

Internal Investigations zwischen arbeitsrechtlicher Mitwirkungspflicht und strafprozessualer Selbstbelastungsfreiheit*

Von Prof. Dr. Carsten Momsen, Hannover

I. Compliance und Internal Investigations

Wird gegen ein Unternehmen bzw. gegen dessen Mitarbeiter oder Organe wegen des Verdachts von Straftaten ermittelt, so wird es zunehmend üblich, dass im Vorgriff oder parallel zu staatlichen Ermittlungen sogenannte „Interne Ermittler“, häufig auch bezeichnet als „Unternehmensanwälte“ tätig werden. Auf diese Weise soll die Unternehmensleitung genügend Informationen aus erster Hand erhalten, um reaktionsfähig bleiben zu können, vor allem aber, um weitergehenden Schaden vom Unternehmen abwenden zu können. Diese als „Internal Investigations“ bezeichneten privaten Ermittlungshandlungen treten naturgemäß in ein Spannungsverhältnis zum staatlichen Ermittlungsinteresse sowie ggf. zur arbeitsvertraglichen Rechtsstellung des Arbeitnehmers. Aktualität und gegenwärtiges Verständnis des Begriffs „Internal Investigations“ sind eng verknüpft mit der in den letzten Jahren massiv angestiegenen Bedeutung sogenannter Compliance-Maßnahmen in Unternehmen. Im anglo-amerikanischen Sprachgebrauch wird daher auch der Terminus „Compliance Investigations“ verwendet. Da Internal Investigations im modernen Wirtschaftsleben nur vor dem Hintergrund der in einem Unternehmen herrschenden Compliancekultur analysiert werden können, zunächst einige grundlegende Bemerkungen zu Aufgabe und Erscheinungsform von Compliance-Maßnahmen – zu denen in einem weiteren Verständnis auch die Durchführung interner Ermittlungen gezählt werden können.

1. Allgemeines: Compliance

Der Begriff „Compliance“ ist in einem allgemeinen Sinne als „Regelüberwachung“, aber auch als „Regeleinhaltung“ zu verstehen und bezeichnet damit die Gesamtheit aller zumutbaren Maßnahmen, die das regelkonforme Verhalten eines Unternehmens, seiner Organisationsmitglieder und seiner Mitarbeiter im Hinblick auf alle gesetzlichen Ge- und Verbote begründen.¹ Darüber hinaus soll die Übereinstimmung des unternehmerischen Geschäftsgebarens auch mit allen gesellschaftlichen Richtlinien und Wertvorstellungen, mit Moral und Ethik gewährleistet werden. Damit stellt eine funktionierende „Compliancestruktur“ in einem Unternehmen nicht nur mittels Überwachung die Einhaltung bestimmter Verhaltensnormen sicher, sondern generiert diese Normen in praxi selbst mit.

* Der Beitrag beruht auf Vorträgen, die der Verf. an der DHPol in Münster und vor dem 3. Bremischen Anwalts- und Notarstag Anfang des Jahres gehalten hat. Meiner Mitarbeiterin *Elmira Mamedowa* gebührt Dank für Unterstützung bei Recherche und Vorbereitung.

¹ *Poppe*, in: Görling/Inderst/Bannenbergh (Hrsg.), *Compliance, Aufbau – Management – Risikobereiche*, 2010, S. 1; *Passarge*, in: Martinek/Semler/Habermeier/Flohr (Hrsg.), *Handbuch des Vertriebsrechts*, 2010, § 82 Rn. 123.

Interessant und in gewisser Weise aus heutiger Perspektive kurios ist die Herkunft des Begriffs: Compliance meint ursprünglich Therapietreue, also die Notwendigkeit, einen ärztlichen Therapievorschlag zu befolgen, und zwar zuverlässig zu befolgen. Compliance wird demgemäß von einem Patienten, also einem Kranken, gegenüber seinem Arzt erwartet als Voraussetzung dafür, dass dieser ihn von seinem Leiden befreien kann.

Versuchen wir, dieses Verständnis auf Wirtschaftsunternehmen zu übertragen, so dürften Adressaten von Compliancemaßnahmen eigentlich nur kranke Unternehmen sein, genauer gesagt Unternehmen, die von einem bösartigen Virus, wie zum Beispiel der Korruption, der Bestechung, der Untreue oder vergleichbaren Krankheiten befallen sind.

So gesehen würde vor der Notwendigkeit zur Compliance erst einmal die Diagnose einer behandlungsbedürftigen Krankheit stehen – und genau dies war in den achtziger Jahren der Ausgangspunkt der ersten Compliancemaßnahmen amerikanischer Unternehmen:

Vor dem Hintergrund drohender Verurteilungen zu Zahlungen von hohen Summen aufgrund von Rechtsverstößen wie Geldwäsche, Korruption, Insiderhandel verpflichteten sich Firmen vorwiegend aus der Finanzbranche, ein System einzuführen, welches gewährleisten sollte, dass sich die Mitarbeiter an rechtliche Rahmenbedingungen halten. Aufgrund des anders strukturierten amerikanischen Strafverfahrensrechts und auch des Strafrechts hatte dies weitreichende Konsequenzen: Zum einen kann das Unternehmen selbst Adressat der Sanktion und damit sehr schmerzhafter Geldstrafen oder sogar einer Liquidation sein. Zum anderen aber besteht eine erheblich höhere Flexibilität, die entsprechenden Sanktionen auszusetzen oder zu ermäßigen, wenn das Unternehmen an der Sachverhaltsaufklärung mitarbeitet und für künftige Präventionsmechanismen sorgt.

Beispielhaft erfolgte 1991 eine Revision der US Federal Sentencing Guidelines, welche erhebliche Exkulpationsmöglichkeiten einführte, wenn das Unternehmen nachweisen konnte, dass es den Mitarbeitern die wichtigsten Regelungen zugänglich gemacht und deren Einhaltung überwacht hatte.

Bereits hieran erkennen wir den bedeutsamen Wandel des Compliancebegriffs im wirtschaftlichen Kontext. Zwar mag Auslöser nach wie vor häufig der Verdacht einer Krankheit, sprich: Normverletzung sein, neben den therapeutischen Wirkungen treten jedoch die präventiven Zielsetzungen von Compliance deutlich in den Vordergrund.

Von Unternehmensseite dient Compliance also primär zur Abwehr oder Verringerung konkret drohender Sanktionsrisiken und zur Prävention potentieller künftiger Risiken wie Bußgeldzahlungen, Rücktritt von Vorständen, Auftragsvergabesperren, sinkenden Aktienkursen, schlechteren Ratings. Zudem liegt es im Interesse der Unternehmensleitung, persönliche Haftungsrisiken durch die Implementierung einer Kontrollstruktur zu minimieren.

2. Compliancemaßnahmen

Eine Compliancestruktur besteht in aller Regel aus einem Bündel verschiedener Maßnahmen und Institutionen. Grundlegend ist der Code of Conduct, mittlerweile fester Bestandteil für jedes größere Unternehmen. Der Code of Conduct, durch den sich das Unternehmen selbst verpflichtet und sich bereit erklärt, an die selbst gesetzten Maßstäbe zu halten, wird im Allgemeinen definiert als „Principles, values, standards, or rules of behavior that guide the decisions, procedures and systems of an organization in a way that (a) contributes to the welfare of its key stakeholders, and (b) respects the rights of all constituents affected by its operations.“²

Ein wichtiges Instrument ist das sog. „Whistle-Blowing“. Es müssen also anonyme Meldungen von Rechtsverstößen im Unternehmen abgegeben aber vor allem auch sachgerecht entgegengenommen werden können.³ Differenziert werden kann zwischen dem internen Mitarbeiter Whistle-Blowing Apparat (zumeist durch eine interne Hotline bzw. Beratungsstelle im Unternehmen) unter Gewährleistung der Anonymität der gemeldeten Person und eines vertraulichem Umgangs mit der Information. Alternativ kommt demgegenüber die Meldung an eine staatliche Stelle als externes Whistle-Blowing, bspw. über entsprechende anonymisierte E-Mail-Accounts bei Schwerpunkt-Polizeibehörden, in Betracht.⁴ Dabei liegt es ersichtlich im Interesse effizienter Compliance und daran anknüpfend auch effektiver Internal Investigations, dass die Möglichkeiten des internen Whistle-Blowings gefördert werden.

Teilweise deckungsgleich mit internen Ermittlungsmaßnahmen sind Monitorings. Als Monitoring werden alle Maßnahmen bezeichnet, die zur Überwachung der Mitarbeiter und der Wirksamkeit der Compliance – Anordnungen dienen.⁵ Damit sind auch die dauerhaft systematische Erfassung (Protokoll), Beobachtung oder Überwachung von Vorgängen oder Prozessen mittels technischer Hilfsmittel oder anderer Beobachtungssysteme, um anhand von Ergebnisvergleichen Schlussfolgerungen ziehen zu können, gemeint. Dabei sind sogenannte Mitarbeiter-Screenings in Bezug auf Umstände, die über ein für das Unternehmen erforderliches Maß an Informationen hinausgehen, nicht gestattet (so bspw. Kontrolle von Kontoauszügen, Zahlungs- und Kaufverhalten).

Auch das Auditing kann eine interne Ermittlungsmaßnahme sein. Interne Audits sind als interne Untersuchungs-

verfahren zu sehen.⁶ Diese dienen i.d.R. in Form von Anhörungen der Aufklärung von Umständen oder der Bewertung von Prozessen.

Zu einer wirksamen Compliancestruktur gehört ferner die Errichtung von Chinese Walls. Dies sind Maßnahmen zur informationsbezogenen Segmentierung in verschiedene Bereiche. Sie dienen der Steuerung von compliance-relevanten Informationen und der Vermeidung von Interessenkonflikten oder Insiderhandel durch Schaffung von Informationsbarrieren.⁷ Maßgeblich ist hierbei das „need-to-know-principle“ (Ausfluss von § 14 Abs. 1 Nr. 2 WpHG) und das „independence-principle“, das die geschäftspolitische Unabhängigkeit der handelnden Personen gewährleisten soll.

Gleiches gilt für sog. „watch-lists“ und „restricted-lists“. Die watch-list ist eine streng vertrauliche Liste, auf der die Compliance-relevanten Informationen samt der dazugehörigen Finanzinstrumente und der Informationsträger zu finden sind. Sie ist das Kontrollelement zur Chinese Wall und damit nur dem Compliance Officer bzw. dem Vorstand zugänglich. Die restricted-list ist eine innerbetriebliche Liste, die gegenüber unternehmensexternen Personen streng vertraulich ist. In ihr sind Informationen und Weisungen enthalten, welche Maßnahmen bei potentiellen Compliance-Verstößen getroffen werden können. Diese soll nach innen verhindern, dass durch die Segmentierung widersprüchliche Handlungen auftreten und ein nach außen hin koordiniertes Verhalten gewährleisten.

II. Compliance durch Internal Investigations

Damit Compliance repressiv und präventiv wirksam werden kann, bedarf es in allererster Linie der Gewinnung von Informationen über mögliche Verstöße. Diese Informationen können von außen an den Compliance Officer herangetragen werden, bspw. durch Whistle-Blower oder die Polizei. Sie können aber auch intern erlangt werden. Hält er die Informationen für ernsthaft, ist der Compliance Officer aus verschiedenen Gründen dazu aufgerufen, selbst, d.h. im Unternehmen bzw. durch das Unternehmen veranlasst, Ermittlungen durchzuführen – die sogenannten „Internal Investigations“.

Wie bspw. kürzlich *Knauer* und *Buhlmann*⁸ zutreffend diagnostiziert haben, sind derartige unternehmensinterne (Vor-)

²http://www.ifacnet.com/?q=code+of+conduct+definition&utm_medium=searchbox (zuletzt abgerufen am 13.5.2011).

³ *Grützner/Jakob*, Compliance von A-Z, 2010, S. 155 f.

⁴ Das Ziel ist das Aufdecken von Missständen, illegalem Handeln oder Gefahren, von denen Mitarbeiter in ihrer beruflichen Umgebung erfahren, Enthüllung von Korruption, nicht tolerierbare Gefahren und Risiken für das Unternehmen und seiner Umwelt: *Ax/Schneider/Scheffen*, Rechtshandbuch Korruptionsbekämpfung, Prävention – Compliance – Vergabeverfahren – Sanktionen – Selbstreinigung, 2. Aufl. 2010, S. 138; http://whistleblower-net.de/pdf/Basisinfo_Whistle-blowing.pdf (zuletzt abgerufen am 13.5.2011).

⁵ <http://www.inece.org/principals/ch6.pdf> (zuletzt abgerufen am 13.5.2011).

⁶ <http://gum.marcwiesner.de/presse/Internes%20Audit.pdf> (zuletzt abgerufen am 13.5.2011).

⁷ *Grützner/Jakobs* (Fn. 3), S. 45; <http://www.foerderland.de/Lexikon-Foerderung/C/3352/Chinese-Walls> (zuletzt abgerufen am 13.5.2011).

⁸ Die *Autoren* haben die Probleme im Bereich Internal Investigations, Beweisgewinnung, Beweisverwertung vorbildlich aufgezeigt und aufbereitet. Die nachstehenden Erwägungen greifen die Thesen von *Knauer/Buhlmann*, AnwBl. 2010, 387 überwiegend zustimmend auf, versuchen diese weiterzuführen, gelegentlich abzuwandeln. Nur hingewiesen werden kann an dieser Stelle auf den gerade erschienenen Aufsatz von *Theile*, StV 2011, 381, der sich ebenfalls des Themas annimmt.

Ermittlungen namentlich seit dem Siemens-Skandal ein äußerst praxisrelevantes Thema.⁹

Auf Seiten der Unternehmen ist der entscheidende Antrieb vielfach die Angst der Unternehmensleitung vor medialen und juristischen Konsequenzen, d.h. Imageverlusten und Haftungsrisiken. Folgenreich ist jedoch vor allem bei international operierenden Unternehmen externer Druck, wie er exemplarisch bei Siemens durch die amerikanische Börsenaufsicht SEC ausgeübt wurde.

Der Umfang der privaten Ermittlungen bei Siemens war auch dadurch bestimmt, dass die Aktien der Siemens AG zum Handel an der US Börse (New York Stock Exchange) zugelassen sind. Dementsprechend unterliegt die Siemens AG dem Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) der insbesondere die Bestechung ausländischer Amtsträger unter Strafe stellt.¹⁰ Im Falle eines Verstoßes drohen dem betroffenen Unternehmen sehr hohe Geldstrafen, die auch für einen Weltkonzern wie die Siemens AG als Ganzes sehr ernste Konsequenzen haben können. Zum einen kann in den USA eine Strafsanktion direkt gegen das Unternehmen verhängt werden. Zum anderen können die Strafverfolgungsbehörden dem kooperierenden Unternehmen erheblich weiter und flexibler durch Strafmilderungen u.a. entgegenkommen, als dies hierzulande denkbar ist. Richtungsweisend für das Vorgehen amerikanischer Behörden und damit auch prägend für den Ablauf interner Ermittlungen ist nach wie vor das sog. „McNulty-Memorandum“.¹¹

Wäre es hingegen zu keiner Einigung zwischen der Siemens-AG und den involvierten US-Behörden über das zu entrichtende Bußgeld gekommen, wäre der Siemens-AG vermutlich die Zulassung an der New York Stock Exchange entzogen worden.¹² Der Untersuchung der vorgeworfenen Fälle wurde von der SEC als vertrauenswürdig eingestuft. New Yorker Kanzlei Debevoise & Plimpton zugestimmt. Diese Ermittlungen waren selbstredend von Siemens zu bezahlen und verursachten bei gut einjähriger Dauer, dem Vernehmen nach Kosten von insgesamt dreistelliger Millionenhöhe.¹³

Das Interesse des Unternehmens an eigenverantwortlich gesteuerten internen Ermittlungen und ggf. weitreichender Kooperation mit den staatlichen Ermittlungsbehörden ist insoweit vielfach evident. Der Mitarbeiter selbst ist hingegen unabhängig von seinen konkreten Interessen durch arbeitsvertragliche Pflichten zur Mitwirkung und Auskunft gegenüber seinem Arbeitgeber verpflichtet. Diese Pflicht reicht, wie noch zu zeigen ist, erheblich weiter, als die vergleichbare strafprozessuale Pflicht, welche durch die Aussagefreiheit des

Beschuldigten – nemo-tenetur – und die Zeugnisverweigerungsrechte begrenzt wird. Schmachhaft gemacht wird dem Mitarbeiter die Auskunft häufig durch eine sogenannte „Amnestiezusage“. Das Unternehmen kündigt zum Beispiel für den Fall der Kooperation an, keine Strafanzeige zu stellen, einen Verteidiger zu bezahlen und auf Schadensersatzforderungen zu verzichten. Anders als der in alle Richtungen bindende strafprozessuale „Deal“, also die verfahrensbeendende Absprache i.S.v. § 257c StPO, stehen diese Zusagen jedoch regelmäßig unter dem Vorbehalt einer Verurteilung zu Strafe. Im Strafverfahren würde diese Vorgehensweise ersichtlich diverse Verfahrensprinzipien verletzen. Wie aber verhält es sich mit der Anwendung dieser Grundsätze im privaten internen Ermittlungsverfahren?

Zunächst sei jedoch noch einmal festgehalten, dass die Unternehmensleitung in Umsetzung wirksamer Compliancemaßnahmen und in Erfüllung Ihrer Überwachungs- sowie Schadensminderungspflicht gehalten ist, dem Verdacht auf Straftaten auch betriebsintern nachzugehen. Zu diesem Zweck finden neben anderen Überwachungsmaßnahmen i.d.R. zunächst interne Anhörungen der in Verdacht geratenen Mitarbeiter durch interne Ermittler /Unternehmensanwälte statt.

Exemplarisch war der Ablauf im Siemens-Fall:

Die beauftragten Anwaltskanzleien und Ermittler sichten zunächst den Daten- und Urkundenbestand des betroffenen Unternehmens. Mitarbeiter, welche insoweit in Verdacht geraten waren, wurden hierzu in Interviews durch interne Ermittler befragt. Im Rahmen der Befragung erfolgte häufig das sog. „Amnestieangebot“, welches zwar den Eindruck einer strafrechtlichen Folgenbefreiung erweckt, bei näherer Betrachtung jedoch nur die Handlungsoptionen des Mitarbeiters im Verhältnis zum Unternehmen konturiert und eingrenzt. Die Option lautet zugespitzt, entweder erfolgt eine vollständige und aktive Kooperation, dann kommen ggf. (solange keine strafrechtliche Verurteilung des Mitarbeiters erfolgt) auch die Finanzierung eines Beistands/Verteidigers und die Übernahme sonstiger Kosten in Betracht. Verweigert sich der Mitarbeiter (im Sinne des strafrechtlichen nemo-tenetur Grundsatzes), um nicht an der eigenen Überführung mitzuarbeiten, dann wird u.U. eine Verdachtskündigung angedroht sowie flankierend die Möglichkeit angesprochen, den Mitarbeiter auf die entstandenen Schäden in Regreß zu nehmen, was in aller Regel dessen finanzielle Leistungsfähigkeit auch ohne Kündigung weit überschreiten würde. Für den Betroffenen verengt sich die Handlungsmöglichkeit damit allzu häufig auf einen Zwang zur Kooperation, auch wenn er diese formal verweigern könnte. Die Unternehmensleitungen nehmen diese Situation entgegen der Interessen ihrer Arbeitnehmer aufgrund des eigenen Kooperationsbedürfnisses zumindest hin. Bereits diese Drucksituation stellt sich als ein in strafprozessualen Kategorien betrachtet problematischer Zustand dar. Bedenkt man, dass die im Rahmen der Interviews gewonnenen Informationen durch die Unternehmensanwälte möglicherweise nicht nur ausländischen Institutionen, wie der SEC, sondern auch den deutschen Strafverfolgungsbehörden zur Verfügung gestellt werden können, verschärft sich die Lage.

⁹ BGH NSStZ 2009, 95.

¹⁰ Schulte/Görts, RIW 2006, 561.

¹¹ Abzurufen unter der URL http://www.justice.gov/dag/speeches/2006/mcnulty_memo.pdf, zuletzt aufgerufen am 13.5.2011. Paul J. McNulty war seiner Zeit Deputy Attorney General und ist nunmehr Partner bei Baker&McKenzie, Washington.

¹² Von Rosen, BB 2009, 230.

¹³ Der Bußgeldbetrag belief sich laut www.siemens.com auf 395 Mio. Euro.

Im Fall Siemens gehen die offiziellen Verlautbarungen freilich nach wie vor dahin, dass – ungeachtet der Belehrung, welche durch die Kanzlei Debevoise & Plimpton pflichtgemäß erfolgte – zwischen den internen Ermittlern und der Staatsanwaltschaft kein entsprechender Informationsaustausch stattgefunden haben soll. Vor diesem Hintergrund gewinnt die Frage an Bedeutung, ob der Unternehmensanwalt einem Verteidiger insoweit gleichzustellen ist, dass seine Unterlagen aufgrund der geschützten Mandatsbeziehung Beschlagnahmefreiheit genießen. Die Antwort ist, wie die Stellung des Unternehmensanwalts, zur Zeit nicht eindeutig (s.u.).

Im Vergleich zu Compliance-Maßnahmen, wo es im Kern darum geht, Risiken aufgrund von Rechtsverletzungen im Vorfeld, also durch Prävention, zu vermeiden, geht es bei Internal Investigations um eine spezifische Art der Reaktion auf Regelverstöße mit dem Ziel, die damit möglicherweise verbundenen Folgen zu begrenzen. So gesehen sind Internal Investigations die repressive Facette der Compliance.

Charakteristisch für eine interne Untersuchung sind drei Aspekte. Es handelt sich um eine Untersuchung, die

- bei Verdacht eines Verstoßes gegen bestehende Gesetze oder sonstige Regeln,
- i.d.R. durch externe Berater, größtenteils Rechtsanwälte, zum Teil durch Wirtschaftsprüfer unterstützt, und durchgeführt wird und
- grundsätzlich im Zusammenhang mit drohenden (staatlichen) Verfahren wegen der genannten Regelverletzungen steht.¹⁴

Grundsätzlich besteht außerhalb des Finanzsektors wie bereits erwähnt keine gesetzliche Pflicht zur Durchführung von Maßnahmen, aber es stellt sich als zweckmäßiges Instrument des Krisenmanagements heraus.

Von den vorgenannten Maßnahmen werden i.d.R. wie im Siemens-Fall dargestellt angewendet: Audits, Interviews (Mitarbeiterbefragungen), sowie üblicherweise bereits im Vorfeld und zur Vorbereitung der Befragungen die Weitergabe des Daten- und Urkundenbestand des Unternehmens an die Ermittler.

Da es sich um nichtstaatliche, also private Ermittlungen handelt, sind den internen Ermittlern die im engeren Sinne strafprozessualen Maßnahmen verwehrt. Namentlich die Anwendung der Zwangsmaßnahmen kommt nicht in Betracht.¹⁵

Werden vergleichbare Maßnahmen dessen ungeachtet jedoch trotzdem im Rahmen interner Ermittlungen durchgeführt, so bestehen im Hinblick auf die strafprozessuale Verwertbarkeit gewonnener Beweismittel erhebliche Bedenken. Dazu sogleich mehr.

Bei internen Ermittlungen ist im Übrigen der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten: Das Bundesarbeitsgericht

ist der Auffassung, dass die Interessen der Arbeitsvertragsparteien gegeneinander abzuwägen sind. Dabei müsste der Arbeitgeber ein berechtigtes, billigeswertes und schutzwürdiges Interesse an der Beantwortung der Fragen haben. Ferner dürfte die Auskunftspflicht keine übermäßige Belastung für den Arbeitnehmer darstellen; wenn die Frage dann noch in das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers eingreift, muss dieser Eingriff verhältnismäßig sein.¹⁶

Das Unternehmensinteresse an der Durchführung der Maßnahmen liegt abgesehen von dem teilweise angenommenen „Selbstreinigungsgebot der Unternehmen“ (so etwa *Wehnert*) in dem Ziel der Selbstentlastung durch Kooperation. Hierfür gilt ähnliches wie für den Bereich Compliance. Dabei sind die Gründe für die Kooperationsbereitschaft der betroffenen Unternehmen mannigfaltig: Teilweise ergibt sich das Interesse bereits aus rechtlichen Gründen. So zum Beispiel bei § 7 Verdingungsordnung für Leistungen (VOL), die die Ausschreibung und Vergabe von Aufträgen der öffentlichen Hand regelt und von den Unternehmen die Mitwirkung bei der Aufklärung von korruptiven Vorgängen und unzulässigen Absprachen fordert.

Ferner sind Geldbußen gem. § 30 OWiG ebenfalls ein Kriterium für die Zusammenarbeit. Das mögliche Höchstmaß beträgt zunächst bei vorsätzlicher Tat bis zu 1 Mio. Euro, bei fahrlässiger Tat bis zu 500.000 Euro, ggf. zuzüglich kaum begrenzbarer Schadensersatzforderungen an das Unternehmen. Zudem drohen die strafrechtlichen und haftungsrechtlichen Konsequenzen unterlassener Compliance und auch unterlassener interner Ermittlungen durch die Rechtsprechung verschärft zu werden. Die arbeitsrechtliche Literatur folgert hieraus bereits die Garantenpflicht des Compliance-Officers.¹⁷ Schließlich spricht für eine solche Kooperationsbereitschaft die Minimierung des bereits erwähnten Reputationsrisikos.

Dafür, die Internal Investigations nicht durch Unternehmensangestellte sondern durch externe Ermittler durchführen zu lassen, lässt sich abgesehen von regelmäßig intern nicht vorhandenen Ermittlungskapazitäten bspw. Auch eine höhere Außenwirkung und schnellere Aufklärung anführen. Zudem kann sich das Unternehmen qua Mandatsbeziehung der Loyalität der Aufklärer sicher sein, anders als bei Mitarbeitern, die häufig im Betrieb stark vernetzt und interessenmäßig verflochten sein können.¹⁸

Sehen wir uns die Lage in einer Zwischenbilanz an, so stellen sich namentlich aus der Sicht des Strafverteidigers folgende Fragen:

- Welche Ermittlungsmaßnahmen sind zulässig – weitergehende als die der Ermittlungsbehörden? Wie wirkt sich die fehlende Grundrechtsbindung privater Ermittler insoweit aus?¹⁹

¹⁴ *Behrens*, RIW 2009, 22.

¹⁵ Dazu zählen v.a. Durchsuchung, Beschlagnahme, Überwachung der Telekommunikation und Erzwingbarkeit der strafprozessualen Zeugenaussage.

¹⁶ *Dann/Schmidt*, NJW 2009, 1851 (1853).

¹⁷ Vgl. *Berndt*, StV 2009, 689; zum ganzen: *Rönnau/Schneider*, ZIP 2010, 53.

¹⁸ *Behrens*, RIW 2009, 22 (33).

¹⁹ Vgl. die Überwachungsmaßnahmen bei Lidl/Telekom.

- Wie weit reichen die (arbeitsrechtlichen) Mitwirkungspflichten der Arbeitnehmer? Wie verhalten sich diese Verpflichtungen zum Grundsatz „nemo tenetur“, der sog. Selbstbelastungsfreiheit?
- Sind die innerbetrieblich gewonnenen Beweismittel in einem späteren Strafprozess verwertbar?
- Kann es ein Interesse an möglichst weitreichenden internen Ermittlungen auf Seiten des Unternehmens geben, möglicherweise gerichtet auf die „Steuerung“ späterer Strafverfahren? Könnte es – umgekehrt – ein Interesse der Ermittlungsbehörden geben, Internal Investigations zu untersagen, um Beweisverschlechterungen zu verhindern?²⁰

III. Zur Verwertbarkeit der durch interne Ermittlungen gewonnenen Beweismittel

Nun zur Kernfrage: Sind die durch interne Ermittlungen gewonnenen Beweismittel in einem späteren Strafverfahren als Beweismittel verwendbar, müssen die Beweise neu erhoben werden oder können sie gar „vergiftet“ sein?

Bspw. *Jahn*²¹ hat im Zusammenhang mit den Siemensermittlungen die Ansicht vertreten, eine private Ermittlungstätigkeit im Wirtschaftsstrafverfahren werde erst dann unzulässig, wenn sie ein Ausmaß annehme, welches das aus dem Legalitätsprinzip fließende Ermittlungsmonopol der Staatsanwaltschaft ernsthaft herausfordere. Insbesondere solle der „Siemens-Fall“ für die bisher herrschende Auffassung Anlass sein, ihre Reserve gegen die Anwendung des nemo tenetur-Grundsatzes im Arbeitsrecht nach den Leitaussagen des Gemeinschuldner-Beschlusses zu überprüfen. Denn es spreche einiges dafür, dass selbst in Fällen, in denen ein Auskunftsverlangen des Arbeitgebers nicht gegen den nemo tenetur-Grundsatz verstoßen würde, eine Aussagepflicht jedenfalls gegenüber unternehmensextern beauftragten Anwälten nicht bestehe. Weiterhin, so *Jahn*, könne die Verwertung der Ergebnisse von Ermittlungen Privater im Wirtschaftsstrafverfahren zum Nachteil von Beschuldigten oder zu beschuldigten Mitarbeitern entsprechend § 136a Abs. 2 S. 3 StPO unzulässig sein, wenn über das Bestehen einer arbeitsrechtlichen Aussagepflicht bewusst getäuscht wurde oder sonst unzulässige Vernehmungsmethoden eingesetzt wurden.²² Zu fragen sein wird, was die Voraussetzungen einer Übertragung der strafprozessualen Grundsätze auf ein privates Ermittlungsverfahren, welches von anderen Interessen geleitet wird, sind.

Wie *Knauer* und *Buhlmann* grundlegend und zu Recht betont haben, gibt es zahlreiche Gründe, die ein Unternehmen dazu bringen können, um seine Existenz zu bangen, wenn es sich gegenüber staatlichen Behörden nicht kooperationsbereit zeigt.²³ Die faktische Entscheidungsfreiheit ist gelegentlich gering, darf aber auch nicht unterschätzt werden. Vielfach setzt sich ein Unternehmen auch gerade durch die Veranlassung von internen Ermittlungen späteren Sachzwängen im Hinblick auf die Kooperation mit den Strafverfolgungsbehörden

aus. Dessen ungeachtet wird die Freiheit, eine entsprechende Kooperation und eine umfassende interne Aufklärung zu verweigern, häufig eher gering sein.

Denn Ermittlungsmaßnahmen sind häufig erforderlich, um gesetzliche Pflichten zu erfüllen oder Sanktionen abzumildern. Blickt man auf die vom BGH obiter dictu geäußerte Ansicht, ein Compliance-Officer komme als Unterlassengarant im Hinblick auf die Straftaten von Mitarbeitern in Betracht (ungeachtet der damit verbundenen Probleme, wie bspw. dem Umstand, dass die meisten Anknüpfungstatbestände als Vorsatzdelikte ausgestaltet sind, der CO aber selten die erforderliche Kenntnis von der konkret drohenden Begehung einer Tat verfügen wird), so bestehen auch auf der persönlichen Ebene des CO's erhebliche Anreize, interne Ermittlungen gegenüber den eigenen Mitarbeitern einzuleiten und konsequent durchzuführen. Wie bereits erwähnt, üben Unternehmen auch ihrerseits auf ihre Mitarbeiter massiven Druck aus, um diese zu einer umfassenden Kooperation zu drängen.²⁴ Die Mitarbeiter sind aufgrund des so verursachten persönlichen und wirtschaftlichen Drucks faktisch selten in der Lage, sich einer entsprechenden Kooperation zu entziehen und werden im Gegenteil de facto häufig zu einer umfassenden Aussage gezwungen. Zwar wird man, wie ebenfalls dargelegt, häufig zunächst nur an einer internen Verwertung der Informationen interessiert sein. Realistischerweise werden die Aussagen und andere Ermittlungsergebnisse in der Folge gleichwohl nicht selten den Strafverfolgungsbehörden zur Verfügung gestellt und gestellt werden müssen. Denn die Unterlagen, welche sich im Gewahrsam des Unternehmens befinden, können beschlagnahmt werden. Ob die Unterlagen des Unternehmensanwalts ebenfalls der Beschlagnahme unterliegen, ist ein derzeit noch nicht ausdiskutiertes Thema. Das Risiko einer Weitergabe ist also als nicht gering einzuschätzen.

Trotzdem verzichten die von einer Ermittlung betroffenen Mitarbeiter aller Erfahrung nach häufig auf grundlegende, anerkannte Beschuldigtenrechte, insbesondere die Selbstbelastungsfreiheit. Dies dürfte allerdings neben dem auf sie ausgeübten Druck teilweise auch damit zu erklären sein, dass die Betroffenen nicht erkennen, dass die Ermittlungsergebnisse nach einer möglichen Weitergabe der Informationen durch die privaten Ermittler an die Staatsanwaltschaft von staatlicher Seite auf sie zurückschlagen können. Insoweit kann nur an eine ernsthafte Aufklärung über die Rechtslage durch die Unternehmensanwälte vor dem Beginn der Anhörung appelliert werden.

IV. Ermittlung und Ermittlungshilfe durch Privatpersonen

Wie u.a. *Knauer/Buhlmann*²⁵ ausführlicher als hier möglich dargelegt und analysiert haben, hat die Frage, ob Ermittlungsergebnisse, welche durch Privatpersonen erzielt wurden, im Strafprozess als Beweise verwertet werden dürfen, die höchstrichterliche Rechtsprechung schon häufig beschäftigt. Im Unterschied zu den rein privat veranlassten internen Er-

²⁰ Vgl. den Fall BayernLB/Gribkowski.

²¹ *Jahn*, StV 2009, 41.

²² Alles *Jahn*, StV 2009, 41.

²³ *Knauer/Buhlmann*, AnwBl. 2010, 387 (388).

²⁴ *Dann/Schmidt*, NJW 2009, 1851 (1852).

²⁵ *Knauer/Buhlmann*, AnwBl. 2010, 387 (389 ff.).

mittlungen lagen die Dinge bisher allerdings so, dass die als Ermittler tätigen Personen entweder direkt im Auftrag (V-Mann-Fälle, Hörfälle) oder doch zumindest mit Unterstützung (U-Haft-Fälle) der Strafverfolgungsbehörden aktiv wurden.

Demgegenüber wird die beschriebene Anhörungssituation im Rahmen interner Ermittlungen zunächst einmal ausschließlich im Unternehmensinteresse erzeugt. Das Verhalten des Mitarbeiters ist dementsprechend als Interaktion unter Privaten zu sehen – zunächst ohne Bezug auf staatliche Ermittlungsinteressen. Diesen Bezug herzustellen, wäre dann Aufgabe des zunächst als Beistand tätigen Verteidigers. Gibt nun das Unternehmen die ermittelten Sachverhalte an die Staatsanwaltschaft freiwillig oder gezwungenermaßen weiter, so werden die betroffenen Mitarbeiter aufgrund ihrer eigenen belastenden Aussagen ohne den Schutz der strafprozessualen Regelungen quasi ohne jede Deckung zum zentralen Gegenstand des staatlichen Ermittlungsinteresses und der entsprechenden Ermittlungsmaßnahmen. Denn zwar ist der Schutz vor einem Zwang zur Selbstbezeichnung als Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips und als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts allgemein anerkannt und hat dementsprechend in zahlreichen Vorschriften des materiellen und prozessualen Rechts einfachgesetzliche Ausprägungen erfahren. Der Zweck der Selbstbelastungsfreiheit liegt jedoch darin, dass der Einzelne vom Staat grundsätzlich nicht in die Konfliktlage gebracht werden soll, eine Selbstbelastung nur dadurch verhindern zu können, dass er entweder falsch aussagt und sich dadurch ggf. sogar weiterer Strafverfolgung aussetzt, oder aber schweigt und dadurch in die Gefahr gerät, Zwangsmitteln unterworfen zu werden.

Sieht man den *nemo tenetur*-Grundsatz richtigerweise als mit Verfassungsrang ausgestattetes Recht an, so ist die Freiheit von Selbstbelastungszwang der einfachgesetzlichen Rechtsordnung übergeordnet und nicht auf das Straf- bzw. Strafprozessrecht beschränkt.²⁶ Damit könnte der Grundsatz auch auf arbeitsrechtliche Sachverhalte und damit auf Anhörungen im Rahmen interner Ermittlungen angewendet werden. Jedoch bindet die Verfassung unmittelbar nur den Staat, nicht hingegen in gleicher Weise Privatpersonen, wozu auch die Unternehmen und Arbeitgeber der betroffenen Mitarbeiter zählen.

Als erstes Zwischenergebnis ist festzuhalten: Der *nemo tenetur*-Grundsatz schützt grundsätzlich nur vor einem staatlich veranlassten Aussagezwang; dies gilt insbesondere für seine einfachgesetzliche Ausprägung in § 136 StPO. Der Aussagezwang der betroffenen Mitarbeiter ist lediglich vertraglich oder gar nur faktisch, nicht hingegen staatlich veranlasst. So gesehen liegt ein Verwertungsverbot nicht nahe.

Dies gilt auch für Aussagen von Mitarbeitern, die sich zwar in der irrigen Annahme einer Auskunftspflicht aber gleichwohl freiwillig offenbart haben. Entsprechende Aussagen könnten, wenn der Irrtum nicht durch die Ermittlungsbehörden initiiert und deshalb kein Einfluss auf die Willensbildungsfreiheit durch staatliche Stellen ausgeübt wurde, straf-

prozessual verwertet werden.²⁷ Anders wäre dies, wenn deutsche Strafverfolgungsbehörden Arbeitgeber dazu veranlassen, Mitarbeiter zu befragen und dabei über das Bestehen einer Auskunftspflicht täuschen oder für den Fall des Schweigens persönliche Nachteile in Aussicht stellen. Insofern ist von Bedeutung, dass der Arbeitnehmer gegenüber seinem Arbeitgeber für mit seinem Arbeitsbereich unmittelbar zusammenhängende Fragen nach §§ 666, 675 BGB grundsätzlich umfassend auskunftspflichtig ist.²⁸ Nach h.M. besteht diese arbeitsrechtliche Auskunftspflicht auch dann, wenn sich der Betroffene selbst einer strafrechtlichen Handlung verdächtig macht, indem er auf eine Frage wahrheitsgemäß antwortet. Dies wird damit begründet, dass die Interessen des Arbeitnehmers hinter dem Informationsbedürfnis des Arbeitgebers zurückzustehen hätten.²⁹ § 55 StPO findet insoweit keine Anwendung. Prekär wird die Situation nun dadurch, dass die Erfüllung der Auskunftspflicht neben möglichen arbeitsrechtlichen Konsequenzen auch mit den Zwangsmitteln des § 888 ZPO (Zwangsgeld/-haft) herbeigeführt werden kann. So gesehen könnte man auf den ersten Blick meinen, es sei eben doch eine staatlich veranlasste Aussage. Dies jedoch wäre unrichtig.

Denn der Staat stellt hier nur ein Instrumentarium von Zwangsmitteln zur Verfügung. Strukturell bleibt die arbeitsrechtliche Aufklärung ein privatrechtlicher Konflikt, mit der Folge, dass die strafprozessualen Verwertungsverbote nicht unmittelbar und umfassend eingreifen können.

Dieses aus Verteidigersicht unerfreuliche Ergebnis ist jedoch nicht die abschließende Antwort auf die Frage nach der Verwertbarkeit. Denn bei einer Weitergabe der Ergebnisse an die Strafverfolgungsbehörden kommt ein Verstoß gegen das Recht des betroffenen Arbeitnehmers auf ein faires Verfahren in Betracht. Gemeint ist damit der *fair trial* in seiner strafrechtlichen, nicht in seiner arbeitsrechtlichen Eigenart. Letzteres wäre i.Ü. angesichts der Rechtsprechung zu unselbständigen Beweisverwertungsverböten auch weitgehend folgenlos.

Nach allgemeiner Ansicht³⁰ entspringt das Recht auf ein faires Verfahren aus dem Rechtsstaatsprinzip, den allgemeinen Freiheitsgrundrechten sowie der Verpflichtung des Staates zur Achtung der Menschenwürde. Art. 6 Abs. 1 EMRK enthält zudem eine einfachgesetzliche Normierung. Allerdings ist angesichts der in die StPO inkorporierten Ausprägungen eines fairen Verfahrens der direkte Rückgriff auf den *fair-trial*-Grundsatz methodisch nur zulässig, sofern die StPO für die zu beurteilende Konstellation eine Regelungslücke enthält.

Betrachten wir die oben dargelegte Situation bspw. von Anhörungen im Rahmen interner Ermittlungen, so wird man aber von einer Regelungslücke ausgehen können.³¹

²⁷ *Schneider*, NZG 2010, 1201 (1204).

²⁸ *Schneider*, NZG 2010, 1201 (1204).

²⁹ BAG NZA 1996, 637 (638); BGH NJW-RR 1989, 614.

³⁰ So namentlich BVerfGE 26, 66 (71); 63, 380 (390).

³¹ Näher hierzu bereits die im Wesentlichen mit der hier geäußerten Auffassung übereinstimmenden Ausführungen von *Knauer/Buhlmann*, AnwBl. 2010, 387 (389).

²⁶ *Knauer/Buhlmann*, AnwBl. 2010, 387 (390).

Gleichwohl – und dies ist entscheidend – dürfen die folgenden Ausführungen nicht so verstanden werden, als liege diese Regelungslücke in jedem Fall interner Ermittlungen vor. Maßgeblich ist das konkrete Vorgehen auf Arbeitgeberseite. Alle nachfolgenden Punkte können durch eine entsprechende Ausgestaltung der Ermittlungen beeinflusst, größtenteils entkräftet werden. Wie zu zeigen ist, spielen namentlich eine umfassende Information und Belehrung sowie die ernstgemeinte Zusicherung von arbeitsrechtlicher Sanktionsfreiheit eine erhebliche Rolle. Wie ebenfalls auszuführen ist, muss das Unternehmen dann allerdings auch sicherstellen können, dass seine Zusicherungen wirksam bleiben, anderenfalls kann eine Täuschung vorliegen, die wiederum nach dem Rechtsgedanken des § 136a StPO auf die Verwertbarkeit zurückschlagen kann. Womit wiederum die Frage der Anwendbarkeit bzw. Übertragbarkeit dieser Norm ins Zentrum der Überlegungen rückt.

Grundlage der StPO ist das staatliche Aufklärungsmonopol. Denn auch wenn die Zulässigkeit privater Ermittlungen allgemein anerkannt ist, obliegen doch die strafrechtlichen Ermittlungen nach der StPO ausschließlich der Staatsanwaltschaft und der Polizei. Demgemäß stehen unternehmensinterne Ermittlungen in einem potentiellen Konflikt mit dem staatlichen Repressionsmonopol sowie mit der nach Art. 33 Abs. 4 GG festgelegten staatlichen Kompetenz zur Durchführung der Strafverfolgung.³² Da die Adressaten der StPO die Strafverfolgungsbehörden sind, werden die Grenzen des privaten Handlungsspielraums allein durch das materielle Strafrecht abgedeckt. Auch für interne Ermittlungen findet die StPO keine Anwendung.

Der Hinweis sei erlaubt, dass die Empfehlungen des Strafrechtausschusses der BRAK zum „Unternehmensanwalt“ aus genau diesem Grund problematisch, in Teilen sogar fast euphemistisch erscheinen. Denn bei Lichte betrachtet kann keine Seite ein Interesse daran haben, interne Ermittlungen nach StPO-Standard durchzuführen: Die Strafverfolgungsbehörden würden eine faktische Kompetenzverlagerung zu gewärtigen haben. Von Unternehmensseite wird der damit verbundene Verzicht auf arbeitsrechtlich eingeräumte Druckmittel und die Bindung bei der Ausgestaltung der Ermittlung kaum attraktiv sein können. Und last but not least dürfte sich aus Sicht der Betroffenen die Frage stellen, was die Bindung des Unternehmensanwalts an die StPO ohne die Übernahme des Rechtsschutzinstrumentariums der StPO wert sein kann.

Dies vorausgeschickt sei ein kurzer Blick auf die Rechtsprechung des BGH zur Verwertbarkeit von Beweisen, die unter Mitwirkung von Privaten erlangt wurden, geworfen:

Der *Große Senat* für Strafsachen hatte bereits in seiner Entscheidung zur sog. „Hörfalle“³³ festgestellt, dass in Fällen, in denen der nemo tenetur-Grundsatz zwar nicht verletzt ist, die zu beurteilenden Gesamtumstände jedoch „einem Verstoß gegen den nemo tenetur-Grundsatz nahekommen“, eine Prüfung dahingehend zu erfolgen habe, ob das Recht des

Angeklagten auf ein faires Verfahren nicht dennoch die Annahme eines Beweisverwertungsverbotes gebiete.

Im Vergleich zur dortigen Situation dürfte bei internen Ermittlungen ein Verwertungsverbot jedoch ungleich näher liegen. Denn der dortige Angeklagte konnte „frei darüber befinden, ob und in welchem Umfang er sich in dem Gespräch offenbaren wollte.“³⁴ Hier hingegen befindet sich der Arbeitnehmer in einer erheblich ausgeprägteren Zwangslage, welche namentlich aus der umfänglichen arbeitsrechtlichen Aussagepflicht entsteht und ihm dann rechtlich, anderenfalls zumindest faktisch eine freie Abwägung seiner Interessen drastisch erschwert.

Auch der Umstand, dass die Beweiserhebungen auf, rechtlich isoliert betrachtet, nicht zu beanstandende Weise erfolgt sind, weil sich der Arbeitnehmer vorliegend nicht in einer staatlich veranlassten, sondern je nach Entscheidung der arbeitsrechtlichen Vorfrage, in einer rein vertraglichen oder nur faktischen Zwangslage befindet, ändert an dem Ergebnis nichts. Es ist im Einzelfall zu überprüfen, ob das Recht des (potentiellen) Angeklagten auf die Durchführung eines fairen Verfahrens in qualitativ so gravierender Weise beeinträchtigt wurde, dass die Beweise nicht von staatlicher Seite zur strafprozessualen Verwertung angenommen werden dürfen.

Aber nochmals: Zunächst gilt, dass ohne Mitwirkung der Strafverfolgungsbehörden der anzuhörende Arbeitnehmer allein durch und für die unternehmensinternen Ermittlungen keinen strafprozessualen Beschuldigtenstatus nach § 136 StPO erlangt und diese zentrale Norm daher weder anwendbar noch verletzt ist. Eine Vernehmung im Sinne der StPO scheidet selbst bei weitem Verständnis daran, dass die Tätigkeit des Unternehmensanwalts regelmäßig in nicht in einer den Strafverfolgungsbehörden zuzurechnenden Form erfolgt.

Die Ermittlungen erfolgen wie gezeigt aus eigener Initiative und in dem eigenen Interesse, gesetzliche Pflichten zu erfüllen oder Sanktionen abzumildern. Da der Angestellte im Normalfall auch kaum irrtümlich von einer strafprozessualen Vernehmung ausgehen dürfte, kommt eine analoge Anwendung der §§ 136 f. StPO auch mit dieser Begründung regelmäßig nicht in Betracht.

Bei einer Gesamtschau aller relevanten Umstände derartiger Beweisgewinnungen wäre auch hier zu beachten, dass in der konkreten Situation des Arbeitnehmers sowohl § 136a StPO als auch der nemo tenetur-Grundsatz und damit mehrere strafprozessuale Kerngarantien angesprochen sind, soweit es zu einer späteren Verwertung kommen würde.³⁵

Neben der dargelegten Parallele zu nemo tenetur zeigt sich eine vergleichbare Parallelität zu den von § 136a StPO erfassten verbotenen Vernehmungsmethoden. Vorab sei wie-

³⁴ BGHSt 42, 139 (153).

³⁵ Die Bewertung ändert sich auch dann nicht, wenn dem Mitarbeiter ein arbeitsrechtliches „Aussageverweigerungsrecht“ bzw. Zeugnisverweigerungsrecht zugebilligt würde. Denn aufgrund der geschilderten Zwangslage, könnte er auch von diesem keinen freien Gebrauch machen, womit sich die im Hinblick auf den fair trial zu bewertende Lage unverändert darstellt (vgl. *Knauer/Buhlmann*, AnwBl. 2010, 387 [391]).

³² *Knauer/Buhlmann*, AnwBl. 2010, 387 (391).

³³ BGHSt 42, 139.

derum darauf hingewiesen, dass es in der Hand des Unternehmens liegt, die Anhörung so zu gestalten, dass die nachfolgenden Erwägungen nicht greifen. Jedoch zeigen die bisherigen Erfahrungen, dass die Unternehmen früher oder später dazu tendieren, den faktisch möglichen Druck auch aufzubauen. Dies ist i.d.R. davon abhängig, wie sich der Kooperationsdruck auf das Unternehmen selbst entwickelt. Wie nicht einmal in erster Linie im Beispiel Siemens zu beobachten, versuchen die Unternehmen oder die Unternehmensanwälte vielfach, unter Ausnutzung der für den Betroffenen bestehenden Zwangslage, durch die Ausübung mitunter massivsten Drucks dessen Kooperationsbereitschaft zu „fördern“. Für den Fall, dass der Betroffene nicht auf seine Rechte gegenüber dem Unternehmen verzichtet, werden ihm die Kündigung sowie die Geltendmachung von Schadenersatzforderungen angedroht.³⁶ Dabei muss man sich vor Augen halten, dass das Zusammenwirken von Kündigung und drohender Ersatzpflicht Mitarbeiter nahezu aller Hierarchieebenen in existenzielle Gefährdungen führen wird.

Wie bereits erwähnt, trägt dazu auch die vielfach seitens der Unternehmen in Aussicht gestellte „Amnestie“ bei,³⁷ obwohl sich diese ja zunächst einmal als Erweiterung von Handlungsoptionen für den Mitarbeiter darstellt. Denn derartige Angebote bewegen sich in der Nähe einer Täuschung i.S.v. § 136a StPO. Abgesehen davon, dass häufig als Subtext der Imperativ „Entweder Du kooperierst vollständig, oder Du erhältst eine Verdachtskündigung!“ gelesen werden muss, können die Unternehmen dem betroffenen Mitarbeiter eben in strafrechtlicher Hinsicht gerade keine Straffreiheit garantieren.³⁸ Die Zusage könnte nur durch dysfunktionales Verhalten des Unternehmens umgesetzt werden, indem man die Strafverfolgungsbehörden bewusst im Unklaren über mögliche Verstöße ließe oder gar versuchen würde durch gezielte Informationen die Ermittlungen in andere Richtungen zu steuern („conducting the preliminary investigation“ bzw. „conducting the public prosecution“). Dieses Ziel ist zumindest nachvollziehbar, darf aber nicht zu offensichtlich im Vordergrund stehen. Denn damit aber würde aus der Sicht des Unternehmens der Sinn interner Ermittlungen nicht nur gefährdet sondern geradezu konterkariert.³⁹ Zudem wäre es geradezu naiv anzunehmen, dass ab einem mehr als nur geringen Ermittlungsumfang keinerlei Informationen nach Außen dringen. Denn interne Ermittlungen sind häufig katalytisch im Hinblick auf die Entwicklung divergierender Interessen einzelner Betroffener im Unternehmen. Je länger die Ermittlung andauert, um so höher wird man bspw. die Wahrscheinlichkeit einzuschätzen haben, dass sich Personen, wel-

che sich durch die Art und Weise der Ermittlung ungerecht behandelt fühlen, mit Informationen, welche andere Mitarbeiter oder Organe belasten, als externe Whistle-Blower an die Ermittlungsbehörden wenden. Daneben hat aus den genannten Gründen auch der Compliance Officer selbst kein Interesse daran, die Verfolgungsbehörden in die Irre zu führen, da er sich dann auch noch wegen Strafvereitelung strafbar machen könnte – vorausgesetzt die meines Erachtens höchst fragwürdigen Annahmen des BGH über die strafrechtliche Pflichtenstellung des CO's wären zutreffend.⁴⁰

Eine eventuelle Erklärung des Unternehmens, an einer Strafverfolgung des betroffenen Mitarbeiters kein Interesse zu haben, kann zudem allenfalls Auswirkungen auf die Strafzumessung haben. Insbesondere dieser Gesichtspunkt wird jedoch nach bisherigen Beobachtungen im Zuge der „Belehrung“ des Arbeitnehmers durch die Unternehmen bzw. die ermittelnden Unternehmensanwälte diesem nicht immer hinreichend zur Kenntnis gegeben. Gleiches gilt für die konkrete Ausgestaltung und namentlich die Gründe für einen späteren Wegfall der sog. Kostenzusage. Denn vielfach wird sich das Unternehmen hier nicht erst bei einer strafrechtlichen Verurteilung des Mitarbeiters schadlos halten wollen. Vielmehr kommt es häufig sehr viel früher zu der Situation, dass der Vorstand bzw. die Organe sich ihrer Universalzuständigkeit im Hinblick auf das verdächtige Verhalten werden entledigen wollen. Soll dann die Verantwortung auf einen konkreten nachgeordneten Mitarbeiter fokussiert werden, dann stellt das Unternehmen häufig die Zahlung des Verteidigerhonorars ein. Für den Mitarbeiter bedeutet aber dann bereits die eigene Übernahme des i.d.R. gar nicht mit ihm verhandelten Honorars eine erhebliche finanzielle Belastung, die ihn zu Konzessionen gegenüber seinem Arbeitgeber drängen kann, welche prozesstaktisch verheerende Auswirkungen haben können. Zwar wird dem interviewten Mitarbeiter mitgeteilt, dass die Ermittlungsergebnisse den Strafverfolgungsbehörden möglicherweise zur Verfügung gestellt werden, jedoch entsteht durch die bereits erwähnte „Amnestieregelung“ für den Arbeitnehmer als juristischen Laien dadurch allzu oft der Eindruck, dass letztlich eine Verschonung von der Strafverfolgung zu erlangen sei.⁴¹

Den Stimmen, die ein Beweisverwertungsverbot unter den beschriebenen Voraussetzungen für möglich und angezeigt halten, ist daher beizupflichten. Im Vergleich zu den Konstellationen, die bisher in Bezug auf Ermittlungen durch oder unter Zuhilfenahme von Privatpersonen unter dem Faktor des fairen Verfahrens entschieden wurden (U-Haft-Fälle, Hörfälle, etc.), weisen interne Ermittlungen jedoch häufig noch ein weiteres Merkmal auf, welches im Einzelfall gegen eine Verwertbarkeit sprechen kann. Den höchstrichterlichen Entscheidungen lagen solche Fälle zugrunde, bei denen gegen die Betroffenen zum Zeitpunkt der Einleitung der Maßnahme bereits konkrete Verdachtsmomente bestanden hatten.

³⁶ Behrens, RIW 2009, 22 (28).

³⁷ Vgl. neben den bereits Genannten auch: Breßner/Kuhnke/Schulz/Stein, NZG 2009, 721.

³⁸ Wie erwähnt sind viele der hauptsächlich relevanten Straftatbestände als Offizialdelikte ausgestaltet, so dass ein Anfangsverdacht qua Legalitätsprinzip verfolgt werden muss.

³⁹ Ggf. steht sogar eine Strafbarkeit wg. Strafvereitelung im Raume, zumindest sofern das Unternehmen die Mitarbeiter durch bewusst unvollständige Angaben zu schützen versuchen würde.

⁴⁰ BGH, Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08; näher und m.w.N. Momsen, in: Paeffgen u.a. (Hrsg.), Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion, Festschrift für Ingeborg Puppe, 2011, S. 751 ff.

⁴¹ Knauer/Buhlmann, AnwBl. 2010, 387 (393).

Im Rahmen des Ermittlungsverfahrens waren auch zumeist bereits andere Eingriffe erfolglos unternommen worden. Die entscheidungserheblichen Vorgänge stellten sich i.d.R. als letztes Mittel dar, um den Verdacht zu bestätigen. Der von internen Ermittlungen betroffene Arbeitnehmer steht dagegen höchst selten bereits im Fokus eines Verdachts. Selbst wenn sich aus den gesichteten Unterlagen Hinweise auf konkrete Unregelmäßigkeiten ergeben sollten und man damit von einem Anfangsverdacht gegen einen bestimmten, nämlich den anzuhörenden, Mitarbeiter sprechen könnte, so wird man es eher selten mit einem Verdachtsgrad zu tun haben, der im strafprozessualen Sinne als „hinreichend“ oder „dringend“ zu beschreiben wäre. Dies mag anders sein, wenn beispielsweise durch einen Whistle-Blower konkrete Personen angeschwärzt werden. In aller Regel aber dienen die Anhörungen ja gerade dazu, allgemeine Verdachtsmomente erst einmal zu konkretisieren. Zu diesem Zeitpunkt hätten die Anordnungsvoraussetzungen für einschneidendere strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen daher häufig noch nicht vorgelegen. Auch dieses frühe Stadium der Beweisgewinnung spricht grundsätzlich für eine zurückhaltende Verwertung der Informationen, welche im Rahmen interner Ermittlungen erlangt wurden.

III. Ergebnis

Nach alledem kommt der Rückgriff auf das Fairness-Gebot mit der Konsequenz eines möglichen Beweisverwertungsverbots folglich nur dort und soweit in Betracht, wie die StPO für die zu beurteilende Konstellation eine Regelungslücke enthält. Dies ist im Fall von Mitarbeiterbefragungen im Rahmen von Internal Investigations möglich, da das Leitbild der StPO gerade nicht auf Ermittlungen durch Privatpersonen ausgerichtet ist. Denn auch wenn die Zulässigkeit privater Ermittlungen allgemein anerkannt ist, obliegen die strafrechtlichen Ermittlungen nach der StPO ausschließlich der Staatsanwaltschaft und der Polizei. Durch die häufig zu beobachtende Parallelität oder sogar Konkurrenz von internem und staatlichem Ermittlungsverfahren befinden wir uns zudem auf einer Schnittstelle beider Informationsgewinnungsprozesse. Eine ergänzende Heranziehung der StPO in den Bereich privater Ermittlungen kommt gleichwohl nur für die Fälle in Betracht, in denen die einschlägigen strafprozessualen Vorschriften zur Sicherung eines fairen Verfahrens nicht ausreichen, weil der betroffene Arbeitnehmer im Unternehmen über das von der StPO vorgesehene Maß hinaus einem Informations- und ggf. Selbstbelastungsdruck ausgesetzt wird und auf der anderen Seite eine strafprozessuale Verwertung der so gewonnenen Informationen droht. Dies gilt vor allem dann, wenn dem Betroffenen durch die unmittelbar anwendbaren arbeitsrechtlichen Regelungen und die nur im Hintergrund stehenden strafprozessualen Normen die Möglichkeit genommen wird, zur Wahrung seiner Rechte auf den Verlauf und das Ergebnis des Verfahrens Einfluss zu nehmen. Befindet sich nun der Arbeitnehmer aufgrund der geschilderten Gesamtwangslage in der Situation, dass seine Entscheidung, dem Arbeitgeber gegenüber Angaben zu machen, faktisch determiniert ist, so greifen die prozessualen Garantien ins Leere, es besteht ein erheblicher Druck zur Selbstbelastung. Auch sein Verteidiger kann ihm kaum etwas anderes raten, da häufig noch nicht einmal geklärt ist, was die Vorwürfe im

Einzelnen betreffen. Zudem ist selten das Stadium erreicht, in welchem erfolgversprechend Einsicht in die staatsanwaltlichen Ermittlungsakten genommen werden kann. Der entscheidende Grund für diese unerfreuliche Situation liegt darin, dass der Staat das arbeitsrechtliche Vollstreckungsinstrumentarium für die Auskunftspflicht des Arbeitnehmers zur Verfügung stellt. Deshalb greift die Androhung einer Verdachtskündigung und deshalb treten alle Erwägungen, die sich auf den strafprozessualen *nemo tenetur*-Grundsatz beziehen, zunächst einmal situativ bedingt in den Hintergrund.

Somit hat der Arbeitnehmer bei Weitergabe seiner Aussagen an die Ermittlungsbehörden keinerlei Freiheiten im Sinne der anerkannten Beschuldigtenrechte, wenn die Erfüllung der betrieblichen Auskunfts- und Mitwirkungspflicht nunmehr im späteren Strafprozess belastend auf ihn zurückfällt. Die Verletzung seines Rechts auf ein faires Verfahren ergibt sich dann nach zutreffender Ansicht im Falle der Verwertung seiner unternehmensintern getätigten Angaben im Strafprozess. Ein Verwertungsverbot wird insoweit völlig zu Recht gefordert.⁴²

Viel wichtiger als die Frage, wann im Einzelfall ein Verwertungsverbot begründet sein kann, wäre es jedoch, eine Kongruenz zwischen arbeitsrechtlichen und strafprozessualen Regelungen herzustellen. Das insoweit herrschende Ungleichgewicht ist der Ausgangspunkt der beschriebenen Drucksituation, welche letztlich die Wirkungen hervorbringt, die an einem fairen Verfahren zweifeln lassen. Insoweit erscheint es vom Grundgedanken her richtig, wenn der Strafrechtsausschuss der BRAK fordert, die Ermittlungen der „Unternehmensanwälte“ hätten nach den Grundprinzipien der StPO zu erfolgen. Meines Erachtens wird damit allerdings, abgesehen davon, dass den Unternehmensanwälten natürlich nicht die Kompetenz zur Durchführung von Zwangsmaßnahmen gewährt werden kann, an der falschen Schraube gedreht. Richtiger wäre es, die arbeitsvertraglichen und -gesetzlichen Regelungen an die Realität anzupassen und um Normen zu ergänzen, welche die Rechte und Pflichten von Arbeitnehmer und Arbeitgeber bei internen Ermittlungen präzise gestalten. Für den Compliance-Officer und seine nachgeordneten Mitarbeiter könnten entsprechende Regelungen natürlich unmittelbar in den Arbeitsvertrag aufgenommen werden. Somit würde sich sein bzw. ihr entsprechendes Haftungsrisiko zivil- und strafrechtlich anpassen lassen. Diese Veränderungen könnten auf der Seiten der Arbeitgeber durchaus in die Richtung gehen, dass die Mitwirkungspflicht nicht über das nach §§ 136, 136a StPO gestattete Maß hinaus eingefordert werden kann. Die Rechtsstellung des Unternehmensanwalts würde sich dann, da dieser vertraglich an den Arbeitgeber gebunden ist, ohne Schwierigkeiten ableiten lassen. Auf Seiten der StPO wäre ergänzend eine Erweiterung der Beschlagnahmefreiheit um die Unterlagen des Unternehmensanwalts zwar immer noch wünschenswert, jedoch nicht mehr von so überragender Bedeutung. Schließlich und endlich würde eine Angleichung beider Rechtsordnungen, des Arbeits- und des Strafprozessrechts, eine sachgerechte Beratung und Verteidigung der betroffenen Mitarbeiter bereits im Verlaufe der internen Ermittlungen ermöglichen.

⁴² *Knauer/Buhlmann*, AnwBl. 2010, 387 (393).