

RECHTSANWÄLTE TIM WYBITUL, PROF. DR. THOMAS GRÜTZNER UND
RECHTSREFERENDAR DR. ARNE KLAAS*

Verbandssanktionengesetz-Entwurf: Interne Ermittlungen mildern Sanktionen nur bei Einhaltung des Datenschutz- und Arbeitsrechts

Das Kabinett hat kürzlich den lange erwarteten Regierungsentwurf für ein Verbandssanktionengesetz („VerSanG-E“) vorgelegt.¹ Die interne Untersuchung und Offenlegung von Rechtsverstößen kann danach zur Reduzierung von Verbandssanktionen führen. Der Entwurf wirft die Frage auf, ob die Beachtung des Datenschutzrechts und sonstiger anwendbarer Gesetze im Rahmen interner Ermittlungen für die Vergabe des sog. „Sanktionsrabatts“ nicht mehr relevant ist. Der vorliegende Beitrag geht dieser Frage nach und zeigt die künftigen rechtlichen Rahmenbedingungen für interne Ermittlungen nach dem VerSanG-E.

A. Einleitung

Im August 2019 kursierte ein inoffizieller Entwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz („BMJV“) für ein Gesetz zur Bekämpfung der Unternehmenskriminalität. Dieses Gesetzesvorhaben hat bei Fachleuten für großes Aufsehen gesorgt. Nach dem Plan des BMJV sollten Unternehmen für Rechtsverstöße zukünftig Geldstrafen (sog. Verbandssanktionen) von bis zu 10 % des durchschnittlichen Jahresumsatzes drohen. Am 22.4.2020 hat das Ministerium nun offiziell den Entwurf eines „Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft“ vorgelegt. Bereits am 16.6.2020 legte das Kabinett mit der Veröffentlichung eines Regierungsentwurfs nach. Die getroffenen Regelungen gleichen weitgehend der inoffiziellen Entwurfsfassung aus dem August 2019.

Eine wesentliche Neuerung enthält allerdings der jetzige § 17 VerSanG-E (zuvor § 18 VerSanG-E a. F.). Diese Vorschrift befasst sich mit der seit langem diskutierten Regelung von internen Untersuchungen und deren Auswirkungen auf ein etwaiges Sanktionsmaß. §§ 17, 18 VerSanG-E belohnen Unternehmen – vereinfacht gesagt – mit einer Milderung der Verbandssanktion², wenn diese die Aufklärung von Rechtsverstößen mit einer internen Untersuchung unterstützen (sog. „vertypete“ Sanktionsmilderung).³ Gegenüber der Vorgängerfassung aus dem Jahr 2019 und auch aus dem April 2020 enthält die aktuelle Regelung im Regierungsentwurf mehrere Änderungen.

* Tim Wybitul, Certified Information Privacy Professional (CIPP-E), Fachanwalt für Arbeitsrecht und Prof. Dr. Thomas Grützner sind Partner bei Latham & Watkins LLP in Frankfurt und München. Dr. Arne Klaas ist Referendar am Kammergericht Berlin.

1 RegE eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft, abrufbar unter: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_Staerkung_Integritaet_Wirtschaft.pdf?__blob=publicationFile&c=2 (zuletzt abgerufen am 23. Juni 2020).
2 Konkret handelt es sich um die Reduzierung des Höchstmaßes um die Hälfte, den Entfall des Mindestmaßes und den Entfall der Bekanntmachung, § 18 VerSanG-E.
3 Vertypert wird diese Sanktionsmilderung deshalb genannt, weil sie konkrete Voraussetzungen enthält, die für die Möglichkeit eines „Sanktionsrabatts“ zwingend eingehalten werden müssen.

Für die Frage, welchen Einfluss das Arbeits- oder Datenschutzrecht auf mögliche Sanktionsrabatte hat, sind vor allem zwei Neuerungen interessant:

- Nach § 18 Abs. 1 Nr. 6 VerSanG-E a. F. sollte eine Milderung nur möglich sein, wenn „die verbandsinterne Untersuchung [auch] in Übereinstimmung mit den geltenden Gesetzen durchgeführt wird“. Diese Vorgabe fehlte bereits im April und auch in der aktuellen Entwurfsfassung.
- Während in der inoffiziellen Entwurfsfassung die Milderung von Geldbußen noch im Ermessen des Gerichts stand („kann“) scheinen Gerichte nach § 17 Abs. 1 VerSanG-E nun bei der Milderung von Geldbußen in ihrem Entscheidungsspielraum eingeschränkt zu werden („Das Gericht soll die Verbandssanktion mildern, wenn [...]“).

B. Arbeitsrechts- und Datenschutzkonformität auch weiterhin Voraussetzung für einen Sanktionsrabatt?

Die aktuelle Entwurfsfassung macht Milderungen von Verbandssanktionen nicht mehr ausdrücklich davon abhängig, dass Unternehmen ihre internen Untersuchungen in Übereinstimmung mit den geltenden Gesetzen durchführen. Daher stellt sich die Frage, ob die Einhaltung des Arbeits- und Datenschutzrechts auch weiterhin eine zwingende Voraussetzung für Milderungen ist.

I. Entwurfsbegründungen des BMJV

Die ursprüngliche Regelung des § 18 Abs. 1 Nr. 6 VerSanG-E a.F. war gewissermaßen eine „Generalklausel“ und wurde im alten Entwurf wie folgt begründet:

„Gemäß Nummer 6 ist weitere Voraussetzung für eine sanktionsmildernde Berücksichtigung von verbandsinternen Untersuchungen, dass diese in Übereinstimmung mit den geltenden Gesetzen durchgeführt werden. Denn der Staat kann nur gesetzestreu Verhalten mit einer Sanktionsmilderung honorieren. Erforderlich ist insbesondere die Einhaltung der datenschutzrechtlichen und arbeitsrechtlichen Bestimmungen.“⁴

Im aktuellen Entwurf enthält die Erläuterung zu § 17 Abs. 1 VerSanG-E einleitend eine weitgehend identische Formulierung:

„Weitere Voraussetzung für eine sanktionsmildernde Berücksichtigung von verbandsinternen Untersuchungen ist

4 RefE eines Gesetzes zur Bekämpfung der Unternehmenskriminalität, S. 103.

*selbstverständlich, dass diese in Übereinstimmung mit den geltenden Gesetzen durchgeführt werden. Denn der Staat kann nur gesetzestreu Verhalten mit einer Sanktionsmilderung honorieren.*⁵

Die Übernahme der sich größtenteils entsprechenden Formulierung, die Positionierung des Hinweises im allgemeinen Teil der Begründung der Vorschrift und die Betonung der Selbstverständlichkeit sprechen auf den ersten Blick eine eindeutige Sprache: Es handelt sich um eine rein redaktionelle Straffung des Tatbestandes, ohne die Absicht einer inhaltlichen Änderung.

Dennoch fällt auf, dass es der explizite Hinweis auf das Datenschutz- und Arbeitsrecht nicht in die neuen Entwurfsfassungen geschafft hat. Der hiermit eröffnete Interpretationsspielraum ist jedoch eng. Aus der neuen Fassung lässt sich nämlich nicht schließen, dass diese Rechtsbereiche für interne Ermittlungen keine Rolle spielen. Die Vorschriften des Datenschutzrechts und des Arbeitsrechts sind „geltende Gesetze [...]“. Allenfalls ließe sich der fehlende Bezug so verstehen, dass dem Datenschutz- und Arbeitsrecht keine *gesteigerte* Bedeutung mehr zukommen soll. Richtigerweise werden das BMJV und das Kabinett mit der aktuellen Entwurfsbegründung wohl lediglich unterstreichen wollen, dass Unternehmen bei internen Ermittlungen alle rechtlichen Vorgaben einhalten müssen.

II. Wortlaut der Regelung

Darüber hinaus enthält auch der Wortlaut der Regelung in der aktuellen Entwurfsfassung zwei Anknüpfungspunkte, über die das Datenschutzrecht in den Tatbestand des § 17 Abs. 1 VerSanG-E hineinwirkt:

1. „Grundsätze eines fairen Verfahrens“ (§ 17 Abs. 1 Nr. 5 VerSanG-E)

Danach müssen Unternehmen – nach vorzugswürdiger Interpretation – auch interne Ermittlungen im Rahmen eines fairen Verfahrens durchführen. An dieser Stelle weisen der offizielle Referentenentwurf aus dem April 2020 sowie der Regierungsentwurf aus dem Juni 2020 jedoch einen gewichtigen sprachlichen Unterschied auf. Nach jetzigem Stand setzt die Vorschrift für die Gewährung eines Sanktionsrabatts voraus, dass:

die „Befragung“ in der verbandsinternen Untersuchung unter Beachtung der Grundsätze eines fairen Verfahrens durchgeführt wurde, insbesondere

a) Befragte vor ihrer Befragung darauf hingewiesen werden, dass ihre Auskünfte in einem Strafverfahren gegen sie verwendet werden können,

b) Befragten das Recht eingeräumt wird, einen anwaltlichen Beistand oder ein Mitglied des Betriebsrats zu Befragungen hinzuzuziehen, und die Befragten auf dieses Recht vor der Befragung hingewiesen werden und

c) Befragten das Recht eingeräumt wird, die Auskunft auf solche Fragen zu verweigern, deren Beantwortung sie selbst oder die in § 52 Absatz 1 der Strafprozessordnung bezeichneten Angehörigen gefährden würde, wegen einer

Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit verfolgt zu werden, und die Befragten auf dieses Recht vor der Befragung hingewiesen werden.

Demgegenüber sprach der Wortlaut im Referentenentwurf aus dem April 2020 noch davon, dass „die *verbandsinterne Untersuchung* unter Beachtung der Grundsätze eines fairen Verfahrens durchgeführt wurde, insbesondere [...]“. Aufgrund dieser Änderung stellt sich die Frage, ob der Gesetzgeber das Prinzip „fair-trial“ nur auf die Durchführung von Interviews beschränkt wissen möchte, oder ob es sich hierbei um einen allgemeinen Gedanken handelt, dem die komplette interne Untersuchung unterworfen ist. Für die erstere Ansicht spricht der Wortlaut und auch die explizite Änderung im Gesetzgebungsverfahren. Ferner konzentriert sich auch die Gesetzesbegründung auf die Situation der Befragung. Für ein weiteres Verständnis spricht allerdings die Regelungsintention. Diese möchte die Stellung des Verdächtigten in einem privatrechtlichen Ermittlungsverhältnis verbessern und an die in einem staatlichen Strafverfahren angleichen. Dabei stellt sich zwangsläufig die Frage, wieso sich die angestrebte Stärkung des Betroffenen schutzes in der Befragungssituation erschöpfen soll, während weitergehende Ermittlungshandlungen dem Erfordernis eines fairen Verfahrens gerade nicht genügen müssen. Dieser mit der expliziten Änderung provozierte Umkehrschluss wäre zumindest erklärungsbedürftig. Ferner ließe sich für die Annahme von fair-trial als allgemeinem Rechtsgedanken auch die Erwägung der Gesetzesbegründung heranziehen, welche Befragungen als den „Kern verbandsinterner Untersuchungen“⁶ betrachtet, (auch wenn interne Untersuchungen natürlich aus wesentlich mehr als aus Befragungen bestehen).

Leider verschafft auch der parallel zum Regierungsentwurf veröffentlichte Fragenkatalog⁷ keine Klarheit in dieser Sache. Im Rahmen von Frage 7 heißt es:

„Eine faire Gestaltung der unternehmensinternen Untersuchungen ist Voraussetzung für die Berücksichtigung bei der Sanktionszumessung, denn ein fair durchgeführtes, möglichst objektives Untersuchungsverfahren erhöht die Glaubwürdigkeit der Untersuchungsergebnisse.“⁸

In Frage 10 wird die „faire Gestaltung“ der Untersuchung wiederum ausschließlich als Merkmal der Befragung diskutiert.⁹

Insofern bleibt zu hoffen, dass diese „Unwucht“ des aktuellen Regierungsentwurfs im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens korrigiert wird. Begrüßenswert wäre die Klarstellung, dass sich das fair-trial Prinzip nicht nur auf die isolierte Durchführung von Befragungen beschränkt. Ansonsten sind die untenstehenden Ausführungen zur datenschutz- und arbeitsrechtskonformen Durchführung als spezielle Ausprägung des fair-trial-Grundsatzes nur auf die Situation der Befragung zu beziehen.

6 RegE eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft, S. 100.

7 Fragen und Antworten zum Gesetzentwurf zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft vom 16. Juni 2020, abrufbar unter: https://www.bmju.de/SharedDocs/Downloads/DE/News/Artikel/FAQ_Integritat_Wirtschaft.pdf?__blob=publicationFile&c=1 (zuletzt abgerufen am 23.6.2020).

8 Fragen und Antworten zum Gesetzentwurf zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft vom 16. Juni 2020, S. 13.

9 Fragen und Antworten zum Gesetzentwurf zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft vom 16. Juni 2020, S. 15.

5 RegE eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft, S. 98.

Die Entwurfsbegründung stellt weiterhin klar, dass sich § 17 Abs. 1 Nr. 5 VerSanG-E am strafprozessualen fair-trial-Grundsatz orientiert.¹⁰ Diese rechtstaatlichen Verfahrensgarantien, welche grundsätzlich nur für hoheitliche Ermittlungsorgane gelten, werden damit auch auf private, unternehmensinterne Ermittlungsverhältnisse übertragen und eine rechtsstaatliche Rückkopplung sichergestellt.¹¹

Genau dieser mit dem fair-trial Prinzip angestrebte Effekt (also die Kompensation rechtsstaatlicher Defizite die infolge einer privaten, nicht grundrechtsgebundenen Untersuchung entstehen), wird auch bei einer internen Ermittlung erreicht, die unter Beachtung der datenschutzrechtlichen Regelungen durchgeführt wird.¹² Die folgenden Aspekte könnten daher ihrerseits gewissermaßen als datenschutzrechtliche Ausprägung des in § 17 Abs. 1 Nr. 5 VerSanG-E („insbesondere“) angesprochenen fair-trial Prinzips gesehen werden:

- **Transparenzgrundsatz:** Das Erfordernis einer nachvollziehbaren und transparenten Datenverarbeitung (Art. 5 Abs. 1 lit. a) DS-GVO) überträgt den auch im Strafprozessrecht geltenden Grundsatz der *Verhältnismäßigkeit*¹³ und den Grundsatz der *Waffengleichheit* in das private Ermittlungsverhältnis. Das Auskunftsrecht des Betroffenen (Art. 15 DS-GVO) ist mit strafprozessualen Akteneinsichtsrechten (§§ 147, 406 e, 475 StPO) vergleichbar. Ein angeglichenen Wissensstand verwirklicht auch im Privatrechtsverhältnis das im fair-trial-Grundsatz wurzelnde Prinzip der „Waffengleichheit“.¹⁴ Die gesetzlich vorgesehenen Ausnahmen sind mit Zurückhaltung gewählt.
- **Einfluss auf die Tatsachenermittlung:** Durch ihr Recht auf Berichtigung (Art. 16 DS-GVO) und das Recht auf Löschung (Art. 17 DS-GVO) können betroffene Personen aktiv an der Sachverhaltsaufklärung mitwirken.¹⁵ Vergleichbar mit dem Beweisantragsrecht im formellen Ermittlungsverfahren kann eine betroffene Person eine Berichtigung falscher Daten und gegebenenfalls eine Löschung rechtswidrig verarbeiteter Daten verlangen. Hierdurch wird sichergestellt, dass die betroffene Person auch im Rahmen privater Ermittlungen Verfahrenssubjekt ist und auch entlastende Tatsachen aus ihrer Sphäre ausreichend berücksichtigt werden.
- **Belehrungspflichten:** Bei einer Befragung von verdächtigen Beschäftigten führen die Informationspflichten aus Art. 13 Abs. 1, 2 DS-GVO zu einer noch weitergehenden „Belehrung“, als es § 17 Abs. 1 Nr. 5 lit. a) VerSanG-E vorsieht.¹⁶
- **Fairnessgrundsatz:** Die DS-GVO basiert selbst auf dem Grundsatz der „Fairness“ (Art. 5 Abs. 1 lit. a) DS-GVO).¹⁷ Aus diesem Grund müssen Unternehmen interne Ermittlungen auch schon deshalb *fair* gestalten, um nicht gegen das Datenschutzrecht zu verstoßen. Die Be-

rücksichtigung der vernünftigen Erwartungen des Betroffenen¹⁸ sowie das Erfordernis einer Einwilligung in „informierter Weise“¹⁹ sollen täuschende Verhaltensweisen unterbinden. Hierdurch wirken die strafprozessualen Vorgaben des § 136a StPO – welcher seinerseits eine Ausprägung des fair-trial-Grundsatzes ist²⁰ – über das Datenschutzrecht auch in interne Ermittlungen hinein.

Mit anderen Worten: Die von § 17 Abs. 1 Nr. 5 VerSanG-E geforderte „faire“ Ermittlungsführung liegt vor, wenn sie datenschutzkonform durchgeführt wird. Bereits aus diesem Grund könnte eine Milderung von Verbandssanktionen nach § 18 VerSanG-E daher davon abhängen, dass Unternehmen sich bei internen Untersuchungen auch an das Datenschutzrecht halten. Die nach dessen Wortlaut („insbesondere“) lediglich beispielhaft vorgenommene Aufzählung ermöglicht es grundsätzlich auch die datenschutzrechtlichen Ausprägungen des fairen Verfahrens bereits in diese Vorschrift hineinzulesen. Deren Einhaltung könnte daher bereits aus diesem Grund weiterhin eine Voraussetzung dafür sein, um in den Genuss des Sanktionsrabatts aus § 18 VerSanG-E überhaupt kommen zu können.

Zwar würde dies auf den ersten Blick die Frage aufwerfen, aus welchem Grund das BMJV in § 18 Abs. 1 Nr. 6 VerSanG-E a.F. ausdrücklich auf die Einhaltung des Datenschutzrechts hingewiesen hatte. Eine Erklärung könnte sein, dass nicht jede arbeits- oder datenschutzrechtliche Vorschrift auch eine Ausprägung des fair-trial-Grundsatzes ist. Durch die Regelung in § 18 Abs. 1 Nr. 6 VerSanG-E a.F. hätten Verstöße gegen das Arbeits- und Datenschutzrecht auch über den Rahmen von § 17 Abs. 1 Nr. 5 VerSanG-E hinaus eine eigenständige Bedeutung für interne Ermittlungen gehabt. Jeder noch so kleine Verstoß gegen (oftmals unklare²¹) arbeits- und datenschutzrechtliche Vorgaben für interne Ermittlungen hätte Unternehmen dann den Sanktionsrabatt kosten können. Eine solche übersteigerte Bedeutung wäre den Vorschriften des Arbeits- und Datenschutzrechts im Rahmen interner Untersuchungen nicht gerecht geworden. Sie war nach dem Sinn und Zweck des Referentenentwurfs wohl auch nicht beabsichtigt.

2. „Wesentlicher Beitrag“ (§ 17 Abs. 1 Nr. 1 VerSanG-E)

Ein weiterer Anknüpfungspunkt, über den das Datenschutzrecht in den Tatbestand des § 17 Abs. 1 VerSanG-E einstrahlt, ergibt sich aus § 17 Abs. 1 Nr. 1 VerSanG-E. § 17 Abs. 1 Nr. 1 VerSanG-E setzt voraus, dass

„*der Verband oder der von ihm beauftragte Dritte wesentlich dazu beigetragen haben, dass die Verbandstat und die Verbandsverantwortlichkeit aufgeklärt werden konnte*“.

Echte Aufklärungshilfe leistet die interne Untersuchung insbesondere dann, wenn die übermittelten Informationen auch in einem staatlichen Strafverfahren verwertet werden

10 RegE eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft, S. 100.

11 Vgl. RegE eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft, S. 100.

12 S. hierzu und den folgenden Punkten ausführlich: *Klaas*, Interne Untersuchungen und Informationsaustausch, S. 451 ff.

13 Vgl. MüKoStPO/*Kudlich* 1. Aufl. 2014 Einl. Rn. 83 f.

14 Siehe hierzu *Klaas* CCZ 2018, 242 (244).

15 Vgl. Paal/*Pauly/Frenzel*, DS-GVO Art. 5 Rn. 42; vgl. *Ott/Lüneborg* NZG 2019, 1361 (1368).

16 *Klaas* CCZ 2018, 242 (245).

17 Erwägungsgründe 39 S. 4, 60 S. 1 und 2, 71 S. 6 DS-GVO.

18 Erwägungsgründe 47 S. 1-4, 50 Abs. 1 S. 6 DS-GVO.

19 Erwägungsgrund § 32 S. 1 DS-GVO.

20 MüKoStPO/*Schuh* 1. Aufl. 2014 StPO § 136 a Rn. 4; *Dölling/Duttmann/König/Rössner/Duttmann, Waschke*, Gesamtes Strafrecht, 4. Aufl. 2017, Vorb. Zu §§ 1 ff. Rn. 84.

21 Bspw. müssen sich Unternehmen im Rahmen interner Ermittlungen häufig die rechtlich nicht klar geregelte Frage stellen, ob sie den Betriebsrat über eine geplante Untersuchung lediglich informieren müssen, oder ob dieser ein erzwingbares Mitbestimmungsrecht hat.

können.²² Bei groben Verstößen gegen das Datenschutzrecht kann sich aus dem informationellen Selbstbestimmungsrecht betroffener Personen ein selbstständiges Beweisverwertungsverbot ergeben.²³ Der Datenschutzverstoß selbst ist zwar auf das Handeln Privater zurückzuführen – der hoheitliche Eingriff ergibt sich jedoch aus dem strafprozessualen Verwertungsakt, der die zunächst private Beeinträchtigung des Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG perpetuiert bzw. sogar vertieft.²⁴

Ausweislich der Gesetzesbegründung soll der Einfluss der privaten Ermittler auf die Verwertbarkeit der Informationen möglichst ausgeschlossen werden.²⁵ Insofern findet man das Erfordernis einer datenschutzkonformen Durchführung – zumindest hinsichtlich schwerwiegender, die strafprozessuale Verwertbarkeit infrage stellender Verstöße – auch in § 17 Abs. 1 Nr. 1 VerSanG-E. Richtigerweise wird jedoch anzunehmen sein, dass diesem Aspekt für § 17 Abs. 1 Nr. 1 VerSanG-E keine gesteigerte eigenständige Bedeutung zukommen. Denn solche schwerwiegenden Verstöße gegen das Datenschutzrecht dürften in aller Regel bereits gegen die Grundsätze des fairen Verfahrens nach § 17 Abs. 1 Nr. 5 VerSanG-E verstoßen. Die Möglichkeit eines Sanktionsrabatts würde bereits aus diesem Grund ausscheiden, da die Voraussetzungen für die vertyppte Sanktionsmilderung schon nicht vorliegen. Anders sieht es natürlich aus, soweit sich das fair-trial Prinzip ausschließlich auf die Befragungssituation beschränken sollte. Sollte sich dies im Gesetzgebungsverfahren herauskristalisieren, würde das Merkmal des „wesentlichen Beitrags“ den Anknüpfungspunkt für alle weitergehenden Ermittlungsmaßnahmen außerhalb von Befragungen bilden.

C. Einfluss des Datenschutzrechts auf die Ermessensausübung

Hilft ein Unternehmen bei der Aufklärung des Sachverhaltes, hat das Gericht bei der Sanktionsbemessung einen zweistufigen Ermessensspielraum. Zunächst muss das Gericht entscheiden, ob sich der Sanktionsrahmen nach unten verschiebt, ob also im konkreten Fall nach §§ 17, 18 VerSanG-E eine Milderung der Strafe in Betracht kommt (1. Stufe). Unabhängig davon, ob es die Milderung anerkennt oder nicht, steht dem Gericht innerhalb des jeweils gefundenen Sanktionsrahmens das allgemeine Sanktionsermessen aus § 15 VerSanG-E zu (2. Stufe).

I. 1. Stufe – Milderung der Verbandssanktion nach §§ 17, 18 VerSanG-E

Während das Gericht nach der inoffiziellen Entwurfsfassung aus dem August 2019 bei Einhaltung der Vorgaben des § 18 VerSanG-E a.F. (§ 17 VerSanG-E des aktuellen Entwurfs) die Verbandssanktion mildern „*konnte*“, sieht der aktuelle Regierungsentwurf vor, dass das Gericht bei Vorliegen der Voraussetzungen von § 17 VerSanG-E die Strafe mildern „*soll*“.

1. Arbeitsrechts- und datenschutzkonforme Durchführung bindet das Ermessen

Im Verwaltungsrecht führen solche „soll-Vorschriften“ dazu, dass Behörden und Gerichte bei Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen grundsätzlich an die Entscheidung des Gesetzgebers gebunden sind. So lange es um einen vom Gesetzgeber vorgesehenen *typischen Regelfall* geht, haben Behörden und Gerichte keinen eigenen Entscheidungsspielraum mehr.²⁶ Nur bei sog. *atypischen* Sachverhalten hat die jeweils entscheidende Stelle noch einen eigenen Ermessensspielraum.²⁷

Vor dem Hintergrund dieser Regel-/Ausnahme-Systematik scheint es der Gesetzgeber als „selbstverständlich“ anzusehen, dass interne Untersuchung „in Übereinstimmung mit den geltenden Gesetzen durchgeführt werden“.²⁸ Damit werden auch arbeitsrechts- und datenschutzkonform durchgeführte interne Untersuchungen zum „selbstverständlichen“ Regelfall. Sofern Unternehmen eine interne Untersuchung unter Beachtung der DS-GVO und des BDSG durchführen und auch die weiteren Voraussetzungen des § 17 VerSanG-E erfüllen, führt dies zu einem sog. *gebundenen Ermessen*.²⁹ Dieses gebundene Ermessen bestimmt die Entscheidung des Gerichts über die Vergabe der Sanktionsmaßreduzierung. In diesem Fall *muss* das Gericht die Verbandssanktion mildern.

Dies bedeutet im Umkehrschluss richtigerweise jedoch nicht, dass jeder kleinste Verstoß gegen das Arbeits- oder Datenschutzrecht bei der Durchführung interner Ermittlungen, zu der Annahme eines atypischen Falls führen kann. Die penible Einhaltung sämtlicher arbeits- und datenschutzrechtlicher Vorschriften ist in den Voraussetzungen einer vertyppten Sanktionsmilderung (§ 17 VerSanG-E) nicht (mehr) angelegt. Das Einfallstor für atypische Fälle sind vielmehr (primär) die „Grundsätze eines fairen Verfahrens“ (§ 17 Abs. 1 Nr. 5 VerSanG-E) und somit das Merkmal der *Fairness*. Die entscheidende Frage wird damit (wenn auch derzeit noch entgegen dem Wortlaut des § 17 Abs. 1 Nr. 5 VerSanG-E) sein, ob eine interne Untersuchung – nach der hier vertretenen Auffassung – im Ganzen (u.a. arbeits- und datenschutzrechtlichen) *fair* durchgeführt wurde. Maßgeblich ist daher insbesondere, ob die „Parallelregelungen“ des Arbeits- und Datenschutzrechts

22 Vgl. RegE eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft, S. 100: „Die [...] Milderung der Sanktion lässt sich jedoch nur dann rechtfertigen, wenn der Verband tatsächlich zur Sachverhaltsaufklärung beiträgt.“

23 Maunz/Dürig/Di Fabio, GG Art. 2 Abs. 1 Rn. 178; BVerfG, NJW 1977, 1489 (1490 ff.).

24 Bienert, Private Ermittlungen und Beweisverwertungsverbote, S. 92 f.; vgl. Kruse, Compliance und Rechtsstaat, S. 208; BAG, NZA 2008, 1008 (1010 f.); Wolff/Brink/Riesenhuber, BeckOK Datenschutzrecht, 31. Ed., Stand 1.2.2020, BDSG § 26 Rn. 190; Klaas, Interne Untersuchungen und Informationsaustausch, S. 477 ff.

25 RegE eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft, S. 102: „Ein Beweisverwertungsverbot würde die Entscheidung über die Verwertbarkeit der Interviewprotokolle weitgehend in die Hände der privaten Untersuchungsführer legen. Eine Dispositionsbefugnis Privater über die Zulässigkeit strafverfahrensrechtlicher Maßnahmen liefe aber der gebotenen Effektivität der Strafverfolgung zuwider.“

26 BVerfG, NJW 1984, 70 (71); BeckOK VwVfG/Ashcke, 46. Ed. Stand 1.1.2020, VwVfG § 40 Rn. 39; Huck/Müller/Müller, 3. Aufl. 2020, VwVfG § 40 Rn. 9.

27 BVerfG, NJW 1984, 70 (71); BeckOK VwVfG/Ashcke, 46. Ed. Stand 1.1.2020, VwVfG § 40 Rn. 39; Huck/Müller/Müller, 3. Aufl. 2020, VwVfG § 40 Rn. 9.

28 RegE eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft, S. 98.

29 Vgl. RegE eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft, S. 98.

eingehalten wurden, welche mit dem strafprozessualen fair-trial-Grundsatz korrespondierenden.

Insofern darf man die Gesetzesbegründung zu § 17 Abs. 1 VerSanG-E (wohl leider) nicht beim Wort nehmen, wenn sie – wie bereits erwähnt – Folgendes ausführt:

„*Weitere Voraussetzung* für eine sanktionsmildernde Berücksichtigung von verbandsinternen Untersuchungen ist selbstverständlich, dass *diese in Übereinstimmung mit den geltenden Gesetzen durchgeführt werden. Denn der Staat kann nur gesetzestreu Verhalten mit einer Sanktionsmilderung honorieren.*“ [Kursivsetzung durch die Autoren zugefügt].

Würde man diese Formulierung wörtlich umsetzen, wäre dies in dreifacher Hinsicht widersinnig:

Zum einen würde trotz der Streichung des Wortlauts in der Vorgängerfassung aus dem August 2019 (§ 18 Abs. 1 Nr. 6 VerSanG-E), dass „*die verbandsinterne Untersuchung in Übereinstimmung mit den geltenden Gesetzen durchgeführt wird*“, aus den Anforderungen für eine vertypete Sanktionsmilderung, gerade dies wieder zur „weitere(n) Voraussetzung“ für den Sanktionsrabatt festgeschrieben – wenn auch auf Ermessensebene. Das kann nicht sein.

Zum zweiten würde man de facto die Anforderung, dass die interne Untersuchung (bzw. die Befragung) die Grundsätze des fairen Verfahrens durchgeführt werden muss (§ 17 Abs. 1 Nr. 5 VerSanG-E) aushöhlen und leerlaufen lassen, wenn ohnehin jeder Gesetzesverstoß auf Ermessensebene eine begrenzende Bedeutung für die Gewährung eines Sanktionsrabatts hätte. Der Forderung, die Grundsätze eines fairen Verfahrens einzuhalten, würde dann lediglich für die (kaum denkbaren) Fälle Bedeutung zukommen, in denen ein Verstoß gegen diese Grundsätze nicht zugleich als Verstoß gegen geltende Gesetze zu sehen wäre, da in letzterem Fall die Generalklausel aus der Gesetzesbegründung zu § 17 Abs. 1 VerSanG-E gelten würde.

Zu guter Letzt wäre auch die Änderung einer „kann“- in eine „soll“-Vorschrift widersinnig. Nach der alten Fassung aus dem Jahr 2019 „konnte“ eine interne Untersuchung – trotz Einhaltung aller Vorgaben der vertypeten Sanktionsmilderung und somit die Übereinstimmung einer internen Untersuchung mit den geltenden Gesetzen lediglich zu einem Sanktionsrabatt führen. Hielt sich die interne Untersuchung somit an Recht und Gesetz, bestand lediglich die Möglichkeit einen Sanktionsrabatt zu bekommen. Die aktuelle Fassung (§ 17 VerSanG-E) enthält über die Einhaltung der Grundsätze des fairen Verfahrens (der nach dem nicht überzeugenden Wortlaut sogar lediglich für Befragungen gelten soll) hinaus keine Forderung einer internen Untersuchung „in compliance with all laws“, möchte dem Unternehmen aber offenbar durch die Änderung in eine „Soll“-Vorschrift mehr Gewissheit im Hinblick auf einen Sanktionsrabatt geben. Die aktuelle Fassung enthält somit „tatbestandlich“ deutlich geringere Voraussetzungen und auf Rechtsfolgenebene eine höhere Erwartung („soll“). Würde sich nun – wie die Gesetzesbegründung andeutet – jeder kleinste Verstoß gegen arbeits- oder datenschutzrechtliche Vorgaben bei der Durchführung interner Untersuchung trotz Einhaltung der Voraussetzungen für eine vertypete Sanktionsmilderung auf der Ermessensebene nachteilig zu Lasten des Unternehmens auswirken, wäre trotz dieser zweifachen Lockerung für Unternehmen im Grunde nichts gewonnen. Gewonnen

wäre lediglich, dass Unternehmen im Falle von Verstößen gegen kleinste gesetzliche Vorgaben nach der Fassung aus dem Jahr 2019 bereits nicht mehr auf eine Sanktionsmilderung hoffen konnten, während sie nach der aktuellen Fassung des VerSanG-E aus dem Jahr 2020 noch darauf hoffen könnten, dass sich derartige Verstöße „auf der Ermessensebene vielleicht doch nicht so schlimm auswirken würden“. Durch die Begrenzung der Anwendung der Grundsätze eines fairen Verfahrens auf „Befragungen“ würde der konzeptionelle Rahmen des Sanktionsrabatts sogar gegenüber der Fassung aus dem August 2019 gewissermaßen auf den Kopf gestellt. Sollte nach der damaligen Fassung noch jeder Gesetzesverstoß automatisch zu dem Wegfall jeder Aussicht auf einen Sanktionsrabatt führen, dürfte man nach dem (nicht überzeugenden) Wortlaut des RegE bei Verstößen gegen die Grundsätze des fairen Verfahrens außerhalb von Befragungssituationen und damit bei allen sonstigen Gesetzesverstößen weiterhin auf einen Rabatt hoffen.

Geht man also davon aus, dass es sich bei der Verschiebung der entsprechenden Passage innerhalb der Gesetzesbegründung um einen unglücklichen Kopierfehler handelt, wäre es hilfreich, sich für die Endfassung von den Worten „*Weitere Voraussetzung*“ zu trennen und diese vielleicht durch „*Wichtig ist*“ zu ersetzen. Diese Formulierung würde das Verständnis, dass es im Wesentlichen um die Einhaltung der Grundsätze eines fairen Verfahrens geht bestätigen, dem Gericht aber für die wenigen (theoretisch denkbaren) Fälle, dass sich Gesetzesverstöße nicht zugleich als Verstoß gegen die Grundsätze eines fairen Verfahrens darstellen, die Möglichkeit geben, diese im Rahmen des Ermessens zu berücksichtigen.

2. Arbeitsrechts- oder datenschutzwidrige Durchführung öffnet den Ermessensspielraum

Dies bedeutet dann zugleich aber auch, dass Arbeitsrechts- oder Datenschutzverstöße, welche den korrespondierenden fair-trial-Grundsatzes verletzen, regelmäßig *atypische Fälle* darstellen dürften und aus der für eine Sanktionsmilderung vorgesehenen und ermessensbindenden „*legislativen Leitplanke*“ ausscheren. In diesem Fall hätte das jeweilige Gericht bei der Strafzumessung dann wieder einen eigenen Ermessensspielraum. Dieser Ermessensspielraum wird allerdings durch die in der aktuellen Entwurfsfassung erstmals aufgenommenen Ermessensleitlinien in § 17 Abs. 3 VerSanG-E eingeschränkt. Danach muss das Gericht „*insbesondere die Art [...] der offenbaren Tatsachen und deren Bedeutung für die Aufklärung der Tat [...] und das Ausmaß der Unterstützung der Strafverfolgungsbehörden durch den Verband [...] berücksichtigen*“.

Daraus folgt: Auch hier ist Gesetzesverstoß nicht gleich Gesetzesverstoß. Durch diese Regelung können auch bei atypischen Fällen und der Frage, ob die Zuwiderhandlung einer Sanktionsmaßreduzierung entgegensteht, die Intensität eines Verstoßes und seine (prozessualen) Konsequenzen das Ermessen des Gerichts beeinflussen. Wirken sich bspw. datenschutzwidrige Ermittlungshandlungen nicht auf die strafprozessuale Verwertbarkeit von Beweisen aus, spricht das nach den gesetzgeberischen Ermessensvorgaben des § 17 Abs. 3 VerSanG-E selbst bei größeren Verstößen dafür, die Verbandssanktion im Einzelfall zu mildern.

Im umgekehrten Fall könnten Erkenntnisse aus internen Untersuchungen, die einen herabgesetzten Beweiswert ha-

ben oder gänzlich unverwertbar sind, dann allerdings im Einzelfall möglicherweise auch sanktionsschärfend wirken (§ 15 Abs. 3 S. 2 Nr. 6 VerSanG-E).³⁰ Interviews, bei denen Mitarbeiter (u. a. datenschutzwidrig) nicht über den Anlass der Vernehmung aufgeklärt wurden dürften bspw. nur einen herabgesetzten Beweiswert haben. Aus Angst vor Bestrafung könnten sich Mitarbeiter in dieser Situation leicht zu Schutzbehauptungen oder Schuldzuweisungen provoziert fühlen. Sind die Erkenntnisse aus einer internen Untersuchung sogar gänzlich unverwertbar, haben die entsprechenden Informationen regelmäßig nur eine sehr geringe Bedeutung für die Aufklärung eines Rechtsverstoßes. Aber selbst in diesem Fall ist es nicht ganz ausgeschlossen, dass Gerichte einen strafmildernden Ermittlungsbeitrag des Unternehmens anerkennen. Im Einzelfall können unverwertbare Tatsachen zumindest als Spurenansatz für weiterführende Ermittlungen dienen.³¹

II. 2. Stufe – Einfluss des Arbeits- und Datenschutzrechts auf das allgemeine Sanktionsermessen

Während die §§ 17, 18 VerSanG-E zu einer Milderung des Sanktionshöchstmaßes führen, bestimmt § 15 VerSanG-E, welche Faktoren Gerichte bei der Sanktionsfestlegung innerhalb des zuvor bestimmten Sanktionsrahmens berücksichtigen müssen. Auch auf dieser Ebene kann sich der Umgang mit den arbeits- oder datenschutzrechtlichen Vorgaben auf die Höhe der Verbandssanktion auswirken. Nach § 15 Abs. 3 S. 2 Nr. 7 VerSanG-E sollen Gerichte insbesondere „das Bemühen des Verbandes, die Verbandsstat aufzudecken und den Schaden wiedergutzumachen“ berücksichtigen. Insofern können Gerichte nach § 15 VerSanG-E auch dann eine mildere Strafe verhängen, wenn Unternehmen sich bei internen Ermittlungen zumindest um die Einhaltung des Arbeits- und Datenschutzrechts bemüht haben. Dies kann vor allem bei den beschriebenen atypischen Fällen relevant werden.

D. Fazit

Der Regierungsentwurf des „Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft“ v. 16.6.2020 enthält gegenüber den Referentenentwürfen aus dem August 2019 und April 2020 nur wenige substantielle Änderungen. Dort, wo man bisweilen solche Änderungen vermuten könnte, ist es bei näherer Betrachtung materiell nicht hierzu gekommen. Das gilt insbesondere für die die Vorschrift des § 17 VerSanG-E, der sich mit der Regelung von internen Untersuchungen und deren Auswirkungen auf ein etwaiges Sanktionsmaß befasst. Die Streichung der Voraussetzung für die Gewährung eines Sanktionsrabatts, dass „die verbandsinterne Untersuchung in Übereinstimmung mit den geltenden Gesetzen durchgeführt wird“, hat in der Sache im Ergebnis keine große Änderung herbeigeführt. Daran hat auch der ReG-E nichts geändert, dessen Wortlaut (§ 17 Abs. 1 Nr. 5 VerSanG-E) aus nicht nachvollziehbaren Gründen nun die Anwendung der Grundsätze eines fairen Verfahrens auf Befragungen begrenzen möchte

(statt sie wie bisher auf die gesamte interne Untersuchung anzuwenden).

Der tiefere Blick in die Gesetzesbegründung und in die Vorschrift zeigt: Auch ohne explizite Normierung belegen die Erfordernisse der „Fairness“ und des „wesentlichen Beitrags“, dass eine arbeits- und datenschutzgerechte Durchführung für die Vergabe des Sanktionsrabatts notwendig ist. Dies hat unmittelbaren Einfluss auf den Ermessensspielraum des Gerichts. Eine datenschutzkonforme und damit am Maßstab der Fairness ausgerichtete Untersuchung zwingt das Gericht (bei kumulativem Vorliegen der weiteren Voraussetzungen) zur Verschiebung des Sanktionsrahmens. Größere Gesetzesverstöße können dagegen die Tür zum gerichtlichen Ermessen öffnen. Kleinere oder weniger relevante Gesetzesverstöße bei der Durchführung der internen Untersuchung dürfen jedoch – wie auch heutzutage – nicht automatisch dazu führen, dass trotz Einhaltung der Voraussetzungen einer vertypen Sanktionsmilderung der Sanktionsrabatt zu versagen ist. Auch wenn die Gesetzesbegründung³² das Gegenteil nahelegen scheint („weitere Voraussetzung [...] ist selbstverständlich, dass diese in Übereinstimmung mit den geltenden Gesetzen durchgeführt werden“), haben derartige Verstöße nicht zwangsläufig Auswirkungen auf das Ermessen der Gerichte. Die Intensität der Zuwiderhandlung und der daraus resultierende Beweiswert beeinflussen die Ermessensentscheidung dabei im besonderen Maße. Zu begrüßen wäre eine Klarstellung der Reichweite des fair-trial Prinzips im weiteren Fortgang des Gesetzgebungsverfahrens.

Die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Vorschriften bei der Aufklärung von unternehmensinternen Verstößen ist somit essentiell – nicht nur mit Blick auf das originäre Bußgeldrisiko (Art. 83 DS-GVO), privaten Schadensersatzklagen (Art. 82 DS-GVO) sowie die Verwertbarkeit der Informationen in sich anschließenden arbeitsrechtlichen Verfahren.³³ Ihr kommt auch für den Erhalt eines Sanktionsrabatts nach dem VerSanG-E gesteigerte Bedeutung zu.

KONTAKT:

Tim Wybitul
LATHAM & WATKINS LLP
Die Welle
Reuterweg 20
60323 Frankfurt am Main
Tel.: 069/6062 6560
tim.wybitul@lw.com

Prof. Dr. Thomas Grützner
LATHAM & WATKINS LLP
Maximilianstraße 13
80539 München
Tel.: 089/2080 38179
thomas.gruetzner@lw.com

Dr. Arne Klaas
arne.klaas@googlemail.com

30 Vgl. RegE eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft, S. 97, 100 f.

31 Vgl. insoweit auch den gesetzgeberischen Blick auf diese Folge: RegE eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft, S. 102.

32 RegE eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft, S. 98.

33 S. hierzu LAG Baden-Württemberg 20.7.2016 – 4 Sa 61/15 Rn. 53 ff.; *Fuhlrott/Schröder* NZA 2017, 278.