

RECHTSANWALT DR. JOHANNES DILLING, LL. M. (KÖLN/PARIS1)\*

## Interne Ermittlungen im Spannungsfeld zwischen Unternehmensstrafrecht und Whistleblowing

Gleich zwei aktuelle gesetzgeberische Initiativen befassen sich mit unternehmensbezogenen Straftaten und Rechtsverstößen: Der Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz v. 20.4.2020 (nachfolgend: „RefE“) eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität der Wirtschaft (nachfolgend: „VerSanG-E“)<sup>1</sup> sowie die Richtlinie (EU) 2019/1937 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 23.10.2019 zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen Unionsrecht melden („Whistleblowerrichtlinie“, nachfolgend „WBRL“).<sup>2</sup> Beide Vorhaben weisen den sog. „Internen Ermittlungen“ eine zentrale Rolle zu, mögliche Straftaten und Rechtsverstöße im Unternehmen aufzuklären und abzustellen. Der folgende Beitrag soll klären, wie VerSanG-E und WBRL die internen Ermittlungen ausgestalten, bzw. wo diese ggf. noch sinnvollerweise angepasst und aufeinander abgestimmt werden sollten. Hierfür besteht schon deshalb Bedarf, weil der Gesetzgeber ausweislich der Entwurfsbegründung des VerSanG-E von der WBRL und deren anstehender Umsetzung in nationales Recht<sup>3</sup> bisher noch keine Notiz genommen zu haben scheint. Insgesamt kommen Whistleblowing und Hinweisgeberschutz weder in dem VerSanG-E noch in der Entwurfsbegründung vor. Dies ist erstaunlich, da viele interne Ermittlungen, die unternehmensbezogene Straftaten betreffen, auf Hinweise von Whistleblowern zurückgehen,<sup>4</sup> der Richtlinienvorschlag bereits seit einiger Zeit diskutiert wird<sup>5</sup> und das Europaparlament die WBRL auch schon am 16.4.2019 verabschiedet hatte.

Aus der Legalitätspflicht wird abgeleitet, dass Unternehmen dazu verpflichtet sind, Rechtsverstöße, welche sie betreffen und von denen sie erfahren, intern aufzuklären und ggf. abzustellen, damit sie sich künftig rechtskonform verhalten können.<sup>6</sup> Die Begründung des Referentenentwurfes stellt zu Recht heraus, dass es in Deutschland bisher an einem Rechtsrahmen für interne Ermittlungen fehlt.<sup>7</sup>

### A. Der VerSanG-E

Der RefE regelt die internen Ermittlungen in den §§ 16 bis 18 VerSanG-E. Bezeichnet werden sie dort als verbandsinterne Untersuchungen. Definiert werden sie dort nicht.<sup>8</sup> Wenn der Verband sämtliche Voraussetzungen des § 17 Abs. 1 Nr. 1-5 VerSanG-E erfüllt und das Gericht nach der Neufassung deshalb die Verbandssanktion mildern muss,<sup>9</sup> reduziert sich gem. § 18 S. 1 VerSanG-E das in § 9 Abs. 1-3 VerSanG-E vorgesehene Höchstmaß der Verbandsgeldsanktion um die Hälfte und auch das Mindestmaß entfällt. Auch muss das Unternehmen nicht mehr befürchten, öffentlich an den „Pranger“ gem. § 14 VerSanG-E gestellt zu werden, vgl. § 18 S. 2 VerSanG-E. Eine Auflösung des Verbandes, die sog. „Todesstrafe für Unternehmen“, wie sie in § 14 VerSanG-E aF noch vorgesehen war, kommt in der Neufassung des VerSanG-E ohnehin nicht mehr vor, sodass auch vorschriftsmäßige interne Ermittlungen hierauf keinen Einfluss mehr ha-

\* Der Autor ist selbstständiger Anwalt in Köln.

1 Vgl. zu der vorherigen Fassung des VerSanG-E, dem „Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Unternehmenskriminalität“ des BMJV v. 15.8.2019, u. a. Schmitz WiJ 2019, 154 ff.; Priewer/Ritzenhoff WiJ 2019, 166 ff.; Petrasch DRiZ 2020, 96 ff.

2 Vgl. hierzu u. a. Schmolke NZG 2020, 1 ff.; Garden/Hieramente BB 2019, 963 ff.; Dilling CCZ 2019, 214 ff.

3 Vgl. Makowicz CB 2020, 1 (7), welcher sogar eine Umsetzung der WBRL im VerSanG fordert.

4 Bittmann/Brockhaus/von Coelln/Heuking NZWiSt 2019, 1 (5).

5 Vgl. zum Richtlinienentwurf bereits Wiedmann/Seyfert CCZ 2019, 12 (16 ff.); Gerdemann RdA 2019, 16 ff.; Vogel/Poth CB 2019, 45 ff.; Johnson CCZ 2019, 66 ff.; Thüsing/Rombey NZG 2018, 1001 ff.

6 Zuletzt Pörtge CCZ 2020, 65 (67); Petrasch DRiZ 2020, 96 (97); Teicke CCZ 2019, 298; Mayer/Jenne CB 2019, 405 (411); vgl. auch S. 97 RefE und S. 118 RefE: „Außerdem kann die umfassende Aufklärung durch das Unternehmen selbst ein erster Schritt zur Einführung effektiver Compliance-Strukturen sein.“

7 S. 96 RefE; zu den regelungsbedürftigen Materien im Bereich interner Ermittlungen vgl. Bittmann/Brockhaus/von Coelln/Heuking NZWiSt 2019, 1 ff.

8 Schmitz WiJ 2019, 154 (164); ausführlich zur Definition der internen Ermittlungen: Bittmann/Brockhaus/von Coelln/Heuking NZWiSt 2019, 1 (2); Brockhaus, AnwBl Online 2019, 214 (216).

9 In der vorherigen Fassung des § 18 Abs. 1 VerSanG-E aF war dies noch als „Kann-Regelung“ ausgestaltet.

ben.<sup>10</sup> Nach dem neu eingefügten Abs. 3 S. 1 in § 17 VerSanG-E hat das Gericht bei der Entscheidung über die Sanktionsmilderung nach Abs. 1 auch Art und Umfang der offenbaren Tatsachen und deren Bedeutung für die Aufklärung der Tat, den Zeitpunkt der Offenbarung und das Ausmaß der Unterstützung der Strafverfolgungsbehörden durch den Verband zu berücksichtigen. § 17 Abs. 3 S. 2 VerSanG-E bestimmt nunmehr, dass eine Sanktionsmilderung ausgeschlossen ist, wenn der Verband die Ergebnisse der internen Untersuchung erst nach Eröffnung des Hauptverfahrens (§ 203 StPO) offenbart.

Auch nach § 15 Abs. 3 Nr. 7 VerSanG-E ist das Bemühen des Verbandes, die Verbandstat aufzudecken, bei der Sanktionszumessung zu berücksichtigen. Gem. § 41 Abs. 1 S. 1 VerSanG-E können die Ermittlungsbehörden sogar ganz von der Durchführung eines Ermittlungsverfahrens absehen, wenn das Unternehmen intern ermittelt und dabei die Voraussetzungen des § 17 Abs. 1 VerSanG-E erfüllt hat. Gerade im Hinblick auf den hohen Sanktionsrahmen in § 9 Abs. 1, 2 VerSanG-E<sup>11</sup> soll es für Unternehmen einen Anreiz darstellen, interne Ermittlungen nach Maßgabe dieser Vorschriften durchzuführen. Im RefE werden die §§ 16 bis 18 VerSanG-E deshalb auch als „Anreizsystem“ bezeichnet.<sup>12</sup>

## I. Person der Ermittler

Gem. § 16 VerSanG-E hat der Verband die Möglichkeit, die internen Untersuchungen selbst durchzuführen oder Dritte damit zu beauftragen. In der Begründung des Entwurfes heißt es, dass insbesondere für kleinere und mittelständische Unternehmen das Bedürfnis bestehen kann, selbst zu untersuchen, da die Beauftragung externer Berater mit erheblichen Kosten verbunden sein könne.<sup>13</sup> Die Nutzung eigenen Personals solle daher nicht zu einem Ausschluss von der Sanktionsmilderung nach § 17 VerSanG-E führen.<sup>14</sup> Dies dürfte dennoch für weite Teile der „kleineren und mittelständischen Unternehmen“ bloße Theorie bleiben. Denn deren eigenes Personal wird jedenfalls dann, wenn es über keine juristische Vorbildung verfügt, kaum dazu in der Lage sein, die internen Ermittlungen so zu führen, dass sämtliche Voraussetzungen des § 17 Abs. 1 Nr. 1-5 VerSanG-E erfüllt sind.<sup>15</sup> Gerade dann, wenn es für das Unternehmen um eine so bedeutsame Frage wie die

Halbierung des Sanktionsrahmens geht – § 9 Abs. 2 Nr. 1 VerSanG-E ruft hierzu bei Vorsatztaten bis zu 10 % des durchschnittlichen Jahresumsatzes auf<sup>16</sup> –, beginge die Unternehmensleitung eine schwere Sorgfaltspflichtenverletzung iSv § 93 Abs. 2 S. 1 AktG oder § 43 Abs. 2 GmbHG, wenn sie nicht qualifizierte Rechtsanwältin damit beauftragte, die internen Ermittlungen so durchzuführen, damit zumindest eine annähernd verlässliche Aussicht besteht, die gewünschte Sanktionsmilderung zu erhalten.

Die von dem Verband mit den internen Ermittlungen beauftragten Dritten dürfen allerdings nicht die Verteidiger des Unternehmens sein. Dies bestimmt § 17 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E. In der Begründung des RefE heißt es hierzu, dass die Verbindung von verbandsinternen Untersuchungen und Unternehmensverteidigung die Glaubwürdigkeit der Ergebnisse verbandsinterner Untersuchungen schwäche.<sup>17</sup> Auch sei die Trennung von verbandsinternen Untersuchungen und die Vertretung im Ordnungswidrigkeitenverfahren bereits heute weit verbreitet.<sup>18</sup> Die Trennung von Verteidigung einerseits und verbandsinterner Untersuchung andererseits sichere den jeweiligen Untersuchungsführern eine größere Eigenständigkeit.<sup>19</sup> Auch führe dies zu einer „erhöhten Glaubwürdigkeit ihrer Untersuchungsergebnisse und zu einem Vertrauensvorsprung bei den Verfolgungsbehörden“.<sup>20</sup>

Zu Recht wurde kritisiert, dass kein Anlass besteht, Unternehmensverteidigern und ihren Untersuchungsergebnissen a priori in dieser Weise zu misstrauen.<sup>21</sup> Indessen wollte der Gesetzgeber lediglich Argumente für von der Unternehmensverteidigung zu trennende interne Ermittlungen vorbringen, da bei der Unternehmensverteidigung Unterlagen nicht beschlagnahmt werden dürfen, bei internen Ermittlungen hingegen schon. Um diese Beschlagnahme geht es dem Gesetzgeber in § 17 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E.<sup>22</sup> Daher stellt der Gesetzgeber diese Trennung, welche den Weg zu der gewünschten Beschlagnahme bereiten soll, in der Entwurfsbegründung in einem hellen Lichte dar – auch um den Preis, dass Rechtsanwälte trotz ihrer Rolle als Organe der Rechtspflege und ihrer umfassenden berufsrechtlichen Pflichten<sup>23</sup> damit pauschal verunglimpft werden.

Die Argumente, welche der Gesetzgeber für die Trennung von internen Ermittlungen und Unternehmensverteidigung vorbringt, überzeugen auch in der Sache nicht.<sup>24</sup>

10 Bereits nach § 19 S. 2 VerSanG-E aF kam eine solche Verbandsauflösung nicht in Betracht, wenn das Gericht in Folge interner Ermittlungen die Verbandsgeldsanktion nach § 18 Abs. 1 VerSanG-E aF gemildert hat. Durch die Streichung der Verbandsauflösung (§ 14 VerSanG-E aF) in der Neufassung des VerSanG-E verschiebt sich die Nummerierung der Bestimmungen des VerSanG-E. Soweit in diesem Beitrag Aufsätze zum VerSanG-E zitiert werden, beziehen sich die dort genannten Passagen und Paragraphennennungen noch auf die alte Fassung des VerSanG-E.

11 Vgl. hierzu *Schmitz* WiJ 2019, 154 (156 f.).

12 S. 97 RefE.

13 S. 98 RefE.

14 S. 98 RefE.

15 Umfassend und kritisch *Schmitz* WiJ 2019, 153 (157 ff., 163); der von „kaum erfüllbaren zwölf Voraussetzungen des § 18“ spricht; vgl. hierzu auch *Lüneborg/Resch* NZG 2018, 209 (211): „Gerade bei schwerwiegenden Regelverstößen und komplexen Sachverhalten können mit einer internen Untersuchung betraute Mitarbeiter des Unternehmens indes schnell an ihre Kapazitätsgrenzen stoßen. Außerdem gewähren häufig – insbesondere, wenn mehrere Geschäfts- und Infrastruktureinheiten von der Unternehmung betroffen sind – allein außerhalb des Unternehmens stehende, zur Verschwiegenheit verpflichtete Berater die erforderliche Unabhängigkeit der Untersuchung.“; s. a. *Wiedmann/Seyfert* CCZ 2019, 12 (20); *Süßel/Abrens* BB 2019, 1332 (1335); *Brockhaus*, AnwBl Online 2019, 214 (216).

16 Auch bei „kleinen und mittleren Unternehmen“ besteht gem. § 9 Abs. 1 Nr. 1 VerSanG-E bei Vorsatztaten immerhin ein Sanktionsrahmen von bis zu 10 Mio. EUR.

17 S. 99 RefE.

18 S. 99 RefE.

19 S. 99 RefE.

20 S. 99 RefE.

21 Zu Recht weisen *Priewer/Ritzenhoff* WiJ 2019, 166 (168) mwN darauf hin, dass dieses Misstrauen schon deshalb nicht angezeigt ist, weil mit § 258 StGB eine Strafnorm über die Grenzen zulässigen Verteidigungsverhaltens bestimmt und auf berufsrechtlicher Ebene § 43 a Abs. 3 S. 2 BRAO Anwälten das bewusste Verbreiten von Unwahrheiten und verfälschten Beweismitteln verbietet.

22 *Priewer/Ritzenhoff* WiJ 2019, 166 (168); vgl. auch S. 97 RefE.

23 Ausführlich hierzu *Brockhaus* WiJ 2019, 12 (15).

24 Krit. auch *Makowicz* CB 2020, 1 (6): „Besonders kritisch wird zunächst die vorgesehene Trennung zwischen internen Untersuchungen und der Unternehmensverteidigung gesehen. Dem stimmen auch Verbände zu, wonach eine Sachverhaltsaufklärung und Strafverteidigung zusammen gehören und eine Trennung darüber hinaus durch einen gestiegenen Aufwand insbes. kleine und mittelgroße Unternehmen unangemessen benachteiligen würde. Dem sei auch zugestimmt. Eine derartige Trennung dürfte nicht nur mit doppelten Kosten für Verbände verbunden sein, sondern ist auch realitätsfremd.“

Denn soweit es im RefE heißt, dass diese Trennung „weit verbreitet“ sei, mag dies allenfalls – und wenn überhaupt – auf Großunternehmen zutreffen.<sup>25</sup> Der Entwurf nimmt aber für sich in Anspruch, auch die finanziellen Verhältnisse von „kleineren und mittelständischen Unternehmen“ im Auge zu haben. Diese sollen die internen Ermittlungen deshalb sogar selbst durchführen dürfen (s. o.). Solche Unternehmen können es sich aber regelmäßig gerade nicht leisten, auch nur ein Team mit der Aufarbeitung eines potentiellen Verstoßes zu beschäftigen.<sup>26</sup> Von einer „weit verbreiteten Trennung“ kann also keine Rede sein.<sup>27</sup> Der Entwurf zwingt die Unternehmen aber dazu, künftig interne Ermittlungen und eine Unternehmensverteidigung zu bezahlen, wenn sie ihre Verfahrensrechte behalten wollen.<sup>28</sup> Denn im Rahmen der internen Ermittlungen gehen wesentliche Verfahrensrechte wie das Selbstbelastungsverbot<sup>29</sup> oder auch das Recht zu schweigen<sup>30</sup> verloren, da das Unternehmen die gewünschte Sanktionsmilderung nur dann erreichen kann, wenn es gem. § 17 Abs. 1 Nrn. 1, 3 und 4 VerSanG-E wesentliche Aufklärungsbeiträge leistet und umfassend kooperiert und dokumentiert.<sup>31</sup> Kleine und mittlere Unternehmen, die in den Genuss der Sanktionsmilderung kommen möchten, sich eine (zusätzliche) Unternehmensverteidigung aber nicht leisten können, müssten dann hierauf verzichten,<sup>32</sup> womit sie ihre auch verfassungsrechtlich garantierten Verfahrensrechte preisgäben. „Weit verbreitet“ wäre dann nur noch das Fehlen dieser Verfahrensrechte bei der Verfolgung von unternehmensbezogenen Straftaten.

Egal, wie man zu der Trennung von internen Ermittlungen und Unternehmensverteidigung stehen mag – „kleinere

und mittelständische Unternehmen“ werden diese Vorstellung des RefE schon aus Kostengründen mit Sicherheit nicht abbilden können<sup>33</sup> und zwar auch dann nicht, wenn Unternehmensverteidiger und interne Ermittler aus derselben Kanzlei stammen, was nach dem RefE zulässig sein soll.<sup>34</sup>

## II. Wesentlicher Aufklärungsbeitrag

Von dem Verband oder den von ihm beauftragten Dritten wird erwartet, dass die internen Ermittlungen in einem wesentlichen Aufklärungsbeitrag münden, § 17 Abs. 1 Nr. 1 VerSanG-E.<sup>35</sup> Soweit die Unternehmen hierzu Hinweisgebersysteme nutzen, ist die Identität der Hinweisgeber zu schützen und zwar absolut. Dies ist bisher im Referentenentwurf nicht vorgesehen aber zu ergänzen. Denn wenn die Hinweisgeber befürchten müssen, dass ihre Identität aufgedeckt wird und sie ggf. selbst Gegenstand von Ermittlungsmaßnahmen werden, dann werden sie davon absehen, Hinweisgebersysteme zu vertrauen und deren Nutzen liefe leer. Zugleich kann hierüber kein wesentlicher Aufklärungsbeitrag mehr erwartet werden, was dem Ziel des Gesetzentwurfes zuwider liefe.

## III. Kooperation

Gem. § 17 Abs. 1 Nr. 3 VerSanG-E müssen der Verband oder die von ihm beauftragten Dritten umfassend, uneingeschränkt und ununterbrochen mit den Strafverfolgungsbehörden zusammenarbeiten. In der Praxis kann dies leicht zu einer „Sollbruchstelle“ für die Sanktionsmilderung werden, da die Ermittlungsbehörden naturgemäß hohe Anforderungen an eine uneingeschränkte und ununterbrochene Kooperation stellen werden. Das Unternehmen wird sich in diesem Rahmen den Ermittlungsbehörden weitgehend unterwerfen müssen.<sup>36</sup> Vor allem können die Ermittlungsbehörden den Unternehmen so den Umfang und die Intensität der internen Ermittlungen diktieren.<sup>37</sup>

Zum Schutz von Hinweisgebern ist der Entwurf dahingehend zu ergänzen, dass die Ermittlungsbehörden die Identität des dem Unternehmen ggf. bekannten Hinweisgebers nicht herausverlangen dürfen und dass daran die Sanktionsmilderung nicht scheitern darf.

## IV. Dokumentation

§ 17 Abs. 1 Nr. 4 VerSanG-E sieht vor, dass das Unternehmen oder der von ihm beauftragte Dritte den Verfolgungsbehörden nach Abschluss der internen Untersuchung das Ergebnis einschließlich aller für die Untersuchung wesentlichen Dokumente und einen Abschluss-

25 Vgl. auch *Teicke* CCZ 2019, 298 (300): „Eine parallel laufende zweite umfassende interne Untersuchung, durchgeführt durch die Unternehmensverteidigung, wird jedoch hoffentlich die Ausnahme bleiben.“; zum Nachweis für die angeblich „weit verbreitete Trennung“ zitiert der Referentenentwurf auf S. 99 *Leitner/Rosenau-Wimmer*, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, § 152 StPO Rn. 16. Dort heißt es jedoch nur, dass „die Person des internen Untersuchungsführers in der Praxis idR gerade nicht identisch mit der Person des Firmenvertreters im Ordnungswidrigkeitenverfahren ist“, ohne dass hierfür wiederum eine Quelle genannt wird. Die genannte Fundstelle gibt für eine angeblich „weit verbreitete Trennung“ somit nur wenig her. Empirisch untersucht hat der Gesetzgeber dies jedenfalls nicht.; krit. zu dieser Auffassung auch *Brockhaus* AnwBl Online 2019, 214 (217): „Soweit in der Literatur andere Auffassungen vertreten werden, erfolgen diese ohne (berufs-)rechtliche Fundierung oder bleiben etwa vage, wenn es heißt, die Durchführung interner Untersuchungen sei „keine anwaltliche Tätigkeit im eigenen Sinne“.“

26 *Pörtge* CCZ 2020, 65 (71); *Mayer/Jenne* CB 2019, 405 (411); krit. auch *Priewer/Ritzenhoff* WiJ 2019, 166 (170 f.): „Während der Referentenentwurf den Schutz von „kleineren und mittelständischen Unternehmen in § 17 RefE-VerSanG vorsieht, wird mit der künstlichen Trennung von Verteidigung und interner Untersuchung im Ergebnis also genau das Gegenteil bewirkt“.

27 Das Argument der „weit verbreiteten Trennung“ kann im Übrigen schon deshalb nicht richtig sein, weil es laut dem RefE auf S. 55 wegen des derzeit noch geltenden Opportunitätsprinzips im Ordnungswidrigkeitenverfahren ein „Anwendungsdefizit“ bei der Verfolgung von Verbänden im Bereich der Unternehmenskriminalität gibt. Wenn aber ein solches Anwendungsdefizit besteht, dann kann es nicht gleichzeitig eine „weit verbreitete Trennung“ von internen Ermittlungen und Unternehmensverteidigung geben.

28 *Schmitz* WiJ 2019, 154 (157); zu den verschiedenen Optionen, welche das Unternehmen hat *Pörtge* CCZ 2020, 65 (67 f.).

29 Instruktiv C. *Dannecker* ZStW 2015 (2), 370 (371 ff.); C. *Dannecker* ZStW 2015 (4), 991 ff.

30 C. *Dannecker* ZStW 2015 (4), 991 (1012 ff.); G. *Dannecker*/C. *Dannecker* NZWiSt, 2016, 162 (176 f.); zwar hat gem. § 33 Abs. 1 S. 1 VerSanG-E der gesetzliche Vertreter des Unternehmens das Recht zu schweigen. Dieses Recht wird jedoch dann, wenn sich der Verband zur Kooperation entschließt, entwertet.

31 *Pörtge* CCZ 2020, 65 (67): „Nicht zu Unrecht wird dieses Verhalten als Unterwerfung oder Kapitulation bezeichnet“.

32 I. E. auch *Bielefeld* CB 2019, 413.

33 So auch *Schmitz* WiJ 2019, 154 (157): „Für einen multinationalen Konzern mag dies ohne weiteres tragbar sein, für einen kleinen gemeinnützigen Verein, dessen Finanzen von einem eigennützigen Vorstandsmitglied geplündert wurden, könnte es eine Vervielfältigung der ohnehin kaum tragbaren Kosten bedeuten“.

34 S. 99 RefE; krit. hierzu *Schmitz* WiJ 2019, 154 (158).

35 Krit. hierzu *Schmitz* WiJ 2019, 154 (157).

36 So auch *Schmitz* WiJ 2019, 154 (158); *Pörtge* CCZ 2020, 65 (67): „Nicht zu Unrecht wird dieses Verhalten als Unterwerfung oder Kapitulation bezeichnet.“; *Bielefeld* CB 2019, 413 (415).

37 S. 96 RefE: „Die konkrete Ausgestaltung der Zusammenarbeit steht im Ermessen der Verfolgungsbehörde.“; *Schmitz* WiJ 2019, 154 (158).

bericht zur Verfügung stellen muss. Die Entwurfsbegründung stellt klar, dass keine Dokumente zurückgehalten werden dürfen.<sup>38</sup> Ferner ist gem. § 17 Abs. 2 VerSanG-E die Durchführung der internen Untersuchung nach den Grundsätzen des Abs. 1 Nr. 5 (faïres Verfahren) gegenüber den Verfolgungsbehörden zu dokumentieren.

Auch an dieser Stelle sollte im Gesetz klargestellt werden, dass weder der Abschlussbericht noch die für die Untersuchung wesentlichen Dokumente die Identität eines Hinweisgebers preisgeben dürfen. Bleibt dies offen oder lässt der Gesetzgeber dies – ggf. mit vielen Ausnahmen und Rückausnahmen – zu, werden potentielle Hinweisgeber aus Furcht vor Repressalien oder Sanktionen davon absehen, sich zu melden.<sup>39</sup>

## V. Verfahrensrechte der von den internen Ermittlungen betroffenen Personen und Mitarbeiter

§ 17 Abs. 1 Nr. 5 lit. a) bis c) VerSanG-E räumt den Personen, welche von den internen Ermittlungen betroffen sind, umfangreiche Verfahrensrechte ein. So sind die befragten Mitarbeiter gem. § 17 Abs. 1 Nr. 5 lit. a) VerSanG-E vor der Befragung (ordnungsgemäß) darüber zu belehren, dass ihre Auskünfte in einem Strafverfahren gegen sie verwendet werden können. Sie müssen zudem das Recht haben, einen anwaltlichen Beistand oder ein Mitglied des Betriebsrates hinzuziehen und auch hierauf hingewiesen werden, § 17 Abs. 1 Nr. 5 lit. b) VerSanG-E. Offen bleibt allerdings, wer die Kosten für den anwaltlichen Beistand zu bezahlen hat.<sup>40</sup> Und schließlich löst § 17 Abs. 1 Nr. 5 lit. c) VerSanG-E die lange währende Streitfrage, ob Mitarbeiter sich im Rahmen von internen Ermittlungen selbst belasten müssen,<sup>41</sup> dahingehend auf, dass dies nicht der Fall ist. Das Unternehmen muss dann akzeptieren, dass der betroffene Mitarbeiter entgegen seinen ggf. bestehenden arbeitsrechtlichen Pflichten schweigt, wenn es die Möglichkeit der Sanktionsmilderung nicht verlieren will.<sup>42</sup>

Es ist zu begrüßen, dass § 17 Abs. 1 Nr. 5 VerSanG-E vergleichsweise hohe Anforderungen an ein faïres Verfahren im Rahmen der internen Ermittlungen stellt. Zugleich kann diese Voraussetzung des § 17 Abs. 1 VerSanG-E exemplarisch dafür genannt werden, dass die Annahme, das Unternehmen könnte selbst die internen Ermittlungen durchführen, sich in der Praxis jedenfalls dann nicht bewahrheiten wird, wenn das damit betraute eigene Personal nicht hinreichend juristisch qualifiziert ist. Denn ein solches Unternehmen, was die internen Ermittlungen selbst

durchführte, müsste immer befürchten, dass der befragte Mitarbeiter „wesentlichste Verfahrensverstöße“ geltend macht, womit es die in § 17 Abs. 1 VerSanG-E vorgesehene Milderung der Verbandssanktion womöglich verlöre.<sup>43</sup> Denn die Voraussetzungen des § 17 Abs. 1 VerSanG-E und damit auch die Anforderungen an ein faïres Verfahren gem. Abs. 1 Nr. 5 müssen sämtlich erfüllt sein, damit die Sanktionsmilderung eintreten kann. Daraus dürfte folgen, dass es ein Unternehmen vernünftigerweise nicht riskieren wird, allein wegen einer (vermeintlich) fehlerhaft durchgeführten Mitarbeiterbefragung die Sanktionsmilderung zu verfehlen und schon deshalb externe Anwälte mandattieren.<sup>44</sup>

## VI. Rechtmäßigkeit der internen Ermittlungen

§ 18 Abs. 1 Nr. 6 VerSanG-E aF sah noch vor, dass die interne Untersuchung in Übereinstimmung mit den geltenden Gesetzen durchgeführt werden muss. Hierfür kommen insbesondere das Datenschutzrecht<sup>45</sup> aber auch die Vorgaben aus der noch in nationales Recht umzusetzenden EU-Whistleblowerrichtlinie in Betracht. In der Neufassung des § 17 Abs. 1 VerSanG-E fehlt es zwar an einer entsprechenden Bestimmung. Gleichwohl stellt die Entwurfsbegründung klar, dass die verbandsinternen Untersuchungen „selbstverständlich“ in Übereinstimmung mit den geltenden Gesetzen durchgeführt werden müssen, wenn die Sanktionsmilderung erreicht werden soll.<sup>46</sup> Zur Rechtmäßigkeit der internen Ermittlungen gehört auch, dass auch in diesem Rahmen die Belange von Hinweisgebern zu schützen sind, wozu insbesondere die Wahrung der Vertraulichkeit der Identität des Hinweisgebers zählt, vgl. Art. 16 Abs. 1 WBRL. Auch der letzten Fassung des VerSanG-E ist nicht zu entnehmen, dass der Gesetzgeber den Hinweisgeberschutz im Blick hatte.

## VII. Beschlagnahmeschutz

Was der Gesetzgeber aber zentral im Blick hatte, ist die Beschlagnahme von Unterlagen, welche im Rahmen von internen Ermittlungen durch Anwälte erstellt wurden.<sup>47</sup> Diese Beschlagnahme kann naturgemäß mit der gem. Art. 16 Abs. 1 WBRL zu wahrenen Vertraulichkeit der Identität von Hinweisgeber kollidieren – etwa dann, wenn diese Identität dem Unternehmen oder den internen Ermittlern bekannt ist und sie diese in ihren Unterlagen dokumentiert haben.

Nach dem RefE sollen die Beschlagnahmeverbote des § 97 Abs. 1 StPO aber abschließend auf diejenigen Fälle beschränkt sein, in denen ein Vertrauensverhältnis zwischen

38 S. 100 RefE.

39 Vgl. auch *Bittmann/Brockhaus/von Coelln/Heuking* NZWiSt 2019, 1 (5): „Im Zusammenhang mit dem Whistleblowing bedarf es jedoch dringend der Anerkennung des Schweigerechts der Ombudsleute und der Beschlagnahmefreiheit ihrer Dokumente, denn die Effektivität eines Whistleblowing-Systems hängt von der Anonymität der Hinweisgeber ab“.

40 Vgl. zu den Kosten von internen Ermittlungen bereits *Lüneborg/Resch* NZG 2018, 209 (213 f.); *Fassbach/Hülsberg* CB 2018, 1 (3).

41 Vgl. hierzu statt vieler *Hauschka/Moosmayer/Lösler/Wessing*, *Corporate Compliance*, 3. Aufl. 2016, § 46 Rz. 4: „Eine umfassende Aufklärung kann und wird in vielen Fällen den einzelnen Mitarbeiter arbeitsrechtlich und strafrechtlich belasten. Arbeitsrechtliche Aussagepflichten stehen in einem natürlichen Konflikt zu dem strafverfahrensrechtlichen Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit.“

42 *Schmitz* WiJ 2019, 154 (162); *Bielefeld* CB 2019, 413 (414); *Petrusch* DRiZ 2020, 96 (98 f.).

43 Im Ergebnis auch *Schmitz* WiJ 2019, 154 (159): „Es bleibt jedoch bei deren Einhaltung Raum für die Bewertung der Untersuchung als unfair. Damit könnten sich sämtliche Bemühungen eines Verbands als vergeblich herausstellen, ohne dass ihm praktikable Maßstäbe für ein ausreichend rechtsicheres Vorgehen an die Hand gegeben werden“.

44 Vgl. auch *Süßel/Abrens* BB 2019, 1332 (1335): „Insofern ist es unerlässlich, dass der interne Ermittler einerseits seine Befugnisse kennt und sich andererseits seiner Haftungsrisiken bewusst ist, wenn er diese überschreitet“.

45 So ausdrücklich die Entwurfsbegründung zum VerSanG-E aF v. 15.8.2019 auf S. 103.

46 S. 98 RefE.

47 Vgl. S. 97, 137, 138 RefE.

Beschuldigten und Zeugnisverweigerungsberechtigtem besteht.<sup>48</sup> Deshalb soll § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO dahingehend geändert werden, dass die Gegenstände, auf die sich das Beschlagnahmeverbot beziehen soll, ausdrücklich dem Vertrauensverhältnis des Beschuldigten zu den in § 53 Abs. 1 Nr. 1-3 b) StPO genannten Personen zuzurechnen sind.<sup>49</sup> Ein solches Vertrauensverhältnis bestehe etwa bei Unterlagen, die der Vorbereitung der Verteidigung dienen oder bei Unterlagen, die einem Rechtsanwalt, Steuerberater oder Wirtschaftsprüfer vom Beschuldigten im Hinblick auf eine bestimmte Beratungstätigkeit übergeben werden.<sup>50</sup> Nicht geschützt sei jedoch eine (reine) Sachverhaltsaufklärung, die vor Vorliegen einer Beschuldigtenstellung stattfindet oder anderen Zielen dient, zB der internen Compliance.<sup>51</sup>

Der Gesetzgeber hat erkannt, dass danach für Aufzeichnungen über Befragungen im Rahmen von verbandsinternen Untersuchungen Beschlagnahmenschutz besteht, wenn sie dem geschützten Vertrauensverhältnis zuzuordnen sind.<sup>52</sup> Auch habe das Unternehmen bei Sanktionsverfahren nach dem VerSanG-E schon die Rechte eines Beschuldigten, sodass für die Aufzeichnungen über Befragungen von Leitungspersonen grundsätzlich Beschlagnahmenschutz bestehe.<sup>53</sup> Der Beschlagnahmenschutz besteht also immer dann, wenn ein Rechtsanwalt die Unterlagen im Rahmen interner Ermittlungen für die Unternehmensverteidigung erstellt.<sup>54</sup> Möchte man die im Rahmen von internen Ermittlungen erstellten Unterlagen dennoch beschlagnehmen, muss man die Unternehmensverteidiger aus den internen Ermittlungen heraushalten. Genau dies ist in § 17 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E vorgesehen.<sup>55</sup> Deshalb gibt es die Trennung zwischen internen Ermittlungen iSd VerSanG-E einerseits und Unternehmensverteidigung andererseits,<sup>56</sup> welche der RefE mit fragwürdigen Argumenten wie einer angeblich „weit verbreiteten“ Trennung von internen Ermittlungen einerseits und Unternehmensverteidigung andererseits sowie der fehlenden Glaubwürdigkeit der Untersuchungsergebnisse der Unternehmensverteidigung zu begründen versucht (s. o.). Indessen sind die Ermittlungsergebnisse der Unternehmensverteidigung nicht per se weniger glaubwürdig und zwar auch dann nicht, wenn sie gleichzeitig die internen Ermittlungen leitet. Der Gesetzgeber kommt nur (auch dann nicht) an deren Unterlagen nicht heran. Eine plausible und unvoreingenommene Begründung, warum die Verbindung von verbandsinternen Untersuchungen und Unternehmensverteidigung die Glaubwürdigkeit der Ergebnisse schmälert, liefert der RefE nicht.<sup>57</sup>

Dennoch unterliegen damit nach dem RefE sämtliche Unterlagen, welche im Rahmen interner Ermittlungen iSd

§§ 16-18 VerSanG-E erstellt werden, der Beschlagnahme, da es dort an einem Verteidigerverhältnis zwischen Unternehmen und Rechtsanwalt fehlt. Umgekehrt können interne Ermittlungsergebnisse der Unternehmensverteidigung (wegen des dort bestehenden Beschlagnahmeschutzes) niemals zu der Sanktionsmilderung nach § 17 Abs. 1 VerSanG-E führen und zwar ganz egal, wie sehr sie nach Abs. 1 Nr. 1 dazu beigetragen haben mögen, die Verbandstat aufzuklären, wie gut die Zusammenarbeit mit den Ermittlungsbehörden nach Abs. 1 Nr. 3 war, wie qualifiziert und „glaubwürdig“ der Abschlussbericht nach Abs. 1 Nr. 4 ist, wie sehr die Rechte der befragten Mitarbeiter nach Abs. 1 Nr. 5 gewahrt wurden und wie rechtmäßig die internen Ermittlungen auch im Übrigen geführt wurden. Denn auch § 17 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG-E muss für eine Sanktionsmilderung erfüllt sein und danach ist die Unternehmensverteidigung von der Durchführung von internen Ermittlungen iSd VerSanG-E ausgeschlossen. Allenfalls im Rahmen von § 15 Abs. 3 Nr. 7 VerSanG-E können Bemühungen der Unternehmensverteidigung, die Verbandstat aufzudecken, sanktionsmildernd berücksichtigt werden, da für die Anwendbarkeit dieser Vorschrift nicht die Voraussetzungen des § 17 Abs. 1 VerSanG-E vorliegen müssen.<sup>58</sup>

## B. Die EU-Whistleblowerrichtlinie

In der WBRL fallen die internen Ermittlungen unter die sog. „Folgebemaßnahmen“, welche ein Unternehmen zu ergreifen hat, wenn ein Hinweis eingegangen ist. Definiert werden die Folgebemaßnahmen in Art. 5 Nr. 12 WBRL. Dabei handelt es sich um vom Empfänger einer Meldung oder einer zuständigen Behörde ergriffene Maßnahmen zur Prüfung der Stichhaltigkeit der in der Meldung erhobenen Behauptungen und gegebenenfalls zum Vorgehen gegen den gemeldeten Verstoß, unter anderem durch interne Nachforschungen, Ermittlungen, Strafverfolgungsmaßnahmen, Maßnahmen zur (Wieder-)Einzahlung von Mitteln oder Abschluss des Verfahrens.

Behandelt werden die internen Ermittlungen im Kapitel II der WBRL „Interne Meldungen und Folgebemaßnahmen“ (Art. 7-9 WBRL). Die WBRL unterscheidet drei Arten von Meldungen, die nach der Konzeption der WBRL vorzugswürdig (Art. 7 Abs. 2 WBRL) aber nicht vorrangig zu beanspruchenden internen Meldekanäle im Unternehmen (Art. 7-9 WBRL), die gleichrangig daneben stehenden externen Meldungen bei Behörden (Art. 10-14 WBRL) und schließlich, wenn die internen oder externen Meldungen nicht fruchteten, die Offenlegung, also das öffentliche Zugänglichmachen von Informationen über Verstöße (Art. 15 WBRL) ggf. gegenüber der Presse.<sup>59</sup>

48 S. 137 RefE.

49 S. 37, 137 RefE; vgl. hierzu auch *Schmitz* WjJ 2019, 154 (161).

50 S. 137 RefE.

51 S. 138 RefE.

52 S. 137 RefE.

53 S. 138 RefE; die Beschuldigtenstellung folgt auch aus § 27 VerSanG-E.

54 Daran kommt auch der Gesetzgeber nicht vorbei.; zu Recht weist *Petrusch* DRiZ 2020, 96 (98) darauf hin, dass „ein Schutzstatus für das Unternehmen also denkbare Weise nicht erst mit Einleitung eines förmlichen Sanktionsverfahrens begründet werden muss, sondern bereits dann, wenn beim Unternehmen intern bekannt gewordene Missstände strafrechtliche Relevanz aufweisen und das Unternehmen aufgrund gesellschaftsrechtlicher Verpflichtungen Maßnahmen ergreift, den Missstand aufzuklären“.

55 So auch *Priewer/Ritzenhoff* WjJ 2019, 166 (168).

56 So auch *Schmitz* WjJ 2019, 154 (162).

57 Auch die Behauptung auf S. 99 RefE, nur ein „unabhängiger Untersuchungsführer könne zum Kern der aufzuarbeitenden Straftat vordringen und hierbei eventuelle Verstrickungen der Firmenleitung in den Blick nehmen“, ist sehr pauschal und verkennt zudem, dass eine sorgfältige Unternehmensverteidigung genau dies tut. Hinzu kommt, dass dort *Mansdörfer* jM 2013, 123 (126) nicht ganz richtig zitiert wird, denn auch dieser behauptet nicht, dass nur ein unabhängiger Untersuchungsführer zum Kern der aufzuarbeitenden Straftat vordringen kann.

58 So ausdrücklich nun S. 98 RefE; vgl. auch *Schmitz* WjJ 2019, 154 (163); *Mayer/Jenne* CB 2019, 405 (411).

59 *Garden/Hieramente* BB 2019, 963 (964 f.); *Dilling* CCZ 2019, 214 (215); vgl. zum Richtlinienentwurf bereits *Wiedmann/Seyfert* CCZ 2019, 12 (16 ff.); *Gerdemann* RdA 2019, 16 (19 f.); *Vogel/Poth* CB 2019, 45 (46 f.); *Thüsing/Rombey* NZG 2018, 1001 (1003 ff.).

Gem. Art. 8 Abs. 1 WBRL haben juristische Personen des privaten und öffentlichen Sektors, welche die in Art. 8 WBRL genannten personellen und sachlichen Voraussetzungen erfüllen,<sup>60</sup> Kanäle und Verfahren für interne Meldungen und für Folgemaßnahmen einzurichten. Dies schließt nach der Definition von Art. 5 Nr. 12 WBRL die Durchführung von internen Ermittlungen somit mit ein. Das Verfahren für interne Meldungen und Folgemaßnahmen regelt Art. 9 WBRL.

## I. Person der Ermittler

Zuständig für die Folgemaßnahmen und damit für die internen Ermittlungen sollen gem. Art. 9 Abs. 1 lit. c) WBRL eine unparteiische Person oder Abteilung sein. Dabei kann es sich um dieselbe Person oder Abteilung handeln, welche die Meldungen des Whistleblowers entgegen nimmt, die mit ihm in Kontakt bleibt und ihn erforderlichenfalls um weitere Informationen ersucht und ihm Rückmeldung gibt.

Fraglich ist, wer eine solche unparteiische Person oder Abteilung sein kann. Die Bestimmungen der Richtlinie geben hierüber keinen Aufschluss. Da Mitarbeiter eines Unternehmens den Weisungen der Unternehmensleitung unterliegen, können diese schwerlich unparteiisch sein. Deshalb spräche viel dafür, Externe wie Rechtsanwälte und/oder Ombudsleute mit den internen Ermittlungen zu betrauen. In Erwägungsgrund Nr. 56 der WBRL heißt es, dass es von der Struktur des Unternehmens abhängen soll, welche Personen und Abteilungen Meldungen entgegennehmen und Folgemaßnahmen ergreifen sollen. Ausdrücklich heißt es auch dort, dass die Unabhängigkeit gewährleistet und Interessenkonflikte ausgeschlossen werden sollen. Allerdings soll in kleineren Unternehmen ein Mitarbeiter im Unternehmen diese Aufgabe erfüllen können, der direkt an die Unternehmensleitung berichtet, etwa ein Leiter der Compliance- oder Personalabteilung, ein Integritätsbeauftragter, ein Rechts- oder Datenschutzbeauftragter, ein Finanzvorstand, ein Auditverantwortlicher oder ein Vorstandsmitglied.<sup>61</sup> Unabhängig davon, dass sich längst nicht alle der vielen „kleineren Unternehmen“ mit einer Größe von 50 Mitarbeitern, welche gem. Art. 8 Abs. 3 WBRL verpflichtet werden sollen,<sup>62</sup> auch nur mit einer dieser für sie sehr seltenen Blüten aus diesem bunten Strauß schmücken dürften, sind sie jedoch alle beim Unternehmen selbst angestellt und damit eben nicht unparteiisch und auch nicht unabhängig. Aber offenbar stellt dies nach der WBRL keinen Widerspruch dar. Auch nach der WBRL sollen die Unternehmen damit selbst die internen Ermittlungen ohne Hilfe von außen durchführen dürfen.

Dass die Mitarbeiter, die mit den Untersuchungen befasst sind, hierfür auch qualifiziert sein sollen und sie deshalb

60 Juristische Personen des privaten Rechts sind hierzu gem. Art. 8 Abs. 3 WBRL regelmäßig ab einer Mitarbeitergröße von 50 und mehr Arbeitnehmern verpflichtet, vgl. zu den weiteren nach der WBRL verpflichteten Unternehmen Art. 8 Abs. 4, 7 und 8 WBRL.

61 Erwägungsgrund Nr. 56 WBRL.

62 Soweit es in Art. 8 Abs. 6 S. 1 WBRL heißt, dass private Unternehmen ab einer Größe von 50 bis 249 Arbeitnehmern sich Ressourcen bei der Entgegennahme von Meldungen und auch für möglicherweise durchzuführende Untersuchungen teilen dürfen, dürften Kostenkürzungen kaum zu erwarten sein, da jede Untersuchung neuen Aufwand verursacht. Auch ist jenseits von Konzernunternehmen nur schwer vorstellbar, wie eine solche Ressourcenteilung in der Praxis personell zu bewerkstelligen sein soll.

geschult werden müssen, verlangt Art. 12 Abs. 5 WBRL – allerdings nur für die Mitarbeiter von Behörden bei externen Meldungen.<sup>63</sup> Eine entsprechende Schulungsvorgabe fehlt hingegen für diejenigen Mitarbeiter, welche für interne Meldungen und Folgemaßnahmen im Unternehmen zuständig sind. Dass die WBRL damit bei internen Meldungen und Ermittlungen ein niedrige(re)s Qualifikationsniveau der zuständigen Mitarbeiter in Kauf nimmt, ist umso weniger hinzunehmen, als gem. Art. 7 Abs. 2 WBRL die internen Meldekanäle bevorzugt genutzt werden sollen.

Zu Rechtsanwälten und externen Beratern im Zusammenhang mit internen Ermittlungen äußert sich die WBRL unmittelbar nicht. Erwägungsgrund Nr. 54 WBRL sieht allerdings vor, dass auch externe Berater Hinweise entgegen nehmen können, wenn diese entsprechende Garantien für die Wahrung der Unabhängigkeit und Vertraulichkeit, des Datenschutzes und der Geheimhaltung bieten.<sup>64</sup> Dann müssen diese entsprechend Art. 9 Abs. 1 lit. c) WBRL aber auch für die Folgemaßnahmen und dementsprechend für die internen Ermittlungen zuständig sein können. Die im VerSanG-E vorgesehene Trennung zwischen internen Ermittlungen einerseits und Unternehmensverteidigung andererseits findet sich in der WBRL nicht.

## II. Wesentlicher Aufklärungsbeitrag

Einen wesentlichen Aufklärungsbeitrag verlangt die WBRL anders als § 17 Abs. 1 Nr. 1 VerSanG-E nicht. Allerdings bestimmt Art. 9 Abs. 1 lit. f) WBRL, dass das Unternehmen nach spätestens drei Monaten dem Hinweisgeber eine Rückmeldung zu dem Hinweis geben muss. Die Unternehmen haben einen erheblichen Anreiz, dies zu tun. Denn tun sie dies nicht und wurden keine Folgemaßnahmen ergriffen, ist gem. Art. 15 Abs. 1 lit. a) WBRL eine wesentliche Voraussetzung für eine sanktionsfreie Offenlegung des Hinweises gegenüber der Öffentlichkeit erfüllt.

## III. Kooperation

Eine wie in § 17 Abs. 1 Nr. 3 VerSanG-E vorgesehene Pflicht des Unternehmens, mit den Ermittlungsbehörden kooperieren zu müssen, besteht nach der WBRL nicht.

## IV. Dokumentation

Art. 18 WBRL sieht vor, dass die eingehenden Meldungen im Einklang mit den Vertraulichkeitsverpflichtungen aus Art. 16 WBRL ausführlich – ggf. sogar durch Tonaufzeichnungen – zu dokumentieren sind. Hierbei handelt es sich jedoch um eine rein interne Dokumentation. Gem. Art. 18 Abs. 2-4 WBRL soll dem Hinweisgeber Gelegenheit gegeben werden, Gesprächsprotokolle und Niederschriften von Zusammenkünften zu unterschreiben.

63 Vgl. auch die Erwägungsgründe Nr. 74-77 WBRL, die dort genannten Standards beziehen sich ausschließlich auf externe Meldungen.

64 Hierfür dürften vor allem Rechtsanwälte als Ombudsleute in Betracht kommen, da diese im weitestmöglichen Umfang diese Voraussetzungen erfüllen.

## V. Verfahrensrechte der von den internen Ermittlungen betroffenen Personen

Die WBRL lässt die (Verfahrens-)Rechte der betroffenen Personen bei internen Ermittlungen im Unternehmen nach internen Meldungen weitgehend offen. Gem. Art. 5 Abs. 1 Nr. 10 WBRL handelt es sich bei einer betroffenen Person um eine natürliche oder juristische Person, die in der Meldung oder Offenlegung als eine Person bezeichnet wird, die den Verstoß begangen hat oder mit der die bezeichnete Person verbunden ist. Soweit es in Art. 9 Abs. 1 lit. a) WBRL heißt, dass die internen Meldekanäle so sicher konzipiert sein müssen, dass die Vertraulichkeit der Identität gewahrt bleiben muss, bezieht sich dies nur auf den Hinweisgeber und Dritte, die in der Meldung genannt werden. Diese Dritten sollen aber gerade nicht die von den Hinweisen betroffenen Mitarbeiter des Unternehmens sein.<sup>65</sup>

Maßnahmen zum Schutz der von den Hinweisen betroffenen Personen sieht sodann Art. 22 WBRL vor. Systematisch ist diese Vorschrift aus dem VI. Kapitel („Schutzmaßnahmen“) der WBRL auch auf die internen Meldungen und Ermittlungen gem. Art. 7-9 WBRL anwendbar. Aber dem Wortlaut nach ist Art. 22 WBRL eher auf externe Meldungen gegenüber Behörden zugeschnitten und nicht so sehr auf interne Meldungen im Unternehmen. So wird in Art. 22 Abs. 3 WBRL zum Schutz der Identität der betroffenen Personen auf die Gestaltung externer Meldekanäle gem. Art. 12 WBRL verwiesen und gem. Art. 22 Abs. 2 WBRL sollen diesen Schutz während der Dauer einer Untersuchung ausdrücklich die „zuständigen Behörden“ sicherstellen. Diese sind für interne Meldungen nach Art. 7-9 WBRL aber gerade nicht zuständig. Auch das in Art. 22 Abs. 1 WBRL genannte „faire Gerichtsverfahren“ passt zumindest nicht unmittelbar zu unternehmensinternen Ermittlungen. Die dort genannte „Wahrung der Unschuldsvermutung“ sowie die Verteidigungsrechte, einschließlich des Rechts auf Anhörung und des Rechts auf Einsicht in die Akte können und müssen aber auf unternehmensinterne Untersuchungen übertragen werden.

Auch an dieser Stelle dürfen Zweifel erlaubt sein, inwieweit die von der WBRL angesprochenen kleineren und mittleren Unternehmen, welche die internen Untersuchungen selbst ohne juristisches Fachpersonal durchführen, dazu in der Lage sind, die Rechte der Betroffenen in dieser Weise zu wahren.

## VI. Rechtmäßigkeit der internen Ermittlungen

Die zuständige Person oder Abteilung soll die Folgemaßnahmen und damit die internen Ermittlungen gem. Art. 9 Abs. 1 lit. d) WBRL ordnungsgemäß und damit rechtmäßig durchführen. Folglich müssen diejenigen, welche mit den Ermittlungen betraut sind, hinreichend (juristisch) qualifiziert sein, um dies einschätzen und sicherstellen zu

65 Vgl. Erwägungsgrund Nr. 76 WBRL: „Diese Verfahren sollten gewährleisten, dass die Identität aller Hinweisgeber, betroffenen Personen und in der Meldung genannten Dritten, zB Zeugen und Kollegen, in allen Verfahrensstufen geschützt ist.“ Soweit es hier noch heißt, dass die betroffenen Personen zu schützen sind, wurde dies in Art. 9 Abs. 1 lit. a) WBRL nicht umgesetzt.

können. Jedenfalls dann, wenn das Unternehmen keine hierauf spezialisierte Rechtsabteilung hat, dürften wiederum nur externe Berater dafür in Frage kommen, diese Vorgabe zu erfüllen.<sup>66</sup>

Eine Ergänzung für anonyme Meldungen sieht Art. 9 Abs. 1 lit. e) WBRL vor: Auch die für anonyme Meldungen ergriffenen Folgemaßnahmen sollen ordnungsgemäß sein, wenn das nationale Recht dies vorsieht. Die besondere Erwähnung von anonymen Meldungen hat den Hintergrund, dass gem. Art. 6 Abs. 2 WBRL die Mitgliedsstaaten entscheiden können sollen, ob juristische Personen des privaten oder öffentlichen Sektors überhaupt dazu verpflichtet sind, anonyme Meldungen von Verstößen entgegenzunehmen und weiterzuverfolgen. Letzteres dürfte schon aus der Legalitätspflicht der Unternehmen folgen und ist auch unabdingbar, wenn das Whistleblowing erfolgreich sein soll.<sup>67</sup>

Gem. Art. 17 WBRL müssen sämtliche personenbezogenen Daten im Rahmen der internen Ermittlungen datenschutzkonform verarbeitet werden.

## VII. Beschlagnahmeschutz

Die WBRL enthält unmittelbar keine Bestimmungen darüber, dass die im Zusammenhang mit den internen Ermittlungen erstellten Unterlagen beschlagnahmt werden dürfen. Man könnte daher auf die Idee verfallen, dass es auch dem Sinn und Zweck der WBRL, welche für sich in Anspruch nimmt, die Hinweisgeber schützen zu wollen, widerspräche, wenn Unterlagen, welche die Identität des Hinweisgebers preisgeben, beschlagnahmt werden dürften. Ein wesentlicher Aspekt des von der WBRL bezweckten Hinweisgeberschutzes ist die auch während der internen Ermittlungen zu wahrende Vertraulichkeit der persönlichen Daten des Hinweisgebers gem. Art. 16 Abs. 1 WBRL. Verstößt das Unternehmen hiergegen, drohen ihm gem. Art. 23 Abs. 1 lit. d) WBRL empfindliche Sanktionen. Das Vertraulichkeitsgebot gilt nach der WBRL dennoch nicht absolut: So darf gem. Art. 16 Abs. 2 WBRL die Identität des Hinweisgebers offenge-

66 Vgl. auch *Brockhaus* AnWB Online 2019, 214 (216): „Wie insbesondere die Vorschrift des § 26 BDSG zeigt, erfordert die (Vor-) Prüfung, ob interne Maßnahmen zulässig sind, ein fundiertes anspruchsvolles juristisches beziehungsweise anwaltliches Wissen. Pflichten und Grenzen der Tätigkeit des Unternehmensanwalts ergeben sich mithin aus dem Strafrecht, Berufsrecht, Datenschutzrecht sowie dem Arbeits- und Betriebsverfassungsrecht“.

67 Vgl. hierzu *Schmolke* NZG 2020, 1 (11): „Diese „weiche“ Regelung will offenbar einer weit verbreiteten Skepsis gegenüber anonymen Meldungen Rechnung tragen, die in Zweifeln an der Glaubwürdigkeit solcher Meldungen sowie an der Lauterkeit der Meldemotive gründet. Indes hängt die Meldebereitschaft potentieller Hinweisgeber häufig ganz wesentlich davon ab, anonym bleiben zu können. Ein attraktives, praktisch wirksames Hinweisgebersystem kann kaum darauf verzichten, auch für anonyme Meldungen offen zu stehen. Viele Unternehmen bieten daher jetzt schon die Möglichkeit anonymer Meldung. Dort hat sich die Befürchtung eines Meldemissbrauchs bislang nicht bestätigt. Vor diesem Hintergrund sollte der deutsche Umsetzungsgesetzgeber die Pflicht interner und externer Stellen zur Entgegennahme und Weiterverfolgung von Hinweisen auch auf anonyme Meldungen erstrecken.“; *Veljovic* CB 2019, 475 (480): „Einige Autoren sehen die Missbrauchsgefahr bei anonymer Hinweisabgabe als deutlich erhöht. Dem kann jedoch entgegengehalten werden, dass gerade die vertrauliche Behandlung der Hinweise für die Abgabeentscheidung wichtig ist. Die mögliche Hemmschwelle des Whistleblowers steigt aus Angst vor negativen Konsequenzen. Ein anonymes Whistleblowing sollte zugelassen und die Hinweisbearbeitung gegebenenfalls durch einen externen weisungsunabhängigen Ombudsmann betreut werden“.

legt werden, wenn dies nach Unionsrecht oder nationalem Recht eine notwendige und verhältnismäßige Pflicht im Rahmen von Untersuchungen durch nationale Behörden oder von Gerichtsverfahren darstellt, so auch im Hinblick auf die Wahrung der Verteidigungsrechte der betroffenen Person, also derjenigen Person, welche den Verstoß begangen haben soll, der ggf. Gegenstand der internen Untersuchung ist.<sup>68</sup> Allerdings soll gem. Art. 16 Abs. 3 WBRL eine solche Offenlegung „angemessenen Garantien“ unterliegen. Insbesondere soll der Hinweisgeber unterrichtet werden, bevor seine Identität offengelegt wird, es sei denn, diese Unterrichtung würde die entsprechenden Untersuchungen oder Gerichtsverfahren gefährden.

Mithin lässt die WBRL es unter bestimmten Voraussetzungen zu, dass die gem. Art. 16 Abs. 1 WBRL auch während der internen Untersuchungen zu schützende Vertraulichkeit der Identität des Hinweisgebers in behördlichen oder gerichtlichen Verfahren preisgegeben wird. Gem. Art. 16 Abs. 2 WBRL muss es sich hierbei nur um eine nach Unionsrecht oder nationalem Recht verhältnismäßige Pflicht zur Offenlegung dieser Identität handeln. Dies kann auf die behördliche Anordnung einer Beschlagnahme von Unterlagen, welche im Rahmen interner Ermittlungen erstellt worden sind, grundsätzlich zutreffen.

## C. Vergleich

Folgende Gemeinsamkeiten und Unterschiede weisen VerSanG-E und WBRL damit auf:

### I. Gemeinsamkeiten

Sowohl VerSanG-E als auch WBRL sehen vor, dass

- das Unternehmen selbst die internen Ermittlungen durchführen darf;
- den befragten Mitarbeitern bzw. betroffenen Personen Verfahrensrechte zustehen und
- die internen Ermittlungen zu dokumentieren sind.

Letzteres erleichtert auch die nach dem VerSanG-E ausdrücklich bezweckte Beschlagnahme der im Rahmen der internen Ermittlungen erstellten Unterlagen. Auch nach der WBRL dürften Beschlagnahmen von internen Unterlagen, welche die Identität des Hinweisgebers preisgeben, unter den in Art. 16 Abs. 2 und 3 WBRL genannten Voraussetzungen zulässig sein.

Weiter dürfte auch die Streichung des § 18 Abs. 1 Nr. 6 VerSanG-E aF nichts daran ändern,<sup>69</sup> dass die internen Ermittlungen nach beiden Vorhaben rechtskonform und insbesondere datenschutzkonform durchzuführen sind.

68 *Ullrich* WiJ 2019, 52 (59): „So wichtig es unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten ist im Rahmen von Whistleblowingfällen auch den Schutz des Betroffenen und dessen Verteidigungsrechte nicht aus dem Blick zu verlieren, so klar muss dem Whistleblower sein, dass seine Identität mit hoher Wahrscheinlichkeit aufgedeckt werden wird und diese Wahrscheinlichkeit steigt, je schwerwiegender und fundierter die Meldung ist“.

69 Vgl. S. 98 RefE.

## II. Unterschiede

Die im RefE vorgesehene „künstliche Trennung“<sup>70</sup> zwischen internen Ermittlungen einerseits und Unternehmensverteidigung gibt es in der WBRL nicht.

Auch besteht nach der WBRL keine Pflicht des Unternehmens, mit den Ermittlungsbehörden zusammenzuarbeiten.

Nach der WBRL sind die internen Ermittlungen so zu führen, dass die Vertraulichkeit der Identität des Hinweisgebers gewahrt bleibt, während in dem VerSanG-E Hinweisgeberschutz bisher nicht vorkommt.

Ein weiterer wesentlicher Unterschied besteht in der Ausgestaltung der Verfahrensrechte der befragten Mitarbeiter. Während der VerSanG-E diese bemerkenswert klar definiert, bleibt nach der WBRL weitgehend offen und auch unklar, welche Verfahrensgarantien die betroffenen Personen haben sollen.

Im Hinblick darauf, dass erhebliche Gemeinsamkeiten bestehen und die Unterschiede nicht unüberwindlich erscheinen, ist es sinnvoll, den Gesetzentwurf zur Umsetzung der Richtlinie und das VerSanG-E aufeinander abzustimmen – freilich mit der Maßgabe, dass derzeit noch vorhandene wesentliche „Webfehler“ bereinigt werden. Ein solcher Webfehler des VerSanG-E besteht darin, dass der Entwurf den Schutz von Whistleblowern bisher nicht berücksichtigt, was sich auch daran zeigt, dass die ausdrücklich vorgesehenen Beschlagnahmen von Unterlagen aus internen Ermittlungen einem solchen Schutz erkennbar zuwider laufen.<sup>71</sup> Insbesondere wird man von den Hinweisgebern nicht erwarten können, dass sie gem. Art. 18 Abs. 2-4 WBRL Niederschriften und Gesprächsprotokolle mit ihrer Unterschrift bestätigen, wenn sie befürchten müssen, dass diese Unterlagen beschlagnahmt werden können. Eine mögliche Beschlagnahme dieser Unterlagen läuft daher auch in dieser Hinsicht einem praxisgerechten und richtlinienkonformen Whistleblowing zuwider.

Auch erscheint es geboten, den Hinweisgeberschutz nicht nur auf EU-Recht zu beschränken, sondern auf die gesamte Rechtsordnung auszuweiten, um ein einheitliches Schutzniveau zu erreichen.<sup>72</sup> Ebenso sollte der Gesetzgeber der einhelligen Empfehlung<sup>73</sup> folgen, dass Unternehmen auch anonyme Meldungen entgegennehmen und weiterverfolgen müssen.

70 *Priewer/Ritzenhoff* WiJ 2019, 166 (171); *Teicke* CCZ 2019, 298 (300).

71 So auch *Bittmann/Brockhaus/von Coelln/Heuking* NZWiSt 2019, 1 (5): „Im Zusammenhang mit dem Whistleblowing bedarf es jedoch dringend der Anerkennung des Schweigerechts der Ombudsleute und der Beschlagnahmefreiheit ihrer Dokumente, denn die Effektivität eines Whistleblowing-Systems hängt von der Anonymität der Hinweisgeber ab.“; *Vogel/Poth* CB 2019, 45 (47): „Die Beschlagnahme von Whistleblower-Meldungen bringt die Architektur eines effektiven und funktionsfähigen Hinweisgebersystems in Schieflage“.

72 *Schmolke* NZG 2020, 1 (10); *Makowicz* CB 2020, 1 (7), welcher sogar eine Umsetzung der Richtlinie im VerSanG fordert; *Dilling* CCZ 2019, 214 (216).

73 Zuletzt *Schmolke* NZG 2020, 1 (11 f.); *Veljovic* CB 2019, 475 (480); *Vogel/Poth* CB 2019, 45 (47): „Hinweisgeber, die sich nicht darauf verlassen können, dass ihre Anonymität gewahrt bleibt, werden aus Angst vor Repressalien ungeachtet des rechtlichen Schutzniveaus in den seltensten Fällen Rechtsverstöße melden, um sich nicht dem Vorwurf des Denunziantentums auszusetzen („Mauer des Schweigens“); *Dilling* CCZ 2019, 214 (218, 223).



## D. Bewertung

Beide Vorhaben zielen darauf ab, Kriminalität bzw. Rechtsverstöße gegen Unionsrecht, welche aus Unternehmen heraus begangen werden und welche das öffentliche Interesse beeinträchtigen, zu bekämpfen. Die internen Ermittlungen sollen dazu dienen, diese Rechtsverstöße aufzuklären und abzustellen, damit Unternehmen ihrer Legalitätspflicht nachkommen können.

§ 17 Abs. 1 Nr. 1 VerSanG-E fordert, dass die internen Ermittlungen wesentlich dazu beigetragen haben müssen, dass die Verbandstat aufgeklärt wurde. Nur wenn (auch) diese Voraussetzung erfüllt ist, wird die Verbandssanktion gemildert. Aber wie soll das Unternehmen effektiv einen wesentlichen Aufklärungsbeitrag leisten können, wenn es permanent befürchten muss, dass die Ermittlungsbehörden „dazwischen grätschen“<sup>74</sup> und die während der Untersuchung erstellten Unterlagen beschlagnahmen? Das Unternehmen steht vor dem nur schwer aufzulösenden Dilemma, zwar einerseits eine wesentliche Aufklärungsleistung erbringen und auch dokumentieren zu müssen, andererseits aber nicht zu tief bohren zu dürfen, um so nicht Gelegenheit für vom konkreten Verstoß losgelöste Zufallsfunde und weitergehende (externe) Ermittlungen zu bieten, wenn die Untersuchungsunterlagen beschlagnahmt werden. Zu Recht wurde darauf hingewiesen, dass bei internen Ermittlungen auch das „rechtsschaffenste Unternehmen“ mit der Auffindung weiterer Rechtsverstöße und damit mit weiteren Sanktionsverfahren rechnen muss.<sup>75</sup> Zwar besteht ohnehin eine umfassende Dokumentationspflicht nach § 17 Abs. 1 Nr. 4 VerSanG-E. Diese dürfte aber nicht so weit gehen, auch solche weiteren Rechtsverstöße offenlegen zu müssen, welche den konkreten Vorwurf nicht betreffen (vgl. § 17 Abs. 1 Nr. 1 VerSanG-E: „die Verbandstat“).<sup>76</sup> Insbesondere dann, wenn das Unternehmen gem. § 17 VerSanG-E selbst die internen Untersuchungen ohne Fachpersonal durchführt und keine nach § 43 a Abs. 3 S. 2 BRAO verpflichteten Rechtsanwälte damit betraut,<sup>77</sup> könnte es deshalb geneigt sein, solche weiteren Rechtsverstöße gezielt zu umschiffen, damit deren Dokumentation im Falle einer

Beschlagnahme nicht zu weiteren Ermittlungen führt.<sup>78</sup> Solange das Damoklesschwert einer Beschlagnahme droht, werden sich die Unternehmen deshalb schwer damit tun, mögliche Verstöße ergebnisoffen in alle Richtungen aufzuklären. Im Sinne der Legalitätspflicht und ordnungsgemäßer Compliance ist das natürlich nicht.<sup>79</sup> Und auch zu einer „erhöhten Glaubwürdigkeit der Untersuchungsergebnisse“<sup>80</sup> dürfte eine drohende Beschlagnahme damit nicht beitragen.

In gleicher Weise schaden drohende Beschlagnahmen dem Whistleblowing. Wenn der Hinweisgeber befürchten muss, dass seine Identität durch eine Beschlagnahme von Unterlagen im Unternehmen aufgedeckt wird, wird er im Zweifel davon absehen, die Meldung zu machen und zwar insbesondere dann, wenn es ihm nicht erlaubt sein sollte, dies anonym zu tun (vgl. Art. 6 Abs. 2 WBRL) oder er befürchten muss, selbst Gegenstand von strafrechtlichen Ermittlungen zu werden.<sup>81</sup> Eine wesentliche Erkenntnisquelle bleibt damit verschlossen, was dem Unternehmen sowohl die Erbringung eines wesentlichen Aufklärungsbeitrages iSv § 17 Abs. 1 Nr. 1 VerSanGE als auch die Erfüllung der Legalitätspflicht erschwert (s. o.).

Wenn die Unternehmen wirklich eigene Rechtsverstöße aufklären sollen, dann muss man ihnen auch die Gelegenheit geben, dies gründlich zu tun und zwar so gründlich, dass sie sich künftig rechtskonform verhalten können, ohne gleichzeitig befürchten zu müssen, bei einer Beschlagnahme von Unterlagen weitere Ermittlungen auszulösen.<sup>82</sup> Das ist kein Widerspruch.<sup>83</sup> Vielmehr ist es falsch, interne Ermittlungen ausschließlich im Kontext einer Sanktionsmilderung zu betrachten.<sup>84</sup> Die Legalitätspflicht des Unternehmens geht über das Strafrecht hinaus und auch die im Hinblick auf diese Legalitätspflicht eingeleiteten internen Ermittlungen tun dies, was der RefE immerhin andeutet.<sup>85</sup> Um diese Legalitätspflicht umfassend erfüllen zu können,

74 *Xylander/Kiefner/Balinger* BB 2018, 2953 (2956).

75 *Priewer/Ritzenhoff* WiJ 2019, 166 (171): „Werden demgegenüber alle Erkenntnisse aus der internen Untersuchung in dem maßlos weiten Umfang des § 18 Abs. 1 RefE-VerSanG offengelegt, werden selbst im rechtschaffensten Unternehmen weitere Rechtsverstöße aufgedeckt (oder zumindest ein diesbezüglicher Anfangsverdacht ausgelöst). In der Folge kommt es – jedenfalls soweit eine andere prozessuale Tat betroffen ist – zu neuen Sanktionsverfahren, bei denen ebenfalls die empfindlichen Sanktionen des RefE-VerSanG im Raum stehen.“

76 Im RefE heißt es hierzu auf S. 100, dass den Verfolgungsbehörden mit Abschluss der internen Untersuchung deren Ergebnis einschließlich aller wesentlichen Dokumente, auf denen dieses Ergebnis beruht, zur Verfügung gestellt werden muss. Weitere Rechtsverstöße dürfen hierzu nicht zählen, da auf ihnen das Ergebnis der Untersuchung nicht beruht und sie auch nicht „die Verbandstat“ iSv § 17 Abs. 1 Nr. 1 VerSanG-E sind, die Anlass zu den internen Untersuchungen gegeben hat; *Teicke* CCZ 2019, 298 (300): „Ist der Untersuchungsgegenstand definiert und mit der Behörde abgestimmt, ist klargestellt, für welchen Themenkomplex die uneingeschränkte Zusammenarbeit gilt und welche Sachverhaltskomplexe nicht mehr hiervon erfasst sind. Vorgänge, die nicht von der Definition umfasst sind, unterfallen dann auch nicht der Kooperationsobliegenheit des Unternehmens.“; anders *Schmitz* WiJ 2019, 154 (159): „Vorgelegt werden muss nach dem Entwurf jedes Dokument, dieses also komplett, d. h. auch dann, wenn es Informationen enthält, die mit dem auslösenden Vorwurf nichts zu tun haben, sondern z. B. ganz andere Informationen betreffen.“

77 Auf diese naheliegende Möglichkeit und Konsequenz weisen bereits *Priewer/Ritzenhoff* WiJ 2019, 166 (169) hin.

78 Vgl. *Pörtge* CCZ 2020, 65 (67): „Die Frage hingegen, wie tief und wie breit und mit welchen Methoden die Aufklärung erfolgt, steht im pflichtgemäßen Ermessen der Geschäftsleitung; Maßstab ist das Unternehmensinteresse.“, (70): „Konfliktpotential bergen im Hinblick auf die Frage der uneingeschränkten Kooperation etwa die Fragen, wie tief und breit das Unternehmen nach Auffassung der Staatsanwaltschaft den Sachverhalt aufklären soll ...“.

79 *Bittmann/Brockhaus/von Coelln/Heuking* NZWiSt 2019, 1 (2 f.); i. E. auch *Petrusch* DRiZ 2020, 96 (98).

80 Vgl. S. 99 RefE.

81 *Bittmann/Brockhaus/von Coelln/Heuking* NZWiSt 2019, 1 (5): „Im Zusammenhang mit dem Whistleblowing bedarf es jedoch dringend der Anerkennung des Schweigerechts der Ombudsleute und der Beschlagnahmefreiheit ihrer Dokumente, denn die Effektivität eines Whistleblowing-Systems hängt von der Anonymität der Hinweisgeber ab.“; *Vogel/Poth* CB 2019, 45 (47): „Die Beschlagnahme von Whistleblower-Meldungen bringt die Architektur eines effektiven und funktionsfähigen Hinweisgebersystems in Schiefelage.“

82 I.E. auch *Petrusch* DRiZ 2020, 96 (98): „Es muss ihnen [den Unternehmen] aber auch das Recht zugestanden werden, interne Compliance-Erkenntnisse und Untersuchungsergebnisse in einem weitgehend geschützten Raum zu vollziehen und die Kontrolle über diese bis zu einem gewissen Grad zu erhalten.“

83 I.E. auch *Petrusch* DRiZ 2020, 96 (98).

84 So auch *Priewer/Ritzenhoff* WiJ 2019, 166 (169, 172); *Petrusch* DRiZ 2020, 96 (98).

85 S. 96 f. RefE, so auch *Priewer/Ritzenhoff* WiJ 2019, 166 (169); *Bittmann/Brockhaus/von Coelln/Heuking* NZWiSt 2019, 1 (2): „Die Anlässe sind vielfältig. In Betracht kommen Gesetzesverstöße, Produktmängel, Gefahren für die Umwelt oder die Arbeitssicherheit, aber auch Zweifel an der Einhaltung gesetzlicher wie ethischer Standards seitens der eigenen Vertragspartner. Daraus ist ersichtlich, dass „Interne Ermittlungen“ nicht allein aufgrund des Verdachts strafrechtlich relevanten Verhaltens geboten sein können.“; *Petrusch* DRiZ 2020, 96 (97 f.); *Brockhaus* AnwBl Online 2019, 214 (216).

müssen auch so wichtige und wertvolle Erkenntnisquellen wie Hinweisgeber geschützt sein und zwar absolut und umfassend.<sup>86</sup> Daraus folgt, dass ausnahmslos keine Unterlagen beschlagnahmt werden dürfen, welche Aufschluss über die Identität der Hinweisgeber geben können.

Zudem ist erfahrenen Ermittlungsbeamten zuzutrauen, dass sie im Rahmen der Zusammenarbeit mit dem Unternehmen erkennen können, inwieweit dieses mit „offenen Karten“ spielt oder ob ein Abschlussbericht plausibel ist. Niemand hält die Staatsanwaltschaften davon ab, die Ermittlungsergebnisse in Frage zu stellen und ggf. weiter zu ermitteln. Wenn ein Unternehmen sich dazu entschieden hat, den Weg der internen Ermittlungen zu gehen, dann hat es sich den Ermittlungsbehörden gem. § 17 Abs. 1 Nr. 3 VerSanG-E ohnehin umfassend verschrieben.<sup>87</sup> In diesem Rahmen können die Ermittlungsbehörden jede gewünschte Information anfordern.<sup>88</sup> Erhalten sie diese nicht, tritt die gewünschte Sanktionsmilderung nicht ein.<sup>89</sup> Einer zusätzlichen Beschlagnahme von Unterlagen, welche Rechtsanwälte im Rahmen von internen Ermittlungen erstellt haben, bedarf es für die vielzitierte „effektive Strafverfolgung“<sup>90</sup> deshalb nicht. Im Hinblick auf § 17 Abs. 1 Nr. 3 VerSanG-E dürfte somit auch zweifelhaft sein, ob eine Beschlagnahme überhaupt noch erforderlich und damit verhältnismäßig und rechtmäßig sein kann.

Das im RefE ohnehin nur vorgeschobene Misstrauen gegenüber der Unternehmensverteidigung zur Erbringung wesentlicher Aufklärungsbeiträge ist unangebracht und in der Sache nicht gerechtfertigt. Die dort vorgesehene „künstliche Trennung“<sup>91</sup> von internen Ermittlungen und Unternehmensverteidigung ist jedenfalls in dieser Absolutheit sach- und interessenwidrig.<sup>92</sup> Sie benachteiligt kleinere und mittlere Unternehmen und ist auch verfassungsrechtlich bedenklich. Denn jedenfalls diejenigen Unternehmen, die aus finanziellen Gründen ihr Heil in der Sanktionsmil-

derung suchen (müssen) und hierauf ihre begrenzten Ressourcen verwenden, geben damit faktisch ihre verfassungsrechtlich garantierten Verfahrensrechte auf. Indessen gelten diese Rechte für alle Unternehmen<sup>93</sup> und sollten daher seitens des Gesetzgebers nicht um den Preis einer in weiten Teilen kontraproduktiven Beschlagnahme und seitens der Unternehmen nicht leichtfertig zugunsten einer noch dazu höchst ungewissen Milderung von exzessiven Sanktionsrahmen geopfert werden. Die Strafverfolgung ist freilich sehr „effektiv“, wenn sie auf diese Rechte keine Rücksicht mehr nehmen muss.<sup>94</sup>

Beide Gesetzesvorhaben wiegen gerade kleinere und mittlere Unternehmen in eine trügerische Sicherheit soweit sie darauf abstellen, dass die Unternehmen selbst die internen Ermittlungen ohne externen Rechtsbeistand durchführen könnten und die Kosten daher überschaubar blieben. Das ist nicht glaubhaft und muss in der Praxis scheitern, da die Anforderungen an eine Sanktionsmilderung gem. § 17 Abs. 1 VerSanG-E und an ordnungsgemäße Folgemaßnahmen iSv Art. 9 Abs. 1 lit. e) WBRL in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht komplex sind.<sup>95</sup> Auf die zu untersuchenden Sachverhalte trifft dies häufig ebenfalls zu.<sup>96</sup> Der als „Anreizsystem“ bezeichnete Mechanismus der §§ 16-18 VerSanG-E<sup>97</sup> entpuppt sich bei Lichte betrachtet als Netz von Fallstricken, in welchem sich der ungeübte Rechtsanwender unweigerlich verheddern und zu Fall kommen muss. Preisgegeben werden damit die Verfahrensrechte der von den Vorwürfen und Hinweisen betroffenen Mitarbeiter aber auch die des Unternehmens, womit es zwangsläufig seine Legalitätspflicht verletzt, zu deren Erfüllung die internen Ermittlungen doch eigentlich beitragen sollen. Und ob es jemals zu der angestrebten Sanktionsmilderung kommt, ist bei in ungelener Eigenregie durchgeführten Ermittlungen ungewisser denn je. Im schlimmsten Fall liefern die Unternehmen sich, ihre Mitarbeiter, die Hinweisgeber und ihre Führungskräfte aus, ohne dafür irgendeinen Vorteil zu erhalten.<sup>98</sup>

Damit dürften – insbesondere zur Wahrung der Vertraulichkeit der Identität der Hinweisgeber und der Verfahrensrechte der beteiligten Mitarbeiter – aber auch zur Erreichung einer Sanktionsmilderung – nur qualifizierte Rechtsanwälte dafür in Frage kommen, die internen Ermittlungen zu führen.<sup>99</sup> Warum diese nicht gleichzeitig sämtliche Verfahrensrechte des Unternehmens als Unternehmensverteidiger wahrnehmen sollen, ist nicht einzusehen, zumindest dann nicht, wenn im konkreten Fall keine Interessenkollision besteht und berufsrechtliche Gründe

86 So auch *Schmitz* WiJ 2019, 154 (162).

87 *Pörtge* CCZ 2020, 65 (67).

88 Vgl. S. 99 RefE: „Die konkrete Ausgestaltung der Zusammenarbeit steht im Ermessen der Verfolgungsbehörde.“; *Pörtge* CCZ 2020, 65 (67): „Nicht zu Unrecht wird dieses Verhalten als Unterwerfung oder Kapitulation bezeichnet.“; *Bielefeld* CB 2019, 413 (415): „Im Falle einer Kooperation wird das Unternehmen vor allem durch das „Unterwerfungsprinzip“ faktisch an operative Vorgaben der beteiligten Behörden zum Ablauf der Untersuchung gebunden sein. So wird sich das Unternehmen an vereinbarte Informationsfristen halten und einseitig angeforderte Unterlagen und Informationen übermitteln müssen“.

89 *Pörtge* CCZ 2020, 65 (69): „Hinzu kommt, dass die Anforderungen an die uneingeschränkte Kooperation nach § 18 hoch sind und die Strafverfolgungsbehörden zahlreiche Möglichkeiten haben, in Frage zu stellen, dass eine interne Untersuchung die Voraussetzungen nach § 18 erfüllt.“

90 S. 138 RefE; BVerfG 27.6.2018 – 2 BvR 1405/17, 2 BvR 1780/17 „*Jones Day*“ = NJW 2018, 2385, 2389 Rz. 89.

91 *Priewer/Ritzenhoff* WiJ 2019, 166 (171); *Teicke* CCZ 2019, 298 (300).

92 So auch *Priewer/Ritzenhoff* WiJ 2019, 166 (169): „Beide Elemente sind gerade nicht grundverschieden. [...] Die Trennung von interner Untersuchung und Verteidigung verkennt diese gegenseitige Abhängigkeit. § 18 Abs. 1 Nr. 2 RefE-VerSanG reiht damit auseinander, was natürlich zusammengehört.“; *Petrasch* DRiZ 2020, 96 (98): „Beide Elemente (interne Untersuchung und Verteidigung) können unter Umständen zwei Säulen einer kooperativen Unternehmensverteidigung sein.“; krit. auch *Brockhaus* AnwBl Online 2019, 214 (216): „Denn der mandatierte Rechtsanwalt wird – regelmäßig – mehr sein als ein mechanischer Aufarbeiter des Sachverhaltes. [...] Die untrennbare Vermengung tatsächlicher und rechtlicher Fragestellungen liegt auf der Hand.“; *Mayer/Jenne* CB 2019, 405 (411); *Teicke* CCZ 2019, 298 (300); *Makowicz* CB 2020, 1 (6): „Eine derartige Trennung dürfte nicht nur mit doppelten Kosten für Verbände verbunden sein, sondern ist auch realitätsfremd“.

93 Vgl. *G. Dannecker/C. Dannecker*, NZWiSt, 2016, 162 (169).

94 Vgl. auch *G. Dannecker/C. Dannecker* NZWiSt, 2016, 162 (169): „da Grundrechte schon ihrer Funktion und in diesem Sinne „ihrer Rechtsnatur nach“ stets „Sand im Getriebe der Justiz“ sind und die Durchsetzung des Rechts zu Gunsten der Freiheit erschweren“.

95 *Schmitz* WiJ 2019, 153 (157 ff., 163), der hier von „kaum erfüllbaren zwölf Voraussetzungen des § 18“ spricht.

96 Vgl. hierzu *Lüneborg/Resch* NZG 2018, 209 (211); *Brockhaus* AnwBl Online 2019, 214 (216); *Dilling* CCZ 2019, 214 (222).

97 S. 97 RefE.

98 Vgl. *Schmitz* WiJ 2019, 154 (158): „Für die Kapitulation erhält der Verband wenig Greifbares.“; durch die Einfügung des neuen Abs. 3 S. 1 in § 17 VerSanG-E kommen weitere Unschärfen hinzu, soweit es dort heißt, dass das Gericht bei der Entscheidung über die Sanktionsmilderung nach Abs. 1 auch „Art und Umfang der offenbarten Tatsachen und deren Bedeutung für die Aufklärung der Tat, den Zeitpunkt der Offenbarung und das Ausmaß der Unterstützung der Strafverfolgungsbehörden durch den Verband“ zu berücksichtigen hat.

99 I.E. auch *Brockhaus* AnwBl Online 2019, 214 (216).

dem nicht entgegenstehen.<sup>100</sup> Eine plausible, glaubwürdige und unvoreingenommene Begründung liefert der RefE hierfür nicht. Der Gesetzgeber sollte die sich aus der Umsetzung der Whistleblower-Richtlinie ergebende Chance nutzen, im Sinne der Legalitätspflicht der Unternehmen für einen umfassenden Hinweisgeberschutz zu optieren und auf die ohnehin nicht benötigte Beschlagnahme von Unterlagen aus internen Untersuchungen verzichten. Dann bedarf es auch keiner „künstlichen Trennung“ mehr, die weder erforderlich noch „weit verbreitet“ ist.

---

100 Vgl. *Schmitz* WiJ 2019, 154 (163).

Der Gesetzgeber hat hier die Wahl, ob er die Unternehmen kriminalisieren oder er glaubwürdig deren Integrität stärken möchte.

**KONTAKT:**

Dr. Johannes Dilling, LL. M. (Köln/Paris1)  
Dilling Rechtsanwaltskanzlei  
Hohenstaufenring 29-37  
50674 Köln  
Tel.: 0221/2709 56130  
info@ra-dilling.de

