


2023



Jahrbuch
Yearbook

Ein unterschätztes ESG-Risiko: Hinweisgeberschutzgesetz, Greenwashing und Internal Investigations

Josef Scherer | Andreas Grötsch

„Wegen Greenwashing-Verdacht – Razzia bei Deutscher Bank und DWS [...] Nun folgen behördliche Untersuchungen“, so konnten wir es Ende Mai 2022 in der FAZ lesen. Solche oder ähnliche Schlagzeilen bergen nicht unerhebliche Reputationsrisiken für die betroffenen Unternehmen. Da aufgrund der wachsenden ESG-Regularien mit einhergehenden Berichtspflichten und parallel wachsender Bekanntheit und Förderung des Whistleblowings neue Risiken entstehen, lohnt sich die Beachtung einiger Compliance-Regeln.

Worum geht es bei Whistleblowing und Internal Investigations?

Ein Whistleblower- bzw. Ombudspersonen-System bzw. die in diesem Rahmen berufene Ombudsperson steht der Leitung, dem Personal einer Organisation sowie optional deren Lieferanten, Auftragnehmern und sonstigen interessierten Parteien („interested parties“) zur Verfügung.

Die Genannten können der Ombudsperson einen (potenziellen) Rechtsverstoß, Straftaten und Verstöße gegen interne Regelungen bzw. Verhaltenskodizes innerhalb der Organisation oder im Rahmen der Geschäftsbeziehungen zum Unternehmen mitteilen.

Die Ombudsperson ist dabei idealerweise ein objektiver Ansprechpartner, unterliegt keinen Weisungen durch das Unternehmen, sondern agiert selbstständig und unabhängig. Gegenüber Dritten gewährleistet sie (aufgrund vertrags- und berufsrechtlicher Verschwiegenheitsverpflichtungen, beispielsweise als zugelassener Rechtsanwalt) im Rahmen der rechtlichen Möglichkeiten die Anonymität/Vertraulichkeit der Hinweisgeber. Sie ist aus diesem Grund auch zur Verschwiegenheit gegenüber Dritten verpflichtet sowie an einschlägige, gesetzliche Bestimmungen zum Datenschutz gebunden.

Die Wahrung der Vertraulichkeit/Anonymität gegenüber Dritten ist zu unterscheiden von der Frage, ob die Ombudsperson anonyme Hinweise (Meldungen, bei denen der Hinweisgeber seine Identität auch gegenüber der Ombudsperson nicht preisgibt) bearbeitet: Letzteres ist fakultativ und sollte – auch als klare Botschaft bei allen Hinweisen zum Whistleblowing-System im Unternehmen – geregelt werden.

Existiert ein Compliance-Team im Unternehmen, so arbeitet die Ombudsperson mit diesem (unter Wahrung der Anonymität des Hinweisgebers, falls gewünscht) zusammen. Bei einer Ombudsperson handelt es sich aber nicht um eine „allgemeine Beschwerdestelle“: Bei Verdacht auf einen Compliance-Verstoß ist nach regulierten Abläufen ein angemessener Untersuchungsprozess durchzuführen. Dieser ist juristisch sehr anspruchsvoll und sollte nur von „Profis“ begleitet werden.

Welchen Nutzen hat das?

Die Ombudsperson leistet einen wesentlichen Beitrag, um ein angemessenes und wirksames Compliance-Managementsystem

(CMS) aufzubauen. Außerdem berät sie (auf Wunsch auch unter Wahrung der Anonymität/Vertraulichkeit der Fragesteller) in Fragen zum Umgang mit möglichen Verdachtsmomenten und Gefährdungssituationen („help desk“).

Durch die Möglichkeit der Wahrung der Anonymität/Vertraulichkeit ist sie mit ihrer „Früherkennungs“-Funktion in der Regel wesentlich effektiver als die Interne Revision.

Angemessene Untersuchungsprozesse sind wesentlicher Bestandteil eines enthaftenden CMS und helfen unter Umständen Regressansprüche abzusichern sowie ähnliche Vorfälle künftig zu vermeiden.

Besteht dafür eine (rechtlich verbindliche) Pflicht?

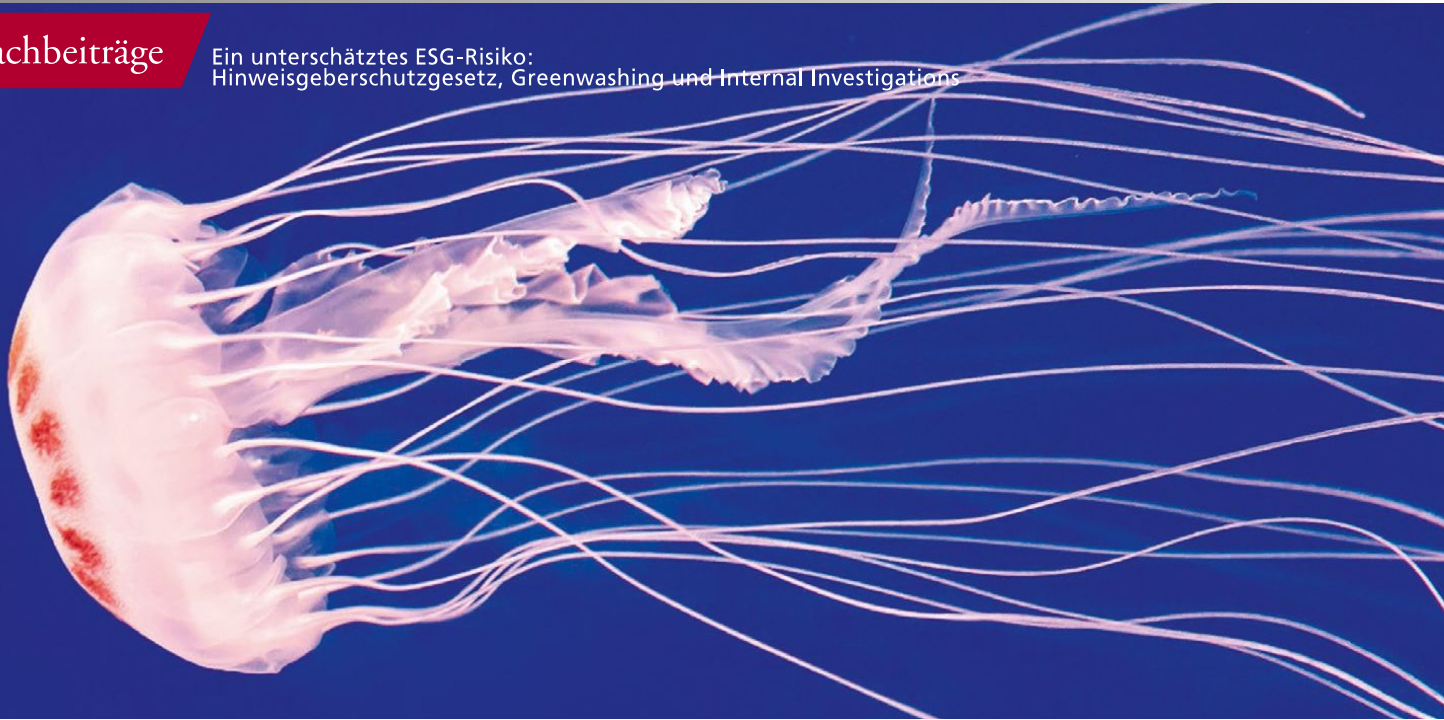
Es verfestigte sich von Jahr zu Jahr zunehmend die Ansicht [vgl. Buchert 2016], dass es bereits zum anerkannten Stand von Wissenschaft und Praxis gehöre, ein Hinweisgebersystem vorzuhalten. Damit gehöre dies auch zu den Pflichten eines gewissenhaften Unternehmers (§§ 43 GmbHG, 91, 93, 116 AktG, 347 HGB) und der Ermessenspielraum, ob so ein System vorzuhalten ist, reduziere sich deshalb stark.

Nach den Aussagen des Vorsitzenden Richters Rolf Raum des 1. Strafsenats am BGH ist ein solches – die Anonymität wahrendes (!) – Hinweisgeber-System auch eine wesentliche Komponente eines (enthaftenden) Compliance-Managementsystems [vgl. BGH-Urteil vom 09.05.2017 – 1 StR 265/16 mit Verweis auf Raum].

Außerdem existiert bereits in § 25a Abs. 1 Satz 6 Nr. 3 KWG (Kreditwesengesetz) eine solche gesetzliche Verpflichtung für Finanzinstitute und in § 23 Abs. 6 VAG (Versicherungsaufsichtsgesetz) für Versicherungsunternehmen.

Im Ausland verlangen beispielsweise der „UK Bribery Act 2010“, der „US Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) 1977“ und die „US Sentencing Guidelines“ das Vorhalten eines Whistleblower-Systems.

Eine unternehmensinterne Anlaufstelle für Whistleblower erfüllt diese Anforderungen in der Regel nicht, da die interne Stelle im Regelfall stets dem Geschäftsführer/Vorstand gegenüber auch bezüglich der Identität des Hinweisgebers auskunftspflichtig ist. Geeignet ist ein externer, fachlich einschlägig kompetenter Rechtsanwalt mit flankierendem entsprechendem Vertragswerk gegenüber dem Auftraggeber.



Das „Hinweisgeberschutzgesetz“ wird in Deutschland im Jahr 2022 die entsprechenden europäischen Vorgaben umsetzen. In einigen Branchen und Gesetzen sind bereits auch entsprechende Pflichten für „interne Untersuchungen“ aufgeführt. Eher jedoch sind fachmännische interne Untersuchungen noch eine Obliegenheit, die erhebliche Vorteile, nämlich enthaftende Wirkung, bringt.

Insbesondere auch das sogenannte „Greenwashing“, also unzutreffende Angaben in Bezug auf Nachhaltigkeit kommt aufgrund umfassender Berichtspflichten immer häufiger vor und wird durch Whistleblowing zukünftig häufig aufgedeckt. Ein Ombudspersonen-System hilft zu „kanalisieren“ und den unerwünschten Gang an die Öffentlichkeit zu vermeiden.

Mögliche Organisation und Ausgestaltung eines Ombudspersonensystems

Es gibt keine gesetzlichen oder von der Rechtsprechung definierten Vorgaben zur Ausgestaltung von Hinweisgebersystemen. Sie müssen lediglich wieder angemessen und effektiv sein. Dem Hinweisgeber, der gerne gegenüber Dritten anonym bleiben möchte, muss die Möglichkeit gegeben werden, telefonisch oder per E-Mail etc. seine Hinweise an die Ombudsperson übermitteln zu können und seine Anonymität/Vertraulichkeit geschützt zu bekommen. Darüber hinaus sind in Deutschland Vorgaben des künftigen Hinweisgeberschutzgesetzes zu beachten.

Die Ombudsperson schließlich sollte über eine dokumentierte Prozessbeschreibung verfügen, nach deren Maßgaben sie unter Wahrung einer einheitlichen und fallorientierten Vorgehensweise zunächst die Information dahingehend überprüft, ob die Meldung tatsächlich einen Compliance-Verstoß zum Gegenstand hat. Oder, wie zum Teil häufig beobachtet, lediglich ein schlechter Kundenservice oder mangelhafte Kommunikationsformen Unwillen hervorgeufen haben. Diese Prüfung kann durchaus auch bereits in diesem Stadium schon rechtlich sehr anspruchsvoll sein. Unter Umständen müssen vom Hinweisgeber weitere Informationen verlangt werden. Im Ergebnis kann sich herausstellen, dass der mitgeteilte Sachverhalt in keinerlei Zusammenhang mit Compliance-Verstößen steht, woraufhin der Fall abzuschließen ist.

Sollte sich jedoch herausstellen, dass ein Pflichtverstoß naheliegend ist, ist mit den Ermittlungsfunktionen des Unternehmens (Compli-

ance-Beauftragter, Revision etc.) bezüglich der Durchführung weiterer Ermittlungen zusammenzuarbeiten.

ESG-Risiko: Greenwashing bzgl. Wertschöpfungs- und Lieferkette

Zu beachten ist, dass sämtliche Organisationen, die einen Nachhaltigkeitsbericht erstellen (unabhängig ob dies aufgrund einer gesetzlichen Verpflichtung oder auf einer freiwilligen Basis erfolgt), diesbezüglich zutreffende Angaben machen müssen.

Leider ist seit einiger Zeit zu bemerken, dass sich auch „schwarze Schafe“ damit brüsten, besonders nachhaltig zu sein, in Wahrheit jedoch „Greenwashing“ betreiben. „Greenwashing“ hat diverse Ausprägungen, wie etwa konkrete Falschaussagen, wobei darunter auch eine unzutreffende Behauptung einer Zertifizierung zu subsumieren ist, die Verwendung von Fake-Siegeln oder Produktauszeichnungen ohne Studien oder Tests, das Verdecken von negativen Eigenschaften durch vorgeschobene positive, jedoch wenig relevante Eigenschaften, Darstellung zutreffender Eigenschaften, die allerdings verwirrend wahrgenommen werden oder in dem schädliche Produkte „grün angestrichen“ werden.

Auch falsche Aussagen bzgl. der Nachhaltigkeit in der Lieferkette oder von Geschäftspartnern, die in der Wertschöpfungskette tätig werden, fallen darunter.

§ 331 Nr. 1 HGB sieht vor, dass es strafbar ist, wenn die Verhältnisse einer Kapitalgesellschaft im Lagebericht einschließlich der nichtfinanziellen Erklärung oder in einem gesonderten nicht-finanziellen Bericht unrichtig wiedergegeben und verschleiert werden. Da der Gesetzeswortlaut keine Einschränkung auf eine Kapitalmarktorientierung oder bestimmte Größenmerkmale vorsieht, ist davon auszugehen, dass auch durch freiwillige Berichterstattungen, die unrichtige Tatsachen enthalten oder die Verhältnisse der Kapitalgesellschaft verschleiern, den objektiven Tatbestand des § 331 Nr. 1 HGB erfüllen. Voraussetzung für die Ahndung als Straftat ist dabei, dass die Organe der Gesellschaft zumindest bedingt vorsätzlich diese falschen Angaben in dem Nachhaltigkeitsbericht erstellt haben. In diesem Fall droht eine Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren. Besonders problematisch ist, dass bei einer Verurteilung Organe gem. § 6 Abs. 2 S. 2 GmbHG bzw. § 76 Abs. 3 Nr. 3 d) AktG für fünf Jahre nach Rechtskraft der Verurteilung nicht mehr als Organ tätig werden dürfen.

Erstaunlich ist, dass der Wortlaut des § 331 Nr. 1 HGB (bisher) den Fall nicht erfasst, wenn Unternehmen, die berichtspflichtig sind, keinen Nachhaltigkeitsbericht erstellen. Aufgrund des strafrechtlichen Analogieverbots kann diese Vorschrift auch nicht entsprechend auf unterlassene Nachhaltigkeitsberichte angewendet werden.

§ 334 Nr. 3 HGB sieht bei einer Zuwiderhandlung gegen die Vorschriften der Nachhaltigkeitsberichterstattung im Falle eines (bedingt) vorsätzlichen Verhaltens eine Ordnungswidrigkeit vor. Diesbezüglich ist auch die Nichterstellung eines Nachhaltigkeitsberichts trotz einer bestehenden Verpflichtung erfasst, da diesbezüglich dann eine Zuwiderhandlung vorliegt.

Bei Erfüllung dieses Ordnungswidrigkeitentatbestands droht den Organen bzw. Aufsichtsräten ein Bußgeld bis zu 50.000 EUR, bei kapitalmarktorientierten Gesellschaften sogar ein Bußgeld bis zu 2 Mio. EUR. Bei unzutreffendem, die Kaufentscheidung beeinflussendem „Greenwashing“ in Wertpapierprospekten drohen Strafbarkeit wegen Kapitalanlagebetrug u. U. extreme Schadensersatzansprüche gegenüber Kapitalanlegern.

Fazit und Handlungsempfehlungen

Es besteht aufgrund der aktuellen Rechtslage bereits jetzt – unabhängig von einem im Koalitionsvertrag angekündigten Gesetz zum Schutz von Hinweisgebern – die Obliegenheit, ein die Anonymität des Hinweisgebers wahrendes Hinweisgeber-System vorzuhalten.

Etwaige neue oder erweiternde Verpflichtungen aufgrund der EU-Richtlinie und des Umsetzungsgesetzes (Hinweisgeberschutzgesetz) sind genau zu beobachten. Auch mit der Implementierung eines angemessenen und wirksamen Compliance- und Risiko-Managementsystems sollte nicht bis zum Erlass eines neuen Unternehmenssanktions-Gesetzes gewartet werden: Die Pflicht hierzu besteht bereits jetzt aufgrund zahlreicher aktueller Gesetze und der Rechtsprechung und die daraus abzuleitenden Vorteile im Sinne einer enthaftenden Wirkung für die Organisation, Leitung und das Management sind bereits höchstrichterlich verkündet.

Darüber hinaus sind Compliance- und Risikomanagement wesentlicher Bestandteil auch von ökonomischer, sozialer und ökologischer Nachhaltigkeit (ESG/CSR).

Literatur

Buchert, Rainer (2016): § 42 Ombudsperson und Hinweisgebersystem (Rn 65, 70), in: Hauschka et al. (Hrsg.): Corporate Compliance – Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen, 3. Auflage, C.H. Beck Verlag, München 2016, S. 1301-1330.
 Scherer, Josef / Grötsch, Andreas (2022): Unternehmenssanktionsrecht, interne Untersuchungen und Whistleblowing als ESG-Elemente im Koalitionsvertrag, Internet: <http://www.scherer-grc.net/files/fil/unternehmenssanktionsrecht.pdf>
 Scherer, Josef / Grötsch, Andreas (2022): Hinweisgeberschutzgesetz, Greenwashing und Internal Investigations, ein unterschätztes ESG-Risiko, Internet: <https://www.risknet.de/elibrary/paper/ein-unterschaetztes-esg-risiko-hinweisgeberschutzgesetz-greenwashing-und-internal-investigations/>
 Scherer, Josef (2022): Compliance-Managementsystem nach DIN ISO 37301:2021 erfolgreich implementieren, integrieren, auditieren, zertifizieren, Beuth Verlag, Berlin 2022.



Autoren

Prof. Dr. jur. Josef Scherer

Gründer und Leiter des Internationalen Instituts für Governance, Management, Risk- und Compliance, Technische Hochschule Deggendorf THD



Dipl.-Kfm. Prof. Dr. Andreas Grötsch

Professor für Corporate Social Responsibility und Tax Compliance, Technische Hochschule Deggendorf THD