

Compliance

Rechtsanwältin Ines Ullrich, Düsseldorf

Die EU-Whistleblower-Richtlinie oder Richtlinien-Potpourri zum Schutz von Whistleblowern

I. Vorbemerkung

Die Diskussion zur Thematik des Whistleblowings bleibt in Bewegung. So hat der Deutsche Bundestag am 21.03.2019 – mit knapp einjähriger Verspätung – das Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen verabschiedet. Dieses wird mit § 5 GeschGehG erstmals einen eigenständigen Strafausschluss für „Whistleblower“ enthalten¹. Demnach macht sich derjenige nicht wegen der Verletzung von Geschäftsgeheimnissen strafbar, „*der zur Aufdeckung einer rechtswidrigen Handlung oder eines beruflichen oder sonstigen Fehlverhaltens*“ handelt „*wenn die Erlangung, Nutzung oder Offenlegung geeignet ist, dass allgemeine öffentliche Interesse zu schützen*“².

Ob dieser, auf das GeschGehG beschränkte, Schutz von (potentiellen) Whistleblowern, ausreichend³, zu gering⁴ oder – insbesondere bezüglich des Begriffs des „sonstigen“ gar unethischen Fehlverhaltens und der mangelnden Implementierung eines Eskalationsmodells – zu weitgehend⁵ ist, ist im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens kontrovers diskutiert worden. Während diese Diskussion noch nachwirkt, ist zu erwarten, dass der EU-Gesetzgeber den nationalen Gesetzgebern zeitnah neue Aufgaben stellt. So haben sich die Mitgliedsstaaten und das EU-Parlament auf einen modifizierten Vorschlag für eine Richtlinie „*zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden*“, die sog. Whistleblowing-Richtlinie, geeinigt, die das EU-Parlament unter dem 10.04.2019 verabschiedet

* Die Autorin ist Rechtsanwältin bei der ausschließlich auf den Bereich des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts spezialisierten Kanzlei VBB Rechtsanwälte in Düsseldorf, Essen und Karlsruhe.

¹ Der ursprüngliche Entwurf des § 5 GeschGehG ging noch ausdrücklich davon aus, dass es sich hierbei um einen Rechtfertigungsgrund handelt. Ausweislich der Beschlussempfehlung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz (6. Ausschuss), BT-Drucks. 19/8300, S. 5 der durch den Bundestag am 21.03.2019 verabschiedeten Fassung entspricht, soll es sich nunmehr um einen Ausschluss des objektiven Tatbestandes handeln.

² BT-Drucks. 19/8300, S. 5.

³ Zum ursprünglichen Gesetzentwurf: *Groß/Platzner*, NZA 2018, 913, 915, mit Kritik an der „Gesinnungsprüfung“.

⁴ Zum ursprünglichen Gesetzentwurf: Stellungnahme Whistleblower-Netzwerk e.V. vom 18.05.2018; abrufbar unter: file:///C:/Users/User/AppData/Local/Microsoft/Windows/InetCache/E/XI3BQS1U/05182018_Stellungnahme_Whistleblower_GeschGehG.pdf;jsessionid=51A6F65E16346B46E2AC3DAFFB02A410.pdf.

⁵ Zum ursprünglichen Gesetzentwurf: *Hiéramente/Golzio*, CCZ 2018, 262, 264f.; *Bürkle*, CCZ 2018, 193; *Keller*, GRUR 2018, 706, 707.

hat⁶. Der Rat der Europäischen Union hatte bereits am 15.03.2019 angekündigt, dem Richtlinienvorschlag in der geänderten Fassung zustimmen zu wollen, soweit es zu einer Annahme durch das Parlament kommen sollte⁷. Der Vorschlag stützt sich auf eine offizielle Empfehlung des Europarates zum Schutz von Whistleblowern aus dem Jahr 2014, wonach Mitgliedsstaaten über einen gesetzlichen und institutionellen Rahmen verfügen sollen, um Personen zu schützen, die im Rahmen ihrer Arbeitsbeziehungen auf Verletzungen und Gefährdungen öffentlicher Interessen hinweisen oder Informationen hierzu öffentlich machen⁸. Diese sollen ausweislich der Erwägungsgründe und Art. 1 der Richtlinie nicht nur ein europaweit einheitliches (Mindest-) Schutzniveau von Whistleblowern gegen Vergeltungsmaßnahmen sicherstellen, sondern auch die Verpflichtung für Unternehmen zur Implementierung sicherer, vertraulicher und effektiver Meldesysteme beinhalten⁹. Die erheblichen Diskussionen, die der Verabschiedung der Richtlinie vorausgegangen sind, zeigen sich bereits an dem Umstand, dass der Richtlinie ganze 112 Erwägungsgründe vorangestellt sind. Obwohl die Whistleblower-Richtlinie – so viel sei vorweggenommen – unzweifelhaft einen Schritt in die richtige Richtung darstellt, zeigen sich Unklarheiten in Bezug auf die EU-Geschäftsgeheimnisrichtlinie, die sich ebenfalls mit dem Schutz von Whistleblowern befasst und in Deutschland in das GeschGehG umgesetzt worden ist¹⁰. Dies wird nicht nur die nationalen Gesetzgeber, sondern – wie sich zeigen wird – auch den Whistleblower selbst vor komplexe Probleme stellen, die der intendierten Erhöhung des Schutzniveaus zuwiderlaufen.

II. Der Inhalt des Richtlinienentwurfes

1. Sachlicher Anwendungsbereich

Der sachliche Anwendungsbereich der Richtlinie ist beschränkt und soll lediglich Verstöße gegen EU-Recht in den Bereichen öffentliche Auftragsvergabe, Finanzdienstleistungen, Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung, Produktsicherheit, Verkehrssicherheit, Umweltschutz, kerntechnische Sicherheit, Lebensmittel- und Futtermittelsicherheit, Tiergesundheit und Tierschutz, öffentliche Gesundheit, Verbraucherschutz, Schutz der Privatsphäre, Datenschutz, Sicherheit von Netz- und Informationssystemen, EU-Wettbewerbsvorschriften, Körperschaftssteuervorschriften sowie die Schädigung finanzieller Interessen der EU umfassen (Art. 2 der Richtlinie)¹¹. Den Mitgliedsstaaten bleibt es aber ausweislich Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie unbenommen, den sachlichen Anwendungsbereich im Rahmen nationaler Umsetzungsgesetze auszuweisen. Unberührt vom Anwendungsbereich der Richtlinie sollen hingegen Schutz der Vertraulichkeit der Kommunikation zwischen Anwälten und ihren Mandanten („legal professional privilege“) und von Gesundheitsdienstleistern mit ihren Patienten („medical privacy“) bleiben (Art. 3 Nr. 3b, c)¹². Andere Berufsgeheimnisträger erfasst der Richtlinienentwurf nicht. Vielmehr stellen die Erwägungsgründe 27 und 28 ausdrücklich klar, dass andere Berufsgeheimnisträger als geschützte Whistleblower anzusehen sind, auch wenn Sie Informationen melden, die durch die geltenden Berufsvorschriften geschützt sind, sofern die Meldung dieser Informationen erforderlich ist, um einen Verstoß im Rahmen der Richtlinie aufzudecken. In diesem Fall darf der Berufsgeheimnisträger auch nicht strafrechtlich verfolgt oder sanktioniert werden, sodass ein Verstoß gegen § 203 StGB ausscheiden muss¹³. Dies stellt im Übrigen eine deutliche Abweichung zum GeschGehG dar, dass in § 1 Abs. 3 Nr. 1 GeschGehG ausdrücklich klarstellt, dass § 203 StGB unberührt bleibt.

2. Persönlicher Anwendungsbereich

Der persönliche Anwendungsbereich des Richtlinienentwurfs eröffnet keinen globalen Schutz von Whistleblowern, sondern ist auf Informationen über Verstöße in einem arbeitsbezogenen Kontext beschränkt (Art. 4). Diese Einschränkung führt aber letztlich nicht zu einer signifikanten Einschränkung des geschützten Personenkreises. So legt bereits Erwä-

⁶ abrufbar unter: http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0398-AM-155-155_EN.pdf?redirect.

⁷ Schreiben des Rates der Europäischen Union; abrufbar unter: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/commissions/juri/lcag/2019/03-15/JURI_LA\(2019\)003720_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/commissions/juri/lcag/2019/03-15/JURI_LA(2019)003720_EN.pdf).

⁸ Vgl. zum Ganzen: *Groß/Platzer*, NZA 2018, 913, 914; *Thüsing/Rombey*, NZG 2018, 1001.

⁹ Erwägungsgrund 1ff.; vgl. auch *Vogel/Poth*, CB 2019, 45, 47.

¹⁰ *Vogel/Poth*, CB 2019, 45, 46.

¹¹ *Meyer*, HRRS 2018, 322; *Thüsing/Rombey*, NZG 2018, 1001, 1003 *Wiedmann/Seyfert*, CCZ 2019, 12, 15f.

¹² Erwägungsgrund 26.

¹³ Erwägungsgrund 28.

gungsgrund 38 fest, dass es Ziel der Richtlinie ist, ein möglichst breites Spektrum an Personen abzudecken, die im weitesten Sinn Kontakt zu dem Bereich eines Unternehmens haben, in dem ein (möglicher) Verstoß aufgetreten ist¹⁴. Konsequenterweise ist der Anwendungsbereich auch nicht auf (ehemalige) Arbeitnehmer eines Unternehmens im Sinne des Art. 45 AEUV limitiert, sondern umfasst daneben auch atypische Beschäftigungsverhältnisse, Leiharbeiter, Selbständige, Organe und Aktionäre des Unternehmens, Bewerber, freiwillige Mitarbeiter und Praktikanten, Subunternehmer und Lieferanten, also alle Personengruppen, die unter normalen Umständen in Kontakt mit etwaig inkriminierten Informationen kommen und im Falle einer Meldung dieser Informationen von Repressalien bedroht sein könnten¹⁵.

3. Anforderungen an den Inhalt der Meldung

In den Erwägungsgründen 42 und 43 wird der Inhalt bzw. der Bezugspunkt einer Meldung definiert, die den Schutz des Whistleblowers auslösen soll. Demnach sollen nicht nur genuin rechtswidrige Handlungen gemeldet werden können, sondern auch rechtsmissbräuchliches Verhalten in Form von Handlungen oder Unterlassungen, die sich zwar nicht als formal rechtswidrig, jedoch als missbräuchlich im Sinne einer Umgehung von Unionsvorschriften darstellen, während rein zwischenmenschliche Beschwerdegegenstände aus dem Anwendungsbereich ausgenommen werden können¹⁶. Wann von einer solchen missbräuchlichen und damit meldefähigen Praxis auszugehen ist, soll sich an der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes als objektivem Bezugspunkt orientieren. Neben bereits eingetreten Verstößen sollen auch künftige Verstöße erfasst sein, soweit mit deren Eintritt zu rechnen ist¹⁷. Der Hinweisgeber muss, um sich den Schutz der Vorgaben der Whistleblower-Richtlinie zu „verdienen“ zwar keine belastbaren Beweise für ein Fehlverhalten in einem Unternehmen vorlegen können, aber begründete Bedenken oder einen begründeten Verdacht äußern (Art. 5 Nr. 1a)¹⁸. Insoweit liegt es im Verantwortungsbereich des Meldenden, die Informationen im Rahmen des ihm möglichen zu verifizieren und den durch ihn geäußerten Verdacht entsprechend zu begründen. Anderenfalls setzt er sich dem Risiko aus, den Schutz vor Repressalien nicht zu erhalten und sich arbeitsrechtlichen, zivilrechtlichen oder gar strafrechtlichen Folgen ausgesetzt zu sehen¹⁹. Denn wie Erwägungsgrund 43 ausdrücklich postuliert, soll Meldenden, die allein unbegründete Spekulationen oder Gerüchte verbreiten, kein Schutz als „Whistleblower“ im Sinne der Richtlinie zukommen.

Gleiches soll, als Schutz vor böswilligen, leichtfertigen oder missbräuchlichen Meldungen auch für solche Meldende gelten, die zum Zeitpunkt der Meldung nicht davon ausgehen, dass die durch sie gemeldeten Informationen auf Basis der verfügbaren Informationen und im Lichte der ihnen bekannten Umstände tatsächlich zutreffen, soweit sie nicht einem unvermeidlichen Irrtum unterliegen²⁰. An dieser Stelle weicht der überarbeitete Richtlinienentwurf in einem weiteren signifikanten Punkt von dem ursprünglichen Entwurf vom 23.04.2018²¹ ab. So hat Erwägungsgrund 60 zu dem ursprünglichen Richtlinienentwurf bestimmt, dass – solange nicht das Gegenteil bewiesen ist – vermutet wird, dass der Meldende davon ausgegangen ist, dass die gemeldeten Informationen zutreffen²². Diese widerlegliche Vermutung der lauterer Motive des Whistleblowers bzw. die Beweislastumkehr zu Lasten des von einer (unwahren) Meldung Betroffenen ist in der Literatur zu Recht auf Kritik gestoßen²³. So hat der von einer Meldung Betroffene zwar die Möglichkeit, sich gegen die erhobenen Vorwürfe zu verteidigen. Der Beweis der Unwahrheit der Anschuldigungen wird ihm aber nur in seltenen Ausnahmefällen gelingen. Dem Whistleblower auch dann den umfassenden Schutz des Richtlinienentwurfes zukommen zu lassen, wenn er vage und nicht belastbare Verdächtigungen äußert, es dem Beschuldigten aber nicht gelingt seine Unschuld zu beweisen, hätte nicht nur zum Missbrauch eingeladen, sondern auch

¹⁴ Erwägungsgrund 39.

¹⁵ Erwägungsgrund 40.

¹⁶ Erwägungsgrund 22.

¹⁷ Erwägungsgrund 43.

¹⁸ Erwägungsgrund 33.

¹⁹ *Wiedmann/Seyfert*, CCZ 2019, 12, 16.

²⁰ Erwägungsgrund 33.

²¹ Richtlinienentwurf vom 23.4.2018 COM(2018) 218 final; abrufbar unter: https://eur-lex.europa.eu/procedure/EN/2018_106

²² Erwägungsgrund 60 zum Richtlinienentwurf vom 23.4.2018 COM(2018) 218 final; abrufbar unter: https://eur-lex.europa.eu/procedure/EN/2018_106

²³ *Thüsing/Rombey*, NZG 2018, 1001, 1005.

rechtsstaatliche Grundsätze außer Kraft gesetzt²⁴. Der von einer Meldung Betroffene hätte in diesem Fall die Beschädigung seines Rufes und etwaige Ermittlungsmaßnahmen hinnehmen müssen, während arbeits-, zivilrechtliche- oder sonstige Gegenmaßnahmen ihm durch den in der Richtlinie verankerten Whistleblowerschutz untersagt gewesen wären. Insofern ist es zu begrüßen, dass der Rekurs auf Vermutungen aus dem überarbeiteten Richtlinienvorschlag zu Gunsten einer Irrtumsregelung, nebst Beweislast des Whistleblowers, gestrichen worden ist. Zugleich sollen die Motive des Meldenden, also die Frage, ob seine Meldung tatsächlich zum Schutz öffentlicher Interessen oder schlicht aus dem Wunsch sich für vermeintliches Fehlverhalten seiner Vorgesetzten zu revanchieren, keine Rolle spielen. Der Schutz des Whistleblowers wird somit allein anhand objektiver Maßstäbe ermittelt²⁵.

Exkurs: Friktionen mit dem GeschGehG

Die vorstehend skizzierten Vorgaben der Whistleblower-Richtlinie weisen bereits bezüglich der Anforderung an den Meldenden bzw. den Meldegegenstand erhebliche Friktionen zu den Vorgaben des GeschGehG auf, obwohl sich der deutsche Gesetzgeber bei der Umsetzung eng an die (sprachlichen) Vorgaben der Geschäftsgeheimnis-Richtlinie²⁶ angebonden hat. So sieht § 5 Nr. 2 GeschGehG – als Rechtfertigungsnorm für Whistleblowing – vor, dass die Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses gerechtfertigt sei, wenn dies zum Schutz eines berechtigten Interesses erfolgt, insbesondere „zur Aufdeckung einer rechtswidrigen Handlung oder eines beruflichen oder sonstigen Fehlverhaltens, wenn die Erlangung, Nutzung oder Offenlegung geeignet ist, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen“²⁷.

Die ursprüngliche sprachliche Fassung des § 5 Nr. 2 GeschGehG hat insoweit offengelassen, ob es sich hierbei um ein objektives oder ein subjektives Merkmal handeln soll²⁸, das Fehlverhalten also tatsächlich oder nur in der Vorstellung des Whistleblowers vorgelegen haben muss²⁹. Diese Frage soll mit der Aufnahme der Anforderung der „Geeignetheit“ zum Schutz öffentlicher Interessen in der nunmehr beschlossenen Fassung des Gesetzentwurfes ausgeräumt und klargestellt werden, dass das regelwidrige Verhalten tatsächlich vorgelegen haben oder der Whistleblower dies gutgläubig angenommen haben muss³⁰.

Darüber hinaus bezieht § 5 Nr. GeschGehG auch den sprachlich und tatsächlich nahezu unbeschränkten Anwendungsbereich des Auffangtatbestandes „sonstiges Fehlverhalten“ in den Anwendungsbereich der geschützten Meldung ein. Erfasst ist ausweislich der Gesetzesbegründung auch „nicht zwangsläufig rechtswidriges unethisches Verhalten“³¹. Derartige ethische Verfehlungen sollen, wie dargestellt, vom Anwendungsbereich der Whistleblower-Richtlinie gerade nicht umfasst sein. Die Erfassung ethischer Bezugspunkte ist auf erhebliche Kritik gestoßen, da ethische Bewertungen nicht nur schwierig zu handhaben sind, sondern auch erheblichen Rechtsunsicherheiten produzieren³². So bleibt insbesondere unklar, wer – also der Whistleblower persönlich, Qualitäts- oder Boulevardmedien – den Maßstab dessen, was ethisch oder moralisch vertretbar ist, bestimmen. Hieran schließt sich die Frage an, auf welcher Basis der (potentielle) Whistleblower – vor einer Offenlegung der ihm bekannten Informationen – prüfen soll, ob ein Verhalten zwar legal ist, aber dennoch durch die Allgemeinheit als „unethisch“ bewertet wird³³ und aus diesem Grund seine Straf-

²⁴ Thüsing/Rombey, NZG 2018, 1001, 1005.

²⁵ Erwägungsgrund 33.

²⁶ RICHTLINIE (EU) 2016/943 DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 8. Juni 2016 über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung; abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A32016L0943>

²⁷ BT-Drucks. 19/8300, S. 5.

²⁸ Die ursprüngliche sprachliche Fassung lautete: „zur Aufdeckung einer rechtswidrigen Handlung oder eines beruflichen oder sonstigen Fehlverhaltens, wenn die das Geschäftsgeheimnis erlangende, nutzende oder offenlegende Person in der Absicht handelt, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen“ vgl hierzu; Hiéramente, Stellungnahme als Sachverständiger zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/943 zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung, abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/blob/583660/0c6b9984d421f770e23ff9ab89c9676b/hiéramente-data.de>, S.8.

²⁹ Berücksichtigt man allerdings Erwägungsgrund 20 der Geschäftsgeheimnisrichtlinie, spricht diese eindeutig für ein objektives Verständnis. Denn hier heißt es: „Das sollte nicht so verstanden werden, dass die zuständigen Gerichte daran gehindert seien, Ausnahmen von der Anwendung der Maßnahmen (...) in den Fällen zuzulassen, in denen der Antragsgegner allen Grund hatte, in gutem Glauben davon auszugehen, dass sein Verhalten in dieser Richtlinie festgelegten angemessenen Kriterien entspricht; so auch: Kalbfus, GRUR 2016, 1009; Schmitt, RdA 2017, 365, 371.

³⁰ BT-Drucks. 19/8300, S. 14.

³¹ BT Drucks. 19/4724, S. 28.

³² Hiéramente/Golzio CCZ 2018, 262, 263; Bürkle CCZ 2018, 193; Passarge CB 2018, 144, 146f.

³³ Bürkle CCZ 2018, 918; Vogel/Poth, CB 2019, 45, 47. Wie weit diese Definition ist wird deutlich, wenn man sie mit Art. 4 Abs. 2 b des Vorschlages für eine Richtlinie des Europäischen Parlamentes und des Rates über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor

barkeit ausschließt. Insoweit hat der Gesetzgeber im Rahmen der nunmehr verabschiedeten Gesetzesfassung klargestellt, dass das „allgemeine und objektivierbare Rechtsverständnis“ heranzuziehen ist³⁴. Hiermit ist allerdings nicht viel gewonnen. Denn es bleibt weiter offen, wie ethische Verfehlungen auf Basis des allgemeinen objektivierbaren Verständnisses festgestellt werden sollen, da die Frage was der Einzelne als ethisch oder unethisch empfindet eine höchstpersönlich zu beantwortende Frage ist, die einem allgemeinen oder gar objektiven Verständnis nur in Ansätzen zugänglich ist.

Als etwaiges Korrektiv der Weite der objektiven Voraussetzungen, hat der Gesetzgeber im ursprünglichen Entwurf des § 5 Nr. 2 GeschGehG subjektiv vorausgesetzt, dass der Whistleblower in der Absicht handelt, dass allgemeine öffentliche Interesse zu schützen. Dies sollte ausweislich der Gesetzesbegründung der Fall sein, wenn die offenlegende Person mit dem Motiv handelt, auf einen Missstand hinzuweisen, um zu einer gesellschaftlichen Veränderung beizutragen, was bei einer Nutzung des Geschäftsgeheimnisses als Druckmittel ausgeschlossen ist³⁵. Auch die Offenlegung gegenüber dem Geschädigten kann dem öffentlichen Interesse dienen, wenn dieser hierdurch in die Lage versetzt wird, einen Rechtsverstoß zu beenden³⁶. Diese Berücksichtigung subjektiver Elemente und insbesondere deren Feststellung im Wege einer gerichtlichen Plausibilitätskontrolle³⁷ ist zu Recht auf Kritik gestoßen³⁸ („Gesinnungsstrafrecht“³⁹). Dies hat den Gesetzgeber nunmehr dazu veranlasst, auf subjektive Elemente zu verzichten und stattdessen zu verlangen, dass die Aufdeckung der Betriebsinterna zum Schutz öffentlicher Interessen objektiv geeignet ist⁴⁰.

Auch wenn der deutsche Gesetzgeber sich mit dem Verzicht auf subjektive Elemente der Whistleblower-Richtlinie bereits angenähert hat bleibt abzuwarten, ob der Anwendungsbereich des § 5 GeschGehG nochmals anpasst wird, um die dargestellten Friktionen zu vermeiden. Dies wäre wünschenswert, um die Rechtfertigung des Whistleblowings und damit sowohl den Schutz des Whistleblowers als auch des von einer Meldung Betroffenen auch mit Blick auf die Umsetzung der Whistleblower-Richtlinie auf belastbare Füße zu stellen.

4. „Weiche“ Eskalationsstufen

Die vielleicht größte Änderung des überarbeiteten Richtlinienvorschlages stellt die Anpassung der vorgegebenen Meldetrias dar. So hatte der ursprüngliche Richtlinienvorschlag in Art. 13 Abs. 2 einen strengen Vorrang der internen Meldung vorgesehen⁴¹. Ein Whistleblower der seine Meldung an die zuständigen externen Behörden richtet, sollte demnach nur in Ausnahmefällen von den Whistleblowerschutzvorschriften profitieren. Konkret sollte eine externe Meldung möglich und schutzwürdig sein, wenn zunächst eine interne Meldung erstattet auf diese aber nicht, nicht rechtzeitig oder nicht angemessen reagiert worden ist, ein internes Whistleblowingsystem nicht eingerichtet war, von dem Meldenden auf Grund des Inhalts der Meldung nicht erwartet werden konnte, dass er interne Kanäle nutzt oder der Meldende hinreichenden Grund zu der Annahme hatte, dass eine interne Meldung zu einer Beeinträchtigung staatlicher Ermittlungsmaßnahmen, sprich zur Vernichtung von Beweismaterial, führen könnte.

Dieser Vorrang interner vor externen Meldungen ist, trotz der vorstehenden Ausnahmetatbestände in der Öffentlichkeit auf große Kritik gestoßen und gar als „Perversion der Idee des Whistleblowings“ bezeichnet worden⁴². So müsse einem meldewilligen Mitarbeiter selbst die Kompetenz zugesprochen werden zu beurteilen, ob eine vorrangige interne oder eine unmittelbare externe Meldung sinnvoll und zielführend sei. Diese Position haben auch 81 zivilgesellschaftliche Organisationen in einer Petition adressiert⁴³. In der deutschen juris-

rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung, COM (2013) 813 final: abrufbar über: https://www.cr-online.de/131128_proposal_de.pdf. vergleicht. Hier hieß es noch die Handlung müsse zur Aufdeckung eines „ordnungswidrigen Verhaltens, einer strafbaren Handlung oder einer illegalen Tätigkeit

³⁴ BT-Drucks. 19/8300, S. 14.

³⁵ BT-Drucks. 19/4724, S. 29.

³⁶ BT-Drucks. 19/4724, S. 29.

³⁷ BT-Drucks. 19/4724, S. 29.

³⁸ Vogel/Poth, CB 2019, 45, 47;

³⁹ Passarge CB 2018, 144, 146f. Bürkle, CCZ 2018, 918; Hiéramente/Golzio CCZ 2018, 262, 263; Scherp/Rauhe, CB 2019, 20, 23.

⁴⁰ BT-Drucks. 19/8300, S. 5.

⁴¹ COM (2018) 218 final.

⁴² <https://www.heise.de/newsticker/meldung/Kritik-Geplante-EU-Whistleblower-Richtlinie-birgt-hohe-Risiken-fuer-Hinweisgeber-4330099.html>

⁴³ <https://whistleblowerprotection.eu/blog/making-whistleblowing-work-for-europe/>

tischen Literatur ist eine vergleichbar kritische Würdigung des „Stufenmodells“ nicht erfolgt. Letztlich konnten die Kritiker aber jedenfalls erreichen, dass der überarbeitete Richtlinienentwurf nur noch eine äußerst weiche Eskalationstrias enthält. So sieht Art. 7 des Richtlinienvorschlages nunmehr vor, dass Meldungen über interne Kanäle gemeldet werden „können“. Eine Verpflichtung zu einer solchen vorrangigen internen Meldung besteht allerdings nicht mehr. Dies stellt auch Art. 10 nochmals ausdrücklich klar, in dem sich liest, dass externe Meldungen erfolgen können, nachdem eine interne Meldung erfolgt ist oder nachdem sie den internen Kanal genutzt haben oder durch eine unmittelbare Meldung an die zuständigen Behörden⁴⁴. Eine Verpflichtung des Whistleblowers zu einer vorrangigen internen Meldung besteht somit nicht mehr, sodass die vormals als erste (interne) und zweite (externe) Stufe konzipierten Meldemöglichkeiten nunmehr gleichrangig nebeneinanderstehen. Den nationalen Gesetzgebern wird allerdings in Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie aufgegeben, die Nutzung interner Meldekanäle zu fördern, soweit etwaigen Verstößen durch interne Maßnahmen wirksam begegnet werden kann und der Whistleblower keine auf der internen Meldung basierenden Repressalien befürchten muss. Wie eine solche „Förderung“ ohne eine Verpflichtung zur Nutzung interner Kanäle aussehen und insbesondere in einen Gesetzestext implementiert werden soll, lässt der Richtlinienentwurf nebst Erwägungsgründen allerdings offen⁴⁵.

Eine externe Meldung an die Presse bzw. eine andere Form der Veröffentlichung bleibt allerdings auch weiterhin nur als ultima ratio zulässig. Konkret bestimmt Art. 15, dass ein Whistleblower nur dann unter das Schutzregime der Richtlinie fallen soll, wenn er die Meldung zunächst intern bzw. unmittelbar extern an die zuständigen Behörden erstattet hat aber innerhalb der in Art. 9 Nr. 1f (drei Monate bei interner Meldung) und Art. 11 Nr. 2d (drei bzw. sechs Monate bei externer Meldung) normierten Fristen keine geeigneten Maßnahmen durch das Unternehmen bzw. die zuständigen Behörden ergriffen worden sind⁴⁶. Darüber hinaus soll eine Veröffentlichung der Informationen dann gestattet sein, wenn der Meldende auf Basis belastbarer Anhaltspunkte davon ausgehen durfte, dass entweder das gemeldete Fehlverhalten eine unmittelbare oder offensichtliche Gefahr für die öffentliche Sicherheit darstellt, also ein Notfall vorliegt⁴⁷ oder die Veröffentlichung zur Abwendung irreversibler Schäden notwendig ist, er sich im Falle einer Meldung an die zuständigen Behörden Repressalien ausgesetzt sieht oder auf Grund der Umstände des Einzelfalles bei einer internen oder externen Meldung an die Behörden nicht mit Abhilfe zu rechnen ist, da die Behörde selbst an dem Verstoß beteiligt ist oder Beweismittel vernichtet werden könnten⁴⁸.

Der Richtlinienentwurf enthält neben den dargestellten Vorgaben zur Nutzung von internen und externen Meldekanälen auch dezidierte Vorgaben zu deren Ausgestaltung.

a) Interne Meldekanäle

Auf einer ersten Stufe verpflichtet Art. 8 der Richtlinie die Mitgliedsstaaten sicherzustellen, dass juristische Personen des Privat- und des Öffentlichen Rechts interne Meldekanäle einrichten, die jedenfalls Meldungen eigener Mitarbeiter ermöglichen, aber auch externen Personen – wie beispielsweise Mitarbeitern von Subunternehmern und Zulieferern – zugänglich sein können. Eine Rechtspflicht zur Einrichtung von Whistleblower-Systemen soll im privatwirtschaftlichen Sektor alle Unternehmen mit mehr als 50 Mitarbeitern treffen. Es wird allerdings in das Ermessen der Mitgliedsstaaten gestellt, nach einer angemessenen Risikobewertung unter Berücksichtigung des Unternehmensgegenstandes und des hieraus resultierenden Risikoniveaus, auch kleinere juristische Personen einzuschließen. Juristischen Personen des Privatrechts mit 50 bis 249 Beschäftigten soll die Möglichkeit eingeräumt werden, sich ein Whistleblower-System zu „teilen“⁴⁹, soweit die Vertraulichkeit der Meldung, deren Bearbeitung die Behebung von etwaigen Verstößen hierdurch nicht beeinflusst wird.

⁴⁴ In Erwägungsgrund 34 heißt es hierzu, dass der Meldende die Möglichkeit haben muss, den nach den individuellen Umständen am besten geeigneten Meldeweg zu wählen.

⁴⁵ In Erwägungsgrund 34 heißt es hierzu lediglich, dass Whistleblower grundsätzlich eine interne Meldung von Verstößen präferieren. Eine interne Meldung ist hiernach auch der beste Weg um Verstößen im Unternehmen wirksam zu begegnen.

⁴⁶ Art. 15 Nr. 1a.

⁴⁷ Art. 15 Nr. 1b (i).

⁴⁸ Art. 15 Nr. 1b (ii).

⁴⁹ Art. 8 Nr. 6.

Für juristische Personen des öffentlichen Rechts, einschließlich Gemeinden und privatwirtschaftlich organisierter Unternehmen der öffentlichen Hand, soll grundsätzlich eine Verpflichtung zur Einrichtung eines Meldesystems bestehen, wobei den Mitgliedsstaaten die Möglichkeit zur Befreiung von kleineren Gemeinden mit weniger als 10.000 Einwohnern und Unternehmen mit weniger als 50 Mitarbeitern eingeräumt wird. Auch hier soll die Möglichkeit eines kooperativ betriebenen Meldesystems mehrerer juristischer Personen bzw. des Rückgriffs auf eine zentrale Meldestelle bestehen, soweit diese separat von externen Kanälen der für die Aufklärung und Verfolgung der gemeldeten Verstöße zuständigen Behörden sind.

Auch die konkrete Ausgestaltung des internen Meldesystems wird bereits europarechtlich vorgegeben und in den Art. 8 und 9 der Richtlinie definiert. Hiernach müssen die einzurichtenden Meldekanäle eine schriftliche, mündliche – über eine Telefonhotline oder andere Sprachnachrichtensysteme – sowie auf Anfrage des Meldenden auch eine Meldung im persönlichen Gespräch in angemessener Frist ermöglichen. Über die Bereitstellung dieser Meldekanäle, einschließlich der Möglichkeit etwaiges unternehmensrelevantes Fehlverhalten auch extern an die zuständigen Behörden zu adressieren, sind die Mitarbeiter über leicht zugängliche und klare Informationssysteme zu unterrichten.

Darüber hinaus muss das Unternehmen interne Zuständigkeitsregelungen für die Entgegennahme und Bearbeitung von eingehenden Meldungen treffen. Konkret ist eine geeignete und unparteiische Person oder Abteilung im Unternehmen zu benennen, in deren Zuständigkeit die Bearbeitung und sorgfältige Prüfung der Meldung fällt, die in Kontakt mit dem Meldenden steht und diesen – innerhalb von drei Monaten⁵⁰ – über den Fortgang der Untersuchung unterrichtet. Der Verantwortliche muss in der Lage sein, unmittelbar an die Geschäftsführung des Unternehmens zu berichten⁵¹. Die Pflicht zur Benennung eines eigenständigen „Whistleblowing-Beauftragten“ ist hiermit aber (noch) nicht verbunden, vielmehr soll es bspw. dem Chief-Compliance-Officer, dem Rechts- oder Datenschutzbeauftragten oder einem Mitglied des Vorstandes möglich sein, diese Aufgabe doppelfunktional zu übernehmen. Vor dem Hintergrund dieser umfangreichen Verpflichtungen des Unternehmens ist jedoch zu berücksichtigen, dass diese die Implementierung eines funktionsfähigen Whistleblowing-Systems nicht zwingend selbst vornehmen müssen. Vielmehr sieht die Richtlinie ausdrücklich vor, dass der Betrieb des Systems – als für Unternehmen durchaus attraktive Alternative⁵² – an externe Dienstleister – bspw. Rechtsanwaltskanzleien – ausgelagert werden kann, soweit diese Gewähr für die Einhaltung der Vorgaben zu Unabhängigkeit, Datenschutz und Vertraulichkeit bieten⁵³.

Den Mitgliedstaaten wird ausweislich Erwägungsgrund 35 freigestellt, ob sie private und öffentliche Unternehmen – oder eingeschaltete externe Dienstleister – in den nationalen Umsetzungsgesetzen dazu verpflichten auch anonyme Meldungen entgegenzunehmen. Jedenfalls ist bei Einrichtung eines Whistleblowingsystems sicherzustellen, dass die Identität des Meldenden geschützt und die Vertraulichkeit der Meldung gewahrt wird.⁵⁴ Dies gilt auch dann, wenn im Falle von anonymen Meldungen die Identität im Laufe des Verfahrens aufgedeckt wird. Ergänzend stellt Art. 17 sowie Erwägungsgrund 84 klar, dass die Vorgaben der DSGVO auch im Rahmen der Bearbeitung von Whistleblowermeldungen einzuhalten ist. Hier zeigte sich in dem ursprünglichen Richtlinienentwurf eine, durch den EU-Gesetzgeber offenbar unberücksichtigte, Diskrepanz zwischen den verschiedenen EU-Richtlinien⁵⁵. Denn ausweislich Art. 14 Abs. 3a, Art. 15 Abs. 3 S. 1 DSGVO hat der von einer Meldung Betroffene Anspruch darauf, innerhalb eines Monats über die Art der Vorwürfe und das Ergebnis der Prüfung derselben informiert zu werden. Diese Information muss sich nach Auffassung der Datenschutzkonferenz des Bundes und der Länder, jedenfalls in Deutschland, auch auf die Identität des Whistleblowers beziehen⁵⁶. Das LAG Baden-Württemberg hat in Bezug auf die Rechtslage in Deutschland mit Urteil vom 20.12.2018⁵⁷ festgestellt, dass der von einer Meldung Betroffene gemäß Art. 15 Abs. 3 S. 2 DSGVO einen

⁵⁰ Erwägungsgrund 59.

⁵¹ Erwägungsgrund 57.

⁵² *Thüsing/Rombey*, NZG 2018, 1001, 1004.

⁵³ Erwägungsgrund 54.

⁵⁴ *Vogel/Poth*, DB 2019, 45, 47.

⁵⁵ *Thüsing/Rombey*, NZG 2018, 1001, 1004; *Wiedmann/Seyfert*, CCZ 2019, 12, 19.

⁵⁶ Orientierungshilfe der Datenschutzaufsichtsbehörden zu Whistleblowing-Hotlines: Firmeninterne Warnsysteme und Beschäftigtendatenschutz, Stand 14.11.2018, S. 8; abrufbar unter: <https://datenschutz-hamburg.de/working-papers/oh-whistleblowing/>.

⁵⁷ LARbG Baden-Württemberg, Urteil vom 20.12.2018, Az.: 17 Sa 11/18.

unbeschränkten Anspruch auf Herausgabe einer Kopie der zu seiner Person im Hinweisgebersystem des Unternehmens gespeicherten Information hat. Soweit das Unternehmen den Hinweisgebern Anonymität zugesichert habe, dürften Informationen die Rückschlüsse auf die Person des Hinweisgebers zulassen nicht zur Akte genommen oder geschwärzt werden⁵⁸. Mit anderen Worten: Gelangen entsprechende Informationen doch zur Akte bzw. zum Vorgang, sind sie dem Betroffenen zu offenbaren. Mit dieser Problematik befasst sich nunmehr Erwägungsgrund 85 der Richtlinie. Hier heißt es, dass die Mitgliedstaaten die Wirksamkeit der Whistleblower-Richtlinie gewährleisten sollen und hierfür auch die Datenschutzrechte der betroffenen Personen gemäß Artikel 23 DSGVO einschränken können, soweit dies erforderlich ist, um einer Behinderung oder Verlangsamung der Meldung entgegenzutreten, die Weiterverfolgung von Meldungen oder den Schutz der Identität des Meldenden zu gewährleisten.

Versuche, die Meldung zu behindern, zu verhindern, zu frustrieren oder zu verlangsamen, die Weiterverfolgung von Berichten, insbesondere Untersuchungen oder Versuchen die Identität der meldenden Person herauszufinden.

Auch die Richtlinie selbst hält das Gebot des Schutzes der Identität des Whistleblowers nicht konsequent durch. So normiert Art. 16 Nr. 1 zwar, dass grundsätzlich die Identität der meldenden Person und aller Informationen, die auf diese schließen lassen geheim zu halten sind, soweit der Meldende einer Veröffentlichung nicht ausdrücklich zustimmt. Art. 16 Nr. 2 schränkt diesen Grundsatz allerdings dahingehend ein, dass eine Aufdeckung der Identität des Whistleblowers gestattet ist, wenn dies eine notwendige und angemessene Verpflichtung der nationalen Behörden ist, die ihnen durch das Unionsrecht oder das nationale Recht auch und insbesondere im Hinblick auf die Verteidigungsrechte des Betroffenen auferlegt wird⁵⁹. Auch wenn der Meldende vor der Bekanntgabe seiner Identität schriftlich über den Umstand und die (Hinter-) Gründe zu belehren ist, wird die an anderer Stelle der Richtlinie postulierte absolute Geheimhaltung der Hinweisgeberidentität somit an mehreren Stellen durchbrochen. 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.

b) Externe Meldekanäle – Zuständige Behörden

Auf zweiter Stufe müssen – neben den unternehmensinternen – auch unabhängige und autonome externe Meldekanäle eingerichtet, die für den Empfang von Meldungen zuständigen Behörden benannt und Möglichkeiten zur schriftlichen, (fern-) mündlichen und persönlichen Berichterstattung an speziell geschulte Mitarbeiter geschaffen werden. Der Zugriff anderer Mitarbeiter der Behörde auf Informationen die Meldevorgänge betreffen ist zu unterbinden. Auch bei einer externen Meldung hat der Meldende Anspruch darauf, innerhalb von sieben Tagen eine Eingangsbestätigung in Bezug auf seine Meldung zu erhalten, soweit er hierauf nicht verzichtet oder davon auszugehen ist, dass die Versendung einer solchen Bestätigung ein Risiko für den Meldenden darstellen könnte⁶⁰. Innerhalb einer Frist von drei bzw. in begründeten Fällen von sechs Monaten ist der Meldende darüber hinaus über das Ergebnis der Überprüfung bzw. den Abschluss des Verfahrens zu unterrichten⁶¹. Den Mitgliedsstaaten wird insoweit eingeräumt, dass Ausnahmeregelungen für den Fall geschaffen werden, dass der gemeldete Verstoß eindeutig nur geringfügig ist oder bei Folgemeldungen zu bereits abgeschlossenen Verfahren keine Informationen enthalten sind, die eine abweichende sachliche oder rechtliche Bewertung des gemeldeten Sachverhaltes rechtfertigen⁶². Dies soll die Behörden allerdings nicht davon entbinden, den Meldenden über Art und Gründe der Entscheidung zu informieren.

Zuletzt sind die Behörden verpflichtet, auf ihren Websites leicht zugängliche und verständliche Informationen darüber zu veröffentlichen unter welchen Umständen Whistleblower unter den Schutz der Richtlinie bzw. des nationalen Umsetzungsgesetzes fallen, wie die Kontaktdaten (Telefonnummer, Adresse etc.) des Meldesystems lauten und unter welchen

⁵⁸ LArbG Baden-Württemberg, Urteil vom 20.12.2018, Az.: 17 Sa 11/18 Rn. 187.

⁵⁹ Art. 16 Nr.2.

⁶⁰ Art. 11 Nr.2b.

⁶¹ Art. 11 Nr. 2d.

⁶² Art. 11 Nr. 3, 4.

Umständen die Behörde die berichtende Person auffordern kann, die gemeldeten Informationen zu erläutern oder zusätzliche Informationen zur Verfügung zu stellen und in welchem Zeitraum mit einer Rückmeldung zu rechnen ist⁶³.

Eine externe Meldung an die (Presse-) Öffentlichkeit ist, wie dargestellt, nur in engen Ausnahmefällen unmittelbar oder nach einer erststufigen internen bzw. einer Meldung an die Behörden möglich.

c) Exkurs Friktionen mit dem GeschGehG

Zusammenfassend normiert dieser Richtlinienentwurf somit Vorgaben, die mit den bisher im deutschen Recht postulierten Anforderungen an eine Rechtfertigung gemäß § 34 StGB weitgehend übereinstimmen. Insbesondere wird mit dem drei- bzw. zweistufigen Eskalationsverfahren das Merkmal der Erforderlichkeit berücksichtigt und den betroffenen Unternehmen die Möglichkeit zur internen Prüfung und ggf. einer Selbstreinigung gegeben oder jedenfalls eine Prüfung durch die zuständigen Behörden sichergestellt. Auf der anderen Seite werden die Unternehmen verpflichtet, die hierfür notwendige Compliance-Organisation vorzuhalten. Es wird somit der Versuch unternommen, die Interessen des Whistleblowers, der Allgemeinheit aber auch des betroffenen Unternehmens gleichrangig zu schützen und in Einklang zu bringen⁶⁴. Diese Überlegungen sind, allerdings mit einem strikteren Vorrang des internen Abhilfeversuchs, bereits aus der deutschen arbeitsgerichtlichen⁶⁵ und der Rechtsprechung des EGMR⁶⁶ bekannt. Der EGMR wertete die Kündigung einer Fehlverhalten meldenden Arbeitnehmerin und die sie bestätigenden Urteile der Arbeitsgerichte⁶⁷ im konkreten Fall als Verstoß gegen die in Art. 10 EMRK statuierte Meinungsfreiheit. Das Gericht legte allerdings ausführlich dar, dass die externe Anzeige von Missständen im Betrieb nicht stets unter rechtlichen Schutz zu stellen sei⁶⁸.

Vielmehr müsse anhand eines Abwägungsprozesses ermittelt werden, ob die konkreten Umstände des Einzelfalles eine Weitergabe von Betriebsinterna an die Öffentlichkeit rechtfertigten. Basis dieses Abwägungsprozesses sei die grundsätzliche bestehende Loyalitäts- und Diskretionspflicht des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber. Vor diesem Hintergrund könne die Information der Öffentlichkeit oder externer Stellen nur als ultima ratio des Arbeitnehmers anerkannt werden, soweit Abhilfe durch Vorgesetzte oder intern zuständige Stellen nicht erreicht werden konnte. Sei dies der Fall, müssten die Authentizität der offenbarten Information sowie die Beweggründe des Arbeitnehmers bei deren Offenlegung und das Interesse der Öffentlichkeit an der Kenntnisnahme als weitere abwägungslenkende Determinanten berücksichtigt werden. Im konkreten Fall führe eine Abwägung unter Berücksichtigung aller genannten Umstände zu einer Verletzung der Meinungsfreiheit durch die Kündigung bzw. die sie bestätigenden Urteile der Arbeitsgerichte. Bereits das nunmehr nur noch zweistufig ausgestaltete Meldeverfahren ausweislich der Whistleblower-Richtlinie entspricht diesen Vorgaben nicht vollständig.

In § 5 Nr. 2 GeschGehG finden sie dagegen gleich keinerlei Entsprechung, da dieser keine Vorgaben für ein ausdifferenziertes Meldesystem enthält⁶⁹. Ganz im Gegenteil ist es dem Whistleblower auch ausweislich der Gesetzesbegründung möglich, sich unmittelbar an die Presse zu wenden, ohne zuvor einen internen Abhilfeversuch zu unternehmen oder die Ermittlungsbehörden zu informieren.⁷⁰ Auch wenn man mit Stimmen in der Literatur dem Whistleblower selbst die Entscheidung überlassen möchte, welchen Meldeweg er beschreitet⁷¹, dürfen die nachvollziehbaren und schützenswerten Interessen des von einer

⁶³ Art. 12.

⁶⁴ Vogel/Poth, CB 2019, 45, 46.

⁶⁵ BAG NJW 2017, 1833, 1834; BAG NJW 2004, 1547, 1549f.

⁶⁶ EGMR Urteil vom 21. Juli 2011 Nr. 28274/08 (5. Kammer; Heinisch v. Deutschland).

⁶⁷ LAG Berlin, Urteil vom 28.03.2006, Az.: 7 Sa 1884/05; BAG, Beschluss vom 06.06.2007, Az.: 4 AZN 487/06; vgl. auch Gaschler, CB 2018, 81, 85; Gerdemann, RdA 2019, 16, 17.

⁶⁸ Vogel/Poth, CB 2019, 45, 46.

⁶⁹ Dies ist im Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlamentes und des Rates über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung, COM (2013) 813 final: abrufbar über: https://www.cronline.de/131128_proposal_de.pdf. noch anders gewesen. Art. 4 Abs. 1b dieses Vorschlages hat vorgesehen, dass eine Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen durch Whistleblowing nur dann gerechtfertigt sein sollte, wenn die Offenlegung zur Aufdeckung strafbaren Verhaltens „erforderlich“ gewesen ist; vgl. auch Vogel/Poth, CB 2019, 45, 47.

⁷⁰ vgl. zur EU-Geheimnisschutzrichtlinie; Kalbfus GRUR 2016, 1009, 1015; Reinbacher KriPoZ 2018, 115, 120; Groß/Platzer NZA 2017, 1097, 1103.

⁷¹ vgl. Reinbacher KriPoZ 2018, 115, 120; Schmitt RdA 2017, 365, 371; Eufinger ZRP 2016, 229, 231 schlägt vor zeitgleich Mitarbeiter für interne Meldesysteme zu sensibilisieren, um übereilte öffentliche Mittelungen zu minimieren.

Meldung Betroffenen nicht gänzlich aus dem Blick verloren werden. So besteht für diesen das erhebliche Risiko, dass ein nur möglicherweise tatsächlich vorliegendes rechtswidriges, berufliches oder sonstiges (Fehl-) Verhalten im Unternehmen unmittelbar der Presse gemeldet wird. Es kann somit ohne Abstufung oder vorherige Prüfung ein erheblicher Reputationsschaden entstehen⁷², der sich auch dann nicht mehr beheben lässt, wenn sich im Rahmen einer internen oder behördlichen Überprüfung des Sachverhalts keinerlei Anhaltspunkte für ein rechtswidriges Verhalten ergeben.

Zusammenfassend widersprechen sich § 5 GeschGehG und die Whistleblower-Richtlinie in Bezug auf die Nutzung vorhandener Meldewege.

Es bleibt abzuwarten, wie der deutsche Gesetzgeber hierauf reagiert. Es greift jedenfalls zu kurz, sich darauf zurückzuziehen, dass der Richtlinienentwurf sich allein auf Verstöße gegen EU Recht bezieht und damit nicht auf die allgemeinen Vorgaben durchschlagen kann. Denn dies wäre mit erheblichem Konfliktpotential behaftet. So müsste der (potentielle) Whistleblower zunächst prüfen, ob er einen Verstoß gegen EU-Recht meldet oder lediglich einen Verstoß gegen innerstaatliches Recht oder sonstiges Fehlverhalten. Bei einem Verstoß gegen EU-Recht müsste er sodann einen internen/externen Abhilfeversuch vornehmen, während er sich anderenfalls unmittelbar an die Presse wenden könnte. Diese Prüfung wird aber vielen meldewilligen Personen gar nicht möglich sein und würde das System unnötig verkomplizieren. Darüber hinaus wäre ein internes bzw. ein staatsanwaltliches Prüfungsverfahren bei signifikanten Rechtsverstößen vorgeschrieben, während weniger einschneidende Verstöße unmittelbar in der Presse thematisiert werden könnten. Dies kann nicht das Ziel eines sinnvollen Whistleblowersystems sein und würde Denunziationen Tür und Tor öffnen. Zuletzt würde man Unternehmen einerseits verpflichten, ein funktionsfähiges Meldesystem zu implementieren, andererseits wären die Mitarbeiter aber nur in wenigen Fällen auch tatsächlich verpflichtet, dieses zu nutzen. Ausgenommen wären insbesondere die Fälle beruflichen oder sonstigen Fehlverhaltens, die einer internen Prüfung und Beseitigung besonders zugänglich sind.

Es bleibt daher zu hoffen, dass der deutsche Gesetzgeber ein ausgewogenes System schaffen wird, das einheitliche Standards zum Schutz von Whistleblowern und Unternehmen schafft. Hierbei sollte – bislang nahezu unbeachtet⁷³ – auch der Schutz des von einer Meldung betroffenen „Verdächtigen“ nicht aus den Augen verloren werden.

5. Schutz des Whistleblowers

Wie umfassend der Schutz des Whistleblowers ausgestaltet ist, lässt sich Art. 19 ff. des Richtlinienentwurfs entnehmen. So sind die nationalen Gesetzgeber zunächst verpflichtet, jede Form der negativen Konsequenz einer Meldung für den Whistleblower zu unterbinden⁷⁴. Hierzu gehören neben arbeitsrechtlichen Maßnahmen wie Kündigung, Abmahnung, Degradierung bzw. Nichtbeförderung auch jede Form der (Vertrags-) Strafe, das Auslaufenlassen eines befristeten Arbeitsverhältnisses, Diskriminierung, Benachteiligung und ungleiche Behandlung, Rufschädigung in sozialen Medien, Absprachen mit anderen Unternehmen Whistleblower nicht einzustellen sowie medizinische oder psychiatrische Untersuchungen. Flankiert wird dieser materielle Schutz durch Unterstützungsmaßnahmen in Form von Rechtsinformation, Prozesskostenhilfe sowie psychologischer Betreuung sowie prozessual durch eine Regelung zur Beweislastumkehr⁷⁵. Hiernach obliegt es in einem Verfahren dem Arbeitgeber, zu beweisen, dass etwaige Sanktionsmaßnahmen – beispielweise eine schlechte Bewertung oder eine Abmahnung – keine Sanktion für eine Whistleblowermeldung darstellen, sondern auf anderen nachvollziehbaren Gründen beruhen.

An dieser Stelle offenbart sich eine weitere Diskrepanz zwischen dem deutschen GeschGehG und der Whistleblower-Richtlinie. So stellt die Whistleblower-Richtlinie den Meldenden, soweit er die dargestellten Vorgaben einhält, von jeglichen straf-, arbeits- und disziplinarrechtlichen Folgen frei. Im Gegensatz hierzu bestimmt § 1 Abs. 3 Nr. 4 GeschGehG, das „die Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis“ unberührt bleiben⁷⁶. Entsprechend ist

⁷¹ Eufinger ZRP 2016, 229 (231); Schmitt RdA 2017, 365, 371.

⁷² Vogel/Poth, CB 2019, 45, 47; Eufinger ZRP 2016, 229 (231); Schmitt RdA 2017, 365 (371) will aus diesem Grund die Rechte des Geheimnisinhabers im Wege einer Abwägungsentscheidung prüfen. Dies dürfte aber nicht mit dem Wortlaut der Richtlinie oder des Gesetzesentwurfs vereinbar sein.

⁷³ Thüsing/Rombey, NZG 2018, 1001, 1006.

⁷⁴ Art. 19 Nr. 1.

⁷⁵ Art. 21 Nr. 5; vgl. auch Vogel/Poth, CB 2019, 45, 47; Thüsing/Rombey, NZG 2018, 1001, 1006.

⁷⁶ BT-Drucks. 19/8300, S. 5.

der Meldende, der sich – wie durch § 5 GeschGehG gestattet – unmittelbar an die Öffentlichkeit wendet zwar im Sinne des GeschGehG sanktionslos gestellt. Seinem Arbeitgeber bleibt es aber unbenommen ihn in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des BAG zum strikten Vorrang eines internen Abhilfeversuches zu entlassen.

6. Zusammenfassung

Die Whistleblower-Richtlinie ist ein Schritt in die richtige Richtung. Sie unternimmt erstmals den Versuch ein einheitliches und umfassendes Regelungsregime zum Schutz von Whistleblowern, Unternehmen und durch Meldungen Betroffener aufzustellen. Es ist insbesondere zu begrüßen, dass eine einheitliche Regelung für alle betroffenen Rechtsgebiete gefunden werden soll und damit auch einheitliche Anforderungen an ein erlaubtes Whistleblowing und die Pflicht der Unternehmen entsprechende Meldesysteme zu implementieren postuliert wird.

Bei eingehender Betrachtung ist festzustellen, dass die Vorgaben der Whistleblowing-Richtlinie vielfach nicht neu sind, sondern – insbesondere im Hinblick auf die Eskalationstrias bereits zuvor durch die arbeitsgerichtliche und strafrechtliche (§ 34 StGB) Rechtsprechung herausgearbeitet worden sind⁷⁷. Insoweit ist die Whistleblower-Richtlinie in vielen Aspekten lediglich die gesetzliche Normierung bereits bestehender Rechtsprechung, wenn auch zu begrüßen ist, dass meldewillige Mitarbeiter nunmehr besser über ihre Möglichkeiten und Rechte informiert werden.

Die Regelung in § 5 Nr. 2 GeschGehG zum Whistleblowerschutz stellt sich demgegenüber als fragmentarischer Fremdkörper dar, der weder geeignet ist den Meldenden umfassend vor Repressalien (bspw. einer Kündigung) zu schützen noch angemessene Voraussetzungen für den Inhalt einer geschützten Meldung aufzustellen. Dies ist weder für den Meldenden noch für den Beschuldigten oder das Unternehmen eine befriedigende Lösung. Es bleibt zu hoffen, dass der deutsche Gesetzgeber die Umsetzungsfrist der Richtlinie nutzt, um ein rechtssicheres, einheitliches und widerspruchsfreies Regelungskonzept zu erstellen.

⁷⁷ Thüsing/Rombey, NZG 2018, 1001, 1007; Wiedmann/Seyfert, CCZ 12, 19.