

Henrik Zapfe

Compliance und Strafverfahren

**Das Spannungsverhältnis
zwischen Unternehmensinteressen
und Beschuldigtenrechten**

Henrik Zapfe

Compliance und Strafverfahren

Interne Erhebungen, Internal Investigations oder Private Investigations – die Bezeichnungen variieren; was gemeint ist, weiß spätestens seit dem Siemens-Schmiergeldskandal auch die breite Öffentlichkeit: Unternehmen versuchen selbständig und mit großem Aufwand, begangene Straftaten und sonstige Regelverletzungen in den eigenen Kreisen aufzuklären. Dabei kommt es nicht selten zu einem Interessenskonflikt. Während Unternehmensleitungen schnellstmögliche und umfassende Aufklärung möchten, würden manche Mitarbeiter daran aus Furcht vor Konsequenzen lieber gar nicht mitwirken. Die sich hieraus ergebenden Fragen weisen Bezugspunkte etwa zum Gesellschaftsrecht, zum Arbeitsrecht und zum Strafprozessrecht auf. Die Arbeit gibt durch einen intradisziplinären Ansatz einen Überblick über die wichtigsten Fragestellungen und zeigt Lösungsmöglichkeiten auf.

Der Autor

Henrik Zapfe, 2004-2009 Studium der Rechtswissenschaften in Bayreuth und Berlin; 2010-2012 Promotionsstudent und Stipendiat im „Bochumer Nachwuchsforscherkolleg intradisziplinäre Rechtswissenschaft“; seit Mai 2012 Referendar im Bezirk des Kammergerichts.

Compliance und Strafverfahren

Intradisziplinäre Forschung zur Compliance
Studien zur Rechtsentwicklung und -praxis
Herausgegeben von Andrea Lohse und Roman Seer

Band 1

*Zur Qualitätssicherung und Peer Review
der vorliegenden Publikation*

Die Qualität der in dieser Reihe
erscheinenden Arbeiten wird
vor der Publikation durch
Herausgeber der Reihe geprüft.

*Notes on the quality assurance
and peer review of this publication*

Prior to publication,
the quality of the work
published in this series
is reviewed by editors of the series.

Henrik Zapfe

Compliance und Strafverfahren

**Das Spannungsverhältnis zwischen
Unternehmensinteressen und Beschuldigtenrechten**

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation
in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische
Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Bochum, Univ., Diss., 2013

Gedruckt auf alterungsbeständigem,
säurefreiem Papier.

D 294

ISSN 2196-9795

ISBN 978-3-631-64548-2 (Print)

E-ISBN 978-3-653-03701-2 (E-Book)

DOI 10.3726/978-3-653-03701-2

© Peter Lang GmbH

Internationaler Verlag der Wissenschaften

Frankfurt am Main 2013

Alle Rechte vorbehalten.

PL Academic Research ist ein Imprint der Peter Lang GmbH.

Peter Lang – Frankfurt am Main · Bern · Bruxelles · New York ·
Oxford · Warszawa · Wien

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich
geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des
Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages
unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für
Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die
Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Dieses Buch erscheint in einer Herausgeberreihe bei PL Academic Research
und wurde vor Erscheinen peer reviewed.

www.peterlang.com

Inhaltsverzeichnis

§ 1. Einleitung	1
A. Ausgangsüberlegungen.....	1
I. Compliance als Selbstregulierung.....	1
II. Selbstregulierung und Selbstkontrolle.....	2
III. Unternehmerische Selbstkontrolle als Herausforderung an das Recht.....	3
B. Ziel der Untersuchung.....	3
C. Gang der Untersuchung.....	4
I. Spannungsverhältnis zwischen Unternehmensinteressen und Mitarbeiterrechten.....	4
II. Generelle Zulässigkeit privater Ermittlungen in Unternehmen.....	4
III. Ansatzpunkte für die Auflösung des Spannungsverhältnisses.....	5
D. Reichweite der Untersuchung.....	5
E. Stand der Forschung.....	5
I. Spannungsverhältnis zwischen Unternehmensinteressen und Mitarbeiterrechten.....	5
II. Generelle Zulässigkeit privater Ermittlungen in Unternehmen.....	6
III. Ansatzpunkte für die Auflösung des Spannungsverhältnisses.....	8
§ 2. Compliance und Non-Compliance im Unternehmen.....	11
A. Compliance-Programme als Prävention gegen Regelverletzungen.....	11
I. Zielrichtung von Compliance-Programmen.....	12
II. Bestandteile von Compliance-Programmen.....	12
III. Arbeitsrechtliche Verankerung von Compliance.....	13
1. Direktionsrecht des Arbeitgebers.....	14
2. Einbeziehung in den Individualvertrag.....	15
3. Kollektivrechtliche Einführung.....	15
IV Die Einführung von Compliance-Programmen als Rechtspflicht.....	16
1. Herleitung aus gesellschafts- und aufsichtsrechtlichen Vorschriften.....	16
2. Strafbarkeitsrisiko der Unternehmensleitung aus § 266 StGB	17
a) Missbrauchs- oder Treubruchstatbestand?.....	17
b) Treubruchshandlung.....	18

c) Vermögensnachteil.....	20
3. Ergebnis.....	22
V. Effektivität von Compliance-Maßnahmen.....	23
1. Präventive Compliance-Maßnahmen.....	23
2. Repressive Compliance-Maßnahmen.....	24
a) Die These von der „Präventivwirkung des Nichtwissens“.....	25
b) Die These vom Nichtwissen als Katalysator für Normverstöße.....	27
3. Ergebnis.....	28
VI. Zusammenfassung zu Teil A.....	28
B. Aufdeckung von Regelverletzungen durch Whistleblowing.....	29
I. Systematisierung der Informationspflichten von Arbeitnehmern.....	29
II. Anzeigepflichten von Arbeitnehmern.....	30
1. Rechtsprechung.....	30
a) BAG v. 12.5.1958 (2 AZR 539/56).....	30
b) ArbG Hamburg v. 2.12.1969 (2 Ca 566/68).....	31
c) BAG v. 18.6.1970 (1 AZR 520/69).....	31
d) LAG Berlin v. 9.1.1989 (9 Sa 93/88).....	32
e) BGH v. 23.2.1989 (IX ZR 236/86).....	33
f) LAG Hamm v. 29.7.1994 [18 (2) Sa 2016/93].....	33
g) Zusammenfassung.....	33
2. Präzisierungsversuche der Literatur	34
a) Meinungsspektrum.....	34
b) Die Konzeption von Schulz.....	34
3. Eigene Bewertung.....	35
a) Dogmatische Einordnung der Anzeigepflichten.....	35
b) Relevanz der dogmatischen Einordnung.....	38
4. Vorschlag für eine Präzisierung der Anzeigepflicht außerhalb des eigenen Aufgabenbereichs.....	39
5. Pflicht zur Selbstanzeige?.....	44
III. Möglichkeiten der Erweiterung dieser Anzeigepflichten.....	45
1. Inhaltliche Grenzen.....	45
a) Abhängigkeit von der Art der Implementierung.....	45
b) AGB-rechtliche Grenzen.....	46
c) Der Formulierungsvorschlag von Fahrig.....	48
d) Ergebnis.....	49

2. Mitbestimmungspflichtige Klauseln.....	49
a) Meldepflicht.....	50
b) Meldeerwartung.....	50
IV. Exkurs: Innerbetriebliche Informationspflichten als Garantenpflichten	
iSv § 13 I StGB.....	52
1. Die Diskussion um die Garantenpflicht des Compliance-Officers.....	52
2. Garantenpflicht sonstiger Mitarbeiter?.....	54
a) Zum Whistleblowing verpflichtete Mitarbeiter.....	55
b) Dem Compliance-Officer untergeordnete Mitarbeiter.....	55
V. Zusammenfassung zu Teil B.....	56
C. Unternehmensinterne Sachverhaltsaufklärung als Reaktion auf Non-Compliance.....	57
I. Typische Auslöser.....	58
II. Beispiele für die Notwendigkeit unternehmensinterner Sachverhaltsaufklärung.....	58
1. Bonusregelungen.....	59
a) Wirtschaftliche Tätigkeit mit Bezug zu den USA.....	59
b) Kartellrecht.....	59
c) Vergaberecht.....	60
d) Exportkreditfinanzierung.....	61
2. Auskunftspflichten.....	62
a) Kartellrecht.....	62
b) Aufsichtsrecht.....	62
III. Sachverhaltsaufklärung als Rechtspflicht?.....	63
1. Unternehmensleitung.....	63
a) Pflicht zum Einschreiten bei Verdachtsmomenten.....	63
b) Sachverhaltsaufklärung als Teil des Einschreitens.....	65
2. Aufsichtsrat.....	68
a) Gesellschaftsrechtliche Pflichten.....	68
b) Strafrechtliche Verantwortlichkeit.....	69
3. Ergebnis.....	69
IV. Mögliche Akteure der unternehmensinternen Aufklärung.....	70
1. Unternehmensinterne Institutionen mit Aufklärungsfunktion.....	70
a) Revision.....	70
b) Compliance-Abteilung.....	71
c) Werkschutz.....	72
2. Einschaltung von externen Ermittlern.....	72

a) Praktische Abläufe.....	73
b) Vorteile gegenüber der sonstigen unternehmensinternen Aufklärung.....	74
V. Zusammenfassung zu Teil C.....	76
D. Mitarbeiteramnestien.....	77
I. Typische Bestandteile.....	78
II. Rechtsverbindlichkeit	79
III. Risiken für die Unternehmensleitung.....	79
1. Erstattung von Geldstrafen und Verteidigungskosten der Mitarbeiter.....	80
a) Strafbarkeit wegen Vollstreckungsverweigerung (§ 258 II StGB).....	80
b) Strafbarkeit wegen Untreue (§ 266 StGB).....	81
c) Ausübung des Ermessens bei freiwilliger Übernahme.....	86
d) Ergebnis.....	87
2. Amnestiezusagen als strafrechtliche Beihilfe an Mitarbeiterstraftaten.....	88
IV. Risiken für die an der Amnestievereinbarung beteiligten Mitarbeiter.....	88
1. Rechtliche Folgen eines Verzichts auf die Geltendmachung von Schadensersatz.....	89
2. Rechtliche Folgen eines Verzichts auf arbeitsrechtliche Sanktionen.....	92
3. Rechtliche Folgen eines Verzichts auf das Stellen von Strafanträgen/Strafanzeigen.....	96
a) Zivilrechtliche Wirksamkeit des Verzichts.....	96
b) Einfluss der zivilrechtlichen Vereinbarung auf das Strafantragsrecht.....	97
4. Durchsetzbarkeit einer Vertraulichkeitszusicherung.....	97
V. Risiken für das Unternehmen.....	98
VI. Zusammenfassung zu D.....	98
§ 3. Interne Ermittlungen und ihre Vereinbarkeit mit der staatlichen Straftataufklärung	101
A. Generelle Zulässigkeit privater Ermittlungen.....	101
I. "Privatisierung" des Ermittlungsverfahrens?.....	101
1. Zusammenarbeit zwischen privaten und staatlichen Ermittlern.....	101
2. Vergleich mit ähnlichen Problemfeldern.....	102
a) Privatisierung von Maßnahmen der Verkehrsüberwachung	102
b) Aufsichtsrechtliche Ermittlungsmöglichkeiten der BaFin nach dem WpHG	104
II. Die Konfliktpunkte im Einzelnen.....	106
1. Vereinbarkeit mit dem Gewaltmonopol.....	106

2. Vereinbarkeit mit den Regelungen der StPO.....	107
a) Relevante Aspekte des Einzelfalls.....	107
b) Sachverhaltsaufklärungen des Verletzten	109
c) Private Ermittlungen unabhängig von der Ausübung strafprozessualer Rechte.....	111
III. Zusammenfassung zu Teil A.....	120
B. Die Rechtsstellung des Mitarbeiters während einer Internen Ermittlung im Vergleich zur Rechtsstellung von Beschuldigten und Zeugen im Strafverfahren.....	121
I. Allgemeine Rechtsstellung.....	121
1. Mitarbeiter	121
2. Beschuldigter.....	122
3. Zeuge.....	122
II. Befragungen.....	122
1. Mitarbeiterbefragungen.....	122
a) Überwiegend vertretene Ansicht in der Literatur.....	123
b) Problematische Aspekte dieser Ansicht.....	124
2. Vernehmungen.....	128
a) Beschuldigter.....	128
b) Zeuge.....	129
III. Beistand durch Dritte während der Befragung.....	129
1. Recht des Mitarbeiters auf Hinzuziehung Dritter	129
a) Betriebsratsmitglied.....	129
b) Rechtsanwalt.....	130
2. Beistand im Strafverfahren.....	131
a) Beschuldigter.....	131
b) Zeuge.....	131
IV Rechte auf Einsichtnahme.....	132
1. Einsicht des Mitarbeiters in Befragungs-/Untersuchungsprotokolle.....	132
2. Vorlegung von Vernehmungsprotokollen/Akteneinsichtsrecht.....	133
a) Beschuldigter	133
b) Zeuge.....	134
V. Zugriff auf E-Mails und Dokumente.....	134
1. Interne Ermittlung.....	134
a) E-Mails.....	134
b) Dokumente.....	136
2. Ermittlungsverfahren.....	136

a) E-Mails.....	136
b) Dokumente.....	137
VI. Rechtsschutzmöglichkeiten.....	138
1. Interne Ermittlung.....	138
2. Ermittlungsverfahren.....	138
VII. Zusammenfassender Vergleich.....	139
1. Beschuldigtenrechte und Mitarbeiterpflichten.....	139
2. Eingriffsschwellen.....	139
3. Rechtsschutz.....	140
C. Der Beschluss des LG Hamburg v. 15.10.2010 (608 Qs 18/10) als aktuelles Beispiel.....	140
§ 4. Ansatzpunkte zum Schutz von Mitarbeiterrechten.....	143
A. Die Stellungnahme des Strafrechtsausschusses der BRAK.....	143
I. Mitarbeiterbefragungen.....	144
1. Auskunftspflicht.....	144
2. Recht auf Beistand.....	144
3. Recht auf Einsichtnahme in das Befragungsprotokoll.....	145
4. Belehrungspflichten.....	145
5. Bedingtes Auskunftsverweigerungsrecht des Mitarbeiters.....	145
II. Auswertung von E-Mail-Accounts.....	145
III. Bewertung der Vorschläge.....	145
1. Angleichung an StPO-Standards?.....	146
2. Mitarbeiterbefragungen.....	147
a) Freiheit der Willensentschließung?.....	147
b) Belehrungspflichten.....	148
3. Übrige Vorschläge.....	148
IV. Zusammenfassung zu Teil A.....	149
B. Ansatzpunkte im geltenden Recht.....	149
I. Nemo-tenetur-Prinzip.....	149
1. Herleitung.....	149
2. Anwendungsbereich.....	151
a) Anwendung nur im Strafverfahren?.....	151
b) Stellungnahme.....	152
3. Anwendung auf die Befragungssituation.....	153

a) Zwang.....	154
b) Staatliche Beteiligung am Selbstbelastungszwang.....	156
c) Privater Zwang.....	159
d) Zusammenfassung.....	160
e) Die Auffassung des LG Hamburg im Beschl. v. 15.10.2010 (608 Qs 18/10).....	160
4. Mögliche Folgerungen aus der Anwendbarkeit.....	162
II. Pflichtenstellung des Arbeitgebers.....	163
1. Die Herleitung rechtsstaatlicher Mindeststandards aus der Fürsorgepflicht.....	163
2. Die Herleitung aus den Schutz- und Rücksichtnahmepflichten (§ 241 II BGB).....	164
a) Der herkömmliche Inhalt der Pflichten aus § 241 II BGB.....	164
b) Die Schutzpflicht für die Persönlichkeit des Arbeitnehmers als Ansatzpunkt....	164
c) Mögliche Folgerungen aus der Herleitung von Pflichten aus § 241 II BGB.....	165
III. Beschlagnahmeverbot für Unterlagen aus einer Internen Ermittlung.....	169
1. Beschlagnahmeverbot nach § 97 I Nr. 3 StPO.....	169
a) Einschränkende Auslegung des § 97 I Nr. 3 StPO.....	170
b) Weite Auslegung des § 97 I Nr. 3 StPO.....	171
c) Eigene Bewertung.....	171
2. Beschlagnahmeverbot aus einer entsprechenden Anwendung des Gemeinschuldner-Beschlusses.....	172
3. Verhältnismäßigkeit der Beschlagnahme.....	173
4. Ergebnis.....	175
IV Beweisverwertung im Strafverfahren.....	175
1. Verfassungsrechtliche Begründung von Beweisverwertungsverböten.....	175
2. Rechtswidrige Beweisgewinnung.....	176
a) Differenzierung der möglichen Rechtsverstöße	176
b) Bewertung	177
c) Zusammenfassung.....	180
3. Ansatzpunkte für ein selbstständiges Verwertungsverbot.....	181
a) Drucksituation des Mitarbeiters.....	181
b) Informationsinhalt.....	182
c) Gefährdung der strafprozessualen Stellung.....	183
4. Umsetzung eines Verwertungsverbots für selbstbelastende Auskünfte.....	187
5. Ergebnis.....	188
V. Zusammenfassung zu Teil B und Zwischenfazit.....	188

C. Neue Regelungen.....	189
I. Staatliches Erstzugriffsrecht beim Verdacht auf Straftaten in Unternehmen?.....	189
1. Die Diskussion über Nutzen und Schaden von Internen Ermittlungen.....	189
2. Stellungnahme.....	190
II. Regelungen für die Ermittlung von Non-Compliance in Unternehmen.....	191
1. Staatliche Regulierung oder Selbstregulierung?.....	191
2. Anzeigepflichten.....	192
3. Interne Ermittlungen.....	192
a) Eingriffsschwelle.....	192
b) Mitarbeiterbefragungen.....	194
c) Verweigerungsrecht des Mitarbeiters.....	195
III. Zusammenfassung zu C.....	196
§ 5. Ergebnis und Schluss.....	197
A. Spannungsverhältnis zwischen Unternehmensinteressen und Mitarbeiterrechten.....	197
I. Zusammenfassung.....	197
II. Fazit.....	201
B. Generelle Zulässigkeit privater Ermittlungen.....	202
C. Ansatzpunkte für die Auflösung des Spannungsverhältnisses.....	204
I. Zusammenfassung.....	204
II. Fazit.....	208
§ 6. Anhang: Amnestieangebot der Hypo Group Alpe Adria AG.....	211

§ 1. Einleitung

A. Ausgangsüberlegungen

I. Compliance als Selbstregulierung

José Mourinho, im Jahr 2011 der Trainer des Fußballvereins Real Madrid, sticht nach einem knapp verlorenen Supercup-Spiel mit seinem Finger ins Auge des Barcelona-Assistenztrainers und wird deswegen für einige Spiele vom spanischen Verband gesperrt. Der deutsche Presserat rügt die Bildzeitung, weil diese im Rahmen ihrer Prozessberichterstattung fortlaufend Fotos des angeklagten mutmaßlichen Kindesentführers veröffentlicht. Die Deutsche Forschungsgemeinschaft (DFG) erteilt einem Wissenschaftler eine schriftliche Rüge, weil er in einem Forschungsantrag fremde Texte ohne Zitation übernommen hatte.

Dass Private selbst Regeln aufstellen, anwenden und durchsetzen, um in einem bestimmten Bereich für Ordnung zu sorgen¹, ist weit verbreitet. Neben den bereits angesprochenen Feldern findet sich Selbstregulierung etwa auch im Vereinsrecht, im Technikrecht, im Urheberrecht, im Arbeitsrecht (Tarifverträge, Betriebsvereinbarungen) und im Umwelt-, Agrar- und Lebensmittelrecht.²

Diese Entwicklung hat auch vor dem Gesellschaftsrecht nicht Halt gemacht: Börsennotierte Aktiengesellschaften müssen sich zum einen an den Vorgaben des Deutschen Corporate Governance Kodex orientieren³, die von vielen als Akt der Selbstorganisation der Wirtschaft angesehen werden⁴. Auf der anderen Seite stellen Gesellschaften intern Compliance-Regeln auf, die unter anderem den ordnungsgemäßen und gesetzeskonformen Ablauf der Geschäfte sicherstellen sollen und deshalb als Akt der Selbstregulierung bezeichnet werden können.⁵

1 So der Definitionsvorschlag zum Begriff der „privaten Selbstregulierung“ als Gegenbegriff zur rein staatlichen Regulierung von *Buck-Heeb/Dieckmann* Selbstregulierung im Privatrecht (2010), 24.

2 Vgl. zu weiteren Beispielen *Buck-Heeb/Dieckmann* Selbstregulierung im Privatrecht (2010), 8 ff. Trotz der weiten Verbreitung dieses Phänomens wurden übergreifende systematisierende Untersuchungen zur Selbstregulierung im Privatrecht erst in den letzten Jahren unternommen. Vgl. neben *Buck-Heeb/Dieckmann* Selbstregulierung im Privatrecht (2010) auch die Arbeiten von *Bachmann* Private Ordnung (2006) und *Meder* *Ius non scriptum* (2008).

3 Bzw. Abweichungen von diesen Vorgaben auf ihrer Internetseite veröffentlichen, § 161 AktG.

4 Vgl. die Nachweise bei *Buck-Heeb/Dieckmann* Selbstregulierung im Privatrecht (2010), 100.

5 *Buck-Heeb/Dieckmann* Selbstregulierung im Privatrecht (2010), 94 f.; Vgl. zu den genaueren Systematisierungsmöglichkeiten *Bachmann* Private Ordnung (2006), 39 ff.

Die Vorzüge privater Selbstregulierung sollen vor allem liegen in der Flexibilität der Regeln, der Geschwindigkeit ihrer Aufstellung, der Professionalität und Sachnähe der Regelgeber, der Akzeptanz der Regeladressaten sowie der Kosteneffizienz auf Seiten des Staates.⁶

II. Selbstregulierung und Selbstkontrolle

Auch privat aufgestellte Regeln können aber nur dann Erfolg haben, wenn sie effektiv durchgesetzt werden. Dafür muss der Regelgeber Kontrollmaßnahmen durchführen⁷, die – abhängig von den jeweiligen Besonderheiten des selbstregulierten Bereichs – mit mehr oder weniger großen Schwierigkeiten verbunden sein können. Bei einem Fußballspiel gibt es einen Schiedsrichter, der besondere Vorkommnisse nach dem Spiel an seinen Verband meldet, möglicherweise – für die Beteiligten bedauerlicherweise – gibt es sogar Fernsehbilder. Presseerzeugnisse sind öffentlich und werden vom Presserat im Einzelfall auf ihre Vereinbarkeit mit dem Presskodex überprüft. Die DFG kann die bei ihr eingereichten Forschungsanträge auf inhaltliche wie auf formale Mängel überprüfen.

Andere Felder, die von Privaten einer Selbstregulierung unterzogen wurden, sind dagegen weniger leicht zu kontrollieren. Ob Mitarbeiter eines Unternehmens sich im Einklang mit den jeweiligen Compliance-Richtlinien verhalten, wäre für die Unternehmensleitung normalerweise erst dann erkennbar, wenn Verstöße bekannt werden. Da keinesfalls darauf vertraut werden kann, dass alle Verstöße publik werden, müssen stichprobenartige Kontrollen dafür sorgen, dass wenigstens etwas Licht ins Dunkel gelangt. Außerdem ist das Unternehmen auf Hinweise aus dem Kreis der Mitarbeiter angewiesen. Selbst wenn Verdachtsfälle auftauchen, ist das Ausmaß wohl nur in seltenen Fällen sofort abzuschätzen. Insbesondere bei Korruptionsdelikten kommen neben der Führungsebene auch einfache Mitarbeiter als Mittäter, Gehilfen oder bloße Mitwisser in Betracht.⁸ Hier sind dann umfangreiche Ermittlungen erforderlich, damit durch eine Aufklärung und Sanktionierung des Fehlverhaltens eine bessere Regelbefolgung für die Zukunft bewirkt werden kann.

Die Selbstregulierung und Selbstkontrolle in Unternehmen ist also in tatsächlicher Hinsicht besonderen Schwierigkeiten ausgesetzt: Zum einen wegen der Vielzahl der möglicherweise involvierten Personen, zum anderen wegen der Besonderheiten, die sich aus der hierarchischen Struktur innerhalb von Unternehmen ergeben.

6 Vgl. *Bachmann Private Ordnung* (2006), 54; *Buck-Heeb/Dieckmann Selbstregulierung im Privatrecht* (2010), 220 ff.

7 *Buck-Heeb/Dieckmann Selbstregulierung im Privatrecht* (2010), 290 f.

8 *De Vries in: Arbeitsstrafrecht im Umbruch* (2009), 75, 79.

III. Unternehmerische Selbstkontrolle als Herausforderung an das Recht

Daneben ergeben sich zusätzliche Probleme aus dem besonderen rechtlichen Umfeld, welches Ziel der Selbstregulierung und Selbstkontrolle ist: Zwischen dem Regelgeber (dem Unternehmen) und den Regeladressaten (den Mitarbeitern) besteht ein Arbeitsverhältnis, dessen Inhalt zu maßgeblichen Teilen bereits durch gesetzliche Wertungen vorgegeben ist. Das wirft vor allem die Frage auf, ob ein Unternehmen neben den bereits bestehenden vertraglichen Pflichten eines Arbeitnehmers durch Compliance-Regeln zusätzliche Pflichten aufstellen kann. Wurden etwa Anzeigepflichten nicht ausdrücklich arbeitsvertraglich geregelt, ist deren Reichweite Ergebnis eines am Gesetz orientierten Interessenausgleichs – ein Interessenausgleich, der ja nicht ohne weiteres schon deswegen einen anderen Inhalt bekommen kann, weil sich die eine Seite eine bessere Regelkonformität davon verspricht, dass die andere Seite über möglichst viele Ereignisse Anzeige erstatten muss.

Problematisch ist außerdem, dass die unternehmerische Selbstkontrolle in einem Teilbereich die Aufklärung und Verfolgung von Verhaltensweisen zum Ziel hat, die an sich auch der Staat durch eigene Verfolgungsmaßnahmen aufklären und sanktionieren könnte. Gerade wenn die unternehmenseigenen Aufklärungsbemühungen ein erhebliches Ausmaß annehmen, könnte man in Zweifel ziehen, ob die staatlichen Behörden sich diese Konkurrenz ohne weiteres „gefallen“ lassen müssen.

Aber auch der von Kontrollmaßnahmen betroffene Mitarbeiter hat unter Umständen ein großes Interesse daran, die Mitwirkung an der unternehmenseigenen Aufklärung zu verweigern, gerade wenn Informationen aus dem Unternehmensbereich an Strafverfolgungsbehörden gelangen. Hier droht nämlich eine Aushöhlung der Rechte, auf die er sich in einem Strafverfahren berufen könnte.

Unternehmenseigene Kontroll- und Aufklärungsbemühungen stellen damit das Recht vor eine Herausforderung: Die im Zusammenhang mit Compliance-Programmen durchgeführten Maßnahmen müssen sich mit den Wertungen des Arbeitsrechts vereinbaren lassen. Ein mögliches Konkurrenzverhältnis zu staatlichen Verfahren muss beachtet werden. Schließlich muss mit Blick auf ein mögliches späteres Strafverfahren nach Lösungen gesucht werden, die auch die Rechte und Interessen des betroffenen Mitarbeiters berücksichtigen.

B. Ziel der Untersuchung

Im Zentrum der Arbeit soll das Spannungsverhältnis zwischen Unternehmensinteressen und den Rechten der von Compliance-Maßnahmen betroffenen Mitarbeiter stehen. Die Arbeit soll einen Beitrag zur Präzisierung der Mitwirkungspflichten von

Mitarbeitern leisten, vor allem was deren Anzeige- und Auskunftspflichten angeht. Außerdem soll die Rechtsstellung der Mitarbeiter als Betroffene einer Internen Ermittlung der Rechtsstellung gegenübergestellt werden, die ihnen in einem Strafverfahren zukäme. Nach der Darstellung der jeweiligen Konfliktlagen soll Ausschau gehalten werden nach Lösungsansätzen: Dabei stehen zunächst Möglichkeiten des geltenden Rechts im Vordergrund, bevor der Compliance-Gedanke für neue Lösungsmöglichkeiten nutzbar gemacht werden soll.

C. Gang der Untersuchung

I. Spannungsverhältnis zwischen Unternehmensinteressen und Mitarbeiterrechten

Im ersten Teil der Arbeit steht das Spannungsverhältnis zwischen den Unternehmensinteressen und den Mitarbeiterrechten im Vordergrund (§§ 2, 3).

Unterschieden wird zwischen der Perspektive des Unternehmens und der Perspektive des von Kontrollmaßnahmen betroffenen Mitarbeiters.

Die Unternehmensinteressen werden herausgearbeitet, indem die rechtlichen Pflichten der Unternehmensleitung zur Einführung eines Compliance-Programms sowie zur Reaktion im Falle von Verdachtsfällen dargestellt werden (§ 2 A. IV.; § 2 C III.) Neben rechtlichen Pflichten ist die Unternehmensleitung möglicherweise auch faktischen Zwängen ausgesetzt (§ 2 C I., II).

Dargestellt wird, welcher präventiven (§ 2 A I., II., III) und welcher repressiven (§ 2 C. IV.) Maßnahmen sich das Unternehmen bedienen kann, um Compliance im Unternehmen herzustellen und ob letztere Maßnahmen aus soziologischer Sicht erfolgversprechend erscheinen (§ 2 A V.). Da insbesondere repressive Kontrollmaßnahmen nicht selten einhergehen mit sog. Mitarbeiteramnestien, welche wiederum Risiken für die jeweiligen Interessen in sich bergen, werden auch die hierzu diskutierten Aspekte dargestellt (§ 2 D.).

Aus Sicht des Mitarbeiters ist von Bedeutung, wann er arbeitsrechtlich zur Anzeige von Fehlverhalten im Unternehmen verpflichtet ist (§ 2 B.) und welche Rechte aus einem möglichen späteren Strafverfahren ihm durch eine diesem vorgelagerte Interne Ermittlung möglicherweise verlorengehen (§ 3 B.).

II. Generelle Zulässigkeit privater Ermittlungen in Unternehmen

Damit überhaupt ein Spannungsverhältnis zwischen dem Interesse des Unternehmens an umfassender eigener Aufklärung und dem Interesse des Mitarbeiters am weitestmöglichen Festhalten zukünftiger Beschuldigtenrechte angenommen werden

kann, dürfen umfassende private Ermittlungen nicht generell unzulässig sein (§ 3 A.).

III. Ansatzpunkte für die Auflösung des Spannungsverhältnisses

Schließlich wird nach Lösungen gesucht, auf welche Weise Interne Ermittlungen eines Unternehmens nicht die Rechtsstellung eines Mitarbeiters in einem möglichen späteren Strafverfahren bedrohen. Dafür werden zunächst verschiedene rechtliche Ansatzpunkte diskutiert (§ 4 A., B.). Abschließend erfolgt ein Lösungsvorschlag, der Rekurs nimmt auf den Grundgedanken von Compliance, die Selbstregulierung (§ 4 C.)

D. Reichweite der Untersuchung

Ausgespart bleibt die datenschutzrechtliche Beurteilung von Internen Ermittlungsmaßnahmen. Soweit es um die Konkurrenz zwischen unternehmenseigenen und staatlichen Aufklärungsbemühungen geht, bleibt die Darstellung auf die Aufklärung von Straftaten beschränkt, das Konkurrenzverhältnis zum Ordnungswidrigkeitenverfahren wird also ausgeblendet.

E. Stand der Forschung

I. Spannungsverhältnis zwischen Unternehmensinteressen und Mitarbeiterrechten

Ob es eine Rechtspflicht zur Einführung von Compliance-Programmen gibt, wurde bereits ausgiebig diskutiert.⁹ Seltener wird die Frage gestellt, ob sich Unternehmensleitungen dem Risiko einer Strafbarkeit aussetzen, wenn sie sich gegen die Einführung von Compliance-Programmen bzw. allgemein gegen die Einführung von Vorsorgemaßnahmen in ihrem Unternehmen entscheiden¹⁰.

Die grundsätzliche rechtliche Pflicht von Unternehmensleitungen zum Einschreiten gegen mögliche Gesetzesverletzungen im Unternehmen wird gesellschaftsrechtlich ganz überwiegend bejaht¹¹, wobei die Art und Weise dieses Einschreitens dabei oft im Unklaren bleibt¹². Die faktischen Zwänge zur Internen Aufklärung werden vor allem von Praktikern thematisiert¹³.

9 Vgl. die Nachweise in den Fn. 66 ff.

10 Vgl. hierzu *Theile* wistra 2010, 457 ff. und *Michalke* StV 2011, 245, 248 ff.

11 Vgl. die Nachweise in den Fn. 267 ff.

12 Hierzu aber etwa *Wagner* CCZ 2009, 8, 13, *Reichert/Ott* ZIP 2009, 2173, 2176 und *Wuttke* Straftäter im Betrieb (2010), 83 f.

13 Zum Beispiel in *n. Rosen* (Hrsg.) Internal Investigations (2010).

Die Bestandteile und die Wirkungsweise von Compliance-Programmen sind bereits sowohl grundsätzlich als auch bereichsspezifisch aufbereitet worden¹⁴. Allerdings wurde ihre Wirkungsweise – soweit ersichtlich – noch nicht aus soziologischer Sicht – betrachtet.

Ein weitgehend unbestelltes Forschungsfeld sind die sog. Mitarbeiteramnestien, die bis jetzt ebenfalls vor allem aus Sicht der Praktiker auf problematische Gesichtspunkte untersucht wurden¹⁵.

Wann Arbeitnehmer zur Anzeige von Fehlverhalten in ihrem Unternehmen verpflichtet sind und ob diese Anzeigepflichten im Interesse des Unternehmens ausgeweitet werden können, wird erst seit neuerer Zeit thematisiert¹⁶ – auch hier ist die Diskussion im Fluss.

Ein zusammenfassender Vergleich der Rechte, die einem Mitarbeiter während einer Internen Ermittlung zustehen, und der Rechte, die ihm bei einer strafrechtlichen Ermittlung gegen ihn zustünden, wurde noch nicht unternommen.

II. Generelle Zulässigkeit privater Ermittlungen in Unternehmen

Die Zulässigkeit privater Ermittlungen in einem Unternehmen wurde erstmals ausführlich im Zusammenhang mit der sog. VW-/Lopez-Affäre erörtert, bei der im Jahr 1993 eine Mitarbeitergruppe um den Manager Lopez von Opel zum Konkurrenten VW wechselte und dabei mutmaßlich 20 Kartons mit sensiblen Daten über Einkaufspreise und Herstellungskosten mitgehen ließ.¹⁷ Opel erstattete nicht nur Strafanzeige, sondern leitete auch umfassende Interne Ermittlungen ein, die für Aufsehen in Politik und Medien sorgten.¹⁸

Ausgehend von einem Rechtsgutachten von Krey¹⁹ entwickelte sich eine Diskussion, die bis zum heutigen Tage anhält²⁰, wenngleich in neueren Abhandlungen weniger auf konkrete Einzelfälle als vielmehr auf die mittlerweile erfolgte allgemeine Professionalisierung privater Ermittler („Forensic Services“) Bezug genommen wird²¹.

14 Vgl. nur Hauschka (Hrsg.), *Corporate Compliance*, 2. Aufl. (2010).

15 Göpfert/Merten/Siegrist NJW 2008, 1703, 1704; Wastl/Pusch RdA 2009, 376; Breßler/Kubinke/Schulz/Stein NZG 2009, 721; Annuß/Pelz BB-Special Nr. 4 (2010), 14.

16 Vgl. vor allem die Ausführungen von Schulz Ethikrichtlinien und Whistleblowing (2010), 146 ff., Schulz BB 2011, 629 ff. und Böhm Non-Compliance (2011), 163.

17 Vgl. ausführlich zum Sachverhalt und zu den juristischen Konsequenzen den Wikipedia-Artikel zu José Ignacio López de Arriortúa (abgerufen am 19.10.2011).

18 Vgl. die Nachweise bei Krey Zur Problematik privater Ermittlungen (1995), 19 (Fn. 3).

19 Krey Zur Problematik privater Ermittlungen (1995).

20 Maßgeblich sind unter anderem die Monografien von Hassemer/Matussek Das Opfer als Verfolger (1996), Bockemühl Private Ermittlungen (1996) und Mende Grenzen privater Ermittlungen (2001).

21 Godenzj Private Beweisbeschaffung (2008).

Gemeinsam ist den Arbeiten, dass sie – analog zum Fall VW/*Lopez* – von einer bereits feststehenden Verletzteneigenschaft des jeweiligen Unternehmens ausgehen.²² Aus dieser Wahl des Untersuchungsgegenstands folgt auch die Vorgehensweise bei der Untersuchung: Geprüft wird die Vereinbarkeit eines Rechts des Verletzten auf eigene Ermittlungen mit strafprozessualen Prinzipien und mit einzelnen strafprozessualen Vorschriften bzw. mit einer Gesamtschau strafprozessualer Vorschriften²³; auch Vergleiche mit der Diskussion um das Recht des Beschuldigten auf eigene Ermittlungen werden vorgenommen²⁴. Im Vordergrund steht jedenfalls aufgrund der jeweils postulierten Verletzteneigenschaft stets der Zusammenhang mit einem (möglichen) Strafverfahren.

Dieser Ausgangspunkt erscheint bei heutiger Betrachtung als nicht ausreichend differenziert. Denn die Verletzteneigenschaft des Unternehmens muss zu Beginn Interner Ermittlungen gar nicht unbedingt feststehen. Gerade durch das umfassende Bemühen von Unternehmen um Compliance kommt es möglicherweise vermehrt auch im Vorfeld konkreter Verdachtsmomente zu Maßnahmen der Selbstüberprüfung. Auch bei solchen Maßnahmen, denen noch kein Zusammenhang mit einer möglichen Rolle im Strafverfahren innewohnt, stellt sich die Frage der Zulässigkeit. Hier geht es aber nicht um die Ausübung und die Reichweite konkreter strafprozessualer Rechte, sondern um private Ermittlungen seitens Privater *losgelöst* von möglichen strafprozessualen Rechten. Die Frage der Legalität solcher Ermittlungen „Dritter“ lässt sich daher auch nicht im Hinblick auf die Rolle des „Ermittelnden“ im Strafverfahren beantworten, sondern muss unter Berücksichtigung anderer Aspekte diskutiert werden²⁵, zu denen in dieser Arbeit folgende gerechnet werden: Ergibt sich bereits aus der Möglichkeit zur Vorbereitung zivilrechtlicher

22 So jedenfalls *Krey* Zur Problematik privater Ermittlungen (1995), *Hassemer/Matussek* Das Opfer als Verfolger (1996), *Mende* Grenzen privater Ermittlungen (2001) und *Godenzj* Private Beweisbeschaffung (2008). *Bockemühl* Private Ermittlungen (1996), 35 ff., 38 erörtert abstrakt das Recht von Beschuldigten, Verletzten und Zeugen auf eigene Ermittlungen.

23 *Krey* Zur Problematik privater Ermittlungen (1995), 30 ff.; *Bockemühl* Private Ermittlungen (1996), 32 ff.; *Hassemer/Matussek* Das Opfer als Verfolger (1996), 39 ff.; *Mende* Grenzen privater Ermittlungen (2001), 127 ff.; *Godenzj* Private Beweisbeschaffung (2008), 74 ff. Bei *Mende* Grenzen privater Ermittlungen (2001), 77 ff. finden sich außerdem umfangreiche verfassungsrechtliche Erwägungen.

24 *Hassemer/Matussek* Das Opfer als Verfolger (1996), 16 ff.

25 Manche der folgenden Aspekte spielen freilich auch bei der Frage der Zulässigkeit privater Ermittlungen des Verletzten eine Rolle und wurden dementsprechend bereits thematisiert, so etwa die „zivilrechtliche Ermittlungsbefugnis“ von *Krey* Zur Problematik privater Ermittlungen (1995), 24 und die mögliche „Verschmutzung von Erkenntnisquellen“ von *Hassemer/Matussek* Das Opfer als Verfolger (1996), 25 ff. Bei der Diskussion um die Vereinbarkeit privater Ermittlungen „Dritter“ mit strafprozessualen Prinzipien kann auf die Diskussion zum Recht des Verletzten auf eigene Ermittlungen zurückgegriffen werden.

Maßnahmen ein Recht Privater, Straftaten aufzuklären?²⁶ Sollen strafprozessuale Prinzipien allgemein die Zuordnung von Ermittlungen an den Staat sicherstellen, die auf die Aufklärung von Straftaten zielen?²⁷ Ergibt sich eine Unzulässigkeit privater Ermittlungen daraus, dass staatliche Ermittlungen (etwa durch frühzeitige private Zeugenbefragungen) möglicherweise negativ beeinflusst werden?²⁸ Führt die Gefahr, dass mögliche spätere strafprozessuale Rechte von Mitarbeitern ausgehöhlt werden, zur Unzulässigkeit privater Ermittlungen?²⁹

III. Ansatzpunkte für die Auflösung des Spannungsverhältnisses

Wenn erörtert wird, wie das beschriebene Spannungsverhältnis aufgelöst werden kann, erfolgt dies zumeist eher punktuell.

Manche suchen nach Lösungen im geltenden Recht. Im Zusammenhang mit Mitarbeiterbefragungen wird teilweise auf das Nemo-tenetur-Prinzip hingewiesen. Über dessen Anwendbarkeit³⁰ und die sich daraus möglicherweise ergebenden Konsequenzen³¹ wird allerdings noch gestritten. Auch die Pflichtenstellung des Arbeitgebers wird als mögliche Quelle für den Schutz von Mitarbeiterrechten während einer laufenden Internen Ermittlung genannt³². Aus Anlass eines aktuellen Beschlusses des LG Hamburg³³, das die Beschlagnahme von Informationen aus einer Internen Ermittlungen bei der verantwortlichen Anwaltskanzlei für rechtmäßig erklärte, wird diskutiert, ob Ermittlungsergebnisse aus Internen Ermittlungen mit einem Beschlagnahmeverbot belegt werden müssen³⁴. Schließlich wird auf die Parallelität der Situation des befragten Mitarbeiters zur Situation des Gemeinschuldners hingewiesen und dementsprechend über die Verwertbarkeit von Informationen aus Internen Ermittlungen in nachfolgenden Strafverfahren diskutiert³⁵.

26 S. 112 f.

27 S. 113 ff.

28 S. 118 ff.

29 S. 120.

30 Vgl. allgemein zur Anwendbarkeit außerhalb des Strafverfahrens *Wolff* Selbstbelastung (1997), 99 ff. Eine vertiefte Auseinandersetzung mit der Anwendbarkeit bei Befragungen im Rahmen von Internen Ermittlungen findet sich – soweit ersichtlich – erstmals bei *Knauer/Bubmann* AnwBl 6/2010, 387 ff. Vgl. davor bereits die Ausführungen von *Jahn* StV 2009, 41, 43 f.

31 Für ein Auskunftsverweigerungsrecht sind *Maschmann* in: *Maschmann* (Hrsg.), *Corporate Compliance und Arbeitsrecht* (2009), 149, 175 f. und *Wastl/Litzke/Pusch* NStZ 2009, 68, 71. Tendenziell für ein Verwertungsverbot *Jahn* StV 2009, 41, 43 f.

32 Für eine Verortung in der Treuepflicht des Arbeitgebers sind *Sidbu/v. Saucken/Rubmannseder* NJW 2011, 881 ff.

33 LG Hamburg, Beschl. v. 15.10.2010, 608 Qs 18/10, NJW 2011, 942.

34 Ausführlich hierzu *Jahn/Kirsch* StV 2011, 152 ff. und *Jahn* ZIS 2011, 453 ff.

35 Vgl. hierzu etwa *Bittmann/Molkenbur* wistra 2009, 373, 375; *Böhm* WM 2009, 1923, 1924; *Brunböber* GA 2010, 571 ff.; *Theile* StV 2011, 381 ff.

Über das geltende Recht hinaus gehen Stimmen, die dem Staat ein Erstzugriffsrecht beim Verdacht auf Straftaten in Unternehmen zubilligen möchten³⁶. Andere plädieren dafür, vor allem das Verfahren von Internen Ermittlungen näher auszugestalten³⁷.

In der vorliegenden Arbeit sollen die einzelnen Vorschläge gesammelt und diskutiert werden. Gerade aus dem übergreifenden Blick ergibt sich die Möglichkeit, die Gefahren von Internen Ermittlungen für Mitarbeiterrechte zu veranschaulichen und eventuelle Lösungswege aufzuzeigen.

36 *Jaeger* der kriminalist 01/2008, 19, 23. Ähnlich auch *de Vries* Kriminalistik 2011, 83, 88.

37 *Pfordte* in: DAV-FS (2009), S. 740, 757; *Minoggio* Firmenverteidigung (2010), Rn. 1277; *Momsen/Grützner* DB 2011, 1792, 1794. Einen Vorschlag für eine Ausgestaltung des Verfahrens von Internen Ermittlungen hat der Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer gemacht, vgl. die Ausführungen des Vorsitzenden *Ignor* CCZ 2011, 143 ff.

§ 2. Compliance und Non-Compliance im Unternehmen

Unternehmen haben ein großes Interesse daran, dass Gesetze und sonstige relevante Regeln von den Mitarbeitern befolgt werden. Diesem Zweck dienen Compliance-Programme, die vor allem präventiv der Begehung von Regelverletzungen vorbeugen sollen (A.).

Möglicherweise will sich das Unternehmen aber nicht auf die Wirksamkeit präventiver Maßnahmen verlassen, sondern zusätzlich auf Hinweise von Seiten der Mitarbeiter zurückgreifen. Dafür muss geklärt werden, welche gesetzlichen Anzeigepflichten Mitarbeiter treffen und ob diese Anzeigepflichten im Interesse des Unternehmens ausgedehnt werden können (B.).

Tauchen entsprechende Verdachtsfälle auf Regelverstöße im Unternehmen auf, hängt die Reaktion der Unternehmensleitung von den Umständen des Einzelfalls, aber auch möglichen Rechtspflichten zur Aufklärung ab. Wenn die Entscheidung für eine unternehmensinterne Aufklärung gefallen ist, muss außerdem das konkrete Vorgehen abgestimmt werden (C.)

Insbesondere bei umfangreichen Aufklärungsbemühungen des Unternehmens zählt dazu unter Umständen auch die Aufstellung sog. Amnestieprogramme, die vor allem die Mitwirkungsbereitschaft der Mitarbeiter erhöhen sollen (D.).

A. Compliance-Programme als Prävention gegen Regelverletzungen

"*Compliance*" lässt sich übersetzen mit "Erfüllung" oder "Einhaltung".³⁸ Dagegen bedeutet der Ausdruck "*in compliance with*" eher "in Übereinstimmung mit" oder "gemäß". Der Begriff "*Compliance*" bezeichnet also sowohl eine Tätigkeit als auch einen Zustand – was ihn im deutschen Sprachgebrauch etwas unhandlich macht.

Wenn im wirtschaftsrechtlichen Zusammenhang von Compliance die Rede ist, schwingen in der Regel beide Bedeutungen mit: Compliance umschreibt das Ziel, dass sich Unternehmen und ihre Organe im Einklang mit dem geltenden Recht bewegen sollen.³⁹ Gleichzeitig wird der Blick aber auf das Handeln der Unternehmen und ihrer Mitarbeiter gelenkt: Welche konkreten Maßnahmen sind erforderlich, damit das Ziel, die Regelkonformität, auch erreicht werden kann?

38 *Hamblock/Wessels* Wörterbuch Wirtschaftsenglisch, 7. Aufl., S. 590.

39 *Hauschka* in: Hauschka (Hrsg.), *Corporate Compliance*, 2. Aufl. (2010), 1, 3. Vgl. zu den Risiken, die aus einer „Non-Compliance“ resultieren können, *Böhm* Non-Compliance (2011), 68 ff.