

Die PDF Version wurde freundlicherweise vom C.H.Beck Verlag zu Verfügung gestellt.  
Weitere Informationen zu der Corporate Compliance Zeitschrift (CCZ) finden Sie bei beck-online.

RECHTSANWÄLTE DR. MARKUS S. RIEDER UND DR. JONAS MENNE\*

## Internal Investigations – Rechtslage, Gestaltungsmöglichkeiten und rechtspolitischer Handlungsbedarf

### A. Einleitung

Die jüngsten Entscheidungen des BVerfG über die Verfassungsbeschwerden von *Volkswagen*,<sup>1</sup> *Jones Day*<sup>2</sup> sowie drei Anwälten der Kanzlei<sup>3</sup> sind in Teilen der Presse positiv

aufgenommen worden – die ermittelnden Staatsanwaltschaften dürften nun mit höchstrichterlichem Segen die „brisanten“ internen VW-Dokumente auswerten, die bei der Durchsuchung der Kanzleiräume im März 2017 „beschlagnahmt“ wurden.<sup>4</sup> Abgesehen davon, dass es sich

---

\* Der Autor *Rieder* ist Partner der internationalen Rechtsanwaltssozietät Latham & Watkins LLP und Leiter der deutschen White Collar Praxis. Der Autor *Menne* ist als Rechtsanwalt in der White Collar Praxis von Latham & Watkins LLP tätig. Die Autoren danken Herrn Christoph *Saake* für die tatkräftige Unterstützung bei der Recherche für diesen Beitrag. Der Beitrag gibt die persönlichen Ansichten der Autoren wieder.

1 BVerfG 27.6.2018 – 2 BvR 1405/17, 2 BvR 1780/17 = BeckRS 2018, 14189.

2 BVerfG 27.6.2018 – 2 BvR 1287/17, 2 BvR 1583/17 = BeckRS 2018, 14188.

3 BVerfG 27.6.2018 – 2 BvR 1562/17 = BeckRS 2018, 14190.

4 Vgl. nur die Meldungen von SPIEGEL ONLINE ([www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/vw-ermittler-duerfen-beschlagnahme-vw-unterlagen-auswerten-a-1216985.html](http://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/vw-ermittler-duerfen-beschlagnahme-vw-unterlagen-auswerten-a-1216985.html) [zuletzt abgerufen am 27.7.2018]), WELT ([https://www.welt.de/print/die\\_welt/wirtschaft/article178943166/Ermittler-duerfen-VW-Akten-einsehen.html](https://www.welt.de/print/die_welt/wirtschaft/article178943166/Ermittler-duerfen-VW-Akten-einsehen.html) [zuletzt abgerufen am 27.7.2018]), Manager Magazin ([www.manager-magazin.de/unternehmen/autoindustrie/volkswagen-verfassungsbeschwerde-abgeschmettert-a-1216984.html](http://www.manager-magazin.de/unternehmen/autoindustrie/volkswagen-verfassungsbeschwerde-abgeschmettert-a-1216984.html) [zuletzt abgerufen am 27.7.2018]) sowie Handelsblatt (<https://www.handelsblatt.com/unternehmen/industrie/bundesverfassungsgericht-volkswagen-muss-brisante-dokumente-im-dieselskandal-herausgeben-/22774332.html?ticket=ST-2500188-4trVmKCvFOR5jMBhzwA9-ap5> [zuletzt abgerufen am 27.7.2018]).

den Entscheidungen des *BVerfG* zufolge nicht um eine Beschlagnahme, sondern eine Sicherstellung der Dokumente im Rahmen der Durchsuchung handelte, scheint die Perspektive des *BVerfG* auf die *Causa Jones Day* eine vergleichbare gewesen zu sein: Mit dem schlichten Verweis auf die erforderliche „Effektivität der Strafrechtspflege“<sup>5</sup> hat das *BVerfG* nicht nur die Durchsuchung einer Rechtsanwaltskanzlei für rechtmäßig erklärt, sondern zugleich auch erhebliche Einschränkungen des Anwaltsprivilegs gerechtfertigt. Im Rahmen unternehmensinterner Untersuchungen sollen Beschlagnahme- und weitere Beweiserhebungsverbote nur noch in stark limitiertem Umfang gelten. Ohnehin sei fraglich, inwieweit es sich bei derartigen Mandaten um eine genuin anwaltliche Tätigkeit handele.<sup>6</sup> Und als sei dem anwaltlichen Stand gegenüber noch nicht genug Geringschätzung zum Ausdruck gebracht worden, stellte das *BVerfG* dann auch noch fest, dass *Jones Day* als „international tätige Rechtsanwaltskanzlei“<sup>7</sup> mangels organisatorisch eigenständiger Stellung und fehlendem inländischen Tätigkeitsmittelpunkt nicht grundrechtsfähig sei.<sup>8</sup> Den Anwälten der Sozietät blieb die Berufung auf eine Verletzung eigener Grundrechte ebenfalls verwehrt, da der Durchsuchungsbeschluss nur die Kanzlei und nicht einzelne Anwälte betroffen habe (vgl. auch die Urteilsbesprechung in diesem Heft).<sup>9</sup>

*Hard cases make bad law.* Dieser Beitrag beleuchtet die Folgerungen, die sich aus den Entscheidungen des *BVerfG* und den damit verbundenen Einschränkungen von Durchsuchungs- und Beschlagnahmeverboten bei Rechtsanwälten ergeben, insbesondere im Hinblick auf unternehmensinterne Untersuchungen (B.II.). Der Rechtslage in Deutschland wird vergleichend das US-amerikanische *legal privilege* gegenübergestellt (B.III.). Im Anschluss erfolgt eine Analyse der Folgerungen für die Geschäftsleiterverantwortung bei internen Ermittlungen sowie bei der Kooperation mit deutschen und ausländischen Ermittlungsbehörden (C.) Abschließend wird der aus den Entscheidungen resultierende rechtspolitische Handlungsbedarf aufgezeigt (D.).

## B. Aktuelle Rechtslage in Deutschland (laut BVerfG)

### I. Anwendungsbereich von Durchsuchungs- und Beschlagnahmeverboten

Auch wenn das *BVerfG* mit seinen Entscheidungen den Anwendungsbereich für das Verbot von Durchsuchungen und Beschlagnahmen stark beschränkt hat, haben die Entscheidungen immerhin den positiven Effekt, dass nun weitgehend geklärt ist, unter welchen Voraussetzungen nach gegenwärtiger Rechtslage Ermittlungsbehörden der Zugriff auf Dokumente und Daten in anwaltlichem Gewahrsam verwehrt ist.<sup>10</sup>

Dazu hatte das *BVerfG* zunächst den seit Einführung des § 160 a StPO im Jahr 2008 schwelenden Streit zu dessen

Anwendungsbereich bzw. zum Verhältnis von § 160 a StPO zu § 97 StPO zu entscheiden.<sup>11</sup> § 160 a Abs. 1 S. 1 StPO zufolge ist eine Ermittlungsmaßnahme unzulässig, die sich gegen einen Rechtsanwalt richtet und voraussichtlich Erkenntnisse erbringen würde, über die dieser das Zeugnis verweigern dürfte. § 160 a Abs. 5 StPO regelt allerdings, dass § 97 StPO hiervon „unberührt“ bleiben soll. Die – missglückte – Formulierung wurde zum Teil als Anordnung eines Spezialitätsverhältnisses verstanden, mit der Folge, dass im Bereich der Beschlagnahme ausschließlich die Regelung des § 97 StPO anzuwenden sei.<sup>12</sup> Die Gegenauffassung entnimmt der Regelung des § 160 a Abs. 5 StPO hingegen keinen Vorrang von § 97 StPO gegenüber dem absoluten Beweiserhebungsverbot des § 160 a Abs. 1 S. 1 StPO und hält die Beschlagnahme von Mandantenunterlagen in einer Rechtsanwaltskanzlei für unzulässig.<sup>13</sup> Das *BVerfG* ist dem mit Verweis auf die „verfassungsrechtlich gebotene Effektivität der Strafverfolgung“<sup>14</sup> nicht gefolgt, sondern betrachtet für die Maßnahme der Beschlagnahme ausschließlich § 97 StPO als maßgeblich.<sup>15</sup>

Darüber hinaus hat das *BVerfG* den absoluten Schutz des § 160 a Abs. 1 S. 1 StPO auch für Durchsuchungen ausgeschlossen, da ansonsten „die nach § 97 StPO gestatteten Möglichkeiten der Beweisgewinnung [...] de facto unmöglich“ würden.<sup>16</sup> Dass dem der Wortlaut des § 160 a Abs. 1 S. 1 iVm Abs. 5 StPO klar entgegensteht, weil hier nicht auf die Vorschriften für die Durchsuchung verwiesen wird und zudem mit der in § 95 StPO normierten Herausgabepflicht durchaus eine Möglichkeit zur Verfügung stünde, Beschlagnahmegegenstände – notfalls unter Zuhilfenahme von Zwangsmitteln – auch ohne Durchsuchung herauszuverlangen,<sup>17</sup> übergeht das *BVerfG* dabei leider.

Daraus folgt, dass der Schutz vor Durchsuchung und Beschlagnahme nur dann besteht, wenn kumulativ folgende Voraussetzungen vorliegen:

*Erstens* ist ein Mandatsverhältnis erforderlich – und zwar in dem Sinne, dass es eines „Berufsgeheimnisträger-Beschuldigten-Verhältnisses“<sup>18</sup> bedarf. Für Unternehmen bedeutet dies, dass sie aufgrund eines Ordnungswidrigkeiten- oder Verfallsverfahrens eine beschuldigtenähnliche Stellung innehaben und im Zusammenhang mit diesem Verfahren einen Rechtsanwalt bzw. eine Kanzlei mandatiert haben müssen. Nur im Hinblick auf dieses Verhältnis greift das Beschlagnahmeverbot des § 97 StPO.<sup>19</sup>

11 Für eine Übersicht der in der Literatur vertretenen Ansichten s. *Dann* NJW 2015, 2609 (2613).

12 Vgl. LG Stuttgart 26.3.2018 – 6 Qs 1/18, Rn. 40 ff.; LG Bochum 16.3.2016 – II-6 Qs 1/16, Rn. 87 f. = NStZ 2016, 500 (501 f.); LG Hamburg 15.10.2010 – 608 Qs 18/10, Rn. 87; Meyer-Goßner/Schmitt/Schmitt, StPO, 2018, § 160 a Rn. 17; MüKoStPO/Hauschild, 1. Aufl. 2014, § 97 Rn. 64.

13 Vgl. etwa von Galen NJW 2011, 942 (945); Schuster NZWiSt 2012, 26 (30).

14 BVerfG 27.6.2018 – 2 BvR 1405/17, 2 BvR 1780/17, Rn. 78.

15 BVerfG 27.6.2018 – 2 BvR 1405/17, 2 BvR 1780/17, Rn. 73 ff.

16 BVerfG 27.6.2018 – 2 BvR 1405/17, 2 BvR 1780/17, Rn. 76.

17 Eine Anwendung von Zwang gegenüber zeugnisverweigerungsberechtigten Personen ist dabei allerdings unzulässig, § 95 Abs. 2 S. 2 StPO; vgl. hierzu MüKoStPO/Hauschild, 1. Aufl. 2014, § 95 Rn. 20.

18 BVerfG 27.6.2018 – 2 BvR 1405/17, 2 BvR 1780/17, Rn. 88.

19 LG Bochum 16.3.2016 – II-6 Qs 1/16, Rn. 68 = NStZ 2016, 500; LG Bonn 21.6.2012 – 27 Qs 2/12, Rn. 42 f. = NZKart 2013, 204 (204 f.); LG Hamburg 15.10.2010 – 608 Qs 18/10, Rn. 70 = NJW 2011, 942 (943); Meyer-Goßner/Schmitt/Schmitt, StPO, 2018, § 97 Rn. 10 a mwN; MüKoStPO/Hauschild, 1. Aufl. 2014, § 97 Rn. 8, 64.

5 BVerfG 27.6.2018 – 2 BvR 1405/17, 2 BvR 1780/17, Rn. 78.

6 BVerfG 27.6.2018 – 2 BvR 1405/17, 2 BvR 1780/17, Rn. 110.

7 BVerfG 27.6.2018 – 2 BvR 1287/17, 2 BvR 1583/17, Rn. 1.

8 BVerfG 27.6.2018 – 2 BvR 1287/17, 2 BvR 1583/17, Rn. 24 ff.

9 BVerfG 27.6.2018 – 2 BvR 1562/17, Rn. 35 ff.

10 Anders *Momsen* NJW 2018, 1362, der die Entscheidungen aufgrund des auf verfassungsrechtliche Vorgaben beschränkten Prüfungsmaßstabes nicht als richtungweisend betrachtet.

Dass es an einem solchen Verhältnis fehlte, war im Fall *Jones Day* das Hauptargument des *BVerfG* (und zuvor auch bereits des *LG München I*), um die Anwendbarkeit des § 97 StPO zu verneinen: Die beschwerdeführende *Volkswagen AG* war zwar Nebenbeteiligte in einem Ermittlungsverfahren der Staatsanwaltschaft Braunschweig und hatte auch ein Mandatsverhältnis zu *Jones Day* begründet, allerdings richtete sich das Verfahren der durchsuchenden *Staatsanwaltschaft München II* gegen *Audi*, so dass *Volkswagen* in diesem Verfahren keine beschuldigtenähnliche Stellung innehatte. *Audi* wiederum hatte bereits kein Mandatsverhältnis zu *Jones Day*, so dass auch in diesem Verhältnis das Beschlagnahmeprivileg des § 97 StPO nicht anwendbar war.<sup>20</sup>

Zweitens hat das *BVerfG* die Anforderungen an den Zeitpunkt konkretisiert, ab dem sich eine juristische Person in der erforderlichen beschuldigtenähnlichen Verfahrensstellung befindet: Danach muss eine künftige Nebenbeteiligung nach objektiven Gesichtspunkten in Betracht kommen. Dies setze einen „hinreichenden“ Verdacht für eine durch eine konkrete Leitungsperson begangene Straftat (§ 30 OWiG) oder Aufsichtspflichtverletzung (§ 130 OWiG) voraus.<sup>21</sup> Dagegen sei nicht geboten, eine beschuldigtenähnliche Stellung, die einen Beschlagnahmeschutz aus § 97 Abs. 1 StPO nach sich zieht, bereits dann anzunehmen, wenn ein Unternehmen ein künftiges gegen sich gerichtetes Ermittlungsverfahren lediglich befürchtet und sich vor diesem Hintergrund anwaltlich beraten lässt oder eine unternehmensinterne Untersuchung in Auftrag gibt.<sup>22</sup>

Damit hat das *BVerfG* der unter anderem vom *LG Bonn* in einem kartellrechtlichen Verfahren geäußerten Ansicht eine Absage erteilt, wonach der Beschlagnahmeschutz erst ab Bestehen einer förmlichen Beschuldigtenstellung beginnt<sup>23</sup> – wodurch es den Ermittlungsbehörden freigestanden hätte, den Anwendungsbereich von § 97 StPO durch entsprechende Verzögerung der Verfahrenseinleitung nahezu beliebig zu verlagern.<sup>24</sup> Gleichzeitig gilt aufgrund der Anforderungen des *BVerfG* aber auch, dass Durchsuchung und Beschlagnahme im Vorfeld hinreichender, objektiver Anhaltspunkte für eine künftige Nebenbeteiligung nun eindeutig möglich sind.

Im Hinblick auf den Anwendungsbereich von § 97 StPO hat das *BVerfG* immerhin klargestellt, dass für die bei *Jones Day* sichergestellten Unterlagen und Daten im Verfahren der Staatsanwaltschaft Braunschweig ein Beschlagnahmeverbot bestanden hätte und hieraus gemäß § 160 a Abs. 1 S. 2 StPO ein Verwertungsverbot – auch zur weiteren Verdachtsbegründung oder als Spurenansatz – im Verfahren gegen *Volkswagen* resultiert.<sup>25</sup> Die Staatsanwaltschaft Braunschweig führte allerdings auch bereits seit April 2016 ein Verfahren gegen *Volkswagen*, so dass hier die beschuldigtenähnliche Stellung zweifelsohne bestand.<sup>26</sup>

## II. Fälle zulässiger Durchsuchung und Beschlagnahme

Da die Verbote der Durchsuchung und Beschlagnahme beim Rechtsanwalt erst bei Bestehen einer beschuldigtenähnlichen Verfahrensstellung des Mandanten greifen, bedeutet dies für unternehmensinterne Untersuchungen, dass Dokumente, die während der anfänglichen Beratung oder internen Sachverhaltsaufklärung erstellt werden, regelmäßig als beschlagnahmefähig einzuordnen sein dürften. Gleiches gilt für Sachverhalte, bei denen zunächst lediglich Fehlverhalten einzelner Personen, zumal unterhalb der Leitungsebene, untersucht wird. Selbst wenn hierbei bereits ein mögliches Ermittlungsverfahren gegen das Unternehmen in Erwägung gezogen und durch externe Anwälte geprüft wird, genügt dies nach den Maßstäben des *BVerfG* noch nicht für einen hinreichenden Verdacht gegen das Unternehmen. Landgerichtlichen Entscheidungen, die einen Beschlagnahmeschutz auch für frühere Stadien unternehmensinterner Untersuchung angenommen hatten,<sup>27</sup> folgt das *BVerfG* nicht.<sup>28</sup>

Eine Durchsuchung von Anwaltskanzleien und Beschlagnahme von Mandatsunterlagen ist nach den Entscheidungen des *BVerfG* zudem immer dann möglich, wenn der betroffene Rechtsanwalt kein Mandatsverhältnis mit dem jeweiligen Beschuldigten hatte. Wie die Entscheidungen zeigen, gilt dies insbesondere bei konzernweiten Sachverhalten, wenn die Mandatierung nur in Bezug auf eine Gesellschaft besteht. Der Beschlagnahmeschutz des § 97 StPO lässt sich dem *BVerfG* zufolge nicht auf andere Konzerngesellschaften oder auf das Verhältnis von Mutter- und Tochtergesellschaft innerhalb eines Konzerns übertragen, wenn es an einer ausdrücklichen Mandatierung durch die Konzern- bzw. Tochtergesellschaften fehlt.<sup>29</sup>

Im Verbund mit den weitreichenden Möglichkeiten der Ermittlungsbehörden bei der Verfahrensgestaltung kann der Bereich zulässiger Durchsuchungen und Beschlagnahmen bei Verfahren, die mehrere Gesellschaften eines Konzerns betreffen, aus Sicht der Staatsanwaltschaften entsprechend „vorteilhaft“ adjustiert werden. Da über die Verbindung und Trennung von Verfahren im Ermittlungsverfahren die Staatsanwaltschaften nach pflichtgemäßem Ermessen entscheiden,<sup>30</sup> bestünde die Möglichkeit, durch Führung separater Ermittlungsverfahren gegen jede der involvierten Gesellschaften jeweils bei den Kanzleien der weiteren Gesellschaften Durchsuchungen und Beschlagnahmen durchzuführen. Eine für § 97 StPO erforderliche beschuldigtenähnliche Stellung würde für jede Gesellschaft schließlich immer nur im Hinblick auf das gegen sie selbst gerichtete Ermittlungsverfahren bestehen. Das *BVerfG* weist zwar darauf hin, dass durch die Verfahrensgestaltung der Schutz des § 97 Abs. 1 StPO nicht umgangen werden darf, die Hürde für das Vorliegen einer solchen Konstellation dürfte aufgrund des den Er-

20 BVerfG 27.6.2018 – 2 BvR 1405/17, 2 BvR 1780/17, Rn. 96 ff., 102 ff.

21 BVerfG 27.6.2018 – 2 BvR 1405/17, 2 BvR 1780/17, Rn. 93.

22 BVerfG 27.6.2018 – 2 BvR 1405/17, 2 BvR 1780/17, Rn. 94.

23 LG Bonn 21.6.2012 – 27 Qs 2/12, Rn. 42 f. = NZKart 2013, 204 f.

24 Vgl. Satzger/Schluckebier/Widmaier/Eschelbach, StPO, 3. Aufl. 2018, § 97 Rn. 11.

25 BVerfG 27.6.2018 – 2 BvR 1405/17, 2 BvR 1780/17, Rn. 101.

26 BVerfG 27.6.2018 – 2 BvR 1405/17, 2 BvR 1780/17, Rn. 6 ff.

27 Die Entscheidungen beziehen sich dabei allerdings auf ein Verteidigungsverhältnis iSd § 148 StPO; vgl. LG Braunschweig 21.7.2015 – 6 Qs 116/15, Rn. 1 = NZWiSt 2016, 37; LG Gießen 25.6.2012 – 7 Qs 100/12, Rn. 11 = BeckRS 2012, 15498.

28 BVerfG 27.6.2018 – 2 BvR 1405/17, 2 BvR 1780/17, Rn. 95.

29 BVerfG 27.6.2018 – 2 BvR 1405/17, 2 BvR 1780/17, Rn. 104; andere Ansicht: LG Braunschweig 21.7.2015 – 6 Qs 116/15, Rn. 12 f., NStZ 2016, S. 308 (309).

30 BVerfG 27.6.2018 – 2 BvR 1405/17, 2 BvR 1780/17, Rn. 97.

mittlungsbörden zugestanden Ermessens freilich hoch liegen.

Im Zusammenhang mit unternehmensinternen Untersuchungen wird immer wieder in Abrede gestellt, dass es sich hierbei überhaupt um eine anwaltliche Tätigkeit im engeren Sinne handelt.<sup>31</sup> Auch das *LG München I* hatte im Hinblick auf die Untersuchung von *Jones Day* Zweifel daran geäußert, ob die Beauftragung der Kanzlei überhaupt als typisches Rechtsanwaltsmandat zu qualifizieren sei – insbesondere vor dem Hintergrund, dass *Volkswagen* auf die Untersuchung keinen Einfluss haben dürfen, um den Vereinbarungen mit dem *DOJ* zu genügen.<sup>32</sup> Das *BVerfG* greift diese Argumentation im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsabwägung auf und stellt ebenfalls fest, dass sich das Mandatsverhältnis gerade nicht durch eine besondere Vertrauensbeziehung ausgezeichnet habe, wie sie etwa einem Verteidigungsverhältnis, aber auch dem klassischen Rechtsanwalts-Mandanten-Verhältnis üblicherweise innewohnt.<sup>33</sup> Immerhin gehen die Gerichte nicht so weit, unternehmensinternen Untersuchungen gänzlich die Einordnung als schützenswertes Mandat zu versagen; gleichwohl scheinen die Zweifel an der Einordnung als genuin anwaltliche Tätigkeit gerade vor dem Hintergrund, dass unternehmensinterne Untersuchungen häufig auch zur Vorbereitung der Verteidigung in Ermittlungsverfahren dienen, sehr bedenklich.

Dass es sich bei den Dokumenten und Daten im Fall *Jones Day* um Verteidigungsunterlagen iSd § 148 StPO gehandelt haben könnte – mit der Konsequenz, dass diese auch im Gewahrsam des Unternehmens geschützt sind –, hat das *BVerfG* im Übrigen nicht in Erwägung gezogen.<sup>34</sup>

### III. Rechtsvergleichender Seitenblick: USA

Konträr zu der beschränkten Reichweite des deutschen Anwaltsprivilegs verhält sich das US-amerikanische *legal privilege*, das einen weitreichenden Schutz – auch im Rahmen unternehmensinterner Untersuchungen – bietet. Das US-amerikanische *legal privilege* basiert dabei im Wesentlichen auf zwei Rechtsinstituten, dem *attorney-client privilege* sowie der *work-product doctrine*.

Das *attorney-client privilege* schützt umfänglich die Kommunikation zwischen Anwalt und Mandant. Durch die gewährleistete Vertraulichkeit soll ermöglicht werden, dass der Mandant frühzeitig und vollumfänglich rechtlichen Beistand einholen und seinem Anwalt alle für die rechtliche Bewertung relevanten Informationen offenlegen kann, ohne befürchten zu müssen, dass Dritte auf diese Kommunikation zugreifen.<sup>35</sup> Voraussetzungen für das *attorney-client privilege* sind im Wesentlichen ein bestehendes Mandatsverhältnis (bzw. dessen Anbahnung) sowie eine vertrauliche Kommunikation zwischen Mandant und

Anwalt, die auf die Einholung bzw. Erteilung rechtlichen Beistandes gerichtet ist.<sup>36</sup>

Das *attorney-client privilege* gilt für jeden im In- oder Ausland zugelassenen Anwalt<sup>37</sup> und unterscheidet – im Gegensatz zum deutschen Recht – nicht zwischen externen und internen Anwälten (*in-house counsel*). Mandanten des geschützten Vertrauensverhältnisses können sowohl natürliche als auch juristische Personen sein. Bei juristischen Personen ist seit der „*Upjohn Co.*“-Entscheidung des *U.S. Supreme Court* zudem anerkannt, dass die Kommunikation sämtlicher Mitarbeiter unabhängig von ihrer Position durch das *attorney-client privilege* geschützt werden kann.<sup>38</sup> Die Befragung von Mitarbeitern durch externe Anwälte ist demnach regelmäßig privilegiert.<sup>39</sup> Bei der Kommunikation mit internen Anwälten ist zu beachten, dass diese nur geschützt ist, wenn der vorherrschende Zweck der Kommunikation in der Rechtsberatung liegt.<sup>40</sup> Generell gilt, dass der Anwendungsbereich des *attorney-client privilege* sowohl mündliche als auch schriftliche Kommunikation umfasst.<sup>41</sup>

Ergänzend zum Schutz der Kommunikation zwischen Anwalt und Mandant existiert die *work-product doctrine*, die Arbeitsprodukte des Anwalts vor dem Zugriff Dritter schützt, sofern diese in Vorbereitung auf einen gegenwärtigen oder künftigen Rechtsstreit erstellt wurden. Davon umfasst sind sowohl Unterlagen, die Sachverhaltsdarstellungen enthalten, als auch rechtliche Einschätzungen und Analysen. Auch im Rahmen unternehmensinterner Untersuchungen erstellte Arbeitsprodukte können von der *work-product doctrine* geschützt sein.<sup>42</sup>

Dem *legal privilege* stehen allerdings umfangreiche Offenlegungspflichten sowohl in Zivil- als auch in Strafverfahren gegenüber. Dem liegt die Grunderwägung des US-amerikanischen Verfahrensrechts zugrunde, wonach die Verfahrensparteien verpflichtet werden, an der Aufklärung des streitigen Sachverhalts mitzuwirken. Das deutsche Recht sieht Mitwirkungs- und Aufklärungspflichten nicht in vergleichbarem Umfang vor.<sup>43</sup>

Ferner entfällt der Schutz des *legal privilege* bei Verzicht (*waiver*). Werden die geschützte Kommunikation oder anwaltliche Arbeitsprodukte Dritten gegenüber offengelegt, gilt dies als Verzicht – mit der weitreichenden Konsequenz, dass nicht nur die konkret betroffene Information, sondern auch alle damit in Zusammenhang stehenden Doku-

31 So etwa Leitner/Rosenau/Wimmer, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 1. Aufl. 2017, § 152 StPO, Rn. 17.

32 BVerfG 27.6.2018 – 2 BvR 1405/17, 2 BvR 1780/17, Rn. 55.

33 BVerfG 27.6.2018 – 2 BvR 1405/17, 2 BvR 1780/17, Rn. 110.

34 Zur Einordnung der Ergebnisse einer internen Untersuchung als Verteidigungsunterlagen Klengel/Buchert NStZ 2016, 383; zum Schutz von Verteidigungsunterlagen im Gewahrsam des Unternehmens LG Braunschweig 21.7.2015 – 6 Qs 116/15, Rn. 10; MüKoStPO/Thomas/Kämpfer, 1. Aufl. 2014, § 148 Rn. 17, 19.

35 Potočić, Korruption, amerikanische Börsenaufsicht und Ermittlungen durch Private in Deutschland, Baden-Baden 2016, S. 270 mwN; zum *legal privilege* vgl. auch Momen/Grützner CCZ 2017, 242 (248 f.), Schneider ZIS 9/2016, 626 (630).

36 Merkt, Syndikusanwalt und deutsches Anwaltsprivileg im US-Zivilprozess, Frankfurt 2013, S. 117; Potočić, Korruption, amerikanische Börsenaufsicht und Ermittlungen durch Private in Deutschland, Baden-Baden 2016, S. 313.

37 Zu der Diskussion, inwieweit ausländische Rechtsanwälte gem. § 53 StPO zeugnisverweigerungsberechtigt sind, vgl. MüKoStPO/Percic, 1. Aufl. 2014, § 53 Rn. 2.

38 *Upjohn Co. v. U.S.*, 449 United States, 383 (389 f.); Wessing/Dann/Wessing, Deutsch-Amerikanische Korruptionsverfahren, 2013, § 6 Rn. 103 ff.; zu den Voraussetzungen im Einzelnen Potočić, Korruption, amerikanische Börsenaufsicht und Ermittlungen durch Private in Deutschland, Baden-Baden 2016, S. 313 f.

39 Potočić, Korruption, amerikanische Börsenaufsicht und Ermittlungen durch Private in Deutschland, Baden-Baden 2016, S. 314.

40 Merkt, Syndikusanwalt und deutsches Anwaltsprivileg im US-Zivilprozess, Frankfurt 2013, S. 121 mwN.

41 Vgl. Mann, Anwaltliche Verschwiegenheit und Corporate Governance, Heidelberg 2009, S. 91.

42 Potočić, Korruption, amerikanische Börsenaufsicht und Ermittlungen durch Private in Deutschland, Baden-Baden 2016, S. 316 ff. mwN; Merkt, Syndikusanwalt und deutsches Anwaltsprivileg im US-Zivilprozess, Frankfurt 2013, S. 120 mwN.

43 Merkt, Syndikusanwalt und deutsches Anwaltsprivileg im US-Zivilprozess, Frankfurt 2013, S. 114 f.

mente und Arbeitsprodukte nicht mehr als geschützt gelten. Die Erklärung des Verzichts ist dabei dem Mandanten vorbehalten.<sup>44</sup>

## C. Folgerungen für die Geschäftsleiterverantwortung bei internen Ermittlungen

### I. Grundlagen

Für Unternehmen besteht in der Regel keine Pflicht zur Erstattung von Strafanzeigen aufgrund von unternehmensinternen Vorfällen.<sup>45</sup> Auch eine allgemeine Kooperationspflicht mit der Staatsanwaltschaft besteht nicht.<sup>46</sup>

Davon zu trennen ist jedoch die Frage, ob Geschäftsleiter verpflichtet sind, im Falle entsprechender Anhaltspunkte für Unregelmäßigkeiten unternehmensinterne Untersuchungen durchzuführen, um den Sachverhalt aufzuklären. Zwar gibt es keine allgemeine gesellschaftsrechtlich verankerte Pflicht zur Durchführung interner Untersuchungen, was nicht zuletzt an der Vielzahl möglicher Definitionen und Konstellationen der ursprünglich aus dem angloamerikanischen Rechtskreis stammenden *Internal Investigations* liegt. Eine Verpflichtung zur Durchführung unternehmensinterner Untersuchungen kann sich gleichwohl aus allgemeinen Geschäftsleiterpflichten ergeben.

Bei der AG wird eine entsprechende Pflicht primär für den Vorstand und den Aufsichtsrat diskutiert. Normativer Anknüpfungspunkt für den Vorstand ist die gesellschaftsrechtliche Leitungspflicht nach §§ 76 Abs. 1, 93 Abs. 1 S. 1 AktG.<sup>47</sup> Daraus ergibt sich die Pflicht des Vorstandes, für die Einhaltung von Gesetzen und unternehmensinternen Richtlinien durch Vorstand und Mitarbeiter des Unternehmens zu sorgen. Bestehen Anhaltspunkte für Verstöße, muss der Vorstand einschreiten. Nach § 93 Abs. 1 S. 1 AktG haben Vorstandsmitglieder bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden. Hieraus wird die Pflicht des Vorstandes abgeleitet, bei Hinweisen auf Gesetzesverstöße durch Mitarbeiter des Unternehmens hinreichende Sachverhaltsermittlungen durchzuführen.<sup>48</sup>

Eine Einschränkung ergibt sich auch nicht aus dem grundsätzlich im Rahmen der *Business Judgment Rule* bestehenden unternehmerischen Ermessen: Da § 93 Abs. 1 S. 2 AktG ein Handeln des Vorstandes auf Grundlage „angemessener Information“ voraussetzt, wird in der Regel

angenommen, dass zumindest im Hinblick auf das „Ob“ der Sachverhaltsaufklärung die *Business Judgment Rule* keine Anwendung findet.<sup>49</sup> Entsprechend hat der BGH in der *ARAG/Garmenbeck*-Entscheidung ein Ermessen allein im Handlungs-, nicht im Erkenntnisbereich angenommen.<sup>50</sup> Demgegenüber ist bei der Frage, wie und in welchem Umfang die Sachverhaltsaufklärung durchzuführen ist, der von der *Business Judgment Rule* eröffnete weite Handlungsspielraum gegeben und darauf abzustellen, ob der Vorstand bei seiner Entscheidung annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.<sup>51</sup> Welche Handlungspflichten aus dem Unternehmensinteresse folgen, bestimmt sich nach den Umständen des Einzelfalls, insbesondere nach der Bedeutung des möglichen Regelverstößes und des zu erwartenden Ermittlungsaufwands.<sup>52</sup>

Auch der Aufsichtsrat kann verpflichtet sein, unternehmensinterne Ermittlungen durchzuführen. Eine solche Pflicht folgt aus § 111 Abs. 1 AktG, wonach der Aufsichtsrat die Geschäftsführung des Vorstands zu überwachen hat. Die vom Aufsichtsrat verlangten Maßnahmen variieren dabei je nach Einzelfall. Abhängig vom Grad der dem Unternehmen drohenden Gefahr können sie von der Überprüfung, ob andere Stellen den Sachverhalt ordnungsgemäß aufgeklärt und angemessen reagiert haben, bis hin zur Durchführung eigener Ermittlungen reichen. Ebenso wie beim Vorstand findet die *Business Judgment Rule* lediglich auf das „Wie“ des Tätigwerdens Anwendung, nicht auf das „Ob“.<sup>53</sup>

### II. Interne Ermittlungen bleiben weiterhin zulässig

Auch wenn nach den Entscheidungen des *BVerfG* die Möglichkeit einer Beschlagnahme von Arbeitsprodukten und Ergebnissen aus unternehmensinternen Untersuchungen bei dem für die Untersuchung mandatierten Rechtsanwalt besteht, bleiben interne Ermittlungen weiterhin zulässig und erforderlich. Dies folgt bereits aus den entsprechenden gesellschaftsrechtlichen Verpflichtungen zur anlassbezogenen Sachverhaltsaufklärung und Durchführung von Untersuchungsmaßnahmen. Ferner bestand die Gefahr einer Beschlagnahme aufgrund der unklaren Rechtslage bereits vor den Entscheidungen. Nun kann aufgrund der Vorgaben des *BVerfG* der im Rahmen des unternehmerischen Ermessens gegebene Handlungsspielraum zur Frage der Gestaltung der internen Ermittlungen genutzt werden, um das Risiko einer Durchsuchung und Beschlagnahme beim Rechtsanwalt gering zu halten.

Neben der ohnehin bestehenden rechtlichen Verpflichtung sprechen häufig auch gute Gründe für die Durchführung interner Ermittlungen: Eine umfassende Sachverhaltsaufklärung setzt das Unternehmen über alle relevanten Unregelmäßigkeiten in Kenntnis und ermöglicht so informier-

44 Potočić, Korruption, amerikanische Börsenaufsicht und Ermittlungen durch Private in Deutschland, Baden-Baden 2016, S. 319 mwN.

45 Eine strafbewehrte Pflicht zur Strafanzeige besteht nur für die in § 138 StGB genannten Delikte, die in einem Unternehmen jedoch in aller Regel nicht auftreten; vgl. auch Hauschka/Moosmayer/Lösler/Wessing, Corporate Compliance, 3. Aufl., München 2016, S. 1510.

46 Hauschka/Moosmayer/Lösler/Wessing, Corporate Compliance, 3. Aufl., München 2016, S. 1510 f.

47 Daneben wird eine Anknüpfung der Ermittlungspflicht an die Aufsichtspflicht nach § 130 OWiG, die Pflicht zur Einrichtung eines Überwachungssystems nach § 91 Abs. 2 AktG oder die allgemeine Compliance-Verantwortung des Vorstands diskutiert; vgl. Knierim/Rübenstahl/Tsambikakis/Potinecke/Block, Internal Investigations – Ermittlungen im Unternehmen, 2. Aufl., Heidelberg 2016, S. 25 f.

48 Knierim/Rübenstahl/Tsambikakis/Potinecke/Block, Internal Investigations – Ermittlungen im Unternehmen, 2. Aufl., Heidelberg 2016, S. 26.

49 Knierim/Rübenstahl/Tsambikakis/Potinecke/Block, Internal Investigations – Ermittlungen im Unternehmen, 2. Aufl., Heidelberg 2016, S. 27.

50 BGHZ 135, 244 (254) – ARAG/Garmenbeck = NJW 1997, 1926 (1927 f.).

51 BGHZ 135, 244 (254) – ARAG/Garmenbeck = NJW 1997, 1926 (1927).

52 Vgl. Hügler ZHR 2015, 214 (219 f.).

53 Knierim/Rübenstahl/Tsambikakis/Potinecke/Block, Internal Investigations – Ermittlungen im Unternehmen, 2. Aufl., Heidelberg 2016, S. 34 f.

te Entscheidungen der Unternehmensleitung, wie diesen zu begegnen ist. Eine frühe Aufklärung kann zudem ermöglichen, die Deutungshoheit über den Sachverhalt zu erlangen, sowohl im Hinblick auf öffentliche Wahrnehmung und mediale Berichterstattung als auch im Fall einer Kooperation mit den Ermittlungsbehörden.<sup>54</sup>

In grenzüberschreitenden Fällen sind interne Ermittlungen häufig ohnehin alternativlos. Anders als im deutschen Recht können US-amerikanische Ermittlungsbehörden Unternehmen dazu verpflichten, beim Verdacht von Straftaten den Sachverhalt vollumfänglich aufzuklären bzw. durch externe Rechtsanwälte aufklären zu lassen – wie bei *Volkswagen* geschehen.

### III. Gestaltungsmöglichkeiten

#### 1. Flucht in die Straf- bzw. Selbstanzeige?

Um ein Durchsuchungs- und Beschlagnahmeverbot zu begründen, könnten Unternehmen künftig vermehrt in Erwägung ziehen, Anzeige bei den Ermittlungsbehörden zu erstatten. Auch wenn keine entsprechende Pflicht besteht (C.I.), kann eine Anzeigenerstattung als Anhaltspunkt dafür dienen, dass ein Ermittlungsverfahren gegen Unternehmensverantwortliche hinreichend wahrscheinlich ist – und damit dem *BVerfG* folgend den Anwendungsbereich von Durchsuchungs- und Beschlagnahmeverboten aufgrund des Bestehens einer beschuldigtenähnlichen Stellung begründen (B.I.).

Vorausgesetzt wäre freilich nicht nur der Verdacht einer innerhalb des Unternehmens bzw. durch Unternehmensangehörige begangenen Straftat, sondern deren Begehung durch eine in § 30 OWiG genannte Person oder eine Aufsichtspflichtverletzung iSv § 130 OWiG. Ferner muss der Verdacht als hinreichend im Sinne der Verfassungsgerichtsentscheidung zu qualifizieren sein, also nach objektiven Gesichtspunkten in Betracht kommen.<sup>55</sup>

Auch von den Begründungsanforderungen abgesehen, dürfte die Flucht in die Straf- bzw. Selbstanzeige aus mehreren Gründen nur bedingt und allenfalls nach sehr sorgfältiger Prüfung des Einzelfalles als Reaktion auf die Entscheidungen des *BVerfG* zu empfehlen sein:

*Erstens* ist nicht gesichert, dass die Staatsanwaltschaft aufgrund der Anzeige von einem hinreichenden Verdacht im erwünschten Sinne ausgeht. Da die Gestaltung des Ermittlungsverfahrens im Ermessen der Ermittlungsbehörden liegt und bei Verfahren gegen Unternehmen zudem das Opportunitätsprinzip gilt (§ 47 OWiG), bestehen weitreichende Gestaltungsmöglichkeiten, um trotz Anzeigenerstattung zunächst kein Ermittlungsverfahren einzuleiten. Alternativ kann sich die Staatsanwaltschaft zunächst nur auf Verfahren gegen individuelle Beschuldigte konzentrieren, wo aufgrund des Legalitätsprinzips kein Ermessen besteht. Die Verfassungsgerichtsentscheidung demonstriert genau dieses Vorgehen: Auch *Audi* hatte Strafanzeige bei der *Staatsanwaltschaft München II* erstattet. Die Staatsanwaltschaft führte daraufhin zunächst Vorermittlungen und richtete ihr Ermittlungsverfahren – nach einer Unterrichtung durch Rechtsanwälte

von *Jones Day* über den Zwischenstand der internen Untersuchungen – zunächst gegen Unbekannt. Erst nach der – wenige Tage nach Einleitung des Ermittlungsverfahrens – erfolgten Durchsuchung der Kanzleiräume erfolgte die Einleitung von Ermittlungen gegen konkrete Beschuldigte und gegen das Unternehmen.<sup>56</sup> Dass zuvor kein hinreichender Verdacht vorgelegen habe, der zur Begründung eines beschuldigtenähnlichen Status ausreichte, wurde von der Staatsanwaltschaft (lediglich) mit fehlenden Kenntnissen über die Entscheidungsstrukturen bei *Audi* begründet.<sup>57</sup>

*Zweitens* bietet selbst die Einleitung eines Verfahrens bzw. die Annahme eines für den beschuldigtenähnlichen Status erforderlichen hinreichenden Verdachts nur begrenzten Schutz vor Durchsuchung und Beschlagnahme: Für alle vor diesem Zeitpunkt erstellten Dokumente besteht nicht ohne weiteres ein Beweiserhebungs- und -verwertungsverbot, da der Beschlagnahmeschutz erst ab Vorliegen sämtlicher Voraussetzungen des § 97 StPO gelten soll.<sup>58</sup> Ein weiterreichender Schutz kommt lediglich für Verteidigungsunterlagen iSd § 148 StPO in Betracht; hier wird zumindest teilweise angenommen, dass bereits ab der Mandatsanbahnung ein umfassender Schutz besteht.<sup>59</sup> Ein Verteidigungsverhältnis wird jedoch häufig schwierig zu begründen sein, da nicht jede anwaltliche Tätigkeit im Rahmen unternehmensinterner Untersuchungen als genuin der Strafverteidigung (oder ihrer Vorbereitung) dienend qualifiziert werden kann und der Anwendungsbereich des Verteidigerprivilegs auch aufgrund straf- und berufsrechtlicher Vorschriften limitiert ist (vgl. hierzu C.III.2.). Gerade im Kontext umfangreicher unternehmensbezogener Sachverhalte bedarf es zudem regelmäßig zunächst interner Untersuchungen, bevor eine Anzeigenerstattung möglich ist.

*Drittens* kann eine Anzeigenerstattung konträr zu den Unternehmensinteressen liegen. Handelt es sich etwa um einen besonders sensiblen Sachverhalt oder ist die Einschätzung, inwieweit ein strafbares Verhalten tatsächlich gegeben ist, zu einem bestimmten Zeitpunkt noch nicht mit hinreichender Klarheit möglich, wäre es ggf. kontraproduktiv, mit einer Anzeige frühzeitig die Ermittlungsbehörden zu alarmieren und damit nicht zuletzt die Gefahr zu schaffen, dass Informationen an die Öffentlichkeit gelangen. Selbst wenn eine Behördenkooperation angestrebt wird, empfiehlt sich häufig zunächst eine informelle Kontaktaufnahme, um im Idealfall ein – öffentlichkeitswirksames – Ermittlungsverfahren zu vermeiden.<sup>60</sup> Dann besteht aber nach den Maßstäben der Entscheidungen des *BVerfG* regelmäßig gerade kein hinreichender Verdacht, der ein Durchsuchungs- und Beschlagnahmeverbot begründet.

#### 2. Konzerndimensionale Mandatierung?

Nachdem das *BVerfG* entschieden hat, dass sich der Schutz des § 97 StPO auch bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen nicht auf mehrere Gesellschaften eines Kon-

54 Hauschka/Moosmayer/Lösler/Wessing, Corporate Compliance, 3. Aufl., S. 1512 f.

55 BVerfG 27.6.2018 – 2 BvR 1405/17, 2 BvR 1780/17, Rn. 93.

56 BVerfG 27.6.2018 – 2 BvR 1405/17, 2 BvR 1780/17, Rn. 8 f., 28.

57 BVerfG 27.6.2018 – 2 BvR 1405/17, 2 BvR 1780/17, Rn. 11.

58 Leitner/Rosenau/Wimmer, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 1. Aufl. 2017, § 152 StPO, Rn. 15.

59 Vgl. OLG München 30.11.2004 – 3 Ws 720-722/04 = NStZ 2006, 300 (301); MüKoStPO/Hauschild, 1. Aufl. 2014, § 97 Rn. 29; *Jahn/Kirsch* NZWiSt 2013, 21 (30).

60 Vgl. Hauschka/Moosmayer/Lösler/Wessing, Corporate Compliance, 3. Aufl., S. 1510 ff.

zerns erstreckt, könnte auch eine konzerndimensionale Mandatierung von Kanzleien in Betracht gezogen werden – zumal, wenn sich auch die unternehmensinterne Untersuchung konzernweit erstreckt.

Hier besteht allerdings die Gefahr eines Verstoßes gegen das berufsrechtliche Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen (§ 43 a Abs. 4 BRAO) sowie des Parteiverrats (§ 356 StGB), insbesondere, wenn gegen die beteiligten Konzerngesellschaften separate Ermittlungsverfahren geführt werden. Zudem bleibt in diesem Fall problematisch, dass § 97 StPO immer nur für den im jeweiligen Ermittlungsverfahren konkret Beschuldigten gilt.

Auch das strafprozessuale Verbot der Mehrfachverteidigung (§ 146 StPO) wäre in diesem Zusammenhang zu beachten, wobei eine zwischen den Verteidigern verschiedener Gesellschaften abgestimmte Sockelverteidigung zulässig wäre.<sup>61</sup> Auch hier griffen im Übrigen die Beschränkungen des § 97 StPO auf den im jeweiligen Ermittlungsverfahren konkret Beschuldigten. Ferner kann nicht jede Tätigkeit im Rahmen unternehmensinterner Untersuchungen als Verteidigung gesehen werden, auch wenn eine Unternehmensverteidigung grundsätzlich möglich ist.<sup>62</sup>

### 3. Flucht in die Datensparsamkeit?

Eine weitere mögliche Reaktion auf die Entscheidungen des *BVerfG* bestünde darin, soweit möglich keine beschlagnahmefähigen Dokumente und Daten mehr herzustellen bzw. innerhalb Deutschlands vorzuhalten, etwa durch Verzicht auf die Protokollierung von Mitarbeiterinterviews oder Verzicht auf die Erstellung eines Abschlussberichts der internen Untersuchung.

Der Verzicht auf einen Abschlussbericht würde den Ermittlungsbehörden zumindest die Nachvollziehbarkeit der Untersuchungsergebnisse in komprimierter Form erschweren. Dies würde freilich zugleich auch die Mandantenseite betreffen. Der Verzicht auf einen abschließenden Bericht dürfte dementsprechend nicht immer auf Verständnis stoßen – wenngleich das Argument der Vermeidung einer möglichen Beschlagnahme die Akzeptanz eines solchen Vorgehens fördern dürfte und ein abschließender Bericht zur Bewertung nicht zwingend erforderlich ist: Ergebnisse lassen sich dem Unternehmen auch mündlich präsentieren, was sich in Anbetracht der Nichtgeltung von § 97 StPO für Dokumente außerhalb des anwaltlichen Gewahrsams ohnehin empfehlen kann.<sup>63</sup> Ähnliches hat sich beispielsweise auch seit längerem bei der Kooperation mit US-amerikanischen Behörden etabliert; diesen werden häufig lediglich mündliche Zusammenfassungen von Berichten und Interviews präsentiert (sog. *readouts* und *oral downloads*).<sup>64</sup> Insoweit bedarf es allerdings einer Prüfung im Einzelfall, ob eine solche mündliche Berichterstattung

den Anforderungen an die gesellschaftsrechtliche Organverantwortung genügt. Jedenfalls für die Grundsätze über das Vertrauen auf Expertenrat nach der *Ision*-Rechtsprechung des *BGH* (sog. *Expert Reliance Defence*) wird grundsätzlich eine schriftliche Berichterstattung gefordert, wobei auch hiervon – begründungsbedürftige – Ausnahmen anerkannt sind.<sup>65</sup>

Ein Verzicht auf die Protokollierung von Interviews oder sonstige Aufzeichnungen von Zwischenergebnissen oder Bewertungen einzelner Sachverhalte erscheint dagegen aus anwaltlicher Sicht nur schwierig umsetzbar. Eine unternehmensinterne Untersuchung ohne jedwede Anfertigung von Aufzeichnungen, etwa von Mitarbeiterinterviews, durchzuführen, dürfte sich als kaum praktikabel erweisen. Auch insoweit dürfte zudem ein erhebliches Spannungsverhältnis zur gesellschaftsrechtlichen Aufklärungsverantwortung des Geschäftsleiters bestehen.

Im Hinblick auf Mitarbeiterinterviews wurde im Anschluss an die Entscheidungen des *BVerfG* im Übrigen bereits gemutmaßt, dass sich Mitarbeiter noch stärker als bisher einer Mitwirkung verweigern dürften, müssten sie doch nun mit der Beschlagnahme der Interviewprotokolle durch Ermittlungsbehörden rechnen.<sup>66</sup> Da allerdings auch bisher bereits überwiegend angenommen wurde, dass – jedenfalls im Verhältnis zu dem investigierenden Unternehmensanwalt – kein Beschlagnahmeschutz für die Interviewprotokolle besteht und Mitarbeiter in der Regel einer arbeitsrechtlichen Mitwirkungspflicht unterliegen,<sup>67</sup> scheint eher zweifelhaft, dass sich die Praxis der Durchführung von Mitarbeiterinterviews aufgrund der verfassungsgerichtlichen Entscheidungen gravierend verändern wird.

Eine Alternative zum vollständigen Verzicht auf Aufzeichnungen bestünde darin, auf die Verwendung physischer Dokumente zu verzichten und Informationen nur noch in digitaler Form auf ausländisch belegenen Servern zu verwalten. Digitalisiertes Vorgehen dürfte bei vielen Untersuchungen heutzutage ohnehin schon weitgehend Standard sein. Sofern im Falle einer Durchsuchung keine freiwillige Offenlegung der Zugänge erfolgt, dürfte ein darauf gerichtetes Herausgabeverlangen gegenüber Berufsgeheimnistägern gem. § 95 Abs. 2 StPO nicht zwangsweise durchgesetzt werden.<sup>68</sup> Die Durchsuchung und Beschlagnahme der anwaltlichen Computer und Kanzleiserver sowie der Versuch der Behörden, die darauf befindlichen Daten zu entschlüsseln, müssten hierbei gleichwohl in Kauf genommen werden.<sup>69</sup>

In diesem Zusammenhang könnte sich die Mandatierung einer internationalen Kanzlei als Vorteil erweisen, deren Server sich (nur) außerhalb Deutschlands befinden. Alternativ wäre die Beauftragung ausländischer Dienstleister denkbar, wobei § 43 e Abs. 4 BRAO (Inanspruchnahme

61 Esser/Rübenstahl/Saliger/Tsambikakis/Damm, Wirtschaftsstrafrecht, 1. Aufl., § 146 StPO Rn. 54; allgemein zur Sockelverteidigung Meyer-Goßner/Schmitt/Schmitt, StPO, 61. Aufl. 2018, § 137 Rn. 11.

62 BeckOK StPO/Wessing, 29. Ed. 2018, § 148 Rn. 2.; Klengel/Buchert NStZ 2016, 383; Esser/Rübenstahl/Saliger/Tsambikakis/Damm, Wirtschaftsstrafrecht, 1. Aufl., § 148 StPO Rn. 29.

63 Zum Gewahrsamerfordernis des § 97 StPO vgl. MüKoStPO/Hauschild, 1. Aufl. 2014, § 97 Rn. 19.

64 Herrmann/Zeidler NZA 2017, 1499 (1502); in Bezug auf diese Praxis hatte allerdings zuletzt ein Gericht in Florida entschieden, dass das Verlesen von Zusammenfassungen einen *wavier* hinsichtlich der zugrundeliegenden Interviewprotokolle und Zusammenfassungen darstellen kann; SEC v. Herrera et al., No. 17-20301 (S. D. Fl. Dec. 5, 2017).

65 BGH 20.9.2011 – II ZR 234/09 = CCZ 2012, 76 (78); Henssler/Strohn/Dauner-Lieb, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, AktG § 93 Rn. 32 a.

66 Vgl. <http://blog.wiwo.de/management/2018/07/11/vier-fragen-awirtschaftsstrafrechtler-juergen-wessing-interne-ermittlungen-nur-noch-mit-deutschen-kanzleien/> [zuletzt abgerufen am 27.7.2018].

67 Herrmann/Zeidler NZA 2017, 1499 (1501, 1503).

68 Meyer-Goßner/Schmitt/Schmitt, StPO, 61. Aufl. 2018, § 95 Rn. 6; Jahn in FS Roxin II, 1357 (1362 f.); Auffermann/Vogel NStZ 2016, 387 (390).

69 Die Durchsicht von Datenträgern im Rahmen einer Durchsuchung, deren Beschlagnahme und – soweit möglich – Entschlüsselung ist von §§ 94, 110 StPO gedeckt; vgl. Meyer-Goßner/Schmitt/Schmitt, StPO, 61. Aufl. 2018, § 94, Rn. 4, 16 a ff., § 110, Rn. 2 a, 6.

von Dienstleistungen im Ausland) zu beachten ist.<sup>70</sup> So durften auch von *Jones Day* auf einem Server in Belgien gespeicherte Daten, die im Rahmen der Kanzleidurchsuchung von der Staatsanwaltschaft heruntergeladen worden waren, nicht verwendet werden, weil es an einem entsprechenden Rechtshilfeersuchen gefehlt hatte.<sup>71</sup>

Ein absoluter Schutz besteht allerdings auch bei Verwendung ausländischer Server nicht, soweit die Daten im Rahmen entsprechender Rechtshilfeersuchen und -abkommen erlangt werden können.<sup>72</sup> Zumindest im Hinblick auf kanzleieigene Server in Jurisdiktionen mit umfassenderem *legal privilege* dürfte dieses Risiko aber überschaubar sein. Zudem dürfte der Zugriff der Staatsanwaltschaft auf dieser Weise zumindest faktisch erheblich erschwert oder zumindest verzögert sein.

#### 4. Zwischenergebnis

Wie aufgezeigt, verbleiben nach den Entscheidungen des *BVerfG* nur eingeschränkte Gestaltungsmöglichkeiten, mit denen Rechtsanwältinnen, die interne Ermittlungen durchführen, einen gewissen Beschlagnahmenschutz in Anspruch nehmen können. Am potentiell erfolgversprechendsten erscheint derzeit eine Strategie der Datensparsamkeit unter Verwendung ausschließlich ausländischer Server.

Dies zeigt, wie unbefriedigend die durch das *BVerfG* geschaffene Situation ist, insbesondere, wenn man sie mit USA vergleicht (B.III.). Dort sind *Internal Investigations* wesentliche Bestandteile der Rechtspraxis und das *legal privilege* ist dementsprechend harmonisiert. Das *BVerfG* hätte die Gelegenheit gehabt, in seinen Entscheidungen Grundsätze für die inzwischen auch in der deutschen Rechtspraxis verbreiteten unternehmensinternen Untersuchungen aufzustellen. Stattdessen werden sie weiterhin als Fremdkörper im deutschen Recht verortet und ihre Mandatsqualität bezweifelt. Damit konterkariert das *BVerfG* letztlich jüngere Bestrebungen, Anreize für die Durchführung von unternehmensinternen Untersuchungen zu schaffen und Unternehmen für Aufklärung, Transparenz und Kooperation zu belohnen (D.). Dass das *BVerfG* mit seinen Entscheidungen einen möglichen Wettbewerbsvorteil für ausländische Kanzleien mit im Ausland belegenen Servern eröffnet, denen es die Grundrechtsfähigkeit unter dem Grundgesetz abgesprochen hat, dürfte im Übrigen zu den vom *BVerfG* weniger bedachten möglichen Konsequenzen seiner Entscheidungen gehören.

#### D. Rechtspolitischer Handlungsbedarf

Die Entscheidungen des *BVerfG* demonstrieren damit deutlich, dass es klarer und ausgewogener rechtlicher Regelungen für die Durchführung von unternehmensinternen Untersuchungen bedarf, die eine belastbare Regelung zum Schutz von Rechtsanwältinnen und Anwaltskanzleien vor Durchsuchungen und Beschlagnahmen umfassen müssen. Die Bundesregierung hat Anfang des Jahres 2018 im Rahmen des Koalitionsvertrages angekündigt, entsprechende

Regelungen schaffen zu wollen, insbesondere auch im Hinblick auf die Beschlagnahme von Unterlagen und Durchsuchungsmöglichkeiten. Dies soll ausdrücklich auch die Schaffung gesetzlicher Anreize zur Aufklärungshilfe durch *Internal Investigations* und zur Offenlegung der hieraus gewonnenen Erkenntnisse umfassen.<sup>73</sup>

In dieselbe Richtung weist ein Urteil des *BGH* aus dem Mai 2017, demzufolge bei der Bemessung einer Unternehmensgeldbuße die Einrichtung eines effizienten Compliance-Managements zu berücksichtigen ist. Dem *BGH* zufolge kann hierbei auch die Reaktion des Unternehmens in der Folge einer Rechtsverletzung eine Rolle spielen.<sup>74</sup>

Die Regelung unternehmensinterner Untersuchungen und die Schaffung von Anreizstrukturen sind auch Bestandteil verschiedener Entwürfe für ein Unternehmensstrafrecht.<sup>75</sup> Der *Kölner Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes*, zu dessen Konzeption rechtsvergleichende Untersuchungen in den USA wesentliche Anstöße gaben, enthält darüber hinaus auch Vorschläge für prozessuale Regelungen zum Umgang mit den Erkenntnissen aus internen Untersuchungen. Danach soll ein Zeugnisverweigerungsrecht für Rechtsanwälte über Ablauf und Ergebnisse der Untersuchung bestehen, in das auch Syndikusanwälte des Unternehmens miteinbezogen sind. Für sämtliche Aufzeichnungen über die interne Untersuchung ist ein Beschlagnahmeverbot vorgesehen.<sup>76</sup>

Wenn Zeugnisverweigerungsrecht und Beschlagnahmeverbot von dem Inhalt des Mandates abhängen – der Durchführung einer internen Untersuchung –, dürften sich allerdings wiederum Abgrenzungsprobleme stellen, wie sie etwa auch bei der Differenzierung zwischen Rechtsanwalts- und Verteidigertätigkeit auftreten können.<sup>77</sup> Dies war einer der Hauptgründe, warum der Gesetzgeber diese in § 160 a StPO zunächst bestehende Differenzierung mit der Novellierung im Jahr 2011 zugunsten eines allgemeinen Beweiserhebungs- und -verwertungsverbot für sämtliche Ermittlungsmaßnahmen gegen Rechtsanwälte im Umfang ihres Zeugnisverweigerungsrechts aufgegeben hat.<sup>78</sup>

Konsequent wäre eine gesetzgeberische Klarstellung, die es ermöglicht, die Regelung in § 160 a Abs. 1 StPO als Regelung zum umfassenden Schutz aller Rechtsanwälte vor Ermittlungsmaßnahmen des Staates anzuwenden. Es bleibt – auch nach den Entscheidungen des *BVerfG* – jedenfalls rechtspolitisch schlicht nicht nachvollziehbar, warum ein Rechtsanwalt über Erkenntnisse aus einem Mandat das Zeugnis verweigern darf, deren Verschriftlichungen dann aber bei ihm beschlagnahmt werden dürfen.<sup>79</sup> Der bloße Verweis auf die verfassungsrechtlich gebotene Effektivität der Strafrechtspflege kann dies jedenfalls nicht rechtfertigen – zumal dieser die verfassungsrechtlich eben-

70 Zu der Vorschrift auch Knierim/Oehmichen/Beck/Geisler/*Knierim*, *Gesamtes Strafrecht aktuell*, 1. Aufl. 2018, Kap. 4 Rn. 56 ff.; für andere EU-Mitgliedsstaaten soll in der Regel von einem inlandsgleichen Geheimnisschutzniveau ausgegangen werden können, BT-Drs. 18/11936, S. 35.

71 *BVerfG* 27.6.2018 – 2 BvR 1405/17, 2 BvR 1780/17, Rn. 36.

72 Meyer-Gößner/Schmitt/Schmitt, *StPO*, 61. Aufl. 2018, § 110 Rn. 7 a; *Bär* ZIS 2/2011, 53 (54 ff.).

73 Koalitionsvertrag zwischen CDU; CSU und SPD, 19. Legislaturperiode, v. 12.3.2018, S. 126 (<https://www.bundesregierung.de/Content/DE/StatischeSeiten/Breg/koalitionsvertrag-inhaltsverzeichnis.html> [zuletzt abgerufen am 27.7.2018]).

74 *BGH* 9.5.2017 – 1 StR 265/16, Rn. 118 = CCZ 2017, 285.

75 Zu den verschiedenen Entwürfen *Beisheim/Jung* CCZ 2018, 63; vgl. auch die Vorschläge von *Momsen/Grützner* CCZ 2017, 242.

76 *Henssler/Hoven/Kubiciel/Weigend*, *Kölner Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes*, 2017, S. 10, 24 ff.; zu dem Entwurf vgl. auch *Beisheim/Jung* CCZ 2018, 63. Für eine Miteinbeziehung von Syndikusanwälten in den Kreis der Zeugnisverweigerungsberechtigten auch *Schneider* ZIS 9/2016, 626 (633 ff.).

77 *LG Mannheim* 3.7.2012 – 24 Qs 1, 2/12 = *NStZ* 2012, 713 (716).

78 *BT-Drs* 17/2637 (2010), S. 6.

79 So auch *von Galen* NJW 2011, 945.