

Die Herausbildung normativer Orientierungsmuster für Internal Investigations – am Beispiel selbstbelastender Aussagen

Von Prof. Dr. Hans Theile, LL.M., Konstanz

I. Einleitung

Spätestens seit den Debevoise-Untersuchungen bei Siemens beschäftigen Internal Investigations Strafrechtswissenschaft und Praxis. Ein zentrales Problem dieser anlassbezogenen und nicht durch Regelprüfungen abgedeckten Sachverhaltsaufklärungen besteht darin,¹ dass Arbeitnehmer im Rahmen von Befragungen nach der bislang herrschenden Auffassung im Arbeitsrecht zu Auskünften verpflichtet sind, durch die sich selbst einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit bezichtigen.² Damit befinden sie sich auf einer schiefen Ebene, indem die im Zuge interner Erhebungen generierten Informati-

onen möglicherweise Eingang in ein staatliches Strafverfahren finden. Um den dort geltenden Nemo tenetur-Grundsatz nicht vollends zu einer Hülle ohne Inhalt werden zu lassen, wird in der Literatur – mit unterschiedlicher Begründung und unterschiedlicher Reichweite – ein Beweisverwertungsverbot postuliert.³

Ist damit aus der Innensicht des Strafrechts das dogmatische Instrument zur Unterbindung eines allzu ungehinderten Informationstransfers zwischen privaten und staatlichen Untersuchungen identifiziert, könnte eine Domestizierung von Internal Investigations gleichermaßen über die Herausbildung normativer Orientierungsmuster durch nicht-staatliche Institutionen erfolgen. Damit fällt der Blick auf die Thesen des Strafrechtsausschusses der Bundesrechtsanwaltskammer zum Unternehmensanwalt im Strafrecht (BRAK), die den bislang ambitioniertesten Versuch darstellen, über die Formulierung normativer Vorgaben der Praxis von Internal Investigations Grenzen zu setzen.⁴

Die eigentliche *lex artis* für die Durchführung der Internal Investigations wird in der dritten These formuliert, wobei eine erste Unterthese die Tätigkeit des Unternehmensanwalts dahin beschreibt, dass er straf- und ordnungswidrigkeitenrechtliche Sachverhalte erforsche, soweit dies im Rahmen seines Mandatsauftrags und im Unternehmensinteresse erforderlich erscheint. Im Zuge interner Erhebungen, insbesondere bei der Befragung von Mitarbeitern des Unternehmens, habe er – so die zweite Unterthese – die allgemeinen Gesetze und die sich aus den rechtsstaatlichen Grundsätzen ergebenden Standards einzuhalten. Eine dritte Unterthese legt schließlich fest, die Erhebungen seien in einer Weise durchzuführen, dass Beweismittel in ihrer Qualität und Verwertbarkeit nicht beeinträchtigt werden.

Im Folgenden wird der die Herbeiführung selbstbelastender Aussagen betreffende Ausschnitt der BRAK-Thesen in einen systemtheoretischen Rahmen gestellt, da die darin zum Ausdruck kommende Entwicklung allein über eine dogmatische Analyse nicht verständlich wird. Darüber hinaus werden die dort formulierten Standards mit empirischen Befunden aus einem Konstanzer DFG-Projekt zum Sanktionsdurchgriff im Unternehmensverbund kontrastiert.⁵ Im Rahmen einer qualitativen Untersuchung wurden hierbei Gespräche mit Vertre-

¹ *Knierim*, StV 2009, 324 (328); *ders.*, in: Hassemer/Kempf/Moccia (Hrsg.), In dubio pro libertate, Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag, 2009, S. 247 (S. 248 ff.); *ders.*, in: Rotsch (Hrsg.), Wissenschaftliche und praktische Aspekte der nationalen und internationalen Compliance-Diskussion, 2., unveränderte Aufl. 2013, S. 77 (S. 78 f.); *Rotsch*, in: Achenbach/Ransiek (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 3. Aufl. 2012, Kap. 4 Rn. 48 f.

² Die Auskunftspflicht soll sich bei Fehlen einer expliziten Regelung im Arbeitsvertrag aus §§ 666, 675 BGB ergeben, sofern die begehrten Informationen den unmittelbaren Tätigkeitsbereich des Mitarbeiters betreffen, vgl. *Böhm*, WM 2009, 1923 (1924); *Diller*, DB 2004, 313; *Göpfert/Merten/Siegrist*, NJW 2008, 1703 (1705); *Grimm/Freh*, KSzW 2012, 88; *Berger*, in: Erman, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar in zwei Bänden, Bd. 1, 13. Aufl. 2011, § 666 Rn. 13; *Reichold*, in: Richardi/Wißmann/Wlotzke/Oetker (Hrsg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 1, 3. Aufl. 2009, § 49 Rn. 5; *Seiler*, in: Säcker/Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 4, 6. Aufl. 2012, § 666 Rn. 4; *Schaub/Linck*, Arbeitsrechtshandbuch, 14. Aufl. 2011, § 53 Rn. 9; vgl. auch BAG NZA 1996, 637 (638); BAG NZA 2002, 618 (620); BGHZ 41, 318 (320 f.) = NJW 1964, 1469; BGH NJW-RR 1989, 614 = WM 1989, 689 (690); jenseits dieses Bereichs wird eine solche Verpflichtung jedenfalls bei einem überwiegenden Interesse des Arbeitgebers an der Erlangung der Information angenommen und auf § 241 Abs. 2 BGB oder § 242 BGB gestützt, vgl. BAG NZA 1996, 637 (638 f.); 1997, 41 (42 f.); BGHZ 81, 21 (24); *Diller*, DB 2004, 313; *Mengel/Ulrich*, NZA 2006, 240 (243); *Rieble*, ZIP 2003, 1273 (1276); *Preis*, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 13. Aufl. 2013, § 611 BGB Rn. 736; *Reichold* (a.a.O.), § 49 Rn. 6; vgl. aber *Bittmann/Molkenbur*, wistra 2009, 373 (376); *Göpfert/Merten/Siegrist*, NJW 2008, 1703 (1705); *Jahn*, StV 2009, 41 (44); *Wastl/Litzka/Pusch*, NStZ 2009, 68 (70). Einen anderen Akzent setzen neuere Stimmen aus dem strafrechtlichen Schrifttum, vgl. *Jahn*, StV 2009, 41 (43 f.); *Wastl/Litzka/Pusch*, NStZ 2009, 68 (72 f.); *Neuhaus*, in: Kempf/Lüderssen/Volk (Hrsg.), Die Finanzkrise, das Wirtschaftsstrafrecht und die Moral, 2010, S. 348 (S. 358 f.).

³ *Grimm/Freh*, Kölner Schrift zum Wirtschaftsrecht 2012, 88 (91); *Knauer/Buhlmann*, AnwBl. 2010, 387 (390 ff.); *Momsen*, ZIS 2011, 508 (514 ff.); *Rotsch* (Fn. 1), Kap. 4 Rn. 52; *Roxin*, StV 2012, 116 (120); *Theile*, StV 2011, 381 (384 ff.); *Neuhaus* (Fn. 2), S. 358 f.; anders freilich LG Hamburg NJW 2011, 942 (944) = m. abl. Anm. v. *Galen*, NJW 2011, 945; *Jahn/Kirsch*, StV 2011, 148 (151 ff.). Ferner *Roxin*, StV 2012, 116 (119 f.); siehe zum Ganzen auch *Minoggio*, in: Burhoff (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht in der Praxis, 2011, S. 1061 (S. 1100 ff.).

⁴ Vgl. die Thesen der Bundesrechtsanwaltskammer zum Unternehmensanwalt im Strafrecht, <http://www.brak.de/>.

⁵ <http://www.uni-konstanz.de/sanktionsdurchgriff/> (26.9.2013).

tern aus den einschlägigen Berufsfeldern – insbesondere Rechtsanwälten und Leitungspersonen aus den Compliance-Abteilungen multinationaler Konzerne – geführt. Die hierbei erhobenen Daten ermöglichen zwar keine repräsentativen, aber immerhin erste Einblicke in die Innenwelt dieses Phänomens. Daher wird aus zwei Richtungen der Frage nachgegangen, inwieweit sich im Hinblick auf die Durchführung privater Untersuchungen jenseits staatlicher Regulierung normative Orientierungsmuster herausbilden.

II. Der strafrechtliche Unternehmensanwalt

Anlass für die Formulierung der Thesen ist die Herausbildung eines neuartigen Berufsbildes in Gestalt des strafrechtlichen Unternehmensanwalts. Diese wiederum ist nicht denkbar ohne eine Entwicklung, nach der mittlerweile nicht mehr nur Individualpersonen, sondern über eine verstärkte Anwendung der strafrechtlichen Gewinnabschöpfungsvorschriften (§§ 73 ff. StGB) oder ordnungswidrigkeitenrechtlichen Sanktionen (§§ 30, 130 OWiG) gerade Unternehmen ins Visier der Strafverfolgungsorgane geraten. Ein Interviewpartner beschrieb die Entwicklung mit folgenden Worten:

„[...] Jetzt hat sich eine Umkehr dahin ergeben, dass man tatsächlich [...] ganz massiv Unternehmen als juristische Personen in den Fokus nimmt und dort für die Staatsanwaltschaften monetäre Aspekte eine Rolle spielen, die früher überhaupt kein Kriterium waren. Heutzutage gibt es ‚Hitlisten‘ dazu, welche Staatsanwaltschaft das größte Abschöpfungsvolumen vorzuweisen hat. Das ist ein Gedanke, der überhaupt keine Rolle gespielt hat, als ich [...] mit der Strafverteidigung begonnen habe. So gesehen [...] sind die Staatsanwaltschaften jetzt auch Wirtschaftsunternehmen geworden“ (1-4, 974/985).

Mit Blick auf eine solche Entwicklung ist es nur folgerichtig, wenn die Wahrnehmung der straf- und ordnungswidrigkeitenrechtlichen Unternehmensinteressen ein anwaltliches Betätigungsfeld wird und zur Entstehung eines neuartigen Berufsbildes führt.⁶

Angesichts der in solchen Konstellationen regelmäßig bestehenden Interessengegensätze zwischen Unternehmen und Mitarbeitern lässt sich anwaltliche Tätigkeit jedoch nicht länger in erster Linie als Schutz von Individualinteressen vor dem staatlichen Strafanspruch kennzeichnen.⁷ Stattdessen kann die Tätigkeit des strafrechtlichen Unternehmensanwalts

⁶ Siehe hierzu *Ignor*, CCZ 2011, 143; *Jahn*, ZWH 2012, 477 (480 ff.); *Leipold*, NJW-Spezial 2011, 56; *Minoggio*, Firmenverteidigung, 2. Aufl. 2010, Rn. 164 ff.; *Taschke*, in: Hassemer/Kempf/Moccia (Fn. 1), S. 801.

⁷ Zu den Zielen und Aufgaben der Strafverteidigung siehe *Lüderssen/Jahn*, in: Erb u.a. (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 4, 26. Aufl. 2007, vor § 137 Rn. 1 ff.; *Meyer-Göfner*, Strafprozessordnung, Kommentar, 56. Aufl. 2013, vor § 137 Rn. 1; *Beulke*, Strafprozessrecht, 12. Aufl. 2012, § 9 Rn. 149 ff.; *Kindhäuser*, Strafprozessrecht, 3. Aufl. 2013, § 7 Rn. 3 ff.; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 27. Aufl. 2012, § 19 Rn. 1 ff.; *Volk/Engländer*, Grundkurs StPO, 8. Aufl. 2013, § 11 Rn. 1, 16 ff.

dazu führen, im Interesse des Unternehmens mit den Strafverfolgungsbehörden zu kooperieren oder sogar Strafanzeige gegen einzelne Mitarbeiter zu erstatten.⁸ Es überrascht daher kaum, wenn das Urteil über das Berufsbild des strafrechtlichen Unternehmensanwalts innerhalb der Anwaltschaft durchaus kontrovers ausfällt.

Namentlich solche Vertreter, die sich als Individualverteidiger verstehen, begegnen der Figur des strafrechtlichen Unternehmensanwalts mit erheblicher Reserve.

Ein Interviewpartner, dessen „Herz [...] immer noch für die klassische Verteidigung schlägt“ (1-4, 19/21), äußerte: „Also, ich muss sagen, ich habe da hohe Standards für mich. Das muss jeder Anwalt mit sich selbst ausmachen“ (1-4, 838/839).

Demgegenüber erklärte ein Interviewpartner, der gleichermaßen als Individualverteidiger und strafrechtlicher Unternehmensanwalt auftritt:

„Die große Kritik kommt von Anwälten, die sich als reine Strafverteidiger verstehen. Ich verstehe mich als Strafrechtler, nicht als Strafverteidiger. Ich bin auch durchaus bereit, im Unternehmensinteresse Anzeigen zu erstatten. Da gibt es zahlreiche Kollegen, die sagen: ‚Schrecklich, schrecklich, so etwas würde ich nie machen. Ich habe in meinem Leben noch nie eine Strafanzeige unterschrieben‘“ (1-2, 1257/1263).

III. Die BRAK-Thesen als „Recht“

Die besonderen Probleme im Zusammenhang mit dem neuartigen Berufsbild werden vor allem an der Frage deutlich, ob und inwieweit der strafrechtliche Unternehmensanwalt bei internen Erhebungen Mitarbeiter zu Äußerungen veranlassen darf, durch die sie sich selbst einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit bezichtigen – was nach der bislang herrschenden Auffassung im Arbeitsrecht zwar zulässig, aber mit dem klassischen Berufsbild des Strafverteidigers als eines auf die Abwehr des staatlichen Strafanspruchs sowie die Sicherung zentraler prozessualer Positionen eines Beschuldigten verpflichteten Interessenvertreters nur schwer in Einklang gebracht werden kann.

Die BRAK stellt in den Erläuterungen ihrer Thesen klar, dass derartige Befragungen nicht den Regeln der Strafprozessordnung unterlägen, aber dennoch – unbeschadet arbeitsrechtlicher Auskunftspflichten – die sich aus der „rechtsstaatlichen Ordnung“ ergebenden Standards einzuhalten seien.⁹ Dies bedeute einen Verzicht auf jegliche Beeinträchtigung der Freiheit der Willensentschließung, womit nicht allein die in § 136a StPO benannten Methoden gemeint sind, sondern jeder Zwang zu einer Selbstbelastung sowie auch ein Verzicht auf solche Rechte, die die Auskunftsperson als Zeuge oder Beschuldigter eines Strafverfahrens hätte.¹⁰ Insbesondere

⁸ Siehe hierzu auch BRAK-These 1, Erläuterung Nr. 5. Zum Verhältnis zwischen internen Ermittlungen und Strafverfahren *Knierim*, StV 2009, 324 (329 ff.).

⁹ BRAK-These 3, Erläuterung Nr. 3, Nr. 4, Nr. 5.

¹⁰ BRAK-These 3, Erläuterung Nr. 4. Vgl. in diesem Zusammenhang *Leipold*, NJW-Spezial 2011, 56; *Rotsch* (Fn. 1), Kap. 4 Rn. 51 f. Grundlegend ferner *Rönnau*, in: Professorinnen und Professoren der Bucerius Law School (Hrsg.), Begeg-

re die Androhung arbeitsrechtlicher Konsequenzen wird als unzulässig angesehen.¹¹

Die Thesen der BRAK offenbaren damit merkwürdige Widersprüche: Einerseits sollen die Befragungen nicht den Regeln der Strafprozessordnung unterliegen, andererseits ist die Ausgestaltung der Standards deutlich an strafprozessualen Gewährleistungen – etwa dem Verzicht auf einen Einsatz der in § 136a StPO benannten Methoden oder einen Bezug auf die Zeugen- und Beschuldigtenrechte – orientiert.¹² Ferner: Einerseits soll das Verbot einer Beeinträchtigung der Freiheit der Willensentschließung sogar dazu führen, dass befragten Mitarbeitern nicht einmal mit arbeitsrechtlichen Konsequenzen gedroht werden darf, andererseits soll die Verpflichtung auf die sich aus der rechtsstaatlichen Ordnung ergebenden Standards „unbeschadet arbeitsrechtlicher Auskunftspflichten“ bestehen – womit implizit von einer arbeitsrechtlichen Verpflichtung auch zu selbstbelastenden Auskünften ausgegangen wird.¹³

Die auf den ersten Blick bestehenden Widersprüchlichkeiten lösen sich auf, wenn man die BRAK-Thesen in einen Zusammenhang mit der Compliance-Entwicklung der letzten Jahre stellt. Da die Sicherung der Einhaltung (straf-)rechtlicher Verbote und Gebote nicht länger ausschließlich als eine Angelegenheit des Staates erscheint, treffen Unternehmen entsprechende organisatorische Vorkehrungen im Sinne einer Selbstverpflichtung. Den BRAK-Thesen liegt nun gleichermaßen das Element einer Selbstverpflichtung zugrunde, indem strafrechtliche Unternehmensanwälte auch ohne gesetzliche Anordnung ihr Handeln an den an sich nur im staatlichen Strafverfahren geltenden Standards orientieren und die arbeitsrechtliche Auskunftspflicht nicht erzwingen sollen. Geht es damit der Sache nach um eine Selbstbeschränkung für die Durchführung von Internal Investigations, bilden die Thesen ein prozedurales Pendant zu den die materielle Seite betreffenden Unternehmensrichtlinien, nur dass nunmehr nicht dem Streben von Unternehmen nach Gewinn, sondern nach Compliance Grenzen gesetzt werden. Ebenso wie man Unternehmensrichtlinien quasi-konstitutionellen Charakter zusprechen kann, gilt dies auch für die BRAK-Thesen, die das Handeln von strafrechtlichen Unternehmensanwälten gleichermaßen legitimieren und begrenzen und insofern eine Klammer zwischen Wirtschafts- und Strafrechtssystem bilden können.¹⁴

nungen im Recht, Ringvorlesung der Bucerius Law School zu Ehren von Karsten Schmidt anlässlich seines 70. Geburtstags, 2011, S. 237 (S. 257 f.).

¹¹ BRAK-These 3, Erläuterung Nr. 4.

¹² Kritisch insbesondere *Momsen*, ZIS 2011, 508 (514); *Momsen/Grützner*, DB 2011, 1792 (1793 f.); skeptisch zur Ausrichtung an strafprozessualen Standards *Rödiger*, Strafverfolgung von Unternehmen, Internal Investigations und strafrechtliche Verwertung von „Mitarbeitergeständnissen“, 2012, S. 249; *Szesny*, BB 2011, VI (VII).

¹³ Kritisch daher *Grimm/Freh*, ZSzw 2012, 88 (90); *Momsen/Grützner*, DB 2011, 1792 (1793); *Szesny*, BB 2011, VI (VII).

¹⁴ Siehe hierzu insbesondere *Teubner*, in: Grundmann/Haar/Merkt (Hrsg.), Festschrift für Klaus J. Hopt zum 70. Geburts-

Allerdings: Handelt es sich hier angesichts des nicht-staatlichen Ursprungs und des nur selbstverpflichtenden Charakters überhaupt um „Recht“? Oder sind die BRAK-Thesen als Ausdruck eines gesamtgesellschaftlichen Entdifferenzierungsprozesses „systemisches Niemandsland“ und hat die Wirklichkeit längst eine über den Wolken fliegende Systemtheorie mit ihren klaren Distinktionen zwischen unterschiedlichen sozialen Systemen hinter sich gelassen?¹⁵

Besinnt man sich auf das analytische Potential der Systemtheorie, wird deutlich, dass die Thesen letztlich rechtliche Programme darstellen. Ihr nicht-staatlicher Ursprung jedenfalls steht einer solchen Einordnung nicht entgegen, weil normative Orientierungsmuster nicht länger allein im Zentrum des Politik- oder Rechtssystems herausgebildet werden, sondern es zu einer Dezentralisierung normativer Ordnungen kommt.¹⁶ Obgleich ihr selbstverständlich keine Gesetzgebungskompetenzen sowie unmittelbare Erzwingungsinstrumente zur Durchsetzung der Standards zustehen und folgerichtig lediglich von „Thesen“ die Rede ist, kann diese Semantik nicht den Umstand verdecken, dass es der BRAK nicht etwa „nur“ um einen Beitrag zur wissenschaftlichen Debatte, sondern angesichts großer Verunsicherungen innerhalb der Anwaltschaft über das bei Internal Investigations einzuhaltende Prozedere erkennbar um eine normative Arrondierung dieses Feldes geht.¹⁷ Ebenso wenig trifft es die Sache, wenn man die BRAK-Thesen als Ausdruck einer „Anwaltsethik“ interpretiert und damit zumindest graduell ihren Geltungsanspruch reduziert, da die Thesen deutlich über eine Formulierung moralischer

tag am 24. August 2010, 2010, S. 1 (S. 3 ff., 7 ff.); *ders.*, in: Gosewinkel/Merkel/Simon (Hrsg.), Unternehmen, Staat, Globalisierung, Festschrift für Jürgen Kocka zum 65. Geburtstag, 2007, S. 36 (S. 42 ff.); *ders.*, ZaöRV 63 (2003), 1 (5 ff.). Ähnlich *Theile*, ZIS 2008, 406 (418).

¹⁵ Vgl. *Luhmann*, Soziale Systeme, 1984, S. 13: „Diese Theorieanlage erzwingt eine Darstellung in ungewöhnlicher Abstraktionslage. Der Flug muss über den Wolken stattfinden, und es ist mit einer ziemlich geschlossenen Wolkendecke zu rechnen. Man muss sich auf die eigenen Instrumente verlassen. Gelegentlich sind Durchblicke nach unten möglich – ein Blick auf Gelände mit Wegen, Siedlungen, Flüssen und Küstenstreifen, die an Vertrautes erinnern; oder auch ein Blick auf ein größeres Stück Landschaft mit den erloschenen Vulkanen des Marxismus. Aber niemand sollte der Illusion zum Opfer fallen, dass diese wenigen Anhaltspunkte genügen, um den Flug zu steuern“. Vgl. in diesem Zusammenhang auch *Forst/Günther*, in: Forst/Günther (Hrsg.), Die Herausbildung normativer Ordnungen, 2011, S. 11 (S. 14 f.).

¹⁶ Zu derartigen Zusammenhängen siehe *Fischer-Lescanol/Teubner*, Regimekollisionen, 2006, S. 41; *Vesting*, Jura 2001, 299 (304 f.); *ders.*, Rechtstheorie, 2007, S. 77 ff., 93 ff.; aus anderer Perspektive *Günther*, in: Wingert/Günther (Hrsg.), Die Öffentlichkeit der Vernunft und die Vernunft der Öffentlichkeit, Festschrift für Jürgen Habermas, 2001, S. 539 (S. 541 ff.); *Kadelbach/Günther*, in: Kadelbach/Günther (Hrsg.), Recht ohne Staat, 2011, S. 9 (S. 10).

¹⁷ Zur Verunsicherung siehe *Ignor*, CCZ 2011, 143 (144); ferner *Szesny*, BB 2011, VI (VII); *Wybitul*, BB 2011, VI.

Maßstäbe anhand einer auf Personen bezogenen Achtung oder Nichtachtung hinausgehen.¹⁸ Insbesondere verbindet sich mit den Thesen die Erwartung an ihre Beachtung, indem strafrechtliche Unternehmensanwälte ihr Handeln an den postulierten Standards ausrichten sollen. Eine solche Erwartung ergibt sich nicht allein aus der Autorität der BRAK als Ständevertretung, sondern aus dem Charakter der Thesen als normative Erwartungsstruktur: Im Falle einer Verletzung der Standards können trotz der damit einhergehenden Erwartungsenttäuschung in ihre Geltung jene Standards nach wie vor als normative Erwartungsstruktur Geltung beanspruchen. Dies zeigt sich insbesondere daran, dass die Verletzung jener Standards in einem untechnisch verstandenen Sinne „Sanktionen“ nach sich ziehen kann.¹⁹ Obwohl der BRAK insofern die Durchsetzungsmacht fehlt, sollen Mitarbeiter – so die Thesen – ihre Mitwirkung bei Befragungen verweigern können oder es soll eine Unverwertbarkeit beziehungsweise Minderung der Beweisqualität der gewonnenen Informationen in Betracht kommen.²⁰

Daher lässt sich an diesem Punkt jedenfalls im Grundsatz der das Rechtssystem charakterisierende Typus einer normativen Erwartungsstruktur ausmachen: Trotz einer Erwartungsenttäuschung im Einzelfall – hier: die Verletzung der Standards – kann kontrafaktisch gerade aufgrund einer möglichen Sanktion – hier: Verweigerung der Mitwirkung, Beweisverwertungsverbot oder Minderung der Beweisqualität – im allgemeinen weiter davon ausgegangen werden, dass Internal Investigations in Orientierung an jenen Vorgaben durchgeführt werden.²¹ Sie stehen damit im Gegensatz zu den die Wirtschaft oder Wissenschaft kennzeichnenden kognitiven Erwartungsstrukturen, wo im Falle einer Enttäuschung von Erwartungen – etwa bei Scheitern einer Geschäftsstrategie oder Widerlegung einer Hypothese – eine Umstrukturierung des Erwartungshorizontes erfolgt.

IV. Die Herausbildung normativer Orientierungsmuster aus rechtstatsächlicher Sicht

Die anhand der BRAK-Thesen intendierte Domestizierung von Internal Investigations wäre wenig aussichtsreich, wenn die Setzung normativer Standards von vornherein vollständig an der Praxis vorbeigehen würde. In eine solche Richtung könnte die Aussage eines Interviewpartners deuten:

¹⁸ Luhmann, in: Horster (Hrsg.), *Die Moral der Gesellschaft*, 2008, S. 101 (256 ff., 270 ff.).

¹⁹ Vgl. zu den rechtssoziologischen Zusammenhängen Luhmann, *Rechtssoziologie*, 1972, S. 108 ff.; ders., *Soziologische Beobachtung des Rechts*, 1986, S. 22 f.; ders., *Recht der Gesellschaft*, 1993, S. 134 f., 139, 152 f.; vgl. auch Gephart, *Gesellschaftstheorie und Recht*, 1993, S. 107; Smid, *JuS* 1986, 513 (516).

²⁰ BRAK-These 3, Erläuterung Nr. 3, Nr. 5.

²¹ Luhmann, *Soziale Welt*, 1969, S. 28, 36 ff.; ders., *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, 1974, S. 24 f.; ders., *Rechtstheorie* 1983, 129 (138 f.); ders. (Fn. 19 – *Recht der Gesellschaft*), S. 125, 132; ders., *ZRS* 1999, 1 (4); Teubner, *ARSP* 1982, 13 (48).

„Es werden vom hohen Rosse die Internal Investigations durchgeführt, die Mitarbeiter reden sich, weil sie sich dazu anhalten fühlen, um nicht sofort die Kündigung auf den Tisch zu kriegen, um Kopf und Kragen“ (1-4, 921/924).

Aufs Ganze besehen scheint die Praxis jedoch vielschichtiger zu sein, als es in dieser Aussage zum Ausdruck kommt.

Die Befunde offenbaren ein uneinheitliches Bild, soweit es um die Beeinträchtigung der Freiheit der Willensentscheidung geht. Zwar wiesen die mit internen Erhebungen beschäftigten Interviewpartner einhellig den Einsatz der in § 136a Abs. 1 StPO benannten Methoden zurück. Klarheit besteht aber vermutlich nur im Kern der Begriffe „Täuschung“, „Zwang“ oder „Drohung“, während an den Rändern Unklarheiten beginnen,²² wie die Aussage eines Rechtsanwalts nahe legt:

„[...] Wenn es nicht so im Sinne von Täuschung über im Sinne von, ja, also explizite Drohungen und so, das wären sicherlich Sachen, die würde auch keiner je machen. Also, es wird nie ausgesprochen werden ‚Du fliegst, wenn Du hier nicht sprichst‘“ (1-3, 1641/1646).

Kann sich das Verbot jener Vernehmungsmethoden dennoch jedenfalls im Grundsatz auf die Akzeptanz innerhalb der beteiligten Verkehrskreise stützen, ergibt sich mit Blick auf die Ausübung von Zwang zur Herbeiführung selbstbelastender Aussagen ein ambivalentes Bild. Entgegen den durch die BRAK formulierten Standards wird in der Praxis jedenfalls durchaus auf die arbeitsrechtliche Auskunftspflicht sowie das Arsenal zivilrechtlicher Erzwingungsinstrumente – Abmahnung, Kündigung, Schadensersatz – hingewiesen und deren Realisierung angedroht.²³

Daneben zeigen sich aber auch deutliche Relativierungen, indem etwa bewusst auf die Durchsetzung des dem Unternehmen arbeitsrechtlich zustehenden Auskunftsanspruchs verzichtet wird, was ein befragter Rechtsanwalt folgendermaßen umschrieb:

„Wir weisen auf die Informationspflicht des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber hin, sagen aber, dass der Arbeitgeber auf sein Informationsrecht verzichtet, wenn der Arbeitnehmer sagt ‚Mir wird jetzt mulmig, ich möchte mich erst einmal rechtlich beraten lassen. So belehren wir auch‘“ (1-5, 1146/1150).

Vielfach scheint die Praxis dadurch geprägt zu sein, dass im Schatten des zivilrechtlichen Drohpotentials über eine „Amnestie“ – also den zivilrechtlichen Verzicht auf Abmahnung, Kündigung oder Schadensersatz – selbstbelastende Aussagen herbeigeführt werden. Dies gilt gerade dann, wenn die Erlangung wie die Preisgabe einer Information im jeweiligen wirtschaftlichen Interesse des Unternehmens sowie des Mitarbeiters liegen. Freilich bleibt die Frage, inwieweit hier Mechanismen einer „friedlich erpressenden Schlichtung“ wirken und der befragte Mitarbeiter sich der Übermacht des Unternehmens oder der Unternehmensanwälte beugt.²⁴ Unter Hin-

²² Siehe hierzu Szesny, *BB* 2011, VI (VII).

²³ BRAK-These 3, Erläuterung Nr. 4. Siehe auch Sidhu/v. Saucken/Ruhmannseder, *NJW* 2011, 881 (883).

²⁴ Vgl. in diesem Zusammenhang auch Luhmann, *Rechtstheorie* 1983, 129 (151).

weis auf die kartellrechtliche Kronzeugenregelung (§ 81 Abs. 7 GWB in Verbindung mit den allgemeinen Bußgeldleitlinien und der Bonusregelung [Kronzeuge]) erläuterte ein Interviewpartner aus der Complianceabteilung eines multinationalen Konzerns:²⁵

„Wenn wir meinen, der Mitarbeiter hat etwas damit zu tun, haben wir ihm durchaus schon einmal Amnestie angeboten. Und ihm die ganzen Konsequenzen aufgezeigt, die die Nichtwahrnehmung dieses Amnestieangebotes haben könnte: Schadensersatzansprüche [...] unsererseits, Kündigung, Abmahnung, das ganze Paket disziplinarisch. [...] Das wird ihm schon nahe gelegt, sage ich jetzt einmal. Also so in Aussicht gestellt, dass das das Worst-Case-Szenario ist. Dass wir aber natürlich gemeinsam an seinen Informationen auch ein Interesse haben. So wie wir ihm diese Amnestie anbieten, möchten wir natürlich auch die Kronzeugenregelung beanspruchen können. Dass es quasi ein Win-win-Effekt für uns beide sein könnte und dass er dann seine Position nicht verliert. Dass er vielleicht woanders arbeitet im Konzern, aber natürlich zu gleichen Bezügen, aber er hat seinen Job und kann sein Haus [...] weiter abbezahlen [...]“ (2-5, 1488/1503).

Jenseits des manifesten oder latenten Einsatzes solcher Nötigungselemente sind in der Praxis aber durchaus auch Untersuchungen anzutreffen, in denen die Autonomie der zu befragenden Mitarbeiter sehr weitgehend respektiert wird. Leitend ist dabei offenbar die Erwägung, dass die Komplexität der aufzuklärenden Sachverhalte nur über kooperative Formen der Informationsgenerierung reduziert werden kann.²⁶ Ein befragter Rechtsanwalt schilderte:

„Ich bin nun einmal kein Staatsanwalt mit Zwangsmitteln. Und glauben Sie mir, wenn Sie dem Mitarbeiter wüsst mit Kündigung drohen, jetzt einmal pragmatisch gesprochen, kriegen Sie noch ein Wort aus ihm heraus? Das läuft nur mit Kooperation. [...] Also ich denke, bei so einer internen Ermittlung ist man auf eine vertrauensvolle Zusammenarbeit, auf eine Kooperationsbereitschaft der Betroffenen angewiesen. Und mit Druck, denke ich – ich habe es noch nie versucht –, aber ich glaube nicht, dass man mit Druck etwas erreicht. Und wenn [seitens des Mitarbeiters, Anm. des Verf.] kommt: ‚Wir sagen nichts mehr‘, kriegen Sie auch nichts heraus“ (1-2, 1171/1184).

V. Die normative Geltung des Verzichts auf Durchsetzung eines Anspruchs auf Tätigkeit selbstbelastender Aussagen

Die BRAK-Thesen und das Kaleidoskop der Interviewaussagen legen den Blick auf einen Vorgang der Herausbildung normativer Orientierungsmuster frei, der sich deutlich von ausschließlich staatlich geprägter Rechtsgenese unterscheidet.²⁷ Eine solche Perspektive hatte erstmalig zu Beginn des 20. Jahrhunderts *Eugen Ehrlich* eröffnet, indem er darauf hinwies, dass „der Schwerpunkt der Rechtsentwicklung weder in

der Gesetzgebung, noch in der Jurisprudenz oder Rechtsprechung, sondern in der Gesellschaft selbst“ liege.²⁸ Bezeichnenderweise lehrte *Ehrlich* in am Rande der Donaumonarchie gelegenen Czernowitz (Bukowina), wo die Aufmerksamkeit für außerstaatlich generierte normative Orientierungsmuster vielleicht größer war als im Zentrum Wien.

Angesichts der sich für Internal Investigations herausbildenden Muster scheint einstweilen nur klar, dass die Entwicklung nicht abgeschlossen ist, während die konkrete Gestalt jener sich herausbildenden Muster allenfalls umrisshaft erkennbar ist. Welches „Recht“ entsteht hier also? Zunächst rücken die sich herausbildenden normativen Orientierungsmuster enger an die Rationalität des konkreten Regelungsberichts heran, was sich etwa darin zeigt, wie sehr wirtschaftliche Gewinn- und Verlusterwägungen über die Erlangung oder Preisgabe von Informationen bestimmen. Das wesentliche Merkmal dürfte jedoch in der im Vergleich zum staatlichen Recht deutlich stärkeren kognitiven Aufladung jener normativen Orientierungsmuster liegen. Der nicht-staatliche Ursprung sowie der Selbstverpflichtungscharakter der BRAK-Thesen stehen zwar nicht ihrer Eigenschaft als normative Erwartungsstruktur entgegen. Da die Einhaltung jener Vorgaben aber nicht unmittelbar erzwungen werden kann, schwächt sich der diesen Erwartungstypus kennzeichnende Mechanismus einer gerade über Sanktionen erfolgenden kontrafaktischen Stabilisierung enttäuschter Erwartungen ab. Mit Blick auf die BRAK-Thesen und eine durchaus schillernde Praxis können Erwartungen prozeduraler Art dementsprechend nicht in gleicher Weise stabil gesetzt werden wie es etwa bezogen auf die Strafprozessordnung der Fall ist. Insoweit scheint sich die Prophezeiung *Luhmanns* zu bewahrheiten, nach der die sich nicht anhand nationalstaatlicher Grenzen, sondern unterschiedlicher systemischer Eigengesetzlichkeiten ausdifferenzierende Weltgesellschaft weniger durch normative als durch kognitive Erwartungsstrukturen geprägt ist.²⁹ Die De-Etatisierung des (Straf-)Rechts ist dadurch geprägt, dass an die Stelle eines unbedingten Geltungsanspruchs „weichere“ normative Orientierungsmuster treten.

Zugleich kommt in den BRAK-Thesen jedoch ein Bedürfnis nach einem Kernbestand normativer Grundorientierung zum Ausdruck, das rudimentär wohl auch von den in jenem Feld tätigen Akteuren geteilt wird. Denn obwohl arbeitsrechtlich ein Anspruch auf Tätigkeit selbstbelastender Aussagen besteht, wird auf dessen Durchsetzung weitgehend verzichtet. Leitend ist hier sicher die Erwägung, dass eine Konsensfindung zu einer schnelleren und umfassenderen Sachverhaltsaufklärung führt. Und dennoch: Abgesehen davon, dass die Problematik von den Interviewpartnern überhaupt auch straf- und nicht nur arbeitsrechtlich reflektiert und überdies der nahe liegenden Akkumulation privater und staatlicher

²⁵ Vgl. in diesem Zusammenhang auch *Leipold*, NJW-Spezial 2011, 56 (57).

²⁶ Siehe hierzu für das staatliche Strafverfahren *Theile*, Wirtschaftskriminalität und Strafverfahren, 2009, S. 258 ff.

²⁷ Vgl. in diesem Zusammenhang auch *Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft, 2009, S. 648 ff.

²⁸ Vgl. *Ehrlich*, Grundlegung der Soziologie des Rechts, 1913, Vorrede S. V; vgl. hierzu *Lüderssen*, in: *Hans Kelsen/Eugen Ehrlich*, Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft, 2003, S. XV ff.

²⁹ *Luhmann*, in: *Luhmann* (Hrsg.), Soziologische Aufklärung, Bd. 2, 1975, S. 63, 68; siehe zu den sich hieraus ergebenden Problemen *Fischer-Lescano/Teubner* (Fn. 16), S. 7 f.

Untersuchungen Rechnung getragen wird, lässt sich innerhalb der beteiligten Verkehrskreise wohl immerhin eine normative Grundüberzeugung des Inhalts identifizieren, nach der im Schatten eines drohenden Strafverfahrens selbstbelastende Aussagen nicht erzwungen werden sollen. Ein solcher Standard entfaltet nicht allein eine faktische Geltung, indem die Beteiligten ihr Handeln daran ausrichten oder in ihrer jeweiligen Kommunikation auf ihn Bezug nehmen.³⁰ Stattdessen scheint die Geltung darüber hinausgehend gerade auf der Anerkennung einer solchen Position als essentieller Bestandteil einer fairen Untersuchung durch die beteiligten Verkehrskreise zu basieren.³¹ Sucht man nach einem legitimatorischen Anknüpfungspunkt für diese normative Geltung, kann man auf die diskurstheoretische Vorstellung der idealen Sprechsituation verweisen,³² deren Entstehung unter anderem von der prozeduralen Voraussetzung horizontaler Chancengleichheit abhängt.³³ Mit Blick auf Internal Investigations zeigt sich, dass horizontale Chancengleichheit nur hergestellt werden kann, wenn man private und staatliche Erhebungen im Zusammenhang sieht. Das Argument, das Bestehen eines arbeitsrechtlichen Anspruchs auf Tötigung selbstbelastender Aussagen sei der Preis für das Fehlen strafprozessualer Eingriffsbefugnisse wie umgekehrt deren Existenz der Preis für das Verbot des Zwangs zur Tötigung selbstbelastender Aussagen,³⁴ greift nicht durch. Abgesehen davon, dass dem Arbeitgeber durchaus wirkungsvolle Erhebungsinstrumente zustehen – man denke nur an Datenscreenings bei Mitarbeitern – muss der von vornherein enge Zusammenhang zwischen privaten und staatlichen Untersuchungen gesehen werden, der dazu führt, dass betroffene Mitarbeiter angesichts der Akkumulation von Untersuchungspotentialen weder auf das Schweigerecht noch das Ausbleiben strafprozessualer Eingriffsbefugnisse vertrauen können.³⁵ Das Nach- oder Nebeneinander privater und staatlicher Untersuchungen führt demnach zwangsläufig zu einem Leerlaufen der in den jeweiligen Untersuchungen vorgesehenen Schutzmechanismen.

Alles in allem führt die dezentrale Herausbildung normativer Orientierungsmuster also keineswegs zu einer Verabschiedung des Rechts, sondern lediglich zu einer Veränderung seiner Strukturen.

³⁰ Zum systemtheoretischen Geltungsbegriff siehe *Luhmann* (Fn. 19 – Recht der Gesellschaft), S. 32, 98 ff. Dazu *Vesting*, (Fn. 16), S. 92 f.

³¹ Zu Theorien der Rechtsgeltung siehe *Neumann*, in: *Gessner/Hassemer* (Hrsg.), *Gegenkultur und Recht*, 1985, S. 21.

³² *Habermas*, *Faktizität und Geltung*, 1992, S. 138 ff.; siehe zu einer solchen Anbindung auch *Lüderssen*, *Genesis und Geltung in der Jurisprudenz*, 1996, S. 19 ff., 94 ff.; *ders.* (Fn. 28), S. XI ff.

³³ Siehe hierzu *Lüderssen* (Fn. 32), S. 20 ff.; *ders.* (Fn. 28), S. XV; zur Übertragung diskurstheoretischer Vorstellungen auf das Strafrecht siehe *Jahn*, GA 2004, 272 (280 ff.).

³⁴ *Momsen/Grützner*, DB 2011, 1792 (1793); *Szesny*, BB 2011, VI (VII).

³⁵ Siehe hierzu auch *Ignor*, CCZ 2011, 143.

VI. Die faktische Effektivierung des Nemo tenetur-Grundsatzes

Selbstverständlich bleibt die Frage, inwieweit sich die hier nachgezeichnete Herausbildung normativer Orientierungsmuster zur entgegenstehenden arbeitsrechtlichen Dogmatik verhält, die nach wie vor von einem Anspruch auf Tötigung selbstbelastender Aussagen ausgeht. Eine dezentrale Rechtsbildung bietet eben nicht nur die Aussicht auf sachnähere Regelungen oder erhöhte Varianz von Optionen zur Lösung von Problemen – kurz: auf eine Stärkung der Lernfähigkeit des Rechts. Abgesehen von verminderter demokratischer Legitimation der rechtsetzenden Instanz ist mit ihr immer auch eine Schwächung der gesamtgesellschaftlichen Funktion des Rechts in Gestalt der Stabilisierung normativer Erwartungen verbunden. Dies kann in der Folge zu Kollisionsproblemen führen, wenn trotz einer durch solche normativen Orientierungsmuster geprägten Praxis die Arbeitsgerichte an einer Verpflichtung zur Tötigung selbstbelastender Aussagen festhalten (was perspektivisch jedoch keinesfalls zwingend ist). Momentan wird dieses Kollisionsproblem dadurch verdeckt, dass der Verzicht auf eine Durchsetzung des arbeitsrechtlichen Anspruchs auf Tötigung selbstbelastender Aussagen als Selbstverpflichtung der beteiligten Verkehrskreise begriffen wird. Allerdings: Je mehr es zu Prozessen dezentraler Ordnungsbildung kommt, desto unrealistischer wird die Erwartung, Recht könne stets gesamtgesellschaftlich wirken und durchgesetzt werden.

Obwohl man angesichts des „nur“ selbstverpflichtenden Charakters eines solchen Verzichts nicht auf ein strafprozessuales Verwertungsverbot verzichten können, effektivieren die BRAK-Thesen und eine sie jedenfalls ansatzweise stützende Praxis einstweilen das Verbot des Zwangs zur Selbstbelastung. Dies geschieht, indem einer ungehinderten Informationsgenerierung schon im Vorfeld eines Strafverfahrens Grenzen gesetzt werden und sich die daran orientierenden Unternehmensanwälte angesichts der entgegenstehenden arbeitsrechtlichen Dogmatik „überobligationsmäßige“ Beschränkungen für die Durchführung von Internal Investigations auferlegen. Auch wenn namentlich die BRAK-Thesen in erster Linie der Stärkung der Position der von Internal Investigations betroffenen Mitarbeitern dienen, ist dies durchaus folgerichtig, da die Herausbildung dieses neuartigen Compliancephänomens zu einer kaum hinnehmbaren Verschiebung der Kräfteverhältnisse im Dreieck zwischen Unternehmen, Staat und Mitarbeiter geführt hatte.³⁶ Eine solche Entwicklung ist auch aus Sicht des Strafrechts zu begrüßen, da die Bedeutung zentraler rechtsstaatlicher Grundsätze maßgeblich davon abhängt, inwieweit sie faktische Wirksamkeit entfalten und eben nicht zu jener Hülle ohne Inhalt werden. Die außerhalb des Staates generierten normativen Orientierungsmuster stützen damit letztlich eine zentrale strafprozessuale Position des Beschuldigten.

Entgegen einiger Kritik erscheint die grundsätzliche Ausrichtung der BRAK-Thesen an den innerhalb des staatlichen Strafverfahrens gewährleisteten Standards gerechtfertigt, zu-

³⁶ Kritisch *Momsen/Grützner*, DB 2011, 1792 (1793); *Szesny*, BB 2011, VI.

mal sie sich in der Sache ja durchaus auf eine nach entsprechender normativer Orientierung strebende Praxis stützen kann. Denn angesichts der – auch empirisch beobachtbaren – engen Verzahnung von privaten und staatlichen Sachverhaltsaufklärungen wird man die inhaltliche Ausgestaltung der Standards von der Rechtsmaterie her denken müssen, welche als tiefster Punkt der schiefen Ebene dem potentiell Beschuldigten angesichts ihrer Eingriffsintensität die weitreichendsten Schutzpositionen zugesteht. Dass die Internal Investigations ihre Bedeutung überhaupt erst durch die unter der Flagge der Prävention segelnde Compliance-Entwicklung entfalten konnten, steht der Orientierung an der Strafprozessordnung nicht entgegen. Abgesehen davon, dass Prävention selten zum Nulltarif zu haben ist und stets mehr oder weniger deutliche repressive Komponenten aufweist, stellen jene privaten Erhebungen gerade die repressive Seite von Compliance dar.³⁷ Schon deshalb empfiehlt sich eine Orientierung an der Repression par excellence darstellenden Rechtsmaterie des Strafrechts.

VII. Fazit

Alles in allem kann man anhand von Internal Investigations einen Prozess der Herausbildung normativer Orientierungsmuster beobachten, der zumindest graduell auf eine De-Etatisierung des Rechts hinausläuft. Ungeachtet der damit verbundenen Strukturveränderungen des Rechts ist die Entwicklung zu begrüßen, solange sich die professionellen Akteure im Interesse potentiell Beschuldigter an strafprozessualen Standards orientierte überobligationsmäßige Beschränkungen auferlegen. Man mag einwenden, dass derartige normative Orientierungsmuster zumindest dann an Wirkungsgrenzen stoßen, wenn es um Sachverhalte mit US-Bezug geht, da sich SEC oder DOJ kaum von alteuropäischen normativen Orientierungen beeindrucken lassen werden. Normative Orientierungsmuster entstehen jedoch vor allem aus Konflikten, was unter den Bedingungen der Weltgesellschaft auch transatlantische Konflikte über Standards bei Internal Investigations bedeuten kann.³⁸ Dazu nur so viel: Manche Konflikte muss man aushalten. Eine Kapitulation vor der angeblichen Übermacht von SEC und DOJ erschiene vor diesem Hintergrund jedenfalls vorschnell.

³⁷ Anders *Momsen/Grützner*, DB 2011, 1792; vgl. aber *Gerst*, CCZ 2012, 1; *Momsen*, ZIS 2011, 508 (511).

³⁸ Siehe hierzu *Wehnert*, NJW 2009, 1190 (1192); vgl. ferner *Arzt*, in: *Jahn/Kudlich/Streng* (Hrsg.), *Strafrechtspraxis und Reform*, Festschrift für Heinz Stöckel zum 70. Geburtstag, 2010, S. 15 (S. 26 ff.).