

STAATLICH GEFÖ(O)RDERTES PETZEN?

DAS NEUE HINWEISGEBERSCHUTZGESETZ KOMMT!

VON JESKO TRAHMS UND DR. CORA KELLER

ABSTRACT

Nach dem klaren Statement der neuen Bundesregierung im Koalitionsvertrag ist mit einer zeitnahen Umsetzung der „EU-Whistleblower-Richtlinie“ in ein nationales Hinweisgeberschutzgesetz zu rechnen. Damit wird für die meisten Familienunternehmen die Einrichtung eines internen Meldesystems gesetzlich verpflichtend. Aber auch die öffentliche Hand wird zukünftig entsprechende „Angebote“ zur (anonymen) Meldung vermeintlicher Rechtsverstöße vorhalten müssen. Letzteres wird nicht unerhebliche – mittelbare – Auswirkungen auf Familienunternehmen haben, auf die man sich rechtzeitig professionell vorbereiten sollte.

I. Einführung

„Der größte Lump im ganzen Land, das ist und bleibt der Denunziant“, dichtete einst Hoffmann von Fallersleben. Entsprechend negativ ist im deutschen, aber auch teilweise im europäischen Kulturkreis – historisch bedingt¹ – das Absetzen von Hinweisen zur Meldung vermeintlicher Gesetzesverstöße oder Missstände besetzt. Da kommt der Begriff des „Whistleblowing“ schon etwas positiver daher; hierunter wird eher die „Aufdeckung“ denn das „Verpfeifen“ verstanden und das Ganze mit einer „Zivilcourage“ des Hinweisgebers verbunden.² Angesichts dessen erscheint es mehr als verständlich, dass gerade viele Familienunternehmen der Einführung eines internen „Hinweisgebersystems“ bisher eher kritisch oder zurückhal-

tend gegenüberstanden: Bei einer Studie mit 28 Weltmarktführern hat sich herausgestellt, dass nur 18% der befragten Familienunternehmen ein Hinweisgebersystem implementiert hatten.³ Bei Konzernen sieht es ausweislich einer weiteren Untersuchung umgekehrt aus: Hier konnten 73,9% der teilnehmenden Großunternehmen eine integrierte Meldestelle nachweisen.⁴

Diese Diskussion wird nunmehr durch die Einführung einer gesetzlichen Verpflichtung nicht nur in Deutschland, sondern der gesamten Europäischen Union „beendet“. Dieser Beitrag will neben einer Darstellung der sich abzeichnenden zukünftigen Gesetzeslage vor allem über bisherige (positive) Erfahrungen im Umgang mit Hinweisgebersystemen berichten. Vielleicht kann dadurch auch der eine oder andere Vorbehalt ausgeräumt werden; denn der nüchterne Blick auf die Thematik zeigt, dass die Vorteile gerade für Familienunternehmen bei Weitem etwaige Risiken überwiegen.

II. Aktuelle Rechtslage

Am 17. Dezember 2021 ist die Frist für die Umsetzung der EU-Whistleblower-Richtlinie in nationales Recht abgelaufen, ohne dass es bisher ein entsprechendes Hinweisgeberschutzgesetz in Deutschland gibt. Abseits der bereits bestehenden spezialgesetzlichen nationalen Regelungen zu internen Kontrollverfahren/Hinweisgebersystemen (vgl. §§ 33 I WpHG, 53 I GwG, 4d I FinDAG, 25a I Satz 6 Nr. 3 KWVG, 23 VI VAG, 28 I Satz 2 Nr. 9 KAGB, 5 VIII BörsG) besteht nach herrschender Rechtsansicht bisher keine generelle Pflicht zur Implementierung eines Hinweisgebersystems.⁵

1 Lesenswert zur Geschichte der Denunziation: Sauerland: Dreißig Silberlinge. Berlin: Volk und Welt Verlag.

2 Bendel, O.: Whistleblowing, abrufbar unter: <https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/whistleblowing-53526/version-384462>; zuletzt abgerufen am 6. Januar 2022.

INHALT

- I. Einführung
- II. Aktuelle Rechtslage
- III. Die aktuelle Praxis
- IV. Argumente für ein Hinweisgebersystem
 1. Kaum Missbrauch!
 2. Was wird gemeldet?
 3. Der Kunde verlangt es!
 4. Herr des Verfahrens
 5. Vorteile überwiegen!
- V. Die EU-Whistleblower-Richtlinie
- VI. Das Hinweisgeberschutzgesetz
- VII. Spannungsfelder Arbeitsrecht und Datenschutz
 1. Hinweisgeberschutz im Arbeitsrecht
 2. Datenschutz vs. Hinweisgeberschutz
- VIII. Ausgestaltung des Hinweisgebersystems

3 Union mittelständischer Unternehmen e.V.: Vorbild: „Gute Unternehmensführung“ und Aufsichtsorgane im Mittelstand, abrufbar unter: <https://www.umu.de/et/aktuelles/vorbild-gute-unternehmensfuehrung-und-aufsichtsorgane-im-mittelstand/>; zuletzt abgerufen am 6. Januar 2022; Gnädiger: Das Gesetz macht vor der Familie nicht halt, abrufbar unter: <https://klardenker.kpmg.de/das-gesetz-macht-vor-der-familie-nicht-halt/>; zuletzt abgerufen am 6. Januar 2022.

4 EQS: Whistleblowing Report 2021, S. 24, abrufbar unter: <https://www.integrityline.com/de/knowhow/whistleblowing-report/>; zuletzt abgerufen am 6. Januar 2022.

5 NZG 2017, 170, beck-online.

Qualität der Meldungen

Wie viele der eingegangenen Meldungen 2020 waren relevante oder missbräuchliche Meldungen?

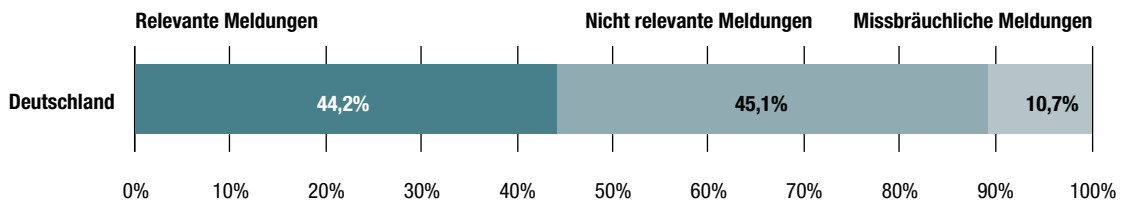


Abb. 1; Quelle: Darstellung aus EQS: Whistleblowing Report 2021*

* EQS: Whistleblowing Report 2021, S. 61, abrufbar unter: <https://www.integrityline.com/de/knowhow/whistleblowing-report/>; zuletzt abgerufen am 7. Januar 2022.

Allerdings haben Geschäftsführung bzw. Vorstand nach gefestigter Rechtsprechung die (persönliche) Verpflichtung zur Organisation eines Compliance-Management-Systems (CMS).⁶ Dies wird aus der Leitungspflicht gemäß § 76 I AktG, den Sorgfaltspflichten gemäß § 93 AktG, § 43 GmbHG sowie den Aufsichtspflichten gemäß §§ 9, 30, 130 OWiG gefolgt.⁷ Bei Unternehmen mit einer größeren (dreistelligen) Mitarbeiteranzahl wird man die Einrichtung einer Meldestelle als unverzichtbaren Bestandteil eines wirksamen CMS ansehen müssen: Denn indem Mitarbeiter Verdachtsfälle melden, werden potenzielle Rechtsverstöße früher erkannt und damit wirtschaftlicher Schaden reduziert, der Wiederholung von Gesetzesverstößen wird vorgebeugt und schließlich werden drohende Sanktionen sowie etwaige Reputationsschäden abgewehrt.⁸ Zwar steht den Verantwortlichen eines Unternehmens ein Ermessensspielraum zu, wie die Rechtskonformität im Unternehmen zu gewährleisten ist; die Implementierung eines Hinweisgebersystems drängt sich hierbei jedoch geradezu auf.⁹

III. Die aktuelle Praxis

Wie eingangs festgestellt, ist davon auszugehen, dass derzeit nur relativ wenige Familienunternehmen überhaupt über ein Meldesystem verfügen. Diese sind in der Regel entweder intern mit einer Vertrauensperson oder extern mit einer – nicht beim Unternehmen angestellten – Ombudsperson besetzt. Nach der – rein subjektiven – Beobachtung durch die Verfasser ist dabei in den wenigsten Fällen eine unternehmensinterne Richtlinie mit einem entsprechenden Prozess implementiert, welche grundlegende Standards im Hinblick auf den Umgang mit Hinweisen, deren Dokumentation, den Schutz der Hinweisgeber sowie das klare Bekenntnis zur Unschuldsvermutung beinhalten. Auch sind oft die Zuständigkeiten für den Umgang mit den Hinweisen nicht eindeutig festgelegt. Vor diesem Hintergrund ist es grundsätzlich zu begrüßen, dass der Gesetzgeber mit dem Hinweisgeberschutz-

gesetz eine klare Orientierung geben und einzuhaltende Mindeststandards setzen wird.

IV. Argumente für ein Hinweisgebersystem

Die bisherigen Erfahrungen aus der Praxis zeigen, dass im Ergebnis gerade bei Familienunternehmen die Argumente für das Vorhalten eines Meldesystems deutlich überwiegen:

1. Kaum Missbrauch!

Der größte Vorbehalt gegen die Einführung eines „Whistleblower-Systems“ besteht meistens in der Sorge, dass das System missbraucht und verdiente Mitarbeiter vorsätzlich zu Unrecht beschuldigt werden. Die Erfahrungen aus der Praxis zeigen, dass dies in Deutschland (bisher) nur relativ selten vorkommt. Zwar gibt es durchaus Meldungen, bei welchem ein Verdacht geäußert wird und dieser sich nach interner Untersuchung nicht bestätigt. Allerdings liegen in den meisten Fällen objektive Kriterien vor, die einen „Anfangsverdacht“ rechtfertigen, der sich nach Abklärung nicht erhärten lässt. Dass ein derartiger Hinweis mit nachweislich falscher Tatsachenbehauptung platziert wird, um Dritten – aus welchen Motiven auch immer – zu schaden, ist jedoch die Ausnahme. Diese Erfahrung wird auch durch wissenschaftliche Untersuchungen belegt (s. Abb. 1).

Gleichwohl muss man die Möglichkeit des Missbrauchs natürlich immer mit einkalkulieren. Hiergegen „hilft“ nur das klare und in einer Richtlinie geregelte Bekenntnis zur Unschuldsvermutung bis zum Beweis des Gegenteils. Schwierig und nur im Einzelfall zu beantworten ist die Frage, ob der zu Unrecht beschuldigte Mitarbeiter über den Vorgang informiert werden sollte. Zwei kleine Einschränkungen zum Schluss: Zum einen ist die Anzahl des Missbrauchs insbesondere im außereuropäischen Ausland (Asien!) nach den Erfahrungen der Verfasser deutlich höher; zum anderen bleibt abzuwarten, ob sich durch Einführung des Hinweisgeberschutzgesetzes etwas an der deutschen „Mentalität“ ändern wird.

2. Was wird gemeldet?

Nicht zu unterschätzen ist die Bedeutung von Meldesystemen als eine Art „Kummerkasten“. Sehr oft nutzen Mitarbeiter gerade die externe Ombudsstelle, um sprichwörtlich „Dampf abzulassen“ und auf vermeintliche Missstände hinzuweisen. In vielen Fällen haben die Meldungen mit zwischen- ➤

6 BGH, Urteil vom 9.5.2017 – 1 StR 265/16, S. 46; LG München I, Urteil vom 10.12.2013 – 5HK O 1387/10.
 7 Vgl. JuS 2017, 917, beck-online.
 8 Bürkle/Hauschka (2015): Der Compliance Officer, § 10. Zusammenarbeit mit Ombudspersonen und Whistleblower-Systeme, Rn. 3, beck-online.
 9 Hauschka/Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance, 2. Abschnitt. Grundelemente eines Compliance-Systems. 6. Kapitel. Compliance-Kommunikation § 42. Ombudsmann und Hinweisgebersysteme, Rn. 63, beck-online.

Hohe Schäden durch kriminelle Kollegen, eigene Mitarbeiter erbeuten höhere Summen und schlagen öfter zu als externe Täter

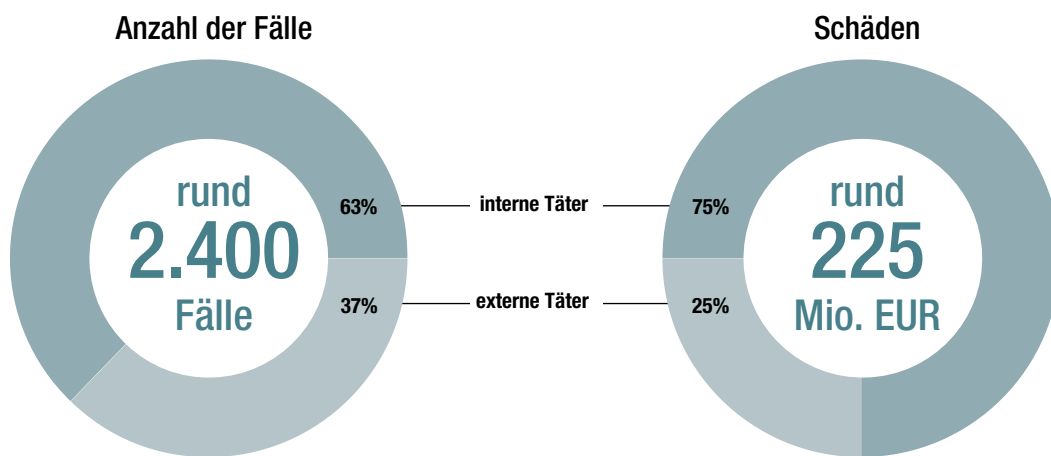


Abb. 2; Quelle und Daten: Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft (GDV)*
 * GDV (2019): Sonderauswertung des Gesamtverbandes der Deutschen Versicherungswirtschaft (GDV) von knapp 2.400 Schadenfällen der Vertrauensschadensversicherung, abrufbar unter <https://www.gdv.de/resource/blob/50526/9e6ee52877f434ed064aefada5ce6e2e/download-ergebnis-sonderauswertung-data.pdf>; zuletzt abgerufen am 6. Januar 2022.

menschlichen Konflikten im Unternehmen zu tun. Und damit sind wir schon bei der ersten großen Kategorie der Meldungen, nämlich denjenigen, die im weitesten Sinne dem Personalbereich zuzuordnen sind. Hier erledigen sich viele Vorgänge „von selbst“, weil die Hinweisgeber nicht in der Lage sind, die Vorwürfe näher zu konkretisieren und Vorfälle unter Angabe von Zeit, Ort etc. detailliert zu beschreiben. Die verbleibenden Fälle lassen sich oft durch geeignete innerbetriebliche Maßnahmen (wie z.B. eine Mediation) einer Befriedung zuführen.

Die zweite namhafte Kategorie von Meldungen betrifft ein Phänomen, das in Deutschland massiv unterschätzt wird, nämlich sogenannte Innentäter. Hierbei handelt es sich um Mitarbeiter, die den Pfad der Tugend verlassen haben und das Unternehmen oft über Jahre unentdeckt massiv schädigen, indem sie auf ausgeklügelte Art und Weise – teilweise im kollusiven Zusammenwirken mit Dritten – in die Firmenkasse greifen. Leider belegen wissenschaftliche Untersuchungen, dass diese kriminellen Kollegen oft in einer Vertrauensposition sitzen und man für sie „die Hand ins Feuer legen würde“. Man geht pro Jahr von mehreren Milliarden (!) Euro Schaden aus, die durch Innentäter verursacht werden. Grundlage dieser Annahme sind beispielsweise die jährlichen Regulierungen der deutschen Vertrauensschadensversicherer. Rechnet man diese Zahlen der kaum im Markt penetrierten Vertrauensschadensversicherung hoch, kommt man zu erschreckenden Erkenntnissen. Neben einem internen Kontrollsystem (IKS) sind Hinweisgebersysteme anerkanntermaßen das wirksamste Mittel zur Aufdeckung dieser Machenschaften.

3. Der Kunde verlangt es!

Im Rahmen der sogenannten Third Party Compliance verlangen Großunternehmen von ihren Lieferanten vermehrt den

Nachweis von Mindeststandards in der Compliance. Hierzu zählt auch die Dokumentation eines eigenen Whistleblowing-Systems. Mittlerweile ist für Familienunternehmen auch das Verlangen nach einem sogenannten Compliance-Audit durch den (Groß-)Kunden nicht mehr ausgeschlossen. Hierbei wird regelmäßig nach einem internen Meldesystem gefragt.

4. Herr des Verfahrens

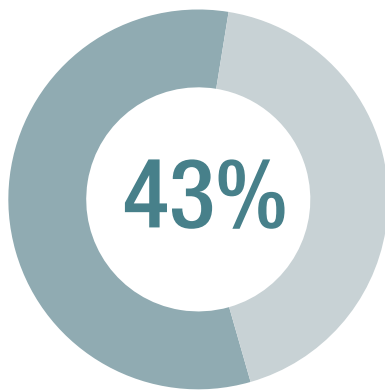
Durch die interne Behandlung sensibler Sachverhalte, die durchaus strafrechtliche Relevanz haben können, bleibt das Familienunternehmen Herr des Verfahrens und kann unter Berücksichtigung der Firmeninteressen autonom entscheiden, ob es beispielsweise einen Vorgang bei staatlichen Stellen zur Anzeige bringt oder „diskret“ erledigt. Bei Ermittlungen durch staatliche Stellen ist das Unternehmen oft nur (wehloser) Zuschauer; eigene Verfahrensrechte kennt die Strafprozessordnung auch für geschädigte Firmen nicht. Nicht selten wird dann durch die öffentliche Berichterstattung ein vollkommen verfälschtes Bild dargestellt und das Opfer zum Täter gemacht.

Gerade dieser Aspekt wird zukünftig durch die neue Gesetzgebung eine noch größere Bedeutung erlangen, da auch die öffentliche Hand zur Einführung von Hinweisgeberportalen verpflichtet wird und Whistleblower daher mehrere Möglichkeiten haben, ihre Meldungen zu platzieren. Deshalb liegt es im ureigensten Interesse der Familienunternehmen, dass Meldungen im internen Kanal abgesetzt werden.

5. Vorteile überwiegen!

Fasst man alle diese Argumente zusammen, spricht die Ratio für die Einführung eines internen Hinweisgebersystems. Erforderlich sind dabei eine gute Kommunikation sowie die Definition der Prozesse.

Beitrag von Whistleblowern zur Aufklärung von Wirtschaftsstraftaten



Whistleblower-Anteil an der Aufklärung von Wirtschaftsstraftaten



Hiervon erfolgt fast die Hälfte der Hinweise durch Arbeitnehmer

- 15% Internal Audit
- 12% Management Review
- 6% Sonstige
- 5% Zufall
- 4% Kostenauswertungen
- 4% Jahresabschlussprüfung
- 3% Dokumentenanalyse
- 3% Überwachung
- 2% Ermittlungsbehörden
- 2% IT-Kontrollen
- 1% Geständnis

Abb. 3; Quelle: Darstellung aus Brinkmann/Blank (2021)*

* Brinkmann/Blank (2021), Betriebs Berater, 42/2021, 2475.

Daten: ACFE (2020)**

** Vgl. ACFE (2020): Report to the Nations. 2020 Global Study on Occupational Fraud and, abrufbar unter <https://www.acfe.com/report-to-the-nations/2020/>; zuletzt abgerufen am 6. Januar 2022, S. 4 und 19.

V. Die EU-Whistleblower-Richtlinie

Ausgangspunkt der sich verändernden Gesetzeslage ist die „Richtlinie (EU) 2019/1937 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2019 zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden“¹⁰ („WBRL“) verbunden mit einer Umsetzungsfrist für die Mitgliedstaaten bis zum 17. Dezember 2021. Die Richtlinie hat das Ziel, den Schutz der Hinweisgeber vor Repressalien auch gesetzlich zu implementieren und damit zu stärken. Sie legt dabei die zu erfüllenden Mindestanforderungen fest. Zu diesem Zweck werden juristische Personen des Privatrechts, aber eben auch des öffentlichen Rechts (!) zur Einrichtung interner Hinweisgebersysteme verpflichtet. Zur Umsetzung der WBRL hat das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz Ende November 2020 einen Referentenentwurf vorgelegt.¹¹ Dieser Entwurf wurde jedoch von der CDU als nicht „koalitionsfähig“ zurückgewiesen.¹² Kurz vor Ende der eigentlichen Umsetzungsfrist am 17. Dezember 2021 hat sich die neue Koalition nunmehr eindeutig zum notwendigen Schutz von Hinweisgebern bekannt und die zeitnahe Umsetzung der EU-Whistleblowing-Richtlinie in nationales Recht angekündigt. Dabei wird klargestellt, dass nicht nur ein Verstoß gegen Unionsrecht, sondern insbesondere auch die Verletzung deutschen Rechts gemeldet werden kann, wenn die Aufklärung im öffentlichen Interesse liegt; entsprechend heißt es im Koalitionsvertrag:

„Wir setzen die EU-Whistleblower-Richtlinie rechtssicher und praktikabel um. Whistleblowerinnen und Whistleblower müssen nicht nur bei der Meldung von Verstößen gegen EU-Recht vor rechtlichen Nachteilen geschützt sein, sondern auch von erheblichen Verstößen gegen Vorschriften oder sonstigem erheblichen Fehlverhalten, dessen Aufdeckung im besonderen öffentlichen Interesse liegt.“¹³

Es ist also damit zu rechnen, dass das deutsche Hinweisgeberschutzgesetz kurzfristig kommen wird.

Zwar sind die privaten Unternehmen zurzeit mangels sogenannter Direktwirkung der WBRL zulasten Privater noch nicht verpflichtet, ein internes Hinweisgebersystem zu implementieren.¹⁴ Ungeachtet dessen schließt die bis dato nicht erfolgte Umsetzung der WBRL jedoch eine mittelbare Wirkung für Familienunternehmen in bestimmten Bereichen bereits jetzt nicht aus: Denn EU-Richtlinien entfalten insoweit Wirkung, als die nationalen Rechtsnormen im Wege einer „europarechtskonformen Auslegung“ so weit wie möglich unter Beachtung der Vorgaben der Richtlinie zu interpretieren sind. Damit sollen Kollisionen zwischen europarechtlichen Vorgaben und innerstaatlichem Recht vermieden werden.¹⁵ Die deutschen Gerichte haben bei der Anwendung nationaler Vorschriften die den Hinweisgeber schützenden Bestimmungen der WBRL im Rahmen einer richtlinienkonformen Auslegung bereits jetzt zugrunde zu legen. Dies wiederum führt dazu, dass private Arbeitgeber mittelbar in die Pflicht genommen werden können: Insbesondere bei der Anwendung arbeitsrechtlicher Vorschriften (wie z.B. des Kündigungsschutzes) »

10 Amtsblatt der Europäischen Union, L 305 vom 26. November 2019, S. 17, abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=OJ.L:2019:305:FULL>; zuletzt abgerufen am 7. Januar 2022.

11 Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz: „Entwurf eines Gesetzes für einen besseren Schutz hinweisgebender Personen sowie zur Umsetzung der Richtlinie zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden“, abrufbar unter: <https://www.whistleblower-net.de/wp-content/uploads/2021/02/Referentenentwurf-BMJ-V-WB-RL-Umsetzungsgesetz-8.pdf>; zuletzt abgerufen am 7. Januar 2022.

12 Vgl. Süddeutsche.de (28. April 2021): Union und SPD, Koalition scheitert bei Whistleblower-Gesetz, abrufbar unter: <https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/whistleblower-lambrecht-unternehmen-1.5278761>; zuletzt abgerufen am 7. Januar 2022.

13 SPD/Bündnis 90/Die Grünen/FDP (2021): Mehr Fortschritt wagen. Koalitionsvertrag zwischen SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP, S. 111.

14 Vgl. Calliess/Ruffert/Ruffert, 6. Aufl. 2022, AEUV Art. 288 Rn. 58; Rengeling/Middeke/Gellermann, Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, 2. Teil. Rechtsschutz durch deutsche Gerichte, 1. Abschnitt. Verhältnis des nationalen Rechtsschutzes zum europäischen Rechtsschutz § 34 Europäisches Unionsrecht als Gegenstand des nationalen Rechtsschutzes Rn. 42, beck-online.

15 Vgl. Grabitz/Hilf/Nettesheim/Nettesheim, 74. EL September 2021, AEUV Art. 288 Rn. 118; Streinz/W. Schroeder, 3. Aufl. 2018, AEUV Art. 288 Rn. 68; Calliess/Ruffert/Ruffert, 6. Aufl. 2022, AEUV Art. 288 Rn. 81.



Abb. 4; Quelle: Eigene Darstellung, skarin – stock-adobe.com, FourLeafLover – stock-adobe.com

und einer Vielzahl von Rechtsbegriffen, wie der Bestimmung des billigen Ermessens, des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und der Festlegung von Sanktionen gegenüber Arbeitnehmern, kann die WBRL daher bereits jetzt herangezogen werden.

VI. Das Hinweisgeberschutzgesetz

Nach der Umsetzung der Richtlinie in nationales Recht werden Familienunternehmen ab 250 Beschäftigten (im Firmenverbund) einen internen Meldekanal einrichten müssen. Für private Unternehmen mit 50 bis 249 Beschäftigten sieht Art. 26 Abs. 2 der WBRL eine Übergangsfrist bis zum 31. Dezember 2023 vor. Bei der Entgegennahme von Meldungen muss sichergestellt werden, dass den Dokumentationspflichten nachgekommen wird. So müssen alle eingehenden Meldungen in dauerhafter und abrufbarer Form – durch Erstellung einer Tonaufzeichnung oder eine Niederschrift des Gesprächs – dokumentiert werden. Dem Hinweisgeber muss die Gelegenheit gegeben werden, die Dokumentation zu überprüfen, ggf. zu korrigieren und unterschriftlich zu bestätigen. Zudem müssen die Meldungen nach Abschluss des Falls gelöscht werden. Bei Konzernen hat die EU-Kommission der Nutzung ausschließlich konzernweiter Hinweisgebersysteme eine Absage erteilt. Nach den Auslegungshinweisen der EU-Kommission muss jede (Tochter-)Gesellschaft innerhalb der EU mit mehr als 250 Beschäftigten zukünftig einen eigenen Meldekanal für Hinweisgeber unterhalten.¹⁶ Ein einziges, konzernweit eingesetztes Hinweisgebersystem für alle Konzerngesellschaften reicht danach nicht aus. Abschließende Klarheit wird es allerdings erst geben, wenn das entsprechende deutsche Umsetzungsgesetz verabschiedet ist. Es ist jedoch auch zum jetzigen Zeitpunkt bereits möglich, dass parallel zu den jeweiligen dezentralen Meldekanälen auch ein zentraler Meldekanal eingerichtet wird. Hinweisgeber können dann zwischen diesen beiden Meldekanälen wählen. Entscheidend ist hierbei, dass der Hinweisgeber in ausreichender Weise über diese Wahlmöglichkeit aufgeklärt wird.

¹⁶ Vgl. Stellungnahmen der EU-Kommission zur WBRL vom 2. und 29. Juni 2021, abrufbar unter: https://www.cmshs-bloggt.de/wp-content/uploads/2021/08/Stellungnahme_3939215.pdf und https://www.cmshs-bloggt.de/wp-content/uploads/2021/08/Stellungnahme_4667786.pdf; zuletzt abgerufen am 7. Januar 2022.

VII. Spannungsfeld Arbeitsrecht und Datenschutz

Das neue Hinweisgeberschutzgesetz wird zu Herausforderungen und Veränderungen in den Bereichen des Datenschutzes und Arbeitsrechts führen. Auch wenn eine endgültige Beurteilung erst nach Vorlage des deutschen Gesetzesentwurfs möglich sein wird, lassen sich einige Themen bereits aus der WBRL herleiten:

1. Hinweisgeberschutz im Arbeitsrecht

Art. 19 WBRL sieht vor, dass jede Form von Repressalien gegen Hinweisgeber verboten ist. „Repressalien“ sind nach Art. 5 Nr. 11 der WBRL „direkte oder indirekte Handlungen oder Unterlassungen in einem beruflichen Kontext, die durch eine interne oder externe Meldung oder eine Offenlegung ausgelöst werden und durch die dem Hinweisgeber ein ungerechtfertigter Nachteil entsteht oder entstehen kann“. Die in Art. 19 WBRL aufgeführte Liste an Repressalien ist sehr ausführlich, aber soll trotzdem nicht umfassend sein, sondern nur Beispielfälle aufzählen. Bei einem Verstoß des Arbeitgebers gegen das Verbot, Repressalien anzudrohen oder auszuüben, sieht die WBRL einen Schadensersatzanspruch vor, welcher nicht bloß finanzielle Ausgleichsansprüche in Form von Lohnzahlungen umfasst. Auch ein Schmerzensgeld als Folge der Benachteiligung ist zu erwägen, wobei die Bemessung dessen Höhe den Arbeitsgerichten obliegt. Die Ankündigung der neuen Regierung im Koalitionsvertrag lässt vermuten, dass es hier zukünftig sogar Möglichkeiten finanzieller Unterstützung bei der Durchsetzung solcher Ansprüche geben wird. Ferner werden sehr praxisrelevante Fragen der Beweislast geändert: Nach derzeitiger Rechtslage muss der Arbeitnehmer darlegen und beweisen, dass die Benachteiligung bei Ausübung seiner Rechte in unzulässiger Weise erfolgte.¹⁷ Hier sieht die WBRL in Art. 21 V jetzt eine Beweislastumkehr vor, die das Verbot von Repressalien zulasten der Unternehmen verstärken soll. So muss künftig der Arbeitgeber beweisen,

¹⁷ MüKoBGB/Müller-Glöße, 8. Aufl. 2020, BGB § 612a Rn. 24; BAG AP BGB § 612a Nr. 1 = NZA 1988, 18; AP TVG § 1 Rückwirkung Nr. 10 = NZA 1989, 559; AP BGB § 242 Auskunftspflicht Nr. 35 = NZA 2001, 1093; AP KSchG 1969 § 1 Wartezeit Nr. 18; AP BetrVG 1972 § 77 Betriebsvereinbarung Nr. 33 = NZA 2008, 56; AP BGB § 611 Persönlichkeitsrecht Nr. 40 = NZA 2009, 974; NZA 2012, 317; 2017, 1452 Rn. 42; ErK/Preis Rn. 22; KR/Treber Rn. 27; BeckOK BGB/Fuchs/Baumgärtner Rn. 9; ArbRBGB/Schliemann Rn. 23; K. Gamillscheg AR-Blattei SD 1183 Rn. 78; Faulenbach, Das arbeitsrechtliche Maßregelungsverbot (§ 612a BGB), 2005, 115; HWK/Thüsing Rn. 35; Krause SAE 2003, 205 (209f.); Kort RdA 2003, 122 (124).

dass eine Benachteiligung des Arbeitnehmers, wie z.B. eine Kündigung, eine Versetzung oder die Versagung einer Beförderung, in keinem Zusammenhang mit einem zuvor erfolgten Hinweis auf einen Rechtsverstoß steht. Es steht zu befürchten, dass betroffene Arbeitnehmer zukünftig Meldungen mit der (ausschließlichen) Motivation absetzen, ihre arbeitsrechtliche Position zu stärken. Der Arbeitgeber müsste in diesem Falle den Kausalitätsnachweis erbringen, dass die arbeitsrechtliche Maßnahme in keinerlei Zusammenhang mit dem Hinweis steht. Dies wird dem Arbeitgeber – wenn überhaupt – nur durch sorgfältige Dokumentation der internen Auseinandersetzungen und Vorgänge im Unternehmen gelingen.¹⁸

Im Einklang mit der WBRL ist eine weitere Änderung der bisherigen Rechtsprechung mit Blick auf das Motiv des Hinweisgebers zu verzeichnen. Die Beweggründe des Hinweisgebers sind, anders als bisher, für dessen Schutz irrelevant.¹⁹ Nach ständiger bisheriger Rechtsprechung galt die Motivation des Hinweisgebers als ein Indiz für die Verletzung der im Rahmen des Arbeitsvertrags bestehenden Treuepflicht. Basierte der Hinweis des Arbeitnehmers auf einer verwerflichen Motivation, beispielsweise der bewussten Schädigung des Arbeitgebers, so musste er sich den Verstoß gegen arbeitsvertragliche Treuepflichten zum Vorwurf machen und personelle Konsequenzen befürchten, auch wenn die Meldung selbst der Wahrheit entsprach.²⁰ Fortan stehen auch nicht altruistische und egoistische Gründe für den Hinweis dem Schutz des Hinweisgebers nicht entgegen. Allein die Beweggründe für den Hinweis sagen nichts darüber aus, ob der Hinweis auch der Wahrheit entspricht.

Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass auch der Betriebsrat im Regelfall bei der Implementierung eines Hinweisgebersystems ein Mitbestimmungsrecht hat. Das Hinweisgebersystem darf also in der Regel nicht ohne die vorherige Zustimmung des Betriebsrats eingeführt werden. Bei der Einführung von Hinweisgebersystemen in Konzernen oder Unternehmensgruppen ist jeweils die Zuständigkeit des Konzernbetriebsrats, der Gesamtbetriebsräte und/oder der lokalen Betriebsräte zu prüfen.

2. Datenschutz vs. Hinweisgeberschutz

Ein wesentliches Ziel der Whistleblowing-Richtlinie stellt auch das in Art. 16 WBRL verankerte Vertraulichkeitsgebot dar: Der Schutz des Whistleblowers erfordert den vertraulichen Umgang mit dessen Meldung und Identität.

Mit Blick auf das Datenschutzrecht ist jedoch zu berücksichtigen, dass das Vertraulichkeitsgebot einerseits und die Betroffenenrechte der DSGVO andererseits zu einer Diskrepanz führen. Die vom Whistleblower mitgeteilten Hinweise betreffen nämlich in der Regel auch personenbezogene Daten. Bei der Erhebung personenbezogener Daten ohne Kenntnis der betroffenen Person trifft den Verantwortlichen grundsätzlich die Informationspflicht, die betroffene Person über die

Datenerhebung umfassend zu informieren (Art. 14 DSGVO). Diese scheinbare Diskrepanz fällt jedoch mit Blick auf den effektiven Schutz des Hinweisgebers zugunsten des Vertraulichkeitsgebots aus: Zunächst ist nach Art. 14 Abs. 5 lit. b) DSGVO die Informationspflicht dann nicht einschlägig, wenn dadurch die Verwirklichung der Ziele dieser Verarbeitung unmöglich gemacht oder ernsthaft beeinträchtigt werden. Durch die Offenlegung der Identität des Hinweisgebers gegenüber dem Betroffenen würden die erforderlichen Nachforschungen zu dessen Meldung verhindert oder zumindest ernstlich beeinträchtigt werden. Auch die Vorschrift des § 29 Abs. 1 BDSG kann zusätzlich als Begründung für den Vorrang des Vertraulichkeitsgebots herangezogen werden: Danach besteht ein Auskunftsrecht gerade nicht, wenn dadurch Informationen offenbart würden, die ihrem Wesen nach, insbesondere wegen der überwiegenden berechtigten Interessen eines Dritten, geheim gehalten werden müssen. Gerade die Unterrichtung des Beschuldigten über die gespeicherten Daten, also insbesondere den gemeldeten Vorfall und die Identität des Hinweisgebers, würde die Sammlung von Beweismitteln erschweren.

Die vorgenannten Regelungen des Art. 14 Abs. 5 lit. b) DSGVO und des § 29 Abs. 1 BDSG rechtfertigen es damit, dem Schutz der Vertraulichkeit im Rahmen der Interessenabwägung den Vorzug gegenüber dem Informationsrecht der Betroffenen zu gewähren. Dies bestätigt auch die „Orientierungshilfe der Datenschutzaufsichtsbehörden zu Whistleblowing-Hotlines“ aus dem Jahre 2018.²¹ Es ist jedoch davon auszugehen, dass ein Aufschub der Informationen nur so lange vorgenommen werden kann, wie auch die Gefahr der Beeinträchtigung der Nachforschungen besteht.²²

VIII. Ausgestaltung des Hinweisgebersystems

Zum Abschluss noch ein paar Anmerkungen zur inhaltlichen Ausgestaltung eines Hinweisgebersystems: Wichtig ist zunächst eine gute interne Kommunikation mit „Tone from the Top“, um sowohl Mitarbeiter als auch Betriebsrat von der Sinnhaftigkeit und dem Nutzen zu überzeugen. Ferner empfiehlt es sich aus mehreren Gründen, einen externen Berufsträger, der kraft Gesetzes zur Verschwiegenheit verpflichtet ist (z.B. Rechtsanwalt), als Ombudsperson einzusetzen. Eine interne Vertrauensperson würde ihr Wissen über sehr sensible Vorgänge relativ ungeschützt „mitnehmen“, wenn sie das Unternehmen verlässt. Auch lassen sich Mitarbeiter von der Gewährleistung von Vertraulichkeit und Anonymität bei einer extern besetzten Ombudsperson besser überzeugen. Schließlich können Hinweise dann außerhalb des Firmennetzwerks abgesetzt werden.

Wird das Hinweisgebersystem schließlich in das CMS integriert, erhöht dies dessen Wirksamkeit und dokumentiert die Compliance-Anstrengungen des Familienunternehmens sowohl nach innen wie nach außen. ◆

¹⁸ NZA 2020, 1201, beck-online.

¹⁹ ZRP 2021, 37, beck-online.

²⁰ Vgl. BAG 04.07.1991 - 2 AZR 80/91 - RzK I. 6 a Nr. 74; LAG Frankfurt/M. 12.02.1987 - 12 Sa 1249/86; LAG Köln 07.01.2000 - 4 Sa 1273/99 - RDV 2000, 226; vgl. auch BVerfG 02.07.2001 - 1 BvR 2049/00 - NZA 2001, 888, 889; LAG Düsseldorf Ur. v. 17.1.2002 - 11 Sa 1422/01, BeckRS 2004, 42537 Rn. 27.

²¹ Datenschutskonferenz: Orientierungshilfe der Datenschutzaufsichtsbehörden zu Whistleblowing-Hotlines: Firmeninterne Warnsysteme und Beschäftigtendatenschutz, S. 10, abrufbar unter: https://www.baden-wuerttemberg.datenschutz.de/wp-content/uploads/2018/11/OH-Whistleblowing-Hotlines-Stand-14_11_2018.pdf; zuletzt abgerufen am 6. Januar 2022.

²² Ebd.

LITERATURVERZEICHNIS

ACFE (2020):

Report to the Nations, <https://www.acfe.com/report-to-the-nations/2020/>; zuletzt abgerufen am 6. Januar 2022.

Baur, A./Holle, P. M. (2017):

Ergänzungen und Anpassungen des Deutschen Corporate Governance Kodex 2017 – Ausbau der Compliance-Verantwortung? In: NZG, 2017, S. 170.

Bendel, O. (2021):

Whistleblowing, <https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/whistleblowing-53526/version-384462>; zuletzt abgerufen am 6. Januar 2022.

Brinkmann, M./Blank, A. (2021):

Umsetzungspflichten für Unternehmen aus der EU-Whistleblowing-Richtlinie. In: Betriebs Berater, 42/2021, S. 2475.

Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (2020):

Entwurf eines Gesetzes für einen besseren Schutz hinweisgebender Personen sowie zur Umsetzung der Richtlinie zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden, <https://www.whistleblower-net.de/wp-content/uploads/2021/02/Referentenentwurf-BMJV-WB-RL-Umsetzungsgesetz-8.pdf>; zuletzt abgerufen am 7. Januar 2022.

Bürkle, J./Hauschka, C. E. (2015):

Der Compliance Officer. München: C.H.Beck und im Internet in beck-online [elektronische Ressource].

Calliess, C./Ruffert, M./Ruffert, M. (2022):

EUV/AEUV, 6. Auflage 2022, München: C.H.Beck und im Internet in beck-online [elektronische Ressource].

Datenschutzkonferenz (2018):

Orientierungshilfe der Datenschutzaufsichtsbehörden zu Whistleblowing-Hotlines: Firmeninterne Warnsysteme und Beschäftigten-datenschutz, https://www.baden-wuerttemberg.datenschutz.de/wp-content/uploads/2018/11/OH-Whistleblowing-Hotlines-Stand-14_11_2018.pdf; zuletzt abgerufen am 6. Januar 2022.

Dzida, B./Granetzný, G. (2020):

Die neue EU-Whistleblowing-Richtlinie und ihre Auswirkungen auf Unternehmen. In: NZA, 35(18), S. 1201.

EQS (2021):

Whistleblowing Report 2021, <https://www.integrityline.com/de/know-how/whistleblowing-report/>; zuletzt abgerufen am 7. Januar 2022.

European Commission (2021):

Stellungnahmen der EU-Kommission zur WBRL vom 2. und 29. Juni 2021, https://www.cmshs-bloggt.de/wp-content/uploads/2021/08/Stellungnahme_3939215.pdf und https://www.cmshs-bloggt.de/wp-content/uploads/2021/08/Stellungnahme_4667786.pdf; zuletzt abgerufen am 7. Januar 2022.

GDV (2019):

Sonderauswertung des Gesamtverbandes der Deutschen Versicherungswirtschaft (GDV) von knapp 2.400 Schadenfällen der Vertrauensschadensversicherung, <https://www.gdv.de/resource/blob/50526/9e6ee52877f434ed064aefada5ce6e2e/download-ergebnis-sonderauswertung-data.pdf>; zuletzt abgerufen am 6. Januar 2022.

Gerdemann, S. (2021):

Referentenentwurf für ein deutsches Hinweisgeberschutzgesetz, ZRP, 54(2), S. 37.

Gnändiger, J.-H. (2020):

Das Gesetz macht vor der Familie nicht halt, <https://kardenker.kpmg.de/das-gesetz-macht-vor-der-familie-nicht-halt/>; zuletzt abgerufen am 6. Januar 2022.

Grabitz, E./Hilf, M./Nettesheim, M./Nettesheim, M. (2021):

Das Recht der Europäischen Union, EUV/AEUV, Band I, 74. Ergänzungslieferung, Stand September 2021. München: C.H.Beck und im Internet in beck-online [elektronische Ressource].

Hauschka, E./Moosmayer, K./Lösler, T. (2016):

Corporate Compliance, 3. Auflage 2016, München: C.H.Beck und im Internet in beck-online [elektronische Ressource].

Müller-Glöße, R. (2020) in:

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 5, Schuldrecht – Besonderer Teil II, 8. Auflage 2020, München: C.H.Beck und im Internet in beck-online [elektronische Ressource].

Rengeling, H.-W./Middeke, A./Gellermann, M. (2014):

Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, 3. Auflage 2014, München: C.H.Beck und im Internet in beck-online [elektronische Ressource].

Sonnenberg, T. (2017):

Compliance-Systeme in Unternehmen. In: JuS, 57(Compliance) 2017, S. 917.

SPD/Bündnis 90/Die Grünen/FDP (2021):

Mehr Fortschritt wagen. Koalitionsvertrag zwischen SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP, https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Koalitionsvertrag/Koalitionsvertrag_2021-2025.pdf; zuletzt abgerufen am 7. Januar 2022.

Streinz, R./Schroeder, W. (2018) in:

EUV/AEUV, Band 57, 3. Aufl. 2018, München: C.H.Beck und im Internet in beck-online [elektronische Ressource].

Süddeutsche.de (2021):

Union und SPD. Koalition scheitert bei Whistleblower-Gesetz, <https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/whistleblower-lambrecht-unternehmen-1.5278761>; zuletzt abgerufen am 7. Januar 2022.

Union mittelständischer Unternehmen e.V. (2020):

Vorbild: „Gute Unternehmensführung“ und Aufsichtsorgane im Mittelstand, <https://www.umu.de/et/aktuelles/vorbild-gute-unternehmensfuehrung-und-aufsichtsorgane-im-mittelstand/>; zuletzt abgerufen am 6. Januar 2022.



Jesko Trahms ist Rechtsanwalt bei BDO Legal Rechtsanwaltsgesellschaft mbH.

Dr. Cora Keller ist Rechtsanwältin bei BDO Legal Rechtsanwaltsgesellschaft mbH.

KEYWORDS

Compliance • Hinweisgeber • Hinweisgebersystem • Hinweisgeberschutzgesetz • Whistleblowing