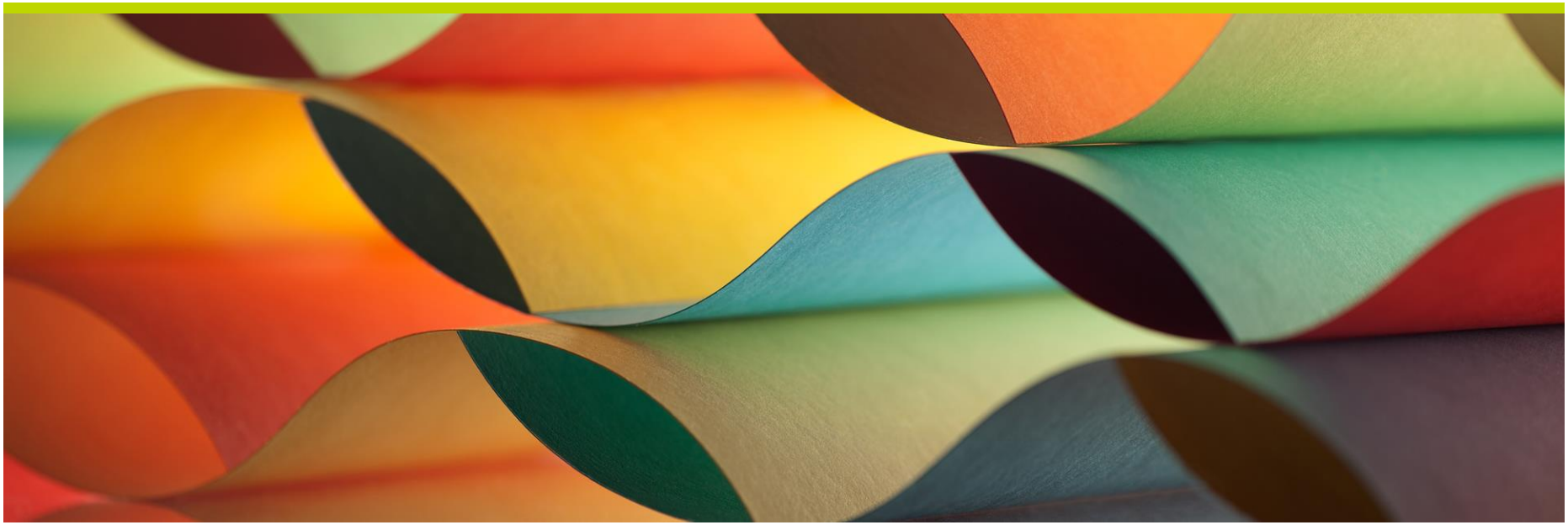
Hogan Lovells

Interne (Compliance-)Untersuchungen bei Versicherungen

8. Düsseldorfer Versicherungsrechtstag

Dr. Christoph Louven, Rechtsanwalt, Partner, Head Corporate M&A Kontinentaleuropa,
Hogan Lovells International LLP, Düsseldorf

23. Oktober 2015



Einleitung

- "Internal Investigations", lange Tradition im angelsächsischen Rechtskreis
- Zwischen 2001 und Februar 2012 wurden mehr als 3.000 "Internal Investigations" in börsennotierte US-amerikanische Unternehmen berichtet (Quelle: *The Conference Board, February 2012, pages 1 et seq.*)
- Oft bei US-Bezug mit enormen Kosten verbunden (Quelle: *NYT, The Mounting Costs of Internal Investigations, March 5, 2012*)
  - Avon berichtet über 237,3 Mio USD bei Verdacht auf FCPA-Verstoß
  - Ein großer Medienkonzern berichtet über 104 Mio USD in 2011
  - Siemens: angeblich mehr als 1 Mrd. USD
- Deutschland und Europa:
  - Hinsichtlich Zahl von Untersuchungen und Aufwand/Kosten nicht im Ansatz vergleichbar, aber:
  - Höhere Aktivitäten der Aufsichts- und Strafverfolgungsbehörden führt zu steigender praktischer Relevanz auch in Deutschland

Wo liegen Gefahren für (Rück-)Versicherer?

- Anderes Risikoprofil wegen unterschiedlichen Geschäftsmodells
- Eher selten: Korruption im In- und Ausland mit Einstrahlungswirkung ausländischer Rechtsordnungen (USA: FCPA; UK: UK Bribery Act)
- Potentiell kritisch:
  - Kartellverstöße
  - Datenschutzverstöße
  - Ungesetzliche oder unethische Vertriebspraktiken
  - Verstöße gegen den Verbraucherschutz
  - Verletzung in- oder ausländischen Aufsichtsrechts (z. B. non-admitted-Geschäft)
  - Verstöße gegen außenwirtschaftsrechtliche Vorschriften
- Wie keine zweite Branche, sind Versicherungen auf Vertrauen und Reputation angewiesen
- Wie bei Banken, hat die persönliche Integrität der Führungskräfte besondere Bedeutung (vgl. § 7a VAG)

Gang des Vortrags

- Praktische Herausforderungen
- Begriff und Varianten von internen (Compliance-) Untersuchungen
- Rechtliche Grundlage(n)
- Untersuchungsgegenstand und Umfang der Untersuchungshandlungen
- Verhältnis zu behördlichen Ermittlungen
- Anforderungen an die untersuchende "Stelle"/Verhältnis zur internen Revision als ermittelnde Stelle
- Sonstige ausgewählte Rechtsfragen
- Fazit

Praktische Herausforderungen

- Oft plötzlicher Auslöser und Beginn
- Große Datenmengen
- Zugang zu Informationsquellen
- Praktische Bewältigung steht oft im Vordergrund, darf aber
- rechtliche Rahmenbedingungen nicht überlagern

Begriff, Varianten und Ziele

- Facettenreich, wenn nicht schwammig
- Auf Veranlassung des Unternehmens
- Zusammenstellung von Informationen und Belegen zu Vorgängen oder Zuständen
- Durch Mitarbeiter des Unternehmens (z. B. interne Revision) oder externe Dienstleister (z. B. WP, Rechtsanwälte)
- Vorgänge und Zustände, die auf das Unternehmensinteresse positive oder negative Auswirkungen haben können
- Im engen Sinne ("Compliance"-Untersuchung): Straf- oder ordnungswidrigkeitsrechtliche Gegenstände (Verdacht Kartellverstoß, Korruptionsstraftat, Datenschutzverstoß, etc.)
- Im weiteren Sinne (interne Untersuchung):
  - zivilrechtliche Ansprüche oder disziplinarische Konsequenzen gegen Organmitglieder, Mitarbeiter?
  - ordnungsgemäßer Geschäftsbetrieb, der organisationsrechtlichen (einschließlich aufsichtsrechtlichen z. B. § 64a VAG, § 25a KWG) Vorgaben genügt
- Weitere Ziele:
  - Vermeidung oder Milderung (behördlicher) Sanktionen (etwa Vermeidung von Durchsuchungen oder Reduzierung von Bußgeldern)
  - Unterbindung von Fehlverhalten für die Zukunft

Rechtliche Grundlage(n), Untersuchungsgegenstand und Umfang der Untersuchungen

- § 93 Abs. 1 AktG (ggf. i.V.m. § 116 AktG)
- § 130 OWiG
- Danach gilt:
  - Die Sorgfaltspflicht des Vorstands (oder Aufsichtsrats) gebietet u.U. eine Untersuchung von für das Unternehmensinteresse potentiell relevanten Vorgängen und Zuständen
  - Dies gilt erst recht bei Verdacht von Ordnungswidrigkeiten oder Straftaten
  - Hinsichtlich des "Ob": regelmäßig kein Ermessensspielraum, die Business Judgement Rule ("BJR", § 93 Abs. 1 S. 2 AktG) findet keine Anwendung
  - Hinsichtlich des "Wie": Von Anfang an und fortlaufender Gestaltungsspielraum, auf das richtigerweise die BJR Anwendung findet (*Reichert/Ott*, NZG 2014, 241, 243):
    - Kriterien: Relevanz für das Unternehmensinteresse, Kosten, Nutzen, Ziele
    - Grundsatz der Verhältnismäßigkeit geeigneter Maßstab
    - Bei konkretem Verdacht von früheren oder aktuellen Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten und Ziel der Sanktionsmilderung eher intensive Untersuchung
    - Bei bloßer Möglichkeit von solchen Verstößen: Wegen Wiederholungsgefahr und Sicherung der Integrität der Führungskräfte (§ 7a VAG) stichprobenartige Prüfung, aber nicht "ins Blaue" hinein.

Rechtliche Grundlage(n), Untersuchungsgegenstand und Umfang der Untersuchungen (Fortsetzung)

- Frühzeitige Festlegung und fortlaufende Überprüfung des Untersuchungsgegenstands empfehlenswert, auch zur Kostenkontrolle
- Dokumentation aller wesentlicher Entscheidungen zur Durchführung einer Untersuchung empfehlenswert
- Praktische Fragen:
  - Rein dokumentarische Prüfung oder auch Interviews?
  - E-Discovery und (systematische) Prüfung von E-Mail-Accounts oder nicht?
  - Uneingeschränkter Zugang zu Primärquellen auch für externen Dienstleister?
  - Aufgabenverteilung zwischen internen Mitarbeitern (interne Revision) und externen Dienstleistern?!
  - Etablierung eines sog. "Data Holds", auch, um Strafvereitelung (§ 258 StGB) durch Vernichtung von Beweismaterial zu verhindern.
  - Schriftlicher Untersuchungsbericht?

Gesellschaftsrechtliche Kompetenz zur Beauftragung interner Untersuchungen

- Grundsätzlich beim Vorstand im Rahmen seiner horizontalen Überwachungspflicht, wenn Verstöße auf nachgeordneten Ebenen in Rede stehen
- Streitig, wenn auch Verstöße zumindest eines amtierenden Vorstandsmitglieds in Rede stehen: Nach einer Auffassung (*Arnold*, ZGR 2014, 76, 100 ff.; *Reichert/Ott*, NZG 2014, 241, 249) bleibt der Vorstand kompetent, allerdings unter Ausschluss der betroffenen Mitglieder, nach anderer Ansicht sind Vorstand und Aufsichtsrat dann zuständig (*Habersack*, AG 2014, 1, 6).
- Wegen der in praxi schwierigen Abgrenzung zw. Resort- und Gesamtverantwortung und der Neigung von Mitarbeitern auf nachgeordneter Ebene, "flächendeckend" auf Weisungen "von oben" zu verweisen, oft Zuständigkeit des Aufsichtsrats ("AR") und Beauftragung durch ihn zweckmäßig. Der AR wäre auch für die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen oder für andere disziplinarische Maßnahmen gegen Mitglieder des Vorstands zuständig, § 112 AktG.
- Überlagernde oder gleichzeitige Untersuchungen durch Vorstand und AR sind aufwendig und können Betriebsabläufe stören.
- Umfassende Einsichts- und Informationsrechte des AR (§§ 90, 111 Abs. 2 AktG)
- Beauftragung Dritter zulässig, § 111 Abs. 2 S. 2 AktG.
- Beauftragung der internen Revision durch den AR am Vorstand vorbei? Nach hM darf der AR Prüfungsaufträge an die interne Revision erteilen (*Kropff*, NZG 2003, 346, 350; Groß-Komm AktG, § 111 Rn. 521; *Ranzinger/Blies*, AG 2001, 455, 459 f.)

Verhältnis zu behördlichen Ermittlungen

- Nicht selten Anstoß durch Aufsichtsbehörde (bei Banken z. B. § 44 KWG, bei Versicherungen Mißstandsaufsicht)
- Nicht selten parallele strafrechtliche Ermittlungen denkbar oder schon eröffnet
- Ziele interner Untersuchungen:
  - Aufklärung des Sachverhaltes mit rechtsstaatlich zulässigen Mitteln
  - Aufdeckung von Fehlverhalten/Pflichtverletzungen und (zivil- und arbeitsrechtliche) Sanktionierung
  - Unterbindung Fehlverhalten für die Zukunft
- Zusätzliche Ziele behördlicher Untersuchungen
  - Bestrafung, Bebußung, Ahndung, Abschreckung
- Bei vom Unternehmen initiierten internen Untersuchungen besteht nach h.M. grds. keine Offenlegungspflicht gegenüber Behörden, auch nicht eines (Rück-)Versicherers ggü. der BaFin: aus ausnahmsweise bestehenden "Meldepflichten" gem. § 138 StGB, § 10 WpHG oder § 11 GwG leitet die herrschende Meinung ab, dass grundsätzlich keine Informationspflicht ggü. Behörden besteht.
- Aber: Aus Anordnung durch die BaFin oder durch Untersuchungszweck, Sanktionen zu mildern, ergibt sich auch auf Grundlage der h.M. im Einzelfall Pflicht/Obliegenheit zur bzw. Zweckmäßigkeit der Offenlegung.

Verhältnis zu behördlichen Ermittlungen (Fortsetzung)

- Besteht eine Pflicht zur Herausgabe von Untersuchungsergebnissen und Untersuchungsmaterialien einer bei einer externen Anwaltskanzlei beauftragten Untersuchung? *LG Hamburg ("HSH-Nordbank"*) vom 15.10.2010, Beck RS 2011, 01653, hat eine Herausgabepflicht bejaht. Die herrschende Literatur plädiert für ein Beschlagnahmeverbot gem. § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO
- Die am 1.9. 2009 eingeführte Kronzeugenregelung (§ 46b StGB) erhöht faktisch allerdings den Druck auf Unternehmen, möglichst vor Mitarbeitern als Kronzeugen die Behörden einzuschalten, um ein koordiniertes Vorgehen zu erreichen. Dafür können auch andere Zweckmäßigkeitserwägungen streiten (siehe oben)
- Laufen bereits staatsanwaltschaftliche Ermittlungen, sind interne Untersuchungen nur mit besonderer Vorsicht durchzuführen. Denn dann ist die Gefahr einer Beweisunterdrückung und damit einer Strafvereitelung (§ 258 StGB) groß, denn schon Interviews mit Mitarbeitern könnten diese warnen und zur Vernichtung von Beweismitteln veranlassen.
- Ausländische Rechtsordnungen (z. B. Frankreich/Schweiz) kennen sogar "Blocking Statutes", die Ermittlungsaktivitäten für ausländische Behörden sowie Datenweitergabe verbieten.

Verhältnis zu behördlichen Ermittlungen (Fortsetzung)

- Ein Ergebnis gebotener Abstimmung mit den Ermittlungsbehörden kann eine Kooperation mit diesen, etwa bei der Datenerhebung oder Datensammlung sein. Aus datenschutzrechtlichen Gründen sollte dann die Datenübergabe an die Behörden im Wege einer (formellen) Beschlagnahme nach § 94 Abs. 2 StPO erfolgen, wenn dies nach internen Betriebsvereinbarungen vorausgesetzt wird.

- Drohen parallele staatsanwaltliche Ermittlungen, ist die Einschaltung einer externen Kanzlei zu erwägen, da deren gesetzliches Zeugnisverweigerungsrecht (§ 53 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 StPO) ein Beschlagnahmeverbot (§ 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO) eröffnet (allerdings vom *LG Hamburg*, a.a.O., abgelehnt).

Besondere Anforderungen an die untersuchende Stelle, Verhältnis zur internen Revision als untersuchende Stelle

- Fachliche Expertise und Ressourcen
- Zugang zu E-Discovery, wo erforderlich
- Privilegierung durch Zeugnisverweigerungsrecht, soweit möglich
- "Unabhängigkeit":
  - im deutschen Rechtskreis keine generelle Anforderung, zumeist nicht erforderlich
  - geboten, wenn (ausnahmsweise) Vorstand (und nicht der AR) Pflichtverletzungen im eigenen Organ prüft
  - Praktisch empfehlenswert, um Erwartungen anglo-amerikanischer Behörden zu erfüllen
  - "Unabhängigkeit" soll schon den Anschein von Interessenskonflikten vermeiden; bei systematischer Rechtsverletzung sollte der "Unabhängige" nur geringfügig Geschäftsbeziehungen zum Unternehmen haben; keinesfalls sollte er aus Vorbefassung mit dem Sachverhalt vertraut sein oder in verbundene Verfahren involviert sein
  - Die interne Revision ist in diesem Sinne unabhängig. Regelmäßig auch externe Dienstleister wie WP oder Anwaltskanzleien, auch bei Geschäftsbeziehungen zum Unternehmen

Besondere Anforderungen an die untersuchende Stelle, Verhältnis zur internen Revision als untersuchende Stelle (Fortsetzung)

Untersuchungen mithilfe der internen Revision:

- Prüfung und Aufklärung sämtlicher Tätigkeiten des Unternehmens, auch Durchführung spezifischer Untersuchungen
- Fokus auf Beschaffung der Informationsgrundlagen
- Berichtspflicht und –linie an den Vorstand
- Beauftragung durch den Aufsichtsrat zulässig, aber:
  - fortbestehende Informationspflicht gegenüber dem Vorstand?
  - Revision "am Vorstand vorbei"? (siehe oben)
- Praktisch oft kritisch:
  - Eigene Perspektive, ausreichende Berücksichtigung juristischer Unterlagen oder Anforderungen?

Sonstige ausgewählte Rechtsfragen bei der Durchführung der Untersuchung

- Besteht eine Aufklärungs- und Auskunftspflicht von Mitarbeitern/Organen?

  Nach hM haben die Individualinteressen und der "nemo-tenetur"-Grundsatz hinter dem Informationsinteresse des Unternehmens zurücktreten, jedenfalls im eigenen Aufgabenbereich des Mitarbeiter (aA: Auskunftsverweigerungsrecht bei Selbstbelastungsgefahr, *Roxin*, StV 2012, 116, 121).

- Besteht, soweit Straftaten in Rede stehen, eine Belehrungspflicht bei Mitarbeiterinterviews?

  Das Schweige- und Auskunftsverweigerungsrecht (§§ 136, 55 StPO), Belehrungspflichten vor einer Vernehmung und das Verbot von Zwang und Täuschung (§ 136a StPO) gelten nach hM bei internen Unternehmensuntersuchungen nicht.

- Besteht, soweit Straftaten in Rede stehen, ein Beweisverwertungsverbot, wenn vor Interviews keine Belehrung erfolgte?

  Nach *LG Hamburg* nicht, die wohl herrschende Literaturmeinung sieht das anders. Stehen Straftaten in Rede, ist eine (nach hier vertretener Ansicht: freiwillige) Belehrung empfehlenswert.

Sonstige ausgewählte Rechtsfragen bei der Durchführung der Untersuchung (Fortsetzung)

- Ist es zulässig, E-Mails von Mitarbeitern im Rahmen interner Untersuchungen zu analysieren?
  - Maßstab ist bei Arbeitnehmern § 32 BDSG, bei Organmitgliedern § 28 BDSG str..
  - Ist die Privatnutzung von E-Mail-Accounts untersagt, wird die immer gebotene Interessensabwägung regelmäßig zugunsten des Unternehmens ausfallen.
  - Ist sie erlaubt, muss eine strengere Abwägung mit den schutzwürdigen Interessen der Mitarbeiter/Organmitglieder erfolgen. Die Gerichte haben jedenfalls bei dem Verdacht von Straftaten regelmäßig eine Überprüfung und Analyse für zulässig gehalten (oft hatte sich der Arbeitgeber allerdings Kontrollen ausdrücklich vorbehalten), vgl. *LAG Hessen*, ZD 2014, 377; *VG Karlsruhe*, NVwZ-RR 2013, 797; *LAG Hamm*, ZD 2013, 135; *LAG Niedersachsen*, MMR 2010, 639

Fazit

- Auch bei (Rück-)Versicherungsunternehmen werden interne Untersuchungen zu einem zunehmend bedeutsamen Element der Unternehmenskontrolle und Prävention.
- Sie flankieren die zahlreichen Maßnahmen, die Unternehmen zur Sicherung ihrer Compliance treffen
- Es hat sich auch in Deutschland eine juristische "best practice" entwickelt, die nicht unterschritten werden sollte.
- Eine Orientierung am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz hilft, Maß und Mitte nicht aus den Augen zu verlieren.

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit

www.hoganlovells.com

Hogan Lovells has offices in:

Alicante
Amsterdam
Baltimore
Beijing
Brussels
Budapest*
Caracas
Colorado Springs
Denver
Dubai
Dusseldorf
Frankfurt
Hamburg
Hanoi
Ho Chi Minh City
Hong Kong
Houston
Jeddah*
Johannesburg
London
Los Angeles
Luxembourg
Madrid
Mexico City
Miami
Milan
Minneapolis
Monterrey
Moscow
Munich
New York
Northern Virginia
Paris
Perth
Philadelphia
Rio de Janeiro
Riyadh*
Rome
San Francisco
São Paulo
Shanghai
Silicon Valley
Singapore
Sydney
Tokyo
Ulaanbaatar
Warsaw
Washington DC
Zagreb*

"Hogan Lovells" or the "firm" is an international legal practice that includes Hogan Lovells International LLP, Hogan Lovells US LLP and their affiliated businesses.

The word "partner" is used to describe a partner or member of Hogan Lovells International LLP, Hogan Lovells US LLP or any of their affiliated entities or any employee or consultant with equivalent standing. Certain individuals, who are designated as partners, but who are not members of Hogan Lovells International LLP, do not hold qualifications equivalent to members.

For more information about Hogan Lovells, the partners and their qualifications, see www.hoganlovells.com.

Where case studies are included, results achieved do not guarantee similar outcomes for other clients. Attorney Advertising.

© Hogan Lovells 2015. All rights reserved.

*Associated offices