

Die Legaliätspflicht nach dem Rechtsverstoß

Dr. Manfred Rack
Rechtsanwalt und Notar

Inhaltsverzeichnis

(1)	Die Aufklärungspflicht	3
(2)	Die Wahl zwischen unternehmensinterner und unternehmensexterner Aufklärung	4
(3)	Verfahrensgrundsätze für die Durchführung interner Ermittlungen („internal investigations“) in Unternehmen der Bundesrechtsanwaltskammer .	5
(4)	Die Notwendigkeit interner Untersuchungen bei erstmaliger Ermittlung von Rechtspflichten.....	8
(5)	Vorteile der internen Untersuchung.....	9
(6)	Die Ausweitung des Strafverteidigerprivilegs auf alle Rechtsanwälte nach § 160 a Abs. 1 StPO n.F.....	9
(7)	Die Verfassungsmäßigkeit des neuen Rechtsanwaltsprivilegs	10
(8)	Das Verbot der Beschlagnahme von Unterlagen der Rechtsanwälte nach neuer Rechtslage	12
(9)	Rechte und Pflichten von Mitarbeitern bei internen Untersuchungen im Unternehmen	12
(10)	Informationspflichten im Unternehmen außerhalb des Verantwortungsbereichs eines Verantwortlichen als arbeitsvertragliche Nebenpflichten	13
(11)	Interne Untersuchungen zu repressiven oder präventiven Zwecken	14
(12)	Interne Untersuchungen zu präventiven Zwecken.....	14
(13)	Interne Untersuchungen zu repressiven Zwecken	14
(14)	Die Beschlagnahme von Gesprächsprotokollen bei Rechtsanwälten	15

(15)	Allgemeine Ablehnung der Beschlagnahmeentscheidung des Landgerichts Hamburg	16
(16)	Die zweifelhafte Voraussetzung eines Mandatsverhältnisses oder eines mandatsähnlichen Vertrauensverhältnisses	16
(17)	Die Interessen des Vorstands an unbehinderten Informationen von der Arbeitsebene auf die Führungsebene	18
(18)	Auskunftspflicht und Verwertungsverbot	20
(19)	Gesetzliche Regelungen und Auskunftspflicht und Verwertungsverbot	21
(20)	Die analoge Anwendung der gesetzlichen Regelung von Aussagepflicht und Verwertungsverbot	22
(21)	Die Rechtsprechung vor und nach der neuen Rechtslage zum Rechtsanwaltsprivileg.....	23
(22)	Entscheidung des Landgerichts Mannheim nach der geänderten Rechtslage zum Rechtsanwaltsprivileg	23
(23)	Offene Fragen	24
(24)	Die Pflicht zum Abstellen von aufgeklärten Rechtsverstößen innerhalb des Unternehmens	25
(25)	Die Sanktionspflicht des Vorstands bei Rechtsverstößen	25
(26)	Keine generelle Pflicht zur Strafanzeige	25

Die Legalitätspflicht nach dem Rechtsverstoß

Grundsätzlich gilt die Legalitätspflicht vor jedem Rechtsverstoß. Sie gilt jedoch auch, nachdem ein Verstoß gegen Rechtspflichten im Unternehmen festgestellt wird. Keine noch so vorbildliche Compliance-Organisation kann verhindern, dass Rechtsverstöße trotz aller präventiven Vorsorge zur Vermeidung von Pflichtverstößen vorkommen. Mit einer Compliance-Organisation und einem Managementsystem können Vorstände und Geschäftsführer den Vorwurf des Organisationsverschuldens widerlegen. Auf rechtswidriges Handeln im Unternehmen hat der Vorstand zu reagieren. Zu seiner Legalitätspflicht gehört es,

- » erstens den Sachverhalt aufzuklären,
- » zweitens das festgestellte rechtswidrige Verhalten zu untersagen und
- » drittens angemessen zu sanktionieren¹.

(1) Die Aufklärungspflicht

Insbesondere hat der Compliance-Beauftragte regelmäßig die Informationen an den Vorstand weiterzugeben.

Der Compliance-Beauftragte hat zunächst die Pflicht den Sachverhalt aufzuklären, der auf Regelverstöße hinweist. Gem. § 93 (1) AktG und § 130 OWiG ist zunächst der Vorstand oder Geschäftsführer zur Informationsweitergabe verpflichtet, ausgelöst durch einen nicht ganz fernliegenden Verdacht eines Regelverstoßes. Der Compliance-Beauftragte hat in aller Regel keine Entscheidungs- und Weisungsbefugnisse. Im Ergebnis besteht für den Compliance-Beauftragten nach dem Berliner Stadtreinigungsurteil die Pflicht, auf Rechtsverstöße hinzuweisen. Schreitet danach ein Compliance-Beauftragter gegen Straftaten von Unternehmensangehörigen nicht ein, droht ihm die Strafbarkeit wegen Beihilfe². Der Compliance-Beauftragte wird zwar nicht zum Unterlassungstäter, sondern zum Unterlassungshelfen.

Hervorzuheben ist das Recht des Compliance-Beauftragten, nämlich eine nächste Instanz im Unternehmen anzurufen, insbesondere dann, wenn das informierte

Organ auf Warnungen und Hinweise des Compliance-Beauftragten nicht eingeht³. Gerade in der Berliner Stadtreinigungsentscheidung wurde dem Compliance-Beauftragten zum Vorwurf gemacht, er habe seine Informationen nur auf den Finanzvorstand beschränkt, obwohl dieser auf den Hinweis auf überhöhte Gebühren nicht reagiert hat. Der Vorstand hat kein Ermessen bei seiner Entscheidung, gegen Rechtsverstöße einzuschreiten.

Zunächst soll die Pflicht zur Aufklärung von Rechtsverstößen dargestellt werden. Die Aufklärungspflicht setzt bei jedem Verdacht eines Regelverstoßes ein⁴. Insbesondere hat der Compliance-Beauftragte regelmäßig die Informationen weiterzugeben⁵.

Der Vorstand hat kein Ermessen bei seiner Entscheidung, ob er den Regelverstoß aufklären muss. Er hat vielmehr eine uneingeschränkte Aufklärungspflicht. Er muss sich informieren und sich die notwendigen Informationen beschaffen. Die uneingeschränkte Aufklärungspflicht ist ganz herrschende Meinung. Wegen der Aufklärungspflicht kann sich ein Vorstand oder Geschäftsführer nicht auf Unkenntnis berufen⁶. Die Organe eines Unternehmens sind zur umfassenden Aufklärung verpflichtet. Sie müssen damit zum Ausdruck bringen, dass sie ihre Legalitätspflicht uneingeschränkt erfüllen und auch in Zukunft Gesetzesverstöße verfolgt werden, sodass ihre Einstellung zur Legalitätspflicht für jeden im Unternehmen deutlich wird⁷.

1 Reichert, in CIS 3/2011, S. 117, Reaktionspflichten, Reaktionsmöglichkeiten der Organe auf (möglicherweise) strafrechtsrelevantes Verhalten innerhalb des Unternehmens.

2 BGH-Urteil vom 17.07.2009 – 5 StR 394/2008, ZIP 2009, 1867 [Berliner Stadtreinigung].

3 Rönnau/Schneider, Der Compliance-Beauftragte als strafrechtlicher Garant, 2/2010, S. 59.

4 Rönnau/Schneider, Der Compliance-Beauftragte als strafrechtlicher Garant, 2/2010, S. 59.

5 BGHSt, 52, 159, 164 ff.

6 Reichert, in: CIS, 3/2011, Reaktionspflichten und Reaktionsmöglichkeiten der Organe auf (möglicherweise) strafrechtsrelevantes Verhalten innerhalb des Unternehmens, S. 117, Reichert/Ott, ZIP 2009, 2176, Non-Compliance in der AG - Vorstandspflichten im Zusammenhang mit der Vermeidung, Aufklärung und Sanktionierung von Rechtsverstößen; Fleischer, AG 2003, S. 292, Fleischer, in: Handbuch des Vorstandsrechts, 2006, § 9, Rd. Nr. 55, § 8 Rd.Nr. 19, BGH Urteil vom 08.10.1984 – II ZR 175,83 = GmbHR 1985, 143 ff; OLG Koblenz, Urteil vom 10.06.1991 – 6 U 1650, 89 = ZIP 1991, S. 871.

7 U.H. Schneider, ZIP 2003, 649.

(2) Die Wahl zwischen unternehmensinterner und unternehmensexterner Aufklärung

Während die Pflicht zur Sachverhaltsaufklärung eines Regelverstößes uneingeschränkt gilt, haben Vorstände und Geschäftsführer bei der Art der Aufklärung die Wahl, einerseits zwischen der internen Aufklärung und andererseits der externen Aufklärung durch staatliche Ermittlungsbehörden. Sie haben die Wahl, entweder zunächst intern zu ermitteln oder Strafanzeige oder Strafantrag zu stellen und ein Straf- oder Ordnungswidrigkeitsverfahren einzuleiten und Ermittlungen von Amts wegen zu veranlassen⁸.

Das Wahlrecht zwischen interner oder externer Aufklärung hat der Vorstand dann nicht, wenn er ausnahmsweise durch gesetzliche Vorschriften zur Strafanzeige verpflichtet ist. Insbesondere ist dies nach § 138 StGB dann der Fall, wenn er von dem Vorhaben oder der Ausführung der in § 138 StGB von Nr. 1 bis 8 aufgezählten Straftaten zu einer Zeit glaubhaft erfährt, zu der die Ausführung oder der Erfolg der Tat noch abgewendet werden kann. Dem Vorstand oder Geschäftsführer droht selbst die Strafbarkeit wegen Nicht-Anzeige geplanter Straftaten, wenn er untätig bleibt.

In seiner Abwägung hat der Vorstand zu prüfen, mit welchen Folgen aus einer internen oder externen Aufklärung zu rechnen ist. In diesem Zusammenhang muss darauf hingewiesen werden, dass Vorstände und Geschäftsführer nicht grundsätzlich verpflichtet sind, Strafanzeige zu stellen⁹. Dies ergibt sich aus dem Umkehrschluss aus der Regelung in § 138 Abs. 1 StGB. Danach besteht die Strafanzeigepflicht nur bei geplanten Straftaten, zu der die Ausführung oder der Erfolg noch abgewendet werden kann. Ist der Straftatbestand jedoch verwirklicht, besteht diese Anzeigepflicht nicht.

Ausdrücklich vorgeschrieben ist die Pflicht zur Strafanzeige in der Spezialnorm des § 13 GWG. Auch aus dieser speziellen Vorschrift zur Geldwäsche lässt sich der Schluss ziehen, dass keine Strafanzeigepflicht in allen anderen Fällen besteht, wenn in der speziellen Norm zur Geldwäsche ausnahmsweise die Strafanzeigepflicht vorgesehen ist.

Zur Entscheidung des Vorstands über die unternehmensinterne oder die behördliche externe Aufklärung ergeben sich Hinweise aus der ARAG-Garmenbeck-Entscheidung des BGH, die sich wiederum auf die ge-

setzliche Regelung in § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG bezieht. Danach hat der Vorstand

„auf der Grundlage angemessener Informationen“

zu handeln. Wenn er verpflichtet ist, sich angemessene Informationen als Entscheidungsgrundlage zu verschaffen, bedeutet dies, dass von ihm keine vollumfängliche Sachverhaltsaufklärung verlangt wird. Offen bleibt dabei die Frage, was er unter angemessener Information im Sinne des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG verstehen muss. Ob ihm lediglich ein Beurteilungsspielraum oder eine Ermessensentscheidung zusteht, kann dahinstehen, da er im Ergebnis entscheiden muss, wie er sich angemessene Informationen möglichst erfolgreich beschaffen kann. Aus der aktienrechtlichen Vorschrift des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG ergibt sich somit eine Pflicht zur unternehmensinternen Aufklärung von rechtserheblichen Sachverhalten. Schon im Kutscher-Fall des Reichsgerichts wurde dem Vorstand einer AG eine allgemeine Informationsbeschaffungspflicht auferlegt, um die Risiken im Unternehmen überwachen zu können¹⁰.

Für die Empfehlung zur internen Ermittlung spricht zunächst der Vorteil für das Unternehmen, dass schlechte Presse und ein Reputationsverlust für das Unternehmen vermieden werden. Möglicherweise verspricht die interne Aufklärung auch deshalb erfolgreicher zu sein, weil die Mitarbeiter gegenüber dem Unternehmen offener sind als gegenüber den externen Strafverfolgungsbehörden.

Für die externe Ermittlung durch die Strafverfolgungsbehörden und gegen den Versuch der internen Aufklärung spricht, dass dann von Anfang an nicht der Verdacht des Vertuschens innerhalb des Unternehmens aufkommen kann¹¹.

Für den Vorrang der unternehmensinternen Ermittlung spricht auch die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gegenüber den im Verdacht stehenden Mitarbeitern des Unternehmens. Daraus ergibt sich für das Unternehmen, nicht leichtfertig Ermittlungsbehörden einzuschalten, sondern zunächst selbst zu recherchieren und intern zu ermitteln, ob ein ausreichender Verdacht besteht. Die gegenseitige Rücksichtnahmepflicht zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern lässt sich aus der Whistleblower-Entscheidung des BAG entnehmen¹². Das Bundesarbeitsgericht hat einen Arbeit-

8 Reichert, in: Reaktionspflichten und Reaktionsmöglichkeiten der Organe auf (möglicherweise) strafrechtsrelevantes Verhalten innerhalb des Unternehmens, CIS 3/2011, S. 117.

9 BGH, vom 30.04.1997 – 2 StR 670/96 = NStZ 1997, 597.

10 RG vom 14.12.1911 (VI 75/11), in: RGZ 78 S. 107 [Kutscher-Urteil].

11 Reichert, in: CIS, 3/2011, Reaktionspflichten und Reaktionsmöglichkeiten der Organe auf (möglicherweise) strafrechtsrelevantes Verhalten innerhalb des Unternehmens, S. 121.

12 BAG vom 03.07.2003, 2 AZR 235/2002, NZA 2004, 427).

nehmer zur Rücksichtnahme verpflichtet gesehen, der Strafanzeige gegen seinen Arbeitgeber gestellt hat. Er hatte in dieser Strafanzeige keine unternehmensinterne Klärung der Frage herbeizuführen versucht. Unternehmenseinterne Aufklärung hat Vorrang. Auf sie kann nur dann verzichtet werden, wenn sich eine der Parteien selbst strafbar zu machen droht, wenn keine Anzeige erstattet wird, es sich um schwerwiegende Pflichtverstöße handelt und zu erwarten ist, dass das strafrechtlich relevante Verhalten aufgegeben wird. Der Arbeitnehmer wurde in der Whistleblower-Entscheidung zur Rücksicht verpflichtet. Gleiche Rücksichtnahmepflicht muss jedoch auch für den Arbeitgeber gelten, weil es sich um wechselseitige Pflichten handelt¹³. Für den Vorrang der unternehmensinternen Ermittlung spricht außerdem, dass nicht ohne interne Klärung ausgeschlossen werden kann, dass das Unternehmen sich selbst belastet, durch Aufsichtspflichtverletzungen nach § 130 OWiG oder wegen Organhaftung nach § 14 Abs. 1 StGB und § 9 Abs. 1 OWiG. Die vorschnelle Einschaltung der Ermittlungsbehörden durch Strafanzeigen kann auch für das Unternehmen von großem Nachteil sein, weil jede Straftat im Unternehmen die Frage nach der Pflicht zur unternehmensinternen Aufsicht stellt, nämlich nach § 130 OWiG Pflichtverstöße zu verhindern oder wesentlich zu erschweren.

Gegen staatlich veranlasste unternehmensinterne Ermittlungen werden Bedenken dahingehend geäußert, dass rechtsstaatliche Mindeststandards, insbesondere das nemo-tenetur-Prinzip unterlaufen werde. Insbesondere werden rechtsstaatliche Bedenken in den Fällen erhoben, in denen die SEC, eine nicht unmittelbar dem deutschen Recht und seinen Prinzipien unterliegende US-Bundesbehörde, unternehmensinterne Ermittlungen veranlasst. Durch die US-Behörde veranlasste interne Ermittlungen sind staatlich veranlasst und richten sich gegen Unternehmensmitarbeiter. Das Recht zur Selbstbelastung kollidiert mit arbeitsrechtlichen Mitwirkungspflichten. Dieser Fall der Aufklärung durch „Interviews“ unterscheidet sich von den unternehmensinternen Aufklärungen dadurch, dass sie gerade nicht in einem Arbeitsvertrag freiwillig vereinbart wurden¹⁴.

13 Reichert, in CIS, 3/2012, S. 121.

14 SEC – Ermittlungen in Deutschland – eine Umgehung staatlicher Mindeststandards, Wastl, Litzka, Pusch, NStZ 2009, S. 70.

(3) **Verfahrensgrundsätze für die Durchführung interner Ermittlungen („internal investigations“) in Unternehmen der Bundesrechtsanwaltskammer**

Seit dem November 2010 liegen Thesen der Bundesrechtsanwaltskammer zum „Unternehmensanwalt“ im Strafrecht vor¹⁵. Die allgemeinen Verunsicherungen über Rechte und Pflichten haben diese Thesen der Bundesrechtsanwaltskammer veranlasst. Der Ablauf der internen Ermittlungen ist praktisch nicht vorhersehbar geregelt, so dass es sich empfiehlt, sich mit den Thesen der Bundesrechtsanwaltskammer auseinanderzusetzen. Sie sind geeignet, in einigen Grundsatzfragen einen Verfahrensstandard zu liefern¹⁶. Eingeschränkt hat die Bundesrechtsanwaltskammer ihre Thesen auf den sogenannten „externen Unternehmensanwalt“. Neben dem Unternehmensanwalt als Verfahrensbeteiligter unternehmensinterner Ermittlungen kommen

- » die Geschäftsleitung,
- » der Betriebsrat,
- » der Datenschutzbeauftragte,
- » der Compliance-Beauftragte oder
- » der Leiter der Revision

in Betracht. Dazu zählen ebenfalls beschuldigte Mitarbeiter und möglicherweise zu befragende Mitarbeiter und aus den Thesen 1 – 3 ergibt sich eine grundsätzliche Übernahme der Regeln der Strafprozessordnung. Insbesondere werden die Beschuldigtenrechte im Strafverfahren, insbesondere die Anwendungen des Standards des § 136 a StPO übernommen.

These 1:

„Das Mandat des Rechtsanwalts, der für ein Unternehmen Rechtsdienstleistungen auf dem Gebiet des Strafrechts erbringt (strafrechtlicher Unternehmensanwalt), wird

– begrenzt durch die allgemeinen Gesetze, insbesondere das Straf- und Berufsrecht und

– durch den Mandatsauftrag und das Unternehmensinteresse geprägt.“

These 2:

„Die Mandatstätigkeit des strafrechtlichen Unterneh-

15 BRAK – Stellungnahme – Nr. 35/2010, Knierim/Rübenstahl/Tsambikakis, Internal Investigations, Ermittlung im Unternehmen 2013.

16 Momsen, Grützner, Verfahrensregeln für interne Ermittlungen, kritische Würdigung der Thesen der BRAK zum Unternehmensanwalt im Strafrecht, DB vom 12.08.2011, S. 1792-1798.

mensanwalts richtet sich nach der jeweiligen prozessualen Stellung des Unternehmens als Geschädigter, Nebenklageberechtigter, Einziehungsbeteiligter (§ 73 Abs. 3 StGB) oder Adressat einer Geldbuße (§ 30 OWiG).“

These 3:

„(1) Der Unternehmensanwalt erforscht straf- oder ordnungswidrigkeitenrechtliche Sachverhalte, soweit dies im Rahmen seines Mandatsauftrags und im Unternehmensinteresse erforderlich erscheint.

(2) Bei internen Erhebungen, insbesondere bei der Befragung von Mitarbeitern des Unternehmens, wahrt der Unternehmensanwalt die allgemeinen Gesetze und die sich aus den rechtsstaatlichen Grundsätzen ergebenden Standards.

(3) Der Unternehmensanwalt führt seine Erhebungen in einer Weise durch, dass Beweismittel in ihrer Qualität und Verwertbarkeit nicht beeinträchtigt werden.“

Kritisch ist jedoch zu bemerken, dass nicht ohne weiteres die Regeln der StPO für unternehmensinterne Ermittlungen übernommen werden können.

Interne Ermittlungen dienen im Vergleich zu behördlichen Ermittlungen unterschiedlichen Zwecken. Die Übernahmeregeln der StPO für die internen Ermittlungen dient nicht den vermeintlichen Interessen der Verfahrensbeteiligten. Die Strafprozessordnung dient repressiven Zwecken während mit unternehmensinternen Ermittlungen vornehmlich präventive Ziele verfolgt werden. Legitimiert sind unternehmensinterne Ermittlungen durch das Gesellschaftsrecht und nicht durch das Strafrecht. Konkrete Rechtsrisiken sollen abgewendet werden. Potenzielle künftige Risiken wie

- » Bußgeldzahlungen durch das Unternehmen nach § 30 OWiG,
- » die Anordnung des Verfalls von Vermögenswerten nach § 73 StGB,
- » Auftragsvergabesperren,
- » sinkender Aktienkurs,
- » Haftungsrisiken der aufsichtspflichtigen Personen des Unternehmens, die Organhaftung und die Vertreterhaftung,

sollen durch die unternehmensinternen Ermittlungen minimiert werden¹⁷.

Unberücksichtigt bleibt durch die BRAK-Thesen, dass die Arbeitgeberinteressen und Arbeitnehmerinteressen bei unternehmensinternen Ermittlungen kollidieren, und die Regeln der StPO weder im mutmaßlichen Interesse der Arbeitgeber noch in denen der Arbeitnehmer

liegen können. Es wurde schon darauf hingewiesen, dass sowohl Arbeitgeber als auch Arbeitnehmer kein Interesse daran haben müssen, auf strafrechtlich sanktionierte Rechtsverstöße im Unternehmen aufmerksam zu machen, weil sich dadurch beide schädigen können. Das strafrechtliche Verhalten von Mitarbeitern löst in aller Regel den Vorwurf des Organisationsverschuldens gegen die Unternehmensleitung aus. Es liegt im mutmaßlichen Interesse der Unternehmensmitarbeiter, auch Privatstrafprozessuale Zwangsbefugnisse zu übertragen und zwar präventiv und vorsorglich, ohne, dass ein konkretes staatliches Ermittlungsinteresse besteht.

Die Ermittlungsrechte der Arbeitgeberseite werden eingeschränkt. Die spezifische Rechtsstellung als Arbeitgeber würde durch die Regeln der StPO nicht berücksichtigt. Seine spezifische Rechtsstellung als Arbeitgeber insbesondere seine Interessen, Haftungsrisiken zu minimieren, würde durch die Geltung der Regeln der StPO einseitig zu seinen Lasten eingeschränkt.¹⁸ Für Ermittlungen unter Privatleuten sind die Regeln der StPO nicht konzipiert. Werden Informationen bei der unternehmensinternen Ermittlung gewonnen, kann deren spätere Verwertung im Strafverfahren ausgeschlossen werden.

Unternehmensinterne Ermittlungen können vom Arbeitgeber schon dann durchgeführt werden, wenn „mehr als nur gerüchteweise Kenntnisse über mögliche regelwidrige Verhaltensweisen“ im Unternehmen vorliegen. Ohne Anlass und ohne Verdacht sind interne Ermittlungen ausgeschlossen¹⁹. Die strafprozessualen Regeln sind für unterschiedliche Verfahren konzipiert. Im Strafprozess wird zwischen Vor- und Hauptverfahren unterschieden. Die Ermittlungen werden an bestimmte Verdachtsstufen der StPO geknüpft. Ein Ermittlungsverfahren kann nur bei einem Anfangsverdacht im Sinne von § 152 Abs. 2 StPO eingeleitet werden.

Zur Eröffnung der Hauptverhandlung ist ein hinreichender Tatverdacht im Sinne von § 170 StPO erforderlich. Ein Haftbefehl nach § 112 StPO setzt einen dringenden Tatverdacht voraus. Ein dringender Tatverdacht setzt voraus, dass es faktisch hochgradig wahrscheinlich ist, dass der konkret Beschuldigte die Tat auch begangen hat.

Die Beschuldigtenrechte der Strafprozessordnung können den Ermittlungserfolg vorzeitig vereiteln, wenn es dem Unternehmen lediglich um die Überprüfung einer

¹⁷ Momsen, Verfahrensregeln für interne Ermittlungen II.1.

¹⁸ Momsen/Grützner, Verfahrensregeln für interne Ermittlungen II.2.

¹⁹ BAG-Beschluss vom 26.08.2008, 1 ABR 16/07; BAGE 127, 276; NZA 2008, 1187.

Verdachtslage geht²⁰. Unternehmensinterne Ermittlungen sind mit behördlichen Ermittlungen nicht vergleichbar und wegen der unterschiedlichen Interessen als Ermittlungen eigener Art einzustufen²¹. Zu Recht ist eine eigene Verfahrensordnung für interne Ermittlungen zu fordern, um die Unterschiede der betroffenen Rechtsbereiche berücksichtigen zu können. Unternehmensinterne Ermittlungen zur Vermeidung von Steuerstraftaten und Verstößen im Datenschutzrecht und Arbeitsrecht müssen einheitlich behandelt werden.

Kritisch hinterfragt wird die BRAK-These 3 im vierten Begründungspunkt, wonach bei der Befragung von Mitarbeitern des Unternehmens durch den Unternehmensanwalt Mitarbeiter das Recht haben, einen eigenen Anwalt ihrer Wahl und Vertrauens zu konsultieren. Die Mitarbeiter sind darüber zu belehren. Die Kosten für den Rechtsbeistand sollen vom Unternehmen getragen werden. Offen ist dabei die Frage, ob nur beschuldigte Mitarbeiter auf diese Weise befragt werden oder ob auch schon bei nur informatorisch befragten Mitarbeitern ein Rechtsbeistand hinzugezogen werden soll. Wollte man den Rechtsbeistand im Falle „beschuldigter Mitarbeiter“ heranziehen, so ist zu bedenken, dass die internen Ermittlungen meist erst zum Ergebnis haben, ob ein Mitarbeiter zu beschuldigen ist.²² Die Kollision zwischen der Mitwirkungspflicht des Arbeitnehmers und seiner Selbstbelastungsfreiheit nach dem nemo-tenetur-Prinzip muss noch gelöst werden. Es stellt sich die Frage, ob Unternehmensmitarbeiter bei betrieblichen Anhörungen auskunftspflichtig sind oder ob sie Auskünfte verweigern dürfen und wie weit die Auskunftspflicht eines Mitarbeiters reicht.

Die Kollision zwischen Mitwirkungspflicht und Selbstbelastungsfreiheit wird in den BRAK-Thesen eindeutig geregelt.

„Der Unternehmensanwalt vermeidet unlautere Einwirkungen, insbesondere die nach § 136 a StPO unzulässigen Methoden. Die Auskunftsperson darf nicht eingeschüchtert, nicht getäuscht, nicht bedroht und erst recht keinem unzulässigen Zwang ausgesetzt werden. Der Unternehmensanwalt darf die Auskunftsperson nicht bedrängen, sich selbst zu belasten oder auf Rechte zu verzichten, die sie als Zeuge oder Beschuldigter im Strafverfahren ohne Weiteres hätte. Der Unternehmensanwalt darf dem Mitarbeiter zu keinem Zeitpunkt vor, während oder nach einer Befragung mit arbeitsrechtlichen Konsequenzen drohen, um eine Aussage zu erzwingen. Die Freiheit der Willensentschließung darf in keinem Fall beeinträchtigt werden.“²³

20 Momsen/Grützner II.3.

21 Momsen/Grützner III.

22 Momsen, III.1.

23 BRAK-These 3, vierter Begründungspunkt, zweiter

Mitarbeiter können einerseits nicht aufgrund ihres Arbeitsvertrages zur Auskunft verpflichtet sein und diese Auskunftspflichten erfüllen und andererseits gleichzeitig auf ihre Beschuldigtenrechte nach der Strafprozessordnung bestehen. Die Verfahrensgrundsätze der Bundesrechtsanwaltskammer zur Durchführung interner Ermittlungen löst diesen Konflikt nicht. Ein Mitarbeiter kann nicht arbeitsvertraglich zur Auskunft verpflichtet werden und gleichzeitig strafprozessual zur Aussageverweigerung berechtigt sein.

Der Arbeitnehmer ist gegenüber seinem Arbeitgeber für Fragen, die mit dem Arbeitsbereich des Arbeitnehmers unmittelbar zusammenhängen nach §§ 666, 675 BGB auskunftspflichtig²⁴. Die arbeitsrechtliche Auskunftspflicht besteht nach herrschender Meinung²⁵ auch dann, wenn sich der Unternehmensmitarbeiter selbst einer strafrechtlichen Handlung verdächtig macht, indem er auf eine Frage wahrheitsgemäß antwortet. Die Interessen des Arbeitnehmers haben hinter dem Informationsbedürfnis des Arbeitgebers zurückzustehen.²⁶ Der befragte Mitarbeiter in der unternehmensinternen Ermittlung ist berechtigt, bei möglicher Selbstbelastung nach § 55 StPO die Aussage zu verweigern. Die Erfüllung der arbeitsvertraglichen Auskunftspflicht kann mit Zwangsmitteln nach § 888 ZPO durchgesetzt werden. Aufgrund des vertraglichen Arbeitsverhältnisses bleibt die unternehmensinterne Aufklärung immer ein privatrechtlicher Konflikt, so dass die strafprozessualen Verwertungsverbote nicht unmittelbar eingreifen können²⁷.

Beschränkt ist die Auskunftspflicht vom Interesse des Arbeitgebers an der Aufklärung ganz bestimmter Sachverhalte und Verdachtslagen. Ohne Anlass und Verdacht darf nicht ermittelt werden²⁸.

Unterpunkt, S. 11.

24 Momsen/Uwe. H. Schneider, NZG 2010, S. 1201 (1204), Momsen/Grützner III.2.

25 Diller, Der Arbeitnehmer als Informant, Handlanger und Zeuge im Prozess des Arbeitgebers gegen Dritte, in: DB 2004, S. 313; Rieble, Schuldrechtliche Zeugenpflicht von Mitarbeitern, in: ZIP 2003, S. 1275; Momsen/Grützner III.2.

26 BAG-Urteil vom 07.09.1995, 8 AZR 828/93, NZA 1996, S. 637.

27 Momsen/Grützner, III.2.

28 BAG-Beschluss vom 26.08.2008, 1 ABR 16/07, Die Auskunftspflicht begründet durch das Informationsbedürfnis des Arbeitgebers, BVerfGE. vom 03.06.1969, BVerfGE. 26, S. 66; BVerfGE. 63, S. 380; Momsen/Grützner III.2.

(4) Die Notwendigkeit interner Untersuchungen bei erstmaliger Ermittlung von Rechtspflichten

Die Organe eines Unternehmens haben nicht nur die Wahl, intern eventuelle Rechtsverstöße im Unternehmen zu ermitteln oder extern Behörden einzuschalten und Anzeige zu erstatten. Dabei muss betont werden, dass grundsätzlich keine Pflicht zur Strafanzeige besteht, sondern nur in den Fällen des § 138 StPO, nämlich bei geplanten Straftaten und ausnahmsweise bei Geldwäsche nach § 13 GwG.

Auch ohne Verdacht und ohne Anlass müssen Organe eines Unternehmens im Rahmen ihrer Legalitätspflicht die Rechtspflichten zur Abwehr von Unternehmensrisiken ermitteln. Sie müssen nach § 17 StGB den Verbotsirrtum vermeiden und aus diesem Grund ihr unternehmerisches Handeln danach überprüfen, ob es strafbar ist, welche Pflichten sich daraus ergeben. In der Datenbank „Recht im Betrieb“ sind aus etwa 10.000 Rechtsnormen, Gesetzen, Verordnungen, sonstigen Regelwerken, etwa 44.000 Pflichten ermittelt worden. Davon sind etwa ein Drittel strafbewehrt. Die strafbewehrten Pflichten ergeben sich aus den unterschiedlichsten Rechtsgebieten von Arbeitsschutz, über Umweltschutz und vor allem dem Strafrecht. Die Vielzahl der strafbewehrten Pflichten ergibt sich aus dem Nebenstrafrecht.

Nach § 130 OWiG hat die Geschäftsleitung den Verstoß gegen Rechtspflichten zu verhindern oder zu erschweren. Dazu muss sie die Rechtspflichten kennen und sie erstmals möglichst lückenlos ermitteln. Die Organmitglieder und Unternehmensangehörigen müssen auch nach dem KonTraG bestandsgefährdende Risiken früher kennen und vermeiden, wozu auch die Verstöße gegen gesetzliche Vorschriften zählen²⁹.

Zur Erfüllung der Legalitätspflicht muss einmalig geprüft werden, welche Rechtspflichten durch die Sachverhalte am Unternehmensstandort ausgelöst werden. Da Unkenntnis nicht vor Strafe schützt, ist eine einmalige Bestandsaufnahme der Rechtspflichten für den Normalbetrieb im Unternehmen unumgänglich. Die Feststellung der einschlägigen Rechtspflichten muss nicht die Prüfung umfassen, ob die festgestellten Rechtspflichten im Unternehmen auch erfüllt werden. Die Kenntnis der Rechtspflichten ist jedoch die unverzichtbare Bedingung für ihre Einhaltung.

Von dieser erstmaligen Bestandsaufnahme der Rechtspflichten sind die internen Untersuchungen oder „Internal Investigations“ abzugrenzen. Interne Ermittlungen gehören inzwischen zur Compliance-Praxis.

Im Rahmen der internen Untersuchungen gehen Unternehmen Hinweisen auf Fehlverhalten einzelner oder mehrerer Mitarbeiter oftmals bereits bei schwachen Verdachtsmomenten intensiv und systematisch nach³⁰. Kritisiert wird diese Praxis der internen Ermittlungen durch Rechtsanwälte, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer dahingehend, dass Ermittlungen von der Staatsanwaltschaft auf Private verlagert werden³¹.

Bei der erstmaligen Erstellung des Pflichtenkatalogs eines Industriestandorts empfiehlt es sich, Rechtsanwälte zu beauftragen. Es handelt sich um Rechtsanwendungen, wenn für Risikosachverhalte Pflichten ermittelt werden, die der Abwehr der Risiken dienen. Es darf keine Pflicht übersehen werden. Sind die Unternehmensvertreter rechtsunkundig, besteht die Pflicht, externe Experten hinzuzuziehen. Über die Pflicht von Vorständen, Rechtsanwälte einzuschalten und Rechtsrat einzuholen, hat der BGH im ISION-Urteil entschieden und diese Pflicht noch dahingehend konkretisiert, über den Rechtsrat hinaus eine eigene Plausibilitätsprüfung des Beratungsergebnisses selbst durchzuführen.³²

In der ersten Phase der Prüfung der Rechtspflichten ist offen, ob diese Pflichten eingehalten wurden. Rechtsverstöße lassen sich in einer frühen Phase der Untersuchung nicht ausschließen. In der Praxis besteht die wichtigste Sorge bei Mitarbeitern, im Rahmen ihrer Mitwirkung beim Ermitteln von Risiken und Rechtspflichten zur Risikoabwehr, sich selbst zu belasten, weil nicht alle Rechtspflichten bekannt sind. Verbreitet ist in der Praxis die Sorge um die mögliche Selbstbelastung der Mitarbeiter. Rechtsanwälte empfehlen sich aufgrund ihrer Rechtsstellung als Vertrauenspersonen. Sie sind erstens in der Lage die Rechtspflichten festzustellen und gleichzeitig zu untersuchen, ob gegen die einschlägige Rechtspflicht vom jeweils verantwortlichen Mitarbeiter verstoßen wurde, insbesondere ob eine Rechtspflicht strafbewehrt ist und der Mitarbeiter schlimmstenfalls mit einer Strafverfolgung rechnen muss. Die Stellung des Rechtsanwalts ist als rechtskundige Vertrauensperson in dieser Phase mit allen Rechten ausgestattet, die dem Mitarbeiter und dem Unternehmen Vertraulichkeit garantieren. Rechtsanwälte sind nicht zur Strafanzeige verpflichtet, außer in den Fällen des § 138 StGB und in den Fällen der Geldwäsche. Rechtsanwälte sind mit den Mitteln der Strafver-

29 BegrRgE KonTraG, BT-Drucks. 13/9712, S. 15, Spindler Stilz, § 91 AktG, Anmerkung 31,43.

30 Momsen/Grützner, DB, Verfahrensregeln für interne Ermittlungen, DB 32, S. 1792; Fritz in CCZ 4/2011, S. 156, Knierim/Rübenstahl/Tsambikakis, Internal Investigations, Ermittlung im Unternehmen 2013.

31 Fritz in CCZ 4/2011, S. 156; Lothar Kuhlen, in: Maschmann, Corporate Compliance und Arbeitsrecht, 2009, S. 11.

32 BGH v. 20.09.2011 – II ZR 234/09 (OLG Hamburg) in NJW-RR 2011, 1670 im [ISION-Urteil], Rn.-Nr. 16, 17 und 18.

teidiger vertraut und nach neuer Rechtslage seit dem 1. Februar 2011 genauso privilegiert wie Strafverteidiger.

(5) Vorteile der internen Untersuchung

Festzuhalten bleibt, dass die internen Untersuchungen durch Rechtsanwälte den externen Untersuchungen durch Strafverfolgungsbehörden vorzuziehen ist.

Die Staatsanwaltschaft ist nach § 152 Abs. 2 StPO verpflichtet, wegen aller verfolgbaren Straftaten einzuschreiten, sofern zureichende tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen. Es gilt das Legalitätsprinzip. Danach haben Staatsanwälte keine Wahl, bei zureichenden tatsächlichen Anhaltspunkten zu ermitteln. Dadurch besteht das Risiko, dass Unternehmensmitarbeiter in Ermittlungsverfahren verwickelt werden, ein Reputationsschaden erleiden und sich am Ende des Ermittlungsverfahrens herausstellt, dass sie unschuldig sind. Ermittlungen gegen Mitarbeiter eines Unternehmens verursachen auch für das Unternehmen einen Imageschaden und den Verdacht, dass die Organisationspflichten nicht erfüllt wurden, um Pflichtverstöße zu verhindern oder zu erschweren. Das Ziel der internen Untersuchung muss auch sein, die organisatorischen Vorsorgemaßnahmen daraufhin zu untersuchen, ob sie geeignet sind, rechtswidriges Verhalten im Unternehmen zu verhindern.

Die interne Untersuchung der Pflichtenlage empfiehlt sich insbesondere auch im Falle eines Führungswechsels. Übernimmt eine Führungskraft vom Vorgänger dessen Verantwortungsbereich, sollte er sich nicht darauf verlassen, dass sein Vorgänger alle Rechtspflichten aus seinem Verantwortungsbereich eingehalten hat. Um das Risiko auszuschalten, dass die Rechtsverstöße aus der Zeit des Vorgängers fortgesetzt werden, ist es dringend zu empfehlen, die Unternehmenspraxis im jeweiligen Verantwortungsbereich eines Vorgängers zu überprüfen.

(6) Die Ausweitung des Strafverteidigerprivilegs auf alle Rechtsanwälte nach § 160 a Abs. 1 StPO n.F.

Durch das Gesetz zur Stärkung des Schutzes³³ von Vertrauensverhältnissen zu Rechtsanwälten im Strafprozessrecht vom 22.12.2010 wird die Stellung des Rechtsanwalts erheblich gestärkt. Noch mehr als vorher, können Mitarbeiter darauf vertrauen, dass sie sich in internen Untersuchungen und bei ihrer unverzichtbaren Mitwirkung nicht selbst belasten und der Straf-

verfolgung aussetzen, wenn sie mithelfen, Risiko- und Rechtslage in ihrem Verantwortungsbereich zu klären.

In der Gesetzesbegründung zu der Neuregelung des § 160 a StPO wird hervorgehoben, man wolle unter

„uneingeschränkter Beibehaltung sowohl der Zeugnisverweigerungsrechte als auch dem mittelbaren Schutz der berufsgeheimnisträgerdienenden Sonderregelung § 97 StPO (Beschlagnahmeverbot) erstmals eine Regelung schaffen, wonach auch alle anderen Ermittlungsmaßnahmen, Einschränkungen unterworfen“

werden.³⁴ Mit dem neuen Gesetz vom 22.12.2010 ist ein absolutes Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbot gegenüber Rechtsanwälten in Kraft getreten.

Nach § 160 a Abs. 1 Satz 1 StPO ist

„eine Ermittlungsmaßnahme, die sich gegen einen Rechtsanwalt richtet..... unzulässig. Dennoch erlangte Erkenntnisse dürfen nicht verwendet werden. Aufzeichnungen darüber sind unverzüglich zu löschen.“

Dieser Gesetzestext ist eindeutig.

Der Schutz des Rechtsanwalts vor Ermittlungsmaßnahmen ist absolut und steht nicht unter dem Vorbehalt der Verhältnismäßigkeit.³⁵

Klargestellt wird dieses absolute Verbot von Ermittlungsmaßnahmen gegen Rechtsanwälte durch die Änderungen in § 160 a Abs. 2 StPO. Er enthält das in § 160 a Abs. 2 Satz 1 bis 3 StPO geregelte relative Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbot.

Weiter zu prüfen ist nach § 160 a Abs. 2 StPO, ob das Verfahren keine Strafe von erheblicher Bedeutung betrifft und erst nach dieser Prüfung ist festzustellen, dass in der Regel nicht von einem Überwiegen des Strafverfolgungsinteresses auszugehen ist. Neu eingefügt ist in § 160 a Abs. 2 StPO, dass

„die Sätze 1 – 3 nicht für Rechtsanwälte gelten...“.

Die Unzulässigkeit von Ermittlungsmaßnahmen gegen Rechtsanwälte wirkt absolut und hängt nicht mehr von der Prüfung der Verhältnismäßigkeit und der Bedeutung des Strafverfolgungsinteresses ab. Für die Unzulässigkeit aller Ermittlungsmaßnahmen ist allein entscheidend, ob gegen einen Rechtsanwalt ermittelt wird. Seit dem 01.02.2011 gilt gegen Rechtsanwälte statt eines relativen ein absolutes Ermittlungsverbot. Das sogenannte Strafverteidigerprivileg ist auf alle Rechtsanwälte ausgedehnt worden. Das neue Rechtsanwaltsprivileg nach § 160 Abs. 1 StPO gilt für Rechtsanwälte,

33 BGBl. I S. 2261; BT-DrS. 17/2637, in Kraft getreten am 01.02.2011.

34 BR-Dr 292/10, S. 2.

35 BT-DrS. 17/2637, S. 7.

nicht aber für sonstige in § 93 Abs. 1 Nr. 3 genannte Berater, wie Patentanwälte, Notare, Wirtschaftsprüfer, vereidigte Buchprüfer, Steuerberater und Steuerbevollmächtigte, Ärzte, Zahnärzte, psychologische Psychotherapeuten, Kinder- und Jugendpsychotherapeuten, Apotheker und Hebammen.

Für diese Berufsgruppen gilt das relative Verbot von Ermittlungsmaßnahmen nach § 160 a Abs. 2 StPO. Ermittlungsmaßnahmen gegen diese Berufsgruppen stehen unter dem Vorbehalt der Verhältnismäßigkeitsprüfung.³⁶

Rechtsanwälte sind mit ihrem neuen Privileg des absoluten Schutzes vor Ermittlungsmaßnahmen aller Art für die internen Untersuchungen im Unternehmen uneingeschränkt geeignet. Wie früher nur bei Strafverteidigern können sich Mitarbeiter Rechtsanwälten anvertrauen, um erstmals die Rechtspflichten für ihren Verantwortungsbereich zu ermitteln gemeinsam beurteilen, ob strafrechtliche Sanktionen drohen. Vor allem müssen sie nicht die Selbstbelastung befürchten. Rechtsanwälte haben Schweigepflicht und können nicht als Zeuge vernommen werden und sind nach der neuen Rechtslage vor Beschlagnahmen von Unterlagen sicher³⁷.

(7) Die Verfassungsmäßigkeit des neuen Rechtsanwaltsprivilegs

Die Verfassungsmäßigkeit der neuen Regelung des § 160 a StPO, insbesondere die Privilegierung der Rechtsanwälte, ist vom Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss vom 12.10.2011 entschieden worden³⁸. Das absolute Beweiserhebungs- und Verwertungsverbot hat der Gesetzgeber in § 160 a Abs. 1 StPO ohne Verletzung der Grundrechte der nichtprivilegierten Personengruppen geregelt. § 160 a StPO enthält ein abgestuftes System von Beweiserhebungs- und Verwendungsverboten bei Berufsgeheimnisträgern, das - mit Ausnahme der Maßnahmen nach § 97 und § 100 c StPO - für sämtliche offenen und verdeckten Ermittlungsmaßnahmen gilt. Das bisher absolut geltende Verbot der Beweiserhebung und Verwendung galt nach § 160a Abs. 1 Satz 1 StPO für Geistliche in ihrer Eigenschaft als Seelsorger nach § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StPO, für Verteidiger nach § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 StPO und für Abgeordnete nach § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 StPO. Dieses absolute Verbot hat der Gesetzgeber mit seiner Regelung vom 01.02.2011 durch Art. 1

des Gesetzes zur Stärkung des Schutzes von Vertrauensverhältnissen zu Rechtsanwälten im Strafprozess vom 22.12.2010 auf Rechtsanwälte und auf nach § 206 BRAO in einer Rechtsanwaltskammer aufgenommene Personen sowie auf Kammerrechtsbeistände ausgedehnt³⁹.

Für alle anderen in § 53 Abs. 1 Satz 1 StPO genannten Berufsgeheimnisträger hat es der Gesetzgeber bei einem relativen Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbot belassen. Das Verbot der Beweiserhebung und Beweisverwertung hängt von einer Verhältnismäßigkeitsprüfung ab. Abgewogen werden das öffentliche Strafverfolgungsinteresse einerseits von den durch die Ermittlungsmaßnahmen beeinträchtigten Grundrechten der Berufsgeheimnisträger. Es besteht einerseits ein Gebot einer effektiven Strafverfolgung mit möglichst vollständiger Wahrheitsermittlung im Strafverfahren und die wirksame Aufklärung von Straftaten als Auftrag eines Rechtsstaats. Die Strafverfolgungsmaßnahmen und die dadurch bezweckte Aufklärung können durch Zeugnisverweigerungsrechte oder sonstige verfahrensrechtliche Beschränkungen der Strafverfolgung behindert werden. Grundrechtseingriffe bedürfen der Rechtfertigung. Die Interessenabwägung ist in dem neu geregelten § 160 a Abs. 2 StPO vom Gesetzgeber verfassungsgemäß berücksichtigt worden. Für die überwiegende Zahl der zeugnisverweigerungsberechtigten Berufsgeheimnisträger hat der Gesetzgeber die Beweisverwertungs- und Beweisverwendungsverbote einer Verhältnismäßigkeitsprüfung im Einzelfall unterworfen. Auf ein Beweiserhebungs- und Verwendungsverbot können sich die Berufsgeheimnisträger mit relativem Schutz nur berufen, wenn sie nachweisen, dass ihr Interesse dem Strafverfolgungsinteresse vorgeht. Dieser Interessenabwägung müssen sich Rechtsanwälte nicht mehr unterziehen, wenn sie sich auf ihren absoluten Schutz gegen Ermittlungsmaßnahmen berufen.

Eine Journalistin hat Verfassungsbeschwerde eingelegt und sich darauf berufen, dass für ihre journalistische Arbeit die Bedeutung des Vertrauensverhältnis zum Informanten genauso wichtig sei, wie das Vertrauensverhältnis zwischen Strafverteidigern und ihren Mandanten und das Vertrauensverhältnis zu Geistlichen und zu Abgeordneten. § 160 a Abs. 1 und Abs. 2 StPO bezweckt den Schutz der Vertrauensverhältnisse zu den Berufsgeheimnisträgern. Bei der Unterscheidung zwischen zwei Gruppen mit relativen und absolutem Schutz berücksichtigt der Gesetzgeber, dass das Grundgesetz dem einzelnen Bürger einen unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung zuerkennt, der der Einwirkung der öffentlichen Gewalt und damit auch strafprozessualen Ermittlungen von vornherein entzogen ist.

36 Fritz, in CCZ 4/2011, S. 158.

37 Das LG Mannheim erläutern ausführlich die Unterschiede der neuen zur alten Rechtslage zum Rechtsanwaltsprivileg.

38 BVerfG, Beschl. v. 12.10.2011 – 2 BvR 236/08 in: StV, Strafverteidiger, S. 162.

39 BGBl. I S. 2261.

Sobald der Gesetzgeber annimmt, dass der Kontakt zwischen einem Bürger und einem Berufsgeheimnisträger typischerweise den unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung berührt, gewährt er absoluten Schutz vor einer Erhebung, Verwendung oder Verwertung von Informationen gem. § 160 a Abs. 1 StPO. Es ist die Gruppe der Rechtsanwälte, der Verteidiger, der Abgeordneten und der Seelsorger. In allen anderen Fällen, in denen auch eine besondere Vertrauensbeziehung zwischen dem einzelnen Bürger und den Berufsgeheimnisträger besteht, der Kernbereich privater Lebensführung zwar berührt sein kann, aus der Sicht des Gesetzgebers bei typisierender Betrachtung jedoch nicht notwendig berührt ist, wird nur ein relativer Schutz vor Beweiserhebung und Verwendung oder Verwertung gewährt. Wenn der Gesetzgeber das absolute Beweiserhebungs- und Beweisverwendungsverbot nur in den wenigen Ausnahmefällen der Verteidiger, der Rechtsanwälte, Seelsorger und der Abgeordneten gewährt, macht er deutlich, das in allen anderen Fällen das Strafverfolgungsinteresse vorgeht. Der Rechtsstaat kann sich nur verwirklichen, wenn Straftäter nach geltenden Gesetzen verfolgt, verurteilt und bestraft werden können⁴⁰. Der Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG gebietet dem Gesetzgeber, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln⁴¹. Bei den beiden Berufsgeheimnisträgergruppen rechtfertigen besondere Gründe eine Privilegierung in Form eines absoluten Beweiserhebungs- und Beweisverwendungsverbots. Das geschützte Strafverteidigergespräch dient der Wahrung der Menschenwürde und verhindert, dass ein Beschuldigter zum bloßen Objekt im Strafverfahren wird⁴². Die Schutzbedürftigkeit des Strafverteidigergesprächs rechtfertigt es, Verteidiger generell von Ermittlungsmaßnahmen freizustellen. Aus dem gleichen Grunde wurde der absolute Schutz auch auf Rechtsanwälte ausgedehnt. Vor der neuen Regelung mussten Rechtsanwälte sich als Verteidiger im Sinne des § 138 Abs. 1 StPO ausweisen.

Allein die Stellung der Rechtsanwälte als unabhängiges Organ der Rechtspflege und ihre Teilnahme an der Verwirklichung des Rechtsstaats heben sie zwar noch nicht aus dem Kreis der Berufsgeheimnisträger heraus, die nur relativen Schutz nach § 160a Abs. 2 StPO genießen. Zwischen Rechtsanwälten und Strafverteidigern ist eine Unterscheidung des Tätigkeitsfelds faktisch kaum möglich. Dieser Umstand der Nichtunterscheidbarkeit rechtfertigt die Privilegierung der

40 BVerfGBeschl. V. 12.10.2011 – 2 BvR 236/08 in: StV, Strafverteidiger, Anmerkung 247, 248.

41 BVerfGBeschl. V. 12.10.2011 – 2 BvR 236/08 in: StV, Strafverteidiger, Anmerkung 253.

42 BVerfGE, 109, 279, 322 und der Beschluss vom 12.10.2011, BVerfGBeschl., 2 BvR 236/08 Anmerkung 259.

Rechtsanwälte nach dem Muster der Strafverteidiger. Bei ersten Kontaktaufnahmen lässt sich nicht ohne weiteres feststellen, ob der Betroffene zunächst allgemein rechtlichen Rat sucht und braucht oder ob er die Beratung durch einen Strafverteidiger sucht, weil schon feststeht, dass er den Beistand eines Strafverteidigers nötig hat.

„Auch bei einem bereits bestehendem, nicht strafrechtlichen Mandat ist der Übergang zur Strafverteidigung mitunter fließend. Einem anwaltlichen Beratungsverhältnis ist – anders als dies etwa bei Steuerberatern der Fall ist – bei generalisierender Betrachtung die Option der Strafverteidigung immanent. Daher ist mit Blick auf die Menschenwürde der Bezug der Strafverteidigung vertretbar, auch die nunmehr neu von § 160 a Abs. 1 StPO erfassten Berufsgruppen an den dort normierten absoluten Schutz teilhaben zu lassen.“⁴³

Diese Erwägungen des Bundesverfassungsgerichts entsprechen den Erfahrungen aus der Praxis der präventiven Rechtsberatung. Bei internen Untersuchungen im Unternehmen ist am Anfang der Untersuchung noch nicht klar, ob im Unternehmen alle einschlägigen Rechtspflichten bekannt sind, ob alle Risikosachverhalte erfasst sind, ob die Rechtspflichten zur Abwehr der Risiken erstens einschlägig und zweitens strafbewehrt sind. Am Anfang der internen Untersuchung kann kein Rechtsanwalt vorhersagen, ob möglicherweise ein strafbewehrter Rechtsverstoß sich aus den Untersuchungen ergibt und ein Unternehmensmitarbeiter, sein Vorstand oder Geschäftsführer, einen Strafverteidiger einsetzen muss⁴⁴.

Fest steht nur, dass im Unternehmen organisatorische Maßnahmen eingeleitet werden müssen, um nach § 17 StGB einen Verbotsirrtum zu vermeiden und nach § 130 OWiG Rechtsverstöße oder Pflichtenverstöße zu verhindern oder wesentlich zu erschweren. Missstände und Rechtsverstöße können nur abgestellt und sanktioniert und für die Zukunft verhindert und erschwert werden, wenn sie zunächst im Unternehmen aufgeklärt werden. Ohne Ermittlung der einschlägigen Rechtspflichten ist nicht klar, ob überhaupt ein strafbewehrter Rechtsverstoß vorliegt und der jeweilige Unternehmensmitarbeiter im Unternehmen einen Strafverteidiger braucht.

Die größte Unwägbarkeit besteht darin, zunächst einmal ein Risiko zu erfassen und dazu eine Prognose aufzustellen, ob ein Verhalten im Unternehmen oder ein sonstiger Zustand geeignet ist, ein Rechtsgut zu verletzen und dadurch eine Rechtspflicht auszulösen. Die-

43 BVerfGBeschl. V. 12.10.2011 – 2 BvR 236/08 in: StV, Strafverteidiger, Anmerkung 247, 248.

44 LG Mannheim, Entsch. V. 3.7.2012 – 24 Qs 1/12 Beck 2012, 15309 II b.

se Untersuchung muss frei von der Sorge organisiert werden können, dass die eingeschalteten Rechtsanwälte Ermittlungsmaßnahmen ausgesetzt sind und den Rechtsanwälten anvertraute Informationen zur Selbstbelastung dadurch werden, dass sie im Rahmen von Ermittlungen gegen Rechtsanwälte den Ermittlungsbehörden zufließen könnten.

(8) Das Verbot der Beschlagnahme von Unterlagen der Rechtsanwälte nach neuer Rechtslage

Unmissverständlich sind nach § 160 a Abs. 1 Satz 1, 2 und 3 StPO alle Ermittlungsmaßnahmen gegen einen Rechtsanwalt unzulässig, die voraussichtlich Erkenntnisse erbringen würden, über die diese das Zeugnis verweigern dürften. „Dennoch erlangte Kenntnisse dürfen nicht verwendet werden. Aufzeichnungen hierüber sind unverzüglich zu löschen.“

Alle Ergebnisse der internen Untersuchung unterliegen dem absoluten Schutz vor Ermittlungsmaßnahmen, wenn Rechtsanwälte über diese Untersuchungsergebnisse verfügen.

In § 160 a Absatz 5 StPO findet sich eine spezielle Regelung zu dem Beschlagnahmeverbot nach § 97 StPO. Nach dieser Vorschrift bleiben die §§ 97 und 100 c Abs. 6 StPO von den Regelungen in § 160 a StPO unberührt. Diese Regelung kann zu Missverständnissen führen. Vorsorglich soll klargestellt werden, dass § 160 Abs. 5 StPO am absoluten Beschlagnahmeverbot gegen Rechtsanwälte nichts ändert. § 160 a Abs. 5 StPO lässt ausschließlich § 97 StPO unberührt. In § 97 StPO sind die Beschlagnahmeverbote geregelt. Sie sind zu unterscheiden von der Regelung der Beschlagnahme nach §§ 94 ff. StPO. Nicht die Beschlagnahmeregeln nach § 94 StPO soll unberührt bleiben, sondern nur deren Verbote nach § 97 StPO. Der Wortlaut des § 160 a Abs. 5 StPO lässt keinen Zweifel an dieser Ansicht. Gleichwohl besteht die Neigung, den § 160 a Abs. 5 StPO misszuverstehen. Siegtris vertritt ohne Begründung die Ansicht, die §§ 94 ff. StPO sollten unberührt bleiben. Diese Ansicht veranlasst die ausführliche und zutreffende Klarstellung bei Camilla Bertheau⁴⁵. Nicht die Vorschriften über die Beschlagnahme insgesamt lässt § 160 a Abs. 5 StPO unberührt, sondern nur § 97 StPO. Es handelt sich um eine spezielle Regelung des Beschlagnahmeverbots. Danach ist eine Beschlagnahme nach § 97 StPO unzulässig, selbst wenn sie nach

§ 160 a StPO nicht unzulässig wäre. Eine Beschlagnahme kann nicht mit § 97 StPO begründet werden. § 97 StPO regelt ausschließlich Fälle von Beschlagnahmeverboten und Ausnahmen von diesen Verboten. Eine Beschlagnahme bliebe unberührt und wäre trotz des absoluten Ermittlungsverbotes gegen Rechtsanwälte zulässig, wenn § 160 a Abs. 5 StPO ausdrücklich § 97 StPO als unberührt geregelt hätte. Damit wäre aber der vom Gesetzgeber eindeutig gewollte absolute Schutz der Rechtsanwälte vor allen Ermittlungsmaßnahmen und zwar auch von der Beschlagnahme, widersprüchlich. Es ist kaum vorstellbar, dass Rechtsanwälte uneingeschränkt ein Zeugnisverweigerungsrecht hätten, aber vor der Beschlagnahme ihre Unterlagen nicht sichern könnten.

Die Klarstellung ist insbesondere deshalb wichtig, weil das Rechtsanwaltsprivileg aufgehoben wäre, wenn Rechtsanwälte bei internen Untersuchungen einräumen müssten, dass ihre Unterlagen einer möglichen Beschlagnahme ausgesetzt sein können, rechtlich zulässig wären und die Ermittlungsbehörden die Ergebnisse der internen Ermittlungen durch Rechtsanwälte mit dem Mittel der Beschlagnahme abschöpfen könnten. Niemand würde sich Rechtsanwälten im Rahmen interner Untersuchungen im Unternehmen anvertrauen. Das Misstrauen gegenüber internen Untersuchungen durch Anwälte wäre begründet. Niemand würde Rechtsanwälte in Erwägungen über Risikolagen, eventuelle Rechtsverstöße einweihen wollen, wenn er fürchten müsste, dass er sich mittelbar selbst belastet. Die Untersuchungsergebnisse, die den Anwälten gebündelt vorliegen, von Staatsanwälten bei Anwaltsbüros beschlagnahmt werden könnten. Die Folgen dieser Rechtslage wäre eine „Mauer des Schweigens“ bei internen Untersuchungen gegenüber Anwälten. Vorstände und Geschäftsführer hätten kaum die Möglichkeit, lückenlos Rechtspflichten zu ermitteln, weil ihre Mitarbeiter die Mitwirkung aus berechtigter Sorge um Selbstbelastung verweigern würden. Interne Aufklärungen würden unmöglich. Unerkannte Rechtsverstöße könnten nicht abgestellt werden. Die Erfüllung der Legalitätspflicht würde im Ergebnis unmöglich.

Nachdem die Rechtsstellung von Rechtsanwälten bei internen Untersuchungen im Unternehmen dargelegt wurde, sollen nunmehr die Rechte und Pflichten der Unternehmensmitarbeiter behandelt werden.

(9) Rechte und Pflichten von Mitarbeitern bei internen Untersuchungen im Unternehmen

Das Unternehmen und seine Organe sind auf die Mitwirkung aller Angestellten des Unternehmens angewiesen, wenn die Rechtspflichten zur Abwehr der Risiken im Unternehmen ermittelt werden. Die An-

⁴⁵ Camilla Bertheau, § 160 a StPO in neuer Fassung – doch offene Fragen bleiben, StV 5.2012, S. 303 und 306, Knierim/Rübenstahl/Tsambikakis, Internal Investigations, Ermittlung im Unternehmen 2013, Bock/Gerold, Zur Strafbarkeit des internen Ermittlers, Bemerk. 68.

gestellten auf der Arbeitsebene sind mit dem Betrieb des Unternehmens vertraut und setzen die erforderliche Risikofantasie, um Schadensprognosen in ihrem jeweiligen Verantwortungsbereich aufstellen zu können. Nur sie wissen in ihrer Abteilung, welche Risiken sich zu einem Schaden entwickeln können und durch welche Rechtspflichten und Vorsorgemaßnahme ein Schadensverlauf abgewendet werden kann. Es ist also im Interesse des Unternehmens, Angestellte zur freiwilligen und konstruktiven Kooperation beim Risikomanagement anzuregen.

Arbeitnehmer sind aufgrund ihres Arbeitsvertrages verpflichtet, ihren Organen Auskünfte zu geben und ihre Kenntnisse offen zu legen. Ein Arbeitsvertrag ist ein entgeltlicher Geschäftsbesorgungsvertrag. Ein Arbeitnehmer ist zur Auskunft über alles verpflichtet, was unmittelbar mit seiner Tätigkeit zusammenhängt. Diese Auskunftspflicht besteht ohne jede Einschränkung. Die Rechtsgrundlage dazu ergibt sich aus §§ 675, 666, 667 BGB. Es handelt sich insbesondere um Verrichtungspflichten, Auskunfts-, Benachrichtigungs- und Rechnungslegungspflichten nach § 666 BGB, und Herausgabepflichten von sämtlichen Unterlagen, die im Zusammenhang mit der Geschäftsbesorgung vom Arbeitnehmer erlangt sind. Die Benachrichtigungspflicht ist unaufgefordert zu erfüllen. Die Pflicht nach Ausführung des Auftrags Rechenschaft zu erteilen, besteht nur auf Verlangen. Der Arbeitgeber hat als Auftraggeber und mit der Erteilung des Auftrags einen Anspruch auf umfassende Auskunft⁴⁶. Die Herausgabepflicht des Arbeitgebers nach § 667 BGB besteht auch, ohne dass der Arbeitgeber ein besonderes Interesse an der Herausgabe von dienstlichen Unterlagen geltend machen müsste. Der Arbeitnehmer ist nicht verpflichtet, dem Arbeitgeber Informationen zu liefern, die nicht seinen Verantwortungsbereich betreffen und außerhalb seiner Zuständigkeit liegen. Die Grenze seiner Informationspflicht ist die Unmöglichkeit im Sinne von § 275 BGB.

(10) Informationspflichten im Unternehmen außerhalb des Verantwortungsbereichs eines Verantwortlichen als arbeitsvertragliche Nebenpflichten

Arbeitnehmer können sich für ihre Informationspflichten nicht auf ihren Verantwortungsbereich beschränken und vor dem Geschehen außerhalb des unmittelbaren, aber innerhalb des Unternehmens die Augen verschließen. Diese Informationspflicht ergibt sich als allgemeiner vertraglicher Auskunftsanspruch und als arbeitsvertragliche Treuepflicht des Unternehmens ge-

46 Fritz/Nolden, Unterrichtungspflichten und Einsichtsrechte des Arbeitnehmers im Rahmen von unternehmensinternen Untersuchungen, CCZ, 5/2010, S. 171.

genüber dem Arbeitgeber⁴⁷.

Es besteht ein allgemein zivilrechtlicher Auskunftsanspruch. Er ergibt sich aus den §§ 242, 241 Abs. 2, 261 BGB, wenn innerhalb eines Schuldverhältnisses die Partei ohne eigene Schuld über den Bestand oder den Umfang eines Rechts im Ungewissen ist, während die andere Partei, hier also der Arbeitnehmer, die Auskunft ohne Aufwand geben kann, um die Ungewissheit zu beseitigen⁴⁸. Zum Beispiel zählen dazu Informationen über Verstöße über ein Wettbewerbsverbot⁴⁹.

Von diesem allgemeinen Informationsanspruch des einen gegen den anderen Vertragspartner sind die arbeitsvertragliche Pflichten zu unterscheiden. Dem Arbeitnehmer obliegen arbeitsvertragliche Nebenpflichten, auch ohne dass sie ausdrücklich vereinbart werden. Begründet wird diese Pflicht aus dem Grundsatz von Treu und Glauben nach § 242 BGB. Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, die Interessen seines Arbeitgebers zu wahren,

erstens: als sogenannte Obhutspflichten,

zweitens: alles zu unterlassen, was zu einem Schaden des Arbeitgebers führen könnte, als sogenannte Rücksichtnahmepflicht, und

drittens: drohende Gefahren abzuwenden, als sogenannte Schadensabwehrpflicht.⁵⁰

Die drei Treuepflichten gelten für das ganze Unternehmen und vor allem über den Verantwortungsbereich des einzelnen Arbeitnehmers hinaus.⁵¹

Aufgrund seines Arbeitsvertrages ist somit jeder Arbeitnehmer seinem Arbeitgeber gegenüber verpflichtet, ständig im ganzen Unternehmen Risiken zu erfassen und Schäden zu vermeiden. Nur die Arbeitnehmer mit intimer Kenntnis ihres Standorts und ihres Verantwortungsbereichs sind in der Lage, Risikofantasien zu entwickeln und Schadensprognosen aus eigener Erfahrung aufzustellen, die Geschäftsleitung darüber zu informie-

47 Diller, Der Arbeitnehmer als Informant, Handlanger und Zeuge im Prozess des Arbeitgebers gegen Dritte, in: DB 2004, 313; Fritz/Nolden, in CCZ 5/2010, S. 171.

48 RGZ 108, 1, 7; BGH NJW 1981, 2000; Fritz/Nolden, S. 171.

49 BAG BB 1967, 839, BAG DB 1968, 2041.

50 BGH BB 1989, 649; BAG DB 1954, 87; BAG NJW 1970, 1861; LAG Hamm, Urteil vom 05.05.2010 – 10 Sa 964/09; BAG, Urteil vom 28.10.2010 – 8 AZR 418/09; LAG Thüringen, Urteil vom 09.12.2003 – 5 Sa 157/02; BAG NJW 1993, 1732; LAG Düsseldorf, Urteil vom 14.11.2005 – 10 TaBV 46/05; BAG, Urteil vom 28.08.2008 – 2 AZR 15/07.

51 Diller, Der Arbeitnehmer als Informant, Handlanger und Zeuge im Prozess des Arbeitgebers gegen Dritte, in: DB 2004, 313, 314.

ren und zur Entscheidung vorzulegen. Die Arbeitgeber sind auf diese Informationen dringend angewiesen, weil die Arbeitnehmer die Erfahrung über Risikoprognosen und die Risikoabwehr auf der Arbeitsebene im Laufe ihrer beruflichen Tätigkeit gesammelt haben und die Mitglieder der Geschäftsleitung auf der Führungsebene die Erfahrung auf der Arbeitsebene nicht simulieren können. Ohne die Kooperation der Arbeitnehmer im Risikomanagement lässt sich im Unternehmen keine wirksame Risikoabwehr organisieren. Die Informationen der Arbeitsebene zur Führungsebene sind über ein Meldesystem zu organisieren. Unabhängig von der vertraglich vereinbarten geschuldeten Arbeitsleistung wird eine Nebenpflicht zur Abwehr drohender Schäden und Gefahren für den Vertragspartner allgemein anerkannt und als zumutbar angesehen⁵².

(11) Interne Untersuchungen zu repressiven oder präventiven Zwecken

Bei internen Untersuchungen durch Rechtsanwälte sollte zu Beginn der Untersuchung gegenüber den Unternehmensmitarbeitern klargestellt werden, zu welchem Zweck Befragungen dienen. Es sind präventive Zwecke und repressive Zwecke zu unterscheiden.

(12) Interne Untersuchungen zu präventiven Zwecken

Dienen die Untersuchungen präventiven Zielen, kommt ein Schweigerecht der Mitarbeiter nicht in Betracht. Wenn Arbeitgeber bestehende Missstände im Unternehmen ermitteln und beseitigen wollen, damit der Betrieb in Zukunft störungsfrei läuft, damit Risiken erfasst werden, um sie mit Rechtspflichten abzuwenden, gibt es keinen Grund für einen Angestellten des Unternehmens, die Kooperation zu versagen oder auch nur einzuschränken. Ein Arbeitnehmer braucht sich bei präventiven Untersuchungen nicht mit Schweigen zu verteidigen, weil es nichts zu verteidigen, sondern nur etwas zu korrigieren gibt. Nicht Schuldzuweisung, sondern Gefahrenabwehr ist das Ziel der Untersuchung. Besonders zu unterstützen ist dieses Ziel, wenn Leib, Leben und Gesundheit der Kollegen im Unternehmen und vor allem das Vermögen sowie die Funktionsfähigkeit des Unternehmens durch zu erfassende Risiken auf dem Spiel stehen⁵³. Untersuchungen und Befragungen im Unternehmen mit präventiven Zwecken dienen dem Selbstschutz der Mitarbeiter und dem Schutz des Un-

ternehmens. Untersuchungen mit präventiven oder repressiven Zwecken lassen sich klar und eindeutig voneinander trennen. Die befragten Verantwortlichen im Unternehmen sollten darüber aufgeklärt werden, dass die Untersuchung zum Erfassen von Risiken und den dadurch ausgelösten Rechtspflichten nicht die Frage umfassen, ob gegen die festgestellte Rechtspflicht verstoßen wurde. Eine interne Kontrolle über die Einhaltung der festgestellten Rechtspflichten kann von einer ersten präventiven Untersuchung deutlich getrennt werden. Diese Trennung zwischen präventiven und repressiven Zwecken bei internen Unternehmensuntersuchungen empfiehlt sich deshalb, um die Kooperationsbereitschaft der Mitarbeiter zu stärken und die Sorge der Mitarbeiter vor der eigenen Selbstbelastung zu nehmen. Sollte sich herausstellen, dass eine Rechtspflicht bisher unbekannt war und in der Vergangenheit gegen sie verstoßen wurde, ist gegenüber den Mitarbeitern vor der Befragung deutlich zu machen, dass keine Pflicht zur Strafanzeige besteht, es sei denn es handelt sich um Geldwäsche oder eine geplante und noch nicht ausgeführte Straftat im Sinne von § 138 StGB. Werden die Mitarbeiter in der empfohlenen Weise aufgeklärt, können sie selbst entscheiden, ob sie sich zu einem Rechtsverstoß offenbaren oder nicht. Wird die Untersuchung von einem Rechtsanwalt durchgeführt, kann jeder Mitarbeiter im Hinblick auf das Rechtsanwaltsprivileg nach § 160 a StPO sicher sein, dass Ermittlungen gegen den Rechtsanwalt unzulässig sind und der Rechtsanwalt seiner Schweigepflicht nach § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB unterliegt und keine Informationen weitergeben darf. Auf die präventive Untersuchung ist das Unternehmen und seine Organe angewiesen, um selbst ihre Legalitätspflichten zu erfüllen, insbesondere Informationen zu beschaffen, die ihnen ohne Mitwirkung der Unternehmensangestellten nicht zugänglich sind.

(13) Interne Untersuchungen zu repressiven Zwecken

Von den internen Untersuchungen zu präventiven Zwecken sind solche zu repressiven Zwecken zu unterscheiden. Die Strafverfolgung ist nicht die Aufgabe des Arbeitgebers. Arbeitgeber sind auch daran interessiert und verpflichtet, Rechtsverstöße im Unternehmen aufzuklären, abzustellen und zu sanktionieren. Sie sind jedoch auch daran interessiert, Vorwürfe wegen Organisationsverschuldens zu vermeiden, nämlich den Vorwurf, sie hätten das Verhindern und Erschweren von Rechtsverstößen im Unternehmen nicht ausreichend im Sinne von § 130 OWiG organisiert. Arbeitnehmer müssen schon aus diesem Grunde nicht damit rechnen, dass der Arbeitgeber Strafanzeige stellt. Dienen die Untersuchungen repressiven Zwecken, sollen Rechtsverstöße ermittelt werden, gilt das nemo-tenetur-Prinzip unein-

52 Fritz/Nolden, CCZ 5/2010, 172; BGH DB 1989, 1964; Lothar Kuhlen, in: Maschmann, Corporate Compliance und Arbeitsrecht, 2009, S. 172.

53 Lothar Kuhlen, in: Maschmann, Corporate Compliance und Arbeitsrecht, 2009, S. 175.

geschränkt⁵⁴. Der Arbeitnehmer ist nach § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO darauf hinzuweisen, dass es ihm nach dem Gesetz frei stehe, sich zu der Beschuldigung zu äußern oder nicht zur Sache auszusagen und jederzeit, auch schon vor seiner Vernehmung, einen von ihm zu wählenden Verteidiger zu befragen. Er ist auch darüber zu belehren, dass er zu seiner Entlastung einzelne Beweiserhebungen beantragen kann. Gegenüber seinem Arbeitnehmer ist der Arbeitgeber zur Fürsorge verpflichtet, bei repressiv motivierenden Untersuchungen darauf hinzuweisen, dass der Arbeitnehmer sich nicht selbst belasten muss. Nach dem nemo-tenetur-Prinzip soll ein Arbeitnehmer in der Wahl seiner Verteidigungsmittel frei bleiben. Er soll entscheiden können, ob er schweigt oder aussagt. Kooperiert der Arbeitnehmer bei der internen Untersuchung nicht, darf dieser Umstand nicht sanktioniert werden, und zwar auch nicht mittelbar dadurch, dass das Schweigen als Beleg für eine persönliche Unzuverlässigkeit und als Grund für eine personenbedingte Kündigung gewertet wird⁵⁵.

Kooperiert der Arbeitnehmer nicht, kann der Arbeitgeber sich entscheiden, ob er Polizei und Staatsanwaltschaft einschaltet. Deren Ermittlungsbefugnisse sind in der StPO geregelt.

Ohne die klare Unterscheidung und die deutliche Aufklärung der Mitarbeiter über die Zwecke der Untersuchung, nämlich Prävention oder Repression, Schadensvermeidung und Risikovorsorge oder Ermittlung von Rechtsverstößen, lässt sich die Kooperationsbereitschaft von Arbeitnehmern im Unternehmen nicht wecken.

Die internen Untersuchungen haben den deutlichen Vorteil, dass im Rahmen der Ermittlung von Pflichten auch die Chance besteht, dass die festgestellten Rechtspflichten für die Zukunft eingehalten werden und eventuelle Rechtsverstöße aus der Vergangenheit unbeachtet bleiben. Die Kooperationsbereitschaft der Mitarbeiter lässt sich mit dem Hinweis fördern, für die Zukunft Wissenslücken über die Strafbarkeit von Verhaltensweisen im Unternehmen zu vermeiden und Mitarbeiter sich nicht selbst belasten, weil sie den Risikosachverhalt und die Rechtspflicht zur Risikovermeidung dokumentieren, nicht jedoch den Verstoß gegen die Rechtspflicht. Dieses empfohlene Vorgehen für die interne Untersuchung zu ausschließlich präventiven Zwecken fördert die Aufklärung, insbesondere auch mit dem zusätzlichen Hinweis auf das Rechtsanwaltsprivileg, wo-

nach keine Ermittlungen gegen Rechtsanwälte zu befürchten sind. Insbesondere müssen Mitarbeiter nicht fürchten, dass Rechtsanwälte unter Verletzung ihrer Schweigepflicht die ihnen im Vertrauen übergebene Informationen an die Ermittlungsbehörden weiter geben können⁵⁶.

Beim Ermitteln zu repressiven Zwecken, die über den rein präventiven Zweck hinausgehen, kann der Arbeitnehmer verlangen, einen Betriebsrat seines Vertrauens gem. § 82 Abs. 2 Satz 2 BetrVG hinzuzuziehen. Ist der Arbeitgeber durch einen Anwalt vertreten, ist der Arbeitnehmer berechtigt, einen eigenen Anwalt hinzuzuziehen⁵⁷.

(14) Die Beschlagnahme von Gesprächsprotokollen bei Rechtsanwälten

Im HSH-Nordbankverfahren haben nach alter Rechtslage im Rahmen unternehmensinterner Untersuchungen („interne Investigations“) Anwälte Gespräche „zur Frage möglicher Pflichtverletzungen durch Mitglieder des Vorstands“ protokolliert, ein Gutachten erstellt, das Gutachten der Staatsanwaltschaft zugeleitet, den Befragten Vertraulichkeit zugesichert. Befragte Mitarbeiter wurden danach in einem Ermittlungsverfahren wegen Untreue und anderer Wirtschaftsstraftaten beschuldigt. Im Rahmen dieses Ermittlungsverfahrens beschlagnahmte die Staatsanwaltschaft die Gesprächsprotokolle. Der Beschwerde gegen die Beschlagnahmeanordnung hat das Amtsgericht Hamburg nicht abgeholfen. Dagegen wendeten sich die Rechtsanwälte ohne Erfolg. Die große Strafkammer des Landgerichts Hamburg verwarf die Beschwerde, weil die Voraussetzungen für die Beschlagnahme der Protokolle nach §§ 94, 98 StPO vorlagen. Ein Beschlagnahmeverbot nach §§ 97 Abs. 1 Nr. 3, 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 StPO⁵⁸ bestand nach Ansicht des Landgerichts Hamburg nicht.

Für die unverzichtbare unternehmensinterne Untersuchung ist dieses Urteil von allergrößter Bedeutung. Die Auskünfte der Mitarbeiter sind die einzigen Informationsquellen von Vorständen, um Hinweise über Risiken, drohende Schäden, Missstände und Fehlverhalten aufklären und abstellen zu können. Wenn Beschuldigte,

54 Fritz in CCZ 4/2011, S. 156, Kuhlen, in: Maschmann, Corporate Compliance und Arbeitsrecht, 2009, S. 175, BVerfGE 56, 37.

55 Fritz in CCZ 4/2011, S. 156, Kuhlen, in: Maschmann, Corporate Compliance und Arbeitsrecht, 2009, S. 176, BGHSt 125, 365, 268; BGHSt 32, 140, 144; 34, 324, 326.

56 LG Mannheim, Entsch. V. 3.7.2012 – 24 Qs 1/12 Beck 2012, 15309 II b.

57 Fritz in CCZ, S. 156, Lothar Kuhlen, in: Maschmann, Corporate Compliance und Arbeitsrecht, 2009, LAG Hamm, Urteil vom 23.05.2001, 14 Sa 497/01, MDR 2001, 1361.

58 LG Hamburg, Beschluss vom 15.10.2010 – 608 Qs 18/10 in CCZ 4 2011, S. 155 mit Anmerkung von Fritz.

Zeugen und Parteien den Schutz vor Selbstbelastung nach dem nemo-tenetur-Prinzip genießen und die Aussage verweigern können, wenn ihnen Vertraulichkeit garantiert wird und sie sich gegenüber Rechtsanwälten offenbaren, Gesprächsprotokolle der Anwälte aber beschlagnahmt werden können, ist mit einer Kooperationsbereitschaft der Mitarbeiter des Unternehmens im Rahmen interner Untersuchungen nicht mehr zu rechnen. Was Staatsanwälte von Mitarbeitern nicht ermitteln können, würden sie sich über den Umweg der Beschlagnahme der Anwaltsunterlagen mit allen gebündelten Vernehmungsergebnissen der internen Untersuchung beschaffen können. Sie könnten sich den Aufwand von Einzelermittlungen ersparen. Die Informationen im Rahmen der internen Untersuchung wären dem Zugriff der Staatsanwaltschaft schutzlos ausgeliefert. Die Folge dieser Rechtsprechung wäre eine „Mauer des Schweigens in den Unternehmen“⁵⁹. Die Informationsbeschaffung der Vorstände und Geschäftsführer von ihren Mitarbeitern auf der Arbeitsebene würde abreißen. Kein Mitarbeiter würde es riskieren, Rechtsanwälten gegenüber auszusagen, wenn er fürchten müsste, dass seine Informationen bei der Staatsanwaltschaft landen und das Selbstbelastungsverbot unterlaufen wäre.

(15) Allgemeine Ablehnung der Beschlagnahmeentscheidung des Landgerichts Hamburg

Die Entscheidung, Protokolle über interne Untersuchungen bei Rechtsanwälten zu beschlagnahmen, wurde allgemein abgelehnt⁶⁰. Damit nicht der Eindruck entsteht, die Beschlagnahme von Anwaltsunterlagen aus internen Unternehmensuntersuchungen sei in Zukunft rechtlich möglich, sollen die Gegenargumente ausführlich dargestellt werden. Damit sollen interne Untersuchungen vor allem mit präventiven Zwecken gefördert und empfohlen werden. Bedenken gegen die interne Ermittlung von Risikosachverhalten und Rechtspflichten zu ihrer Abwehr dürfen die Bereitschaft zur Kooperation der Mitarbeiter nicht stören. Vorab ist anzumerken, dass berechtigte Zweifel geäußert werden, ob die seit dem 1.2.2011 geltende neue Rechtslage unter dem Gesetz zur Stärkung des Schutzes von Vertrauensverhältnissen zu Rechtsanwälten im Strafprozessrecht sich eine Beschlagnahme gegen Rechtsanwälte von Unter-

lagen aus internen Untersuchungen wiederholen kann. Dem Landgericht Hamburg wird kritisch entgegengehalten, dass am 15. Oktober 2010, dem Tag der Entscheidung des Landgerichts Hamburg der Gesetzentwurf vom 22.07.2010 schon bekannt war und bei dem Beschluss die künftige günstigere Rechtslage hätte berücksichtigt werden können⁶¹. Nach der neuen Rechtslage genießen Rechtsanwälte absoluten Schutz vor allen Ermittlungsmaßnahmen, und zwar auch vor Beschlagnahmen. Es gilt zwar § 160 a Abs. 5 StPO, der nur die Beschlagnahmeverbote nach § 97 StPO, aber nicht die grundsätzliche Beschlagnahme nach § 94 StPO unberührt lässt. Beschlagnahmeverbote gegen Rechtsanwälte sind nach der Neufassung des § 160 a StPO ausgeschlossen, wie nach der alten Rechtslage schon bei Strafverteidigern, Abgeordneten und Geistlichen.

(16) Die zweifelhafte Voraussetzung eines Mandatsverhältnisses oder eines mandatsähnlichen Vertrauensverhältnisses

Ein Beschlagnahmeverbot nach § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO in Verbindung mit § 53 Abs. 1 Satz 1 StPO lag nach der kritisierten Ansicht des Landgerichts Hamburg nicht vor, weil zwischen den Anwälten und den Beschuldigten weder ein Mandatsverhältnis noch ein mandatsähnliches Vertrauensverhältnis bestand. Ein Mandat an die Anwaltssozietät habe nur gegenüber der Gesellschaft bestanden. Kein Mandats-, oder mandatsähnliches Vertrauensverhältnis bestand zwischen den Anwälten und den Organen der Gesellschaft, den Vorstandsmitgliedern. Der Zweck des Mandats sei es gewesen, die Interessen der Gesellschaft gegenüber den beschuldigten Vorstandsmitgliedern in Bezug auf Schadensersatz oder sonstige Ansprüche zu wahren. Die beschuldigten Vorstände wurden von der Anwaltssozietät weder geschützt noch beraten, vielmehr waren sie im Gegenteil Gegenstand der Untersuchung. Gleichzeitig konnten die Interessen der Gesellschaft und ihrer Vorstandsmitglieder nicht gewahrt werden, weil die Gesellschaft die Arbeitgeberin ihrer Vorstandsmitglieder ist und gegensätzliche Interessen haben kann. Es besteht deshalb, die Gefahr des Parteiverrats nach § 356 StGB. Der mit einer internen Untersuchung beauftragte Rechtsanwalt kann nicht zugleich die zu prüfenden Angestellten beraten oder vertreten. Er darf auch zu den Angestellten, insbesondere auch zu den Vorstandsmitgliedern, daher keine mandatsähnliche Beziehung eingehen⁶². Ein Parteiverrat setzt voraus, dass dem Rechtsanwalt eine Rechtssache anvertraut worden ist und er in derselben Rechtssache beiden

59 Fritz in CCZ 4/2011, S. 157.

60 Fritz in CCZ 4/2011, S. 156. Anmerkung zum Beschluss des Landgerichts Hamburg vom 15.10.2010, Momsen/Grötzner, Verfahrensregeln für interne Ermittlungen, Der Betrieb, S. 1792 III; von Galen, Anmerkung zum Beschluss des Landgerichts Hamburg, NJW 2011, 942/Inzwischen auch deutlich mit ausführlicher Erklärung der neuen Rechtslage LG Mannheim.

61 Fritz in CCZ, 4/2011, S. 159.

62 LG HH, StV 2011, 148, 149.

Parteien durch Rat oder Beistand pflichtwidrig dient⁶³. Gegen die Entscheidung des Landgerichts Hamburg richtet sich massive Kritik⁶⁴. Zurecht wird kritisiert, dass schon der Wortlaut des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO und § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO kein Mandats- oder mandatsähnliches Vertrauensverhältnis vorschreibt. In § 93 Abs. 1 Nr. 3 StPO wird lediglich vorausgesetzt, dass Rechtsanwälten in ihrer Eigenschaft als Rechtsanwälte etwas anvertraut wurde oder bekannt geworden ist.

Wenn die Anwälte den Vorstandsmitgliedern Vertraulichkeit zugesichert hätten, würde dies nicht ausreichen, um ein mandatsähnliches Vertrauensverhältnis zu begründen.

Gegen diese Ansicht des Landgerichts Hamburg richtet sich die Kritik. Zu Recht wird darauf hingewiesen, dass der Wortlaut des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO und § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO sieht kein Mandats- oder mandatsähnliches Vertrauensverhältnis vorschreibt. In § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO wird lediglich vorausgesetzt, dass Rechtsanwälten in ihrer Eigenschaft -als Rechtsanwälte- etwas anvertraut wurde oder bekannt geworden ist. Ob dies im Rahmen eines Auftrags, einer Beratung oder einer bloßen Information geschehen sein muss, ist nicht geregelt.

Das Landgericht Hamburg fordert ein Mandats- oder mandatsähnliches Vertrauensverhältnis über den Wortlaut hinaus.

Auch der Sinn und Zweck beider Vorschriften lässt nicht den Schluss zu, für ein Beschlagnahmeverbot gegen Rechtsanwälte ein Mandatsverhältnis oder ein ähnliches Vertrauensverhältnis zu fordern. Umfassend wird alles geschützt, was dem Rechtsanwalt anvertraut oder bekannt wird. Geschützt wird nach dem ausdrücklich geäußerten Willen des Gesetzgebers in § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO das Vertrauen der Personen, die in Kontakt zu einem Berufsheimnisträger wie einem Rechtsanwalt treten. Geschützt wird auch die Tätigkeit der Beratungsberufe, sowie die Selbstbestimmung der Rat suchenden Personen, die sich beim Rechtsanwalt anvertrauen. Geschützt wird schließlich auch die Selbstbestimmung der ratsuchenden Personen, die sich einem Rechtsanwalt anvertrauen⁶⁵.

Das Landgericht Hamburg verkennt den Schutzzweck des Beschlagnahmeverbots und des Zeugnisverweigerungsrechts. Es nimmt irrtümlicherweise an, allein das Vertrauensverhältnis zwischen dem Beschuldigten und dem zeugnisverweigerungsberechtigten Berufsheimnisträger, dem Rechtsanwalt, sei geschützt, nicht aber das Verhältnis zu einem Dritten, der am Strafverfah-

ren nicht beteiligt ist. Erforderlich sei immer entweder ein direktes Mandatsverhältnis oder mindestens ein sogenanntes mandatsähnliches Vertrauensverhältnis zum Zeugnisverweigerungsberechtigten. Auf ein Entbinden von der Schweigepflicht komme es nicht an.

Diese typische Situation wiederholt sich beinahe in allen internen Untersuchungen in Unternehmen. Rechtsanwälte sind vom Unternehmen beauftragt, entweder nur präventiv Rechtspflichten oder auch repressiv Rechtsverstöße festzustellen. Der Auftrag und das Mandatsverhältnis bestehen zwischen den Rechtsanwälten und dem Unternehmen. Typisch für die Präventivberatung ist, dass Rechtsanwälte die im Auftrag des Unternehmens Untersuchungen zu Rechtspflichten durchführen, keine Mandatsverhältnisse zu den Mitarbeitern des Unternehmens haben, insbesondere haben sie kein persönliches Auftragsverhältnis zu den Vorständen und Mitarbeitern des Unternehmens. Gleichwohl sind die Unternehmen als juristische Personen darauf angewiesen, dass die Mitarbeiter des Unternehmens Informationen zu Risiken und Rechtspflichten den untersuchenden Anwälten liefern. Ausschließlich die Mitarbeiter eines Unternehmens sind überhaupt in der Lage, Rechtspflichten festzustellen. Nur die Mitarbeiter können auch Rechtsverstöße feststellen. Das Unternehmen als juristische Person ist nicht handlungsfähig, nicht straffähig und nicht schuldfähig. Es handelt nur durch seine Vorstände und seine Mitarbeiter.

Auf Grund dieser typischen, immer wiederkehrenden Situation kommt es darauf an, wer durch das Beschlagnahmeverbot und das Zeugnisverweigerungsrecht des Rechtsanwalts geschützt wird. Das Landgericht hätte in seiner Entscheidung vom 15.10.2010 das Urteil des BGH vom 30.11.1989 zur Frage des Schutzzwecks der Berufsheimnisregeln des Rechtsanwalts berücksichtigen müssen⁶⁶. Das Zeugnisverweigerungsrecht und damit auch das Beschlagnahmeverbot dient nicht dem eigenen Geheimhaltungsinteresse des Anwalts, sondern ausschließlich den in den Schutzbereich der anwaltlichen Tätigkeit fallenden „Herren des Geheimnisses“, insbesondere also dem Auftraggeber. Aber auch jedem, der dem Rechtsanwalt Informationen anvertraut, die er selbst geheim gehalten lassen will. Der Schutzzweck ergibt sich daraus, dass der „Herr des Geheimnisses“ den Anwalt von dessen Schweigepflicht entbinden kann, mit der Folge, dass das Zeugnisverweigerungsrecht nach § 385 Abs. 2 ZPO und § 53 Abs. 2 StPO entfällt und zugleich eine Befugnis zum Offenbaren begründet wird, die den Straftatbestand der Verletzung von Privatgeheimnissen nach § 203 Abs. 1 StGB ausschließt. Das Zeugnisverweigerungsrecht und das Beschlagnahmeverbot werden danach nicht eigenen Interessen des Rechtsanwalts, sondern ausschließlich im

63 Knierim/Rübenstahl/Tsambikakis, Internal Investigations, Ermittlung im Unternehmen 2013, S. 178.

64 Fritz in CCZ 4/2011, S. 159; von Galen und Momsen.

65 BT-DrS, 16, 5846, S. 36.

66 BGH NJW 1990, S. 511/512

Interesse desjenigen eingeräumt, der sein Geheimnis einem Rechtsanwalt anvertraut⁶⁷.

Ganz im Gegensatz zur Ansicht des Landgerichts Hamburg kommt es darauf an, ob der Rechtsanwalt von seiner Schweigepflicht entbunden wird. Der „Herr des Geheimnisses“ hat das ausschließliche Verfügungsrecht und nicht etwa der Rechtsanwalt allein oder zusammen mit dem „Herrn des Geheimnisses“. Wenn nur der Informationsträger, der Mitarbeiter eines Unternehmens also, darüber bestimmen kann, ob der Rechtsanwalt zum Schweigen verpflichtet ist, dem er das Geheimnis anvertraut hat, darf es nicht darauf ankommen, ob ein Mandatsverhältnis oder ein mandatsähnliches Vertrauensverhältnis zwischen Rechtsanwalt und Geheimnisträger besteht. Von der Schweigepflicht kann ein Informationsträger einen Rechtsanwalt entbinden, selbst wenn der Rechtsanwalt an seiner Schweigepflicht und am Beschlagnahmeverbot festhalten möchte. Die Schweigepflicht ist deshalb nicht an ein Auftragsverhältnis oder ein mandatsähnliches Vertrauensverhältnis gebunden, sondern hängt allein davon ab, ob ein Informant im Unternehmen einem Rechtsanwalt Informationen anvertraut.

Geschützt werden auch die Beratungsberufe, an denen ein hohes öffentliches Interesse besteht⁶⁸. Bei Befragung von Unternehmensmitarbeitern vertrauen die Mitarbeiter den untersuchenden Rechtsanwälten ihre Informationen und Kenntnisse gerade in deren Eigenschaft als Rechtsanwälte an. Sie vertrauen in die Schweigepflicht der Rechtsanwälte⁶⁹.

Dringend zu empfehlen ist bei internen Befragungen von Unternehmensmitarbeitern jeweils zu klären, wessen Rechtspflichten im Unternehmen ermittelt werden. Zu unterscheiden sind die Pflichten des Unternehmens und die Pflichten der Mitarbeiter, insbesondere die der Organe gegenüber dem Unternehmen. Normalerweise sind die Pflichten des Unternehmens identisch mit den Pflichten der Mitarbeiter, weil die Unternehmenspflichten auf Mitarbeiter delegiert wurden. Die Beziehungen des Rechtsanwalts zu den Organmitgliedern ist ein bloßer Reflex des Mandatsverhältnisses mit der juristischen Person, ohne dass ein besonderes Verhältnis zwischen Organen und den im Auftrag des Unternehmens untersuchenden Rechtsanwalt steht. Nur wenn das Organ ausdrücklich auch persönlich den untersuchenden Rechtsanwalt um Beratung über die persönlichen Organpflichten bittet, bestehen zwei Auftragsverhältnisse des Unternehmens und des Organs des

Unternehmens zum gleichen Rechtsanwalt. In dieser Situation müssen Rechtsanwälte das Risiko des Interessenkonflikts ständig prüfen⁷⁰.

In einem Unternehmen kommen eigentlich nur Mitarbeiter vor, die gleichzeitig „Herr eines Geheimnisses“ sind. Zu Recht weist der BGH darauf hin, dass bei der

„anwaltlichen Beratungstätigkeit die zu begutachtenden Rechtsfragen sich nicht in solche aufteilen lassen, die ausschließlich die juristische Person betreffen und solche, die die Organmitglieder sich persönlich in Anspruch genommen haben“⁷¹.

Gerade weil bei internen Unternehmensuntersuchungen nicht auseinandergehalten werden kann, zwischen wem das Vertrauensverhältnis besteht, zwischen dem Anwalt und der juristischen Person und deren Organe als ihren Vertretern, die für die juristische Person handeln, sich erklären und Informationen als Geheimnisse hüten und an Anwälte weitergeben. Nach der neuen Rechtslage ist umfassend alles geschützt, was den Rechtsanwalt in seiner Eigenschaft als Rechtsanwalt anvertraut oder bekannt geworden ist. Der Wortlaut des § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO knüpft ausschließlich an die Eigenschaft des Rechtsanwalts oder eines sonstigen Berufsgeheimnisträgers an⁷².

(17) Die Interessen des Vorstands an unbehinderten Informationen von der Arbeitsebene auf die Führungsebene

Der Vorstand eines Unternehmens muss daran interessiert sein, dass er über die Risikolage im Unternehmen umfassend und unbehindert von seinen Angestellten informiert wird⁷³. Sein Organisationsverschulden kann er nur vermeiden, wenn er alle Risiken erfasst, die Pflichten zur Abwehr der Risiken ermittelt, sie delegiert, erfüllen lässt, kontrolliert, aktualisiert und im Vorgang dazu dokumentiert. Rechtsverstöße muss er aufklären, abstellen und sanktionieren. Jeder Verstoß gegen Rechtspflichten betrifft nicht nur den Angestellten, der eine Straftat begeht, sondern auch den Vorstand mit dem Vorwurf, nicht ausreichend den jeweiligen Rechtsverstoß verhindert oder erschwert zu haben. Vorstände und Geschäftsführer müssen daran interessiert sein, dass ihre Mitarbeiter sowohl ihre arbeitsvertraglichen Hauptpflichten als auch die Treuepflichten zur Schadensabwehr im Unternehmen erfüllen und über Risiken sowie drohende Schäden informieren.

67 BGH vom 30.11.1989, BGH NJW 512.

68 BT-DrS 16/5846, S. 36 und Fritz, CCZ 4/2011, S. 157.

69 Fritz, CCZ 4/2011, S. 157, LG Mannheim, Entsch. V. 3.7.2012 – 24 Qs 1/12 Beck 2012, 15309 II b.

70 BGH NJW 1990, S. 512.

71 BGH NJW 1990, S. 512.

72 Fritz, CCZ 4/2011, S. 157.

73 RG vom 14.12.1911 (VI 75/11), in: RGZ 78 S.107 [Kutscher-Urteil].

Nach herrschender Meinung besteht die arbeitsrechtliche Auskunftspflicht selbst, wenn der Mitarbeiter sich selbst einer strafrechtlichen Handlung verdächtig macht, wenn er selbst sich mit einer strafrechtlichen Handlung belastet, indem er auf eine Frage wahrheitsgemäß antwortet⁷⁴.

Selbst wenn Mitarbeiter eines Unternehmens über ihre unbeschränkte Auskunftspflicht unmissverständlich aufgeklärt sind, geraten sie in einen Interessenkonflikt, entweder ihre Auskunftspflicht zu erfüllen oder sich selbst persönlich zu belasten. Im Zweifel wird der Mitarbeiter den Ausweg wählen, sein Wissen über strafrechtliche Verhaltensweisen im Unternehmen zu verschweigen. Seine Kenntnis über Missstände und eigenes oder fremdes Fehlverhalten und über Risikolagen sind interne Tatsachen, die ihm nur schwer nachgewiesen werden können. Er kann in der Regel sein Wissen über Missstände im Unternehmen verleugnen, ohne dass ihm dies nachgewiesen und zum Vorwurf gemacht werden kann. Seine persönlichen Interessen liegen ihm verständlicherweise näher als die Interessen des Unternehmens.

Der Vorstand muss deshalb alles daran setzen, dass Mitarbeiter die Vorstände und Geschäftsführer freiwillig und aus Überzeugung über Fehlverhalten und Missstände und Risikolage informieren. Um diesen Zustand zu erreichen und den Mitarbeitern die Sorge um die Selbstbelastung zu nehmen, sind geeignete organisatorische Maßnahmen empfehlenswert. Auf Risiken durch menschliches Verhalten oder auch durch technische Abläufe hinzuweisen erfordert Risikofantasie, die sich nur entwickeln kann, wenn ein Mitarbeiter für die Interessen des Unternehmens an der Schadensabwehr vorrangig handelt, ohne fürchten zu müssen, sich selbst zu belasten. Schadensprognosen können auch leicht bestritten werden, sie können nicht bewiesen, sondern allenfalls widerlegt werden. Entschließen sich Mitarbeiter zu Informationen über Risiken, können sie sich allzu leicht den Vorwurf einhandeln, falschen Alarm zu schlagen, Gespenster zu sehen und schlechte Nachrichten zu verbreiten, die nur unnötigen Kostenaufwand zur Abwendung von Schäden verursachen, die noch nicht eingetreten sind und von denen man unwiderleglich behaupten kann, dass sie auch nie eintreten werden. Wenn Mitarbeiter im Unternehmen nicht ausdrücklich ermutigt werden, auf Risiken hinzuweisen, werden sie es vermeiden, sich auf Diskussionen über Risikoeinschätzungen einzulassen. Die Organisation eines Unternehmens muss deshalb deutliche Anreize schaffen, Informationen über Risiken zu prämiieren. Fördert ein Unternehmen freiwillige Informa-

tionen der Mitarbeiter über Risiken nicht, fühlen sich die Angestellten als die Boten schlechter Nachrichten, die in aller Regel den Unmut der verantwortlichen Vorstände deshalb begründen, weil die verantwortlichen Entscheidungsträger unter Entscheidungs- und Handlungsdruck geraten, um Risiken abzuwenden.

In diesem Interessenkonflikt über die möglichst frühzeitige Information zu einer Risikolage im Unternehmen ist darauf hinzuweisen, dass dem Arbeitnehmer vorgeworfen werden kann, dass er ein Risiko zu spät erfasst hat, nachdem es zum Schaden gekommen ist.

Dem Verantwortlichen könnte vorgeworfen werden, dass er zu spät über Risiken im Unternehmen aus seinem Verantwortungsbereich informiert hat. Ihm droht der Vorwurf, seine arbeitsvertraglichen Treuepflichten zur Schadensabwehr durch zu spätes Alarm verletzt zu haben.

Ist der Schaden nämlich einmal eingetreten, kennt jeder den Schadensverlauf. Vor allem Ermittlungsbehörden und Verantwortliche der Geschäftsleitung unterliegen allzu leicht dem Rückschaufehler und können unwiderleglich behaupten, sie hätten den Schaden vorhergesehen. Im Nachhinein kann dem Arbeitnehmer unterstellt werden, er habe den Schaden vorhersehen können und informieren müssen, um den Schaden abzuwenden. Gegen den Rückschaufehler könnte sich ein Verantwortlicher nur dadurch wehren, dass er seinen Wissensstand über den Schadensverlauf vor dem Eintritt des Schadens nachweisen kann.

Selbst wenn Unternehmensmitarbeiter sich davon überzeugen lassen, dass sie zur Auskunft gegenüber den Vorständen und Geschäftsführern verpflichtet sind, dass Informationen dem Unternehmen helfen, Risiken abzuwenden um Schäden zu vermeiden, bleibt trotz aller Einsicht in die Notwendigkeit von Informationen die Sorge, sich Selbst zu belasten und sich strafrechtlichen Sanktionen auszusetzen. Der Konflikt zwischen der Auskunftspflicht einerseits und Wahrheitspflicht andererseits aufgrund des Dienstvertrages mit dem Unternehmer und dem Risiko der Selbstbelastung, wurde erstmals im Gemeinschuldnerbeschluss des Bundesverfassungsgerichtes behandelt⁷⁵. Das Bundesverfassungsgericht analysiert die Konfliktlage und unterscheidet dabei drei Situationen.

Erstens kann ein Zeuge einer Prozesspartei oder ein Beschuldigter unfreiwillig im Strafprozess zur Auskunft verpflichtet sein. Im Strafprozess steht ihm ein Aussage- und Zeugnisverweigerungsrecht zu und schützt ihn so vor der Selbstbelastung nach §§ 55, 136 Abs. 1 Satz 2, 161a Abs. 3 Satz 2, 243 Abs. 5 Satz 1 StPO.

74 Momsen/Grützner, Verfahrensregeln für interne Ermittlungen, DB 2011, S. 1792 – 1789; Fritz/Nolden, CCZ 5/2010, S. 171.

75 BVerfG Beschluss vom 13.01.1981 in: BVerfGE 56, 37.

Zweitens haben Zeugen im Zivilprozess ein Aussageverweigerungsrecht bei drohender Selbstbelastung nach § 384 Nr. 2 ZPO. Nur die Zeugen werden vor drohender Selbstbelastung durch ein Aussageverweigerungsrecht geschützt. Die Parteien des Zivilprozesses dagegen unterliegen der prozessualen Wahrheitspflicht nach § 138 Abs.1 ZPO und haben die Pflicht, sich zu behaupteten Sachverhalten nach § 138 Abs. 2 ZPO zu erklären. Verletzen sie diese indirekte prozessuale Auskunftspflicht, haben Sie prozessuale Nachteile⁷⁶.

Drittens kann der Konflikt dadurch entstehen, dass sich die Informationspflicht aus Gesetzen oder Verträgen ergibt. Zu dieser dritten Art der Konfliktsfälle zählen die Anwalts- und Anstellungsverträge. Der zur Auskunft Verpflichtende gerät in die Konfliktsituation, entweder sich selbst mit einer strafbaren Handlung zu belasten oder wahrheitswidrig falsche Angaben zu machen und dadurch eventuell eine neue Straftat zu begehen oder sich Zwangsmittel auszusetzen, wenn er entgegen seiner Auskunftspflicht schweigt. In der dritten Art von Konfliktsituationen befindet sich der Informationsverpflichtete in einem Pflichtenverhältnis. Verweigert er die Informationen, obwohl er durch seinen Arbeitsvertrag zur Auskunft verpflichtet ist, schadet er nicht nur sich selbst, sondern auch seinen Vertragspartnern, die auf seine Information angewiesen sind. Im Gemeinschuldnerbeschluss steht er zu den geschädigten Gläubigern in einem besonderen Pflichtenverhältnis. Die verweigerte Information geht nicht nur zu seinen Lasten, sondern auch zu Lasten der Gläubiger. Ein Unternehmensmitarbeiter, der Auskünfte verweigert oder trotz Kenntnis zurückhält, schadet seinem Unternehmen und seinem Vorstand, der seine Informationsbeschaffungspflicht nicht erfüllen kann. Die herrschende Meinung hat das Konkursverfahren nach den gesetzlichen Regelungen so ausgelegt, dass der Gemeinschuldner uneingeschränkt auskunftspflichtig ist und dass den Interessen der Gläubiger der Vorrang vor dem Interesse des Mitarbeiters an einem Schutz gegen erzwungene Selbstbezeichnungen gebührt⁷⁷. Das Grundgesetz gewährt zwar jedem die allgemeine Handlungsfreiheit nach Artikel 2 Abs. 1 GG. Diese Rechtsposition findet ihre Grenze jedoch an den Rechten anderer. Der Einzelne muss sich diejenige Handlungsfreiheit gefallen lassen, die der Gesetzgeber zur Pflege und Förderung des sozialen Zusammenlebens in den Grenzen des allgemein Zumutbaren vorsieht, vorausgesetzt, dass dabei die Eigenständigkeit der Person gewahrt bleibt. Hat sich eine Person zur Information verpflichtet, geht diese freiwillig eingegangene Pflicht dem grundrechtlich gewährtem Schutz vor Selbstbelastung eindeutig vor. Der Unternehmensmitarbeiter hat

sich mit dem Dienstvertrag für eine Auskunftspflicht freiwillig und gegen seine Freiheit entschieden, Auskünfte und Informationen zu verweigern, die ihm nach dem Grundgesetz zustehen.

Selbst wenn dies die Rechtslage und die herrschende Rechtsauffassung ist, fördert sie nicht die Informationsbereitschaft der Mitarbeiter, gleichgültig ob sie durch ihren Arbeitsvertrag dazu gezwungen sind. Deswegen wurde die herrschende Auffassung zur Rechtslage auch kritisiert.

(18) Auskunftspflicht und Verwertungsverbot

Der absolute Vorrang der Auskunftspflicht lässt sich zutreffend mit Folgeerwägung begründen. Würde man dem Gemeinschuldner ein Aussageverweigerungsrecht zugestehen und auf diesen Schutz vor Selbstbelastung mit der allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 21 Abs. 1 GG begründen, würden diejenigen bevorteilt, die pflichtwidrig die Gläubiger benachteiligt haben. Der pflichtwidrige Vertragspartner würde belohnt und die Gläubiger benachteiligt. Pflichtenverstöße würden privilegiert, die Pflichterfüllung würde benachteiligt. Niemand würde im Vertragsverhältnis Pflichten erfüllen; Pflichtverstöße blieben ohne Folgen. Vor allem auch noch dann, wenn der Pflichtverstoß strafbewehrt wäre. Aufgrund dieser nicht gewollten Konsequenzen müssen Informations- und Auskunftspflicht erfüllt werden, selbst wenn die Informationen zur Selbstbelastung und zu strafrechtlichen Sanktionen führen können.

Im Gemeinschuldnerbeschluss unterscheidet das Bundesverfassungsgericht, ob die Auskunftspflicht den Zwecken des Konkursverfahrens dient, für eine Strafverfolgung verwertet zu werden. Verpflichtet sich ein Vertragspartner zur Auskunft verpflichtet er sich nicht gleichzeitig zur Selbstanzeige in einem Strafverfahren. Würde die Auskunftspflicht im Konkursverfahren zu Zwecken der Strafverfolgung verwendet werden, wäre dies nicht im Interesse der Vertragsparteien. Die Information im Konkursverfahren würde zweckentfremdet verwendet. Ursprünglich vereinbart ist die Informationspflicht ausschließlich exklusiv für das Konkursverfahren zur Befriedigung der Gläubiger.

Dieser Gedanke gilt für alle Fälle der vertraglich vereinbarten Informationspflicht.

In einem strafrechtlichen Verfahren steht dem Gemeinschuldner aus verfassungsrechtlichen Gründen ein Schweigerecht zu und es gilt das nemo-tenetur-Prinzip, wonach die Verwertung erzwungener Aussagen unzulässig ist. Was innerhalb des Strafverfahrens schon verboten ist, muss erst Recht außerhalb des Strafverfahrens, nämlich im Konkursverfahren oder

76 Fritz, CCZ, 4/2011, S. 159.

77 BVerfGE, NJW, 1981, 1432 (Gemeinschuldnerbeschluss).

einer vergleichbaren Situation gelten. Wenn schon im Strafverfahren den Zeugen und Beschuldigten ein Aussageverweigerungsrecht zusteht, muss dieses Recht auch außerhalb des Strafverfahrens Anwendung finden. Dies bedeutet jedoch nicht, dass der Aussageverpflichtete berechtigt wird, seine Aussagen und Informationen zu verweigern, zu denen er sich vertraglich freiwillig verpflichtet hat. Sowohl die Aussagepflicht als auch in die Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 Grundgesetz im Strafverfahren die Aussage zu verweigern oder auszusagen kann erfüllt werden. Beide Ziele, nämlich die Pflicht zur Informationen, auf die Vertragspartner angewiesen sind, als auch der Schutz vor Selbstbelastung lassen sich dadurch erreichen, dass die Aussagepflicht mit einem Verbot kombiniert wird, die Aussage im Strafverfahren zu verwerten. Aussagepflicht in Verbindung mit einem Verwertungsverbot bietet das Bundesverfassungsgericht in seinem Gemeinschuldnerbeschluss als Lösung des Konflikts zwischen Informationspflicht und Selbstbelastungsverbot an. Aussagepflicht des Gemeinschuldners anzuordnen, deren Erzwingung zu regeln, ohne gleichzeitig ein strafrechtliches Verwertungsverbot vorzusehen, bezeichnet das Bundesverfassungsgericht als Gesetzeslücke. Grundsätzlich ist es die Aufgabe des Gesetzgebers, dass Verwertungsverbot näher auszugestalten und durch Offenbarungsverbote abzusichern.

(19) Gesetzliche Regelungen und Auskunftspflicht und Verwertungsverbot

Der Gesetzgeber regelt die Auskunftspflichten uneinheitlich. In einer Vielzahl von gesetzlichen Regelungen finden sich Auskunftsverweigerungsrechte für den Fall der Selbstbelastung⁷⁸. Im Unterschied zum Auskunftsverweigerungsrecht hat der Gesetzgeber die Auskunftspflicht in Verbindung mit einem Verwertungsverbot geregelt. Die Kombination von Auskunftspflicht und Verwertungsverbot bietet sich dann an, wenn ein dringendes Bedürfnis an der Auskunft und den damit verbundenen Informationen besteht, ohne dass damit ein Strafverfolgungsinteresse verbunden wäre. Die Regelung erzielt Informationen durch die Auskunftspflicht und verzichtet durch das Verwertungsverbot auf die Strafverfolgung. Nach § 393 Abgabenordnung (AO) sind im Besteuerungsverfahren Zwangsmittel gegen den Steuerpflichtigen unzulässig, wenn er dadurch gezwungen würde, sich selbst wegen einer von ihm begangenen Steuerstraftat oder Steuerordnungswidrigkeit zu belasten. Soweit der Staatsanwaltschaft oder dem Gericht in einem Strafverfahren aus den Steuer-

akten Tatsachen oder Beweismittel bekannt werden, die der Steuerpflichtige der Finanzbehörde vor Einleitung des Strafverfahrens oder in Unkenntnis der Einleitung des Strafverfahrens in Erfüllung steuerrechtlicher Pflichten offenbart hat, dürfen diese Kenntnisse gegen ihn nicht für die Verfolgung einer Tat verwendet werden, die keine Steuerstraftat ist. Dies gilt nicht für Straftaten, an deren Verfolgung ein zwingendes öffentliches Interesse besteht. Der Fiskus ist nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichtes auf die Angaben des Steuerpflichtigen angewiesen und der unehrliche Steuerpflichtige soll gegenüber dem ehrlichen Steuerpflichtigen nicht begünstigt werden. Aus diesem Grunde hält die Abgabenordnung an der Auskunftspflicht fest, untersagt Zwangsmittel und ergänzt für andere Straftaten die Auskunftspflicht durch ein begrenztes strafrechtliches Verwertungsverbot.

In § 136a Abs. 3 Satz 2 StPO ist ein Beweisverwertungsverbot für die Fälle geregelt, in denen rechtswidrig Aussagen vom Beschuldigten erlangt werden. Nach § 136a Abs. 1 StPO ist die Freiheit der Willensentschließung und Willensbetätigung des Beschuldigten vor Beeinträchtigung durch Misshandlung, Ermüdung, körperlicher Eingriffe, Verabreichung von Mitteln, durch Quälerei, durch Täuschung oder durch Hypnose geschützt. Es gilt das nemo-tenetur-Prinzip, wonach sichergestellt ist, dass jeder in der Wahl seiner Verteidigungsmittel frei bleibt, nämlich zu schweigen oder auszusagen. Vor Einwirkung auf die Freiheit der Willensentschließung schützt das in Art. 1 Abs. 1 GG garantierte Recht auf Menschenwürde sowie das Rechtsstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 3 GG. § 136a StPO ist Ausdruck der Grundhaltung der StPO, dass die Wahrheit nicht um jeden Preis, sondern nur in einem rechtsstaatlich geordneten Verfahren erforscht werden darf⁷⁹. Die Vorschrift bindet die mit der Strafrechtspflege betrauten staatlichen Organe, nicht jedoch die Befragung durch Verteidiger oder Privatpersonen, wenn diese ohne jegliche staatliche Veranlassung strafrechtlich relevante Informationen sammeln⁸⁰. Das Beweisverwertungsverbot nach § 136a Abs. 3 Satz 2 StPO kommt in analoger Anwendung als Geltung des nemo-tenetur-Prinzips in Betracht⁸¹.

Eine gesetzliche Regelung der Konfliktsituation zwischen Auskunftspflicht und Selbstbelastungsverbot findet sich in § 97 Abs. 1 Satz 3 Insolvenzordnung. Danach ist der Gemeinschuldner gegenüber Insolvenzgericht, Insolvenzverwalter und Gläubigeraus-

78 BVerfG NJW 1981 S. 1432, (Kartellgesetz ABG, Weingesezt, Waffengesezt, Seuchengesezt, Verwaltungsverfahrensgesezt).

79 BverfG NJW 2005, 2383; BGHSt 44; 134; Gercke/Julius/Tämning/Zeller StPO 5. Aufl. § 136a Anm. 1.

80 Gercke/Julius/Tämning/Zeller StPO 5. Aufl. § 136a Anm. 5.

81 Fritz CCZ 4/2011, S. 159 iAnm. LG HH Beschl. V. 15.10.2010.

schluss auskunftsverpflichtet einschließlich der Tatsachen, die geeignet sind, eine Verfolgung wegen einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit herbeizuführen. In einem Strafverfahren darf diese Auskunft nur mit Zustimmung des Schuldners verwendet werden. Mit dieser Regelung hat der Gesetzgeber ganz offensichtlich die Anregung des Bundesverfassungsgerichts in seiner Gemeinschuldnerentscheidung in § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO vom 05.10.1994 umgesetzt. Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Gemeinschuldnerentscheidung die Aussagepflicht in Verbindung mit dem Verwertungsverbot auf den Rechtsgedanken aus § 136a StPO und § 393 Abs. 2 AO gestützt⁸². Die gesetzliche Regelung in § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO kann zur Begründung einer Analogie für vergleichbare Fälle herangezogen werden⁸³.

(20) Die analoge Anwendung der gesetzlichen Regelung von Aussagepflicht und Verwertungsverbot

Eine Analogie setzt eine planwidrige Gesetzeslücke und eine vergleichbare Interessenlage voraus.

Der Gesetzgeber hat bisher den Konflikt zwischen der arbeitsrechtlichen Auskunftspflicht und der Verfassungsrechtlich begründeten Selbstbelastungsfreiheit nach dem nemo-tenetur-Prinzip nicht geregelt.

Die Lücke ist planwidrig. Vergleichbare Lösungen wie nach § 97 InsO im Insolvenzverfahren hat der Gesetzgeber im Arbeitsrecht nämlich bisher nicht erwogen⁸⁴.

Die Interessenlage ist vergleichbar, insbesondere weil der Angestellte ähnlich wie ein Zeuge in einen erheblichen Konflikt gerät. Verweigert ein Angestellter nämlich im Unternehmen dringend erforderliche Informationen aus seinem Verantwortungsbereich, um Schäden abzuwenden, riskiert er den Verlust seines Arbeitsplatzes. Er ist schon durch seine Schadensabwendungspflicht aufgrund seines Arbeitsvertrages dazu verpflichtet, alle Schäden nicht nur innerhalb, sondern auch außerhalb seines Verantwortungsbereichs zu melden. Nicht wie im Strafverfahren ist er unfreiwillig in diese Konfliktsituation geraten. Vielmehr hat er freiwillig den Arbeitsvertrag abgeschlossen. Mit der Auskunftsverweigerung setzt er jedoch seinen Arbeitsvertrag und damit seine Existenz aufs Spiel. Zu Recht wird deshalb die Interessenlage eines Angestellten mit der eines unfreiwilligen Zeugen im Strafverfahren verglichen⁸⁵.

82 BVerfGE NJW 1981, S. 1433.

83 Maschmann, Corporate Compliance und Arbeitsrecht, S. 175; Fritz CCZ 4/2011, S. 159.

84 Fritz CCZ 4/2011, S. 160.

85 Fritz, CCZ 4/2011, S. 160 in Anmerkung zum Land-

Die Informationsverweigerung käme einer Arbeitsverweigerung gleich.

Wird die Auskunftspflicht mit einem Verwertungsverbot verknüpft und zwar in Analogie zu den gesetzlichen Regelungen in § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO sowie § 393 Abs. 2 AO und § 136a Abs. 3 Satz 2 StPO würde der Interessenkonflikt aufgelöst. Dem Unternehmen würden die dringend erforderlichen Informationen zufließen und Risiken und Schäden würden abgewendet. Durch das Verwertungsverbot würde der Unternehmensmitarbeiter sich nicht selbst belasten müssen und wäre sicher vor Strafverfolgungsmaßnahmen. Die Auskunftsbereitschaft würde durch das Verwertungsverbot gefördert. Die Mauer des Schweigens wäre nicht zu befürchten. Vorstände und Geschäftsführer könnten ihre Informationsbeschaffungspflicht erfüllen, indem sie ihren Mitarbeitern auf der Arbeitsebene die Nichtverwertung der Informationen zum Zwecke der Strafverfolgung zusichern.

Zu Recht wird zwischen unternehmensinternen Untersuchungen zu präventiven und zu repressiven Zwecken unterschieden. Mit der unternehmensinternen Untersuchung zu präventiven Zwecken will der Arbeitgeber gegenwärtige Missstände beseitigen, damit der Betrieb in Zukunft störungsfrei läuft und Risiken und Schäden abgewendet werden. Es besteht kein Anlass für den Arbeitnehmer sich mit Schweigen zu verteidigen. Es gibt nämlich nichts zu verteidigen, sondern nur zu korrigieren. Wenn die Gefahrenabwehr zukünftig der Zweck für die Auskünfte ist und nicht die Schuldzuweisung und die Strafverfolgung, ist die Auskunftspflicht in Verbindung mit einem Verwertungsverbot, das geeignete Mittel, um die Risikoabwehr im Unternehmen zu betreiben. Ein Unternehmensangestellter erfüllt seine Nebenpflicht zur Kooperation, weil er arbeitsrechtlich schon gehalten ist, Schäden vom Betrieb abzuwenden, soweit ihm dies möglich und zumutbar ist⁸⁶.

Würde man jedoch darauf bestehen, die Auskünfte der Unternehmensangestellten zu Zwecken der Strafverfolgung zu verwenden, sinkt die Auskunftsbereitschaft und die Risikoabwehr im Unternehmen würde behindert. Unternehmensmitarbeiter, die in den Interessenkonflikt geraten, entweder sich selbst zu belasten und sich selbst der Strafverfolgung auszusetzen oder bei der Risikoabwehr zu Gunsten des störungsfreien Betriebes eines Unternehmens mitzuwirken, werden voraussichtlich sich zunächst selbst vor jeder denkbaren Strafverfolgung schützen. Das Interesse an der Strafverfolgung und das Interesse an der Gefahrenabwehr im Unternehmen gerät in einen Abwägungszusammenhang. Aufzulösen ist dieser Konflikt im Interesse einer effektiven Gefahrenabwehr nur, wenn den Mit-

gericht Hamburg vom 15.10.2010.

86 Maschmann Compliance und Arbeitsrecht, S. 175.

arbeitern die Auskunftspflicht immer nur kombiniert mit einem Verbot der Verwertung ihrer Informationen zum Zwecke der Strafverfolgung auferlegt wird. Unternehmen Mitarbeiter sollten vor allem darauf achten, dass der Vorrang der Auskunft über Unternehmensrisiken und ihrer Abwehr den Interessen der Strafverfolgung vorgehen. Mit Strafverfolgungsmaßnahmen lässt sich keine Gefahrenabwehr und kein Risikomanagement betreiben. Es empfiehlt sich deshalb bei internen Unternehmensuntersuchungen klarzustellen, welchem Zweck die Untersuchungen dienen sollen. In § 393 AO räumt der Gesetzgeber im Interesse an Steuereinnahmen den Vorrang vor der Strafverfolgung ein. In § 97 InsO räumt der Gesetzgeber dem Interesse der Gläubiger den Vorrang vor Strafverfolgung ein.

Wenn Unternehmensmitarbeiter Strafverfolgung befürchten müssen, weil sie glauben, „schon mit einem Bein im Gefängnis zu stehen“ ist die Auskunftsbereitschaft schon aus der Sorge der Selbstbelastung beeinträchtigt und zwar zu Lasten der Gefahrenabwehr. Wer das Risikomanagement und die Schadensvermeidung durch ungehinderten Informationsfluss von der Arbeitsebene in die Entscheidungsebene fördern will, muss auf Strafverfolgung verzichten.

Der Rechtsgedanke in § 393 AO und nach § 97 InsO ist auf den Interessenkonflikt zwischen arbeitsvertraglicher Auskunftspflicht einerseits und Selbstbelastungsfreiheit andererseits anzuwenden. Der Konflikt lässt sich mit einer strikten Auskunftspflicht zur präventiven Gefahrenabwehr und zum Verwertungsverbot zum Zwecke der Strafverfolgung lösen.

(21) Die Rechtsprechung vor und nach der neuen Rechtslage zum Rechtsanwaltsprivileg

Das Landgericht Hamburg hat in seiner Entscheidung die Anwendbarkeit des nemo-tenetur-Prinzips als fernliegend bezeichnet und deshalb ungeprüft gelassen. Es war sogar naheliegend, die analoge Anwendung von § 393 AO und § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO zu prüfen. Die Konsequenzen aus dem Urteil des Landgerichts Hamburg schaden den internen Unternehmensuntersuchungen und stören die Bereitschaft der Unternehmensmitarbeiter, Informationen zum Zwecke der Gefahrenabwehr zu liefern, wenn sie fürchten müssen, dass alle Informationen im Rahmen der internen Unternehmensermittlung von den Strafverfolgungsbehörden durch Beschlagnahme abgeschöpft werden. Können sich dagegen die Mitarbeiter vor Strafverfolgungsmaßnahmen sicher sein, wenn sie Informationen über Risiken im Unternehmen an die Entscheidungsebene weitergeben, ist damit zu rechnen dass die Informationsbereitschaft steigt.

(22) Entscheidung des Landgerichts Mannheim nach der geänderten Rechtslage zum Rechtsanwaltsprivileg

Die ausführliche Behandlung des Themas ist deshalb erforderlich, weil die neue Rechtslage seit dem 01.02.2011 von Strafverfolgungsbehörden offenbar verkannt wird.

Das Landgericht Hamburg hat in seiner Entscheidung den nemo-tenetur-Prinzip Grundsatz verkannt, wonach Mitarbeiter im Unternehmen vor Selbstbelastung zu schützen sind. Obwohl schon im Gemeinschuldnerbeschluss von 1981 des Bundesverfassungsgerichts ein Auskunftsanspruch mit einem gleichzeitigen Verwertungsverbot geprüft und als analoge Anwendung empfohlen wurde, hat das Landgericht Hamburg am 15.10.2010 die Anwendung des Selbstbelastungsverbots nach dem nemo-tenetur-Prinzip als fernliegend bezeichnet und jegliche Prüfung unterlassen. Es hat vor allem die im Gesetzentwurf vorliegende Rechtsänderung nicht in seine Entscheidung einbezogen.

Bei der Entscheidung des Landgerichts Hamburg zur Beschlagnahme der Anwaltsunterlagen aus der internen Untersuchung hat das Gericht vor allem die Folgewirkungen nicht bedacht. Es hat die Rechtsprechung aus dem Architektenauskunfts Urteil des BGH vom 30.04.1964 unkritisch fortgesetzt, wonach die Auskunft aus einem Vertragsverhältnis auch dann erteilt werden muss, wenn sich der Auskunftspflichtige selbst mit einer Straftat belastet⁸⁷.

Nach der herrschenden Entscheidungsmethode der Folgerwägung hätte das Gericht nicht nur die Folgen für den zu entscheidenden Einzelfall zu bedenken, sondern auch die Fernwirkung (Adaptionsfolgen) in vergleichbaren anderen Fällen⁸⁸. Die Fernwirkung eines solchen Urteils ist für auskunftspflichtige Unternehmensmitarbeiter entmutigend. Nach dem Urteil müssen Sie damit rechnen, dass ihre Aussagen im Rahmen von internen Untersuchungen durch Rechtsanwälte von den Ermittlungsbehörden im Rahmen von Beschlagnahmen abgeschöpft werden. Selbst wenn sie im Strafverfahren das Recht hätten, die Aussage zu verweigern, weil sie sich ansonsten selbst belasten müssten, würden ihre Aussagen außerhalb des Strafverfahrens im Rahmen interner Ermittlungen den Umweg über eine Beschlagnahme den Strafverfolgungsbehörden zufließen. Aus diesem Ergebnis muss jeder Unternehmensmitarbeiter den Schluss ziehen, auf jeden Fall zu schweigen,

87 BGH, Urteil vom 30.04.1964 – VII ZR 156/62, NJW 1964, S. 1469 = BGHZ 41, 318.

88 Lübke-Wolff in „Rechtsfolgen und Realfolgen, welche Rolle können Folgerwägungen in der juristischen Regel- und Begriffsbildung spielen?“ 1981, S. 222.

seine Informationen zurückzuhalten, seine arbeitsvertragliche Auskunftspflicht durch gespielte Unkenntnis zu umgehen, weil er durch Selbstbelastung eventuelle strafrechtliche Sanktionen fürchten muss. Aus dem Urteil des Landgerichts Hamburg muss jeder Unternehmensmitarbeiter die Empfehlung entnehmen, möglichst wenig Informationen aus dem Unternehmen und aus seinem Verantwortungsbereich offen zu legen. Die Informationsbeschaffung durch den Vorstand aus dem Unternehmen wird erheblich erschwert, obwohl die Geschäftsleitung dringend auf diese Information angewiesen ist.

Die Konfliktlage bleibt dadurch ungelöst und wird sogar verstärkt, weil Mitarbeiter bei drohenden Schäden informieren müssen und der Arbeitgeber einen Auskunftsanspruch aus § 242 BGB hat. Jeder Arbeitnehmer ist danach verpflichtet, Schäden vom Unternehmen abzuwenden und zwar nicht nur Risiken zu vermeiden, die in seinem jeweiligen Verantwortungsbereich, sondern auch außerhalb des Verantwortungsbereichs im Unternehmen verursacht werden⁸⁹. Obwohl das Rechtsanwaltsprivileg seit dem 1. Februar 2011 in Kraft ist, hat das Landgericht Mannheim eine Beschwerde gegen einen Beschlagnahmebeschluss vom 28. Februar 2012 nicht stattgegeben. Das Landgericht Mannheim und die Staatsanwaltschaft verkannten die neue Rechtslage und ignorierten den absoluten Schutz von Rechtsanwälten vor allen Ermittlungsmaßnahmen. In einem vergleichbaren Fall hat das Amtsgericht Mannheim am 28. Februar 2012 eine Beschlagnahmeanordnung gegenüber Rechtsanwälten beschlossen. Die neue Rechtslage wurde ignoriert. Mit dem neuen Gesetz wurde der Zweck verfolgt, dass sich Mandanten ihren Verteidigern und Rechtsanwälten anvertrauen sollten, ohne die Sorge, dass der Verteidiger oder den Rechtsanwalt später über den Inhalt der Kommunikation als Zeuge aussagen muss. Das Ziel der Gesetzesänderung kam unmissverständlich in der Bundestagsdebatte vom 11. November 2010 zum Ausdruck.

„Wenn ein Mandant nicht die Gewähr hat, dass er mit seinem Anwalt frei und unbelauscht sprechen kann, wenn er befürchten muss, dass etwa bei einem Telefonat der Staat in der Leitung mithört, dann ist das Entstehen von Vertrauen gefährdet und dann ist auch nicht gesichert, dass ein Anwalt seiner Funktion im Rechtsstaat in vollem Umfange nachkommen kann. Deshalb muss der Rechtsstaat um seiner selbst Willen die freie und ungehinderte Kommunikation zwischen Mandant und Anwalt respektieren und garantieren.“⁹⁰

Mit dem geänderten § 160a StPO sollen alle Rechtsan-

wälte und nicht allein Strafverteidiger vor Ermittlungsmaßnahmen des Staates geschützt sein, soweit es um Erkenntnisse geht, hinsichtlich derer sie das Zeugnis verweigern dürfen. Die bisherige künstliche Aufspaltung zwischen Strafverteidigern und anderen Anwälten sollte beendet werden. Die Unterscheidung zwischen Strafverteidigern und Anwälten lässt sich in der Realität sowieso nicht punktgenau treffen. Gerade bei komplexen Beratungsmandaten bestehen häufig enge Verflechtungen zu strafrechtlichen Fragen. Der Übergang von beratender zu verteidigender Tätigkeit ist oft fließend. Künftig gilt daher, bezogen auf alle Anwälte, ein absolutes Verbot der Erhebung und Verwertung von Informationen. Gegen Anwälte dürfen sich deshalb keine strafrechtlichen Ermittlungsmaßnahmen mehr richten, wenn damit Informationen erfasst würden, die vom Zeugnisverweigerungsrecht des Anwalts umfasst wären⁹¹. Der Schutz von Berufsgeheimnissträgern wie Rechtsanwälten sollte insgesamt weiter verbessert werden. Die anwaltliche als auch die strafverteidigende Tätigkeit wird ganz überwiegend von derselben Berufsgruppe, nämlich den Rechtsanwälten ausgeübt.

Nach der neuen Rechtslage wurden nicht nur die Unterlagen aus dem Verhältnis zwischen den Beschuldigten und seinem Verteidiger, sondern letztlich alle schriftlichen Unterlagen vor der Beschlagnahme gesichert, die im Rahmen eines bestehenden Mandatsverhältnisses gleich welcher Art in den Gewahrsambereich eines Rechtsanwaltes gelangen. § 160a Abs. 1 StPO bietet somit ein gesetzlich geregeltes umfassendes Verwendungs- und Verwertungsverbot für solche Unterlagen.

Für die Präventivberatung zur Ermittlung von Rechtspflichten des Unternehmens bietet das Rechtsanwaltsprivileg nach der neuen Rechtslage erhebliche Vorteile. Gesichert werden die dringend benötigten Informationen im Unternehmen über Risiken, die Auskunftsbereitschaft der Mitarbeiter wird gefördert, weil sie ihre Aussagen gegenüber Rechtsanwälten vor dem Zugriff der Strafverfolgungsbehörden absolut gesichert wissen. Die Auskunftspflicht in Verbindung mit dem Verwendungs- und Verwertungsverbot der Informationen nimmt jedem Unternehmensmitarbeiter die Sorge, er belastet sich mit seinen Aussagen im Rahmen interner Untersuchungen gegenüber Rechtsanwälten selbst.

Es fehlt eine zu § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO und § 393 Abs. 2 AO vergleichbare gesetzliche Regelungen zum Verwertungsverbot im Arbeitsrecht.

(23) Offene Fragen

Solange der Konflikt zwischen Auskunftspflicht von Angestellten auf Grund ihres Arbeitsvertrages und

89 Fritz CCZ 4/2011, S. 159.

90 Die Ausführungen der Bundesministerin für Justiz vom 11.11.2010 „frühere Gesetzgebung sollte korrigiert werden“.

91 LG Mannheim, Entsch. V. 3.7.2012 – 24 Qs 1/12 Beck 2012, 15309 II b.

dem Selbstbelastungsverbot nach dem nemo-tenetur-Prinzip mit der analogen Anwendung der gesetzlichen Regelungen nach § 97 InsO und § 393 AO gelöst werden muss, besteht eine Restunsicherheit zum Verhalten der Ermittlungsbehörden. Die Vorgeschichte der Entscheidung des Landgerichts Mannheim hat gezeigt, dass trotz geänderter Rechtslage die Strafverfolgungsbehörden zunächst die Beschlagnahme als Ermittlungsmaßnahme verfolgt haben und erst das Landgericht auf eine Beschwerde hin abgeholfen hat. Der Gesetzgeber muss entscheiden, dass er auf Strafverfolgung verzichtet, wenn Informationen im arbeitsrechtlichen Vertragsverhältnis weiter zum präventiven Zweck der Gefahrenabwehr weitergeben werden müssen, obwohl die Gefahr besteht, dass sich der auskunftspflichtige Angestellte selbst belastet und strafbar macht. Zunächst ist der Konflikt zwischen dem Interesse an einem ungehinderten Informationsfluss zur Risikoabwehr im Unternehmen abzuwägen mit dem repressiven Interesse an der öffentlichen Strafverfolgung. Der Gesetzgeber muss den Konflikt durch eine mit § 97 InsO, § 393 AO vergleichbaren Regelung lösen, das Interesse an einer präventiven Risikoabwehr durch unbehinderten Informationsfluss den Vorrang vor dem Interesse der Strafverfolgung einräumen. Es lässt sich vermuten, dass Informationen aus der Sorge um die Selbstbelastung zurückgehalten werden. Die Vermutung lässt sich nur schwer bestätigen oder widerlegen, weil die Kenntnisse über Risiken im Unternehmen, verstanden als drohende Schadensverläufe, innere Tatsachen sind, die ein Mitarbeiter zunächst zurückhalten kann, ohne dass dies offengelegt werden könnte. Er muss lediglich den Vorwurf in Kauf nehmen, wenn der Schaden eingetreten ist, dass er den Schadensverlauf hätte vorhersehen können. Er setzt sich dem Risiko des Rückschaufehlers bei denjenigen aus, die den Schadensverlauf im Nachhinein beurteilen und allzu leicht behaupten können, man hätte das Risiko erfassen können. Wer Informationen ohne Not zurückhält, muss mit dem Vorwurf des fahrlässigen Verhaltens rechnen, wenn ein Schaden eintritt und dem Verantwortlichen vorgeworfen werden kann, er habe das Risiko verkannt.

Es bleibt die Anregung an den Gesetzgeber, das Informationsmanagement in Unternehmen mit einer gesetzlichen Regelung generell zu verbessern, die den Mitarbeitern die berechtigte Sorge nimmt, mit Informationen über Risiken sich strafrechtlichen Sanktionen auszusetzen.

(24) Die Pflicht zum Abstellen von aufgeklärten Rechtsverstößen innerhalb des Unternehmens

Sollte sich durch externe oder interne Aufklärung ergeben, dass ein Rechtsverstoß vorgekommen ist, hat der Vorstand geeignete Maßnahmen anzuordnen, um

Wiederholungsfälle zu verhindern⁹². Bei seiner Legalitätspflicht, erkannte Rechtsverstöße abzustellen, hat der Vorstand keinerlei Wahl⁹³.

(25) Die Sanktionspflicht des Vorstands bei Rechtsverstößen

Der Vorstand hat nicht nur Rechtsverstöße aufzuklären und abzustellen, sondern auch zu sanktionieren. Auch damit stellt er außerdem unter Beweis, dass er seine Legalitätspflicht erfüllt.

Erstens stehen dem Vorstand arbeitsrechtliche Sanktionsmöglichkeiten zu, insbesondere die außerordentliche fristlose Kündigung gem. § 626 Abs. 1 BGB, die ordentliche Kündigung gem. § 1 Abs. 2 KSchG, die Änderungskündigung gem. § 626 Abs. 1 BGB, § 2 KSchG. Zweitens hat er das Recht, auf Grund seines Direktionsrechts, Arbeitsbedingungen des Verantwortlichen zu ändern, er kann abmahnen, er kann Schadensersatzansprüche geltend machen und schließlich Strafanträge und Strafanzeigen nach § 158 StPO und § 77 StGB stellen. Gleichzeitig muss bei der Abwägung der Sanktionen der Vorstand die Bereitschaft zur Mitwirkung bei der Aufklärung durch seine Angestellten bedenken.

(26) Keine generelle Pflicht zur Strafanzeige

Vorstände und Geschäftsführer sind nicht grundsätzlich verpflichtet, Strafanzeige zu stellen.

Dass es keine Rechtspflicht zur Strafanzeige bekannt gewordener Straftaten gibt, ergibt sich im Umkehrschluss aus § 138 Abs. 1 StGB. Danach besteht die Strafanzeigepflicht nur bei geplanten Straftaten, zu der die Ausführung oder der Erfolg noch abgewendet werden kann. Ist der Straftatbestand jedoch verwirklicht, besteht diese Anzeigepflicht nicht.

Ausdrücklich vorgeschrieben ist die Pflicht zur Strafanzeige in der Spezialnorm des § 13 GwG⁹⁴.

Vorgesetzte in einem Wirtschaftsunternehmen können sich als Täter strafbar machen, obwohl die Tat von An-

92 Reichert/Ott, ZIP 2009, (2173) 2176.

93 Fleischer, in: Handbuch des Vorstandsrechts, 2006, § 8, Rd. Nr. 35, Rönnau/F. Schneider, ZIP 2010, 53, 60, Reichert, CIS, 3/2011, Reaktionspflichten und Reaktionsmöglichkeiten der Organe auf (möglicherweise) strafrechtsrelevantes Verhalten innerhalb des Unternehmens.

94 Reichert, CIS, 3/2011, Reaktionspflichten und Reaktionsmöglichkeiten der Organe auf (möglicherweise) strafrechtsrelevantes Verhalten innerhalb des Unternehmens, S. 120.

gestellten des Unternehmens begangen wurde und sie selbst an der konkreten Tat nicht beteiligt waren. Sie werden als „Täter hinter dem Täter“, als „Schreibtischtäter“, als „Drahtzieher“ behandelt. Ihre Täterschaft wird mit ihrer Organisationsherrschaft begründet. Die Rechtsfigur des Täters hinter dem Täter wurde von Wissenschaftlern in der Literatur begründet⁹⁵.

95 Friedrich – Christian Schroeder, *Der Täter hinter dem Täter*, 1965 und Roxin, *GA*, 1963, S. 200, Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate, *Goldamers Archiv für Strafrecht (GA)*.

RACK

RECHTSANWÄLTE NOTAR

Lurgallee 10 (Mertonviertel) - 60439 Frankfurt am Main - Fon 0 69/95 78 31 0 - Fax 0 69/95 78 31 40

München Fon 0 89/38 32 99 21

Email anwaltsbuero@rack-rechtsanwaelte.de - www.rack-rechtsanwaelte.de