

German Ombudsman Association – Vereinigung deutscher Vertrauensanwälte

Stellungnahme zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz vom 20.04.2020

1) Aktueller Gesetzesentwurf

In dem Entwurf des Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft ist in Artikel 1 die Schaffung eines Gesetzes zur Sanktionierung von verbandsbezogenen Straftaten (Verbandssanktionengesetz – VerSanG) vorgesehen. Ebenfalls sind Änderungen der StPO geplant, mit denen insbesondere der Umfang zulässiger Beschlagnahmen festgelegt und das Verhältnis von § 97 StPO zu § 160a StPO klargestellt werden soll.

Die Vereinigung der Vertrauensanwälte unterstützt das grundsätzliche Anliegen des Gesetzgebers, zeitgemäße Reaktionsmöglichkeiten für Straftaten zu schaffen, die aus Verbänden heraus begangen werden.

Nach der gegenwärtigen Fassung des Entwurfs besteht jedoch die Gefahr, dass das Institut externer Vertrauenspersonen (sog. Ombudsleute), die in Unternehmen zur Aufklärung und Verhinderung von Straftaten eingesetzt werden, nachhaltig geschwächt wird. Es besteht Anlass zur Klarstellung, dass dies vom Gesetzgeber nicht gewollt ist.

Träte das Gesetz in der jetzigen Entwurfsfassung in Kraft, gäbe es für eine Tätigkeit als externer Vertrauensanwalt nicht nur keine sicheren rechtlichen Rahmenbedingungen. Bestehende Rechtsunsicherheiten würden nicht behoben sondern verschärft. Damit würden zum einen die Vorgaben der im Dezember 2019 in Kraft getretenen sog. EU Whistleblower-Schutz-Richtlinie (Direktive 2019/1937) konterkariert, die einen stärkeren Schutz der Hinweisgeber (sog. Whistleblower) fordert. Zum anderen wäre zu befürchten, dass eines der wirkungsvollsten Instrumente zur Aufklärung von Straftaten im Unternehmen nicht mehr eingesetzt wird – mit der Folge, dass entsprechende Sachverhalte in vielen Fällen erst gar nicht bekannt werden.

Dieser Gefahr kann und sollte durch eine Klarstellung im Wortlaut des VerSanG entgegen gewirkt werden. Eine Änderung der Grund-Konzeption des Gesetzes ist hierzu nicht erforderlich.

2) Auseinanderfallen von Zeugnisverweigerungsrecht und Beschlagnahmeverbot

Der Gesetzesentwurf sieht eine Änderung des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO vor (S. 37). Das Beschlagnahmeverbot soll sich zukünftig nur auf Gegenstände erstrecken, „die dem Vertrauensverhältnis des Beschuldigten zu den in § 53 Absatz 1 Nummer 1 bis 3b Genannten zuzurechnen sind und auf die sich das Zeugnisverweigerungsrecht erstreckt.“

Damit bestätigt der Gesetzgeber die Auffassung, dass nicht aus jedem Zeugnisverweigerungsrecht stets auch ein Beschlagnahmeverbot folgt. Letzteres setzt nach diesem Konzept vielmehr ein „Vertrauensverhältnis des Beschuldigten“ oder zumindest eine beschuldigten-ähnliche Verfahrensstellung voraus (das BVerfG hat in der sog. Jones Day Entscheidung vom 27.6.2018 – 2 BvR 1405/17, NJW 2018, 2385, eine entsprechende Konzeption verfassungsrechtlich gebilligt hat, vgl. dazu S. 56 des Entwurfs).

Die Beschränkung des Beschlagnahmeverbots auf die anwaltliche Vertretung *Beschuldigter* wirkt sich auf die Arbeit von strafrechtlich tätigen Anwälten insbesondere in Konstellationen aus, in denen sie außerhalb der „klassischen Strafverteidigung“ beauftragt werden. Tritt ein Rechtsanwalt beispielsweise als Zeugenbeistand, im Rahmen interner Untersuchungen oder bei der Erstellung einer Strafanzeige auf, kann er dem jeweiligen Auftraggeber nach dem geplanten Gesetz nicht zusichern, dass schriftliche Mitteilungen zwischen ihm und dem Mandanten vor staatlicher Durchsuchung und Beschlagnahme geschützt sind.

Dasselbe gilt auch und vor allem für die Tätigkeit von Rechtsanwälten als sog. externe Vertrauenspersonen (sog. Ombudsleute), die von Unternehmen zur Aufklärung und Prävention von Straftaten beauftragt werden. Hier besteht die Besonderheit, dass das Mandatsverhältnis i.d.R. nur mit dem Auftraggeber (dem Verband) besteht. Der Hinweisgeber selbst ist nur mittelbar geschützt, durch eine zivilrechtliche Vereinbarung zwischen dem beauftragenden Unternehmen und dem Vertrauensanwalt. In der Regel geschieht dies durch einen Vertrag zugunsten Dritter, wobei das Unternehmen als sog. Geheimnisträger unwiderruflich auf Auskunfts- und Herausgabeansprüche gegenüber dem Rechtsanwalt verzichtet.

3) Ähnlichkeiten zwischen internen Untersuchungen und Ombudstätigkeit

Interne Untersuchungen (jedenfalls solche, die vor der Einleitung eines förmlichen Verfahrens in Auftrag gegeben werden) und die Bestellung einer externen Vertrauensperson dienen aus Sicht des Unternehmens einem gemeinsamen Ziel: Man will sich ein Bild davon machen, ob eine Straftat vorliegt und wie gegebenenfalls darauf zu reagieren ist. Das Unternehmen geht gewissermaßen „in sich“. Eine weitere strukturelle Gemeinsamkeit zwischen internen Ermittlungen und der Tätigkeit eines externen Vertrauensanwalts besteht darin, dass privatrechtliche Vereinbarungen zugrunde liegen, die das Ziel haben, dem Verband möglichst umfassende Informationen als Entscheidungsgrundlage für weitere Optionen zu verschaffen.

In beiden Konstellationen stellt sich die Frage, ob durch privatrechtliche Vereinbarungen über die Vertraulichkeit ein Beschlagnahmeschutz gegenüber staatlichen Ermittlungsbehörden geschaffen werden kann. Diese Frage wird durch den vorliegenden Gesetzesentwurf im Hinblick auf die Ergebnisse interner Untersuchungen verneint. Dasselbe gilt aufgrund der geplanten Klarstellung in § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO auch für Hinweise, die beim externen Vertrauensanwalt eingegangen sind.

In dem Entwurf des VerSanG spielen „verbandsinterne Untersuchungen“, sog. *internal investigations*, eine zentrale Rolle (S. 56). Sie sind der Schlüssel, um die drohenden Sanktionen abzumildern. Voraussetzung für die Milderung ist gemäß § 17 Abs. 1 Nr. 3 und 4 des Entwurfs u.a., dass der Verband oder von ihm beauftragte Dritte „ununterbrochen und uneingeschränkt mit den Verfolgungsbehörden zusammenarbeiten“ und „das Ergebnis der verbandsinternen Untersuchung einschließlich aller [...] wesentlichen Dokumente, auf denen dieses Ergebnis beruht [...] zur Verfügung stellen“.

Ein besonderer Beschlagnahmeschutz für die Ergebnisse interner Untersuchungen ist nicht vorgesehen. Im Gegenteil wird durch die obligatorische Trennung von „Verteidiger des Verbandes oder eines Beschuldigten“ (§ 17 Abs. 1 Nr. 2) auf der einen Seite und demjenigen, der mit der Durchführung interner Ermittlungen betraut wird, auf der anderen Seite, unterstrichen, dass letzterer gerade keinen Beschlagnahmeschutz genießt. Mit anderen Worten: Ist ein Staatsanwalt bzw. Gericht der Meinung, dass die Ergebnisse der internen Ermittlungen nicht vollständig und hinreichend präzise dokumentiert (§ 17 Abs. 2) sowie den staatlichen Ermittlern zur Verfügung gestellt (§ 17 Abs. 1 Nr. 4) wurden, besteht für

die Ermittler die Möglichkeit, mit strafprozessualen Mitteln nach weiteren Beweismitteln zu suchen und diese zu beschlagnahmen.

Das Gesetz soll einen Anreiz für Unternehmen schaffen, sich frühzeitig für eine vollständige Kooperation mit den staatlichen Ermittlungsbehörden zu entscheiden. Werden wichtige Informationen (z.B. solche, die die Strafbarkeit von Führungskräften belegen) vorenthalten, droht die Höchststrafe.

4) Praxisbeispiel für Tätigkeit einer Ombudsperson

Nicht von den Entwurfsverfassern gesehen und gewollt dürfte folgendes Beispiel-Szenario sein:

Ermittlungen nach dem VerSanG gegen ein Unternehmen gehen auf einen Hinweis zurück, der dem externen Vertrauensanwalt erteilt wurde. Die Identität des Hinweisgebers ist nur dem Vertrauensanwalt bekannt.

Das Unternehmen hat durch interne Ermittlungen umfassend bei der Sachaufklärung kooperiert. Aufgrund vertraglicher Vereinbarungen mit dem Vertrauensanwalt sieht es sich jedoch nicht in der Lage, die Identität des Hinweisgebers zu ermitteln.

Die Staatsanwaltschaft stellt sich auf den Standpunkt, das Unternehmen habe seine Obliegenheit zur „ununterbrochenen und uneingeschränkten“ Zusammenarbeit mangels namentlicher Benennung des Hinweisgebers (als potenziellem Zeugen bzw. Beschuldigten) nicht erfüllt und will die Privilegierung bei der Bemessung der Geldsanktion verweigern. Er fordert das Unternehmen daher auf, von der Ombudsperson – entgegen dem zugrunde liegenden zivilrechtlichen Vertrag – die Daten des Hinweisgebers herauszuverlangen.

Das Unternehmen wird dadurch einem Konflikt ausgesetzt: Kommt es dem Ansinnen des Staatsanwalts nach, verstößt es gegen den Vertrag mit der Ombudsperson. Der Bruch des dem Hinweisgeber zugesicherten Vertrauens wird dazu führen, dass zukünftig keine Hinweise mehr über diesen Kanal eingehen. Kommt es dem Ansinnen des Staatsanwalts hingegen nicht nach, riskiert es den Verlust der Sanktionsminderung nach § 17 VerSanG.

Der Vertrauensanwalt kommt ebenfalls in ein Dilemma: Kommt er dem Ansinnen des Unternehmens nach, verletzt auch er die dem Hinweisgeber zugesicherte Vertraulichkeit. Kommt der dem Ansinnen nicht nach, drohen ihm gegebenenfalls Schadensersatzforderungen durch das Unternehmen.

Eine Möglichkeit, die durch das VerSanG offen gelassene Rechtslage gerichtlich im Vorfeld zu klären, besteht weder für den Verband noch die Ombudsperson. Dies gilt erst recht, als nach § 17 Abs. 3 S. 2 VerSanG im Entwurf vom 20.04.2020 eine Milderung nach Absatz 1 ausgeschlossen ist, „wenn der Verband die Ergebnisse der verbandsinternen Untersuchung erst nach Eröffnung des Hauptverfahrens (§ 203 der Strafprozessordnung) offenbart“.

Der Standpunkt des Staatsanwalts in dem Beispiel ist nach dem vorliegenden Entwurf des VerSanG jedenfalls vom Wortlaut her naheliegend. Eine entgegenstehende gesetzliche Definition dessen, was als „verbandsinterne Untersuchung“ anzusehen ist, findet sich nicht. Aus dem Gesetzeszweck wird jedenfalls deutlich, dass mit den „Ergebnissen verbandsinterner Untersuchungen“ nicht nur solche Erkenntnisse gemeint sind, die *nach* Einleitung des Verfahrens gegen das Unternehmen in Auftrag gegeben bzw. gewonnen wurden.

Gewollt kann das Ergebnis aus dem Beispielsfall indes nicht sein. Denn ein solches Szenario würde dem Ziel des Gesetzes, nämlich Verbänden Anreize zur Prävention und internen Aufklärung von Straftaten zu schaffen, entgegenstehen. Ein Unternehmen, welches Nachteile dadurch zu befürchten hat, dass es eine externe Ombudsstelle schafft und sich an die damit einhergehenden vertraglichen Vereinbarungen hält, wird im Zweifel ganz darauf verzichten. Einer der wichtigsten Pfeiler eines effizienten Compliance-Konzepts würde damit wegbrechen.

5) Formulierungsvorschlag

Die Vereinigung der Vertrauensanwälte fordert daher eine Klarstellung und Ergänzung des Gesetzesentwurfs. In § 17 des Entwurfs ist folgender Absatz 4 einzufügen:

„(4) Hat der Verband eine externe Vertrauensperson beauftragt, Hinweise zu Sachverhalten entgegenzunehmen, die den Anfangsverdacht einer Verbandstat (§ 2 Abs. 1 Nr. 3) begründen, steht der dauerhafte Verzicht des Verbandes auf Auskunfts- und Herausgabeansprüche gegenüber der Vertrauensperson einer Milderung der Verbandssanktion nach Absatz 1 nicht entgegen.“

6) Ausblick: EU-Whistleblower-Schutz-Richtlinie

Über die hier vorgeschlagene Klarstellung hinaus sollte sich der Gesetzgeber zukünftig eindeutig zum Konzept externer Vertrauenspersonen bzw. Ombudsleute bekennen. Die anstehende Umsetzung der sog. EU-Whistleblower-Schutz-Richtlinie (Direktive 2019/1937) ins nationale Recht bietet hierfür eine Gelegenheit.

In der Praxis wird Vertraulichkeit bei Rechtsanwälten trotz drohender Beschlagnahme nach geltendem Recht dadurch ermöglicht, dass Informationen, deren Weitergabe ein Hinweisgeber ausdrücklich widerspricht, nicht verschriftlicht werden. Es besteht auch die Möglichkeit für den Rechtsanwalt, eigene Aufzeichnungen elektronisch zu verschlüsseln und damit zumindest faktisch eine Vertraulichkeit zu gewährleisten (vgl. dazu *Rudolph, StraFo* 2019, S. 57 ff.). Für diejenigen externen Ombudspersonen, denen aufgrund der vertraglichen Gestaltung oder fehlender beruflicher Privilegierung kein Zeugnisverweigerungsrecht nach § 53 StPO zusteht (beispielsweise, wenn ein eigener Mitarbeiter des Verbandes als Ombudsperson eingesetzt wird), besteht diese Möglichkeit nach geltendem Recht nicht.

Vorzugswürdig gegenüber der derzeitigen Rechtslage wären gesetzliche Rahmenbedingungen für die Tätigkeit von Vertrauenspersonen, die von Verbänden zur Aufklärung und Prävention von Verbandstaten eingesetzt werden. Dabei sollten bestehende Zeugnisverweigerungsrechte der Ombudspersonen konkretisiert und ein korrespondierender ausdrücklicher Beschlagnahmeschutz gesetzlich geregelt werden. Durch die Schaffung von Qualitäts-Standards, an denen sich die Tätigkeit als Ombudsperson messen lässt, wird Missbrauch vorgebeugt und Vertrauen gestärkt. Die Vereinigung der Vertrauensanwälte ist derzeit dabei, derartige Qualitäts-Standards zu formulieren.