

tern Misstrauen schüren. Es bleibt zu hoffen, dass diese große Sanktionsmacht bei zugleich erheblicher Unbestimmtheit nicht zu Überregulierung und Lähmung im Unternehmen führt. Unternehmen sollten ihrer Arbeit nachgehen können und sich nicht stetig im Abwehrmodus befinden.

## V. Ausblick

Tritt das VerSanG so in Kraft, dann

- wird der CEO, der Vorstandsvorsitzende eines jeden größeren Unternehmens, in dem immer irgendeine zumindest kleine strafrechtliche Ungereimtheit vorkommen wird, zukünftig mehr Zeit mit seiner Rechtsabteilung, den Anwälten oder sogar im Gerichtssaal verbringen, und
- über jedem Geschäftsleiter wird nicht nur ständig das Damoklesschwert strafrechtlicher Vorwürfe gegen sein Unternehmen schweben, sondern er selbst wird sicher auch mit Verfahren nach dem VerSanG befasst sein. Bis zu einer Entscheidung der jeweiligen Verfahren wird es angesichts der ohnehin überlasteten Justiz voraussichtlich Jahre dauern,
- es sei denn, das Unternehmen schafft sich die Last resignierend dadurch vom Leib, dass es schnell und ohne zu großen Widerstand zahlt.

Trotz vieler schlechter Nachrichten, die zur Diskussion anregen sollen; eine gute Nachricht verbleibt: Bislang ist es nur ein Entwurf.

### Unternehmensstrafrecht

---

Rechtsanwälte Dr. med. Mathias Priewer und Dr. Lukas Ritzenhoff, beide Berlin

## Das Verhältnis von interner Untersuchung und (Unternehmens-)Verteidigung

### Eine konstruktiv-kritische Bestandsaufnahme

#### I. Der missglückte Auftrag

Die Veröffentlichung des Referentenentwurfs für ein Gesetz zur Bekämpfung der Unternehmenskriminalität, in dessen Mittelpunkt das Verbandssanktionengesetz (RefE-VerSanG) stehen soll, hat die erwartete hitzige Debatte ausgelöst. Die Kritik der vergangenen Wochen ist mannigfaltig und zumeist fundamental, ihre Stoßrichtung nicht selten die Frage nach der Sinnhaftigkeit des gesamten Gesetzesvorhabens, jedenfalls aber einzelner Regelungskomplexe. Beifallsbekundungen sind demgegenüber weitgehend ausgeblieben.

Ablehnung erfahren vor allem die geplanten Vorschriften zu internen Untersuchungen (§§ 17-19 RefE-VerSanG). Dabei wird zumeist übersehen oder bewusst nicht erwähnt, dass der Koalitionsvertrag der eigentliche neuralgische Punkt ist. Der Auftrag der Regierungsparteien, „gesetzliche Vorgaben für Internal Investigations [zu] schaffen“ sowie „gesetzliche Anreize zur Aufklärungshilfe durch Internal Investigations und zur anschließenden Offenlegung der hieraus gewonnenen Erkenntnisse [zu] setzen“, wurde erkennbar eilig und gedankenlos formuliert. In dieses Prokrustesbett gezwängt, muss der Entwurfsverfasser vielfältige Erwartungen und Interessen in Einklang bringen. Er muss die materiellen Anforderungen der tangierten Rechtsgebiete, etwa des traditionell stark judikatorisch geprägten (Individual-)Arbeitsrechts, einbeziehen und darf die bewährte *Best Practice* nicht regulativ überholen. Als Arbeitsprodukt wird von ihm ein Gesamtkonzept erwartet, das international anschlussfähig ist und von dem auch *in praxi* die angestrebte Anreizwirkung für Unternehmen ausgeht. Angesichts dieser kaum lösbarer Aufgabe wird nachvollziehbar, dass das ursprüngliche Ziel, interne Untersuchungen in einem eigenen Stammgesetz umfassend zu regeln, im Laufe der bisherigen Entwurfsarbeit aufgegeben worden ist.

Ein weiterer Anspruch an das Verbandssanktionengesetz soll wegen seiner Bedeutsamkeit bereits an dieser Stelle erwähnt werden: Auch die unterschiedlichen finanziellen, personellen und organisatorischen Kapazitäten der Normadressaten müssen angemessen berücksichtigt werden. Interne Untersuchungen sind beileibe keine Spezialmaterie und werden nicht nur von Großkanzleien für multinationale Konzerne bei Ermittlungen von Schwerpunktstaatsanwaltschaften durchgeführt. Sie betreffen in gleicher Weise kleine bis mittelgroße Unternehmen, unerfahrenere Staatsanwaltschaften und Strafrechts-/Compliance-Boutiquen. Letztere scheint der Regierungsentwurf noch nicht fest im Blick zu haben: So stellen *Chinese Walls* und andere Modelle zur Vermeidung von Interessenkonflikten für Sozietäten mit einer überschaubaren Anzahl an Berufsträgern eine ungleich größere Herausforderung dar als für Großkanzleien, bei denen sie fester Bestandteil der Mandatsorganisation sind.

## II. Untersuchungsgegenstand: § 18 Abs. 1 Nr. 2 RefE-VerSanG

Der vorliegende Beitrag befasst sich im Ausgangspunkt nur mit der geplanten Vorschrift zum Verhältnis von interner Untersuchung und Verteidigung: § 18 Abs. 1 Nr. 2 RefE-VerSanG knüpft die vertyppte sanktionsmildernde Wirkung einer internen Untersuchung konditional daran, dass „der beauftragte Dritte oder die für den beauftragten Dritten bei den internen Untersuchungen handelnden Personen nicht Verteidiger des Verbandes oder eines Beschuldigten, dessen Verbandsstraftat dem Sanktionsverfahren zugrunde liegt, sind“. Nur unter dieser Voraussetzung können für Unternehmen günstige Rechtsfolgen wie Sanktionsrahmenverschiebung (Halbierung des Höchstmaßes der Verbandsgeldsanktion, Wegfall des Mindestmaßes), Ausschluss der Anordnung von Verbandsauflösung<sup>1</sup> und öffentlicher Bekanntmachung der Sanktionierung sowie Entscheidung durch Sanktionsbescheid greifen.<sup>2</sup> Die Kritik an der Regelung steht *pars pro toto* für die weiteren Vorschriften zu internen Untersuchungen in §§ 17-19 RefE-VerSanG. Sie ist kein Selbstzweck, sondern soll Optionen aufzeigen, wie mit dem missglückten Auftrag der Regierungsparteien umgegangen werden kann.

## III. Kritik

### 1. Fehlgehende Motive

Der Regelung des § 18 Abs. 1 Nr. 2 RefE-VerSanG liegt die Annahme zugrunde, eine Verbindung von interner Untersuchung und Verteidigung schwäche die Glaubwürdigkeit der Untersuchungsergebnisse. Erst eine „funktionale Trennung“ von Verteidigung und interner Untersuchung könne den erforderlichen Vertrauensvorschuss bei Verfolgungsbehörden begründen und die ernsthafte Selbstreinigung durch das Unternehmen sowie einen nachhaltigen Kulturwandel anstoßen. „Nur ein unabhängiger Untersuchungsführer“, heißt es in der Entwurfsbegründung (S. 100), könne „zum Kern der aufzuarbeitenden Straftat vordringen und hierbei auch eventuelle Verstrickungen der Firmenleitung ernsthaft in den Blick nehmen“.

Diese Erwägungen legen ein institutionelles Misstrauen gegenüber der Anwaltschaft nahe. Es wird anscheinend ein Risiko dafür gesehen, dass Rechtsanwälte, die zugleich eine Verteidigerrolle besetzen, unlauter in interne Untersuchungen eingreifen und etwa Ergebnisse fälschen oder Informationen zurückhalten könnten. Betroffen ist eine Berufsgruppe, der das Bundesverfassungsgericht „eine auf Wahrheit und Gerechtigkeit verpflichtete amtsähnliche Stellung“ zuweist.<sup>3</sup> Warum gerade Rechtsanwälte ein abstraktes Prozessrisiko sein sollen, nicht aber eigenes Personal des Unternehmens – § 17 RefE-VerSanG stellt klar, dass die vertyppte Sanktionsmilderung auch greifen kann, wenn die interne Untersuchung vom Unternehmen selbst durchgeführt wird – erschließt sich nicht. Die bloße Denkmöglichkeit

<sup>1</sup> Dem Vernehmen nach sieht der Referentenentwurf in seiner aktuellen, fortentwickelten Fassung eine Verbandsauflösung nicht mehr vor.

<sup>2</sup> Erfüllt die interne Untersuchung eine der Voraussetzungen des § 18 Abs. 1 RefE-VerSanG (wesentlicher Aufklärungsbeitrag; Trennung von Verteidigung und interner Untersuchung; ununterbrochene und uneingeschränkte Kooperation; umfangreiche Offenlegung; Beachtung der Grundsätze eines fairen Verfahrens; Compliance mit geltenden Gesetzen) nicht, soll allerdings eine Berücksichtigung als allgemeiner Milderungsgrund möglich sein. Zur Beachtung der Grundsätze eines fairen Verfahrens s. *Schneider/Priewer*, Verbandssanktionengesetz: Mitarbeiterbefragungen in unternehmensinternen Untersuchungen, Compliance – Die Zeitschrift für Compliance-Verantwortliche (Sep 2019), 5.

<sup>3</sup> BVerfG, Beschl. v. 8.10.1974 – 2 BvR 747/73 u.a. = NJW 1975, 103 ff.

eines missbräuchlichen Verhaltens ist als Begründung nicht ausreichend. Denn schon die derzeitige Rechtslage beugt Missbrauch effektiv und hinreichend vor. So bestimmt mit § 258 StGB eine Strafnorm über die Grenzen zulässigen Verteidigungsverhaltens.<sup>4</sup> Überschießend dazu verbietet § 43a Abs. 3 BRAO auf berufsrechtlicher Ebene das bewusste Verbreiten von Unwahrheiten und verfälschten Beweismitteln. Hinzu kommt, dass Organe eines Verbandes genau wie der Verband selbst einer strikten Legalitätspflicht unterliegen, die selbstverständlich auch dann gilt, wenn ein eigener Rechtsverstoß oder der eines Dritten dem Verband potentiell zu Gute kommt.<sup>5</sup> Hat sich ein Unternehmen dafür entschieden, eine interne Untersuchung von Rechtsanwälten durchführen zu lassen, besteht angesichts dessen keine Notwendigkeit für zusätzliche Regelungen. Es besteht insbesondere kein Anlass, der Tätigkeit der beauftragten Rechtsanwälte misstrauisch gegenüber zu stehen.<sup>6</sup>

§ 18 Abs. 1 Nr. 2 RefE-VerSanG scheint außerdem darauf angelegt zu sein, Unterlagen aus internen Untersuchungen umfassend dem für Verteidigungsdokumente geltenden Beschlagnahmeschutz zu entziehen. Dieser Punkt erschließt sich zum einen aus der Diskussion um die diesbezügliche Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts<sup>7</sup> und zum anderen aus dem systematischen Zusammenhang mit der Neufassung von § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO durch Art. 4 des Referentenentwurfs. Danach sollen „andere Gegenstände einschließlich der ärztlichen Untersuchungsbefunde“ nur noch insoweit vom Beschlagnahmeverbot umfasst sein, als sie „dem Vertrauensverhältnis des Beschuldigten zu den in § 53 Abs. 1 Nr. 1 bis 3b [StPO] Genannten zuzurechnen sind“.

Um eins klarzustellen: In der Praxis wird es für beschuldigte Unternehmen wie für untersuchende Rechtsanwälte hinnehmbar sein, dass im Falle einer Trennung von interner Untersuchung und Verteidigung ein verminderter Beschlagnahmeschutz für Untersuchungsunterlagen besteht. Aus vielerlei Gründen besteht kein Anlass zur Sorge, Staatsanwaltschaften könnten diese Möglichkeit nutzen, um fortlaufend Rechtsanwaltskanzleien zu durchsuchen. Denn die Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes wird nach wie vor der Ausgangspunkt strafprozessualer Zwangsmaßnahmen sein.<sup>8</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat mehrfach festgestellt, dass der besondere Schutz von Berufsheimnisträgern bei der Anordnung der Durchsuchung einer Rechtsanwaltskanzlei die besonders sorgfältige Prüfung der Eingriffsvoraussetzungen gebietet, bei der auch das Ausmaß der mittelbaren Beeinträchtigung der beruflichen Tätigkeit zu berücksichtigen ist.<sup>9</sup> Der Referentenentwurf kann dieses hohe, verfassungsrechtliche Schutzniveau zwar nicht in Frage stellen. Untersuchungsunterlagen werden im Gewahrsam von Rechtsanwälten auch zukünftig sicherer sein als bei Angehörigen anderer Berufsgruppen. Zustimmung verdient sein Ansatz trotzdem nicht.

## 2. Falsches Bild von internen Untersuchungen

Die Vorschriften der §§ 17-19 RefE-VerSanG *per se* und speziell § 18 Abs. 1 Nr. 2 RefE-VerSanG scheinen interne Untersuchungen als Vehikel für staatliche Ermittlungen zu begreifen. Die Aufklärungsleistung des Unternehmens wird nur insoweit umfassend anerkannt, als die Strafverfolgungsbehörden hiervon bei der inhaltlichen Aufarbeitung profitieren (§ 18 Abs. 1 Nr. 1, 3 u. 4 RefE-VerSanG), der Beweiswert der Untersuchungserkenntnisse im Strafverfahren nicht gemindert wird (§ 18 Abs. 1 Nr. 5 u. 6 RefE-VerSanG)<sup>10</sup> und ein (zu Unrecht angenommenes, s.o.) Risiko für Manipulation von Unterlagen und Ergebnissen (§ 18 Abs. 1 Nr. 2 RefE-VerSanG) nicht erhöht wird. Durch die interne Untersuchung muss das Unternehmen einen (sanktions-)prozessualen Mehrwert erbringen, um im Gegenzug eine weitgehende Sanktionsmilderung zu erhalten.

<sup>4</sup> Spoerr, Tatsachenermittlung durch Rechtsanwälte und Strafverteidiger: Fakten und rechtlicher Schutz, StV 2019, 697 ff.

<sup>5</sup> Vgl. nur Fleischer, in Spindler/Stilz, AktG, 4. Aufl. 2019, § 93 Rn. 36.

<sup>6</sup> Vgl. dazu insgesamt auch Kirsch, Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 26.8.2019, Einspruch exklusiv: Affront für Anwälte, abrufbar unter <http://www.faz.net/-irf-9qhr1>.

<sup>7</sup> Siehe dazu Uwer/van Ermingen-Marbach, Bundesverfassungsgericht: Kein Vertraulichkeitsschutz für interne Untersuchungen?, AnwBl 2018, 470 ff.

<sup>8</sup> Spoerr, Tatsachenermittlung durch Rechtsanwälte und Strafverteidiger: Fakten und rechtlicher Schutz, StV 2019, 697 ff.

<sup>9</sup> BVerfG, Beschl. v. 12.4.2005 – 2 BvR 1027/02 = NJW 2005, 1917 ff.; Beschl. v. 31.8.2010 – 2 BvR 223/10 = NJOZ 2011, 781 ff.; Beschl. v. 6.5.2008 – 2 BvR 384/07 = NJW 2008, 1937 f.

<sup>10</sup> Siehe dazu Schneider/Priewer, Verbandssanktionengesetz: Mitarbeiterbefragungen in unternehmensinternen Untersuchungen, Compliance – Die Zeitschrift für Compliance-Verantwortliche (Sep 2019), 5.

Der Referentenentwurf sieht zwar, dass Auslöser für die Durchführung von internen Untersuchungen auch gesellschaftsrechtliche oder haftungsrechtliche Anforderungen sein können und dass zudem starke Einflüsse aus anderen Jurisdiktionen wie etwa den USA bestehen (S. 97). Er versäumt es aber, hieraus die richtigen Schlüsse zu ziehen. Diese liegen darin, den mehrdimensionalen Raum, in den interne Untersuchungen eingebettet sind, angemessen zu berücksichtigen.<sup>11</sup> Bezugspunkt für die Incentivierung müsste daher die Selbstreinigungslleistung des Unternehmens sein. Aus der Selbstreinigung resultierende Untersuchungsergebnisse *können* für die Arbeit von Strafverfolgungsbehörden potentiell nützlich sein und *werden* es regelmäßig auch. Die Zweckbestimmung von verbandsinternen Untersuchungen *darf* aber nicht ausschließlich auf diesen gewünschten Erfolg gelenkt werden.

Übersehen wird außerdem, dass mitkausal für die Durchführung von internen Untersuchungen – jedenfalls soweit strafrechtlich relevantes Fehlverhalten im Raum steht – immer auch verteidigungsstrategische Erwägungen sind. Beide Elemente sind gerade nicht grundverschieden. Die Strafprozessordnung selbst setzt die Zulässigkeit eigener Sachverhaltsermittlung durch die Verteidigung voraus und betont durch die Bezeichnung des Verteidigers als „Beistand“ in § 137 StPO dessen aktive Rolle.<sup>12</sup> Ein anerkannter und bewährter Unterfall der anwaltlichen Sachverhaltsermittlung sind interne Untersuchungen, die bei der Unternehmensverteidigung wegen der verbandsseitigen Wissensorganisationspflicht sogar unerlässlich sind.<sup>13</sup> Die Trennung von interner Untersuchung und Verteidigung verkennt diese gegenseitige Abhängigkeit. § 18 Abs. 1 Nr. 2 RefE-VerSanG reißt damit auseinander, was natürlich zusammengehört.

### 3. Rechtsunsicherheit bei Rechtsunterworfenen und Rechtsanwendern

Ein Ziel des Referentenentwurfs ist die Schaffung von Rechtssicherheit. In der Entwurfsbegründung (S. 1) wird vorausgeschickt, dass „konkrete und nachvollziehbare Zumessungsregeln für Verbandsgeldbußen“ derzeit ebenso fehlen würden wie „rechtssichere Anreize für Investitionen in Compliance“. Mit den Regelungen der §§ 17-19 RefE-VerSanG soll daher unter anderem Unsicherheiten von Strafverfolgungsbehörden, Unternehmen, Beratern und betroffenen Mitarbeitern über ihre jeweiligen Befugnisse und Rechte begegnet werden (S. 57).

Es ist bereits mehr als fraglich, ob *de lege lata* überhaupt eine Rechtsunsicherheit in dem Maße besteht, dass ein regulierender Eingriff des Gesetzgebers erforderlich ist. In der Beratung sowie bei der Unternehmens- und Individualverteidigung spielt sie jedenfalls nur eine untergeordnete Rolle – was daran liegen mag, dass der autonome Sektor durchaus in der Lage ist, sich selbst zu verwalten, etwa durch die Entwicklung einer *Best Practice*. Auch die sanktionsmildernde Wirkung von effektiven Compliance-Bemühungen und internen Untersuchungen wurde von Strafverfolgungsbehörden jedenfalls in jüngerer Zeit nicht wirklich bestritten. Davon abgesehen schafft der Referentenentwurf neue Unsicherheiten. Hierzu zählt die Frage, welchen Inhalt die von § 18 Abs. 1 Nr. 2 RefE-VerSanG vorgesehene Trennung zwischen interner Untersuchung und Verteidigung hat.

Stellt man auf den Wortlaut der Regelung ab, untersagt § 18 Abs. 1 Nr. 2 RefE-VerSanG nur die Identität von untersuchendem Rechtsanwalt und Unternehmens- und/oder Individualverteidiger im Sinne einer personalen Übereinstimmung. Eine Übermittlung von Informationen aus der internen Untersuchung durch den Untersuchenden an die Verteidigung könnte somit erfolgen, ohne dass die vertypete Sanktionsmilderung gefährdet wird. Diese formelle Sichtweise findet eine weitere Stütze in der Entwurfsbegründung. Der Entwurfsverfasser spricht dort von einer „funktionalen Trennung von Verteidigung und verbandsinterner Untersuchung“ (S. 100) und meint damit ersichtlich – in Abgrenzung zu einer Trennung auf materieller, inhaltlicher Ebene – eine Trennung nur auf Funktions-/Aufgabenebene.<sup>14</sup>

<sup>11</sup> Siehe dazu *Spoerr/Priewer*, New corporate criminal liability in Germany – paradigm shift or evolution?, *Financier Worldwide Magazine* (Sep 2018), 85 ff.

<sup>12</sup> *Willnow*, KK-StPO, 8. Aufl. 2019, vor § 137 Rn. 4; grundlegend hierzu *Krekeler*, NStZ 1989, 146 ff.

<sup>13</sup> *Spoerr*, Tatsachenermittlung durch Rechtsanwälte und Strafverteidiger: Fakten und rechtlicher Schutz, StV 2019, 697 ff.

<sup>14</sup> Auch auf S. 68 stellt der Entwurfsverfasser die Begriffe „Funktion“ und „Aufgabe“ in diesem Sinne nebeneinander.

Möglich ist allerdings auch die Lesart, dass dem Verteidiger keine Informationen aus der internen Untersuchung zur Verfügung gestellt werden dürfen. So verstanden würde § 18 Abs. 1 Nr. 2 RefE-VerSanG zusätzlich eine materielle Trennung zwischen Untersuchung und Verteidigung fordern und ggf. auf ein Kontaktverbot, jedenfalls aber auf ein spezifisches Kommunikationsverbot, hinauslaufen. Diese Auslegung lässt sich auf den ersten Blick mit Ausführungen stützen, die der Entwurfsverfasser zur Beauftragung von Rechtsanwälten derselben Sozietät mit Untersuchung und Verteidigung macht. In diesem Fall ist neben anderen Erfordernissen auch dafür Rechnung zu tragen, dass Unternehmens- und/oder Individualverteidiger keinen „unmittelbaren Zugriff auf die Erkenntnisse aus der verbandsinternen Untersuchung“ (S. 100) haben. Darunter kann verstanden werden, dass der Verteidigung keinerlei Informationen, die aus der internen Untersuchung hervorgegangen sind, zugänglich gemacht werden dürfen.

Bei aller Unsicherheit, die der Referentenentwurf hier unnötigerweise hervorruft, ist der formellen Sichtweise, die sich am Wortlaut der Norm orientiert, der Vorzug zu gewähren. § 18 Abs. 1 Nr. 2 RefE-VerSanG soll bezwecken, dass die „Unabhängigkeit des Untersuchungsführers“ (S. 100) gewährleistet ist. Durch einen unidirektionalen Informationsfluss von der internen Untersuchung hin zu den Unternehmens- und/oder Individualverteidigern wird eine Einflussnahme der Verteidigung weder hervorgerufen, noch wird ein konkretes oder auch nur abstraktes Risiko dafür gesetzt. Im Einklang damit ist der „unmittelbare Zugriff auf die Erkenntnisse aus der verbandsinternen Untersuchung“ so zu lesen, dass Zugang zu den Originalen verwehrt werden muss, um einen (wieso auch immer vermuteten) manipulativen Eingriff durch Verteidiger zu verhindern.

Eine materielle Trennung im Sinne eines spezifischen Kommunikationsverbots würde zudem auf bedenkliche Weise mit dem Recht auf effektive Verteidigung sowie dem Grundsatz des fairen Verfahrens in seiner Ausprägung als Waffengleichheit konfliktieren. Verteidigung wird über den Sachverhalt gewonnen.<sup>15</sup> Ein Kommunikationsverbot würde dazu führen, dass die Verteidigung die wichtigste Sachverhaltsquelle, nämlich Erkenntnisse aus der verbandsinternen Untersuchung, nicht nutzen kann. Tatsachenkenntnis könnte sie im Ausgangspunkt, das heißt ohne eigene Sachverhaltsermittlungen zu betreiben, nur über behördliche Ermittlungsergebnisse erlangen. Diese werden ihr in der Regel aber erst mit dem Abschluss der Ermittlungen zugänglich gemacht (§§ 147 Abs. 2 S. 1, 169a StPO). Bis dahin bestünde ein informationelles Ungleichgewicht im Verhältnis zu den Ermittlungsbehörden, die von dem Untersuchungsführer wegen § 18 Abs. 1 Nr. 1, 3 u. 4 RefE-VerSanG vollumfänglich über die Erkenntnisse aus der internen Untersuchung informiert werden. Der Verteidigung würden Einwirkungsmöglichkeiten auf den Gang und das Ergebnis des Verfahrens auf diese Weise wesentlich erschwert.

#### 4. Mehraufwand bei Strafverfolgungsbehörden und Unternehmen

Massive Ressourcenprobleme der Strafverfolgungsbehörden sind nicht nur durch die Einführung des Legalitätsprinzips zu befürchten. Auch § 18 Abs. 1 Nr. 2 RefE-VerSanG trägt dazu bei, indem er mit dem Untersuchenden einen notwendigen zusätzlichen Akteur schafft, zu dem ein Kommunikationskanal eröffnet und unterhalten werden muss. Parallel dazu wird die Kommunikation mit der Verteidigung erschwert, weil sich diese regelmäßig nicht mehr auf Augenhöhe mit der Verfolgungsbehörde bewegen wird. Ein Grund dafür ist das möglicherweise bereits strukturell angelegte Informationsungleichgewicht (s.o.). Ein weiterer ist, dass infolge der funktionalen Trennung von interner Untersuchung und Verteidigung das Kooperationserfordernis von der Verteidigung entkoppelt wird. Eine harte Konfliktverteidigung wird dadurch wahrscheinlicher.

Um sicherzustellen, dass die Verteidigung im Zuge ihrer eigenen Sachverhaltsermittlungen nicht an der verbandsinternen Untersuchung mitwirkt, sonst an dieser beteiligt ist oder unmittelbaren Zugriff auf die Erkenntnisse hat, muss auch das Unternehmen entsprechende organisatorische Vorkehrungen treffen, was personellen und finanziellen Aufwand bedeutet. Der Aufwand erhöht sich weiter, wenn der Entschluss gefasst wird, die eigenen Sachverhaltsermittlungen der Verteidigung zu einer gesonderten, zusätzlichen internen Untersuchung auszubauen. Während der Referentenentwurf den Schutz von „kleineren und mittelständischen Unternehmen“ in § 17 RefE-VerSanG gerade vorsieht, wird mit der

<sup>15</sup> *Spoerr*, Tatsachenermittlung durch Rechtsanwälte und Strafverteidiger: Fakten und rechtlicher Schutz, StV 2019, 697 ff.

künstlichen Trennung von Verteidigung und interner Untersuchung im Ergebnis also genau das Gegenteil bewirkt.

#### IV. Perspektiven

Wozu würden die geplanten Vorschriften zu internen Untersuchungen und insbesondere § 18 Abs. 1 Nr. 2 RefE-VerSanG also *de facto* führen? – *Wahrscheinlich* werden interne Untersuchungen zukünftig nur noch von der Unternehmensverteidigung durchgeführt.

Die Motivation wird bei genauerem Hinsehen klar: Zwar verzichtet das Unternehmen in diesem Fall unter anderem auf die vertypete Sanktionsmilderung. Eine verteidigende interne Untersuchung ist aber im Ergebnis – und nicht nur aus monetären Gründen – häufig trotzdem von Vorteil. Denn auch für sie kommt eine Sanktionsmilderung nach allgemeinen Sanktionszumessungsgesichtspunkten in Betracht. Bei entsprechendem Verhandlungsgeschick und guter Kooperationsatmosphäre sind hier ebenfalls Nachlässe von mehr als der Hälfte der ursprünglichen Sanktionsandrohung im Bereich des Möglichen.

Hinzu kommt, dass das untersuchende Unternehmen nicht in das enge Korsett der Anforderungen des § 18 Abs. 1 RefE-VerSanG geschnürt wird. Dadurch kann es sicherstellen, dass den gesellschaftsrechtlichen und haftungsrechtlichen Anforderungen auf jeden Fall genügt wird. Noch wesentlicher dürfte aber sein, dass es sich die Entscheidung offenhält, wie mit Zufallsfunden umgegangen wird. Eine rechtliche Verpflichtung, Straftaten im Unternehmen an die Strafverfolgungsbehörden zu melden, besteht grundsätzlich nicht.<sup>16</sup> Es reicht aus, den Verstoß abzustellen, den Sachverhalt aufzuklären und geeignete Maßnahmen (häufig etwa durch eine Verbesserung des Compliance-Systems) zu treffen, damit ein gleichartiger Verstoß in der Zukunft nicht erneut vorkommt.<sup>17</sup> Werden demgegenüber alle Erkenntnisse aus der internen Untersuchung in dem maßlos weiten Umfang des § 18 Abs. 1 RefE-VerSanG offengelegt, werden selbst im rechtschaffensten Unternehmen weitere Rechtsverstöße aufgedeckt (oder zumindest ein diesbezüglicher Anfangsverdacht ausgelöst). In der Folge kommt es – jedenfalls soweit eine andere prozessuale Tat betroffen ist – zu neuen Sanktionsverfahren, bei denen ebenfalls die empfindlichen Sanktionen des RefE-VerSanG im Raum stehen. Dies gilt erst recht, weil der Referentenentwurf für die Einleitung eines Sanktionsverfahrens bislang keine Relevanzschwelle – etwa durch Aufnahme eines Tatbestandskatalogs vergleichbar mit § 100a Abs. 2 StPO – vorsieht.

Im internationalen Kontext bietet die verteidigende interne Untersuchung weitere – unter Umständen und je nach Konstellation erhebliche – Vorteile: Ermittelt neben deutschen Strafverfolgungsbehörden auch das *Department of Justice*, ergeben sich für eine Untersuchung, die den Vorgaben des § 18 RefE-VerSanG folgt, nicht auflösbare Dilemmasituationen.<sup>18</sup> Ist das Unternehmen dazu verpflichtet, in Deutschland Befragungsnotizen oder einen Abschlussbericht zu verfassen und an die Staatsanwaltschaft herauszugeben,<sup>19</sup> wird sich die Frage stellen, ob die Unterlagen bspw. auch in den USA offengelegt werden müssen. Zwar sind sie nach US-amerikanischem Recht grundsätzlich durch das *legal privilege* geschützt.<sup>20</sup> Durch die Herausgabe an eine ausländische Behörde (hier die deutsche Staatsanwaltschaft) kann es aber automatisch zu einem Verzicht auf dieses *legal privilege* kommen, ein sogenannter *privilege waiver*.<sup>21</sup> Mit Blick auf sein Schadenspotential – er kann dazu führen, dass die Unterlagen nicht nur an das *Department of Justice* und ggf. die *Securities and Exchange Commission* oder andere Ermittlungsbehörden, sondern im Rahmen der *Civil Discovery* auch an tausende Kläger in US-amerikanischen Sammelklagen herausgegeben werden müssen – dürfte eine interne Untersuchung nach den Regelungen der §§ 17-

<sup>16</sup> Das ergibt sich bereits aus dem Umkehrschluss zu § 138 Abs. 1 StGB, der die Nichtanzeige eines Katalogs bestimmter *geplanter* Straftaten unter Strafe stellt. Ausnahmen von diesem Grundsatz gibt es allerdings bspw. im Steuerrecht.

<sup>17</sup> Die Geschäftsleitung unterliegt der Legalitätspflicht, vgl. dazu *Hoffmann/Schieffer*, NZG 2017, 401 ff.

<sup>18</sup> Siehe dazu auch *Schneider/Priewer*, Verbandssanktionengesetz: Mitarbeiterbefragungen in unternehmensinternen Untersuchungen, Compliance – Die Zeitschrift für Compliance-Verantwortliche (Sep 2019), S. 5.

<sup>19</sup> So könnte § 18 Abs. 1 Nr. 4 RefE-VerSanG verstanden werden, vgl. auch § 42 Abs. 1 S. 2 RefE-VerSanG, der von einer „Vorlage des Abschlussberichts“ spricht.

<sup>20</sup> Vgl. dazu *Frank*, Der privilege-waiver durch oral-downloads – eine (nicht ganz) neue Herausforderung für unternehmensinterne Ermittlungen? CCZ 2018, 218 ff.; *Gajek/Raspé/Schlösser-Rost*, Das Anwaltsprivileg im englischen und US-amerikanischen Recht (Teil I), WiJ 4/2018, 200 ff.; *Raspé*, Das Anwaltsprivileg im englischen und US-amerikanischen Recht (Teil II), WiJ 2/2019, 71 ff.; *Priewer/Spoerr*, Cross-border internal compliance investigations in Germany and legal privilege: balancing the needs, Risk & Compliance Magazine (Jul-Sep 2018), 207 ff.

<sup>21</sup> Siehe zu diesem Problembereich *Linehan/Kast*, Navigating privilege issues across multijurisdictional investigations, Financier Worldwide Magazine (April 2017), 79 ff.

19 RefE-VerSanG bei grenzüberschreitenden Konstellationen und insbesondere auch schon bei nur *möglichem* US-Bezug keine Option sein.

## V. Resümee

Wenngleich die USA im Hinblick auf die Sanktionierung von Unternehmen nicht in jeder Hinsicht ein beliebtes Vorbild sind, lohnt sich doch hin und wieder ein Blick über den Atlantik: Kooperiert ein Unternehmen mit der *Criminal Division des Department of Justice* besteht in zeitlicher Abfolge eine klare Trennung zwischen Aufklärungs- und Verteidigungsphase. In der Aufklärungsphase stellt das Unternehmen über seine untersuchenden Rechtsanwälte strukturiert Sachverhaltsinformationen zur Verfügung. Sobald die Sachverhaltsaufklärung weitgehend abgeschlossen ist, fordert das *Department of Justice* die Rechtsanwälte des Unternehmens – selbstverständlich dieselben, die auch die Untersuchung durchgeführt haben und den Sachverhalt daher genau kennen – auf, die Verteidigungsargumente vorzubringen. Jetzt ist ein Dialog auf Augenhöhe möglich, der beiden Seiten, Unternehmen wie Strafverfolgungsbehörde, nützt.

Sofern bei der Fortentwicklung des Referentenentwurfs das Verhältnis zwischen interner Untersuchung und Verteidigung weiterhin für regelungsbedürftig erachtet wird, wäre eine Regelung analog dem US-amerikanischen Beispiel eine Möglichkeit, um mit einer angenommenen Dichotomie dieser beiden Institute praxis- und interessengerecht umzugehen.

Zu bevorzugen ist allerdings eine Minimallösung für den gesamten Komplex der internen Untersuchungen. Um diese gesetzlich anzuerkennen und um noch stärkere Anreize für ihre Durchführung zu setzen, reicht es aus, sie als vertypten allgemeinen Milderungsgrund in den Referentenentwurf aufzunehmen.<sup>22</sup> Der Umfang der Milderung wäre damit nicht auf maximal die Hälfte der ursprünglichen Sanktionsdrohung begrenzt, sondern ganz in die ureigene richterliche Entscheidung über die (Sanktions-)Zumessung gestellt. Diese ließe sich moderieren durch die Sollvorgabe, dabei auch den Umfang der Aufklärungsleistung und die Einhaltung der Grundsätze eines fairen Verfahrens zu berücksichtigen.

Die Minimallösung vermeidet den Eindruck eines institutionellen Misstrauens gegenüber der Anwaltschaft. Sie vermeidet außerdem, dass der (sanktionsrechtliche) Wert von internen Untersuchungen auf einen Mehrwert für Strafverfolgungsbehörden beschränkt wird. Sie berücksichtigt bereits im Ansatz die unterschiedlichen finanziellen, personellen und organisatorischen Kapazitäten der Normadressaten. Insbesondere führt die Minimallösung die Abkehr von der ursprünglich anvisierten umfassenden Regelung von internen Untersuchungen konsequent fort – ohne die im Koalitionsvertrag angelegten Reibungsverluste zu perpetuieren und ohne selbst durch nicht zwingend erforderliche Definitions- oder Konturierungsversuche für Rechtsunsicherheit zu sorgen.

---

<sup>22</sup> Es schlossen sich idealerweise weitere Milderungsgründe an – insbesondere die Selbstoffenlegung von Rechtsverstößen durch Unternehmen, die bislang wohl übersehen worden ist.