

Wirtschaftsstrafrecht in der Praxis

herausgegeben von:

Dr. Marcus Böttger
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Strafrecht
VBB Rechtsanwälte, Düsseldorf

unter Mitarbeit von:

Dr. Matthias Brockhaus
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Strafrecht
VBB Rechtsanwälte, Essen

Dr. Matthias Dann, LL.M.
Rechtsanwalt
WESSING Rechtsanwälte, Düsseldorf

Dr. Björn Gercke
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Strafrecht
GERCKE | WOLLSCHLÄGER, Köln

Dr. Hans-Joachim Gerst
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Strafrecht
Gerst & Meinicke, Hamburg

Dr. Joachim Kretschmer
Rechtsanwalt, Privatdozent
strafverteidigerbüro, Köln/Freie Universität
Berlin

Dr. Hjalmar Mahn
Rechtsanwalt
VBB Rechtsanwälte, Düsseldorf

Dr. Oliver Milde
Rechtsanwalt
WESSING Rechtsanwälte, Düsseldorf

Dr. Ingo Minoggio
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Strafrecht/
Fachanwalt für Steuerrecht
Minoggio Rechtsanwälte, Hamm/Münster

Dr. Thomas Nuzinger
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Strafrecht
Parsch Sauer Nuzinger Rechtsanwälte,
Mannheim

Dr. André-M. Szesny, LL.M.
Rechtsanwalt
Heuking Kühn Lüer Wojtek, Düsseldorf

Dr. Michael Tsambikakis
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Strafrecht
strafverteidigerbüro, Köln

Renate Verjans
Rechtsanwältin
VBB Rechtsanwälte, Düsseldorf

Dr. Volker Weinreich
Rechtsanwalt, Notar, Fachanwalt für
Steuerrecht
Aulinger Rechtsanwälte, Bochum

Zitiervorschlag: Böttger/Bearbeiter, WiPra, Kap. Rn.

Bisher erschienen in der Reihe StRR Schriften für die Strafrechtspraxis

Apfel/Strittmatter – Praxiswissen
Strafverteidigung im Betäubungsmittelrecht
(ISBN: 978-3-89655-478-9)

Artkämper/Herrmann/Jakobs/Kruse –
Aufgabenfelder der Staatsanwaltschaft
(ISBN: 978-3-89655-376-8)

Burhoff/Stephan – Strafvereitelung durch
Strafverteidiger
(ISBN: 978-3-89655-234-1)

Gußen – Steuerstrafrecht
(ISBN: 978-3-89655-406-2)

Herrmann – Untersuchungshaft
(ISBN: 978-3-89655-304-1)

Jung – Verteidigung in Ausländersachen
(ISBN: 978-3-89655-397-3)

Junker – Beweisantragsrecht im Strafprozess
(ISBN: 978-3-89655-308-9)

Junker/Armatage – Praxiswissen Straf-
verteidigung
(ISBN: 978-3-89655-396-6)

Kamann – Vollstreckung und Vollzug der
Jugendstrafe
(ISBN: 978-3-89655-429-1)

Roggenwallner/Pröbstl – Vernehmungs-
coaching
(ISBN: 978-3-89655-384-3)

Sommer – Korruptionstrafrecht
(ISBN: 978-3-89655-447-5)

Bibliografische Information der Deutschen Bibliothek

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

ISBN: 978-3-89655-521-2

© ZAP Verlag
LexisNexis Deutschland GmbH, Münster 2011
Ein Unternehmen der Reed Elsevier Gruppe

Alle Rechte sind vorbehalten.

Dieses Werk und alle in ihm enthaltenen Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt. Mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle ist eine Verwertung ohne Einwilligung des Verlages unzulässig.

Druck: Bercker, Kevelaer
Satz: Da-TeX Gerd Blumenstein, Leipzig, www.da-tex.de

Bearbeiterverzeichnis

Kap. 1: Betrug (§ 263 StGB)	Nuzinger
Kap. 2: Subventionsbetrug (§ 264 StGB)	Nuzinger
Kap. 3: Untreue	Böttger/Brockhaus
Kap. 4: Insolvenzstrafrecht	Verjans
Kap. 5: Korruption	Böttger
Kap. 6: Kapitalmarktstrafrecht	Szesny
Kap. 7: Bilanzstrafrecht	Weinreich
Kap. 8: Wettbewerbsstrafrecht	Dann
Kap. 9: Strafrechtlicher Schutz des geistigen Eigentums	Milde
Kap. 10: IT-Strafrecht	Mahn
Kap. 11: Arbeitsstrafrecht	Gercke
Kap. 12: Medizin- und Arzneimittelstrafrecht	Brockhaus
Kap. 13: Produktstrafrecht	Gerst
Kap. 14: Besonderheiten im Wirtschaftsstrafverfahren	Tsambikakis/Kretschmer
Kap. 15: Interne Ermittlungen im Unternehmen	Minoggio

Kapitel 15: Interne Ermittlungen in Unternehmen

Inhaltsverzeichnis:

	Rn.
A. Notwendigkeit (und zuweilen Fluch) unternehmensinterner Ermittlungen	1
I. Erhöhte Informationspflicht in Gefahrenlagen	2
II. Gründe für Ermittlungen	3
III. Beschränkung des Ermittlungsgegenstandes	6
IV. Abgrenzung zur „Unabhängigen Untersuchung“ nach SEC-Vorbild	10
V. Abgrenzung zu verdachtsunabhängigen Kontrollen	13
VI. Interne Untersuchung und Unternehmenskultur	14
B. Organisation der an der Untersuchung Beteiligten	17
I. Interne oder externe Untersuchungsführer	23
II. Einbindung von Unternehmensmitarbeitern	31
III. Fraud-Ermittler, EDV-Revisoren und Detekteien	34
C. Behandlung der Untersuchungskommunikation	44
I. Kein allgemeiner Beschlagnahmeschutz der Untersuchungsunterlagen	46
II. Beschlagnahmeverbote bei internen Untersuchungen	48
1. Nebenbeteiligtes oder nebenbeteiligungsinteressiertes Unternehmen	49
2. Interne Untersuchung ohne Nebenbeteiligungsinteresse	59
a) Beteiligung eines externen Rechtsanwalts	60
b) Beteiligung eines Syndikusanwalts	62
D. Zusammenarbeit mit staatlichen Untersuchungsorganen, insbesondere der Staatsanwaltschaft sowie ihr nachgeordneter Behörden	67
E. Gang der internen Ermittlungen im Einzelnen	75
I. Sachverhaltsermittlung vor jeder Bewertung	76
II. Erleichterung der Untersuchung durch arbeitsrechtliche Vorfeldvereinbarungen	81
III. Eilbedürftigkeit	87
IV. Auswertung von elektronischen und körperlichen Dokumenten	91
V. Akustische oder optische Überwachung, sonstige Ermittlungsmaßnahmen	100
VI. Befragung von Dritten	106
VII. Befragung eigener Mitarbeiter	114
VIII. Auskunftsanspruch des Arbeitgebers und Schweigerecht des Arbeitnehmers	131
1. Auskunftsrecht des Arbeitgebers	133
2. Schweigerecht des Arbeitnehmers, insbesondere bei Selbstbelastungsgefahr	137
3. Verwertungsverbote	143
F. Zwischenberichte und Abschlussbericht der internen Untersuchung	146
G. Zusammenfassung	154

Literatur:

Achenbach, Obligatorische Zurückgewinnungshilfe?, *NStZ* 2001, 401; *Beckschulze*, Internet- und Email-Einsatz am Arbeitsplatz, *DB* 2009, 2097; *Behrens*, Internal Investigations: Hintergründe und Perspektiven anwaltlicher „Ermittlungen“ in deutschen Unternehmen, *RIW* 2009, 22; *Bender/Nack/Treuer*, Tatsachenfeststellung vor Gericht, 3. Aufl. 2007; *Beulke/Lüdke/Swoboda*, Unternehmen im Fadenkreuz, Über den Umfang anwaltlicher Privilegien von Syndici/Rechtsabteilungen im Ermittlungsverfahren, 2009; *Bittmann/Molkenbur*, Private Ermittlungen, arbeitsrechtliche Aussagepflicht und strafprozessuales Schweigerecht, *wistra* 2009, 373; *Block*, Neue Regelungen zur Corporate Governance gemäß Sarbanes-Oxley Act, *BKR* 2003, 774; *Busch*, Korruption im Wirtschaftsleben – Erscheinungsformen, Umfang und Bekämpfungsstrategien, Beilage 6. Strafverteidiger-Symposium, 2009, *StV* 2009, 291; *Bussmann/Matschke*, Der Einfluss nationalen Rechts auf Kontroll- und Präventionsmaßnahmen von Unternehmen, *wistra* 2008, 88; *Dahns*, Stärkung des anwaltlichen Berufsgeheimnisses, *NJW-Spezial* 2010, 126; *Diller*, Der Arbeitnehmer als Informant, Handlanger und Zeuge im Prozess des Arbeitgebers gegen Dritte, *DB* 2004, 313; *Diversity*, Eigene Angaben des Insolvenzschuldners gegenüber dem Insolvenzgericht als Erkenntnisquelle der Staatsanwaltschaft?, *ZInsO* 2005, 180; *Dolmans/Eichler/Müller-ibold*, Die Sicherung des „Legal Privilege“ im Gemeinschaftsrecht, *AnwBl.* 1999, 493; *Eichmann*, WinIDEA Finanzverwaltungsprüfungsprogramm, GmbH-Berater Gruppe III/W75, 1; *Fezer*, Grundfälle zum Verlesungs- und Verwertungsverbot im Strafprozess, *JuS* 1978, 769; *Göpfert/Siegrist/Merten*, Mitarbeiter als „Wissensträger“, *NJW* 2008, 1703; *Großjean*, Überwachung von Arbeitnehmern – Befugnisse des Arbeitgebers und mögliche Beweisverwer-

tungsverbote, DB 2003, 2650; **Habschik**, Erfolgreich Vernehmen, Kompetenz in der Kommunikations-, Gesprächs und Vernehmungspraxis, 2. Aufl. 2010; **Hassemer**, Das Zeugnisverweigerungsrecht des Syndikusanwalts, wistra 1986, 1; **ders.**, Anwaltschaft und Freiheit, AnwBl. 2008, 413; **Hauschka**, Corporate Compliance, Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen, 2. Aufl. 2010; **Holzinger/Wolff**, Im Namen der Öffentlichkeit – Litigation-PR als strategisches Instrument bei juristischen Auseinandersetzungen, 2008 [zit. **Holzinger/Wolff**, Öffentlichkeit]; **Ignor**, Der rechtliche Schutz des Vertrauensverhältnisses zwischen Rechtsanwalt und Mandant im Visier des Gesetzgebers, NJW 2007, 3403; **Itzen**, Richtungswechsel, Bestandsaufnahme, Prävention: Das Gerüst einer erfolgreichen Compliance-Strategie, BB 2008, 12; **Jahn, J.**, Ein bisschen Charme und Gelassenheit helfen, vom Umgang zwischen Anwälten und Journalisten, AnwBl. 2005, 744; **Jahn, M.**, Ermittlungen in Sachen Siemens/SEC, StV 2009, 41; **Joule/Beauvois**, Kurzer Leitfaden der Manipulation zum Gebrauch für ehrbare Leute, 2002 [zit. **Joule/Beauvois**, Leitfaden]; **Kempf/Schilling**, Vermögensabschöpfung, 2007; **Knauer/Buhlmann**, Unternehmensinterne (Vor-)Ermittlungen – Was bleibt von nemo-tenetur und fair-trial?, AnwBl. 2010, 387; **Knierim**, Das Verhältnis von strafrechtlichen und internen Ermittlungen, StV 2009, 324; **ders.**, Detektivspiele – Vom Sinn und Unsinn privater Ermittlungen, in: Hassemer/Kempf/Moccia (Hrsg.), In dubio pro libertate, FS für Klausur Volk zum 65. Geburtstag, 2009, S. 247 [zit. **Knierim**, FS Volk]; **Konrad**, der Schutz der Vertrauenssphäre zwischen Rechtsanwalt und Mandant im Zivilprozess, NJW 2004, 710; **Kratz/Gubbels**, Beweisverwertungsverbote bei privater Internetnutzung am Arbeitsplatz, NZA 2009, 655; **Maier/Garding**, Einsatz eines Privatdetektivs im Arbeitsrecht, Zusammenfassung der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung, DB 2010, 559; **Minoggio**, Der Firmenmitarbeiter als Zeuge im Ermittlungsverfahren – der Rechtsanwalt als sein Zeugenbeistand, AnwBl. 2001, 584; **Obenhaus**, Cloud Computing als neue Herausforderung für Strafverfolgungsbehörden und Rechtsanwaltschaft, NJW 2010, 651; **Odenthal**, Defraudanten auf der Spur, BuW 2002, 1019; **ders.**, Korruption und Mitarbeiterkriminalität, 2. Aufl. 2009; **Pfordte**, „Outsourcing of Investigations?“ Anwaltskanzleien als Ermittlungsgehilfen der Staatsanwaltschaft, in: Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltsvereins (Hrsg.), Strafverteidigung im Rechtsstaat, 2009, S. 740 ff. [zit.: **Pfordte**, Strafverteidigung im Rechtsstaat]; **Rönnau**, Die Vermögensabschöpfung in der Praxis, 2003; **Roxin**, Das Beschlagnahmeprivileg des Syndikusanwalts im Lichte der neuesten Rechtsentwicklung, NJW 1995, 17; **ders.**, Das Zeugnisverweigerungsrecht des Syndikusanwalts, NJW 1992, 1129; **Schmidt**, Vertrauen ist gut, Compliance ist besser, BB 2009, 1295; **Schmidt/Pankau**, Der Syndikusanwalt nach dem Akzo Nobel Nobel-Urteil des EuG, DB 2008, 2995; **Schmidt/Salzer**, Strafrechtliche Produktverantwortung – das Lederspray-Urteil des BGH, NJW 1990, 2966; **Schulte/Görts**, Die SEC-Untersuchung nach dem Foreign Corrupt Practices Act, RIW 2006, 561; **Senderowitz/Ugarte/Cortez**, Die Durchsetzung US-amerikanischer Wertpapiergesetze auf internationaler Ebene – Ausweitung auf deutsche Unternehmen, wistra 2008, 281; **Staw**, Knee-Deep in the big muddy: A study of escalating, commitment to a chosen course of action, in Organizational Behaviour and Human Performance 1976, 22; **Theile**, Unternehmensrichtlinien – Ein Beitrag zur Prävention von Wirtschaftskriminalität?, ZIS 2008, 406 ff.; **Tipke/Kruse**, Abgabenordnung, Finanzgerichtsordnung, Loseblatt-Kommentar, Stand: Juni 2010; **Trossen**, Anmerkung zu FG Münster, EFG 2004, 9 (Chi-Quadrat-Test); **Vogel/Glas**, Datenschutzrechtliche Probleme unternehmensinterner Ermittlungen, DB 2009, 1747; **von Rosen**, Rechtskollision durch grenzüberschreitende Sonderermittlungen, BB 2009, 230; **Wastl/Lützka/Pusch**, SEC-Ermittlungen in Deutschland – eine Umgehung rechtsstaatlicher Mindeststandards, NSiZ 2009, 68; **Webel**, Rückgewinnungshilfe im Steuerstrafverfahren – unzulässig oder unverzichtbar und zwingend?, wistra 2004, 249; **Wehnert**, Strafverteidigung vor neuen Herausforderungen, FS zu Ehren des Strafrechtsausschusses der Bundesrechtsanwaltskammer, 2006, S. 175 [zit.: **Wehnert**, FS StraBrak]; **dies.**, SEC: Kapitulation vor der (un)heimlichen Übermacht?, FS für Egon Müller, 2008, S. 729 ff. [zit.: **Wehnert**, FS Müller]; **dies.**, Die US-amerikanischen Richtlinien zur Strafverfolgung von Unternehmen – Ein importiertes Schrecknis auf dem Rückmarsch, NJW 2009, 1190; **Wellhörner/Byers**, Datenschutz im Betrieb – alltägliche Herausforderungen für den Arbeitgeber?!, BB 2009, 2310; **Wendler/Hoffmann**, Technik und Taktik der Befragung in Gerichtsverfahren, 2009; **Wessing**, Der Einfluss von Compliance, Revision und firmeninternen Ermittlungen auf die Strafverteidigung, in: Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltsvereins (Hrsg.),

Strafverteidigung im Rechtsstaat, 2009, S. 907 [zit.: *Wessing*, Strafverteidigung im Rechtsstaat]; *ders.*, Der Unternehmensverteidiger, in: Hiebl/Kassebohm/Lilie, FS für Volkmar Mehle, 2009, S. 665 ff. [zit.: *Wessing*, FS Mehle]; *ders.*, Die Beschlagnahme von Buchführungsunterlagen beim Steuerberater, Steueranwaltsmagazin 2009, 82; *Wieland/Steinmeyer/Grüninger*, Handbuch Compliance-Management, Konzeptionelle Grundlagen, praktische Erfolgsfaktoren, globale Herausforderungen, 2010; *Wolf/Hasenstab*, Der grenzüberschreitende Schutz des Anwaltsgeheimnisses in Europa, Kollisionsrechtliche Überlegungen anlässlich der EuGH-Rechtssache Akzo Akros, BRAK-Mitt. 2010, 150; *Wybitul*, Strafrechtliche Verpflichtung von Compliance-Beauftragten, Entscheidung Arbeitsrecht, BB 2009, 2263; *ders.*, Das neue Datenschutzgesetz: Verschärfte Regeln für Compliance und interne Ermittlungen, BB 2009, 1582.

A. Notwendigkeit (und zuweilen Fluch) unternehmensinterner Ermittlungen

Führungsverantwortliche in Unternehmen jeglicher Größe sind verpflichtet, den Überblick über alle betrieblichen Vorgänge zu erhalten und ständig zu bewahren. Sie müssen die Zustände in ihrem Unternehmen kennen, um überhaupt führen zu können. Wenn man so will, „ermittelt“ die Leitungsebene ohnehin ständig in diesem Sinne dadurch, dass ein betriebliches Informationssystem aufrechterhalten wird mit (je nach Größe) vielfältigen Berichts-, Controlling-, Konferenz- und sonstigen Reportingsystemen.¹ Korrespondierend hierzu steht der einzelne Arbeitnehmer kraft seiner Treuepflicht in der Ausgestaltung des jeweiligen Arbeitsvertrages in einer eigenen Informationspflicht seinem Arbeitgeber gegenüber.²

I. Erhöhte Informationspflicht in Gefahrenlagen

Unbestreitbar ist auch, dass sich die Pflicht von Unternehmensführungen zur Erlangung aller verfügbaren Informationen in allen Situationen erhöht, in denen der Normalbetrieb verlassen wird und besondere Gefahrenlagen nach innen oder außen entstehen.³ Bereits 1990 hat der BGH in der sog. **Lederspray-Entscheidung**⁴ die Allzuständigkeit der Geschäftsleitung auch auf strafrechtlichem Gebiet und sogar die Beendigung bloßer Ressortverantwortlichkeit in Krisenzeiten grundlegend festgestellt. In der **ARAG/Garmenbeck-Entscheidung** des BGH⁵ wird die Verpflichtung des Aufsichtsrates bestätigt, bestehende Regressansprüche auch gegen den Vorstand aktiv durchzusetzen.⁶ Schließlich betont der BGH⁷ unlängst noch die auch strafrechtliche Verantwortlichkeit des Compliance-Beauftragten, als Garant i.S.v. § 13 StGB Straftaten von Unternehmensangehörigen im Zusammenhang mit ihrer Tätigkeit zu unterbin-

1 Vgl. hierzu Hauschka/Hauschka, Corporate Compliance, § 1 Rn. 26.

2 Vgl. zum Umfang der Auskunftspflicht Jahn, StV 2009, 43; Bittmann/Molkenbur, wistra 2009, 375; Pfordte, Strafverteidigung im Rechtsstaat, S. 745; Knierim, StV 2009, 342; Minoggio, Firmenverteidigung, Rn. 1270.

3 Detailliert zu den Situationen, in denen eine interne Untersuchung durchzuführen ist, vgl. von Hehn/Hartung, in: Wieland/Steinmeyer/Grüninger, Handbuch Compliance-Management, S. 584 ff.

4 BGH, 06.07.1990 – 2 StR 549/89, NJW 1990, 2560; hierzu Schmidt-Salzer, NJW 1990, 2966; s. a. Kap. 13 Rn. 22 ff.

5 BGH, 21.04.1997 – II ZR 175/95, NJW 1997, 1926.

6 Vgl. auch Busch, StV 2009, 291, der als Oberstaatsanwalt und Leiter einer Abteilung zur Bekämpfung von Korruptionsstraftaten eine Strafverfolgung von Unternehmensverantwortlichen dann propagiert, wenn diese keine Schadensersatzansprüche nach aufgedeckten Korruptionsstraftaten geltend machen; ebenso Hauschka/Hauschka, Corporate Compliance, § 1 Rn. 29.

7 BGH, 17.07.2009 – 5 StR 394/08, NJW 2009, 3173.

den.⁸ Kein Zweifel kann daher schon angesichts dieser Rechtsprechung daran bestehen, dass Führungsverantwortliche in Unternehmen und Verbänden schon um ihrer selbst willen nicht umhin kommen, bei besonderen Verdachtslagen Hinweisen nachzugehen und Ermittlungen durchführen zu lassen. Drohen Gefahren für Leib und Leben oder andere wichtige Rechtsgüter, so besteht ein – nur z.T. spezialgesetzlich geregelter – Zwang zu vollständiger Aufklärung, bis die Gefahrenlage erkannt und beseitigt wird.⁹

Allerdings muss bereits an dieser Stelle hierzu problematisiert werden: Auch unter diesen Vorzeichen ist keine Unternehmensführung zu Ermittlungen nur um der Ermittlungen willen verpflichtet. Schon die Entscheidung über das Ob derartiger Aufklärung muss hieran gemessen werden.¹⁰ Dabei ist zunächst zu berücksichtigen, dass es gerade keine allgemeine Pflicht zur Information der Strafverfolgungsbehörden über Verdachtsmomente gibt, eben keine Pflicht zur Strafanzeige.¹¹ Gibt es aber **keine allgemeine Anzeigepflicht**, so kann es auch keine grenzenlose Ermittlungspflicht geben.

II. Gründe für Ermittlungen

3 Eine Aufklärungspflicht muss sich für die Unternehmensleitung vielmehr aus der Verfolgung der Unternehmensziele und den konkret hieraus abzuleitenden Handlungspflichten bestimmen. Gründe für eine Ermittlung können etwa sein:

- Die **Beseitigung kriminogener Zustände**, um für die Zukunft rechtlich einwandfreies Verhalten aller Mitarbeiter nach innen und außen zu gewährleisten;
- die **Prüfung von Ersatzansprüchen** gegen jetzige und frühere Unternehmensverantwortliche sowie Dritte;
- die **Erfüllung spezieller Handlungspflichten** aus vorangegangenem Fehlverhalten, etwa zur steuerlichen Korrektur gem. § 153 AO, zur Information von Vertragspartnern aufgrund zivilrechtlicher oder Behörden aufgrund öffentlich-rechtlicher Verpflichtung hierzu;¹²
- die **Vorbereitung einer bewussten Anzeigenerstattung** gegen (wohl dann ehemalige) Mitarbeiter als Bestandteil einer „Zero-Toleranz-Strategie“ im Unternehmen;¹³
- die **Dokumentation** gegenüber der Kundschaft, Branchenöffentlichkeit oder Öffentlichkeit bei bekannt gewordenen oder zwingend bekannt werdenden Vorfällen, dass das Unternehmen aktiv in einen Selbstreinigungsprozess eingetreten ist.¹⁴

4 Stößt man auf Verdachtslagen, so wird im Alltagsfall eines der vorstehenden Ziele zu verfolgen sein und unternehmensinterne Ermittlungen gebieten. Das ist jedoch keineswegs in jedem Fall zwingend, wie es das nachfolgende Beispiel zeigt:

8 Vgl. hierzu *Wybitul*, BB 2009, 2264.

9 Vgl. ebenso *Knierim*, StV 2009, 324, auch zu spezialgesetzlichen Ermittlungsgeboten etwa in den §§ 33 ff. WpHG.

10 Vgl. ebenso *Behrens*, RIW 2009, 29.

11 Gegenschluss aus § 13 sowie § 138 StGB; ebenso *Hauschka/Pauthner-Seidel/Stephan*, Corporate Compliance, § 27 Rn. 46.

12 Vgl. dazu auch *Behrens*, RIW 2009, 29; eingehend *Knierim*, StV 2009, 326.

13 Vgl. hierzu *Hauschka/Hauschka*, Corporate Compliance, § 1 Rn. 35.

14 Vgl. hierzu auch *Knauer/Buhlmann*, AnwBl. 2010, 387; *Behrens*, RIW 2009, 33.

Beispiel:

Ein Konzern hat die Gesellschaftsanteile eines zuvor mittelständischen Unternehmens erworben und festgestellt, dass es unter der Regentschaft längst abgelöster Führungsverantwortlicher in früheren Zeiten im Ausland zu Korruptionsvergehen gekommen sein kann. Andererseits steht von vornherein fest, dass eigene Regressansprüche des Unternehmens hieraus – etwa wegen Wegzuges der Haftenden in fremde Länder oder der Vereinbarung umfassender Abgeltungs- und Verzichtsklauseln in den Übernahmeverträgen – nicht durchsetzbar sein werden. Möglicherweise ergibt sogar die notwendige Gesamtschau aus kaufmännischer Sicht, wegen der damit einhergehenden Reputationsschäden, von vornherein keine Ansprüche geltend zu machen.

In einer derartigen Situation wird eine verantwortungsbewusste Unternehmensführung keine internen Ermittlungen anordnen. Würde das nämlich geschehen und hierbei etwa die frühere Verbuchung nützlicher Zuwendungen als Betriebsausgabe entgegen dem Verbot in § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 10 EStG zutage treten, so entstände die gesetzliche Verpflichtung zur Korrektur auch bereits bestandskräftig veranlagter Steuererklärungen.¹⁵ Erfüllt die Unternehmensführung diese dann nicht, gerät sie in eigene Strafbarkeit wegen Steuerhinterziehung gem. § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO.¹⁶ Die Korrekturpflicht in § 153 AO greift dagegen noch nicht einmal dann ein, wenn die Vertreter des Steuerpflichtigen die unrichtige Buchung hätten erkennen können oder gar erkennen müssen.¹⁷ Aus dieser Vorschrift folgt auch keine Pflicht des Steuerpflichtigen, im Nachhinein nach Unrichtigkeiten suchen zu müssen.¹⁸

In diesem Einzelfall würde durch eine unternehmensinterne Ermittlung daher nur eine erhebliche Steuernachzahlung folgen, zu deren Auslösung keine rechtliche Verpflichtung bestanden hat. Darüber hinaus würde die Finanzverwaltung eine Berichtigung gem. § 153 AO voraussichtlich zur Prüfung möglicher Korruptionsdelikte an die StA weitergeben, ohne dass das Steuergeheimnis gem. § 30 AO dem entgegensteht.¹⁹ Möglicherweise das Unternehmen über Jahre treffende Rufschäden wären leicht die Folge. 5

III. Beschränkung des Ermittlungsgegenstandes

In jedem Fall wird eine verantwortungsbewusste Unternehmensleitung auch bei der Bejahung interner Ermittlungen den Untersuchungsgegenstand **zeitlich, personell und gegenständlich** so beschränken, dass exakt die kaufmännischen, in die Zukunft gerichteten Handlungsziele unterstützt und daneben alle gesetzlichen Verpflichtungen erfüllt werden. 6

Ein „Aufklärungsrausch“ nur um der Aufklärung willen und unabgeglichen mit den vorstehenden Zielen widerspricht dagegen zuweilen erheblich den legitimen Interessen des Unternehmens – und kann nebenbei ganz erhebliche personelle und finanzielle Ressourcen verbrauchen.

Wichtig ist demnach, schon die **erste Entscheidung** über das **Ob** und **Wie** der internen Ermittlung überlegt herbeizuführen.²⁰ Ansonsten besteht nach Ermittlungsbeginn sofort die Gefahr 7

15 Vgl. § 153 i.V.m. § 169 Abs. 2 Satz 2 AO.

16 Vgl. hierzu die den Anwendungsbereich von § 153 AO im Rahmen einer Strafbarkeit gem. § 370 AO ausweitende Entscheidung des BGH, 17.03.2009 – 1 StR 479/08, NJW 2009, 1984.

17 Allgemeine Meinung, vgl. Tipke/Kruse/Seer, AO, § 153 Rn. 12.

18 Tipke/Kruse/Seer, AO, § 153 Rn. 12.

19 Vgl. hierzu den Erlass des BMF, 10.10.2002 – IV A 6 – S 2145 – 35/02.

20 Vgl. ebenso Behrens, RIW 2009, 22, 31; ebenso von Hehn/Hartung, in: Wieland/Steinmeyer/Grüninger, Handbuch Compliance-Management, S. 604 unter Hinweis auf § 91 Abs. 2 sowie § 76 Abs. 1 i.V.m. § 93 Abs. 1 AktG; Wybitul (BB 2009, 609) spricht zutreffend vom Erfordernis genauer Projektplanung im Unternehmen.

einer Verselbstständigung. Liegen erste Zwischenergebnisse vor, lässt sich vieles nicht mehr stoppen. Wird das versucht, entstehen praktisch sofort für die verantwortlich Handelnden leicht persönliche arbeits- oder strafrechtliche Risiken oder auch nur Gefahren für das berufliche Fortkommen. Dem kann am Besten entgegengewirkt werden durch eine klare Definition und oftmals damit einhergehende Eingrenzung der internen Ermittlungen.

- 8 Besteht in diesem Sinn ein **Aufklärungsbedürfnis**, so kann andererseits keine Unternehmensführung unter Hinweis auf ein bereits laufendes, staatsanwaltschaftliches Ermittlungsverfahren darauf verzichten. Hierdurch werden weder allgemeine kaufmännische Sorgfaltspflichten²¹ noch spezialgesetzliche Regelungen zur Untersuchung vermuteter Missstände suspendiert.²² Die Strafverfolgungsorgane stehen gegenüber den Unternehmensverantwortlichen – ungeachtet möglicher Akteneinsichtsrechte gem. § 406e oder §§ 442 Abs. 1, 434 Abs. 1, 147 sowie § 475 Abs. 1, 2 StPO – ohnehin in keiner irgendwie gearteten „Berichtspflicht“. Darüber hinaus geht auch zeitlich der Untersuchungszweck vor, sodass das Erforschen von Missständen bei einem Abwarten von Einsicht in Behördenakten oftmals wochen- oder monatelang aufgeschoben werden würde.²³
- 9 Bei der Entscheidung über eine interne Untersuchung müssen auch **entstehende Kosten** geplant und berücksichtigt werden. Ermittlungen sind im Regelfall zeit- und damit kostenaufwendig. Die Aufwendungen stehen zuweilen in einem äußerst ungesunden Verhältnis zum Anlass und zum Erfolg.²⁴

IV. Abgrenzung zur „Unabhängigen Untersuchung“ nach SEC-Vorbild

- 10 Die interne Ermittlung in dem hier beschriebenen Sinn ist klar und nur orientiert an den **legalen Zielen des Unternehmens** und am **Unternehmensinteresse** ausgerichtet. Sie ist sehr zu unterscheiden von der – teilweise kritiklos als generelles Importgut gepriesenen²⁵ – „Unabhängigen Untersuchung“ nach Art einer solchen auf Veranlassung der New Yorker Börsenaufsicht SEC (Securities and Exchange Commission).²⁶ Eine derartige Untersuchung ist in erster Linie nicht an den Unternehmensinteressen ausgerichtet, sondern folgt dem Aufklärungsinteresse der Börsenaufsicht auf der Basis des seit 2002 als US-amerikanisches Bundesgesetz geltenden Sarbanes-Oxley-Act (SOA).²⁷ Sie zwingt jedenfalls US-amerikanische Anwälte etwa zur Durchbrechung des Anwaltsgeheimnisses zulasten des eigenen Auftraggebers,²⁸ lässt hier in Deutschland das (nur in den USA

21 Vgl. § 47 Abs. 1 GmbHG, §§ 92 Abs. 2, 93 Abs. 1 AktG.

22 Ebenso und anschaulich *Knierim*, StV 2009, 328.

23 Vgl. ebenso *Knierim*, StV 2009, 328; *Minoggio*, Firmenverteidigung, Rn. 815 zur Akteneinsicht für das nebenbeteiligungsinteressierte oder das nicht nebenbeteiligte Unternehmen.

24 Ebenso *Wybitul*, BB 2009, 608; *Wehnert*, FS StraBrak, S. 179; *Knierim*, StV 2009, 325; *Behrens*, RIW 2009, 30.

25 Vgl. *Bussmann/Matschke*, wistra 2008, 89.

26 Vgl. hierzu im Einzelnen *Block*, BKR 2003, 774; *Wehnert*, FS StraBrak, S. 178 ff.; *dies.*, FS Müller, S. 729 ff.; *Wybitul*, BB 2009, 606 sowie die Gesamtdarstellung *Minoggio*, Firmenverteidigung, Rn. 103 ff.

27 Zu den Einzelheiten vgl. *Senderowitz/Ugarte/Cortez*, wistra 2008, 281; *Block*, BKR 2003, 774; *Wehnert*, FS StraBrak, S. 178 ff.; *dies.*, FS Müller, S. 729 ff.

28 Vgl. *Block*, BKR 2003, 785; *Schulte/Görts*, RIW 2006, 568; *Minoggio*, Firmenverteidigung, Rn. 108 f.

oder im EG-Kartellverfahren geltende) legal privilege außer Acht²⁹ und verschlingt bekanntlich Unsummen an Beratungskosten im Millionen- bis im Einzelfall tatsächlich Milliardenbereich.³⁰

Keineswegs darf die „Unabhängige Untersuchung nach SEC-Vorbild“ deshalb verwechselt werden mit der internen Ermittlung im Unternehmensinteresse, wie sie nachstehend beschrieben wird. Die von den Unternehmensinteressen losgelöste oder jedenfalls sich deutlich entfernende „SEC-Untersuchung“ trägt auch keinen Vorbildcharakter,³¹ sondern greift für Unternehmen nachteilig in unser nationales Justizsystem ein, ohne die durch sie nach US-amerikanischem Rechtssystem folgenden Vorteile – etwa den Verzicht auf öffentliche Strafverfolgung³² – bieten zu können.³³ Tatsächlich bedeutet die „Unabhängige Untersuchung nach SEC-Vorbild“ lediglich ein zumeist verfehltes Outsourcing strafrechtlicher Untersuchungen vom Staat hin zu den Wirtschaftsunternehmen auf deren Kosten.³⁴

11

Nicht zuletzt sind SEC-Aufsicht und SOA auch in den USA zunehmender Kritik unterworfen.³⁵ Die mathematischen Strafzumessungsformeln für die Unternehmenssanktion sind mittlerweile vom US-Supreme Court als mit der US-Verfassung unvereinbar angesehen worden.³⁶ Ebenfalls musste das US-amerikanische Justizministerium (DOJ) Verfahrensregelungen zulasten von Wirtschaftsunternehmen im Jahr 2008 abschwächen, nachdem ein US-Berufungsgericht die Eröffnung eines Wirtschaftsstrafverfahrens wegen Verstoßes gegen Verfassungsgrundsätze abgelehnt hatte.³⁷

12

Es kommt schließlich nicht von ungefähr und ist mindestens z.T. der vorstehend geschilderten Gefahr einer solchen Untersuchung geschuldet, dass die Zahl der bei der New Yorker Börse (NYSE) registrierten deutschen Unternehmen von 24 im Jahr 2003 auf nur noch sieben im Jahr 2009 gesunken ist – zumal immer wieder gemutmaßt wird, dass die SEC Eingriffsrechte gegenüber nicht amerikanischen Unternehmen schneller und deutlicher ausübt als bei inländischen Firmen.³⁸

29 *Senderowitz/Ugarte/Cortez*, wistra 2008, 35; *Wessing*, Strafverteidigung im Rechtsstaat, S. 907; *Wehnert*, NJW 2009, 1190; *Knierim*, StV 2009, 324.

30 Nach den eigenen Angaben eines Münchener Großkonzerns waren i.R.d. dortigen SEC-Untersuchung bis zum 3. Quartal 2009 bereits 825 Mio. € externe Beraterkosten angefallen, sodass mittlerweile die Milliardengrenze sehr deutlich überschritten sein dürfte (www.manager-magazin.de/unternehmen/artikel/0,2828,559264,00.html, letzter Abruf: 13.09.2010). Nach *Wybitul*, BB 2009, 606 sollen die Kosten einschließlich Strafzahlungen als „Ergebnisse“ der Untersuchung sogar insgesamt bei etwa 4 Mrd. € für das Unternehmen gelegen haben.

31 So aber wörtlich *Bussmann/Matschke*, wistra 2008, 95.

32 Vgl. hierzu ebenso *Behrens*, RIW 2009, 22, 31 sowie *Minoggio*, Firmenverteidigung, Rn. 123.

33 *Schulte/Görts*, RIW 2006, 567; *Senderowitz/Ugarte/Cortez*, wistra 2008, 283; *Bussmann/Matschke*, wistra 2008, 89; *Wehnert*, FS Müller, S. 737 sowie *Minoggio*, Firmenverteidigung, Rn. 123; ebenso und anschaulich *Behrens*, RIW 2009, 22, 31.

34 Krit. auch u.a. wegen massiver Einschränkungen des Nemo-Tenetur-Grundsatzes zulasten der betroffenen Arbeitnehmer *Wessing*, Strafverteidigung im Rechtsstaat, S. 928; vgl. auch *Wybitul*, BB 2009, 606, der anhand von Einzelbeispielen anschaulich von einer unkoordinierten Kooperation unter Aufgabe jeglicher Unternehmenspositionen selbst im Fall einer SEC-Untersuchung abträt.

35 Vgl. hierzu auch *Wehnert*, FS Müller, S. 737.

36 *Bussmann/Matschke*, wistra 2008, 95.

37 Vgl. im Einzelnen *Minoggio*, Firmenverteidigung, Rn. 107 m.w.N.

38 Die US-Börsenaufsicht wusste offenbar schon seit mindestens 1999 vom unredlichen Verhalten eines bekannten US-Brokers, ohne hierauf zu reagieren; Bericht der Süddeutschen Zeitung v. 17.12.2008 (www.sueddeutsche.de/finanzen/144/451853/text/, letzter Abruf 13.09.2010). Bei Siemens und Daimler wurde man hingegen sofort beim ersten Hinweis auf ein mögliches Fehlverhalten tätig. Vgl. hierzu auch *Minoggio*, Firmenverteidigung, Rn. 113 f. m.w.N.

V. Abgrenzung zu verdachtsunabhängigen Kontrollen

- 13 Nicht Gegenstand dieses Beitrages sind anlassunabhängige, heutzutage vornehmlich **EDV-gestützte Kontrollen**. Mit ihnen kann ohne konkreten Anlass das im Unternehmen vorhandene Datenmaterial auf Auffälligkeiten verprobt werden, etwa mit dem **Benford-Test** oder dem **Chi-Quadrat Test**.³⁹ Jedenfalls könnte manche interne Untersuchung nach einem Schadensfall dadurch erspart werden, dass das Unternehmen in „guten Zeiten“ derartige Kontrollen – oftmals auch für die Mitarbeiter erheblich sozialverträglicher als die besondere interne Untersuchung in Verdachtslagen – kontinuierlich und konsequent durchführen lässt.⁴⁰ Keinesfalls darf diese Arbeit allein den Abschlussprüfern überantwortet werden.⁴¹

VI. Interne Untersuchung und Unternehmenskultur

- 14 Wer über das Ob und Wie von internen Untersuchungen nachdenkt, muss zugleich zumindest einen Augenblick die **eigene Unternehmenskultur** reflektieren. Nicht nur die (zunächst nur vermutete) Unredlichkeit von Mitarbeitern greift diese Unternehmenskultur an. Auch die interne Untersuchung muss sich an ihr messen lassen und stellt in den Augen der Mitarbeiter insoweit einen Prüfstein dar:

Wer etwa bei einer überschaubar erscheinenden Verdachtslage sofort eine martialisch wirkende Gesamtüberprüfung mit insistierenden Befragungen, Anwesenheits- und Protokollierungspflichten nach Art einer Geheimdienstuntersuchung in einem totalitären Staat anordnet, wer dabei auch geringstes Fehlverhalten mit fristlosen Kündigungen, sofortigem Hausverbot und Begleitung des Betroffenen zum Ausräumen des Arbeitsplatzes mit uniformierten Werkschutzmitarbeitern vorsieht, der gibt auch hierdurch ein starkes Signal in Richtung auf gelebte (zuweilen von Qualitätshandbuchromantik⁴² deutlich abweichende) Unternehmenskultur.

- 15 Das kann gerade nach Fraud-Geschehnissen gewollt und richtig sein. Die Entscheidung über das **Wie** einer derartigen Untersuchung, die Betonung oder Nichtbetonung der Mitarbeiterrechte hierbei muss in Bezug auf die gewünschte Unternehmenskultur in jedem Fall bewusst getroffen werden, um nicht im Zuge der Untersuchung oder nach deren Abschluss hinzunehmen, dass – gerade die nicht direkt von den Auswirkungen der Untersuchung betroffenen – Mitarbeiter ihr Bild von der gelebten Unternehmenskultur in die eine oder andere Richtung korrigieren.⁴³ Dabei kann eine eher von Desinteresse getragene, quasi nur pflichtgemäße interne Untersuchung einerseits ebenso langfristig Schäden verursachen wie eine von Mitarbeitern als brutal empfundene Wahrheitsermittlung um jeden Preis andererseits.

39 Vgl. hierzu *Odenthal*, BuW 2002, 1019; *ders.*, Korruption und Mitarbeiterkriminalität, S. 123 ff.; *Trossen*, EFG 2004, 11; vgl. auch *Minoggio*, Firmenverteidigung, Rn. 1225 ff., insbesondere Rn. 1235 ff.

40 Wobei an dieser Stelle nur kurz darauf hinzuweisen ist, dass verdachtsunabhängige Kontrollen durch die Neufassung von § 32 BDSG erheblich erschwert werden dürften, vgl. hierzu nur *Wybitul*, BB 2009, 1582; *Wellhörner/Byers*, BB 2009, 2310; *Beckschulze*, DB 2009, 2097.

41 Wenngleich die Neufassung von Nr. 5 Tz. 24 des IDW-Prüfstandards für den Abschlussprüfer (WPg 2006, 1422, 1426) dessen „kritische Grundhaltung“ fordert und die Pflichten zur Durchführung von Befragungen erweitert hat.

42 Vgl. hierzu krit. *Theile*, ZIS 2008, 406.

43 Ebenso von *Hehn/Hartung*, in: *Wieland/Steinmeyer/Grüninger*, Handbuch Compliance-Management, S. 604, die zu Recht darauf hinweisen, dass extern beauftragte Prüfer als „Ankläger“ wahrgenommen werden und insgesamt den auch für nicht involvierte Mitarbeiter bedrohlichen Charakter einer Untersuchung sehr unterstreichen können.

Praxistipp:

Ratsam ist i.Ü. zumindest für größere Unternehmen auch mit Blick auf die Unternehmenskultur, jedenfalls grobe Regularien für das Verfahren bei internen Untersuchungen bereits in innerbetrieblichen Bekanntmachungen, Betriebsvereinbarungen und individuellen Arbeitsverträgen von vornherein festzulegen.⁴⁴

16

B. Organisation der an der Untersuchung Beteiligten

Ist die Entscheidung über die Durchführung interner Ermittlungen im Unternehmensinteresse und den genauen Verfahrensgegenstand getroffen, so stellt sich die Frage, **wer** damit betraut werden sollte.

17

Generelle, für jede Fallgestaltung gültige Richtlinien lassen sich nicht geben. Dazu sind die infrage kommenden Problemstellungen zu unterschiedlich. Eine Unterschlagungsprüfung in einem Betriebsteil einer Absatzgenossenschaft erfordert eine gänzlich andere Herangehensweise als eine Verdachtslage in Richtung korruptiver Zustände bei Auslandsgesellschaften unter möglicher Beteiligung von Konzernmitarbeitern unmittelbar unter oder gar in der Vorstandsebene.

Generell lässt sich sagen: Je weniger Unternehmensmitarbeiter in die Untersuchung involviert sind, desto größer ist die Chance auf belastbare Untersuchungsergebnisse und – hierfür unabdingbar – größtmögliche Diskretion. Gerade als externer Berater muss man dabei begreifen, dass ein Wirtschaftsunternehmen nicht als bloße Ansammlung von Zeugen und Beschuldigten zu verstehen ist, sondern ein „lebendes“ Sozialgefüge mit vielfältigen, offenen und verdeckten Beziehungen und Interessenlagen darstellt.

18

Hausintern gesamtverantwortlich sollte deshalb nur **eine Person** oder **Stelle** im Unternehmen – ggf. als Auftraggeber für externe Ermittler und Berater, hierzu sogleich unter Rn. 23 ff. – fungieren, die möglichst weit entfernt von den persönlichen Interessen Betroffener eingeordnet wird.⁴⁵ Ideal wäre ein Unternehmensverantwortlicher, der schon Kraft eines örtlich, gegenständig und personell getrennten Aufgabenbereiches die Gewähr für möglichst objektive Aufgabenerfüllung bietet oder aber schon wegen eines späteren Eintritts in das Unternehmen in die zu untersuchenden Vorgänge nicht selbst mittelbar oder unmittelbar involviert sein kann.⁴⁶

19

Ist ein **Compliance-Manager** bzw. eine **Compliance-Stabstelle** vorhanden – ohnehin kraft Aufgabe möglichst unabhängig und weisungsfrei ausgestaltet⁴⁷ –, so findet man hier den geborenen ersten Ansprechpartner als Verantwortlichen für interne Ermittlungen. Die Vergangenheit hat allerdings gezeigt, dass auch Mitarbeiter dieser Abteilung in sensiblen Fällen mit möglicher Berührung des mittleren oder oberen Managements durchaus in Altvorgänge persönlich involviert sein können und schon deshalb als auf Objektivität bedachte Untersuchungsführer Zweifeln unterliegen.

20

44 Ebenso *Wybitul*, BB 2009, 2268; vgl. hierzu auch Rn. 81 ff.

45 Ebenso *Behrens*, RIW 2009, 22, 33; *Knierim*, StV 2009, 324, 331.

46 So auch von *Hehn/Hartung*, in: Wieland/Steinmeyer/Grüniger, Handbuch Compliance-Management, S. 590.

47 Vgl. Hauschka/*Hauschka*, Corporate Compliance, § 1 Rn. 30.

- 21 Dabei kommt es nicht allein auf eine tatsächliche Verstrickung an. Die Ergebnisse interner Ermittlungen werden nicht selten – im Regelfall bewusst, zuweilen auch unbeabsichtigt⁴⁸ – an Strafverfolgungs- und andere Behörden gegeben. Deren Skepsis hinsichtlich der Objektivität der Untersuchung und ihrer Ergebnisse darf keinesfalls unterschätzt werden.⁴⁹ Geben dann auch noch die Person des Untersuchungsführers und seine frühere Tätigkeit zu Mutmaßungen hinsichtlich einer eigenen Beteiligung (oder einer Verstrickung in frühere „Reparatur- oder Verdeckungsversuche“ des Vorstandes; die Compliance-Abteilung als chinese wall vor deren persönlicher Inanspruchnahme) Anlass, so können die Ermittlungsergebnisse aus Drittsicht hierdurch entscheidend infrage gestellt werden. Diese Problemlagen können vermieden werden bei einer **sehr genauen**, auf den Einzelfall **abgestimmten Auswahl des firmeninternen Gesamtverantwortlichen** für die Ermittlungen.⁵⁰
- 22 Konsequenz kann ferner in Einzelfällen sein, dass – bei einer möglichen Verstrickung der Management-Ebene – als Auftraggeber der **Aufsichtsrat** des Unternehmens aufzutreten hat.⁵¹ Zuweilen wird sogar der unternehmensinternen Gesamtverantwortliche später im Zuge der sich verdichtenden Ermittlungsergebnisse wechseln müssen, wenn seine Mitbeteiligung an Altvorgängen möglich erscheint.

I. Interne oder externe Untersuchungsführer

- 23 Auch hierzu kann keine für alle Einzelfälle verbindliche Empfehlung gegeben werden. Je kleiner und unbedeutender der Ermittlungsgegenstand sich auf – einer allerdings zunächst auf eher von Mutmaßungen getragenen! – Tatsachengrundlage darstellt, desto eher kann die gesamte Untersuchung **inhouse** geführt werden. Je größer, professioneller und unabhängiger eine hierfür vorgesehene (zumeist Compliance- oder Controlling-) Abteilung aufgestellt ist, desto schneller kann ebenfalls die Entscheidung in diese Richtung getroffen werden. Nicht nur in Großunternehmen arbeiten mittlerweile Compliance- oder Fraud-Mitarbeiter mit z.T. erheblichem Spezialwissen.⁵² Können diese darüber hinaus etwa noch auf Berufserfahrungen auf Strafverfolgerseite zurückgreifen, so muss ihre Sachkenntnis derjenigen von externen Untersuchern in nichts nachstehen, kann partiell überlegen sein. Darüber hinaus kennen sie die inneren, förmlichen und faktischen Strukturen in ihrem Unternehmen naturgemäß besser als der regelmäßig neu hinzutretende Ermittler von außen.

Andererseits kann bei Firmenmitarbeitern keine vollkommene Unabhängigkeit bestehen, jedenfalls nicht aus Sicht eines unbeteiligten Dritten. Schon die bloße Unternehmenszugehörigkeit verhindert das zwingend.

48 Vgl. unten Rn. 148 ff.

49 Vgl. hierzu im Einzelnen auch *Busch*, StV 2009, 291, 298; krit. auch *Knierim*, StV 2009, 329.

50 Ebenso *Knierim*, StV 2009, 331; von *Hehn/Hartung*, in: Wieland/Steinmeyer/Grüninger, Handbuch Compliance-Management, S. 588.

51 Von *Hehn/Hartung*, in: Wieland/Steinmeyer/Grüninger, Handbuch Compliance-Management, S. 590; *Knierim*, StV 2009, 327; *Minoggio*, Firmenverteidigung, Rn. 1184.; vgl. auch BGH, 21.04.1997 – II ZR 175/95, NJW 1997, 1926 (ARAG/Garmenbeck).

52 *Knierim* (StV 2009, 325) zitiert den Rechtsvorstand eines großen Unternehmens mit einer Aussage über seine Compliance-Abteilung: „Wir haben jetzt fast unser eigenes FBI“.

Darüber hinaus ist oftmals bereits zu Beginn interner Ermittlungen absehbar, dass für Unternehmensmitarbeiter weitreichende, nicht angenehme Entscheidungen vorzubereiten sind. Zuweilen kann eine Beteiligung von Führungsverantwortlichen als Teil des Ermittlungsergebnisses nicht ausgeschlossen werden. Langjährige, vertrauensvolle Zusammenarbeit mit einzelnen Mitarbeitern oder Abteilungen können durch investigative Befragungen auf eine harte Probe gestellt werden. In diesen Gründen können Umstände liegen, von vornherein einen **externen**, nicht dem Unternehmen angehörenden **Untersuchungsführer** zu bestimmen. Darüber hinaus kann so über die Auswahl notwendiges Spezialwissen hinzugezogen werden, jedenfalls aber ein Gewinn an Objektivität und Unbeeinflussbarkeit.⁵³

Hinzu kommt, dass die gebotene Diskretion dann eine höhere Chance bekommt, wenn die Fäden bei einem Untersuchungsführer nicht im eigenen Haus zusammenlaufen. Bei brisanten Untersuchungsgegenständen muss ansonsten ständig mit Gegenspionage gerechnet werden (wobei andererseits Compliance-Abteilungen in größeren Unternehmen diese Gefahr recht gut kennen und zuweilen einen Strauß von Vorsichtsmaßnahmen – etwa örtliche Auslagerungen, Benutzung eigener EDV-Systeme ergriffen haben).

Ein weiterer Aspekt ist, dass die bei der internen Ermittlung notwendige **Korrespondenz** sowie das **Datenmaterial inhouse keinen vollständigen Schutz vor dem Zugriff staatlicher Strafverfolgung** genießt, während dieser bei der Beauftragung etwa eines externen Anwaltsbüros – insbesondere aufgrund der soeben Gesetz gewordenen Neufassung des § 160a StPO⁵⁴ selbst bei dem nicht nebenbeteiligungsinteressierten Unternehmen⁵⁵ – erheblich höher ist.⁵⁶

Bei nicht ganz unerheblichen Untersuchungen im Unternehmen wird daher aus allen diesen Erwägungen heraus die Wahl eher auf einen externen Untersuchungsführer fallen.⁵⁷ Es bleibt der einzelnen Fallgestaltung vorbehalten, wer konkret zu beauftragen ist. Hier können Fähigkeiten, Unabhängigkeit, Reflektion der Öffentlichkeit auf die Person des Untersuchungsführers⁵⁸ eine Rolle spielen, generelle Aussagen verbieten sich.

Vieles spricht jedoch dafür, jedenfalls bei sensiblen Untersuchungsgegenständen und der Möglichkeit des (auch späteren!) Zugriffs der Strafverfolgungsbehörden auf das Untersuchungsergebnis einen Untersuchungsführer bzw. eine Beratereinheit damit zu beauftragen, die **gesetzlicher Schweigepflicht unterliegt**.⁵⁹

53 Ebenso *Wybitul*, BB 2009, 606, 608; *Knierim*, StV 2009, 328; *von Hehn/Hartung*, in: Wieland/Steinmeyer/Grüninger, Handbuch Compliance-Management, S. 589.

54 Vgl. u. Rn. 44 ff.

55 Vgl. zur Unterscheidung Rn. 49.

56 Allgemeine Meinung; vgl. nur *Beulke/Lüdke/Swoboda*, Unternehmen im Fadenkreuz, S. 767; *Minoggio*, Firmenverteidigung, Rn. 603 ff.; einen umfassenden Beschlagnahmeschutz durch das legal privilege bejahen nur *Miras*, in: Wieland/Steinmeyer/Grüninger, Handbuch Compliance-Management, S. 560 sowie *von Hehn/Hartung*, in: Wieland/Steinmeyer/Grüninger, Handbuch Compliance-Management, S. 592, allerdings ohne nähere Begründung; auch das LG Bonn (29.09.2005 – 37 Qs 27/05, wistra 2006, 396 m.w.N.) lehnt das legal privilege ausdrücklich ab. Zu den Einzelheiten des Beschlagnahmenschutzes und dem hierzu wichtigen Reformvorhaben vgl. nachstehend Rn. 44 ff.

57 Ebenso *von Hehn/Hartung*, in: Wieland/Steinmeyer/Grüninger, Handbuch Compliance-Management, S. 589; *Knierim*, StV 2009, 328; *Wybitul*, BB 2009, 608; *Behrens*, RIW 2009, 33.

58 Vgl. hierzu *Knierim*, StV 2009, 324, 328.

59 Vgl. zunächst § 203 StGB, § 53 StPO; zur beruflichen Schweigeverpflichtung bei Rechtsanwälten § 43a Abs. 2 Satz 1 BRAO, § 2 BORA; bei Wirtschaftsprüfern § 43 Abs. 1 WPO; bei Steuerberatern § 57 Abs. 1 StBerG, § 9 BOSTB.

- 28 Ansonsten muss sich das Unternehmen vergegenwärtigen, dass Chef oder Mitarbeiter der internen Untersuchung Paradezeugen für die Strafverfolgungsbehörden werden können, sofern ihnen keine gesetzliche Schweigepflicht zur Seite steht. Gleiches gilt prinzipiell für die Beschlagnahmefreiheit der von ihnen geführten Unterlagen und Untersuchungsergebnisse sowie beigezogener Dokumente.⁶⁰

Das schließt natürlich nicht aus, sondern wird fast in jedem Fall gebieten, dass die Untersuchungsführer ihrerseits Ermittler oder EDV-Sachverständige einschalten. Geschieht das über den Weg des **förmlichen Berufshelfers gem. § 53a StPO**,⁶¹ so ist jedenfalls der momentan gesetzlich größtmögliche Schutz des Unternehmens vor einer Fremdausnutzung interner Ermittlungsergebnisse gewährleistet.⁶² Ist (auch für die Zukunft) ein Zugriff von Strafverfolgungsbehörden auf Untersuchungsergebnisse nicht zu erwarten oder steht eine rückhaltlose Kooperation mit ihnen ohnehin unverrückbar von der ersten Minute an fest, muss dagegen auf die gesetzliche Schweigepflicht bei der Auswahl keine Rücksicht genommen werden.

- 29 Unternehmen werden regelmäßig durch kleinere oder große Anwalts- oder interdisziplinäre Beratereinheiten über Jahre oder Jahrzehnte betreut. Zuweilen ist bei auch extern tätigen Syndikusanwälten nicht mehr trennscharf zwischen der Rechtsabteilung und der externen Anwaltskanzlei i.S.e. mit großem Vertrauen ausgestatteten „**Hausanwaltskanzlei**“ zu trennen.

- 30 In einem derartigen Fall ist jedoch davon abzuraten, dass diese Hausanwaltskanzlei mit den unternehmensinternen Ermittlungen betraut wird.⁶³ Es gelten hier dieselben Erwägungen, die für einen Verzicht auf den internen Untersuchungsführer sprechen. Auch hier kann die Unabhängigkeit und Neutralität des Untersuchers durch die langjährige Verbindung infrage gestellt werden. Die seit vielen Jahren tätigen Berater können persönliche Beziehungen aufgebaut haben, die ihnen eine neutrale Betrachtung erschweren oder unmöglich machen. Auch sie können durch unangenehme und folgenreiche Untersuchungsergebnisse so ausgezehrt werden, dass das Dauermandat nach Ende der internen Untersuchungen ebenfalls ihr Ende findet.

Darüber hinaus darf nicht verkannt werden, dass eine interne Untersuchung in aller Regel nicht zum Tagesgeschäft der handels- und gesellschaftsrechtlich ausgerichteten Beratereinheiten gehört. Wie noch darzulegen sein wird, ist auch keinesfalls der Jurist oder Wirtschaftsprüfer der geborene Alleinuntersucher.

II. Einbindung von Unternehmensmitarbeitern

- 31 Externe Untersucher haben nur dann die Chance auf gute Ergebnisse, wenn sie **Unterstützung von Unternehmensmitarbeitern** erhalten.⁶⁴

60 Vgl. im Einzelnen die Ausführungen in Rn. 46 ff. Der vom Unternehmen beauftragte Rechtsanwalt kann sich nach der jetzt Gesetz gewordenen Neufassung des § 160a StPO auf Beschlagnahmefreiheit seiner Unterlagen sowohl bei ihm als auch im Unternehmen und an dritten Orten berufen, vgl. § 160a Abs. 1 Satz 5 StPO n. F.

61 Vgl. hierzu und zu der nicht vollständig eindeutigen Rechtslage *Minoggio*, Firmenverteidigung, Rn. 650 ff., 905 ff.

62 Vgl. Rn. 43 sowie *Minoggio*, Firmenverteidigung, Rn. 603 ff.

63 Ebenso von *Hehn/Hartung*, in: Wieland/Steinmeyer/Grüninger, Handbuch Compliance-Management, S. 589; *Wybitul*, BB 2009, 608; *Knierim*, StV 2009, 328.

64 Vgl. hierzu auch *Knierim*, StV 2009, 328; *Hauschka/Pauthner-Seidel/Stephan*, Corporate Compliance, S. 656.

Auch in diesem Punkt lohnt es sich, **Sorgfalt auf die Auswahl der Ansprechpartner** im Unternehmen zu legen. Zunächst müssen diejenigen ausscheiden, die mit den zu untersuchenden Altvorgängen selbst involviert sein können. Immer wieder kommt es erfahrungsgemäß vor, dass Mitglieder interner Untersuchungskommissionen sich im Zuge der Ermittlungen persönlich als massiv belastet durch vergangene Vorgänge entpuppen. Das kann dazu führen, sämtliche in ihrer Mitwirkung erarbeiteten Teilergebnisse zu überprüfen oder gar zu verwerfen. Bei länger andauernden Untersuchungen muss immer wieder diskret das Verhalten der Mitglieder des Untersuchungsteams überprüft werden. (Wer selbst die Aufdeckung kriminogener Umstände fürchten muss, kann leicht versucht sein, sich zur Aufrechterhaltung größtmöglicher Kontrolle selbst an die Spitze der Bewegung zu setzen.) Das kann Auswechselungen der Personen erfordern.

Darüber hinaus muss geradezu davor gewarnt werden, dass der interne Untersucher nur seine Ansprechpartner in der Rechts- oder Compliance-Abteilung sucht. Auch hier kommt es natürlich auf den Einzelfall an. In diesen Abteilungen sind aber zuweilen eher Informationen darüber vorhanden, wie die interne Unternehmenswelt auszusehen hätte oder nach der Vorstellung der Unternehmensführung aussieht – während es vor Ort und insbesondere in den operativen Teilen gänzlich anders zugehen kann.

32

Praxistipp:

Wer in einem Baukonzern den Verdacht auf Durchstechereien bei der Abrechnung von Nachunternehmerforderungen zu untersuchen hat, tut gut daran, sich die konkreten Abläufe von einem Bauingenieur des Unternehmens, möglicherweise einem Polier mit Gummistiefeln auf der Baustelle erklären zu lassen. Einen Sinn für wichtige, oftmals entscheidende Zwischentöne im Zuge der Ermittlungen kann man nur auf diese Art und Weise entwickeln.

Werden nützliche Zuwendungen in Einkaufsabteilungen vermutet, ist man nicht allein mit dem Studium der internen Vorschriften und Einkaufsrichtlinien gut beraten. Vielmehr muss man sich das vorgegebene und auch das konkret gelebte System der Beschaffung von einem in diesem Bereich tätigen Mitarbeiter praktisch erklären lassen. Interessant ist oftmals, sich diese Hintergrundinformationen von einem entweder mittlerweile nicht mehr in diesem Bereich tätigen Mitarbeiter oder aber einem Pensionär näherbringen zu lassen, der dem Unternehmen noch positiv und offen gegenübersteht.

33

Konkret also: Hinein in den Sachverhalt mit den Augen und Ohren der Betroffenen, hierbei beraten und sachkundig gemacht durch jeweilige, an der Front tätige (aber mutmaßlich unbelastete) Mitarbeiter.⁶⁵ Werden diese für die gesamte Untersuchungsdauer zugezogen, so bedeutet das naturgemäß keinesfalls, dass ihnen die Untersuchungsergebnisse zur Verfügung stehen. Freundliche Distanz und das Gebot strengster Diskretion sind auch in diesem Punkt gefragt.

⁶⁵ Anschaulich hierzu auch *Knierim*, StV 2009, 326.

III. Fraud-Ermittler, EDV-Revisoren und Detekteien

- 34 Es stellt sich für den Untersuchungsführer nicht die Frage, ob derartige Untersuchungskräfte eingesetzt werden. Das versteht sich bei jeder, absoluten Bagatelldarstellung übersteigenden Ermittlung praktisch von selbst.⁶⁶

Wirtschaftsunternehmen haben in Deutschland – von Ausnahmen abgesehen – noch keine langjährige Kultur bei der internen Untersuchung. Es fehlen darüber hinaus derzeit praktisch sämtliche, gesetzlichen Rahmenbedingungen.⁶⁷ Der Ermittler (einerlei, ob man ihn Fraud-Examiner oder Privatdetektiv⁶⁸ betitelt) wurde bislang eher misstrauisch angesehen. Darüber hinaus wird zuweilen in preußischer Staatsgläubigkeit unterstellt, dass neben dem Gewalt- auch das Untersuchungsmonopol beim Staat verbleiben soll, der alles auch unternehmensintern im Ergebnis schon dadurch zu richten hat, dass erst der Extrakt staatsanwaltschaftlicher Ermittlungen durch Akteneinsicht gewonnen und für unternehmensinterne Zwecke weiter verarbeitet wird. Das alles führt dazu, dass – etwa im Vergleich zur klassischen Revisionsarbeit oder der kaufmännischen Kernkompetenzen – bei uns auf dem Feld der unternehmensinternen Ermittlung momentan vergleichsweise wenig Erfahrung vorhanden ist.⁶⁹

- 35 Deshalb sollte man sich auch bei der Frage nach dem **richtigen Untersuchungsteam** vor Augen führen: Diese Erfahrung ist bei den Wirtschaftsabteilungen der Strafverfolgungsinstitutionen (angefangen von den der Staatsanwaltschaft angeblich nachgeordneten Untersuchungsbehörden wie Kriminalpolizei, Steuer- und Zollfahndung, den Ordnungsämtern etc. über die Staatsanwaltschaften mit ihren Wirtschafts- und Schwerpunktabteilungen bis hin zu den Gerichten mit den Abteilungen für Wirtschaftsstrafsachen bei den Amtsgerichten⁷⁰ und den Wirtschaftsstrafkammern bei den Landgerichten)⁷¹ seit Jahrzehnten vorhanden.

Mag man im Einzelfall an der Effektivität der einen oder anderen Institution regional durchaus Zweifel hegen, so handelt es sich insgesamt hierbei um ein zur Untersuchung und Bekämpfung von Wirtschaftskriminalität gewachsenes und seit Jahrzehnten erprobtes System – und dieses System besteht gerade nicht nur aus Volljuristen als Staatsanwälte und/oder als Richter.

- 36 Es sind vielmehr die **Steuerfahnder**, die in der Praxis erst aus Schmierzetteln oder zunächst harmlos wirkenden Zahlenkolonnen einer Exceltabelle die zeitliche Verbindung zur Erteilung von Großaufträgen herstellen und ein System nützlicher Zuwendungen im Kleid angeblicher Zahlungen von Beratungsleistungen aufdecken.

66 Ebenso von *Hehn/Hartung*, in: Wieland/Steinmeyer/Grüniger, Handbuch Compliance-Management, S. 608; *Wybitul*, BB 2009, 607.

67 Ebenso *Knauer/Buhlmann*, AnwBl. 2010, 387; *Knierim*, StV 2009, 325. Vgl. jetzt den Versuch in Form des Entwurfes eines Gesetzes zur Regelung des Beschäftigtendatenschutzes, dort Nr. 7 zur Datenerhebung im Beschäftigungsverhältnis (www.bmi.bund.de/cae/servlet/contentblob/1286172/publicationFile/95297/Entwurf_Beschaeftigtendatenschutz.pdf, letzter Abruf 13.09.2010).

68 Vgl. zum Einsatz eines Privatdetektivs und den arbeitsrechtlichen Erfordernissen *Maier/Garding*, DB 2010, 559.

69 Vgl. hierzu und den viel weitergehenden Erfahrungen in den USA anschaulich *Behrens*, RIW 2009, 22; *Wybitul*, BB 2009, 60.

70 Vgl. § 58 GVG, § 13 WiStG, § 391 AO.

71 § 74c GVG.

Es sind in Vernehmungstechniken geschulte und erfahrene **Kriminalbeamte**, die mit oftmals großem menschlichen Einfühlungsvermögen und psychologischem Geschick Umstände von Zeugen oder Beschuldigten erfahren,⁷² die einem förmlich und tatbestandsfixiert auftretenden Juristen für immer verborgen geblieben wären.

Speziell geschulte **Finanzermittler** bei Polizeibehörden und Staatsanwaltschaften⁷³ kennen sich nach Beendigung ihrer Tätigkeit in den Vermögensverhältnissen von Beschuldigten zuweilen besser aus, als diese selbst. **EDV-Experten** stellen mit WinIdea⁷⁴ oder ACL⁷⁵ mit geringem Aufwand allein aus der betrieblichen Buchhaltung etwa fest, dass eine Identität zwischen Bankkonten und Telefonnummern eines angeblichen Zulieferers und der Ehefrau eines Mitarbeiters der Einkaufsabteilung besteht.⁷⁶ Nur sie können auf Festplatten qualifiziert gelöscht geglaubte Dateien oder jedenfalls Dateistrukturen mit verräterischen Dateinamen wieder sichtbar machen oder Passwortschutz umgehen. Die Wirtschaftsreferenten und Buchhalter in den Diensten der Wirtschaftsabteilungen bei der Staatsanwaltschaft führen mit ihrem kaufmännischen Spezialkenntnissen Liquiditätsberechnungen zur Ermittlung der Überschuldung von Unternehmen durch.⁷⁷ 37

Als verantwortlicher Untersuchungsführer lohnt daher sehr, sich gedanklich bei der Überlegung zur Zusammenstellung des Ermittlungsteams in die Lage zu versetzen: Wie würde eine effektive staatliche Untersuchung ablaufen? Wen würde der mit genügend Sach- und Personalmitteln ausgestattete Oberstaatsanwalt der Schwerpunktabteilung für Wirtschaftskriminalität beauftragen und wen aus anderen Behörden im Wege der Amtshilfe beiziehen? Hat man so gedanklich sein staatliches Untersuchungsteam aus den verschiedenen Behörden und Institutionen zusammengestellt, so bedarf es jetzt nur noch der Umsetzung in der Weise, dass adäquate private Teammitglieder an ihrer Stelle gefunden werden müssen. 38

Die jeweilige Auswahl fällt danach indes immer noch nicht leicht. Äußerst ungünstig ist, erst im Schadensfall und dem damit regelmäßig verbundenen Zeitdruck ein Untersuchungsteam anhand von Branchentelefonbüchern zusammenstellen zu müssen. Die Qualitäts- und Seriositätsunterschiede sind leider signifikant. Wohl dem, der in dieser Situation auf vertrauenswürdige 39

72 Vgl. zur Vernehmungstechnik Überblick bei *Wendler/Hoffmann*, Technik und Taktik der Befragung in Gerichtsverfahren, S. 5 ff.; *Bender/Nack/Treuer*, Tatsachenfeststellung vor Gericht, S. 185 ff.; *Habschik*, Erfolgreich Vernehmen, S. 212 ff.

73 *Podolsky*, in: *Wabnitz/Janovsky*, Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, Kap. 26 Rn. 3 ff.; vgl. auch die „Richtlinien über polizeiliche und staatsanwaltschaftliche Finanzermittlungen zur Abschöpfung rechtswidrig erlangten Vermögens und zur Bekämpfung der Geldwäsche“ (FERL) in NRW, die sog. Finanzermittlungsrichtlinien, Gemeinsamer Runderlass des Innenministeriums, des Finanzministeriums und des Justizministeriums vom 21.06.2000, zuletzt geändert am 06.03.2002, JMBl., NRW 2000, 209 ff.

74 Ebenfalls von der deutschen Finanzverwaltung eingesetzte Prüfsoftware „Interactive Data Extraction and Analysis“, die zur Analyse des Zahlenmaterials eines Unternehmens bei Betriebsprüfungen eingesetzt wird; hierzu *Eichmann*, GmbH-Berater Gruppe III/W75, 1.

75 Audit Command Language; wird auch vom österreichischen Fiskus als Prüfsoftware verwendet, www.acl.at (letzter Abruf: 13.09.2010).

76 Wobei auf die seit Inkrafttreten von § 32 BDSG ab 01.09.2009 bestehenden Zulässigkeitsbedenken hinzuweisen ist, die möglicherweise durch anfängliche Daten-Teilanonymisierung überwunden werden kann; vgl. *Wybitul*, BB 2009, 1582.

77 *Minoggio*, Firmenverteidigung, Rn. 896 f.

Netzwerke von Wirtschaftsprüfern, Fraud-Ermittlungsunternehmen, seriösen Ermittlungsbüros⁷⁸ und IT-Dienstleistern zurückgreifen kann.

Wichtig ist, zumindest lose und vorbereitende **Kontakte vor dem Schadensfall** zu knüpfen oder sich bereits eingehend zu informieren.⁷⁹ Jedenfalls sollte auf die Auswahl erhebliches Augenmerk gerichtet werden.

- 40 Auch **Kostengesichtspunkte** spielen eine Rolle – und erfahrungsgemäß ist Sachkunde und Seriosität eher gepaart mit nachvollziehbaren und eingrenzbaren Kosten, während sich leider zuweilen auch im Einzelfall sich anbietende Scharlatane durch kaum nachvollziehbare und eingrenzbare Kostenforderungen auszeichnen. Vorsicht sollte auch an den Tag gelegt werden, wenn an Referenzen nichts außer einem Hinweis auf frühere Behördentätigkeiten angegeben werden kann, gepaart oft mit einem Schuss nicht näher identifizierbarer Behauptung nachrichtendienstlicher oder sonst wie geheimer Tätigkeit.
- 41 **Langjähriger Marktauftritt, Zugehörigkeit zu seriösen Berufsverbänden, fachliche Veröffentlichungen** und vor allem **Empfehlungen** von neutraler und als vertrauenswürdig eingestufte Seite sind jedenfalls erheblich mehr wert bei der Auswahl nach geeigneten Partnern im Untersuchungsteam als die Schaffung künstlicher Konspirationsatmosphäre oder gar das augenzwinkernde Versprechen von Grenzüberschreitungen bei den Untersuchungsmitteln des sich anbietenden Ermittlers. Vor Letzterem kann nur eindringlich gewarnt werden. Zweifelhafte Seriosität muss absoluter Ausschlussgrund sein. Auch Verweise auf mittlerweile anerkannte Berufsausbildungen⁸⁰ im Fraud-Bereich können gute Orientierungen bei der Wahl geeigneter Partner geben.
- 42 Bei der Auswahl von **IT-Spezialisten** ist solchen der Vorzug zu geben, die speziell ausgerichtet sind auf Fraud-Ermittlungen und dabei ausgerüstet und erfahren mit den mittlerweile existierenden Prüfprogrammen.⁸¹
- 43 Empfehlenswert ist, externe Berater ohne gesetzliche Schweigepflicht zusätzlich durch **Vertraulichkeitsvereinbarungen** und dem Verbot betreffend Auftragsannahmen hinsichtlich desselben Untersuchungsgegenstands mit entsprechenden **Vertragsstrafevereinbarungen** zu binden.⁸² Zum einen wird hierdurch bei Zugriff staatlicher Strafverfolgungsbehörden die Wahrscheinlichkeit größer, dass diese den geschützten Bereich gem. § 53a StPO anerkennen. Zum anderen ist bei nicht gesetzlicher Schweigepflicht unterliegenden Beratern das Verbot der

78 Vgl. hierzu auch *Knierim*, FS Volk, S. 250.

79 So ebenfalls eindringlich *Wybitul*, BB 2009, 608; ebenso von *Hehn/Hartung*, in: Wieland/Steinmeyer/Grüniger, Handbuch Compliance-Management, S. 605; *Knierim*, FS Volk, S. 372, in einem insgesamt lesenswerten Aufsatz zu Ablauf und Rechtsrahmen unternehmensinterner Ermittlungen.

80 Vgl. etwa das berufsbegleitende Aufbaustudium zum MBA in den Bereichen Governance, Risk, Compliance und Fraud-Management oder die Zertifizierung als Certified Compliance Expert an der School of Governance, Risk & Compliance der Steinbeis Hochschule Berlin (www.school-grc.de, letzter Abruf 13.09.2010); vgl. auch den Zertifikatsstudiengang „Certified Fraud Manager“ an der Frankfurt School of Finance & Management (www.frankfurt-school.de, letzter Abruf 13.09.2010).

81 Hierzu eingehend *Wybitul*, BB 2009, 608, 610 m.w.N.; *Odenthal*, Korruption und Mitarbeiterkriminalität, S. 123 ff.

82 Vgl. *Minoggio*, Firmenverteidigung, Rn. 909 ff.

Vertretung widerstreitender Interessen nicht wie etwa bei Rechtsanwälten oder Steuerberatern gesetzlich implementiert und verinnerlicht und muss deshalb privatrechtlich so gut es geht durch Vereinbarung verwirklicht werden.

C. Behandlung der Untersuchungskommunikation

Auch wenn aus Diskretionsgründen an einer unabhängigen Untersuchung so wenig Unternehmensmitarbeiter und Dritte wie möglich beteiligt werden, wird im Normalfall fortlaufend zwischen den Beteiligten kommuniziert. Informationen müssen gewonnen und ausgetauscht, Erkenntnisse als Entscheidungsgrundlage für das weitere Vorgehen aufbereitet, Entscheidungen getroffen werden.⁸³ **Schriftliche Kommunikation** auf Papier oder als Datei sollte natürlich nur wohlüberlegt verfasst und bei hoher Brisanz eines Vorgangs auf das notwendige Mindestmaß reduziert werden. Sie lässt sich aber im Normalfall nicht gänzlich vermeiden. 44

Kommt es irgendwann im Verlauf einer unabhängigen Untersuchung zu einer **Durchsuchung** im Unternehmen, so werden die Ermittler zunächst alle Unterlagen mitnehmen, die ihnen irgendwie interessant erscheinen. Vielleicht befindet sich in einem der mitgenommenen Aktenordner ein ausführlicher Untersuchungsbericht, der von der Staatsanwaltschaft quasi direkt für eine Anklage übernommen werden kann, möglicherweise nicht im Interesse des Unternehmens. Es stellt sich deshalb die Frage, wie derartige Kommunikation zu schützen ist. 45

I. Kein allgemeiner Beschlagnahmeschutz der Untersuchungsunterlagen

Weder ein allgemeines Diskretionsbedürfnis auf Unternehmensseite noch ein besonderer Vertraulichkeitsvermerk der Führungsebene verhindern aber, dass Strafverfolgungsbehörden im Rahmen einer Durchsuchung Kenntnis von Unterlagen erlangen und diese mitnehmen. Es existiert kein allgemein geschützter, „staatsfreier“ Raum für jede Untersuchungskommunikation in Unternehmen.⁸⁴ 46

Die Rechtslage hierzu ist im Einzelnen sehr **umstritten**, sodass eine sichere Vorhersage über das Eingreifen eines Beschlagnahmeverbotes teilweise fast unmöglich ist. Dies liegt nicht zuletzt daran, dass das entsprechende Schutzsystem in der StPO in den §§ 97, 148, 160a StPO u.a. mit Auslegungen entgegen den Gesetzeswortlaut und teils ungeklärtem Verhältnis der Vorschriften untereinander wohl nur noch als Flickwerk bezeichnet werden kann,⁸⁵ das unlängst erst – durch eine für Anwälte und den Rechtsstaat wohlthuende **Änderung des § 160a StPO** – zumindest etwas begradigt werden musste.⁸⁶ 47

83 Vgl. *Minoggio*, Firmenverteidigung, Rn. 632.

84 Vgl. nur Volk/*Kempf*, MAH Wirtschafts- und Steuerstrafsachen, S. 372; *Minoggio*, Firmenverteidigung, Rn. 603 ff.; a.A. wohl *Knierim*, FS Volk, S. 273; *Miras*, in: Wieland/Steinmeyer/Grüniger, Handbuch Compliance-Management, S. 560 sowie *von Hehn/Hartung*, in: Wieland/Steinmeyer/Grüniger, Handbuch Compliance-Management, S. 592; in dieser Allgemeinheit ohne nähere Begründung sehr zweifelhaft.

85 Hierzu ausf. *Minoggio*, Firmenverteidigung, Rn. 606.

86 BT-Drucks. 17/2637; vgl. zur Annahme des Gesetzentwurfes im Bundestag BT-Plenarprotokoll 17/71, S. 7711B; ferner zum Entwurf bereits *Dahms*, NJW-Spezial 2010, 126 f.

II. Beschlagnahmeverbote bei internen Untersuchungen

48 Maßgebliches Differenzierungskriterium für das Eingreifen eines Beschlagnahmeverbotes und einem möglicherweise daraus resultierenden Beweisverwertungsverbot ist, ob das Unternehmen **nebenbeteiligt** oder **nebenbeteiligungsinteressiert i.S.d. §§ 431 Abs. 1, 442 Abs. 1 StPO** ist.

1. Nebenbeteiligtes oder nebenbeteiligungsinteressiertes Unternehmen

49 Ein Unternehmen kann sich nach aktueller Gesetzeslage nicht selbst strafbar machen.⁸⁷ In einem Strafverfahren können dem Unternehmen aber Eigentum und Vermögen entzogen werden, §§ 73 ff. StGB, §§ 29, 29a, 30 OWiG. Droht eine solche Vermögensabschöpfung durch Verfall, Einziehung oder Geldbuße, so kann das Gericht eine Beteiligung des Unternehmens am Strafprozess nach § 431 Abs. 1 StPO (beim Verfall i.V.m. § 442 Abs. 1 StPO) anordnen. Der Nebenbeteiligte hat ab Eröffnung des Hauptverfahrens im Grundsatz die gleichen Befugnisse, die auch einem Angeklagten zustehen. Schon im Ermittlungsverfahren ist das später voraussichtlich nebenbeteiligungsinteressierte Unternehmen als Nebenbeteiligungsinteressent anzusehen und hat auch bereits eigene, an den Möglichkeiten des Beschuldigten orientierte Rechte.⁸⁸

50 Ein nebenbeteiligtes oder nebenbeteiligungsinteressiertes Unternehmen genießt insgesamt **denselben Schutz wie ein Beschuldigter**. Dies folgt aus §§ 442 Abs. 1, 434 Abs. 1 StPO. Die für die Verteidigung geltenden Vorschriften, insbesondere auch der § 148 StPO sind nach § 434 Abs. 1 Satz 2 StPO entsprechend anzuwenden.⁸⁹ **Beschlagnahmeverbote** greifen zugunsten des Unternehmens deshalb im selben Umfang wie für einen Beschuldigten.

51 **Hinweis:**

Der fehlende Verweis in § 434 StPO auf § 160a StPO führt zu keiner anderen Bewertung. Es könnte sich zum einen schlicht um ein gesetzgeberisches Versehen (unterlassene Anpassung bei Einführung des § 160a StPO) handeln, zum anderen macht der ausdrückliche Verweis auf die grundlegende und noch weitergehende Schutzvorschrift des § 148 StPO eine Änderung entbehrlich.⁹⁰

52 Dem Wortlaut des § 97 Abs. 1 StPO nach ist eine Beschlagnahme von sämtlicher Korrespondenz und sonstiger zu Verteidigungszwecken dienender Unterlagen, Abbildungen und Darstellungen – gem. § 11 Abs. 3 StGB unabhängig vom Träger- oder Speichermedium – nur dann unzulässig, wenn sich die Gegenstände gem. § 97 Abs. 2 Satz 1 StPO **im Gewahrsam des Verteidigers** befinden.

87 Überblick zu den nationalen und europäischen Entwicklungen bei *Minoggio*, Firmenverteidigung, Rn. 22 ff.

88 Vgl. Löwe-Rosenberg/*Gösse*, StPO, § 432 Abs. Rn. 1.

89 Vgl. hierzu auch *Wessing*, Strafverteidigung im Rechtsstaat, S. 928; *Wessing*, FS Mehle, S. 680; KK-StPO/*Schmidt*, § 434 Rn. 1.

90 Vgl. *Minoggio*, Firmenverteidigung, Rn. 635.

Nach allgemeiner Auffassung gilt dieser Schutz jedoch über den Wortlaut hinaus auch, wenn sich die **Verteidigungskommunikation im Gewahrsam** des Beschuldigten, hier also **des Unternehmens**, befindet.⁹¹ Begründet wird dies mit der Regelung des § 148 StPO zum unbeschränkten Verteidigungsverkehr mit dem Beschuldigten, der erst nach dem § 97 StPO in Kraft getreten ist und diesen ergänzen sollte.⁹²

Werden trotz dieses Verbotes Unterlagen beschlagnahmt, so unterliegen diese nach allgemeiner Auffassung, mittlerweile in § 160a Abs. 1 Satz 2 StPO normiert, einem Beweisverwertungsverbot.

Ausnahmen von diesem **absoluten Beweisverwertungsverbot** existieren nur in eng begrenzten Fällen, insbesondere gem. § 97 Abs. 2 Satz 3, 1. Alt. StPO bei einem Teilnahmeverdacht des Beraters an einer Straftat.⁹³ 53

Untersuchungsunterlagen sind deshalb bei einem nebenbeteiligten oder nebenbeteiligteninteressierten Unternehmen sowohl im Unternehmen als auch im Gewahrsam eines Firmenverteidigers geschützt. Ein Schutz auch an einem dritten Ort ist hingegen jedenfalls von der Rechtsprechung noch nicht sicher anerkannt. Auch die per 01.01.2011 in Kraft tretende Änderung des § 160a Abs. 1 Satz 5 StPO sieht insoweit – folgt man jedenfalls der Auslegung anhand der Gesetzgebung – **keinen absoluten Drittschutz** vor.⁹⁴

Soweit ein Beschlagnahmeschutz abgelehnt wurde, wenn kein Verteidigungsverhältnis zu einem unmittelbar Beschuldigten besteht,⁹⁵ ist diese Meinung aufgrund der Einführung des § 160a Abs. 1 Satz 5 StPO überholt. Nach dieser Vorschrift sind nämlich alle Ermittlungsmaßnahmen mit der Folge eines Verwertungsverbotes und Lösungsgebotes unzulässig, wenn von einem Verteidiger unabhängig von der Ausgestaltung des konkreten Mandatsverhältnisses Erkenntnisse erlangt werden, die seiner Schweigepflicht unterfallen.⁹⁶ 54

Voraussetzungen für einen Schutz der Untersuchungsunterlagen im Gewahrsam des Unternehmens ist aber, dass es sich **für einen Außenstehenden erkennbar um Verteidigungsunterlagen handelt**.⁹⁷ Wer die Untersuchungsunterlage verfasst hat, ist für ein aus einem Verstoß gegen die Beschlagnahmefreiheit folgendes Beweisverwertungsverbot dagegen unbeachtlich.⁹⁸ 55

Werden im Unternehmen Verteidigungsunterlagen erstellt und aufbewahrt, so ist deshalb auf eine **exakte Bezeichnung** und **Separation** von allen sonstigen Geschäftsunterlagen absolut zu achten. Bei einer Vermischung ist ein Beschlagnahmeschutz abzulehnen. Dateien und Verzeichnisse 56

91 Vgl. nur *Meyer-Goßner*, StPO, § 97 Rn. 37.

92 Vgl. *Fezer*, JuS 1978, 765; *Meyer-Goßner*, StPO, § 97 Rn. 37; *Beulke*, StPO, Rn. 248; BGH, 25.02.1998 – 3 StR 490/97, NJW 1998, 1963; ebenso für den Zeugenbeistand BGH, 28.06.2001 – 1 StR 198/01, NJW 2001, 3793.

93 Zugunsten des Beschuldigten greift auch bei Teilnahmeverdacht des Beraters ein Beweisverwertungsverbot, vgl. nur BGH, 27.03.2009 – 2 StR 302/08, NJW 2009, 2690.

94 BT-Drucks. 17/2637, S. 7.

95 Überblick hierzu bei KK-StPO/*Nack*, § 97 Rn. 1; ebenso *Meyer-Goßner*, StPO, § 97 Rn. 10 m.w.N.; vgl. auch BVerfG, 23.07.2010 – 2 BvR 2211/00, NStZ-RR 2004, 83; ausdrücklich offengelassen BGH, 23.07.1997 – 3 StR 71/97, NStZ 1997, 562; 13.11.1997 – 4 StR 404/97, StV 1998, 57, 58.

96 So auch *Beulke/Lüdke/Swoboda*, Unternehmen im Fadenkreuz, S. 69; *Minoggio*, Firmenverteidigung, Rn. 618.

97 BGH, 25.02.1998 – 3 StR 490/97, NJW 1998, 1964.

98 Hierzu ausf. *Minoggio*, Firmenverteidigung, Rn. 639 f.

müssen klar betitelt werden, Gleiches gilt für Papierordner. Von selbst versteht sich, dass diese Privilegierung von Verteidigungsunterlagen als vor staatlichem Zugriff geschützt nicht dazu missbraucht werden darf, Verdunkelungshandlungen oder gar neue Straftaten zu begehen.

- 57 Die Korrespondenz zum beauftragten Firmenverteidiger ist i.Ü. nicht erst ab dessen förmlicher Meldung bei den Ermittlungsbehörden vor Beschlagnahme geschützt, sondern bereits **ab Begründung der Verteidigung im Innenverhältnis**.⁹⁹

Jedoch werden Eingriffsbefugnisse bei Durchsuchungen regelmäßig offensiv wahrgenommen. Nicht selten nehmen Ermittler Verteidigungskorrespondenz trotz Protestes mit. Hier muss auf Versiegelung gem. § 110 Abs. 2 Satz 2 StPO hingewirkt und ggf. telefonisch der zuständige Amtsrichter bzw. der Eildienst des Amtsgerichtes zu Hilfe gerufen werden.

- 58 Bei umfangreichen internen Untersuchungen sind zuweilen auch **körperliche Verteidigungsunterlagen** (etwa Dokumentensammlungen oder Ausdrucke) in einer Vielzahl vorhanden, dass sie zwar den Unternehmensverteidigern zuzuordnen sind, jedoch wegen des Umfangs und der Notwendigkeit ständiger Besprechungen im Unternehmen gelagert werden sollen. In diesem Fall ist mindestens anzuraten, dass die Firmenverteidiger sich förmlich einen Raum zuteilen lassen, der nur noch von ihnen (Steckschloss oder besondere Zugangserfordernisse) betreten werden kann, nicht aber von sonstigen Unternehmensmitarbeitern. Wenn dieser Raum dann auch noch besonders als praktisch ausgelagerter Kanzleiraum der Firmenverteidiger gekennzeichnet ist, besteht einigermaßen Gewähr dafür, dass er bei Durchsuchungen entweder unkontrolliert bleibt oder aber nur eine bloße Sicht- bzw. Plausibilitätskontrolle durchgeführt wird, ob es sich bei den dort lagernden Materialien tatsächlich um beschlagnahmefreie Verteidigungsunterlagen handelt. (Diesen rechtsstaatlichen Garantien zum Trotz würde man hochsensible Verteidigungsunterlagen immer noch nicht im Unternehmen lagern).

2. Interne Untersuchung ohne Nebenbeteiligungsinteresse

- 59 Unabhängige Untersuchungen werden oftmals auch bereits durchgeführt, ohne dass ein Ermittlungsverfahren anhängig ist, geschweige denn ein Nebenbeteiligungsinteresse des Unternehmens erkennbar ist. In diesen Fällen muss das Unternehmen mit einer Beschlagnahme der intern vorhandenen Unterlagen rechnen. Gänzlich unsicher ist ein Beschlagnahmeverbot wegen der Beteiligung eines Syndikusanwalts.

Besteht allerdings die Möglichkeit, dass aus einer unabhängigen Untersuchung später ein Ermittlungsverfahren und Nebenbeteiligungsbezug entsteht, kann das Unternehmen durch eine entsprechende Dokumentation dieses Untersuchungszwecks erreichen, dass die vorsorgliche Untersuchung später als erste Verteidigungsmaßnahme begriffen und ein umfassender Schutz zu diesem späteren Zeitpunkt gewährleistet werden kann.¹⁰⁰

99 Ebenso LG Frankfurt am Main, 27.04.2004 – 5/2 Qs 1/04, StraFo 2004, 239; *Minoggio*, Firmenverteidigung, Rn. 637.

100 *Minoggio*, Firmenverteidigung, Rn. 649.

Praxistipp:

Es empfiehlt sich sehr, zu Beginn praktisch jeder internen Untersuchung zu dokumentieren, dass aufgrund der Verdachtsmomente nicht ausgeschlossen werden kann, dass später gegen das Unternehmen gerichtete, staatliche Strafverfolgung einsetzen kann (§§ 73 ff. StGB, §§ 30, 130 OWiG) und sich die Untersuchung auch auf Interessenswahrung insoweit erstreckt.

a) Beteiligung eines externen Rechtsanwalts

Für den mangels Nebenbeteiligungsinteresse nicht als Verteidiger, sondern „nur“ als Rechtsanwalt tätigen Juristen greift mittlerweile ebenfalls die Schutzvorschrift des § 160a Abs. 1 StPO.¹⁰¹ Dort ist ab dem **01.01.2011** sowohl zugunsten des Rechtsanwalts als auch für den Strafverteidiger ein **absolutes Beweiserhebungsverbot** normiert.¹⁰² Auch der rein zivil- oder unternehmensrechtlich tätige Rechtsanwalt kann nicht nur unter Berufung auf seine Schweigepflicht die Aussage, sondern auch die Herausgabe jeglicher Korrespondenz oder sonstiger Arbeitsmaterialien verweigern. Dieses **umfassende Beweisgewinnungs- und Verwertungsverbot** gilt gem. § 160a Abs. 1 Satz 5 StPO n.F. grds. auch bei **unmittelbaren Informatio-**nen (etwa Briefe vom oder an den Anwalt oder dessen Arbeitsergebnisse) an dritten Orten.¹⁰³ 60

Die **Aufbewahrung von diskretionsbedürftigen Untersuchungsunterlagen** bei einem **externen Berater** ist dennoch in jedem Fall **empfehlenswert**. Zum einen erschwert dies bereits wegen der räumlichen Trennung ein Auffinden, zum anderen ist in der Praxis eine gewisse Zurückhaltung bei den Ermittlungsbehörden zu beobachten, in einer externen Kanzlei anwaltliche Handakten zu beschlagnahmen. 61

Hinsichtlich einer Aufbewahrung von Anwaltsunterlagen im Unternehmen selbst sei auf die Ausführungen oben zum nebenbeteiligungsinteressenten Unternehmen hingewiesen (Rn. 49 ff.). Bei grundsätzlicher Gefahr einer Beschlagnahme sollte auf Lagerung im Unternehmen verzichtet werden (gelesen wird nämlich in der Praxis ohnehin zunächst fast immer!).

b) Beteiligung eines Syndikusanwalts

Der Syndikus steht gem. § 46 Abs. 1 BRAO einerseits wie jeder andere Arbeitnehmer in einem Abhängigkeitsverhältnis zum Unternehmen, andererseits kann er als unabhängiger Anwalt¹⁰⁴ tätig sein. 62

Die Anwaltsprivilegien stehen ihm nur in seiner Funktion als Rechtsanwalt zu.¹⁰⁵

101 Zur Kritik an der bis zum 31.12.2010 geltenden Altfassung vgl. schon *Hassemer*, AnwBl. 2008, 418, 419; *Ignor*, NJW 2007, 3403, 3405; *Beulke/Lüdke/Swoboda*, Unternehmen im Fadenkreuz, S. 72; *Minoggio*, Firmenverteidigung, Rn. 626.

102 *Meyer-Goßner*, StPO, § 160a Rn. 9.

103 Zum Unmittelbarkeitserfordernis vgl. die Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 17/2637, S. 7. Aus dem Wortlaut des § 160a Abs. 1 Satz 5 StPO n.F. ergibt sich das Merkmal der Unmittelbarkeit nicht.

104 Zu den Tätigkeitsverboten vgl. § 46 Abs. 2 BRAO.

105 Vgl. *Beulke/Lüdke/Swoboda*, Unternehmen im Fadenkreuz, S. 24 f.; *Roxin*, NJW 1997, 17 ff.; *ders.*, NJW 1992, 1129 ff.; *Hassemer*, wistra 1986, 1 ff.; LG Bonn, 29.09.2005 – 37 Qs 27/05, wistra 2006, 398.

64

Hinweis:

Auf europarechtlicher Ebene werden dem Syndikusanwalt die Anwaltsprivilegien hingegen abgesprochen. Für das EG-Kartellverfahren hat zunächst das EuG die Grundsätze der AM & S Entscheidung¹⁰⁶ entgegen einer eigenen, vorläufigen Entscheidung¹⁰⁷ doch bestätigt.¹⁰⁸ Im sich anschließenden, gerade abgeschlossenen EuGH-Verfahren¹⁰⁹ hat der EuGH ebenfalls weiterhin Unternehmensanwälte vom Vertraulichkeitsschutz ausgenommen.¹¹⁰ Der Syndikusanwalt kann sich damit im EG-Kartellverfahren nicht auf den besonderen Beschlagnahmeschutz als Berufsgeheimnisträger berufen. Allerdings ist er nach nationaler Rechtslage bei anwaltlicher Tätigkeit weiterhin dem freien Berufskollegen gleichgestellt.

65

Der Syndikusanwalt muss deshalb auf eine eindeutig erkennbare, **räumliche Trennung seiner Unterlagen** achten. Es muss für jeden Außenstehenden sofort nachvollziehbar sein, ob er Untersuchungskommunikation als Mitarbeiter, Rechtsanwalt oder sogar Firmenverteidiger besitzt.¹¹¹ Hat die Unternehmensleitung ungehinderten Zugriff auf seine „anwaltlichen“ Unterlagen, so bestehen Zweifel an der Ausübung einer weisungsfreien Tätigkeit und einem Beschlagnahmeverbot. Ist er als weisungsgebundener Arbeitnehmer tätig, so kann er sich ohnehin nicht auf eine Beschlagnahmefreiheit seiner Unterlagen nach §§ 97, 148, 160a StPO berufen.

66

Hinweis:

Ein relativ sicherer und legaler Weg ist natürlich auch hier, beschlagnahmegefährdete Unterlagen an einem dritten Ort – etwa einem Kanzleisitz außerhalb des Unternehmens – aufzubewahren.¹¹²

Dateien, die als Verteidigungsunterlage beschlagnahmefrei sind, sollten passwortgeschützt sein und das Passwort sollte nur dem Syndikusanwalt bzw. seinen nach § 53a StPO schweigeverpflichteten Mitarbeitern bekannt sein.¹¹³

---- Ende des Auszugs ----