

Corporate Compliance und Strafrecht in Deutschland

Thomas Rönna

- I. Einführung
- II. Compliance als Beispiel einer insbesondere auf Strafrecht reagierenden Selbstregulierung
- III. Auswirkungen von Compliance auf die Strafrechtsanwendung
 1. Entlastungseffekte:
Verminderung von Strafbarkeitsrisiken durch Compliance
 2. Belastungseffekte:
Verschärfung von Strafbarkeitsrisiken durch Compliance
 3. Kritische Bewertung
- IV. „Internal Investigations“: Mitarbeiterbefragungen im Konflikt mit dem *nemo-tenetur*-Grundsatz
- V. Fazit

I. EINFÜHRUNG

Corporate Compliance – auch in der mir thematisch vorgegebenen Verknüpfung mit dem Strafrecht – ist heute in aller Munde – weltweit! Gerade haben wir vom Kollegen *Kai* gehört, was japanische Unternehmen mittlerweile alles tun, um „compliant“ zu sein. Das ist in Deutschland in der jüngeren Vergangenheit nicht anders gewesen. Die Furcht der Unternehmen vor hohen Vermögensschäden und massiven Reputationsverlusten, ausgelöst durch Korruptionsstraftaten, Kartellabsprachen oder sonstige Regelverstöße von Mitarbeitern und Führungskräften ist groß. Viele Unternehmen betreiben daher spätestens seit der Aufarbeitung der medial stark ausgeschlachteten „Siemens-Affäre“ einen gewaltigen Aufwand, um zivil- und strafrechtliche Haftung zu vermeiden bzw. im Verdachtsfall durch breit angelegte „Internal Investigations“ für Aufklärung zu sorgen und dadurch die Ermittlungsbehörden milde zu stimmen.¹ Auf Seiten derjenigen Dienstleister, die die Compliance-Management-Systeme installieren oder die Untersuchungen durchführen, klingelt seitdem kräftig die Kasse. Mittlerweile hat sich eine Beratungsindustrie aufgebaut, die nicht nur Großunternehmen, sondern auch kleine und mittlere

1 Jüngere Zahlen zum deutlichen Ausbau von Präventionsmaßnahmen in Großunternehmen präsentiert BUSSMANN, in: FS Achenbach, 2011, S. 57 f. (unter Rückgriff auf eine gemeinsam mit *PricewaterhouseCoopers* alle zwei Jahre durchgeführte Studie zur Wirtschaftskriminalität); zu den Motiven für Compliance DERS. (a.a.O.), S. 57, 64 ff.

Unternehmen mit entsprechenden – nicht selten überdimensionierten – Compliance-Programmen versorgt.² Die auf diesem Feld zu beobachtende dynamische Entwicklung, mit dem Ziel, Klassenbester im Bereich Compliance zu sein, lässt manchmal ganz vergessen, wozu Wirtschaftsunternehmen eigentlich angetreten sind: Im Wettbewerb um den Kunden durch innovative Produkte einen möglichst hohen Marktanteil zu erzielen! „Compliance as part of corporate responsibility is our number one priority“, formulierte 2007 Herr Löscher, CEO der Siemens AG, in einer zugegeben schwierigen Unternehmensphase – technischer Fortschritt kam in der Auflistung der Unternehmenswerte damals nur auf den letzten von drei Plätzen.³

Gleichzeitig hat sich die Sanktionierung von juristischen Personen in Form der *Vermögensabschöpfung* bei Regelverstößen ihrer Mitarbeiter zu einem *echten Geschäftsmodell* für die Justiz entwickelt, das Haushaltspolitikern vor Freude die Tränen in die Augen treibt. Wer – wie etwa 2010 das Bundesland Bayern – über 1 Milliarde Euro allein durch die Verhängung von Verbandsgeldbußen einnimmt, läuft Gefahr, süchtig zu werden – und wartet nur noch auf den nächsten Schuss!

Schon wird – zu Recht – von einer „*Fiskalisierung des Strafverfahrens*“ gesprochen!⁴ Wenn betroffene Unternehmen in ihrer Verteidigung gegen Korruptions- und andere Vorwürfe mit vernünftigem Vortrag zu Sachverhalts- oder Rechtsfragen bei der Justiz gar nicht mehr durchdringen, sondern sich stattdessen im Rahmen eines Deals von weiterer Rufschädigung und damit einhergehenden nachteiligen und (u.U. existenzgefährdenden) Auswirkungen auf ihr Tagesgeschäft freikaufen müssen, nimmt der Rechtsstaat Schaden!

Dieser recht kritische Einstieg in mein Referat beleuchtet natürlich nur eine kleine – aus meiner Sicht aber erwähnenswerte – Facette des großen Themas „Corporate Compliance“.⁵ Es gibt heute – um es deutlich zu sagen – zu Recht breiten Konsens darüber, dass eine dem Unternehmen angemessene Compliance unabdingbarer Teil moderner Unternehmensführung ist!⁶ In Zeiten einer immer stärker verrechtlichten Welt, in der

2 Zu den Auswüchsen von Compliance-Beratungen zuletzt KRAUSE, StraFo 2011, 437, 446 (gipfelnd in „Längst hat diese Praxis einen neuen Bedarf geschaffen: Compliance der Compliance“); eine skeptische Grundhaltung zu übertriebener Compliance findet sich etwa auch bei ARZT, in: FS Stöckel, 2010, S. 15 ff. („Siemens: vom teuersten zum lukrativsten Kriminalfall der deutschen Geschichte“) und KUHLEN, in: Maschmann (Hrsg.), Corporate Compliance und Arbeitsrecht (Mannheimer Arbeitsrechtstag 2009), 2009, S. 11, 21 ff.

3 Nachw. bei ARZT, in: FS Stöckel, 2010, S. 15, 16 f.

4 STRATE, StV 2006, 368 ff. (hinsichtlich der Abschöpfung von Verbrechenngewinnen); SALIGER/SINNER, ZIS 2007, 476, 480 (im Kontext von Geldauflagen gem. § 153a StPO); krit. auch N. NESTLER, JA 2012, 88 ff.: Strafverfahren zwischen Wirtschaftlichkeit und Legalitätsprinzip.

5 Vgl. dazu nur das fast 1.200 Seiten starke, von *Hauschka* herausgegebene Handbuch Corporate Compliance, 2. Aufl. 2010.

6 Statt vieler BUSSMANN, in: FS Achenbach, 2011, S. 57, 63: „Die Zunahme von Compliance-Programmen ist unabwendbar“; KREMER, in: FS Uwe H. Schneider, 2011, S. 701 f.: „Corporate Compliance als Pflichtaufgabe eines jeden Unternehmens.“

auch und gerade das Wirtschaftsleben durch eine Fülle kaum mehr überschaubarer nationaler wie internationaler Regeln gelenkt wird, gibt es für Unternehmen gute Gründe, auf den *Rechtsgehorsam* ihrer Mitarbeiter ein besonderes Auge zu werfen – sprich: „compliant“ zu sein –, um teuren Überraschungen à la „Siemens“ (mit Bußgeld- und Anwaltskosten von jeweils über 1 Milliarde Euro) aus dem Weg zu gehen.⁷

Besteht ein zentrales Ziel von Compliance also darin, die Haftungsrisiken von Unternehmen zu vermeiden, lässt sich kaum leugnen, dass das *Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht* hierfür eine reichlich sprudelnde Quelle darstellt.⁸ Compliance-Verantwortliche tun also gut daran, diese Rechtsbereiche intensiv zu studieren. Damit bin ich bei meinem Thema: „Corporate Compliance und Strafrecht in Deutschland“. Dazu könnte man viel, sehr viel sagen. Erste Habilitations- und Promotionsschriften zu „Criminal Compliance“ versuchen neben einer Flut von Aufsätzen, diesem facettenreichen – und im europäischen Kontext recht jungen Phänomen – auf den Grund zu gehen.⁹ Ich will und kann in meinem kleinen Vortrag daher nur zwei Aspekte herausgreifen, die mir in diesem Zusammenhang interessant und auch mit internationalem Publikum diskussionswürdig erscheinen. Zunächst soll es in einem ersten Teil um die Wechselwirkung von Compliance und Strafrecht gehen, also um die Frage, wie das Strafrecht Compliance beeinflusst und, umgekehrt, wie Compliance-Aktivitäten auf das Strafrecht zurückwirken. Ich werde mich hier an Gedanken anlehnen, die ich schon im Rahmen der Ringvorlesung zu Ehren von *Karsten Schmidt* anlässlich seines 70. Geburtstages im November 2010 vorgetragen habe.¹⁰ In einem kürzeren zweiten Teil wird das in Deutschland im Fahrwasser der Aufarbeitung der „Siemens“- und anderer Korruptionsaffären derzeit heftig diskutierte Instrument der „Internal Investigations“ unter dem Aspekt einer problematischen Selbstbelastung der Mitarbeiter angesprochen.

7 Dazu ARZT, in: FS Stöckel, 2010, S. 15, 16; auch KORTE, in: FS Samson, 2010, S. 65, 77 und NÖTZEL, in: FS Gauweiler, 2009, S. 491, 501 f.

8 Überblick zu den „Business and Personal Risks“ bei BOCK, *Criminal Compliance*, 2011, S. 263 ff.; DERS., ZIS 2009, 68 ff.; weiter PAPE, *Corporate Compliance – Rechtspflichten zur Verhaltenssteuerung von Unternehmensangehörigen in Deutschland und den USA*, 2011, S. 24 ff.

9 Vgl. die Habilitation von DENNIS BOCK, *Criminal Compliance*, 2011 sowie die 2010 erschienenen Dissertationen von MARC ENGELHART, *Sanktionierung von Unternehmen und Compliance. Eine rechtsvergleichende Analyse des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts in Deutschland und den USA* und CHARLOTTE RAU, *Compliance und Unternehmensverantwortlichkeit*; die Flut von Aufsatzveröffentlichungen lässt sich gut an deren Literaturverzeichnissen ablesen.

10 RÖNNAU, in: *Begegnungen im Recht. Ringvorlesung der Bucerius Law School zu Ehren von Karsten Schmidt anlässlich seines 70. Geburtstages*, 2011, S. 237, 241 ff. Der dort vorhandene umfangreiche Fußnotenapparat erlaubt es, mich hier auf die Angabe weniger (ggf. nur zusätzlicher) aktueller Belege zu beschränken.

II. COMPLIANCE ALS BEISPIEL EINER INSBESONDERE AUF STRAFRECHT REAGIERENDEN SELBSTREGULIERUNG

Fragt man zunächst nach der Bedeutung des Strafrechts für Corporate Compliance und dessen Ausgestaltung, ist Folgendes festzuhalten:

In der Sache geht es bei Criminal Compliance um *privat veranstaltete Kriminalprävention*. Die Bemühungen um die Sicherstellung der Einhaltung von Strafgesetzen und aufsichtsrechtlicher Regeln, um den Aufbau innerer Kontrollmechanismen und interner Verhaltensstandards sollen als wirkungsvolle Ergänzung *neben* die vom Staat mit seinen Strafnormen betriebene Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität treten. Vor diesem Hintergrund handelt es sich bei Compliance-Maßnahmen nach vorherrschender Ansicht um ein *wichtiges Element der Selbstregulierung bzw. Selbststeuerung* im Vorfeld der bislang mit Kriminalprävention allein verbundenen strafrechtlichen *Fremdregulierung*.¹¹ Das Prinzip der Compliance beruhte ursprünglich auf dem Gedanken einer freiwilligen Selbstverpflichtung, die – wenn sie funktioniert – das Bedürfnis für staatliches Recht entfallen lässt.¹² Mittlerweile gibt es allerdings in Bereichen wie dem Bank- und Wertpapiergeschäft, die vom Gesetzgeber unter verschiedenen Gesichtspunkten als besonders risikobehaftet eingestuft werden, eine staatlich-private Ko-Regulierung oder auch „regulierte Selbstregulierung“ genannt: Staatliche Vorschriften schaffen hier mehr oder weniger detaillierte Vorgaben oder Anreizstrukturen für die Selbstregulierung und/oder machen Maßnahmen der Selbstregulierung verbindlich.¹³

In Anlehnung an *systemtheoretische Überlegungen* sind Unternehmen als selbstreflexive autopoetische Systeme anzusehen. Sie steuern sich selbst über ihre Compliance-Regeln und Unternehmensverfassungen. In diesem Kontext stellt man sich den Einfluss des Strafrechts auf die Unternehmensrichtlinien im Grundsatz wie folgt vor:¹⁴

11 S. nur THEILE, ZIS 2008, 406, 411; DERS., wistra 2010, 457; DERS., StV 2011, 381, 382; BUSSMANN, in: FS Achenbach, 2011, S. 57, 66 f.

12 Zur Entwicklung des Compliance-Ansatzes in Deutschland s. ENGELHART, Sanktionierung (Fn. 9), S. 496 ff. (zu den USA auf den S. 285 ff.); krit. zu diesem „neuen“ steuerungstheoretischen Konzept BOCK, Criminal Compliance (Fn. 8), S. 222 ff. Zu den historischen Ursprüngen der Compliance EUFINGER, CCZ 2012, 21 f.

13 Im Überblick SIEBER, in: FS Tiedemann, 2008, S. 449, 456 f. und PAPE, Corporate Compliance (Fn. 8), S. 97 ff., 138 ff.; jüngst BUSSMANN, in: FS Achenbach, 2011, S. 57, 66: „Selbstregulierung der unternehmensinternen Wirtschaftskriminalprävention ist der eigentliche Bedeutungskern von Compliance.“

14 Nach THEILE, ZIS 2008, 406, 412 f. (zu den Grundannahmen der Systemtheorie DERS., Wirtschaftskriminalität und Strafverfahren, 2009, S. 59 ff.); weiterhin SCHÜNEMANN, in: FS Tiedemann, 2008, S. 429, 438; KÖLBEL, in: Duttge (Hrsg.), Tatort Gesundheitsmarkt. Rechtswirklichkeit – Strafwürdigkeit – Prävention, 2011, S. 87, 95 ff., 102 ff. Die beschränkte gegenseitige Beeinflussungsmöglichkeit der Systeme „Recht“ und „Wirtschaft“ betonend FATEH-MOGHADAM, in: Steinberg/Valerius/Popp (Hrsg.), Das Wirtschaftsstrafrecht des StGB, 2010, S. 25, 41 ff.

Die Beobachtung ihrer strafrechtlichen Umwelt bringt Unternehmen dazu, die im Unternehmen vorhandenen Erwartungsstrukturen (insbesondere die der Profiterzielung) denen der systemexternen strafrechtlichen Umwelt soweit anzunähern, dass strafrechtliche Elemente in wirtschaftliche Kommunikation einfließen. Der Transfer strafrechtlicher Rationalität in die Welt der Wirtschaft – Stichwort: *strukturelle Kopplung* – erfolgt dann konkret dadurch, dass sich strafrechtliche Ver- und Gebote nunmehr in Gestalt von Unternehmensrichtlinien in wirtschaftlichen Programmen wiederfinden und das Verhalten der Unternehmensmitarbeiter beeinflussen. Soweit die Theorie, deren Umsetzung nach ersten Erfahrungen stark von der gelebten Unternehmenskultur und insbesondere von der Vorbildfunktion des Managements abhängt.¹⁵

Zur Frage, was Unternehmen bei der Einführung und Weiterentwicklung eines effektiven kriminalpräventiven Compliance-Programms beachten müssen, sollen oder können, gibt es eine immer weiter anschwellende Flut von Veröffentlichungen, die stark um Organisationsfragen kreisen und daher sehr technisch daherkommen.¹⁶ Zum Kern der Aufgabe gehört es jedenfalls, die Pflichten, die sich den Gesetzen und der Rechtsprechung entnehmen lassen, sorgfältig zu ermitteln, mit Blick auf das Risikoprofil des einzelnen Unternehmens zu konkretisieren und durch zweckmäßige Maßnahmen für deren Befolgung zu sorgen. Da das geltende deutsche Strafrecht – anders als das vieler anderer europäischer Länder und auch der USA¹⁷ – bisher keine Unternehmensstrafbarkeit kennt,¹⁸ knüpft die Sanktionierung von Unternehmenskriminalität bei uns primär an die individual-strafrechtliche Verantwortlichkeit der Unternehmensmitarbeiter an. Aus dem Kreis einschlägiger Tatbestände und Haftungsfelder will ich hier nur einige prominente nennen:

Da wäre zunächst die recht voraussetzungsvolle *Unterlassungs(garanten)haftung des Geschäftsherrn* für betriebsbezogene Straftaten seiner Mitarbeiter, die sog. *Geschäfts-*

15 Dazu etwa BUSSMANN, in: FS Achenbach, 2011, S. 57, 67 ff.; PAPE, Corporate Compliance (Fn. 8), S. 179, 184 und *passim* (Schlüsselfaktor: Führungsverhalten der Unternehmensleitung [nach Auswertung verschiedener US-amerikanischer Studien]).

16 S. nur die Beiträge in HAUSCHKA (Hrsg.), Corporate Compliance (Fn. 5), §§ 15-45 und die „maximal mögliche Kurzdefinition“ zur Aufgabe der Compliance-Funktion von BÜRKLE, in: Looschelders/Michael (Hrsg.), Düsseldorfer Vorträge zum Versicherungsrecht, 2010, S. 1, 3: „Rechtskonformität durch Organisation“.

17 Zu strafrechtlichen Sanktionen gegen Unternehmen im US-amerikanischen Recht der Überblick von PERSCHKE, in: FS Achenbach, 2011, S. 317 ff. und PAPE, Corporate Compliance (Fn. 8), S. 75 ff.

18 Der Konvergenzdruck wird allerdings immer größer (dazu KELKER, in: FS Krey, 2010, S. 221 ff.). Vgl. jüngst den Vorschlag der EU-Kommission v. 20.10.2011 (KOM [2011] 654 endgültig) für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über strafrechtliche Sanktionen für Insider-Geschäfte und Marktmanipulation (gestützt auf Art. 83 Abs. 2 AEUV) in Entsprechung eines Ansatzes, der in der Mitteilung (der EU-Kommission) „Auf dem Weg zu einer europäischen Strafrechtspolitik: Gewährleistung der wirksamen Umsetzung der EU-Politik durch das Strafrecht“ v. 20.9.2011 (KOM [2011] 573 endgültig) dargelegt ist. Erste kritische Einschätzung dazu von VEIL / KOCH, WM 2011, 2297, 2306.

herrenhaftung. Deren Berechtigung ist zwar umstritten, von der heute h.M. aber zu Recht anerkannt.¹⁹ Wer also als Unternehmensführer oder Compliance-Verantwortlicher, auf den die Überwachungspflichten delegiert werden, von der bevorstehenden Bestechung eines Mitarbeiters der Einkaufsabteilung erfährt, muss versuchen, die Korruptionstat zu verhindern, will er sich nicht neben dem Mitarbeiter selbst wegen Bestechung durch Unterlassen strafbar machen.²⁰ Ein besonderes Haftungsrisiko geht in der Praxis vom erheblich anspruchloseren Tatbestand der Aufsichtspflichtverletzung gem. § 130 OWiG aus. Danach handelt ordnungswidrig, wer – vorsätzlich oder fahrlässig – als Betriebsinhaber oder dessen Vertreter die erforderlichen Aufsichtsmaßnahmen unterlässt, sofern eine betriebsbezogene Zuwiderhandlung begangen wird, die durch gehörige Aufsicht verhindert oder wesentlich erschwert worden wäre. Zu den erforderlichen Aufsichtsmaßnahmen gehören auch die Bestellung, sorgfältige Auswahl und Überwachung von Aufsichtspersonen – also ein Teil dessen, was heute unter dem Topos „Compliance“ verlangt wird. Anspruchloser als die Geschäftsherrenhaftung ist § 130 OWiG deshalb, weil der Aufsichtspflichtige nur hinsichtlich seines Aufsichtsversagens schuldhaft handeln muss, während die Zuwiderhandlung des Mitarbeiters als objektive Ahndbarkeitsbedingung die Ordnungswidrigkeit lediglich auslöst. Zumindest der Anfangsverdacht nach § 130 OWiG ist schnell gegeben, liegt es doch in der „Natur der Sache“, dass die von der Staatsanwaltschaft ermittelten Taten aus dem Unternehmen heraus durch schärfere Kontrollen „wesentlich erschwert“ worden wären.²¹

Als Quelle strafbarkeitsbegründender Risiken in vorderster Front stehen auch die Delikte, bei denen sich wegen ihrer *Unbestimmtheit* über eine Abgrenzung des erlaubten vom unerlaubten Handeln in einer *weiten Grauzone* trefflich streiten lässt.²² Genannt

19 Zum Meinungsstreit und den ausgetauschten Argumenten s. RÖNNAU / F. SCHNEIDER, ZIP 2010, 53, 54, 56; FATEH-MOGHADAM (Fn. 14), S. 25, 35 ff.; zuletzt SCHWARZ, wistra 2012, 13, 15 ff. Zu den Auswirkungen des BGH-Urteils (v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08, BGHSt 54, 44 = NJW 2009, 3173) zur Garantenstellung des Compliance-Beauftragten aus Sicht der Unternehmenspraxis HASTENRATH, CCZ 2011, 32 ff. (in Form der Vorstellung von Ergebnissen einer Umfrage unter Compliance-Verantwortlichen). Jüngst *für* die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung BGH, Urt. v. 20.10.2011 – 4 StR 71/11, BGHSt 57, 42, 45, Rn. 13 = NJW 2012, 1237 (m. krit. Bespr. von MONSDORFER / TRÜG, StV 2012, 432 ff. und POGUNTKE, CCZ 2012, 158 ff.): „Zwar kann sich aus der Stellung des Betriebsinhabers bzw. Vorgesetzten je nach den Umständen des einzelnen Falles eine Garantenpflicht zur Verhinderung von Straftaten nachgeordneter Mitarbeiter ergeben. Diese beschränkt sich indes auf die Verhinderung betriebsbezogener Straftaten und umfasst nicht solche Taten, die der Mitarbeiter lediglich bei Gelegenheit seiner Tätigkeit im Betrieb begeht.“

20 Zur Unterlassungshaftung wegen Nichteinrichtung einer angemessenen Compliance-Organisation SCHAEFER / BAUMANN, NJW 2011, 3601, 3603 f. m.w.N.; ablehnend etwa THEILE, wistra 2010, 457 ff.; zur Untreuestrafbarkeit bei fehlendem oder unzureichendem Risikomanagementsystem i.S.v. § 91 Abs. 2 AktG HELMRICH, NZG 2011, 1252 ff. (abzulehnen jedenfalls mangels *unmittelbar* eintretendem Vermögensnachteil).

21 VOLK, NJW Spezial 2009, 422.

22 Zu Recht betont von KUHLEN, in: Corporate Compliance und Arbeitsrecht (Fn. 2), S. 11, 13 ff.

seien hier vor allem der Untreuetatbestand sowie Korruptionsdelikte wie die Angestelltenbestechung gem. § 299 StGB oder die aktive Amtsträgerbestechung nach § 334 StGB, die bei Anwendung auf Sachverhalte mit internationalem Bezug z.T. kaum vorhersehbare Ergebnisse hervorbringt.²³

Am meisten fürchten Unternehmen natürlich die *Verbandsgeldbuße* gem. § 30 OWiG sowie den *Drittempfängerverfall* nach § 73 Abs. 3 StGB bzw. § 29a Abs. 2 OWiG. Beide Instrumente der Vermögensabschöpfung richten sich *direkt gegen die juristische Person* und wurden von der Justiz bzw. den Kartellbehörden in allen größeren Korruptions- und Kartellverfahren der letzten Jahre mit großem Erfolg – sprich: zur Erlangung z.T. extrem hoher Sanktionsgelder – eingesetzt.²⁴

Führungskräften ist vor diesem Hintergrund nur zu raten, im Zweifel von einer eher weiten – d.h. punitiven – Auslegung auszugehen, um auf der sicheren Seite zu sein. Denn ist das Kind erst einmal in den Brunnen gefallen, also die Rechtsgutsverletzung bzw. -gefährdung eingetreten oder die betriebsbezogene Straftat oder Ordnungswidrigkeit von Mitarbeitern begangen worden, droht der sog. *hindsight bias*: Menschen – und damit auch Richter und Staatsanwälte – neigen nach verhaltenspsychologischen Erkenntnissen dazu, ihr nachträglich erworbenes Wissen an die Stelle der für die strafrechtliche Beurteilung maßgeblichen *ex ante*-Sicht zu setzen. Aufgrund dieses sog. *Rückschaufehlers* fällt dann die *ex post*-Kontrolle der einzuhaltenden Sorgfaltsmaßstäbe strenger aus als es für den Handlungszeitpunkt angebracht gewesen wäre.²⁵

Das alles ist schon länger bekannt und nicht erst seit der Compliance-Diskussion Thema der strafrechtlichen Auseinandersetzung. Neu ist aber die Qualität, mit der Compliance-Programme auf diese Anforderungen reagieren. Denn was darin an Anstrengungen unternommen wird, um „compliant“ zu sein, geht z.T. weit über das hinaus, was Gesetz und Rechtsprechung dem redlichen Unternehmer abverlangen.²⁶

So ist die Praxis nicht nur international tätiger Konzerne dazu übergegangen, ein Unternehmensleitbild als eine Art „Grundgesetz“ der Firma zu formulieren, in dem Fairness und Regelbefolgung, aber auch viele andere Aspekte wie Umweltschutz oder sozia-

23 Der am 1.7.2011 in Kraft getretene UK Bribery Act 2010 (<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/contents>) hat wegen seines weiten Anwendungsbereichs (ausreichend, dass das Unternehmen [zumindest auch] im Vereinigten Königreich Geschäfte betreibt) korruptives Fehlverhalten aus Unternehmen heraus noch riskanter gemacht; dazu SCHEINT, NJW-Spezial 2011, 440, KOPPEL/EHLING, BB 2011, 2115, 2116 f., KLENGEL/DYMEK, HRRS 2011, 22 f., DEISTER/GEIER, CCZ 2011, 12 ff., DEISTER/GEIER/REW, CCZ 2011, 81, 82, 84, WALTHER/ZIMMER, RIW 2011, 199, 202 und HUGGER/RÖHRICHT, BB 2010, 2642 ff.

24 Dazu die Nachw. in Fn. 7.

25 Ebenso KUHLEN, in: Corporate Compliance und Arbeitsrecht (Fn. 2), S. 11, 21; zum Phänomen des sog. *hindsight bias* s. FLEISCHER, in: Spindler/Stilz, Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Aufl. 2010, § 83 Rn. 60.

26 Vgl. u.a. NEZMESKAL-BERGGÖTZ, CCZ 2009, 209; KOCK, ZIP 2009, 1406 ff. m.w.N. Zu dem facettenreichen Panorama an Zielen und Werten, die – weit über die gesetzlichen Strafvorschriften hinaus – durch Compliance-Programme geschützt werden, s. SIEBER, in: FS Tiedemann, 2008, S. 449, 454 ff.

le Belange zum Ziel gemacht werden, nicht selten flankiert von sog. „Mission Statements“ bzw. „Commitments“ des Top-Managements. Darüber hinaus gibt es bestimmte organisatorische Vorkehrungen – zur Korruptionsbekämpfung etwa das Rotations- und Vier-Augen-Prinzip –, regelmäßig tagende Audits, Whistle-Blower-Systeme, Amnestieprogramme und vieles mehr.

Unisono wird betont, Compliance-Programme müssten professionell – bei Großunternehmen zumeist in Form der Einrichtung einer Compliance-Organisation – und möglichst unter Heranziehung externer Berater betrieben werden. Als Marschrichtung wird von vielen dann „Null-Toleranz“ vorgegeben.

Aus alledem folgt: Der Inhalt der einzuhaltenden Standards zielt auf „Best Practice“ und damit auf ein überobligationsmäßiges Verhalten.²⁷ Das ist – wie noch zu zeigen sein wird – unter strafrechtlichen Gesichtspunkten risikoreich.

III. AUSWIRKUNGEN VON COMPLIANCE AUF DIE STRAFRECHTSANWENDUNG

Nach dieser Skizze zur Bedeutung straf- und ordnungswidrigkeitenrechtlicher Normen für ein ebenfalls Kriminalprävention betreibendes unternehmensinternes Schutzkonzept soll im Weiteren – gleichsam in umgekehrter Richtung – untersucht werden, wie Compliance die Strafrechtsanwendung beeinflusst.

1. Entlastungseffekte: Verminderung von Strafbarkeitsrisiken durch Compliance

Compliance zielt zunächst einmal auf *entlastende Effekte* für das Unternehmen; allein diese Stoßrichtung rechtfertigt wirtschaftlich den erheblichen Aufwand. Gelingt es, durch die Einführung und Durchsetzung von Unternehmensrichtlinien Führungskräfte und nachgeordnete Mitarbeiter von der Begehung einschlägiger Straftaten und Ordnungswidrigkeiten abzuhalten, fehlt es an der *Anknüpfungstat*, deren Vorliegen in Deutschland – das bisher keine Unternehmensstrafbarkeit kennt – notwendige Voraussetzung für den Ausspruch von Verbandsgeldbußen oder Drittvermögensverfall ist. Sind die Unternehmensrichtlinien auf „Best Practice“ ausgerichtet, gibt es zudem – wenn sie beachtet werden – eine vernünftige Gewähr dafür, dass Strafbarkeit auch in problematischen Grauzonen nicht auftritt.

Von Straf- bzw. Bußbarkeit verschont bleiben in der Regel auch Führungskräfte, die – obwohl Unternehmensmitarbeiter Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten i.S.v. § 130 OWiG begangen haben – auf die Installation eines effektiven Compliance-

27 Gefordert von HAUSCHKA / GREEVE, BB 2007, 165, 173 (als Abwehrstrategie gegen „staatlich überwachte Selbstregulierung“); mit einem kritischen Unterton festgestellt von KUHLEN, in: Corporate Compliance und Arbeitsrecht (Fn. 2), S. 11, 24; zust. BOCK, Criminal Compliance (Fn. 8), S. 234 ff.; Vor- und Nachteile abwägend BEHRINGER, in: Behringer (Hrsg.), Compliance Kompakt, 2. Aufl. 2010, S. 31, 44 f.

Programms vertrauen durften.²⁸ Sowohl die Geschäftsherrenhaftung als auch die Ahndung wegen unterlassener Aufsicht scheiden dann regelmäßig aus. Hier soll – so viel nur als Hinweis – die Evaluation von Compliance-Maßnahmen durch Wirtschaftsprüfer auf der Basis jüngst veröffentlichter IDW-Prüfungsgrundsätze (PS 980) oder durch den TÜV Rheinland (der Compliance-Programme sogar zertifiziert) nach der Vorstellung der in Konkurrenz stehenden Anbieter weitere Sicherheit bringen.²⁹ Niemals auszuschließen ist eine Fahrlässigkeitshaftung, wenn Gerichte bei Regelverstößen von Mitarbeitern nachträglich meinen, die Prävention sei ungenügend gewesen. Notwendig ist es dafür allerdings den Handelnden nachzuweisen, dass das tatbestandsmäßige Risiko für sie im Einzelfall zumindest erkennbar war. Beim Vorwurf, das Compliance-Programm sei nicht ausgreifend genug ausgelegt oder ineffektiv organisiert, mögen weiterhin *Verbotsirrtümer* für eine gewisse Entlastung sorgen. Natürlich enthält ein Compliance-Programm auch keinen Freibrief für Vorsatztäter, die es im Unternehmen auf allen Ebenen immer geben wird.

Sind Straf- oder Bußgeldverfahren tatsächlich eingeleitet worden, können unternommene Compliance-Anstrengungen im Rahmen der Einstellung aus Opportunitätsgründen nach den §§ 153, 153a StPO oder strafmildernd gemäß § 46 StGB berücksichtigt werden.³⁰ Anders als in den USA auf der Basis der seit 1991 geltenden – und mehrfach verschärfen – sog. *Sentencing Guidelines* gibt es dabei jedoch keinen Automatismus.³¹ Dass es für Rechtsordnungen mit einer Unternehmensstrafbarkeit konstruktiv erheblich einfacher ist, in Fällen von geeigneten Compliance-Programmen Sanktionsrabatte zu gewähren, sei hier nur erwähnt.³² Die Debatte um die Einführung einer Unternehmens-

28 Näher SIEBER, in: FS Tiedemann, 2008, S. 449, 470 f.

29 Ausführlicher zur Prüfung oder Zertifizierung eines Compliance-Management-Systems GÖRTZ, BB 2012, 178 ff.; WITTHUS/HEIN, CCZ 2011, 125 ff. (auf den S. 127 ff. zur entlastenden Wirkung eines CMS-Prüfberichts); auch BÖTTCHER, NZG 2011, 1054 ff. m.w.N. (1057: „Im Ergebnis kann den Prüfungsstandards und deren Anwendung keine grundsätzliche Exkulpationswirkung zugesprochen werden.“); zum Entwurf des IDW PS 980 bereits KLINDT/PELZ/THEUSINGER, NJW 2010, 2385, 2387 und RIEDER/JERG, CCZ 2010, 201 ff.

30 KUHLEN, in: Corporate Compliance und Arbeitsrecht (Fn. 2), S. 11, 24; BOCK, Criminal Compliance (Fn. 8), S. 361.

31 Ausführlich zur (möglichen) Bedeutung von Compliance-Programmen (im Rahmen des ahndenden Teils der Verbandsgeldbuße gem. § 30 OWiG) ENGELHART, Sanktionierung (Fn. 9), S. 440 ff., 654 ff. (auf den S. 162 ff. zur Bedeutung von Compliance-Maßnahmen für die United States Sentencing Guidelines); zur Entlastungswirkung implementierter Präventionsmaßnahmen nach dem UK-Bribery-Act 2010 s. SCHEINT, NJW-Spezial 2011, 440, KLENGEL/DYMEK, HRRS 2011, 22, 25, DEISTER/GEIER, CCZ 2011, 12, 15 ff., DEISTER/GEIER/REW, CCZ 2011, 81, 86 ff., WALTHER/ZIMMER, RIW 2011, 199, 202 ff. KNAUER ZWH 2012, 41, 43, PÖRNBACHER/MARK, NZG 2010, 1372, 1374 f. und HUGGER/RÖHRICH, BB 2010, 2643, 2644 ff. HUGGER/PASEWALDT, CCZ 2012, 23 f.

32 Näher SIEBER, in: FS Tiedemann, 2008, S. 449, 450, 467 f., 481 f.: (Verbandsstrafbarkeit enthält „Anreizstruktur zur Einführung von Compliance-Programmen mit Hilfe der Strafzumessung“).

strafbarkeit nimmt derzeit auch in Deutschland wieder Fahrt auf.³³ Nicht zuletzt verspricht man sich von einer Standardisierung der Strafzumessung wie in den USA unter Rechtssicherheitsgesichtspunkten erhebliche Vorteile.³⁴

2. *Belastungseffekte: Verschärfung von Strafbarkeitsrisiken durch Compliance*

Die Existenz von Unternehmensrichtlinien kann sich strafrechtlich aber auch *gegen* die Betroffenen wenden. Auf diese – bisher kaum diskutierten – belastenden Effekte von Compliance-Maßnahmen möchte ich jetzt Ihren Blick lenken.

a) *Hinweise aus der strafrechtlichen Rechtsprechung*

Eine erste Kostprobe dafür hat die Rechtsprechung in Sachen Siemens/ENEL geliefert, als das LG Darmstadt 2007 die untreuerechtlich bedeutsame Pflichtwidrigkeit der Einrichtung und Nutzung von Schmiergeldkassen durch den später verurteilten Bereichsvorstand der AG „ohne Weiteres“ aus den dieses Verhalten untersagenden Compliance-Vorschriften ableitete.³⁵ Als unter diesem Aspekt strafbarkeitsrisikoerhöhend könnte sich auch das viel beachtete Utz-Claassen-Urteil des 1. BGH-Strafsenats aus dem Jahre 2008 entpuppen. Das Gericht hatte dort bei der Konkretisierung der Unrechtsvereinbarung i.S.d. § 333 StGB, also des Verknüpfungszusammenhangs von Vorteilsgewährung und Amtsträgerentscheidung, anhand von Indizien maßgeblich auf die innerbetriebliche Transparenz abgestellt.³⁶ Daraus folgt, dass mit steigenden Anforderungen an die Transparenz auch für die Mitarbeiter das Risiko wächst, gegen entsprechend strenge Compliance-Vorschriften zu verstoßen und sich damit strafbar zu machen.

b) *Dogmatische Einfallstore für Belastungen durch Compliance*

Wie sich Compliance-Programme – gerade in Form der „Best Practice“ – auch zum Nachteil von Unternehmen und ihrer Mitarbeiter auswirken können, lässt sich am besten dort aufzeigen, wo die Verhaltensmaßstäbe in Anknüpfung an die gelebte Praxis formu-

33 S. nur die 4. ECLE-Tagung „Unternehmensstrafrecht“ v. 18./19.11.2011 in Frankfurt/Main, die sich ausschließlich diesem Thema widmete, und den Beschluss der Justizministerinnen und Justizminister auf der Herbstkonferenz am 9.11.2011 in Berlin, in dem unter TOP II.2 die Bundesministerin der Justiz aufgefordert wurde, u.a. eine Regelung zur „Verbandsstrafe“ vorzulegen (sympathisierend VOGEL, JA 2012, Heft 1 Editorial).

34 Vgl. BOCK, wistra 2011, 201 ff.

35 LG Darmstadt, Urt. v. 14.5.2007 (Az. 712 Js 5213/04 – 9 KLS), BeckRS 2007, 16611. Der BGH (St 52, 323, 335) folgert – in gleicher Sache – aus den Compliance-Vorschriften, dass der Zentralvorstand mit dem Einrichten schwarzer Kassen nicht einverstanden war, und bejaht daher ebenfalls eine Pflichtwidrigkeit. Zu untreuerechtlichen Gefahren vor diesem Hintergrund auch SEIER, in: Achenbach/Ransiek, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 3. Aufl. 2012, 5. Teil 2. Kap. Rn. 293.

36 BGHSt 53, 6, 19 ff.

liert werden. Für Führungskräfte ist es – wie ausgeführt – rational, sich vor dem Hintergrund weiter und unbestimmter Vorschriften wie dem Untreuetatbestand oder den Korruptionsvorschriften, aber auch den Fahrlässigkeitsdelikten und der Aufsichtspflichtverletzung gem. § 130 OWiG, einer weiten, damit aber sicheren Tatbestandsauslegung anzuschließen. Wird diese Haltung in unternehmensinternen Richtlinien umgesetzt, ist es voraussichtlich nur noch eine Frage der Zeit, bis sich auch die Ermittlungsorgane und Gerichte an dieser Praxis orientieren und sie für ein in der Situation ordnungsgemäßes Verhalten von Unternehmensmitarbeitern voraussetzen.³⁷

Der angesprochene Transfer der Unternehmenswirklichkeit in die Strafrechtsdogmatik erfolgt dann einmal über die *Grunddefinition der Sorgfaltswidrigkeit*. In Anlehnung an § 276 Abs. 2 BGB handelt danach sorgfaltswidrig, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt. Zur Bestimmung der objektiven Sorgfaltspflichten orientierten sich die Rechtsprechung und h.L. am Leitbild eines besonnenen und umsichtigen Teilnehmers des Verkehrskreises, in dem der Täter handelt.³⁸ Bei allem Streit um die normativen Details der Festlegung gibt es aber weitgehend Konsens darüber, dass die tatsächlich aufgewandte Sorgfalt der Teilnehmer des Verkehrskreises – wie immer man diesen auch zuschneidet – den Maßstab wesentlich mitprägt.³⁹

Mit ähnlichem Mechanismus arbeiten – zweitens – *Spezialtatbestände*, die wie etwa verschiedene Korruptionsnormen bei der Bestimmung der Unrechtsvereinbarung auf die „lautere Praxis“ abstellen, die wiederum durch die „Verhaltensregeln beteiligter Kreise“ inhaltlich wesentlich aufgefüllt wird.⁴⁰ Branchenbezogenen Kodizes, wie sie z.B. in der Pharmabranche üblich sind, kommt in der Rechtsanwendung hier große Bedeutung zu.⁴¹ Dass gelebte – und daher für einen bestimmten Verkehrskreis als umsetzbar und zumutbar ausgewiesene – Praktiken auch die Anwendung des § 130 OWiG als „geborene Compliance-Norm“ beeinflussen werden, liegt sehr nahe.

37 KUHLEN, in: Corporate Compliance und Arbeitsrecht (Fn. 2), S. 11, 25. Den Einfluss der Compliance-Programme auf die Konturierung der Sorgfaltsmaßstäbe betonen auch LUCIUS, CCZ 2008, 186, 187; THÜMMEL, CCZ 2008, 141, 144; VOLZ, CCZ 2008, 22, 23; BEHRINGER, in: Behringer (Fn. 27), S. 31, 45.

38 Für die stg. Rspr. nur BGHSt 7, 307, 309 f.; BGH NSTZ 2003, 657, 658; NSTZ 2005, 446, 447; aus der Lit. etwa STERNBERG-LIEBEN, in: Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl. 2010, § 15 Rn. 135 m.w.N.

39 Zur Bedeutung von Verkehrsnormen für die Konkretisierung des Fahrlässigkeitsmaßstabes näher DUTTGE, in: MünchKomm-StGB, Bd. 1, 2. Aufl. 2011, § 15 Rn. 136 ff. Eine krit. Analyse der maßfigur-orientierten Bestimmung des Sorgfaltsmaßstabes liefert KUHLEN, Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung, 1989, S. 101 ff.

40 Vgl. HEINE, in: Schönke/Schröder (Fn. 38), § 331 Rn. 29 m.w.N.; KUHLEN, in: NK-StGB, Bd. 2, 3. Aufl. 2010, § 331 Rn. 88. Besonders deutlich wird die Anknüpfung bei § 299 StGB, sofern zur Bestimmung der „unlauteren Bevorzugung“ auf die Vorschriften des Wettbewerbsrechts (insbes. des UWG) abgestellt wird (s. dazu nur RENGIER, in: FS Tiedemann, 2008, S. 837 ff. und RÖNNAU, in: Achenbach/Ransiek [Fn. 35], 3. Teil 2. Kap. Rn. 38).

41 Näher KUHLEN, in: FS Hassemer, 2010, S. 875 ff.; auch SCHAEFER / BAUMANN, NJW 2011, 3601, 3603.

3. Kritische Bewertung

Stimmt diese Beobachtung, ist zu erwarten, dass sich im Wege einer „Normsetzung durch Praxis“⁴² die Anforderungen an die Unternehmen und ihre Mitarbeiter erheblich verschärfen und damit die Strafbarkeitsrisiken deutlich zunehmen werden. Schon sagt man hier einen „sich selbst validierenden Zirkel“ voraus⁴³ und unterstreicht vor dem skizzierten Hintergrund die „Ambivalenz unternehmerischer Selbstverpflichtung“.⁴⁴

Aber – so könnte der *advocatus diaboli* nun einwenden – ist denn der im Wechsel zwischen gelebter Praxis und normativer Maßstabsbildung zu erwartende „Aufschaukelungsprozess“ nichts Gutes, Positives? Immerhin verstärkt er doch die Anstrengungen der Unternehmen zur verbesserten Regelbefolgung durch die Mitglieder der Gesamtorganisation, erhöht insgesamt das Schutzniveau und führt bei Adaption durch die Gerichte zu mehr Rechtssicherheit für alle Beteiligten!

Das ist im Grundsatz alles richtig. Auch gibt es keinen Grund, Unternehmen pauschal für ihre vielfach beachtlichen Compliance-Bemühungen zu kritisieren. Sie haben dazu häufig gar keine Alternative. Wer als Unternehmensverantwortlicher nach den zahlreichen (Korruptions-)Skandalen in einschlägigen Branchen nichts in Sachen Compliance unternimmt, handelt z.T. gesetzeswidrig, jedenfalls in hohem Maße fahrlässig. Meine Skepsis betrifft (wie die von *Kuhlen* u.a.) allein *überzogene Compliance-Programme* – auch und gerade wegen ihrer strafrechtlichen Konsequenzen. Dazu im Folgenden einige *neuralgische Punkte*:

- Zunächst lässt sich kaum übersehen, dass Unternehmen, die strenge und weit ausgreifende Unternehmensrichtlinien implementieren, damit den Boden für die Strafbarkeit ihrer eigenen Mitarbeiter bereiten.⁴⁵ „Best Practice“ verschärft nicht nur den Sorgfaltsmaßstab, sondern bestimmt beim Untreuetatbestand auch das Treueverhältnis zwischen Vermögensinhaber und Treupflichtigem und damit die strafrechtliche Verbotszone als solches maßgeblich mit.⁴⁶ Angesichts diffuser Ziele von Compliance-Programmen – hier findet sich vom Eigenmarketing bis hin zum Schutz von Menschenrechten alles – besteht die ernst zu nehmende Gefahr, dass Regelverstöße zur Untreuestrafbarkeit führen, obwohl die Schutzrichtung des Tat-

42 SIEBER, in: FS Tiedemann, 2008, S. 449, 470.

43 KUHLEN, in: Corporate Compliance und Arbeitsrecht (Fn. 2), S. 11, 26; zust. BOCK, Criminal Compliance (Fn. 8), S. 235.

44 KREUDER, CCZ 2008, 166, 169; zust. BOCK, Criminal Compliance (Fn. 8), S. 213; auch SCHORN, WM 2011, 1689, 1694.

45 RÖNNAU, StV 2009, 302, 307; KUHLEN, in: Corporate Compliance und Arbeitsrecht (Fn. 2), S. 11, 27: „Selbstverstrickung der Unternehmen und ihrer Führungskräfte in bisher nicht bestehende strafrechtliche Risiken“; ROTSCH, ZIS 2010, 614, 616.

46 THEILE, ZIS 2008, 406, 411; RÖNNAU, in: FS Tiedemann, 2008, S. 713, 721; DERS., StV 2011, 753, 755; SEIER, in: Achenbach/Ransiek (Fn. 35), 5. Teil 2. Kap. Rn. 293.

bestandes eine ganz andere ist. Auch vor diesem Hintergrund sollte möglichst sparsam geregelt werden!⁴⁷

- Teure und innovative Selbstverpflichtungskataloge können sich weiterhin nicht alle Unternehmen leisten. Kleine und mittelständische Betriebe, die nicht in der Lage sind, die z.T. erheblichen Kosten dafür aufzubringen – soll heißen: sie auf ihre Kunden abzuwälzen –, sind da schnell überfordert. Für ihre Mitarbeiter besteht zudem die Gefahr, dass sie an den Sorgfaltsmaßstäben derjenigen gemessen werden, die in diesem Bereich besonders aktiv waren.⁴⁸ Der Justizpraxis stellt sich hier die Aufgabe, durch einen angemessenen Zuschnitt von Verkehrskreisen unter Berücksichtigung der Erforderlichkeit und Zumutbarkeit der Maßnahmen überzogene Anforderungen zurückzuschneiden.
- Der Versuch einer *Regelbefolgungsoptimierung* kann auch zu Konflikten mit Arbeitnehmerrechten (insbes. dem Persönlichkeitsrecht) führen, wie uns die Fälle „Lidl“, „Deutsche Bahn“ und „Deutsche Telekom“ jüngst deutlich vor Augen geführt haben.⁴⁹
- Schließlich ist nicht abzustreiten, dass über Unternehmensrichtlinien und ihre Absicherung durch Compliance-Maßnahmen soziale Kontrolle und damit nicht selten erheblicher Druck ausgeübt wird. Da effektive Präventionsprogramme unter strafrechtlichen Gesichtspunkten vornehmlich der Entlastung der Führungskräfte dienen, könnte sich hier unter der Hand eine *Zwei-Klassen-Gesellschaft* etablieren.⁵⁰ Die Unternehmen müssen also aufpassen, dass sie in ihren Mitarbeitern nicht den potenziellen Rechtsbrecher sehen und ihn durch Compliance-Maßnahmen vom Unternehmen entfremden.

47 RÖNNAU, StV 2009, 302, 307; KUHLEN, in: Corporate Compliance und Arbeitsrecht (Fn. 2), S. 11, 28 ff.; KREUDER, CCZ 2008, 166, 172.

48 KUHLEN, in: Corporate Compliance und Arbeitsrecht (Fn. 2), S. 11, 27.

49 Zu faktischen und rechtlichen Grenzen von Compliance-Programmen SIEBER, in: FS Tiedemann, 2008, S. 449, 477 ff.

50 Dazu THEILE, ZIS 2008, 406, 417 f.; HEFENDEHL, JZ 2006, 119, 124; auch KÖLBEL, MSchKrim 91 (2008), 22, 34 und BOCK, Criminal Compliance (Fn. 8), S. 226: „Es zeichnet sich ein Trend zur Kontrolle und Überwachung mündiger Bürger ab.“

IV. „INTERNAL INVESTIGATIONS“: MITARBEITERBEFRAGUNGEN IM KONFLIKT MIT DEM *NEMO-TENETUR*-GRUNDSATZ

Damit komme ich zum zweiten, kleineren, Teil meines Vortrags – den unter dem Aspekt der Selbstbelastungsfreiheit problematischen Mitarbeiterbefragungen im Rahmen sog. „Internal Investigations“.

Die am Anfang skizzierte – das staatliche Normenprogramm ergänzende – *Privatisierung der Kriminalprävention* durch Compliance-Richtlinien hat – so ist zu beobachten – eine staatliche Ermittlungsbehörden entlastende *faktische Privatisierung der Strafverfolgung* im Schlepptau.⁵¹ Unternehmen gehen bei dem Verdacht, dass sich ihre Mitarbeiter in größerem Umfang gesetzeswidrig verhalten haben, zunehmend dazu über, unter Einschaltung externer Berater – zumeist größerer Anwaltskanzleien oder Wirtschaftsprüfungsgesellschaften – interne Untersuchungen durchzuführen.

Im spektakulärsten – und bisher nicht nur in der deutschen Geschichte sicherlich teuersten – Kriminalfall „Siemens“⁵² waren es im Einvernehmen mit der New Yorker Security Exchange Commission (SEC) von der Siemens AG beauftragte Anwälte der US-amerikanischen Kanzlei Debevoise & Plimpton, die in großer Zahl für viele Monate ins Unternehmen kamen und zur Aufklärung eines Korruptionsverdachts in einem hierzulande bisher so nicht bekannten Umfang privat ermittelten. Das (Haupt-)Motiv für die Zusammenarbeit mit den Ermittlungsbehörden und die Durchführung derartiger kostenintensiver Eigenuntersuchungen liegt auf der Hand: Die Unternehmen versuchen auf diese Weise, die gegen sie gerichteten – und insbesondere nach US-Recht exorbitant hohen – Sanktionen abzuwenden oder jedenfalls stark abzumildern.⁵³ Neu war für die deutschen Juristen und Unternehmen im Fall „Siemens“, dass sie auf *eigenem Territorium* mit einer Prozesskultur konfrontiert wurden, die von einem völlig anderen Ermittlungsansatz ausgeht. Erwartet wird von amerikanischer Seite im Gegenzug für Sanktionsrabatte eine *umfassende Kooperation* mit den staatlichen Ermittlungsbehörden,⁵⁴

51 In diesem Sinne WASTL/LITZKA/PUSCH, NStZ 2009, 68, 70; BENZ/KLINDT, BB 2010, 2977, 2979; J. JAHN, CCZ 2011, 139, 141; FRITZ, CCZ 2011, 156; KNAUER, ZWH 2012, 41.

52 ARZT, in: FS Stöckel, 2010, S. 15, 16; ausführlich zur (Prozess-)Geschichte im Fall „Siemens“ WOLF, in: Graeff/Schröder/Wolf (Hrsg.), Der Korruptionsfall Siemens, 2009, S. 9 ff., ENGELHART, Sanktionierung (Fn. 9), S. 2 ff. und JAHN, StV 2009, 41 f.

53 „Maßgeblich für die ‚Erfolgsgeschichte‘ der Internal Investigation (nach US-Recht) ist ein Sanktionssystem, das ‚institutionalisiert‘, also in abstrakt-genereller Form, Anreize und Drohungen (‚carrot and stick‘) enthält, die eine Durchführung von in bestimmter Weise ausgestalteten Internal Investigations nahe legen sollen“ (BEHRENS, RIW 2009, 22, 26). Näher zu den Gründen für die Kooperationsbereitschaft betroffener Unternehmen KNAUER/BUHLMANN, AnwBl 2010, 387, 388; auch DANN/SCHMIDT, NJW 2009, 1851, MOMSEN, ZIS 2011, 508, 511 und GERST, CCZ 2012, 1 f. Zum Nutzen einer Kooperation des Unternehmens mit der Staatsanwaltschaft im Compliance-Bereich s. KREMER, in: FS Uwe H. Schneider, 2011, S. 701, 702 ff.

54 Vgl. BEHRENS, RIW 2009, 22, 31; WASTL/LITZKA/PUSCH, NStZ 2009, 68, 69; WYBITUL, BB 2009, 606; DANN/SCHMIDT, NJW 2009, 1851, 1852 („clash of cultures“); MINOGGIO, Firmenverteidigung, 2. Aufl. 2010, Rn. 115 ff.; TRÜG, wistra 2010, 241, 248 („faktische

die eine uneingeschränkte Offenlegung der Aufklärungsergebnisse ebenso umfasst wie – jedenfalls bis vor kurzem (2008) – die vollständige Befreiung der beauftragten Anwälte von ihrem Schweigerecht (sog. *Attorney-Client* bzw. *Legal Privilege*).⁵⁵ Dass derjenige, der die „Aufklärungsmusik“ bestellt, sie auch bezahlen muss, ist nach diesem Modell selbstverständlich. In den *nach* „Siemens“ von bayerischen Staatsanwälten geführten Strafverfahren in Sachen „MAN“ und „Ferrostaal“ war deutlich zu spüren, dass dieses „Ermittlungsklima“ ansteckend wirkt. Über die dabei erzielten Abschöpfungserfolge hatte ich Ihnen schon berichtet.

Kernelement der „Internal Investigations“ sind nun Befragungen von Mitarbeitern als zentrale „Wissensträger“.⁵⁶ In – verharmlosend – sog. „Interviews“ sollen diese zu strafrechtlich relevantem Verhalten im Unternehmenskontext Informationen preisgeben, die im Zusammenhang mit dem Untersuchungsgegenstand (etwa Korruptionsvorwürfen) stehen. Die Ergebnisse werden häufig an die Strafverfolgungsbehörden weitergegeben. Nicht selten finden die Befragungen im Rahmen von „Amnestieprogrammen“ statt, in denen den Mitarbeitern für umfassende Auskünfte von Unternehmensseite der Verzicht auf Kündigung, Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen und die Übernahme von Anwaltskosten versprochen wird.⁵⁷ Die Zusage von Vergünstigungen im staatlichen Strafverfahren liegt natürlich außerhalb der Reichweite der Unternehmen.⁵⁸

Die *Konfliktlage* für die Mitarbeiter, um deren Auflösung gerungen wird, ergibt sich nun aus Folgendem:

Zivilrechtlich entspricht es ganz h.M., dass für den Mitarbeiter eine in Form arbeitsrechtlicher Sanktionen⁵⁹ *erzwingbare*⁶⁰ *Aussagepflicht* gegenüber seinem Unternehmen

Pflicht, sich selbst zu überführen“); DERS., StV 2011, 471, 483; KNAUER, ZWH 2012, 41, 43; auch VON ROSEN, BB 2009, 230 ff.

55 Näher zum Verzicht auf das Anwalts- und Beratungsgeheimnis WEHNERT, NJW 2009, 1190 ff. und ENGELHART, Sanktionierungen (Fn. 9), S. 256 ff.; weiterhin BEHRENS, RIW 2009, 22, 28; WYBITUL, BB 2009, 606, 607.

56 Vgl. GÖPFERT/MERTEN/SIEGRIST, NJW 2008, 1703 (Mitarbeiter als „Wissensträger“); FRITZ/NOLDEN, CCZ 2010, 170, 174 (Arbeitnehmer [sind die] „wichtigste Informationsquelle für Missstände im Unternehmen“); LÜTZELER/MÜLLER-SARTORI, CCZ 2011, 19 („direkte Befragung des Mitarbeiters [ist] das Mittel der ersten Wahl“); weiterhin KNIERIM, StV 2009, 324, 325, 328; WASTL/LITZKA/PUSCH, NStZ 2009, 68, 69, 72; THEILE, StV 2011, 381.

57 Näher WEISSE, in: Moosmayer/Hartwig (Hrsg.), Interne Untersuchungen. Praxisleitfaden für Unternehmen, 2012, S. 58 ff.; weiterhin MOOSMAYER, Compliance. Praxisleitfaden für Unternehmen, 2. Aufl. 2012, S. 100 f., 130; BRESSLER/KUHNKE/SCHULZ/STEIN, NZG 2009, 721 ff.; PFORDTE, in: FS ARGE Strafrecht des DAV, 2009, S. 740, 748 f.; GÖPFERT/MERTENS/SIEGRIST, NJW 2008, 1703, 1704; SCHÜRRLE/OLBERS, CCZ 2010, 178, 181 f.; JAHN, StV 2009, 41, 42; SIEG, in: FS H. Buchner, 2009, S. 859, 870 f.

58 WASTL/LITZKA/PUSCH, NStZ 2009, 68, 71; MOOSMAYER, Compliance (Fn. 57), S. 93; KREMER, in: FS Uwe H. Schneider, 2011, S. 701, 708.

59 Dazu näher GÖPFERT/MERTEN/SIEGRIST, NJW 2008, 1703, 1706 f.; LÜTZELER/MÜLLER-SARTORI, CCZ 2011, 19, 24 f.; auch DANN/SCHMIDT, NJW 2009, 1851, 1854.

jedenfalls insoweit besteht, wie die begehrten Informationen seinen unmittelbaren Tätigkeitsbereich betreffen – bei überwiegendem Interesse des Arbeitgebers an der Erlangung der Informationen sogar darüber hinaus.⁶¹ Das soll auch dann gelten, wenn sich der Mitarbeiter bei seiner Aussage selbst der Begehung einer Straftat bezichtigen müsste.⁶²

Der im *nemo-tenetur-Grundsatz* zum Ausdruck gebrachte Schutz vor Zwang, sich aktiv selbst belasten zu müssen, wie er für das Strafverfahren etwa in den §§ 55 (Auskunftsverweigerungsrecht des Zeugen), 136 Abs. 1 S. 2, 136a Abs. 1, 3, 243 Abs. 5 S. 1 StPO (Beschuldigtenschweigerecht) ausgewiesen und auch in anderen staatlichen Verfahren gesetzlich anerkannt ist, kommt in privatrechtlichen Beziehungen wie dem Arbeitgeber-/Arbeitnehmerverhältnis grundsätzlich nicht zum Tragen.⁶³ Mangels gesetzlicher Aussageverweigerungsrechte entfällt damit auch eine formelle Belehrung.⁶⁴

-
- 60 Ob eine gerichtlich festgestellte Auskunftspflicht auch *vollstreckbar* ist, wird wegen ihres höchstpersönlichen Charakters streitig diskutiert; unter Hinweis auf § 888 Abs. 3 ZPO *dagegen* etwa GRUBER, in: MünchKomm-ZPO, Bd. 2 (§§ 511-945), 3. Aufl. 2007, § 888 Rn. 21, 3; RIEBLE, ZIP 2003, 1273, 1279; *für* eine Vollstreckbarkeit gem. § 888 Abs. 1 ZPO aber BITTMANN/MOLKENBUR, wistra 2009, 373, 375; KNAUER/BUHLMANN, AnwBl 2010, 387, 389; MOMSEN, ZIS 2011, 508, 513; DERS./GRÜTZNER, DB 2011, 1792, 1795; GERST, CCZ 2012, 1, 3; BÖHM, WM 2009, 1923, 1925 („Auskunftserteilung als unvertretbare Handlung stellt Hauptanwendungsfall des § 888 Abs. 1 ZPO dar“).
- 61 Vgl. MENGEL/ULLRICH, NZA 2006, 240, 243; MENGEL, Compliance und Arbeitsrecht, 2009, S. 118 ff.; GÖPFERT/MERTEN/SIEGRIST, NJW 2008, 1703, 1705; JAHN, StV 2009, 41, 43 f. (aber kritisierend); LÜTZELER/MÜLLER-SARTORI, CCZ 2011, 19, 20; UWE H. SCHNEIDER, NZG 2010, 1201, 1204; MOMSEN/GRÜTZNER, DB 2011, 1792, 1795; RÜBENSTAHL, WiJ 2012, 17, 21 f.; KNAUER, ZWH 2012, 81, 84 – jew. m.w.N.
- 62 Gehört die Auskunftspflicht zur vertraglich geschuldeten Arbeitsaufgabe gem. den §§ 666 i.V.m. 675 BGB (analog), entfällt diese nicht schon deshalb, weil der Arbeitnehmer sich ansonsten einer strafbaren Handlung bezichtigen müsste (BGHZ 41, 318, 322; DILLER, DB 2004, 313, 314; BÖHM, WM 2009, 1923, 1924 und RÜBENSTAHL, WiJ 2012, 17, 21 m.w.N.). Wird sie dagegen aus der arbeitsvertraglichen Treuepflicht gem. den §§ 611, 241 Abs. 2 BGB hergeleitet, gibt es eine dem Grundsatz von Treu und Glauben entnommene *Zumutbarkeitsgrenze*, die im Rahmen einer umfassenden Interessenabwägung festzulegen ist. Dabei ist auch das Recht des Arbeitnehmers, sich nicht selbst belasten zu müssen, zu berücksichtigen (BGH NJW-RR 1989, 614, 615; BAG NJW 2009, 1897, 1898; auch BAGE 81, 15, 21 ff.; GÖPFERT/MERTEN/SIEGRIST, NJW 2008, 1703, 1705), ohne jedoch das Ergebnis zu präjudizieren (vgl. LAG Hamm, Urt. v. 3.3.2009 – 14 Sa 1689/08, BeckRS 2009, 74015; WISSKIRCHEN/GLASER, DB 2011, 1392, 1394; BÖHM, WM 2009, 1923, 1924 f. m.w.N.); für ein weitergehendes Schweigerecht etwa RUDKOWSKI/GLASER, NZA 2011, 612, 613 f.; BAUER StV 2012, 277, 279 und I. ROXIN, StV 2012, 116, 121 m.w.N.
- 63 Vgl. – *pars pro toto* – THEILE, StV 2011, 381, 383 und KNAUER/BUHLMANN, AnwBl 2010, 387, 389 f. Zudem: Die Parteien eines Zivil- und Arbeitsgerichtsverfahrens sind nicht berechtigt, die Unwahrheit zu sagen, weil sie sich selbst belasten könnten; statt vieler ZÖLLER, ZPO, 28. Aufl. 2010, § 138 Rn. 3 m.w.N. und FRITZ/NOLDEN, CCZ 2010, 170, 173.
- 64 LÜTZELER/MÜLLER-SARTORI, CCZ 2011, 19, 23; RUDKOWSKI, NZA 2011, 612; SCHÜRRLE/OLBERS, CCZ 2010, 178, 179; BITTMANN/MOLKENBUR, wistra 2009, 373, 377; PFORDTE, in: FS ARGE Strafrecht des DAV, 2009, S. 740, 752; SALVENMOSER/SCHREIER, in: Achenbach/Ransiek (Fn. 35), 15. Teil Rn. 174; THEILE, StV 2011, 381, 383; I. ROXIN, StV 2012, 116, 119; RÜBENSTAHL, WiJ 2012, 17, 25 m.w.N.

Allerdings kommt dem in den Art. 2 Abs. 1 und Art. 1 Abs. 1 GG verankerten allgemeinen Persönlichkeitsrecht, auf das der Selbstbelastungsschutz überwiegend gestützt wird,⁶⁵ auch unter Privaten und damit zugunsten betroffener Mitarbeiter Bedeutung zu. Es findet seine Grenzen aber in den legitimen Interessen des Unternehmers (insbes. der Beweisnot des Arbeitgebers). In der damit notwendigen Abwägung verdienen die Interessen des Mitarbeiters keinesfalls immer den Vorzug. Denn es gibt für das Unternehmen eine Reihe plausibler Gründe, das aus seiner Sicht aussichtsreiche – und im Vergleich mit anderen Kontrollmaßnahmen wie etwa Videoüberwachung oder umfassenden Whistle-Blowing-Systemen auch verhältnismäßige – Aufklärungsinstrument einzusetzen.⁶⁶ Die damit prinzipiell zu akzeptierende Auskunftspflicht besteht nach vorherrschender Ansicht dann nicht nur gegenüber dem Unternehmen, sondern in gleichem Umfang auch gegenüber den von diesem beauftragten externen Rechtsanwälten.⁶⁷

Bei dieser Ausgangslage liegt das *eigentliche Problem* in den Folgen der Auskunftspflicht für ein parallel geführtes oder anstehendes Strafverfahren.⁶⁸ Der interviewte Mitarbeiter ist hier in einer überaus misslichen Situation.⁶⁹

-
- 65 S. BVerfGE 56, 37, 41 f.; 95, 220, 241; BVerfG, Beschl. v. 31.3.2008 – 2 BvR 467/08, BeckRS 2008, 35240. Ausführlich zur den Rechtsgrundlagen des Verbots des Selbstbelastungszwanges ROGALL, in: SK-StPO, 14. Erg.-Lfg. (Juli 1995), Vor § 133 Rn. 131 ff. m. zahlr. w. Nachw.
- 66 THEILE, StV 2011, 381, 383 m.w.N. Ein generelles Auskunftsverweigerungsrecht im Falle der Gefahr einer strafrechtlich relevanten Selbstbezeichnung existiert also nicht, s. BÖHM, WM 2009, 1923, 1924 f.; FRITZ/NOLDEN, CCZ 2010, 170, 175 f.; KNAUER, ZWH 2012, 81, 84. Nach Ansicht des BGH und zweier Arbeitsgerichte soll sich der allgemein vertraglich zur Auskunft Verpflichtete nicht auf sein Recht auf Selbstbelastungsfreiheit berufen können, so BGHZ 41, 318, 322; BGH NJW 1990, 510, 511; ArbG Saarlouis ZIP 1984, 364, 365; LAG Hamm, Urt. v. 3.3.2009 (Fn. 62); anders aber etwa OLG München, NZG 2009, 665, 668 und JAHN, StV 2009, 41, 43 f. – beide zu „Siemens“; weiterhin HIEBL/BECKER, in: Widmaier (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Strafverteidigung, 2006, § 30 Rn. 97 f.; MASCHMANN, AUA 2009, 72, 76; RIEBLE, ZRP 2003, 1273, 1277 m.w.N.
- 67 Statt vieler GÖPFERT/MERTEN/SIEGRIST, NJW 2008, 1703, 1706 (unter Betonung der erhöhten Gefahrenlage, wenn die Anwälte nicht nur an die Unternehmensleitung, sondern auch an die SEC und das Department of Justice [DOJ] sowie die Staatsanwaltschaft berichten), BITTMANN/MOLKENBUR, wistra 2009, 373, 376 f. und THEILE, StV 2011, 381, 384. Krit. zum Bestehen einer Aussagepflicht gegenüber unternehmensinternen Ermittlungsteams (wie im Falle „Siemens/SEC“) JAHN, StV 2009, 41, 44 f.; zu Internal Investigations nach Aufforderung durch US-Behörden (in Form eines Erfahrungsberichts) auch WYBITUL, BB 2009, 606 ff.
- 68 Erst mit der Weitergabe der Informationen an die Strafverfolgungsbehörde und ihre Verwertung in einem Strafverfahren entsteht die Situation, vor der der *nemo-tenetur-Grundsatz* allein schützen will. Ausführlich zur Konfliktsituation BENZ, Selbstbelastungen in außerstrafrechtlichen Zwangslagen, 2005 (noch ohne Berücksichtigung der Compliance-Thematik).
- 69 Zum Folgenden knapp und gut THEILE, StV 2011, 381, 384 m.w.N.; zur enormen Drucksituation, in der sich der befragte Mitarbeiter befindet, auch – statt vieler – DE VRIES, Kriminalistik 2011, 83, 88 („in dieser Situation hätte ich alles unterschrieben“ [als Zitat eines Zeugen vor Gericht]); PFORDTE, in: FS ARGE Strafrecht des DAV, 2009, S. 740, 744 ff.; KNAUER/BUHLMANN, AnwBl 2010, 387, 388 ff. Die Thesen des Strafrechtausschusses der Bundesrechtsanwaltskammer zur Lösung des Spannungsverhältnisses zwischen

Auch wenn das Unternehmen auf eine Strafanzeige verzichtet und die Mitwirkung des Mitarbeiters im Rahmen einer Amnestie belohnt, wirken sich diese Vergünstigungen auf das staatliche Strafverfahren vor dem Hintergrund des Legalitätsprinzips grundsätzlich nicht aus. Eine vom Unternehmen unter Hinweis auf die Kooperation angeregte wohlwollende Behandlung des Falles durch die Ermittlungsbehörden ist jedenfalls nicht berechenbar. Das Zeugnisverweigerungsrecht des befragenden Anwalts nach § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StPO bietet dem Mitarbeiter ebenfalls keinen Schutz. Es wurzelt in der Mandatsbeziehung des Anwalts zum Unternehmen, das diesen ohne Weiteres von der Schweigepflicht entbinden kann und dies in aller Regel auch tun wird, um sich in der Öffentlichkeit als schonungsloser Aufklärer zu präsentieren.⁷⁰ Weil private Ermittler anders als die Staatsanwaltschaft gem. § 160 Abs. 2 StPO nicht nach entlastenden Umständen suchen müssen, besteht zudem die Gefahr recht einseitiger und verzerrter Ermittlungsergebnisse.⁷¹

Zwar kann sich der beschuldigte Mitarbeiter im Strafverfahren auf sein Schweigerecht berufen. Das nützt ihm aber wenig, wenn die begehrten Informationen über die Zeugenaussagen der mit den internen Untersuchungen befassten Anwälte in das Verfahren eingeführt werden.⁷² Mit gleicher, für den Beschuldigten negativer Stoßrichtung hat im Oktober 2010 das LG Hamburg entschieden, dass die durch interne Ermittlungen einer Anwaltskanzlei gewonnenen Ergebnisse mangels eines „mandatsähnlichen Vertrauensverhältnisses“ zwischen dieser und dem Mitarbeiter keinem Beschlagnahmeverbot unterliegen, also von den staatlichen Strafverfolgungsbehörden ausgewertet werden können.⁷³

Wer in dieser Situation, in der staatliche und private Ermittlungen zusammentreffen, die dabei auftretenden Interessenkollisionen nicht einseitig zu Lasten des Unternehmensmitarbeiters auflösen will, muss ernsthaft über ein *Beweisverwertungsverbot* und dessen *Reichweite* nachdenken.⁷⁴ Zwar kommen strafprozessuale Beweisverwertungs-

dem Unternehmensanwalt und den Arbeitnehmern bei internen Unternehmensuntersuchungen sind abgedruckt in: BRAK-Mitt. 1/2011, 16 ff.; Besprechung dazu von SIDHU/VON SAUCKEN/RUHMANSEDER, NJW 2011, 881 ff.

70 GERST (CCZ 2012, 1, 4 f.) schlägt deshalb eine individuelle Mandatierung des Anwalts durch den Mitarbeiter vor. Wer den Anwalt bezahlt und ob ein solches Vorgehen den Interessen des Unternehmens ausreichend Rechnung trägt, bleibt bei ihm allerdings offen.

71 KNIERIM, StV 2009, 324, 325; auch BRUNHÖBER, GA 2010, 571, 578.

72 Vgl. PFORDTE, in: FS ARGE Strafrecht des DAV, 2009, S. 740, 752; THEILE, StV 2011, 381, 384 f.; DE VRIES, Kriminalistik 2011, 83, 88.

73 LG Hamburg (Beschl. v. 15.10.2010 – 608 Qs 18/10), NJW 2011, 942 = StV 2011, 148, 150 m. krit. Anm. JAHN/KIRSCH (verfassungskonforme Auslegung des Beschlagnahmeverbots gem. § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO ist – auch nach Inkrafttreten des zum 1.2.2011 geänderten § 160a StPO – auf das Vertrauensverhältnis zwischen dem Nichtbeschuldigten und seinem Rechtsanwalt zu erstrecken), FRITZ, CCZ 2011, 156 ff.; MOMSEN/GRÜTZNER, DB 2011, 1792, 1796 f.; SCHUSTER, NZWiSt 2012, 28, 29 f.; WESSING, ZWH 2012, 6, 9 f.; I. ROXIN, StV 2012, 116, 120; KNAUER, ZWH, 2012, 81, 88 und VON GALEN, NJW 2011, 945.

74 Ausführlich zum Stand der Lehre von den Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverboten im deutschen Strafverfahrensrecht JAHN, Gutachten C für den 67. DJT 2008.

verbote bei Beweismittelgewinnung durch Private nur dann in Betracht, wenn deren Verhalten dem Staat zuzurechnen ist.⁷⁵ Das ist hier sehr zweifelhaft und lässt sich allenfalls – wenn überhaupt – in Situationen enger Kooperationsabsprachen zwischen Unternehmen und Ermittlungsbehörden oder bei unzulässiger Dritteinwirkung (auch ausländischer) Behörden annehmen.⁷⁶ Aber selbst bei festgestellter staatlich veranlasster Ermittlungstätigkeit Privater – mag diese zudem unzulässig oder rechtswidrig sein – ist die obergerichtliche Rechtsprechung bei der Anerkennung von Verstößen gegen das *nemo-tenetur-Prinzip* wegen der die Wahrheitserforschung und freie Beweiswürdigung begrenzenden Wirkung äußerst zurückhaltend.⁷⁷ Der auf den Mitarbeitern durch die „Internal Investigations“ lastende Druck wird da regelmäßig nicht ausreichen.⁷⁸

Abhilfe schaffen kann hier aber ein *selbständiges Beweisverwertungsverbot*,⁷⁹ das direkt auf die Verfassung, hier die Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG, zu stützen ist.⁸⁰ Der traditionelle, auf ein Schweigerecht begrenzte Anwendungsbereich des *nemo-tenetur-Prinzips* muss dabei zwar auf Fälle erweitert werden, in denen der Beschuldigte nicht einmal passiv die Verwertung von Aussagen erdulden muss, zu denen er im Rahmen der „Internal Investigations“ verpflichtet war. Ohne diese Erweiterung würde aber das Prinzip der Selbstbelastungsfreiheit – wie *Theile* richtig betont – zu einer bloßen „Hülle

75 Der Staat muss einen „maßgeblichen Beitrag zur Handlung der Privatperson geleistet und damit einen hinreichenden Zurechnungsgrund gesetzt“ haben (GODENZI, GA 2008, 500, 503 m.w.N.). Nachw. zur Zurechnungskonstruktion der h.M. bei JAHN, StV 2009, 41, 45.

76 Dazu JAHN, StV 2009, 41, 45; PFORDTE, in: FS ARGE Strafrecht des DAV, 2009, S. 740, 755 f.; auch WASTL/LITZKA/PUSCH, NStZ 2009, 68 ff., DANN/SCHMIDT, NJW 2009, 1851 ff. und KNAUER/BUHLMANN, AnwBl 2010, 387, 390.

77 Vgl. zuletzt (Verwertbarkeit von Daten auf angekaufter CD [Liechtenstein]) BVerfG StV 2011, 65, 66 („Beweisverwertungsverbot [stellt] Ausnahme [dar], die nur nach ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift oder aus übergeordneten wichtigen Gründen im Ernstfall anzuerkennen ist“) m. zahlr. Nachw.; krit. dazu TRÜG, StV 2011, 111, 116 ff.

78 S. JAHN, StV 2009, 41, 45 (auf Basis der h.M. Ablehnung eines Verwertungsverbots verständlich); THEILE, StV 2011, 381, 385. Hintergrund: Weil das Gebot der Selbstbelastungsfreiheit nur Schutz vor staatlich verursachten Zwangslagen garantiert, sind Drucksituationen, die aus dem sozialen oder beruflichen Umfeld des Beschuldigten erwachsen, im Hinblick auf *nemo tenetur* prinzipiell unbeachtlich.

79 Ein *unselbständiges Beweisverwertungsverbot* (= Verbot, das sich aus dem Verstoß gegen Beweiserhebungsvorschriften ergibt, s. ROGALL, ZStW 91 [1979], 1, 3; JÄGER, GA 2008, 473, 474) kommt im Kontext der Internal Investigations nur in Betracht, wenn die Methoden der privaten Ermittler unrechtmäßig waren, diese also insbes. die befragten Mitarbeiter i.S.v. § 240 StGB genötigt hatten (die §§ 136 Abs. 1 S. 2, 136a Abs. 1 StPO sollen nach h.M. auf private Ermittlungsgehilfen keine Anwendung finden, vgl. BGH NStZ 2011, 596, 597 m.w.N. und LESCH, in: KMR-StPO, Bd. 2 (§§ 94-150), 21. Erg.-Lfg. (Okt. 1999), § 136 Rn. 30 und § 136a Rn. 11). Zum Diskussionsstand bei den *selbständigen Beweisverwertungsverboten* (die nicht von der Bejahung einer Gesetzesverletzung abhängig, sondern zu meist direkt dem Verfassungsrecht zu entnehmen sind) JAHN, Gutachten 67. DJT (Fn. 74), C 78 ff.

80 So THEILE, StV 2011, 381, 385; dagegen (weil schon keine Auskunftspflicht des Arbeitnehmers besteht) BAUER, StV 2012, 277, 279.

ohne Inhalt“ verkommen.⁸¹ Die Riege derjenigen, die hier für ein Beweisverwertungsverbot eintreten, wird daher zu Recht immer größer.⁸² Denn: Es stellt einen unverhältnismäßigen Eingriff in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht dar, wenn vom Mitarbeiter erzwingbare Informationen, die im Rahmen unternehmensinterner Untersuchungen zu einem ganz bestimmten Zweck gesammelt werden, später in einem Strafverfahren gegen ihn verwendet und letztlich zweckentfremdet werden.⁸³

Eine unterschiedliche Behandlung der Auskünfte im Zivil- und Strafrecht lässt sich auch in der Sache überzeugend begründen: Legitime Interessen des Unternehmers, die es im Zivilrecht gegen Mitarbeiterinteressen abzuwägen gilt und die in diesem Bereich im Ergebnis zu einem Selbstbelastungszwang führen können, gibt es im Strafverfahren nicht. Hier steht der staatliche Strafanspruch, der nicht um jeden Preis durchzusetzen ist, gegen das aus der Subjektstellung des Beschuldigten abzuleitende Schweigerecht. Die *Gemeinschaftsgebundenheit des Individuums* mag zwar – wie es das BVerfG 1981 im berühmten Gemeinschuldnerbeschluss ausgeführt hat – eine Selbstbelastungen einbeziehende Verpflichtung zur Aussage im Interesse Privater rechtfertigen.⁸⁴ Die Grenze dieser Gemeinschaftsgebundenheit ist aber dort erreicht, wo der Einzelne sich innerhalb eines Strafverfahrens selbst belasten oder die Verwertung einer außerstrafrechtlich erzwungenen Aussage im Strafverfahren erdulden müsste.

Viel spricht dann auch dafür – ohne das hier näher ausführen zu können –, dieses Beweisverwertungsverbot durch ein *nachwirkendes Beweisverwendungsverbot* zu flan-

81 THEILE, StV 2011, 381, 385.

82 Anhänger eines Verbots der Beweisverwertung im Strafverfahren sind in der Rspr. – ohne nähere Begründung – das LAG Hamm, Urt. v. 3.3.2009 (Fn. 62); ArbG Saarlouis, ZIP 1984, 364, 365; aus der Lit. WASTL/LITZKA/PUSCH, NSTZ 2009, 68, 73 f.; BITTMANN/MOLKENBUR, wistra 2009, 373, 378; BÖHM, WM 2009, 1923, 1926 ff.; DANN/SCHMIDT, NJW 2009, 1851, 1855; PFORDTE, in: FS ARGE des DAV, 2009, S. 740, 754 ff.; BEULKE, Strafprozessrecht, 11. Aufl. 2010, Rn. 481; MINOGGIO, Firmenverteidigung (Fn. 54), Rn. 1274 ff.; VON GALEN, NJW 2011, 945; FRITZ, CCZ 2011, 156, 159 f.; LÜTZELER/MÜLLER-SARTORI, CCZ 2011, 19, 24; I. ROXIN, StV 2012, 116, 120; auch DE VRIES, Kriminalistik 2011, 83, 88 – die Herleitung des Verbots bleibt auch hier bei den Autoren häufig vage. Ausdrücklich auf einen Verstoß gegen die *Grundsätze des fairen Verfahrens* stützen das Verwertungsverbot KNAUER/BUHLMANN, AnwBl 2010, 387, 390 ff. (da die vorhandenen Vorschriften den Beschuldigten im Einzelfall nur unzureichend schützen und die Korrektur eines ansonsten unbilligen und mit rechtsstaatlichen Grundsätzen nicht zu vereinbarenden Verfahrens unter Rückgriff auf den *fair-trial*-Gedanken geboten ist); KNAUER, ZWH 2012, 81, 86; zust. MOMSEN, ZIS 2011, 508, 513 ff.; DERS./GRÜTZNER, DB 2011, 1792, 1795; dagegen LG Hamburg, NJW 2011, 942, 944 (mit dem wenig überzeugenden Argument, die Mitarbeiter seien mit dem Abschluss des Arbeitsvertrages freiwillig eine „vertragliche Verpflichtung zur möglichen Selbstbelastung“ eingegangen; ebenso SIDHU/VON SAUCKEN/RUHMANNSEDER, NJW 2011, 881, 883; I. ROXIN, StV 2012, 116, 120.

83 Überzeugend hier und im Weiteren THEILE, StV 2011, 381, 385; auch WASTL/LITZKA/PUSCH, NSTZ 2009, 68, 73 (Verwertbarkeit ist auf konkrete Erhebungszwecke beschränkt).

84 BVerfGE 56, 37, 49 f.

kieren⁸⁵ – mit der Folge, dass die Erkenntnisse aus den zivilrechtlich geschuldeten Informationen keine Grundlage für weitere strafrechtliche Ermittlungen zur Schaffung selbständiger Beweismittel bilden dürfen, wenn der Betroffene damit nicht ausdrücklich einverstanden ist. Derartige Verbote stellen im deutschen Recht zwar eine Ausnahme dar. Ohne diese Absicherung liefe jedoch das Verbot der Verwertung von Informationen, die bei „Internal Investigations“ in großer Menge anfallen und als Ansatzpunkte für Ermittlungen aufgegriffen werden könnten, weitgehend leer. Die Unsicherheiten für die Betroffenen sollten daher durch eine eindeutige gesetzliche Regelung – vergleichbar § 97 Abs. 1 S. 3 InsO – beseitigt werden.⁸⁶

V. FAZIT

Damit bin ich am Ende meiner Ausführungen und fasse die Kernaspekte in *zwei Punkten* zusammen:

1. Corporate Compliance als Form ergänzender privater Kriminalprävention sollte mit Augenmaß erfolgen, um den skizzierten „Aufschaukelungsprozess“ der Verhaltensstandards mit den daraus resultierenden strafrechtlichen Risiken nicht unnötig zu beschleunigen. Die Chance, durch Unternehmensrichtlinien Handlungsspielräume selbst zu definieren, kann sonst schnell ins Gegenteil umschlagen.
2. Die Privatisierung der Strafverfolgung durch „Internal Investigations“, wie sie derzeit zu beobachten ist, darf strafrechtlich nicht zu Lasten des zivilrechtlich auskunftspflichtigen Unternehmensmitarbeiters gehen. Ein auf das Allgemeine Persönlichkeitsrecht gestütztes Beweisverwertungsverbot, das im Sinne eines Verwendungsverbots auch Fernwirkung entfaltet, wäre die angemessene Antwort darauf.

85 THEILE, StV 2011, 381, 385 f.; ebenfalls für eine „Fernwirkung“ des Verwertungsverbots BÖHM, WM 2009, 1923, 1926 ff., FRITZ, CCZ 2011, 156, 159 f. (in analoger Anwendung des § 97 Abs. 1 S. 3 InsO bzw. des Gemeinschuldnerbeschlusses) und GERST, CCZ 2012, 1, 3; näher dazu im Kontext des § 97 Abs. 1 InsO HEFENDEHL, wistra 2003, 1, 6 ff.; auch WASTL/LITZKA/PUSCH, NStZ 2009, 68, 73 f.; gegen eine Fernwirkung aber BITTMANN/MOLKENBUR, wistra 2009, 373, 378 und RÜBENSTAHL, WiJ 2012, 17, 30.

86 Eine gesetzliche Lösung zum strafrechtlichen Schutz des Mitarbeiters fordern PFORDTE, in: FS ARGE des DAV, 2009, S. 740, 756; BRUNHÖBER, GA 2010, 571, 588; auch MOMSEN, ZIS 2011, 508, 516; VON GALEN, NJW 2011, 945; KNAUER, ZWH 2012, 81, 86.