

# TITEL

*Jens Puschke / Tobias Singelnstein*

## Compliance und Whistleblowing

### Neuere Formen sozialer Kontrolle in Unternehmen und Gesellschaft

Den Konzepten „Compliance“ und „Whistleblowing“ wird eine enorme Aufmerksamkeit zuteil. Dies zeigt sich nicht nur an der wissenschaftlichen Rezeption in den vergangenen Jahren. Auch die Spezialisierung von Anwaltskanzleien, die Schaffung und Erweiterung von Compliance-Abteilungen in Unternehmen, das Florieren von Schulungen und Seminaren in diesem Bereich sowie rechtliche Steuerungsbemühungen<sup>1</sup> weisen auf eine stetig wachsende Bedeutung hin. Die Fokussierung auf unternehmens- bzw. organisationseigene Normbefolgsmaßnahmen und wirtschaftsbezogene Hinweisgebersysteme passt sich in unterschiedlich ausgeprägte Privatisierungstendenzen bestimmter, vormals öffentlicher Aufgaben ein.<sup>2</sup> Zugleich zieht ein verändertes Verständnis von der Aufgabe des Strafrechts als Instrument zur Risikosteuerung ein Bedürfnis nach Risikominimierung im Vorfeld strafrechtlicher Verfolgung nach sich.<sup>3</sup> Darüber hinaus haben sich die Wahrnehmung von Wirtschaft und Wirtschaftskriminalität und der Umgang hiermit verändert. Wirtschaftsdelinquenz wird zunehmend als gesellschaftsschädliches Unrecht verstanden, dem die Praxis der Strafverfolgung mit mehr Nachdruck begegnen muss. Schließlich tragen auch die bekannten Schwierigkeiten bei der normativen Erfassung, Aufdeckung und Verfolgung von Wirtschaftskriminalität zum Aufstieg teilprivatisierter Sozialkontrolle bei.

Im Zuge dieser Entwicklung ist die privatisierte Sozialkontrolle des Wirtschaftslebens zu einem eigenen Wirtschaftszweig mit eigenen Experten, eigenen Interessen und eigenen Gesetzmäßigkeiten avanciert. Die zukünftige Entwicklung dieses Wirtschaftszweiges hängt entscheidend auch von der öffentlichen Wahrnehmung seiner Wertigkeit und – hiermit im Zusammenhang stehend – von seiner staatlichen Forcierung und

1 Vgl. etwa den Antikorruptionsplan der G20-Staaten (2010); Entwurf eines Gesetzes zum Schutz von Hinweisgebern (BT-Drs. 17/8567); Entwurf eines Gesetzes zur Förderung von Transparenz und zum Diskriminierungsschutz von Hinweisgeberinnen und Hinweisgebern (BT-Drs. 18/3039); s. auch § 54a KWG, der jedenfalls zum Teil als strafrechtliche Absicherung von Compliance-Vorgaben angesehen werden kann. Aus der Rechtsprechung z.B. EGMR Urteil vom 21. Juli 2011 (Aktz.: 28274/08), NZA 2011, 1269.

2 S. etwa Sieber (2008), 449 (459 ff.).

3 Vgl. Rotsch ZStW 125 (2013), 481 (495).

rechtlichen Rahmung ab. „Compliance“ und „Whistleblowing“ werden in der allgemeinen öffentlichen Debatte und auf administrativer Ebene vornehmlich positiv diskutiert, was ihren weiteren Ausbau in der Zukunft erwarten lässt. Allerdings werden die hiermit verbundenen Versprechungen kaum hinterfragt oder anhand von Effektivitäts- und Effizienzkriterien überprüft. Vielmehr wird häufig frei von einem wirkungsorientierten Diskurs an einem Idealbild festgehalten. So seien Compliance-Programme notwendig, um Wirtschaftskriminalität durch die Etablierung ethischer, rechtlicher und handhabbarer Vorgaben einzudämmen und im Falle strafrechtlich relevanter Verstöße eine Strafverfolgung überhaupt erst zu ermöglichen. Zudem würden Ressourcen gespart, da die Unternehmen die Hauptlast selbst tragen müssten. Der potentielle Whistleblower, der ermuntert und geschützt werden soll, wird zum Helden stilisiert, der aus edlen Motiven kriminelle Machenschaften von Unternehmen oder auch staatlichen Stellen zu Lasten der Gesellschaft aufdeckt.<sup>4</sup>

Aus wirtschaftskriminologischer wie auch wirtschaftsstrafrechtlicher Perspektive sind hingegen durchaus Zweifel angebracht, ob die Einführung und Erweiterung von Compliance-Programmen in Unternehmen und der Versuch der Aufdeckung von Missständen in der Wirtschaft durch Whistleblowing-Systeme tatsächlich dazu beitragen können, gesetzliche Vorgaben – primär des Strafrechts – um- und durchzusetzen und somit die rechtliche Kontrolle von Wirtschaftskriminalität zu befördern. Vor diesem Hintergrund waren einige Vorträge auf dem diesjährigen Kongress der deutschsprachigen Rechtssoziologie-Vereinigungen im September 2015 in Berlin den Themen Compliance und Whistleblowing gewidmet. Das vorliegende Schwerpunkttheft versammelt einige der dort gehaltenen Vorträge, die mit dem Beitrag von *Caitlin Hickey* über die Situation im US-amerikanischen Raum ergänzt werden.

### *Compliance*

Wirtschaftsstrafrechtliche Normen sollen – wie das Strafrecht insgesamt – dem Rechtsgüterschutz dienen durch die Markierung von unternehmensbezogenen Unrechts-handlungen und die Ermöglichung ihrer Sanktionierung. Dabei ist das Wirtschaftsstrafrecht besonderen Bedenken ausgesetzt. Die dort etablierten Rechtsgüter sind ebenso wie die Unrechtsbeschreibung meist vage. Die Sanktionierung scheitert häufig an fehlenden Aufdeckungsmöglichkeiten im abgeschotteten System Wirtschaft und Schwierigkeiten beim Tatnachweis. Gerade angesichts dieser Probleme scheinen Compliance-Programme sowohl geeignet, Norminhalte zu konkretisieren und die Norm-geltung zu stärken, als auch die Verhinderung und Aufdeckung von Normverletzun-gen im Einzelfall zu befördern.

4 S. *Hefendehl* in diesem Heft, 359 (363f.). So wird auch in der Begründung für einen Entwurf eines sog. Whistleblower-Schutzgesetzes der Fraktion von BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN beispielhaft auf Edward Snowden verwiesen und der Schutz „mutiger Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter“ angemahnt, s. Entwurf eines Gesetzes zur Förderung von Transparenz und zum Diskriminierungsschutz von Hinweisgeberinnen und Hinweisgebern (BT-Drs. 18/3039 S. 1, 9).

Kehrseite einer solchen Verquickung von Compliance-Programmen mit dem Wirtschaftsstrafrecht ist jedoch eine Verantwortungsverschiebung für die Kontrolle der Normeninhaltung vom Staat auf die Unternehmen. Damit geht nicht nur eine Modifikation von normativen Vorgaben einher, sondern auch eine Anpassung der Mittel zu ihrer Durchsetzung an unternehmensbezogene Interessen. Die Hoheit über die Art und Intensität der Durchsetzung der Compliance-Maßnahmen liegt jedenfalls in weiten Teilen bei den Organisationen selbst. Dies hat auch Einfluss auf die Anerkennung und Durchsetzung der dahinter liegenden Strafrechtsnorm.

Aus Sicht der Unternehmen muss sich die Einführung und Umsetzung von Compliance-Programmen an Unternehmensinteressen orientieren. Dazu gehören auch die Vermeidung von Kosten durch zivil- oder öffentlich-rechtliche Haftung oder durch Rufschädigung sowie die Vermeidung unmittelbarer staatlicher Einflussnahme, insbesondere durch strafrechtliche Ermittlungen.<sup>5</sup> Die Vermeidung von Rechtsgutsbeeinträchtigungen bzw. eine (strafrechtliche) Reaktion auf Gesetzesverstöße sind daher nicht primäre oder gar einzige Zielbestimmungen von Compliance-Programmen.<sup>6</sup> Die Übersetzung wirtschafts(straf)rechtlicher Vorgaben auf die Ebene der unternehmensinternen Regelungen geht aus diesem Grund zwangsläufig mit einer von wirtschaftlich-fiskalischen Belangen beeinflussten Modifikation und Selektion einher.<sup>7</sup> Das Unternehmen selbst etikettiert das Verhalten als abweichend und als verfolgungsbedürftig.

Dies alleine vermag die Ungeeignetheit von Compliance-Programmen als Gehilfen zur Durchsetzung des Wirtschaftsstrafrechts und seiner Ziele jedoch noch nicht zu belegen. Denn auch Systeme mit unterschiedlichen Mechanismen und Endzielen können sich jedenfalls in Teilbereichen überschneiden. Dies würde dann zu der angestrebten Win-Win-Situation führen.<sup>8</sup> Unternehmen und der Wirtschaftsstrafgesetzegeber zögen am gleichen Strang, wenn auch aus teilweise divergierenden Motiven.

Die Frage nach den Konflikten der beiden Systeme und ihren Auswirkungen bleibt jedoch bestehen. So liegt eine selektive Schwerpunktsetzung bzgl. der Prävention, Aufdeckung und Bearbeitung von Wirtschaftsstrftaten seitens der Unternehmen nahe. Bei strafrechtlich relevanten Verstößen von Mitarbeitern zum eigenen Vorteil, die regelmäßig (auch) zu Lasten des Unternehmens gehen (sog. *Occupational Crimes*) – wie z.B. Diebstahl von Unternehmenseigentum, wettbewerbsschädigendes Verhalten oder Geheimnisverrat – kann grundsätzlich von einer größeren inhaltlichen Nähe rechtlicher und unternehmensbezogener Anforderungen und Interessen ausgegangen werden.<sup>9</sup> Die Verletzung von Rechtsgütern des Unternehmens durch strafbare Handlungen von

5 S. *Hefendehl* in diesem Heft, 359 (369); *Bergmann* in diesem Heft, 346 (349); *Kölbl/Herold* in diesem Heft, 375 (377); vgl. auch *Rotsch* ZStW 125 (2013), 481 (485 ff.).

6 S. etwa *Lösler* NZG 2005, 104 (108).

7 *Singelnstein* MSchrKrim 95 (2012), 52 (63 f.).

8 Letztlich setzt hierauf auch die sog. Compliance-Bewegung. Die Unternehmen sollen durch wirtschaftlichkeitsbezogene Anreizsysteme zur Selbstregulierung in Sinne der Wirtschafts(straf)norm angehalten werden, s. hierzu *Kölbl* ZStW 125 (2013), 499 (518 ff.).

9 Natürlich können auch in diesen Fällen unternehmerische Interessen einer strafrechtlichen bzw. auch in der Öffentlichkeit stattfindenden Aufarbeitung entgegenstehen.

Mitarbeitern oder auch von Konkurrenten zu unterbinden, ist grundsätzlich sowohl Ziel von Compliance als auch des Strafrechts. Anders stellt sich die Lage hinsichtlich sog. Corporate Crimes dar, also strafbarem Verhalten im wirtschaftlichen Interesse des Unternehmens, etwa durch Einrichtung Schwarzer Kassen oder durch Bestechungs-handlungen und Kartellabsprachen. Weder die Vermeidung noch die Aufdeckung dieser Taten entspricht regelmäßig dem wirtschaftlichen Interesse der Unternehmen. Gerade in dem Bereich struktureller Unternehmenskriminalität, der in der öffentlichen Wahrnehmung als zentral angesehen wird, treffen daher rechtliche Erwartungen auf zuwiderlaufende Interessen des zu ihrer Umsetzung angehaltenen Unternehmens. Dennoch kann auch in diesem Delinquenzbereich ein strafatenfeindliches Unternehmensklima, z.B. durch einen entsprechenden „tone from the top“, zu gleichlaufenden Zielen von Compliance und Wirtschaftsstrafrecht bzgl. der Verhinderung oder Aufarbeitung von Wirtschaftsstrftaten beitragen.

Jedoch stehen auch bei grundsätzlich gleichlaufenden Zielen die unterschiedlichen Wege zur Zielerreichung einer Kompatibilität von Compliance und Wirtschaftsstrafrecht weitgehend entgegen. Um den Rechtsgüterschutz durch Wirtschaftsstrafrecht mittels general- und spezialpräventiver Wirkungen zu erreichen, bedarf es einer öffentlichen und transparenten Aufarbeitung der Taten. Eine unternehmensinterne Bearbeitung kann – auch wenn sie auf die Verhinderung vergleichbarer Taten in der Zukunft ausgerichtet ist – diese Wirkung nicht erzielen. Insbesondere generalpräventive Belange, die auch auf das Verhalten in anderen Unternehmen abzielen, bleiben unberücksichtigt. Gegenteilig führt das mit einer Aufdeckung verbundene Risiko finanzieller und strafrechtlicher Haftung, das sich gerade auch aus den staatlichen Vorgaben zu Compliance-Programmen ergibt,<sup>10</sup> zu Abschottungstendenzen.

Hinzu kommt, wie der Beitrag von *Bergmann* zeigt, dass die Vorgaben und Strukturen des „soft laws“ Compliance keineswegs so präzise sind, dass sich hieraus unmittelbar handlungsleitende Vorgaben ableiten ließen, die unterhalb der Ebene des Strafrechts dessen Normgeltung positiv beeinflussen müssen. Vielmehr bleiben an entscheidender Stelle häufig Konfusionen und Spielräume. Zudem besteht jedenfalls bei bestimmten Organisationsformen und Maßnahmen von Compliance die Gefahr, dass die Funktion der Stärkung der Normgeltung ins Gegenteil verkehrt wird und zur Delegitimation von Normen führt, wenn bestehende systemeigene Mechanismen der Normbefolgung durch komplexe Maßnahmen ohne Rückhalt im Unternehmen überlagert werden.<sup>11</sup>

Insgesamt ist davon auszugehen, dass eine Stärkung der wirtschaftsstrafrechtlichen Normgeltung sowie ihre verbesserte Durchsetzung durch Compliance-Programme allenfalls selektiv erreicht werden können. Die hohen Erwartungen, vor allem große, skandalhafte Wirtschaftsstrftaten hierdurch kontrollieren zu können, sind überzogen.

10 Vgl. zur „regulierten Selbstregulierung“ *Kölbl* ZStW 125 (2013), 499 (507 ff.). Insofern ist insbesondere die Regelung des § 130 OWIG als indirekte Verpflichtung zur Einführung von Compliance-Maßnahmen bedeutsam, s. *Brettel/Schneider* (2014), § 2 Rn. 45.

11 So, allerdings ganz generell auf die Konzeption Compliance bezogen, *Bergmann* in diesem Heft, 346 (348).

## Whistleblowing

Ähnlich ambivalent fällt die Bewertung des Whistleblowing aus. Dieses Instrument zur systematischen Aufdeckung von Missständen in Unternehmen begegnet in Bezug auf die Erreichung einer besseren Kontrolle von Wirtschaftskriminalität jedenfalls dann den gleichen Bedenken, wenn es sich um sog. internes Whistleblowing handelt, also ein solches, das die Missstände nur gegenüber Institutionen oder Mitarbeitern des Unternehmens selbst offenlegt. Diese Form des Whistleblowing kann als ein Teilbereich von Compliance aufgefasst werden, der eine effektive Durchsetzung unternehmensinterner Regeln durch die Möglichkeit der Kenntnis von Regelverstößen gewährleisten soll – sei es durch eine Reaktion und Steuerung im Einzelfall oder als unternehmensinterne Ausprägung der psychologischen Zwangstheorie.

Für das interne Whistleblowing gelten dementsprechend zunächst die auch für Compliance bestehenden Einschränkungen. Eine Aufdeckung regelwidrigen Verhaltens wird tendenziell selektiv erfolgen bzw. befördert werden. Insbesondere werden Mechanismen eines internen Whistleblowing nicht primär auf die Erlangung von Informationen ausgerichtet sein, die für die Organisation – um eine in diesem Zusammenhang genutzte Begrifflichkeit von *Hefendehl* zu bemühen – systemdestabilisierend wirken können. So dürften Hinweise zu Corporate Crimes zumeist nicht willkommen sein bzw. seltener zu dem angestrebten Ergebnis einer weitergehenden Bearbeitung des berichteten Verhaltens führen.<sup>12</sup> Auch hier zeigen sich zudem die abweichenden Mechanismen von Strafrecht und internem Whistleblowing als Element von Compliance. Während aus Sicht des Strafrechts Hinweise von Insidern die Aufdeckung und ggf. strafrechtliche Verfolgung sonst im Dunklen bleibender Wirtschaftsstrafaten ermöglichen sollen, ist primäres Unternehmensziel die interne Bearbeitung, um eine flexible Handhabung ohne externe Einflussnahme zu ermöglichen.

An einem externen Whistleblowing gegenüber staatlichen Behörden oder der Öffentlichkeit besteht aus Unternehmenssicht grundsätzlich kein gesteigertes Interesse, da das Unternehmen dadurch die Hoheit über die Entscheidung verliert, ob und wann Regelverletzungen öffentlich gemacht werden und die offizielle Strafverfolgung in Gang gesetzt wird. Aus diesem Grund kommt dem externen Whistleblowing zwar grundsätzlich das der Erwartung entsprechende Potenzial zu, auch systemdestabilisierende Informationen zu Tage zu fördern. Der Beitrag von *Kölbl/Herold* offenbart jedoch Beschränkungen bei der Steuerungsmöglichkeit externer Hinweisgeber. Ob ein Hinweis an öffentliche Stellen erfolgt, ist kaum von dem Bestehen oder der Ausprägung eines Whistleblowing-Portals, sondern vielmehr von der Persönlichkeit des Hinweisgebers, aber auch der Art und dem Umfang des Missstandes und der Zufriedenheit des Hinweisgebers mit unternehmensinternen Reaktionen abhängig.<sup>13</sup> Diese Bedingungen sind jedoch staatlicherseits kaum beeinflussbar. Auch hier bestimmt daher

12 S. zur Gefahr eines „Schattenstrafrechts“ durch eine selektive Verfolgung seitens der Unternehmen Brettl/Schneider (2014), § 4 Rn. 12 ff.

13 S. allerdings zur Wirkung finanzieller Anreize *Hickey* in diesem Heft, 388ff.

letztlich das System Wirtschaft, ob und unter welchen Bedingungen das Strafrecht zum Zuge kommt.

Zusammenfassend besehen überwiegt die Skepsis, ob die rechtlichen, insbesondere die strafrechtlichen Versprechungen, die mit den Konzepten Compliance und Whistleblowing verbunden sind, eingehalten werden können. Wie die Beiträge in diesem Heft zeigen, sprechen strukturelle Gründe dagegen. Insbesondere ist zu erwarten, dass durch die Delegation sozialer Kontrolle an das Unternehmen die mit diesen Konzepten verbundenen Vorteile durch unternehmenseigene Interessen und Maßnahmen, die mit strafrechtlichen Zielen und Wirkweisen nicht kompatibel sind, überlagert werden.

#### Literatur:

- Bergmann* (2015) Scheiternde Rechtsnormbildung im Rahmen von Compliance-Kontrolle, in: NK 4/2015, 346-358
- Brettel/Schneider* (2014) Wirtschaftsstrafrecht
- Hefendebl* (2015) Der ungebremste Höhenflug des Whistleblowers, in: NK 4/2015, 359-374
- Hickey* (2015) Incentivizing Whistleblowing in the United States: Qui Tam, Anti-Retaliation and Cash-For-Information, in: NK 4/2015, 388-398
- Kölbl* (2013) Criminal Compliance – ein Missverständnis des Strafrechts?, in: ZStW 125, 499-535
- Kölbl/Herold* (2015) Wirtschaftskontrolle durch Whistleblowing? Empirische Befunde zu Entscheidungsprozessen von Hinweisgebern, in: NK 4/2015, 375-387
- Lösel* (2005) Das moderne Verständnis von Compliance im Finanzmarktrecht, in: NZG, 104-108
- Rotsch* (2013) Compliance und Strafrecht – Fragen, Bedeutung, Perspektiven. Vorbermerkungen zu einer Theorie der sog. „Criminal Compliance“, in: ZStW 125, 481-498
- Sieber* (2008) Compliance-Programme im Unternehmensstrafrecht, in: Festschrift Tiedemann, 449-484
- Singelnstein* (2012) Wirtschaft und Unternehmen als kriminogene Strukturen? Ver nachlässigte Aspekte einer theoretischen Perspektive auf Corporate Deviance, in: MSchrKrim 95, 52-70

## Kontakt:

*PD Dr. Jens Puschke LL.M.  
 Institut für Kriminologie und Wirtschaftsstrafrecht  
 Lehrstuhl Prof. Dr. Roland Hefendehl  
 Erbprinzenstr. 17a  
 79098 Freiburg*

*Prof. Dr. Tobias Singelnstein  
 Juniorprofessur für Strafrecht und Strafverfahrensrecht  
 Freie Universität Berlin  
 Fachbereich Rechtswissenschaft  
 Van't-Hoff-Str. 8  
 14195 Berlin*



**Nutzen Sie den Vorteilspreis**  
 Bestellen Sie jetzt  
 das Schnupper-Abo **Gratis**  
 2 Ausgaben Print + Onlinezugang

## Rechtspsychologie

**RPsych**

Zeitschrift für Familienrecht, Strafrecht,  
 Kriminologie und Soziale Arbeit

1. Jahrgang 2015 | ISSN 2365-1083

4 Ausgaben pro Jahr

Kündigung drei Monate zum Kalenderjahresende.

## Die neue interdisziplinäre Zeitschrift

**»Rechtspsychologie – RPsych«**

bietet ein **wissenschaftliches Forum** für die Rechtspsychologie in Forschung und Praxis und bezieht dabei auch die Nachbardisziplinen ein. Besondere Schwerpunkte liegen im Familienrecht, im Strafrecht und der Kriminologie sowie in der Sozialen Arbeit – also in den Bereichen des Rechts, in denen psychologische Gutachten und Methoden eine große Rolle spielen.

**Zeitschriften-Hotline** 07221.2104-39  
 Online [nomos-shop.de](http://nomos-shop.de) | E-Mail [zeitschriften@nomos.de](mailto:zeitschriften@nomos.de)



**Nomos**