

Handbuch Internal Investigations

Herausgegeben von
Karl-Christian Bay
Rechtsanwalt und Wirtschaftsprüfer

Mit Beiträgen von
Karl-Christian Bay, Franz Besl, Martin Böhmer,
Daniela Duda, Alexander H. Engelhardt,
Dr. Clemens Engelhardt, Christian Hellfritzsch,
Dorothee Krull, Matthias Scheunemann

ERICH SCHMIDT VERLAG

Geleitwort

Interne Untersuchungen – „internal investigations“ – gehören mittlerweile zum Repertoire der Vorstände und Aufsichtsräte von Gesellschaften, denen Unregelmäßigkeiten, insbesondere Verstöße gegen Korruptions- oder Kartellverbote, vorgeworfen werden, sowie der Vorstände und Aufsichtsräte von Gesellschaften, die die Erhebung solcher Vorwürfe tunlichst vermeiden wollen. Sie werden mit anderen Worten präventiv und repressiv eingesetzt, und dies mit gutem Grund. In rechtlicher Hinsicht werfen interne Untersuchungen eine Vielzahl an Fragen auf, die bislang nicht durchweg als geklärt angesehen werden können. Dies gilt zunächst für die unverbundene Gesellschaft. Ist die Einleitung einer internen Durchsuchung Recht oder auch Pflicht des zuständigen Organs? Kommt es insoweit auf das Auftreten eines hinreichenden Anlasses an oder sind gar anlassunabhängige Untersuchungen geschuldet? Wer ist zuständig, der Vorstand oder der Aufsichtsrat? Wie weit reichen die Befugnisse des Aufsichtsrats, wenn er (wie im Zusammenhang mit der Verfolgung von Ansprüchen gegen amtierende oder ausgeschiedene Vorstandsmitglieder oder der Überprüfung des vom Vorstand eingerichteten Compliance-Systems) zuständig ist – darf er am Vorstand vorbei leitende Angestellte der Gesellschaft kontaktieren und befragen? Wie ist Geheimhaltungsinteressen Rechnung zu tragen? Fragen über Fragen! Im Konzern ist zwar nicht alles anders, wohl aber vielfach um einige Grade komplizierter. Hier kommt es zunächst auf die Struktur des Konzerns an. Verfügt das herrschende Unternehmen über ein Weisungsrecht, wie das im aktienrechtlichen Vertrags- und Eingliederungskonzern der Fall ist, so lassen sich konzernweite Untersuchungen unschwer implementieren. Wie aber ist es im einfachen („faktischen“) Konzern und bei bloßer Abhängigkeit? Bei ihm gilt es nicht nur, die Leitungsverantwortung des Tochter- und Enkelvorstands zu berücksichtigen und zu fragen, ob diese Raum für eine vom herrschenden Unternehmen veranlasste Untersuchung lässt. Vor allem stellt sich die Frage, ob die Organwalter und Angestellten des abhängigen Unternehmens gesellschaftsinterne Informationen an das herrschende Unternehmen weitergeben dürfen und wie gegebenenfalls das Vertraulichkeitsinteresse gewahrt werden kann.

Nimmt man die zahlreichen Probleme betriebswirtschaftlicher und steuerlicher Natur hinzu, so steht fest: Ein Handbuch Internal Investigations kommt zur rechten Zeit. Es wird dazu beitragen, dass interne Untersuchungen über kurz oder lang zum festen Bestandteil guter Corporate Governance gehören, und damit die Rechtsentwicklung in Deutschland beeinflussen. Dem Buch ist weite Verbreitung zu wünschen.

Prof. Dr. Mathias Habersack, LMU München

Geleitwort

Compliance-Fragen werden in der Unternehmenspraxis immer wichtiger. Um so mehr müssen Unternehmen in den Ausbau eines Compliance-Systems investieren, um folgenschwere Rechtsverstöße von vornherein zu verhindern oder ihnen frühzeitig zu begegnen. Die zahlreichen Medienberichte über Korruptionsvorwürfe oder Kartelle in deutschen und ausländischen Unternehmen haben dies gezeigt und sprechen für sich.

Zwar geht es beim Thema Compliance um die Einhaltung aller für ein Unternehmen relevanter Vorschriften und Verhaltensregeln. Aufgrund der sich immer stärker ausweitenden grenzüberschreitenden Korruptionsbekämpfung kommt jedoch gerade diesem Bereich innerhalb der Compliance-Systeme international tätiger Unternehmen eine besondere Bedeutung zu. Daher werden deutsche Gesellschaften die Anti-Korruptionsgesetzgebung der USA oder den „Bribery Act“ Großbritanniens in ihren Compliance-Programmen nicht unberücksichtigt lassen können.

Neben der Präventivfunktion, die ein Compliance-System zu erfüllen hat, ist für Unternehmen die Frage nach dem Umgang mit stichhaltigen Hinweisen auf Rechtsverstöße besonders wichtig. Hierfür gibt es allerdings kein Patentrezept. Die Frage, welche Maßnahmen konkret ergriffen werden sollen, gleicht häufig einer Gratwanderung. Immer öfter wird eine unternehmensinterne Sonderermittlung (Internal Investigation) zur Aufklärung der Vorwürfe veranlasst. Dieses ursprünglich aus den USA stammende Instrument gewinnt innerhalb der europäischen Rechtsordnungen zunehmend an Bedeutung.

Eine interne Untersuchung kann Vorteile, aber auch Probleme mit sich bringen. Eine Chance wird darin gesehen, Lücken im Compliance-System zu schließen und eine angeschlagene oder verlorengegangene Reputation wiederherzustellen. Auch kann eine interne Untersuchung der Wiederherstellung von Arbeitsmoral und Betriebsklima dienen. Ferner spielt der Gedanke der Schadensbegrenzung eine entscheidende Rolle. So wird eine interne Aufklärung von Missständen in Kooperation mit staatlichen Stellen von diesen oftmals belohnt, beispielsweise mit einer Sanktionsmilderung, gegebenenfalls sogar mit einem vollständigen Bußgelderlass, der unter gewissen Voraussetzungen vor allem in Kartellverfahren in Betracht kommt. Einige Rechtsordnungen verlangen in bestimmten Fällen aber auch explizit eine unternehmensinterne Untersuchung.

Grundlegende Probleme kann eine interne Untersuchung vor allem bei grenzüberschreitenden Sachverhalten mit sich bringen, da es hier zur Kollision von Rechtssystemen kommen kann. Dies ist mit der Gefahr extraterritorialer Rechtsanwendungen verbunden, wodurch in nationale Rechtsgrundsätze eingegriffen wird. Beispielhaft sind Ermittlungen innerhalb der im Ausland ansäs-

sigen Tochtergesellschaft einer inländischen Konzernmutter, die auf die Muttergesellschaft ausgedehnt werden.

Für viele Unternehmen sind Internal Investigations noch Neuland. Unsicherheiten und Unklarheiten bestehen darüber, wann es sinnvoll ist, solche Untersuchungen einzuleiten, von wem diese vorgenommen werden sollten, wie sie grundsätzlich durchzuführen sind, welche rechtlichen Besonderheiten dabei bestehen und wie schließlich mit den Ergebnissen zu verfahren ist. Dieses Buch will Unternehmen eine umfangreiche Hilfe bei der Beantwortung dieser Fragen sein.

Prof. Dr. Rüdiger von Rosen

Vorwort

Mythos „Internal Investigation“

Sind interne Ermittlungen, neudeutsch „Internal Investigation“, tatsächlich ein unverzichtbares Instrument zur systematischen Aufklärung von Compliance-Verstößen in Unternehmen oder doch eine fragwürdige Privatisierung der Strafverfolgung? Wenn wir diese Frage unter dem Eindruck der in der Öffentlichkeit mit großer Aufmerksamkeit aufgenommenen internen Untersuchungen bei renommierten deutschen DAX-Unternehmen in den vergangenen Jahren positiv bejahen, sollte sich die weitergehende Frage nach dem Regelwerk für derartige Ermittlungen anschließen, da solche Ermittlungen geradezu zwangsläufig zu Interessenkonflikten zwischen den Beteiligten führen, die gerade vor diesem Hintergrund rechtliche Rahmenbedingungen und betriebswirtschaftliche Methodik erfordern, um belastbare Ergebnisse zu erzielen. Die Durchführung einer internen Ermittlung erfordert eine klare Steuerung und Leitung, um den Untersuchungsgegenstand und das Untersuchungsziel unter Wahrung der Rechtspositionen der Betroffenen (arbeitsrechtliche und datenschutzrechtliche Belange) zu erreichen.

Zunächst ergeben sich in der Praxis nahezu regelmäßig potentielle Interessenkonflikte zwischen dem Aufsichtsorgan und der Geschäftsleitung einerseits sowie der Geschäftsleitung und der Belegschaft andererseits, die durch die Interessenwahrnehmung durch die Arbeitnehmervertretungen weiter intensiviert werden können. Daneben hat das Unternehmen ein Interesse an der Kooperation mit der Staatsanwaltschaft bzw. weiteren ermittelnden Stellen (Betriebsprüfung, Steuerfahndung etc.). Schließlich folgen als Ergebnis der internen Untersuchungsmaßnahmen Auseinandersetzungen zwischen dem Unternehmen und den Beschuldigten. Bei all diesen Interessenlagen ist zudem exemplarisch auch das Verhältnis zum Datenschutz sowie weiteren rechtlichen Rahmenbedingungen, die bei der Durchführung einer internen Untersuchung zu beachten sind, von Relevanz für ein rechtlich (und betriebswirtschaftlich) abgesichertes Verfahren.

Mit diesem Werk soll der Mythos „Internal Investigation“ anhand rechtlicher und betriebswirtschaftlicher Anforderungen in ein belastbares Instrument übergeleitet werden, welches den einzelnen Anspruchsgruppen Rechnung trägt.

Dementsprechend behandelt das vorliegende Werk neben einer grundlegenden Einleitung in die Thematik zunächst die Pflichten der Geschäftsleitungs- und Aufsichtsorgane und die entsprechende Auftragserteilung an externe Berater. Im Anschluss werden die juristischen, steuerrechtlichen und betriebswirtschaftlichen Rahmenbedingungen näher beleuchtet, während sich

im darauf folgenden Praxisteil der Blick auf den Ansatz und die Planung der Durchführung sowie die Zusammenarbeit mit der internen Revision richtet. Ein besonderes Gewicht liegt insoweit auch auf den Vorgaben der Informationstechnologie. Als wesentliche Elemente haben sich die Themen Dokumentation der Untersuchungsergebnisse sowie deren Kommunikation gegenüber den Anspruchsgruppen herausgestellt, die ebenfalls in eigenen Kapiteln dargestellt werden. Schließlich wird die Anpassung der Compliance-Strukturen als Folge interner Untersuchungen erörtert.

Die Autoren, denen mein ausdrücklicher Dank für die Mitarbeit an diesem Werk gilt, verfügen mehrheitlich über eigene Erfahrungen bei der Durchführung interner Untersuchungsmaßnahmen und zudem über juristische oder betriebswirtschaftliche Kenntnisse aus ihrer Tätigkeit im Bereich der Wirtschaftsprüfung und Rechtsberatung.

Ich bin der Überzeugung, dass aus dem Mythos „Internal Investigation“ ein Element zur wirksamen Compliance im Sinne verantwortungsvoller Unternehmensführung wird und interne Untersuchungen neben der Aufdeckung von Verstößen auch präventive Wirkung entfalten und somit letztlich der Schadensabwehr und Minimierung von Haftungsrisiken im Rahmen eines Compliance Management Systems dienen.

Lindau, im Januar 2013

Karl-Christian Bay

Inhaltsverzeichnis

	Seite	Rand- nummer
Geleitwort	5	
Geleitwort	7	
Vorwort	9	
Einleitung	17	1–31
1. Herausforderungen einer internal investigation	19	5
2. Nutzen unternehmensinternen Untersuchungen	21	7
3. Projektverlauf	22	12
4. Rollenverteilung intern und extern – Unabhängigkeit trotz Zusammenarbeit	23	18
5. Untersuchender als Sachwalter der Interessen des Unternehmens oder Mittelsmann der Behörden?	24	21
6. Vergleichbarkeit der Untersuchungsergebnisse – German Corporate Investigation Kodex?	25	24
7. Anspruch dieses Handbuchs an sich selbst	26	31
Kapitel 1: Pflichten der Organe und des Managements ...	27	1–39
1. Geschäftsleitung von Kapitalgesellschaften (Vorstand, Geschäftsführung)	29	3
2. Aufsichtsrat bei der Aktiengesellschaft	33	10
a. Einsicht und Prüfungsrecht des Aufsichtsrates nach § 111 Abs. 1 und 2 AktG und hieraus resultierendes Recht zur Beauftragung externer Ermittler	35	14
b. Pflicht zur Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen und hieraus resultierendes Recht zur Beauftragung externer Ermittler durch den Aufsichtsrat	37	17
c. Weisung durch die Hauptversammlung nach § 147 Abs. 1 AktG und hieraus resultierendes Recht zur Beauftragung externer Ermittler durch den Aufsichtsrat	38	18
3. Hauptversammlung bzw. Aktionäre bei der Aktiengesellschaft	39	19
4. Gesellschafterversammlung bei der GmbH	42	26
5. Einzelne Gesellschafter einer GmbH	43	30
6. Geschäftsführende Gesellschafter von Personenhandelsgesellschaften	44	31
7. Chief Compliance Officer	45	33

8. Leiter der Innenrevision und/oder Leiter der Rechtsabteilung	50	37
9. Externer Ombudsmann und externer Compliance Officer	51	38
Kapitel 2: Auftragserteilung	55	1–49
1. Vorteile und Notwendigkeit der Beauftragung externer Ermittler	57	1
a. Vorteile und Notwendigkeit der Beauftragung externer Ermittler gegenüber internen Abteilungen ..	57	1
b. Vorteile und Notwendigkeit der Beauftragung externer Ermittler gegenüber staatlichen Ermittlungsbehörden	60	5
2. Der Kreis möglicher zu beauftragender externer Ermittler	61	7
a. Beauftragung von Rechtsanwälten	62	8
b. Beauftragung von Wirtschaftsprüfern	65	12
c. Beauftragung von Steuerberatern	65	13
d. Beauftragung von Multidisziplinären Kanzleien	66	14
e. Beauftragung von IT Fachleuten	66	15
3. Für die Beauftragung verantwortliche Personen im Unternehmen und Vertragspartner der externen Ermittler	67	16
a. Für die Beauftragung verantwortliche Personen und Kollegien im Unternehmen	67	16
b. Beauftragendes Unternehmen	69	24
4. Besondere Situationen bei der Beauftragung	70	
a. Besonderheiten bei der Beauftragung in der Holding .	70	32
b. Parallelbeauftragung externer Ermittler im Unternehmen durch Vorstand und Aufsichtsrat am Beispiel einer Aktiengesellschaft	72	36
5. Essentielle Punkte bei der Beauftragung	73	38
a. Unparteilichkeit der externen Ermittler	73	38
b. Vereinbarungen hinsichtlich der Dokumentation	74	39
c. Zeitpunkt der Beauftragung und Dauer der Beauftragung	75	40
d. Gestaltung des Vertrages mit externen Beratern	75	42
e. Interessenskonflikte	77	
6. Umfang der Verschwiegenheitsverpflichtung	78	48
a. Berufliche und vertragliche Verschwiegenheitsverpflichtungen gegenüber dem Mandaten	78	48
b. Verschwiegenheitsverpflichtung bei Tätig werden im Konzern	79	
Kapitel 3: Rechtliche Vorgaben	81	1–129
1. Arbeitsrecht	83	2
a. Auskunfts- und Herausgabepflicht des Arbeitnehmers	83	3
b. Arbeitsrechtliche Voraussetzungen ausgewählter Untersuchungswege	86	10

c.	Mitarbeiteramnestien (Whistleblower-Problematik)	96	31
d.	Beteiligung des Betriebsrats	105	53
e.	Praxishinweis	106	56
f.	Zusammenarbeit mit staatlichen Ermittlungsbehörden	107	57
2.	Datenschutzrecht	108	61
a.	Grundlagen einschlägiger Vorschriften	109	61
b.	Videoüberwachung	115	75
c.	Datenübermittlung ins Ausland	117	79
d.	Datenschutzrechtliche Beurteilung von Whistleblower-Hotlines	119	85
e.	Konsequenzen bei Verstößen gegen datenschutzrechtliche Bestimmungen	122	91
f.	Einbeziehung unternehmensinterner Datenschützer sowie des Landesdatenschutzbeauftragten	122	92
3.	Strafrecht und Strafprozessrecht	122	93
a.	Strafrecht	122	93
b.	Strafprozessrecht	126	102
4.	Internationales Recht	130	112
a.	USA	130	112
b.	Großbritannien	137	126
Kapitel 4: Steuerliche Vorgaben		141	1–43
1.	Steuerliche Effekte von Erkenntnissen aus internen Untersuchungen	144	5
a.	Ertragssteuerliche Auswirkungen	145	6
b.	Weitere steuerliche Auswirkungen	150	16
2.	Mitwirkungspflichten im Steuerverfahren und interne Untersuchungen	151	19
a.	Verlangen zur Benennung von Zahlungsempfängern gemäß § 160 AO	152	21
b.	Steuererklärungspflichten	152	23
3.	Steuerrecht und Steuerstrafrecht	153	24
a.	Einordnung des Steuerstrafverfahrens im Steuerverfahren	153	25
b.	Unterschiede in Mitwirkungspflichten und Zeugnisverweigerungsrechten	153	26
c.	Begrenzte Erkenntnismöglichkeiten: „in dubio pro reo“ im Strafverfahren versus „tatsächliche Verständigung“ im Steuerverfahren	154	27
4.	Steuerliche Handlungspflichten und Handlungs- möglichkeiten aus Erkenntnissen der Untersuchung	155	31
a.	Pflicht zur Berichtigung von Erklärungen	155	32
b.	Strafbefreiende Selbstanzeige	155	33
5.	Steuerliche Behandlung bei Strafen/OWi-Bußgeldern	156	38
6.	Konsequenzen für die Untersuchung	157	39

Kapitel 5: Betriebswirtschaftliche Vorgaben	159	1–65
1. Ressourcenbereitstellung für die Untersuchung bei Aufrechterhaltung des Tagesgeschäftes	161	2
a. Vorbereitende Tätigkeiten	161	3
b. Durchführung	165	16
2. Betrachtung der Auswirkungen von Untersuchungserkenntnissen auf das Geschäftsmodell und einzelne Geschäftsbeziehungen – „Comply or die“	174	39
a. Interne Auswirkungen	175	40
b. Externe Auswirkungen	178	52
Kapitel 6: Ansatz und Planung von internen Untersuchungen	183	1–116
1. Einführung	185	1
2. Phase I – Vorbereitung der internen Untersuchung	187	11
a. Ad Hoc Reaktion	187	11
b. Untersuchungsgegenstand und Beauftragung	190	19
c. Auswahl des Untersuchungsteams und Leitung der gesamten Untersuchung	192	31
d. Abschätzung des Untersuchungsaufwands	195	40
e. Bildung von Arbeitsgruppen bzw. Projektausschüssen	200	59
f. Dokumentation	203	71
g. Identifikation kritischer Sachverhalte	205	83
3. Phase II – Strukturierung und Durchführung der internen Untersuchung	206	89
a. Untersuchungsteams	206	89
b. Arbeitsschritte	207	92
c. Forensische Untersuchung	211	103
4. Phase III – Schlussfolgerungen aus der Untersuchung und Verbesserung der Compliance-Organisation	212	111
Kapitel 7: Zusammenarbeit Interne Revision mit externen Beratern	215	1–17
1. Interne Revision	217	1
a. Begriff und Funktionen der Internen Revision	217	1
b. Ziele und Aufgaben der Internen Revision	218	3
c. Einschätzung der Internen Revision	220	6
d. Einbindung der Internen Revision bei (Korruptions-)Verdachtsfällen/Internal Investigations	223	12
2. Externe Berater	225	13
a. Gründe einer Beauftragung externer Berater	225	13
b. Relevante Berufsgruppen	226	14
c. Einschätzung der Externen Berater	226	15
3. Zusammenarbeit	228	16
a. Gründe der Zusammenarbeit	228	16
b. Art der Zusammenarbeit	228	17

Kapitel 8: IT-Vorgaben	233	1–30
1. Anforderungen an die Untersuchenden	235	1
a. Get started without delay – IT Anforderungen der Berater beim Mandanten	236	6
b. Spezifische, sicherheitsrelevante Anforderungen bei internen Untersuchungen	237	10
2. Nutzung von Datenräumen	239	15
a. Identitätsprüfung	240	19
b. Zugriffsrechte	241	20
c. Informationsbedürfnis aller Beteiligten	241	21
d. Wer darf was sehen?	242	23
e. Was passiert ab Schließung des Datenraums	242	24
3. Praktische Umsetzung der Datenschutzanforderungen ..	243	26
a. Datenräume	243	26
b. Forensische Systeme	244	30
 Kapitel 9: Dokumentation und Aufbewahrungspflichten	245	1–91
1. Dokumentationsanforderungen	247	2
a. Beschlagnahmeschutz der Dokumentation für interne Zwecke im Gewahrsam der Berater	248	5
b. Dokumentationspflichten von Wirtschaftsprüfern, Rechtsanwälten und Steuerberatern	250	8
c. Wesentliche inhaltliche Anforderungen an die interne Dokumentation und Anhaltspunkte nach dem Prüfungsstandard IDW PS 460 n.F.	255	18
d. Dokumentation von nicht-berufsständischen Beratern	257	27
e. Dokumentation für das Unternehmen als Auftraggeber	258	29
f. Dokumentation gegenüber staatlichen Behörden	271	62
g. Dokumentation gegenüber der Öffentlichkeit	272	67
h. Geplante datenschutzrechtliche Neuregelung zur Datenerhebung bei internen Untersuchungen nach § 32 e BDSG-RegE und entsprechende Dokumentationspflichten	273	69
2. Übergabe der Dokumentation an das Unternehmen	274	70
3. Aufbewahrung der Dokumentation nach Abschluss der internen Untersuchungen	275	71
a. Aufbewahrung im Unternehmen	275	72
b. Aufbewahrung bei externen Beratern mit berufsständischen Verpflichtungen	277	80
 Kapitel 10: Kommunikation während und über die laufende Untersuchung	283	1–27
1. Externe und interne Kommunikation	285	1
2. Kommunikation mit den Strafverfolgungsbehörden	288	10

3. Projektkommunikation	289	15
4. Der Anwalt als Kommunikator	293	27
Kapitel 11: Anpassung der Compliance-Struktur	295	1–45
1. Erkennen notwendiger Anpassungen	298	
a. Idealzustand: Vorbeugen, Erkennen, Reagieren	298	
b. Abweichung der Realität vom Idealzustand	299	
c. Daher: Reflektieren der Ereignisse	299	2
d. Compliance als Added Value und Teil der Wertschöpfung	299	3
e. Eigeninteresse des Compliance Officer	300	5
f. Insgesamt: Lessons Learned als Chance für gute Compliance	301	6
2. Erarbeitung der vorhandenen Strukturen	302	8
a. Vorhandene Systeme im Unternehmen	303	11
b. Prüfung der Wirksamkeit der vorhandenen Systeme	306	15
3. Ableitung einer optimalen Zielstruktur	307	16
a. Anforderungen an die Personen und das System im Überblick	307	17
b. Hauptmerkmale einer wirksamen Compliance- Organisation	308	19
4. Operationalisierung der Zielstruktur	315	37
a. Festlegung der Zielstruktur	315	37
b. Befähigung der Organisation	316	38
5. Sicherstellung dauerhafter Wirksamkeit – nachhaltige Compliance	318	45
Literaturverzeichnis	319	
Stichwortverzeichnis	325	