

# Rechtssicherheit für interne Ermittlungen

Mini-Roundtable Compliance mit Beteiligung von:



Prof. Dr. Michael Kubiciel,  
Universität Augsburg

Michael Loer,  
Schwerpunktstaatsanwaltschaft für  
Wirtschaftsstrafsachen Frankfurt a. M.

Dr. Rainer Markfort,  
DICO

Prof. Dr. Bartosz Makowicz,  
Viadrina Compliance Center

Interne Ermittlungen, auch als sog. „internal investigations“ bekannt, spielen im Rahmen eines effektiven Compliance-Management-Systems (CMS) eine erhebliche Rolle. Nicht nur nach der Rechtsprechung, sondern auch, um Vorfälle möglichst früh aufzuklären und entsprechend reagieren zu können, sollten Unternehmen den Verdachtsfällen nachgehen. Hierzu werden u.a. Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter befragt (sog. Mitarbeiter-Interviews), Schriftstücke, Email- und sonstige Korrespondenz ausgewertet und andere investigative Maßnahmen eingesetzt. Im Wesentlichen unterscheiden sich diese Praktiken jedoch von den öffentlichen Ermittlungen, die durch die Staatsanwaltschaft geführt werden, darin, dass in dem Bereich private Ermittler eingesetzt werden. Interne Ermittlungen haben mangels einer rechtlichen Regelung in der letzten Zeit zu vielen kontroversen Diskussionen geführt. So haben etwa diverse Gerichte, nicht zuletzt das BVerfG in seinem Urteil vom 6.7.2018, unterschiedlich zur Frage der Möglichkeit der Beschlagnahme von im Zuge interner Ermittlungen zusammengestellten Akten Stellung bezogen. Um der in dem Bereich bestehenden

Rechtsunsicherheit ein Ende zu setzen, einigte sich die große Koalition im aktuellen Koalitionsvertrag darauf, für den Bereich und insbesondere mit Blick auf beschlagnahmte Unterlagen und Durchsuchungsmöglichkeiten gesetzliche Vorgaben zu schaffen und zugleich Anreize zur Aufklärungshilfe und Offenlegung zu setzen. Über die aktuellen Entwicklungen und Herausforderungen sprechen wir im Dialog mit den Compliance-Experten Professor Dr. Michael Kubiciel, Inhaber des Lehrstuhls für Deutsches, Europäisches und Internationales Straf- und Strafprozessrecht, Medizin- und Wirtschaftsstrafrecht an der Universität Augsburg, Michael Loer, Oberstaatsanwalt an der Schwerpunktstaatsanwaltschaft für Wirtschaftsstrafsachen Frankfurt a.M. und Dr. Rainer Markfort, Vorstandsmitglied bei DICO und Partner bei Dentons Europe LLP. Einführung und Moderation durch Professor Dr. Bartosz Makowicz.

**Prof. Dr. Bartosz Makowicz:** Liebe Herren, lassen Sie uns etwas ungewöhnlich anfangen und zunächst schauen, wie die Themen dort behandelt werden, von wo sie stammen, nämlich in den USA. Herr Markfort, wie wichtig sind private interne Ermittlungen in den USA, welche Rolle spielen sie für ein effektives CMS?

**Dr. Rainer Markfort:** In den USA gehören interne Untersuchungen seit Jahrzehnten zur Compliance-Praxis und sind im Gegensatz zu Deutschland kein neues Phänomen. Der Grund dafür dürfte unter anderem darin liegen, dass es ein echtes Unternehmensstrafrecht gibt, mit dem es US-Ermittlern des Justizministeriums (DoJ) oder der Börsenaufsicht (SEC) möglich ist, strafrechtlich gegen Unternehmen vorzugehen. Eine Rechtsgrundlage dafür bietet das US-amerikanische Anti-Korruptionsrecht, der Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) aus dem Jahre 1977. Das US-System verlangt von Unternehmen die Aufklärung von Rechtsverstößen und es verlangt Maßnahmen zur Vermeidung solcher Verstöße. Kann ein Unternehmen ein effektives CMS vorweisen oder implementiert es ein CMS parallel zur Aufklärung der Verstöße, so wird das in den USA bei der Bemessung der Sanktionen berücksichtigt und führt zu einer Reduzierung von Strafzahlungen.

**Prof. Dr. Bartosz Makowicz:** *Herr Loer, ganz kurz, bevor wir mit dem eigentlichen Thema fortfahren: Halten Sie das von Herrn Markfort angesprochene Konzept für richtig, künftig Anreize durch die Möglichkeit der Offenlegung von ermittelten Unregelmäßigkeiten zu setzen?*

**Michael Loer:** Schon jetzt besteht die Möglichkeit, von der auch in der Praxis regelmäßig Gebrauch gemacht wird, bei der Festsetzung von Unternehmensgeldbußen das Verhalten der Unternehmen im Ermittlungsverfahren und damit auch die Offenlegung von aus dem Unternehmen heraus begangenen Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten zu honorieren, im Einzelfall bis hin zu einem Absehen von einer Ahndung. Gerade wenn in einem zukünftigen Unternehmenssanktionsrecht das zurzeit geltende Opportunitätsprinzip durch das Legalitätsprinzip ersetzt wird, kann eine nähere gesetzliche Regelung für die Unternehmen zu mehr Rechtssicherheit führen und damit die Motivation der Unternehmen, der Staatsanwaltschaft Gesetzesverstöße ihrer Verantwortlichen und Mitarbeiter zu offenbaren, erhöhen. Darüber hinaus wäre eine bundesweite Regelung geeignet, unter den Staatsanwaltschaften und Gerichten eine einheitlichere Handhabung zu gewährleisten.

**Prof. Dr. Bartosz Makowicz:** *Die Anreizmodelle haben sich bereits in vielen Ländern bewährt und eine ähnliche Lösung wird möglicherweise auch in Deutschland eingeführt. Lassen Sie uns aber erst einmal zurück zum Thema kommen. Interne Ermittlungen haben zwar ihren Ursprung in den USA, inzwischen sind sie aber auch in den deutschen Konzernen zur gängigen Praxis geworden. Mir stellt sich die Frage, wie nun das Verhältnis zu den staatlich geführten Ermittlungen ist? Herr Loer, sie ermitteln ebenfalls, jedoch nicht als ein privater, sondern ein staatlicher Ermittler. Betrachten Sie die inzwischen gängige Praxis, intern und privat zu ermitteln oder ermitteln zu lassen, als für die staatlichen Ermittlungen nützlich oder eher einen Störfaktor?*

**Michael Loer:** Diese Frage lässt sich nicht allgemein beantworten. Einerseits können eigene Ermittlungen von Unternehmen die Arbeit der gerade in Großverfahren schnell an ihre personellen Grenzen stoßenden Ermittlungsbehörden unterstützen und deren Ermittlungen fördern, andererseits tragen die internen Untersuchungen regelmäßig die Gefahr in sich, die staatlichen Ermittlungen zu beeinträchtigen oder gar die Täter oder interessierte Dritte

zur Vernichtung oder Manipulation von Spuren zu veranlassen und den Beweiswert von Zeugenaussagen und Einlassungen von Beschuldigten zu vermindern.

**Prof. Dr. Bartosz Makowicz:** *Die privaten Ermittlungen sind somit offensichtlich mit vielen Risiken behaftet. Aus der Sicht der privaten Ermittler gehört es zu den Risiken auch, dass die im Zuge der Ermittlungen gewonnenen Akten beschlagnahmt werden. Dazu kommen wir aber noch gleich. Abgesehen davon liegt es aber eigentlich auf der Hand, dass gerade aufgrund der vielen Risiken die Art und Weise und Umfang der privaten Ermittlungen rechtlich geregelt sind. Von vielen Seiten wird aber genau das Gegenteil behauptet. Lieber Herr Kubiciel, Sie befassen sich mit den Fragen aus wissenschaftlicher Perspektive: Bewegen sich interne Ermittler derzeit in einem völlig rechtsfreien Raum, wenn sie interne Ermittlungen durchführen?*

**Prof. Dr. Michael Kubiciel:** Das lässt sich zum Glück so nicht sagen, da es ja ganz unterschiedliche Regeln gibt, die zu beachten sind: namentlich solche des Arbeits- und Gesellschaftsrechts. Das Problem ist aber, dass die deutschen Regeln, die für interne Untersuchungen gelten, nicht auf interne Untersuchungen zugeschnitten sind und daher auch den Besonderheiten nicht Rechnung tragen können.

**Prof. Dr. Bartosz Makowicz:** *Und wie sieht es, lieber Herr Markfort, in den USA aus? Ist der Bereich der internen Ermittlungen dort rechtlich (Rechtsprechung und Gesetz) geregelt?*

**Dr. Rainer Markfort:** Ja, sowohl in materieller als auch prozessualer Hinsicht. Es gibt entsprechende Bundesgesetze und Gesetze

auf Ebene der einzelnen Staaten und es gibt eine ausgeprägte Verfolgungs- und Sanktionspraxis. Allerdings gibt es kaum Rechtsprechung, denn die meisten Ermittlungen gegen Unternehmen werden durch Vollstreckungsvergleiche beendet. Die staatlichen Stellen geben Anwendungshinweise. Zu nennen sind hier beispielsweise die U.S. Sentencing Guidelines, die vom Justizministerium entwickelten Grundsätze (United States Attorneys Manual, Title 9, Chapter 9-28.000, 2013) oder die anhand des Johnson & Johnson-Verfahrens entwickelten Grundsätze für sog. US-Enforcement Actions.

**Prof. Dr. Bartosz Makowicz:** *Kommen wir nun zurück zur Lage in Deutschland: Wie Herr Kubiciel erwähnte, bestehen viele Regelungen, doch einerseits keine konsolidierte Fassung und auch das Problem, dass diese nicht auf den Bedarf der internen Ermittlungen zugeschnitten sind. Jedenfalls besteht wohl ein Handlungsbedarf des Gesetzgebers: Welche Bereiche und welche nicht sollten nach Ihrer Meinung, Herr Kubiciel, gesetzlich geregelt werden? Wo sehen Sie den dringendsten Regelungsbedarf?*

**Prof. Dr. Michael Kubiciel:** Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die intern befragt werden, sollten über ihre Rechte aufgeklärt werden müssen; das ist leider nicht immer der Fall. In Fällen, in denen schwerwiegende Verfehlungen aufgeklärt werden sollen, müsste ihnen auch gestattet werden, einen Zeugenbeistand hinzuziehen, jedenfalls dann, wenn es sich um einen „interessanten Zeugen“ handelt, bei dem arbeitsrechtliche Folgen oder gar staatsanwaltliche Ermittlungen nicht ausgeschlossen sind. Daneben tritt der viel diskutierte Aspekt, inwieweit Behörden die Ergebnisse





interner Untersuchungen beschlagnahmen und auswerten und ggfs. gegen individuelle Beschuldigte und das Unternehmen verwenden dürfen.

**Prof. Dr. Bartosz Makowicz:** *Zu der umstrittenen Beschlagnahme kommen wir noch. Lassen Sie uns aber noch bei dem grundsätzlichen Bedarf bleiben. Wie sieht die Lage die Staatsanwaltschaft? Besteht aus der Sicht eines Staatsanwalts, lieber Herr Loer, überhaupt der Bedarf nach einer gesetzlichen Regelung für private Ermittlungen?*

**Michael Loer:** Soweit man eine gesetzliche Regelung hier überhaupt für erforderlich hält, besteht ein Bedarf sicher primär in arbeitsrechtlichen Fragen, insbesondere betreffend das Spannungsverhältnis zwischen den Mitwirkungspflichten der Arbeitnehmer einerseits und den Arbeitnehmerschutzrechten andererseits. Die Grenzen für die Zulässigkeit privater im Unterschied zu den staatlichen Ermittlungen ergeben sich weitgehend bereits aus den bestehenden gesetzlichen Regelungen, insbesondere aus den Ausprägungen des staatlichen Gewaltmonopols einerseits und den prozessualen Reaktions- und der materiell-rechtlichen Sanktionsmöglichkeiten der Justiz. Die Verantwortlichen der Unternehmen sind zwar gut beraten, ihren internen Ermittlern in dem sich daraus ergebenden Rahmen klare Vorgaben für ihre Tätigkeit zu machen und diese unter Umständen auch überwachen zu lassen, eine gesetzliche

Regelung hierfür sehe ich jedoch weder für erforderlich noch für sinnvoll an. Für mehr Rechtssicherheit könnte allerdings ggf. eine Regelung für die in der Literatur und zwischen den verschiedenen Gerichten umstrittene Frage der Verwertbarkeit von Ergebnissen privater Ermittlungen, insbesondere von Befragungen von Beschuldigten, im staatlichen Ermittlungsverfahren zu treffen.

**Prof. Dr. Bartosz Makowicz:** *Und damit landen wir wieder bei dem wohl umstrittensten Punkt, wenn es um interne Ermittlungen geht: Die Beschlagnahme von Akten. Hierzu gab es in Deutschland diverse in sich widersprüchliche Urteile. Wie kann dies erklärt werden?*

**Prof. Dr. Michael Kubiciel:** Ganz einfach: Die Rechtslage ist nicht eindeutig, weil die Verfahrensvorschriften der StPO, aber auch des OWiG nicht auf dieses neue Phänomen zugeschnitten sind. Ermittlungen gegen Unternehmen und interne Untersuchungen gab es in dieser Form nicht, als die Regeln der StPO und des OWiG geschaffen wurden. Daher stößt das geltende Recht in vielen Fragen an die Grenzen seiner Erklärungskraft.

**Prof. Dr. Bartosz Makowicz:** *Hat das Urteil des BVerfG v. 6.7.2018 insofern für Klarheit gesorgt?*

**Prof. Dr. Michael Kubiciel:** Jedenfalls insoweit, dass die Rechtsauffassung der StA

München II und des Amts- und Landgerichts München verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden sind. Die geltende Rechtslage wird aber meines Erachtens den Besonderheiten von Ermittlungen in und gegen Unternehmen nicht gerecht, daher sollte der Gesetzgeber aktiv werden. Die geltende Rechtslage wird aber meines Erachtens den Besonderheiten von Ermittlungen in und gegen Unternehmen nicht gerecht, daher sollte der Gesetzgeber aktiv werden.

**Prof. Dr. Bartosz Makowicz:** *Wenn wir das Thema der Verwertbarkeit nun belassen und uns kurz bei der Theorie aufhalten. Herr Kubiciel, man spricht in dem Bereich auch von der Kommerzialisierung der hoheitlichen Aufgaben oder gar Umgehung der Prozessrechte. Kann dies z.B. mit anderen Bereichen, etwa der Durchführung von Sicherheitskontrollen an Flughäfen durch private Sicherheitsdienste, verglichen werden? Ist eine solche Tendenz richtig?*

**Prof. Dr. Michael Kubiciel:** Das halte ich nicht für einen zulässigen und aussagekräftigen Vergleich. Die Tätigkeit der Staatsanwaltschaften und Gerichte wird durch interne Ermittler ja nicht „outsourcet“ oder funktional ersetzt. Von einer Umgehung der Prozessrechte kann man nicht sprechen, da interne Ermittler ja nicht an das Strafverfahrensrecht gebunden sind, und die Staatsanwaltschaften interne Ermittlungen nicht gezielt einsetzen, um die Grenzen ihrer eigenen Ermittlungsmöglichkeiten zu

umgehen. Es sind schlicht zwei verschiedene Tätigkeiten, wobei die internen Ermittlungen die Frage aufwerfen, ob sie hinreichend reguliert sind.

**Prof. Dr. Bartosz Makowicz:** *Wesentliche Unterschiede liegen sicherlich auch in der Arbeitsmethode sowie den Grundsätzen, an die Staatsanwälte, wohl aber nicht private Ermittler gebunden sind. So etwa muss ein Staatsanwalt in alle Richtungen ermitteln. Lieber Herr Loer, wenn Sie eine private Ermittlungsakte von einem Unternehmen erhalten, in der ein Mitarbeiter des Unternehmens belastet wird, wie intensiv würden Sie in der Regel noch in die Gegenrichtung ermitteln?*

**Michael Loer:** Die Verpflichtung der Staatsanwaltschaft, alle für und gegen die Beschuldigten sprechenden Umstände zu ermitteln, gilt selbstverständlich auch dann, wenn der Anfangsverdacht bei der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens auf internen Untersuchungen eines Unternehmens beruht oder Ergebnisse der privaten Ermittler in ein laufendes Ermittlungsverfahren eingespeist werden. Selbst wenn die privaten Ermittlungen nach der Aktenlage einen Sachverhalt bereits vermeintlich oder tatsächlich vollständig aufgeklärt haben, ist es Aufgabe der Staatsanwaltschaft, durch eigene Ermittlungen die Ergebnisse der privaten Ermittler zumindest zu überprüfen. Insbesondere müssen natürlich die Beschuldigten Gelegenheit erhalten, sich zu den sie belastenden Ergebnissen zu äußern und ggf. weitere Ermittlungen der Staatsanwaltschaft anzustoßen.

**Prof. Dr. Bartosz Makowicz:** *Und eben das muss ja nicht im Falle der privaten Ermittlungen immer so erfolgen. Private Ermittler haben oft diverse Ausbildung, es gibt keine einheitlichen Regeln für die Art und Weise oder die Methodik der Führung solcher Ermittlungen, von einheitlichen Standards kann gar nicht die Rede sein. Was sind nach Ihrer Erfahrung, wenn wir nun die Seite der privaten Ermittler hören, die größten Herausforderungen der internen Ermittlungen in der Praxis? Entstehen hier vielleicht manchmal Interessenkonflikte?*

**Dr. Rainer Markfort:** Die Interessen des Mandanten, nämlich diejenigen des Unternehmens zu wahren. Klingt banal, ist es aber nicht: Denn das richtig verstandene Unternehmensinteresse ist gerade in Compliance-Fällen nicht immer identisch mit dem Interesse der Unternehmensvertreter, das von persönlicher Betroffenheit geprägt sein kann. Auf der anderen Seite erleben wir, dass auf Internal Investigations spezialisierte US-Anwälte mehr um ihr Standing beim DoJ besorgt sind als darum, bei der Sachverhaltsaufklärung auch – und insbesondere – diejenigen Aspekte zu berücksichtigen, die den Mandanten entlasten. Manche Unternehmen fühlen sich daher durch die von ihnen mandatierten Anwälte verraten – und beauftragen eine weitere Kanzlei.

Eine der größten Herausforderungen aber besteht wohl darin, das richtige Maß zwischen notwendig umfassender Aufklärung der Vorwürfe und einer

überschießenden und ausufernden Untersuchung zu finden. Das verlangt Augenmaß und Mut von den beteiligten Anwälten, denn im US-System ist der einzelne Anwalt persönlich dafür verantwortlich, dass sein Mandant die Wahrheit sagt, und zwar vollständig. Es ist nicht in erster Linie das Honorarinteresse, das US-Anwälte treibt, sondern die Angst die Lizenz zu verlieren.

**Prof. Dr. Bartosz Makowicz:** *Und welche Herausforderungen sieht ein Staatsanwalt, lieber Herr Loer, aufgrund Ihrer Erfahrung mit der Zusammenarbeit mit privaten Ermittlern?*

**Michael Loer:** Für die Staatsanwälte besteht die zentrale Herausforderung darin, einerseits die Arbeit der internen Ermittler für ihre eigenen Ermittlungen zu nutzen und gleichzeitig sicherzustellen, dass die Objektivität und der Erfolg der eigenen Ermittlungen im Sinne einer möglichst umfassenden (ergebnisoffenen) Aufklärung der Verdachtsfälle nicht gefährdet und der Beweiswert ihrer Ermittlungsergebnisse nicht beeinträchtigt wird. Dies kann am besten dann gewährleistet werden, wenn die Tätigkeit der privaten Ermittler mit den Ermittlungsbehörden im Rahmen des gesetzlich Zulässigen abgestimmt wird.

**Prof. Dr. Bartosz Makowicz:** *Liegt Ihnen, lieber Herr Markfort, etwas besonders am Herzen, was in Sachen private Ermittlungen Deutschland von den USA lernen sollte?*

**Dr. Rainer Markfort:** Das Rechtssystem in den USA unterscheidet sich in wesentlichen Punkten von unserem. Daher lassen sich Modelle nicht einfach übertragen. Die Ausgangslage ist aber in beiden Ländern dieselbe: Staatliche Ermittlungsbehörden sind mit ihren personellen und fachlichen Ressourcen gar nicht in der Lage, schwierige und häufig internationale Sachverhalte in komplexen Organisationen aufzuklären. Dies hat man in den USA schon früh erkannt und die richtigen Schlüsse daraus gezogen: Von den Unternehmen selbst wird verlangt mit Hilfe externer Experten (Forensikern und Anwälten) die Sachverhalte aufzuklären und an die Behörden zu berichten. Auch in Deutschland gibt es – außerhalb der Strafverfolgung – Bereiche, in denen sich die Justiz externer Experten bedient. So sind Insolvenzverwalter meist Anwälte, die unter der Aufsicht des Gerichts arbeiten. Und im Insolvenzrecht hat man mit der Einführung des Insolvenzplans gezeigt, dass sich Konzepte aus dem US-Recht übernehmen lassen. Das Bundesjustizministerium wird auch bei den Arbeiten zum Unternehmensstrafrecht gut daran tun, einen Blick über den Atlantik zu werfen.

**Prof. Dr. Bartosz Makowicz:** *Liebe Herren, vielen Dank für das Gespräch!*