

Annika Maleen Gronke

# Verfahrensfairness in transnationalen unternehmensinternen Ermittlungen



**Nomos**

Studien zum Wirtschaftsstrafrecht – Neue Folge

Begründet von

Prof. em. Dr. Dr. h. c. mult. Klaus Tiedemann,  
Universität Freiburg i.Br.

Prof. em. Dr. Dr. h. c. mult. Bernd Schönemann,  
Ludwig-Maximilians-Universität München

Herausgegeben von

Prof. em. Dr. Dr. h. c. mult. Bernd Schönemann,  
Ludwig-Maximilians-Universität München

Prof. Dr. Thomas Rönna,  
Bucerius Law School Hamburg

Prof. Dr. Roland Hefendehl,  
Universität Freiburg i.Br.

Band 15

Annika Maleen Gronke

# Verfahrensfairness in transnationalen unternehmensinternen Ermittlungen



**Nomos**

Die Dissertation wurde von der Studienstiftung des deutschen Volkes mit einem Promotionsstipendium gefördert. Die Wissenschaftliche Gesellschaft Freiburg gewährte einen Druckkostenzuschuss.

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

Zugl.: Freiburg, Univ., Diss., 2019

ISBN 978-3-8487-5881-4 (Print)

ISBN 978-3-7489-0014-6 (ePDF)

1. Auflage 2019

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2019. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

*Meiner Familie*



## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2018/19 von der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur konnten für die vorliegende leicht überarbeitete und aktualisierte Fassung bis Ende Februar 2019 berücksichtigt werden.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater Herrn Professor Dr. Roland Hefendehl für seine stete Unterstützung und Förderung sowohl generell während meiner langjährigen Tätigkeit am Institut für Kriminologie und Wirtschaftsstrafrecht der Universität Freiburg als auch speziell bei der Erstellung dieser Doktorarbeit. Ihm sowie Herrn Professor em. Dr. Dr. h.c. mult. Bernd Schünemann und Herrn Professor Dr. Thomas Rönau gebührt zudem der Dank für die Aufnahme in die Schriftenreihe. Herrn Professor Dr. Gerson Trüg danke ich für die äußerst zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Herzlich bedanken möchte ich mich zudem bei der Studienstiftung des deutschen Volkes für die großzügige finanzielle und ideelle Förderung während meines Studiums und der Promotion und bei der Wissenschaftlichen Gesellschaft Freiburg für die Gewährung eines Druckkostenzuschusses. Ebenso ist dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht für meine Aufnahme in die International Max Planck Research School on Retaliation, Mediation and Punishment (IMPRS REMEP) zu danken.

Herrn Professor Dr. Dr. h.c. Kai Ambos gilt mein Dank dafür, dass er mich während meiner Tätigkeit als studentische und später wissenschaftliche Hilfskraft an seinem Lehrstuhl früh an das wissenschaftliche Arbeiten herangeführt und insbesondere mein Interesse an der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen geweckt hat.

Der Kanzlei Clifford Chance LLP gebührt Dank für die wertvollen Einblicke in die Praxis unternehmensinterner Ermittlungen, die ich während meiner Referendarstation gewinnen durfte. Den Staatsanwaltschaften Stuttgart und Freiburg, insbesondere Frau Dr. Beate Weik und Herrn Dr. Christoph Buchert sowie Herrn Michael Mächtel und Frau Dr. Julia Macke, und dem Freiburger Anwaltverein e.V., insbesondere Frau Kerstin Oetjen, möchte ich für die Möglichkeit danken, meine Thesen im Rahmen

## *Vorwort*

von Vorträgen auf ihre Praxistauglichkeit zu testen. Frau Anke Maria Tröltzsch danke ich für die kompetente Betreuung der Veröffentlichung.

Diese Arbeit wäre nicht möglich gewesen ohne Freunde, (ehemalige) InstitutskollegInnen und MitdoktorandInnen in der REMEP. Besonders zu danken ist an dieser Stelle Frau Jutta Bader, Herrn Jorge Cabrera Guirao und Herrn Georg Schäfer, die fortwährend ein offenes Ohr und hilfreiche Ratschläge, Ideen und Lösungsvorschläge hatten. Jutta und Georg gebührt zudem der Dank für die kritische Durchsicht von Teilen des Manuskripts.

Besonderer Dank aber gilt meiner Familie – vor allem meinen Eltern und meinem Mann Konrad. Sie haben nicht nur die Mühe auf sich genommen, große Teile des Manuskripts Korrektur zu lesen, sondern mich während meines bisherigen Lebenswegs fortwährend unterstützt. Ihnen ist diese Arbeit daher gewidmet.

Freiburg, im April 2019



# Inhaltsverzeichnis

§ 1 Einleitung	23
§ 2 Gang der Untersuchung	28
§ 3 Untersuchungsgegenstand	32
A. Hintergründe und Begriffseingrenzung	32
I. Unternehmensinterne Ermittlungen als Teil von „Compliance“	32
II. Definition unternehmensinterner Ermittlungen	33
B. Unternehmensinterne Ermittlungen im Kontext staatlicher Strafverfolgung	36
I. Strafverfolgung wegen mutmaßlicher Verstöße gegen den FCPA	36
1. Kriminalpolitische Hintergründe des FCPA	36
2. Zuständige Ermittlungs- und (An-)Klagebehörden	41
II. Tatbestände	43
1. Bestechungsdelikte	44
a) Täter	45
aa) Tauglicher unmittelbarer Täter	45
(1) Issuers	46
(2) Domestic concerns	47
bb) Zurechnung des Handelns anderer	48
(1) Vicarious liability i.e.S. und Strafbarkeit des Unternehmens	49
(2) Conspiracy und aiding and abetting	53
(3) Zusammenfassung	54
b) Objektive Voraussetzungen	55
aa) Tathandlung und Tatobjekt	55
bb) Tauglicher Zuwendungsempfänger	58
cc) Zusammenfassung	60
c) Subjektive Voraussetzungen	61
aa) Willfully	61
bb) Corruptly	62
cc) Beeinflussungsabsicht	63

dd) Zusammenfassung	64
d) Tatbestandsausschluss und affirmative defenses	64
aa) Facilitating payments	64
bb) Affirmative defenses	65
(1) Local law defense	66
(2) Bona fide defense	66
e) Zusammenfassung	67
2. Bilanzierungsdelikte	68
a) Täter	68
b) Tatbestandsrelevantes Verhalten	69
c) Subjektive Voraussetzungen	70
d) Zusammenfassung	71
3. Zwischenfazit	71
III. Strafverfahren und Rechtsfolgen	72
1. Ermittlungsverfahren und Verhältnis zu anderen Verfahren	73
2. Abschlussentscheidung des DOJ	75
a) Generelles zur Abschlussentscheidung des DOJ	75
aa) Die starke Rolle des DOJ	76
bb) Non-prosecution und deferred prosecution agreements als gängige Praxis	78
cc) Plea agreements anstelle eines Hauptverfahrens	81
b) Besonderheiten der Strafverfolgung von natürlichen Personen und Unternehmen	83
aa) Verfahren gegen natürliche Personen	84
bb) Verfahren gegen Unternehmen	85
3. Drohende strafrechtliche Sanktionen bei Verstößen gegen den FCPA	89
a) Strafrechtliche Sanktionen i.e.S.	89
b) Strafrechtliche Sanktionen i.w.S. und mittelbare Folgen	95
c) Konsequenzen aus dem Zusammenspiel von Strafverfahrensrecht und drohenden Sanktionen	99
IV. Konsequenzen aus dem Zusammenspiel von materiellem Strafrecht, Strafverfahrensrecht und drohenden Sanktionen – Zusammenfassung der Erkenntnisse	100

C. Unternehmensinterne Ermittlungen als Konsequenz staatlicher Anreize	100
I. Anreize zur Durchführung der unternehmensinternen Ermittlung	101
1. Die Vorgeschichte zum heutigen Anreizsystem	101
2. Das aktuelle Anreizsystem	102
a) Retrospektive Anreize	103
aa) Abschluss des Ermittlungsverfahrens: Justice Manual	103
bb) Strafzumessung: United States Sentencing Guidelines	105
cc) Weitere Anreize	109
dd) Gegenläufige Anreize	110
b) Prospektive Anreize	112
II. Anreize als Teil der unternehmensinternen Abwägung	113
1. Proaktive unternehmensinterne Ermittlungen	114
2. Reaktive unternehmensinterne Ermittlungen	117
D. Ablauf unternehmensinterner Ermittlungen	118
E. Fazit zu § 3	122
§ 4 Untersuchungsmaßstab	124
A. Verfahrensfairness als Grundlage der Akzeptanzfunktion des Urteils	124
I. Operationalisierung des Begriffs des Verfahrensfairness	124
II. Die Versubjektivierung der Verfahrensfairness im Recht auf ein faires Verfahren	131
B. Vorüberlegung: Die neuralgischen Punkte bei der Analyse transnationaler unternehmensinterner Ermittlungen	134
I. Die unterschiedlichen Beteiligten und ihre jeweiligen Interessen	134
II. Mögliche Beeinträchtigungen der Verfahrensfairness durch transnationale unternehmensinterne Ermittlungen	138
C. Durch die Souveränität gewährleistete Verfahrensfairness	140
I. Völkerrechtliche Souveränität als individuelle Rechtsposition	140
II. Rechtsfolgen von Völkerrechtsverletzungen	142

D. Konkretisierung des Fairnessmaßstabs bei Handlungen deutscher Behörden	144
I. Verfahrensfairness und Strafgewalt	145
II. Verfahrensfairness und Beweistransfer	146
1. Problem: Grundsätzlich keine Bindung von Privaten an Verfahrensrechte	146
2. Bisherige Lösungsansätze	149
a) Lösung durch § 26 BDSG	150
b) Lösung über den nemo tenetur-Grundsatz	150
c) Lösung über das Recht auf ein faires Verfahren	155
d) Zurechnungslösung	157
e) Hypothesenbildungsansatz	159
3. Eigener Ansatz: Verfahrensfairness beim transnationalen Beweistransfer als Lösungsmodell	160
a) Darstellung der Rechtslage und Diskussion hinsichtlich der Nutzbarkeit von Auslandsbeweisen	161
aa) Ausgangspunkt: Anwendbarkeit der nationalen strafverfahrensrechtlichen Regelungen	161
bb) Inhalt des Leitbilds eines international-arbeitsteiligen Strafverfahrens	164
(1) Gleichbehandlung mit rein nationalen Strafverfahren	165
(2) Zurechnung	169
cc) Reichweite des Leitbilds eines international-arbeitsteiligen Strafverfahrens	171
dd) Zusammenfassung	172
b) Übertragung des Leitbilds auf transnationale unternehmensinterne Ermittlungen	173
aa) Das „Leitbild eines privat-staatlich-arbeitsteiligen Strafverfahrens“	173
bb) Umsetzung des Leitbilds eines privat-staatlich-arbeitsteiligen Strafverfahrens im deutschen und US-amerikanischen Recht	174
cc) Voraussetzungen für die strukturelle Vergleichbarkeit staatlicher und unternehmensinterner Ermittlungen	176
(1) Strafverfahrensfinalität	176
(2) Professionalität und Sachverstand	177
(3) Über-/Unterordnungsverhältnis	177
(4) Zurechnungszusammenhang	178

(5) Zwischenfazit	180
dd) Tauglichkeit des Ansatzes zur ausgewogenen Balance der Interessen	181
c) Besonderheiten durch Transnationalität der Ermittlungen	182
d) Zusammenfassung	183
E. Fazit zu § 4 und Konsequenzen für die weitere Bearbeitung	184
§ 5 Der Ort des Verfahrens und das anwendbare Recht	186
A. Terminologische Vorüberlegungen	186
B. Mit dem FCPA ausgeübte Strafgewalt	189
I. Souveränitätswahrung und Fairness im US-amerikanischen Strafrecht	189
II. Prozessuale Geltendmachung fehlender Strafgewalt	190
III. Geltungsbereich des FCPA	191
1. Bestechungsdelikte	192
a) Primärer Geltungsbereich	192
aa) Anknüpfung an territorialen Bezug	192
(1) Issuers und domestic concerns	192
(2) Any person	196
bb) Anknüpfung an personalen Bezug	199
cc) Zusammenfassung	200
(1) Grundsätzliche Geltungsvoraussetzungen	200
(2) Einzelne Fallgruppen	201
(a) Nach US-Recht inkorporierte issuers und domestic concerns	201
(b) Nach ausländischem Recht inkorporierte issuers und domestic concerns	202
(c) Natürliche Personen mit US- amerikanischer Staatsangehörigkeit	202
(d) Nicht-US-amerikanische Staatsangehörige und nach ausländischem Recht inkorporierte Unternehmen	203
b) Sekundärer Geltungsbereich	203
aa) Vicarious liability	204
bb) Aiding and abetting und conspiracy	205
c) Zusammenfassung	207

2. Bilanzierungsdelikte	208
a) Primärer Geltungsbereich	208
b) Sekundärer Geltungsbereich	209
3. Zusammenfassung	210
IV. Zuständigkeit der Gerichte und Behörden	211
V. Einschränkung über due process clause	211
1. Anwendbarkeit des Fünften Zusatzartikels auf Nicht-US-Staatsangehörige	212
a) Eisenträger doctrine	212
b) Fugitive disentitlement doctrine	213
2. Gewährleistung eines due process	214
a) 1st und 3rd Cir.: Völkerrechtskonformität als Maßstab von due process	215
b) 2nd und 9th Cir.: Sufficient nexus als Maßstab von due process	216
aa) Ausübung der Strafgewalt wegen eines territorialen Bezugs	217
bb) Ausübung der Strafgewalt wegen eines personalen Bezugs	219
cc) Ausübung der Strafgewalt wegen issuer-Eigenschaft	220
c) Fair notice	220
3. Zusammenfassung	220
VI. Einschränkung durch affirmative defense „local law“	221
VII. Zwischenfazit	221
C. Gewährleistung eines fairen Verfahrens mithilfe der staatlichen Souveränität	223
I. Souveränität als Grundlage der Bestimmung legitimer Strafgewalt	224
II. Völkerrechtliche Herleitung legitimer Anknüpfungspunkte	225
III. Notwendigkeit hinreichender Anknüpfungspunkte trotz internationaler Ächtung der Korruption	229
IV. Mögliche legitime Anknüpfungspunkte im Einzelnen	231
1. Anknüpfung an den Tatort	231
a) Völkergewohnheitsrecht	231
aa) Verschränkung von strafrechtlichem Tatbestand und Tatort	233
(1) Der Tatbestand als Grundlage des Tatorts	233
(2) Die Nutzung des interstate commerce als wesentliches Element des Tatbestands?	234

bb) Zeitliche Dimension der Verschränkung: Vorbereitungshandlungen	236
cc) Örtliche Dimension der Verschränkung: Transitort	237
dd) Zusammenfassung	240
b) Völkerrechtliche Verträge	240
c) Zusammenfassung	244
2. Anknüpfung an Nationalität	244
a) Völkerrechtliche Legitimität der US-amerikanischen Praxis	244
aa) Herleitung des völkerrechtlichen aktiven Personalitätsprinzips	244
bb) Vereinbarkeit der US-amerikanischen Praxis mit dem Völkerrecht	248
b) Staatszugehörigkeitsprinzip	250
c) Zusammenfassung	251
3. Anknüpfung an issuer-Eigenschaft im Rahmen der Bilanzierungsdelikte	252
4. Zurechnung von Anknüpfungspunkten	253
5. Zusammenfassung	254
V. Rechtsfolgen der Völkerrechtsverletzung und Zwischenfazit	254
D. Gewährleistung eines fairen Verfahrens durch das Recht auf ein faire Verfahren	255
I. Berührung des Rechts auf ein faires Verfahren durch exorbitante Zuständigkeiten	256
1. Exorbitante Strafgewalten als materiell-rechtliches Problem	256
2. Exorbitante Zuständigkeiten im Zivilverfahrensrecht als Parallele	257
3. Schlüsse für die Verfahrensfairness in Strafverfahren	258
II. Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren	260
1. Territorialitätsprinzip	260
2. Personalitätsprinzip	262
3. Verfolgung von issuers	264
4. Zurechnung von Anknüpfungspunkten	264
III. Folgen der Abwägung	265
E. Fazit zu § 5	266

§ 6 Transnationaler Beweistransfer unter Einschaltung Privater	268
A. Die staatliche Souveränität als erste Grenze extraterritorialer Durchsetzung	269
I. Darstellung der möglichen Fallgestaltungen transnationaler unternehmensinterner Ermittlungen	269
II. Völkerrechtlich zulässige Reichweite der Ausübung der Staatsgewalt	270
1. Rechtshilfeverträge als Maßstab?	271
2. Anforderungen an einen Hoheitsakt	272
a) Beschränkung auf Zwangsmaßnahmen	272
b) Erfassung aller staatlichen Tätigkeiten	274
3. Verantwortlichkeit des Staates für das Handeln Privater	275
a) Maßgebliches Recht	275
b) Originäre Verantwortlichkeit	277
c) Abgeleitete Verantwortlichkeit	278
aa) Effektive Kontrolle	278
(1) Maßstab: Effektive Kontrolle über unternehmensinterne Ermittlung als Ganze oder über einzelne Ermittlungsmaßnahmen?	279
(2) Effektive Kontrolle über unternehmensinterne Ermittlungsmaßnahmen	281
(a) Einwirkung im Ausführungsstadium	281
(b) Sicherer Zugriff auf Ermittlungsergebnisse	284
bb) Anweisung	288
(1) ... an die Ermittlungsführer	289
(2) ... an das Unternehmen	289
(a) Anforderungen an eine Anweisung: rechtliche oder faktische Verpflichtung?	290
(b) Anweisung zur Durchführung unternehmensinterner Ermittlungen durch das Justice Manual und die Sentencing Guidelines	292
(c) Anweisung konkreter Handlungen oder der unternehmensinternen Ermittlung im Generellen	294
(3) ... für privates Handeln	295
cc) Anerkennung als eigene Handlung	298



4. Zusammenfassung	300
III. Rechtsfolgen der Verletzung von Völkerrecht	301
IV. Zwischenfazit	305
B. Gewährleistung eines fairen Verfahrens nach dem Leitbild eines international-privat-staatlich-arbeitsteiligen Strafverfahrens	306
I. Einleitende Vorüberlegungen	307
II. Selbstbelastungsfreiheit (nemo tenetur)	309
1. Praxis in transnationalen unternehmensinternen Ermittlungen	309
2. Rechtslage nach dem deutschen Recht	314
a) Selbstbelastungsfreiheit nach der StPO	314
aa) §§ 136 und 136a StPO	315
bb) Strukturelle Ähnlichkeit der Interviews mit Vernehmungen	316
cc) Belehrungserfordernisse in unternehmensinternen Ermittlungen	318
dd) Arbeitsrechtliche Konsequenzen als unzulässige Maßnahme	321
(1) Gerichtliche Durchsetzung der Aussagepflicht	321
(2) Festhalten am Befragungsort	322
(3) Inaussichtstellen arbeitsrechtlicher Sanktionen bei Aussageverweigerung	323
(4) Bloßes (abstraktes) Bestehen einer Auskunftspflicht	326
(5) Amnestieregelung	327
(6) Keine Aussageverpflichtung	328
b) Konsequenzen für das weitere Verfahren	328
aa) Fernwirkung	329
(1) Ausgangspunkt: Grundsätzlich keine Fernwirkung von Verwertungsverboten	329
(2) Entgegenstehender gesetzgeberischer Wille?	330
(3) Bestimmung der Fernwirkung im Einzelfall	334
bb) Fortwirkung	335
c) Zusammenfassung	337
3. Rechtslage nach US-Recht	338
a) Selbstbelastungsfreiheit nach der US-amerikanischen Verfassung	338
aa) Der Fünfte Zusatzartikel	338
bb) Belehrungserfordernis in Interviews	340

cc) Arbeitsrechtliche Sanktionen als compulsion	344
b) Konsequenzen für das weitere Verfahren	347
aa) Fernwirkung	347
bb) Fortwirkung	351
c) Zusammenfassung und Überblick über die US-amerikanische Verwertungspraxis	351
III. Recht auf Verteidigung	354
1. Praxis in transnationalen unternehmensinternen Ermittlungen	354
2. Deutsche Rechtslage	356
a) Interviews mit tatverdächtigen Mitarbeitern	356
b) Interviews mit anderen Mitarbeitern	358
c) Zusammenfassung	359
3. US-amerikanische Rechtslage	359
a) Reichweite	359
b) Belehrung	361
c) Zusammenfassung	362
IV. Dokumentation der Interviews	362
1. Praxis in transnationalen unternehmensinternen Ermittlungen	362
2. Deutsche Rechtslage	364
3. US-amerikanische Rechtslage	366
V. Interviews mit deutschsprachigen Mitarbeitern in englischer Sprache	367
1. Praxis in transnationalen unternehmensinternen Ermittlungen	367
2. Deutsche Rechtslage	367
3. US-amerikanische Rechtslage	369
4. Zusammenfassung	370
VI. Fehlender Anfangsverdacht	371
VII. Zwischenfazit	372
C. Fazit zu § 6 und Ausblick auf § 7	374
§ 7 Konsequenzen für deutsche (Parallel-)Verfahren	376
A. Nutzung von Informationen aus transnationalen unternehmensinternen Ermittlungen für Parallelverfahren in Deutschland	376
I. Grundlagen eines Strafverfahrens in Deutschland	377

II. Möglichkeiten der Beweiserlangung	379
1. Beweiserlangung durch (freiwillige) Herausgabe durch Unternehmen	380
2. Beweiserlangung durch Beschlagnahme der Interviewprotokolle, Geschäftsunterlagen, Aufzeichnungen und (Zwischen-)Berichte	381
a) Vorüberlegung: Verhältnis der Beschlagnahmeverbote zueinander	382
b) Verbot der Beschlagnahme nach §§ 97, 148 StPO	383
aa) Persönlicher Anwendungsbereich	383
(1) Zwischen wem besteht ein Vertrauensverhältnis?	383
(2) Juristische Person als „Beschuldigter“?	385
(3) Ermittlungsführer als „Verteidiger“?	386
(4) Schutz in Verfahren gegen Erfüllungsgehilfen	387
bb) Zeitlicher Anwendungsbereich: Beschränkung der §§ 97, 148 StPO auf das förmliche Ermittlungsverfahren?	389
(1) Proaktive und reaktive unternehmensinterne Ermittlungen = Verteidigung?	389
(a) Verteidigung erst ab Einleitung des Ermittlungsverfahrens	390
(b) Verteidigung nach Tat aber vor Einleitung eines Ermittlungsverfahrens	391
(c) Stellungnahme	392
(2) Ermittlungen von DOJ/SEC als Ermittlungsverfahren i.S.d. §§ 97, 148 StPO	395
cc) Gegenständlicher Anwendungsbereich	397
dd) Zwischenergebnis	399
c) Verbot der Beschlagnahme nach § 97 StPO	399
aa) Nur Gegenstände aus dem Verhältnis zwischen Berufsheimnisträger und Beschuldigtem	400
bb) Beschuldigtenstellung des Unternehmens	402
cc) Verfassungsrechtlich gebotene Erweiterung?	403
dd) Zwischenergebnis	404
d) Verbot der Beschlagnahme nach § 160a StPO	404
e) Beschlagnahmefähigkeit nach Ende des Zeugnisverweigerungsrechts	407

3. Vernehmung der Ermittlungsführer als Zeugen	408
4. Beweiserlangung im Wege der Rechtshilfe von US-amerikanischen Behörden	409
5. Beschlagnahme- und weitere Erhebungsverbote als Konsequenz der Vorwirkung	411
6. Transparenz- und Dokumentationspflichten	412
7. Zusammenfassung	413
III. Verwendung und Verwertung der Informationen aus transnationalen unternehmensinternen Ermittlungen im Strafverfahren	414
1. Grundsätzliches zur Beweiswürdigung von Informationen aus transnationalen unternehmensinternen Ermittlungen	414
2. Verwendung der Erkenntnisse im Ermittlungsverfahren	417
a) Verwendung als Spurenansatz	418
b) Eingriffsmaßnahmen	419
c) Zusammenfassung	421
3. Verwertung der Informationen als Beweismittel im Hauptverfahren	422
a) Zwischen- und Abschlussberichte sowie Interviewprotokolle	423
aa) Ersetzung von Zeugenvernehmungen durch Verlesung	424
(1) Angaben von Mitarbeiterzeugen	424
(2) Wahrnehmungen der Ermittlungsführer	426
bb) Verlesung der Protokolle von Interviews des späteren Angeklagten	428
cc) Übersetzung englischsprachiger Urkunden	430
dd) Zusammenfassung	432
b) Vernehmung der Ermittlungsführer als Zeugen	433
c) Zusammenfassung	434
IV. Verzicht der Bundesrepublik durch Beteiligung an bzw. Nutzung der Ermittlungen	436
1. Einführung: Zusammenhang zwischen Völkerrecht und Beschuldigtenrechten unter Berücksichtigung der Erkenntnisse aus §§ 4–6	436
2. Völkerrechtliche Lage: Nutzung = Einverständnis oder Verzicht?	438
a) Einverständnis	439
b) Verzicht	440

c) Zuständigkeit	441
d) Zusammenfassung	442
3. Innerstaatliche Zulässigkeit der Freigabe	443
a) Eingriff deutscher Hoheitsträger in Grundrechte durch Freigabe der Informationen	443
b) Schutzpflicht deutscher Hoheitsträger	445
4. Ergebnis	447
V. Zwischenfazit	448
B. Rechtshilfe für US-amerikanische Strafverfahren	450
I. Rechtsgrundlagen	450
II. Versagungsgründe	451
1. Beweiserhebungsverbote	451
2. Beiderseitige Strafbarkeit bei Durchsuchungen und Beschlagnahmen	451
a) Zurechnung strafbaren Verhaltens	452
aa) Vicarious liability	452
bb) Conspiracy	454
b) Tatbestandsmerkmale der Bestechungsdelikte	455
aa) Zuwendungsempfänger	455
bb) Zuwendungen	457
cc) Tathandlung	458
dd) Zuwendungserfolg	459
ee) Zusammenfassung	460
c) Recordsbegriff	461
d) Zusammenfassung	461
3. Fehlender Tatverdacht	462
4. Beeinträchtigung wesentlicher Interessen	464
a) Fehlende legitime Strafgewalt der USA	464
b) Verstoß gegen das Recht auf ein faires Verfahren im US-Verfahren?	466
aa) Eingriff in das Recht auf ein faires Verfahren	466
bb) Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren	468
III. Zwischenfazit	468
C. Fazit zu §7	469
§ 8 Abschließendes Fazit und gesetzgeberische Möglichkeiten	470
A. Zusammenfassung der wesentlichen Erkenntnisse	470
B. Übertragbarkeit der Erkenntnisse auf andere Konstellationen	474

*Inhaltsverzeichnis*

C. Verbesserung der Verfahrensfairness durch gesetzliche Regelungen?	475
I. Blocking Statute	475
II. Beweisverwertungs- bzw. -verwendungsverbot	478
Literaturverzeichnis	481

## § 1 Einleitung

Unternehmensinterne Ermittlungen gewinnen bei der Aufklärung von Wirtschaftsstraftaten zunehmend an Relevanz. Die Aufklärung unternehmensinternen Fehlverhaltens durch externe Rechtsanwälte lässt sich in nahezu jedem größeren deutschen Wirtschaftsstrafverfahren der jüngeren Zeit beobachten.<sup>1</sup> Die in diesem Zuge aufzuklärenden Sachverhalte beschränken sich regelmäßig jedoch nicht nur auf das Inland. Insbesondere in global agierenden Unternehmen wird sich eine unternehmensinterne Aufklärung häufig auf transnationale Sachverhalte erstrecken, also über Länder- und Rechtsgrenzen hinweg ablaufen. Ein typisches Beispiel für derartige Sachverhalte ist die Auslandskorruption, deren Verfolgung qua Natur der Sache an der Landesgrenze nicht halt machen kann. Hier nehmen die USA eine Vorreiterrolle ein, nachdem die Strafverfolgung wegen mutmaßlicher Verstöße gegen den US-amerikanischen *Foreign Corrupt Practices Act* seit Beginn der 2000er Jahre stark zugenommen hat:

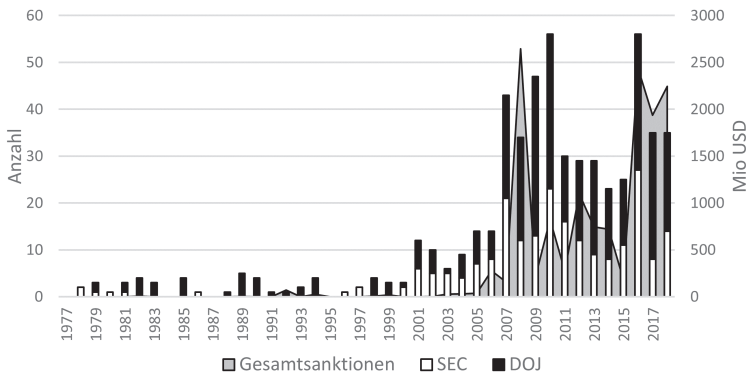


Abb. 1: Gesamtzahl und -volumen der FCPA Enforcement Actions pro Jahr<sup>2</sup>

1 H. Schmidt Kriminalistik 2013, 134 (140): 90 % der deutschen Ermittlungsverfahren wegen struktureller Korruption findet mit Unterstützung der Unternehmen statt, wobei darunter nicht ausschließlich die Durchführung unternehmensinterner Ermittlungen fällt.

Die Verfolgung von Auslandsbestechung durch die US-amerikanischen Behörden ist jedoch nicht auf Unternehmen mit dortigem Sitz beschränkt, im Gegenteil: Zunehmend geraten Unternehmen mit Sitz außerhalb der USA in ihr Visier.<sup>3</sup> Auch deutsche Unternehmen waren Gegenstand von US-amerikanischen Ermittlungen wegen Auslandskorruption und werden es mutmaßlich auch in Zukunft sein.<sup>4</sup>

In praktisch all diesen Ermittlungsverfahren lassen die Unternehmen selbst den Sachverhalt durch externe Rechtsanwälte unternehmensintern aufklären, um anschließend mit den US-amerikanischen Behörden im Unternehmensstrafverfahren zu kooperieren. Die Befragung von Mitarbeitern, die Auswertung von Dokumenten und Daten und die zusammenfassende Darstellung der Erkenntnisse in Berichten durch externe Rechtsanwälte erspart den Strafverfolgungsbehörden<sup>5</sup> aber nicht nur die ressourcenintensive Aufarbeitung der Sachverhalte, sondern auch das Stellen von häufig langwierigen oder gar gänzlich erfolglosen Rechtshilfeersuchen.<sup>6</sup> Sind unternehmensinterne Ermittlungen deshalb in US-amerikanischen

- 
- 2 Eigene Darstellung, Zahlen entnommen von *Stanford Law School Foreign Corrupt Practices Act: Statistics & Analytics*, 2019, [fcpa.stanford.edu/statistics-analytics.html](http://fcpa.stanford.edu/statistics-analytics.html). Teilweise liegt den Enforcement Actions von DOJ und SEC derselbe Sachverhalt zugrunde, zu den Zuständigkeiten siehe S. 41 ff.
  - 3 Böttger, in: Böttger (Hrsg.), *Wirtschaftsstrafrecht in der Praxis*, 2015, 5. Kap. Rn. 174; Koehler 43 U. Tol. L. Rev. 99, 105–106 (2011); Leibold 51 Willamette L. Rev. 225, 226–227, 238 (2015); Rödiger *Strafverfolgung von Unternehmen*, 2012, S. 21. Im Jahr 2016 waren beispielsweise 41 % der Enforcement Actions gegen Unternehmen gerichtet, deren Sitz außerhalb der USA lag. Die aus diesen Enforcement Actions resultierenden Sanktionen machten 63 % der Gesamtsanktionen in diesem Jahr aus, Koehler *FCPA Enforcement Actions Against Foreign Companies from OECD Convention Peer Countries*, 3.5.2017, [fcpaprofessor.com/fcpa-enforcement-actions-foreign-companies-oecd-convention-peer-countries/](http://fcpaprofessor.com/fcpa-enforcement-actions-foreign-companies-oecd-convention-peer-countries/).
  - 4 Bislang waren deutsche Unternehmen von elf FCPA Enforcement Actions betroffen, *Stanford Law School Foreign Corrupt Practices Act Clearinghouse*, 2018, [fcpa.stanford.edu/](http://fcpa.stanford.edu/), → Advanced Search, → Defendant Country: Germany.
  - 5 Als Strafverfolgungsbehörden werden im Folgenden alle mit der Strafverfolgung betrauten Behörden sowie die zuständigen Gerichte bezeichnet.
  - 6 Zu deutschen Verfahren ausf. Hoven *Auslandsbestechung*, 2018, S. 397–434; zu Problemen bei der Rechtshilfe dort ab S. 420 sowie KRT/Beckers 11. Kap. Rn. 10; DOJ Response of the United States Questions Concerning Phase 3 OECD Working Group on Bribery, 3.5.2010, S. 52–53, [www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/response3.pdf](http://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/response3.pdf). Schönemann *wistra* 2015, 161 (165–166); ders. FS Rogall, 2018, S. 691 (703–705) will deshalb unternehmensinterne Ermittlungen unter Verzicht auf Unternehmenssanktionen in das Strafverfahren einbauen.



Strafverfahren Standard,<sup>7</sup> bleiben ihre Auswirkungen aber nicht zwingend auf die dortigen Verfahren beschränkt. Sofern Unternehmen mit Sitz in Deutschland Gegenstand US-amerikanischer Ermittlungen sind, wird es in aller Regel auch zu strafrechtlichen Ermittlungen der deutschen Strafverfolgungsbehörden kommen. Denn wegen des Legalitätsprinzips muss die Staatsanwaltschaft Hinweisen auf Straftaten nachgehen, die sie etwa aus den Medien oder durch Anzeigen erlangt.

Die deutsche Staatsanwaltschaft begegnet dabei den gleichen Schwierigkeiten wie ihre US-amerikanischen Kollegen. Daher ist es auch für deutsche Strafverfolger verlockend, ressourcenschonend auf die Aufklärungsbemühungen der ermittelnden Rechtsanwälte zu vertrauen. Aber nicht nur ökonomische Gründe sprechen für eine Nutzung der bereits erhobenen Informationen, sondern auch normative: Legalitätsprinzip und Aufklärungsgrundsatz verlangen geradezu, alle Informationen in Betracht zu ziehen, die rechtmäßig erlangt werden können. Die Übernahme von Erkenntnissen aus unternehmensinternen Ermittlungen in das Strafverfahren im Generellen und aus transnationalen unternehmensinternen Ermittlungen im Speziellen ist im deutschen Recht allerdings nicht geregelt. Die Nutzung dieser Erkenntnisse bewegt sich daher in einem von der StPO nicht abgedeckten Graubereich. Insbesondere wird das in jahrhundertelanger Übung fein austarierte Verhältnis zwischen dem Interesse des Staates an Strafverfolgung und rechtsstaatlichen Rechten des Beschuldigten durch unternehmensinterne Ermittlungen aus dem Gleichgewicht gebracht: Es sind nun mindestens zwei Staaten und ein wirtschaftlich potentes Unternehmen und der einzelne Beschuldigte involviert, die teilweise die gleichen, teilweise höchst diametrale Interessen verfolgen. In den transnationalen unternehmensinternen Ermittlungen vereinen sich somit zwei zunehmende Phänomene: Die Privatisierung und die Transnationalisierung des Strafverfahrens.<sup>8</sup> Gleichzeitig sind sie wie auch der „Deal“ ein aus dem US-amerikanischen Rechtssystem rezipiertes Institut, das sich in das deutsche Strafprozessrecht nur mit Mühe einpassen lässt.

Die geltenden Regeln der StPO sind daher nicht geeignet, diese Interessenkonflikte einem angemessenen Ergebnis zuzuführen. Insbesondere besteht die Befürchtung, dass der Einzelne als wirtschaftlich schwächster Ak-

---

7 Das Ersetzen formeller Rechtshilfeersuchen durch die Einschaltung Privater hat insbesondere in den USA Tradition und ist nicht auf die Korruptionsbekämpfung beschränkt, siehe bereits *Stürmer*, in: Habscheid (Hrsg.), *Justizkonflikt*, 1986, S. 3 (5–10).

8 *Kubiciel* ZIS 2018, 60 (62, 64).

teur seine eigenen Rechte nicht mehr in dem ausreichenden Maße wahrnehmen kann, das ein rechtsstaatliches Verfahren verlangt. Die mit diesem Rechtsvakuum einhergehende fehlende Rechtsklarheit führt zu einem unsicheren Umgang der Strafverfolgungsbehörden mit Erkenntnissen aus (transnationalen) unternehmensinternen Ermittlungen, insbesondere solchen aus Mitarbeiterinterviews, in deutschen Ermittlungsverfahren.<sup>9</sup> Damit geht das Risiko einher, dass einerseits aus Angst vor fehlender Revisionsfestigkeit auf verfügbare Beweismittel verzichtet und die Strafverfolgung daher nicht effektiv betrieben, sondern stattdessen vorschnell Auswege beispielsweise durch eine Einstellung nach § 153a StPO gesucht werden.<sup>10</sup> Andererseits besteht die Gefahr, dass Beschuldigtenrechte durch die Verwendung außerhalb des Strafverfahrens erhobener Informationen umgangen bzw. unterlaufen werden und damit die Rechtsstaatlichkeit des Strafverfahrens beeinträchtigt wird. Höchstrichterliche Rechtsprechung, die wesentliche Fragen klären und Grenzen der Nutzung unternehmensinterner Ermittlung im Strafverfahren bestimmen könnte, existiert wegen der aufgrund der rechtlichen und tatsächlichen Unsicherheiten häufig einvernehmlichen Verfahrensbeendigung im Wege eines sog. „Deals“ praktisch nicht.<sup>11</sup> Auch der Gesetzgeber hat die Relevanz unternehmensinterner Ermittlungen erkannt, jedoch nicht gelöst. Zwar sieht der aktuelle Koalitionsvertrag der Bundesregierung vor, „gesetzliche Vorgaben für ‚Internal Investigations‘“ zu schaffen. Etwaige Regelungen sollen sich aber offenbar auf die Beschlagnahmefähigkeit von Unterlagen, Durchsuchungsmöglichkeiten und die Schaffung von Anreizen zur Aufklärungshilfe durch unternehmensinterne Ermittlungen und zur anschließenden Offenlegung der Erkenntnisse beschränken.<sup>12</sup>

Ziel dieser Arbeit ist es daher, Bedingungen für einen rechtsstaatlichen Transfer von Informationen aus transnationalen unternehmensinternen Ermittlungen herauszuarbeiten und dabei gleichsam herauszuarbeiten, inwieweit deutsche Strafverfolgungsbehörden diese Erkenntnisse nutzen dürfen. Maßstab der Überprüfung ist die Fairness des Strafverfahrens als eines

---

9 Siehe *Potočić* Korruption, 2016, S. 81 unter Berufung auf die Münchener Staatsanwältin Hildegard Bäuml-Hösl; *Rödiger* Strafverfolgung von Unternehmen, 2012, S. 32 Fn. 226 mit Haupttext; *J. Wessing*, in: Dann/J. Wessing (Hrsg.), *Deutsch-Amerikanische Korruptionsverfahren*, 2013, § 6 Rn. 69.

10 Vgl. *Hoven* Auslandsbestechung, 2018, S. 452–456.

11 NK-WSS/*Wimmer* § 152 StPO Rn. 7.

12 Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 7.2.2018, S. 126, [www.cdu.de/sytem/tdf/media/dokumente/koalitionsvertrag\\_2018.pdf?file=1](http://www.cdu.de/sytem/tdf/media/dokumente/koalitionsvertrag_2018.pdf?file=1).

der wesentlichen Elemente eines Rechtsstaats<sup>13</sup> und als Vorbedingung für die Schaffung von Rechtsfrieden.

---

13 *BVerfG* NJW 1969, 1423 (1424).

## § 2 Gang der Untersuchung

Angesichts fehlender Regelungen für die Wahrung der Verfahrensfairness in transnationalen unternehmensinternen Ermittlungen (und den sich anschließenden Strafverfahren) gilt es, Bedingungen für den Umgang mit unternehmensinternen Ermittlungen zu entwickeln. Die Arbeit konzentriert sich dabei auf Maßnahmen, die von deutschen Behörden oder dem deutschen Gesetzgeber zu treffen sind oder getroffen werden sollten, um ein faires Verfahren zu gewährleisten.

Die Verfahrensfairness in transnationalen unternehmensinternen Ermittlungen und anschließenden Strafverfahren wird anhand unternehmensinterner Ermittlungen wegen mutmaßlicher Verstöße gegen den US Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) erläutert (§ 3). Auch wenn die betrachteten Ermittlungen in Deutschland vorgenommen werden, finden sie im Kontext des US-amerikanischen Strafrechtssystems statt. Für das Verständnis der weiteren Ausführungen sind deshalb nicht nur Grundzüge internationaler Korruptionsbekämpfung im Allgemeinen und des FCPA im Speziellen essenziell (§ 3 B. I. und II.). Daneben bedarf es auch der Kenntnis von wesentlichen Grundlagen des US-amerikanischen Strafverfahrensrechts inklusive der sich vom deutschen Recht erheblich unterscheidenden Strafzumessungspraxis (§ 3 B. III. und IV.). Erst vor diesem Hintergrund erschließt sich, weshalb Unternehmen überhaupt Ermittlungen auf eigene Rechnung und gegen die eigenen Mitarbeiter durchführen (§ 3 C.). Ausgeklammert werden muss an dieser Stelle eine eingehendere Untersuchung der Rolle der USA im globalen Kontext.

Maßstab der Untersuchung ist die Fairness des Verfahrens. Nach der Darstellung der zum Verständnis erforderlichen Rechtsgrundlagen folgt deshalb in § 4 A. zunächst eine Einführung in die Grundlagen der Verfahrensfairness und des Rechts auf ein faires Verfahren. Dabei kann und soll die Arbeit keine umfassende rechtstheoretische oder rechtssoziologische Analyse der Verfahrensfairness leisten. Stattdessen soll der Begriff der Verfahrensfairness vor dem Hintergrund bestehender rechtstheoretischer und rechtssoziologischer Erkenntnisse für die Zwecke dieser Arbeit operationalisiert werden.

Die §§ 5 und 6 vorbehaltene nähere Untersuchung anhand der Verfahrensfairness wird anschließend durch die Herausarbeitung der neuralgischen Punkte der unternehmensinternen Ermittlungen und des Strafver-

fahrens in § 4 B. vorstrukturiert. Die Zulässigkeit grenzüberschreitender Strafverfahren wird unmittelbar allein durch das Völkerrecht und die darin geschützte staatliche Souveränität begrenzt, das insofern den sach nächsten Untersuchungsmaßstab bereithält. Das Völkerrecht kommt jedenfalls mittelbar auch dem Beschuldigten zugute, beispielsweise in Form von völkerrechtlichen Beweisverwertungsverböten (§ 4 C.). Die Fairness des Verfahrens in transnationalen Strafverfahren wird dadurch zunächst durch das Völkerrecht vorgeprägt. Im *ersten Schritt* wird deshalb geprüft, inwieweit der transnationale Zugriff auf Beweise überhaupt nach den maßgeblichen völkerrechtlichen, die Souveränität anderer Staaten schützenden Normen zulässig ist. Dabei soll die praktische Relevanz der in dieser Arbeit entwickelten völkerrechtlichen Bedenken gegen die US-amerikanischen Regelungen weniger darin liegen, die US-amerikanischen Gerichte oder Behörden zu einer Änderung ihrer Praxis zu veranlassen. Dies dürfte ohnehin nicht realistisch sein. Die Rechtsstellung des Beschuldigten leitet sich aber mittelbar von der Rechtsstellung des ggf. verletzten Staates – in den hier zugrunde gelegten Fällen der Bundesrepublik – ab und steht und fällt deshalb mit dem Handeln der deutschen Behörden. Daher können die von deutschen staatlichen Stellen zu treffenden Maßnahmen zur Wahrung eines fairen Verfahrens nicht dargestellt werden, ohne zuvor die geltende (völkerrechtliche) Rechtslage zu analysieren.<sup>14</sup> In dem folgenden *zweiten Schritt* werden weitergehende Anforderungen an die Stellung des Beschuldigten aus dem Recht auf ein faires Verfahren abgeleitet. Diese Untersuchung setzt eine Konkretisierung des Fairnessmaßstabs voraus (§ 4 D.). Dieser ist insbesondere für den transnationalen Beweistransfer zwischen privaten und staatlichen Beteiligten näher zu beleuchten. Dazu werden in der Literatur vorgeschlagene Lösungsmöglichkeiten dargestellt und näher untersucht, um dann einen eigenen Lösungsansatz zu entwickeln (§ 4 D. II. 3.).

Nachdem der Maßstab der Untersuchung bestimmt wurde, ist zu überprüfen, inwieweit *de lege lata* dieser Maßstab eingehalten wird. Dies stellt den Hauptteil der Arbeit dar. Die Vorstrukturierung in § 4 B. hat insofern zwei neuralgische Punkte offenbart, auf die daher in den §§ 5 und 6 näher eingegangen wird.

§ 5 widmet sich dem Ort des (Gerichts-)Verfahrens. Denn vor einer kritischen Überprüfung der Auswirkungen transnationaler Strafverfahren folgt logischerweise die Prüfung, ob die beteiligten Staaten zulässigerweise die Zuständigkeit für sich reklamieren und ob daher das Strafverfahren legiti-

---

14 Vgl. auch Nordmann Beschaffung von Beweismitteln, 1979, S. 26.

merweise transnational ist. Nach terminologischen Vorüberlegungen (§ 5 A.) wird deshalb zunächst die Reichweite und Anwendbarkeit des FC-PA dargestellt, die den Ort des *forums* mitbestimmen (§ 5 B.). Anschließend werden die Regeln mithilfe des dargestellten zweistufigen Prüfungsaufbaus untersucht (§ 5 C. und D.).

§ 6 beschäftigt sich mit dem transnationalen Beweistransfer, der mit den unternehmensinternen Ermittlungen verbunden ist und der den zentralen Punkt bei der Bewertung eines fairen Verfahrens in transnationalen unternehmensinternen Ermittlungen ausmacht. Entsprechend der dargestellten zweistufigen Prüfung wird zunächst untersucht, ob und ggf. inwieweit die extraterritoriale Beweiserhebung im Hinblick auf die völkerrechtlich geschützte staatliche Souveränität zulässig ist (§ 6 A.). Im zweiten Schritt werden dann ausgewählte Aspekte möglicher Beeinträchtigungen der Stellung des Beschuldigten anhand des in § 4 D. II. 3. entwickelten Leitbilds eines international-privat-staatlich-arbeitsteiligen Strafverfahrens untersucht (§ 6 B.).

Ist somit die Verfahrensfairness analysiert worden, werden die insofern resultierenden rechtlichen Möglichkeiten und insbesondere Verpflichtungen deutscher Behörden und Gerichte zur Gewährleistung ausreichender Verfahrensfairness für den Beschuldigten dargestellt (§ 7). Deutsche Gerichte und Behörden können in unterschiedlichen Konstellationen mit der rechtlichen Einordnung transnationaler unternehmensinterner Ermittlungen konfrontiert sein. Sie haben zum Beispiel zu entscheiden, ob sie im Rahmen deutscher Parallelverfahren gegen einzelne Beschuldigte Beweismaterial verwenden dürfen, das in transnationalen unternehmensinternen Ermittlungen im Rahmen eines ausländischen Strafverfahrens gesammelt wurde. Diese Beweismittel können zum einen von den involvierten Unternehmen selbst übergeben werden. Zum anderen besteht die Möglichkeit, dass die Strafverfolgungsbehörden die während der unternehmensinternen Ermittlung erstellten Unterlagen selbst beschlagnahmen. Daneben können deutsche Behörden und Gerichte in den USA belegene Unterlagen aus unternehmensinternen Ermittlungen, die etwa im Rahmen dortiger strafrechtlicher (Vor-)Ermittlungen an die US-Behörden übergeben wurden, im Wege der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen anfordern. Zu prüfen ist also, ob die Beweise in deutschen Strafverfahren nutzbar sind (§ 7 A.). Diskutiert werden die Möglichkeiten der Erlangung von Beweismitteln aus unternehmensinternen Ermittlungen insbesondere im Wege der Beschlagnahme (§ 7 A. II.) sowie deren Verwendung und Verwertung im Ermittlungs- und Hauptverfahren (§ 7 A. III.). Dabei werden auch völkerrechtliche Implikationen berücksichtigt (§ 7 A. IV.). Außerdem wird un-