

VORTRAGSREIHE

Whistleblowing – Wichtige Erkenntnisquelle oder gefährliches Pflaster?

Donnerstag, 20. September 2012 / 18.30 Uhr

Rechtsanwälte:

Krikor R. Seebacher (Seebacher.Fleischmann.Müller)

Dr. Mark Zimmer (Gibson, Dunn & Crutcher LLP)

Whistleblowing

Wichtige Erkenntnisquelle oder gefährliches Pflaster?

ZAAR, München, 20. September 2012

1. Bedeutung in der Praxis
 - Ausgewählte Fälle
 - Vor- und Nachteile für Arbeitgeber und Arbeitnehmer
2. Rechtsfragen
 - Spannungsfeld zwischen Treue- und Rücksichtnahmepflicht
 - Unterschied zwischen internen und externen Whistleblowing
 - Mögliche Regelungen
 - Schutz und Risiko des Whistleblowers
3. Das Interesse der Arbeitnehmervertretung an Whistleblowing
 - Fallstudie mit Strohmanngeschäften
4. Tipps für die betriebliche Praxis
 - Hinweisgebersysteme
 - Ablaufschema zur Reaktion bei Verdachtsmomenten
 - Mögliche Regelungen einer Betriebsvereinbarung

Literaturhinweise (Auswahl):

- Deiseroth/Derleder, ZRP 2008, 248
- Fahrig, NZA 2010, 1223
- Fleischer/Schmolke, WM 2012, 1013
- Haußmann/Kaufmann, ArbR-Aktuell 2011, 186
- Klasen/Schaefer, BB 2012, 641
- Mengel, CCZ 2012, 146
- Schulz, BB 2011, 629
- Simon/Schilling, BB 2011, 2421
- Wrase/Fabritius, CCZ 2011, 69
- Zimmermann, ArbR-Aktuell 2012, 58

INTERVIEW

Eine Frage der Perspektive

Konsequenzen aus dem Whistleblowing beschäftigen häufig auch die Arbeitsrechtler. Die Ansichten von Krikor Seebacher von der Münchner Arbeitnehmerkanzlei Seebacher Fleischmann Müller, und Karl-Dietmar Cohnen, Arbeitsrechtler bei White & Case in Hamburg, zeigen die ganze Breite des aktuellen Meinungsspektrums.

„Arbeitnehmer sind nicht geschützt“

JUVE: Herr Seebacher, sind Ihrer Meinung nach Arbeitnehmer derzeit ausreichend geschützt, wenn sie Missstände zur Anzeige bringen?

Krikor Seebacher: Leider nein, da ein entsprechendes Gesetzgebungsverfahren 2008 auf Eis gelegt wurde. Wirklichen Schutz kann aber nur der Gesetzgeber bieten, indem er jedem Arbeitnehmer das ausdrückliche Recht einräumt, Missstände im Unternehmen zu melden, ohne arbeitsrechtliche Konsequenzen fürchten zu müssen. Bis dahin laufen Mitarbeiter Gefahr, ihren Arbeitsplatz zu verlieren, wenn sie Missstände melden – egal ob direkt an die Behörden oder an interne Stellen.

Ein externer Ombudsmann oder eine interne Whistleblowing-Organisation reichen nicht aus, um Arbeitnehmer zu schützen?

Das Problem bei diesen Systemen ist, dass sie nicht unabhängig sind und somit keinen ausreichenden Schutz bieten können. Die Anonymität des Hinweisgebers kann nicht garantiert werden. Interne Ansprechpartner sind immer auch Teil des Unternehmens und diesem verpflichtet. Manchmal

sind Verstöße ja auch unternehmensintern sanktioniert, so dass sich ein Mitarbeiter mit einer Meldung in Gefahr begibt. Und bei einem Ombudsmann besteht das Mandatsverhältnis des Anwalts zum Unternehmen, nicht zum Arbeitnehmer. Das bedeutet, dass der Ombudsmann in einen Konflikt gerät, sollte es sich um Missstände handeln, die seinen Mandanten, also das Unternehmen, betreffen.

Was kann ein Arbeitnehmer also tun, wenn er Missstände anzeigen will?

Wenn er ganz sicher gehen möchte, sollte er zunächst zu seinem Betriebs- oder Personalrat gehen. Dieser könnte dann einen externen Rechtsanwalt beauftragen, der den Fall bei den entsprechenden Behörden anzeigt, dort den Sachverhalt schildert und



Krikor Seebacher (56) ist Partner der Arbeitnehmerkanzlei Seebacher Fleischmann Müller in München.

FOTO: SEEBACHER FLEISCHMANN MÜLLER

Zeugen benennt. Nur so kann meiner Meinung nach der Schutz des Hinweisgebers gewährleistet werden, da der Anwalt von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch machen kann und somit seine Quelle nicht offenbaren muss.

Viele Unternehmen bauen Whistleblowing-Systeme auf. Worauf müssen Betriebs- und Personalräte dabei achten?

Die Implementierung von Whistleblowing-Systemen ist als Frage der betrieblichen Ordnung mitbestimmungspflichtig und kann daher durch Betriebsvereinbarungen geregelt werden. Betriebs- und Personalräte sollten darauf achten, dass den Arbeitnehmern explizit das Recht zugesprochen wird, Missstände anzuzeigen, ohne arbeitsrechtliche Konsequenzen befürchten zu müssen. Die Arbeitnehmervertreter sollten sich auf jeden Fall externen Rat hinzuholen, um zu verhindern, dass sie Betriebsvereinbarungen abschließen, die die Position des Arbeitnehmers verschlechtern.

„Eindeutige Regeln schützen auch das Unternehmen“

JUVE: Herr Cohnen, sind Ihrer Meinung nach Whistleblower in Deutschland derzeit ausreichend geschützt – auch ohne Gesetz?

Karl-Dietmar Cohnen: Im Prinzip ja. Wenn ein Arbeitnehmer nach bestem Wissen und Gewissen Missstände im Unternehmen anzeigt, verstößt er nicht gegen seine Treue- und Rücksichtnahmepflicht, sondern handelt im Sinne des Unternehmens. Das gilt auch dann, wenn sich ein Arbeitnehmer direkt an externe Behörden wendet, weil er der Meinung ist, dass eine innerbetriebliche Aufklärung nicht zielführend ist. Etwas anderes gilt insoweit nach der Rechtsprechung des BAG allerdings dann, wenn leichtfertige haltlose Beschuldigungen aufgestellt werden. Ansonsten, also in der Regel, nimmt der Arbeitnehmer mit dem Whistleblowing seine Rechte als Staatsbürger wahr.

Warum ist es trotzdem auch für das Unternehmen selbst wichtig, dass es klare Regelungen zum Whistleblowing gibt?

Arbeitgeber sollten hier keinesfalls im Nichtstun verharren, sondern ein klares Regelwerk aufstel-

len. Denn eine Kultur zu schaffen, in der Arbeitnehmer ohne Angst Missstände zunächst innerbetrieblich und erforderlichenfalls auch extern anzeigen sollen beziehungsweise können, ist wichtig – nicht zuletzt für den wirtschaftlichen Erfolg der Firma und die Firmenkultur. Außerdem: Eindeutige Regelungen schützen nicht nur die Arbeitnehmer, sondern auch die Unternehmen selbst. Arbeitgeber können mit einem Whistleblowing-System nämlich auch Vorkehrungen treffen, die Kehrseite des Whistleblowings, nämlich Denunziationen, zu vermeiden.

Wie das?

Die Grenzen zwischen berechtigtem Whistleblowing und aus verwerflichen Motiven erfolgender Denunziation sind fließend. Ein entsprechendes Regelwerk



Karl-Dietmar Cohnen (55) ist Arbeitsrechts-Partner bei White & Case in Hamburg.

FOTO: WHITE & CASE

kann grundsätzlich sicherstellen, dass nur hinreichend mit Fakten belegten Hinweisen und nicht jeder aus der Luft gegriffenen anonymen Unterstellung im Rahmen einer objektiven internen Prüfung nachgegangen wird.

Aber ein Arbeitnehmer, der wissentlich seinen Arbeitgeber oder einen Kollegen denunziert, hat seine Treuepflicht und damit seinen Arbeitsvertrag verletzt – das ist doch ein Kündigungsgrund?

Das stimmt, aber so einfach ist es in der Praxis nicht. Das Problem ist, dass der Arbeitgeber in einem solchen Fall beweisen muss, dass die falsche Verdächtigung eines unliebsamen Kollegen oder des Arbeitgebers selbst wissentlich beziehungsweise aus verwerflichen Motiven heraus erfolgte. Und eine solche Beweisführung kann sich im Einzelfall höchst schwierig gestalten oder gar als unmöglich erweisen.

Die Gespräche führte Catrin Behlau.

Rolle der Mitarbeiter bei unternehmensinternen Ermittlungen

Arbeitsrechtliche Fragen bei der Aufklärung von Compliance-Verstößen

RA Dr. Mark Zimmer

Mit wachsender Wirtschaftskriminalität gewinnen interne Aufklärungsmaßnahmen in Unternehmen an Bedeutung. Bei dieser Aufklärung spielen Mitarbeiter eine zentrale Rolle. Arbeitsrechtlich stellen sich hier etliche Fragen wie z. B. deren Auskunftspflicht trotz möglicher Selbstbelastung, betriebliche Amnestieprogramme, die Forderung nach einem Zeugenbeistand, die Rolle der Arbeitnehmervertretungen sowie die Gefahr einer Beschlagnahme der Gesprächsprotokolle. Sie werden im vorliegenden Aufsatz behandelt.

1. Auskunftspflicht des Mitarbeiters

Bei der unternehmensinternen Aufklärung von Verdachtsmomenten auf Wirtschaftskriminalität sind Befragungen der Mitarbeiter¹ von zentraler Bedeutung. Arbeitsrechtlich stellt sich die Frage, ob und inwieweit Mitarbeiter bei Aufklärungsgesprächen (sog. „Interviews“) mitwirken müssen. Die Frage stellt sich zunächst generell (unten 1.1) und darüber hinaus in denjenigen Fällen, in denen ein Mitarbeiter durch wahrheitsgemäße Beantwortung einer Frage seine eigene Strafbarkeit offenbart, sich also selbst belasten würde (unten 1.2).

1.1 Auskunftspflicht generell

Fest steht: Ein Mitarbeiter muss die ihm obliegende Arbeitspflicht erfüllen. Gehört dazu auch die aktive Mitwirkung an unternehmensinternen Ermittlungen? Hierzu gibt es inzwischen eine gefestigte Meinung, die sich wie folgt zusammenfassen lässt:

Ein Mitarbeiter (Arbeitnehmer) ist zur Auskunft und Berichterstattung jedenfalls insoweit verpflichtet, als die Frage seinen Arbeitsbereich betrifft. Außerhalb seines Arbeitsbereichs ist er dann zur Mitwirkung verpflichtet, wenn die Interessen des Arbeitgebers am Erkenntnisgewinn die Interessen des Mitarbeiters an der Geheimhaltung überwiegen. Allgemein gilt für Führungskräfte eine erhöhte Mitwirkungspflicht.²

1.2 Selbstbelastungsschutz?

Brisanter als die generelle Auskunftspflicht eines Mitarbeiters ist die Frage, ob er auch insoweit Auskunft erteilen muss, als er



Dr. Mark Zimmer

dadurch seine eigene Strafbarkeit offenbart, sich also selbst belastet. Dies kann für den Mitarbeiter unangenehme Folgen haben. Wenn nämlich gegen ihn ein Strafverfahren geführt wird, könnte der ihn vernehmende interne (Unternehmens-) Ermittler seinerseits von den Strafverfolgungsbehörden als Zeuge vom Hörensagen vernommen werden. Auf diese Weise würden Tatsachen in das Strafverfahren eingeführt und verwertbar, zu deren Offenbarung der Mitarbeiter im Verhältnis zu staatlichen Stellen nicht verpflichtet gewesen wäre. Im Strafverfahren stünde dem Mitarbeiter nämlich sowohl als Beschuldigter³ wie auch als Zeuge⁴ ein Aussageverweigerungsrecht hinsichtlich selbstbelastender Tatsachen zu.

Unternehmensinterne Ermittlungen bergen somit das Risiko, dass Informationen in einem Strafverfahren verwertet werden können, auf die die Strafverfolgungsbehörden gegenüber der jeweiligen Auskunftsperson keinen Zugriff hätten. Strafprozessuale Auskunftsverweigerungsrechte können somit faktisch ausgehöhlt werden.

Aus diesem Grund gehen einige Stimmen in der Literatur davon aus, dass der befragte Mitarbeiter solche Tatsachen nicht preisgeben muss, die eigenes strafbares Handeln belegen.⁵ Einige dieser Stimmen fordern sogar, dass der Mitarbeiter von dem privaten Ermittler über eine derartige Selbstbelastungsfreiheit vor dem Gespräch (Interview) belehrt werden muss.⁶ Nach anderer, im arbeitsrechtlichen Schrifttum vorherrschender Auffassung, muss der Mitarbeiter hingegen Fragen seines Arbeitgebers umfassend beantworten, auch wenn er damit eigenes strafbares Verhalten offenbart.⁷ Auch die hierzu ersichtliche Rechtsprechung verneint ein Auskunftsverweigerungsrecht des Arbeitnehmers trotz möglicher Selbstbelastung.⁸

* Der Autor ist Fachanwalt für Arbeitsrecht und Partner bei Gibson, Dunn & Crutcher LLP in München.

1 Unter „Mitarbeiter“ werden in diesem Zusammenhang vornehmlich Arbeitnehmer (m/w) verstanden.

2 Vgl. Mengel, A./Ullrich, T.: Arbeitsrechtliche Aspekte unternehmensinterner Investigations, in: NZA 5/2006, S. 240 ff.; Wisskirchen, G./Glaser, J.: Unternehmensinterne Untersuchungen, in: DB 24/2011, S. 1392 ff. und 1447 ff.

3 Vgl. § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO.

4 Vgl. § 55 StPO.

5 Vgl. Leipold, K.: Der Strafverteidiger als Unternehmensanwalt, in: NJW-Spezial 2/2011, S. 56 f.; Wastl, U./Litzka, P./Pusch, M.: SEC-Ermittlungen in Deutschland – eine Umgehung rechtsstaatlicher Mindeststandards!, in: NStZ 2/2009, S. 68 ff.

6 Vgl. Lützeler, M./Müller-Sartori, P.: Die Befragung des Arbeitnehmers – Auskunftspflicht oder Zeugnisverweigerungsrecht?, in: CCZ 1/2011, S. 19 ff.

7 Vgl. Wisskirchen, G./Glaser, J.: Unternehmensinterne Untersuchungen, in: DB 24/2011, S. 1392 ff. und 1447 ff.; Fritz, H.-J./Nolden, G.: Unterrichtungspflichten und Einsichtsrechte des Arbeitnehmers im Rahmen von unternehmensinternen Untersuchungen, in: CCZ 5/2010, S. 170 ff.; Lützeler, M./Müller-Sartori, P.: Die Befragung des Arbeitnehmers – Auskunftspflicht oder Zeugnisverweigerungsrecht?, in: CCZ 1/2011, S. 19 ff.

8 Vgl. LAG Hamm, v. 03.03.2009 – 14 Sa 1689/08, www.justiz.nrw.de/nrwe/arbgs/hamm/lag_hamm; Arbeitsgericht Saarlouis v. 19.10.1983 – 1 Ca 493/83, BeckRS 1983, 31129963; BGH v. 30.04.1964 – VII ZR 156/62, NJW 1964, 1469; BVerfG v. 13.01.1981 – 1 BvR 116/77, NJW 1981, 1431.

So spannend diese Frage ist, bleibt sie doch letztlich von eher akademischem Interesse: In der Praxis tendieren die befragten Mitarbeiter in solchen Situationen zu hartnäckigen „Erinnerungslücken“.⁹ Dem Arbeitgeber hilft die oben zitierte Rechtsprechung bei internen Ermittlungen wenig, denn bis zu einem obsiegenden Urteil auf Auskunftserteilung wird die vom Arbeitnehmer erbetene Auskunft für die unternehmensinternen Ermittlungen nicht mehr von Bedeutung sein.

Letztlich wird der Mitarbeiter folgende Aspekte abwägen: Erfüllt er seine arbeitsvertragliche Pflicht und offenbart dem Arbeitgeber strafbares Verhalten, bietet er dadurch die beste „Steilvorlage“ – dem Arbeitgeber für seine (fristlose) Kündigung und dem Staat für seine Strafverfolgung. Verweigert er dagegen die Auskunft (sei es ausdrücklich oder mit Hilfe von „Erinnerungslücken“), hat der Arbeitgeber wenig Handhabe gegen ihn. Eine Klage auf Auskunftserteilung ist untunlich (s.o.), und eine Abmahnung oder Kündigung wegen verweigerter Auskunft wäre vor einem deutschen Arbeitsgericht nicht verlässlich durchsetzbar. Jedenfalls ist bisher keine arbeitsgerichtliche Entscheidung ersichtlich, die eine entsprechende disziplinarische Ahndung gestützt hat.

2. Betriebliche Amnestie

Bei unternehmensinternen Ermittlungen zeigt sich oft folgendes Bild: Ein „harter Kern“ der Mitarbeiter verweigert die Aussage oder beruft sich auf Erinnerungslücken. Für den Arbeitgeber ist dies insoweit problematisch, als er auf die Erkenntnisse gerade dieser Mitarbeiter häufig dringend angewiesen ist, vor allem zur Demonstration seiner Kooperationsbereitschaft mit diversen Behörden (Staatsanwaltschaft, Kartellbehörden o.ä.). Bei dieser Kooperationsbereitschaft geht es nicht darum, die Mitarbeiter „ans Messer“ zu liefern, sondern primär den Sachverhalt zu erforschen.

Kommt es zu einer solchen festgefahrenen Situation, bietet sich häufig eine betriebliche Amnestie an. Hierbei verzichtet der Arbeitgeber auf potenzielle Schadenersatzansprüche und Kündigung wegen Fehlverhaltens des Mitarbeiters, wenn der Mitarbeiter vollständig und wahrheitsge-

mäß Auskunft über die erfragten Sachverhalte gibt. Solche betrieblichen Amnestien haben sich in der Praxis bewährt. Wenn gleich sie rechtlich keinen Schutz vor Strafverfolgungsmaßnahmen des Staates bieten können, zeigt die Praxis, dass die Ermittlungsbehörden die Kooperationsbereitschaft eines „Amnestie-Kandidaten“ deutlich mildernd berücksichtigen. (Eine auch in staatlichen Strafverfolgungsverfahren wirksame Amnestie Beschuldigter bietet die seit 01.09.2009 geltende Kronzeugenregelung in § 46b StGB.)

Eine derartige betriebliche Amnestie bietet sich vor allem in kartellrechtlichen Kronzeugenverfahren an, wie sie sowohl national für Verfahren beim Bundeskartellamt¹⁰ als auch auf europäischer Ebene bei der Europäischen Kommission¹¹ bestehen. Hier ist das Unternehmen, das einen Kronzeugenantrag bei der Behörde gestellt hat, auf die aktive Mitwirkung der am Kartell beteiligten Mitarbeiter angewiesen. Diese Mitwirkung kann durch eine betriebliche Amnestieregelung erreicht werden. Häufig werden in solchen Fällen langfristige Aufhebungsverträge geschlossen, welche den Mitarbeiter zwar von seiner Arbeitspflicht befreien, ihn jedoch zur lückenlosen Kooperation in dem Kartellverfahren verpflichten. Daneben werden in solchen Aufhebungsverträgen häufig ein Hausverbot, besondere Vertraulichkeitsregelungen, der Ausschluss von Boni und ein Verzicht auf Schadenersatzansprüche vereinbart, der jedoch bedingt ist durch die tatsächliche Kooperation des Mitarbeiters.

Vor Einführung derartiger Amnestieregelungen ist bei laufenden behördlichen Verfahren eine Abstimmung mit den Ermittlungsbehörden ratsam, damit sich Geschäftsleitung und Aufsichtsrat nicht vorwerfen lassen müssen, sie hätten Pflichtverstöße der Mitarbeiter gedeckt. Bei der Entscheidung über eine betriebliche Amnestieregelung ist aus Corporate-Governance-Gründen stets abzuwägen, ob der durch die Amnestie zu erwartende Erkenntnisgewinn den mit dem Verzicht auf Kündigung und Schadenersatzansprüche verbundenen Nachteil für das Unternehmen überwiegt.

Schließlich ist zu berücksichtigen, dass ein betriebliches Amnestieprogramm nicht nur den Untersuchungserfolg, sondern auch den Betriebsfrieden fördert.¹² In Kartell- und Korruptions-skandalen haben die Mitarbeiter meist in einem – vermeintlichen – Unternehmensinteresse gehandelt und wurden zuweilen auch von Vorgesetzten zu dem rechtswidrigen Verhalten angehalten. Vor diesem Hintergrund erscheint es geboten, dem Mitarbeiter durch eine Amnestieregelung entgegenzukommen.

3. Zeugenbeistand

Nach richtiger Ansicht hat ein Mitarbeiter bei einer Befragung durch seinen Arbeitgeber keinen Anspruch auf einen Zeugenbei-

9 Wisskirchen, G./Glaser, J.: Unternehmensinterne Untersuchungen, in: DB 24/2011, S. 1392 ff. und 1447 ff.

10 Vgl. § 81 GWB.

11 Vgl. Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen, 2006/C 298/11, Amtsblatt der Europäischen Union vom 8. Dezember 2006, C. 298/17.

12 Vgl. Zimmer, M./Heymann, R.: Beteiligungsrechte des Betriebsrats bei unternehmensinternen Ermittlungen, in: BB 31/2010, S. 1853 ff., Fn. 24.

stand.¹³ Eine Ausnahme hiervon soll gelten, wenn der Arbeitgeber die Befragung seinerseits durch Anwälte durchführen lässt.¹⁴ In diesem Fall gebietet es die Waffengleichheit, dass der Mitarbeiter selbst durch einen Rechtsanwalt vertreten sein kann. Ob dieser vom Unternehmen bezahlt wird, ist eher eine politische als eine rechtliche Frage. Die Kostenübernahme kann sich aus Loyalitätsaspekten anbieten. Zahlt das Unternehmen die Kosten für einen Strafverteidiger zur Vertretung des Mitarbeiters bei behördlichen oder richterlichen Befragungen, so sollte ein Vorbehalt der Rückzahlung für den Fall einer rechtskräftigen Verurteilung vereinbart werden.

Gewährt das Unternehmen einen Rechtsanwalt als Zeugenbeistand, so sollte dieser kein beim Unternehmen angestellter Syndikus sein. Dieser hätte zum einen einen Interessenkonflikt aufgrund seiner Stellung als Vertreter des betreffenden Unternehmens. Zum anderen hätte er in einem eventuellen Strafverfahren kein Zeugnisverweigerungsrecht nach § 53 StPO.¹⁵

Ein Recht auf Anwesenheit eines Betriebsratsmitglieds bei den Mitarbeiter-Interviews zur Aufklärung von Compliance Verstößen scheidet in aller Regel aus. Dies käme nur dann in Betracht, wenn mit dem Mitarbeiter (gleichzeitig) ein Leistungs- oder Entwicklungsgespräch geführt würde¹⁶, was grundsätzlich nicht geschieht. Ähnliches gilt für die leitenden Angestellten (§ 5 Abs. 3 BetrVG). Dem Wortlaut nach scheint § 26 Abs. 1 SprAuG zwar eine voraussetzungslose Hinzuziehung von Mitgliedern des Sprecherausschusses vorzusehen. Das Sprecherausschussgesetz gewährt jedoch kein stärkeres Schutzniveau als das Betriebsverfassungsgesetz. Deshalb kann für Interviews mit leitenden Angestellten nichts anderes gelten als für alle übrigen Mitarbeiter.¹⁷

4. Beteiligung von Betriebsrat und Sprecherausschuss

Der Betriebsrat hat kein *allgemeines* Mitbestimmungsrecht dabei, ob und auf welche Weise interne Ermittlungen durchgeführt werden. In Betracht kommen jedoch punktuelle Beteiligungsrechte.¹⁸ Ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG scheidet bei Befragungen im Rahmen unternehmensinterner Ermittlungen in aller Regel aus, weil diese Vorschrift nur das sogenannte „Ordnungsverhalten“ betrifft, bei unternehmensinternen Ermittlungen jedoch in aller Regel Arbeitsverhalten untersucht wird.¹⁹

In Betracht kommt ein Mitbestimmungsrecht nach § 94 BetrVG dann, wenn die Fragen an die Mitarbeiter standardisiert als Fragebogen verfasst werden. Erfahrungsgemäß werden jedoch bei unternehmensinternen Ermittlungen keine standardisierten Fragebögen für alle zu befragenden Mitarbeiter verwendet, sondern vielmehr für jedes einzelne Interview ein individueller Fragekatalog zugeschnitten. Deshalb entfällt in aller Regel ein Mitbestimmungsrecht nach § 94 BetrVG.

Falls interne Ermittlungen gleichwohl mitbestimmungspflichtige Themen erfassen sollten, bietet es sich an (nur) diese in einer Betriebsvereinbarung zu regeln. Durch diese Aufteilung bleibt das Gestaltungs- und Weisungsrecht im mitbestimmungsfreien Bereich erhalten. Herrscht allerdings Unsicherheit über das Bestehen von Mitwirkungsrechten, kann es – auch aus Akzeptanzgründen und zur Vermeidung einstweiliger Verfügungen

– ratsam sein, sie rechtzeitig und umfassend durch den Abschluss von Betriebsvereinbarungen oder Regelungsabreden zu erfüllen.

Ob dem Betriebsrat bei dem – in fast jeder internen Ermittlung – notwendigen E-Mail-Screening ein Mitbestimmungsrecht zusteht, richtet sich nach der Art des Zugriffs. Das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG betrifft nur technische Einrichtungen, wenn also z. B. über das Unternehmensnetzwerk auf den E-Mail-Speicher des Mitarbeiter-Computers zugegriffen wird. Wurde die betriebliche IT-Infrastruktur, die diesen Zugriff ermöglicht, bereits wirksam mitbestimmt eingeführt, scheidet eine erneute Ausübung des Mitbestimmungsrechts speziell für die internen Ermittlungen aus.

Ein Mitbestimmungsrecht bei der Einführung und Ausgestaltung eines betrieblichen Amnestieprogramms hat der Betriebsrat nach richtiger Ansicht nicht.²⁰ Gleichwohl kann die Kooperationsbereitschaft der Mitarbeiter durch eine mit dem Betriebsrat (bzw. Sprecherausschuss) besprochene Amnestieregelung deutlich erhöht werden. Daher kann sich schon aus taktischen und atmosphärischen Gründen eine enge Zusammenarbeit mit dem Betriebsrat und dem Sprecherausschuss empfehlen.

Kommt somit ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats betreffend interner Ermittlungen in aller Regel nicht in Betracht, so hat der Betriebsrat dennoch einen weitreichenden Anspruch auf Un-

13 Vgl. Wisskirchen, G./Glaser, J.: Unternehmensinterne Untersuchungen, in: DB 24/2011, S. 1392 ff. und 1447 ff.

14 Vgl. Wisskirchen, G./Glaser, J.: Unternehmensinterne Untersuchungen, in: DB 24/2011, S. 1392 ff. und 1447 ff.

15 Vgl. Meyer-Goßner, L.: Strafprozessordnung 50. Auflage § 51 Rn. 15.

16 Vgl. § 82 Abs. 2 BetrVG.

17 Vgl. Zimmer, M./Heymann, R.: Beteiligungsrechte des Betriebsrats bei unternehmensinternen Ermittlungen, in: BB 31/2010, S. 1853 ff., Fn. 24.

18 Vgl. Zimmer, M./Heymann, R.: Beteiligungsrechte des Betriebsrats bei unternehmensinternen Ermittlungen, in: BB 31/2010, S. 1853 ff., Fn. 24.

19 Vgl. Zimmer, M./Heymann, R.: Beteiligungsrechte des Betriebsrats bei unternehmensinternen Ermittlungen, in: BB 31/2010, S. 1853 ff., Fn. 13 ff.

20 Vgl. Zimmer, M./Heymann, R.: Beteiligungsrechte des Betriebsrats bei unternehmensinternen Ermittlungen, in: BB 31/2010, S. 1853 ff., Fn. 24.

terrichtung.²¹ Zu allen Fragen, die seine Aufgaben betreffen können, hat ihn der Arbeitgeber zu informieren. Der Betriebsrat darf selbstständig prüfen, ob sich für ihn daraus eine Zuständigkeit ergibt. Hier kommt vor allem die Überwachung der Einhaltung arbeitnehmerschützender Vorschriften in Betracht.²² Dazu zählt auch das Bundesdatenschutzgesetz, insb. dessen § 32 bzw. die seit Längerem geplanten und im langwierigen Gesetzgebungsverfahren sehr umstrittenen Entwürfe zu den §§ 32a ff. BDSG.

5. Beschlagnahme der Protokolle?

Unternehmen und Mitarbeiter sind bisher davon ausgegangen, dass der Inhalt der bei internen Ermittlungen geführten Gespräche vor dem Zugriff des Staatsanwalts geschützt ist, wenn die Gespräche von externen Anwälten geführt werden. Ein Beschluss des Landgerichts Hamburg hat nun jedoch die Praxis unternehmensinterner Ermittlungen verunsichert.²³ Das Gericht erlaubte die staatsanwaltliche Beschlagnahme von Aufzeichnungen externer Rechtsanwälte, die aufgrund von vertraulichen Mitarbeitergesprächen im Rahmen interner Ermittlungen wegen Untreueverdachts bei der HSH Nordbank erstellt worden waren. Können sich Unternehmen, Organe und sonstige Mitarbeiter nun nicht mehr darauf verlassen, dass die Informationen aus Gesprächen, die sie mit Anwälten ihres Unternehmens führen, vom Zugriff der Staatsanwaltschaft geschützt sind?

Jedenfalls bei dem Verdacht unternehmensbezogener Taten wie insb. Korruption und Kartellen, also den Hauptfällen interner Ermittlungen, ist stärkerer Schutz der Organe und Mitarbeiter bei unternehmensinternen Ermittlungen geboten. In diesen Fällen kann nämlich eine Geldbuße oder ein sonstiger Vermögensnachteil gegen das Unternehmen verhängt werden. Für solche Fälle gewähren die §§ 442, 444 StPO dem Unternehmen die Stellung eines Nebenbeteiligten. Dadurch erhält das Unternehmen die gleichen Rechte wie ein Beschuldigter. Der das Unternehmen vertretende Anwalt hat dann eine ähnliche Stellung wie ein Verteidiger, dessen Aufzeichnungen unstrittig geschützt sind.²⁴

Somit kann festgehalten werden: Droht dem Unternehmen selbst ein mittelbarer Vermögensnachteil durch das Strafverfahren gegen eines seiner Organe oder einen Mitarbeiter, so müssen die Schriftstücke des für das Unternehmen handelnden Anwalts aus unternehmensinternen Ermittlungen ebenso vor Beschlagnahme geschützt sein, wie es die Aufzeichnungen eines Verteidigers sind. Die Organe und Mitarbeiter müssten dann nicht befürchten, dass derartige Aufzeichnungen an die Staatsanwaltschaft gelangen.²⁵

6. Zusammenfassung

Bei internen Ermittlungen zur Aufdeckung von Compliance Verstößen spielen Mitarbeiter eine zentrale Rolle, insb. bei Befragungen („Interviews“). Innerhalb ihres Arbeitsbereichs besteht eine umfassende Auskunftspflicht der Mitarbeiter. Rechtlich erstreckt sich diese Auskunftspflicht auch auf Tatsachen, welche die eigene Strafbarkeit des betreffenden Mitarbeiters belegen. In der Praxis ist diese Auskunftspflicht für den Arbeitgeber jedoch schwer durchzusetzen. Zur Förderung von Kooperationsbereitschaft und Betriebsfrieden bietet sich häufig eine betriebliche Amnestieregelung an, wonach der Arbeitgeber im Gegenzug für eine wahrheitsgemäße und vollständige Aufklärung durch die Mitarbeiter auf sein Recht zur Kündigung und auf Schadenersatz verzichtet. Der Mitarbeiter hat bei Befragungen in aller Regel kein Recht auf einen Zeugenbeistand, es sei denn, der Arbeitgeber lässt die Befragungen seinerseits durch Anwälte durchführen. Der Betriebsrat hat kein *generelles* Mitbestimmungsrecht betreffend die Durchführung unternehmensinterner Ermittlungen; dies kann sich jedoch je nach den zu ermittelnden Gegenständen punktuell ergeben. In jedem Fall hat der Betriebsrat Informationsrechte zum Ablauf interner Ermittlungen. Weder die Arbeitnehmer noch der Betriebsrat haben jedoch einen Anspruch auf Teilnahme von Betriebsratsmitgliedern an Befragungen durch den Arbeitgeber im Rahmen unternehmensinterner Ermittlungen. Strafprozessual ist die Möglichkeit einer Beschlagnahme der Befragungsprotokolle durch die staatlichen Behörden derzeit nicht klar geregelt. Betreffen die unternehmensinternen Ermittlungen lediglich Untreuehandlungen, so können Befragungsprotokolle nach einer jüngeren Gerichtsentscheidung beschlagnahmt werden. Dies darf jedoch nach richtiger Ansicht dann nicht gelten, wenn das Unternehmen selbst Objekt einer staatlichen Sanktion als Folge des Mitarbeiterverhaltens werden kann, wie dies bei Korruptions- und Kartelldelikten in der Regel der Fall ist. Somit dürfte eine Beschlagnahme von Befragungsprotokollen von unternehmensinternen Ermittlungen zur Aufklärung von Korruptions- und Kartelldelikten nach richtiger Ansicht ausscheiden.

21 § 80 Abs. 2 BetrVG.

22 § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG.

23 Beschluss vom 15.10.2010 – 608 Qs 18/10, NJW 2011, 942.

24 Vgl. Thesen der Bundesrechtsanwaltskammer zum Unternehmensanwalt im Strafrecht, erarbeitet vom Strafrechtausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer, BRAK-Mitteilungen 1/2011, S. 16 ff.; Ignor, A.: Rechtsstaatliche Standards für interne Erhebungen im Unternehmen, in: CCZ 4/2011, S. 143 ff.

25 Zimmer, M.: Mehr Schutz für Mitarbeiter bei internen Ermittlungen, in: BB 17/2011, S. 1075.