

Überlegungen zur nationalen Umsetzung der Richtlinie zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden („Whistleblowing-Richtlinie“)

- Dr. Simon Gerdemann, LL.M. (Berkeley) -

Am 7. Oktober 2019 hat die Europäische Union die „Richtlinie zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden [...]“ verabschiedet (im Folgenden: Whistleblowing-Richtlinie; WBRL). Erklärtes Ziel dieser Richtlinie ist es, Whistleblower in der gesamten Europäischen Union besser zu schützen und die strukturellen Rahmenbedingungen für Whistleblowing in privaten wie öffentlichen Organisationen entscheidend zu verbessern. Das folgende Papier zeichnet auf, welche legislativen Schritte in den kommenden zwei Jahren notwendig sind, um diesem Ziel gerecht zu werden und die Chance auf eine inhaltlich kohärente und praktisch wirksame Regulierung des Whistleblowings erfolgreich nutzen zu können.*

1. Anwendungsbereich der Richtlinie auf nationale Rechtsverstöße ausdehnen

- Ausgangslage: Der sachliche Anwendungsbereich der Whistleblowing-Richtlinie (WBRL) ist durch die Kompetenzen der Europäischen Union beschränkt und erfasst lediglich die Meldung von Verstößen gegen bestimmte europäische Rechtsakte und deren nationale Umsetzungen auf inhaltlich beschränkten Rechtsgebieten, Art. 2 WBRL.

- Empfehlung: Der Anwendungsbereich der Richtlinie ist bei ihrer Umsetzung umfassend auf nationale Regelungssachverhalte auszudehnen, wozu jedenfalls Straftatbestände und unternehmensrechtliche Bußgeldtatbestände i.S.v. § 30 OWiG zählen. Im Einklang mit § 5 des Gesetzes zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen sind zudem Meldungen über sonstiges Fehlverhalten, die im allgemeinen öffentlichen Interesse liegen, zu schützen.

- Begründung: Wie die Richtlinie selbst hervorhebt, ist die Zersplitterung von Schutzstandards ein wesentliches Hindernis für den effektiven Schutz von Whistleblowern, so dass eine einheitliche Ausweitung auf nationale Rechtsgebiete für sämtliche Beteiligten sinnvoll ist, Art. 2 (2) WBRL, Erwägungsgrund 5 WBRL. Einschlägige Forschung und internationale Erfahrungswerte haben bewiesen, dass ein einheitlicher Anwendungsbereich und die hierdurch erzeugte Rechtssicherheit ein zentrales Kriterium für den rechtspraktischen Erfolg von Whistleblowing-Gesetzen sind.

Es besteht kein ersichtlicher Grund, warum Whistleblower im europarechtlichen Kontext geschützt seien sollten, beim Verstoß gegen nationale Normen hingegen ein wesentlich geringerer und ineffektiverer Standard gelten sollte.

* Der Verfasser dankt Frau Prof. Dr. Ninon Colneric und Frau Annegret Falter für wertvolle Anregungen bei der Ausarbeitung dieses Papiers.

2. Stärkung externer Whistleblowing-Behörden

- Ausgangslage: Die Richtlinie erkennt die angemessene Ausgestaltung und Ausstattung der von ihr vorgesehenen externen Whistleblowing-Behörden als wesentliches Erfolgskriterium an, überlässt die konkrete Umsetzung jedoch vielfach den Mitgliedstaaten, Art. 10-12 WBRL.

- Empfehlung 1:

- Begründung 1: Studien und Erfahrungswerte zeigen, dass eine effektive Ausgestaltung der Anlauf-, -Investigativ- und Rechtsdurchsetzungsfunktion von Whistleblowing-Behörden von zentraler Bedeutung für das Gelingen eines Whistleblowing-Gesetzes ist. Zugleich treten Whistleblower-freundlich ausgestaltete, externe Meldekanäle in fruchtbarem Wettbewerb mit internen Meldekanälen, die umso mehr optimiert werden, je höher die Wahrscheinlichkeit einer externen Meldung ist. Aus gutem Grund sieht die Richtlinie daher keine Rangfolge zwischen internem und externem Whistleblowing vor (Art. 10 Alt. 2 WBRL), um dem Whistleblower selbst die Wahl des geeigneten Adressaten zu überlassen und durch effektive externe Kanäle Anreize zur Schaffung tatsächlich wirkungsvoller, interner Kanäle zu schaffen (vgl. Art. 7 Abs. 2 WBRL).

- Empfehlung 2: Die Behörden sollten zusätzliche Kompetenzen und Schutzfunktionen erhalten, namentlich die Kompetenz einstweiliger Diskriminierungsschutzanordnungen zugunsten des Whistleblowers.

- Begründung 2: Für ein effektives Kooperationsverhältnis zwischen Whistleblower und Behörde muss diese in der Lage sein, den Whistleblower spürbar zu unterstützen und namentlich vor akuten Benachteiligungen durch seinen Arbeitgeber in Schutz zu nehmen. Durch den weitgehenden Gleichlauf der Interessen von Whistleblower und Behörde werden gegenseitige Kooperationsanreize zugunsten einer zielführenden Aufdeckung von Verstößen bei gleichzeitigem Schutz des Whistleblowers vor drohenden Repressalien erreicht.

- Empfehlung 3: Der Vertraulichkeitsschutz muss auch und vor allem durch Whistleblowing-Behörden bestmöglich garantiert werden. Hierzu muss klargestellt werden, dass eine Weitergabe der Identität des Whistleblowers nur im absoluten Ausnahmefall in Frage kommt und die Whistleblowing-Behörde als spezialisierte Anlaufstelle im Regelfall die einzige Institution ist, die über persönliche Informationen des Whistleblowers verfügt.

- Begründung 3: Vertraulichkeit ist die Basis effektiver Kooperation und ein wesentlicher Baustein für eine wirkungsvolle Prävention persönlicher Nachteile des Whistleblowers. Wird dieser Schutz nicht ex ante vorhersehbar und inhaltlich robust ausgestaltet, sehen Whistleblower von einer möglichen Meldung potentiell ab oder melden sich ausschließlich anonym, wie dies unter anderem bereits bei bestehenden staatlichen Whistleblowing-Adressaten zu beobachten ist.

3. Ergänzung interner Meldekanäle zugunsten interner Aufsichtsorgane

- Ausgangslage: Die nach der Richtlinie einzurichtenden, internen Whistleblowing-Kanäle richten sich an die jeweilige Organisation als Ganzes und unterstehen damit im Ergebnis der jeweiligen Leitungs- bzw. Geschäftsführungsebene, Art. 8, 9 WBRL.

- Empfehlung: Bei Organisationen mit internem Aufsichtsorgan, beispielsweise dem Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft, ist ein isolierter Meldekanal einzurichten, durch den sich der Whistleblower unmittelbar und ohne Einwirkungsmöglichkeit des Leitungsorgans an das Aufsichtsorgan wenden kann.

- Begründung: Interne Meldesysteme haben nicht selten dann versagt, wenn bei besonders erheblichen Verstößen und Straftaten davon auszugehen war, dass auch die Leitungsebene der jeweiligen Organisation involviert ist. Gleichzeitig bevorzugen Whistleblower aus Loyalitätsgründen zu über 90% interne Meldekanäle. Um Whistleblower insbesondere in Fällen von Rechtsverstößen auf Leitungsebene zu einer internen Meldung zu ermutigen und berechtigten Befürchtungen vor Vergeltungs- und Verdunklungsmaßnahmen entgegenzuwirken, ist dem Whistleblower mit dem jeweiligen Aufsichtsorgan ein von der Leitungsebene unabhängiger, interner Meldeadressat zur Verfügung zu stellen.

4. Anonymes Whistleblowing:

- Ausgangslage: Die Richtlinie überlässt es den Mitgliedstaaten, ob interne Whistleblowing-Kanäle und externe Whistleblowing-Behörden anonyme Meldungen entgegennehmen und ihnen nachgehen müssen, Art. 6 (2) WBRL.

- Empfehlung: Die Bereitstellung alternativer anonymer Meldekanäle sollte jedenfalls für finanzstarke Großunternehmen und externe Whistleblowing-Behörden verpflichtend sein. Unabhängig von der Existenz eines dezidiert anonymen Meldekanals sind interne wie externe Whistleblowing-Stellen zu angemessenen Nachforschungsmaßnahmen im Anschluss an (gleichwohl) anonym abgegebenen Meldungen zu verpflichten.

- Begründung: Vor allem, aber nicht nur bei organisationsinternen Kanälen nutzen Whistleblower anonyme Meldekanäle erfahrungsgemäß häufig als Methode der ersten Kontaktaufnahme, um Vertrauen in den jeweiligen Meldeadressaten aufzubauen und erst im Verlauf der weiteren Ermittlungen ihre Identität offenzulegen.

Gerade bei erheblichen Verstößen und einhergehend hohem Schutzinteresse des Whistleblowers besteht ein besonderes Bedürfnis nach anonymen Meldemöglichkeiten. Dem trägt auch das europäische Recht bereits jetzt teilweise Rechnung, indem es unter anderem zur Bekämpfung von Geldwäschdelikten die Einrichtung anonymer Meldekanäle zwingend vorschreibt, Art. 61 (3) Gw-RL 4.

Erreicht eine Whistleblowing-Stelle eine plausible anonyme Meldung mit gegebenenfalls ganz erheblichen Belegen für relevante Verstöße, ist kein vernünftiger Grund ersichtlich, warum es ihr freigestellt sein sollte, sich mit dieser Meldung in der Sache nicht auseinanderzusetzen und keinerlei weitere Ermittlungsschritte einzuleiten.

5. Weitergehende Unterstützungsmaßnahmen

- Ausgangslage: Die Whistleblowing-Richtlinie hebt die besondere Bedeutung der Zurverfügungstellung weitergehender Ressourcen zur Unterstützung von Whistleblowern durch staatliche wie nichtstaatliche Akteure besonders hervor, Art. 20 WBRL, Erwägungsgründe 89, 99 WBRL.

- Empfehlung: Die Bundesrepublik ermöglicht die Bereitstellung eines Unterstützungsfonds für Whistleblower, aus dem die Beratung und Unterstützung von Whistleblowern sowie der Ausgleich von persönlichen Nachteilen erbracht werden kann. Diese erforderlichen Mittel ließen sich unter anderem aus jenen Straf- und Bußgeldzahlungen speisen, die auf Basis erfolgreicher Whistleblowing-Fälle an den Staat geleistet worden sind.

- Begründung: Whistleblower sind während und nach ihrer Meldung oft mit schwerwiegenden beruflichen und privaten Konsequenzen konfrontiert, die auch durch die individuelle Verfolgung von Schadenersatzansprüchen nicht hinreichend abgemildert werden können. Weitergehende Unterstützungsressourcen zu Bereitstellung insbesondere rechtsberatender, psychologischer und kompensatorischer Leistungen sind daher sinnvoll und erforderlich.

6. Systematische Einbettung in das deutsche Rechtssystem

- Ausgangslage: Die Whistleblowing-Richtlinie besteht aus unterschiedlichen Regelungen auf verschiedenen Rechtsgebieten, die für ein reibungsloses Funktionieren in bestehende deutsche Regelungssysteme einzugliedern sind.

- Empfehlung 1: Die Umsetzung der Whistleblowing-Richtlinie erfolgt in einem einheitlichen Whistleblowing-Gesetz.

- Begründung 1: Die Whistleblowing-Richtlinie enthält Regelungen auf unterschiedlichen Rechtsgebieten, die jedoch vielfach miteinander verzahnt sind und aufeinander verweisen (vgl. Art. 6 Abs. 1 b) WBRL), so dass eine einheitliche Darstellung in einem eigenständigen Gesetz sinnvoll ist. Zwar böte eine individuelle Zuteilung der einzelnen Bestimmungen auf ihre jeweiligen Einzelrechtsgebiete im Rahmen eines Artikelgesetzes auf den ersten Blick den Vorteil einer eindeutigen Zuordnung innerhalb des Gesamtsystems. Eine derartig fragmentarische Zuteilung ginge jedoch zulasten der Verständlichkeit der Regelungen aus Perspektive des individuellen Whistleblowers und anderer betroffener Normadressaten und kann sich daher nachteilig auf den beabsichtigten Erfolg des Gesetzes auswirken.

- Empfehlung 2: Der Schutz vor Repressalien gem. Art. 6, 19, 21 WBRL wird mit den bestehenden Regelungen des Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) harmonisiert.

- Begründung 2: Deutschland verfügt mit dem AGG über ein bereits seit mehreren Jahren erprobtes und durch einschlägige Rechtsprechung konkretisiertes System des Antidiskriminierungsrechts. Durch gezielte Verweise im antidiskriminierungsrechtlichen Teil eines zukünftigen Whistleblowing-Gesetzes wird ein rechtssystematisch kohärentes und inhaltlich vorhersehbares

Schutzniveau geschaffen, so dass zukünftige Rechtsunsicherheit und unnötiger Prozessaufwand vermieden werden können.

- Empfehlung 3: Interne Whistleblowing-Kanäle und ihre Funktionsfähigkeit werden bei der Zumessung von Unternehmensbußen als ausdrückliches Kriterium berücksichtigt.

- Begründung 3: Um sicher zu stellen, dass Unternehmen ihre internen Meldekanäle tatsächlich wirkungsvoll einrichten und ausgestalten, bietet sich im Einklang mit bereits jetzt bestehende Tendenzen der deutschen Sanktionierungspraxis an, die Existenz und die praktische Wirksamkeit interner Whistleblowing-Kanäle als strafmildernde bzw. strafschärfende Kriterien bei der Bemessung von Unternehmensbußen insbesondere nach § 30 OWiG explizit zu berücksichtigen, um hierdurch flexible Anreize für die Einhaltung des Gesetzes und eigenständige Optimierung interner Whistleblowing-Stellen zu schaffen.

7. Sinnvolle Konkretisierung interpretationsoffener Bestimmungen der Richtlinie

- Ausgangslage: Die Whistleblowing-Richtlinie enthält an mehreren Stellen interpretationsoffene Elemente, die teils bewusst und teils unbewusst der Konkretisierung durch die nationalen Umsetzungsgesetze überlassen sind.

- Empfehlung 1: Es wird klargestellt, dass es für die Widerlegung des vermuteten Zusammenhangs zwischen Whistleblowing und Benachteiligung nicht ausreicht, dass vom Arbeitgeber zusätzliche Motive vorgebracht werden, die neben dem Whistleblowing für die benachteiligende Maßnahme mitursächlich gewesen sein sollen.

- Begründung 1: Der neu formulierte Richtlinienentwurf lässt im Gegensatz zum Kommissionsvorschlag nicht eindeutig erkennen, dass das Whistleblowing nicht der einzige oder bestimmende Faktor einer benachteiligenden Maßnahme sein muss, um diese als rechtswidrig einzustufen. Gerade dies ist aber erforderlich, um im Einklang mit international taktgebenden Whistleblowing-Normen zu verhindern, dass benachteiligende Arbeitgeber sich auf vorgeschobene Gründe berufen und den Whistleblower-Schutz hierdurch aushebeln können.

- Empfehlung 2: Das Erfordernis eines hinreichenden Grundes zu der Annahme eines Rechtsverstößes (Art. 6 (1) a) WBRL) soll in der endgültigen Gesetzesfassung mit dem Begriff des „guten Glaubens“ übersetzt werden

- Begründung 2: Die Verwendung des im deutschen Recht seit langem etablierten Standards der Gutgläubigkeit stellt sicher, dass bei der Bildung des erforderlichen Maßstabs systematisch kohärent auf die bisherige Rechtsprechung zurückgegriffen werden kann und die Anlegung überzogener ex-post Einschätzungen an die Vernünftigkeit der Annahme eines Rechtsverstößes vermieden wird. Dass die deutsche Version des Richtlinienentwurfes auf den inhaltlich eigentlich passenden Begriff des guten Glaubens verzichtet, liegt allein darin begründet, dass der scheinbare Schwesterbegriff des „good faith“ in der englischen Rechtstradition die Prüfung von Motiven impliziert, welche in diesem Kontext gerade vermieden werden sollte.

- Empfehlung 3: Es wird klargestellt, dass sich der Maßstab der Gutgläubigkeit auch auf die Zulässigkeit der Beschaffung von Informationen nach Art. 21 (3) WBRL bezieht.

- Begründung 3: Die Richtlinie gestattet in Art. 21 (3) WBRL auch die (gegebenenfalls arbeitsvertragswidrige) Beschaffung von Informationen, solange hierdurch kein eigenständiger Straftatbestand erfüllt wird. Der Maßstab der Gutgläubigkeit bezieht sich bisher ausdrücklich nur auf das tatsächliche und rechtliche Vorliegen eines Verstoßes (Art. 6 (1) a) WBRL) und die Erforderlichkeit des Umfangs der konkret weitergegebenen Informationen zur Aufdeckung des Verstoßes (Art. 21 (2) WBRL), überantwortet die Regelung weiterer relevanter Aspekte hingegen den Mitgliedstaaten (Erwägungsgrund 94 WBRL). Da Whistleblower im Vorhinein nicht zweifelsfrei einschätzen können, ob die von ihnen durchgeführten Beschaffungsmaßnahmen ausschließlich relevante Informationen zutage führen, muss auch hier konsequenterweise ein subjektiver Gutglaubensmaßstab gelten, um anschließende Sanktionen wegen vermeintlich pflichtwidrigen Verhaltens zu verhindern.

Empfehlung 4: Die Vorschrift des Art. 15 (1) a) WBRL zur Zulässigkeit einer Offenlegung sollte dahingehend ergänzt werden, dass auch die nicht ausreichende Ermittlung oder Ahndung eines gemeldeten Verstoßes als Grund für eine Offenlegung ausreichend ist.

Begründung 4: Bisher können sich Whistleblower nach Art. 15 (1) a) WBRL lediglich dann an die Öffentlichkeit wenden, wenn interne und externe Whistleblowing-Stellen innerhalb der vorgegebenen drei- bzw. sechsmonatigen Frist keine geeigneten Maßnahmen wegen des gemeldeten Verstoßes ergriffen haben. Ein berechtigtes Offenlegungsinteresse besteht jedoch auch und gerade dann, wenn innerhalb der Frist zwar (Ermittlungs-)Maßnahmen ergriffen wurden, jedoch aus unerfindlichen bzw. nicht mitgeteilten Gründen nicht oder nur unzureichend zu ihrem Abschluss gebracht wurden.

Empfehlung 5: Es wird klargestellt, dass Whistleblower auch dann den vollen Benachteiligungsschutz genießen, wenn sie sich mit ihren Informationen an andere als die ausdrücklich genannten Stellen wenden, sofern sie gutgläubig davon ausgehen durften, dass auch diese Stelle zur Abhilfe in der Lage ist.

Begründung 5: Nach dem Richtlinien-text ist unklar, welche Folgen es hat, wenn Whistleblower sich beispielsweise an eine andere unternehmensinterne Stelle als die genannten internen Whistleblowing-Kanäle oder an eine andere externe Behörde als die vorgesehenen Whistleblowing-Behörden wenden (vgl. Art. 11 (6), 12 (3) WBRL einerseits, Art. 10, 21 (2) WBRL andererseits). Es entspricht jedoch dem Sinn und Zweck der Richtlinie ebenso wie dem berechtigten Schutzinteresse von Whistleblowern, dass der Whistleblower nicht allein deshalb vollständig schutzlos gestellt wird, weil er sich (gegebenenfalls irrtümlich) an einen anderen zwar an sich geeigneten, aber nicht ausdrücklich genannten Adressaten gewendet hat.