen.¹⁰ Er argumentierte, dass sein unter dem *Fifth Amendment* verbürgtes Verfassungsrecht auf Selbstbelastungsfreiheit eines Beschuldigten im Strafverfahren verletzt worden sei. Denn bei Verweigerung der Aussage hätte ihm die Kündigung gedroht.

II. Entscheidung des Gerichts

Im Ergebnis lehnte das Gericht den Antrag ab. Die Behörden hätten bei der Strafverfolgung auf die gewonnenen Erkenntnisse aus den über die Kanzlei geführten Interviews mit ihm verzichtet. Insofern hätten sie die Interviews weder direkt noch indirekt im Sinne von *Kastigar* genutzt.¹¹ Daher sei sein Recht auf Selbstbelastungsfreiheit nicht verletzt.¹² Obwohl die entsprechende Urteilsbegründung – jedenfalls aus deutscher Sicht – eigentlich hätte knapp ausfallen müssen, umfasst die Entscheidung 49 Seiten. Das Gericht wies ausdrücklich auf die potenzielle Tragweite der Entscheidung hin.¹³ Es betrieb beachtlichen Aufwand festzustellen, dass die interne Untersuchung der Bank den amerikanischen Behörden zuzurechnen und der Antragsteller zu seinen Interviews gezwungen worden sei,¹⁴ obwohl es hierauf für die konkrete Entscheidung nicht ankam.

Das Gericht verwies als Ausgangspunkt auf die US-Supreme Court-Entscheidung *Garrity v. New Jersey*.¹⁵ Dort hatte der Supreme Court festgestellt, dass Äußerungen von Arbeitnehmern unter Androhung einer Kündigung gegenüber öffentlichen Arbeitgebern unfreiwillig seien. Daher sei die Verwendung im Strafprozess gegen sie unzulässig.¹⁶ Allerdings war im Fall *Garrity v. New Jersey* die Vernehmung durch Polizisten erfolgt, sodass die Entscheidung jedenfalls nicht unmittelbar auf Interviews von Rechtsanwaltskanzleien übertragbar sei. Das Gericht verwies jedoch weiter auf US-Rechtsprechung, wonach die Informationsgewinnung über den Arbeitgeber dem Staat zurechenbar sei, wenn eine enge Verbindung („*close nexus*“) zwischen dem privaten Arbeitgeber und dem Staat besteht.¹⁷ Eine enge Verbindung soll unter anderem dann vorliegen, wenn der Staat das private Handeln offen oder verdeckt ermutigt, gemeinsam mit dem Arbeitgeber agiert oder eine öffentliche Aufgabe an einen Privaten delegiert.¹⁸ Hierbei muss der Staat auf ein konkretes Verhalten des Privaten hinwirken.¹⁹

Angesichts der (begründeten) Furcht des Mitarbeiters vor einer Kündigung bei einer Weigerung zur Teilnahme an den Interviews sah das Gericht die Aussagen in den Interviews „ohne jeden Zweifel“ als erzwungen an.²⁰

Aber auch die Untersuchung der Bank durch die externe Rechtsanwaltskanzlei sei letztlich insgesamt den amerikanischen Behörden zuzurechnen.²¹ Unter Berücksichtigung der dargelegten Maßstäbe zur Annahme eines „*close nexus*“ stellte das Gericht fest, dass die Behörden die Kanzlei angewiesen hätten, wer – darunter insbesondere die Antragsteller – wann zu interviewen sei. Sogar die Art der Gesprächsführung („*approach [an employee] interview as if he were a prosecutor*“) hätten die Behörden vorgegeben. Hinzu käme, dass die Behörden während der fünfjährigen Untersuchung durch die Kanzlei selbst keine eigenen substantiellen Ermittlungen vorgenommen hätten. Dies unterscheide den Fall von anderen Fällen, in denen Unternehmen sich mit Behörden zu internen Ermittlungen abstimmen.²²

Das Gericht schloss hieraus, dass die Behörde die eigenen Ermittlungen in der wichtigen Anfangsphase faktisch an die Bank und die Kanzlei „outsourced“ habe.²³ Die Kanzlei habe das getan, was der Staat im Hinblick auf die Ermittlung hätte machen können, müssen und sollen.²⁴

Letztlich sei diese wenig interne, da umfassend durch die Behörden vorgegebene, Untersuchung der Bank durch einen externen Rechtsbeistand für diese auch nicht freiwillig gewesen. Die Androhung massiver, möglicherweise existenzbedrohender Strafverfolgung genüge dabei zur massiven Erhöhung des Drucks auf das Unternehmen. Im vorliegenden Fall rechtfertige dies die Annahme eines „*close nexus*“ zwischen Unternehmen und staatlichen Einrichtungen.²⁵

III. Mögliche Auswirkungen der Entscheidung in den USA

Ob das Gericht mit seiner Vermutung hinsichtlich der potenziell großen Auswirkungen seiner Entscheidung recht behalten wird, lässt sich derzeit noch nicht vorhersehen und bleibt abzuwarten. Der United States District Court Southern District of New York, in dessen Gebiet mit Manhattan das Finanzzentrum der USA liegt, ist jedoch einer der vermutlich einflussreichsten District Courts in den USA, insbesondere bei wirtschaftsstrafrechtlichen Sachverhalten.

Die ausführlich begründete Entscheidung wirft ein kritisches Licht auf den gelegentlichen Wunsch amerikanischer Behörden, eigene Ermittlungen an das betroffene Unternehmen „outzusourcen“,²⁶ auch wenn in diesem Fall die Vorgaben der Behörde sicherlich deutlich über das übliche Maß hinausgingen. Aus Sicht des Staates ist es durchaus verständlich, bei großen und komplexen Ermittlungen zeitaufwändige Schritte aus Ressourcengründen auslagern zu wollen. Gleichzeitig wollen die Behörden den Unternehmen aber nicht zu viele Freiheiten lassen. Ob die US-Behörden zukünftig vorsichtiger agieren und weniger steu-

10 *Kastigar v. United States*, 406 U.S. 441 (1972).

11 *United States v. Connolly*, S. 40-43.

12 *United States v. Connolly*, S. 29.

13 “The Court is fully aware that this ruling may have implications that extend well beyond this particular case.”, *United States v. Connolly* S. 29.

14 “[He] was compelled [...] to sit for at least three, probably four, interviews” (*United States v. Connolly* S. 21) und “[the] Bank’s investigation is fairly attributable to the Government.” (*United States v. Connolly*, S. 22).

15 *Garrity v. New Jersey*, 385 U.S. 493, 497 (1967).

16 *Garrity v. New Jersey*, 385 U.S. 493, 497 (1967).

17 *United States v. Stein*, 541 F.3d 130, 152 n.11 (2nd Cir. 2008); *Blum v. Yaretsky*, 457 U.S. 991, 1004 (1982).

18 *United States v. Stein*, 541 F.3d 130, 152 n.11 (2nd Cir. 2008).

19 *Desiderio v. Nat’l Ass’n of Securities Dealers, Inc.*, 191 F.3d 198, 206-07 (2nd Cir. 1999).

20 *United States v. Connolly*, S. 21.

21 *United States v. Connolly*, S. 22-29.

22 *United States v. Connolly*, S. 22-29.

23 *United States v. Connolly*, S. 23.

24 *United States v. Connolly*, S. 24: Die Kanzlei „did everything that the Government could, should, and would have done had the Government been doing its own work“.

25 *United States v. Connolly*, S. 26 f.; *United States v. Stein*, 541 F.3d 130, 151 n.11 (2nd Cir. 2008).

26 *United States v. Connolly*, S. 2: “[...] if the Government, as has been suggested elsewhere, is routinely outsourcing its investigations into complex financial matters to the targets of those investigations [...]”.

ernen Einfluss auf unternehmensinterne Ermittlungen ausüben werden, bleibt abzuwarten.

B. Die Entscheidung aus Sicht des deutschen Rechts

Das US-Gericht befasst sich ausführlich mit der Frage, unter welchen Umständen Arbeitnehmer im Rahmen interner Ermittlungen unfreiwillig Auskünfte erteilen, sodass Gerichte diese in folgenden Strafverfahren nicht verwenden dürfen. Vor diesem Hintergrund untersucht der Beitrag zum einen, inwieweit Arbeitnehmer unter Anwendung deutschen Arbeitsrechts zu selbstbelastenden Auskünften im Rahmen interner Ermittlungen verpflichtet sind. Zudem hinterfragt er, ob deutsche Strafgerichte solche Auskünfte als Beweise gegen Arbeitnehmer verwenden können.

I. Selbstbelastungspflicht von Arbeitnehmern bei internen Ermittlungen

Gesetzlich ist bisher nicht geregelt, ob sich Arbeitnehmer im Rahmen interner Untersuchungen selbst belasten müssen. Ausdrückliche, spezifische Regelungen zu den Rechten und Pflichten von Arbeitnehmern und Arbeitgebern im Rahmen interner Untersuchungen existieren nicht. Einigkeit besteht im Kern darüber, dass der Arbeitnehmer grundsätzlich einer Auskunftspflicht gegenüber seinem Arbeitgeber unterliegt. Diese wird teils aus §§ 666, 675 BGB, teils aus der arbeitsvertraglichen Treuepflicht hergeleitet. Umstritten sind dabei sowohl die Rechtsgrundlage als auch die Reichweite dieser Verpflichtung. Nach zutreffender Auffassung ist nach dem Charakter der Auskunft zu unterscheiden.²⁷

1. Auskunftspflicht bei unmittelbarem Zusammenhang mit der arbeitsvertraglichen Leistung

Soweit sich Fragen auf seinen unmittelbaren Arbeitsbereich eines Arbeitnehmers beziehen, besteht eine vollumfängliche Auskunftspflicht des Arbeitnehmers nach den Regeln des Auftrags, §§ 666, 675 BGB.²⁸ Dieser Auskunftspflicht steht ein korrespondierendes Auskunftsrecht des Arbeitgebers gegenüber. Das arbeitgeberseitige Auskunftsrecht ergibt sich auch aus dem aus § 106 GewO folgendem tätigkeitsbezogenem Weisungsrecht des Arbeitgebers.²⁹ Es ist nach § 888 Abs. 1 ZPO vollstreckbar. Die vertragsimmanente Verpflichtung zur Auskunft bezieht sich auf den unmittelbaren Arbeitsbereich sowie im Zusammenhang mit der Arbeitsleistung stehende Wahrnehmungen. Sie umfasst dabei auch selbstbelasten-

de Tatsachen. Der Arbeitnehmer darf somit im Rahmen der Verpflichtung aus §§ 666, 675 BGB die Auskunft auch dann nicht verweigern, wenn er sich dadurch der Gefahr der Strafverfolgung aussetzt.³⁰ Damit kann der Arbeitgeber Auskünfte, die sich auf den unmittelbaren Arbeitsbereich bzw. den Kernbereich der übertragenen Arbeitsaufgabe beziehen, mit rechtlichen Mitteln erzwingen, auch wenn sich der Arbeitnehmer dadurch selbst belastet.

Diese weitreichende Selbstbelastungspflicht ist auch im Ergebnis angemessen. Denn der Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit ist im Verhältnis zwischen Privaten nicht unmittelbar anwendbar.³¹ Im Arbeitsverhältnis kollidiert das Interesse des Arbeitnehmers, sich nicht selbst belasten zu müssen, mit dem ebenfalls zu berücksichtigenden Informationsbedürfnis des Arbeitgebers.³² Zudem dient der Auskunftsanspruch aus §§ 666, 675 BGB auch dazu, es dem Arbeitgeber zu ermöglichen, pflicht- oder treuwidrige Handlungen der Arbeitnehmer feststellen und nachweisen zu können. Bei Anerkennung eines Auskunftsverweigerungsrechts bezüglich selbstbelastender Umstände würde demnach die Funktion des Anspruchs erheblich eingeschränkt.³³ Teilweise wird auch vertreten, dass der Arbeitnehmer bereits mit Abschluss des Arbeitsvertrags freiwillig die Verpflichtung eingehe, sich später möglicherweise selbst zu belasten.³⁴

2. Auskunftspflicht bei mittelbarem Zusammenhang mit der arbeitsvertraglichen Leistung

Soweit Kenntnisse nur mittelbar dem Arbeitsbereich zuzuordnen sind, kann sich eine Auskunftspflicht in Form einer vertraglichen Nebenpflicht aus §§ 611, 241 Abs. 2, 242 BGB ergeben.³⁵ Diese erfasst bei Gelegenheit der Wahrnehmung arbeitsvertraglicher Verpflichtungen erlangte Kenntnisse.³⁶ Die Auskunftspflicht besteht nur, wenn und soweit das Interesse des Arbeitgebers überwiegt, weil er sich die Information nicht auf zumutbare Weise anderweitig verschaffen kann und die Auskunftserteilung dem Arbeitnehmer zumutbar ist.³⁷ Unzumutbar kann die Auskunft etwa über Tatsachen sein, die kündigungswidrig gegen Arbeitnehmer verwendet werden könnten. Anderenfalls würde § 1 Abs. 2 S. 4 KSchG umgangen.³⁸ Diese Vorschrift weist dem Arbeitgeber die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen eines Kündigungsgrundes zu.

27 *Krug/Skoupil* NJW 2017, 2374 (2375); *Greco/Caracas* NStZ 2015, 7; *Haefcke* CCZ 2014, 39 f.; *Knauer/Gaul* NStZ 2013, 192 (194); *Lützel/Müller-Sartori* CCZ 2011, 19 (20); *Dann/Schmidt* NJW 2009, 1851 (1852).

28 LAG Hamm 3.3.2009 – 14 Sa 1689/08 = CCZ 2010, 237 (238); *Krug/Skoupil* NJW 2017, 2374 (2375); *Greco/Caracas* NStZ 2015, 7; *Haefcke* CCZ 2014, 39 f.; *Knauer/Gaul* NStZ 2013, 192 (194); *Lützel/Müller-Sartori* CCZ 2011, 19 (20); *Böhm* WM 2009, 1923 (1924); *Dann/Schmidt* NJW 2009, 1851 (1852); vgl. zu Dienst- bzw. Werkverträgen: BGH 30.11.1989 – III ZR 112/88 = NJW 1990, 510; BGH 23.2.1989 – IX ZR 236/86 = ZIP 1989, 528 (529); BGH 30.4.1964 – VII ZR 156/62 = NJW 1964, 1469 (1470).

29 *Spehl/Momsen/Grützner* CCZ 2014, 170 (171); *Lützel/Müller-Sartori* CCZ 2011, 19 (20).

30 BGH 30.11.1989 – III ZR 112/88 = NJW 1990, 510; BGH 23.2.1989 – IX ZR 236/86 = ZIP 1989, 528 (529); BGH 30.4.1964 – VII ZR 156/62 = NJW 1964, 1469 (1470); LG Hamburg 15.10.2010 – 608 Qs 18/10 = NJW 2011, 942 (945); LAG Hamm 3.3.2009 – 14 Sa 1689/08 = CCZ 2010, 237 (238); *Krug/Skoupil* NJW 2017, 2374 (2375); *Mengel* NZA 2017, 1494 (1499); *Haefcke* CCZ 2014, 39 f.; *Knauer/Gaul* NStZ 2013, 192 (193); *Böhm* WM 2009, 1923 (1924).

31 *Krug/Skoupil* NJW 2017, 2374 (2375).

32 BVerfG 13.1.1981 – 1 BvR 116/77 = NJW 1981, 1431 (1432).

33 BGH 30.4.1964 – VII ZR 156/62 = NJW 1964, 1469 (1470); LAG Hamm 3.3.2009 – 14 Sa 1689/08 = CCZ 2010, 237 (238).

34 LG Hamburg 15.10.2010 – 608 Qs 18/10 = NJW 2011, 942 (944).

35 Zu Dienst- bzw. Werkverträgen, daher nur eingeschränkt übertragbar: BGH 23.2.1989 – IX ZR 236/86 = ZIP 1989, 528 (529); LAG Hamm 3.3.2009 – 14 Sa 1689/08 = CCZ 2010, 237 (238); s. a. *Krug/Skoupil* NJW 2017, 2374 (2375); *Greco/Caracas* NStZ 2015, 7; *Haefcke* CCZ 2014, 39 f.; *Knauer/Gaul* NStZ 2013, 192 (194); *Lützel/Müller-Sartori* CCZ 2011, 19 (20); *Böhm* WM 2009, 1923 (1924); *Dann/Schmidt* NJW 2009, 1851 (1852).

36 BAG NZA 1996, 637 (638); *Böhm* WM 2009, 1923 (1925).

37 BAG NZA 1996, 637 (638 f.); *Greco/Caracas* NStZ 2015, 7.

38 BAG 7.9.1995 – 8 AZR 828/93 = NZA 1996, 637 (639); *Rudkowski* NZA 2011, 612 (613); *Böhm* WM 2009 1923 (1925).

Nicht zwingend aber regelmäßig soll der Arbeitnehmer Auskünfte auch verweigern dürfen, wenn er sich durch die Auskunft selbst belasten müsste.³⁹

3. Auskunftspflicht bei Verzicht auf Differenzierung nach Auskunftscharakter

In Teilen von Rechtsprechung⁴⁰ und Literatur⁴¹ wird die Auskunftspflicht stets als der Verhältnismäßigkeitsprüfung unterliegende, nebenvertragliche Pflicht nach §§ 241 Abs. 2, 242 BGB behandelt. Hiervon erfasst würden nur Auskünfte, die im Zusammenhang mit der arbeitsvertraglichen Leistung stehen.⁴² Welche Auskünfte dem Arbeitnehmer unzumutbar sein sollen, wird uneinheitlich behandelt. Insbesondere besteht keine Einigkeit bzgl. der Frage, ob ein Arbeitnehmer selbstbelastende Aussagen aufgrund von Unverhältnismäßigkeit verweigern darf.⁴³

Für ein Schweigerecht bei selbstbelastenden Auskünften wird angeführt, ein solches beeinträchtigt das Informationsinteresse des Arbeitgebers nicht: Dieser könne sich die Informationen auch mittels Zeugenbefragungen oder technischer Ermittlungsmaßnahmen verschaffen. Zudem könne das Schweigen des Arbeitnehmers einen Grund für eine Verdachtskündigung darstellen.⁴⁴

4. Faktische Zwangslage

Unabhängig von dem Bestehen einer Pflicht zu selbstbelastenden Auskünften werden sich Arbeitnehmer rein faktisch jedoch häufig zur Auskunft gezwungen fühlen, wenn sie andernfalls die Kündigung ihres Arbeitsverhältnisses oder sonstige Nachteile fürchten.⁴⁵ Folge dieses faktischen Auskunfts- und Selbstbelastungszwangs ist ein interner Interessenkonflikt des Arbeitnehmers: Er kann entweder die belastenden Auskünfte erteilen und sich somit vermeintlich oder tatsächlich vertragstreu verhalten, oder schweigen und gegen seine vermeintlichen oder tatsächlich bestehenden Vertragspflichten verstoßen. Wie sich der Arbeitnehmer auch entscheidet, sieht er sich entweder einer drohenden Strafverfolgung oder arbeitsrechtlichen Konsequenzen bis hin zur Kündigung seines Arbeitsverhältnisses ausgesetzt.⁴⁶

5. Selbstbelastungszwang

Die beschriebene Konfliktlage ist geeignet, den Arbeitnehmer zu zwingen, gegenüber internen Ermittlern umfassende Auskünfte zu erteilen und wird sich somit ggf. auch selbst zu belasten. Im Gegensatz dazu dürfte er gegenüber den Ermittlungsbehörden in einem nachfolgenden Strafprozess die entsprechende Aussage unter Berufung auf den Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit verweigern.⁴⁷ Aller-

dings dürfen nach einer viel diskutierten⁴⁸ Entscheidung des LG Hamburg⁴⁹ Auskunftsprotokolle der internen Untersuchung in einem eventuellen späteren Strafprozess verwendet werden. Aus (verfassungs-)rechtlicher Sicht erscheint dies vor allem dann problematisch, wenn die internen Untersuchungen – wie im Fall *United States v. Connolly* – von staatlichen Ermittlungsbehörden veranlasst oder gesteuert werden.

Vor diesem Hintergrund wird dem Arbeitnehmer in diesen Fällen teilweise ein Auskunftsverweigerungsrecht im Rahmen der internen Untersuchung zugesprochen. Die Befürworter eines solchen Auskunftsverweigerungsrechts weiten den Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit gleichsam auf den arbeitsrechtlichen Bereich aus.⁵⁰ Die Nationalität der Behörden sei dabei nicht relevant, sodass dies auch bei bspw. von der US-Behörde SEC veranlassten Ermittlungen in Deutschland gelte.⁵¹

Noch weitergehend wird teilweise ein generelles Schweigerecht des Arbeitnehmers bezüglich selbstbelastender Auskünfte angenommen. Dieses wird damit begründet, dass die Bestimmung der Leistungspflicht durch den Arbeitgeber billigem Ermessen entsprechen und folglich die Grundrechte einschließlich des Rechts auf Selbstbelastungsfreiheit berücksichtigen müsse.⁵² Auch der Rechtsgedanke des Auskunftsverweigerungsrechts gegenüber der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht bei Gefahr strafgerichtlicher oder ordnungswidrigkeitsrechtlicher Verfolgung wird teilweise zur Begründung herangezogen.⁵³

II. Strafprozessuales Beweisverwertungsverbot

Sofern auch andere US-Gerichte der Entscheidung im Fall *United States v. Connolly* folgen, würden in den USA im Rahmen interner Ermittlungen unter Zwang erteilte Auskünfte künftig nicht mehr als Beweis im Strafverfahren herangezogen, wenn die Behörden die Ermittlungen gesteuert haben.

Auch für dem deutschen Recht unterliegende Sachverhalte wird teilweise ein Beweisverwertungsverbot im Strafverfahren als Korrektiv und Möglichkeit zur Auflösung des Konflikts zwischen der arbeitsrechtlichen Auskunftspflicht und dem Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit angenommen.⁵⁴ Dass die konkrete interne Untersuchung dem Staat zurechenbar ist, sehen nur Teile der Literatur als notwendige Voraussetzung für ein strafrechtliches Beweisverwertungsverbot an.⁵⁵ Der Staat müsse sich eine interne Untersuchung zurechnen lassen, wenn Behörden die internen Ermittlungen veranlassen, steuern oder in der Absicht, auf die Ergebnisse des internen Verfahrens zurückzugreifen, die Einleitung eines staatlichen Ermittlungsverfahrens

39 BGH NJW-RR 1989, 614 (615); Lützel/Müller-Sartori CCZ 2011, 19 (20); *Jahn StV* 2009, 41 (44); *Vogt NJOZ* 2009, 4206; *Göpfert/Merten/Siegrist NJW* 2008, 1703 (1705).

40 BAG 7.9.1995 – 8 AZR 828/93 = NZA 1996, 637 (638); LAG Stuttgart – 4 Sa 81/61 = DB 1963, 1055; ArbG Saarlouis 19.10.1983 – 1 Ca 493/83 = ZIP 1984, 364 (365).

41 MüKoBGB/Müller-Glöge, 7. Aufl. 2016, BGB § 611 Rn. 1112; *Rudkowski NZA* 2011, 612 (613); *Klengel/Mückenberger CCZ* 2009, 80; *Mengel/Ullrich NZA* 2006, 240 (243).

42 BAG 7.9.1995 – 8 AZR 828/93 = NZA 1996, 637 (638).

43 So LAG Stuttgart – 4 Sa 81/61 = DB 1963, 1055; *Rudowski NZA* 2011, 612 (613).

44 *Rudkowski NZA* 2011, 612 (613).

45 *Wastl/Litzka/Pusch NStZ* 2009, 68 (70 f.).

46 *Herrmann/Zeidler NZA* 2017, 1499.

47 LG Hamburg 15.10.2010 – 608 Qs 18/10 = NJW 2011, 942 (944); *Greco/Caracas NStZ* 2015, 7.

48 Vgl. *Bauer StV* 2012, 277 (278); *v. Galen NJW* 2011, 942 (945); *Jahn/Kirsch StV* 2011, 148 (151); *Knierim FD-StrafR* 2011, 314177; *Szesny/Wojtek GWR* 2011, 169.

49 LG Hamburg 15.10.2010 – 608 Qs 18/10 = NJW 2011, 942 ff.

50 *Wastl/Litzka/Pusch NStZ* 2009, 68 (70, 73).

51 *Wastl/Litzka/Pusch NStZ* 2009, 68 (70).

52 *Roxin StV* 2012, 116 (121).

53 *Schneider NZG* 2010, 1201 (1204): Verweis auf § 4 Abs. 9 WpHG aF, dem in der aktuellen Fassung § 6 Abs. 15 WpHG entspricht.

54 LAG Hamm 3.3.2009 – 14 Sa 1689/08 = CCZ 2010, 237 (238); *Greco/Caracas NStZ* 2015, 7 (14); *Böhm WM* 2009, 1923 (1926 ff.); *Dann/Schmidt NJW* 2009, 1851 (1855).

55 *Greco/Caracas NStZ* 2015, 7 (14); *Dann/Schmidt NJW* 2009, 1851 (1855).

verzögern.⁵⁶ In diesen Fällen liege ein ausreichender staatlicher Bezug vor. Damit sei das Gebot der Selbstbelastungsfreiheit anwendbar.⁵⁷ Dieses würde bei einer Verwertung der im Rahmen der internen Untersuchung erzwungenen Auskünfte umgangen.

Gegner eines strafprozessualen Beweisverwertungsverbots verneinen indes einen Verstoß gegen den Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit, da sich die Konfliktlage aus der vom Arbeitnehmer freiwillig eingegangenen, vertraglichen Verpflichtung zur möglichen Selbstbelastung ergebe.⁵⁸

III. Selbstbelastungsfreiheit nach dem Entwurf eines Gesetzes zur Sanktionierung von verbandsbezogenen Straftaten

Am 22.8.2019 hat das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz den mit Spannung erwarteten Entwurf eines Gesetzes zur Sanktionierung von verbandsbezogenen Straftaten (VerSanG-E) vorgelegt. Bundesjustizministerin Christine Lambrecht erfüllt damit die Ankündigung aus dem Koalitionsvertrag.⁵⁹ Das Gesetz soll eine eigenständige rechtliche Grundlage für die Sanktionierung von Unternehmen bieten. Bei der Verfolgung von Verbänden⁶⁰ soll das Legalitätsprinzip eingeführt werden. Zugleich sieht der Entwurf Anreize für Compliance-Maßnahmen und interne Untersuchungen vor.⁶¹

1. Berücksichtigung der Selbstbelastungsfreiheit bei internen Untersuchungen

Der Entwurf beabsichtigt unter anderem, einen Anreiz für Unternehmen zu schaffen, Arbeitnehmern im Rahmen interner Ermittlungen ein Auskunftsverweigerungsrecht zu gewähren. Dazu sieht der Entwurf vor, dass das Gericht unter bestimmten Voraussetzungen die Verbandssanktion bei unternehmensinternen Untersuchungen um 50 % mildern kann.⁶² Hierfür muss das Unternehmen die verbandsinterne Untersuchung unter Beachtung der Grundsätze eines fairen Verfahrens durchgeführt haben.⁶³ Die Anforderungen an ein faires Verfahren wurzeln im Rechtsstaatsprinzip in Verbindung mit dem allgemeinen Freiheitsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG) und werden in § 18 Abs. 1 Nr. 5 lit. a-c VerSanG-E näher ausgeführt. Nach dessen lit. c gehört dazu insbesondere, dass „Befragten das Recht eingeräumt wird, die Auskunft auf solche Fragen zu verweigern, deren Beantwortung sie selbst [...] gefährden würde, wegen einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit verfolgt zu werden, und die Befragten auf dieses Recht vor der Befragung hingewiesen werden“.⁶⁴

Die Gesetzesbegründung sieht die Notwendigkeit eines Rechts auf Selbstbelastungsfreiheit bei internen Unter-

suchungen unter anderem darin begründet, dass das Risiko einer Falschaussage unter Selbstbelastungszwang nachweisbar zunehme.⁶⁵ Entsprechend sei derartigen Aussagen nur ein geringer Beweiswert beizumessen.⁶⁶ Es „verbiete“ sich zudem, dass der Staat Befragungen unter Selbstbelastungszwang durch Sanktionsmilderungen billige oder gar fördere. Dies würde in unzulässiger Weise in das Persönlichkeitsrecht des betroffenen Arbeitnehmers eingreifen.⁶⁷

Der Auflösung des Konflikts zwischen dem Interesse an der Erlangung zutreffender Informationen und dem Persönlichkeitsrecht der Arbeitnehmer widmet die Gesetzesbegründung über eine Seite.⁶⁸ Neben dem vom Gesetzgeber letztlich gewählten Recht auf Selbstbelastungsfreiheit nebst Belehrung diskutiert der Gesetzesentwurf zwei weitere Lösungsansätze: den Aussagezwang mit Beweisverwertungsverbot⁶⁹ und die sog. Widerspruchslösung.⁷⁰ Beide wurden vom Gesetzgeber zu Recht wegen ihrer Unvereinbarkeit mit dem Grundsatz effektiver Strafverfolgung⁷¹ verworfen.⁷² Bei der ersten Variante soll der private Ermittler selbst entscheiden, ob die Befragung den Grundsätzen eines fairen Verfahrens genügt oder ob die Aussagen strafrechtlich unverwertbar sind. Hierbei wäre auch der Schutz des Arbeitnehmers nicht gewährleistet, wenn die Erkenntnis erstmals in der Welt ist.⁷³ Bei der Widerspruchslösung soll der Arbeitnehmer zwar zur Aussage gegenüber seinem Arbeitgeber verpflichtet sein, der Weitergabe des Protokolls an die Strafverfolgungsbehörden aber widersprechen können.⁷⁴ Offenkundige Schwäche dieser Lösung ist, dass das Unternehmen sich sogar erpressbar machen könnte.

2. Auswirkungen auf die derzeitige Rechtslage

Mit der (geplanten) Regelung unternehmensinterner Untersuchungen in den §§ 17-19 VerSanG-E reagiert das Bundesjustizministerium auf die erhebliche Rechtsunsicherheit, die bei unternehmensinternen Untersuchungen unter geltendem Arbeitsrecht bislang besteht.⁷⁵ Da § 18 Abs. 1 Nr. 5 lit. c VerSanG-E Arbeitnehmern selbst kein konstitutives Auskunftsverweigerungsrecht einräumt, löst der Entwurf das Spannungsverhältnis zwischen arbeitsrechtlicher Auskunftspflicht und strafprozessualer Selbstbelastungsfreiheit aber nicht vollständig auf.

Die vorgeschlagene Regelung beinhaltet lediglich ein Anreizsystem. Einen Zwang zur Einhaltung der Vorgaben

56 *Grecol/Caracas* NStZ 2015, 7 (14); *Dann/Schmidt* NJW 2009, 1851 (1855).

57 Vgl. oben B. I. 1.

58 LG Hamburg 15.10.2010 – 608 Qs 18/10 = NJW 2011, 942 (944).

59 Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD vom 12.3.2018, S. 126.

60 Verband iSd VerSanG-E ist gem. § 2 Abs. 1 eine juristische Person des öffentlichen oder privaten Rechts, ein nicht rechtsfähiger Verein oder eine rechtsfähige Personengesellschaft.

61 Entwurf eines Gesetzes zur Sanktionierung von verbandsbezogenen Straftaten, S. 1.

62 §§ 18 Abs. 1, 19 VerSanG-E.

63 § 18 Abs. 1 Nr. 5 VerSanG-E.

64 § 18 Abs. 1 Nr. 5 lit. c VerSanG-E.

65 Entwurf eines Gesetzes zur Sanktionierung von verbandsbezogenen Straftaten, S. 101, zu § 18 Abs. 1 Nr. 5 mit Verweis auf Satzger/Schluckebier/Widmaier/*Eschelbach*, StPO, 3. Aufl., § 55 Rn. 30; *Dallmeyer*, Beweisführung im Strengbeweisverfahren, 2002, S. 199.

66 Entwurf eines Gesetzes zur Sanktionierung von verbandsbezogenen Straftaten, S. 101, zu § 18 Abs. 1 Nr. 5 mit Verweis auf OLG Oldenburg, NJW 1953, 1237; *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, 10. Aufl., Rn. 397, 1113; *L/R-Ignor/Bertbeau*, 27. Aufl., § 55 Rn. 38.

67 VerfGH Rheinland-Pfalz 24.2.2014 – VG B 26/13 = NJW 2014, 1434 (1439).

68 Referentenentwurf (Bearbeitungsstand 15.8.2019), S. 101 f.

69 Entwurf eines Gesetzes zur Sanktionierung von verbandsbezogenen Straftaten, S. 101, zu § 18 Abs. 1 Nr. 5 mit Verweis auf Sk-StPO/Rogall, 5. Aufl., vor § 133 Rn. 161; *Knauer* NStZ 2013, 192 (193); *Kasiske* NZWiSt 2014, 262 (266).

70 *Moosmayer/Petrasch* ZHR 182 (2018), S. 22.

71 BVerfG BeckRS 2015, 48330, Rn. 92.

72 Entwurf eines Gesetzes zur Sanktionierung von verbandsbezogenen Straftaten, S. 102 f., zu § 18 Abs. 1 Nr. 5.

73 Entwurf eines Gesetzes zur Sanktionierung von verbandsbezogenen Straftaten, S. 103, zu § 18 Abs. 1 Nr. 5.

74 *Moosmayer/Petrasch* ZHR 182 (2018), S. 22.

75 Vgl. oben, B. I.

über interne Ermittlungen gibt es ausdrücklich nicht.⁷⁶ Den Arbeitnehmern wird kein gesetzliches Auskunftsverweigerungsrecht gegenüber dem Arbeitgeber bei internen Ermittlungen eingeräumt. Vielmehr wird Unternehmen, die ihren Arbeitnehmern ein solches Recht gewähren, die Möglichkeit gegeben, eine hälftige Milderung einer Sanktion zu erreichen. Räumt ein Arbeitgeber einem Arbeitnehmer kein Recht ein, die Auskunft zu verweigern, bleibt es grundsätzlich dabei, dass der Arbeitnehmer arbeitsrechtlich verpflichtet sein kann, sich im Rahmen eines Interviews selbst zu belasten. Allerdings dürfte die Zahl der Unternehmen, die auf die Möglichkeit der hälftigen Milderung einer Verbandssanktion verzichten, angesichts der potentiell hohen Sanktionen von bis zu zehn Prozent des durchschnittlichen Jahresumsatzes⁷⁷ eher gering sein.

C. Fazit

Die *United States v. Connolly*-Entscheidung hat in den USA für großes Aufsehen gesorgt. Grund hierfür war einerseits sicherlich die ungewöhnlich deutliche Sprache, mit welcher der bedeutsame United States District Court Southern District of New York die Rolle der Behörden in einer internen Untersuchung kritisiert hat. Dies gilt umso mehr, als dass ein „Outsourcing“ durch US-Behörden, wenngleich nicht in dem Maße wie in diesem Fall, nicht gänzlich unüblich ist. Auch US-Behörden verfügen über begrenzte Ressourcen, weswegen eine Motivationslage besteht, zeitaufwendige Ermittlungen „outzusourcen“. Gleichzeitig will man den Unternehmen aber nicht zu viel Freiheiten lassen. Inwieweit sich die US-Behörden zukünftig bei internen Ermittlungen zurückhalten, lässt sich daher derzeit noch nicht absehen.

Zweiter beachtenswerter Aspekt der Entscheidung ist, dass – eine dem Staat zurechenbare Untersuchung vorausgesetzt – die bei einer Auskunftsverweigerung drohende

76 Entwurf eines Gesetzes zur Sanktionierung von verbandsbezogenen Straftaten, S. 99.

77 § 9 Abs. 2 Nr. 1 VerSanG-E.

Kündigung des Arbeitsverhältnisses zu einem Selbstbelastungszwang führt, welcher das *Fifth Amendment* verletzt. Zahlreiche Unternehmen verfügen indes über Richtlinien, die Mitarbeiter zur Mitwirkung an internen Untersuchungen verpflichten.

Nach derzeitiger Rechtslage in Deutschland besteht ein Selbstbelastungszwang im Rahmen interner Untersuchungen häufig bereits ohne ausdrückliche Androhung einer Kündigung. Dies gilt jedenfalls für Auskünfte, die sich auf den Kernbereich der übertragenen Arbeitsaufgabe beziehen. Wenn der jetzige Entwurf des VerSanG unverändert Gesetz werden würde, dürften Unternehmen ihren Arbeitnehmern jedoch in Zukunft öfter „freiwillig“ ein „Auskunftsverweigerungsrecht“ einräumen, um einen möglichen Sanktionsrabatt nicht zu gefährden. Der Selbstbelastungszwang würde in solchen Situationen für die betroffenen Arbeitnehmer entfallen.

Außerhalb des Anwendungsbereichs des VerSanG-E bliebe es grundsätzlich beim Status quo: einer Auskunftspflicht für Arbeitnehmer ohne Selbstbelastungsfreiheit für bestimmte Sachverhalte. Damit bleibt die Entscheidung im Fall *United States v. Connolly* künftig für Arbeitnehmer relevant, die sich im Rahmen einer von US-Behörden gesteuerten, internen Untersuchung durch eine unfreiwillige Auskunft der Gefahr der Strafverfolgung nach US-Recht aussetzen.

KONTAKT:

Dr. Stefan Bartz
Latham & Watkins LLP
Warburgstraße 50
20354 Hamburg
Tel.: 040/414030
stefan.bartz@lw.com

Dr. Wolf-Tassilo Böhm
Latham & Watkins LLP
Reuterweg 20
60323 Frankfurt am Main
Tel.: 069/6062 6558
wolf.boehm@lw.com

Best Practice

MATTHIAS KUHLMANN *

Interne Untersuchungen – Langer Atem zahlt sich aus

A. Problem

Interne Untersuchungen zur Aufklärung von Compliance-Verstößen erfordern eine gute Vorbereitung, umsichtige und transparente Prozesse sowie die Unterstützung und Akzeptanz unterschiedlichster Stakeholder. Doch trotz al-

ler guten Prozesse finden sich die Ermittler bei ihrer Tätigkeit häufig in einer Dilemma-Situation. Auf der einen Seite steht der Wunsch nach einer zielgerichteten, planvollen und schlüssigen Sachaufklärung. Auf der anderen Seite stehen der Erwartungsdruck möglichst schneller Ergebnisse, der Beginn von Fristen (wie die des § 626 Abs. 2 S. 1 BGB zur Kündigung aus wichtigem Grund) sowie die teilweise unklare Rechtsauffassung von Gerichten in Bezug auf die Bedeutung von internen Compliance-Richtlinien. Wie soll man diesen Konflikt lösen?

* Der Autor ist Head of Compliance Investigations bei der thyssenkrupp Steel Europe AG.