

Entscheidungskommentare

Strafverfahrensrecht / Internal Investigations

Dr. Matthias Peukert, LL.M. (Canterbury) und Matthias Amador, LL.B.¹

Die Jones Day Entscheidung des BVerfG – Kein Freibrief für Staatsanwaltschaften, aber eine Chance für den Gesetzgeber

I. Einleitung

Im Frühjahr 2017 hatte die Staatsanwaltschaft München II in den Kanzleiräumen der US-Kanzlei Jones Day Unterlagen sichergestellt, um sie zur Aufklärung des „Diesel-Skandals“ zu verwenden. Es handelte sich dabei um Dokumente, die im Rahmen interner Ermittlungen von Rechtsanwälten zusammengetragen und erstellt wurden. Zunächst konnte die Volkswagen AG („VW“) mit einem Eilantrag beim BVerfG bewirken, dass die Unterlagen beim Amtsgericht München versiegelt hinterlegt werden.² Alle Beteiligten – VW, Jones Day, Rechtsanwälte der Kanzlei und die Staatsanwaltschaft München II – sowie sicherlich ein Großteil der (Wirtschafts-)Strafrechtler warteten daraufhin gespannt auf die Entscheidungen des BVerfG über drei eingelegte Verfassungsbeschwerden.³ Im Sommer dieses Jahres stand dann fest: Die sichergestellten Dokumente dürfen gesichtet werden.

Auf großes, teils gar panisches Echo⁴ bei in Deutschland ansässigen internationalen (Groß-)Kanzleien ist insbesondere gestoßen, dass Jones Day als US-Kanzlei keine Trägerin von Grundrechten und deshalb nicht zur Beschwerde berechtigt sei.⁵ Nicht-EU-Kanzleien mit einer ähnlichen Struktur wie Jones Day könnten gezwungen sein, ihre Kanzleistruktur zu überdenken, wenn sie vom deutschen Grundgesetz geschützt sein wollen.

Aus strafrechtlicher Sicht – und dabei insbesondere aus Sicht der Strafverteidigung – dürfte allerdings die Frage spannender sein, ob sich aufgrund der nun vorliegenden Entscheidung des BVerfG an der bislang bundesweit uneinheitlichen Rechtsprechung überhaupt etwas ändert. Sind in der Praxis üblicherweise vorkommenden Konstellationen nun tatsächlich „zugunsten“ der Staatsanwaltschaften entschieden? Oder tut eine aktive Strafverteidigung weiter gut daran, die entsprechenden landgerichtlichen Entscheidungen zu kennen und diese je nach Durchsuchungs- und Beschlagnahmesituation für ihre Mandanten fruchtbar zu machen?

Die Entscheidungen des BVerfG geben aber auch Anlass, Beschlagnahmen nicht nur isoliert auf ihre Zulässigkeit zu betrachten, sondern im Kontext mit internen Ermittlungen als Mittel einer wirksamen Compliance zu untersuchen. Dieser Themenkomplex enthält komplexe Fragen zur Selbstbelastungsfreiheit, die das BVerfG in seiner Entscheidung leider souverän umschiff hat. Gerade weil zu internen Ermittlungen in Zukunft mit gesetzlichen Neuregelungen zu rechnen sein dürfte,⁶ kann die Entscheidung des BVerfG aber auch in dieser Hinsicht nicht unkommentiert bleiben.

Dieser Beitrag verfolgt also zwei Zielsetzungen: Er soll die praktischen Implikationen der Entscheidung nach geltendem Recht bewerten und aufzeigen, warum der Gesetzgeber interne Ermittlungen aus einer anderen Perspektive angehen muss, als es das BVerfG in seinen Entscheidungen getan hat.

¹ Dr. Matthias Peukert ist Fachanwalt für Strafrecht und Partner der Kanzlei NEUWERK Rechtsanwälte in Hamburg. Matthias Amador ist Promotionsstudent bei Prof. Dr. Karsten Gaede an der Bucerius Law School und wissenschaftlicher Mitarbeiter bei NEUWERK Rechtsanwälte.

² BVerfG, NJW 2017, 2816.

³ BVerfG, NJW 2018, 2385; BVerfG, NJW 2018, 2392; BVerfG, NJW 2018, 2395.

⁴ *Hartung* fasst einige Reaktionen der (Online-)Medien unter dem Titel „The Horror! The Horror!“ zusammen, Deutscher AnwaltSpiegel 2018, Ausgabe 15, S. 9; *El-Auwad/Lührig* sprechen davon, dass das BVerfG eine „Bombe gezündet“ hat, <https://anwaltsblatt.anwaltverein.de/de/anwaeltinnen-und-anwaelte/berufsrecht/Kanzleidurchsuchung-Keine-Grundrechte-fuer-US-Kanzlei-Jones-Day>.

⁵ Ausführlich dazu *Lilie-Hutz/Ihwas*, NZWiSt 2018, 349, 353 ff.; *Wostry*, NZWiSt 2018, 356 f.; *Mommsen*, NJW 2018, 2362, 2365.

⁶ Koalitionsvertrag S. 126.

II. Wesentliche strafprozessuale Aussagen der Entscheidung

Zunächst ist festzustellen, dass das BVerfG über einen Fall mit zahlreichen Besonderheiten zu entscheiden hatte: VW hatte Jones Day mit der Durchführung interner Ermittlungen beauftragt, nachdem das US-Department of Justice ein Ermittlungsverfahren eingeleitet hatte.⁷ Die vor dem BVerfG beanstandeten Sicherstellungen der Staatsanwaltschaft München II fanden aber nicht unmittelbar in der Sphäre von VW statt. Vielmehr handelte es sich bei den sichergestellten Unterlagen um solche, die die Audi AG („Audi“) als Tochterunternehmen von VW betrafen. Zum Zeitpunkt der Sicherstellung hatte die Staatsanwaltschaft Braunschweig zwar schon Ermittlungsverfahren gegen Mitarbeiter von VW und im Hinblick auf eine mögliche Verbandsgeldbuße nach § 30 OWiG auch gegen VW selbst eingeleitet. Jedoch waren weder Audi noch dort beschäftigte Individualpersonen formell beschuldigt oder am Verfahren beteiligt. Auch hatte Audi selbst kein Mandat an Jones Day erteilt. Und zuletzt war mit Jones Day eine US-Kanzlei mandatiert.

Um die Tragweite der Entscheidung näher bewerten zu können, muss zunächst geklärt werden, welche Aussagen des BVerfG sich überhaupt sinnvoll von diesem Einzelfall lösen lassen, sodass sie auch für weniger komplexe Konstellationen interner Ermittlungen Geltung beanspruchen können:

1. Keine Geltung des § 160a StPO für Beschlagnahmen

Zu diesen verallgemeinerungsfähigen Aussagen gehört zunächst die Stellungnahme des BVerfG zum umstrittenen Verhältnis von § 97 StPO zu § 160a StPO.⁸ Hier war lange Zeit unklar, ob der weitreichende Schutz des § 160a StPO („Maßnahmen bei zeugnisverweigerungsberechtigten Berufsheimnisträgern“) wegen seines offenen Wortlauts auch für die Beschlagnahme (§§ 94 ff. StPO) bzw. die Sicherstellung zur Durchsicht (§ 110 StPO) gelte. Die Fachgerichte tendierten hier bislang zum Verständnis der h.M. in der Literatur. Danach genießt im Bereich der Beschlagnahme § 97 StPO als *lex specialis* Vorrang vor § 160a StPO, der alle Ermittlungsmaßnahmen betrifft.⁹ Als Begründung diene neben pragmatischen Erwägungen zur Wahrheitsermittlung auch § 160a Abs. 5 StPO, der anordnet, dass § 97 StPO unberührt bleibt.¹⁰ Das BVerfG hat entschieden, dass diese Auslegung jedenfalls nicht gegen Verfassungsrecht verstößt.¹¹

2. Gleichlauf des Anwendungsbereichs von § 97 Abs. 1 Nr. 1, 2 und 3 StPO

Ebenfalls verallgemeinerungsfähig ist die Stellungnahme zur Reichweite des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO. Hier wurde teils erwogen, den Beschlagnahmeschutz aus Nr. 3 auch zugunsten einer (noch) nicht beschuldigten Person anzuwenden.¹² Gestützt wurde dieser Gedanke darauf, dass der Gesetzgeber in Nr. 3 – anders als in Nr. 1 und 2 – den Begriff des Beschuldigten nicht verwendet hat. Auch hier waren die meisten Fachgerichte bisher aber der h.M. gefolgt, nach der für die Anwendbarkeit der Norm eine Beschuldigtenstellung oder zumindest beschuldigtenähnliche Stellung erforderlich ist.¹³ Und auch darin erkannte das BVerfG keine Grundrechtsverletzung der Beschwerdeführer.

3. Maßstab zur Ausfüllung des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO

Das BVerfG segnete auch den Maßstab, mit dem die h.M. diesen beschuldigtenähnlichen Status bisher ausfüllte, verfassungsrechtlich ab: Danach genießen juristische Personen den Schutz des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO, wenn „eine künftige Nebenbeteiligung nach objektiven Gesichtspunkten in Betracht kommt“.¹⁴ Ein Unternehmen¹⁵, das ein künftiges gegen sich gerichtetes Ermittlungs-

⁷ Allein dieser Aspekt ist bei Großkonzernen wie VW freilich nicht unüblich. Zu den besonderen Problemen, die daraus resultieren *Wast/Litzka/Pusch*, NStZ 2009, 68. Der Fokus dieser Betrachtung liegt aber auf den noch häufigeren Fällen, in denen allein das deutsche Gesellschaftsrecht eine interne Ermittlung fordert.

⁸ BVerfG, NJW 2018, 2385, 2387 f. (Rn. 74 ff.).

⁹ Zum Meinungsstand jüngst übersichtlich LG Stuttgart, wistra 2018, 402, 405.

¹⁰ LG Hamburg, NJW 2011, 942, 944; *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 61. Aufl. 2018, § 97 Rn. 10b, § 160a Rn. 17; *Schneider*, NStZ 2016, 309, 310. Nach a.A. handelt es sich bei § 160a V StPO um eine „Meistbegünstigungsklausel“, vgl. LG Mannheim, NStZ 2012, 713, 714 mit ablehnender Anmerkung *Jahn/Kirsch, Schuster*, NZWiSt 2012, 28, 30; *Ballo*, NZWiSt 2013, 46.

¹¹ BVerfG, NJW 2018, 2385, 2387 (Rn. 73).

¹² *Von Galen*, NJW 2011, 945; *Jahn/Kirsch*, StV 2011, 151, 152 f.

¹³ LG Bochum, NZWiSt 2016, 401, 402; LG Bonn, NZWiSt 2013, 21, 24; LG Hamburg, NZWiSt 2012, 26 f.; *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 61. Aufl. 2018, § 97 Rn. 10a.

¹⁴ BVerfG, NJW 2018, 2385, 2389 f. (Rn. 93 f.) mit dem Hinweis auf verschiedene begriffliche Nuancierungen, die inhaltlich aber deckungsgleich seien.

¹⁵ Der Begriff des Unternehmens wird hier als Oberbegriff für juristische Personen und Personengesellschaften verwendet.

verfahren „lediglich“ befürchtet und sich vor diesem Hintergrund anwaltlich beraten lässt oder eine unternehmensinterne Untersuchung in Auftrag gibt, genießt danach keinen Schutz vor Beschlagnahme.¹⁶

Aufgrund uneinheitlicher Begriffe sei an dieser Stelle noch auf Folgendes hingewiesen: Die Idee einer beschuldigtenähnlichen Stellung knüpft an zweierlei staatliche Maßnahmen an, die einem Unternehmen drohen, wenn aus dem Unternehmen heraus eine Straftat begangen wurde. Zum einen kann gegen das Unternehmen eine Geldbuße nach § 30 OWiG verhängt werden. Zum anderen können Taterträge beim Unternehmen als Drittbegünstigtem im Sinne des § 73b StGB eingezogen werden. Im ersten Fall regelt § 444 StPO die Beteiligung des Unternehmens, das Unternehmen ist dann *Betroffener* des Ordnungswidrigkeitenverfahrens.¹⁷ Im zweiten Fall richtet sich Beteiligung nach § 424 StPO und man spricht von einer *Einziehungsbeteiligung* des Unternehmens.¹⁸

In Anlehnung an die Entscheidung des BVerfG wird im Folgenden für beide Fälle von einem drohenden Verfahren einer drohenden *Nebenbeteiligung* des Unternehmens gesprochen,¹⁹ auch wenn dieser Begriff in der Kommentarliteratur teils mit einer anderen Bedeutung versehen wird.²⁰ Da zum Zeitpunkt der hier in Frage stehenden Beschlagnahmen regelmäßig noch nicht feststeht, welche der Maßnahmen dem Unternehmen droht, ist eine absolut trennscharfe Verwendung der Begriffe hier ohnehin nicht geboten.

4. Zwischenfazit

Das BVerfG hat zwar lediglich entschieden, dass die Auslegung des LG München I nicht gegen Verfassungsrecht verstößt. Dennoch ist zu erwarten und befürchten, dass manche Staatsanwaltschaften und Landgerichte die tangierten einfachrechtlichen Fragestellungen als entschieden betrachten. Ein derartiges Verständnis wäre aber in zweierlei Hinsicht falsch: Es verkennt einerseits den begrenzten Prüfungsmaßstab des BVerfG. Andererseits wird im Rahmen des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO weiterhin schwer abzusehen sein, wann das vage Kriterium einer objektiv vorhersehbaren Nebenbeteiligung erfüllt ist. Denn keiner der vom BVerfG aufgegriffenen Vorschläge zur Ausfüllung der Vorhersehbarkeit²¹ bietet eine rechtssichere Grundlage der Bewertung. Dennoch geht die Behauptung, nach der Entscheidung könne alles weitergehen wie bisher, wohl insofern zu weit, als sie darüber hinwegsieht, dass sich die h.M. gewiss ein wenig verfestigt hat.²²

III. Uneinheitliche Rechtsprechung von Landgerichten

Es verwundert nicht, dass die vom BVerfG etablierten Maßstäbe keine eindeutig subsumtionsfähigen Ergebnisse ermöglichen. Man muss die Entscheidung im Kontext eines knappen Jahrzehnts uneinheitlicher landgerichtlicher Rechtsprechung lesen. Unternehmen und Einzelpersonen beschritten immer wieder (erfolgreich) den Rechtsweg gegen Ermittlungsmaßnahmen, die auf Unterlagen aus internen Ermittlungen abzielten. Zu den beschlagnahmten Unterlagen gehörten neben reinem „Rohmaterial“, das im Rahmen der internen Ermittlungen lediglich ausgewertet wurde, auch Unterlagen, welche die internen Ermittler selbst erstellt hatten.²³ Besonders inkriminierend und daher von großem Interesse für die Staatsanwaltschaften waren Interviewprotokolle²⁴ und Zwischen- oder Abschlussberichte²⁵ der internen Ermittler. Aber auch anonyme Hinweise²⁶ und sogar Akten aus Zivilstreitigkeiten²⁷ wurden beschlagnahmt. Jedem der mindestens neun wegweisenden Fälle lag ein sehr spezifischer Sachverhalt zugrunde.²⁸ Die Kommentarlanschaft zu den tangierten Normen der StPO – insb. §§ 97, 148, 160a StPO – wur-

¹⁶ BVerfG, NJW 2018, 2385, 2390 (Rn. 95).

¹⁷ Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, 61. Aufl. 2018, Einl. Rn. 93.

¹⁸ Vgl. Schmitt/Köhler, in: Meyer-Goßner/Schmitt, 61. Aufl. 2018, Vorb. § 421 Rn. 4.

¹⁹ So auch Schneider, NStZ 2016, 309, 311.

²⁰ Nach Schmitt/Köhler, in: Meyer-Goßner/Schmitt, 61. Aufl. 2018, Vorb. § 421 Rn. 4 handelt es sich beim Begriff des Nebenbeteiligten um den Oberbegriff für Einziehungsbeteiligte nach § 424 StPO und Nebenbetroffene nach § 438 StPO. Auch der teilweise verwendete Begriff des „Beteiligungsiinteressenten“ weist Schwächen auf, da Unternehmen im Grunde genommen gerade kein Interesse an einer Einziehungsbeteiligung haben.

²¹ „Hinreichender Verdacht“, „hinreichende Sicherheit“ und „ausreichende Gewissheit“, BVerfG, NJW 2018, 2385, 2390 (Rn. 93) m.w.N.

²² So aber Momsen, NJW 2018, 2362, 2363.

²³ Diese beiden Stoßrichtungen der Beschlagnahme gehen auch aus den jeweiligen Durchsuchungsbeschlüssen hervor: „Dokumente, die von der Kanzlei [...] in Bezug auf den Sachverhalt zusammengetragen bzw. erstellt wurden“, LG Stuttgart, wistra 2018, 402, 403.

²⁴ LG Hamburg, NZWiSt 2012, 26; LG Bonn, NZWiSt 2013, 21; LG Mannheim, NStZ 2012, 713; LG Stuttgart, wistra 2018, 402, 403.

²⁵ LG Bonn, NZWiSt 2013, 21, 29; LG Mannheim, NStZ 2012, 713; LG Stuttgart, wistra 2018, 402, 403.

²⁶ LG Bochum, NZWiSt 2016, 401.

²⁷ LG Hamburg, BeckRS 2016, 19347.

²⁸ Momsen/Grützner, CCZ 2017, 242, 247.

de immer unübersichtlicher. Unabhängig davon, welche der Normen für Rechts- oder Sachverhaltsprobleme sorgten, bildeten sich letztlich unter den Landgerichten und im Schrifttum zwei Lager: Das Lager derjenigen, die vor allem den Strafanspruch des Staates und die Wahrheitsfindung im Strafprozess betonen, auf der einen Seite.²⁹ Und auf der anderen Seite das Lager derer, die ein Störgefühl verspüren, wenn der Staat seine Ermittlungen auf selbstinkriminierende Aufarbeitungen Privater stützt.³⁰ Mangels wegweisender höchstgerichtlicher Entscheidung wurde der Rechtsweg gegen Beschlagnahmen zum Würfelspiel.³¹ Das war auch der Grund, warum man sich hinreißen lassen konnte, große Hoffnungen auf eine klärende Entscheidung des BVerfG zu hegen. Ob diese Hoffnungen berechtigt waren, soll im Folgenden anhand einiger Szenarien, die in der Praxis häufig vorkommen, überprüft werden.

IV. Praxisrelevante Szenarien

Für die Untersuchung dieser praxisrelevanten Szenarien wird der vom BVerfG zementierte Maßstab zur beschuldigtenähnlichen Stellung einer juristischen Person zugrunde gelegt: Der Schutz des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO greift danach nicht, wenn das Unternehmen ein künftiges Ermittlungsverfahren lediglich befürchtet und „vor diesem Hintergrund“³² eine unternehmensinterne Untersuchung in Auftrag gibt. Vielmehr ist erforderlich, dass sich die Einleitung eines Verfahrens gegen die juristische Person objektiv abzeichnet, damit die von einem Rechtsanwalt erstellten Dokumente Beschlagnahmeschutz genießen.³³

1. Unternehmen bereits nebenbeteiligt

Eindeutig wird dies der Fall sein, wenn das Unternehmen etwa im Durchsuchungsbeschluss bereits konkret als Einziehungsbeteiligter bzw. Betroffener bezeichnet ist. Selbst in diesem scheinbar eindeutigen Szenario bleiben aber schon zentrale Fragen offen: Müssen die Ermittler denjenigen Zeitpunkt vor Augen haben, ab dem eine beschuldigtenähnliche Stellung bestand und nur nach Dokumenten vor dieser Zeit suchen? Oder besteht auch für frühzeitig erstellte Dokumente eine Art Rückwirkung, sobald das Unternehmen in eine beschuldigtenähnliche Position kommt?³⁴ Was ist etwa bei Unterbeauftragung einer anderen Kanzlei oder einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft?³⁵ Man darf schon vorwegnehmen: Der Grund für die verbleibenden Unsicherheiten ist, dass der vom BVerfG angelegte Maßstab an der Kernfrage vorbeigeht.

2. Inculpationsakte gegen Dritte bereits erfolgt

Noch schwieriger wird es, wenn das Unternehmen in der Ermittlungsakte noch nicht als Nebenbeteiligter geführt wird. Hier stellt sich die Frage, ab wann sich die Einleitung eines Verfahrens gegen das Unternehmen objektiv abzeichnet. Die unmittelbarsten Quellen einer solchen Vorhersehbarkeit sind staatliche Inculpationsakte gegen Dritte, die geeignet sind, eine Nebenbeteiligung des Unternehmens nach sich zu ziehen.³⁶

Bei der dritten Person kann es sich einerseits um eine Leitungsperson im eigenen Unternehmen handeln. Im Falle von VW und Audi waren zum Zeitpunkt der Sicherstellung in München noch keine Mitarbeiter von Audi beschuldigt worden. Die Ermittlungsverfahren der Staatsanwaltschaft Braunschweig gegen Mitarbeiter von VW waren nach der eindeutigen Aussage des BVerfG für die Beurteilung der beschuldigtenähnlichen Stellung nicht relevant.³⁷ Dies bedeutet, dass das BVerfG zu diesem Szenario keine Stellung bezogen hat. Vor dem Hintergrund des praktischen Automatismus, der von laufenden Ermittlungsverfahren gegen Leitungspersonen zu einer Nebenbeteiligung des Unternehmens führt,³⁸ wird man aber häufig begründen können,

²⁹ LG Bochum, NZWiSt 2016, 401, 402; LG Bonn, NZWiSt 2013, 21, 24; LG Hamburg, NZWiSt 2012, 26 f.; LG Mannheim, NStZ 2012, 713, 714 f.; *Schneider*, NStZ 2016, 309 ff.

³⁰ So insb. die neuere Rspr: LG Braunschweig, NStZ 2016, 308 ff.; LG Hamburg, BeckRS 2016, 19347; LG Gießen, wistra 2012, 409 f. Siehe auch *Jahn/Kirsch*, NZWiSt 2013, 28 ff.; *Weiler*, NJOZ 2017, 266, 267. Bezüglich Unterlagen anwaltlicher Compliance-Ombudspersonen LG Bochum, NZWiSt 2016, 401, 402 sowie *Frank/Vogel*, NStZ 2017, 313.

³¹ Vgl. *Momsen/Grützner*, CCZ 2017, 242, 247.

³² BVerfG, NJW 2018, 2385, 2390 (Rn. 95). In dieser Formulierung zeigt sich anschaulich, wie das BVerfG einen zentralen Aspekt übergeht: Es ist nicht die Befürchtung eines Ermittlungsverfahrens, das ein Unternehmen zur internen Untersuchung bewegt, sondern die gesellschaftsrechtliche Pflicht dazu, siehe sogleich Fn. 41.

³³ BVerfG, NJW 2018, 2385, 2390 (Rn. 94).

³⁴ Diese ließe sich analog § 148 StPO begründen, vgl. LG Braunschweig, NStZ 2016, 308 f.; *Jahn/Kirsch*, NZWiSt 2013, 28, 30. Dagegen *Schneider*, NStZ 2016, 309, 312.

³⁵ Für eine ausführliche Auseinandersetzung mit Problemen der Unterbeauftragung siehe *Pelz*, CCZ 2018, 211, 212 f.

³⁶ Vgl. *Schneider*, NStZ 2016, 309, 312.

³⁷ BVerfG, NJW 2018, 2385, 2390 (Rn. 96 ff.). Kritisch gegenüber dieser beschränkten Mandatsreichweite im Konzern *Oesterle*, WiJ 2018, 148, 153; *Baur*, NZG 2018, 1092, 1096.

³⁸ Grund dafür ist nicht zuletzt, dass das Kriterium der „Betriebsbezogenheit“ in § 30 OWiG nur dann fehlt, wenn das handelnde Organ ohne jeglichen Bezug zu seiner Stellung als Organ handelt, *Niesler*, in: *Graf/Jäger/Wittig*, Wirt-

dass hier schon der Schutz des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO zugunsten des Unternehmens gelten muss.

Andererseits ist es denkbar, dass etwa ein Mitarbeiter eines anderen Unternehmens beschuldigt ist oder gegen dieses andere Unternehmen bereits ein Verfahren eingeleitet wurde. So war es aufgrund der eingeleiteten Ermittlungsverfahren der Staatsanwaltschaft Braunschweig gegen Mitarbeiter von VW – jedenfalls wenn man wie das BVerfG zwischen VW und Audi trennt. Diese Konstellation lässt sich aber plastischer an einem größeren Korruptionsverfahren veranschaulichen: Die Unternehmen A und B pflegen eine enge Geschäftsbeziehung. Wenn schon ein Mitarbeiter von Unternehmen B formell beschuldigt worden ist, ist das ein starkes Indiz für eine beschuldigtenähnliche Stellung des Unternehmens A. Ist Unternehmen B sogar schon nebenbeteiligt, wird man in der Regel auch Unternehmen A eine beschuldigtenähnliche Stellung einräumen müssen.

3. Interne Ermittlung ohne behördliche Ermittlungsverfahren

Man könnte versucht sein, in allen Konstellationen, in denen noch keine behördlichen Ermittlungsverfahren eingeleitet wurden, einen Beschlagnahmenschutz zu verneinen. Damit würde man die Botschaft des BVerfG jedoch überstrapazieren. Abhängig von Art und Schwere der vermuteten Tat sowie der Beweislage wird es nämlich auch hier Fälle geben, in denen der Tatverdacht zwar nur innerhalb des Unternehmens bekannt ist, das zukünftige Ermittlungsverfahren aber trotzdem nicht nur vom Unternehmen befürchtet wird, sondern objektiv vorhersehbar ist.

Denn es besteht – vor allem im Bereich von Korruptionstaten – ein weiterer Automatismus, der beginnt, wenn ein Tatverdacht im Unternehmen auftritt. Er führt regelmäßig zur Einleitung eines Ermittlungsverfahrens und soll an einem kurzen Beispiel veranschaulicht werden: Im Unternehmen C werden Verstöße gegen das Abzugsverbot festgestellt, weil Schmiergelder in vergangenen Steuererklärungen als Betriebsausgaben geltend gemacht wurden.³⁹ Die Unternehmensleitung ist nun nach § 153 AO verpflichtet, die fehlerhaften Steuererklärungen zu berichtigen. Den weiteren Geschehensablauf gibt das Gesetz vor: Nach § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 10 EStG leitet das Finanzamt diese Information an die zuständige Staatsanwaltschaft weiter, die dann in der Regel ein Ermittlungsverfahren einleitet.

Jedenfalls im Bereich des Korruptionsstrafrechts kann man damit nur in Ausnahmefällen davon sprechen, dass ein Unternehmen ein Ermittlungsverfahren „lediglich befürchtet“. Bei genauer Betrachtung ist das Ermittlungsverfahren ab dem Zeitpunkt, an dem die Steuererklärung berichtigt wird, objektiv vorhersehbar. Subjektive Befürchtung und objektive Vorhersehbarkeit einer Nebenbeteiligung sind also nicht so verschieden wie es das BVerfG suggeriert.⁴⁰

V. Schwierige Lage für Unternehmen bei (vermeintlichen) Compliance-Verstößen

Anhand der zuvor dargestellten Szenarien wird deutlich, wie ergebnisoffen das vom BVerfG etablierte Kriterium der „objektiven Vorhersehbarkeit“ ist. Möchte man dem weiter nachgehen, muss das oben angedeutete Störgedühl zur Selbstbelastung zumindest nachvollzogen werden. Dieses Störgedühl resultiert aus dem Dilemma, in dem sich die Leitung eines Unternehmens immer dann befindet, wenn sie Kenntnis davon erhält, dass aus dem Unternehmen heraus eine Straftat oder eine erhebliche Ordnungswidrigkeit begangen worden sein könnte.

In dieser Situation ist die Unternehmensleitung nach ganz h.M. verpflichtet, tätig zu werden. Aus gesellschaftsrechtlichen Normen und Prinzipien⁴¹ resultiert die viel zitierte „Pflichtentrias“ der Compliance: Aufklärung der Verdachtslage, Abstellen weiterer Verstöße und Ahndung dersel-

schafts- und Steuerstrafrecht, 2. Auflage 2017, § 30 OWiG Rn. 38. Auch die Möglichkeit, eine Unternehmensgeldbuße nach § 30 OWiG an eine Aufsichtspflichtverletzung nach § 130 OWiG anzuknüpfen vereinfacht die Bebußung, siehe *Peukert/Altenburg*, BB 2014, 649, 654.

³⁹ Instrukтив zum Abzugsverbot *Pelz*, DStR 2014, 449; *Schoop*, in: Adick/Bülte, Fiskalstrafrecht, 1. Aufl. 2015, Kap. 13 Rn. 41.

⁴⁰ BVerfG, NJW 2018, 2385, 2389 f. (Rn. 93 ff.).

⁴¹ Für die AG aus § 93 Abs. 1 AktG und der Legalitätspflicht des Vorstands (*Potinecke/Block* in: *Knierim/Rübenstahl/Tsambikakis*, Internal Investigations, 2. Aufl. 2016, Kap. 2 Rn. 6, 8; *Fleischer*, NZG 2014, 321, 322). Für die GmbH aus § 43 Abs. 1 GmbHG (*Potinecke/Block* in: *Knierim/Rübenstahl/Tsambikakis*, Internal Investigations, 2. Aufl. 2016, Kap. 2 Rn. 74). Auch § 130 OWiG wird häufig herangezogen. Ob auch die Business Judgment Rule zur Begründung der Pflichtentrias herangezogen werden kann, ist nicht abschließend geklärt (*Potinecke/Block* in: *Knierim/Rübenstahl/Tsambikakis*, Internal Investigations, 2. Aufl. 2016, Kap. 2 Rn. 9; *Wagner*, CCZ 2009, 8, 12 f., 15 f.).

ben.⁴² Die Aufklärung ermöglicht es, die zivilrechtliche Anspruchsverfolgung sowie arbeits- und ggf. strafrechtliche Sanktionen einzuleiten. Sie trägt mithin zur Schadensminimierung bei.⁴³

Der Gedanke der Schadensminimierung aus der – leider zu oft unter Ausblendung der wirtschaftsstrafrechtlichen Realität geführten – Compliance-Diskussion gilt aber nur sehr eingeschränkt. Denn Ausnahmen von der Aufklärungspflicht des Unternehmens werden zwar grundsätzlich zugelassen, wenn die Aufklärung nicht „im wohlverstandenen Unternehmensinteresse“ ist.⁴⁴ Die Vermeidung von Unternehmensgeldbußen wird jedoch von der ganz h.M. nicht unter diese Ausnahme gefasst.⁴⁵ Die Unternehmensleitung ist also bei Vorliegen eines Verdachts ohne ernstzunehmenden Entscheidungsspielraum gesellschaftsrechtlich verpflichtet, die dokumentierte Aufarbeitung inkriminierender Vorfälle einzuleiten.⁴⁶

Dass diese Verpflichtung ein Dilemma begründet, zeigt sich spätestens, wenn auch die Ermittlungsbehörden Kenntnis von einer möglichen Tat und deren interner Aufarbeitung erhalten.⁴⁷ Dies kann zufällig geschehen⁴⁸ oder beispielsweise durch eine wegen § 153 AO berichtigte Steuererklärung ausgelöst werden. Die ermittelnde Staatsanwaltschaft steht nun vor der Entscheidung, ob sie den komplexen wirtschaftsstrafrechtlichen Sachverhalt bereits selbst aufklären oder ob sie zunächst den Ausgang der internen Ermittlungen abwarten soll. Angestoßen und durchgeführt werden solche internen Ermittlungen aber nicht, um der Staatsgewalt die ihr obliegenden Ermittlungen abzunehmen oder zu erleichtern. Vielmehr handelt es sich bei ihnen um einen integralen Bestandteil eines modernen und effektiven Compliance-Management-Systems (CMS) zur Bekämpfung der Ursachen von Unternehmenskriminalität.⁴⁹

Die eigentliche Brisanz folgt im Anschluss an die Auswertung der beschlagnahmten Unterlagen und sie hat zahlreiche Dimensionen: So stellen sich im Hinblick auf einzelne Beschuldigte im Unternehmen äußerst schwierige Fragen der Selbstbelastungsfreiheit an der Schnittstelle von Arbeits- und Strafrecht.⁵⁰ Für das Unternehmen folgen häufig erhebliche finanzielle Konsequenzen. Denn nachdem das Unternehmen – im Sinne einer effektiven Compliance – Geld- und Zeitressourcen in die Aufklärung des Sachverhalts investiert hat, würdigt der Staat dies auf eine ungewöhnliche Weise: Ermöglichen beispielsweise die vom Unternehmen unfreiwillig preisgegebenen Dokumente die Verfolgung von Leitungspersonen, so sind Unternehmensgeldbußen nach § 30 OWiG und/oder die Einziehung von Taterträgen nach § 73b StGB – jedenfalls in der Praxis – oft nahezu ein Automatismus.⁵¹

Damit ist das Dilemma komplett – und das Störgefühl sollte sich eingestellt haben.

VI. Das BVerfG wägt sorgfältig ab, verzichtet aber auf eine Auseinandersetzung mit dem Kernproblem

Es ist bedauerlich, dass der „neue“ Maßstab des BVerfG zur beschuldigtenähnlichen Stellung von Unternehmen dem oben geschilderten Dilemma als Ganzem in keiner Weise abhilft.⁵² Die „neue Rechtslage“ ist auch gewissermaßen paradox: So kann es nur als widersprüchlich empfunden werden, dass Unternehmen von nun an bemüht sein müssen, in eine beschuldigtenähnliche Position zu kommen, um ihre – ohnehin durchzuführenden – internen Ermittlungen vor Beschlagnahme zu schützen.

In der Kritik an der Entscheidung des BVerfG sollte jedoch zumindest ein wenig Zurückhaltung gewahrt werden: Die Abwägung, mit der das BVerfG methodisch zu seinem Ergebnis kam, ist nachvollziehbar und begrüßenswert ausführlich. Insbesondere darf nicht vergessen werden, dass das BVerfG nur am Maßstab des Willkürverbots gemessen hat.

⁴² Statt vieler *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl. 2015, § 91 Rn. 57 m.w.N.

⁴³ *Fuhrmann*, NZG 2016, 881, 885 f.

⁴⁴ *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl. 2015, § 91 Rn. 57; *Wagner*, CCZ 2009, 8, 12.

⁴⁵ *Reichert*, in: FS Hoffmann-Becking (2013), 943, 953: nach deutschem Recht kein „efficient breach of law“.

⁴⁶ Das Ermessen der Unternehmensleitung erstreckt sich nur darauf, welche Maßnahme getroffen werden, nicht jedoch auf das „ob“ einer Ermittlung, vgl. *Fleischer*, NZG 2014, 321, 324. Ein Vorschlag zu den erforderlichen Maßnahmen in Abhängigkeit von Verdachtsgrad und Unternehmensgröße findet sich bei *Hauschka/Greeve*, BB 2007, 165, 173.

⁴⁷ Freilich gibt es auch Szenarien, in denen die internen Ermittlungen erst aufgrund der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens begonnen werden. Diese sind jedoch seltener und rechtlich weniger interessant.

⁴⁸ Vgl. LG Braunschweig, NStZ 2016, 308.

⁴⁹ Vgl. *Nestler*, in: Knierim/Rübenstahl/Tsambikakis, Internal Investigations, 2. Aufl. 2016, Kap. 1 Rn. 31.

⁵⁰ *Schrader/Thoms/Mahler*, NZA 2018, 965; *Mengel*, NZA 2017, 1494; *Greco/Caracas*, NStZ 2015, 7; *Dann/Schmidt*, NJW 2009, 1851.

⁵¹ S.o. Fn. 38.

⁵² Noch deutlicher *Dierlamm*, BRAK-Mitt. 2018, 204, der die Entscheidung des BVerfG wegen eines Abwägungsdefizits bzgl. des Geheimhaltungsinteresses von Mandanten als „inakzeptabel“ bezeichnet.

Man hätte aber durchaus erwarten können, dass das Gericht der oben geschilderten Selbstbelastungsproblematik mehr Aufmerksamkeit schenkt. Die Selbstbelastungsfreiheit⁵³ wird in der Entscheidung aber nicht einmal erwähnt. Stattdessen setzt sich das BVerfG begrifflich nur mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung auseinander. Zwar kann die Selbstbelastungsfreiheit, deren Begründung umstritten ist, auch an diesem Recht verortet werden.⁵⁴ Indem das BVerfG den allgemeinen Topos der informationellen Selbstbestimmung wählt, anstatt die Selbstbelastungsproblematik beim Namen zu nennen, scheint es sich aber bewusst einer schwierigeren Auseinandersetzung zu entziehen. Denn eine schlüssige Argumentation, warum Audi nicht – auf irgendeinem Wege – verfassungsrechtlichen Schutz vor Selbstbelastung verdient hätte, lässt sich kaum finden. Hätte die 3. Kammer den Konflikt mit der Selbstbelastungsfreiheit deutlich benannt, hätte sie Schwierigkeiten gehabt, mit einer plausiblen Begründung zum gleichen Ergebnis kommen zu können.

Es greift jedenfalls zu kurz, einen Verstoß gegen die Selbstbelastungsfreiheit mit einem pauschalen Verweis auf ein über zwanzig Jahre altes Urteil des BVerfG abzulehnen. Damals entschied der 1. Senat, dass die Selbstbelastungsfreiheit für juristische Personen als „bloße Zweckgebilde der Rechtsordnung“ nicht gelte.⁵⁵ Als Begründung führt er an, dass der Grundsatz vor allem in der Menschenwürde verortet sei, die auf juristische Personen freilich nicht anwendbar ist.⁵⁶ Das Aufrechterhalten derart binärer Lösungen von komplexen Sachverhalten hat sich allerdings nur selten als zielführend oder gar gerecht herausgestellt.

VII. Anknüpfungspunkte zur Würdigung der Selbstbelastungsfreiheit

Dabei gibt es zahlreiche Begründungsansätze für die Notwendigkeit eines Verwertungsverbots, das jedenfalls in Bezug auf eigene Aufarbeitungen der internen Ermittler Wirkung entfaltet:

Zunächst ist es verfassungsrechtlich möglich, die Selbstbelastungsfreiheit auf das Rechtsstaatsprinzip als überindividuelles Verfahrensprinzip zu stützen.⁵⁷ Ein Menschenwürdebezug ist also nicht zwingend erforderlich. Vielmehr gebietet es allein das Selbstverständnis eines aufrichtigen Rechtsstaates, sich auf dem Weg zur Sanktionierung gewisser Mittel zu enthalten.⁵⁸ Zur Aufrichtigkeit eines Rechtsstaats gehört dabei auch, dass er Rechtssubjekte, ob Mensch oder nicht, nicht zu Ermittlungen zwingt, die dann in einer Form abgegriffen werden, die existenzgefährdende Bußgelder nach sich ziehen kann.⁵⁹ In Zeiten, in denen Unternehmensgeldbußen oder Einziehungsanordnungen nur in wenigen Fällen unterhalb des fünfstelligen Bereichs liegen, gebietet es also schon die Aufrichtigkeit des Rechtsstaats, dass die Staatsanwaltschaft die zugegebenermaßen aufwändigen Ermittlungen selbst vornimmt.

Um dieses Argument noch zu stärken, kann und muss das Rechtsstaatsprinzip zusammen mit dem Recht auf ein faires Verfahren verstanden werden. Insbesondere die Ausprägung der Waffengleichheit bietet einen tauglichen Anknüpfungspunkt, um dem Staat das in Frage stehende Vorgehen zu untersagen.⁶⁰ Rechtsstaatsprinzip und Recht auf ein faires Verfahren sind nicht nur eng miteinander verwandt, sie wurden auch in genau dieser Kombination vom BGH herangezogen.⁶¹ Anders als für Art. 1 GG ist jedenfalls für Art. 6 EMRK anerkannt, dass das Recht auf ein faires Verfahren auch für juristische Personen gilt.⁶²

Ein weiterer Begründungsansatz, der an dieser Stelle nur angedeutet werden kann, fußt in der Eigentumsgarantie aus Art. 1 des Ersten Zusatzprotokolls zur EMRK.⁶³ In einer jüngeren Entscheidung⁶⁴ leitete der EGMR aus der Eigentumsgarantie her, dass auch ein Nebenbeteiligungsverfahren gewissen Verhältnismäßigkeitsabwägungen standhalten muss.⁶⁵ Hier war ein Unter-

⁵³ Oder eine vergleichbare Bezeichnung für den Sachkomplex, siehe *Haeusermann*, Der Verband als Straftäter und Strafprozesssubjekt, S. 327.

⁵⁴ *Haeusermann*, Der Verband als Straftäter und Strafprozesssubjekt, S. 339, der den Gedanken auf *Nothelfer* zurückführt, letztendlich aber verwirft.

⁵⁵ BVerfG, NJW 1997, 1841, 1843.

⁵⁶ BVerfG, NJW 1997, 1841, 1844.

⁵⁷ Ausführlich zu diesem Verständnis *Haeusermann*, Der Verband als Straftäter und Strafprozesssubjekt, S. 341 f. m.w.N.; im Kontext interner Ermittlungen *Jahn/Kirsch* NZWiSt 2018, 28, 31; *Jahn/Schmitt-Leonardy/Schoop*, wistra 2018, 27, 30 („Verfahrensgrundrecht auf Verteidigung“).

⁵⁸ *Haeusermann*, Der Verband als Straftäter und Strafprozesssubjekt, S. 342.

⁵⁹ Vgl. *Jahn/Kirsch*, NZWiSt 2013, 28, 31; *Weiler*, NJOZ 2017, 266, 267.

⁶⁰ *Jahn/Schmitt-Leonardy/Schoop*, wistra 2018, 27, 30 m.w.N.

⁶¹ BGH, NJW 1974, 1570, 1571.

⁶² *Gaede*, in: MüKo-StPO, 1. Aufl. 2018, Art. 6 EMRK Rn. 39 m.w.N.

⁶³ Ausführlich zum Schweigerecht der juristischen Person als Nebenbeteiligte vor dem Hintergrund der EMRK *Mingio*, wistra 2003, 121, 126 ff.

⁶⁴ Zur Bindungswirkung der Entscheidungen des EGMR und „Hochzonen“ der EMRK *Breuer*, in: Karpenstein/Mayer, EMRK, 2. Aufl. 2015, Art. 46 Rn. 48 m.w.N.

⁶⁵ EGMR v. 20.1.2009 – 75909/01 (*Sud Fondi et al. v. Italien*).

nehmen gegen eine Beschlagnahme von Grundstücken und Gebäuden vorgegangen, die letztlich auf behördliche Fehler zurückzuführen war. Anders als im Sachverhalt, den der EGMR entschieden hat, findet bei der Bebußung eines Unternehmens zwar kein unmittelbarer Entzug einer körperlichen Eigentumsposition statt. Der autonome Eigentumsbegriff von Art. 1 des Ersten Zusatzprotokolls zur EMRK ist jedoch nicht auf Sachen beschränkt. Vielmehr können auch Rechte und Interessen mit Vermögenswert erfasst sein.⁶⁶ In Hinblick auf die erhebliche wirtschaftliche Bedeutung von Unternehmensgeldbußen erscheint es gut möglich, dass auch dieser Sanktionierungsprozess von Unternehmen durch Bußgelder verhältnismäßig im Sinne der EMRK sein muss – nicht zuletzt, weil eine existenzgefährdende Bebußung das Unternehmen als Ganzes gefährdet. In dieser Verhältnismäßigkeitsprüfung läge dann ein weiteres Einfallstor für die notwendigen Erwägungen zur Selbstbelastungsfreiheit.⁶⁷

VIII. Unterlagen interner Ermittlungen müssen differenziert behandelt werden

Eine Lösung des Beschlagnahmedilemmas am Maßstab der Selbstbelastungsfreiheit hat dann einen entscheidenden Vorteil: Anders als der Maßstab des BVerfG, nach dem die Verfahrensposition des Unternehmens entscheidend ist, erlaubt diese Lösung sachbezogene Differenzierungen, die für eine zweckmäßige Regelung der Beschlagnahmefreiheit unabdingbar sind und sich an der Betroffenheit der Selbstbelastungsfreiheit orientieren. Das geltende Recht sieht diese Differenzierungen zwar in gewissem Umfang vor.⁶⁸ Sie werden aber von der zeitlichen Ebene, die das BVerfG nun in den Vordergrund gestellt hat, überschattet. Anders gesagt: Wenn ein Unternehmen im Rahmen interner Ermittlungen hochinkriminierende Unterlagen erstellen lässt, eine beschuldigtenähnliche Stellung aus zeitlicher Sicht aber nicht angenommen werden kann, verbleibt kein Raum, den nötigen Beschlagnahmeschutz zu begründen. Das BVerfG hatte bei seiner Prüfung aus verfassungsrechtlicher Sicht die Möglichkeit, diesen Verletzungen der Selbstbelastungsfreiheit einen Riegel vorzuschieben. Diese Chance hat es leider versäumt, sodass nun noch zu hoffen bleibt, dass der Gesetzgeber es besser macht.

Bezüglich der eigenen Aufarbeitungen interner Ermittler greift außerdem auch das – ohnehin deplatzierte⁶⁹ – „Safehouse-Argument“ des BVerfG nicht: Enthält ein Unternehmen dem Staat diese inkriminierenden Aufarbeitungen vor, kann man nicht davon sprechen, dass für die Strafverfolgung *erforderliche* Dokumente missbräuchlich beiseitegeschafft werden.⁷⁰ Vielmehr unterlässt es das Unternehmen lediglich, dem Staat *nützliche* Informationen bereitzustellen. Selbstverständlich muss auch dieser Ansatz schwierige Grenzziehungen bewerkstelligen, wie am Beispiel von Interviewprotokollen deutlich wird: Sie sind inhaltlich wohl zwischen „Rohmaterial“ und eigener Aufarbeitung zu verorten. Für einen weitgehenden Beschlagnahmeschutz spricht aber nicht zuletzt, dass auch Interviews von den Staatsanwaltschaften nachgeholt werden können. Es besteht damit keine Gefahr des endgültigen Entzugs von Beweismaterial für die Strafverfolgung.

IX. Schlussfolgerungen aus Compliance-Perspektive

Beim Versuch, die Beschlagnahmeproblematik zu lösen, darf auch das eigentliche Ziel der Compliance-Pflicht von Unternehmen nicht aus den Augen verloren werden. Die große Bedeutung von Compliance im deutschen Recht geht auf die Überzeugung zurück, dass Compliance ein effektiver Mechanismus ist, um Kriminalität, die aus Unternehmen heraus begangen wird, zu begrenzen.⁷¹ Dieses Ziel ist – bei genauer Betrachtung – durchaus gefährdet. Wenn man sich von

⁶⁶ Meyer-Ladewig/von Raumer, in: HK-EMRK, 4. Aufl. 2017, Zusatzprotokoll zur EMRK, Art. 1 Rn. 11.

⁶⁷ Zum relevanten Verhältnismäßigkeitsbegriff siehe Grabenwarter/Pabel, EMRK, 6. Aufl. 2016, § 18 Rn. 14 ff.

⁶⁸ So hat etwa das LG Stuttgart jüngst in erfreulicher Ausführlichkeit geprüft, ob die bei der Kanzlei Gibson Dunn sichergestellten Dokumente als Verteidigungsunterlagen geschützt sind, LG Stuttgart, wistra 2018, 402, 406 f. Dieses „Einfallstor“ für differenzierende Erwägungen kommt im Compliance-Kontext regelmäßig nicht ausreichend zum Zuge. Grund dafür ist wohl die Rechtsprechung des BGH, wonach nur solche Unterlagen als Verteidigungsunterlagen in Frage kommen, die unmittelbar der Verteidigung dienen, BGH, NJW 1973, 2035. Hier werden also Unterschiede zwischen klassischer Strafverteidigung und internen Ermittlungen gemacht, obwohl die jeweilige Sachverhaltsaufklärung nahezu deckungsgleich ist, kritisch dazu auch Pelz, CCZ 2018, 211, 213 f.

⁶⁹ Die Befürchtung, dass ein weitreichender Beschlagnahmeschutz Rechtsanwälten die Türe zum missbräuchlichen Beiseiteschaffen von Unterlagen stellt, hat zu Recht heftige Kritik erfahren: Lilie-Hutz/Ihwas, NZWiSt 2018, 349, 352; Wostry, NZWiSt 2018, 356, 358; Dierlamm, BRAK-Mitt 2018, 204; Graßie/Hiéramente, BB 2018, 2051, 2052.

⁷⁰ So aber BVerfG, NJW 2018, 2385, 2389 (Rn. 91).

⁷¹ Vgl. Nestler, in: Knierim/Rübenstahl/Tsambikakis, Internal Investigations, 2. Aufl. 2016, Kap. 1 Rn. 31; eine Übersicht zu den Compliance-Zwecken aus Perspektive von Unternehmen und Staat findet sich bei Rotsch, in: Criminal Compliance, 1. Aufl. 2015, § 1 Rn. 42 ff.

einer eher theoretischen Aufarbeitung wie der von *Oesterle*⁷² emanzipiert und stattdessen Realitäten der menschlichen Entscheidungsfindung berücksichtigt, so muss man eingestehen, dass sich Entscheidungsträger einer wirksamen Compliance-Kultur verschließen könnten, weil sie die Beschlagnahme von Dokumenten und die anschließende Sanktionierung des Unternehmens befürchten.⁷³ Ein solches Verhalten der Unternehmensleitung mag zwar haftungs- und strafrechtlich nicht sinnvoll sein.⁷⁴ Gerade, wenn Strafverfolgung, Bebußung oder Einziehung drohen, wirken sich Befürchtungen aber häufig stärker auf die Entscheidungsfindung aus, als es die (haftungs- oder gar strafrechtliche) Vernunft tut. Anders gesagt: Angst ist zwar ein schlechter Ratgeber, aber einer, der laut ruft.

Auf eine ähnlich psychologische Argumentation – freilich mit dem umgekehrten Ergebnis – hat übrigens auch das BVerfG zurückgegriffen: Wenn die 3. *Kammer* mit dem „Safehouse-Argument“⁷⁵ befürchtet, dass Unternehmen und Rechtsanwälte den Beschlagnahmeschutz bewusst zum Beiseiteschaffen von Unterlagen nutzen könnten, sollte sie noch besorgter sein, dass aus Angst vor Beschlagnahmen keine gründlichen internen Ermittlungen durchgeführt werden könnten. Möchte man interne Ermittlungen als zentralen Mechanismus einer effektiven Compliance schützen, so kommt man an einem Beschlagnahmeschutz der erstellten Dokumente nicht vorbei. Weil das BVerfG diesen Aspekt übergangen hat, kann man zurecht bemängeln, wie das BVerfG die Augen vor der Wirtschaftsrealität verschließt.⁷⁶

X. Schlussfolgerungen *de lege ferenda*

Man wird die Entscheidung des BVerfG – jedenfalls zwischen den Zeilen – auch als Appell an den Gesetzgeber interpretieren dürfen. Nachdem also das BVerfG versäumt hat, sich mit der Selbstbelastungsfreiheit auseinanderzusetzen, bleibt zu hoffen, dass der Gesetzgeber dies mit einer Neuregelung zur Beschlagnahmefreiheit bei internen Ermittlungen nachholt.⁷⁷ Im Rahmen des von vielen erwarteten Unternehmensstrafrechts wird sich der Gesetzgeber zu dieser Frage ohnehin positionieren müssen.⁷⁸

Dabei ist wichtig, dass der Gesetzgeber nicht an seinem früheren Verständnis zur Selbstbelastungsfreiheit festhält. So findet man in den Gesetzgebungsmaterialien zur GWB-Novelle ebenfalls noch den pauschalen Verweis, dass die Selbstbelastungsfreiheit für juristische Personen nicht gelte.⁷⁹ Dieses Verständnis mag im konkreten Kontext der GWB-Novelle nicht zu beanstanden gewesen sein.⁸⁰ Es genügt aber nicht, um das Compliance-Dilemma in den Griff zu bekommen. Den Gesetzgeber trifft nämlich die Pflicht, die Funktionstüchtigkeit der Rechtspflege zu beobachten und neuen Entwicklungen im Strafprozess Rechnung zu tragen.⁸¹ Zu diesen neuen Entwicklungen zählt insbesondere das geltende Quasi-Unternehmensstrafrecht, als dessen Kehrseite auch ein erhöhter Verfahrensschutz verstanden werden muss.⁸²

Im Ergebnis bedeutet das: Das deutsche Strafprozessrecht benötigt dringend ein normiertes Beweisverwertungsverbot im Kontext interner Ermittlungen.⁸³ Dabei müssen Erwägungen zum Ausmaß der Selbstbelastung im Zentrum stehen. Jedenfalls eigenständige inkriminierende Aufarbeitungen durch interne Ermittler müssen vor Beschlagnahme durch Ermittlungsbehörden geschützt sein. Im Steuer- und Insolvenzstrafrecht haben sich mit § 393 Abs. 2 S. 1 AO und § 97 Abs. 1 S. 3 InsO bereits parallel strukturierte Normen etabliert, ohne dass die Wahrheitsfindung dort aufgegeben worden wäre.⁸⁴ Nun muss im Zuge der im Koalitionsvertrag angekündigten gesetzlichen Regelungen zu internen Ermittlungen ein weiteres Beweisverwertungsverbot folgen.

⁷² *Oesterle*, Die Beschlagnahme anwaltlicher Unterlagen und ihre Bedeutung für die Compliance-Organisation von Unternehmen, S. 146 ff.

⁷³ So auch *Jahn/Kirsch*, NZWist 2013, 28, 31; *Frank/Vogel*, NSTZ 2017, 313, 319 f.

⁷⁴ *Oesterle*, Die Beschlagnahme anwaltlicher Unterlagen und ihre Bedeutung für die Compliance-Organisation von Unternehmen, S. 147.

⁷⁵ BVerfG, NJW 2018, 2385, 2389 (Rn. 91).

⁷⁶ Vgl. *Lilie-Hutz/Inwas*, NZWist 2018, 349, 350; *Kubiciel*, jurisPR-StrafR 16/2018 Anm. 1.

⁷⁷ Vgl. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD für die 19. Legislaturperiode S. 126.

⁷⁸ § 18 des Kölner Entwurfs eines Verbandssanktionengesetzes geht von der Geltung der Selbstbelastungsfreiheit aus, *Henssler/Hoven/Kubiciel/Weigend*, NZWist 2018, 1, 4, 10.

⁷⁹ BT-Ds. 17/9852 S. 35.

⁸⁰ Der im Zuge der GWB-Novelle eingeführte § 81a GWB a.F. (heute § 81b Nr. 1-4 GWB) bezog sich auf „tatferne“ Informationen, die nur zur Bemessung der Höhe einer Geldbuße erforderlich waren. Bei der Beschlagnahme von Unterlagen aus internen Ermittlungen werden jedoch Informationen gesammelt, die eine Geldbuße überhaupt erst ermöglichen.

⁸¹ *Landau*, NSTZ 2007, 121.

⁸² Vgl. *Momsen/Grützner*, CCZ 2017, 242, 243 f.

⁸³ So jüngst auch *Wostry*, NZWist 2018, 356, 359.

⁸⁴ Freilich ist dort der Umfang des Beweisverwertungsverbots nicht unumstritten, siehe *Laroche*, ZinsO 2017, 1245, 1254 m.w.N.

XI. Schlussfolgerungen für Strafverteidiger und Fachgerichte

Bis es zu einer neuen gesetzlichen Regelung kommt, ist aber insbesondere eines zu wünschen: Weder Unternehmensverteidiger noch Fachgerichte dürfen die Entscheidung des BVerfG als Freischein für die Staatsanwaltschaften interpretieren. Auch muss vermieden werden, dass Gerichte eine Beschlagnahmefreiheit vorschnell mit dem Argument ablehnen, dass das Unternehmen ein Ermittlungsverfahren „lediglich befürchte“. Wie oben gezeigt, lassen sich in vielen denkbaren Szenarien noch Begründungsansätze finden, warum über die Befürchtung eines Ermittlungsverfahrens hinaus objektive Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Befürchtung auch begründet ist. Auch wenn Verteidiger hinter vorgehaltener Hand teilweise von einem „Bären dienst“ des BVerfG sprechen, wird auch zukünftig jede konkrete Durchsuchungs- und Beschlagnahmesituation genau zu prüfen sein. Das LG Stuttgart hat mit seiner – vom BVerfG wohl zeitlich bedingt nicht aufgegriffenen – Entscheidung einen begrüßenswert differenzierenden Weg eingeschlagen. Unternehmensverteidigung und Fachgerichte tun gut daran, diesen Weg weiter zu beschreiten, um zu vermeiden, dass Beschlagnahmen im Rahmen interner Ermittlungen ausufern.