

Im Blickpunkt: Internal Investigations

Zulässigkeit und Grenzen unternehmensinterner Ermittlungen

Seit publizitätsträchtigen Korruptionsermittlungen in drei großen deutschen Gesellschaften werden Zulässigkeit und Grenzen unternehmensinterner Ermittlungen durch vom Vorstand oder Aufsichtsrat engagierte Anwaltskanzleien heiß diskutiert. Das Thema „Compliance“ ist in aller Munde. Die Unternehmensnützigkeit interner Ermittlungen negierende Meinungen kollidieren diametral mit Auffassungen, die interne Ermittlungen zu den Pflichten ordnungsgemäßer Geschäftsführung zählen. Das rechtstatsächliche Problem, dass einige Strafverfolgungsbehörden mit – so hat es manchmal den Anschein – neidischem Blick auf entsprechende Befugnisse der SEC interne Ermittlungen durch Anwaltskanzleien auf Kosten des zu untersuchenden Unternehmens mehr oder weniger ausdrücklich einfordern, tritt als weiterer Aspekt hinzu. Der Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) hat sich dieser Problematik angenommen und gibt mit seiner als „Thesen der Bundesrechtsanwaltskammer zum Unternehmensanwalt“ (nachfolgend: „BRAK-Thesen“, vgl. dazu auch *Wybitul*, BB 22/2011, VI) veröffentlichten Stellungnahme Anlass zu Überlegungen zur Vereinbarkeit der dortigen Forderungen mit der gegebenen Gesetzeslage.

1. Unternehmensinteresse als maßgebliches Kriterium

Zu Recht konstatiert die BRAK, dass der Anwalt eines Unternehmens, das interne Ermittlungen zur Aufklärung potenziell strafbaren Mitarbeiterverhaltens durchführen möchte, „ein mögliches Spannungsverhältnis zwischen den Unternehmensinteressen einerseits und den Interessen von Organen und Mitarbeitern des Unternehmens andererseits sowie damit im Zusammenhang stehende mögliche prozessuale Folgen seiner Tätigkeit zu bedenken“ habe (Thesen der BRAK zum Unternehmensanwalt, Stellungnahme der BRAK Nr. 35/2010, S. 3 [abrufbar unter <http://www.brak.de>]). Laut BRAK-These Nr. 3 erforsche der Unternehmensanwalt straf- und ordnungswidrigkeitenrechtliche Sachverhalte, soweit dies im Rahmen seines Mandatsauftrags und „im Unternehmensinteresse erforderlich“ erscheint. Er habe bei den internen Erhebungen, insbesondere bei der Befragung von Mitarbeitern des Unternehmens, „die allgemeinen Gesetze und die sich aus den rechtsstaatlichen Grundsätzen ergebenden Standards“ zu wahren. Er habe seine Erhebungen in einer Weise durchzuführen, „dass Beweismittel in ihrer Qualität und Verwertbarkeit nicht beeinträchtigt werden“.

Hieraus folgt zum einen, dass der potenzielle Wunsch von Strafverfolgungsbehörden, das Unternehmen möge selbst strafrechtlich relevante Missstände aufklären und die Ergebnisse zu Strafverfolgungszwecken zur Verfügung stellen, nicht *per se* Anlass für interne Untersuchungen geben darf. Das ist begrüßenswert. Auch wenn eine kooperative Attitüde eines von strafrechtlichen Ermittlungen betroffenen Unternehmens im Einzelfall strategisch opportun sein mag, muss die Grenze zwischen der Staatsanwaltschaft als Initiatorin und Herrin strafprozessualer Ermittlungs-

maßnahmen einerseits und unternehmensinternen Ermittlungen aufgrund eines autonomen Beschlusses der zuständigen Gesellschaftsorgane andererseits sichtbar bleiben.

Wann eine interne Ermittlung durch Unternehmensanwälte „erforderlich“ ist und mit welchen Mitteln und in welchem Ausmaß sie durchgeführt werden darf, ist – auch mit Blick auf den bereits erwähnten Streit über die Unternehmensnützigkeit solcher Maßnahmen – hingegen nicht eindeutig zu beantworten. Denkbare Kriterien sind z. B. die Schwere der vermuteten Verstöße (wobei sich die weitere Frage stellt, welchen Anforderungen die Vermutung genügen muss), ob es sich um ein Problem der Unternehmensstruktur handelt oder um individuelles Verhalten, oder auch ob ein (straf- oder zivilrechtliches) Verfahren läuft und in welchem Stadium es sich befindet.

2. Grenzen der Zulässigkeit interner Ermittlungen

Noch schwieriger als die Frage nach dem „Ob“ interner Ermittlungen ist die Frage nach dem zulässigen Umfang und den angemessenen Mitteln zu beantworten. Die Grenze des Erlaubten im Rahmen solcher Internal Investigations ist eines der derzeit am heftigsten, nicht stets frei von Emotionen diskutierten Themen in der Anwaltschaft, die sich – so jedenfalls ist der Eindruck bei Aufnahme der einschlägigen Schriften und Wortmeldungen – aufspaltet in eine „unternehmens- (oder arbeitgeber-) freundliche“ und eine „mitarbeiter- (oder arbeitnehmer-) freundliche“ Fraktion. Interne Ermittlungen in Form der Durchsicht von Unterlagen, des Zugriffs auf Daten auf dem Dienst-PC und der Befragung von Mitarbeitern durch Unternehmensanwälte sind für den Einzelnen ohne Frage nicht selten eine Zumutung. Selbst Mitarbeiter mit „reinem Gewissen“ fühlen sich bei In-

ternal Investigations unter Generalverdacht gestellt und zu Unrecht übermäßig kontrolliert. Amnestieprogramme, mittels derer Anreize für ein frühes Geständnis potenzieller Täter geschaffen werden sollen, bergen die Gefahr, Misstrauen und Angst vor – ggf. unberechtigter – Denunziation zu schüren. Anwälte betroffener Mitarbeiter werden regelmäßig die Unvereinbarkeit der arbeitgeberseitig vorgenommenen Nachforschungen mit dem Arbeitsrecht, dem Datenschutzrecht und auch mit dem Straf- und Strafprozessrecht behaupten. Der Unternehmensanwalt wird dies naturgemäß anders sehen.

Dabei wird jede Seite nach der derzeitigen Rechtslage ihren Standpunkt vertreten können. Denn judikativ ist das Feld interner Ermittlungen weitgehend unbestellt, und die Rechtsprechung beginnt erst jüngst, erste Grenzsteine zur Orientierung der Rechtssubjekte und der Anwaltschaft zu setzen. Das macht die Umsetzung der insbesondere in BRAK-These Nr. 3 niedergelegten Ansprüche so schwierig. Folgende Beispiele weisen diese Symptomatik aus:

3. StPO: Beachtung ja, aber keine unmittelbare Geltung

Zunächst ist ein Beschluss des LG Hamburg (15.10.2010 – 608 Qs 18/10) zu nennen, mit dem das Gericht die Beschlagnahmefreiheit von Protokollen, die ein Unternehmensanwalt im Rahmen interner Ermittlungen von Mitarbeitergesprächen angefertigt hatte, verneint. Unabhängig von der Kritik des Schrifttums an dieser Rechtsprechung (vgl. nur die Anmerkungen von *von Galen*, NJW 2011, 945; *Szesny*, GWR 2011, 169) ruft der Beschluss des LG in Erinnerung, dass die deutsche Rechtsordnung ein umfassendes „attorney client privilege“ nicht kennt, sondern nur ein auf § 148 StPO beruhendes Be-

schlagnahmeverbot für Verteidigerkorrespondenz. Verlässt ein Unternehmensanwalt sich darauf, dass die gesetzlich angeordnete Verhältnismäßigkeitsprüfung (§ 160a Abs. 2 StPO) zu seinen Gunsten ausfällt, begibt er sich auf brüchiges Eis und bringt die von ihm befragten Mitarbeiter zumindest in die Gefahr einer strategisch nachteiligen Position im möglicherweise folgenden Strafprozess. Schon dieser Fall zeigt, dass der Ruf der BRAK nach der Beachtung strafprozessualer Regelungen im Rahmen interner Ermittlungen durchaus seine Berechtigung hat. Eine ganz andere Frage ist, ob die StPO den Unternehmensanwalt selbst bindet. Das ist grundsätzlich zu verneinen, weil die StPO das Verhältnis zwischen dem Staat und seinem Bürger regelt. Im Rahmen interner Ermittlungen stehen sich aber – wenn man so will – das Unternehmen und seine Mitarbeiter kontradiktorisch gegenüber. Eine unmittelbare Geltung strafprozessualer Grundsätze, etwa des Schweigerechts, ist daher abzulehnen. Dementsprechend postuliert etwa die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung eine einzelfallbezogene Abwägung, der zufolge ein Schweigerecht nicht stets, immerhin aber in Ausnahmefällen bestehen soll (BAG, 7.9.1995 – 8 AZR 828/93, BB 1996, 749; BAG, 23.10.2008 – 2 AZR 483/07, BB 2009, 1186 mit Komm. *Dzida*). Die Frage, ob ein solches Schweigerecht besteht, muss also im Einzelfall beantwortet werden, was schon schwierig genug sein dürfte. Und das nächste Problem folgt sogleich: Muss der Unternehmensanwalt über ein – nur möglicherweise bestehendes – Schweigerecht informieren? Mit Blick auf eine jüngere Entscheidung des BGH mag auch diese Frage zu verneinen sein: Bei privat veranlassten Ermittlungen, die von Ermittlungsbehörden lediglich geduldet würden, müsse eine Belehrung über den Vorwurf und ein Schweigerecht entsprechend der strafprozessualen Vorschriften nicht erfolgen (BGH, 31.3.2011 – 3 StR 400/10 = BGH wistra 2011, 350). Diese Entscheidung des 3. Strafsenats betraf freilich keinen Fall unternehmensinterner Ermittlungen, sondern befasste sich mit einem aushorchenden Gespräch unter Bekannten. Es erscheint nicht völlig abwegig, für Befragungen im Arbeitsverhältnis aufgrund der privatrechtlichen Bindung der Beteiligten andere Maßstäbe gelten zu lassen.

4. Unklarheiten im Datenschutz- und Telekommunikations(straf)recht

Die Rechtslage hinsichtlich des Zugriffs auf Daten, insbesondere E-Mails, ist nicht weniger un-

klar: Gestritten wird regelmäßig über die Strafbarkeit von E-Mail-Erhebungen und -Durchsuchungen gemäß § 206 StGB (Verletzung des Post- und Fernmeldegeheimnisses). Die Anwendbarkeit dieser Strafnorm hängt davon ab, ob das Unternehmen seinen Mitarbeitern gegenüber Telekommunikationsdienste erbringt. Die jüngere arbeitsgerichtliche Rechtsprechung will die „rechtlichen Beschränkungen des Fernmeldegeheimnisses“ dann nicht anwenden, wenn der Arbeitgeber seinen Mitarbeitern die private Nutzung des E-Mail-Accounts zwar gestattet, er aber nur Zugriff auf den abgespeicherten (i. e. nicht auf den auf dem Server befindlichen) Datenbestand nehmen will (LAG Niedersachsen, MMR 2010, 639, 640 m. insow. abl. Anm. *Tiedemann*; LAG Berlin-Brandenburg, BB 2011, 2298 jeweils unter Bezugnahme auf VG Frankfurt, WM 2009, 948; VGH Kassel, NJW 2009, 2470). Mit Blick auf den Wortlaut und die bisher wohl herrschende Auslegung von § 206 StGB ist die Verneinung der Strafbarkeit mit *dieser* Begründung nicht ohne Weiteres nachvollziehbar. Teleologisch und systematisch hingegen spricht einiges für diese Auffassung: Ein Verbot des Zugriffs auf betriebliche E-Mails durch Arbeitgeber, die ihrem Personal einen E-Mail-Account zur Verfügung stellen, ist nicht zumutbar, wenn diese im Einzelfall ein berechtigtes Interesse an der Sichtung oder Auswertung elektronischer Kommunikation haben (*Wybitul*, BB 37/2011, „Die Erste Seite“). Der Arbeitgeber darf deshalb nicht gleichgesetzt werden mit gewerblichen Telekommunikationsanbietern wie web.de, 1 und 1, T-Online, freenet usw. In systematischer Hinsicht kommt hinzu, dass das Strafrecht den telekommunikationsrechtlichen Grenzen und ihrer Auslegung durch die Judikative folgen muss und nicht umgekehrt. Wie groß die Unsicherheit in diesem Bereich ist, zeigt eine Entscheidung des ArbG Berlin, die eine Strafbarkeit gem. § 206 StGB im Zusammenhang mit Compliance-Maßnahmen systemwidrig unter Hinweis auf die im Bundesdatenschutzgesetz geregelten Befugnisnormen verneint (ArbG Berlin, MMR 2010, 70).

5. Fazit: Bis zur Grenze des § 136a StPO herrscht Unsicherheit

Worin also die Standards liegen, an denen sich den BRAK-Thesen zufolge interne Ermittlungen zu orientieren haben (BRAK-Thesen, S. 10), ist angesichts der beschriebenen Situation in Judikative und Jurisdiktion und der auch in Zukunft zu erwartenden Dynamik in der Rechtsfortbildung im Be-

reich der „Compliance“ im weitesten Sinne nicht zuverlässig zu bestimmen. Klar ist ausweislich der jüngeren Rechtsprechung nur eines: Die Grenze des Erlaubten ist im Rahmen interner Ermittlungen eindeutig verletzt, wenn die in § 136a StPO genannten verbotenen Vernehmungsmethoden (Misshandlung, Ermüdung, körperlicher Eingriff, Verabreichung von Mitteln, Quälerei, Täuschung, Hypnose sowie die Drohung mit einer dieser Methoden) angewendet werden (BGH wistra 2011, 350, 351). So erlangten Ermittlungsergebnisse mit Blick auf die Drittwirkung von Grundrechten (vgl. dazu BVerfGE 73, 261) die Verwertbarkeit im Strafverfahren zu versagen. Die Prinzipien des Strafprozesses unmittelbar zu übernehmen, kommt nicht in Frage: Es sind zwei unterschiedliche Paar Schuhe, ob der Staat sich bei der Verfolgung strafbaren Verhaltens seiner Bürger durch die Bindung an strafprozessuale Standards Begrenzungen auferlegt, aber auch die intensiven Zwangsmöglichkeiten der StPO nutzt (näher zum System der „checks and balances“ in der StPO *Mommesen/Grützner*, DB 2011, 1792, 1793), oder aber ob ein Unternehmen auf privatrechtlicher Ebene Anhaltspunkten für strafrechtliches Verhalten seiner Mitarbeiter nachgeht. Deshalb „passt“ auch der gelegentliche Hinweis auf den Gemeinschaftsbeschluss des BVerfG oder die auf ihn zurückgehende Regelung des § 97 Abs. 1 S. 2 InsO nicht recht für interne Ermittlungen.

Präzise und allgemeingültige Verfahrensstandards für interne Untersuchungen wird es daher auf absehbare Zeit wohl nicht geben. Gewisse Leitlinien für die Durchführung solcher Untersuchungen, die zukünftig eher zu- denn abnehmen werden, sind allerdings nicht nur wünschenswert, sondern notwendig. Ein erster Schritt könnte in der Beseitigung der erkannten Diskrepanzen zwischen lex lata und der Tatsächlichkeit insbesondere im Datenschutz- und Telekommunikationsrecht sein. Das wäre schon ein Anfang.



Dr. André-M. Szesny, LL.M., ist Rechtsanwalt am Düsseldorfer Standort der Wirtschaftskanzlei Heusinger Kühn Lürer Wojtek. Er berät Unternehmen in allen Fra-

gen des Strafrechts und vertritt und verteidigt Individualpersonen in Wirtschaftsstrafverfahren. Er dankt Frau Rechtsanwältin *Dr. Susanne Stauder* für Anregungen und erhellende Diskussionen.