

Probleme und Strategien der Compliance-Begleitung in Unternehmen

Rechtsanwältin Dr. Imme Roxin, München

Am 01./02.10.2011 fand in Passau unter dem Oberthema »Strafverteidigung – Grundlagen und Stolpersteine« ein Symposium zu Ehren von Prof. Dr. *Werner Beulke* aus Anlass seiner feierlichen Verabschiedung als aktiver Hochschullehrer statt. Wegen der stetig wachsenden Bedeutung des Themas Compliance für die Beratung und Verteidigung in Strafsachen wird der Vortrag von Rechtsanwältin Dr. *Imme Roxin* – wie *Beulke* ebenfalls Mitglied des Beirates dieser Zeitschrift – nachfolgend dokumentiert. Er wird zusammen mit weiteren Referaten und einleitenden Texten zu den Veranstaltungsschwerpunkten demnächst in einem Tagungsband im Verlag C.F. Müller publiziert werden; für das freundliche Einverständnis mit dem Vorabdruck danken wir Herausgebern und Verlag. – *d. Red.*

A. Einleitung

Compliance bedeutet die Einhaltung von rechtlichen und ethischen Regeln. Compliance-Begleitung in Unternehmen kann also sämtliche Rechtsgebiete betreffen. In meinem Referat will ich nur die Criminal-Compliance behandeln, wie sie durch spektakuläre Großverfahren wie Siemens, MAN und Ferrostaal bekannt geworden ist. Jeder, der sowohl Compliance-Beratung macht, wie auf der anderen Seite Vorstände, Geschäftsführer oder leitende Angestellte vertritt, die sich wegen einer Compliance-Beratung einem Ermittlungsverfahren ausgesetzt sehen und ihren Job verloren haben, weiß um die zwei Seiten der Compliance-Medaille. Bei meinen Strategien habe ich versucht, diese beiden Seiten im Blick zu behalten und zu einem Ausgleich zu bringen. Strategien der Compliance-Begleitung kann man nur entwickeln, wenn man sich zunächst über das Ziel der Compliance-Beratung Gedanken macht, dann über die Probleme, die bei der Zielerreichung auftreten und schließlich nach Lösungen sucht, die trotz der Probleme eine Zielerreichung ermöglichen.

B. Das Ziel einer Compliance-Begleitung

Die Compliance-Beauftragten sollen im Unternehmen ein systematisches Konzept zur Sicherstellung regelkonformen Verhaltens installieren,¹ das im Bereich Criminal-Compliance Straftaten, insbesondere korruptives Verhalten, verhindert. Zur Zielerreichung ist es wichtig, dass der Compliance-Auftrag nicht nur durch den Vorstand eines Unternehmens erteilt wird. Der Aufsichtsrat ist einzubinden. Er hat gem. § 111 AktG die Pflicht, die Geschäftsführung zu überwachen. Dazu gehört auch, dass er sich mit dem Compliance-System befasst.² Der Vorstand hat verständlicherweise in erster Linie ein Interesse daran, seine Haftung zu vermeiden. Zu Recht weist *Rotsch* darauf hin, dass die häufig als Ziel von Criminal-Compliance genannte Haftungsvermeidung zu wenig ist. Sie birgt die Gefahr in sich, zur bloßen Haftungsverlagerung zu werden, vom Vorstand weg auf eigenverantwortlich handelnde Mitarbeiter.³ Das ist nicht im Unternehmensinteresse. Geldbußen, Ge-

winnabschöpfung, Ansehensverlust etc. drohen genauso, als wenn der Vorstand selber gehaftet hätte.

Strategie I: Auftrag vom Vorstand und dem Aufsichtsrat eines Unternehmens, ggf. nur vom Aufsichtsrat.

C. Die Vorgehensweise bei einer Compliance-Beratung

Die definierte Zielerreichung der Compliance-Beratung setzt notwendig voraus, dass die Compliance-Beauftragten zunächst herausfinden, wo im Unternehmen die Schwachstellen sind, d.h. in welchen Bereichen und bei welchen Vorgehensweisen die Gefahr gesetzwidrigen Verhaltens droht oder ein solches gar schon stattgefunden hat. Nehmen wir an, aufgerüttelt durch die Siemens-Affäre, beschließt der Aufsichtsrat eines Unternehmens, eine Compliance-Beratung durchführen zu lassen. Dies geschieht in einem ersten Schritt durch Überprüfung der Buchhaltung auf auffällige Zahlungen. Dazu bedient sich die Compliance-Kanzlei meist einer der großen Wirtschaftsprüfungsgesellschaften, die ein EDV-gestütztes Programm haben, mit dem sie auffällige Geschäftsvorfälle im Buchhaltungssystem identifizieren können. Den als auffällig identifizierten Zahlungen werden Verträge und Leistungsnachweise, soweit vorhanden, sowie Rechnungen und Zahlungsanweisungen zugeordnet. Es werden ferner die Zahlungsempfänger und die Zahlungswege recherchiert. Gleichzeitig werden die Mitarbeiter festgestellt, die in diese Zahlungsvorgänge eingebunden waren. Soweit datenschutzrechtlich zulässig, wird Zugriff genommen auf dienstliche E-Mails und elektronische Dateien.⁴ Schließlich folgen Interviews mit diesen Mitarbeitern. In aller Regel werden auch noch die zuständigen Organe befragt. Es könnte sich ein Verhalten der Organe ergeben, das ggf. zu einem Schadensersatzanspruch des Unternehmens führen würde.

D. Die Probleme bei einer Compliance-Beratung

Die bei einer Compliance-Beratung auftretenden Probleme lassen sich am besten an einem praktischen Fall verdeutlichen. Zu Beginn der durch die Siemens-Affäre ausgelösten Compliance-Aktivitäten gab es keine Richtlinien, Thesen oder Standards, wie bei der Befragung von Mitarbeitern durch Compliance-Anwälte vorzugehen sei. In einem Fall fand das Interview im Rahmen einer gemütlichen Teestunde statt. Das von den Compliance-Anwälten erstellte Gedächtnisprotokoll wurde dem Interviewten nicht ausgehändigt, eine Unterschrift nicht eingefordert. Belehrungen welcher Art auch immer gab es nicht, allerdings den Hinweis auf die arbeitsrechtliche Mitwirkungspflicht. Eine zweite Befragung desselben Mitarbeiters, 1 ½ Jahre später, fand wiederum ohne Belehrung statt. Die Aushändigung des von ihm vor der Befragung erbetenen Protokolls der ersten Befragung

1 *Reichert* ZIS 2011, 113 (114).

2 *Schmidt/Lutter*, AktG, 2. Aufl. 2010, § 111 Rn. 9.

3 *Rotsch* ZIS 2010, 614 (615).

4 *Göpfert/Merten/Siegrist* NJW 2008, 1703 (1705).

wurde verweigert. Über eine Mitteilung der Betriebsprüfung erfuhr die Staatsanwaltschaft von der Vergangenheitsbewältigung. Bei einer Durchsuchung wurde das gesamte Material der Compliance-Anwälte beschlagnahmt, einschließlich der Interviewprotokolle. Eine Beschwerde gegen die Beschlagnahme wurde vom Landgericht zurückgewiesen. Die Interviewten fanden sich als Beschuldigte eines Strafverfahrens wieder. Natürlich wurden sie vor ihrer nunmehr stattfindenden Vernehmung durch die Staatsanwaltschaft ordnungsgemäß belehrt. Gleichzeitig wies die Staatsanwaltschaft aber darauf hin, dass ihre gegenüber den Compliance-Anwälten gemachten Angaben selbstverständlich verwertet werden könnten. Auf der Grundlage dieses praktischen Falles ergeben sich eine Fülle von Fragen, die ich keinesfalls alle darstellen oder gar einer Lösung zuführen kann:

- Wo bleibt der nemo-tenetur-Grundsatz?
- Gibt es Belehrungs- und Protokollierungspflichten für Compliance-Anwälte, wenn sie Mitarbeiter oder Organe befragen?,
- Arbeitsrechtliche Auskunftspflicht der interviewten Mitarbeiter?,
- Zeugnisverweigerungsrechte von Compliance-Anwälten gegenüber der Staatsanwaltschaft hinsichtlich der Mitarbeiterbefragungen?
- Beschlagnahmefreiheit bezüglich der Unterlagen der Compliance-Anwälte?,
- Verwertungsverbot bzgl. der Mitarbeiteraussagen in einem Strafverfahren bei Nichtbelehrung?

Bevor man die Probleme näher beleuchtet, stellt sich die Frage, ob es überhaupt notwendig ist, im Rahmen einer Compliance-Beratung die Staatsanwaltschaft einzuschalten. Denn nur dann, wenn es ein Neben- oder Nacheinander von Compliance-Interviews und StA-Aktivitäten gibt, stellen sich die geschilderten Probleme. Um diese Frage zu klären, ist es erforderlich, nach den Beweggründen für einen Compliance-Auftrag zu fragen.

E. Die Beweggründe für eine Compliance-Beratung im Unternehmen

I. Sehr selten dürfte es sein, dass das Unternehmen den Compliance-Auftrag mit blütenweißer Weste erteilt, d.h. mit Sicherheit für die Vergangenheit strafbares Verhalten im Unternehmen ausschließen kann. Kein Unternehmen wird Geld ausgeben, wenn es nicht notwendig ist.

II. Ein auf der Hand liegender Grund ist eine Durchsuchung durch die Staatsanwaltschaft. Das betroffene Unternehmen ist gut beraten, sofort jede Art von Korruption einzustellen, was sich von selber versteht, gegenüber der Staatsanwaltschaft vollständige Kooperationsbereitschaft zu signalisieren und eine auf Compliance-Tätigkeit spezialisierte Anwaltskanzlei mit der internen Aufarbeitung sämtlicher nicht verjährter Sachverhalte zu beauftragen. Auf diese Weise erlangt das Unternehmen einen Bonus bei der Staatsanwaltschaft. Es wird der Staatsanwaltschaft eine umfangreiche Ermittlungstätigkeit erspart. Es gelingt möglicherweise, strafrechtlich relevante Sachverhalte mit Auslandsbezug aufzudecken, die anderenfalls gar nicht oder nur über den mühsamen und langwierigen Rechtshilfeweg aufgeklärt werden könnten.

III. Ein weiterer Grund kann sein, dass der Unternehmensleitung Gerüchte über Bestechungszahlungen zu Ohren

kommen. Man muss davon ausgehen, dass die Mitarbeiter insoweit seit der Siemens-Affäre sehr sensibilisiert worden sind. In diesem Fall sollte ebenfalls rasch ein Compliance-Auftrag zur internen Aufarbeitung erteilt werden.

IV. Auch eine angekündigte, bevorstehende Betriebsprüfung kann Anlass für einen derartigen Compliance-Auftrag sein. Betriebsprüfer sind durch interne Anweisungen gehalten, verstärkt nach Bestechungszahlungen zu suchen.⁵

V. Auf einen weiteren Beweggrund der nach ihrer Auffassung zwingend für einen Compliance-Auftrag spricht, haben unlängst *Saban/Berndt* hingewiesen,⁶ die neue Kronzeugenregelung des § 46b StGB. Ein der Unterschlagung bezichtigter Mitarbeiter kann einen erheblichen Anreiz haben, der Staatsanwaltschaft offenzulegen, dass in seinem Unternehmen Bestechungen begangen wurden. Ein innerer Zusammenhang zwischen der vorgeworfenen Unterschlagung und den Bestechungszahlungen ist nach dem derzeitigen Gesetzeswortlaut nicht erforderlich. Die Bundesjustizministerin will das freilich ändern.⁷ In den Fällen, in denen die Staatsanwaltschaft keinen Verdacht gegen das Unternehmen hatte, die Compliance-Tätigkeit aber möglicherweise strafbare Sachverhalte zu Tage gefördert hat, muss erwogen werden, ob die Kooperation mit der Staatsanwaltschaft im Unternehmensinteresse liegt.

F. Kooperation mit der Staatsanwaltschaft auch ohne Anfangsverdacht der Justizbehörden?

Wenn die Compliance-Tätigkeit korruptive Sachverhalte aufdeckt, fällt in aller Regel eine schriftliche Klarstellung gegenüber den Steuerbehörden an. Nachdem seit dem 01.01.1999 Bestechungszahlungen nicht mehr gewinnmindernd als Betriebsausgaben in der Steuererklärung geltend gemacht werden dürfen, wurden solche Zahlungen auf vielerlei Weise, insbesondere als Beraterhonorare, in der Buchhaltung verschleiert und auch weiterhin als Betriebsausgaben deklariert. Dies ist eine Steuerhinterziehung. Ein Vorstand oder speziell für die Steuererklärungen beauftragter Mitarbeiter, der dies wusste, muss eine Selbstanzeige abgeben, um wenigstens hinsichtlich der Steuerhinterziehung straffrei zu werden (§ 371 AO). Die Strafbarkeit wegen Korruption bzw. Untreue bleibt davon natürlich unberührt. Wenn die genannten Personen erst durch die Compliance-Aufarbeitung von den unzulässig geltend gemachten Betriebsausgaben erfahren, müssen sie die unrichtigen Steuererklärungen unverzüglich berichtigen (§ 153 AO).⁸ Andernfalls sind sie strafbar wegen Steuerhinterziehung durch Unterlassen. Eine Selbstanzeige oder eine Berichtigungserklärung lässt aber das Finanzamt aufmerksam werden. Es wird den Vorgang, wozu es nach § 4 Abs. 5 Nr. 10 S. 3 EStG verpflichtet ist, an die Staatsanwaltschaft weiterleiten. Die naheliegende Folge ist die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens oder/und eine Durchsuchung.

Dann besteht zwar immer noch die Möglichkeit einer sofortigen Kooperation mit der Staatsanwaltschaft und Übergabe der bisherigen internen Ermittlungsergebnisse. Der zusätzliche Bonus, den die freiwillige Anzeige der korruptiven Vor-

⁵ *Saban/Berndt* DB 2010, 647 (650).

⁶ *Saban/Berndt* DB 2010, 647 (647).

⁷ SZ v. 28.04.2011.

⁸ *Momsen* DB 2011, 1792 (1794); *Jahn/Kirsch* StV 2011, 151 (152).

gehensweise durch das Unternehmen mit sich bringen würde, ist aber dahin. Dieser Bonus kann sich in dreifacher Weise vorteilhaft auswirken:

- Es kann dadurch gelingen, die in aller Regel fällige Unternehmensgeldbuße nach § 30 OWiG niedrig zu halten.
- Dasselbe kann für die fällige Gewinnabschöpfung gelten (§§ 29a, 30 Abs. 4, 17 OWiG).
- Vielfach kann die Staatsanwaltschaft davon überzeugt werden, dass es für die Aufklärung und Zusammenarbeit von großem Vorteil ist, die Medienöffentlichkeit und damit einen Reputationsverlust zu vermeiden.

Man muss also zu dem Ergebnis kommen, dass es im Unternehmensinteresse liegt, korruptive Sachverhalte, die eine Compliance-Tätigkeit zutage gefördert hat, der Staatsanwaltschaft freiwillig zur Kenntnis zu bringen.⁹

Strategie II: Bei Aufdeckung von Straftaten und insbesondere korruptiven Vorgängen ist die Kontaktaufnahme der Compliance-Anwälte zur Staatsanwaltschaft empfehlenswert.

Das Interesse der Mitarbeiter oder Organe, die in die inkriminierten Zahlungen verwickelt sind, ist zwangsläufig ein gegenteiliges, nämlich von einer Offenbarung abzusehen, weil sie sich anderenfalls mit einem strafrechtlichen Ermittlungsverfahren konfrontiert sehen. Dennoch wird die Compliance-Kanzlei als Unternehmensanwalt zur Kontaktaufnahme mit der Staatsanwaltschaft raten, weil allein dies im Unternehmensinteresse liegt. Bei freiwilligem Offenbaren und Beenden der korruptiven Vorgehensweise kann es zudem, wie die Praxis lehrt, durchaus gelingen, den Unternehmensbonus von Seiten der Staatsanwaltschaft auch auf die Mitarbeiter auszuweiten, die an den Bestechungszahlungen beteiligt waren, mit der Folge von Einstellungen nach dem Opportunitätsprinzip oder moderaten Sanktionen im niedrigen Geldstrafenbereich. Es zeigt sich hier, dass die Unternehmensinteressen im Bereich Criminal-Compliance nicht notwendig identisch sein müssen mit den Interessen des Vorstandes. Ein Vorstand, der selber in inkriminierte Zahlungen verwickelt ist, oder auch nur seine Aufsichts- bzw. Organisationspflicht nach § 130 OWiG verletzt hat, wird alles daran setzen, einen Compliance-Auftrag zu verhindern. Auftraggeber für eine Compliance-Beratung sollte daher immer – zumindest auch – der Aufsichtsrat sein. Wenn es aber im Unternehmensinteresse liegt, mit der Staatsanwaltschaft zu kooperieren, muss der Compliance-Anwalt seinem Auftraggeber diese Kooperation auch empfehlen. Es stehen sich dann Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressen kontrovers gegenüber mit den eingangs geschilderten Problemen.

G. Lösungsmöglichkeiten

Über die geschilderten Probleme könnte man ggf. rigoros hinweggehen. Schließlich haben die betroffenen Mitarbeiter und Organe möglicherweise Straftaten begangen. Das würde aber verkennen, welche Brisanz sich aus dem Spannungsverhältnis zwischen privaten Compliance-Ermittlungen und dem in einem Rechtsstaat zu beachtenden nemo-tenetur-Grundsatz ergibt. Darauf weist der Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer im Vorwort zu seinem Thesenpapier zum Unternehmensanwalt im Strafrecht zu Recht hin.¹⁰ Außerdem ist es zweifelhaft, ob es wirklich im Unternehmensinteresse sein kann, wenn wie bei Siemens

und MAN die Compliance-Anstrengungen geprägt werden durch strafrechtliche Großverfahren gegen zahlreiche leitende Angestellte und Organe mit entsprechender Medien-Berichterstattung sowie deren Rauswurf aus dem Unternehmen, obwohl sie letztlich nicht sich bereichert haben, sondern im Unternehmensinteresse tätig sein wollten. Ein Konzern mag ein derartiges personelles Revirement verkraften können. Anders ist es möglicherweise bei den mittelständischen Unternehmen, die mehr auf die Kontinuität ihrer Mitarbeiter angewiesen sind. Es ist zwar nur eine Vermutung, aber vielleicht liegt hier neben den Kosten die Ursache dafür, dass, wie *Rotsch* feststellt, mittelständische Unternehmen, die durchaus Anlass zur Sorge hätten, in das Visier der Strafverfolger zu geraten, keinen Compliance-Auftrag erteilen.¹¹

Meines Erachtens sollte zur Zielerreichung gesetzmäßigen Verhaltens im Unternehmen idealerweise eine Unternehmenskultur entwickelt werden, die ein Bekenntnis zur Rechtstreue enthält und von allen Unternehmensangehörigen gleichermaßen getragen wird.¹² Das wiederum kann nur gelingen, wenn Compliance-Maßnahmen nicht von der Unternehmensleitung ohne Rücksicht auf die Mitarbeiter eingesetzt und durchgeführt werden.¹³ Es muss also versucht werden, Strategien zu entwickeln, die zu einer Zielerreichung unter Einbindung der Mitarbeiter führen. Dies kann nur gelingen, wenn die Unternehmensleitung möglichst schonend und nicht in rechtsstaatlich bedenklicher Weise mit den Mitarbeitern umgeht. Nach allem bisher Gesagten versteht es sich im Grunde von selbst: Es geht in diesem Referat nur um die Arbeitnehmer, die Criminal-Compliance-Verstöße im vermeintlichen Unternehmensinteresse begangen haben, z.B. Zahlung von Schmiergeldern zur Erlangung von Aufträgen, nicht um strafbare Handlungen von Arbeitnehmern mit dem Ziel der Eigenbereicherung, z.B. Annahme von Schmiergeldern, eigennützige Untreue.

Strategie III: Schaffung einer Unternehmenskultur der Rechtstreue unter Berücksichtigung der Arbeitnehmerinteressen.

Wie kann dies aber gelingen, wenn die Arbeitnehmer arbeitsrechtlich eine Auskunftspflicht gegenüber den Compliance-Anwälten trifft, diese ggf. mit der Staatsanwaltschaft zusammenarbeiten und deshalb die Gefahr besteht, dass die Aussagen der Betroffenen in die Hände der Staatsanwaltschaft gelangen?

I. Arbeitsrechtliche Auskunftspflicht?

Die herrschende Meinung im Arbeitsrecht nimmt eine auf das Weisungsrecht des Arbeitgebers gestützte Aufklärungs- und Auskunftspflicht des Arbeitnehmers an.¹⁴ Unter Berufung auf ein BAG-Urteil aus dem Jahr 1995 heißt es, die Arbeitnehmer-Interessen und der nemo-tenetur-Grundsatz hätten hinter dem Informationsinteresse des Arbeitgebers zurückzustehen. Dies soll zumindest für das eigene Arbeitsgebiet des Mitarbeiters gelten. Gerade dieses ist aber der

9 Vgl. hierzu auch *Wybitul* BB 2009, 606 (610).

10 BRAK-Stellungnahme Nr. 35/2010 = BRAK-Mitt. 2011, 16.

11 *Rotsch* ZIS 2010, 614 (614); vgl. auch *Leipold* NJW-Spezial 2009, 24 f.

12 Vgl. *Lampert*, in: Hauschka (Hrsg.), *Corporate Compliance*, 2. Aufl. 2010, § 9 Rn. 6, 18; *Rotsch* ZIS 2010, 614 (615).

13 *Lampert* (Fn. 12), § 9 Rn. 6.

14 *Lützele/Müller-Sartori* CCZ 2011, 19; vgl. auch *Momsen* DB 2011, 1792 (1795).

Bereich, in dem sich der Arbeitnehmer ggf. strafbar gemacht haben kann. Kenntnisse, die dem Mitarbeiter zufällig aus anderen Unternehmensgebieten bekannt werden, dürften für seine Person schwerlich den nemo-tenetur-Grundsatz tangieren. Arbeitsrechtlich lässt sich nach dieser Auffassung die Diskrepanz zwischen arbeitsrechtlicher Auskunftspflicht und dem strafrechtlichen nemo-tenetur-Grundsatz nicht ausräumen.

Die Probleme um die Auskunftspflicht werden noch verschärft durch die von den Unternehmen im Zusammenhang mit einer Compliance-Beratung ausgesprochenen Amnestieregelung. Darin verzichtet das Unternehmen in aller Regel auf arbeitsrechtliche Folgen und Schadenersatzansprüche, wenn der Mitarbeiter wahrheitsgemäß und vollständig zur Aufklärung von problematischen Sachverhalten beiträgt und übernimmt ggf. die Kosten für einen Rechtsbeistand. Häufig stehen diese Amnestieangebote zudem unter dem Vorbehalt einer strafrechtlichen Verurteilung.¹⁵

II. Wie steht es mit Belehrungspflichten für Compliance-Anwälte bei Befragung der Mitarbeiter?

Gem. § 152 StPO hat die Staatsanwaltschaft die Pflicht und das Recht Straftaten aufzuklären. Dieser Legalitätsgrundsatz hat seine Wurzeln im Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG). Mit dem vom Gesetzgeber der Staatsanwaltschaft übertragenen Ermittlungs- und Anklagemonopol gehen einher die Schutzmechanismen der Strafprozessordnung zugunsten der Beschuldigten und bestimmter Zeugen, das Schweige- und Auskunftsverweigerungsrecht (§§ 136, 55 StPO), das Verbot von Zwang, Täuschung etc. bei Vernehmungen (§ 136a StPO) sowie Belehrungspflichten vor einer Vernehmung. Nach ganz herrschender Meinung gelten diese Rechte und Pflichten nur bei staatlichen, nicht bei privaten Ermittlungen.¹⁶ D.h. die Compliance-Beauftragten haben von Rechts wegen keine Belehrungspflichten, wenn sie Unternehmensmitarbeiter befragen, die potenziell als Beschuldigte in Betracht kommen oder als Zeugen möglicherweise ein Auskunftsverweigerungsrecht haben.¹⁷

Es besteht aber die sehr naheliegende Gefahr, wie unser Ausgangsfall gezeigt hat, dass die Interviews in die Hände der Staatsanwaltschaft geraten. Sei es, dass die Compliance-Anwälte sie der Staatsanwaltschaft mit Blick auf den Kooperationsbonus aushändigen,¹⁸ sei es, dass sie über eine Beschlagnahme in die Hände der Staatsanwaltschaft gelangen, wie unlängst der Fall der HSH Nordbank gezeigt hat.¹⁹ *Jahn* plädiert für ein Beschlagnahmeverbot gem. § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO, ggf. in verfassungskonformer Auslegung.²⁰ Das setzt freilich voraus, dass das Unternehmen ein Interesse daran hat, die Aussagen der Arbeitnehmer nicht der Staatsanwaltschaft zu überlassen. Dies ist aber keineswegs immer der Fall. Auch die BRAK-Thesen gehen ersichtlich von einer Weitergabe aus, wenn sie insoweit eine Belehrungspflicht einfordern.²¹

III. Beweisverwertungsverbot hinsichtlich der ohne Belehrung zustande gekommenen Mitarbeiteraussagen

Im Strafrecht wird ein Beweisverwertungsverbot hinsichtlich der ohne Belehrung zustande gekommenen Mitarbeiteraussagen erwogen.²²

1. Ein Beweisverwertungsverbot wird diskutiert, wenn der Beweis auf rechtswidrige Weise gewonnen wurde. Nach ganz herrschender Meinung sind private Ermittlungen, also

auch unternehmensinterne Erhebungen, zulässig.²³ Die Grenze der Zulässigkeit soll dort erreicht sein, wo die Ermittlungen durch Private ein Ausmaß annehmen, welches das Ermittlungsmonopol der Staatsanwaltschaft im Ganzen ernsthaft herausfordert.²⁴ *Wehnert* sieht die Grenze überschritten, wenn die Staatsanwaltschaft Unternehmensermittler als quasi Beliehene einsetzt.²⁵ Ähnlich argumentiert *Pfordte*. Er sieht die Privatermittler dann als im Auftrag der Staatsanwaltschaft tätig an, wenn diese gezielt privat ermittelte Kenntnisse ausnutzt, an die sie wegen ihrer Belehrungspflichten möglicherweise nicht herankommen würde, also die Interviews der Mitarbeiter. Das bekannteste Gebiet, auf dem privat ermittelte Erkenntnisse von den Justizbehörden ausgenutzt werden, ist der V-Mann-Einsatz. Dieser zeigt, wie weit die Grenze des Zulässigen gezogen wird. Sogar das *BVerfG* hält diesen Einsatz für zulässig und notwendig. Es geht von einer Überschreitung der Grenzen des Zulässigen erst in Extremfällen aus mit der Folge einer Verfahrenseinstellung. In den vom *BVerfG* entschiedenen V-Mann-Fällen ist überwiegend ein derartiger Extremfall nicht angenommen worden. Dabei muss man berücksichtigen, dass diese Privatpersonen im Auftrag oder mit ausdrücklicher Billigung der Justizbehörden tätig werden, während die Staatsanwaltschaft die unternehmensinternen Ermittlungen nur ausnutzt, in den mir bekannten Compliance-Fällen aber nicht initiiert. Von einer Überschreitung der aufgezeigten Grenzen kann mithin nicht die Rede sein.²⁶ Der *BGH* hat zwar unlängst in einem V-Mann-Fall ein Beweisverwertungsverbot entsprechend der *EGMR*-Entscheidung *Allan* gegen Großbritannien angenommen. Zu Recht weist aber schon *Jahn* darauf hin, dass diese Entscheidung auf die Compliance-Fälle nicht übertragbar ist, weil die Compliance-Beauftragten – anders als im *BGH*-Fall – nicht heimlich vorgehen.²⁷

2. Vielfach diskutiert und teilweise angenommen wird aber ein Beweisverwertungsverbot auf der Grundlage des Gemeinschaftschuldnerbeschlusses des *BVerfG*.²⁸ In dieser Entscheidung hat das *BVerfG* es als mit der Menschenwürde unvereinbar angesehen, dass der Gemeinschaftschuldner nach der Insolvenzordnung verpflichtet war, Auskünfte auch dann zu geben, wenn er sich damit einer Strafverfolgung ausliefern würde. Der Gesetzgeber hat deshalb mit § 97 Abs. 1 S. 3

15 *Momsen* ZIS 2011, 508 (510).

16 Vgl. *Momsen* Der Betrieb 2011, 1792 m.w.N.

17 *Rudkowski* NZA 2011, 612; *Momsen* ZIS 2011, 508 (514); *Lützel/Müller-Sartori* CCZ 2011, 1923.

18 *Wast/Litzkal/Pusch* NStZ 2009, 68 (69) gehen davon aus, dass die Unternehmensanwälte ihre im Zuge interner Ermittlungen zutage geförderten Erkenntnisse in der Regel deutschen Ermittlungsbehörden zur Verfügung stellen.

19 LG Hamburg StV 2011, 148.

20 *Jahn/Kirsch* StV 2011, 151 f.

21 BRAK-Stellungnahme (Fn. 10), These 3, Begründung 4.3.

22 *Knauer/Buhlmann* AnwBl. 2010, 387; *Momsen* ZIS 2011, 508 (516); *Jahn* StV 2009, 41 (44).

23 *Jahn* StV 2009, 41 (43); *Pfordte* FS Arbeitsgemeinschaft Strafrecht DAV, 2009, S. 740 (742).

24 *Jahn* StV 2009, 41 (43).

25 *Wehnert*, in: *Kempf/Lüderessen/Volk* (Hrsg.), *Ökonomie versus Recht im Finanzmarkt*, 2011, S. 137; *Dann/Schmidt* NJW 2009, 1851 (1852); *Pfordte*, (Fn. 23), S. 755.

26 So auch *Jahn* StV 2009, 41 (43) für den Fall Siemens.

27 *Jahn* StV 2009, 41 (45).

28 *BVerfGE* 56, 37 f.; *Jahn* StV 2009, 41 (44); *Pfordte* (Fn. 23), S. 740 (753); v. *Galen* NJW 2011, 945.

InsO ein Verwendungsverbot für derartige Aussagen im Strafverfahren vorgesehen. Es ergibt sich eine eindeutige Parallele zwischen dem Insolvenzrecht und dem hier betroffenen Arbeitsrecht. Während im Insolvenzrecht die Interessen der Gläubiger im Vordergrund stehen, sind es im Arbeitsrecht die Interessen des Arbeitgebers. In beiden Fällen geht es um zivilrechtliche Interessen. Diese Interessen darf der Staat nicht für Strafverfolgungszwecke missbrauchen, um mit ihrer Hilfe Beschuldigte zu überführen und ihr Schweigerecht auszuhebeln. Ein solches Vorgehen verstößt gegen die Grundsätze eines fairen Verfahrens (EMRK) und auch gegen den Menschenwürdegehalt des nemo-tenetur-Grundsatzes. Eine Anwendung der Gemeinschaftsdnergrundsätze wird von der Rechtsprechung allerdings abgelehnt. Diese geht davon aus, dass das Prinzip der Selbstbelastungsfreiheit nur bei staatlich veranlasstem Aussagezwang gilt.²⁹ So hält das *LG Hamburg* in der schon zitierten Entscheidung fest, eine Übertragbarkeit des Gemeinschaftsdnerbeschlusses scheidet schon deswegen aus, weil die entstehende Konfliktlage in diesen Fällen nicht von einer im Widerspruch zum nemo-tenetur-Grundsatz stehenden gesetzlichen Auskunftspflicht, sondern von einer freiwillig eingegangenen vertraglichen Verpflichtung zur möglichen Selbstbelastung ausgeht.³⁰ Meine Kollegen *Sidhu, von Saucken* und *Ruhmannseder* haben in ihrem unlängst veröffentlichten Aufsatz bereits auf die Unhaltbarkeit dieser Begründung hingewiesen.³¹ Die Freiwilligkeit der Eingehung des Arbeitsverhältnisses kann man schwerlich mit einer freiwilligen Verpflichtung zum Verzicht auf die Selbstbelastungsfreiheit gleichsetzen. Hat der Arbeitnehmer erst einmal einen Arbeitsvertrag abgeschlossen, so ist die zwangsläufige Folge nach dem jetzigen Stand des Arbeitsrechtes die Selbstbeziehungspflicht. Ihm aber anzusinnen, keine Arbeitsverträge mehr abzuschließen, um sich ggf. nicht selbst belasten zu müssen, würde zentrale Grundrechte der Bürger (freie Entfaltung der Persönlichkeit, freie Berufswahl) in ihrem Wesensgehalt antasten.

Mein Ergebnis lautet also: Hinsichtlich der Interviews liegt ein Beweisverwertungsverbot vor.

Damit sind die Probleme freilich nicht gelöst, weil die Compliance-Beauftragten möglicherweise als Zeugen für den Inhalt der Interviews zur Verfügung stehen, denn bekanntlich lehnt die Rechtsprechung ein Beweisverwertungsverbot mit Fernwirkung ab. Ein Zeugnisverweigerungsrecht besteht zweifellos im Verhältnis zum Auftraggeber, für sich gesehen aber wohl nicht hinsichtlich der Interviewten. Denn Zweck des § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO ist der Schutz des Vertrauensverhältnisses zwischen dem Rechtsanwalt und demjenigen, der seine Hilfe in Anspruch nimmt.³² Wegen der Unteilbarkeit des Weigerungsrechtes wird man aber davon ausgehen müssen, dass auch hinsichtlich der Interviewten ein derartiges Recht besteht.³³ Eine andere Frage ist, ob die Compliance-Anwälte sich darauf berufen bzw. berufen können, wenn der eigentliche Auftraggeber, das Unternehmen, sie von der Verschwiegenheitspflicht entbunden hat. Es wird wegen dieser Probleme nach dem Gesetzgeber gerufen.³⁴

IV. Kann die BRAK-These Nr. 3 die divergierenden Interessen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zum Ausgleich bringen?

Der Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer hat im November 2010 Thesen zum Unternehmensanwalt

im Strafrecht entwickelt. Insbesondere die These 3. befasst sich mit der Diskrepanz zwischen arbeitsrechtlicher Auskunftspflicht und dem nemo-tenetur-Grundsatz. Der Unternehmensanwalt müsse insbesondere bei der Befragung von Mitarbeitern die allgemeinen Gesetze und die sich aus den rechtsstaatlichen Grundsätzen ergebenden Standards wahren (These 3 [5]). In der Begründung (Ziff. 4) heißt es dazu, bei Befragung seien die Mitarbeiter darüber zu belehren, dass sie einen Anwalt ihrer Wahl beiziehen, das Aussageprotokoll einsehen und genehmigen könnten sowie darüber, dass das Protokoll ggf. an Behörden weitergegeben und zu ihrem Nachteil verwertet werden kann. So wird es inzwischen von Compliance-Anwälten – zumindest teilweise – schon gehandhabt.

In der Literatur werden diese Thesen unter Hinweis auf die arbeitsrechtliche Fürsorgepflicht begrüßt. Durch die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts und den geforderten Hinweis auf die strafprozessualen Konsequenzen der Aussage sei es dem betroffenen Arbeitnehmer möglich, die rechtlichen Folgen einer Aussage bzw. ihrer Verweigerung einzuschätzen.³⁵ Das mag sein, nur, was gewinnt der Arbeitnehmer damit? Sagt er nicht aus, bewahrt er sich zwar die Möglichkeit, bei der Staatsanwaltschaft zu schweigen, weil kein Protokoll gegen ihn vorliegt. Ihn treffen aber alle arbeitsrechtlichen Sanktionen wegen Verletzung seiner arbeitsrechtlichen Mitwirkungs- und Aufklärungspflicht, bis hin zur Verdachtskündigung. Sagt er entsprechend seinen arbeitsrechtlichen Pflichten aus, so kann er sich im Strafverfahren zwar immer noch auf sein Schweigerecht berufen. Praktisch nützt ihm das jedoch nichts, weil seine Angaben gegenüber den Compliance-Anwälten nach Meinung der Staatsanwaltschaft verwertet werden können. Eine freie Entscheidung für oder gegen die Aussage, wie sie in der Strafprozessordnung vorgesehen ist (§ 136 StPO), ist bei dieser Konstellation gerade nicht gewährleistet. Daran ändert auch die Beiziehung eines Rechtsanwaltes nichts.

V. Eigener Lösungsvorschlag

Für die Berücksichtigung der Arbeitnehmerinteressen bei der Compliance-Beratung wird zu Recht auf die arbeitsrechtliche Fürsorgepflicht abgestellt. Sie beinhaltet den Schutz und die Achtung des Persönlichkeitsrechts des Arbeitnehmers.³⁶ Die Fürsorgepflicht verbietet es dem Arbeitgeber, dem Arbeitnehmer grundlos Nachteile zuzufügen.³⁷ Die vom Arbeitgeber auch von tatverdächtigen Arbeitnehmern eingeforderte Mitwirkungs- und Auskunftspflicht bei den von Compliance-Beauftragten durchgeführten Interviews ist ein solcher grundlos zugefügter Nachteil.

Strategie IV: Hinweis an den Auftraggeber auf seine Fürsorgepflicht.

Nach herrschender Meinung besteht zwar eine Pflicht des Vorstandes, mögliche Rechtsverstöße hinreichend aufzuklä-

29 *Jahn* StV 2009, 41 (43) m.w.N.; SK-StPO/Woblers, 4. Aufl. 2010, § 97 Rn. 8.

30 *LG Hamburg* StV 2011, 148.

31 *NJW* 2011, 881 (883); ebenso v. *Galen* *NJW* 2011, 945.

32 *Meyer-Gofner*, StPO, 54. Aufl. 2011, § 53 Rn. 1; AG Bonn *NStZ* 2010, 536.

33 *Meyer-Gofner* (Fn. 32), § 53 Rn. 7, 16.

34 *Pfordie* (Fn. 23), S. 740 (756); v. *Galen* *NJW* 2011, 945.

35 *Sidhu u.a.* *NJW* 2011, 881 (883).

36 *Sidhu u.a.* *NJW* 2011, 881 (883).

37 *BAG* *NJW* 1995, 1236.

ren oder aufklären zu lassen und sie zu sanktionieren sowie mögliche Täter und Teilnehmer zu ermitteln.³⁸ Hinsichtlich des »Wie« der Aufklärung, bei der Wahl der konkreten Aufklärungsmethode, hat die Unternehmensleitung aber einen Ermessensspielraum.³⁹ Das ergibt sich letztlich aus dem Gesetz. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG verlangt, dass der Vorstand auf der Grundlage angemessener Information handelt. Damit ist zugleich klar, dass den Vorstand keineswegs die Verpflichtung treffen kann, alle denkbaren Instrumente zur Eruierung der Fakten kumulativ nebeneinander anzuwenden.⁴⁰ Der Arbeitgeber darf das ihm zustehende Weisungsrecht zur Auskunftserteilung nach der neueren Rechtsprechung des BAG nur nach billigem Ermessen ausüben.⁴¹ Die in § 315 Abs. 1 BGB geforderte Billigkeit wird inhaltlich durch die Grundrechte mitbestimmt.⁴² »Dabei sind«, so das BAG, »die kollidierenden Grundrechte in ihrer Wechselwirkung zu sehen und so zu begrenzen, dass die geschützten Rechtspositionen für alle Beteiligten möglichst weitgehend wirksam werden«⁴³. Auf der Seite des Arbeitgebers ist die durch Art. 12 GG geschützte Unternehmensfreiheit zu beachten, das Interesse an einer möglichst weitgehenden Sachverhaltsaufklärung. Dem steht beim Arbeitnehmer das verfassungsrechtlich geschützte Recht gegenüber, sich nicht selbst belasten zu müssen und zu schweigen, um sich in einem Strafverfahren ggf. wirkungsvoll verteidigen zu können. Bei der Abwägung der gegenläufigen Interessen ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten.⁴⁴ Es ist also zu fragen, ob die Selbstbelastung durch den Arbeitnehmer im Rahmen der Interviews zur Sachverhaltsaufklärung überhaupt notwendig ist. Die Frage ist zu verneinen. Wie wir eingangs gesehen haben, sind die Interviews mit den Betroffenen nur eine zusätzliche Absicherung der schon durch die objektiven Unterlagen oder Zeugen geschaffenen Verdachtslage.⁴⁵ Eine Verdachtskündigung wäre möglich, wenn sie überhaupt zulässig wäre. In der Literatur wird bei der Erörterung einer Kündigung auf die Annahme von Bestechungsgeldern hingewiesen.⁴⁶ Es muss deshalb von einem Auskunftsverweigerungsrecht ausgegangen werden, wenn ein Arbeitnehmer bei einem Interview Gefahr laufen würde, sich selbst zu belasten.⁴⁷

Strategie V: Hinweis an den Auftraggeber auf sein Ermessen und die Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bei der Art und Weise der Aufklärung.

Strategie VI: Keine Interviews der Arbeitnehmer zur Aufklärung notwendig.

Allerdings müssen wir uns fragen, ob der Arbeitnehmer nicht besser dastünde, wenn er die Amnestieregelung akzeptierte, die ihm arbeitsrechtliche Sanktionierungen erspart und ein Strafverfahren gegebenenfalls in Kauf nähme. Diese Frage kann man keineswegs ohne weiteres bejahen. Die Amnestieregelung bedeutet nicht automatisch, dass ein Arbeitnehmer sie in Anspruch nehmen kann. Wenn man die Zahlen berücksichtigt, die *Jahn* aus dem Siemens-Verfahren berichtet, muss man zweifeln, ob das der bessere, weil sichere

Weg ist.⁴⁸ Von 60 Arbeitnehmern war 10 die Amnestie zugiebilligt worden, 2 waren abgelehnt worden und der Rest wurde im Jahr 2009 noch überprüft. Die Unsicherheit bei den Amnestieregelungen beruht darauf, dass der Arbeitgeber sich ggf. auf den Standpunkt stellen kann, die Aussage war nicht vollständig oder/und nicht wahrheitsgemäß.⁴⁹ Hinzu kommt, dass Amnestieregelungen häufig den Vorbehalt einer strafrechtlichen Verurteilung enthalten.⁵⁰ Dann steht der Arbeitnehmer in jedem Fall schlechter dar, als wenn er die Aussage verweigert. Zu berücksichtigen ist schließlich folgendes: Zwar muss der Arbeitgeber Compliance-Verstöße der Arbeitnehmer sanktionieren.⁵¹ Anderenfalls würden die general- und spezialpräventiven Aspekte einer Compliance-Regelung verfehlt. Hinsichtlich Art und Höhe der zu verhängenden Sanktion besteht jedoch ein Auswahlermessen.⁵² Das ergibt sich bereits aus der Vielzahl der in Betracht kommenden Ahndungsmöglichkeiten: Abmahnung, Betriebsbuße, Umsetzung, verschiedene Kündigungsarten. Auch hier ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten. Die Sanktion muss ultima ratio sein.⁵³ Der Zweck der Compliance-Richtlinien, Einhaltung der Gesetze, muss anders nicht erreichbar sein.

Strategie VII: Keine arbeitsrechtlichen Maßnahmen notwendig bei Zusammenarbeit mit der Staatsanwaltschaft.

Folgt man der hier vorgeschlagenen Vorgehensweise der Kooperation mit der Staatsanwaltschaft, dann müssen die betroffenen Mitarbeiter mit einem strafrechtlichen Ermittlungsverfahren rechnen. Unter general- und spezialpräventiven Gesichtspunkten ist dies zweifellos die effektivste Maßnahme. Die Unternehmensleitung kann sicher sein, dass der betroffene Mitarbeiter keine strafrechtlichen Compliance-Verstöße wieder begeht. Weitere arbeitsrechtliche Maßnahmen sind in den Fällen, in denen im vermeintlichen Unternehmensinteresse gehandelt wurde, überflüssig.

38 *Reichert* ZIS 2011, 113 (117); *Rönnau/F. Schneider* ZIP 2010, 53 (59).

39 *Reichert* ZIS 2011, 113 (117).

40 *Reichert* ZIS 2011, 113 (118).

41 BAG, Urt. v. 10.10.2002 – 2 AZR 472/01.

42 BAG (Fn. 41); s. auch *Mengell/Hagemeyer* BB 2007, 1386 (1387).

43 BAG (Fn. 41).

44 *Reichold*, Münch. Handbuch Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2009, § 49 Rn. 6; *Dann/Schmidt* NJW 2009, 1851 (1853).

45 S. auch *Rudkowski* NZA 2011, 612 (613); *Momsen* Der Betrieb 2011, 1792 (1794).

46 MüKo-BGB/Hergenröder, 5. Aufl. 2009, § 1 KSchG Rn. 275; *Göpfert/Merten/Siegrist* NJW 2008, 1703; *Ascheid/Preis/Schmidt*, Kündigungsrecht BGB, 3. Aufl. 2007, § 626 Rn. 259a.

47 So auch *Rudkowski* NZA 2011, 612 (613); *Mengell/Hagemeyer* BB 2007, 1386 (1389); BGH NJW-RR 1989, 614 (615); *Reichold* (Fn. 44), § 49 Rn. 7; *Wastl/Litzka/Pusch* NStZ 2009, 68 (73); a.A. *Momsen* ZIS 2011, 508 (513).

48 *Jahn* StV 2009, 41 (42 mit Fn. 25).

49 *Wastl/Litzka/Pusch* NStZ 2009, 68 (71).

50 *Momsen* ZIS 2011, 508 (510); *Knauer/Buhlmann* AnwBl. 2010, 387 (388).

51 *Reichert* ZIS 2011, 113 (120).

52 *Reichert* ZIS 2011, 113 (120).

53 *Mengell-Hagemeyer* BB 2007, 1386 (1391); vgl. auch *Küttner/Eisemann*, Personalhandbuch, 18. Aufl. 2011, Rn. 12.