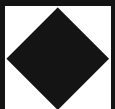


Florian Eichner

Die Beschlagnahmefreiheit im Vertrauensverhältnis zwischen (Compliance-)Ombudsanwälten und mandatierenden Unternehmen



Nomos

Schriftenreihe zum deutschen, europäischen und
internationalen Wirtschaftsstrafrecht

Herausgegeben von

Prof. Dr. Dr. h.c. Uwe Hellmann,
Universität Potsdam

Prof. Dr. Elisa Hoven,
Universität Leipzig

Prof. Dr. Dr. h.c. Michael Kubiciel,
Universität Augsburg

Prof. Dr. Christian Schröder,
Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg

Band 44

Florian Eichner

Die Beschlagnahmefreiheit im
Vertrauensverhältnis zwischen
(Compliance-)Ombudsanwälten und
mandatierenden Unternehmen



Nomos



Onlineversion
Nomos eLibrary

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

Zugl.: Halle-Wittenberg, Univ., Diss., 2020

ISBN 978-3-8487-7713-6 (Print)

ISBN 978-3-7489-2106-6 (ePDF)

1. Auflage 2020

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

To

my First, the Last and my Everything

Vorwort

Die vorliegende Arbeit ist in den Jahren 2017 bis 2019 in Halle (Saale) und Leipzig entstanden und wurde im Wintersemester 2019/2020 von der Juristischen und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg als Dissertation angenommen. Herzlich bedanken möchte ich mich bei allen, die zu ihrem Gelingen beigetragen haben.

Besonders danken möchte ich Herrn Prof. Dr. Christian Schröder für die Bereitschaft zur Betreuung dieser Arbeit sowie seine konstruktiven fachlichen Anregungen. Hierdurch gelang nicht nur der Einstieg in die komplexe Thematik, sondern auch eine noch tiefgründigere Auseinandersetzung mit den sich dabei stellenden Problemen.

Herrn Prof. Dr. Hans Lilie danke ich herzlich für die Anregung zu dieser Dissertation sowie die Inspiration bei der Themenwahl.

Ein besonderer Dank gilt auch Dr. Karl-Heinz Millgramm für seine Bereitschaft zum gelegentlichen fachlichen Austausch sowie seine weiterführenden Anmerkungen zu dieser Arbeit.

Meinen Kollegen der Sozietät KMR Kiesgen-Millgramm Rechtsanwälte, Martina Kiesgen-Millgramm, Eike Klaan und Marc Sendowski, danke ich für ihre Unterstützung, ohne die das Gelingen dieser Arbeit nicht möglich gewesen wäre. Ich danke vor allem für die gewährten Freiheiten und die nahezu vollständige Entlastung vom Kanzleialltag im Sommer 2018 sowie im Frühjahr 2019.

Nicht zuletzt möchte ich mich auch bei meiner Familie bedanken. Meinen Eltern danke ich ganz herzlich für die bedingungslose und großartige Unterstützung während meines gesamten Ausbildungs- und Lebensweges.

Ein ganz besonderer Dank gilt meiner lieben Frau für ihre liebevolle und aufopferungsvolle Unterstützung, insbesondere für die vielen Tage, Wochenenden und Abende, an denen sie auf mich verzichtet und mir so den Rücken zur Anfertigung dieser Arbeit freigehalten hat.

Leipzig, im August 2020

Florian Eichner

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	13
B. Compliance und Internal Investigations	18
I. Compliance	18
1. Begriffsbestimmung	18
2. Rechtsgrundlagen	19
a) Gesetzliche Compliancepflichten	19
aa) Gesellschaftsrechtliche Anforderungen	19
bb) Straf- und ordnungswidrigkeitenrechtliche Organisationspflichten	22
(1) §§ 30, 130, 9 OWiG	22
(2) Garantenstellung i. S. d. § 13 Abs. 1 StGB	24
cc) Spezialgesetzliche Compliance-Pflichten	28
b) Deutscher Corporate Governance Kodex (DCGK)	29
c) Corporate Social Responsibility (CSR)	31
3. Beurteilungsspielraum und Ermessen der Unternehmensleitung, insbesondere Business Judgement Rule	32
4. Compliance-Organisation, insbesondere Ombudsperson und Hinweisgebersystem	35
II. Internal Investigations	39
1. Herkunft und Begriffsbestimmungen	39
a) Sanktionsmechanismen der SEC	39
b) Department of Justice (DOJ)	42
2. Bedeutung in Deutschland	45
a) Sachverhalte mit US-Bezug	45
b) Rein nationale Sachverhalte	46
3. Verhältnis zum staatlichen Ermittlungsverfahren	49
a) Zulässigkeit interner Ermittlungen in Deutschland	49
aa) Nichtstaatlicher Charakter der Ermittlungen	49
bb) Private Ermittlungen neben laufendem Strafverfahren	49
b) Ermittlungsmaßnahmen	51
c) Grenzen privater Ermittlungsbefugnisse	51

d) Mitwirkungs- und Auskunftspflichten von Arbeitnehmern	56
C. Ermittlungsbeschränkungen	60
I. Einleitung	60
II. Verfassungsrechtliche Grundlagen	63
1. Gebot effektiver Strafverfolgung	63
2. Beschleunigungsgebot	65
3. Grundrechte der Beteiligten	65
a) Recht auf informationelle Selbstbestimmung	65
aa) Eingriff in den Schutzbereich	65
bb) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung – insbesondere Kernbereichsschutz	69
b) Selbstbelastungsfreiheit	72
c) Berufsausübungsfreiheit des Rechtsanwalts, Art. 12 Abs. 1 GG	78
d) Unverletzlichkeit der Wohnung, Art. 13 Abs. 1 GG	83
e) Eigentumsgarantie, Art. 14 Abs. 1 GG	85
4. Rechtsstaatsprinzip	86
a) Freiheit der Advokatur	86
b) Recht auf ein faires Verfahren	90
III. Zeugnisverweigerungsrechte und Beschlagnahmeverbote	94
1. Zeugnisverweigerungsrecht der anwaltlichen Ombudsperson nach § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 StPO	95
a) Funktionaler Zusammenhang mit der anwaltlichen Tätigkeit	96
b) Drittgeheimnisse – Erforderlichkeit einer Vertrauensbeziehung	103
c) Besondere Vertrauensbeziehung bei fremd veranlassten internen Ermittlungen durch einen Rechtsanwalt	106
d) Zwischenergebnis sowie Berechtigung zur Entbindung von der Schweigepflicht	110
2. Beschlagnahmeverbote	113
a) Entwicklung in der Rechtsprechung	115
aa) Von der Instanzgerichtsbarkeit vertretene Auffassungen	115
(1) LG Hamburg	115
(2) LG Mannheim	117
(3) OLG Köln	118

(4) LG Bonn	119
(5) LG Gießen	120
(6) LG Braunschweig	120
(7) LG Bochum	121
(8) LG Stuttgart	122
bb) BGH	123
cc) Entscheidungen des BVerfG im VW-Dieselskandal	124
b) Verbot von Ermittlungsmaßnahmen nach § 160 a StPO	127
aa) Inhalt der Vorschrift	127
bb) Verhältnis von § 160 a StPO zu § 97 StPO	130
(1) Problemstellung	130
(2) Streitstand in der Literatur	131
(3) Zur Auslegung von § 160 a Abs. 5 StPO	134
(a) Grammatikalische Auslegung	134
(b) Systematische Auslegung	136
(c) Historische Auslegung	139
(d) Teleologische Auslegung	147
(e) Durchsuchungen als Ermittlungsmaßnahmen i. S. v. § 160 a Abs. 1 Satz 1 StPO	151
(f) Verfassungsrechtliche Gesichtspunkte	152
(4) Ergebnis	154
c) Beschlagnahmeverbot nach § 97 Abs. 1 StPO	154
aa) Inhalt und Zweck der Vorschrift	155
bb) Problemstellung	157
cc) Streitstand in der Literatur	158
dd) Zur einfachgesetzlichen Auslegung des § 97 Abs. 1 StPO	161
(1) Grammatikalische Auslegung	161
(2) Systematische Auslegung	163
(3) Historische Auslegung	165
(4) Teleologische Auslegung	170
ee) Ergebnis zur einfachgesetzlichen Auslegung des § 97 Abs. 1 StPO	176
d) Beschlagnahmefreiheit von Verteidigungsunterlagen nach §§ 97, 148 StPO	177
aa) Inhalt der Normen	177
bb) Problemstellung	178
cc) Streitstand in der Literatur	180

dd) Verteidigungssituation und Verteidigungsunterlagen	183
(1) Verteidigungssituation bei der Unternehmensvertretung – Zeitpunkt der Begründung einer beschuldigtenähnlichen Stellung	183
(a) Engste Auffassung – Verteidigungsrechte erst nach Erhebung der Anklage	183
(b) Anwendung der Grundsätze zur Beschuldigteneigenschaft natürlicher Personen – formelle Betrachtungsweise	185
(c) Materielle Betrachtungsweise anhand objektiver Kriterien	187
(d) Subjektiver Maßstab aus Sicht der Betroffenen	191
(e) "Tatbeteiligung" (noch) nicht entdeckt	194
(2) Aufzeichnungen über interne Ermittlungen als Verteidigungsunterlagen	195
ee) Ergebnis zur einfachgesetzlichen Auslegung der §§ 97, 148 StPO im Hinblick auf Verteidigungsunterlagen	198
e) Verfassungsrechtliche Gesichtspunkte	198
aa) Recht auf informationelle Selbstbestimmung	198
bb) Selbstbelastungsfreiheit	200
cc) Unverletzlichkeit der Wohnung, Art. 13 Abs. 1 GG	201
dd) Rechtsstaatsprinzip sowie objektiv-rechtliche Dimension des Art. 12 Abs. 1 GG – Freiheit der Advokatur	201
ee) Recht auf ein faires Verfahren	206
(1) Fälle der Unternehmensverteidigung	206
(2) Ermittlungen gegen Hinweisgeber	209
3. Zusammenfassung der Ergebnisse	216
D. Schlussbetrachtung und Ausblick	218
Literaturverzeichnis	223

A. Einleitung

Leitungspersonen von Unternehmen müssen schon aufgrund der ihnen obliegenden Legalitätspflichten (vgl. § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG und § 43 Abs. 1 GmbHG) dafür Sorge tragen, dass ihr Unternehmen so organisiert und beaufsichtigt wird, dass keine Gesetzesverstöße erfolgen.¹ Anderenfalls haben sie gemäß § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG sowie § 43 Abs. 2 GmbHG den auf Seiten der Gesellschaft dadurch entstandenen Schaden zu ersetzen.² Auch sieht § 30 Abs. 1 OWiG die Möglichkeit zur Verhängung einer Verbandsgeldbuße gegen das Unternehmen vor, wenn eine der dort genannten Leitungspersonen eine betriebsbezogene Straftat oder Ordnungswidrigkeit begangen hat, insbesondere eine der ihr obliegenden Aufsichtspflichten verletzt hat, vgl. § 130 Abs. 1 OWiG.

Insoweit ist spätestens seit der Aufarbeitung des Siemensskandals anerkannt, dass die verantwortlichen Leitungspersonen ihren Organisations- und Überwachungspflichten (bei entsprechender Gefährdungslage) nur dann genügen, wenn sie eine auf Schadensprävention und Risikokontrolle angelegte Compliance-Organisation einrichten.³ Diese Pflicht erschöpft sich jedoch nicht lediglich in der Einrichtung der Compliance-Organisation. Denn besteht der Verdacht von Rechtsverstößen im Unternehmen oder wurden solche sogar festgestellt, tritt neben die präventiv ausgerichteten Compliancepflichten zudem die Verpflichtung, das rechtswidrige Handeln aufzuklären, abzustellen und gegebenenfalls zu sanktionieren, um so rechtmäßige Zustände wiederherzustellen und die Wirksamkeit des Compliance-Systems dauerhaft zu gewährleisten.⁴

In diesem Zusammenhang hat sich in der Praxis zunehmend die Beauftragung externer Ombudspersonen etabliert, um Hinweise von Mitarbeitern oder Dritten auf Rechtsverstöße im Unternehmen vertraulich entgegen-

1 Vgl. BGH, Urt. v. 10.07.2012 – VI ZR 341/10 –, BGHZ 194, 26 (33 f.); *Hopt/Roth* in: Großkomm-AktG, § 93 Rn. 182; *Mertens/Cahn* in: KölnKomm-AktG, § 93 Rn. 71; *Spindler* in: MüKo-AktG, § 93 Rn. 87 ff. jeweils m.w.N.

2 Vgl. LG München I, Urt. v. 10.12.2013 – 5 HK O 1387/10 –, NZG 2014, 345 (346); *Mertens/Cahn* in: KölnKomm-AktG, § 91 Rn. 34 ff.

3 LG München I, Urt. v. 10.12.2013 – 5 HK O 1387/10 –, NZG 2014, 345 (346); vgl. hierzu auch *Mertens/Cahn* in: KölnKomm-AktG, § 91 Rn. 34 ff.

4 *Reichert/Ott*, ZIP 2009, 2173 (2175); *Wagner*, CCZ 2009, 8 (12 ff.), *Bergmoser/Theusinger/Gushurst*, BB Beilage 5.2008, 1 (3 ff.).

genzunehmen und nach Prüfung auf Plausibilität und Glaubwürdigkeit unter Wahrung der Anonymität des Hinweisgebers an das Unternehmen weiterzureichen.⁵ Hierfür bedienen sich Unternehmen, insbesondere mit Blick auf die gesetzlichen sowie berufsrechtlichen Verschwiegenheitspflichten, üblicherweise eines außerhalb des Unternehmens stehenden Rechtsanwalts. Auch werden vor allem Rechtsanwälte im Falle des Verdachts eines unternehmensbezogenen Fehlverhaltens mit der Sachverhaltsermittlung beauftragt, soweit die Untersuchung vom betroffenen Unternehmen nicht selbst durchgeführt werden kann.⁶

Soweit das im Raum stehende Fehlverhalten straf- bzw. ordnungswidrigkeitenrechtlich von Relevanz ist und deshalb ein Ermittlungsverfahren gegen Mitarbeiter des Unternehmens eingeleitet wird bzw. das Unternehmen selbst etwa als Adressat einer Verbandsgeldbuße in Betracht kommt, ist es jedoch nicht ungewöhnlich und liegt in der Natur der Sache, dass sich das Interesse der Ermittlungsbehörden auf die von dem Rechtsanwalt im Rahmen seiner Beauftragung als Ombudsperson oder bei der Durchführung interner Ermittlungen angefertigten und verwahrten Unterlagen richtet. Die Aufzeichnungen stammen schließlich "aus erster Hand".⁷ In diesem Zusammenhang wird deshalb die Frage virulent, ob und ggf. inwieweit die von der anwaltlichen Ombudsperson angefertigten und verwahrten Unterlagen und Aufzeichnungen einem Beschlagnahmeverbot unterliegen. Besonders die strafprozessualen Beschlagnahmefreiheiten nach §§ 97, 148 und 160 a StPO sind dabei von Interesse.

Mit dieser Fragestellung hatte sich auch das BVerfG im Rahmen der Entscheidungen vom 27.6.2018⁸ im sog. "VW-Dieselskandal" auseinanderzusetzen. Gegenstand dessen war die von der Staatsanwaltschaft München II angeordnete Durchsuchung der Münchener Kanzleiräume einer US-amerikanischen Großkanzlei, die von der Volkswagen AG mit der Sachverhaltsaufklärung im Zusammenhang mit der Abgasmanipulation von Dieselmotoren beauftragt worden war. Dabei sind zahlreiche Unterlagen und Daten angefallen, die im Rahmen der Durchsuchung von der Staatsanwaltschaft sichergestellt worden waren.⁹ Aus Sicht des BVerfG sei die vom LG

5 Vgl. *Bernhard*, CCZ 2014, 152 f.; *Hoffmann/Sandrock*, BB 2011, 433.

6 *Krug/Skoupil*, NZWiSt 2017, 2374; *Ballo*, NZWiSt 2013, 46 (47); *Arnold*, ZGR 2014, 76 (77 f.).

7 Vgl. *Jahn* in: FS Roxin II, 1357 (1358).

8 BVerfG, Beschl. v. 27.6.2018 – 2 BvR 1405/17 u.a. –, NJW 2018, 2385; Beschl. v. 27.6.2018 – 2 BvR 1287/17 u.a. –, NJW 2018, 2392; Beschl. v. 27.6.2018 – 2 BvR 1562/17 –, NJW 2018, 2395 – VW-Dieselskandal.

9 Detaillierte Zusammenfassung s. *Köllner*, NZI 2018, 833.

München I vorgenommene fachgerichtliche Bewertung, wonach im vorliegenden Zusammenhang nicht von einer Beschlagnahmefreiheit der sichergestellten Unterlagen auszugehen sei, verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Die Volkswagen AG sei dadurch weder in ihrem Recht auf informationelle Selbstbestimmung noch in ihrem Recht auf ein faires Verfahren verletzt.¹⁰ Die Verfassungsbeschwerden der US-amerikanischen Rechtsanwaltskanzlei sowie der dort tätigen Rechtsanwälte wurden bereits aufgrund fehlender Beschwerdebefugnis bzw. Grundrechtsbetroffenheit nicht zur Entscheidung angenommen.¹¹

Durch diese im Prüfmaßstab auf die Verletzung spezifischen Verfassungsrechts beschränkte Bewertung durch das BVerfG¹² bzw. die fehlende Grundrechtsbetroffenheit der US-amerikanischen Großkanzlei wurden die im Themenkomplex Compliance und Internal Investigations relevant gewordenen Fragen jedoch nicht abschließend beantwortet. Ganz im Gegenteil: Unternehmen und die vom Einsatz anwaltlicher Ombudspersonen betroffenen Mitarbeiter befinden sich im Hinblick auf die offenkundig bestehenden Rechtsunsicherheiten nach wie vor in der misslichen Lage, bei der Erfüllung ihrer (gesetzlichen) Compliance-Pflichten bzw. ihrer arbeitsvertraglichen Mitwirkungspflichten ungewollt zum "Vorarbeiter" der Ermittlungsbehörden zu werden.¹³

Insoweit sind grundsätzlich zwei Problembereiche zu unterscheiden. Zum einen ist es denkbar, dass sich die staatsanwaltschaftlichen Ermittlungen gegen einen Beschuldigten richten, der im Rahmen von Compliance-Maßnahmen als Hinweisgeber mitgewirkt hat. Soweit der Hinweisgeber, beispielsweise ein Mitarbeiter des Unternehmens, das die internen Ermittlungen in Auftrag gegeben hat, dabei ein eigenes (strafbares) Fehlverhalten offenbart, würden im Falle der Sicherstellung oder Beschlagnahme der von der Ombudsperson über das Gespräch mit dem Hinweisgeber angefertigten Unterlagen möglicherweise dessen Beschuldigtenrechte nicht hinreichend gewahrt. Denn der Hinweisgeber wäre in einem gegen ihn geführten Straf- bzw. Ordnungswidrigkeitenverfahren zwar schweigeberechtigt (vgl. § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO), aber faktisch an seine (selbstbelastende)

10 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 27.6.2018 – 2 BvR 1405/17 u.a. –, NJW 2018, 2385 (2387 ff.) – VW-Dieselskandal.

11 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 27.6.2018 – 2 BvR 1287/17 u.a. –, NJW 2018, 2392 ff.; Beschl. v. 27.6.2018 – 2 BvR 1562/17 –, NJW 2018, 2395 ff. – VW-Dieselskandal.

12 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 27.6.2018 – 2 BvR 1405/17 u.a. –, NJW 2018, 2385 (2387) Rn. 69 ff. – VW-Dieselskandal.

13 So etwa *Bernhard*, CCZ 2014, 152 (157).

Einlassung gegenüber der Ombudsperson gebunden,¹⁴ die jedoch ohne die unmittelbare Anwendung des Schutzniveaus der StPO zustande gekommen ist.¹⁵ Die Verteidigungsmöglichkeiten des Hinweisgebers könnten hierdurch empfindlich beeinträchtigt werden. Besonders betroffen sind hierbei Mitarbeiter des Unternehmens. Denn diese sind regelmäßig arbeitsvertraglich zur Mitwirkung an der Befragung durch die Ombudsperson und zur wahrheitsgemäßen Aussage verpflichtet.¹⁶ Mit Blick auf diese faktische Zwangslage droht möglicherweise die strafprozessuale Selbstbelastungsfreiheit des Hinweisgebers unterlaufen sowie das Recht auf ein faires Verfahren verletzt zu werden.¹⁷

Dessen ungeachtet ist im Falle der Sicherstellung bzw. Beschlagnahme von Aufzeichnungen, die die Ombudsperson im Rahmen des Mandatsverhältnisses angefertigt hat, möglicherweise auch das Vertrauensverhältnis zu dem mandatierenden Unternehmen bzw. dessen Organen beeinträchtigt. Denn das Mandatsverhältnis würde von vornherein mit der Gefahr belastet, dass die daraus stammenden (vertraulichen) Erkenntnisse durch die Ermittlungsbehörden beschafft und in einem Straf- oder Ordnungswidrigkeitenverfahren verwertet werden. Hierdurch könnte das Vertrauensverhältnis so nachhaltig beschädigt werden, dass das Unternehmen bzw. dessen Organe an einer offenen, rückhaltlosen und vertrauensvollen Kommunikation mit ihren Anwälten gehindert würden. Eine funktionierende, von staatlicher Einflussnahme unabhängige Rechtsberatung wäre dann nicht uneingeschränkt möglich.¹⁸

Hierdurch wäre zudem die Möglichkeit zur Wahrnehmung der Compliancepflichten durch das betroffene Unternehmen beeinträchtigt. Denn es ist zu berücksichtigen, dass sich nicht lediglich die potentiellen Hinweisgeber an einer uneingeschränkten Mitwirkung an der Sachverhaltsaufklä-

14 Vgl. *Beulke/Lüdke/Swoboda*, Unternehmen im Fadenkreuz, S. 66; *Momsen*, ZIS 2011, 508 (512 ff.).

15 *Schmitt* in: Meyer-Goßner/Schmitt, § 136 Rn. 7a; *Diemer* in: KK-StPO, § 136 a Rn. 3; *Salvenmoser/Schreier* in: Achenbach/Ransiek/Rönnau, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, Kap. 15 Rn. 45.

16 Vgl. BAG, Urt. v. 1.6.1995 – 6 AZR 912/94 –, BAGE 80, 144 (150); BAG, Urt. v. 21.11.2000 – 3 AZR 13/00 –, NZA 2002, 618 (620); LAG Düsseldorf, Beschl. v. 14.11.2005 – 10 TaBV 46/05 –, BeckRS 2006, 40003.

17 Vgl. *Momsen* in: Rotsch, Criminal Compliance, § 34 B Rn. 32.

18 Vgl. BVerfG, Urt. v. 30.3.2004 – 2 BvR 1520/01 u.a. –, BVerfGE 110, 226 (256 ff.); Beschl. v. 12.4.2005 – 2 BvR 1027/02 –, BVerfGE 113, 29 (47); EGMR, Urt. v. 6.4.2009 – 19856/04 – Kolesnichenko/Russland –, NJW 2010, 2109 (2110) m.w.N.; *Beulke/Lüdke/Swoboda*, Unternehmen im Fadenkreuz, S. 118; *Jahn*, ZIS 2011, 453 (458 f.); *Theile*, StV 2011, 381 (383 ff.).

rung gehemmt sehen könnten, wenn ihre Einlassungen gegenüber der Ombudsperson in einem gegen sie selbst geführten Ermittlungsverfahren verwertet würden.¹⁹ Auch das Unternehmen bzw. dessen Organe wären faktisch an einer effektiven Wahrnehmung ihrer Compliancepflichten gehindert, wenn aufgrund der eigens initiierten Sachverhaltsaufklärung und dem anschließenden Zugriff durch die Ermittlungsbehörden eine Sanktionierung etwa durch die Verhängung einer Verbandsgeldbuße nach §§ 30, 130 OWiG in Rede stünde. Hierdurch würden nicht lediglich die Chancen einer lückenlosen Sachverhaltsaufklärung geschmälert. Es würde möglicherweise auch das Recht des Unternehmens auf ein faires Verfahren betroffen, wenn die von ihm selbst initiierte Sachverhaltsaufklärung zum Anknüpfungspunkt für eine straf- bzw. ordnungswidrigkeitenrechtliche Sanktionierung avanciert.²⁰

In der vorliegenden Arbeit ist daher zu untersuchen, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen die von der Ombudsperson im Rahmen interner Ermittlungen oder sonstiger Compliance-Maßnahmen angefertigten und verwahrten Unterlagen beschlagnahmefrei sind.

¹⁹ Vgl. *Jahn/Kirsch*, StV 151 (152).

²⁰ Vgl. *Momsen*, NJW 2018, 2362 (2363 ff.); *Theile*, StV 2011, 381 (384).

B. Compliance und Internal Investigations

I. Compliance

1. Begriffsbestimmung

Der Begriff "Compliance" entstammt aus der angelsächsischen Rechtsterminologie. Er wird regelmäßig definiert als die Gesamtheit der Maßnahmen, die das rechtmäßige Verhalten eines Unternehmens, seiner Organmitglieder, nahen Angehörigen und Mitarbeiter im Hinblick auf alle gesetzlichen Gebote und Verbote gewährleisten sollen.²¹ Damit wird zunächst nur das in einem Rechtsstaat Selbstverständliche verlangt, nämlich dass sich Unternehmen und Organe im Einklang mit dem geltenden Recht bewegen müssen.²² Gemeint ist damit jedoch nicht nur die Erwartung an ein rechtmäßiges Verhalten, wenn Organe und deren Mitglieder für ein Unternehmen handeln. Es ist vielmehr als eine umfassende Aufgabe zu verstehen.²³ Von der Begrifflichkeit sind deshalb auch organisatorische Maßnahmen umfasst, um rechtmäßiges Verhalten der Mitarbeiter zu gewährleisten. Es geht somit insgesamt um die Sicherstellung rechtskonformen Handelns durch die Geschäftsleitung und Mitarbeiter.²⁴ Die Einhaltung von Compliance soll zudem dazu dienen, Nachteile vom Unternehmen, dessen Organen und Arbeitnehmern fernzuhalten.²⁵

21 *Schneider*, ZIP 2003, 645 (646); *Dendorfer-Ditges* in: Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, § 35 Rn. 4.

22 *Hauschka/Moosmayer/Lösler* in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance, § 1 Rn. 2.

23 *Schneider*, ZIP 2003, 645 (646).

24 *Dendorfer-Ditges* in: Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, § 35 Rn. 4.

25 *Thüsing*, Beschäftigtendatenschutz und Compliance, § 2 Rn. 3.

2. Rechtsgrundlagen

Die rechtlichen Grundlagen der Compliance sind vielfältig. Anders als etwa im US-amerikanischen Recht²⁶ existieren in Deutschland keine Rechtsnormen, die Anforderungen an Compliance-Systeme allgemein definieren. Vielmehr stehen deutsche Unternehmen einer Vielzahl von rechtlichen Anforderungen gegenüber, die in die jeweils anstehende Compliance-Prüfung einbezogen werden.²⁷

a) Gesetzliche Compliancepflichten

aa) Gesellschaftsrechtliche Anforderungen

Eine wesentliche gesetzliche Grundlage für die Compliance-Verantwortung im Unternehmen sind die Legalitätspflichten der jeweiligen verantwortlichen Leitungsperson, die sich aus verschiedenen Vorschriften ergeben. So bestimmt § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG für die AG und § 43 Abs. 1 GmbHG für die GmbH, dass die Vorstandsmitglieder bzw. Geschäftsführer bei der Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden haben. Hinzu kommt für die AG die Regelung des § 76 Abs. 1 AktG, wonach der Vorstand die Geschäfte der Gesellschaft unter eigener Verantwortung zu leiten hat. Die Vorstandsmitglieder einer AG sowie die Geschäftsführer einer GmbH²⁸ trifft deshalb eine erhöhte, über diejenige eines "gewöhnlichen" Geschäftsmannes hinausgehende, Sorgfaltspflicht als Treuhänder fremder Vermögensmassen.²⁹ Einigkeit besteht zudem darin, dass davon die Pflicht umfasst ist, sämtliche rechtlichen Pflichten und Vorgaben der Rechtsordnung einzuhalten.³⁰ Der Geschäftsleiter muss deshalb dafür Sorge tragen, dass das Un-

26 Vgl. § 8 B 2.1 des U.S Sentencing Guideline Manual, abrufbar unter <https://www.ussc.gov/guidelines/2018-guidelines-manual>, abgerufen am 10.3.2019; näher dazu Moosmayer, Compliance, Rn. 17 ff. m.w.N.

27 Bergmoser/Theusinger/Gushurst, BB Beilage 5.2008, 1 (3 ff.).

28 Entsprechendes gilt auch für Personengesellschaften und die übrigen Kapitalgesellschaften.

29 Spindler in: MüKo-AktG, § 91 Rn. 47, § 93 Rn. 25 m.w.N.; Bergmoser/Theusinger/Gushurst, BB Beilage 5.2008, 1 (3); Arnold, ZGR 2014, 76 (78 f.).

30 Vgl. nur Bergmoser/Theusinger/Gushurst, BB Beilage 5.2008, 1 (3); Spindler in: MüKo-AktG, § 93 Rn. 87 für die AG; Fleischer in: MüKo-GmbHG, § 43 Rn. 21 ff. für die GmbH, jeweils m.w.N.

ternehmen so organisiert und beaufsichtigt wird, dass keine Gesetzesverstöße erfolgen (sog. Legalitätspflicht).³¹ Hiervon umfasst ist nicht nur das eigene Handeln des Geschäftsleiters. Er hat vielmehr darüber hinaus dafür Sorge zu tragen, dass sich Mitarbeiter des Unternehmens, Tochterunternehmens und deren Organmitglieder und Mitarbeiter ebenfalls rechtmäßig verhalten.³²

Gesetzliche Regelungen zu der Frage, wie eine Unternehmensorganisation im Einzelfall ausgestaltet werden soll, um den Compliance-Anforderungen zu genügen und gesetzestreues Verhalten im Unternehmen zu fördern, finden sich dabei nur sehr vereinzelt. Für die AG bestimmt etwa § 91 Abs. 2 AktG, dass der Vorstand geeignete Maßnahmen zu ergreifen hat. Insbesondere hat er ein Überwachungssystem einzurichten, damit den Fortbestand der Gesellschaft gefährdende Entwicklungen früh erkannt werden. Anforderungen an die konkrete Ausgestaltung eines solchen Systems formuliert das AktG jedoch nicht.³³ Auch kann die Pflicht zur Einrichtung eines Überwachungssystems nicht ohne weiteres auf andere Gesellschaftsformen übertragen werden. Insbesondere in kleinen Unternehmen mit wenigen Mitarbeitern, in denen die Geschäftsleitung selbst das gesamte unternehmerische Geschehen überblickt, kann der Legalitätspflicht auch auf andere Weise als durch die Vorhaltung einer eigenen Compliance-Organisationsstruktur, etwa mithilfe einer externen Ombudsperson, Rechnung getragen werden.³⁴

Im Falle eines Verstoßes gegen die Legalitätspflichten der Geschäftsleitung, insbesondere gegen die ihr obliegenden Organisationspflichten, sieht § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG sowie § 43 Abs. 2 GmbHG einen Schadensersatzanspruch der Gesellschaft gegen die Geschäftsleitung vor. Bis heute prägend ist insoweit die Siemens/Neubürger-Entscheidung des LG München I vom 10.12.2013.³⁵ Hierdurch wurden umfassende Anforderungen an die Compliance-Organisation in Unternehmen formuliert. Das Gericht führte unter anderem aus, der Vorstand einer AG genüge seiner Organisa-

31 Vgl. nur *Hopt/Roth* in: *Großkomm-AktG*, § 93 Rn. 182; *Mertens/Cahn* in: *KölnKomm-AktG*, § 93 Rn. 71 jeweils m.w.N.

32 Vgl. *Mertens/Cahn* in: *KölnKomm-AktG*, § 93 Rn. 34 ff.; *Fleischer* in: *Spindler/Stilz*, § 91 Rn. 47 für die AG; *Fleischer* in: *MüKo-GmbHG*, § 43 Rn. 142 ff. für die GmbH, jeweils m.w.N.; Zum Ganzen auch *Rieder* in: *Inderst/Bannenberg/Poppe*, *Compliance*, Kap. 2 Rn. 4 f.

33 *Spindler* in: *MüKo-AktG*, § 91 Rn. 52; *Bergmoser/Theusinger/Gushurst*, BB Beilage 5.2008, 1 (3).

34 *Fleischer* in: *MüKo-GmbHG*, § 43 Rn. 145; *Moosmayer*, *Compliance*, Rn. 186.

35 LG München I, Urt. v. 10.12.2013 – 5 HK O 1387/10 –, NZG 2014, 345 ff.

tionspflicht bei entsprechender Gefährdungslage nur dann, wenn er eine auf Schadensprävention und Risikokontrolle angelegte Compliance-Organisation einrichtet.³⁶ Das Unterlassen der Implementierung eines effizienten Compliance-Systems sowie der Überprüfung von dessen Wirksamkeit stelle sich als Pflichtverletzung des Vorstandes gegenüber der Gesellschaft dar.³⁷

Eine zumindest mittelbare Compliance-Verantwortung trifft auch den Aufsichtsrat einer AG als Aufsichtsorgan über die Geschäftsführung des Vorstandes.³⁸ Zwar liegt die unmittelbare Verantwortung für die Einrichtung und Überwachung eines Compliance-Systems beim Geschäftsleitungsorgan des Unternehmens. Der Aufsichtsrat ist jedoch gemäß § 111 Abs. 1 AktG für die Überwachung der Geschäftsführung durch den Vorstand verantwortlich. Dabei hat der Aufsichtsrat vor allem dafür Sorge zu tragen, dass in der Gesellschaft das Legalitätsprinzip gewahrt ist.³⁹ Er hat deshalb zu überwachen, ob der Vorstand seiner Compliance-Verantwortung ausreichend nachkommt, etwa ob er ein effizientes Compliance-System etabliert hat.⁴⁰ Nach festgestellten Compliance-Verstößen überwacht der Aufsichtsrat zudem, ob der Vorstand den Sachverhalt ordnungsgemäß ermittelt,⁴¹ die Verstöße pflichtgemäß aufarbeitet – etwa Mitarbeiter sanktioniert, Ansprüche verfolgt, Jahresabschlüsse korrigiert – und sofern erforderlich die Organisation nachbessert.⁴² Dabei hat er insbesondere auch Ansprüche gegen frühere oder amtierende Vorstandsmitglieder zu prüfen und gegebenenfalls auch gerichtlich gelten zu machen.⁴³

36 LG München I, Urt. v. 10.12.2013 – 5 HK O 1387/10 –, NZG 2014, 345 (346); vgl. hierzu auch *Mertens/Cahn* in: KölnKomm-AktG, § 91 Rn. 34 ff.

37 LG München I, Urt. v. 10.12.2013 – 5 HK O 1387/10 –, NZG 2014, 345 (348).

38 Beisheim/Hecker KommJur 2015, 49 (51).

39 *Habersack* in: MüKo-AktG, § 111 Rn. 12; *Spindler* in: Spindler/Stilz, § 111 Rn. 10 ff.; Beisheim/Hecker KommJur 2015, 49 (51); zur Compliance-Verantwortung des Aufsichtsrates ausführlich *Habbe*, CCZ 2019, 27 ff.

40 *Habersack* in: MüKo-AktG, § 111 Rn. 20; *Koch* in: Hüffer/Koch, § 111 Rn. 4 f.; *Arnold*, ZGR 2014, 76 (85); *Goette*, ZHR 2011, 388 (392 f.); *Wagner*, CCZ 2009, 8 (12).

41 *Wagner*, CCZ 2009, 8 (15).

42 *Habersack*, AG 2014, 1 (3).

43 BGH, Urt. v. 21.4.1997 – II ZR 175/95 –, BGHZ 135, 244 (252 ff.) – ARAG/Garmenbeck; zum Verjährenlassen von Schadensersatzansprüchen gegen den Vorstand vgl. BGH, Urt. v. 18.9.2018 – II ZR 152/17 –, ZIP 2018, 2117.

bb) Straf- und ordnungswidrigkeitenrechtliche Organisationspflichten

(1) §§ 30, 130, 9 OWiG

Neben diesen gesellschaftsrechtlichen Anforderungen folgen auch aus dem Strafrecht und vor allem dem Ordnungswidrigkeitenrecht Organisationspflichten für Unternehmen. Einen rechtlichen Anknüpfungspunkt bieten insbesondere die §§ 30, 130, 9 OWiG.⁴⁴

§ 130 OWiG bestimmt zunächst eine Haftung der Leitungspersonen im Unternehmen für den Fall der Verletzung der ihnen obliegenden Aufsichtspflichten. Von praktisch größerer Bedeutung ist jedoch, mangels eines eigenen Unternehmenssanktionenrechts in Deutschland,⁴⁵ § 30 OWiG. Danach ist eine Haftung des Unternehmens selbst im Fall eines zurechenbaren Fehlverhaltens seiner Aufsichtspflichtigen vorgesehen. Die Sanktionierung der Unternehmen erfolgt gemäß § 30 Abs. 4 OWiG im Wege der Festsetzung einer Verbandsgeldbuße, wenn die im Gesetz beschriebenen Repräsentanten des Unternehmens eine betriebsbezogene Straftat oder Ordnungswidrigkeit – insbesondere auch eine Verletzung der ihnen obliegenden Aufsichtspflicht nach § 130 OWiG – begangen haben.⁴⁶ Die Höhe der Geldbuße beträgt gemäß § 30 Abs. 2 Satz 1 OWiG bis zu zehn Millionen Euro. Das tatsächliche wirtschaftliche Risiko ist jedoch ungleich höher, weil gemäß § 30 Abs. 3 iVm § 17 Abs. 4 OWiG auch ein höheres Bußgeld festgesetzt werden kann, sofern dies erforderlich ist, den beim Unternehmen durch die Tat entstandenen wirtschaftlichen Vorteil abzuschöpfen.⁴⁷ Hinzu kommen die strafrechtlichen und bußgeldrechtlichen Regelungen über die Einziehung gemäß §§ 73 ff. StGB und § 29 a OWiG.⁴⁸

Beim Verstoß gegen kartellrechtliche Vorschriften drohen auch Bußgelder in Höhe von bis zu 10 Prozent des weltweiten Jahresumsatzes im Kon-

44 Dazu ausführlich *Rieder* in: Inderst/Bannenberg/Poppe, Compliance, Kap. 2 Rn. 20.

45 Vgl. zu dem von verschiedenen Universitätsprofessoren erarbeiteten sog. Kölner Entwurf eines Verbandssanktionsgesetzes *Henssler/Hoven/Kubiciel/Weigend*, NZWiSt 2018, 1 ff.; *Köllner/Mück*, NZI 2018, 311 ff.

46 *Rogall* in: KK-OWiG, § 30 Rn. 92; *Thüsing*, Beschäftigtendatenschutz und Compliance, § 2 Rn. 22; *Moosmayer*, Compliance, Rn. 39.

47 *Achenbach* in: Achenbach/Ransiek/Rönnau, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, Kap. 1 Rn. 14.

48 *Achenbach* in: Achenbach/Ransiek/Rönnau, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, Kap. 1 Rn. 28 ff.; *Moosmayer*, Compliance, Rn. 39.

zern, vgl. § 81 Abs. 4 Satz 2, 3 GWB bzw. Art. 23 Abs. 1 der Wettbewerbsregeln-DVO.⁴⁹

Weiterhin ist zu berücksichtigen, dass Sanktionen gegen Unternehmen oder seine Leitungspersonen im Zuge strafrechtlicher oder bußgeldrechtlicher Verfahren schwerwiegende vergaberechtliche Folgen haben können, die im Einzelfall möglicherweise sogar die Existenz des Unternehmens in Frage stellen. Denn diese können gemäß §§ 123, 124 GWB von der Teilnahme an Vergabeverfahren ausgeschlossen werden.⁵⁰

Auch mit Blick auf diese schwerwiegenden Folgen für das Unternehmen, die ein unternehmensbezogenes Fehlverhalten der Unternehmensverantwortlichen entfalten kann, ist es – ungeachtet der vorstehend dargestellten gesellschaftsrechtlichen Anforderungen – die originäre Aufgabe der Unternehmensleitung, die von ihr verantworteten unternehmerischen Aktivitäten in einer Art und Weise zu organisieren und zu überwachen, dass sie mit den jeweils anwendbaren straf- und bußgeldbewehrten Gesetzen in Einklang stehen.⁵¹ Aus diesem Grund wird vor allem auch in der Einhaltung des mit staatlichen Sanktionen bewehrten Rechts eine rechtliche Grundlage und gleichzeitig Mindestanforderung an die Leitungsaufgabe "Compliance" gesehen.⁵²

Zudem sind die Compliance-Anforderungen nicht lediglich bei der Frage der gebotenen Aufsicht gemäß § 130 Abs. 1 OWiG und damit auf der Tatbestandsebene von Bedeutung.⁵³ Der erste Strafsenat des BGH⁵⁴ hat sich (nunmehr) auch im Rahmen des Ordnungswidrigkeitenrechts zur Berücksichtigung eines Compliance-Systems bei der Bemessung von Bußgeldern gegen Unternehmen nach § 30 OWiG durch obiter dictum geäußert. Danach seien im Hinblick auf die Höhe der gemäß § 30 Abs. 1 OWiG zu bemessenden Geldbuße die Vorschriften der §§ 30 Abs. 3, 17 Abs. 4 Satz 1 OWiG in den Blick zu nehmen, nach denen die Geldbuße den wirtschaftlichen Vorteil, der aus der Ordnungswidrigkeit gezogen worden ist, übersteigen soll. Für die Bemessung der Geldbuße sei zudem von Bedeutung, inwieweit die Geschäftsleitung ihrer Pflicht, Rechtsverletzungen aus der

49 Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16.12.2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. EG vom 4.1.2003, Nr. L 001, S. 1 ff.

50 Hierzu ausführlich *Frank-Fable/Schuldt*, ZfBR 2018, 419 (424).

51 *Thüsing*, Beschäftigtendatenschutz und Compliance, § 2 Rn. 7; *Moosmayer*, Compliance, Rn. 1.

52 *Moosmayer*, Compliance, Rn. 1.

53 *Jenne/Martens*, CCZ 2017, 285 (286).

54 BGH, Urt. v. 9.5.2017 – 1 StR 265/16 –, BeckRS 2017, 114578 Rn. 118.