

Da sich aber nur tatsächlich oder rechtlich einfach gelagerte Sachverhalte nach § 266a StGB für das selbständige Ermittlungsverfahren nach §§ 14a - 14c SchwarzArbG-E eignen, stellt sich die Frage nach dem praktischen Anwendungsbereich.

Tatsächlich sind Strafverfahren, die wegen des Vorwurfs des § 266a StGB geführt werden, bei den gebildeten Schwerpunktstaatsanwaltschaften richtig verortet, weil gerade dort die entsprechende Kompetenz vorliegt.

Die Praxis der Strafverteidigung lehrt überdies, dass es die vermeintlich einfach gelagerten Fälle sind, in denen der Beschuldigte ohne adäquaten Rechtsrat außerstande ist, die tatsächlichen Verhältnisse korrekt darzustellen und einer differenzierten rechtlichen Bewertung zugänglich zu machen. Bedenke man nur die von der Zollverwaltung im Vorfeld solcher Ermittlungsverfahren - nämlich im Prüfungsverfahren - verwendeten Fragebögen zur Statusermittlung, welche zu einer (man könnte meinen zielgerichteten) Verkürzung auf Sachverhaltsebene durch Ankreuzen und vorformulierte, standardisierte Kriterienabfrage führen und in Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts nach § 266a StGB münden.

## Rezensionen

Rechtsanwalt Dr. Richard Hennecke, Essen/Münster

# Laura Christiane Nienaber, Umfang, Grenzen und Verwertbarkeit compliance-basierter unternehmensinterner Ermittlungen

Diss., 1. Auflage 2019, Nomos Verlagsgesellschaft, 535 S., 139,00 EUR.

## I. Einleitung

Kaum ein Thema hat die Gemüter im Wirtschaftsstrafrecht im vergangenen Jahr so erhitzt wie die lang ersehnte „Jones-Day“-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts<sup>1</sup> zur Durchsuchung von Kanzleiräumen und der Beschlagnahme von Unterlagen aus internen Ermittlungen. Die Hoffnung nach bundeseinheitlichen Standards erfüllte die Entscheidung jedoch nicht.<sup>2</sup> Eine gesetzliche Regelung lässt zudem weiterhin auf sich warten. Umso wichtiger ist daher der Beitrag, den die Autorin mit ihrer Dissertation zur dringend notwendigen, dogmatischen Durchdringung der Materie leistet. Das Werk, erschienen in der renommierten Reihe „Schriften zu Compliance“ des Nomos Verlages, beschränkt sich dabei nicht auf die Beschlagnahmefähigkeit von Unterlagen aus internen Ermittlungen. Sicherlich hätte man allein diesem Thema eine Dissertation widmen können. Die Autorin wählt stattdessen einen ganzheitlichen Ansatz: Die Untersuchung stellt sowohl den tatsächlichen als auch den rechtlichen Rahmen interner Ermittlungen dar und befasst sich zudem mit der in der Praxis besonders relevanten Frage der Verwend- und Verwertbarkeit von Untersuchungsergebnissen und der Auflösung des Spannungsverhältnisses zwischen arbeitsrechtlicher Auskunftspflicht und Wahrung der Verteidigungsrechte des betroffenen Mitarbeiters im Strafverfahren. Dem Ansatz entsprechend gleicht das Werk mit einem Umfang von 535 Seiten auch eher einer Habilitationsschrift als einer Dissertation.

## II. Zum Inhalt

Gegenstand und Schwerpunkt (vgl. S. 33) – und damit das selbstgesteckte Ziel der Autorin – liegen in der Analyse von Umfang und Grenzen unternehmensinterner Ermittlungen. Die Autorin macht dabei gleich zu Beginn deutlich, welche Fragen sie hierbei als wesentlich ansieht (S. 34). Diese Fragen dürften jedem mit internen Ermittlungen befassten Praktiker nur allzu geläufig sein: Sind unternehmensinterne Ermittlungen zulässig und besteht gar

<sup>1</sup> BVerfG, Beschlüsse vom 27.06.2018 - 2 BvR 1287/17 und 2 BvR 1583/17

<sup>2</sup> Vgl. *Momsen*, NJW 2018, 2362.

eine rechtliche Verpflichtung hierzu? Welche rechtlichen Grenzen gibt es? Existiert eine arbeitsrechtliche Aussagepflicht der Mitarbeiter? Müssen Mitarbeiter belehrt und Gespräche protokolliert werden? Steht den internen Ermittlern ein Aussageverweigerungsrecht im Strafverfahren zu? Liegt ein Beschlagnahmeverbot hinsichtlich der Aufzeichnungen und Unterlagen der unternehmensinternen Ermittlungen vor? Besteht ein Beweisverwertungsverbot für selbstbelastende Äußerungen? Und zuletzt: Wie lässt sich das Spannungsverhältnis zwischen arbeitsrechtlicher Auskunftspflicht und Nemo-tenetur-Grundsatz / Fair-trial-Prinzip auflösen?

Die Arbeit gliedert sich in fünf Kapitel. Das *erste Kapitel* (S. 37 ff.) befasst sich mit dem Begriff, der Bedeutung und der Systematisierung unternehmensinterner Ermittlungen. Die Autorin stellt zu Beginn des Abschnittes die Genesis des Begriffs und die wachsende Bedeutung von Compliance dar. Zur Bestimmung von Umfang und Grenzen interner Ermittlungen ist nach Ansicht der Autorin zunächst eine Definition der unternehmensinternen Ermittlungen erforderlich. Zu diesem Zwecke werden zunächst die Ziele unternehmensinterner Ermittlungen beleuchtet und von den Zielen und Zwecken strafrechtlicher Ermittlungen abgegrenzt. Die Autorin weist dabei auf das Fehlen einheitlicher Rahmenbedingungen hin und zeigt am Begriff der Korruption auf, dass Bereits bei der Definition der aufzudeckenden Sachverhalte Schwierigkeiten entstehen. Überzeugend stellt die Autorin (S. 62 ff.) den Vorteil von externen gegenüber internen Ermittlern dar. Den Sinn und Zweck von unternehmensinternen Ermittlungen erläutert die Autorin (S. 69 ff.) anhand verschiedener nationaler und internationaler Haftungsregime und begründet ihn mit der Abwendung von Rechtsfolgen für das Unternehmen und dessen Organen sowie der bußgeldmindernden Wirkung von Compliance-Maßnahmen vor dem Hintergrund der jüngeren BGH Rechtsprechung.<sup>3</sup> Die aus Sicht der Praxis sehr relevante und schwierige Frage des notwendigen *Umfangs* interner Ermittlungen stellt die Autorin umfassend (S. 92 ff.) dar. Nach ihrer Ansicht gilt: je begründeter der Verdacht von Rechtsverletzungen, je schwerer das Delikt wiegt und je größer die finanziellen Schäden für das Unternehmen sowie die Haftungsgefahr der Pflichtenträger und der Reputationsverlust und je höher die Wahrscheinlichkeit einer Kooperation, desto umfangreicher sollte die unternehmensinterne Ermittlung ausfallen. Die Autorin stellt dabei die gängigen Ermittlungsmaßnahmen und die damit einhergehenden Risiken dar. Ein besonderer Schwerpunkt liegt hierbei auf Mitarbeiterinterviews (S. 98 ff.) als Schlüsselfaktor der Untersuchung. Überzeugend arbeitet die Autorin die dogmatische Herleitung der arbeitsrechtlichen Auskunftspflicht des Arbeitnehmers heraus. Eine Beschränkung der arbeitsrechtlichen Auskunftspflicht lehnt die Autorin unter umfassender Darstellung der Auffassungen in Literatur und Rechtsprechung aufgrund einer Abwägung zwischen den Interessen des Arbeitnehmers und denen des Unternehmens und seiner Organe ab (S. 108 ff.). In der Folge wird auch die Delegation des arbeitsrechtlichen Auskunftsanspruchs an externe Ermittler und im Falle der AG ein originäres Befragungsrecht des Aufsichtsrates und dessen Recht zur Beauftragung von Ermittlern bejaht. Streitbar ist sicherlich die Annahme der Fortwirkung der Auskunftspflicht nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses (S. 115), wobei die Autorin letztlich auf eine Interessensabwägung im Einzelfall abstellt. Als „Minus“ zum Auskunftsanspruch bejaht die Autorin eine Pflicht zur Teilnahme an Interviews. Ein Anspruch auf den Beistand eines Betriebsratsmitglieds wird außerhalb des Anwendungsbereichs des § 82 Abs. 2 S. 2 BetrVG verneint. Die Autorin stellt zudem mögliche arbeitsrechtliche Konsequenzen als Folge der Verletzung der arbeitsrechtlichen Auskunftspflicht dar und diskutiert die Vor- und Nachteile von Amnestieprogrammen (S. 121 ff.). Überzeugend weist die Autorin dabei darauf hin, dass die Nichtgeltendmachung von Schadensersatzansprüchen nicht dazu führen darf, die zero-tolerance-policy eines Unternehmens zu unterwandern und den Eindruck entstehen zu lassen, dass Fehlverhalten toleriert wird (S. 125 f.). Das erste Kapitel endet mit einer Diskussion der Abgrenzung von privaten und staatlichen Ermittlungen, wobei die Autorin auf die Problematik der Umgehung strafprozessualer Beschuldigtenrechte durch Einschaltung interner Ermittler hinweist, wenn einzelne Untersuchungsmaßnahmen den Ermittlungsbehörden zuzurechnen sind. Das bloße Ausnutzen der Ermittlungsergebnisse ist nach Ansicht der Verfasserin hierfür nicht ausreichend (S. 134 ff.).

Das *zweite Kapitel* befasst sich mit den Grenzen unternehmensinterner Ermittlungen. Zu Beginn des Kapitels diskutiert die Autorin die Frage der Zulässigkeit unternehmensinterner Ermittlungen, die sie unter Darstellung der verfassungsrechtlichen und strafprozessualen

<sup>3</sup> BGH, Urteil vom 09.05.2017 – I StR 265/16

Vorgaben – entsprechend der herrschenden Meinung – ebenso bejaht wie eine *Rechtspflicht* zur Durchführung interner Ermittlungen. Das Herzstück des Kapitels (S. 173 ff.) betrifft die Frage der Rechtmäßigkeit einzelner Ermittlungsmaßnahmen. Hervorzuheben ist hierbei die Darstellung der in der Praxis besonders relevanten datenschutzrechtlichen Vorgaben, welche die Autorin bereits im Lichte der Neuerungen von DSGVO, BDSG und TKG darstellt, dabei aber auch die frühere Rechtslage berücksichtigt. Nach der allgemeinen Darstellung strafrechtlicher, standesrechtlicher und betriebsverfassungsrechtlicher Grenzen beleuchtet die Autorin in der Folge die Rechtmäßigkeit einzelner Ermittlungsmaßnahmen, wobei gleich zu Beginn auf die Zulässigkeit der Auswertung von E-Mails eingegangen wird. Die Zulässigkeit eines E-Mail-Screenings wird ausführlich diskutiert, wobei die Autorin im Ergebnis der gängigen Abgrenzung zwischen dienstlichen und privaten E-Mails und gestatteter bzw. nicht-gestatteter Privatnutzung folgt. Eine Inhaltskontrolle bei erlaubter Privatnutzung lehnt die Autorin ab (S. 221). Ein entsprechendes Ergebnis soll auch beim Screening von Internetverkehrsdaten, der Sichtung physischer und elektronischer Dokumente und der Kontrolle des Postverkehrs gelten. Eine verdeckte Telefonüberwachung lehnt die Autorin grundsätzlich ab, wohingegen eine verdeckte Videoüberwachung vor dem Hintergrund der jüngeren BAG Rechtsprechung bei Vorliegen eines Anfangsverdachts in Bezug auf Straftaten oder sich als gravierend darstellende Pflichtverletzungen als ultima ratio zulässig sein soll, sofern das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Betroffenen im Einzelfall nicht entgegensteht (S. 259). Neben der Durchsuchung und Inaugenscheinnahme des Arbeitsplatzes zeigt die Autorin noch die Strafbarkeitsrisiken bei der Durchführung von Mitarbeiterinterviews auf. Das Kapitel schließt mit der Diskussion der Zulässigkeit von Amnestieprogrammen und der häufig relevanten Frage der Übernahme von Verteidigerkosten und Geldstrafen. Allenfalls an dieser Stelle wird sich mancher Leser noch mehr Tiefe wünschen, da diese Fragen in der Praxis je nach Rechtsform des Unternehmens mitunter Schwierigkeiten bereiten, worauf die Autorin allerdings zutreffend hinweist.

Im *dritten* Kapitel untersucht die Autorin, inwieweit eine Verwendung der Erkenntnisse unternehmensinterner Ermittlungen erfolgen kann. Diese Frage wird im Wesentlichen in Bezug auf Strafverfolgungsbehörden diskutiert. Dabei erörtert die Autorin zunächst die Frage, inwieweit den an der internen Ermittlung beteiligten Personen ein Schweigerecht im Strafverfahren zusteht (S. 288 ff.). Die Autorin diskutiert hier vor allem ein Schweigerecht beteiligter Syndikusrechtsanwälte, dass im Ergebnis vor dem Hintergrund von Sinn und Zweck des § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 2, 3 StPO durch eine Gleichstellung von Syndikusrechtsanwälten und externen Rechtsanwälten bejaht wird. Die grundsätzliche Zulässigkeit der Verwendung von Interviewprotokollen im Ermittlungsverfahren wird ebenfalls bejaht. Die Einführung in das Hauptverfahren wird hingegen unter Verweis auf das Beweiserhebungsverbot des § 250 StPO und das Richterprivileg des § 254 StPO verneint. Die besonders relevante Frage der Beschlagnahmefähigkeit von Interviewprotokollen, die sich im Besitz von Berufsgeheimnisträgern befinden, entscheidet die Autorin durch eine extensive Auslegung des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 27. Juni 2018 hält die Autorin dabei für „schwer verständlich“ (S. 316). Zurecht weist sie darauf hin, dass das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung die Bedeutung des Vertrauensverhältnisses zwischen Rechtsanwalt und Mandant vernachlässigt und diese Entscheidung in der Konsequenz dem gesetzgeberischen Ziel einer Honorierung von freiwilliger Aufklärungsarbeit zuwiderläuft. In der Folge bejaht die Autorin ein Beschlagnahmeverbot von entgegen § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO beschlagnahmten Unterlagen. Sofern sich Interviewprotokolle im Gewahrsam einer mandatierten Rechtsanwaltskanzlei befinden, sollen diese dem Beschlagnahmeschutz des § 160a StPO unterliegen.

Das *vierte* Kapitel befasst sich schließlich mit dem Spannungsverhältnis zwischen der arbeitsrechtlichen Auskunftspflicht betroffener Mitarbeiter und der Selbstbelastungsfreiheit gegenüber staatlichen Institutionen. Als Grundlage zur Beantwortung dieser Frage erfolgt zunächst eine umfassende Darstellung der Systematik der Beweisverwertungsverbote sowie des nemo-tenetur-Grundsatzes und des Fair-Trial-Prinzips als zentrale verfassungsrechtliche Grundsätze. Die Autorin löst das Spannungsverhältnis im Wege einer praktischen Konkordanz. Eine Einschränkung der arbeitsrechtlichen Auskunftspflicht lehnt sie ab (S. 401 ff.). Das Geheimhaltungsinteresse des Arbeitnehmers trete gegenüber den Interessen des Arbeitgebers zurück. Ein Schutz der Interessen des Arbeitnehmers hingegen könne nicht über eine entsprechende Anwendung etwa des § 136a StPO oder des § 97 Abs. 1 S. 3 InsO erreicht werden. Die Autorin nimmt jedoch aufgrund des Fair-Trial-Prinzips ein Beweisverwertungsverbot für Aussagen an, die aufgrund der arbeitsrechtlichen Auskunfts-

pflcht des Mitarbeiters im Rahmen einer unternehmensinternen Ermittlung zustande gekommen sind (S. 439). Die Autorin geht allerdings noch weiter und bejaht zudem eine Fernwirkung des Beweisverwertungsverbotes (S. 445 f.). Ein hypothetischer Ersatzeingriff als Möglichkeit zur Verwertung der Aussage des Mitarbeiters wird abgelehnt. Zudem soll für Unterlagen, die der Arbeitnehmer aufgrund seiner arbeitsrechtlichen Auskunftspflicht herausgeben muss, ein Beweisverwendungsverbot bestehen. Im Ergebnis lehnt die Autorin damit die Möglichkeit einer strafprozessualen Verwertung der Aussage, die ein Mitarbeiter im Rahmen einer internen Ermittlung getätigt hat, umfassend ab. Die Autorin weist allerdings darauf hin, dass die arbeitsrechtliche Auskunftspflicht des Mitarbeiters einer gesetzlichen Regelung zugeführt werden sollte. De lege ferenda schlägt sie daher eine Regelung nach dem Vorbild des § 97 InsO vor.

### III. Fazit

Die Arbeit gibt eine umfassende Übersicht zum Lagebild und zu sämtlichen Facetten unternehmensinterner Ermittlungen. Sie ist sowohl aus Praxis- als auch aus wissenschaftlicher Sicht interessant. Die gängigen Rechtsansichten werden vollständig dargestellt und die verschiedenen Problemfelder sowohl in rechtlicher als auch in praktischer Hinsicht aufgezeigt. Dem ganzheitlichen Ansatz, den die Autorin mit ihrer Arbeit verfolgt hat, wird das Werk voll und ganz gerecht. Dem geneigten Leser kann die Arbeit uneingeschränkt empfohlen werden.