

HSI-Schriftenreihe
Band 34

HSI
Hugo Sinzheimer Institut
für Arbeits- und Sozialrecht

Ninon Colneric • Simon Gerdemann

Die Umsetzung der Whistleblower- Richtlinie in deutsches Recht

**Rechtsfragen und rechtspolitische
Überlegungen**

Aktualisierte Onlinefassung

Ninon Colneric/Simon Gerdemann

Die Umsetzung der Whistleblower-Richtlinie in deutsches Recht

Rechtsfragen und rechtspolitische Überlegungen

HSI-Schriftenreihe
Band 34

Ninon Colneric/Simon Gerdemann

Die Umsetzung der Whistleblower-Richtlinie in deutsches Recht

Rechtsfragen und rechtspolitische Überlegungen

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2020 by Bund-Verlag GmbH, Frankfurt am Main

Herstellung: Kerstin Wilke

Umschlaggestaltung: Neil McBeath, Stuttgart

Satz: Reemers Publishing Services GmbH, Krefeld

Druck: CPI books GmbH, Leck

Printed in Germany 2020

ISBN 978-3-7663-7058-7

Alle Rechte vorbehalten,
insbesondere die des öffentlichen Vortrags, der Rundfunksendung
und der Fernsehausstrahlung, der fotomechanischen Wiedergabe,
auch einzelner Teile.

www.bund-verlag.de

Vorwort

„Whistleblower“ melden Rechtsverstöße und Missstände. Im deutschen Recht fehlt bisher ein hinreichend schutzintensives Whistleblowing-Recht. Doch Ende 2019 ist die sog. Whistleblower-Richtlinie (EU) 2019/1937 in Kraft getreten und die Mitgliedstaaten der Europäischen Union sind verpflichtet, die Vorgaben im Wesentlichen bis Ende 2021 umzusetzen. Ziel der neuen Richtlinie ist die Stärkung des individuellen Schutzes von Whistleblowern und der institutionellen Rahmenbedingungen von Meldungen. Die rechtspolitische Debatte für die Umsetzung der Vorgaben ins deutsche Recht ist bereits in vollem Gange. Einen wichtigen Beitrag dazu leistet dieses Gutachten, das durch den DGB in Auftrag gegeben wurde.

Das Autorenteam erläutert ausführlich die Vorgaben der Richtlinie und den sich daraus ergebenden Handlungsbedarf des deutschen Gesetzgebers vor dem Hintergrund bestehender Regelungslücken im deutschen Recht. Mit über 50 Auslegungshinweisen und Empfehlungen für die Umsetzung der Richtlinie schließt das Gutachten ab.

Zu den aus arbeitsrechtlicher Sicht entscheidenden Hinweisen des Autorenteams gehören u.a. wichtige Vorschläge, wie den sachlichen Anwendungsbereich im Wege einer Generalklausel auch auf nationale Sachverhalte zu erstrecken und zusätzlich einen Auffangtatbestand für die Meldung erheblicher Missstände zu schaffen, an deren Offenlegung ein öffentliches Interesse besteht. Zudem sollte der Schutz von Whistleblowern antidiskriminierungsrechtlich ausgestaltet werden und rechtsübergreifend – insbesondere auch im Kündigungsschutz – Schutz vor Repressalien bieten. Das bestehende arbeitsrechtliche Maßregelungsverbot reicht hierfür nicht aus. Zu einer effektiven Umsetzung gehören außerdem, so die Analyse, auch ein direktes externes Melderecht, ein kohärenter Gutgläubensmaßstab und eine Beweislastumkehr zugunsten der Whistleblower. Gesetzlich garantierte Vertraulichkeit ist eine ausdrückliche Vorgabe der Richtlinie. In Unternehmen von öffentlichem Interesse sollte ein unmittelbar zum Aufsichtsrat führender Whistleblowing-Kanal eingeführt werden. Aus der Richtlinie ergibt sich insoweit auch Anpassungsbedarf für die gesellschaftsrechtlichen Verschwiegenheitspflichten, unter anderem für Aufsichtsräte. Zudem sollte sichergestellt werden, dass anonyme Meldungen durch

interne sowie externe Stellen weiterverfolgt werden. Um die Vorgaben der Richtlinie rechtssicher und effektiv umzusetzen, empfiehlt das Autorenteam schließlich die Schaffung eines eigenständigen Whistleblower-Gesetzes.

Eine anregende Lektüre wünscht

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'J. Wenckebach', with a large initial 'J' and a stylized, flowing script.

Dr. Johanna Wenckebach

Inhaltsübersicht

Vorwort	5
Abkürzungsverzeichnis	11
1. Einführung	19
1.1. Anlass und Gang der Untersuchung	19
1.2. Überblick über die Richtlinie	20
2. Sachlicher Anwendungsbereich der Whistleblower-Richtlinie und Beziehung zu anderen Rechtsakten	22
2.1. Der sachliche Anwendungsbereich der Whistleblower-Richtlinie	22
2.2. Beziehung der Whistleblower-Richtlinie zu anderen Whistleblower-Rechtsakten der Union.....	24
2.3. Beziehung der Whistleblower-Richtlinie zur Geheimnis- schutzrichtlinie.....	25
2.4. Konsequenzen für die Beziehung des Whistleblower-Richtlinie- Umsetzungsgesetzes zum GeschGehG.....	28
2.5. Beziehung der Whistleblower-Richtlinie zu deutschen Vorschriften über die kollektive Interessenvertretung der Arbeitnehmer	29
3. Persönlicher Anwendungsbereich der Whistleblower-Richtlinie	32
3.1. Vorgaben der Richtlinie zum persönlichen Anwendungsbereich	32
3.2. Status quo und Änderungsbedarf des deutschen Rechts	36
4. Interne Meldeadressaten.....	38
4.1. Vorgaben der Richtlinie zur Einrichtung interner Whistleblowing-Stellen.....	38
4.2. Status quo und Änderungsbedarf des deutschen Rechts.....	41
4.3. Sollten konkrete Vorgaben zur unternehmensinternen Einbettung der Whistleblowing-Stelle gemacht werden?	45

5. Externe Meldeadressaten	49
5.1. Vorgaben der Richtlinie zur Einrichtung von Whistleblowing-Behörden.....	49
5.2. Status quo und Änderungsbedarf des deutschen Rechts.....	51
5.3. Sollten verschiedene Whistleblowing-Behörden für unterschiedliche Meldegegenstände vorgesehen werden?	55
6. Allgemeine Voraussetzungen für den Schutz von Whistleblowern	58
6.1. Vorgaben der Whistleblower-Richtlinie.....	58
6.2. Status quo und Änderungsbedarf des deutschen Rechts.....	66
6.3. Sollten Whistleblower auch dann Schutz genießen, wenn sie die Meldung intern gegenüber einer Stelle erstatten, die nicht als interne Whistleblower-Stelle benannt wurde?	74
6.4. Sollten Whistleblower auch dann Schutz genießen, wenn sie die Meldung gegenüber einer Behörde erstatten, die nicht als zuständige Whistleblowing-Behörde benannt wurde?	80
6.5. Sollten Whistleblower auch dann Schutz genießen, wenn sie sich über die Zulässigkeit der Beschaffung von Informationen irren?	82
7. Interne und externe Meldungen	84
7.1. Das Verhältnis von internen und externen Meldungen nach der Whistleblower-Richtlinie.....	84
7.2. Freiwilligkeit interner Meldungen.....	87
7.3. Die unmittelbare externe Meldemöglichkeit im Lichte der Charta der Grundrechte der Europäischen Union und der Europäischen Menschenrechtskonvention	89
7.4. Status quo und Änderungsbedarf des deutschen Rechts.....	97
8. Offenlegungen	100
8.1. Vorgaben für den Schutz von Whistleblowern, die Informationen offenlegen	100
8.2. Status quo und Änderungsbedarf des deutschen Rechts.....	101
8.3. Sollten Whistleblower auch Schutz genießen, wenn sie Informationen offenlegen, falls nicht ausreichend ermittelt oder der gemeldete Verstoß nicht hinreichend geahndet worden ist?	104
8.4. Sollten weitere Gründe einer unmittelbaren Offenlegung aufgenommen werden?	106

9. Maßnahmen zum Schutz vor Repressalien	108
9.1. Die einzuführenden Schutzmaßnahmen nach der Whistleblower-Richtlinie	108
9.2. Status quo und Änderungsbedarf des deutschen Rechts	115
9.3. Sollten weitere Maßnahmen zum Schutz von Whistleblowern eingeführt werden?	125
10. Maßnahmen zum Schutz betroffener Personen	127
10.1. Die Vorgaben der Richtlinie für den Schutz von Personen, die in der Meldung oder in der Offenlegung als Personen bezeichnet werden, die den Verstoß begangen haben	127
10.2. Status quo und Änderungsbedarf des deutschen Rechts	130
10.3. Sollten weitere Schutzmaßnahmen für betroffene Personen vorgesehen werden?	131
11. Zum Umgang mit anonymen Meldungen	135
11.1. Vorgaben der Richtlinie zum Umgang mit anonymen Meldungen	135
11.2. Sollte eine Pflicht zur Weiterverfolgung anonymer Meldungen eingeführt werden?	136
11.3. Sollte die Implementierung anonymer Meldekanäle zwingend vorgesehen werden?	137
12. Zur beamtenrechtlichen Relevanz der Whistleblower-Richtlinie	142
12.1. Vorgaben der Whistleblower-Richtlinie mit beamtenrechtlicher Relevanz	142
12.2. Status Quo und Änderungsbedarf des deutschen Rechts	144
13. Zur Erstreckung des Anwendungsbereichs auf nationale Regelungssachverhalte	149
13.1. Sollte die Begrenzung auf Unionsrecht im Rahmen des Umsetzungsgesetzes aufgehoben werden?	149
13.2. Welchen materiellen Umfang sollte eine Erweiterung des Anwendungsbereichs haben?	158

14. Sollte als Umsetzungsgesetz ein eigenständiges Whistleblower-Gesetz geschaffen werden?	171
15. Ausgewählte Ergebnisse und Empfehlungen für die nationale Umsetzung	175
Literaturverzeichnis	184

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
Abs.	Absatz
ABl.	Amtsblatt
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
AktG	Aktiengesetz
Alt.	Alternative
m. Anm.	mit Anmerkung
Art.	Artikel
AUEV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
Aufl.	Auflage
BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Sammlung der Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BB	Betriebs-Berater
BBG	Bundesbeamtengesetz
BDSC	Bundesdatenschutzgesetz
BeamtStG	Beamtenstatusgesetz
BeckOGK	beck-online.GROSSKOMMENTAR
BeckOK	Beck'sche Online-Kommentare

BeckRS	Beck-Rechtsprechung
Begr.	Begründer
BerHG	Beratungshilfegesetz
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBL.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BKartA	Bundeskartellamt
BKMS	Business Keeper Monitoring System
BMJV	Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
BörsG	Börsengesetz
BPersVG	Bundespersönlichkeitsvertretungsgesetz
BSE	Bovine spongiforme Enzephalopathie
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
Buchst.	Buchstabe
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
CB	Compliance Berater
CFR	Code of Federal Regulations
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift
DB	Der Betrieb
dbb	Deutscher Beamtenbund, dbb Beamtenbund und Tarifunion
ders.	derselbe
DGB	Deutscher Gewerkschaftsbund
DCGK	Deutscher Corporate Governance Kodex

DrittelbG	Drittelbeteiligungsgesetz
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DSGVO	Datenschutz-Grundverordnung (EU)
DVBbl.	Deutsches Verwaltungsblatt
ebd.	ebenda
EG	Europäische Gemeinschaft
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
ELIAS	Europäisches und Internationales Arbeits- und Sozialrecht
EL	Ergänzungslieferung
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EQS	Externe Qualitätssicherung
et al.	et alii (und andere)
EuR	Zeitschrift Europarecht
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EUR	Euro
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EzA	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht
f.	und die folgende Seite
ff.	und die folgenden Seiten
FiMaNoG	Finanzmarktnovellierungsgesetz
FinDAG	Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz
Fn.	Fußnote
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GeschGehG	Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen

GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GKV	gesetzliche Krankenversicherung
GRCh	Grundrechtecharta
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GwG	Geldwäschegesetz
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
HTW	Hochschule für Technik und Wirtschaft
i.Erg.	im Ergebnis
i.d.F.v.	in der Fassung vom
i.H.v.	in Höhe von
ILO	International Labour Organization
i.R.v.	im Rahmen von
i.S.d.	im Sinne der/des
i.V.m.	in Verbindung mit
i.W.	im Wesentlichen
jew.	jeweils
KAGB	Kapitalanlagegesetzbuch
Kap.	Kapitel
KG	Kommanditgesellschaft
KWG	Kreditwesengesetz
KriPoZ	Kriminalpolitische Zeitung
LAG	Landesarbeitsgericht
LG	Landgericht
LMU	Ludwig-Maximilians-Universität München
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen

MitBestG	Mitbestimmungsgesetz
MMVO	Marktmissbrauchsverordnung (EU)
MüKoBGB	Münchener Kommentar zum BGB
MüKoAktG	Münchener Kommentar zum AktG
MuSchG	Mutterschutzgesetz
Nachw.	Nachweise
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZWSt	Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht
OECD	Organisation für Economic Co-Operation and Development
OHG	Offene Handelsgesellschaft
PIE	public interest entity
RdA	Recht der Arbeit
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite
SEC	Securities Exchange Commission
SGB	Sozialgesetzbuch
SFB	Sonderforschungsbereich
SprAuG	Sprecherausschussgesetz
SR	Soziales Recht

StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
StV	Strafverteidiger
StVG	Straßenverkehrsgesetz
StVO	Straßenverkehrs-Ordnung
SWD	Staff Working Document
TVG	Tarifvertragsgesetz
TVöD	Tarifvertrag für öffentlichen Dienst
u.a.	unter anderem
Unterabs.	Unterabsatz
USA	United States of America
U.S.C.	United States Code
VAG	Versicherungsaufsichtsgesetz
VerSanG	Verbandssanktionengesetz
VerwG	Verwaltungsgericht
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WBRL	Whistleblower-Richtlinie
Wm. & Mary L. Rev.	William & Mary Law Review
WpHG	Wertpapierhandelsgesetz
WPO	Wirtschaftsprüferordnung
z.B.	zum Beispiel
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht

ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZKG	Zahlungskontengesetz
Ziff.	Ziffer
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
ZR	Zentrale Rechtsabteilung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

1. Einführung

1.1. Anlass und Gang der Untersuchung

Am 16. Dezember 2019 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,¹ in Kraft getreten (im Folgenden: Whistleblower-Richtlinie; WBRL). Basierend auf einem Kommissionsvorschlag vom 23. April 2018² und begleitet von einer intensiven rechtspolitischen Diskussion³ stellt die Richtlinie in ihrer endgültigen Fassung den in Regelungstiefe und -umfang bisher mit Abstand weitreichendsten Rechtsakt der Europäischen Union auf dem Gebiet des Whistleblowing-Rechts dar.⁴ Die Mitgliedstaaten der Europäischen Union sind nun dazu verpflichtet, die Vorgaben der Richtlinie im Wesentlichen bis zum 17. Dezember 2021 umzusetzen.⁵

Die Thematik des Whistleblowings, verstanden als Meldung von Rechtsverstößen und Missständen an einen organisationsinternen oder -externen Adressaten aus autonomem Interesse an deren Aufdeckung, ist in Rechtspolitik und Rechtswissenschaft in den letzten Jahren international auf stetig steigende Aufmerksamkeit gestoßen. Bekannte Whistleblowing-Fälle wie der des ehemaligen CIA-Mitarbeiters *Edward J. Snowden* oder der deutschen Altenpflegerin *Brigitte Heinisch* haben auch in der breiten Öffentlichkeit immer wieder zu teils kontrovers geführten Diskussionen über den angemessenen Umgang mit Whistleblowern geführt.⁶ Im Unterschied zu einer wachsenden Zahl anderer Rechtsordnungen verfügt Deutschland bisher noch nicht über ein kodifiziertes, hinreichend schutzintensives Whistleblowing-Recht – ein Umstand, der international schon länger als eine wesentliche Schwäche des deutschen Rechts eingestuft

¹ ABl. L 305 vom 26.11.2019, 17.

² COM(2018) 218 final.

³ Zusammenfassung bei *Schmolke*, NZG 2020, 5, 5 f. m.w.N.

⁴ Zu vorangegangenen Rechtsakten *Gerdemann*, NZA-Beilage 2020 (erscheint demnächst) m.w.N.

⁵ Art. 26 Abs. 1 WBRL. Für die Einrichtung interner Meldekanäle in Unternehmen des privaten Sektors mit 50 bis 249 Arbeitnehmern ist eine erweiterte Umsetzungsfrist bis zum 17. Dezember 2023 vorgesehen (Art. 26 Abs. 2 WBRL).

⁶ Zum Fall *Heinisch*, siehe unten, Punkte 7.3., 8.2. und 13.2.

wird.⁷ Nicht zuletzt aus diesem Grund wird die Umsetzung der Whistleblower-Richtlinie gerade für Deutschland mit einer Vielzahl rechtlich wie praktisch signifikanter Änderungen einhergehen.

Das vorliegende, im Auftrag des Deutschen Gewerkschaftsbundes erstellte Rechtsgutachten hat sich zum Ziel gesetzt, die Vorgaben der Whistleblower-Richtlinie und ihre rechtlichen Konsequenzen für das deutsche Recht einer detaillierten Analyse zu unterziehen. Zugleich werden auf Basis aktueller rechtswissenschaftlicher und rechtsempirischer Erkenntnisse konkrete Empfehlungen für die anstehende Umsetzung der Richtlinie gegeben. Das Gutachten erhebt keinen Anspruch auf lückenlose Vollständigkeit, sondern widmet sich gezielt vor allem jenen Fragestellungen und Problemkomplexen, die für die Rechtsstellung der Arbeitnehmer in Deutschland von besonderer Relevanz sind. Die Darstellung orientiert sich an den insofern relevantesten Themenkomplexen der Richtlinie unter Berücksichtigung ihrer Regulationsstruktur und endet mit einer systematisierten Zusammenfassung der wesentlichen wissenschaftlichen Ergebnisse und rechtspolitischen Empfehlungen.

1.2. Überblick über die Richtlinie

Erklärtes Ziel der WBRL ist es, die effektive Durchsetzung des Unionsrechts durch eine europaweite Stärkung des individuellen Schutzes von Whistleblowern und der institutionellen Rahmenbedingungen des Whistleblowings signifikant zu verbessern.⁸ Dem liegt die Feststellung zugrunde, dass die gegenwärtige Fragmentierung des Whistleblowing-Rechts in Europa und ein in Mitgliedstaaten wie Deutschland als zu gering bewertetes Schutzniveau ein wesentliches Hindernis für die freiwillige Meldung von Verstößen gegen europäisches Recht und damit zugleich für dessen effektive Durchsetzung darstellen.⁹ Als Konsequenz dieser Ausgangslage strebt der europäische Gesetzgeber unter maßgeblicher Initiative des Europäischen Parlaments eine umfassende Mindestharmonisierung des Whistleblowing-Rechts in Europa auf einer Vielzahl unterschiedlicher Rechtsgebiete an. Seine primärrechtliche Grundlage findet dieses Vorhaben

⁷ Siehe statt mehrerer Impact Assessment SWD (2018) 116 final, Annex 6, Teil D, A6.C.11., A6.D.11., A6.E.11; *OECD*, Anti-Bribery Phase 4 Report Germany, 2018, 5, 18 ff., 84.

⁸ Art. 1, Erwägungsgründe 1-5 WBRL.

⁹ Erwägungsgrund 4 WBRL; Impact Assessment SWD(2018) 116 final, 12 f., Teil D, Annex 6 D.11.

in der Binnenmarktkompetenz und der Annahme einer Annexkompetenz zu den bereichsspezifischen Kompetenzgrundlagen all jener Regulierungsfelder, auf denen sich die Europäische Union durch zukünftige Meldungen eine besonders wirksame Reduzierung bestehender Vollzugsdefizite verspricht.¹⁰

Zur Erreichung dieser rechtspolitischen Zielsetzung enthält die WBRL eine Vielzahl ineinandergreifender Vorgaben auf unterschiedlichen Rechtsgebieten, deren wesentliche Regelungsstruktur sich in vier grundlegende Regulierungselemente unterteilen lässt. So sieht die Richtlinie zunächst einen umfassenden anti-diskriminierungsrechtlichen Whistleblower-Schutz vor, durch den Personen, die Verstöße im Sinne der Richtlinie melden, vor Repressalien bewahrt werden und gegen diese vorgehen können sollen.¹¹ Des Weiteren werden juristische Personen des privaten und öffentlichen Sektors verpflichtet, interne Meldekanäle zur Entgegennahme und Weiterverfolgung von Verstoßinformationen einzurichten, um potentiellen Whistleblowern auf diese Weise einen geeigneten unternehmens- bzw. verwaltungsinternen Adressaten zur Seite zu stellen.¹² Ferner sieht die Richtlinie die Etablierung externer Meldekanäle in Gestalt spezieller Whistleblowing-Behörden bzw. -Behördenteile vor, welche die Funktion professionalisierter administrativer Brückenköpfe zwischen Whistleblower und staatlichen Ermittlungsbehörden einnehmen sollen.¹³ Als viertes Regulierungselement verlangt WBRL schließlich die Festlegung eines Whistleblowing-spezifischen Sanktionsrechts mit entsprechenden straf- bzw. ordnungswidrigkeitsrechtlichen Konsequenzen.¹⁴

¹⁰ Erwägungsgründe 6 ff., 105 WBRL.

¹¹ Art. 4, 6, 19, 21 WBRL.

¹² Art. 7-9 WBRL.

¹³ Art. 10-14 WBRL.

¹⁴ Art. 23 WBRL.

2. Sachlicher Anwendungsbereich der Whistleblower-Richtlinie und Beziehung zu anderen Rechtsakten

2.1. Der sachliche Anwendungsbereich der Whistleblower-Richtlinie

Der sachliche Anwendungsbereich der Richtlinie bestimmt sich nach dem Gegenstand der gemeldeten bzw. offengelegten Information. Erfasst sind Informationen über Verstöße, die in den Anwendungsbereich von enumerativ aufgelisteten Rechtsakten und primärrechtlichen Normen der Europäischen Union einschließlich der nationalen Umsetzungsnormen¹⁵ des erfassten Unionsrechts fallen (Art. 2 in Verbindung mit dem Anhang Teil I und II WBRL).

Neben Informationen über bereits begangene Verstöße und Maßnahmen zu deren Verschleierung sind auch Informationen über Verstöße erfasst, die sehr wahrscheinlich erfolgen werden (Art. 5 Nr. 2 WBRL). Über Verstöße hinaus ist zudem Verhalten meldefähig, das eine vom Anwendungsbereich erfasste Norm zwar nicht verletzt, dem mit ihr verfolgten Ziel oder Zweck jedoch zuwiderläuft (Art. 5 Nr. 1 Ziff. ii WBRL), also den Tatbestand eines Rechtsmissbrauchs erfüllt.¹⁶ Hierdurch findet eine potenziell erhebliche Erweiterung des Anwendungsbereichs statt; denn auch an sich rechtmäßiges Verhalten unterfällt der Richtlinie, sofern trotz formaler Einhaltung der unionsrechtlichen Bedingungen das Ziel einer Regelung nicht erreicht wurde und die Absicht vorliegt, sich einen unionsrechtlich vorgesehenen Vorteil dadurch zu verschaffen, dass die entsprechenden Voraussetzung willkürlich geschaffen werden.¹⁷ Ob die Tatbe-

¹⁵ Vgl. Erwägungsgrund 19 S. 3 WBRL.

¹⁶ Rechtspolitischer Hintergrund dieser Bestimmung waren formal überwiegend legale Steuervermeidungspraktiken, wie sie namentlich von den beiden „Lux-Leaks“-Whistleblowern *Antoine Deltour* und *Raphaël Halet* aufgedeckt wurden. Vgl. Art. 2 Abs. 1 Buchst. c, Erwägungsgrund 18 WBRL.

¹⁷ Zum unionsrechtlichen Begriff des Rechtsmissbrauchs, siehe EuGH 26.2.2019 – C-116/16, C-117/16 (*T Danmark, Y Danmark*) Rn. 97, BeckRS 2019, 2173 m.w.N.; sowie Erwägungsgrund 42 WBRL mit explizitem Verweis auf die einschlägige Rspr. des EuGH.

standsmerkmale eines Rechtsmissbrauchs vorliegen, z.B. ob Transaktionen vorliegen, die jeder wirtschaftlichen und geschäftlichen Rechtfertigung entbehren, die nur pro forma oder künstlich durchgeführt worden sind und deren Hauptzwecke die Erlangung eines ungerechtfertigten Vorteils ist, ist im Wege einer Analyse des gesamten Sachverhalts zu ermitteln.¹⁸

Die in der Richtlinie aufgeführten Rechtsakte und primärrechtlichen Normen erfassen eine Vielzahl zentraler Regulierungsbereiche der Europäischen Union. Hierzu zählen unter anderem Vorschriften der allgemeinen Binnenmarktregulierung unter Einschluss des Wettbewerbs-, Beihilfen- und Körperschaftssteuerrechts,¹⁹ des öffentlichen Auftragswesens inklusive der Vergabe staatlicher Konzessionen,²⁰ des Finanzdienstleistungssektors nebst Vorgaben zur Verhinderung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung,²¹ des Umwelt-, Gesundheits- und Tierschutzrechts,²² des Rechts der Produkt-, Verkehrs- und Lebensmittelsicherheit²³ sowie des Verbraucher- und Datenschutzrechts.²⁴ Nicht aufgenommen bzw. ausgeschlossen sind hingegen insbesondere die Bereiche der nationalen Sicherheit,²⁵ des allgemeinen Arbeitnehmerschutzes,²⁶ der Energiewirtschaft mit Ausnahme der Kernenergie²⁷ sowie der Schutz von Verschlusssachen.²⁸

Wesentlicher Hintergrund für die gegenständliche Beschränkung des sachlichen Anwendungsbereichs ist die gegenständliche Beschränkung der Rechtssetzungskompetenzen der Europäischen Union im Sinne der Grundsätze der begrenzten Einzelermächtigung, Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit.²⁹ Die

¹⁸ EuGH 26.2.2019 – C-116/16, C-117/16 (*T Danmark, Y Denmark*), Rn. 98, BeckRS 2019, 2173.

¹⁹ Art. 2 Abs. 1 Buchst. c WBRL.

²⁰ Art. 2 Abs. 1 Buchst. a Ziff. i i.V.m. Anhang Teil I Buchst. A WBRL.

²¹ Art. 2 Abs. 1 Buchst. a Ziff. ii i.V.m. Anhang Teil I Buchst. B, Teil II Buchst. A WBRL.

²² Art. 2 Abs. 1 Buchst. a Ziff. v i.V.m. Anhang Teil I Buchst. E, Teil II Buchst. C WBRL; Art. 2 Abs. 1 Buchst. a Ziff. viii i.V.m. Anhang Teil I Buchst. H. WBRL; Art. 2 Abs. 1 Buchst. a Ziff. vii i.V.m. Anhang Teil I Buchst. G Ziff. 2-4 WBRL.

²³ Art. 2 Abs. 1 Buchst. a Ziff. iii i.V.m. Anhang Teil I Buchst. C WBRL; Art. 2 Abs. 1 Buchst. a Ziff. iv i.V.m. Anhang Teil I Buchst. D, Teil II Buchst. B WBRL; Art. 2 Abs. 1 Buchst. a Ziff. vii i.V.m. Anhang Teil I Buchst. G Ziff. 1 WBRL.

²⁴ Art. 2 Abs. 1 Buchst. a Ziff. ix i.V.m. Anhang I Buchst. I WBRL; Art. 2 Abs. 1 Buchst. a Ziff. x i.V.m. Anhang Teil I Buchst. J WBRL.

²⁵ Art. 3 Abs. 2 WBRL.

²⁶ Vgl. Art. 27 Abs. 3 S. 2 a.E., Erwägungsgrund 21 WBRL.

²⁷ Art. 2 Abs. 1 Buchst. a Ziff. vi i.V.m. Anhang I Buchst. F WBRL.

²⁸ Art. 3 Abs. 3 Buchst. a WBRL.

²⁹ Art. 5 Abs. 1 EUV.

Richtlinie erstreckt sich nur auf Bereiche, in denen der Schutz von Whistleblowern zugleich der effektiven Durchsetzung des Unionsrechts dient und der Union die Einführung einheitlicher Mindeststandards besonders geboten erschien.³⁰ Hierbei behält sie sich eine Erweiterung des sachlichen Anwendungsbereichs auf weitere Rechtsakte und Normen ausdrücklich vor.³¹ Dem rechtspolitischen Ziel, der unübersichtlichen Fragmentierung des Whistleblowing-Rechts in Europa im Interesse der Rechtssicherheit entgegenzuwirken,³² kann die Richtlinie angesichts dieser Ausgangslage freilich nur begrenzt gerecht werden. Dementsprechend werden die Mitgliedstaaten auf die Möglichkeit einer freiwilligen Ausdehnung des sachlichen Anwendungsbereichs ausdrücklich hingewiesen.³³

2.2. Beziehung der Whistleblower-Richtlinie zu anderen Whistleblower-Rechtsakten der Union

Die Beziehung der Whistleblower-Richtlinie zu anderen Whistleblower-Rechtsakten der Union ist in Art. 3 Abs. 1 WBRL geregelt, der bestimmt:

„Falls die in Teil II des Anhangs aufgeführten sektorspezifischen Rechtsakte der Union spezifische Regeln über die Meldung von Verstößen enthalten, gelten diese Regeln. Die Bestimmungen dieser Richtlinie gelten insoweit, als die betreffende Frage durch diese sektorspezifischen Rechtsakte der Union nicht verbindlich geregelt ist.“

Die Vorgaben vorangegangener Rechtsakte gehen der Richtlinie also nur insoweit vor, wie diese konkrete, sektorspezifische Whistleblowing-Vorgaben enthalten, die inhaltlich von der Richtlinie abweichen. Im Übrigen finden die Mindeststandards der Richtlinie auch im Anwendungsbereich dieser Rechtsakte uneingeschränkt Anwendung.³⁴

Der wesentliche Hintergrund dieser teilweisen Ausnahme von den Harmonisierungsbestrebungen der WBRL liegt darin, dass die Europäische Union in den

³⁰ Siehe Erwägungsgründe 2 ff., 105 ff. WBRL.

³¹ Art. 27 Abs. 3 Unterabs. 1 WBRL mit Evaluationsfrist der Kommission bis zum 17.12.2025.

³² Vgl. Erwägungsgrund 4 WBRL; Begründung des Kommissionsvorschlags 2018/0106 (COD) vom 23.4.2018, Ziff. 1.

³³ Art. 2 Abs. 2, Erwägungsgrund 5 S. 2 WBRL. Zur Erstreckung des Anwendungsbereichs auf nationale Sachverhalte im Einzelnen unten, Punkt 13.

³⁴ Vgl. Erwägungsgrund 20 S. 4 WBRL.

vergangenen Jahren vor allem im Finanzdienstleistungssektor durch mehrere Rechtsakte die flächendeckende Einrichtung interner Meldekanäle vorangetrieben hat.³⁵ Da die Whistleblower-Richtlinie eine Pflicht zur Einrichtung interner Meldekanäle im Gegensatz zu diesen Rechtsakten grundsätzlich nur für juristische Personen ab 50 Arbeitnehmern vorsieht,³⁶ soll durch Art. 3 Abs. 1 WBRL vor allem verhindert werden, dass es insoweit zu einer Absenkung bestehender Whistleblowing-Standards kommt.³⁷

Hiervon abgesehen sind die inhaltlichen Auswirkungen des Art. 3 Abs. 1 WBRL indes gering, da die Whistleblowing-Vorgaben der in Teil II des Anhangs aufgeführten Rechtsakte in der Regel nicht den von dieser Norm geforderten Grad spezifischer und verbindlicher Regulierung aufweisen.³⁸ Seine potentiellen Auswirkungen auf den anti-diskriminierungsrechtlichen Whistleblower-Schutz hat Art. 3 Abs. 1 WBRL im Rahmen des Trilog-Verfahrens weitgehend eingeblüßt, da internes und externes Whistleblowing im Einklang mit vorherigen Whistleblower-Rechtsakten der Union ausdrücklich gleichgestellt wurden.³⁹

2.3. Beziehung der Whistleblower-Richtlinie zur Geheimnisschutzrichtlinie

Die 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 Offenlegung⁴⁰ (Geheimnisschutz-Richtlinie) ist eine Maßnahme zur Rechtsangleichung im Binnenmarkt. Sie bezweckt, wie ihr Erwägungsgrund 10 erläutert, eine Annäherung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten, damit im gesamten Binnenmarkt ein ausreichender und kohärenter zivilrechtlicher Schutz für den Fall des rechtswidrigen Erwerbs oder der rechtswidrigen Nutzung oder Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses besteht. Erwägungsgrund 14 hebt hervor, dass es wichtig sei, eine homogene Definition des Begriffs „Geschäftsgeheimnis“ festzulegen.

³⁵ Siehe unten Punkt 4.2, mit den insofern relevantesten Umsetzungsnormen des deutschen Rechts.

³⁶ Hierzu im Einzelnen unten, Punkt 4.1.

³⁷ Vgl. Erwägungsgrund 20 S. 3 WBRL.

³⁸ Vgl. zu den Vorgaben vorangegangener Whistleblower-Rechtsakte *Gerdemann*, NZA-Beilage 2020 (erscheint demnächst).

³⁹ Art. 10 Alt. 2 WBRL. Hierzu insbesondere unten, Punkt 7.

⁴⁰ ABl. EU Nr. L 157, 1.

Gemäß Art. 2 Nr. 1 Geheimnisschutz-Richtlinie bezeichnet der Ausdruck „Geschäftsgeheimnis“ für die Zwecke der Richtlinie Informationen, die alle der nachstehenden Kriterien erfüllen:

- „a) Sie sind in dem Sinne geheim, dass sie weder in ihrer Gesamtheit noch in der genauen Anordnung und Zusammensetzung ihrer Bestandteile den Personen in den Kreisen, die üblicherweise mit dieser Art von Informationen umgehen, allgemein bekannt oder ohne weiteres zugänglich sind;
- b) sie sind von kommerziellem Wert, weil sie geheim sind;
- d) sie sind Gegenstand von den Umständen entsprechenden angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen durch die Person, die die rechtmäßige Kontrolle über die Informationen besitzt;“

Erwägungsgrund 20 erläutert, dass die in der Geheimnisschutz-Richtlinie vorgesehenen Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfe nicht dazu dienen sollen, Whistleblowing-Aktivitäten einzuschränken. Dementsprechend bestimmt Art. 5 Geheimnisschutz-Richtlinie unter der Überschrift „Ausnahmen“:

„Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass ein Antrag auf die in dieser Richtlinie vorgesehenen Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfe abgelehnt wird, wenn der angebliche Erwerb oder die angebliche Nutzung oder Offenlegung des Geschäftsgeheimnisses in einem der folgenden Fälle erfolgt ist:

[...]

- b) zur Aufdeckung eines beruflichen oder sonstigen Fehlverhaltens oder einer illegalen Tätigkeit, sofern der Antragsgegner in der Absicht gehandelt hat, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen;“

Gemäß Art. 3 Abs. 2 Geheimnisschutz-Richtlinie gilt der Erwerb, die Nutzung oder die Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses insofern als rechtmäßig, als der Erwerb, die Nutzung oder die Offenlegung durch Unionsrecht oder nationales Recht vorgeschrieben oder erlaubt.

An die letztgenannte Bestimmung knüpft die WBRL an. Ihr Art. 21 Abs. 7 Unterabs. 2 bestimmt:

„Wenn eine Person Informationen über in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie fallende Verstöße meldet oder offenlegt, die Geschäftsgeheimnisse beinhalten, und wenn diese Person die Bedingungen dieser Richtlinie erfüllt, gilt diese Meldung oder Offenlegung als rechtmäßig im Sinne von Artikel 3 Absatz 2 der Richtlinie (EU) 2016/943.“

Gemäß Art. 21 Abs. 7 Unterabs. 1 WBRL können Personen, die in den persönlichen Anwendungsbereich der WBRL fallen, in Gerichtsverfahren wegen Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen aufgrund von Meldungen oder Offenlegungen im Einklang mit der WBRL in keiner Weise haftbar gemacht werden.

Erwägungsgrund 98 WBRL erläutert, dass die beiden Richtlinien als einander ergänzend betrachtet werden sollen. Die in der Geheimnisschutz-Richtlinie vorgesehenen zivilrechtlichen Schutzmaßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfe sowie Ausnahmen sollten weiterhin immer dann gelten, wenn eine Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen nicht in den Anwendungsbereich der WBRL fällt.

Zwischen dem Whistleblower-Schutz nach der WBRL und dem nach der Geheimnisschutz-Richtlinie gibt es eine Reihe von Unterschieden:

Die beiden Richtlinien sehen unterschiedliche Meldegegenstände vor. In der WBRL geht es um die Meldung von Verstößen gegen das Unionsrecht in bestimmten Bereichen. Art. 5 Nr. 1 WBRL definiert den Ausdruck „Verstöße“ als „Handlungen oder Unterlassungen, die

- i) rechtswidrig sind und mit den Rechtsakten der Union und den Bereichen in Zusammenhang stehen, die in den sachlichen Anwendungsbericht gemäß Artikel 2 fallen, oder
- ii) dem Ziel oder dem Zweck der Vorschriften der Rechtsakte der Union und der Bereiche, die in den Anwendungsbereich gemäß Artikel 2 fallen, zuwiderlaufen.“

Das nach Art. 5 Buchstabe b Geheimnisschutz-Richtlinie geschützte Aufdecken ist dagegen nicht auf bestimmte Bereiche des Unionsrechts beschränkt und bezieht sich außer auf illegale Tätigkeiten auch auf berufliches oder sonstiges Fehlverhalten.

Andererseits knüpft die Geheimnisschutz-Richtlinie den Schutz im Gegensatz zu der WBRL an die Absicht, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen.

Die WBRL erlegt den Mitgliedstaaten auf, Whistleblower umfassend gegen Repressalien zu schützen. Sie enthält in Art. 19 einen Katalog mit Beispielen verbotener Repressalien, darunter Suspendierung, Kündigung und zahlreiche weitere Maßnahmen der Arbeitgeberseite. Whistleblowern, die sich hiergegen zur Wehr setzen wollen, fällt typischerweise die Rolle des Klägers zu. Demgegenüber betrifft Art. 5 Buchstabe b Geheimnisschutz-Richtlinie den Whistleblower in der Rolle des Antragsgegners.

Weder die WBRL noch die Geheimnisschutz-Richtlinie knüpfen den Schutz des Whistleblowers an die Voraussetzung eines internen Abhilfeversuchs.⁴¹

Die Mitgliedstaaten müssen demnach, wenn Geschäftsgeheimnisse nach der o.g. Definition betroffen sind, Folgendes sicherstellen: Ist ein Whistleblower nach der WBRL geschützt, ist sein Verhalten im Anwendungsbereich der Geschäftsgeheimnis-Richtlinie als rechtmäßig anzusehen. Ist ein Whistleblower nicht nach der WBRL geschützt, muss er Schutz nach Maßgabe des Art. 5 Buchstabe b Geheimnisschutz-Richtlinie genießen.

2.4. Konsequenzen für die Beziehung des Whistleblower-Richtlinie-Umsetzungsgesetzes zum GeschGehG

Die Geheimnisschutz-Richtlinie wurde in Deutschland durch das Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen (GeschGehG) umgesetzt.⁴² Es weicht in einigen Punkten von der Geheimnisschutz-Richtlinie ab, weshalb sich die Frage stellt, ob es in vollem Umfang unionsrechtskonform ist.⁴³ Hier ist jedoch nicht der Ort, um eine Antwort auf diese Frage zu entwickeln. Unter dem Blickwinkel der Umsetzung der WBRL muss lediglich gewährleistet sein, dass das Verhalten eines Whistleblowers im Anwendungsbereich des GeschGehG als rechtmäßig angesehen wird, soweit dieser nach dem WBRL-Umsetzungsgesetz geschützt ist.

Gemäß § 3 Abs. 2 GeschGehG darf ein Geschäftsgeheimnis erlangt, genutzt oder offengelegt werden, wenn dies durch Gesetz, aufgrund eines Gesetzes oder durch Rechtsgeschäft gestattet ist. Diese Vorschrift ist nach dem Muster des Art. 21 Abs. 7 Unterabs. 2 WBRL zu nutzen, um das WBRL-Umsetzungsgesetz mit dem GeschGehG zu verknüpfen. Es ist also zu bestimmen, dass eine Meldung oder Offenlegung im Sinne von § 3 Abs. 2 GeschGehG gestattet ist, wenn eine Person Informationen über in den Anwendungsbereich des WBRL-Umsetzungsgesetz fallende Verstöße meldet oder offenlegt, die Geschäftsgeheimnisse beinhalten, und wenn diese Person die Bedingungen für den Schutz nach dem WBRL-Umsetzungsgesetz erfüllt.

⁴¹ Dazu eingehend unter Punkt 7., soweit es um die WBRL geht; ebenso zur Geheimnisschutzrichtlinie *Reinbacher*, KriPoZ 2018, 115, 120, *ders.*, KriPoZ 2019, 148, 157; *Gerdemann*, NZA-Beilage 2020 (erscheint demnächst).

⁴² BGBl. I S. 466.

⁴³ Siehe beispielsweise *Reinbacher*, KriPoZ 2019, 148, 151 f., 155; *Ohly*, GRUR 2019, 441, 444 f., 448.

Im Übrigen ist klarzustellen, dass Personen, die in den persönlichen Anwendungsbereich des WBRL-Umsetzungsgesetzes fallen, in Gerichtsverfahren wegen Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen aufgrund von Meldungen oder Offenlegungen im Einklang mit dem WBRL-Umsetzungsgesetz in keiner Weise haftbar gemacht werden können.

2.5. Beziehung der Whistleblower-Richtlinie zu deutschen Vorschriften über die kollektive Interessenvertretung der Arbeitnehmer

Die WBRL berührt gemäß ihrem Art. 3 Abs. 4 S. 1 WBRL nicht die nationalen Vorschriften über die Wahrnehmung des Rechts von Arbeitnehmern, ihre Vertreter oder Gewerkschaften zu konsultieren, über den Schutz vor ungerechtfertigten nachteiligen Maßnahmen aufgrund einer solchen Konsultation sowie über die Autonomie der Sozialpartner und deren Recht, Tarifverträge einzugehen. Dies gilt gemäß dem zweiten Satz dieser Vorschrift unbeschadet des durch diese Richtlinie garantierten Schutzniveaus.

Wie Erwägungsgrund 29 erläutert, soll sich die Richtlinie nicht auf nationale Bestimmungen über die Inanspruchnahme des Rechts der Arbeitnehmervertreter auf Information, Konsultation und Teilnahme an Kollektivverhandlungen und die Verteidigung der Arbeitnehmerrechte durch Arbeitnehmervertreter auswirken; die Ausübung dieser Rechte soll das durch diese Richtlinie gewährte Maß an Schutz unberührt lassen.

Im Entwurf der Kommission war eine dem Art. 3 Abs. 4 WBRL entsprechende Bestimmung nicht enthalten. Es gab in Art. 5 des Entwurfs, der damaligen Vorschrift über das Verfahren für interne Meldungen und Folgemaßnahmen, einen Absatz 3, dessen Satz 1 besagte, dass es sich bei der für Folgemaßnahmen zuständigen Person oder Dienststelle um dieselbe Person handeln darf, die auch für die Entgegennahme von Maßnahmen zuständig ist.⁴⁴ Satz 2 dieser Vorschrift lautete: „Es können weitere Personen als ‚Vertrauenspersonen‘ benannt werden, von denen sich Hinweisgeber und Personen, die eine Meldung in Betracht ziehen, vertraulich beraten lassen können.“ Der Vorschlag, den die Berichtsteratterin Rozière dem Rechtsausschuss des Europäischen Parlaments vorlegte,⁴⁵ ent-

⁴⁴ Art. 3 S. 1 COM (2018) 218 final.

⁴⁵ Vorschlag vom 2.7.2018 – 2018/0106(COD), https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/JURI-PR-623965_EN.pdf?redirect.

hielt den erläuternden Zusatz: „These persons may, in particular, be workers’ representatives.“ In den Trilog-Verhandlungen wurde Art. 5 Abs. 3 des Entwurfs jedoch gestrichen. Man verständigte sich darauf, eine neue Vorschrift über die Beziehungen der Richtlinie zu anderen Unionsrechtsakten und nationalen Bestimmungen zu schaffen, in die der Text aufgenommen wurde, der sich nun nahezu unverändert in Art. 3 Abs. 4 WBRL findet. Gleichzeitig wurde der Erwägungsgrund 29 in die Richtlinie eingefügt.

Art. 3 Abs. 4 WBRL ist also anscheinend auf die Sorge zurückzuführen, dass die kollektiven Rechte der Arbeitnehmer durch die WBRL verkürzt werden könnten. Der Vorschlag der Kommission ließ im Unklaren, in welchem Verhältnis die darin vorgesehene Vertrauensperson für das Whistleblowing zu den bestehenden Strukturen der Arbeitnehmervertretung stehen würde. Art. 3 Abs. 4 WBRL stellt klar, dass sich an den nationalen Vorschriften über die kollektiven Rechte der Arbeitnehmer durch die WBRL nichts ändert. Arbeitnehmer, die sich mit dem Gedanken tragen, Whistleblower zu werden, oder es schon sind, können beispielsweise die Sprechstunde des Betriebsrats aufsuchen, wenn eine solche eingerichtet worden ist (§ 39 BetrVG). Auch außerhalb von Sprechstunden können sich Arbeitnehmer an das Betriebsratsbüro wenden oder ein Betriebsratsmitglied ansprechen.⁴⁶ Sieht sich ein Whistleblower Repressalien durch andere Arbeitnehmer oder den Arbeitgeber ausgesetzt, kann er sich gemäß § 84 BetrVG bei den zuständigen Stellen des Betriebes beschweren und zur Unterstützung oder Vermittlung ein Mitglied des Betriebsrats hinzuziehen. Er kann sich in einem solchen Fall auch gemäß § 85 BetrVG direkt beim Betriebsrat beschweren. Wird dem Whistleblower gekündigt, weil er den Betriebsrat aufgesucht hat, ist er nach den Vorschriften des Kündigungsschutzrechts einschließlich der Beteiligung des Betriebsrats gemäß § 102 BetrVG geschützt. Andererseits steht ihm auch der durch die WBRL garantierte Schutz zu. Er darf beispielsweise keinen Sanktionen ausgesetzt werden, wenn er sich im Anwendungsbereich der WBRL ohne vorheriges internes Whistleblowing direkt an die zuständigen Behörden gewandt hat.⁴⁷ Die Einhaltung der Schutzvorgaben des Umsetzungsgesetzes ist in Zukunft vom Betriebsrat gemäß § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG gemeinsam mit dem Arbeitgeber gemäß § 75 Abs. 1 BetrVG zu überwachen.

⁴⁶ BAG 23.6.1983 – 6 ABR 65/80, BeckRS 9998, 149584; LAG Berlin 3.11.1980 – 9 Sa 52/80, EzA § 39 BetrVG 1972 Nr. 1.

⁴⁷ Dazu im Einzelnen unten, Punkt 7.

Auch die Tarifaufonomie wird durch die WBRL nicht angetastet, sofern das Schutzniveau der Richtlinie nicht beeinträchtigt wird. Der durch die Richtlinie gewährte Schutz kann beispielsweise per Tarifvertrag auf weitere Regelungssachverhalte erstreckt werden.

3. Persönlicher Anwendungsbereich der Whistleblower-Richtlinie

3.1. Vorgaben der Richtlinie zum persönlichen Anwendungsbereich

Art. 4 WBRL legt den persönlichen Anwendungsbereich des Whistleblower-Schutzes der Richtlinie fest.⁴⁸ Im Interesse einer möglichst breiten Informationsbasis zur Aufdeckung von Verstößen und zur Vermeidung potentieller Schutzlücken hat sich die Europäische Union für einen möglichst umfassenden Whistleblower-Schutz entschieden, dessen persönlicher Anwendungsbereich weder von einer besonderen individuellen Schutzbedürftigkeit des Whistleblowers noch vom Bestehen eines bestimmten (Arbeits-)Rechtsverhältnisses abhängig gemacht wird.⁴⁹ Einzige stets notwendige Voraussetzung ist, dass der Whistleblower seine Informationen „im beruflichen Kontext“ erlangt haben muss (Art. 4 Abs. 1 WBRL). Die Legaldefinition in Art. 5 Nr. 9 WBRL versteht hierunter

„laufende oder frühere Arbeitstätigkeiten im öffentlichen oder im privaten Sektor, durch die Personen unabhängig von der Art der Tätigkeiten Informationen über Verstöße erlangen und bei denen sich diese Personen Repressalien ausgesetzt sehen könnten, wenn sie diese Informationen melden würden“.

Die Formulierung der laufenden oder früheren Arbeitstätigkeit ist hierbei nicht im Sinne einer arbeitsrechtlichen Beziehung zu verstehen, sondern schließt lediglich die rein private Informationserlangung aus. Auch die Erwähnung möglicher Repressalien führt zu keiner effektiven Einschränkung, da deren Vorliegen ohnehin notwendige Voraussetzung gegen sie gerichteter Ansprüche und Abwehrrechte ist.⁵⁰ Sofern jemand unter eine der in Art. 4 WBRL genannten

⁴⁸ Zum persönlichen Anwendungsbereich der Pflicht zur Einrichtung interner Whistleblowing-Stellen, siehe unten, Punkt 4.1.

⁴⁹ Vgl. Erwägungsgrund 37 WBRL. Vorangegangener Whistleblower-Rechtsakte der Union waren insoweit noch enger gefasst, vgl. etwa Art. 32 Abs. 2 Buchst. b MMVO (Beschäftigung auf der Grundlage eines Arbeitsvertrages).

⁵⁰ Hierzu unten, Punkt 10.

Personengruppen fällt, ist der Anwendungsbereich der Richtlinie daher in aller Regel eröffnet.

Zu diesen Personengruppen zählen gemäß Art. 4 Abs. 1 Buchst. a WBRL zunächst sämtliche Arbeitnehmer im Sinne des Art. 45 Abs. 1 AEUV. Entsprechend dem weiten Begriffsverständnis des EuGH erfasst dies sämtliche Personen, die während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisungen Leistungen erbringen und hierfür als Gegenleistung eine Vergütung erhalten, sofern sich die Tätigkeit nicht als völlig untergeordnet und unwesentlich darstellt.⁵¹ Der Schutz gilt damit unter anderem auch für atypisch Beschäftigte, einschließlich Teilzeitkräfte und Leiharbeitnehmer.⁵² Jenseits vergüteter Tätigkeiten erstreckt die Richtlinie ihren Anwendungsbereich zudem ausdrücklich auf Freiwillige und Praktikanten.⁵³ Die Schutzmaßnahmen greifen unabhängig vom aktuellen Bestehen eines Arbeitsverhältnisses ein und stehen insbesondere auch ehemaligen Arbeitnehmern und Bewerbern offen.⁵⁴

Im Rahmen des Trilog-Verfahrens wurden ausdrücklich Beamte⁵⁵ sowie sämtliche anderen Beschäftigten des öffentlichen Dienstes in den persönlichen Anwendungsbereich einbezogen.⁵⁶ Letzteres wird dadurch verdeutlicht, dass Art. 4 Abs. 1 Buchst. a WBRL nun nur noch auf Art. 45 Abs. 1 AEUV verweist, wohingegen der Kommissionsentwurf auf den gesamten Art. 45 AEUV Bezug nahm (und damit auch auf die in Abs. 4 enthaltene Ausnahme für Beschäftigte in der öffentlichen Verwaltung).⁵⁷ Auch im öffentlichen Dienst gelten die gleichen Bereichserweiterungen wie für Arbeitnehmer in der Privatwirtschaft, so dass insbesondere Freiwillige, Praktikanten, ehemalige Beschäftigte und Bewerber in gleicher Weise geschützt sind.

Jenseits klassischer Beschäftigungsverhältnisse findet die Richtlinie gemäß Art. 4 Abs. 1 Buchst. c WBRL innerhalb von Unternehmen ferner auf Mitglieder

⁵¹ EuGH 23.3.2004 - C-138/02 (*Collins*), Rn. 26, EuR 2004, 937, 940; 3.7.1986 - 66/85 (*Lawrie-Blum*), Rn. 16 f., NVwZ 1987, 41; 23.3.1982 - 53/81 (*Levin*), Rn. 13 ff., NJW 1983, 1249.

⁵² Erwägungsgrund 38 WBRL.

⁵³ Art. 4 Abs. 1 Buchst. c a.E. WBRL.

⁵⁴ Art. 4 Abs. 2, 3 WBRL.

⁵⁵ Art. 4 Abs. 1 Buchst. a a.E. WBRL.

⁵⁶ Zu den beamtenrechtlichen Folgen der WBRL siehe im Einzelnen unten, Punkt 12.

⁵⁷ Vgl. Art. 2 Abs. 1 Buchst. a des Entwurfs COM (2018) 218 final.

ihrer Verwaltungs-, Leitungs- und Aufsichtsorgane Anwendung. Gleiches gilt für die Anteilseigner von Unternehmen.⁵⁸

Deutlich über das Arbeitsrecht hinaus geht die Richtlinie dadurch, dass sie auch Selbstständige im Sinne von Artikel 49 AEUV in ihren Schutzbereich mit einbezieht (Art. 4 Abs. 1 Buchst. b WBRL). Diese Einbeziehung gilt unterschiedslos und ist nicht etwa lediglich auf die Bedingungen für den Zugang zur Erwerbstätigkeit oder den beruflichen Aufstieg beschränkt.⁵⁹ Mit Blick auf Rechtsanwälte und Ärzte ist allerdings zu beachten, dass diese sich gemäß Art. 3 Abs. 3 Buchst. b WBRL insoweit nicht auf die Richtlinie berufen können, wie sie hierdurch ihre beruflichen Verschwiegenheitspflichten verletzen würden. Entsprechendes ist für andere Mitarbeiter des Rechts- und Gesundheitssektors anzunehmen, die dem Mandanten bzw. Patienten gegenüber in ähnlicher Weise zur Verschwiegenheit verpflichtet sind.⁶⁰ Hiervon abgesehen sind neben Selbstständigen auch sämtliche Personen, die unter der Aufsicht und Leitung von Auftragnehmern, Unterauftragnehmern und Lieferanten arbeiten, vom persönlichen Anwendungsbereich erfasst.⁶¹

Nicht nur der Whistleblower selbst, sondern auch Dritte, die mit diesem in Verbindung stehen, können sich gemäß Art. 4 Abs. 4 Buchst. b WBRL im Falle gegen sie gerichteter Repressalien auf den Schutz der Richtlinie berufen, beispielsweise Kollegen oder Verwandte des Whistleblowers. Gleiches gilt für (natürliche) Personen, die den Whistleblower bei der Meldung unterstützten – von der deutschen Sprachfassung verkürzend als (Informations-)„Mittler“ (englisch: „facilitator“) bezeichnet.⁶² Hierdurch steht insbesondere Unterstützern aus dem Kreis der Arbeitnehmer- und Gewerkschaftsvertreter eine Berufung auf die Schutzmaßnahmen der Richtlinie offen.⁶³

⁵⁸ Gesellschafter-Geschäftsführer fallen hierdurch gleich in zweifacher Weise unter den Anwendungsbereich. A.A. *Aszmons/Herse*, DB 2019, 1849, 1850, die von der Schutzlosigkeit dieser Personengruppe ausgehen.

⁵⁹ Hierin unterscheidet sie sich von der unionsrechtlich zweifelhaften Bestimmung des § 6 Abs. 3 AGG.

⁶⁰ Vgl. Erwägungsgrund 26 f. WBRL sowie die gegenüber der deutschen Fassung sprachlich offenere Formulierung der englischen Version von Art. 3 Abs. 3 Buchst. b WBRL („protection of legal and medical professional privilege“). Eingeschränkt Whistleblowing-berechtigt sind demnach etwa Rechtsanwaltsgehilfen und Arzthelfer.

⁶¹ Art. 4 Abs. 1 Buchst. d WBRL.

⁶² Art. 4 Abs. 4 Buchst. a i.V.m. Art. 5 Ziff. 8 WBRL.

⁶³ Siehe Erwägungsgrund 41 WBRL.

Besondere Beachtung verdient der Umstand, dass die Richtlinie nicht nur natürliche Personen, sondern gemäß Art. 4 Abs. 4 Buchst. c WBRL vielmehr in gleicher Weise auch juristische Personen in ihren Schutzbereich einbezieht.⁶⁴ In einer für das Anti-Diskriminierungsrecht bemerkenswerten Weise regelt die Richtlinie hierdurch gerade auch die Rechts- und Vertragsverhältnisse zwischen (Groß-)Unternehmen, beispielsweise im Falle des Whistleblowings durch Zuliefererunternehmen oder deren Mitarbeiter.⁶⁵

Anders als es zunächst erscheinen mag, ist der konkrete personale Anwendungsbereich mit Blick auf juristische Personen allerdings keinesfalls eindeutig. Dass es sich hierbei in der deutschen Rechtsordnung um einen feststehenden Rechtsbegriff handelt, hat vor dem Hintergrund des Prinzips der gleichrangigen Vielsprachigkeit⁶⁶ keine auslegungsbindende Wirkung. Stattdessen sind auch in einem solchen Fall die Sprachfassungen der Richtlinie in ihrer Gesamtheit zu betrachten und bei abweichenden Formulierungen anhand von Systematik und Zweck der konkreten Regelung einheitlich auszulegen.⁶⁷ Die englische Sprachfassung verwendet insofern den Begriff der „legal entity“, der sich nicht auf juristische Personen im deutschen Sinne beschränkt, sondern vielmehr allgemein auf die Rechtsfähigkeit einer Organisation abstellt.⁶⁸ Ähnlich unspezifisch formulieren die meisten anderen Sprachfassungen.⁶⁹ Der schutzlückenvermeidende Zweck des bewusst weit gefassten Art. 4 WBRL spricht dafür, nicht lediglich juristische Personen, sondern in gleicher Weise insbesondere auch (teil-)rechtsfähige Personengesellschaften in den Anwendungsbereich mit einzubeziehen. So ist denn auch kein sachlicher Grund erkennbar, warum sich beispielsweise eine deutsche GmbH im Falle einer Whistleblowing-bedingten Beendigung eines Zuliefervertrages auf die Schutzrechte und -ansprüche der Richtlinie berufen kann, einer GmbH & Co. KG dieser Schutz in der gleichen

⁶⁴ Anderes gilt lediglich für Mittler, die nur als natürliche Personen geschützt sind, Art. 4 Abs. 4 Buchst. a i.V.m. Art. 5 Nr. 8 WBRL.

⁶⁵ Vgl. Erwägungsgrund 39 WBRL zur Bedeutung von Lieferanten für das Whistleblowing.

⁶⁶ Vgl. grundlegend etwa EuGH 12.11.1969 – 29/69 (*Stauder*, Rn. 3 ff., BeckRS 2004, 72956; 3.3.1977 – 80/76, (*North Kerry Milk Products*), Rn. 11 ff., BeckRS 2004, 73746; 6.10.82 – 283/81 (CILFIT), Rn. 18 f., BeckRS 1982, 108239.

⁶⁷ Vgl. EuGH 7.12.1996 – C-449/93 (*Rockfon*), Rn. 25 ff., NZA 1996, 471, 472 f. (zum Begriff des Betriebs).

⁶⁸ Vgl. etwa <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/legal-entity>.

⁶⁹ Siehe bspw. die französische („entités juridiques“), die italienische („soggetti giuridici“), die spanische und portugiesische („entidades jurídicas“) und die niederländische („juridische entiteiten“).

Situation hingegen verwehrt sein sollte. Nichts anderes gilt aufgrund des aktuellen Stands der deutschen Rechtsprechung für die rechtsfähige (Außen-)GbR⁷⁰ und den (nur noch dem Namen nach) nicht rechtsfähigen Verein⁷¹. Nicht zuletzt mit Blick auf den unionsrechtlichen Grundsatz des „effet utile“ ist Art. 4 Abs. 4 Buchst. c WBRL dementsprechend dahingehend auszulegen, dass neben juristischen Personen auch andere rechtsfähige Organisationen Whistleblower im Sinne der Richtlinie sein können.

Soweit innerhalb dieses Gutachtens im Interesse des Einklangs mit dem Wortlaut der Richtlinie der Begriff der juristischen Person verwendet wird, ist hiermit keine Begrenzung auf juristische Personen im Sinne des deutschen Privatrechts gemeint. Stattdessen sind sämtliche rechtsfähigen Organisationsformen angesprochen, was im Ergebnis dem Begriffsverständnis des Art. 19 Abs. 3 GG entspricht, dessen Auslegung in vergleichbarer Weise ebenfalls primär an der Verwirklichung von Rechtsschutzinteressen ausgerichtet ist.⁷²

3.2. Status quo und Änderungsbedarf des deutschen Rechts

Die Umsetzung der Richtlinie wird nicht zuletzt aufgrund ihres weitreichenden persönlichen Anwendungsbereichs eine Vielzahl von Änderungen des deutschen Rechts erforderlich machen. Dies gilt vor allem für das Arbeitsrecht, dessen Status quo und konkreter Änderungsbedarf im Einzelnen unter den Punkten 6 bis 9 schwerpunktmäßig behandelt wird. Auf inhaltliche Besonderheit, die mit der Erstreckung des persönlichen Anwendungsbereichs auf Beamte einhergehen, wird unter Punkt 12 näher eingegangen.

Die Grundentscheidung der Richtlinie zugunsten eines möglichst flächendeckenden Whistleblower-Schutzes führt darüber hinaus aber auch in einer Reihe weiterer Rechtsgebiete zu Änderungsbedarf. Dies gilt namentlich für die Erstreckung des persönlichen Anwendungsbereichs auf Mitglieder von Verwaltungs-, Leitungs- und Aufsichtsorganen, die zwangsläufig mit einigen erheblichen Änderungen des deutschen Gesellschaftsrechts einhergehen wird. So sind beispielsweise Vorstände und Aufsichtsräte von Aktiengesellschaften als Ausfluss

⁷⁰ Vgl. BGH 29.1.2001 – II ZR 331/00, NJW 2001, 1056.

⁷¹ Vgl. statt vieler MüKoBGB/*Leuschner*, 8. Aufl. 2018, BGB § 54 Rn. 1 ff. m.w.N.

⁷² Vgl. hierzu statt vieler Maunz/Dürig/*Remmert*, 89. EL Oktober 2019, GG Art. 19 Abs. 3 Rn. 37 ff. m.w.N.; zu OHG und KG bereits BVerfG 20.7.1954 – 1 BvR 459/52 et al., BVerfGE 4, 7, 12; zum nicht rechtsfähigen Verein BVerfG 21.2.1957 – 1 BvR 241/56, BVerfGE 6, 273, 277.

ihrer organschaftlichen Treuepflichten an eine umfassende gesellschaftsrechtliche Verschwiegenheitspflicht gebunden, siehe § 93 Abs. 1 S. 3 bzw. § 116 S. 1, 2 AktG.⁷³ Dieser Grundsatz kann im sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinie zukünftig keine Gültigkeit mehr beanspruchen, so dass unter anderem Arbeitnehmervertretern in deutschen Aufsichtsräten künftig das Recht einzuräumen ist, sich mit Informationen über Verstöße unmittelbar an die hierfür zuständigen Behörden zu wenden.⁷⁴

Insbesondere durch die Einbeziehung von Selbstständigen wird die Umsetzung zudem unmittelbare Folgen für das allgemeine Zivilrecht haben, etwa in Gestalt der Einschränkung von Kündigungsmöglichkeiten zur Beendigung schuldrechtlicher Verträge.⁷⁵

Unabhängig von der Frage, ob die Richtlinie durch ein einheitliches Gesetz oder eine Vielzahl bereichsspezifischer Änderungen im Sinne eines Artikelgesetzes umgesetzt werden sollte,⁷⁶ ist bei der Ausgestaltung des persönlichen Anwendungsbereiches auf eine rechtssichere, an die deutsche Terminologie angepasste Formulierung zu achten. Das gilt vor allem für den Begriff der juristischen Person, der als Sammelbegriff für die von Art. 4 Abs. 4 Buchst. c WBRL erfassten Organisationsformen ungeeignet ist. Stattdessen sind neben juristischen Personen insbesondere auch nicht rechtsfähige Vereine im Sinne von § 54 BGB und rechtsfähige Personengesellschaften wie die (Außen-)GbR (§§ 705 ff. BGB), die OHG (§§ 105 ff. HGB) und die KG (§§ 161 ff. HGB) als vom Umsetzungsgesetz geschützte Rechtssubjekte ausdrücklich zu nennen.

Ähnlicher begrifflicher Anpassungsbedarf ergibt sich für den von der deutschen Sprachfassung verwendeten Begriff des Mittlers, der inhaltlich treffender als Unterstützer bezeichnet werden sollte. Wenngleich die Richtlinie in Art. 5 Nr. 8 WBRL ohne nähere Begründung lediglich natürliche Personen als potenzielle Unterstützer erwähnt, empfiehlt es sich, bei der Umsetzung darüberhinausgehend auch sonstige Rechtssubjekte im Sinne von Art. 4 Abs. 4 Buchst. c WBRL in den Schutzbereich aufzunehmen. Auf diese Weise wären unter anderem gemeinnützige Vereine und Nichtregierungsorganisationen vor Repressalien geschützt, wenn und soweit sie Whistleblowern im Rahmen ihrer Aufgaben geeignete Unterstützung gewähren.

⁷³ Hierzu statt vieler MüKoAktG/*Spindler*, Bd. 2, 5. Aufl. 2019, AktG § 93 Rn. 130 ff.; ders. in *Spindler/Stilz AktG*, 4. Aufl. 2019, AktG § 116 Rn. 99 ff. m.w.N.

⁷⁴ Zu Verhältnis interner und externer Meldungen, siehe unten, Punkt 7.

⁷⁵ Vgl. Art. 4 Abs.1 Buchst. b i.V.m. Art 19 Buchst. m WBRL.

⁷⁶ Hierzu im Einzelnen unten, Punkt 14.

4. Interne Meldeadressaten

4.1. Vorgaben der Richtlinie zur Einrichtung interner Whistleblowing-Stellen

Grundsätzlich müssen sämtliche juristischen Personen des privaten und öffentlichen Sektors interne Stellen einrichten, die dafür zuständig sind, Meldungen über von der Richtlinie erfasste Verstöße entgegenzunehmen, hierzu Rückmeldungen zu geben und entsprechende Folgemaßnahmen zu ergreifen (im Folgenden: „interne Whistleblowing-Stellen“).⁷⁷ Die Einrichtungspflicht gilt unabhängig von der jeweiligen Rechtsform und unionsrechtlichen Risikoexposition. Ausgenommen sind lediglich juristische Personen mit weniger als 50 Arbeitnehmern sowie Gemeinden mit weniger als 10.000 Einwohnern.⁷⁸

Im Gegensatz zur Art. 4 Abs. 1 Buchst. a WBRL ist der Begriff „Arbeitnehmer“ in den o.g. Bestimmungen nicht mit dem Zusatz „im Sinne von Artikel 45 Absatz 1 AEUV, einschließlich Beamte“ versehen. Er enthält jedoch auch keine Verweisung auf das nationale Recht. Da die WBRL gemeinsame Mindeststandards für den Schutz von Personen festlegen will, die Verstöße gegen das Unionsrecht in den näher bestimmten Bereichen melden, kann nicht angenommen werden, dass implizit auf nationales Recht verwiesen werden sollte. Es handelt sich folglich um einen Begriff, der eine unionsrechtliche Bedeutung hat. Trifftige Gründe, ihm eine andere Bedeutung beizumessen als in Art. 4 Abs. 1 Buchst. a WBRL, sind nicht ersichtlich. Auch für die Berechnung der Schwellenwerte in Art. 8 WBRL ist deshalb die Zahl der Arbeitnehmer im Sinne von Art. 45 Abs. 1 AEUV einschließlich der Beamten maßgeblich.⁷⁹

⁷⁷ Art. 8 Abs. 1, 3, 9 Unterabs. 1, 2 i.V.m. Art. 9 Abs. 1 Buchst. f WBRL.

⁷⁸ Art. 8 Abs. 3, 9 Unterabs. 2 WBRL. Im öffentlichen Sektor liegt die Entscheidung über die Einführung der Ausnahmen im Ermessen der Mitgliedstaaten. Diese können zudem nach geeigneter Risikobewertung auch für juristische Personen des privaten Sektors mit weniger als 50 Mitarbeitern, die nicht bereits durch andere Unionsrechtsakte zur Einrichtung einer Whistleblowing-Stelle verpflichtet sind, eine entsprechende Einrichtungspflicht vorsehen, Art. 8 Abs. 7 WBRL.

⁷⁹ Zur Interpretation des Art. 4 Abs. 1 Buchst. a WBRL siehe oben unter 3.1.

Selbst soweit eine juristische Person hiernach nicht unmittelbar zur Einrichtung einer internen Whistleblowing-Stelle verpflichtet sein sollte, ist zu berücksichtigen, dass die Richtlinie mittelbar einen spürbaren überobligatorischen Einrichtungsanreiz setzt, indem sie potentiellen Whistleblowern das Recht auf eine direkte externe Meldung an die zuständigen staatlichen Stellen einräumt, was bei Fehlen eines internen Meldekanals umso wahrscheinlicher ist. Im Interesse einer möglichst flächendeckenden Nutzung von Whistleblower-Informationen wird die unionsrechtliche Förderung der institutionellen Rahmenbedingungen des Whistleblowings damit erstmals auf sämtliche Wirtschafts- und Verwaltungsbereiche ausgedehnt. Für Deutschland wird dies absehbarer Weise zur Folge haben, dass sich nicht zuletzt auch kleine und mittlere Unternehmen, die bisher meist über kein umfassendes Compliance-System verfügen, zu konkreten Compliance-Maßnahmen veranlasst sehen werden.

Angesichts der Vielgestaltigkeit der betroffenen juristischen Personen hält sich die Richtlinie mit konkreten Vorgaben zur binnenorganisatorischen Einbettung der Whistleblowing-Stelle weitgehend zurück. Zwar sollte die Whistleblowing-Stelle nach der Vorstellung des Unionsgesetzgebers hinreichend unabhängig sein, um ihre Funktion frei von Interessenkonflikten erfüllen zu können. Hieraus folgt jedoch weder eine bestimmte Einordnung innerhalb der Leitungs- und Aufsichtsebenen der jeweiligen juristischen Person, noch eine zwingende Ansiedlung innerhalb oder außerhalb des Unternehmens,⁸⁰ so dass unter anderem die in Deutschland vorzufindende Beauftragung externer Anwälte als Ombudspersonen weiterhin möglich bleibt.⁸¹ Ähnlich liberal verhält sich die Richtlinie auch gegenüber der Art des einzurichtenden Meldekanals. Sie lässt insoweit sowohl schriftliche als auch mündliche Kanäle als richtlinienkonforme Implementierungslösungen zu, ohne die Existenz bestimmter Meldewege – etwa in Gestalt von Online-Plattformen oder Whistleblowing-Hotlines – verbindlich vorzuschreiben.⁸²

Mit der Pflicht zur Einrichtung interner Whistleblowing-Stellen geht allerdings die Befolgung einer Reihe prozess- und verhaltensbezogener Pflichten einher, welche die Richtlinie in Art. 9 als notwendige Mindeststandards eines funktionsfähigen internen Meldekanals voraussetzt. Hierzu zählt insbesondere die Pflicht zur vertraulichen Behandlung der Identität des Whistleblowers, die von

⁸⁰ Erwägungsgrund 56 WBRL.

⁸¹ Vgl. ausdrücklich Erwägungsgrund 54 S. 2 WBRL, engl. Fassung: „external counsel“ (in der dt. Fassung unpräzise als „externe Berater“ übersetzt).

⁸² Art. 9 Abs. 2, Erwägungsgrund 53 WBRL.

der Whistleblowing-Stelle nur zur Erfüllung verhältnismäßiger Pflichten im Rahmen staatlicher Untersuchungen und Gerichtsverfahren offengelegt werden darf.⁸³ Bei der nationalen Umsetzung wird dies notwendiger Weise mit einer Einschränkung datenschutzrechtlicher Informations- und Auskunftsrechte einhergehen, namentlich der Rechte betroffener Personen gemäß Art. 14, 15 DSGVO.⁸⁴ Darüber hinaus hat die betreffende juristische Person zweckdienliche Informationen über die Nutzung des internen Meldekanals bereitzustellen⁸⁵ und klar und leicht zugänglich auch über die Möglichkeit externer Meldungen zu informieren.⁸⁶ Die Whistleblowing-Stelle hat den Inhalt interner Meldungen umfassend zu dokumentieren⁸⁷, laufenden Kontakt mit dem Whistleblower zu halten, diesem ggf. Rückfragen zu stellen und für physische Zusammenkünfte zur Verfügung zu stehen.⁸⁸

Sobald die Whistleblowing-Stelle eine Meldung erhält, ist dem Whistleblower deren Eingang innerhalb einer Frist von sieben Tagen zu bestätigen.⁸⁹ Die Whistleblowing-Stelle selbst oder eine andere unparteiische Person oder Abteilung hat sodann angemessene Folgemaßnahmen einzuleiten, was sowohl die Prüfung des Wahrheitsgehalts der jeweiligen Information als auch die anlassabhängige Durchführung von Aufklärungs- und Sanktionsmaßnahmen einschließt.⁹⁰ Dem Whistleblower ist wiederum innerhalb einer Frist von maximal drei Monaten Rückmeldung über die Art und die Gründe der ergriffenen oder geplanten Folgemaßnahmen zu geben.⁹¹ Hiermit ist allerdings weder die Erwartung verbunden, dass sämtliche Folgemaßnahmen innerhalb von drei Monaten umgesetzt sein müssen, noch macht die Richtlinie den intern zuständigen Stellen anderweitige Vorgaben, wie sie ihre internen Untersuchungen in angemessener Weise durchzuführen und abzuschließen haben.

⁸³ Art. 9 Abs. 1 Buchst. a i.V.m. Art. 16, 23 Abs. 1 Buchst. d WBRL. Dies betrifft insbesondere die Wahrung der Verteidigungsrechte in einem etwaigen Strafverfahren, Art. 16 Abs. 2 a.E., Art. 22 Abs. 1 WBRL.

⁸⁴ Vgl. Erwägungsgrund 84 WBRL. Zu den Rechten betroffener Personen im Einzelnen unten, Punkt 10.

⁸⁵ Art. 7 Abs. 3 WBRL i.V.m. Art. 9 Abs. 1 Buchst. g, Erwägungsgrund 59 WBRL.

⁸⁶ Art. 9 Abs. 1 Buchst. g i.V.m. Art. 10 WBRL.

⁸⁷ Art. 18 WBRL.

⁸⁸ Art. 9 Abs. 1 Buchst. c Hs. 2, Abs. 2 S. 2 Hs. 2; Erwägungsgrund 53 S. 3 WBRL. Die alleinige Zurverfügungstellung IT-gestützter Meldeportale, wie sie in der Praxis mittlerweile verbreitet sind, wird aus diesem Grund zukünftig nicht mehr ausreichend sein.

⁸⁹ Art. 9 Abs. 1 Buchst. b WBRL.

⁹⁰ Art. 9 Abs. 1 Buchst. d i.V.m. Art. 5 Nr. 12 WBRL.

⁹¹ Art. 9 Abs. 1 Buchst. f i.V.m. Art. 5 Nr. 13 WBRL; Erwägungsgründe 57 f. WBRL.

4.2. Status quo und Änderungsbedarf des deutschen Rechts

Das deutsche Recht kennt bisher keine allgemeine Pflicht zur Einrichtung interner Whistleblowing-Stellen für juristische Personen. Eingehend diskutiert wird eine solche Pflicht lediglich im Bereich des (Aktien-)Gesellschaftsrechts als mögliches Element der Compliance-Organisationspflichten des Vorstands gemäß §§ 76 Abs. 1, 93 Abs. 1 AktG, deren dogmatische Konturierung vor allem im Anschluss an die *Siemens/Neubürger*-Entscheidung des LG München I⁹² zunehmend in den Fokus der gesellschaftsrechtlichen Literatur gerückt ist. Mit unterschiedlicher Begründung im Detail wird jedoch ganz überwiegend angenommen, dass der Vorstand sich auf Basis einer angemessenen Informationsgrundlage zwar zwingend mit der Einführung von Compliance-Maßnahmen beschäftigen muss, er über die konkrete Wahl der Mittel, insbesondere die Einrichtung einer Whistleblowing-Stelle, jedoch im Rahmen seines Organisationsermessens eigenständig entscheiden kann.⁹³

Während eine allgemeine Einrichtungspflicht demnach aktuell nicht besteht, sehen einige unionsrechtlich veranlasste Vorgaben vor allem im Bereich des Finanzaufsichtsrechts die Einrichtung einer Whistleblowing-Stelle bereits jetzt als sektorspezifisch verpflichtendes Compliance-Element vor. Dies betrifft insbesondere die §§ 25a Abs. 1 S. 6 Nr. 3 KWG, 80 Abs. 1 S. 1 WpHG, 23 Abs. 6 VAG, 5 Abs. 8 BörsG, 55b Abs. 2 Nr. 7 WPO, 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 9 KAGB und 6 Abs. 5 GwG. Ihnen ist gemein, dass sie die Einrichtung einer Whistleblowing-Stelle zwar dem Grunde nach vorschreiben, abgesehen von einem nicht näher konkretisierten Vertraulichkeitsgebot allerdings keine prozess- und verhaltensbezogenen Pflichten oder binnenorganisatorische Vorgaben enthalten.⁹⁴ In personeller Hinsicht müssen die Meldekanäle zumeist nur Mitarbeitern des jeweiligen Normadressaten offenstehen, wohingegen der Deutsche Corporate

⁹² LG München I 10.12.2013 – 5 HK O 1387/10, ZIP 2014, 570.

⁹³ Im Einzelnen *Schmolke*, NZG 2019, 876, 899 f.; *Gerdemann*, Transatlantic Whistleblowing, 2018, Rn. 256 ff.; jew. m.w.N.

⁹⁴ Vgl. auch *Helm*, BB 2018, 1538. In personeller Hinsicht müssen die Meldekanäle i.d.R. jedenfalls den Mitarbeitern der erfassten Normadressaten offenstehen. Mit Blick auf § 6 Abs. 5 GwG ist zu beachten, dass die zugrundeliegende Richtlinie ihrem Wortlaut nach die Einrichtung eines anonymen Meldekanals fordert, ohne dass dies im deutschen Recht entsprechend umgesetzt worden wäre, siehe Art. 61 Abs. 4 der RL EU 2015/849 (4. Geldwäsche-Richtlinie).

Governance Kodex allgemein die Einräumung einer Meldemöglichkeit auch für Dritte empfiehlt.⁹⁵

Ähnlich wie in der Privatwirtschaft ist die Einrichtung interner Whistleblowing-Stellen auch in der Verwaltung nicht allgemein vorgesehen, wobei im Verlauf der letzten Jahre allerdings vor allem auf dem Gebiet der Korruptionsbekämpfung zunehmend interne Whistleblowing-Stellen geschaffen wurden.⁹⁶

Die Vorgaben der Art. 8 und 9 WBRL werden demnach zu erheblichen Änderungen der gegenwärtigen deutschen Rechtslage führen. Dies gilt sowohl für die Einrichtungspflicht für sämtliche juristische Personen ab 50 Mitarbeitern bzw. 10.000 Gemeindevohnern als auch für die prozess- und verhaltensbezogenen Mindeststandards des Art. 9 WBRL. Da die Einrichtungspflicht einheitlich und unabhängig von der konkreten Rechtsform der juristischen Person gilt, ist anstelle einer individuellen Anpassung der jeweiligen (Gesellschafts-)Rechtsgebiete auch eine Umsetzung in einer einzelnen, zentralen Regelung systematisch möglich.⁹⁷ Hierbei sollte ausdrücklich klargestellt werden, dass die Einrichtungspflicht nicht nur für juristische Personen im Sinne des deutschen Privatrechts, sondern ebenso für andere rechtsfähige Organisationsformen gilt.⁹⁸

Mit Blick auf die erwähnten sektorspezifischen Whistleblowing-Stellen nach bisherigem deutschen Recht ist zu beachten, dass diese auf jenen europäischen Rechtsakten beruhen, die gemäß Art. 3 Abs. 1 WBRL vom Anwendungsbereich der Richtlinie an sich ausgenommen sind.⁹⁹ Wesentlicher rechtspolitischer Hintergrund dieser Ausnahme war die Überlegung, dass der von der Richtlinie aufgestellte Schwellenwert von mindestens 50 Arbeitnehmern nicht zu einer Reduzierung von Einrichtungspflichten auf solchen Regulierungsgebieten führen sollte, die von der Union mit Blick auf die Notwendigkeit von Whistleblowing-Vorschriften bereits als besonders sensibel eingestuft worden sind.¹⁰⁰ Indes sollen die Bestimmungen der Richtlinie gemäß Art. 3 Abs. 1 S. 2 WBRL insoweit gelten, als die betreffende Frage durch die sektorspezifischen Rechtsakte nicht verbindlich geregelt ist. Da diese Rechtsakte, ebenso wie ihre deutschen Umsetzungsnormen, lediglich dem Grunde nach festlegen, dass eine

⁹⁵ Empfehlung A.2 a.E. DCGK i.d.F.v. 16.12.2019.

⁹⁶ Vgl. § 67 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BBG und § 37 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BeamStG sowie unten, Punkt 12.2.

⁹⁷ Zur rechtspolitischen Sinnhaftigkeit eines eigenständigen Whistleblower-Gesetzes, siehe Punkt 14.

⁹⁸ Zum Begriff der juristischen Person im Sinne der Richtlinie, siehe oben, Punkt 3.1. a.E.

⁹⁹ Art. 3 Abs. 1 S. 1 i.V.m. Anhang Teil II A. WBRL.

¹⁰⁰ Vgl. Erwägungsgründe 20 S. 3 und 50 WBRL.

Whistleblowing-Stelle eingerichtet werden soll, jedoch keine detaillierten Vorgaben insbesondere zu prozess- und verhaltensbezogenen Mindeststandards enthalten, ist davon auszugehen, dass die entsprechenden Vorgaben des Art. 9 WBRL auch für nach deutschem Recht bereits verpflichtende Whistleblowing-Stellen gelten.¹⁰¹

Nicht von der Richtlinie gefordert, gleichwohl aber sinnvoll, ist eine Erstreckung dieser Vorgaben auch auf solche juristischen Personen, die Whistleblowing-Stellen bereits aufgrund sektorspezifischer Rechtsakte einzurichten haben, den Richtlinien-Schwellenwert von 50 Arbeitnehmern allerdings nicht erreichen. Gleiches gilt für eine verpflichtende Eröffnung des Meldekanals für unternehmensexterne Whistleblower gemäß Art. 8 Abs. 2 S. 2 i.V.m. Art. 4 Abs. 1 Buchst. b-d, Abs. 2 WBRL, nachdem sich dies in der Praxis als besonders sinnvoll erwiesen hat.¹⁰²

Für den Fall anonymer Meldungen empfiehlt es sich, die Vorgaben für interne Meldekanäle, wie unter Punkt 11.2. im Einzelnen dargelegt, um eine Pflicht zu ihrer Weiterverfolgung zu ergänzen.

Im Übrigen sollte bei der Umsetzung auf eine rechtssichere Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe geachtet werden. Dies betrifft namentlich die ausdrückliche Einbeziehung von Teilzeitkräften und Leiharbeitnehmern in die Berechnung des Arbeitnehmer-Schwellenwertes gemäß Art. 8 Abs. 3, 6, 9 Unterabs. 2 WBRL.

Anders als die Massenentlassungsrichtlinie¹⁰³ stellt die WBRL in ihren Bestimmungen über die Schwellenwerte für die Pflicht zur Einrichtung interner Meldekanäle nicht auf die Zahl der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer ab. Sie enthält auch im Gegensatz zur Europäischen Betriebsräte-Richtlinie¹⁰⁴ keine Regelung, wonach die Beschäftigtenschwellen nach der durchschnittlichen Zahl der in einem bestimmten Zeitraum beschäftigten Arbeitnehmer zu berechnen

¹⁰¹ Siehe Erwägungsgrund 20 S. 5 WBRL: „Insbesondere sollte diese Richtlinie genauere Einzelheiten zur Gestaltung der internen und externen Meldekanäle [...] enthalten [...]“.

¹⁰² Vgl. Empfehlung A.2 a.E. DCGK i.d.F.v. 16.12.2019. Das gilt bei verwaltungsinternen Whistleblowing-Stellen vor allem für Meldegegenstände aus dem Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe (Art. 2 Abs. 1 Buchst. a Ziff. i WBRL) bzgl. Meldungen von Mitarbeitern des Auftragnehmers und denen seiner Konkurrenten.

¹⁰³ RL 98/59/EG.

¹⁰⁴ RL 94/45/EG.

sind.¹⁰⁵ Es kann jedoch nicht angenommen werden, dass die aufwandsträchtige Einrichtungspflicht bereits durch kurzfristige Beschäftigungsschwankungen ausgelöst werden sollte. Insofern enthält die Richtlinie einen Spielraum, der es dem nationalen Gesetzgeber erlaubt, eine konkretisierende Regelung zu erlassen. Im deutschen kollektiven Arbeitsrecht werden Beschäftigtenschwellen typischerweise über die Zahl der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer definiert (§§ 1 Abs. 1 BetrVG, 1 Abs. 1 SprAuG, 1 Abs. 1 MitbestG, 1 Abs. 1 DrittelbG). Hieran könnte und sollte sich das Umsetzungsgesetz zur WBRL anlehnen.

Des Weiteren unterliegen gemäß Artikel 8 Abs. 9 Unterabs. 1 a.E. WBRL sämtliche Stellen, die unter der Kontrolle einer juristischen Person des öffentlichen Sektors stehen, den Einrichtungspflichten des öffentlichen Sektors, ohne dass die Richtlinie den Begriff der Kontrolle in diesem Zusammenhang definiert. Eine unionsrechtsübergreifende Definition, auf die im Rahmen der Umsetzung zurückgegriffen werden könnte, existiert ebenfalls nicht. Vielmehr interpretiert der EuGH den Begriff der Kontrolle anhand des jeweiligen Normkontextes und neigt hierbei zu einer materiellen Betrachtung, indem er neben gesellschaftsrechtlichen Anteilsquoten gerade auch tatsächliche Einflussnahmemöglichkeiten mit in den Blick nimmt.¹⁰⁶ Eine rechtssichere und gleichzeitig richtlinienkonforme Definition des Kontrollbegriffs durch das Umsetzungsgesetz ist vor diesem Hintergrund kaum möglich, mit der Folge, dass eine eindeutige Feststellung der (immerhin aufwandsträchtigen) Einrichtungspflicht für von juristischen Personen des öffentlichen Sektors „kontrollierte“ juristische Personen des privaten Sektors ex ante nicht selten mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden wäre. Die hiermit einhergehende Rechtsunsicherheit ließe sich jedoch dadurch vermeiden, dass die Schwellenwerte für juristische Personen des öffentlichen und privaten Sektors auf Basis von Art. 8 Abs. 9 Unterabs. 2 WBRL einheitlich auf 50 Arbeitnehmer festgelegt werden, so dass es auf das Vorliegen einer Kontrollbeziehung im Ergebnis nicht ankäme. Die Einführung eines solchen Schwellenwertes ist daher im Interesse der Rechtssicherheit empfehlenswert, zumal das Kosten-Nutzen-Verhältnis einer eigenen Whistleblowing-Stelle bei abnehmender Arbeitnehmeranzahl ohnehin zunehmend problematisch ausfällt.

¹⁰⁵ Art. 2 Abs. 2 RL 94/45/EG.

¹⁰⁶ Vgl. etwa EuGH 16.5.2002 – C-482/99 (*Frankreich/Kommission*), EuZW 2002, 468, 472 (zum Beihilfenrecht).

4.3. Sollten konkrete Vorgaben zur unternehmensinternen Einbettung der Whistleblowing-Stelle gemacht werden?

Die Richtlinie verzichtet angesichts der Verschiedenheit betroffener juristischer Personen bewusst auf zwingende Vorgaben zur konkreten unternehmensinternen Einbettung der Whistleblowing-Stellen. Mit Recht wird in den Erwägungsgründen darauf hingewiesen, dass die Beantwortung der Frage, welche Personen oder Abteilungen zur Erfüllung der Aufgaben einer Whistleblowing-Stelle am besten geeignet sind, in erster Linie von der individuellen Struktur eines Unternehmens abhängt.¹⁰⁷ Die einheitliche Festlegung einer in sämtlichen juristischen Personen binnenorganisatorisch zuständigen Stelle oder Ebene muss demgegenüber bereits an den unterschiedlichen Rechtsformen, Größen, Arbeitsstrukturen und Verflechtungen der betroffenen Unternehmen und Verwaltungen scheitern. Hinzu kommt, dass eine effektiv funktionsfähige Whistleblowing-Stelle für die Privatwirtschaft mit nicht unerheblichen Kosten verbunden ist, welche die von der Kommission ursprünglich geschätzten Implementierungskosten i.H.v. 1.374,00 EUR und jährlichen Betriebskosten i.H.v. 1.054,60 EUR in der Regel deutlich übersteigen werden.¹⁰⁸ Vor dem Hintergrund, dass sich die Europäische Union für eine flächendeckende Einrichtung von Whistleblowing-Stellen in sämtlichen juristischen Personen ab 50 Mitarbeitern entschieden hat, würden zwingende binnenorganisatorische Vorgaben die Gefahr einer ökonomischen Überbelastung gerade kleiner und mittlerer Unternehmen in sich bergen. Dementsprechend gestattet die Richtlinie juristischen Personen des privaten Sektors mit bis zu 249 Arbeitnehmern auch, den Ressourcenaufwand mittels gemeinsamer Whistleblowing-Stellen zu teilen,¹⁰⁹ und verlängert die entsprechende Umsetzungsfrist ausnahmsweise auf vier Jahre.¹¹⁰

Darüber hinaus zeigen einschlägige rechtstatsächliche Erfahrungswerte, dass die mit einem „one size fits all“-Ansatz verbundene Formalisierung interner Compliance-Strukturen keineswegs zu einem verbesserten internen Umgang mit Whistleblowern und ihren Informationen führt. Aus diesem Grund setzen insbesondere die USA als Ursprungsland des modernen Whistleblowing-Rechts seit vielen Jahren vor allem auf mittelbar-regulatorische Anreize, um bei Unternehmen ein wirtschaftliches Eigeninteresse an der selbstständigen Optimierung

¹⁰⁷ Erwägungsgrund 56 WBRL.

¹⁰⁸ Siehe Impact Assessment SWD (2018) 116 final, 61, Annex 11 unter 3.; *Dilling*, CCZ 2019, 214, 221; *Gerdemann*, RdA 2019, 16, 20.

¹⁰⁹ Art. 8 Abs. 6 WBRL.

¹¹⁰ Art. 26 Abs. 2 WBRL.

interner Whistleblowing-Systeme unter gleichzeitiger Wahrung des Geschäftsletermessens zu generieren.¹¹¹ Mit der rechtlichen Gleichstellung von internem und externem Whistleblowing hat die Richtlinie einen der beiden hierfür wesentlichen Anreizfaktoren bereits übernommen.¹¹² Abhängig von der effektiven Ausgestaltung künftiger Whistleblowing-Behörden ist hierdurch zu erwarten, dass interne Whistleblowing-Stellen mit ihren externen Pendanten in einen optimierungsdienlichen Wettbewerb treten werden, um die mit einer externen Meldung verbundenen Risiken für die wirtschaftlichen Interessen des Unternehmens zu vermeiden. Der zweite wesentliche Faktor liegt in einer finanziell spürbaren Berücksichtigung der effektiven Funktionsfähigkeit eingerichteter Whistleblowing-Systeme bei der Bemessung von Verbandssanktionen. Nachdem sich der BGH bereits in einer Entscheidung aus dem Jahr 2017 für die grundsätzliche Berücksichtigungsfähigkeit von Compliance-Systemen ausgesprochen hat,¹¹³ bildet dieses Prinzip nun auch ein wesentliches Kernanliegen des aktuell diskutierten Referentenentwurfs eines deutschen Verbandssanktionengesetzes.¹¹⁴ Es empfiehlt sich, die Richtlinie mit einer künftigen Novellierung der Bemessung von Verbandssanktionen dergestalt zu verzahnen, dass die Existenz einer richtlinienkonformen Whistleblowing-Stelle ebenso wie deren individuelle Funktionsfähigkeit als ein entscheidender Faktor bei der Sanktionszumessung festgelegt werden, um auf diese Weise praxiswirksame Anreize für eine eigenständige Optimierung zu setzen.

Während die direkt-regulatorische Festlegung einer zwingenden binnenorganisatorischen Anbindung sämtlicher Whistleblowing-Stellen nicht zu empfehlen ist, gilt anderes für die erforderliche Unabhängigkeit der Whistleblowing-Stelle von den ansonsten uneingeschränkten Weisungs- und Einflussbefugnissen der Geschäftsführungsebenen. Von der Richtlinie werden Unabhängigkeit und die Vermeidung von Interessenkonflikten mit Recht als notwendige Grundbedin-

¹¹¹ Im Einzelnen *Gerdemann*, Transatlantic Whistleblowing, 2018, Rn. 100 ff., 201, 218, 229 f. m.w.N.

¹¹² Art. 10 Alt. 2 WBRL.

¹¹³ BGH 9.5.2017 – 1 StR 265/16 (LG München I), Rn. 118, NZWiSt 2018, 379, 387 m. Anm. *Adick/Link*.

¹¹⁴ Siehe Art. 1 des Referentenentwurfs des BMJV für ein Gesetz zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft vom 20.4.2020: Gesetz zur Sanktionierung von verbandsbezogenen Straftaten (Verbandssanktionengesetz – VerSanG), § 15 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 Nr. 6 f. VerSanG-RefE, abrufbar unter https://www.bmjbv.de/Shared-Docs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_Staerkung_Integritaet_Wirtschaft.pdf?__blob=publicationFile&v=1; vgl. statt mehrerer *Ott/Lüneborg*, NZG 2019, 1361, 1363 f. zum vorangegangenen Entwurf vom 15.8.2019.

gungen einer hinreichenden Funktionsfähigkeit interner Whistleblowing-Stellen vorausgesetzt.¹¹⁵ Indes hat es der Unionsgesetzgeber versäumt, das Kriterium der Unabhängigkeit eindeutig im Richtlinienentwurf zu verankern.¹¹⁶ Nicht zuletzt um das berechtigte Vertrauen potentieller Whistleblower in eine zielgerichtete und vertrauliche Verwendung ihrer Informationen sicherzustellen, sollte dies bei der Formulierung des Umsetzungsgesetzes nachgeholt werden. Ob die Gewährleistung dieser Unabhängigkeit hingegen durch eine bestimmte organisatorische Anbindung oder etwa durch entsprechende Klauseln in den Anstellungsverträgen der Whistleblowing-Verantwortlichen umgesetzt wird, sollte den betroffenen Unternehmen und Verwaltungen überlassen werden.¹¹⁷

Mit dem Erfordernis der Unabhängigkeit sind zugleich aber auch die Schwächen der mittelbaren Anreizregulierung interner Whistleblowing-Stellen bei gleichzeitiger Organisationsautonomie der Geschäftsführungsebene angesprochen. So hat sich unter anderem in den USA eindrucksvoll gezeigt, dass die Selbstoptimierung von Whistleblowing-Verfahren durch die hierfür verantwortliche Geschäftsführung naturgemäß dort an ihre Grenzen stößt, wo diese Verfahren einer effektiven Aufdeckung eben solcher Rechtsverstöße dienen sollen, die von der Geschäftsführungsebene selbst begangen werden.¹¹⁸ Im Anschluss an hierdurch mitverursachte Bilanzfälschungsskandale schreibt das US-Kapitalmarktrecht daher bereits seit dem Jahr 2002 vor, dass sämtliche Wertpapieremittenten einen geschäftsführungsunabhängigen Whistleblowing-Kanal zugunsten des Audit Committee als intern zuständigem Aufsichtsorgan einrichten müssen.¹¹⁹ Ein Bild, das dem US-amerikanischen Stand vor dieser Reform entspricht, zeichnet die gegenwärtige Kompetenzordnung deutscher Aktiengesellschaften, in der die Aufgaben der Einrichtung- und Überwachung von Whistleblowing-Systemen beim geschäftsführungsbefugten Vorstand liegen, der für die Überwachung von Rechtsverstößen des Vorstands zuständige Aufsichtsrat hingegen in der Regel über keinen vorstandsunabhängigen Melde-

¹¹⁵ Siehe Erwägungsgründe 54, 56 WBRL.

¹¹⁶ Vgl. Art. 8, 9 WBRL.

¹¹⁷ Ähnlich *Schmolke*, NZG 2020, 5, 11; a.A. *Dilling*, CCZ 2019, 214, 221, der eine hinreichende Unabhängigkeit nur bei der Beauftragung externer Rechtsanwälte annimmt. Letzteres steht indes im Widerspruch zum flexiblen Regelungskonzept der Richtlinie, zumal es namentlich kleineren Unternehmen gestattet ist, die Aufgaben der Whistleblowing-Stelle auch durch Mitarbeiter in Doppelfunktion erfüllen zu lassen, siehe Erwägungsgrund 56 S. 2 WBRL.

¹¹⁸ Einzelheiten bei *Gerdemann*, Transatlantic Whistleblowing, 2018, Rn. 109 ff., 139 ff.

¹¹⁹ § 301 des Sarbanes-Oxley Acts von 2002, 15 U.S.C. § 78j-1(m)(4)(B).

kanal verfügt.¹²⁰ Gerade bei erheblichen bzw. systemischen Rechtsverstößen, die aus Sicht potentieller Whistleblower eine Involvierung des Vorstands nahelegen,¹²¹ besteht daher auch angesichts der weit überwiegenden Präferenz von Whistleblowern für interne Meldungen¹²² die Gefahr, dass eine Meldung in Ermangelung eines erkennbar vertraulichen und abhilfebereiten Adressaten gänzlich unterbleibt. Speziell für diese Fälle sollten konkrete binnenorganisatorische Vorgaben zur Einrichtung der Whistleblowing-Stelle daher ernsthaft in Betracht gezogen werden. Es ist empfehlenswert, im Rahmen der Umsetzung der Richtlinie für die interne Meldung von Rechtsverstößen des Vorstands die Einrichtung eines vorstandsunabhängigen Whistleblowing-Kanals zugunsten des Aufsichtsrats jedenfalls bei Unternehmen von öffentlichem Interesse verpflichtend vorzusehen.¹²³

¹²⁰ Vgl. zur Kompetenzverteilung statt mehrerer MüKoAktG/*Spindler*, Bd. 2, § 91 Rn. 64 ff. m.w.N.

¹²¹ Vgl. beispielsweise OLG Karlsruhe 5.3.2019 – 13 U 142/18, ZIP 2019, 863, 867 ff.; OLG Köln 3.1.2019 – 18 U 70/18, Rn. 27 ff., NJW-RR 2019, 984, 986, zum Abgasskandal des Volkswagen-Konzerns.

¹²² *Herold*, Whistleblower, 2017, 87 f., 201 ff.; *Gerdemann*, Transatlantic Whistleblowing, 2018, Rn. 7 f., 62, 81, 132 ff., 218; jew. m.w.N.

¹²³ *Gerdemann*, Transatlantic Whistleblowing, 2018, Rn. 264 ff., 274 f.; vgl. zum Begriff der public interest entity (PIE) Art. 2 Nr. 13 der Richtlinie 2006/43/EG.

5. Externe Meldeadressaten

5.1. Vorgaben der Richtlinie zur Einrichtung von Whistleblowing-Behörden

Nach der Richtlinie sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, eine nicht näher bestimmte Zahl von zuständigen Behörden zu benennen, die befugt sind, Meldungen entgegenzunehmen, hierzu Rückmeldungen zu geben und entsprechende Folgemaßnahmen zu ergreifen (im Folgenden „Whistleblowing-Behörden“).¹²⁴ Die Ausgestaltung der Whistleblowing-Behörden beruht auf einer Weiterentwicklung entsprechender Vorgaben der Marktmissbrauchsverordnung von 2014 (MMVO),¹²⁵ die in Deutschland durch das im Jahr 2016 eingerichtete Whistleblower-Programm der BaFin umgesetzt wurden.¹²⁶ Zur effektiven Erfüllung ihrer Aufgaben sollen die Whistleblowing-Behörden innerhalb des staatlichen Organisationsgefüges hinreichend unabhängig und selbstständig ausgestaltet werden. In diesem Sinne sind sowohl schriftliche als auch mündliche Meldekanäle einzurichten, die von den allgemeinen Informationskanälen der Behörde ebenso wie von den verwaltungsinternen Whistleblowing-Stellen organisatorisch getrennt sein müssen.¹²⁷ In personeller Hinsicht wird die Eigenständigkeit der Whistleblowing-Behörde durch die Bestellung speziell geschulter Whistleblowing-Verantwortlicher verwirklicht, die als administrative Brückenköpfe in ständigem Kontakt zum Whistleblower stehen und diesen ggf. mit anderen beteiligten (Ermittlungs-)Behörden vernetzen sollen.¹²⁸ Hierbei misst die Richtlinie der Etablierung eines vertraulichen Kooperationsverhältnisses zwischen Behörde und Whistleblower entsprechend den Erfahrungswerten moderner Whistleblowing-Programme erkennbar besondere Bedeutung zu. Werden Whistleblowing-Informationen von nicht zuständigen Behörden oder

¹²⁴ Art. 11 Abs. 1 WBRL.

¹²⁵ Art. 32 der Verordnung EU 596/2014.

¹²⁶ Siehe § 4d FinDAG; *Gerdemann*, Transatlantic Whistleblowing, 2018, Rn. 278 ff.

¹²⁷ Art. 11 Abs. 2 Buchst. a, Art. 12 Abs. 1 Buchst. a, Art. 8 Abs. 9 Unterabs. 3 Hs. 2, Erwägungsgrund 73 S. 2 WBRL.

¹²⁸ Art. 12 Abs. 4, 5, Art. 16 Abs. 1, Art. 18 Abs. 2 Buchst. b), 3, 4, Erwägungsgründe 74, 77 WBRL.

Mitarbeitern entgegengenommen, sind diese dementsprechend umgehend an den zuständigen Whistleblowing-Verantwortlichen weiterzuleiten.¹²⁹

Die prozess- und verhaltensbezogenen Pflichten der Whistleblowing-Behörden, namentlich die Vertraulichkeits-, Dokumentations- und Kontaktpflichten, ähneln denen der internen Whistleblowing-Stellen.¹³⁰ Deutlich umfangreicher sind die behördlichen Informationspflichten ausgestaltet, die neben der konkreten Informierung potentieller Whistleblower und anderer interessierter Personen¹³¹ vor allem eine umfassende, anlassunabhängige Informierung der Öffentlichkeit über die Einzelheiten der zur Verfügung stehenden Meldeverfahren und Schutzmöglichkeiten einschließen.¹³² Ähnlich den internen Whistleblowing-Stellen sind auch die Whistleblowing-Behörden dazu verpflichtet, den Eingang einer Meldung grundsätzlich innerhalb von sieben Tagen zu bestätigen,¹³³ ordnungsgemäße Folgemaßnahmen einzuleiten¹³⁴ und den Whistleblower innerhalb von drei Monaten hierüber zu unterrichten,¹³⁵ wobei letztere Frist im Einzelfall aber auf bis zu sechs Monate verlängert werden kann, insbesondere aufgrund einer hohen Komplexität des individuellen Meldegegenstands.¹³⁶ Hinzu kommt (anders als bei internen Whistleblowing-Stellen) ausdrücklich auch eine Unterrichtung über den Ausgang des Verfahrens.¹³⁷ Zur effizienten Erfüllung ihrer Aufgaben kann den Behörden von den Mitgliedstaaten zwar gestattet werden, auf eine weitergehende Bearbeitung von eindeutig geringfügigen Verstößen oder wiederholten, inhaltsgleichen Meldungen zu verzichten und schwerwiegende Verstöße gegenüber anderen zu priorisieren.¹³⁸ Dies berührt allerdings nicht die besonders hervorgehobene Verpflichtung der Mitgliedstaaten, sämtliche Whistleblowing-Behörden mit angemessenen Ressourcen auszustatten.¹³⁹ Ob die von der Europäischen Kommission für den europaweiten Aufbau der staatliche Whistleblowing-Infrastruktur ursprünglich veranschlagten Implementierungskosten i.H.v. 204,9 Mio. EUR und jährlichen Betriebs-

¹²⁹ Art. 11 Abs. 6, Art. 12 Abs. 3 WBRL.

¹³⁰ Art. 12 Abs. 1, 2, Art. 18 WBRL; vgl. oben unter Punkt 4.1.

¹³¹ Art. 12 Abs. 4 Buchst. a WBRL.

¹³² Art. 13, Erwägungsgrund 89 WBRL; vgl. auch Art. 20 Abs. 1 Buchst. a WBRL.

¹³³ Art. 11 Abs. 2 Buchst. b WBRL.

¹³⁴ Art. 11 Abs. 2 Buchst. c i.V.m. Art. 5 Nr. 12 WBRL.

¹³⁵ Art. 11 Abs. 2 Buchst. d WBRL.

¹³⁶ Art. 11 Abs. 2 Buchst. d, Erwägungsgrund 67 WBRL.

¹³⁷ Art. 11 Abs. 2 Buchst. e. Zu Einschränkungen aufgrund anderer Vorschriften siehe Erwägungsgrund 66 WBRL.

¹³⁸ Art. 11 Abs. 3-5 WBRL.

¹³⁹ Art. 11 Abs. 1 a.E. WBRL.

kosten i.H.v. 319,9 Mio. EUR¹⁴⁰ hierfür ausreichen werden, darf angesichts des von der Richtlinie geforderten Professionalisierungsgrads bezweifelt werden.

5.2. Status quo und Änderungsbedarf des deutschen Rechts

In Deutschland hat eine zunehmende Zahl von Behörden in den letzten Jahren externe Whistleblowing-Kanäle eingerichtet, allerdings ohne dass dies in aller Regel mit einer dezidierten Anpassung der gesetzlichen Rahmenbedingungen zur Steigerung der Funktionsfähigkeit und Verbesserung des Whistleblower-Schutzes einhergegangen wäre. Stattdessen greifen die meisten dieser Behörden auf die Bereitstellung anonymer Meldekanäle zurück, um Whistleblowern auf diese Weise jedenfalls einen präventiven Identitätsschutz gewähren zu können.¹⁴¹ Entsprechend verfahren unter anderem die Landeskriminalämter Baden-Württemberg, Berlin, Brandenburg und Niedersachsen, der GKV-Spitzenverband der gesetzlichen Kranken- und Pflegekassen sowie das Bundeskartellamt (BKartA) und die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin).¹⁴² Über einen speziellen rechtlichen Rahmen verfügt allein die BaFin mit ihrer für die Entgegennahme und Weiterverfolgung finanzaufsichtsrechtlich relevanter, externer Meldungen zuständigen BaFin-Hinweisgeberstelle.¹⁴³ Die Vorgaben gehen zurück auf den teilweise vom Whistleblower-Programm der US-amerikanischen SEC inspirierten¹⁴⁴ Art. 32 MMVO¹⁴⁵ und wurden in Deutschland in § 4d FinDAG umgesetzt. Da Art. 32 MMVO den Bestimmungen der WBRL als legislatives Vorbild gedient hat, ähnelt § 4d FinDAG in vielerlei Hinsicht den Vorgaben der Whistleblower-Richtlinie, bleibt in seinem effektiven

¹⁴⁰ COM (2018) 218 final, 11 (zum Kommissionsvorschlag).

¹⁴¹ Hierzu im Einzelnen unten, Punkt 11.3.

¹⁴² Zu externen Meldekanälen auf Bundesebene, siehe die Antwort der Bundesregierung auf die kleine Anfrage von Abgeordneten der Fraktion Bündnis 90/ Die Grünen zum Thema „Externe Meldestellen für Hinweisgeberinnen und Hinweisgeber“, BT-Drs. 19/14980; zu Funktionsweise und Kritik im Einzelnen *Gerdemann*, Transatlantic Whistleblowing, 2018, Rn. 276 ff.; *Kölbel/Herold*, in: LMU Working Paper SFB 1369, 01/2020, 4, 10 f. jew. m.w.N.

¹⁴³ Onlinepräsenz abrufbar unter https://www.bafin.de/DE/Aufsicht/Uebergreifend/Hinweisgeberstelle/hinweisgeberstelle_artikel.html, letzte öffentliche Informationen zum Meldeaufkommen in *BaFin*, Jahresbericht 2018, 48 f.

¹⁴⁴ *Gerdemann*, Transatlantic Whistleblowing, 2018, Rn. 184 ff., 278; *Fleischer*, NZG 2012, 361, 363.

¹⁴⁵ Art. 32 der VO EU 596/2014.

Schutzniveau allerdings auch verschiedentlich hinter diesen zurück. So enthält etwa § 4d Abs. 3 FinDAG als erste deutsche Rechtsnorm einen speziell auf Whistleblower ausgerichteten Vertraulichkeitsschutz und bestimmt:

„Die Bundesanstalt macht die Identität einer Person, die eine Meldung erstattet hat, nicht bekannt, ohne zuvor die ausdrückliche Einwilligung dieser Person eingeholt zu haben. Ferner gibt die Bundesanstalt die Identität einer Person, die Gegenstand einer Meldung ist, nicht preis. Die Sätze 1 und 2 gelten nicht, wenn eine Weitergabe der Information im Kontext weiterer Ermittlungen oder nachfolgender Verwaltungs- oder Gerichtsverfahren auf Grund eines Gesetzes erforderlich ist oder wenn die Offenlegung durch einen Gerichtsbeschluss oder in einem Gerichtsverfahren angeordnet wird.“

Die Ausnahmebestimmung des letzten Satzes weist hierbei deutliche Parallelen zu Art. 16 Abs. 2 WBRL auf, ist allerdings insoweit enger, als die Whistleblower-Richtlinie nicht jegliche im Verfahren erforderliche oder gerichtlich angeordnete Weitergabe zulässt, sondern nach ihr nur die Erfüllung sowohl notwendiger als auch verhältnismäßiger Offenlegungspflichten ausreicht. Darüber hinaus setzt die Richtlinie der Weitergabe der Identität dadurch Grenzen, dass sie nur den speziell geschulten Whistleblowing-Verantwortlichen direkten Zugriff auf die entsprechenden Informationen gestattet und andere Mitarbeiter der Behörde hiervon grundsätzlich ausschließt.¹⁴⁶ Nicht zuletzt durch diesen organisatorisch und personell abgesicherten Vertraulichkeitsbereich („Chinese Wall“) folgt die Richtlinie dem Leitbild einer eigenständigen Whistleblowing-Behörde bzw. eines unabhängigen Behördenteils, das in Art. 32 MMVO so noch nicht angelegt war.¹⁴⁷ Ähnliches gilt für die Einschränkung der Auskunftsrechte betroffener Personen, die bei der Umsetzung der Richtlinie unter anderem eine Begrenzung des Art. 15 DSGVO notwendig machen wird.¹⁴⁸

Des Weiteren enthält § 4d Abs. 6 FinDAG einen anti-diskriminierungsrechtlichen Whistleblower-Schutz, der insoweit den Vorgaben der Richtlinie ebenso wie denen vorangegangener europäischer Whistleblower-Rechtsakte entspricht, als er unmittelbare externe Meldungen an die BaFin ausdrücklich zulässt,¹⁴⁹

¹⁴⁶ Art. 12 Abs. 1 Buchst. a, Abs. 3-5 WBRL.

¹⁴⁷ In der inneren Verwaltungsstruktur der BaFin ist die Hinweisgeberstelle dementsprechend unmittelbar im Referat ZR 5 (Umlage und ZKG, Straf- und Zivilrecht) eingegliedert worden.

¹⁴⁸ Vgl. Erwägungsgrund 84 S. 2 WBRL und demgegenüber § 4d Abs. 8 FinDAG.

¹⁴⁹ Art. 10 Alt. 2 WBRL; *Gerdemann*, NZA-Beilage 2020 (erscheint demnächst).

gutgläubige Whistleblower schützt¹⁵⁰ und durch vertragliche Vereinbarungen nicht eingeschränkt werden kann.¹⁵¹ Im Unterschied zu den Art. 4, 6, 19 und 21 WBRL ist die Schutznorm allerdings vergleichsweise vage formuliert und richtet sich primär an Mitarbeiter beaufsichtigter Unternehmen, nicht hingegen an die weiteren von Art. 4 WBRL erfassten Personengruppen.¹⁵² Zudem betrifft die Norm lediglich externe Meldungen, ohne zugleich interne Meldungen und Offenlegungen unter Schutz zu stellen und enthält im Gegensatz zu Art. 21 Abs. 5 WBRL auch keine Whistleblower-günstige Beweislastumkehr.

Keine Vorgaben enthält § 4d FinDAG ferner mit Blick auf einzuhaltende Fristen für die Bestätigung des Eingangs einer Meldung¹⁵³ und die Rückmeldung über getroffene Folgemaßnahmen¹⁵⁴ sowie die Mitteilung des abschließenden Untersuchungsergebnisses¹⁵⁵, wobei die BaFin-Hinweisgeberstelle in der Praxis unter Verweis auf bestehende Verschwiegenheitspflichten sogar gänzlich auf eine Informierung des Whistleblowers über das weitere Vorgehen und das Ergebnis der Prüfung verzichtet.¹⁵⁶ Dokumentationspflichten entsprechend Art. 12 Abs. 1 Buchst. b i.V.m. Art. 18 WBRL bestehen unter dem FinDAG nicht.

Die Umsetzung der Art. 11 und 12 WBRL wird daher sowohl im Zuge der Einrichtung neuer Whistleblowing-Behörden bzw. -Behördenteile als auch mit Blick auf die bestehende rechtliche Einkleidung der BaFin-Hinweisgeberstelle eine Vielzahl von Ergänzungen und Änderungen der aktuellen Rechtslage mit sich bringen. Umfang und behördenpezifischer Regelungsgehalt der Richtlinie schließen insofern aus, dass eine Umsetzung allgemein durch eine Ergänzung bestehender Anzeige- oder Petitionsrechte erfolgen könnte.¹⁵⁷ Sie erfordern eine konkrete Benennung und rechtliche Ausgestaltung der zuständigen Behörden und einschlägigen Rahmenbedingungen des externen Whistleblowings im Anwendungsbereich des Umsetzungsgesetzes. Wenngleich Art. 3 Abs. 1 S. 1 i.V.m. Anhang Teil II Buchst. A Ziff. 1 WBRL auch die MMVO und deren Art. 32 dem Grunde nach aus dem Anwendungsbereich der Richtlinie ausnimmt, gilt dies auch für § 4d FinDAG, da diese Bestimmung (ebenso wie Art. 32 MMVO) in vielen Punkten wie gezeigt nicht den gemäß Art. 3 Abs. 1 S. 2 WBRL erforder-

¹⁵⁰ § 4d Abs. 6 a.E. FinDAG; Art. 6 Abs. 1 Buchst. a WBRL.

¹⁵¹ § 4d Abs. 7 FinDAG; Art. 21 Abs. 2, 24, Erwägungsgrund 91 WBRL.

¹⁵² Siehe oben, Punkt 3.

¹⁵³ Art. 11 Abs. 2 Buchst. b WBRL.

¹⁵⁴ Art. 11 Abs. 2 Buchst. d WBRL.

¹⁵⁵ Art. 11 Abs. 2 Buchst. e WBRL.

¹⁵⁶ BT-Drs. 19/14980, 15.

¹⁵⁷ Vgl. etwa § 158 StPO; Art. 17 GG.

lichen Grad spezifischer und verbindlicher Regulierung aufweist.¹⁵⁸ Im Rahmen der Umsetzung ist darauf zu achten, dass auch die Whistleblowing-Behörde, die künftig im Bereich des – von der Union schon früh als besonders Whistleblowing-relevant erkannten – Finanzaufsichtsrechts zuständig sein wird, den Mindeststandards der Richtlinie entspricht.¹⁵⁹

Darüber hinaus empfiehlt es sich, die Umsetzung der Richtlinie auch über ihre zwingenden Mindestanforderungen hinaus zu nutzen, um die Effizienz der Whistleblowing-Behörden bestmöglich sicherzustellen. Zahlreiche Erfahrungen mit ähnlichen, bereits existierenden Whistleblowing-Behörden insbesondere in den USA haben gezeigt, dass hierbei die Etablierung eines vertrauensvollen Kooperationsverhältnisses durch die Kopplung administrativer Ermittlungsbedürfnisse mit den Schutzinteressen des Whistleblowers von entscheidender Bedeutung ist.¹⁶⁰ Ein in diesem Sinne geeignetes Instrument ist eine flankierende Arbeitsrechtskompetenz der Whistleblowing-Behörden zum Erlass einstweiliger Vergeltungsschutzanordnungen. Verwaltungsakte zum Schutz von Whistleblowern sind in der Richtlinie bereits dem Grunde nach angelegt, indem diese behördliche Bescheinigungen über das Vorliegen der Richtlinienvoraussetzungen als eine sinnvolle Unterstützungsmaßnahme zum Schutz vor Repressalien ausdrücklich anerkennt.¹⁶¹ Dem deutschen Recht sind behördliche Kompetenzen im Bereich des Schutzes bestimmter Arbeitnehmergruppen vor Kündigungen, wie das Schwerbehinderten- und das Mutterschutzrecht zeigen, nicht fremd.¹⁶² Durch eine Kompetenz zum Erlass einstweiliger Vergeltungsschutzanordnungen wäre es den Behörden möglich, den Whistleblower bis zu einer endgültigen gerichtlichen Entscheidung vor Kündigungen und anderweitigen Benachteiligungen vorläufig zu schützen, die hiermit verbundenen wirtschaftlichen und persönlichen Unsicherheiten und bleibenden Nachteile abzumildern

¹⁵⁸ Vgl. oben, Punkt 2.2.

¹⁵⁹ Art. 3 Abs. 1 WBRL dient primär der Sicherung sektoral strengerer Whistleblowing-Vorgaben (siehe oben, Punkt 4.2). Der Verweis auf die MMVO in Art. 3 Abs. 1 S. 1 i.V.m. Anhang Teil II Buchst. A Ziff. 1 WBRL hat im Laufe des Trilog-Verfahrens seine inhaltliche Bedeutung weitgehend eingebüßt, da unmittelbar externes Whistleblowing – anders als im Kommissionsvorschlag – nunmehr auch unter der WBRL zulässig ist und das externe Melderecht aus Art. 32 MMVO insoweit keines Schutzes vor Veränderungen durch die WBRL mehr bedurfte.

¹⁶⁰ *Gerdemann*, Transatlantic Whistleblowing, 2018, Rn. 39 ff., 53, 88 f., 165 ff., 219, 227, 285, 287, Appendix D III.

¹⁶¹ Art. 20 Abs. 1 Buchst. b, Erwägungsgrund 90 WBRL unter Vorbehalt einschlägiger Regelungen des nationalen Rechts.

¹⁶² Vgl. §§ 85, 88 SGB IX, § 17 Abs. 2 MuSchG

und zugleich die Anwesenheit einer kooperationsbereiten Person innerhalb der betroffenen Organisation während der Dauer der Ermittlungen sicherzustellen. Der mit einer solchen Kompetenz generierte Gleichlauf der Interessen von Whistleblower und Behörde ist besonders geeignet, spürbare Kooperationsanreize für eine zielführenden Aufdeckung von Verstößen bei gleichzeitigem Schutz des Whistleblowers zu setzen und hierdurch die Regelungsziele der Richtlinie in der Praxis effektiv zu verwirklichen.

5.3. Sollten verschiedene Whistleblowing-Behörden für unterschiedliche Meldegegenstände vorgesehen werden?

Die Richtlinie stellt die konkrete verwaltungsorganisatorische Einbettung der Whistleblowing-Behörden in das freie Ermessen der Mitgliedstaaten. Gemäß Art. 11 Abs. 1 WBRL haben die Mitgliedstaaten die zuständigen Behörden zu benennen, die befugt sind, Meldungen entgegenzunehmen, Rückmeldung zu geben und Folgemaßnahmen zu ergreifen. Neben den in Art. 13 WBRL aufgeführten Informationspflichten können die Whistleblowing-Behörden auch die weiteren Unterstützungsaufgaben gemäß Art. 20 Abs. 1 WBRL übernehmen, soweit diese nicht von einem Informationszentrum oder einer anderen unabhängigen Behörde erfüllt werden (Art. 20 Abs. 3 WBRL).¹⁶³ Rein unionsrechtlich wäre es daher möglich, lediglich eine einzige zuständige Whistleblowing-Behörde oder einen einzigen, in eine bestehende Behörde integrierten, aber funktional unabhängigen Behördenteil zur Erfüllung sämtlicher von der Richtlinie vorgegebenen Aufgaben zu benennen.

Die Einrichtung einer einzigen Bundes-Whistleblowing-Behörde, obgleich auf den ersten Blick verwaltungsökonomisch attraktiv, ist in Deutschland indes weder rechtlich möglich noch praktisch sinnvoll. So stieße eine solche Zentralisierung der Whistleblowing-Aufgaben zunächst an verfassungsrechtliche Grenzen in Gestalt der Verwaltungskompetenzen der Bundesländer, die gemäß Art. 30, 83 ff. GG in vielen von der Richtlinie erfassten Regulierungsbereichen administrativ zuständig sind. Das verfassungsrechtliche Minimum der verwaltungsorganisatorischen Umsetzung der Richtlinie ist daher die Einrichtung von jedenfalls einer Bundes-Whistleblowing-Behörde und 16 weiteren Landes-Whistleblowing-Behörden.

¹⁶³ Zur Umsetzung des Art. 20 WBRL, siehe unten, Punkte 9.1. und 9.2.

Aus verwaltungspraktischen Gründen ist über diese notwendige föderale Aufteilung der behördlichen Zuständigkeiten hinaus aber vor allem eine fachliche, an den einzelnen Meldegegenständen orientierte Differenzierung empfehlenswert. Die Einrichtung einer einzigen, für die Meldung sämtlicher unter das Umsetzungsgesetz fallender Verstöße zuständigen Whistleblowing-Behörde hätte zur Folge, dass sich deren Aufgabenbereich auf eine Vielzahl inhaltlich sehr unterschiedlicher Regulierungsfelder erstrecken würde. Um eine kompetente und effiziente Entgegennahme, Einordnung und Weiterverfolgung der gemeldeten Verstöße zu ermöglichen, müssten die gemäß Art. 12 Abs. 4 WBRL verantwortlichen Mitarbeiter einen regulierungsbereichsspezifischen Kenntnis- und Erfahrungsgrad aufweisen, der auch über die von Art. 12 Abs. 5 WBRL geforderten Schulungen wohl nicht hinreichend vermittelt werden könnte. Darüber hinaus wird es den verantwortlichen Mitarbeitern im Rahmen einer derart zentralisierten Organisationsstruktur kaum gelingen, ihrer Aufgabe als administrative Brückenköpfe zur kontinuierlichen Vernetzung von Whistleblowern und beteiligten Aufsichts- und Ermittlungsbehörden in vollem Umfang gerecht zu werden.

Dass sich eine Zentralisierung und fehlende Spezialisierung von Whistleblowing-Behörden insbesondere auf komplexen Regulierungsfeldern negativ auf Whistleblower und Ermittlungserfolge auswirken kann, zeigen auch rechtstatsächliche Erfahrungswerte aus den USA zur Whistleblowing-Administration auf dem Feld der Finanzdienstleistungsaufsicht. Die dort ab dem Jahr 2002 eingeführte Zuständigkeitsspaltung zwischen dem Arbeitsministerium als Administrator der Whistleblowing-Behörde und der Finanzdienstleistungsaufsicht als Ermittlungsbehörde führte sowohl bei der fachgerechten Entgegennahme und Bearbeitung von Meldungen als bei auch bei der anschließenden Koordination der Ermittlungen zu erheblichen Mängeln.¹⁶⁴ Als Lehre aus den praktischen Misserfolgen dieses Systems wurde im Jahr 2011 eine spezialisierte Whistleblowing-Behörde als eigenständige Funktionseinheit innerhalb der Finanzdienstleistungsaufsicht geschaffen. Die Defizite beim Schutz von Whistleblowern und der effektiven Nutzung ihrer Informationen wurden hierbei weitgehend beseitigt.¹⁶⁵

In Deutschland sollten ähnliche verwaltungsorganisatorische Fehler bei der Umsetzung der Richtlinie vermieden werden, um von Beginn an ein effizientes Kooperationsverhältnis zwischen Whistleblower und Whistleblowing-Behörde

¹⁶⁴ Im Einzelnen *Gerdemann*, Transatlantic Whistleblowing, 2018, Rn. 138, 166 m.w.N.

¹⁶⁵ *Ebd.*, Rn. 210, 219, 227.

zu ermöglichen. In diesem Sinne empfiehlt es sich, jedenfalls im Bereich komplexer aufsichtsrechtlicher Materien anstelle einer auf Bundesebene allzuständigen Einzelbehörde spezielle Whistleblowing-Behörden bzw. unabhängige Behördenteile zu etablieren. Dies gilt unter anderem auf dem Gebiet der Finanzdienstleistungsaufsicht, wo – aufbauend auf der bereits im Jahr 2016 in Betrieb genommen BaFin-Hinweisgeberstelle¹⁶⁶ – ein gemäß den Vorgaben der Richtlinie organisatorisch unabhängiger und personell spezialisierter Behörden-
teil in die bisherige Verwaltungsstruktur integriert werden kann. Parallel hierzu bietet es sich an, auf Bundesebene entsprechend Art. 20 Abs. 3 WBRL eine unabhängige Zentralstelle einzurichten, die im Rahmen der Wahrnehmung ihrer Beratungsaufgaben gemäß Art. 20 Abs. 1 Alt. 2 WBRL zugleich eine Verteilerfunktion erfüllt, indem sie Whistleblower gegebenenfalls an die für die jeweiligen Verstöße konkret zuständige Whistleblowing-Behörde weiterleitet.¹⁶⁷ Auf diese Weise könnten die Koordinationsvorteile einer zentralisierten Organisation mit den Kompetenz- und Kooperationsvorteilen einer meldegegenständlichen Spezialisierung kombiniert werden.

¹⁶⁶ Vgl. hierzu bereits oben, Punkt 5.2.

¹⁶⁷ Zu weiteren möglichen Funktionen einer solchen Stelle, siehe unten, Punkte 9.2. und 9.3.

6. Allgemeine Voraussetzungen für den Schutz von Whistleblowern

6.1. Vorgaben der Whistleblower-Richtlinie

Die allgemeinen Voraussetzungen für das Eingreifen der anti-diskriminierungsrechtlichen Schutzbestimmungen der Richtlinie sind in Art. 6 Abs. 1 WBRL geregelt. Hiernach haben Whistleblower Anspruch auf Schutz, sofern

„a) sie hinreichenden Grund zu der Annahme hatten, dass die gemeldeten Informationen über Verstöße zum Zeitpunkt der Meldung der Wahrheit entsprachen und dass diese Informationen in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie fielen, und

b) sie intern gemäß Artikel 7 oder extern gemäß Artikel 10 Meldung erstattet haben oder eine Offenlegung gemäß Artikel 15 vorgenommen haben.“

Voraussetzung ist zunächst eine Meldung oder Offenlegung im Sinne der Richtlinie, also die schriftliche oder mündliche Mitteilung bzw. öffentliche Zugänglichmachung von Informationen über Verstöße (Art. 5 Nr. 1-3, Nr. 6 WBRL). Dies erfordert vor allem die Eröffnung des unter Punkt 2.1. besprochenen, sachlichen Anwendungsbereichs der Richtlinie.

Aus Art. 21 Abs. 4 WBRL ergibt sich e contrario, dass über den Wortlaut des Art. 6 Abs. 1 Buchst. a WBRL hinaus auch andere Handlungen oder Unterlassungen, die mit der Meldung bzw. Offenlegung in Zusammenhang stehen oder zur Aufdeckung eines Verstoßes erforderlich¹⁶⁸ sind, vom Schutz der Richtlinie erfasst sind.¹⁶⁹ Dies schließt die Beschaffung verstoßrelevanter Informationen im Vorfeld der Meldung bzw. Offenlegung mit ein, und zwar selbst dann, wenn

¹⁶⁸ Der Begriff der Erforderlichkeit impliziert keine eigenständige Verhältnismäßigkeitsprüfung, sondern verweist auf den allgemeinen Notwendigkeitsvorbehalt (hierzu sogleich), der in der deutschen Sprachfassung lediglich uneinheitlich übersetzt wurde (vgl. engl. Fassung Art. 21 Abs. 2 und Abs. 4 WBRL: jeweils „necessary“).

¹⁶⁹ Hierzu wird man bspw. die im Rahmen von Ermittlungen notwendige Folgekommunikation mit den zuständigen Behörden zählen können, vgl. Art. 12 Abs. 4 Buchst. c WBRL.

die Art der Erlangung rechtswidrig ist, soweit hierdurch kein selbstständiger nationaler Straftatbestand verwirklicht wird (Art. 21 Abs. 3 WBRL). Geschützt wäre demnach etwa das arbeitsvertragswidrige Fotografieren beweismäßiger Akten in einem Büro, zu dem der Whistleblower normalerweise keinen Zugang hat, nicht hingegen das Eindringen in Geschäftsräume gemäß § 123 Abs. 1 StGB oder das Ausspähen besonders gesicherter Daten im Sinne von § 202a Abs. 1 StGB.¹⁷⁰

Gemäß Art. 21 Abs. 2, Abs. 4, Abs. 7 WBRL ist die Meldung oder Offenlegung von Informationen nur geschützt, soweit sie notwendig war, um einen Verstoß aufzudecken, beziehungsweise der Whistleblower einen hinreichenden Grund hatte, dies anzunehmen.¹⁷¹ Der systematisch ungewöhnliche Standort außerhalb von Art. 6 Abs. 1 WBRL erklärt sich zum einen dadurch, dass die Voraussetzung erst im Rahmen der Trilog-Verhandlungen eingeführt wurde. Zum anderen entspricht sie dem aktionenrechtlichen Denken des englischen Rechts, das nicht zwischen materiellem Recht und Prozessrecht unterscheidet. Nichtsdestotrotz handelt es sich um eine allgemeine Voraussetzung für den Schutz von Whistleblowern, die für sämtliche Meldungen und Offenlegungen ebenso Geltung beansprucht wie für das Stadium der Informationsbeschaffung. Letzteres ergibt sich aus dem für alle Handlungen und Unterlassungen geltenden Art. 21 Abs. 4 WBRL, der den Begriff der Erforderlichkeit verwendet, hiermit aber keine eigenständige Verhältnismäßigkeitsprüfung indiziert, sondern auf den allgemeinen Notwendigkeitsvorbehalt verweist.¹⁷²

Zum Zweck des Notwendigkeitsvorbehalts heißt es in Erwägungsgrund 91 S. 3 WBRL: „Dieser Schutz sollte sich nicht auf überflüssige Informationen erstrecken, die die betreffende Person ohne solchen hinreichenden Grund offengelegt hat.“ Der Notwendigkeitsvorbehalt bezieht sich also nur auf den Umfang der aufgedeckten Informationen, nicht hingegen auf die Frage, ob eine interne oder externe Meldung oder eine Offenlegung für eine effektive Aufdeckung notwendig waren. Im Einklang mit dem Schutzzweck der Richtlinie ist von einer libera-

¹⁷⁰ Vgl. Erwägungsgrund 92 WBRL. Eine Rechtfertigung der begangenen Straftat nach nationalem Recht bleibt je nach Einzelfall aber weiterhin möglich, vgl. Erwägungsgrund 92 S. 7 WBRL.

¹⁷¹ Einzelheiten zu den subjektiven Schutzvoraussetzungen sogleich.

¹⁷² Vgl. etwa in der engl. Sprachfassung Art. 23 Abs. 4 mit Abs. 2, 7 S. 2 WBRL, jeweils unter Verwendung des Begriffs „necessary“. Eine einzelfallabhängige Verhältnismäßigkeitsprüfung soll innerhalb des um Rechtssicherheit bemühten Schutzzumfangs der Richtlinie hingegen nicht stattfinden (vgl. Erwägungsgrund 92 S. 7 WBRL).

len Interpretation des Begriffs der Notwendigkeit auszugehen, so dass nicht lediglich die Weitergabe der reinen Verstoßinformation, sondern auch hiermit zusammenhängender Informationen gestattet ist, sofern diese beispielsweise geeignet sind, den jeweiligen Sachverhalt zu kontextualisieren oder zu plausibilisieren und auf diese Weise dazu beizutragen, eine effektive Aufdeckung, Ermittlung und Ahndung der Verstöße zu erleichtern.

Das Handeln oder Unterlassen muss zudem durch einen Whistleblower im Sinne der Richtlinie erfolgen,¹⁷³ was eine Eröffnung des persönlichen Anwendungsbereichs erforderlich macht, dessen einzelne Personengruppen oben unter Punkt 3.1. beschrieben wurden.

Darüber hinaus muss der Whistleblower die subjektiven Schutzvoraussetzungen der Richtlinie erfüllen, also gemäß Art. 6 Abs. 1 Buchst. a WBRL hinreichenden Grund zu der Annahme gehabt haben, dass die gemeldeten Informationen der Wahrheit entsprachen und unter den Anwendungsbereich der WBRL fielen. Im Einklang mit vorherigen Whistleblowing-Rechtsakten der Europäischen Union¹⁷⁴ erfordert die Richtlinie daher nicht, dass ein Verstoß nachweisbar vorgelegen haben muss. Sie lässt es vielmehr ausreichen, dass der Whistleblower zum Zeitpunkt der Meldung oder Offenlegung über das Vorliegen eines Verstoßes in gutem Glauben gewesen ist.¹⁷⁵ Ausweislich des Wortlauts des Art. 6 Abs. 1 Buchst. a WBRL ist der Whistleblower hierbei nicht nur geschützt, soweit er irrtümlich vom tatsächlichen Vorliegen eines Verstoßes ausgeht, sondern auch soweit er einem Rechtsirrtum unterliegt und Informationen über Verstöße meldet, von denen er zu Unrecht annimmt, dass sie in den sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinie fallen. Die Einbeziehung von Rechtsirrtümern ist vor dem Hintergrund des enumerativ festgelegten Anwendungsbereichs der Richtlinie potenziell folgenreich, insbesondere da aus Laienperspektive ex ante oft kaum absehbar sein dürfte, ob und in welchem Umfang nationale (Umsetzungs-)Normen auf einschlägigen europäischen Rechtsakten beruhen. Der Maßstab der Gutgläubigkeit erstreckt sich gemäß Art. 21 Abs. 2, Abs. 7 S. 2 WBRL zudem auf die Notwendigkeit des Umfangs der weitergegebenen Informationen, da diese vom Whistleblower zum Zeitpunkt der Meldung oder Offenlegung ebenfalls nicht mit letzter Sicherheit eingeschätzt werden kann.

Unter welchen konkreten Voraussetzungen die Gründe für die Annahme eines Verstoßes im Sinne von Art. 6 Abs. 1 Buchst. a WBRL als „hinreichend“ zu be-

¹⁷³ Art. 6 Abs. 1 Hs. 1 WBRL (in der dt. Sprachfassung als „Hinweisgeber“ bezeichnet).

¹⁷⁴ Vgl. *Gerdemann*, NZA-Beilage 2020 (erscheint demnächst) m.w.N.

¹⁷⁵ Siehe Erwägungsgrund 32 WBRL.

werten sind, ist dem Richtlinien text nicht unmittelbar zu entnehmen. Aufschluss gibt ein Blick in den einschlägigen Erwägungsgrund 32, der den mit Art. 6 Abs. 1 Buchst. a WBRL verfolgten Zweck näher erläutert. Die Norm soll als Schutzvorkehrung gegen „böswillige oder missbräuchliche“ Meldungen dienen und jenen Personen den Schutz der Richtlinie versagen, die „willentlich und wissentlich falsche oder irreführende“ Informationen übermitteln.¹⁷⁶ Lediglich fahrlässige Fehlmeldungen finden hingegen keine Erwähnung. Vielmehr soll unter der Vorschrift, wie im Erwägungsgrund 32 ausdrücklich hervorgehoben wird, auch der Schutz solcher Whistleblower gewährleistet sein, die „in gutem Glauben“ unzutreffende¹⁷⁷ Informationen über Verstöße melden.¹⁷⁸ Dass der anzulegende Maßstab mit der Verwendung des deutschen Rechtsbegriffs der Gutgläubigkeit, der lediglich vorsätzliches oder grob fahrlässiges Handeln ausschließt,¹⁷⁹ zutreffend beschrieben ist, bestätigt ein Blick in die anderen Sprachfassungen, die durchgängig eine liberale Interpretation des Art. 6 Abs. 1 Buchst. a WBRL zugunsten gutgläubiger Whistleblower nahelegen.¹⁸⁰ Die subjektiven Schutzvoraussetzungen der Richtlinie sind daher auch erfüllt, wenn und soweit der Whistleblower im Zeitpunkt der Meldung in einfach fahrlässiger Weise melderelevanten Tatsachen- oder Rechtsirrtümern unterliegt.¹⁸¹

Bewusst keine Aufnahme in Art. 6 Abs. 1 Buchst. a WBRL haben hingegen die subjektiven Meldemotive des Whistleblowers gefunden, da diese bei der Entscheidung über das Vorliegen der Schutzvoraussetzung keine Rolle spielen sollen.¹⁸² Im Einklang mit dem rechtspolitischen Ziel einer möglichst effektiven Durchsetzung des Unionsrechts¹⁸³ kommt es daher allein darauf an, dass objek-

¹⁷⁶ Erwägungsgrund 32 S. 2 WBRL.

¹⁷⁷ Die Verwendung des Wortes „ungenau“ in der deutschen Sprachfassung ist eine unpassende Übersetzung des englischen „inaccurate“, vgl. auch unten, Punkt 10.1.

¹⁷⁸ Erwägungsgrund 32 S. 3 WBRL.

¹⁷⁹ Vgl. etwa § 932 Abs. 2 BGB; BVerfG, Beschl. v. 2.7.2001 – 1 BvR 2049/00, Rn. 10, 20, NJW 2001, 3474, 3475.

¹⁸⁰ Siehe beispielsweise die englische Fassung („by honest mistake“), die französische („de bonne foi“), die italienische („in buona fede“), die spanische („de buena fe“), die portugiesische („de boa fé“) und die niederländische („te goeder trouw“) des Erwägungsgrundes 32 S. 3 WBRL.

¹⁸¹ Dass der Richtlinien text selbst auf den Begriff des guten Glaubens verzichtet, dürfte seinen Grund vor allem in der bewussten Vermeidung des Begriffs des „good faith“ in der englischen Sprachfassung haben, da dieser im Common Law traditionell eine mit dem Konzept von „Treu und Glauben“ vergleichbare Redlichkeitsprüfung beschreibt, die im Rahmen der Richtlinie gerade nicht erfolgen soll (hierzu sogleich).

¹⁸² Erwägungsgrund 32 S. 5 WBRL.

¹⁸³ Vgl. Erwägungsgründe 1 ff. WBRL.

tiv ein hinreichender Grund für die Annahme eines in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht vorliegenden Verstoßes bestand.

Im Unterschied zu Tatsachen- und Rechtsirrtümern hinsichtlich des Vorliegens eines Verstoßes und der Notwendigkeit einer Meldung oder Offenlegung zur Aufdeckung dieses Verstoßes enthält die Richtlinie keine ausdrücklichen Vorgaben über die Konsequenzen eines Irrtums des Whistleblowers im vorgelagerten Stadium der Informationsbeschaffung. Auch die Systematik der Richtlinie und ihre Erwägungsgründe geben keinen Aufschluss über den von der Richtlinie vorgesehenen Umgang mit Irrtümern im Rahmen des Art. 21 Abs. 3 WBRL, namentlich, ob auch insoweit der allgemeine Maßstab der Gutgläubigkeit anzuwenden ist.

Gegen einen Schutz vor Repressalien in Folge gutgläubiger, aber letztlich nicht notwendiger Beschaffungsmaßnahmen ließe sich anführen, dass Art. 21 Abs. 3 WBRL im Gegensatz zu den Art. 6 Abs. 1 Buchst. a und Art. 21 Abs. 2, Abs. 7 S. 2 WBRL gerade keinen Hinweis auf den Maßstab der Gutgläubigkeit enthält. Zudem scheint Art. 21 Abs. 3 WBRL die Beschaffung von und den Zugriff auf Informationen seinem Wortlaut nach nur dann unter Schutz zu stellen, wenn diese Informationen im Anschluss auch gemeldet oder offengelegt werden. Stellt der Whistleblower im Anschluss an eine Beschaffungsmaßnahme aber fest, dass die von ihm zutage geförderten Informationen keinen Hinweis auf einen Verstoß liefern oder für dessen Nachweis jedenfalls teilweise überflüssig und damit nicht notwendig sind, kommt eine gutgläubige Meldung oder Offenlegung insoweit bereits nicht mehr in Betracht.

Andererseits erscheint es systematisch zweifelhaft, der Richtlinie ohne konkrete Anhaltspunkte eine Art beredtes Schweigen über den Schutz gutgläubiger Irrtümer bei der Informationsbeschaffung entnehmen zu wollen. Vor dem Hintergrund der zentralen Bedeutung, welche die Richtlinie dem Schutz gutgläubiger Whistleblower beimisst, wäre mindestens eine konkrete Begründung in den Erwägungsgründen zu erwarten gewesen, sofern die Richtlinie für das Stadium der Informationsbeschaffung bewusst vom Grundsatz der Gutgläubigkeit hätte abweichen wollen. Die Ursache für das Fehlen einer Bestimmung zum Umgang mit gutgläubigen Irrtümern wird vielmehr in der erst im Zuge der Trilog-Verhandlungen erfolgten Ausdehnung des Schutzzumfangs der Richtlinie zu sehen sein. Anstelle einer kohärenten Regelung im Rahmen der allgemeinen Voraussetzungen für den Schutz von Whistleblowern gemäß Art. 6 Abs. 1 WBRL wurde das Stadium der Informationsbeschaffung durch einen systematisch wenig passenden Einschub innerhalb der Maßnahmen zum Schutz vor Repressalien gemäß Art. 21 WBRL geregelt. Die erforderlich gewordene Ergänzung des Art. 21 Abs. 3 WBRL um eine zusätzliche Bestimmung zur Regelung

der Irrtumsproblematik wurde hierbei offenbar übersehen. Die bei Meldung, Offenlegung und Informationsbeschaffung vergleichbare Interessenlage spricht dafür, im Wege einer Analogie zu Art. 6 Abs. 1 Buchst. a WBRL den allgemeinen Standard der Gutgläubigkeit auch auf die Informationsbeschaffung zu übertragen.

Es ist daher davon auszugehen, dass Whistleblower auch dann die allgemeinen Schutzvoraussetzungen der Richtlinie erfüllen, wenn sie im vorgelagerten Stadium der Informationsbeschaffung gutgläubig einem Tatsachen- oder Rechtsirrtum unterliegen.

Gemäß Art. 6 Abs. 1 Buchst. b WBRL ist der Schutz des Whistleblowers ferner an die Voraussetzung geknüpft, dass er intern gemäß Art. 7 oder extern gemäß Art. 10 Meldung erstattet oder eine Offenlegung gemäß Art. 15 vorgenommen hat.

Die interne Meldung wird in Art. 5 Nr. 4 WBRL definiert als mündliche oder schriftliche Mitteilung von Informationen über Verstöße innerhalb einer juristischen Person des privaten oder öffentlichen Sektors, ohne dass die Norm ausschließlichen Bezug auf die in den Art. 7 ff. WBRL geregelten Whistleblowing-Stellen nehmen würde. Dem Wortlaut nach können vielmehr auch Meldungen an andere Adressaten innerhalb der juristischen Person als interne Meldung im Sinne der Richtlinie verstanden werden, beispielsweise also an Vorgesetzte, Rechtsabteilungen oder die Führungsebene eines Unternehmens bzw. einer Verwaltungsorganisation. Art. 6 Abs. 1 Buchst. b WBRL knüpft den Schutz bei internen Meldungen jedoch an die Voraussetzung, dass die Meldung „gemäß Art. 7“ erstattet wurde, also über den speziell eingerichteten internen Meldekanal, der zur internen Whistleblowing-Stelle führt.¹⁸⁴

Eine externe Meldung ist gemäß Art. 5 Nr. 5 WBRL die mündliche oder schriftliche Mitteilung von Informationen über Verstöße an die zuständigen Behörden. Der Begriff der zuständigen Behörde wird in Art. 5 Nr. 14 WBRL definiert als die nationale Behörde, die benannt wurde, um Meldungen nach Kapitel III („Externe Meldungen und Folgemaßnahmen“) entgegenzunehmen und dem Hinweisgeber Rückmeldung zu geben, und/oder als die Behörde benannt wurde, welche die in dieser Richtlinie vorgesehenen Aufgaben – insbesondere in Bezug auf Folgemaßnahmen – erfüllt. Eine externe Meldung im Sinne des Art. 6 Abs. 1 Buchst. b WBRL liegt also nur vor, wenn sie gegenüber einer zuständigen Behörde, wie Art. 5 Nr. 14 WBRL sie definiert, erstattet worden ist. Zusätzlich

¹⁸⁴ Hierzu oben, Punkt 4.

fordert Art. 6 Abs. 1 Buchst. b WBRL als Schutzvoraussetzung, dass die Meldung gemäß Art. 10 WBRL erfolgt ist, also über den speziell eingerichteten externen Meldekanal, der zur Whistleblowing-Behörde bzw. dem innerhalb der Behörde für die Entgegennahme externer Meldungen zuständigen Behördenteil führt.¹⁸⁵

Die Offenlegung wird in Art. 5 Nr. 6 WBRL als öffentliches Zugänglichmachen von Informationen über Verstöße definiert, so dass der letztendliche Adressat die Öffentlichkeit ist, ohne dass hierfür ein bestimmter Kanal oder eine bestimmte Offenlegungsweise – etwa über die Medien – verbindlich vorgeschrieben wäre. Im Unterschied zu internen und externen Meldungen muss der Whistleblower bei einer Offenlegung allerdings die zusätzlichen Voraussetzungen des Art. 15 WBRL erfüllen.¹⁸⁶

Ob und unter welchen Voraussetzungen auch Meldungen an andere als die soeben genannten Adressaten schutzfähig sein können, ist hingegen nicht eindeutig geregelt. Für eine Begrenzung auf die von der Richtlinie speziell geregelten Adressaten spricht, dass Art. 6 Abs. 1 Buchst. b WBRL ausdrücklich auf die Vorschriften zu internen und externen Meldekanälen gemäß Art. 7 und 10 WBRL und damit auf die nach der Richtlinie einzurichtenden Whistleblowing-Stellen und -Behörden verweist. In dieselbe Richtung deutet Art. 21 Abs. 2 WBRL, der Personen nur unter Schutz stellt, sofern sie Verstöße „nach dieser Richtlinie“ melden oder offenlegen, was für eine Nutzung der in der Richtlinie näher ausgestalteten Meldewege als allgemeiner Schutzvoraussetzung spricht.

Andererseits bestimmt Art. 12 Abs. 3 WBRL, dass Meldungen, die über andere als die in der Richtlinie genannten externen Kanäle eingegangen sind oder von einem nicht zuständigen Behördenmitarbeiter entgegengenommen werden, unverzüglich und unverändert an den zuständigen Mitarbeiter weiterzuleiten sind. Dass sich dies negativ auf den Schutz des meldenden Whistleblowers auswirken soll, lässt sich der Richtlinie hingegen nicht entnehmen. Entsprechendes gilt für Meldungen, die zunächst an eine gänzlich unzuständige Behörde gerichtet werden (Art. 11 Abs. 6 WBRL).

Mit Blick auf die materiell-rechtlichen Schutzstandards für Whistleblower lassen diese ihrer Natur nach verwaltungsorganisatorischen Vorgaben allerdings nur sehr eingeschränkt weitergehende Schlüsse zu. So wird man mangels gegenteiliger Bestimmungen wohl noch annehmen können, dass der Whistleblower

¹⁸⁵ Hierzu oben, Punkt 5.

¹⁸⁶ Hierzu unten, Punkt 8.

jedenfalls im Falle einer ordnungsgemäßen Weiterleitung die allgemeinen Schutzvoraussetzungen der Richtlinie erfüllt, obwohl er sich nicht gemäß Art. 6 Abs. 1 Buchst. b WBRL in der nach den Art. 10 ff. WBRL vorgegebenen Weise mittels externer Meldung an die zuständigen Whistleblowing-Behörden gewendet hat. Die Art. 11 Abs. 6, 12 Abs. 3 WBRL enthalten jedoch keine Anhaltspunkte dazu, ob dieser Schutz auch Rückwirkungskraft entfalten soll, ob der Whistleblower also bereits ab dem Zeitpunkt geschützt werden muss, an dem er sich an eine unzuständige Behörde wendet.¹⁸⁷ Erst recht lässt sich weder dem Wortlaut noch der Systematik der Richtlinie ein zwingender Schutz für all jene Fälle entnehmen, in denen sich der Whistleblower unmittelbar an eine (nicht als Whistleblowing-Behörde benannte) Aufsichts- oder Ermittlungsbehörde wendet. Das betrifft beispielsweise Fälle, in denen der Whistleblower den direkten Kontakt zu einem bestimmten Mitarbeiter einer Ermittlungsbehörde sucht oder durch seinen Arbeitgeber von einer letztendlichen Meldung an die Whistleblowing-Behörde, etwa durch Einschüchterung, abgehalten wird.¹⁸⁸

Allein aus dem Umstand, dass die WBRL Meldungen an andere Adressaten als die nach der Richtlinie einzurichtenden Whistleblowing-Stellen und -Behörden nicht ausdrücklich ablehnend gegenübersteht, lässt sich nicht ableiten, dass der Schutz von Whistleblowern auch in diesen Fällen zu den zwingenden Mindeststandards der WBRL zählt. Gegen eine solche Annahme spricht schon der systematische Standort des unmittelbar in den allgemeinen Schutzvoraussetzungen des Art. 6 Abs. 1 Buchst. b WBRL enthaltenen Verweises auf die von der Richtlinie vorgesehenen Meldekanäle gemäß Art. 7 und 10 WBRL. Mit Blick auf die von der Richtlinie zwingend vorgegebenen Mindeststandards bleibt es dabei, dass nur Meldungen an die einzurichtenden internen Whistleblowing-Stellen und Whistleblowing-Behörden die allgemeinen Schutzvoraussetzungen der WBRL erfüllen.

¹⁸⁷ Etwas anderes kann nur ausnahmsweise angenommen werden, wenn und soweit sich die Meldung an einen anderen Adressaten als eine im Einzelfall notwendige Vorfeldmaßnahme der späteren Meldung an eine Whistleblowing-Behörde darstellt, etwa weil der Whistleblower bei einer anderen Behörde oder sonstigen Stelle Rat oder Unterstützung einholt. In diesem Fall wäre die erste Meldung eine Handlung, die mit der letztendlichen Meldung an die Whistleblowing-Behörde in Zusammenhang steht und zur Aufdeckung des Verstoßes notwendig ist (vgl. Art. 21 Abs. 4 WBRL).

¹⁸⁸ Gleiches gilt für den Fall, dass der Whistleblower sich an einen anderen internen oder externen Adressaten wendet und der Arbeitgeber ihm daraufhin kündigt oder eine andere Repressalie veranlasst, noch bevor der Whistleblower sich an die zuständige Whistleblowing-Stelle oder -Behörde wenden kann.

Ob Whistleblower auch bei Meldungen an andere Adressaten Schutz genießen sollen, ist vom nationalen Umsetzungsgesetzgeber zu entscheiden.

6.2. Status quo und Änderungsbedarf des deutschen Rechts

Dem deutschen Recht sind allgemeine, rechtsgebietsübergreifende Vorgaben für den Schutz von Whistleblowern bislang fremd.

Soweit aktuell bereits Normen mit anti-diskriminierungsrechtlich ausgerichtetem Whistleblower-Schutz existieren, gehen diese auf entsprechende Vorgaben sektorspezifischer Whistleblowing-Rechtsakte der Europäischen Union zurück und betreffen nur bestimmte Gruppen von Arbeitnehmern und Meldegegnständen. Hierzu zählen beispielsweise die §§ 4d Abs. 6 FinDAG, 53 Abs. 5 GwG und 3b Abs. 5 BörsG, die Whistleblower bei externen Meldungen an die zuständigen Aufsichtsbehörden ausdrücklich von jeder arbeits-, straf- oder schadenersatzrechtlichen Verantwortlichkeit freistellen. Obwohl diese Normen überwiegend vage formuliert und zur Umsetzung der WBRL insofern nicht hinreichend sind,¹⁸⁹ ist ihnen mit Blick auf die allgemeinen Schutzvoraussetzungen der Richtlinie jedenfalls gemein, dass sie allein auf die Gutgläubigkeit des Whistleblowers abstellen¹⁹⁰ und im Übrigen keine den Voraussetzungen der Richtlinie widersprechenden Vorgaben enthalten.

Außerhalb des Anwendungsbereichs solcher Normen existieren in Deutschland bislang keine rechtsgebietsübergreifenden gesetzlichen Vorgaben zum Schutz von Whistleblowern. Stattdessen richten sich die allgemeinen Voraussetzungen für den Schutz von Whistleblowern ganz überwiegend nach den von den jeweiligen Fachgerichten im Wege richterlicher Rechtsfortbildung aufgestellten Rechtsgrundsätzen und Einzelfallkriterien.

Der bislang ausdifferenzierteste Kriterienkatalog dieser Art entstammt der kündigungsschutzrechtlichen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, das insbesondere seit dem Jahr 2003 den Versuch unternommen hat, allgemein gültige Maßstäbe für die arbeitsrechtliche Behandlung des Whistleblowings aufzu-

¹⁸⁹ Vgl. hierzu oben, Punkt 2.2.

¹⁹⁰ Siehe etwa § 4d Abs. 6 a.E. FinDAG: „[...] es sei denn, die Meldung ist vorsätzlich oder grob fahrlässig unwahr abgegeben worden.“

stellen.¹⁹¹ Ausgangspunkt dieser Rechtsprechung war ein Beschluss des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 2001, in dem das Gericht externes Whistleblowing eines Arbeitnehmers an die Staatsanwaltschaften ausdrücklich als grundrechtlich geschützte Wahrnehmung staatsbürgerlicher Rechte anerkannt hat (Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG).¹⁹² Das Landesarbeitsgericht hatte in diesem Fall die Kündigungsschutzklage eines fristlos entlassenen Whistleblowers abgewiesen, wobei es davon ausgegangen war, dass dieser aus eigenem Antrieb bei der Staatsanwaltschaft eine Aussage gemacht und Unterlagen übergeben hatte. Hierzu heißt es in der Entscheidung des BVerfG: „Auch die Wahrnehmung staatsbürgerlicher Rechte im Strafverfahren kann – soweit nicht wesentlich unwahre oder leichtfertig falsche Angaben gemacht werden – im Regelfall nicht dazu führen, daraus einen Grund für eine fristlose Kündigung eines Arbeitsverhältnisses abzuleiten.“¹⁹³ Aus Anlass dieser Entscheidung wägt das BAG im Rahmen von Kündigungsschutzprozessen nunmehr ausdrücklich das Grundrecht des Whistleblowers auf Wahrnehmung staatsbürgerlicher Rechte sowie dessen Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 GG¹⁹⁴ mit den aus der Berufsfreiheit gemäß Art. 12 GG abgeleiteten Loyalitäts- und Geheimhaltungsinteressen des Arbeitgebers ab.¹⁹⁵

Hinsichtlich der allgemeinen Voraussetzungen für den Schutz von Whistleblowern erkennt das BAG hierbei jedenfalls im Ansatz den vom BVerfG vorgegebenen Grundsatz der Gutgläubigkeit an.¹⁹⁶ Wie sich aus einer Entscheidung aus dem Jahr 2016 ergibt, möchte das BAG diesen Grundsatz allerdings auf Tatsachenirrtümer beschränkt wissen, im Falle von Rechtsirrtümern jedoch einen anderen Maßstab anwendet. Die Entscheidung betraf die Kündigung einer Fachhochschuldozentin, die einen Strafantrag wegen Verstößen gegen das Datenschutzrecht gestellt hatte, ohne dass hinreichende Anhaltspunkte für das

¹⁹¹ BAG 3.7.2003 – 2 AZR 235/02, NZA 2004, 427 („Sozialarbeiterfall“); 7.12.2006 – 2 AZR 400/05, NZA 2007, 502 („Vereinsfall“); 15.12.2016 – 2 AZR 42/16, NZA 2017, 703 („Fachhochschulfall“). Für einen Überblick über frühere Entscheidungen des BAG, siehe Forst, NJW 2011, 3477, 3487; Müller, NZA 2002, 427, 432 f.; Berthold, Whistleblowing in der Rechtsprechung des BAG, 2010, 9 ff. jew. m.w.N.

¹⁹² BVerfG 2.7.2001 – 1 BvR 2049/00, NJW 2001, 3474, 3475, mit Verweis auf BVerfG 25.2.1987 – 1 BvR 1086/85, NJW 1987, 1929, wo das Grundrecht auf Wahrnehmung staatsbürgerlicher Rechte bereits im Kontext des Schadenersatzrechts i.W. anerkannt wurde.

¹⁹³ Rn. 20.

¹⁹⁴ BAG 15.12.2016 – 2 AZR 42/16, Rn. 14, NZA 2017, 703, 704.

¹⁹⁵ BAG 3.7.2003 – 2 AZR 235/02, Rn. 28, NZA 2004, 427, 429.

¹⁹⁶ Rn. 24.

Vorliegen einer nach dem Straftatbestand¹⁹⁷ erforderlichen Schädigungsabsicht vorlagen, so dass nach Feststellung des BAG allenfalls eine Ordnungswidrigkeit in Betracht kam.¹⁹⁸ Nach Ansicht des BAG ist „ein bloß vermeidbarer und damit verschuldeter Irrtum über die Voraussetzungen der Strafbarkeit des angezeigten Verhaltens – abhängig vom Grad des Verschuldens – im Rahmen der Interessenabwägung bei der Prüfung zu berücksichtigen“¹⁹⁹, was eine Orientierung am Maßstab des Verbotsirrtums gemäß § 17 StGB nahelegt. An anderer Stelle weist das BAG wiederum darauf hin, dass die Klägerin es „entgegen der gebotenen Sorgfalt und damit fahrlässig (§ 276 Abs. 2 BGB)“ unterlassen habe, das Vorliegen einer Schädigungsabsicht kritisch zu hinterfragen. Unabhängig davon, ob man im Fall von Rechtsirrtümern nun den Maßstab der Vermeidbarkeit oder den der Fahrlässigkeit für ausschlaggebend hält, ist nach dem gegenwärtigen Stand der Rechtsprechung die Gutgläubigkeit des Whistleblowers im Sinne einer weder vorsätzlichen noch grob fahrlässigen Meldung insoweit jedenfalls nicht ausreichend.

Bereits in seiner Leitentscheidung zum Thema Whistleblowing aus dem Jahr 2003 hat das BAG deutlich herausgestellt, dass der vom BVerfG vorgegebene Standard der Gutgläubigkeit keineswegs die einzige Voraussetzung für einen kündigungsschutzrechtlichen Schutz von Whistleblowern sei. Der Fall betraf den Sozialarbeiter eines Jugendzentrums, der gegen seinen Vorgesetzten Strafanzeige wegen der Veruntreuung von Geldern und weiterer Delikte erstattet hatte und dem deswegen gekündigt worden war. Das Landesarbeitsgericht hatte auf die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts abgestellt und entschieden, dass die Kündigung des Sozialarbeiters aufgrund seiner Gutgläubigkeit unwirksam sei. Das BAG folgte dem nicht und stellte stattdessen zusätzliche Kriterien auf, die bei der Beurteilung der Pflichtwidrigkeit einer Anzeige seiner Ansicht nach zu berücksichtigen seien. Die Festlegung weiterer Kriterien stehe nicht im Widerspruch zur Entscheidung des BVerfG, da dessen Ausführungen ausweislich des Wortlauts der Entscheidung nur für den „Regelfall“ gelten soll. Wie diese Formulierung zeige, seien (auch) von Verfassungs wegen Ausnahmefälle denkbar, in denen eine Kündigung möglich sei, selbst wenn der Whistleblower weder vorsätzlich noch leichtfertig gehandelt habe.²⁰⁰

¹⁹⁷ § 44 Abs. 1 BDSG i.d.F. bis zum 25.5.2018.

¹⁹⁸ BAG 15.12.2016 – 2 AZR 42/16, Rn. 3, 19, NZA 2017, 703, 704.

¹⁹⁹ Rn. 16.

²⁰⁰ BAG 3.7.2003 – 2 AZR 235/02, Rn. 26, NZA 2004, 427, 429.

Mit Blick auf die unter Punkt 6.1. dargestellten Schutzvoraussetzungen ist das wichtigste zusätzliche Kriterium die vom BAG vorgenommene gesonderte Prüfung der Meldemotive des Whistleblowers. So verdienten die Gründe, die einen Arbeitnehmer zu einer Anzeige bewogen haben, nach Ansicht des BAG besondere Berücksichtigung, vor allem sofern der Whistleblower in Schädigungsabsicht gehandelt habe.²⁰¹ Im konkreten Fall sah das BAG Anzeichen für eine nicht billigenswerte Motivation darin, dass es in zeitlichem Zusammenhang zur Anzeige persönliche Spannungen zwischen dem Sozialarbeiter und seinem Vorgesetzten gegeben habe, so dass es ihm auch darum gegangen sein könnte, den Vorgesetzten aus dessen Position zu entfernen.²⁰²

Weitere vom BAG bisher aufgestellte Abwägungskriterien betreffen insbesondere den unter Punkt 7 gesondert besprochenen Vorrang der innerbetrieblichen Klärung,²⁰³ die inhaltliche Berechtigung der Anzeige,²⁰⁴ die Anzahl und Schwere der Straftaten,²⁰⁵ die Dauer, für die der Whistleblower ein rechtswidriges Verhalten hingenommen hat, ohne dagegen vorzugehen,²⁰⁶ vom Whistleblower eventuell empfohlene Eingriffe in die Rechte des Arbeitgebers, beispielsweise in Form einer Hausdurchsuchung,²⁰⁷ die Inkaufnahme von Reputationsschäden zulasten des Arbeitgebers,²⁰⁸ eine etwaige Selbstbetroffenheit des Whistleblowers durch die gemeldeten Taten²⁰⁹ und das öffentliche Interesse an einer Offenlegung der Information.²¹⁰

Eine Vielzahl weiterer, im hiesigen Kontext relevanter Fragen ist aufgrund der einzelfallgetriebenen Natur der Whistleblowing-Vorgaben des BAG hingegen bisher naturgemäß unbeantwortet geblieben. Dies betrifft namentlich die Bestimmung der schutzauslösenden internen und externen Adressaten, mit der sich das BAG bisher noch nicht auseinandergesetzt hat. Gleiches gilt für den sachlichen und persönlichen Anwendungsbereich der Rechtsprechungsgrundsätze des BAG. So ist bislang ungeklärt, ob und in welchem Umfang neben

²⁰¹ Rn. 35 f.

²⁰² Rn. 4, 41. Die Spannungen betrafen insbes. die vom Vorgesetzten geforderte Aufstellung von Arbeitszeitplänen.

²⁰³ Rn. 35, 37 f., 42.

²⁰⁴ Rn. 35, 43.

²⁰⁵ BAG 7.12.2006 – 2 AZR 400/05, Rn. 17, NZA 2007, 502, 503.

²⁰⁶ BAG 3.7.2003 – 2 AZR 235/02, Rn. 42, NZA 2004, 427, 431.

²⁰⁷ Rn. 44, 51.

²⁰⁸ BAG 15.12.2016 – 2 AZR 42/16, Rn. 28, NZA 2017, 703, 705.

²⁰⁹ Rn. 16 mit systematischem Verweis auf das Antragsrecht nach § 77 Abs. 1 StGB.

²¹⁰ Rn. 4 mit Verweis auf die *Heinisch*-Entscheidung des EGMR (siehe unten, Punkt 7.3.), allerdings ohne erkennbare Auswirkung auf das Abwägungsergebnis.

Straftaten auch andere Rechtsverstöße sanktionslos gemeldet werden können. Auch hat das BAG bisher noch nicht erkennen lassen, ob und inwieweit Whistleblower auch dann geschützt sind, wenn sie sich über den für eine Aufdeckung notwendigen Umfang der Informationsweitergabe irren. Schließlich sind auch die Voraussetzungen, unter denen die Informationsweitergabe an Medien und Öffentlichkeit arbeitsrechtlich zulässig ist, bisher allenfalls in Ansätzen absehbar.²¹¹

Nach alledem machen die Vorgaben der WBRL bezüglich der Voraussetzungen für den Schutz von Whistleblowern eine Reihe gesetzlicher Änderungen des deutschen Arbeitsrechts erforderlich. Noch weitgehend im Einklang mit Art. 6 Abs. 1 Buchst. a WBRL steht der vor allem vom BVerfG betonte Grundsatz der Gutgläubigkeit. Im Gegensatz zur Rechtsprechung des BAG ist dieser Grundsatz in einheitlicher Weise aber auch auf Rechtsirrtümer anzuwenden. Nicht mit den Vorgaben der WBRL vereinbar ist die vom BAG vorgenommene nachträgliche Prüfung der Motive des Whistleblowers, die im Anwendungsbereich der Richtlinie bzw. des Umsetzungsgesetzes künftig nicht mehr stattfinden darf.²¹² Das Gleiche gilt für die Vielzahl weiterer Einzelfallkriterien, die das BAG über die Voraussetzungen des BVerfG hinaus in seine Abwägung mit einbezieht. Schließlich sind die Vorgaben der Richtlinie hinsichtlich des sachlichen und persönlichen Anwendungsbereichs des Whistleblower-Schutzes ebenso wie die Benennung der schutzauslösenden internen und externen Whistleblowing-Adressaten ausdrücklich umzusetzen.

Insofern würde es nicht genügen, die gegenwärtige Auslegung der Verschwiegenheitspflichten durch das BAG lediglich durch eine Änderung der aktuellen Rechtsprechung richtlinienkonform anzupassen. Vielmehr müssen nach ständiger Rechtsprechung des EuGH die Vorschriften einer Richtlinie mit unbestreitbarer Verbindlichkeit und mit der Konkretheit, Bestimmtheit und Klarheit umgesetzt werden, die notwendig ist, um dem Erfordernis der Rechtssicherheit zu genügen. Eine richtlinienkonforme Auslegung der Bestimmungen des innerstaatlichen Rechts kann für sich allein nicht die geforderte Klarheit und Bestimmtheit aufweisen.²¹³ Es ist deshalb eine gesetzliche Regelung erforderlich, die den Vorgaben der Richtlinie entspricht.

²¹¹ Hierzu unten, Punkt 8.2.

²¹² Ausnahmen hiervon sind allenfalls in extremen Einzelfällen zulässig. *Garden/Hieramente*, BB 2019, 963, 967; *Gerdemann*, RdA 2019, 16, 23.

²¹³ EuGH 30.6.2016 – C-648/13 (*Kommission/Polen*), Rn. 78 f. m.w.N., <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A62013CJ0648>.

Hierbei empfiehlt es sich, die einzelnen allgemeinen Voraussetzungen für den Schutz von Whistleblowern an gemeinsamer Stelle materiell-rechtlich festzulegen, um eine rechtsgebietsübergreifend einheitliche, kohärente und rechtssichere Regelung zu gewährleisten. Dies schließt den Notwendigkeitsvorbehalt aus Art. 21 Abs. 2, Abs. 7 S. 2 WBRL ein. Auch wenn dieser Vorbehalt aktionenrechtlich formuliert ist, kann er durch eine Regelung auf der Ebene des materiellen Rechts, etwa in Form einer materiellen Einwendung, umgesetzt werden, sofern nur das von ihm bezweckte Ergebnis der Klageabweisung erreicht wird.

Die rechtsgebietsübergreifende Natur des anti-diskriminierungsrechtlichen Whistleblowerschutzes der Richtlinie macht es dabei erforderlich, dass die allgemeinen Voraussetzungen für den Schutz von Whistleblowern über das Arbeitsrecht hinaus auch für die anderen betroffenen Rechtsgebiete in einheitlicher, rechtssicherer Weise festgelegt werden.²¹⁴

Dies gilt wegen Art. 4 Abs. 1 Buchst. a WBRL unter anderem für das nationale Beamtenrecht, dessen Status quo und Änderungsbedarf unter Punkt 12.2. näher dargestellt werden.

Zudem erfordert die Umsetzung der Richtlinie entsprechende Änderungen des allgemeinen Zivilrechts, insbesondere des Rechts auf Schadensersatz sowohl im Rahmen des Schuldrechts gemäß §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB als auch des Deliktsrechts gemäß §§ 823 f. BGB. Bereits im Jahr 1987 hatte das BVerfG entschieden, dass der gutgläubige Anzeigerstatter aus rechtstaatlichen Gründen nicht zum deliktsrechtlichen Ersatz jener Schäden herangezogen werden darf, die einer betroffenen Person aufgrund der Anzeige entstanden sind.²¹⁵ Diese Ausnahme vom Grundsatz der Haftung aufgrund einfach fahrlässiger Schadensverursachung²¹⁶ ist jedenfalls im Anwendungsbereich der Richtlinie mit der unionsrechtlich geforderten Klarheit und Bestimmtheit nun ausdrücklich in geschriebenes Gesetzesrecht zu überführen.²¹⁷

Darüber hinaus führt die Richtlinie zu entsprechendem Anpassungsbedarf des deutschen Strafrechts. Nach gegenwärtiger Rechtslage sind Whistleblower vielfältigen Strafbarkeitsrisiken ausgesetzt, ohne dass die Voraussetzungen, unter denen eine Strafbarkeit aufgrund rechtmäßigen Whistleblowings ausscheidet,

²¹⁴ Siehe Art. 21 Abs. 7 WBRL.

²¹⁵ BVerfG 25.2.1987 – 1 BvR 1086/85, NJW 1987, 1929.

²¹⁶ Vgl. § 823 Abs. 1 Alt. 2, § 276 Abs. 1, 2 BGB.

²¹⁷ Siehe zur Ausgestaltung des Schadenersatzanspruchs der betroffenen Person auch unten, Punkt 10.3.

bisher gesetzlich oder durch tatbestandsübergreifende Rechtsprechungsgrundsätze vorgezeichnet wären. Von Relevanz sind hierbei je nach Sachlage insbesondere eine mögliche Strafbarkeit wegen der Verletzung von Geschäfts-, Staats-, Privat- und Dienstgeheimnissen gemäß §§ 23 GeschGehG, 97, 203, 353b StGB sowie wegen falscher Verdächtigung, Beleidigung, übler Nachrede und Verleumdung gemäß §§ 164, 185-187 StGB.

Eine speziell auf das Whistleblowing zugeschnittene Bestimmung enthält allein der am 26.4.2019 in Kraft getretene § 5 Nr. 2 GeschGehG. Hiernach ist eine Strafbarkeit wegen der Verletzung von Geschäftsgeheimnissen bereits auf Tatbestandsebene ausgeschlossen, wenn die Erlangung, Nutzung oder Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses zur Aufdeckung einer rechtswidrigen Handlung oder eines beruflichen oder sonstigen Fehlverhaltens erfolgt, sofern die Erlangung, Nutzung oder Offenlegung geeignet ist, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen. In Ermangelung einschlägiger Rechtsprechung besteht über die konkrete Auslegung der Norm bislang allerdings erhebliche Uneinigkeit,²¹⁸ deren Ursprung nicht zuletzt darin liegt, dass die dem GeschGehG zugrundeliegende Geheimnisschutzrichtlinie²¹⁹ nicht das Ziel hatte, die rechtliche Behandlung des Whistleblowings in diesem Bereich europaweit einheitlich und rechtssicher zu regeln.²²⁰

Außerhalb des Anwendungsbereichs von § 5 Nr. 2 GeschGehG wird überwiegend auf die Möglichkeit eines rechtfertigenden Notstands gemäß § 34 StGB abgestellt, was das Vorliegen einer gegenwärtigen Gefahr für ein von dieser Norm erfasstes Rechtsgut, die Prüfung der Erforderlichkeit des Whistleblowings und eine – im Vorfeld kaum rechtssicher bestimmbare – Interessenabwägung erforderlich machen.²²¹ Dementsprechend werden die Voraussetzungen einer Rechtfertigung teils sehr unterschiedlich, überwiegend aber vergleichsweise eng definiert. Dies äußert sich – außer in der Annahme eines an die Rechtsprechung des BAG angelehnten Vorrangs interner Klärung²²² – bisweilen

²¹⁸ Vgl. statt mehrerer *Reinbacher*, KriPoZ 2019, 148; *Schmitt*, NZA-Beilage 2020 (erscheint demnächst); *Schreiber*, NZWiSt 2019, 332; *Ohly*, GRUR 2019, 441, 448 f.; BeckOK GeschGehG/Fuhlrott/Hièramente, 3. Ed. 15.3.2019, GeschGehG § 5 Rn. 17 ff.; *Reinfeld*, GeschGehG, 2019, 90 ff.

²¹⁹ Richtlinie (EU) 2016/943; zu dieser bereits oben, Punkt 2.3.

²²⁰ *Gerdemann*, NZA-Beilage 2020 (erscheint demnächst).

²²¹ Siehe statt mehrerer (im Kontext von § 17 UWG a.F.) *Ullrich*, NZWiSt 2019, 65, 67 f. m.w.N.; a.A. etwa *Engländer/Zimmermann*, NZWiSt 2012, 328, 331 (Defensivnotstand gem. § 228 BGB analog).

²²² *Koch*, ZIS 2008, 500, 503; *Ullrich*, NZWiSt 2019, 65, 68; *Nöbel/Veljovic*, CB 2020, 34, 25 f.

im vollständigen Ausschluss abgeschlossener Sachverhalte als taugliche Meldegegenstände²²³ oder auch in der generellen Ablehnung von Medien und Öffentlichkeit als zulässigen Meldeadressaten.²²⁴ Der Schutz gutgläubig irrender Whistleblower wird im Gegensatz zum Arbeitsrecht kaum diskutiert, wobei nach allgemeinen Regeln im Falle eines Irrtums über das tatsächliche Vorliegen eines Rechtsverstoßes die Grundsätze des Erlaubnistatbestandsirrtums und im Falle eines Irrtums über das rechtliche Vorliegen eines Rechtsverstoßes jene des Erlaubnisirrtums einschlägig sein dürften.²²⁵ Letzteres kann eine Strafbarkeit auch gutgläubiger Whistleblower bei Vermeidbarkeit des Rechtsirrtums zur Folge haben.²²⁶ Schließlich befürworten einige Stimmen in der Literatur die Berücksichtigung der individuellen Meldemotive des Whistleblowers, da es im Falle nicht altruistisch motivierter Meldungen am subjektiven Rechtfertigungselement fehle.²²⁷

Die Vorgaben der WBRL zu den allgemeinen Voraussetzungen für den Schutz von Whistleblowern machen somit auch im Strafrecht ausdrückliche gesetzliche Änderungen erforderlich, insbesondere in Bezug auf die subjektiven Schutzvoraussetzungen und die zulässigen Adressaten von externen Meldungen und Offenlegungen. Im Anwendungsbereich des § 23 GeschGehG ist richtlinienkonformes Whistleblowing hierbei wegen Art. 21 Abs. 7 Unterabs. 2 WBRL als erlaubte Handlung im Sinne von § 3 Abs. 2 GeschGehG und damit bereits als tatbestandsausschließend zu qualifizieren.²²⁸ Mit Blick auf alle anderen Bereiche des Strafrechts erfordert die Umsetzung der Richtlinie mindestens die Einführung eines tatbestandsübergreifenden Rechtfertigungsgrundes.²²⁹

²²³ Schemmel/Ruhmannseder/Witzigmann, Hinweisgebersysteme, 2012, Kap. 4, § 45.

²²⁴ von Pelchrzim, CCZ 2009, 25, 27; i.Erg. ebenso Engländer/Zimmermann, NZWiSt 2012, 328, 331.

²²⁵ Ähnlich Lutterbach, Whistleblowing, 2011, 131 ff.

²²⁶ § 17 StGB analog, allerdings mit der Möglichkeit der Strafmilderung gemäß § 49 Abs. 1 StGB. Im Rahmen der üblen Nachrede gem. § 186 StGB kommt auch bei gutgläubigen Tatsachenirrtümern eine Strafbarkeit in Betracht, da die Nichterweislichkeit der Tatsache objektive Bedingung der Strafbarkeit ist (vgl. nur BGH 12.2.1958 – 4 StR 189/57, NJW 1958, 797, 798).

²²⁷ Trüg, StV 2011, 111, 112@ (bei finanziell motivierten Meldungen von Steuerstraftaten).

²²⁸ Zur erforderlichen Beziehung des WBRL-Umsetzungsgesetzes zum GeschGehG bereits oben, Punkt 2.4

²²⁹ Möglich wäre auch die Einführung eines normübergreifenden Tatbestandsausschlusses, der aber zum einen rechtstechnisch ungewöhnlich und zum anderen im Strafrecht ohne effektive inhaltliche Vorteile wäre.

Ganz allgemein empfiehlt es sich angesichts des von Art. 6 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 21 Abs. 7 WBRL ausgehenden Anpassungsbedarfs und seiner rechtsgebietsübergreifenden Folgen, die Voraussetzungen für den Schutz von Whistleblowern im Anwendungsbereich des WBRL-Umsetzungsgesetzes nicht für jedes Rechtsgebiet einzeln festzulegen. Stattdessen dürfte bereits aus dem unionsrechtlichen Erfordernis der klaren und bestimmten Umsetzung²³⁰ die Notwendigkeit einer rechtsgebietsübergreifenden und damit zugleich lückenlosen Normierung folgen. In jedem Fall ist eine einheitliche Festlegung der allgemeinen Voraussetzungen rechtmäßigen Whistleblowings aus Gründen der Rechtsklarheit und Systematik empfehlenswert.²³¹

6.3. Sollten Whistleblower auch dann Schutz genießen, wenn sie die Meldung intern gegenüber einer Stelle erstatten, die nicht als interne Whistleblower-Stelle benannt wurde?

Wie unter Punkt 6.2 näher ausgeführt wurde, ist Voraussetzung für das Eingreifen der Schutzbestimmungen der Richtlinie, dass es sich gemäß Art. 6 Abs. 1 Buchst. b WBRL bei dem Adressaten einer internen Meldung um eine nach den Vorgaben der Richtlinie eingerichtete Whistleblowing-Stelle handelt. Ob auch Meldungen an andere interne Adressaten unter den Schutz des Umsetzungsgesetzes gestellt werden sollten, liegt in der Entscheidungsgewalt des nationalen Gesetzgebers, da es sich hierbei um eine für die Rechte von Whistleblowern günstigere und damit nach Art. 25 Abs. 1 WBRL zulässige Bestimmung handeln würde.

Für die Beantwortung der Frage ist zunächst erforderlich, zwischen zwei möglichen Arten der Einbeziehung alternativer Adressaten zu unterscheiden.

So wäre es zum einen möglich, andere unternehmens- bzw. verwaltungsinterne Stellen als neben den einzurichtenden Whistleblowing-Stellen gleichwertige interne Meldekanäle im Sinne der Art. 7 ff. WBRL zu benennen. Dies hätte allerdings zur Folge, dass diese alternativen Meldeadressaten sich in gleicher Weise an die Vorgaben der Art. 7 ff. WBRL halten müssten, was unter anderem

²³⁰ EuGH 30.6.2016 – C-648/13 (*Kommission/Polen*), Rn. 78 f. m.w.N., <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A62013CJ0648>.

²³¹ Zur Sinnhaftigkeit der Umsetzung durch ein eigenständiges Whistleblower-Gesetz siehe unten, Punkt 14.

die Einleitung ordnungsgemäßer Folgemaßnahmen, die Einhaltung des Vertraulichkeitsgebots gemäß Art. 16 WBRL und die Befolgung der Dokumentationspflichten gemäß Art. 18 WBRL einschließen würde.²³² Die Erfüllung dieser Anforderungen dürfte die meisten intern in Betracht kommenden Adressaten vor kaum erfüllbare Herausforderungen stellen. Weder einzelne Vorgesetzte noch gut organisierte Betriebsräte werden regelmäßig in der Lage sein, den prozess- und verhaltensbezogenen Pflichten der Richtlinie in allen Punkten gerecht zu werden. Darüber hinaus würde die Verantwortung für die Durchführung effektiver und vertraulicher interner Ermittlungen potenziell erhebliche personelle und materielle Ressourcen binden, die den jeweiligen Adressaten dann fehlen würden, um ihre eigentlichen Aufgaben zu erfüllen. Die Benennung anderer unternehmens- oder verwaltungsinterner Stellen als gleichwertige interne Meldekanäle ist daher nicht empfehlenswert.

Zum anderen käme in Betracht, alternative interne Stellen zwar nicht als primäre Informationsempfänger im Sinne der Whistleblowing-Stellen, wohl aber als ebenfalls schutzauslösende Adressaten einer internen Meldung vorzusehen. Hierdurch könnte verhindert werden, dass Whistleblowern selbst bei der Aufdeckung erheblicher Verstöße und Erduldung einschneidender Repressalien allein wegen der Wahl eines anderen Adressaten sämtlicher Schutz unter dem Umsetzungsgesetz versagt würde, ohne dass dies mit einer unpraktikablen Ausdehnung der auf interne Whistleblowing-Stellen zugeschnittenen Vorgaben einhergehen müsste.

Dagegen lässt sich vorbringen, dass eine solche Liberalisierung der allgemeinen Voraussetzungen für den Schutz von Whistleblowern mit negativen Folgen für die effektive Kanalisierung von Whistleblowing-Informationen einhergehen würde. Tatsächlich ist nicht von der Hand zu weisen, dass eine Regelung, die es potentiellen Whistleblowern ohne unmittelbare Nachteile freistellt, sich an eine Vielzahl interner Meldeadressaten zu wenden, dazu beitragen kann, dass sich weniger Whistleblower für eine direkte Meldung an die zuständigen internen Whistleblowing-Stellen entscheiden. Dies birgt die Gefahr, dass Informationen über gegebenenfalls gravierende Verstöße nicht oder erst mit erheblicher Verzögerung an eben jene Stellen gelangen, die innerhalb der juristischen Person für die effektive Ermittlung und Ahndung dieser Verstöße normalerweise am besten geeignet sind. Ganz in diesem Sinne hebt Erwägungsgrund 47 S. 1 WBRL hervor, dass es zur wirksamen Aufdeckung und Unterbindung von Verstößen von Bedeutung ist, dass die einschlägigen Informationen rasch zu denjenigen

²³² Zu den Anforderungen im Einzelnen oben, Punkt 4.1.

Stellen gelangen, die der Ursache des Problems am nächsten sind, der Meldung am ehesten nachgehen können und über entsprechende Befugnisse verfügen, um dem Problem, soweit möglich, abzuhelpfen.

Darüber hinaus kann eine Ausweitung der schutzauslösenden Adressaten sich in bestimmten Fällen auch nachteilig auf die Interessen sowohl des Whistleblowers als auch seines jeweiligen Arbeitgebers bzw. Dienstherrn auswirken:

Wenden Whistleblower sich an einen alternativen internen Adressaten, beispielsweise weil ihnen unter Hinweis auf den materiell gleichwertigen Schutzstandard von der Leitungsebene eine Meldung an ihren jeweiligen Vorgesetzten allgemein nahegelegt wird, kommen sie nicht mehr in den Genuss der nur für interne Whistleblowing-Stellen geltenden Organisations- und Verfahrensstandards. Insbesondere das Fehlen eines gesetzlich garantierten Vertraulichkeitsgebots im Sinne des Art. 16 WBRL birgt hierbei die Gefahr, dass alternative Adressatenstellen im weiteren Verlauf nicht primär im Interesse des Whistleblowers handeln, sondern eine Aufdeckung von dessen Identität zugunsten betroffener Personen und/oder der wirtschaftlichen Interessen der juristischen Person bzw. der verantwortlichen Leitungsebene entweder bewusst veranlassen oder jedenfalls leichtfertig in Kauf nehmen.

Aus der Perspektive von Arbeitgebern bzw. Dienstherrn könnte eine zu weitgehende Liberalisierung der schutzauslösenden Adressaten wiederum das Risiko einer missbräuchlichen Berufung auf den Schutz des Umsetzungsgesetzes erhöhen. Unter den von der Richtlinie vorgegebenen Mindeststandards wäre es allerdings mit erheblichen Hürden verbunden, sich unter vorgeschobener Berufung auf die anti-diskriminierungsrechtlichen Whistleblowing-Normen eine Art künstlichen Schutz vor Kündigungen, Versetzungen und anderen nachteiligen Maßnahmen zu verschaffen. Um dies zu erreichen, müsste eine Person regelmäßig zunächst Kenntnis von einer bevorstehenden, ihr nachteiligen Maßnahme, zum Beispiel einer verhaltens- oder betriebsbedingten Kündigung, erlangen, ohne dass diese bereits durchgeführt bzw. offiziell bekanntgegeben wurde. Zugleich müsste sie Informationen über tatsächlich vorliegende oder jedenfalls glaubhaft anzunehmende Verstöße gewinnen und diese Informationen sodann in gemäß Art. 18 WBRL dokumentierter Weise an eine interne Whistleblowing-Stelle weitergeben, bevor die entsprechende Maßnahme durchgeführt wird. Darüber hinaus darf es dem Arbeitgeber bzw. Dienstherrn, soll die Manipulation erfolgreich sein, in einem anschließenden Prozess nicht gelingen, den Nachweis zu erbringen, dass die vorgenommene Maßnahme gemäß Art. 21 Abs. 5 S. 2 WBRL auf anderen, hinreichend gerechtfertigten Gründen basierte, beispielsweise also auf Umständen, die eine verhaltens- oder betriebsbedingte Kündigung rechtfertigen. All dies zusammengenommen wird eine erfolgreiche

missbräuchliche Berufung auf den nach der Richtlinie vorgesehenen Whistleblower-Schutz in den allermeisten Fällen nicht gelingen.²³³

Eine Liberalisierung der schutzauslösenden Adressaten würde eine bloß vorgeschobene Berufung auf den Schutz des Umsetzungsgesetzes aber jedenfalls tendenziell erleichtern, da eine rechtzeitige Meldung an die interne Whistleblowing-Stelle, die diese entsprechend zu dokumentieren hätte, keine notwendige Schutzvoraussetzung mehr darstellen würde. Je nach Art und Umfang der durch ein Umsetzungsgesetz als zulässig befundenen Adressaten wäre es beispielsweise möglich, sich im Rahmen eines Kündigungsschutzprozesses auf in der Vergangenheit angeblich gegenüber Kollegen, Vorgesetzten oder anderen Personen vorgebrachte Bedenken in Bezug auf möglicherweise verstoßrelevantes Verhalten zu berufen oder derlei Bedenken in mehr oder weniger verbindlicher Weise präventiv gegenüber bestimmten Personen zu äußern und dies zu dokumentieren, um potentiell in den Genuss des Whistleblowing-rechtlichen Antidiskriminierungsschutzes zu kommen. Mag die Annahme von derlei Vorgehensweisen zwar spekulativ und ihre praktischen Umsetzung in der Regel nicht von Erfolg gekrönt sein, so ist es doch als überwiegend wahrscheinlich einzustufen, dass jedenfalls eine weitgehende Liberalisierung der schutzauslösenden Adressaten die Gefahr einer vorgeschobenen Berufung auf das zukünftige Umsetzungsgesetz nicht ganz unwesentlich erhöht.

Trotz dieser Risiken sprechen gewichtige Gründe dafür, neben den internen Whistleblowing-Stellen als primären Meldeadressaten auch andere unternehmens- und verwaltungsinterne Stellen unter bestimmten Umständen als schutzauslösende Adressaten einer internen Meldung vorzusehen.

Hierzu zählt zunächst der Aspekt eines effektiven und inhaltlich kohärenten Whistleblower-Schutzes. Aus Gleichbehandlungsgründen erscheint es kaum gerechtfertigt, einem Whistleblower allein aufgrund der Tatsache, dass er sich bewusst oder irrtümlich an einen anderen Adressaten gewendet hat, sämtlichen Schutz nach Maßgabe des Umsetzungsgesetzes zu versagen und ihn stattdessen auf den defizitären Status quo des deutschen Whistleblowing-Rechts zu verweisen. Dies betrifft beispielsweise Fälle, in denen sich ein Whistleblower aus Rücksicht gegenüber seinen Kollegen oder aus Loyalität gegenüber seiner Abteilung gegen eine sofortige Eskalation durch Einschaltung der Whistleblowing-Stelle entscheidet und sich stattdessen zur Klärung seines Verdachts an einen

²³³ A.A. *Thüsing/Rombey*, NZG 2018, 1001, 1005 f. unter Verweis auf die i.W. dem Art. 21 Abs. 5 WBRL entsprechende Beweislastumkehr des Kommissionsentwurfs (Art. 15 Abs. 5 COM(2018) 218 final).

anderen Ansprechpartner, etwa an den Betriebsrat, wendet. Erleidet diese Person anschließende Repressalien, stehen ihr derzeit lediglich eine Berufung auf die vergleichsweise restriktiven Kriterien der kündigungsschutzrechtlichen Rechtsprechung bzw. ein Vorgehen auf Basis des in der Praxis überwiegend wirkungslosen Maßregelungsverbots des § 612a BGB²³⁴ zur Verfügung. Demgegenüber hätte eine Person, die sich selbst bei geringfügigeren Verstößen unmittelbar an die Whistleblowing-Stelle wendet, um auf diese Weise eine interne Untersuchung zu veranlassen, einschränkungslos sämtliche nach der Richtlinie gewährten Ansprüche und Abwehrrechte.

Auch aus Perspektive der Interessen von Unternehmen, Verwaltungen und Arbeitnehmervertretungen kann eine ausschließliche Begrenzung des Whistleblowing-Schutzes auf Meldungen an die interne Whistleblowing-Stelle mit einigen Nachteilen einhergehen. Durch ein Festhalten an dieser Schutzvoraussetzung würde Arbeitnehmern und Beamten ein spürbarer Anreiz gesetzt, sich mit relevanten Informationen sofort und ausschließlich an die Whistleblowing-Stelle zu wenden, um sich auf diese Weise gegenüber möglichen Repressalien abzusichern. Spiegelbildliche Folge ist dann ein negativer Anreiz zulasten der Informationsweiterleitung an andere interne Stellen, die im konkreten Fall für eine Aufarbeitung und einvernehmliche Lösung der zugrundeliegenden Probleme aber gegebenenfalls besser geeignet sein können. In Unternehmen ginge dies potenziell zu Lasten einer Informierung direkter Vorgesetzter innerhalb der eigenen Abteilung, in der Verwaltung zulasten der grundsätzlichen Einhaltung des allgemeinen Dienstwegprinzips.²³⁵ Vor allem mit Blick auf Betriebsräte und Personalräte besteht die Gefahr, dass eine Umleitung des Informationsflusses auf die Whistleblowing-Stelle negative Auswirkungen auf ihre Stellung als primäre Adressaten von Mitarbeiterbeschwerden und damit auf ihre Rolle als vertrauensvolle Ansprechpartner innerhalb der Unternehmens- bzw. Verwaltungsverfassung haben könnte. Sind Betriebsräte und Personalräte rechtlich nicht in der Lage, Arbeitnehmern und Beamten ein mit der Whistleblowing-Stelle vergleichbares Schutzniveau zu garantieren, wird es aus Perspektive der Beschäftigten nicht selten rational erscheinen, sich in erster Linie an die – vom Arbeitgeber bzw. Dienstherrn eingerichtete – Whistleblowing-Stelle zu wenden. Durch die Gewährung eines gleichwertigen Anti-Diskriminierungs-Schutzes bei gleichzeitigem Verzicht auf eine Erstreckung der Vorgaben für Whistleblowing-Stellen gemäß Art. 7 ff. WBRL könnten Betriebs- und Personalräte hingegen ihre

²³⁴ Siehe hierzu im Einzelnen unten, Punkt 10.2.

²³⁵ Siehe hierzu unten, Punkt 12.2.

Beratungsfunktion im Interesse der Beschäftigten effektiv wahrnehmen, ohne durch die Übertragung zusätzlicher (Untersuchungs-)Pflichten mit funktionsfremden Aufgaben praktisch überfordert zu werden.

Schließlich ist eine übermäßige, adressatenabhängige Diskrepanz zwischen den materiell-rechtlichen Schutzstandards auch im Interesse der Funktionsfähigkeit der Whistleblowing-Stellen und Compliance-Abteilungen nicht bedingungslos vorteilhaft. Dies gilt nicht zuletzt mit Blick darauf, dass auf Basis praktischer Erfahrungen realistischer Weise davon auszugehen ist, dass keineswegs alle aus Perspektive eines Mitarbeiters als meldewürdig erachteten Missstände und Verhaltensweisen tatsächlich die Einleitung interner Untersuchungen und anderer Folgemaßnahmen rechtfertigen. Vor allem die Klärung interpersoneller Konflikte ist bei anderen, mitarbeiternahen Stellen innerhalb der juristischen Person regelmäßig besser aufgehoben, selbst wenn diese mit einem Verdacht auf Verstöße im sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinie einhergehen. Dies erkennt auch die Richtlinie an, indem sie in Erwägungsgrund 22 darauf hinweist, dass die Mitgliedstaaten entscheiden können, Beschwerden über zwischenmenschliche Konflikte zwischen Whistleblowern und anderen Arbeitnehmern in andere Verfahren überzuleiten. Eine übermäßige materiell-rechtliche Bevorzugung der Whistleblowing-Stelle kann also auch zu ihrer rechtstatsächlichen Überforderung beitragen.

Dies zusammengefasst erscheint es empfehlenswert, unter bestimmten Umständen auch Meldungen an andere unternehmens- und verwaltungsinterne Stellen unter den anti-diskriminierungsrechtlichen Schutz des Umsetzungsgesetzes zu stellen.

Bei der konkreten legislativen Ausgestaltung ist darauf zu achten, einen praxistauglichen Ausgleich zwischen den Chancen und Risiken der Erweiterung des schutzauslösenden Adressatenkreises zu finden und hierbei einerseits der Vieltätigkeit der internen Unternehmens- und Verwaltungsverfassungen und andererseits dem vor allem im Whistleblowing-Recht zentralen Bedürfnis nach Rechtssicherheit angemessen Rechnung zu tragen. Ersteres spricht für die Einführung einer adressatenbezogenen Generalklausel, Letzteres für eine konkrete Benennung der schutzauslösenden Adressaten. Am geeignetsten dürfte eine Kombination aus einer an zweckmäßige Voraussetzungen geknüpften Generalklausel mit konkretisierenden Regelbeispielen sein.

Demnach sollten Whistleblower immer dann in den Anwendungsbereich des Umsetzungsgesetzes fallen, wenn und soweit sie Verstöße an einen internen Adressaten melden, von dem sie in gutem Glauben annehmen durften, dass er hinsichtlich der konkreten Verstöße abhilfefähig, also zur Einleitung von Folge-

oder Schutzmaßnahmen zuständig und befugt ist. Je nach Sachverhalt würde dies insbesondere eine Meldung an die interne Rechts- oder Complianceabteilung, den jeweiligen (Dienst-)Vorgesetzten und den Betriebs- bzw. Personalrat einschließen.

Dass es dem Whistleblower aufgrund der für alternative Adressaten nicht einschlägigen Dokumentationspflichten gemäß Art. 18 WBRL regelmäßig schwerer fallen wird, seiner Beweislast hinsichtlich des Vorliegens einer in den Anwendungsbereich des Umsetzungsgesetzes fallenden Meldung gerecht zu werden, ist eine notwendige Folge des Verzichts auf eine Ausdehnung der prozess- und verhaltensbezogenen Pflichten im Sinne der Art. 7 ff. WBRL und bedarf keiner zusätzlichen Anpassung. Andernfalls würden die Gefahr einer vorgeschobenen Berufung auf den Whistleblower-Schutz erhöht und die komparativen Vorteile und Anreize einer Meldung an die primär zuständige Whistleblowing-Stelle unnötig geschmälert werden.

6.4. Sollten Whistleblower auch dann Schutz genießen, wenn sie die Meldung gegenüber einer Behörde erstatten, die nicht als zuständige Whistleblowing-Behörde benannt wurde?

Ebenso wie im Fall von Meldungen an alternative interne Adressaten macht die Richtlinie keine materiell-rechtlichen Vorgaben zum Schutz von Whistleblowern, die sich extern an andere Behörden als die in den Art. 10 ff. WBRL näher ausgestalteten Whistleblowing-Behörden wenden. Dementsprechend ist der nationale Gesetzgeber auch insoweit vor die Frage gestellt, ob und in welchem Umfang er Meldungen an alternative externe Adressaten dem Schutz des Umsetzungsgesetzes unterstellen will.

Bei der rechtspolitischen Chancen- und Risikobewertung zeichnet sich – mutatis mutandis – ein ähnliches Bild wie im Fall der parallelen Problematik gutgläubiger Meldungen an alternative interne Adressaten (siehe Punkt 6.3.). So wäre unter Gleichbehandlungsgesichtspunkten nur schwer zu rechtfertigen, warum etwa eine Person, die Informationen über mögliche datenschutzrechtliche Unregelmäßigkeiten unter dem Schutz der Vertraulichkeit an die zuständige Whistleblowing-Behörde weiterleitet,²³⁶ in den Genuss des anti-diskriminierungsrechtlichen Schutzes eines künftigen Umsetzungsgesetzes kommt, wohin-

²³⁶ Vgl. Art. 2 Abs. 1 Buchst. a Ziff. x i.V.m. Anhang Teil I Buchst. J WBRL.

gegen eine Person, die unter Nennung ihrer Identität gravierende Umweltstraftaten an die Staatsanwaltschaft meldet, nur ein signifikant geringeres Schutzniveau erhalten soll,²³⁷ sofern ihr nicht sogar dieses – beispielsweise mangels vorangegangener interner Klärung – in Gänze verweigert wird. Auch ist nicht auszuschließen, dass der komparative Vorteil einer schutzauslösenden Meldung an die Whistleblowing-Behörden praktisch unzweckmäßige Anreize dazu setzt, anstelle der zielgerichteten Informierung einer im konkreten Fall abhilfefähigen staatlichen Stelle zunächst den Umweg über einer Whistleblowing-Behörde zu wählen. Auf der anderen Seite birgt eine zu weitgehende Liberalisierung der schutzauslösenden Adressaten auch im Falle externer Meldungen zunehmende Risiken von bloß vorgeschobenen Berufungen auf das Umsetzungsgesetz in sich, deren einziger Zweck die Schaffung eines künstlichen Kündigungs- und Benachteiligungsschutzes wäre.

Es empfiehlt sich daher, entsprechend den unter Punkt 6.3. dargestellten Grundsätzen auch im Bereich des externen Whistleblowings eine Regelung in das Umsetzungsgesetz aufzunehmen, wonach Whistleblower die Schutzvoraussetzungen stets, aber auch nur dann erfüllen, wenn und soweit sie Verstöße an einen externen staatlichen Adressaten melden, von dem sie in gutem Glauben annehmen durften, dass er hinsichtlich der konkreten Verstöße abhilfefähig, also zur Einleitung von Folge- oder Schutzmaßnahmen zuständig und befugt ist. Als konkretisierende Regelbeispiele solcher Adressaten bieten sich insbesondere die zuständigen Aufsichtsbehörden und Staatsanwaltschaften an.

Darüber hinaus erscheint es im Interesse von Rechtssicherheit und Rechtsklarheit sinnvoll, im Kontext der materiell-rechtlichen Schutzvoraussetzungen ausdrücklich klarzustellen, dass Whistleblower auch im Falle der Weiterleitung ihrer Meldung gemäß Art. 11 Abs. 6 bzw. Art. 12 Abs. 3 WBRL dem Schutz des Umsetzungsgesetzes unterstehen, wobei festgelegt werden sollte, ob sich dieser Schutz auch rückwirkend auf den Zeitpunkt der ersten Meldung erstreckt.

Im Gegensatz zur materiell-rechtlichen Ausdehnung des Whistleblower-Schutzes ist eine Verallgemeinerung der verwaltungsorganisatorischen Vorgaben der Richtlinie hingegen weder notwendig noch empfehlenswert. Dies gilt insbesondere für eine flächendeckende Übertragung der für Whistleblowing-Behörden geltenden Vorgaben gemäß Art. 10 ff. WBRL auf andere Behörden. Nicht zuletzt mit Blick auf die erforderliche Bestellung spezialisierter Whistle-

²³⁷ Vgl. Art. 2 Abs. 1 Buchst. a Ziff. 5 i.V.m. Anhang Teil I Buchst. E Ziff. 1 WBRL; §§ 324 ff. StGB.

blowing-Verantwortlicher wäre eine solche Umsetzungsentscheidung weder praktikabel noch für die öffentliche Hand mit vertretbarem Aufwand realisierbar und könnte zudem die informationskanalisierende Funktion der primär zuständigen Whistleblowing-Behörden untergraben.

6.5. Sollten Whistleblower auch dann Schutz genießen, wenn sie sich über die Zulässigkeit der Beschaffung von Informationen irren?

Unabhängig davon, ob man aufgrund der unter Punkt 6.1. angeführten Argumente annimmt, dass der Richtlinie bereits de lege lata bestimmte Vorgaben zum Umgang mit Irrtümern des Whistleblowers auf Ebene der Informationsbeschaffung entnommen werden können, ist eine ausdrücklich Regelung im Rahmen des Umsetzungsgesetzes in jedem Fall empfehlenswert. Hierbei spricht vor allem die vergleichbare Interessenlage für eine Übertragung des etablierten Standards der Gutgläubigkeit auf die Beschaffung von und den Zugriff auf potenziell Whistleblowing-relevante Information. Tatsächlich wird für den Whistleblower im Vorfeld der Informationsbeschaffung regelmäßig noch viel schlechter als bei einer späteren Meldung bzw. Offenlegung abzusehen sein, ob eine konkrete Informationsquelle die für eine Aufdeckung notwendigen Belege liefern kann oder nicht. Das gilt beispielsweise für den Fall, dass sich ein zukünftiger Whistleblower in ein anderes Büro begibt, um den Inhalt eines Aktenordners zu fotografieren, wobei er hinreichenden Grund zu der Annahme hat, dass eben dieser Aktenordner die entscheidenden Informationen über erhebliche Verstoßvorgänge enthält. Aus Perspektive des Whistleblowers ist hierbei im Vorfeld nicht mit Sicherheit absehbar, ob der Aktenordner sich aktuell tatsächlich in dem Büro befindet, welchen genauen Inhalt dieser hat und ob wirklich jede der gegebenenfalls fotografierten Seiten für die Aufdeckung des Verstoßes notwendig ist. Ohne den Schutz der Gutgläubigkeit im Stadium der Informationsbeschaffung müsste ein Whistleblower unter diesen Umständen das Risiko tragen, dass gegen ihn unter dem Vorwand einer (teilweise) unzulässigen Informationsbeschaffung Repressalien veranlasst werden, gegen die ihm keine wirksamen Abwehrmöglichkeiten zur Verfügung stünden. Der hiermit einhergehende Abschreckungseffekt ist geeignet, die praktische Wahrnehmung des Rechts aus Art. 21 Abs. 3 WBRL und damit die Wirksamkeit der Richtlinie in nicht unerheblichem Maße zu hemmen.

Es empfiehlt sich daher, den Schutz gutgläubig irrender Whistleblower einheitlich auch auf die Beschaffung von und den Zugriff auf Informationen im Sinne von Art. 21 Abs. 3 WBRL auszudehnen. Den berechtigten Interessen betroffener

Personen wird dadurch angemessen Rechnung getragen, dass der Whistleblower bei der Durchsicht der von ihm beschafften Informationen darauf zu achten hat, dass er nur die für die Aufdeckung des Verstoßes notwendigen Informationen meldet bzw. offenlegt (vgl. Art. 21 Abs. 2, Abs. 7 S. 2 WBRL).

Darüber hinaus empfiehlt es sich, im Rahmen der Umsetzung klarzustellen, dass ein Schutz des Whistleblowers nicht dadurch ausscheidet, dass es im Anschluss an eine zulässige Beschaffungsmaßnahme nicht mehr zu der von ihm beabsichtigten Meldung oder Offenlegung kommt, etwa weil er bei der Beschaffung von Informationen überrascht, an einer Weitergabe gehindert und ihm anschließend gekündigt wird.

7. Interne und externe Meldungen

7.1. Das Verhältnis von internen und externen Meldungen nach der Whistleblower-Richtlinie

Die Bestimmungen der WBRL zum Verhältnis von internen und externen Meldungen erschließen sich am besten aus historischer Perspektive. Als die Europäische Kommission im April 2018 ihren Vorschlag für eine Richtlinie zum Schutz von Personen vorlegte, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden,²³⁸ wollte sie als Bedingung für den Schutz von Hinweisgebern den grundsätzlichen Vorrang des internen Whistleblowings festschreiben.²³⁹ Sie stieß auf entschiedenen Widerstand des Europäischen Parlaments, das dem Whistleblower die Wahl zwischen internem Whistleblowing und dem Gang zu den Behörden lassen wollte.²⁴⁰ Im Februar 2019 forderten 80 Organisationen aus ganz Europa, darunter zahlreiche Gewerkschaften und Journalistenverbände, in einem Appell an den Rat der EU, in der Richtlinie nicht den grundsätzlichen Vorrang des internen Whistleblowings vorzuschreiben.²⁴¹

In der Nacht vom 11. auf den 12. März 2019 wurde in den Trilog-Verhandlungen zwischen Europäischem Parlament, Kommission und Rat eine Einigung über die Whistleblower-Richtlinie erreicht.²⁴² Danach war Whistleblowern auch dann Schutz zu gewähren, wenn sie sich direkt an die Behörden wandten.²⁴³ Das

²³⁸ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden vom 23.4.2018, COM(2018) 218 final.

²³⁹ Art. 13 des Vorschlags.

²⁴⁰ Beginnend mit dem Berichtsentwurf des federführenden Rechtsausschusses des Europäischen Parlaments vom 2.7.2018, Berichterstatterin: *Virginie Rozière*.

²⁴¹ Siehe <https://rsf.org/en/news/open-letter-making-whistleblowing-work-europe>.

²⁴² Englische Version: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2019-0366_EN.html.

Deutsche Version: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2019-0366_DE.html.

²⁴³ Die Voraussetzungen für den Schutz von Hinweisgebern waren in dieser Fassung in Art. 5 geregelt. Nach Abs. 1 Buchst. b bestand Anspruch auf Schutz, wenn „they reported internally in accordance with Article 7 and externally in accordance with Article 10, or directly externally or publicly disclosed information in accordance with

Europäische Parlament stimmte dem Verhandlungsergebnis am 16. April 2019 zu²⁴⁴ und erteilte nach sprachjuristischer Überarbeitung und einem Berichtigungsverfahren am 16. September 2019 erneut seine Zustimmung.²⁴⁵ Am 7. Oktober 2019 nahm der Rat die Richtlinie an. In der Presseerklärung des Rates vom selben Tag heißt es: „Hinweisgebern wird empfohlen, zunächst die internen Kanäle ihrer Organisation zu nutzen, bevor sie auf externe, von den Behörden eingerichtete Kanäle zurückgreifen. Aber auch dann, wenn sie sich sofort an externe Stellen wenden, behalten sie auf jeden Fall ihren Schutz.“²⁴⁶

Die Endfassung der WBRL enthält zu der hier interessierenden Frage die folgenden Bestimmungen: Die Voraussetzungen für den Schutz von Hinweisgebern sind in Art. 6 WBRL geregelt. Dessen Abs. 1 Buchstabe b knüpft den Schutz an die Bedingung, dass die Hinweisgeber „intern gemäß Artikel 7 oder extern gemäß Artikel 10 Meldung erstattet haben oder eine Offenlegung gemäß Artikel 15 vorgenommen haben.“ Art. 10, auf den hier verwiesen wird, trägt die Überschrift „Meldung über externe Meldekanäle“ und lautet:

„Unbeschadet des Artikels 15 Absatz 1 Buchstabe b melden Hinweisgeber Informationen über Verstöße unter Nutzung der Kanäle und Verfahren gemäß den Artikeln 11 und 12, nachdem sie zuerst über interne Meldekanäle Meldung erstattet haben, oder indem sie direkt über externe Meldekanäle Meldung erstatten.“

Mit anderen Worten: Schutz genießen auch Whistleblower, die direkt über externe Meldekanäle Meldung erstatten, sofern sie, wie es Art. 6 Abs. 1 Buchstabe a WBRL verlangt, hinreichenden Grund zu der Annahme hatten, dass die gemeldeten Verstöße zum Zeitpunkt der Meldung der Wahrheit entsprachen und dass diese Informationen in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie

Article 15 of this Directive“. „Or directly externally“ ist in diesem Text, der das Ergebnis der Trilog-Verhandlungen in der Originalsprache wiedergibt, eine eigenständige, wahlweise zur Verfügung stehende Alternative. Leider war die vorläufige deutsche Übersetzung völlig missglückt. Artikel 15, der sich mit dem Gang an die Öffentlichkeit befasste, wurde nämlich sinnwidrig auch auf das externe Whistleblowing gegenüber Behörden bezogen.

²⁴⁴ Mit 591 Stimmen bei 29 Gegenstimmen und 33 Enthaltungen; siehe Pressemitteilung des Europäischen Parlaments vom 16.4.2019, <https://www.europarl.europa.eu/news/de/press-room/20190410IPR37529/whistleblower-neue-vorschriften-fur-eu-weiten-schutz-von-informanten>.

²⁴⁵ Bundesrechtsanwaltskammer, Newsletter "Nachrichten aus Brüssel", Ausgabe 18/2019 v. 18.10.2019, Whistleblower-Richtlinie verabschiedet – Rat.

²⁴⁶ <https://www.consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2019/10/07/better-protection-of-whistle-blowers-new-eu-wide-rules-to-kick-in-in-2021/>

fielen. Im Falle der Offenlegung ist der Schutz an strengere Voraussetzungen geknüpft, die in Art. 15 WBRL geregelt sind. Abs. 1 Buchstabe b dieser Vorschrift, auf den Art. 10 WBRL Bezug nimmt, führt die Bedingungen an, unter denen Whistleblower beim direkten Gang an die Öffentlichkeit Schutz genießen.

In einigen Erwägungsgründen werden Fälle angeführt, in denen der Hinweisgeber Schutz genießen soll, wenn er sich an die Behörden wendet.²⁴⁷ Diese Erwägungsgründe haben ihren Ursprung in dem Vorschlag der Kommission, der Whistleblowern, wenn sie sich direkt an die Behörden wenden, nur unter bestimmten Bedingungen Schutz gewähren wollte.²⁴⁸ Sie können in dem geänderten Kontext nicht dahingehend interpretiert werden, dass bei externem Whistleblowing ohne vorangegangenes internes Whistleblowing nur in diesen Fällen Schutz bestehen soll. Es handelt sich lediglich um eine Illustration der Legitimität des Gangs zu den Behörden anhand von Fallbeispielen. Im Übrigen gilt für den Stellenwert von Erwägungsgründen, dass „die Begründungserwägungen eines Gemeinschaftsrechtsakts rechtlich nicht verbindlich sind und weder herangezogen werden können, um von den Bestimmungen des betreffenden Rechtsakts abzuweichen, noch, um diese Bestimmungen in einem Sinne ausulegen, der ihrem Wortlaut offensichtlich widerspricht“.²⁴⁹

Bestandteil des Trilog-Kompromisses war eine Regelung, wonach die Mitgliedstaaten Hinweisgeber unter bestimmten Voraussetzungen dazu ermutigen sollten, interne Meldekanäle zu benutzen, bevor sie sich an die Behörden wenden.²⁵⁰ Art. 7 Abs. 2 WBRL enthält hierzu die folgende Regelung:

„Die Mitgliedstaaten setzen sich dafür ein, dass die Meldung über interne Meldekanäle gegenüber der Meldung über externe Meldekanäle in den Fällen bevorzugt wird, in denen intern wirksam gegen den Verstoß vorgegangen werden kann und der Hinweisgeber keine Repressalien befürchtet.“

Für den rechtlichen Schutz des Whistleblowers ist diese Vorschrift ohne Bedeutung. Es steht in seinem Ermessen, entweder intern oder gleich extern Meldung zu erstatten.

²⁴⁷ Siehe Erwägungsgründe 51, 61 und 62 WBRL.

²⁴⁸ Siehe Erwägungsgründe 62 und 63 des Entwurfs COM(2018) 218 final.

²⁴⁹ EuGH 19.6.2014, C-345/13 (*Karen Millen Fashions*), Rn. 31 m.w.N., <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A62013CJ0345>.

²⁵⁰ Art. 7 Abs. 2.

Die Philosophie, die den Bestimmungen über die Ermutigung zur Nutzung interner Meldekanäle zugrunde liegt, wird im Erwägungsgrund 47 erläutert. Es heißt dort, dass die einschlägigen Informationen rasch zu denjenigen gelangen müssten, die der Ursache des Problems am nächsten sind, der Meldung am ehesten nachgehen können und über entsprechende Befugnisse verfügen, um dem Problem, soweit möglich, abzuhelpfen. Es gehe um die Förderung einer Kultur der guten Kommunikation und der sozialen Verantwortung von Unternehmen, in deren Rahmen Hinweisgeber als Personen gelten, die wesentlich zu Selbstverbesserung und herausragender Kompetenz innerhalb der Organisation beitragen.

Art. 7 Abs. 3 WBRL bestimmt:

„Im Rahmen der Unterrichtung vonseiten juristischer Personen des privaten und öffentlichen Sektors gemäß Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe g und vonseiten zuständiger Behörden gemäß Artikel 12 Absatz 4 Buchstabe a und Artikel 13 werden zweckdienliche Informationen über die Nutzung interner Meldekanäle gemäß Absatz 2 bereitgestellt.“

Die Mitgliedstaaten können auf diesem Wege ihre Verpflichtung aus Art. 7 Abs. 2 WBRL erfüllen.

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass die WBRL den Schutz des Whistleblowers, der einen Verstoß extern meldet, in keinem Fall an die Voraussetzung knüpft, dass er zunächst intern Meldung erstattet hat, auch wenn er unter bestimmten Voraussetzungen zur vorherigen internen Meldung ermutigt wird. Mit der Möglichkeit einer direkten externen Meldung liegt die WBRL in der Tradition sämtlicher vorheriger Whistleblower-Rechtsakte der Union.²⁵¹

7.2. Freiwilligkeit interner Meldungen

Art. 21 Abs. 2 WBRL bestimmt:

„Unbeschadet des Artikels 3 Absätze 2 und 3 gelten Personen, die nach dieser Richtlinie Informationen über Verstöße melden oder offenlegen, nicht als Personen, die eine Offenlegungsbeschränkung verletzt haben, und sie können für eine solche Meldung oder Offenlegung in keiner Weise haftbar gemacht werden, sofern sie hinreichenden Grund zu der Annahme

²⁵¹ Im Einzelnen hierzu *Gerdemann*, NZA-Beilage 2020 (erscheint demnächst); *Helm*, BB 2018, 1538, 1540 ff.

hatten, dass die Meldung oder Offenlegung der Information notwendig war, um einen Verstoß gemäß dieser Richtlinie aufzudecken.“

Art. 3 Abs. 2 und 3 WBRL enthalten Ausnahmen vom Anwendungsbereich der Richtlinie.

Erläuterungen zu Art. 21 Abs. 2 WBRL finden sich im Erwägungsgrund 91. Danach sollte man sich nicht auf die rechtlichen oder vertraglichen Pflichten des Einzelnen, beispielsweise Loyalitätsklauseln in Verträgen oder Vertraulichkeits- oder Geheimhaltungsvereinbarungen, stützen dürfen, um die Möglichkeit einer Meldung auszuschließen, Whistleblowern den Schutz zu versagen oder sie für die Meldung von Informationen über Verstöße oder eine Offenlegung mit Sanktionen zu belegen, wenn die Weitergabe der Informationen, die unter diese Klauseln und Vereinbarungen fallen, notwendig ist, um den Verstoß aufzudecken. Es sei angemessen, dass bei Meldung oder Offenlegung von Informationen gemäß dieser Richtlinie Schutz vor Haftung besteht, wenn der Hinweisgeber hinreichenden Grund zu der Annahme hatte, dass die Meldung oder Offenlegung der Informationen notwendig war, um einen Verstoß im Sinne dieser Richtlinie aufzudecken.

Auf diesem Wege wird sichergestellt, dass Arbeitnehmer im Anwendungsbereich der WBRL von ihrem Arbeitgeber nicht wirksam verpflichtet werden können, zunächst intern Meldung zu erstatten. Auch der nationale Gesetzgeber könnte dies nicht vorschreiben.²⁵²

Zusätzlich abgesichert wird die Freiwilligkeit interner Meldungen durch Art. 24 WBRL, der die Mitgliedstaaten verpflichtet, sicherzustellen, dass die in dieser Richtlinie vorgesehenen Rechte und Rechtsbehelfe nicht aufgrund einer Beschäftigungsververeinbarung, -bestimmung, -art oder -bedingung aufgehoben oder eingeschränkt werden können.

Nach der Richtlinie möglich wären hingegen reine Anreizregelungen ohne verbindlichen Charakter, beispielsweise in Gestalt finanzieller Prämien für internes Whistleblowing.²⁵³ In der Sache ist ein solches Vorgehen jedoch nicht zu empfehlen, da es für die praktische Wirksamkeit derartiger Prämien keine empirischen Belege gibt und sie das naheliegende Risiko in sich bergen, sowohl das kollegiale Betriebsklima als auch die interne Akzeptanz des Whistleblowings erheblich zu gefährden.

²⁵² Anders offenbar *Aszmons/Herse*, DB 2019, 1849, 1851.

²⁵³ Dafür *Granetznj/Krause*, CCZ 2020, 29, 34 ff.

7.3. Die unmittelbare externe Meldemöglichkeit im Lichte der Charta der Grundrechte der Europäischen Union und der Europäischen Menschenrechtskonvention

In Fachkreisen ist angezweifelt worden, dass die unmittelbare externe Meldemöglichkeit mit der Charta der Grundrechte der Europäischen Union und der Europäischen Menschenrechtskonvention im Einklang steht.²⁵⁴ Es kursiert die Idee, die Richtlinie müsse im Wege der Auslegung dahingehend ergänzt werden, dass der Whistleblower, um geschützt zu sein, doch erst intern Meldung erstatten müsse, wenn ihm dies zumutbar sei.²⁵⁵

Zu dieser Idee ist vorab festzustellen, dass es nicht zu den Methoden des EuGH gehört, Richtlinien um ungeschriebene Bestimmungen zu ergänzen, um eine Nichtigerklärung oder Teilnichterklärung wegen Verstoßes gegen höherrangiges EU-Recht zu vermeiden.

Im Übrigen sind die Zweifel an der Vereinbarkeit der unmittelbaren externen Meldemöglichkeit mit der Charta der Grundrechte der Europäischen Union und der Europäischen Menschenrechtskonvention aus den folgenden Gründen nicht gerechtfertigt:

Gemäß Art. 16 der Grundrechte-Charta wird die unternehmerische Freiheit nach dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten anerkannt. Der durch Art. 16 gewährte Schutz umfasst die Freiheit, eine Wirtschafts- oder Geschäftstätigkeit auszuüben, die Vertragsfreiheit und den freien Wettbewerb. Nach der Rechtsprechung des EuGH gilt die unternehmerische Freiheit nicht schrankenlos. Sie kann einer Vielzahl von Eingriffen der öffentlichen Gewalt unterworfen werden, die im allgemeinen Interesse die Ausübung der wirtschaftlichen Tätigkeit beschränken können. Gemäß Art. 52 Abs. 1 der Charta muss jede Einschränkung der Ausübung der unternehmerischen Freiheit gesetzlich vorgesehen sein, den Wesensgehalt dieser Freiheit achten und unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit erforderlich sein sowie den von der Union anerkannten, dem Gemeinwohl dienenden

²⁵⁴ Siehe beispielsweise *Garden/Hiéramente*, BB 2019, 963 ff., 965.

²⁵⁵ Erörtert auf einer Tagung der EIAS am 14./15.2.2020 in Hamburg. Siehe auch – bezogen auf den Vorschlag der Kommission für die WBRL – *Thüsing/Rombey*, NZG 2018, 1001, 1003.

Zielsetzungen oder den Erfordernissen des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer tatsächlich entsprechen.²⁵⁶

Die WBRL schränkt die Vertragsfreiheit des Arbeitgebers nach Maßgabe ihres Art. 21 Abs. 2 ein. Die folgenden Überlegungen können sich auf den Aspekt der Verhältnismäßigkeit beschränken, da nur insoweit Zweifel erhoben worden sind.

Art. 21 Abs. 2 WBRL dient einem von der Union anerkannten, dem Gemeinwohl dienenden Ziel, nämlich der besseren Durchsetzung des Unionsrechts und der Unionspolitik in bestimmten Bereichen (Art. 1 WBRL). Die unmittelbare externe Meldemöglichkeit nach Maßgabe des Art. 21 Abs. 2 WBRL ist geeignet, dieses Ziel zu fördern; denn sie erhöht die Wahrscheinlichkeit, dass Verstöße aufgedeckt werden. Die mit Art. 21 Abs. 2 WBRL einhergehende Beschränkung geht nicht über die Grenzen dessen hinaus, was zur Erreichung des Ziels erforderlich ist. Zum einen ist sie an die Voraussetzung geknüpft, dass der Whistleblower hinreichenden Grund zu der Annahme hatte, dass die Meldung oder Offenlegung der Information notwendig war, um einen Verstoß gemäß dieser Richtlinie aufzudecken.²⁵⁷ Zum anderen ist Art. 21 Abs. 2 WBRL in Verbindung mit Art. 7 Abs. 2 WBRL zu lesen, wonach die Mitgliedstaaten Whistleblower ermutigen sollen, zunächst interne Meldekanäle zu nutzen, wenn intern wirksam gegen den Verstoß vorgegangen werden kann und sie keine Repressalien befürchten müssen. Die Praxis hat gezeigt, dass internes Whistleblowing hochriskant sein kann. Es kam vor, dass schon das Stellen einer Frage Vergeltungsmaßnahmen bis hin zur Entlassung auslöste. Könnte vorgeschrieben werden, dass zunächst intern Meldung zu erstatten ist, und würde man den Schutz bei externem Whistleblowing an die Voraussetzung knüpfen, dass die interne Meldung unzumutbar ist, wäre die Folge, dass viele nicht den Mut aufbrächten, einen Verstoß aufzudecken. Die Sorge vor Vergeltungsmaßnahmen bei inter-

²⁵⁶ EuGH 26.10.2017 - C-534/16 (*BB construct*), Rn. 35-37, m.w.N., <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX:62016CN0534>.

²⁵⁷ Siehe auch zu einer vergleichbaren Konstellation EuGH 27.9.2017 - C-73/16 (*Puškár*), Rn. 114, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A62016CJ0073>: „Die Aufnahme in die Liste könnte zudem die [...] in Art. 16 der Charta festgeschriebene unternehmerische Freiheit der juristischen Personen, die mit den in der streitigen Liste aufgeführten natürlichen Personen in Verbindung gebracht werden, beeinträchtigen. Ein solcher Eingriff kann sich nur dann als angemessen erweisen, wenn hinreichende Anhaltspunkte für den Verdacht bestehen, dass der Betroffene Führungspositionen bei den mit ihm in Verbindung gebrachten juristischen Personen nur zum Schein wahrnimmt und dadurch die Erhebung von Steuern und die Bekämpfung von Steuerbetrug beeinträchtigt.“

nem Whistleblowing und die Furcht, beim Gang zu den Behörden die Unzumutbarkeit des internen Whistleblowings falsch zu beurteilen und sich dadurch großen rechtlichen Risiken auszusetzen, hätten eine lähmende Wirkung.

Dass die Vereinbarkeit der unmittelbaren externen Meldemöglichkeit mit der Grundrechte-Charta in Zweifel gezogen worden ist, scheint in erster Linie mit dem *Heinisch*-Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR)²⁵⁸ zusammenzuhängen.²⁵⁹ Man meint, aus diesem Urteil ableiten zu können, dass das interne Whistleblowing nach der Rechtsprechung des EGMR grundsätzlich Vorrang vor dem externen Whistleblowing hat. Gemäß Art. 52 Abs. 3 der Grundrechte-Charta müsse dies bei der Interpretation der durch Art. 11 der Grundrechte-Charta garantierten Freiheit der Meinungsäußerung und Informationsfreiheit berücksichtigt werden.²⁶⁰ Diese Sichtweise des *Heinisch*-Urteils beruht – wie die folgende Analyse zeigt – auf einem Irrtum.

Die (Europäische) Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK)²⁶¹ garantiert die Freiheit der Meinungsäußerung in ihrem Art. 10, der ausdrücklich die Freiheit einschließt, Informationen ohne behördliche Eingriffe zu empfangen und weiterzugeben. Art. 10 Abs. 2 EMRK regelt die Schranken dieses Rechts. Dementsprechend prüft der EGMR in den Fällen, in denen eine Verletzung des Art. 10 EMRK behauptet wird, erstens, ob es einen Eingriff gab, zweitens, ob er gesetzlich vorgesehen war, drittens, ob er ein legitimes Ziel verfolgte, und viertens, ob er in einer demokratischen Gesellschaft notwendig war.

Nach der ständigen Rechtsprechung des EGMR impliziert das Adjektiv „notwendig“ im Sinne des Art. 10 Abs. 2 EMRK das Bestehen eines „dringenden sozialen Bedürfnisses“. Bei der Beurteilung der Frage, ob ein solches Bedürfnis besteht, haben die Vertragsstaaten dem EGMR zufolge einen gewissen Ermessensspielraum.²⁶²

²⁵⁸ EGMR 21.7.2011 – Nr. 28274/08 (*Heinisch/Deutschland*), [https://hudoc.echr.coe.int/spa#{%22itemid%22:\[%22001-105777%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/spa#{%22itemid%22:[%22001-105777%22]}). Authentisch sind nur die englische und die französische Fassung dieses Urteils. Im Folgenden wird die auf der Website des EGMR zur Verfügung gestellte deutsche Übersetzung des Urteils durch das deutsche Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz verwandt.

²⁵⁹ *Garden/Hirémente*, BB 2019, 963, 965 m.w.N.

²⁶⁰ So z.B. *Schmitt*, RdA 2017, 365, 368 f.

²⁶¹ Authentisch sind nur die englische und die französische Fassung der Konvention. Das Wort „Europäische“ ist im Originalwortlaut des Titels nicht enthalten. Der EGMR stellt auf seiner Website eine deutsche Übersetzung zur Verfügung.

²⁶² EGMR 21.7.2011, *Heinisch/Deutschland*, Rn. 62 m.w.N.

Im Fall *Guja* wandte der EGMR Art. 10 EMRK erstmals auf einen Whistleblower an. Der Antragsteller war Leiter der Presseabteilung einer Generalstaatsanwaltschaft. Er sandte zwei Briefe, die bei der Generalstaatsanwaltschaft eingegangen waren, an eine Zeitung, weil sie seiner Ansicht nach bewiesen, dass der stellvertretende Vorsitzende des Parlaments Druck auf die Generalstaatsanwaltschaft ausgeübt hatte, damit Ermittlungen gegen Polizeibeamte wegen Misshandlung und illegaler Inhaftierung eingestellt wurden. Daraufhin wurde der Antragsteller entlassen. Der Fall wurde von der Großen Kammer des EGMR entschieden. Das Urteil in dieser Sache ist die Leitentscheidung für die Problematik des Whistleblowings.²⁶³

In dem Abschnitt über einschlägige Materialien, der der rechtlichen Würdigung vorangestellt war, zitierte der EGMR eine Reihe von Vorschriften aus internationalen Verträgen, die sich in unterschiedlichen Zusammenhängen mit dem Schutz vor Sanktionen bei Berichten an die zuständigen Behörden befassten.²⁶⁴ In keiner dieser Konventionen war von einem Vorrang des internen Whistleblowings die Rede. Vor diesem Hintergrund stellte der EGMR bei der Prüfung, ob der Eingriff in einer demokratischen Gesellschaft notwendig war, allgemeine Prinzipien auf, die im vorliegenden Fall anzuwenden seien.

Er hob hervor, dass Art. 10 EKMR auch am Arbeitsplatz anwendbar ist und dass auch Beamte die Freiheit der Meinungsäußerung genießen. Er habe aber auch im Auge, dass Arbeitnehmer im Allgemeinen und Beamte im Besonderen ihren Arbeitgebern Loyalität, Zurückhaltung und Diskretion schulden. Der EGMR zog den Schluss: "In the light of the duty of discretion referred to above, disclosure should be made in the first place to the person's superior or other competent authority or body. It is only where this is clearly impracticable that the information could, as a last resort, be disclosed to the public [...]."²⁶⁵ Hier wird keine Rangfolge zwischen dem internen Whistleblowing und dem Whistleblowing gegenüber Behörden aufgestellt. Nur der Gang an die Öffentlichkeit wird als letzte Mittel angesehen.

²⁶³ EGMR 12.2.2008, *Guja/Moldawien*, Nr. 14277/04.

²⁶⁴ Rn. 43-46.

²⁶⁵ Rn. 73. In der französischen Version: "Eu égard à l'obligation de discrétion susmentionnée, il importe que la personne concernée procède à la divulgation d'abord auprès de son supérieur ou d'une autre autorité ou instance compétente. La divulgation au public ne doit être envisagée qu'en dernier ressort, en cas d'impossibilité manifeste d'agir autrement [...]."

Der EGMR fuhr fort: "In assessing whether the restriction on freedom of expression was proportionate, therefore, the Court must take into account whether there was available to the applicant any other effective means of remedying the wrongdoing which he intended to uncover."²⁶⁶ Aus den vorangegangenen Sätzen folgt, dass hier nur Alternativen zum Gang an die Öffentlichkeit gemeint sind.

Es schließen sich einige Absätze zu weiteren Faktoren an, die bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs eine Rolle spielen (1. Das öffentliche Interesse an der offengelegten Information, 2. Die Authentizität der offengelegten Information, 3. Der Schaden für die Behörde, 4. Das Motiv des Arbeitnehmers für die Offenlegung, 5. Die verhängte Strafe und ihre Folgen).²⁶⁷ Diese Abwägungsfaktoren für die Prüfung der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs betreffen jedoch nur die öffentliche Zugänglichmachung von Informationen.

Die Entscheidung im Fall *Heinisch* baut auf dieser Rechtsprechung auf. Es ging um die fristlose Entlassung einer deutschen Altenpflegerin, die angesichts von Mängeln in der Pflege Strafanzeige gegen ihren Arbeitgeber erstattet hatte und verdächtigt wurde, die Herstellung und Verteilung eines Flugblattes mit Vorwürfen gegen ihn initiiert zu haben. Entschieden wurde der Fall von der Fünften Sektion des EGMR.

Wie das Urteil in der Rechtssache *Guja* enthält auch dieses Urteil einen Abschnitt mit der Überschrift „The general principles applicable in this case“. Die in *Guja* entwickelten Gedanken werden übernommen und daran angepasst, dass es im Fall *Heinisch* um ein privatrechtliches Beschäftigungsverhältnis ging. Die Schlussfolgerung aus den einleitenden Überlegungen ist nahezu wörtlich identisch mit der im Fall *Guja*. Sie lautet: „Consequently, in the light of this duty of loyalty and desertion, disclosure should be made in the first place to the person's superior or other competent authority or body. It is only where this is clearly impracticable that the information can, as a last resort, be disclosed to the public. In assessing whether the restriction on freedom of expression was proportionate, the Court must therefore take into account whether the applicant had any other effective means of remedying the wrongdoing which he or she

²⁶⁶ Rn. 73. In der französischen Version: "Dès lors, pour juger du caractère proportionné ou non de la restriction imposée à la liberté d'expression du requérant en l'espèce, la Cour doit examiner si l'intéressé disposait d'autres moyens effectifs de faire porter remède à la situation qu'il jugeait critiquable."

²⁶⁷ Rn. 74-78.

intended to uncover (see *Guja*, cited above, § 73).“²⁶⁸ Aus *Guja* übernommen sind auch die sich anschließenden Ausführungen über weitere Faktoren, die bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs eine Rolle spielen. Da es nun um ein privatrechtliches Beschäftigungsverhältnis geht, ist nicht mehr vom Schaden für die Behörde, sondern vom Schaden für den Arbeitgeber die Rede.²⁶⁹ Nichts in diesen Ausführungen deutet darauf hin, dass vor dem Gang zu den Behörden zunächst eine interne Meldung erfolgen müsste, soweit dies zumutbar ist. Es handelt sich um Faktoren, die zu berücksichtigen sind, um zu beurteilen, ob ein Eingriff in das Recht auf Meinungsäußerung gegenüber der Öffentlichkeit verhältnismäßig ist.

Im Abschnitt „Application of the above principles in the present case“ geschieht dann allerdings etwas Überraschendes. Unter der Überschrift „Whether the applicant had alternative channels for making the disclosure“ werden die vergeblichen Bemühungen der Antragstellerin geschildert, intern Abhilfe zu erreichen. Dass ihr das nicht gelungen war, zieht der Gerichtshof dann jedoch nicht als Argument heran, um den Gang an die Öffentlichkeit als legitim anzusehen, sondern um die Strafanzeige zu rechtfertigen. Der EGMR zitiert in diesem Zusammenhang die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) vom 3.7.2003 – 2 AZR 235/02²⁷⁰, die von der Prämisse ausgeht, dass im Einzelfall zu bestimmen sei, ob dem Arbeitnehmer eine vorherige innerbetriebliche Anzeige zumutbar ist, und Beispielsfälle der Unzumutbarkeit auflistet. Der EGMR erwähnt diese Beispielsfälle und fügt hinzu: „The Court further notes that similar reasoning is reflected in the Parliamentary Assembly’s guiding principles on the protection of whistle-blowers [...] stipulating that where internal channels could not reasonably be expected to function properly, external whistle-blowing should be protected. The Court finds that these considerations also apply in the case at hand.“²⁷¹

Hieraus kann jedoch nicht geschlossen werden, dass die Vertragsstaaten der EMRK den Vorrang des internen Whistleblowings im Falle der Zumutbarkeit anordnen müssen. Der EGMR hat die Maßstäbe des BAG benutzt, um die Strafanzeige der Antragstellerin als legitim anzusehen. Aus diesem Umgang mit der Entscheidung des BAG vom 3.7.2003 wird man zwar den Schluss ziehen müssen, dass sie sich in dem Ermessenspielraum bewegt, der den Vertragsstaaten

²⁶⁸ Rn. 65.

²⁶⁹ Rn. 66-70.

²⁷⁰ BAGE 107, 36.

²⁷¹ Rn. 73 f.

der EMRK zugestanden wird. Dies heißt jedoch nicht, dass die Vertragsstaaten nicht auch eine unmittelbare externe Meldemöglichkeit vorsehen können.²⁷²

Die Grundsätze, die das BAG in seiner Entscheidung vom 3.7.2003 entwickelt hat, sind nicht in den Abschnitt der *Heinisch*-Entscheidung integriert worden, der die allgemeinen Prinzipien darlegt. Hätte die Fünfte Sektion des EGMR diese Grundsätze für alle Vertragsstaaten verbindlich machen wollen, wäre dies eine Abweichung von der Entscheidung der Großen Kammer in *Guja* gewesen. Es ist unwahrscheinlich, dass die Sektion eine so weitreichende Entscheidung treffen wollte, zumal in einem solchen Fall gemäß Art. 30 EMRK die Möglichkeit besteht, die Sache an die Große Kammer abzugeben.

Gegen die Annahme, dass die Fünfte Sektion von *Guja* abweichen wollte, spricht ferner die folgende Überlegung: Der Spruchkörper, der *Heinisch* entschieden hat, war sich dessen bewusst, dass es eine Reihe von internationalen Verträgen gibt, die sich mit dem Whistleblowing befassen und kein Rangverhältnis zwischen internem und externem Whistleblowing vorsehen. In dem Teil des Urteils, der das einschlägige Völkerrecht und die einschlägige völkerrechtliche Praxis darstellt, wird beispielsweise der Anhang zu Art. 24 der Revidierten Europäischen Sozialcharta zitiert, der bestimmt:

„3. For the purpose of this article the following, in particular, shall not constitute valid reasons for termination of employment:

[...]

c the filing of a complaint or the participation in proceedings against an employer involving alleged violation of laws or regulations or recourse to competent administrative authorities;

[...]“

Die *Heinisch*-Entscheidung erwähnt, dass diese Bestimmung von 24 Mitgliedstaaten des Europarats ratifiziert worden ist.²⁷³ Es wird auch Art. 5 des Übereinkommens der Internationalen Arbeitsorganisation über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber (ILO-Übereinkommen Nr. 158 vom 22. Juni 1982) angeführt, der die gleiche Regelung enthält.²⁷⁴

²⁷² In diesem Sinne auch *Krause*, SR 2019, 138, 145.

²⁷³ Rn. 38.

²⁷⁴ Rn. 39.

Die Vertragsstaaten der EMRK, die an diese Abkommen gebunden sind, könnten nicht gleichzeitig ihre hieraus resultierenden Verpflichtungen und die Verpflichtungen aus der EMRK erfüllen, wenn sie den Schutz der Whistleblower beim Gang zu den Behörden von der Voraussetzung abhängig machen müssten, dass eine vorherige interne Meldung unzumutbar ist. Es kann nicht angenommen werden, dass die Fünfte Sektion des EGMR eine Interpretation der EMRK vornehmen wollte, die solche internationalen Komplikationen zur Folge gehabt hätte.

Die in *Guja* von der Großen Kammer des EGMR aufgestellten Prinzipien zum Verhältnis der drei Wege des Whistleblowings sind in der nachfolgenden Rechtsprechung nicht abgeändert worden.²⁷⁵ Vertragsstaaten, die in ihren Regelungen zum Schutz von Whistleblowern keinerlei Rangverhältnis zwischen internem Whistleblowing und dem Gang zu den Behörden vorsehen, verletzen ihre Verpflichtungen aus der EMRK nicht. Dies gilt umso mehr, als es in der geschilderten Rechtsprechung nicht um positive Pflichten der Vertragsstaaten geht, sondern um die Frage, unter welchen Voraussetzungen Eingriffe in die Freiheit der Meinungsäußerung gerechtfertigt sind.

Auch Gremien des Europarates, die sich zu der Whistleblower-Richtlinie geäußert haben, sehen keinen Widerspruch zwischen der unmittelbaren Möglichkeit des externen Whistleblowings und der EMRK. Am 1. Oktober 2019 nahm die Parlamentarische Versammlung des Europa-Rates eine Resolution zur Verbesserung des Schutzes von Whistleblowern in ganz Europa an.²⁷⁶ Es heißt darin zu dem Entwurf, dem das Europäische Parlament am 16. April zugestimmt hatte:

„This draft instrument, broadly inspired by the Council of Europe’s work on the subject, is a real step forward. In particular, it permits free choice as to the channel employed to ‘blow the whistle’, without imposing an order of priority between internal and external channels.”

Die Mitgliedstaaten des Europarates, die nicht Mitglieder der EU sind, werden in der Resolution aufgerufen, Whistleblowern denselben Schutz zu gewähren, wie es die EU-Mitgliedstaaten auf der Basis der Richtlinie tun müssen. In dem Memorandum, mit dem das Committee on Legal Affairs and Human Rights der

²⁷⁵ Eine eingehende Rechtsprechungsanalyse findet sich bei *Colneric*, SR 2018, 232.

²⁷⁶ Resolution 2300 (2019) <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=28150&lang=en>.

Parlamentarischen Versammlung den Entwurf dieser Resolution erläuterte, wird zu der Trilog-Lösung ausgeführt:

„The whistleblower can choose from the outset between an internal report and contacting the competent authorities (for example the prosecution service or the supervisory or regulatory authorities). [...] This solution, obtained after a hard fight by the European Parliament against the resistance of several ‘major countries’ within the Council, corresponds to the case law of the European Court of Human Rights.“²⁷⁷

7.4. Status quo und Änderungsbedarf des deutschen Rechts

In einer Rede zur Verleihung des Whistleblower-Preises schilderte der damalige Richter am Bundesverfassungsgericht *Jürgen Kühling* das gesellschaftliche Umfeld des Whistleblowers im Jahr 1999 so: „Sein Verhalten wird als Verrat eingestuft, gilt als illoyal. Ein tief verwurzeltes Ethos der Gefolgschaftstreue überlagert die Grundsätze einer aufgeklärten Ethik, die sein Verhalten gutheißt.“²⁷⁸ Auf diesem Nährboden ist in Deutschland die Doktrin vom grundsätzlichen Vorrang des internen Whistleblowings vor dem Whistleblowing gegenüber Behörden entstanden.²⁷⁹ Von Ausnahmen abgesehen, sollte ein Whistleblower, der sich direkt an die Behörden wandte, keinen Schutz gegen Repressalien, insbesondere die Kündigung seines Arbeitsverhältnisses, genießen.

2001 stärkte das Bundesverfassungsgericht, wie dargestellt,²⁸⁰ die Rechtsposition von Whistleblowern unter Berufung auf Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip. Das Bundesarbeitsgericht reagierte hierauf mit der bereits erwähnten Entscheidung vom 3.7.2003.²⁸¹ Zuvor hatte das vorinstanzliche Landesarbeitsgericht die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts dahingehend interpretiert, dass es auf den Versuch einer vorherigen betrieblichen Klärung nicht ankomme, und die Kündigung des Sozialarbeiters, der seinen Arbeitgeber angezeigt hatte, für unwirksam erklärt. Das BAG folgte dem nicht.

²⁷⁷ Randnummern 42 f., <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=28096&lang=en>.

²⁷⁸ *Kühling*, in: Deiseroth/Göttling, Der Fall Nikitin, 2000, 3.

²⁷⁹ Rechtsprechungsnachweise bei *Krause*, SR 2019, 138 ff., 142 f.

²⁸⁰ Siehe oben, Punkt 6.2.

²⁸¹ Siehe oben, Punkt 6.2.

Eine von einem Arbeitnehmer erstattete Strafanzeige dürfe sich unter Berücksichtigung der vertraglichen Rücksichtnahmepflichten des Arbeitnehmers nicht als eine unverhältnismäßige Reaktion auf ein Verhalten des Arbeitgebers darstellen. Als Indiz für eine unverhältnismäßige Reaktion des anzeigenden Arbeitnehmers sah das BAG unter anderem das Fehlen eines innerbetrieblichen Hinweises auf die angezeigten Missstände an.

Allerdings gebühre der innerbetrieblichen Klärung nicht generell der Vorrang. Es müsse im Einzelfall bestimmt werden, wann dem Arbeitnehmer eine vorherige innerbetriebliche Anzeige ohne weiteres zumutbar sei und ein Unterlassen ein pflichtwidriges Verhalten darstelle. Sie sei unzumutbar, wenn der Arbeitnehmer Kenntnis von Straftaten erhalte, durch deren Nichtanzeige er sich selbst einer Strafverfolgung aussetzen würde. Entsprechendes gelte auch bei schwerwiegenden oder vom Arbeitgeber selbst begangenen Straftaten. Den anzeigenden Arbeitnehmer treffe auch dann keine Pflicht zur innerbetrieblichen Klärung, wenn Abhilfe berechtigterweise nicht zu erwarten sei. Falls der Arbeitgeber nicht für Abhilfe Sorge, obwohl der Arbeitnehmer ihn zuvor auf die gesetzeswidrige Praxis im Unternehmen hingewiesen habe, bestehe auch keine weitere vertragliche Rücksichtnahmepflicht mehr. Wenn nicht der Arbeitgeber oder sein gesetzlicher Vertreter, sondern ein Mitarbeiter seine Pflichten verletzt oder strafbar handelt, erscheine es eher zumutbar, vom Arbeitnehmer – auch wenn ein Vorgesetzter betroffen ist – vor einer Anzeigerstattung einen Hinweis an den Arbeitgeber zu verlangen.

Das BAG verwies den Rechtsstreit zur weiteren Aufklärung an das LAG zurück.

Diese Rechtsprechung ist mit den Vorgaben der WBRL nicht vereinbar. Im Anwendungsbereich des WBRL sind Whistleblower bei direktem externem Whistleblowing genauso zu schützen wie bei vorherigem internem Whistleblowing. Gleiches gilt für andere Rechtsgebiete, in denen aktuell noch vom Vorrang interner Klärung ausgegangen wird, insbesondere also für das Strafrecht²⁸² und das Beamtenrecht.²⁸³

²⁸² Siehe oben, Punkt 6.2.

²⁸³ Siehe unten, Punkt 12.2.

Eine richtlinienkonforme Auslegung der Bestimmungen des innerstaatlichen Rechts kann für sich allein nicht die unionsrechtlich geforderte Klarheit und Bestimmtheit aufweisen und würde daher keine hinreichende Umsetzung darstellen.²⁸⁴ Es ist deshalb eine gesetzliche Regelung erforderlich, die den Vorgaben der Richtlinie entspricht.

²⁸⁴ Vgl. EuGH 30.6.2016 – C-648/13 (*Kommission/Polen*), Rn. 78 f. m.w.N., <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A62013CJ0648>, oben, Punkt 6.2.

8. Offenlegungen

8.1. Vorgaben für den Schutz von Whistleblowern, die Informationen offenlegen

Die WBRL widmet dem Gang des Whistleblowers an die Öffentlichkeit ein eigenes mit „Offenlegung“ überschriebenes Kapitel, das nur aus Artikel 15 besteht²⁸⁵. Nach der Legaldefinition des Art. 5 Nr. 6 WBRL ist „Offenlegung“ oder „offenlegen“ das öffentliche Zugänglichmachen von Informationen über Verstöße. Der Schutz ist bei dieser Form des Whistleblowings an engere Voraussetzungen geknüpft als bei internem oder externem Whistleblowing.

Art. 15 WBRL unterscheidet zwei Fallgruppen: die Offenlegung nach vorausgegangenem anderweitigem Whistleblowing und die unmittelbare Offenlegung. Gemäß Art. 15 Abs. 1 Buchst. a WBRL hat der Whistleblower Anspruch auf Schutz, wenn er zunächst intern und extern oder auf direktem Wege extern Meldung erstattet hat, aber zu seiner Meldung innerhalb der Fristen für die Rückmeldung²⁸⁶ keine geeigneten Maßnahmen ergriffen wurden.²⁸⁷ Art. 15 Abs. 1 Buchst. b WBRL erkennt unmittelbares öffentliches Whistleblowing als schützenswert an, wenn der Whistleblower hinreichenden Grund zu der Annahme hatte, dass

- der Verstoß eine unmittelbare oder offenkundige Gefährdung des öffentlichen Interesses darstellen kann (z.B. bei einer Notsituation oder bei Gefahr eines irreversiblen Schadens)²⁸⁸ (Art. 15 Abs. 1 Buchstabe b Ziff. i),
- im Fall einer externen Meldung Repressalien zu befürchten sind (Art. 15 Abs. 1 Buchst. b Ziff. ii, Alt. 1) oder
- aufgrund der besonderen Umstände des Falles geringe Aussichten bestehen, dass wirksam gegen den Verstoß vorgegangen wird (beispielsweise, weil Beweismittel unterdrückt oder vernichtet werden könnten oder wenn zwischen einer Behörde und dem Urheber des Verstoßes Absprachen bestehen

²⁸⁵ Kapitel IV.

²⁸⁶ Art. 9 Abs. 1 Buchst. f oder Art. 11 Abs. 2 Buchst. d WBRL.

²⁸⁷ Siehe dazu Erwägungsgrund 79 WBRL.

²⁸⁸ Siehe dazu Erwägungsgrund 80 WBRL.

könnten oder die Behörde an dem Verstoß beteiligt sein könnte) (Art. 15 Abs. 1 Buchst. b Ziff. ii, Alt. 2)²⁸⁹.

Die Richtlinie liegt damit auf derselben Linie wie die oben²⁹⁰ dargestellte Grundsatzentscheidung des EGMR im Fall *Guja*.²⁹¹

Ein Offenlegungsrecht nach Art. 15 Abs. 1 Buchst. a WBRL besteht nicht, wenn im nationalen Umsetzungsgesetz von der Option des Art. 11 Abs. 3 WBRL für eindeutig geringfügige Verstöße Gebrauch gemacht worden ist und die zuständige Behörde diese Vorschrift korrekt angewandt hat; denn in einem solchen Fall ist auch das Absehen von weiteren Folgemaßnahmen mit Ausnahme des Abschlusses des Verfahrens als geeignete Maßnahme im Sinne von Art. 15 Abs. 1 Buchst. a WBRL anzusehen.

Art. 15 WBRL gilt gemäß seinem Absatz 2 nicht „in Fällen, in denen eine Person auf der Grundlage spezifischer nationaler Bestimmungen, die ein Schutzsystem für die Freiheit der Meinungsäußerung und die Informationsfreiheit bilden, Informationen unmittelbar gegenüber der Presse offenlegt“. Diese Ausnahmeregelung war von Schweden durchgesetzt worden und wird dementsprechend auch als „schwedische Ausnahme“ bezeichnet.²⁹² Sie ist auf den schwedischen Freedom of Press Act zugeschnitten,²⁹³ der Verfassungsrang hat und das Recht, sich an die Presse zu wenden, weitergehend schützt als Art. 15 Abs. 1 WBRL. Für Deutschland bleibt es bei der Anwendbarkeit des Art. 15 Abs. 1 WBRL.

8.2. Status quo und Änderungsbedarf des deutschen Rechts

Gesetzliche Regelungen, die sich speziell mit der Frage befassen, wann sich ein Whistleblower an die Öffentlichkeit wenden darf, gibt es im deutschen Recht nicht. Gerichtsentscheidungen zu der Problematik sind rar.

²⁸⁹ Der Erwägungsgrund 81 WBRL, der sich auf beide Alternativen des Art. 15 Abs. 1 Buchst. b Ziff. ii WBRL bezieht, wiederholt lediglich den Wortlaut.

²⁹⁰ Siehe Punkt 7.3.

²⁹¹ Siehe auch Erwägungsgrund 33, S. 3 WBRL.

²⁹² Mitteilung *Nicholas Aiassa*, Deputy Director, Head of EU Political Integrity, Transparency International EU Office.

²⁹³ Mitteilung *Thomas Kastning*, Whistleblower-Netzwerk e.V.

Im Fall *Herbst* ging es um eine Tierärztin, die als Angestellte eines Fleischhygieneamtes auf einem Schlachthof beschäftigt war, und den Verdacht, dass dort an BSE erkrankte Rinder geschlachtet wurden, publik machte. Sie hatte die Indizien, die hierfür sprachen, zuvor intern gemeldet. Die daraufhin getroffenen Maßnahmen räumten den Verdacht jedoch aus ihrer Sicht nicht aus. Die Rinder, deren Köpfe man zu einer histologischen Untersuchung geschickt hatte, waren mit einem Bolzenschussgerät getötet worden, was in diesem Kontext nicht fachgerecht war. Das Untersuchungsergebnis lautete „histopathologisch kein eindeutiger Befund“. Das zuständige Ministerium präsentierte diesen Befund in einem Bericht für den Agrarausschuss des Landtages als „eindeutig negatives Ergebnis“. Frau *Herbst* ging schließlich mehrmals an die Öffentlichkeit und wurde deswegen fristlos entlassen.

Ihre Kündigungsschutzklage hatte keinen Erfolg. Das Arbeitsgericht Neumünster²⁹⁴ bezog sich in Ermangelung höchstrichterlicher Rechtsprechung zur Einschaltung der Medien auf eine Entscheidung des BAG aus dem Jahr 1959²⁹⁵, wonach eine Anzeige, die von einem Arbeitnehmer gegen seinen gesetzwidrig handelnden Arbeitgeber erstattet wurde, einen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung darstellen kann. Das Arbeitsgericht Neumünster argumentiert, es müsse hier ein ebenso strenger Maßstab angelegt werden. Die Klägerin sei grundsätzlich zur (Amts-)Verschwiegenheit über etwaige Missstände auf dem Schlachthof verpflichtet gewesen. Es liege kein Ausnahmetatbestand vor, der ihren (wiederholten) Gang an die Öffentlichkeit durch Einschaltung der Medien gerechtfertigt hätte. Das Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein schloss sich dieser Argumentation an. Die Klägerin habe ohne zwingenden Grund ihre Pflicht zur Verschwiegenheit verletzt.²⁹⁶ Die Revision wurde nicht zugelassen. Eine Divergenz sei nicht ersichtlich, eine allgemeine Bedeutung für die Rechtsordnung nicht erkennbar. Eine von Frau *Herbst* vor dem Landesarbeitsgericht Schleswig erhobene Restitutionsklage wurde unter anderem Vorsitz abgewiesen, weil die Voraussetzung für eine Wiederaufnahme des Verfahrens nicht vorlagen.²⁹⁷ In einem obiter dictum regte das Gericht jedoch angesichts dessen, dass der Verdacht durch die histopathologischen Befunde nicht ausgeräumt

²⁹⁴ ArbG Neumünster, 5.4.1995 – 3d 2254/94; *Deiseroth*, Whistleblowing in Zeiten von BSE, 2001, 132 ff.

²⁹⁵ BAG 5.2.1959 – 2 AZR 60/56, NJW 1961, 44.

²⁹⁶ LAG Schleswig-Holstein 15.11.1995 – 3 Sa 404/95, *Deiseroth*, Whistleblowing in Zeiten von BSE, 2001, 141 ff.

²⁹⁷ LAG Schleswig-Holstein 22.7.1997 – 3 Sa 58/96a; *Deiseroth*, Whistleblowing in Zeiten von BSE, 2001, 157 ff.

worden war, an, die Möglichkeit einer Reintegration der Klägerin zu überprüfen. Es monierte auch, dass in dem vorangegangenen Verfahren weder das Arbeitsgericht, noch das Landesarbeitsgericht auf das Verhältnis der Verschwiegenheitsinteressen des Beklagten zu den durch Art. 5 Abs. 1 und 3 GG garantierten Grundrechten der Klägerin eingegangen waren.

Vor den ordentlichen Gerichten verklagte die Betreiberin des Schlachthofs Frau *Herbst* auf Unterlassung und Schadensersatz. Das Landgericht Kiel wies die Klage ab, weil es die Behauptungen der Tierärztin als wahr einstufte.²⁹⁸ Das Schleswig-Holsteinische Oberlandesgericht ließ die Wahrheit der Behauptungen dahinstehen, weil es der Ansicht war, dass Frau *Herbst* jedenfalls in Wahrnehmung berechtigter Interessen und deshalb rechtmäßig gehandelt hatte.²⁹⁹ Es liege auf der Hand, dass „keine eindeutigen Hinweise auf BSE“ etwas grundlegend anderes seien als eindeutig keine Hinweise auf BSE.

Im bereits oben erwähnten Fall *Heinisch* war Auslöser der fristlosen Kündigung, die letztlich den EGMR beschäftigte, ein Flugblatt, über das der Arbeitgeber von der gegen ihn erstatteten Anzeige erfuhr. Das ArbG Berlin hielt die Kündigung für unwirksam. Die Äußerungen in dem Flugblatt seien noch durch die Meinungsfreiheit gedeckt.³⁰⁰ Vor dem LAG Berlin fand eine Problemverschiebung statt. Die Arbeitgeberin machte nun nicht nur das Flugblatt, sondern auch die Strafanzeige als Kündigungsgrund geltend. Das LAG sah in der Strafanzeige einen wichtigen Grund für die Kündigung und ließ dahinstehen, ob das Flugblatt eine fristlose Kündigung getragen hätte.³⁰¹ Die Revision ließ es nicht zu. Die hiergegen gerichtete Nichtzulassungsbeschwerde war erfolglos.³⁰² Dem BAG zufolge hatte die Klägerin nicht dargelegt, dass das Urteil des LAG eine entscheidungserhebliche Frage von grundsätzlicher Bedeutung aufwarf. Die von ihr behaupteten Divergenzen lägen nicht vor.

Festzuhalten ist, dass es im Bereich des Arbeitsrechts keine höchstrichterliche Rechtsprechung zu der Frage gibt, wann Whistleblower im Falle von Offenlegungen geschützt sind. Soweit den wenigen arbeitsgerichtlichen Entscheidungen zu diesem Problem der Grundgedanke zu entnehmen ist, dass Whistle-

²⁹⁸ LG Kiel 19.1.1996 – 4 O 348/94; *Deiseroth*, Whistleblowing in Zeiten von BSE, 2001, 146 ff.

²⁹⁹ Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht 23.5.1997 – 1 U 29/96, BeckRS 2013, 20270; *Deiseroth*, Whistleblowing in Zeiten von BSE, 2001, 150 ff.

³⁰⁰ ArbG Berlin 3.8.2005 – 39 Ca 4775/05, nicht veröffentlicht, zit. in LAG Berlin 28.3.2006 – 7 Sa 1884/05, BeckRS 2009, 68064.

³⁰¹ LAG Berlin 283.2006 – 7 Sa 1884/05, a.a.O.

³⁰² BAG 6.6.2007 – 4 AZN 487/06, BeckRS 2011, 77276.

blower beim Gang an die Öffentlichkeit nicht generell, sondern nur unter besonderen Voraussetzungen geschützt sind, trifft dies zwar zu. Mit den konkreten Vorgaben der WBRL für die Offenlegung steht diese Rechtsprechung jedoch nicht im Einklang. Eine Rechtsprechungsänderung würde aus den oben dargelegten Gründen nicht ausreichen, um dem unionsrechtlichen Erfordernis der Rechtssicherheit zu genügen.³⁰³ Es ist deshalb eine gesetzliche Regelung erforderlich, die den Vorgaben der Richtlinie zur Offenlegung entspricht.

Dies gilt auch für den Bereich des Zivilrechts. Der Begriff der Wahrnehmung berechtigter Interessen, auf den das Schleswig-Holsteinische Oberlandesgericht im Fall *Herbst* abstellte, ist nicht hinreichend konkret, um den Anforderungen der WBRL zu genügen.

Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass die Möglichkeit der Offenlegung nach vorangegangener externer Meldung gemäß Art. 15 Abs. 1 Buchst. a WBRL den Whistleblowing-Behörden ebenso wie den ggf. eingeschalteten Ermittlungsbehörden bewusst einen erheblichen Anreiz zur rechtzeitigen Durchführung ordnungsgemäßer Folgemaßnahmen setzt. Nicht zuletzt um diesem Anspruch gerecht zu werden und die Offenlegung von Verstößen während eines laufenden Ermittlungsverfahrens zu verhindern, ist es im Rahmen der Umsetzung unabdingbar, die Whistleblowing-Behörden – wie von Art. 11 Abs. 1 a.E. WBRL gefordert – mit angemessenen Ressourcen auszustatten.

8.3. Sollten Whistleblower auch Schutz genießen, wenn sie Informationen offenlegen, falls nicht ausreichend ermittelt oder der gemeldete Verstoß nicht hinreichend geahndet worden ist?

Ein Offenlegung gemäß Art. 15 Abs. 1 Buchst. a WBRL setzt voraus, dass innerhalb des Zeitraums von drei bzw. sechs Monaten keine geeigneten Maßnahmen ergriffen wurden. Bei den genannten Fristen handelt es sich um die Zeiträume, innerhalb derer dem Whistleblower eine Rückmeldung gegeben werden muss. „Rückmeldung“ ist nach der Legaldefinition des Art. 5 Nr. 13 WBRL die Unterrichtung des Hinweisgebers über die geplanten oder bereits ergriffenen Folgemaßnahmen und die Gründe für diese Folgemaßnahmen. Aus dem Zusammenspiel dieser Vorschriften ergibt sich, dass die Folgemaßnahmen innerhalb des Zeitraums von drei bzw. sechs Monaten noch nicht abgeschlossen sein müssen.

³⁰³ Siehe Punkt 7.4., Fn. 284.

Es ist also der Fall denkbar, dass zwar innerhalb der genannten Fristen geeignete Maßnahmen ergriffen wurden – z.B. die Einleitung von Ermittlungen –, jedoch nicht in der Folgezeit. In Anlehnung an den Fall *Herbst* lässt sich diese Konstellation an dem folgenden Beispielsfall illustrieren: Bei einem BSE-Verdacht auf einem Schlachthof werden innerhalb der Fristen des Art. 15 Abs. 1 Buchst. a WBRL geeignete Maßnahmen getroffen, nämlich die Veranlassung einer histologischen Untersuchung. Obwohl der Verdacht durch die Untersuchungsergebnisse nicht ausgeräumt worden ist, werden in der Folgezeit keine weiteren Untersuchungen vorgenommen.

Auch in einem solchen Fall besteht ein berechtigtes Offenlegungsinteresse. Der Whistleblower sollte deshalb auch dann Schutz genießen, wenn innerhalb der Frist zwar geeignete (Ermittlungs-)Maßnahmen ergriffen wurden, diese jedoch nicht oder nur unzureichend zum Abschluss gebracht wurden. Der Idee nach ist dieser Gedanke bereits in Art. 15 Abs. 1 Buchst. b Ziff. ii Alt. 2 WBRL enthalten, also der Regelung, die den Whistleblower schützt, wenn er hinreichenden Grund zu der Annahme hat, dass aufgrund der besonderen Umstände des Falles geringe Aussicht besteht, dass wirksam gegen den Verstoß vorgegangen wird. Die Richtlinie illustriert dies anhand mehrerer Beispielsfälle. In dem Umsetzungsgesetz sollte als weiteres Beispiel der Fall genannt werden, dass nach Ablauf der Frist nicht ausreichend weiterermittelt wurde.

Ebenso problematisch sind die Fälle, in denen der Verstoß nicht hinreichend geahndet wird. In Anlehnung an den Fall *Heinisch* lässt sich auch diese Konstellation mit einem Beispiel illustrieren: Nach der Meldung erheblicher Missstände in einem Pflegeheim werden innerhalb der Frist des Art. 15 Abs. 1 Buchst. a WBRL eine erhebliche personelle Unterversorgung und mehrfache Anweisungen verantwortlicher Personen zu einem pflichtwidrigen, gesundheitsgefährdenden Umgang mit pflegebedürftigen Personen ermittelt. Um Ruf und Rentabilität des Pflegeheims aber nicht aufs Spiel zu setzen, werden die Ergebnisse der Ermittlung geheim gehalten und keinerlei organisatorische oder personelle Konsequenzen gezogen. Auch die Konstellation einer nicht hinreichenden Ahndung des Verstoßes sollte daher als Beispielsfall in die Umsetzungsregelung zu Art. 15 Abs. 1 Buchst. b Ziff. ii Alt. 2 WBRL eingefügt werden. Der Maßstab für die nicht hinreichende Ahndung wäre bei dieser Verankerung die geringe Aussicht eines wirksamen Vorgehens gegen den Verstoß.

8.4. Sollten weitere Gründe einer unmittelbaren Offenlegung aufgenommen werden?

Gemäß ihrem Art. 3 Abs. 2 berührt die Richtlinie nicht die Verantwortung der Mitgliedstaaten, die nationale Sicherheit zu gewährleisten oder ihre Befugnisse zum Schutz ihrer wesentlichen Sicherheitsinteressen. Die Richtlinie berührt ferner nicht die Anwendung von Unionsrecht oder nationalem Recht in Bezug auf den Schutz von Verschlusssachen (Art. 3 Abs. 3 Buchst. a WBRL).

Wegen dieser Vorbehalte wären einige der spektakulärsten Whistleblower-Fälle der jüngeren Vergangenheit, hätten sie sich in der EU abgespielt, nicht von der WBRL erfasst worden. Beispielhaft seien drei Fälle genannt: *Daniel Ellsberg* machte die sogenannten Pentagon-Papers zur jahrzehntelangen Verstrickung der US-Regierung in den Vietnam-Krieg der Öffentlichkeit zugänglich und deckte so die schmutzigen Hintergründe dieses Krieges und das ganze Ausmaß der Lügen und amtlichen Täuschungen auf.³⁰⁴ *Bradley (Chelsea) E. Manning* gab vertrauliches Videomaterial weiter, das von WikiLeaks unter dem Titel „Collateral Murder“ ins Internet gestellt wurde und zeigt, wie US-Soldaten mindestens 12 Zivilisten von einem Helikopter aus gezielt töteten.³⁰⁵ *Edward J. Snowden* machte geheime digitale Dokumente publik, die belegen, dass die USA und England massenhaft verdachtsunabhängige Kommunikationsüberwachung betreiben und damit gegen Völkerrecht und nationales Recht souveräner Staaten verstoßen.³⁰⁶

Diese Beispiele zeigen, dass es nötig ist, Whistleblowern unter bestimmten Voraussetzungen auch dann Schutz zu gewähren, wenn sie Informationen offenbaren, die der Staat geheim halten möchte, und zwar unabhängig davon, ob es sich bei dem aufgedeckten Verhalten nach dem betreffenden nationalen Recht um einen Rechtsverstoß oder einen anderen Missstand handelt.³⁰⁷

Vor diesem Hintergrund empfiehlt es sich, über die in Art. 15 Abs. 1 WBRL genannten Fälle hinaus einen weiteren Ausnahmetatbestand einzuführen, wonach eine Offenlegung zulässig ist, soweit hierdurch ein Missstand von grund-

³⁰⁴ *Deiseroth/Falter*, Whistleblowerpreis 2003, 2005, 19 ff.

³⁰⁵ *Deiseroth/Falter*, Whistleblower in der Sicherheitspolitik, 2014, 169 ff.

³⁰⁶ *Rosenbach/Stark*, Der NSA-Komplex, 2014.

³⁰⁷ Allgemein zur Aufnahme von Missständen in den sachlichen Anwendungsbereich, siehe unten, Punkt 13.2. a.E.

legender Bedeutung für das demokratische Gemeinwesen offenbart wird und anderweitige Abhilfe nicht zu erwarten war.³⁰⁸

Im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung sollte dies ausdrücklich auch für die Offenlegung von schweren Verstößen gegen die verfassungsmäßige Ordnung gelten.³⁰⁹

³⁰⁸ Vgl. ähnlich bereits die Empfehlung von *Deiseroth*, ZRFC 2012, 66, 72 in Reaktion auf die *Heinisch*-Entscheidung des EGMR.

³⁰⁹ Vgl. BGH 8.11.1965 – 8 StE 1/65, NJW 1966, 1227, 1231 sowie hierzu unten, Punkt 12.2.

9. Maßnahmen zum Schutz vor Repressalien

9.1. Die einzuführenden Schutzmaßnahmen nach der Whistleblower-Richtlinie

Die Whistleblower-Richtlinie schreibt in ihrem Kapitel VI eine Reihe von Maßnahmen zum Schutz von Whistleblowern vor. Art. 4 WBRL, der den persönlichen Anwendungsbereich der Richtlinie definiert, bestimmt, dass diese Maßnahmen, soweit einschlägig, auch für drei weitere Personengruppen gelten, nämlich erstens Mittler, zweitens Dritte, die mit dem Whistleblower in Verbindung stehen und in einem beruflichen Kontext Repressalien erleiden könnten (wie z.B. Kollegen oder Verwandte des Hinweisgebers), und drittens juristische Personen, die im Eigentum des Whistleblowers stehen, für die der Whistleblower arbeitet oder mit denen er in einem beruflichen Kontext anderweitig in Verbindung steht (Abs. 4).³¹⁰ Als Personen, die den in der Richtlinie vorgesehenen Schutz genießen sollen, nennt der Erwägungsgrund 41 WBRL ausdrücklich Gewerkschaftsvertreter und Arbeitnehmervertreter, und zwar sowohl im Fall von Meldungen, die sie in ihrer Eigenschaft als Arbeitnehmer erstatten, als auch im Fall der Beratung und Unterstützung des Whistleblowers.

Art. 19 WBRL verbietet Repressalien gegen Personen, die gemäß Art. 4 WBRL in den persönlichen Anwendungsbereich der Richtlinie fallen. Die Mitgliedstaaten müssen die erforderlichen Maßnahmen ergreifen, um jede Form von Repressalien gegen diese Personen, einschließlich der Androhung von Repressalien und des Versuchs von Repressalien, zu untersagen. Nach der Legaldefinition des Art. 5 Abs. 11 WBRL sind „Repressalien“ direkte oder indirekte Handlungen oder Unterlassungen in einem beruflichen Kontext, die durch eine interne oder externe Meldung oder Offenlegung ausgelöst werden und durch die dem Hinweisgeber ein ungerechtfertigter Nachteil entsteht oder entstehen kann. Der Begriff der indirekten Repressalien bezieht sich einerseits personell auf Benachteiligungen, die Mitglieder der o.g. drei Personengruppen erleiden.³¹¹ Andererseits erfasst er inhaltlich sämtliche Repressalien, die von anderen Personen als dem Arbeitgeber selbst ergriffen, gefördert oder geduldet werden, insbesondere

³¹⁰ Näheres dazu oben, Punkt 3.1.

³¹¹ Siehe Erwägungsgrund 41 WBRL.

von Personen, die für den Arbeitgeber arbeiten oder in seinem Namen handeln (beispielsweise Kollegen und Führungskräfte).³¹² Dasselbe gilt, wenn ein Kunde, ein Empfänger von Dienstleistungen, die der Whistleblower erbracht hat, oder eine für den Kunden bzw. Dienstleistungsempfänger arbeitende Person solche Verhaltensweisen an den Tag legt. Auch der Arbeitgeber kann auf indirektem Wege Repressalien verüben, indem er Repressalien in seinem Verantwortungsbereich fördert oder duldet.³¹³

In einem nicht weniger als 15 Ziffern umfassenden Katalog listet Art. 19 WBRL beispielhaft Repressalien gegen Whistleblower auf. Das ganze Ausmaß der Vergeltungsmaßnahmen, denen sich Whistleblower in der Praxis bisher ausgesetzt sahen, wird durch diesen Katalog eindrucksvoll vor Augen geführt. Die Liste reicht von der Kündigung bis hin zur psychiatrischen Überweisung und erfasst auch tatsächliche Benachteiligungen unterhalb der Schwelle rechtsförmiger Maßnahmen, beispielsweise in Form von Nötigung, Einschüchterung, Mobbing oder Ausgrenzung. Im Hinblick auf den weiten persönlichen Anwendungsbereich der WBRL enthält die Auflistung auch Tatbestände, die nicht auf Arbeitnehmer zugeschnitten sind, wie die vorzeitige Kündigung eines Vertrags über Waren oder Dienstleistungen und den Entzug einer Lizenz oder Genehmigung. Aus rechtsoziologischer Sicht fördert der hohe Detaillierungsgrad des Art. 19 WBRL die effektive Durchsetzung des Verbots von Repressalien. Nicht explizit erwähnte Repressalien unterfallen der an den Anfang dieser Vorschrift gestellten Generalklausel.

Art. 21 Abs. 1 Satz 1 WBRL erlegt den Mitgliedstaaten auf, die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um den Schutz vor Repressalien für die Personen, die in den persönlichen Anwendungsbereich der Richtlinie fallen, sicherzustellen. Wieder arbeitet die Richtlinie mit einer exemplarischen Auflistung: Gemäß Art. 21 Abs. 1 Satz 1 WBRL gehören zu den erforderlichen Maßnahmen insbesondere diejenigen, die in den Absätzen 2 bis 8 des Art. 21 WBRL aufgeführt sind. Sie werden im Folgenden der besseren Übersichtlichkeit halber in abweichender Reihenfolge vorgestellt.

Gemäß Art. 21 Abs. 8 WBRL ergreifen die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass Rechtsbehelfe und eine vollständige Wiedergutmachung des erlittenen Schadens für die in den persönlichen Anwendungsbereich der Richtlinie fallenden Personen entsprechend dem nationa-

³¹² Siehe Erwägungsgrund 87 WBRL.

³¹³ Ebd.

len Recht vorgesehen sind. Der Erwägungsgrund 95 WBRL erläutert, dass diese Maßnahmen im Zusammenhang mit den Grundsätzen der europäischen Säule sozialer Rechte zu sehen sind.

Wie sich aus Erwägungsgrund 94 S. 3 a.E. WBRL ergibt, erfasst der Begriff des Schadens im Rahmen des Art. 21 Abs. 8 WBRL neben materiellen Schäden auch immaterielle Schäden, so dass in Abhängigkeit von der erlittenen Repressalie insbesondere ein angemessenes Schmerzensgeld zu gewähren ist.

Besondere Berücksichtigung verdient der Umstand, dass die Pflicht zur Wiedergutmachung des erlittenen Schadens nicht vom Verschulden des Anspruchsgegners abhängig gemacht wird. Wie ein Blick in den einschlägigen Erwägungsgrund 95 WBRL verdeutlicht, wäre die Einführung eines Verschuldens als zusätzlicher Voraussetzung auch nicht etwa eine im Rahmen der Umsetzung zulässige Ausgestaltung des Anspruchs „entsprechend dem nationalen Recht“. Vielmehr verlangt Erwägungsgrund 95 S. 1 WBRL, „dass der Schaden tatsächlich und wirksam ausgeglichen oder ersetzt wird, und zwar auf eine Art und Weise, die dem erlittenen Schaden angemessen und abschreckend ist“ und übernimmt hiermit fast wortgleich die Formulierung anderer anti-diskriminierungsrechtlicher Bestimmungen des Unionsrechts.³¹⁴ Diese wiederum knüpfen mit ihrem Wortlaut an Entscheidungen des EuGH zu Art. 6 der Gleichbehandlungsrichtlinie von 1976 an,³¹⁵ in denen der EuGH ein Verschuldenserfordernis als Voraussetzung anti-diskriminierungsrechtlicher Schadenersatzansprüche für gemeinschaftsrechtswidrig erklärt hatte.³¹⁶

Ein Schadenersatzanspruch gemäß Art. 21 Abs. 8 WBRL ist daher unabhängig von einem Verschulden bereits dann zu gewähren, wenn der Anspruchsgegner eine Repressalie objektiv ergriffen, gefördert oder geduldet hat und dem Whistleblower hierdurch ein materieller oder immaterieller Schaden entstanden ist.

Der Erwägungsgrund 95 hebt hervor, dass die auf nationaler Ebene bestehenden Rechtsbehelfe keine abschreckende Wirkung auf potenzielle Whistleblower haben sollen. Als Beispiel für eine potenziell abschreckende Regelung wird der Fall genannt, dass alternativ zu einer Wiedereinstellung im Fall einer Kündi-

³¹⁴ Vgl. Art. 8 Abs. 2 S. 1 der RL 2004/113/EG („Unisex-Richtlinie“); Art. 15 S. 2 der RL 2000/43/EG („Antirassismus-Richtlinie“).

³¹⁵ RL 76/207/EWG.

³¹⁶ EuGH 8.11.1990 – C-177/88 (*Dekker*), Rn. 23 ff., NJW 1991, 628; EuGH, 22.4.1997 – C-180/95 (*Draehmpaehl*), Rn. 16 ff., NJW 1997, 1839, 1840. Zur auf dieser Basis überwiegend angenommenen Unionsrechtswidrigkeit von § 21 Abs. 2 AGG, siehe statt mehrerer MüKoBGB/Thüsing, 8. Aufl. 2018, AGG § 21 Rn. 39 ff. m.w.N.

gung auch die Möglichkeit einer Entschädigung vorgesehen wird. Dies könne dazu führen, dass insbesondere größere Organisationen systematisch von dieser Alternative Gebrauch machen.

Nach Art. 21 Abs. 6 WBRL erhalten die in den persönlichen Anwendungsbereich der Richtlinie fallenden Personen nach Maßgabe des nationalen Rechts Zugang zu geeigneten Abhilfemaßnahmen gegen Repressalien einschließlich des einstweiligen Rechtsschutzes. Im Erwägungsgrund 94 wird eine Reihe von Beispielen für Rechtsbehelfe angeführt, die – je nach Art der erlittenen Repressalie – geeignet sein können. Der Erwägungsgrund 96 WBRL unterstreicht die besondere Bedeutung des einstweiligen Rechtsschutzes für Whistleblower während laufender, mitunter langwieriger Gerichtsverfahren.

Art. 21 Abs. 5 WBRL behandelt die Beweislast in Verfahren vor einem Gericht oder einer anderen Behörde, die sich auf eine vom Whistleblower erlittene Benachteiligung beziehen und in denen der Whistleblower geltend macht, diese Benachteiligung infolge seiner Meldung oder der Offenlegung erlitten zu haben. In solchen Verfahren wird vermutet, dass die Benachteiligung eine Repressalie für die Meldung oder Offenlegung war. Es obliegt dann der Person, die die benachteiligende Maßnahme ergriffen hat, zu beweisen, dass diese Maßnahme auf hinreichend gerechtfertigten Gründen basiert. Der Erwägungsgrund 93 WBRL führt hierzu aus, dass als Gründe für Repressalien oft andere Ursachen als die erfolgte Meldung angeführt werden und es für den Whistleblower schwierig sein kann, den kausalen Zusammenhang zwischen der Meldung und den Repressalien nachzuweisen; den Personen, die die Repressalien ergreifen, stünden hingegen unter Umständen größere Möglichkeiten und Ressourcen zur Verfügung, um ihr eigenes Vorgehen und die dahinter stehenden Gründe zu dokumentieren. Dies steht im Einklang mit einschlägigen Erfahrungswerten und entspricht aktuellen Erkenntnissen aus der internationalen Whistleblowing-Forschung, wonach einer Whistleblower-günstigen Beweislastverteilung regelmäßig entscheidende Bedeutung für den rechtstatsächlichen Erfolg eines Whistleblower-Schutzgesetzes zukommt.³¹⁷

In 93 S. 2 WBRL wird der anzulegende Kausalitätsmaßstab sodann weiter präzisiert: „Wenn der Hinweisgeber daher darlegt, dass er Verstöße im Einklang mit dieser Richtlinie gemeldet oder offengelegt hat und eine Benachteiligung erfahren hat, sollte die Beweislast auf die Person übergehen, die die Benachteiligung

³¹⁷ Siehe *Gerdemann*, Transatlantic Whistleblowing, 2018, Rn. 62, 132, 168 ff., 210, 220, 226, 243, 254, 287 m.w.N.; speziell zu § 806 des US-amerikanischen Sarbanes-Oxley Act von 2002 *Moberly*, 49 Wm. & Mary L. Rev. 65, 120 ff. (2007).

vorgenommen hat, d.h. diese sollte dann nachweisen müssen, dass ihr Vorgehen in keiner Weise mit der erfolgten Meldung oder Offenlegung in Verbindung stand.“ Im Kommissionsvorschlag hatte es in dem betreffenden Artikel noch geheißen: „(...) nachzuweisen, dass die Benachteiligung keineswegs aufgrund der Meldung erfolgte, sondern ausschließlich auf hinreichenden sonstigen Gründen basierte“.³¹⁸ In den Trilog-Verhandlungen wurde dieser Text verschlankt zu „(...) nachzuweisen, dass diese Maßnahme auf hinreichenden sonstigen Gründen basierte“. Der zugehörige Erwägungsgrund blieb jedoch unverändert.³¹⁹ Eine Änderung des Sinns war also nicht beabsichtigt. Hieraus folgt, dass eine Benachteiligung auch dann unzulässig ist, wenn das Whistleblowing nur einer unter mehreren Gründen für die ergriffene Maßnahme war.

Der Begriff der Benachteiligung im Sinne des Art. 21 Abs. 5 WBRL deckt sich mit dem des Nachteils in der Legaldefinition der Repressalie (Art. 5 Nr. 11 WBRL).³²⁰ Eine Benachteiligung im Sinne der Richtlinie erfordert keinen konkreten Bezug zu anderen Arbeitnehmern. Es genügen negative Auswirkungen für den Whistleblower.

Soweit nicht die in Art. 3 Abs 2 und 3 WBRL genannten Ausnahmen vom sachlichen Anwendungsbereich eingreifen³²¹, gelten Personen, die nach der WBRL Informationen über Verstöße melden oder offenlegen, nicht als Personen, die Offenlegungsbeschränkungen verletzt haben, und sie können für eine solche Meldung oder Offenlegung in keiner Weise haftbar gemacht werden, sofern sie hinreichenden Grund zu der Annahme hatten, dass die Meldung oder Offenlegung notwendig war, um einen Verstoß gemäß der WBRL aufzudecken (Art. 21 Abs. 2 WBRL). Wie bereits oben dargelegt³²² bezweckt der Notwendigkeitsvorbehalt, die Meldung oder Offenbarung überflüssiger Informationen ohne hinreichenden Grund vom Schutz vor Haftung auszunehmen.

Gemäß Art. 21 Abs. 7 Unterabs. 1 S. 1 WBRL können die in den persönlichen Anwendungsbereich der WBRL fallenden Personen in Gerichtsverfahren auf-

³¹⁸ Art. 15 des Kommissionsvorschlages 2018/0106(COD).

³¹⁹ Vgl. Erwägungsgrund Nr. 70 des Kommissionsvorschlages und Erwägungsgrund Nr. 95 des Textes, der aus den Trilog-Verhandlungen hervorging.

³²⁰ In der englischen Fassung der Richtlinie wird in beiden Vorschriften der Terminus „detriment“ verwandt. Auch in einer Reihe anderer Sprachfassungen sind die benutzen Termini identisch. Siehe beispielsweise die französische („préjudice“), die italienische („danni“/„danno“), die spanische („perjuicios“/„perjuicio“) und die niederländische („benadeling“)

³²¹ Siehe dazu oben, Punkt 3.1.

³²² Siehe oben, Punkt 6.1.

grund von Meldungen oder Offenlegungen im Einklang mit der WBRL in keiner Weise haftbar gemacht werden. Beispielhaft werden privatrechtliche, öffentlich-rechtliche oder arbeitsrechtliche Gerichtsverfahren wegen Verleumdung, Verletzung des Urheberrechts, Verletzung der Geheimhaltungspflicht, Verstoßes gegen Datenschutzvorschriften, Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen sowie Schadenersatzverfahren genannt. Gemäß Art. 21 Abs. 7 Unterabs. 1 S. 2 WBRL haben die genannten Personen das Recht, unter Verweis auf die betreffende Meldung oder Offenlegung die Abweisung der Klage zu beantragen, sofern sie hinreichenden Grund zu der Annahme hatten, dass die Meldung oder Offenlegung notwendig war, um einen Verstoß gemäß dieser Richtlinie aufzudecken.

Der zweite Unterabsatz des Art. 21 Abs. 7 WBRL regelt das Verhältnis zur Geheimnisschutz-Richtlinie. Insofern wird auf die Ausführungen unter den Punkten 2.3. und 2.4. verwiesen.

Gemäß Art. 21 Abs. 3 WBRL können Whistleblower nicht für die Beschaffung der oder den Zugriff auf Informationen, die gemeldet oder offengelegt wurden, haftbar gemacht werden, sofern die Beschaffung oder der Zugriff keine eigenständige Straftat dargestellt haben. Wegen der Einzelheiten dieser Grenzziehung wird auf die Ausführungen unter 6.1. verwiesen. Falls die Beschaffung oder der Zugriff eine eigenständige Straftat darstellen, unterliegt die strafrechtliche Haftung weiterhin dem nationalen Recht.

Art. 21 Abs. 4 WBRL enthält keine Schutzmaßnahme, sondern eine Klarstellung. Danach unterliegt jede weitere mögliche Haftung des Hinweisgebers aufgrund von Handlungen oder Unterlassungen, die nicht mit der Meldung oder Offenlegung in Zusammenhang stehen oder für die Aufdeckung eines Verstoßes nach dieser Richtlinie nicht erforderlich sind, weiterhin dem geltenden Unionsrecht oder nationalen Recht. Bei der zweiten Alternative handelt es sich um Fälle, die vom Schutz vor Haftung durch den Notwendigkeits-Vorbehalt gemäß Art. 21 Abs. 2 WBRL ausgenommen sind.³²³ Hatte der Whistleblower hinreichenden Grund zu der Annahme, dass die Meldung oder Offenlegung der betreffenden Information für die Aufdeckung des Verstoßes notwendig war, bleibt es beim Haftungsausschluss nach Art. 21 Abs. 2 WBRL, der insoweit die spezielle Regelung ist.³²⁴

³²³ Zum Notwendigkeitsvorbehalt oben, Punkt 6.1.

³²⁴ Siehe dazu auch Erwägungsgrund 91 WBRL.

Flankiert werden diese Regelungen durch unterstützende Maßnahmen nach Art. 20 WBRL, die gegebenenfalls von einem Informationszentrum oder einer einzigen, eindeutig benannten unabhängigen Verwaltungsbehörde bereitgestellt werden können (Abs. 3). Art. 20 Abs. 1 WBRL führt drei Komplexe von Maßnahmen an, welche die Mitgliedstaaten mindestens treffen müssen.

An erster Stelle werden umfassende und unabhängige Information und Beratung über die verfügbaren Abhilfemöglichkeiten und Verfahren gegen Repressalien und über die Rechte der betroffenen Personen genannt, die der Öffentlichkeit einfach und kostenlos zur Verfügung gestellt werden müssen (Art. 20 Abs. 1 Buchst. a WBRL). Die Mitgliedstaaten können entscheiden, dass diese Beratung auch Rechtsberatung einschließt. Wird sie von zivilgesellschaftlichen Organisationen übernommen, so müssen die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass diese keinen Repressalien ausgesetzt sind, beispielsweise indem sie dadurch wirtschaftlich geschädigt werden, dass ihr Zugang zu Finanzmitteln eingeschränkt wird, oder indem sie auf eine „schwarze Liste“ gesetzt werden und deshalb nicht mehr richtig arbeiten können.³²⁵

Zweitens wird die wirksame Unterstützung von Seiten der zuständigen Behörden beim Kontakt mit etwaigen am Schutz vor Repressalien beteiligten Behörden vorgeschrieben (Art. 20 Abs. 1 Buchst. b WBRL). Mit den beteiligten Behörden sind hier nicht nur Verwaltungsbehörden, sondern auch Gerichte gemeint.³²⁶ Wie der Erwägungsgrund 90 WBRL erläutert, sollen die zuständigen Behörden den Hinweisgebern insbesondere Beweismittel oder sonstige Unterlagen zur Verfügung stellen, mit denen gegenüber anderen Behörden oder vor Gericht bestätigt werden kann, dass eine externe Meldung erfolgt ist. Einige nationale Regelungen sehen in bestimmten Fällen vor, dass sich Whistleblower bescheinigen lassen können, dass sie die geltenden rechtlichen Vorgaben erfüllen.³²⁷ Hieran anknüpfend erwähnt Art. 20 Abs. 1 Buchst. b WBRL als Form der behördlichen Unterstützung auch – sofern nach nationalem Recht vorgesehen – eine Bescheinigung darüber, dass die Voraussetzungen für den Schutz gemäß der Whistleblower-Richtlinie erfüllt sind.

³²⁵ Erwägungsgrund 89 S. 6 und 7 WBRL. Dies ist ein weiterer Grund für die oben unter Punkt 3.2. vorgeschlagene Einbeziehung von Mittlern, die juristische Personen sind, in den persönlichen Anwendungsbereich des Umsetzungsgesetzes.

³²⁶ Siehe auch Art. 21 Abs. 5 WBRL: „Verfahren vor einem Gericht oder einer anderen Behörde“.

³²⁷ Erwägungsgrund 90 S. 3 WBRL.

Drittens muss dem Whistleblower Prozesskostenhilfe in Strafverfahren und in grenzüberschreitenden Zivilverfahren nach der Richtlinie (EU) 2016/1919 und der Richtlinie 2008/52/EG gewährt werden; gemäß dem nationalen Recht sind Prozesskostenhilfe in weiteren Verfahren sowie Rechtsberatung und andere rechtliche Hilfe zu gewähren (Art. 20 Abs. 1 Buchst. c WBRL).³²⁸ Der Erwägungsgrund 99 WBRL betont, dass für Whistleblower, die sich auf gerichtlichem Wege gegen erlittene Repressalien zur Wehr setzen, die betreffenden Rechtskosten eine erhebliche Belastung darstellen können.

Art. 20 Abs. 2 WBRL stellt den Mitgliedstaaten frei, im Rahmen gerichtlicher Verfahren finanzielle Hilfe und unterstützende Maßnahmen einschließlich psychologischer Betreuung für Whistleblower bereitzustellen.

Die Whistleblower-Richtlinie verstärkt den Schutz der Whistleblower, indem sie bestimmt, dass die Mitgliedstaaten wirksame, angemessene und abschreckende Sanktionen für natürliche und juristische Personen festlegen müssen, die Repressalien gegen Whistleblower und andere in den persönlichen Geltungsbereich der Richtlinie fallende Personen ergreifen (Art. 23 Abs. 1 Buchst. b WBRL) oder mutwillige Gerichtsverfahren gegen sie anstrengen (Art. 23 Abs. 1 Buchst. c WBRL). Schon im Vorfeld von Repressalien müssen Personen, die Meldungen behindern oder zu behindern versuchen (Art. 23 Abs. 1 Buchst. a WBRL) oder gegen das Vertraulichkeitsgebot des Art. 16 WBRL verstoßen (Art. 23 Abs. 1 Buchst. d WBRL), mit solchen Sanktionen belegt werden.

9.2. Status quo und Änderungsbedarf des deutschen Rechts

Jenseits der bereits unter Punkt 6.2. dargestellten sektorspezifischen Anti-Diskriminierungsnormen ist dem deutschen Recht ein rechtsgebietsübergreifend wirkendes Verbot von Repressalien gegen Whistleblower im Sinne des Art. 19 WBRL bislang fremd.

³²⁸ Der Wortlaut des Art. 20 Abs. 1 Buchst. c WBRL ist insoweit grammatikalisch nicht korrekt, als die Begriffe „Rechtsberatung“ und „andere rechtliche Hilfe“ als Arten der Prozesskostenhilfe aufgefasst werden. Klarer beispielsweise die französische Fassung „... et, conformément au droit nationale, une assistance juridique dans le cadre d’autres procédures ainsi que des conseils juridiques ou toute autre assistance juridique“.

Auf dem Gebiet des Arbeitsrechts enthält § 612a BGB ein allgemeines Maßregelungsverbot, wonach ein Arbeitgeber einen Arbeitnehmer bei einer Vereinbarung oder Maßnahme nicht benachteiligen darf, weil der Arbeitnehmer in zulässiger Weise seine Rechte ausgeübt hat. Nach einhelliger Ansicht findet diese Vorschrift auch auf rechtlich zulässiges Whistleblowing als Ausübung der Grundrechte auf Meinungsfreiheit und die Wahrnehmung staatsbürgerlicher Rechte Anwendung.³²⁹ Die Norm bezieht sich jedoch nicht ausdrücklich auf Whistleblowing und ist bei Weitem nicht so präzise wie Art. 19 WBRL. Sie genügt daher auch für den Teilbereich des Arbeitsrechts nicht den Anforderungen der Richtlinie.

Die zu schaffende Verbotsnorm darf in ihrem Detaillierungsgrad nicht hinter Art. 19 WBRL zurückbleiben. Andernfalls würde sie den unionsrechtlichen Vorgaben für die Umsetzung von Richtlinien nicht genügen.³³⁰ Der Begriff der Repressalie ist so zu definieren, wie es Art. 5 Nr. 14 der Richtlinie vorgibt. Bei der Umsetzung ist ferner zu beachten, dass nicht nur Repressalien gegen Arbeitnehmer, sondern gegen alle in den persönlichen Anwendungsbereich der Richtlinie fallenden Personen einschließlich der in Art. 4 Abs. 4 WBRL genannten drei Personengruppen untersagt werden müssen. Auch muss verdeutlicht werden, dass Urheber einer Repressalie nicht nur der Arbeitgeber sein kann.

Gemäß Art. 21 Abs. 8 WBRL ist sicherzustellen, dass jemand, der von einer verbotenen Repressalie betroffen ist, Anspruch auf eine vollständige Wiedergutmachung des erlittenen Schadens verlangen kann. Bei dem zu schaffenden Verbot von Repressalien wird es sich um ein Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB handeln, da es nicht nur den Interessen der Allgemeinheit, sondern gerade auch den Individualinteressen des Whistleblowers dienen soll.³³¹ Bei einem Verstoß gegen das besagte Verbot wäre also ein Schadensersatzanspruch nach dieser Vorschrift gegeben. Zudem wird anzunehmen sein, dass nach dem Umsetzungsgesetz verbotene Repressalien sich mittelbar auch auf die schuldrechtliche Ebene auswirken, indem sie unter anderem die vertraglichen Rücksichtnahmepflichten im Sinne von § 241 Abs. 2 BGB konkretisieren. Da Art. 21 Abs. 8 WBRL den erforderlichen Schadenersatzanspruch den Regeln des nationalen Rechts unterstellt und insoweit keine weiteren Vorgaben macht, dürfte es in diesem Fall auch dem unionsrechtlichen Gebot einer hinreichend klaren und

³²⁹ I.Erg. ebenso statt vieler von *Busekist/Fahrig*, BB 2013, 119, 124; *Rudkowski*, CCZ 2013, 204, 208; *Klasen/Schaefer*, BB 2012, 641, 644.

³³⁰ Dazu oben, Punkt 6.2.

³³¹ Vgl. allgemein nur BGH 3.2.1987 - VI ZR 32/86 (KG), NJW 1987, 1818 m.w.N.

bestimmten Umsetzung noch entsprechen, wegen des Bestehens eines Schadenersatzanspruchs dem Grunde nach lediglich auf die allgemeinen Vorschriften zu verweisen.

Allerdings ergibt sich die Notwendigkeit eines spezialgesetzlichen Schadenersatzanspruchs bzw. von das allgemeine Schadenersatzrecht modifizierenden Bestimmungen bei der Ergreifung, Förderung oder Duldung verbotener Repressalien aus anderen Gründen. Zum einen weicht die Richtlinie insoweit von den üblichen Voraussetzungen der Schadenersatzansprüche des deutschen Zivilrechts ab, als dass der Whistleblower als Anspruchssteller nicht gemäß dem allgemeinen beweisrechtlichen Günstigkeitsprinzip die Beweislast für die Kausalität zwischen Whistleblowing und Repressalie trägt (Art. 21 Abs. 8 in Verbindung mit Art. 21 Abs. 5 WBRL). Zum zweiten ist nach dem Grundsatz der Naturalrestitution gemäß § 249 Abs. 1 BGB im deutschen Schadenersatzrecht zwar der Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre, wodurch dem Erfordernis der vollständigen Wiedergutmachung des erlittenen Schadens gemäß Art. 21 Abs. 8 WBRL grundsätzlich Genüge getan ist. Jedoch verlangt § 253 Abs. 1 BGB, dass für einen Schaden, der nicht Vermögensschaden ist, eine Entschädigung in Geld nur in den gesetzlich bestimmten Fällen gefordert werden kann, so dass die von der Richtlinie vorgeschriebene Ersatzfähigkeit immaterieller Schäden ausdrücklich festzulegen ist. Schließlich kann die Wiedergutmachung des erlittenen Schadens wie gezeigt nicht vom Verschulden des Anspruchsgegners abhängig gemacht werden, wodurch der zu gewährende Anspruch sich wesentlich von den Voraussetzungen des allgemeinen deutschen Schadenersatzrechts unterscheidet.³³²

Angesichts dieser Besonderheiten empfiehlt es sich, die Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Wiedergutmachung des erlittenen Schadens gemäß Art. 21 Abs. 8 WBRL in einem eigenständigen Schadenersatzanspruch spezialgesetzlich zu regeln. Dessen Voraussetzungen lägen unabhängig von einem Verschulden des Anspruchsgegners immer dann vor, wenn dieser eine Repressalie objektiv ergriffen, gefördert oder geduldet hat und dem Whistleblower, einem Mittler oder einer mit dem Whistleblower verbundenen natürlichen oder juristischen Person hierdurch ein materieller oder immaterieller Schaden entstanden ist (Art. 21 Abs. 8 in Verbindung mit Art. 4 WBRL). Soweit Gehaltsausfälle ausgeglichen werden müssen, wird dem im deutschen Recht bereits durch die Vorschriften

³³² Vgl. § 280 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 276 Abs. 1 S. 1 BGB; § 823 Abs. 1, Abs. 2 S. 2 BGB.

über den Annahmeverzug Rechnung getragen.³³³ Für den Ersatz künftiger Einkommensverluste³³⁴ kann über den einzuführenden Schadenersatzanspruch ein auf das Bestehen der Pflicht zum Ersatz zukünftiger Schäden lautendes Feststellungsurteil erwirkt werden.

Soweit es um Kündigungen geht, muss klar erkennbar sein, dass bei Vorliegen der Schutzvoraussetzungen nach der Richtlinie Kündigungsschutz auch dann gewährt wird, wenn die Voraussetzungen für den Kündigungsschutz nach dem Kündigungsschutzgesetz, nämlich die Erfüllung der Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG und die Beschäftigung außerhalb eines Kleinbetriebes im Sinne von § 23 Abs. 1 S. 2 KSchG, nicht gegeben sind.

Problematisch ist unter dem Blickwinkel der Richtlinie die dem Arbeitgeber durch § 9 KSchG eröffnete Möglichkeit, die Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegen Zahlung einer Abfindung zu verlangen, wenn Gründe vorliegen, die eine den Betriebszwecken dienende weitere Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht erwarten lassen. Eine solche Regelung wirkt, wie der Erwägungsgrund 95 WBRL erläutert, nicht hinreichend abschreckend. Es ist deshalb auszuschließen, dass sie bei Personen, die Schutz nach der WBRL genießen, zur Anwendung kommt.

Hinsichtlich der Beweislastregel des Art. 21 Abs. 5 WBRL besteht im deutschen Recht die folgende Situation: Gemäß § 1 Abs. 2 S. 4 KSchG trägt der Arbeitgeber die Beweislast dafür, dass die Kündigung sozial gerechtfertigt ist. Ebenso liegt im Falle einer fristlosen Kündigung die Beweislast für die Voraussetzungen eines wichtigen Grundes beim Kündigenden.³³⁵ Möchte sich der Whistleblower auf der Basis von § 612a BGB gegen Repressalien zur Wehr setzen, trägt hingegen er die Beweislast.³³⁶ Dies schließt insbesondere den praktisch kaum zu erbringenden Nachweis der Kausalität zwischen Whistleblowing-Handlung und erlittener Benachteiligung mit ein, sprich die Beweisführung über die subjektive Tatsache, dass das Motiv für die Benachteiligung gerade ein vorangegangenes Whistleblowing war.³³⁷ Nach der Rechtsprechung des BAG obliegt dem Arbeitnehmer die Beweislast auch dann, wenn er geltend macht, vom Arbeitgeber

³³³ § 615 BGB i.V.m. §§ 293 ff. BGB.

³³⁴ Siehe Erwägungsgrund 94 S. 3 WBRL.

³³⁵ BAG 6.8.1987 – 2 AZR 226/87, BB 1988, 487.

³³⁶ BAG 2.4.1987 – 2 ARZ 227/86, BB 1988, 485.

³³⁷ Vgl. allgemein BeckOGK/Benecke, 1.11.2019, BGB § 612a, Rn. 65 ff.; MüKoBGB/Müller-Glöge, 8. Aufl. 2020, BGB § 612a, Rn. 24; jew. m.w.N.

durch den Ausspruch einer Kündigung benachteiligt worden zu sein.³³⁸ Nur in gewissen Einzelfällen kann ein Anscheinsbeweis dafür sprechen, dass eine Kündigung wegen zulässiger Rechtsausübung erfolgt ist.³³⁹ Ganz überwiegend trifft den Whistleblower im Rahmen von § 612a BGB jedoch die uneingeschränkte Beweislast hinsichtlich sämtlicher Tatbestandsmerkmale. Als Konsequenz dieser Ausgangslage ist § 612a BGB im Kontext von Whistleblowing-Fällen in der Praxis bislang weitestgehend bedeutungslos geblieben.³⁴⁰

Ein ähnliches Bild ergibt sich auf anderen Rechtsgebieten ohne allgemeines Maßregelungsverbot, etwa im Verwaltungsrecht, wo der Whistleblower bei der Abwehr von Repressalien zwar keine formelle Beweisführungslast, wohl aber die materielle Beweislast trägt.³⁴¹ Gleiches gilt nach der Grundregel, wonach jede Partei die Darlegungs- und Beweislast für diejenigen Voraussetzungen einer Rechtsnorm trägt, die sie in Anspruch nimmt,³⁴² auch im Zivilprozess, und zwar unabhängig davon, ob der Whistleblower als Anspruchssteller und Kläger gegen eine Repressalie vorgeht oder ob er sich als Anspruchsgegner und Beklagter unter Berufung auf rechtmäßiges Whistleblowing als rechtshindernde Einwendung etwa gegen einen Schadenersatzanspruch zur Wehr setzen möchte.

Hinsichtlich der Beweislastverteilung genügen weder der im Arbeitsrecht geltende § 612a BGB noch das sonstige deutsche Recht dem von der Richtlinie geforderten Verbot von Repressalien gemäß Art. 19 in Verbindung mit Art. 21 WBRL.³⁴³ Es ist deshalb eine den Vorgaben des Art. 21 Abs. 5 WBRL entsprechende Beweislastregel zu schaffen. Über den Wortlaut von Art. 21 Abs. 5 WBRL hinaus hat sich ihr Umfang nicht nur auf Meldungen und Offenlegungen zu beziehen, sondern wegen Art. 21 Abs. 3 WBRL auch die Beschaffung von und den Zugriff auf die hierfür notwendigen Informationen zu erfassen. Die Regelung muss daher die folgenden Beweiserleichterungen enthalten: 1. Macht der Whistleblower geltend, dass er infolge seiner Meldung, Offenlegung, hierauf gerichteten Informationsbeschaffung oder sonstigen geschützten Verhaltensweise eine Benachteiligung erlitten hat, so wird vermutet, dass diese Be-

³³⁸ BAG 2.4.1987 – 2 AZR 227/86, BB 1988, 485.

³³⁹ So beispielsweise LAG Hamm 18.12.1987 – 17 Sa 1295/87, DB 1988, 917.

³⁴⁰ *Gerdemann*, Transatlantic Whistleblowing, 2018, Rn. 243.

³⁴¹ Vgl. die §§ 24 VwVfG, 86 Abs. 1 VwGO, sowie speziell zum Beamtenrecht unten, Punkt 12.2.

³⁴² BGH 17.2.1970 – III ZR 139/67, NJW 1970, 946; 14.1.1991 – II ZR 190/89, NJW 1991, 1052.

³⁴³ A.A. *Harrer-Kouliev*, in: LMU Working Paper SFB 1369, 01/2020, 32; insoweit ähnlich *Thüsing/Rombey*, NZG 2018, 1001, 1006 (zum Kommissionsentwurf).

nachteiligung eine Repressalie für die Meldung, Offenlegung, Informationsbeschaffung oder sonstige geschützte Verhaltensweise war. 2. Es obliegt dann der Person, welche die benachteiligende Maßnahme ergriffen hat, zu beweisen, dass diese Maßnahme auf hinreichend gerechtfertigten Gründen basiert. Wie oben dargelegt, sind Gründe nur hinreichend, wenn sie für sich genommen ausreichen, um die benachteiligende Maßnahme zu rechtfertigen. Sie dürfen in keiner Weise mit der geschützten Verhaltensweise in Verbindung stehen. Hiervon unberührt bleibt je nach Prozess- bzw. Verfahrenssituation die grundsätzlich dem Whistleblower bzw. den ihm gleichgestellten Personen obliegende Beweislast hinsichtlich der erfolgten Meldung, Offenlegung, Informationsbeschaffung oder anderen geschützten Verhaltensweise sowie der Art und des Umfangs der erlittenen Repressalie.

Die oben dargelegte Rechtslage genügt auch nicht den Anforderungen der in Art. 21 Abs. 7 WBRL enthaltenen Haftungsausschlussregelung. Für die Umsetzung empfiehlt es sich im Hinblick auf die ebenfalls zu erfüllenden Vorgaben des Art. 21 Abs. 6 und 8 WBRL, eine rechtsgebietsübergreifende, antidiskriminierungsrechtliche Regelung einzuführen, auf deren Basis sich der Whistleblower und die ihm nach Art. 4 Abs. 4 WBRL gleichgestellten Personen in sämtlichen Gerichts- und Verwaltungsverfahren auf das Verbot von Repressalien infolge einer Meldung, Offenlegung, Informationsbeschaffung oder sonstigen geschützten Verhaltensweise berufen können. Die Geltung dieser Regelung wäre unabhängig davon, ob die geschützte Person sich gemäß Art. 21 Abs. 2, 3 und 7 WBRL in der Position des Beklagten, Antragsgegners oder Angeklagten befindet oder ob sie gemäß Art. 21 Abs. 6 und 8 WBRL in der Rolle eines Klägers oder Antragsstellers Abhilfe gegen eine Repressalie bzw. die Wiedergutmachung eines hierdurch erlittenen Schadens verlangt.

Der von Art. 21 Abs. 6 WBRL geforderte Zugang zu geeigneten Abhilfemaßnahmen ist durch die allgemeine Möglichkeit, Rechtsschutz vor den Gerichten zu suchen, im Prinzip vorhanden. Es empfiehlt sich insoweit lediglich, neben dem Anspruch auf Beseitigung der Benachteiligung auch auf die Möglichkeit einer Unterlassungsklage wegen drohender Repressalien hinzuweisen.³⁴⁴ Wie die folgenden Ausführungen zeigen, gibt es jedoch ein Defizit im Bereich des einstweiligen Rechtsschutzes, soweit es um die Weiterbeschäftigung während des Kündigungsschutzprozesses geht.

³⁴⁴ Vgl. § 21 Abs. 1 AGG.

Gekündigte Arbeitnehmer haben einen Weiterbeschäftigungsanspruch während des Kündigungsschutzverfahrens nach Maßgabe des § 102 Abs. 5 BetrVG. Dieser Anspruch kommt nur im Falle einer ordentlichen Kündigung in Betracht. Er setzt voraus, dass der Betriebsrat der Kündigung frist- und ordnungsgemäß widersprochen hat. Der Betriebsrat kann zwar jegliche Bedenken gegen eine Kündigung erheben. Ein Widerspruchsrecht steht ihm jedoch gemäß § 102 Abs. 3 BetrVG nur im Falle einer ordentlichen Kündigung und aus bestimmten Gründen zu, die auf betriebsbedingte Kündigungen zugeschnitten sind. Eine vergleichbare Regelung findet sich im Personalvertretungsrecht.³⁴⁵ Für Whistleblower sind diese gesetzlichen Weiterbeschäftigungsansprüche nicht hilfreich.

Außerhalb dieser Bestimmungen gibt es einen vom Großen Senat des BAG im Wege der Rechtsfortbildung entwickelten allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch.³⁴⁶ Der gekündigte Arbeitnehmer hat danach einen arbeitsvertraglichen Anspruch auf vertragsgemäße Beschäftigung über den Ablauf der Kündigungsfrist oder bei einer fristlosen Kündigung über deren Zugang hinaus bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzprozesses, wenn die Kündigung unwirksam ist und die überwiegenden schutzwürdigen Interessen des Arbeitgebers einer solchen Beschäftigung nicht entgegenstehen. Außer im Falle einer offensichtlich unwirksamen Kündigung begründet die Ungewissheit über den Ausgang des Kündigungsschutzprozesses ein schutzwertes Interesse des Arbeitgebers an der Nichtbeschäftigung des gekündigten Arbeitnehmers für die Dauer des Kündigungsschutzprozesses. Dieses überwiegt in der Regel das Beschäftigungsinteresse des Arbeitnehmers bis zu dem Zeitpunkt, in dem im Kündigungsprozess ein die Unwirksamkeit der Kündigung feststellendes Urteil ergeht. Solange ein solches Urteil besteht, kann die Ungewissheit des Prozessausgangs für sich allein ein überwiegendes Gegeninteresse des Arbeitgebers nicht mehr begründen. Hinzukommen müssen dann vielmehr zusätzliche Umstände, aus denen sich im Einzelfall ein überwiegendes Interesse des Arbeitgebers ergibt, den Arbeitnehmer nicht zu beschäftigen.

Der arbeitsvertragliche Beschäftigungsanspruch kann im Klageweg geltend gemacht werden.³⁴⁷ Eine Aussetzung des Verfahrens bis zum rechtskräftigen Abschluss eines anhängigen Rechtstreits über die Wirksamkeit der Kündigung ist nicht zwingend. Ist die Wirksamkeit einer Kündigung nach den Vorschriften des Kündigungsschutzgesetzes zu beurteilen, so darf einer Beschäftigungsklage

³⁴⁵ Z.B. für den Bundesdienst in § 79 Abs. 2 BPersVG.

³⁴⁶ BAG 27.2.1985 – GS 1/84, BB 1985, 1978.

³⁴⁷ So schon BAG 10.11.1955 – 2 AZR 591/54, NJW 1956, 359, 360.

nur stattgegeben werden, wenn ein Gericht für Arbeitssachen auf eine entsprechende Kündigungsschutzklage des Arbeitnehmers hin festgestellt hat oder gleichzeitig feststellt, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst worden ist.

Der allgemeine Weiterbeschäftigungsanspruch kann nur ausnahmsweise vor Verkündung einer erstinstanzlichen Entscheidung im Wege der einstweiligen Verfügung durchgesetzt werden. Hierfür ist erforderlich, dass die Kündigung offensichtlich unwirksam ist oder vom Arbeitnehmer besondere Gründe glaubhaft gemacht werden, die es rechtfertigen, die oben dargestellte in der Regel geltende Interessenabwägung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu Lasten des Arbeitgebers zu verändern.³⁴⁸

Es liegen besondere Gründe im Sinne dieser Rechtsprechung vor, wenn der Whistleblower im Kündigungsschutzprozess geltend macht, die in der Kündigung liegende Benachteiligung infolge seiner Meldung oder Offenlegung erlitten zu haben; denn dann muss gemäß § 21 Abs. 5 WBRL vermutet werden, dass die Kündigung eine Repressalie für die Meldung oder Offenlegung war. Eine bloße Anpassung der Rechtsprechung an diese Vorgabe würde jedoch nicht ausreichen³⁴⁹, um dem unionsrechtlichen Gebot der Rechtssicherheit zu genügen.³⁵⁰ Eine solche Umsetzungsmaßnahme wäre weder hinreichend verbindlich noch würde sie die Rechtslage für die Betroffenen hinreichend klar erkennbar machen.

Der einstweilige Rechtsschutz des Whistleblowers, der während seines Kündigungsschutzprozesses seine Weiterbeschäftigung begehrt, ist deshalb explizit unter Berücksichtigung der Vermutungsregel des § 21 Abs. 5 WBRL zu regeln. Im Übrigen wird auf den oben³⁵¹ entwickelten Vorschlag, den Whistleblowing-Behörden eine Kompetenz zum Erlass einstweiliger Vergeltungsschutzanordnungen zu erteilen, verwiesen, die sowohl die Funktion eines geeigneten Instruments des einstweiligen Rechtsschutzes als auch einer gemäß Art. 20 Abs. 1 Buchst. b WBRL empfohlenen Bescheinigung über die Rechtmäßigkeit des Whistleblowings erfüllen können.

³⁴⁸ LAG Köln 26.11.1985 – 1 Sa 975/85, NZA 1986, 136.

³⁴⁹ Zu den Anforderungen an die Umsetzung einer Richtlinie siehe oben, Punkt 6.2.

³⁵⁰ Vgl. EuGH 30.6.2016 – C-648/13 (*Kommission/Polen*), Rn. 78 f. m.w.N, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?qid=1590989072945&uri=CELEX:62013CJ0648>; oben, Punkt 6.2.

³⁵¹ Punkt 5.2.

Was die unterstützenden Maßnahmen gemäß Art. 20 WBRL betrifft, so kann nur die Vorgabe des Art. 20 Abs. 1 Buchst. c WBRL bereits als erfüllt angesehen werden. Die RL EU 2016/1919, die (u.a.) die Prozesskostenhilfe für Verdächtige und beschuldigte Personen in Strafverfahren regelt, ist durch das Gesetz zur Neuregelung der notwendigen Verteidigung vom 10. Dezember 2019³⁵² umgesetzt worden. Die ebenfalls erwähnte RL 2008/52/EG befasst sich mit der Mediation bei grenzüberschreitenden Zivilverfahren. Sie enthält keine Vorschriften zur Prozesskostenhilfe, aber in ihrem Art. 2 eine Definition des Begriffs „grenzüberschreitende Streitigkeiten“. Die RL 2008/52/EG wurde durch das Mediationsgesetz vom 21.7.2012³⁵³ umgesetzt. Sedes materiae für die Prozesskostenhilfe bei Streitsachen mit grenzüberschreitendem Bezug ist jedoch die RL 2002/8/EG, die durch das EG-Prozesskostenhilfegesetz³⁵⁴ umgesetzt worden ist. Die Vorschriften über die Prozesskostenhilfe nach dieser Richtlinie sind nun in den §§ 1076–1078 ZPO enthalten. Whistleblower und die anderen in Art. 4 WBRL genannten Personen können Prozesskostenhilfe nach Maßgabe der genannten Vorschriften beanspruchen. Sie können auch Prozesskostenhilfe nach den §§ 114 ff. ZPO und Beratungshilfe nach dem Beratungshilfegesetz sowie in den Bundesländern Bremen und Hamburg statt der Beratungshilfe nach dem Beratungshilfegesetz öffentliche Rechtsberatung in Anspruch nehmen.³⁵⁵ In Berlin haben sie die Wahl zwischen Beratungshilfe und öffentlicher Rechtsberatung.³⁵⁶

Die Vorgaben des Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 WBRL (Whistleblower-spezifische Information und Beratung bzw. Unterstützung von Seiten der zuständigen Behörden beim Kontakt mit etwaigen am Schutz vor Repressalien beteiligten Behörden) bedürfen noch der Umsetzung.³⁵⁷

Der Gesetzgeber muss sich entscheiden, ob er ein Informationszentrum oder eine einzige, eindeutig benannte unabhängige Verwaltungsbehörde mit den unterstützenden Maßnahmen betraut (Art. 20 Abs. 3 WBRL). Eine solche Zentralisierung ist bei den Maßnahmen nach Art. 20 Abs. 1 Buchst. b und c WBRL nicht sinnvoll, weil insoweit an bereits vorhandene Strukturen angeknüpft wird. Dagegen erscheint es empfehlenswert, die Information und Beratung nach

³⁵² BGBl. I S. 2128.

³⁵³ BGBl. I S. 1577.

³⁵⁴ BGBl. I S. 3392.

³⁵⁵ § 12 Abs. 1 BerHG.

³⁵⁶ § 12 Abs. 2 BerHG.

³⁵⁷ Zur Ausgestaltung und Einbettung der externen Whistleblowing-Behörden bereits oben, Punkte 5.2 und 5.3.

Art. 20 Abs. 1 Buchst. a WBRL einer einzigen Stelle zuzuweisen. Zum einen kann so ein Stab von Mitarbeitern aufgebaut werden, die über hohe Kompetenz im Bereich des komplexen Whistleblower-Rechts verfügen. Zum anderen ist dann bei entsprechender Öffentlichkeitsarbeit leicht zu vermitteln, welche Stelle die offizielle Anlaufstelle ist, um Whistleblowern und Personen, die eine Meldung oder Offenlegung erwägen, mit Information und Beratung zur Seite zu stehen. Darüber hinaus würde sich eine solche Zentralstelle dazu eignen, meldebereite Whistleblower auf Anfrage an die für sie konkret zuständige Whistleblower-Behörde weiterzuleiten, sofern angesichts der Komplexität des sachlichen Anwendungsbereichs hinsichtlich der Zuständigkeit im Einzelfall Zweifel bestehen.³⁵⁸ All dies schließt keineswegs aus, dass zusätzlich auch zivilgesellschaftliche Organisationen Information und Beratung für Whistleblower und die anderen in Art. 4 WBRL genannten Personen anbieten.

Keine Entsprechung gibt es im deutschen Recht bisher zu der Vorgabe des Art. 23 Abs. 1 WBRL, wirksame, angemessene und abschreckende Sanktionen gegen Personen festzulegen, die Repressalien gegen die in Art. 4 WBRL genannten Personen ergreifen, mutwillig Gerichtsverfahren gegen solche Personen anstrengen, schon im Vorfeld Meldungen behindern oder zu behindern versuchen sowie gegen die Pflicht verstoßen, die Vertraulichkeit der Identität von Hinweisgebern zu wahren. Die allgemeinen Tatbestände des deutschen Strafrechts, namentlich der Tatbestand der Nötigung gemäß § 240 StGB, bilden die von Art. 23 Abs. 1 WBRL genannten Handlungsalternativen weder hinreichend spezifisch noch in vollem materiellen Umfang ab.³⁵⁹ Faktisch sind Whistleblower Sachwalter allgemeiner Interessen. Die Sanktionen zu ihrem Schutz sollten deshalb nicht schwächer sein als die zum Schutz von Arbeitnehmervertretern nach § 119 Abs. 1 BetrVG. Es ist daher zu empfehlen, Art. 23 Abs. 1 WBRL im Wege einer Strafvorschrift umzusetzen, die denselben Strafraum wie § 119 Abs. 1 BetrVG hat. Die Vorschrift sollte nicht als Antragsdelikt ausgestaltet sein. Hinge die Sanktion von einem Antrag des Whistleblowers ab, bestünde die Gefahr, dass dieser unter Druck gesetzt würde, um ein Strafverfahren zu verhindern. Die Effektivität der Sanktionen wäre deshalb im Falle eines Antragsserfordernisses nicht gewährleistet.

³⁵⁸ Vgl. bereits oben, Punkt 5.3.

³⁵⁹ Das gilt insbesondere für die Handlungsalternativen der Behinderung einer Meldung und der Verletzung von Vertraulichkeitspflichten, die nicht zwingend mit einem unmittelbaren Verletzungserfolg einhergehen müssen.

Zu beachten ist, dass die Beweislastumkehr des Art. 21 Abs. 5 WBRL bei Art. 23 Abs. 1 WBRL keine Anwendung findet³⁶⁰ und im Rahmen eines Strafverfahrens nach dem rechtsstaatlichen Grundsatz des in dubio pro reo auch keine Anwendung finden darf,³⁶¹ so dass der Repressionsvorsatz nicht vermutet wird und konkret bewiesen werden muss.

9.3. Sollten weitere Maßnahmen zum Schutz von Whistleblowern eingeführt werden?

Gemäß Art. 20 Abs. 2 WBRL können die Mitgliedstaaten im Rahmen gerichtlicher Verfahren finanzielle Hilfen und unterstützende Maßnahmen einschließlich psychologischer Betreuung für Whistleblower bereitstellen. Angesichts dessen, dass Whistleblower durch Repressalien nicht selten ihre Existenz verlieren, hohen psychischen Belastungen ausgesetzt sind und sich keineswegs sämtliche erlittenen Nachteile in der Praxis über die Verfolgung individueller Schadenersatzansprüche kompensieren lassen, ist zu empfehlen, dass der deutsche Gesetzgeber von dieser Option Gebrauch macht.

Die für die Erbringung derartiger Hilfen und Maßnahmen erforderlichen Finanzmittel ließen sich über einen Unterstützungsfonds bereitstellen, der aus den Geldstrafen und Bußgeldern von Verfahren gespeist werden könnte, die auf Basis einer Meldung maßgeblich eingeleitet oder erfolgreich abgeschlossen wurden oder strafrechtlich relevante Repressalien gegen einen Whistleblower zum Gegenstand hatten. Hierbei bietet es sich an, die für eine zielgerichtete Auszahlung von Finanzmitteln erforderliche Einzelfallprüfung durch eine zentrale Informations- und Beratungsstelle des Bundes im Sinne von Art. 20 Abs. 1 Buchst. a, Abs. 3 WBRL erfolgen zu lassen.³⁶² In Anlehnung an die in einigen Bundesländern bereits etablierten Sammelfonds³⁶³ könnten Mitglieder des hierfür zuständigen Entscheidungsgremiums neben den spezialisierten Mitarbeitern der Informations- und Beratungsstelle auch Richter, Staatsanwälte und Vertreter anderer Behörden sein.

³⁶⁰ Art. 3 Abs. 3 Buchst. d WBRL.

³⁶¹ Vgl. Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 EUV i.V.m. Art. 48 Abs. 1 GRCh; Art. 6 Abs. 3 EUV i.V.m. Art. 6 Abs. 2 EMRK.

³⁶² Hierzu bereits oben, Punkt 9.2.

³⁶³ Siehe hierzu *Sandherr*, DRiZ 2016, 126 sowie die Internetpräsenz des Hamburger Sammelfonds unter <https://www.hamburg.de/justizbehoerde/service/3810240/bussgeldfonds>.

Sofern die finanziellen Mittel außer einzelnen Whistleblowern auch zivilgesellschaftlichen Organisationen zugutekommen, die zugunsten von Whistleblowern kostenlose Beratungs- und Unterstützungsleistungen anbieten, sollte diese Mittelvergabe im Einklang mit Erwägungsgrund 89 S. 7 WBRL daran geknüpft sein, dass sich diese Organisationen zu einer vertraulichen Behandlung der Identität von Whistleblowern verpflichten. Der von Erwägungsgrund 89 S. 7 WBRL ebenfalls angeregte Schutz dieser Organisationen vor Repressalien würde bereits dadurch hinreichend verwirklicht werden, dass der persönliche Anwendungsbereich des Umsetzungsgesetzes, wie unter Punkt 3.2. empfohlen, auch auf Mittler bzw. Unterstützer erstreckt wird, die als juristische Person organisiert sind.

10. Maßnahmen zum Schutz betroffener Personen

10.1. Die Vorgaben der Richtlinie für den Schutz von Personen, die in der Meldung oder in der Offenlegung als Personen bezeichnet werden, die den Verstoß begangen haben

Art. 5 Nr. 10 WBRL führt den Begriff „betroffene Person“ ein. Nach der in dieser Vorschrift enthaltenen Definition bezeichnet der Ausdruck für die Zwecke der Richtlinie „eine natürliche oder eine juristische Person, die in der Meldung oder in der Offenlegung als eine Person bezeichnet wird, die den Verstoß begangen hat, oder mit der die bezeichnete Person verbunden ist.“ Das Kapitel VI „Schutzmaßnahmen“ der WBRL sieht nicht nur für Whistleblower, sondern auch für betroffene Personen Schutzmaßnahmen vor; denn sie laufen Gefahr, eine Rufschädigung oder andere negative Folgen zu erleiden.³⁶⁴

„Betroffene Person“ kann beispielsweise ein Kollege der gleichen Ebene, ein Vorgesetzter oder der Arbeitgeber selbst sein. Arbeitgeber unterfallen dem Schutz für betroffene Personen unabhängig davon, ob es sich um eine natürliche oder eine juristische Person handelt.

Die Erstreckung der Definition auf Personen, die mit der bezeichneten Person verbunden sind, hat eine Parallele in Art. 4 Abs. 4 Buchst. b und c WBRL. Danach gelten die Maßnahmen zum Schutz von Whistleblowern, soweit einschlägig, auch für Dritte, die mit den Whistleblowern in Verbindung stehen und in einem beruflichen Kontext Repressalien erleiden könnten, wie z.B. Kollegen oder Verwandte des Whistleblowers, und für juristische Personen, die im Eigentum des Whistleblowers stehen oder für die der Whistleblower arbeitet oder mit denen er in einem beruflichen Kontext anderweitig in Verbindung steht.

Nach Art. 22 Abs. 1 WBRL stellen die Mitgliedstaaten gemäß der Grundrechte-Charta sicher, dass betroffene Personen ihr Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und auf ein faires Gerichtsverfahren und die Wahrung der Unschulds-

³⁶⁴ Siehe Erwägungsgrund 100 WBRL.

vermutung sowie ihre Verteidigungsrechte, einschließlich des Rechts auf Anhörung und des Rechts auf Einsicht in ihre Akte, in vollem Umfang ausüben können.³⁶⁵ Gemäß Art. 23 Abs. 2 WBRL legen die Mitgliedstaaten wirksame, angemessene und abschreckende Sanktionen für Hinweisgeber fest, denen nachgewiesen wird, dass sie wissentlich falsche Informationen gemeldet oder offengelegt haben. Die Mitgliedstaaten müssen nach Satz 2 dieser Bestimmung auch Maßnahmen entsprechend dem nationalen Recht zur Wiedergutmachung von Schäden vorsehen, die durch diese Meldungen oder Offenlegungen entstanden sind.

Im Erwägungsgrund 101 heißt es hierzu: „Personen, die infolge einer Meldung oder Offenlegung ungenauer oder irreführender Informationen eine direkte oder indirekte Benachteiligung erfahren, sollten weiterhin den ihnen nach allgemeinem Recht zustehenden Schutz genießen und auf die nach allgemeinem nationalen Recht verfügbaren Rechtsbehelfe zurückgreifen können. In Fällen, in denen diese ungenauen oder irreführenden Informationen vorsätzlich und wissentlich gemeldet oder offengelegt wurden, sollten betroffene Personen Anspruch auf Schadensersatz nach nationalem Recht haben.“ Soweit hier von „ungenauen Informationen“ die Rede ist, liegt eine unpassende Übersetzung des Begriffs „inaccurate“ vor, der in der englischen Ausgangsfassung benutzt wurde und auch die Bedeutung „unzutreffend“ hat.

Notwendige Voraussetzung der praktischen Durchsetzung eines solchen Schadensersatzanspruchs ist das Wissen der betroffenen Person um die Identität des Whistleblowers. Allerdings erfordert die Umsetzung der Richtlinie zum Schutz der Identität des Whistleblowers auch die Einschränkung datenschutzrechtlicher Informationspflichten und Auskunftsrechte betroffener Personen, namentlich solcher gemäß Art. 14 und 15 DSGVO.³⁶⁶ Schon aus der Existenz des Art. 23 S. 2 WBRL folgt systematisch jedoch, dass die datenschutzrechtlichen Informationspflichten und Auskunftsrechte nicht ausgeschlossen sein können, soweit die betroffene Person auf die Kenntnis der Identität des „Whistleblowers“ zur Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen wegen wissentlicher Falschmeldungen angewiesen ist. Gleiches wird man auch bei grob fahrlässigen Falschmeldungen annehmen können, da die Richtlinie lediglich den Schutz gutgläubiger Whistleblower bezweckt.³⁶⁷

³⁶⁵ Siehe insbes. Art. 41 Abs. 2 a), b); Art. 47 f. GRCh.

³⁶⁶ Vgl. Erwägungsgründe 84 f. WBRL.

³⁶⁷ Vgl. Art. 6 Abs. 1 Buchst. a, Erwägungsgrund 32 WBRL.

Nach Art. 22 Abs. 2 WBRL stellen die zuständigen Behörden im Einklang mit dem nationalen Recht sicher, dass die Identität betroffener Personen während der Dauer einer durch die Meldung oder Offenlegung ausgelösten Untersuchung geschützt bleibt. Eine Reihe von Regeln über den Schutz der Identität des Whistleblowers gelten nach Art. 22 Abs. 3 WBRL auch für den Schutz der Identität betroffener Personen. Verwiesen wird insoweit auf Art. 12 (Gestaltung externer Meldekanäle), Art. 17 (Verarbeitung personenbezogener Daten) und Art. 18 (Dokumentation der Meldungen) WBRL.

Über die Vorgabe des Art. 12 Abs. 1 Buchst. a WBRL, bei der Ausgestaltung externer Meldekanäle die Vertraulichkeit von Informationen zu gewährleisten, findet – jedenfalls bei externen Meldungen – auch das allgemeine Vertraulichkeitsgebot des Art. 16 WBRL grundsätzlich Anwendung.³⁶⁸ Mittelbaren Schutz erhalten betroffene Personen hierbei durch die Schulungspflicht für behördliche Whistleblowing-Verantwortliche, die in diesem Rahmen unter anderem mit geltenden Datenschutzvorschriften vertraut zu machen sind.³⁶⁹ Ein vergleichbarer Verweis auf die Vertraulichkeitsvorgaben für interne Meldekanäle gemäß Art. 9 Abs. 1 Buchst. a WBRL fehlt hingegen, mit der Folge, dass das Vertraulichkeitsgebot des Art. 16 WBRL im Falle interner Meldungen zugunsten betroffener Personen keine Wirkung entfaltet.³⁷⁰ Bestätigt wird dies durch die Formulierung des Art. 9 Abs. 1 Buchst. a WBRL selbst, der lediglich Whistleblower und Dritte, nicht hingegen die unmittelbar betroffene Person erwähnt.

Der Vertraulichkeitsschutz des Whistleblowers wird zur Wahrung der Verteidigungsrechte der betroffenen Person gemäß Art. 16 Abs. 2 a.E. WBRL eingeschränkt.³⁷¹

Gemäß Art. 20 Abs. 1 Buchst. a WBRL haben die Mitgliedstaaten Whistleblower im Rahmen der umfassenden und unabhängigen Informationen, die der Öffentlichkeit einfach und kostenlos zugänglich sein müssen, nicht nur über die ihnen zur Verfügung stehenden Abhilfemöglichkeiten und Verfahren gegen Repressalien, sondern auch über die Rechte der (potentiell) betroffenen Personen zu informieren.

In ihrem Erwägungsgrund 22, der auf die Trilog-Verhandlungen zurückgeht, befasst sich die WBRL mit interpersonellen Konflikten. Er lautet: „Die Mitglied-

³⁶⁸ Vgl. auch Erwägungsgründe 76 f. WBRL.

³⁶⁹ Art. 12 Abs. 5, Erwägungsgrund 74 WBRL.

³⁷⁰ I. Erg. ebenso *Dilling*, CCZ 2019, 214, 221 f.

³⁷¹ Siehe auch Erwägungsgrund 82 WBRL.

staaten können entscheiden, dass Meldungen von ausschließlich den Hinweisgeber beeinträchtigenden zwischenmenschlichen Beschwerden, das heißt Beschwerden über zwischenmenschliche Konflikte zwischen dem Hinweisgeber und einem anderen Arbeitnehmer, in andere Verfahren übergeleitet werden können.“ Dem entspricht jedoch keine Vorschrift der Richtlinie.

Die WBRL enthält keine Vorgaben für spezielle Schutzmaßnahmen zugunsten betroffener Kollegen der gleichen Ebene. Dieser Personenkreis wird auf dieselbe Weise geschützt wie andere betroffene Personen.

10.2. Status quo und Änderungsbedarf des deutschen Rechts

Wenngleich die Richtlinie Maßnahmen zum Schutz betroffener Personen als wesentliches Komplementärelement einer effektiven Regulierung des Whistleblowings anerkennt, beschränkt sie sich in ihren Vorgaben überwiegend auf klarstellende Verweise auf allgemeine rechtsstaatliche Standards, mit der Folge, dass der konkrete Änderungsbedarf des deutschen Rechts vergleichsweise gering ausfällt. Dies gilt namentlich für die in Art. 22 Abs. 1 WBRL vorgesehene Einhaltung einer rechtsstaatlichen Verfahrensweise unter Wahrung der Unschuldsvermutung und der Verteidigungsrechte betroffener Personen. Diese Prinzipien bedürfen jenseits bestehender Rechtsgrundsätze grundsätzlich keiner Whistleblowing-spezifischen Sonderregelungen.³⁷²

Ähnliches gilt für die Vorgabe eines Schadenersatzanspruchs der betroffenen Person bei wissentlichen Falschmeldungen gemäß Art. 23 Abs. 2 S. 2 WBRL, der nach deutschem Recht für natürliche wie juristische Personen vor allem durch das allgemeine Deliktsrecht und hier insbesondere den Anspruch auf Schadensersatz wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gemäß § 823 Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG abgebildet werden kann.

Kein zwingender Änderungsbedarf ergibt sich auch aus der Pflicht zur Festlegung wirksamer, angemessener und abschreckender Sanktionen bei wissentlichen Falschmeldungen gemäß Art. 23 Abs. 2 S. 1 WBRL. Das deutsche Strafrecht bildet diese Vorgabe bereits ab, namentlich durch die Straftatbestände der falschen Verdächtigung gemäß § 164 StGB bei externen Meldungen gegenüber

³⁷² Vgl. zu möglichen Einschränkungen insbes. des Akteneinsichtsrechts gem. § 147 StPO allerdings unten, Punkt 11.3.

Behörden sowie der üblen Nachrede gemäß § 186 StGB und der Verleumdung gemäß § 187 StGB bei entsprechenden Offenlegungen im Sinne der Richtlinie.³⁷³ Auch wird man nach gegenwärtiger Rechtslage annehmen können, dass bereits eine wissentliche Falschmeldung gegenüber einer internen Whistleblowing-Stelle die Tatbestände der §§ 186 f. StGB erfüllen kann, da der nach diesen Normen erforderliche Drittbezug auch bei rein internen Meldeadressaten vorliegen kann. Eine die Strafbarkeit ausschließende besondere Vertrauensbeziehung zwischen Whistleblower und Whistleblowing-Stelle ist trotz bestehender Vertraulichkeitspflichten schon deshalb nicht anzunehmen, weil die Vertraulichkeit sich nicht auf den sachlichen Inhalt der Meldung bezieht und der Zweck der Meldung gerade in der Veranlassung einer weiteren Untersuchung und damit potentiellen Verbreitung der Vorwürfe liegt.³⁷⁴ Die Einführung zusätzlicher Straftatbestände für wissentliche Falschmeldungen im Kontext der Whistleblower-Richtlinie ist daher weder rechtlich notwendig noch in der Sache angezeigt.

10.3. Sollten weitere Schutzmaßnahmen für betroffene Personen vorgesehen werden?

Mit Blick auf den subjektiven Tatbestand etwaiger Ansprüche der betroffenen Person ist zu berücksichtigen, dass Whistleblowern bei Meldungen und Offenlegungen im Einklang mit den Vorgaben der WBRL keine zivilrechtliche Haftung drohen darf.³⁷⁵ In subjektiver Hinsicht ist hierfür erforderlich, dass der Whistleblower hinreichenden Grund für die Annahme eines Verstoßes im Anwendungsbereich der WBRL hatte.³⁷⁶ Nimmt er grob fahrlässig einen solchen Verstoß an, liegt kein hinreichender Grund vor. Andererseits handelt es sich dann auch nicht um eine wissentliche Falschmeldung. Obwohl Art. 23 Abs. 2

³⁷³ Jedenfalls wenn Tatsachen, welche die Offenlegungsvoraussetzung gem. Art. 15 Abs. 1 Buchst. b WBRL erfüllen, behauptet wurden, wird auch die von den §§ 186 f. StGB geforderte Eignung zum Verächtlichmachen oder Herabwürdigen vorliegen, da dies regelmäßig mit dem Vorwurf erheblicher Verstöße bzw. unethischer Verhaltensweisen einhergeht. Im Übrigen erfordert der von der Richtlinie gewährte, weite Umsetzungsspielraum bei der Festlegung angemessener Sanktionen keine lückenlose Strafbarkeit sämtlicher wissentlicher Falschmeldungen, vgl. Erwägungsgrund 102 WBRL.

³⁷⁴ Vgl. allgemein zum Vertrauensverhältnis BVerfG 20.5.2010 – 2 BvR 1413/09, Rn. 22-24, NJW 2010, 2937, 2937 m.w.N.

³⁷⁵ Art. 21 Abs. 7 S. 1 WBRL.

³⁷⁶ Art. 6 Abs. 1 Buchst. a WBRL.

S. 2 WBRL die Gewährung eines Schadensersatzanspruchs seinem Wortlaut nach nur bei wissentlichen Falschmeldungen verlangt, spricht aus Richtlinienperspektive nichts dagegen, über diesen Mindestschutz hinaus auch Ansprüche gegen grob fahrlässig handelnde Whistleblower zuzulassen. Art. 25 Abs. 1 WBRL lässt zwar nur für Whistleblower die Einführung günstigerer Bestimmungen explizit zu. Derlei zusätzliche Ansprüche zugunsten betroffener Personen stellen jedoch keine richtlinienwidrige Verkürzung des Whistleblower-Schutzes dar; denn die WBRL bezweckt nur den Schutz gutgläubiger Whistleblower, die hinreichenden Grund zu der Annahme eines Verstoßes hatten.³⁷⁷ Schon zur rechtssicheren Entscheidung dieser Frage dürfte sich insoweit aber empfehlen, das Bestehen des Schadensersatzanspruchs zugunsten betroffener Personen dem Grunde nach ausdrücklich zu normieren.

Wie oben dargelegt, ist die Einschränkung datenschutzrechtlicher Informationspflichten und Auskunftsrechte betroffener Personen nach der Richtlinie nicht angezeigt, sofern der Whistleblower bösgläubig ist.³⁷⁸ Verlangt man für die Geltendmachung der Auskunftsrechte gegenüber Whistleblowing-Stellen bzw. -Behörden jedoch, dass die betroffene Person zunächst nachweist oder jedenfalls glaubhaft machen kann, dass sie Opfer einer bösgläubigen Falschmeldung geworden ist, kann dies in der Praxis zu erheblichen Schwierigkeiten führen. Obwohl es der betroffenen Person zumeist möglich sein dürfte, die objektive Unrichtigkeit einer Meldung nachzuweisen, wird es ihr nämlich regelmäßig äußerst schwerfallen, einen Beleg für die subjektive Bösgläubigkeit des Whistleblowers anzuführen, solange sie noch nicht einmal dessen Identität kennt. Um der Gefahr zu begegnen, dass die Schadensersatzansprüche betroffener Personen gegen bösgläubig handelnde Whistleblower faktisch ins Leere laufen, ist daher durchaus erwägenswert, die objektive Unrichtigkeit der Meldung als hinreichende Voraussetzung für die Geltendmachung datenschutzrechtlicher Auskunftsrechte zur Identität des Whistleblowers genügen zu lassen. Dies ginge freilich mit einem geringeren Vertraulichkeitsschutz auch zulasten solcher Whistleblower einher, die zwar hinreichenden Grund zu der Annahme hatten, dass ein Verstoß vorlag, sich aber gleichwohl geirrt haben. Sollte sich der Umsetzungsgesetzgeber für eine entsprechende Erleichterung der Geltendmachung von Auskunftsrechten entscheiden, wäre dies daher jedenfalls mit einem Gegenrecht der Whistleblowing-Stellen und -Behörden zu verbinden, wonach diese die Auskunft verweigern können und müssen, sofern sie auf Basis des

³⁷⁷ Vgl. Art. 6 Abs. 1 Buchst. a WBRL.

³⁷⁸ Siehe oben, Punkt 10.1.

Inhalts und der Umstände der Meldung davon ausgehen dürfen, dass der Whistleblower hinreichenden Grund zur Annahme eines Verstoßes hatte.

Eine weitere sinnvolle Schutzmaßnahme läge in einer angepassten Erstreckung des allgemeinen Vertraulichkeitsschutzes gemäß Art. 16 WBRL auf die Identität betroffener Person. Weder der Richtlinientext noch die Materialien des Richtlinienverfahrens geben eindeutigen Aufschluss darüber, warum die Richtlinie zwar die Behörden bei externen Meldungen an das allgemeine Vertraulichkeitsgebot bindet, bei internen Meldungen aber nur die Identität von Whistleblower und Dritten vor dem Zugriff unbefugter Mitarbeiter schützt. Tatsächlich können betroffene Personen bei uneingeschränkter Weitergabe ihrer Identität und der sie betreffenden, gegebenenfalls zu Unrecht erhobenen Vorwürfe nicht nur in staatlichen Ermittlungsverfahren, sondern auch bei internen Untersuchungen erhebliche Nachteile erleiden, sei es durch eine hiermit einhergehende Stigmatisierung oder durch negative berufliche Konsequenzen in der Zukunft („semper aliquid haeret“).³⁷⁹

Zwar besteht bei internen Untersuchungen regelmäßig ein evidentes Bedürfnis, die Identität der betroffenen Person an andere, für die Durchführung von Folgemaßnahmen zuständige Personen weiterzugeben, etwa aus Anlass einer Befragung der betroffenen Person. Diesem Bedürfnis kann aber dadurch Rechnung getragen werden, dass das Umsetzungsgesetz analog Art. 16 Abs. 2 WBRL eine Weitergabe der Informationen insoweit für zulässig erklärt, wie dies im Rahmen einer internen Untersuchung notwendig und verhältnismäßig ist.³⁸⁰ Der Schutz des Whistleblowers würde durch einen solchen Vertraulichkeitsschutz für betroffene Personen nicht verschlechtert. Es fände also keine Abweichung von der Richtlinie zu seinen Lasten statt.

Ein gewisser Schutz für betroffene Personen ergäbe sich zudem als Nebenwirkung, wenn von der Option des Art. 11 Abs. 3 WBRL Gebrauch gemacht würde. Danach können die Mitgliedstaaten vorsehen, dass die zuständigen Behörden nach ordnungsgemäßer Prüfung des Sachverhalts entscheiden können, dass ein

³⁷⁹ Krit. auch *Dilling*, CCZ 2019, 214, 218, 221 f.

³⁸⁰ Weitere hiermit zusammenhängende Fragen zum angemessenen Schutz betroffener Personen, namentlich des datenschutzrechtliche Rahmens weiterer Untersuchungsmaßnahmen und das Bestehen arbeitsrechtlicher Auskunftsverweigerungsrechte, haben für die betroffene Person zwar mitunter erhebliche Relevanz, stellen sich aber unabhängig vom Whistleblowing bei jeder Art von internen Untersuchungen. Ihr systematischer Regelungsort ist daher nicht die Umsetzung der WBRL, sondern die allgemeine Regulierung interner Untersuchungen. Vgl. *Moosmayer/Petrasch*, ZHR 2018, 504; sowie §§ 16 ff. VerSanG-RefE (Fn. 490).

gemeldeter Verstoß eindeutig geringfügig ist und mit Ausnahme des Abschlusses des Verfahrens keine weiteren Folgemaßnahmen gemäß dieser Richtlinie erfordert. Im Interesse der effektiven Bearbeitung von Fällen, die über der Geringfügigkeitsschwelle liegen, wäre es sinnvoll, von dieser Option Gebrauch zu machen. Die Einführung einer Geringfügigkeitsregel nach Maßgabe des Art. 11 Abs. 3 WBRL würde den Schutz des Whistleblowers in Bezug auf interne oder externe Meldungen nicht berühren (Art. 11 Abs. 3 S. 2 WBRL).

11. Zum Umgang mit anonymen Meldungen

11.1. Vorgaben der Richtlinie zum Umgang mit anonymen Meldungen

Die Richtlinie stellt etwaige Vorgaben sowohl zur Einrichtung von Meldekanälen für die Entgegennahme anonymen Meldungen als auch zur Weiterverfolgung einmal eingegangener anonymen Meldungen in das freie Ermessen der nationalen Umsetzungsgesetzgeber.³⁸¹ Hiervon unberührt bleiben entsprechende Einrichtungs- und Weiterverfolgungspflichten nach bisherigen Whistleblower-Rechtsakten und -Maßnahmen der Europäischen Union,³⁸² namentlich hinsichtlich anonymen Meldungen über Verstöße gegen Vorschriften zur Verhinderung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung.³⁸³ Im Rahmen des Trilog-Verfahrens wurde mit Blick auf den Themenkomplex anonymen Meldungen zudem eine Klarstellung aufgenommen, wonach auch anonyme Whistleblower im Anschluss an ihre gleichwohl erfolgte Identifizierung den vollen anti-diskriminierungsrechtlichen Schutz der Richtlinie genießen sollen.³⁸⁴

Der vergleichsweise zurückhaltende Regelungsansatz des Europäischen Gesetzgebers folgt einer in nicht wenigen Mitgliedstaaten traditionell vorzufindenden Skepsis gegenüber anonymen Meldungen.³⁸⁵ Nachdem das US-amerikanische Kapitalmarktrecht Anfang des Jahrtausends auch europäische Unternehmen zur Einführung anonymen Meldekanäle verpflichtet hatte,³⁸⁶ löste dies vor allem in europäischen Datenschutzkreisen nicht selten Assoziationen zu staatlichen Denunziationsmechanismen totalitärer Systeme des 20. Jahrhunderts aus. Nicht zuletzt hieraus speiste sich wiederum die rechtstatsächliche Annahme, dass die Ermöglichung anonymen Hinweise zwangsläufig auch eine Zu-

³⁸¹ Art. 6 Abs. 2, Art. 9 Abs. 1 e), Erwägungsgrund 34 WBRL.

³⁸² Art. 6 Abs. 2 Hs. 1 WBRL.

³⁸³ Art. 61 Abs. 3 der RL EU 2015/849; insoweit unzureichend umgesetzt durch § 6 Abs. 5 GwG, welcher lediglich von vertraulichen Meldungen spricht; siehe ferner Art. 21 Abs. 2 der VO EU 2015/847.

³⁸⁴ Art. 6 Abs. 3 WBRL.

³⁸⁵ Ebenso *Schmolke*, NZG 2020, 5, 11.

³⁸⁶ § 301 Sarbanes-Oxley Act of 2002; 17 CFR 240.10A-3(b)(3)(ii).

nahme verleumderischer Meldungen mit sich brächte.³⁸⁷ Wenngleich die Europäische Union selbst mittlerweile vermehrt auf anonyme externe Meldekanäle setzt,³⁸⁸ hat das Richtlinienverfahren vor diesem Hintergrund keine EU-weit konsensfähigen Vorgaben zum angemessenen Umgang mit anonymen Meldungen hervorgebracht. Die Beantwortung der Fragen nach einer angemessenen Weiterverfolgung anonymer Meldungen sowie der etwaigen Einführung anonymer Meldekanäle zugunsten der zuständigen Whistleblowing-Stellen und -Behörden obliegt daher dem nationalen Umsetzungsgesetzgeber.

11.2. Sollte eine Pflicht zur Weiterverfolgung anonymer Meldungen eingeführt werden?

Trotz anfänglicher und mancherorts noch bestehender Skepsis ist die rechtstatssächliche Relevanz anonymer Meldungen bei der Aufdeckung von Rechtsverstößen mittlerweile allgemein anerkannt. So zeigen bereits umfassende Erfahrungswerte aus den USA, dass interne Whistleblower häufig auf die Möglichkeit einer anonymen Erstmeldung zurückgreifen, nicht zuletzt da aus ihrer Perspektive regelmäßig nicht ex-ante feststellbar ist, ob eine binnenorganisatorisch dem Arbeitgeber unterstehende Whistleblowing-Stelle ein hinreichendes Maß an Unabhängigkeit und tatsächlichem Vertraulichkeitsschutz aufweist.³⁸⁹ Eine entsprechende Tendenz zeichnet sich nunmehr auch in europäischen Unternehmen mit interner Whistleblowing-Struktur ab, wobei sich länderübergreifend zumeist über die Hälfte der Whistleblower bei Bestehen eines entsprechenden Meldekanals für eine anonyme Erstmeldung entscheidet, ohne dass hiermit eine ersichtliche Zunahme missbräuchlicher Meldungen einherginge.³⁹⁰ Jedenfalls in Deutschland neigen Whistleblower ferner auch bei Meldungen an externe staatliche Adressaten dazu, von angebotenen anonymen Meldekanä-

³⁸⁷ Im Einzelnen *Gerdemann*, Transatlantic Whistleblowing, 2018, Rn. 241 f. m.w.N.

³⁸⁸ Vgl. Erwägungsgrund 17 S. 2 WBRL; zur anonymen Meldung wettbewerbsrechtlicher Verstöße an die Kommission, siehe: <https://ec.europa.eu/competition/cartels/whistleblower/index.html>, zur anonymen Meldung zum Zwecke der Betrugsbekämpfung an das OLAF, siehe: https://fns.olaf.europa.eu/main_de.htm.

³⁸⁹ *Gerdemann*, Transatlantic Whistleblowing, 2018, Rn. 105, 144, 198, 217, 227, 283, 287.

³⁹⁰ Siehe bspw. die (von kommerziellen Anbietern initiierten) Studien von *Hausser/Hergovits/Blumer*, Whistleblowing Report 2019, 10, 39 f., 59 (mit 63,1%iger Quote anonymer Erstmeldungen für Deutschland); *Expolink Europe Ltd.*, Whistleblowing Benchmarking Report 2019, 9, 16 f., 20 f. (mit 56,4%iger Erstmeldequote für Deutschland).

len³⁹¹ Gebrauch zu machen.³⁹² Vor diesem Hintergrund ist in der bisherigen Rezeption auch ohne entsprechende Festlegung der Richtlinie soweit ersichtlich bisher einhellig gefordert worden, bei der Umsetzung eine zwingende Pflicht zur Weiterverfolgung auch anonymen Meldungen vorzusehen.³⁹³ In der Tat ist kein rechtstatsächlich durchgreifender Grund erkennbar, warum eine anonyme Meldung – zumal wenn sie belastbare Information zu gegebenenfalls gravierenden Verstößen enthält – nicht mit der gleichen Sorgfalt weiterverfolgt werden sollte wie eine vertrauliche oder offene Meldung. Dies schließt nicht aus, dass der anonyme Charakter der Meldung bei der anschließenden Entscheidung über die Einleitung ordnungsgemäßer Folgemaßnahmen in der Praxis insoweit angemessene Berücksichtigung finden kann, als dass je nach Sachlage entweder weitere Maßnahmen zur Prüfungen der Stichhaltigkeit der Meldung ergriffen werden können oder eine weitergehende Untersuchung bei inhaltlich unzulänglichen Meldungen ohne praktikable Rückfragemöglichkeit im Einzelfall gänzlich unterbleiben kann.³⁹⁴ Es ist daher empfehlenswert, bei der Umsetzung der Richtlinie eine entsprechende Bestimmung aufzunehmen, wonach sowohl interne Whistleblowing-Stellen als auch Whistleblowing-Behörden zur angemessenen Weiterverfolgung anonymen Meldungen verpflichtet sind.

11.3. Sollte die Implementierung anonymen Meldekanäle zwingend vorgesehen werden?

Von der Einführung einer Pflicht zur Weiterverfolgung eingegangener anonymen Meldungen ist die Frage zu unterscheiden, ob interne Whistleblowing-Stellen und Whistleblowing-Behörden darüber hinaus zur Implementierung eines dezidierten anonymen Meldekanals verpflichtet werden sollen, um die Abgabe anonymen Meldungen zu ermöglichen bzw. zu erleichtern. Die Funktionsfähigkeit derartiger Kanäle setzt die technische Gewährleistung der Anonymität des Whistleblowers bei gleichzeitiger Ermöglichung wechselseitiger

³⁹¹ In Deutschland verfügen u.a. die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin), das BKartA, sowie die Landeskriminalämter Baden-Württemberg, Berlin, Brandenburg und Niedersachsen über dezidierte anonyme Meldekanäle.

³⁹² Vgl. *Gerdemann*, Transatlantic Whistleblowing, 2018, Rn. 276 ff. m.w.N. Dies gilt u.a. für den anonymen Whistleblowing-Kanal der BaFin, welcher unmittelbar nach seiner Einrichtung von 3/4 der Meldenden verwendet wurde (*ebd.*, Rn. 281).

³⁹³ So bspw. *Dilling*, CCZ 2019, 214, 218, 223 f.; *Schmolke*, NZG 2020, 5, 11 f.

³⁹⁴ Vgl. Art. 9 Abs. 1 e) i.V.m. Art. 5 Nr. 12 WBRL.

Kommunikation und Rückmeldemöglichkeit³⁹⁵ voraus, wofür in der gegenwärtigen Praxis zumeist auf webbasierte asymmetrische Kryptosysteme von Drittanbietern zurückgegriffen wird.³⁹⁶ Wenngleich sich professionalisierte anonyme Meldekanäle in privatwirtschaftlichen Großunternehmen sukzessive zu einer „best practice“ entwickeln haben und auch von staatlichen Meldeadressaten mittlerweile in überobligatorischer Weise mit einigem Erfolg eingesetzt werden,³⁹⁷ ist gegenüber der zwingenden Einrichtung anonymer Meldekanäle Skepsis angebracht. Dies gilt insbesondere mit Blick auf die Richtlinien-Vorgaben zur Einrichtung interner Whistleblowing-Stellen, welche sich bereits an juristische Personen ab 50 Arbeitnehmern bzw. Gemeinden ab 10.000 Einwohnern richten.³⁹⁸ Die Einrichtung eines professionalisierten anonymen Meldekanals ist in der Praxis aktuell mit erheblichen Kosten verbunden, welche die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit gerade kleinerer Unternehmen und Gemeinden regelmäßig übersteigen werden. Sollte sich der Umsetzungsgesetzgeber im Interesse einer vertrauensvollen Erstkontaktmöglichkeit für eine zwingende Implementierung anonymer Meldekanäle entscheiden, empfiehlt es sich daher grundsätzlich, derartige Vorgaben auf finanzstarke Großunternehmen bzw. Unternehmen von öffentlichem Interesse sowie bestimmte staatliche Whistleblowing-Behörden zu beschränken und im Falle von internen Whistleblowing-Stellen im Übrigen auf mittelbare Regulierungsanreize zu setzen.³⁹⁹

Nicht zuletzt der vermehrte Rückgriff auf anonyme Meldewege durch staatliche Whistleblowing-Adressaten in Deutschland deutet aber zugleich auf den defizitären Status quo des rechtlichen Vertraulichkeitsschutzes hin, welcher potentielle Whistleblower von einer Mitteilung ihrer Identität abhalten kann und im Rahmen des Umsetzungsprozesses besonders zu berücksichtigen sein wird. Tatsächlich gelingt es international führenden Whistleblowing-Behörden wie etwa dem Office of the Whistleblower der US-amerikanischen SEC aufgrund einer besonders effektiven Vertraulichkeitspolitik in deutlich besserer Weise, Whistleblower auch bei gleichzeitiger Verfügbarkeit anonymer Meldekanäle zu

³⁹⁵ Vgl. auch Art. 9 Abs. 1 c), Art. 11 Abs. 1, Art. 12 Abs. 4 c) WBRL.

³⁹⁶ Für Einzelheiten zum insoweit in Europa marktführenden *Business Keeper Monitoring System* (BKMS), siehe: <https://www.business-keeper.com/bkms-compliance-system/bkms-system>.

³⁹⁷ So namentlich im Falle der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) und des BKartA: <https://www.bkms-system.net/bkwebanon/report/clientInfo?cin=2BaF6&c=-1&language=ger>; <https://www.bkms-system.net/bkwebanon/report/clientInfo?cin=2bkarta151&language=ger>.

³⁹⁸ Art. 8 Abs. 3, 9 Unterabs. 2 WBRL.

³⁹⁹ Vgl. oben unter Punkt 4.3.

einem identitätsoffenen Kooperationsverhältnis mit einhergehender Vorteilen für die Verifizierbarkeit und Weiterverfolgung der gemeldeten Informationen zu bewegen.⁴⁰⁰ Die Richtlinie misst der vertraulichen Behandlung der Identität des Whistleblowers in ihrem Art. 16 dem Grunde nach hohe Bedeutung bei, gestattet aber auch die Offenlegung der Identität des Whistleblowers zur Erfüllung einer notwendigen und verhältnismäßigen Pflicht im Rahmen von Untersuchungen durch nationale Behörden oder von Gerichtsverfahren, insbesondere zur Wahrung der Verteidigungsrechte der betroffenen Person.⁴⁰¹ Letzteres schließt im Rahmen des deutschen Strafverfahrensrechts insbesondere das Akteneinsichtsrecht des Beschuldigten⁴⁰² sowie die Konfrontation des Whistleblowers als aussagepflichtigem Zeugen⁴⁰³ ein. Verbunden mit der von der deutschen Rechtsprechung anerkannten Möglichkeit einer Beschlagnahme von Dokumenten interner Whistleblowing-Stellen⁴⁰⁴ droht dem Whistleblower, der nicht gerade (rückverfolgungsfrei) anonym bleibt, daher unabhängig vom Meldeadressaten und besonders bei der risikoreichen Meldung erheblicher Rechtsverstöße mit sich anschließendem Strafverfahren stets eine Offenlegung seiner Identität.⁴⁰⁵ Dieses Risiko wird durch die von der Richtlinie vorgesehenen, umfassenden Dokumentationspflichten für interne Whistleblowing-Stellen und Whistleblowing-Behörden tendenziell noch erhöht.⁴⁰⁶

Nicht zuletzt bei Verzicht auf eine flächendeckende Förderung anonymer Meldungen und Meldekanäle kommt daher spiegelbildlich der Gewährleistung einer inhaltlich robusten, ex-ante vorhersehbaren Vertraulichkeitsgarantie als Basis eines effektiven Kooperationsverhältnisses und zur Prävention Whistleblowing-bedingter Repressalien im Rahmen der Umsetzung der Richtlinie wesentliche Bedeutung zu. Dementsprechend ist im Einklang mit den von der Richtlinie vorgegebenen Kriterien der Notwendigkeit und Verhältnismäßig-

⁴⁰⁰ Gerdemann, Transatlantic Whistleblowing, 2018, Rn. 217, 281, 285 m.w.N.

⁴⁰¹ Art. 16 Abs. 2, 3 WBRL; vgl. ferner Art. 9 Abs. 1 a), Art. 12 Abs. 1 a), Art. 23 Abs. 1 d) WBRL.

⁴⁰² § 147 StPO.

⁴⁰³ §§ 48 Abs. 1 S. 1, 161a Abs. 1 S. 1 StPO; Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 III GG; Art. 6 Abs. 3d) EMRK.

⁴⁰⁴ Speziell zu Ombudspersonen als interner Whistleblowing-Stelle: LG Bochum 16.3.2016 – II-6 Qs 1/16, NStZ 2016, 500, 501 f.; ferner BVerfG 27.6.2018 – 2 BvR 1405/17, 2 BvR 1780/17, NJW 2018, 2385, 2387 ff.

⁴⁰⁵ Krit. hierzu auch Dilling, CCZ 2019, 214, 217 f.; Kölbel/Herold, in: LMU Working Paper SFB 1369, 01/2020, 4, 11.

⁴⁰⁶ Art. 18 WBRL.

keit⁴⁰⁷ eine ausdrückliche gesetzliche Klarstellung zu empfehlen, wonach die Weitergabe der Identität des Whistleblowers gegen dessen Willen nur im Ausnahmefall in Betracht kommt.

Eine rechtssichere Ausgestaltung dieser Grundentscheidung ließe sich über verschiedene Konkretisierungen absichern. Hierzu bietet sich unter anderem an, das Wissen um die Identität des Whistleblowers auch bei Einbeziehung weiterer Ermittlungsbehörden ausschließlich beim verantwortlichen Mitarbeiter der spezialisierten Whistleblowing-Behörde zu belassen oder die weiteren beteiligten Behörden jedenfalls ihrerseits zu verpflichten, eine einzige verantwortliche Person mit gleichwertigen Vertraulichkeitspflichten zu bestimmen. In Anlehnung an entsprechende Vertraulichkeitsgarantien anderer Whistleblower-Programme kann den zuständigen Aufsichts- und Strafverfolgungsbehörden zudem ausdrücklich gestattet werden, den Nachweis des Rechtsverstoßes auf Verlangen des Whistleblowers ausschließlich auf alternative Beweismittel zu stützen und hierbei auf eine aktenkundige Erwähnung des Whistleblowers bis zum Ende des Verfahrens zu verzichten.⁴⁰⁸ Hinzu treten erforderliche Einschränkungen datenschutzrechtlicher Informationspflichten und Auskunftsrechte betroffener Personen, namentlich gemäß Art. 14, 15 DSGVO⁴⁰⁹ wobei auch eine auf die Identität des Whistleblowers bezogene Einschränkung des Einsichtsrechts in die Personalakte gemäß § 83 BetrVG in Betracht zu ziehen ist. Empfehlenswert ist zudem eine ausdrückliche Befugnis der zuständigen Whistleblowing-Verantwortlichen, in besonderen Fällen bei ihrer obersten Dienstbehörde die Abgabe einer Sperrerklärung zu beantragen, um so die Identität des Whistleblowers zu schützen und dabei selbst als Person einschließlich der Dokumente im Sinne des Art. 18 WBRL als Beweissurrogat zur Verfügung zu stehen.⁴¹⁰ Aufgrund des hiermit verbundenen, erheblichen Eingriffs in das Zeugenkonfrontationsrecht der betroffenen Person wird dies aus verfassungsrechtlichen Gründen freilich nur bei konkreten Anzeichen einer Gefahr ganz erheblicher Repressalien möglich sein.⁴¹¹

Zu weitgehend dürften demgegenüber Vorschläge aus der Compliance-Branche sein, wonach die Informationen interner Whistleblowing-Stellen, jedenfalls soweit sie von anwaltlichen Ombudspersonen betrieben werden, einem absolu-

⁴⁰⁷ Art. 16 Abs. 2 WBRL.

⁴⁰⁸ Vgl. Fn. 400.

⁴⁰⁹ Vgl. Erwägungsgrund 85 WBRL.

⁴¹⁰ Vgl. § 96 StPO; ferner i.R.v. Verwaltungsverfahren § 99 Abs. 1 S. 2 VwGO.

⁴¹¹ Vgl. BVerfG 8.10.2009 – 2 BvR 547/08, NJW 2010, 925; BGH 5.12.1984 – 2 StR 526/84, NStZ 1985, 278.

ten Beschlagnahmeverbot zu unterstellen seien.⁴¹² Eine generelle Beschlagnahmefreiheit würde nicht vornehmlich den Schutzinteressen des Whistleblowers dienen, sondern die wirtschaftlichen Interessen der betroffenen Unternehmen an einer Geheimhaltung der Rechtsverstöße gegenüber dem Strafverfolgungsanspruch der Allgemeinheit privilegieren – und dies selbst in Fällen, in denen der Whistleblower staatliche Ermittlungen befürworten würde.⁴¹³ Abgesehen davon hätte ein solches Beschlagnahmeverbot keine Auswirkungen auf das Vertraulichkeitsniveau staatlicher Whistleblowing-Behörden und anderer Whistleblowing-Stellen. Inwieweit potentielle Whistleblower auch ohne eine flächendeckende Implementierung und Nutzung anonymer Meldewege bereit sein werden, auch solche relevanten Informationen weiterzugeben, mit deren Hilfe direkt oder mittelbar auf ihre Identität geschlossen werden kann, wird jedenfalls entscheidend von der rechtlichen Ausgestaltung und praktischen Einhaltung des Vertraulichkeitsschutzes abhängen.

⁴¹² *Bittmann/Brockhaus/von Coelln/Heuking*, NZWiSt 2019, 1, 5; *Dilling*, CCZ 2019, 214, 218, 223 f.

⁴¹³ Möglich, im Sinne des Vertraulichkeitsschutzes aber kaum praktikabel, erschiene es allenfalls, die Beschlagnahmefreiheit der Whistleblowing-Informationen in die Disposition des Whistleblowers zu stellen.

12. Zur beamtenrechtlichen Relevanz der Whistleblower-Richtlinie

12.1. Vorgaben der Whistleblower-Richtlinie mit beamtenrechtlicher Relevanz

Die Richtlinie enthält eine Vielzahl von Bestimmungen mit unmittelbarer Relevanz für den öffentlichen Sektor im Allgemeinen und das nationale Beamtenrecht im Speziellen. Hierzu zählt zunächst die aus den Trilog-Verhandlungen hervorgegangene, ausdrückliche Einbeziehung von Beamten⁴¹⁴ sowie sämtlicher anderer aktueller und ehemaliger Mitarbeiter, Anwärter und Bewerber des öffentlichen Dienstes⁴¹⁵ in den Schutzbereich der anti-diskriminierungsrechtlichen Vorgaben der Richtlinie. Im Gegensatz zu anderen Richtlinienelementen, namentlich der zunächst umstrittenen Gleichstellung von internem und externem Whistleblowing,⁴¹⁶ wurde der gleichwertige Schutz von Beamten-Whistleblowern auch von den Mitgliedstaaten im Europäischen Rat von Beginn an unterstützt.⁴¹⁷ Ausdrücklich vom Anwendungsbereich ausgenommen sind allerdings der Schutz von Verschlussachen, das richterliche Beratungsgeheimnis und das Strafprozessrecht.⁴¹⁸ In Deutschland geäußerte Forderungen, die „notwendigen Besonderheiten im öffentlichen Dienst genau zu beachten“ und den Schutz von Whistleblowern insbesondere mit Blick auf das Dienstwegprinzip zu modifizieren,⁴¹⁹ haben in Richtlinienverfahren und -text keinen erkennbaren Niederschlag gefunden.

⁴¹⁴ Art. 4 Abs. 1 Buchst. a WBRL a.E.

⁴¹⁵ Art. 4 Abs. 1 Buchst. a i.V.m. Abs. 2, 3 WBRL. Vgl. insofern den Verweis von Art. 4 Abs. 1 a) WBRL auf Art. 45 Abs. 1 AEUV unter bewusster Auslassung des Art. 45 Abs. 4 AEUV; ferner Erwägungsgrund 38 S. 3 WBRL.

⁴¹⁶ Vgl. oben, Punkt. 7.1.

⁴¹⁷ Vgl. Art. 2 Nr. 1 Buchst. a, Erwägungsgrund 26 S. 2 des Council document 5453/19 vom 23.1.2019.

⁴¹⁸ Art. 3 Abs. 3 Buchst. a, c, d WBRL.

⁴¹⁹ *dbb*, Positionspapier zum Entwurf einer Richtlinie über den Schutz von Hinweisgebern, 2018, 4 f.

Der anti-diskriminierungsrechtliche Schutz geht einher mit der institutionellen Förderung von Beamten-Whistleblowing durch die Einrichtung von verwaltungsinternen Whistleblowing-Stellen und von Whistleblowing-Behörden. Die Richtlinie verlangt die Einrichtung interner Whistleblowing-Stellen in grundsätzlich allen juristischen Personen des öffentlichen Sektors, einschließlich solcher juristischen Personen des privaten Sektors, welche sich im Eigentum oder unter der Kontrolle von juristischen Person des öffentlichen Sektors befinden.⁴²⁰ Durch den Umsetzungsgesetzgeber können juristische Personen mit weniger als 50 Arbeitnehmern sowie Gemeinden mit weniger als 10.000 Einwohnern von der allgemeinen Einrichtungspflicht allerdings befreit werden.⁴²¹ Zudem ist es jedenfalls Gemeinden generell gestattet, gemeinsame Whistleblowing-Stellen einzurichten.⁴²² Neben den verwaltungsinternen Whistleblowing-Stellen steht Beamten zudem der Gang an eine staatliche Whistleblowing-Behörde frei,⁴²³ wobei deren Meldekanäle und -verfahren von denen der verwaltungsinternen Whistleblowing-Stellen organisatorisch strikt zu trennen sind,⁴²⁴ so dass sie Beamten als echte Alternative zum internen Meldeweg zur Verfügung stehen. Durch die Gesamtheit dieser Vorgaben wagt sich die Richtlinie als erster Whistleblower-Rechtsakt der Europäischen Union tief in das nationale Beamten- und Verwaltungsorganisationsrecht vor.

⁴²⁰ Art. 8 Abs. 9 Unterabs. 1 i.V.m. Abs. 1 WBRL. Zu deren Ausgestaltung, siehe im Einzelnen oben, Punkt 4.1.

⁴²¹ Art 8 Abs. 9 Unterabs. 2 WBRL.

⁴²² Art. 8 Abs. 9 Unterabs. 3 WBRL. Ob dies auch für alle anderen juristischen Personen des öffentlichen Sektors gilt, ist trotz der Erwähnung von „gemeinsamen Behörden-diensten“ zweifelhaft. Die englische Fassung der Richtlinie spricht auch insoweit nur von „joint municipal authorities“. Auf derselben Linie liegen eine Reihe weiterer Sprachfassungen, beispielsweise die französische („autorités municipales conjointes“), die italienische („autorità comunali congiunte“), die spanische („autoridades municipales conjuntas“), die portugiesische („autoridades municipais comuns“) und die niederländische („gezamenlijke gemeentelijke autoriteiten“).

⁴²³ Zu diesen im Einzelnen oben unter Punkt 5.1.

⁴²⁴ Siehe Art. 8 Abs. 9 Unterabs. 3 Hs. 2, Art. 11 Abs. 2 Buchst. a, Art. 12 Abs. 1 Buchst. a, Abs. 3, 4, Erwägungsgrund 73 S. 2 WBRL.

12.2. Status Quo und Änderungsbedarf des deutschen Rechts

Soweit Whistleblower im öffentlichen Dienst auf Basis eines Arbeitsvertrages beschäftigt sind, gelten auch für sie die bereits dargestellten Regeln des allgemeinen Arbeitsrechts.⁴²⁵ Beamten-Whistleblower unterliegen wiederum den Vorgaben ihres jeweiligen Dienstrechts, namentlich denen des Bundesbeamtengesetzes (BBG) und des Beamtenstatusgesetzes (BeamtStG) nebst landesrechtlicher Bestimmungen.

Aufgrund einer Initiative des Europarats⁴²⁶ regelt das deutsche Beamtenrecht explizit jedenfalls einen Teilbereich des Whistleblowings, indem gemäß § 67 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BBG bzw. § 37 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BeamStG ein durch Tatsachen begründeter Verdacht auf Korruptionsstraftaten nach den §§ 331 bis 337 StGB an die zuständige oberste Dienstbehörde, eine Strafverfolgungsbehörde oder eine konkret bestimmte weitere Behörde oder außerdienstliche Stelle gemeldet werden darf. Im Einklang mit den Vorgaben der Whistleblower-Richtlinie erkennt auch das deutsche Beamtenrecht damit sowohl die Gleichstellung von internem und externem Whistleblowing als auch das Ausreichen eines hinreichend begründeten Verdachts jedenfalls partiell an.⁴²⁷ Darüber hinaus sind auch Meldungen über anzeigepflichtige Katalogstraftaten im Sinne des § 138 StGB an die Staatsanwaltschaften gemäß § 67 Abs. 2 S. 2 BBG bzw. § 37 Abs. 2 S. 2 BeamStG ausdrücklich zulässig.

In allen anderen Fällen fehlt es hingegen an einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung, mit der Folge, dass die einschlägige Rechtsprechung eine einzelfallabhängige Konkordanzabwägung verschiedener Rechte und Pflichten von Beamten-Whistleblowern vorgenommen hat.⁴²⁸ Wenngleich diese Rechtsprechung bisher keinen detaillierten Kriterienkatalog hervorgebracht hat, hat sich insbesondere der Vorrang interner Klärung in Gestalt des sog. Stufenmodells als charakteristischer Grundsatz herauskristallisiert.⁴²⁹ Externes Whistleblowing an

⁴²⁵ Vgl. oben, Punkte 6.2., 7.4., 8.2. und 9.2.; siehe auch § 3 Abs. 1 TVöD.

⁴²⁶ Art. 9 des Zivilrechtsübereinkommens über Korruption des Europarates vom 4.11.1999; BT-Drs. 16/2253, 15 bzw. BT-Drs. 16/4027, 32.

⁴²⁷ Vgl. Art. 10 Alt. 2, Art. 6 Abs. 1 Buchst. a WBRL.

⁴²⁸ Hierzu im Einzelnen *Gerdemann*, ZBR 2020, 12, 13 ff.; *Bäcker*, Die Verwaltung 2015, 499, 501 ff.; *Herold*, ZBR 2013, 8, 9 f.

⁴²⁹ Maßgeblich BGH 8.11.1965 – 8 StE 1/65, BGHSt 20, 342, 364 = NJW 1966, 1227, 1231; BVerfG 28.4.1970 – 1 BvR 690/65, BVerfGE 28, 191, 203 f. = NJW 1970, 1498, 1500 f., im Kontext der Strafbarkeit des Verfassungsschutz-Angestellten *Werner Pättsch* wegen der Verletzung des Dienstgeheimnisses gem. § 353b StGB.

eine andere Behörde, namentlich die Staatsanwaltschaft, soll hiernach allenfalls als ultima ratio nach vollständiger Ausschöpfung des Dienstweges⁴³⁰ in Betracht kommen, sofern nicht ausnahmsweise „besonders schwere Missstände“ in Rede stehen.⁴³¹ Eine Offenlegung von Rechtsverstößen insbesondere an die Medien wurde bisher allenfalls bei „schweren Verstößen gegen die verfassungsmäßige Ordnung“ in Betracht gezogen.⁴³² Meldet sich ein Whistleblower intern oder extern und ist er daraufhin entsprechenden Repressalien ausgesetzt, kann er sich hiergegen dem Grunde nach auf Basis der allgemeinen Fürsorgepflicht aus § 78 BBG bzw. § 45 BeamStG zur Wehr setzen,⁴³³ allerdings ohne dass ihm hierbei materielle Beweislastenerleichterungen zugutekämen.

Die institutionellen Rahmenbedingungen des Whistleblowings sind in Deutschland dagegen auch im öffentlichen Sektor in den letzten Jahren sukzessive ausgebaut worden. Dies gilt insbesondere für entsprechende interne und externe Meldekanäle, Ansprechpartner und Ombudspersonen auf dem Gebiet der Korruptionsbekämpfung,⁴³⁴ zunehmend aber auch in anderen Bereichen.⁴³⁵ Allgemeingültige organisatorische Mindeststandards und spezifische prozess- und verhaltensbezogene Pflichten für interne und externe Meldeadressaten haben sich indes noch nicht etablieren können.⁴³⁶

Die Umsetzung der WBRL wird demzufolge auch und gerade im Beamten- und Verwaltungsorganisationsrecht zu einer Reihe erheblicher Änderungen führen, ohne dass dem nationalen Gesetzgeber hierbei ein weiter Ermessensspielraum zur Verfügung stünde. Dies gilt allen voran für das hergebrachte „Stufenmodell“ der bisherigen Rechtsprechung, welches im Anwendungsbereich der Richtlinie bzw. des Umsetzungsgesetzes nicht mehr haltbar ist⁴³⁷ und entsprechende Anpassungen insbesondere der § 67 BBG bzw. § 37 BeamStG zur Folge

⁴³⁰ Vgl. § 125 Abs. 1 S. 2 BBG bzw. 36 Abs. 2 S. 1 BeamStG.

⁴³¹ Exemplarisch BVerwG, NJW 2001, 3280.

⁴³² BGH 8.11.1965 – 8 StE 1/65, BGHSt 20, 342, 364 = NJW 1966, 1227, 1231; vgl. auch §§ 67 Abs. 2 S. 2 Hs. 2 BBG; 37 Abs. 2 S. 2 Hs. 2 BeamStG.

⁴³³ Siehe etwa VG Bremen 8.9.2015 – 6 K 1003/14, CCZ 2016, 283, 284.

⁴³⁴ Vgl. bereits *Király*, Whistleblower in der öffentlichen Verwaltung, 2010, 9 ff., 17 f., 19 ff.

⁴³⁵ Siehe hierzu die Antwort der Bundesregierung auf eine entsprechende kleine Anfrage von Abgeordneten der Fraktion Bündnis 90/ Die Grünen, BT-Drs. 19/14980.

⁴³⁶ Die bisher detailliertesten gesetzlichen Anforderungen wurden auf Basis von Art. 32 der MMVO für das Whistleblower-Programm der Bafin aufgestellt, siehe § 4d FinDAG; https://www.bafin.de/DE/Aufsicht/Uebergreifend/Hinweisgeberstelle/hinweisgeberstelle_node.html.

⁴³⁷ *Schmolke*, NZG 2020, 5, 9; *Gerdemann*, ZGR 2020, 12, 16.

haben muss. Auch aufgrund des Umfangs der erforderlichen Regelungen, etwa mit Blick auf die Bestimmung der zuständigen Whistleblowing-Behörden und die im Einzelnen erforderlichen Bedingungen einer Offenlegung, empfiehlt es sich, anstelle einer in die bisherige Normstruktur integrierten Regelung eine eigenständige Kodifizierung vorzunehmen.⁴³⁸ Die aktuellen Vorgaben für die Meldung von Korruptionsstraftaten gemäß § 67 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BBG bzw. § 37 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BeamtStG ließen sich dabei dergestalt mit den zukünftigen Vorgaben eines Umsetzungsgesetzes harmonisieren, dass Whistleblowing-Behörden ausdrücklich als Unterfall einer „von der obersten Dienstbehörde bestimmten weiteren Behörde“ anerkannt werden.

Zwingender Anpassungsbedarf ergibt sich auch für andere Normen des aktuellen Beamtenrechts, namentlich für die Remonstrationspflicht gemäß § 63 Abs. 2 BBG bzw. § 36 Abs. 2 BeamtStG. Diese sieht in ihrer aktuellen Fassung vor, dass Beamte Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit einer dienstlichen Anordnung unter Einhaltung des Dienstweges intern zu melden haben. Diese Pflicht steht in unmittelbarem Konflikt zur Freiwilligkeit interner Meldungen nach der WBRL.⁴³⁹ Eine bloß kumulative Regelung, wonach Beamte zur internen Meldung unbedingt verpflichtet bleiben, zugleich aber optional ein Recht auf externe Meldung haben, würde dem Schutzkonzept der Richtlinie zuwiderlaufen, nach welchem dem Whistleblower eine unmittelbare externe Meldung unter Wahrung der Vertraulichkeit seiner Identität gerade auch zur Vermeidung interner Repressalien möglich sein soll.⁴⁴⁰ Eine Harmonisierung der beamtenrechtlichen Meldepflichten mit der richtliniengemäßen Gleichstellung interner und externer Meldungen ließe sich dadurch herstellen, dass Beamte im Falle von Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit einer dienstlichen Anordnung grundsätzlich zur internen Meldung auf dem Dienstweg verpflichtet bleiben, diese Pflicht im Anwendungsbereich des Umsetzungsgesetzes jedoch bei einer Meldung an interne Whistleblowing-Stellen oder Whistleblowing-Behörden als erfüllt gilt.

Darüber hinaus erfordert die Umsetzung der Richtlinie wie schon auf dem Gebiet des Arbeitsrechts eine umfassende gesetzliche Festschreibung der antidiskriminierungsrechtlichen Ansprüche und Abwehrrechte des Beamten, zumal

⁴³⁸ Konkret erscheint im Sinne von Rechtsklarheit und Systematik ein klarstellender Verweis auf ein eigenständiges Whistleblower-Gesetz in den §§ § 67 BBG, 37 BeamtStG als sinnvoll. Hierzu im Einzelnen unten, Punkt 14.

⁴³⁹ Vgl. oben, Punkt 7.2.

⁴⁴⁰ Vgl. Art. 10 Alt. 2, Art. 12 Abs. 1 a), Art. 16 Abs. 1 WBRL.

ein Rückgriff auf Verwaltungsvorschriften bei der Umsetzung individueller Ansprüche unionsrechtlich prinzipiell nicht ausreichend ist.⁴⁴¹ Dies wird unter anderem die Einführung einer expliziten Beweislastumkehr zugunsten von Beamten-Whistleblowern bezüglich disziplinarrechtlicher und sonstiger Nachteile mit sich bringen müssen.⁴⁴² Darüber hinaus werden die von der Richtlinie geforderten institutionellen Rahmenbedingungen in Gestalt von verwaltungsinternen Whistleblowing-Stellen und Whistleblowing-Behörden einen nicht unerheblichen gesetzgeberischen und organisatorischen Anpassungsbedarf im öffentlichen Sektor nach sich ziehen.⁴⁴³ Selbst wenn sich der deutsche Gesetzgeber auf dem Gebiet des Beamtenrechts gegen eine Ausdehnung des sachlichen Anwendungsbereichs des Umsetzungsgesetzes entscheiden sollte,⁴⁴⁴ empfiehlt es sich in jedem Fall, die prozess- und verhaltensbezogenen Mindestanforderungen an interne Whistleblowing-Stellen und Whistleblowing-Behörden⁴⁴⁵ einheitlich auch auf bereits bestehende Meldeadressaten zu erstrecken, beispielsweise auf Ombudspersonen für die Aufdeckung von Korruptionsstraf-taten.

Wenngleich besonderen nationalen Bestimmungen und Einschränkungen für Beamten-Whistleblower aufgrund der unterschiedslosen Erstreckung des persönlichen Anwendungsbereichs auf Beamte gemäß Art. 4 Abs. 1 Buchst. a WBRL enge Grenzen gesetzt sind, verbleiben dem Umsetzungsgesetzgeber doch gewisse Spielräume. Die Grundentscheidung der Richtlinie, internes und externes Whistleblowing rechtlich gleichzustellen, kann hierbei indes nicht umgangen werden, auch nicht durch eine interne Verwaltungsanweisung zur Einhaltung des Dienstweges. Die Richtlinie bestimmt, dass die Rechtsposition des Whistleblowers nicht durch individualvertragliche Vereinbarung abbedungen oder geschmälert werden kann.⁴⁴⁶ Gleiches gilt unabhängig vom Vorliegen eines öffentlich-rechtlichen Sonderstatusverhältnisses erst recht für einseitige verwaltungsinterne Maßnahmen. Hiervon unberührt bleibt die Möglichkeit der Mitgliedstaaten, sich im Sinne des Art. 7 Abs. 2 WBRL für interne Meldungen einzusetzen, sofern intern wirksam gegen einen Verstoß vorgegangen werden

⁴⁴¹ EuGH 30.5.1991 – C-361/88 (*Kommission/Deutschland*), NVwZ 1991, 866, 867, Rn. 20 f., und 30.6.2016 – C-648/13 (*Kommission/Polen*), Rn. 78 f. m.w.N.

⁴⁴² Zur Beweislastumkehr, vgl. Punkt 9.1.

⁴⁴³ Bloße Ausnahmen von der beamtenrechtlichen Verschwiegenheitspflicht könnten nicht bereits als Umsetzung der Pflicht zur Einrichtung entsprechender Meldekanäle verstanden werden. A.A. offenbar das Positionspapier des *dbb* (Fn. 419), 4 a.E.

⁴⁴⁴ Zum sachlichen Anwendungsbereich de lege ferenda unten, Punkt 13.2.

⁴⁴⁵ Siehe Punkte 4.1. und 5.1.

⁴⁴⁶ Art. 24, Erwägungsgrund 91 S. 1 WBRL.

kann und der Whistleblower keine Repressalien befürchten muss. Möglich wäre dies beispielsweise durch eine substantiierte Information potenzieller Whistleblower über die Effektivität und die praktischen Vorteile verwaltungsinterner Whistleblowing-Stellen, soweit hierdurch nicht der Eindruck erweckt wird, dass externe Meldungen oder Offenlegungen negative Konsequenzen nach sich ziehen würden. Auch im Interesse der grundsätzlichen Einhaltung des Dienstweges ist es empfehlenswert, Meldungen, die hierüber an die dafür vorgesehenen Adressaten gerichtet werden, ebenfalls als schutzauslösende Meldevariante anzuerkennen, sofern der Whistleblower davon ausgehen durfte, dass dies zur Einleitung von Folge- oder Schutzmaßnahmen führen wird.⁴⁴⁷

Im Übrigen ist entgegen teils geäußelter Befürchtungen selbst bei erheblicher Ausdehnung des sachlichen Anwendungsbereichs des Umsetzungsgesetzes nicht von einer Erosion hergebrachter Geheimhaltungsgrundsätze des deutschen Berufsbeamtentums auszugehen. Abgesehen davon, dass der Schutz von Verschlussachen ebenso wie die Verschwiegenheitspflichten der Staatsanwaltschaften im Rahmen des Strafprozesses unberührt bleiben,⁴⁴⁸ sind Beamte auch im Anwendungsbereich der Richtlinie keinesfalls generell von ihren Verschwiegenheitspflichten befreit. Dies gilt insbesondere für Bereiche, in denen die Überwachung der Einhaltung bestimmter Rechtsvorschriften in den Aufgabenbereich der jeweiligen Behörde fällt, da eine externe Meldung insoweit typischerweise nicht der Aufdeckung des Verstoßes dienen kann⁴⁴⁹ und eine Offenlegung regelmäßig bereits dadurch ausscheidet, dass der zuständige Beamte selbst gegen den Verstoß vorgehen kann.⁴⁵⁰ Anders zu beurteilen wären freilich Fälle, in denen es innerhalb der Behörde selbst zu gegebenenfalls erheblichen Rechtsverstößen kommt oder die Rechtsverstöße Privater durch eine höhere Hierarchieebene gedeckt oder nicht geahndet werden. Genau für diese Konstellationen sind die Meldemöglichkeiten der Richtlinie indes vorgesehen und mit Blick auf die besondere Bindung des öffentlichen Dienstes an Recht und Gesetz gemäß Art. 20 Abs. 3 GG zudem verfassungsrechtlich zulässig und zielführend. Eine sorgfältige Umsetzung der Richtlinie wird daher in erster Linie zu einer zweckmäßigen Fortentwicklung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums im Sinne von Art. 33 Abs. 5 Alt. 2 GG führen.

⁴⁴⁷ Vgl. bereits oben, Punkt 6.3.

⁴⁴⁸ Art. 3 Abs. 3 Buchst. a, d WBRL.

⁴⁴⁹ Vgl. Art. 21 Abs. 4 WBRL.

⁴⁵⁰ Vgl. Art. 15 Abs. 1 Buchst. b ii) WBRL.

13. Zur Erstreckung des Anwendungsbereichs auf nationale Regelungssachverhalte

13.1. Sollte die Begrenzung auf Unionsrecht im Rahmen des Umsetzungsgesetzes aufgehoben werden?

Wie unter Punkt 2.1. beschrieben, bestimmt sich der sachliche Anwendungsbereich der Richtlinie anhand einer enumerativen Auflistung sekundärer Rechtsakte und primärrechtlicher Normen unter Einschluss der nationalen Umsetzungsnormen des erfassten Unionsrechts (Art. 2 in Verbindung mit dem Anhang Teil I und II WBRL).

Diese Regelungstechnik ist die Konsequenz der kompetenzrechtlichen Beschränkung der Regelungsmacht der Europäischen Union entsprechend den allgemeinen Grundsätzen der begrenzten Einzelermächtigung, Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit.⁴⁵¹ Aus diesem Grund musste der Unionsgesetzgeber sich darauf beschränken, auf der Basis seiner Binnenmarktkompetenzen und einer auf seine bereichsspezifischen Kompetenzfeldern gestützten Annexkompetenz den rechtlichen Umgang mit Whistleblowern lediglich für solche Regulierungsfelder verbindlich vorzugeben, in denen er eine besonders wirksame Reduzierung bestehender Vollzugsdefizite konkret begründen konnte.⁴⁵²

Diese Regelungstechnik steht in einem deutlichen Kontrast zum erklärten Ziel der Richtlinie, durch die einheitliche, sektorenübergreifende Regelung des Whistleblowings der Zersplitterung des Whistleblowing-Rechts in Europa und der hierdurch entstandenen, erheblichen Rechtsunsicherheit soweit wie möglich entgegenzuwirken.⁴⁵³ Im Bewusstsein dieser Problematik weist die Richtlinie in mehrerlei Hinsicht über ihren sachlichen Anwendungsbereich und dessen gegenwärtige Beschränkung bewusst hinaus. Zum einen hat sich der Unionsgesetzgeber in Art. 27 Abs. 3 S. 2 WBRL ausdrücklich vorbehalten, den sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinie unter Berücksichtigung ihrer rechtstatsäch-

⁴⁵¹ Siehe Art. 5 Abs. 1 EUV sowie Erwägungsgrund 108 WBRL.

⁴⁵² Siehe Erwägungsgründe 3, 5 ff. WBRL.

⁴⁵³ Siehe insbes. 4 WBRL; Begründung des Kommissionsvorschlags COM(2018)218 final vom 23.4.2018, Ziff. 1.

lichen Folgen in den einzelnen Mitgliedstaaten in Zukunft auch auf andere Unionsrechtsakte und Bereiche auszudehnen. Zum zweiten stellt Art. 6 Abs. 1 Buchst. a WBRL Whistleblower auch dann unter den Schutz der Richtlinie, wenn sie Verstöße melden oder offenlegen, die nicht in den sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinie fallen, von denen sie aber angesichts der komplexen Enumerationstechnik gutgläubig annehmen durften, dass dies der Fall sei. Vor allem aber weist Erwägungsgrund 5 S. 2 WBRL die Mitgliedstaaten ausdrücklich darauf hin, dass sie den Anwendungsbereich auf andere Bereiche ausdehnen können, um auf nationaler Ebene für einen umfassenden und kohärenten Rechtsrahmen des Whistleblower-Schutzes zu sorgen. Aufgrund der kompetenzrechtlichen Grenzen der Europäischen Union hat dieser Hinweis aus normativer Sicht freilich nur den Charakter einer Empfehlung, ohne dass der europäische Gesetzgeber den Mitgliedstaaten die legislative Nutzung dieser Möglichkeit verbindlich vorschreiben könnte.

Die Bedenken der Europäischen Union gegenüber den Folgen eines uneinheitlichen Anwendungsbereichs sind begründet. Wie internationale Forschungsergebnisse und praktische Erfahrungswerte belegen, ist ein einheitlicher Anwendungsbereich eines der entscheidenden Kriterien für den Erfolg oder Misserfolg von Whistleblowing-Normen.⁴⁵⁴ Das Whistleblowing-Recht erweist sich in besonderem Maße als anfällig für die negativen rechtstatsächlichen Konsequenzen, die mit Rechtsunsicherheit im Allgemeinen und einem normativ unklaren Anwendungsbereich von Whistleblower-Schutznormen im Besondern zwangsläufig einhergehen. Einer der wesentlichen Gründe hierfür ist die besondere Situation, in der sich potentielle Whistleblower zum Zeitpunkt ihrer Entscheidung für oder gegen eine Meldung oder Offenlegung befinden. Angesichts der erheblichen wirtschaftlichen und persönlichen Risiken, die mit einer solchen Entscheidung regelmäßig einhergehen, können sich rechtliche Unsicherheiten in Bezug auf das Bestehen und die Reichweite des von der Rechtsordnung gewährten Whistleblower-Schutzes unmittelbar negativ auf die Bereitschaft zum Whistleblowing auswirken. Dies gilt sowohl mit Blick auf das Risiko der Schutzlosigkeit als auch angesichts der individuellen Belastungen langwieriger juristischer Verfahren bei zugleich nicht selten existentieller Bedeutung des Verfahrensausgangs für die beteiligten Personen. Der vor dem Hintergrund dieser Ausgangslage oft entstehende, zeitlich und finanziell erhebliche Prozessaufwand geht zudem regelmäßig mit spürbar negativen Konsequenzen auch

⁴⁵⁴ Gerdemann, Transatlantic Whistleblowing, 2018, Rn. 49 f., 56, 61, 64 ff., 126 ff., 167, 211, 220, 225, 287 m.w.N.

zulasten von Arbeitgebern, betroffenen Personen und den Justizressourcen der Allgemeinheit einher. Die Gefahr einer solchen Entwicklung nimmt dabei in Abhängigkeit von der Komplexität des betroffenen Rechtsgebiets noch einmal signifikant zu. In den USA, dessen föderales Whistleblowing-Recht mit der rechtlichen Ausgangslage innerhalb der Europäischen Union in vielerlei Hinsicht vergleichbar ist, waren Rechtsunsicherheiten auf dem Gebiet des auch von der Richtlinie betroffenen Finanzaufsichtsrechts beispielsweise ein wesentlicher Grund für das mit erheblichem Prozessaufwand erkaufte Scheitern der einschlägigen Whistleblower-Schutznormen.⁴⁵⁵

Diese Rechtsunsicherheiten werden aufgrund des enumerativ strukturierten Anwendungsbereichs der Richtlinie und der im einfachen Recht nicht erkennbar abgebildeten Kompetenzverteilung zwischen der Union und ihren Mitgliedstaaten noch erheblich verschärft. So ist selbst für ausgebildete Juristen in vielen Regulierungsbereichen allenfalls mit erheblichem Rechercheaufwand feststellbar, welche Normen des deutschen Rechts einen rein nationalen Hintergrund haben und welche ganz oder zum Teil auf unionsrechtlichen Vorgaben beruhen. Aus Perspektive der allermeisten Whistleblower ist es nahezu unmöglich, zunächst einen Verstoß gegen nationales Recht sicher festzustellen, den unionsrechtlichen Hintergrund der konkreten Norm ausfindig zu machen, zu überprüfen, ob sich die unionsrechtlichen Vorgaben im Katalog der Rechtsakte des Anhangs der Whistleblower-Richtlinie befinden, zu beurteilen, inwieweit der Verstoß den durch einen europäischen Rechtsakt vorgegebenen Umsetzungsrahmen tangiert und anschließend selektiv allein jene Aspekte des verstoßrelevanten Verhaltens zu melden bzw. offenzulegen, die sich auf Verstöße gegen erfasstes Unionsrecht und nicht etwa Verstöße gegen rein nationales Recht beziehen. Nichts anderes gilt für die aus Whistleblower-Perspektive kaum zu leistende Interpretation von Rechtsbegriffen des Primärrechts, beispielsweise die Beantwortung der Frage, ob eine Betrugerei oder andere rechtswidrige Handlung sich gegen die finanziellen Interessen der Europäischen Union oder „lediglich“ jene der Bundesrepublik Deutschland richten.⁴⁵⁶ Diese Rechtsunsicherheit hat entsprechende negative Folgen auch für die zuständigen Whistleblowing-Stellen und -Behörden, die einen erheblichen Teil ihrer Ressourcen darauf verwenden müssten, aus dem gemeldeten Lebenssachverhalt exakt jene

⁴⁵⁵ Ebd., Rn. 124 ff., 167, 225 zu § 806 des Sarbanes-Oxley-Act von 2002.

⁴⁵⁶ Art. 2 Abs. 1 Buchst. b WBRL i.V.m. Art 325 AEU. Zur weiten, aber konturarmen Auslegung des Begriffs der finanziellen Interessen der Union, siehe EUGH 26.2.2013 – C-617/10 (*Åkerberg Fransson*), Rn. 26 f., NJW 2013, 1415, 1416; 8.9.2015 – C-105/14 (*Taricco*), Rn. 37 ff., NZWiSt 2015, 390, 394 f.

Rechtsverstöße herauszudestillieren, für deren Weiterverfolgung sie konkret zuständig sind.

Man versetze sich beispielsweise in die Lage eines Kellners, der von einer Kollegin erfährt, dass sein Arbeitgeber das Restaurant zur Wäsche von Drogengeld benutzt und sie in einem Hinterzimmer zur Prostitution zwingt. Art. 2 Abs. 1 Buchst. a Ziff. ii WBRL nennt die Verhinderung von Geldwäsche, aber geht es um einen Verstoß im Anwendungsbereich der zahlreichen Richtlinien und Verordnungen, die im Anhang der WBRL unter den die Geldwäsche (mit-) erwähnenden Überschriften aufgeführt werden? Falls ja, würde der Fall hinsichtlich der Geldwäsche unter die WBRL fallen, hinsichtlich der erzwungenen Prostitution nur unter nationales Recht. Vor diesem praktischen Hintergrund ist ein Festhalten an der enumerativen Begrenzung des sachlichen Schutzbereichs der Richtlinie nicht empfehlenswert.⁴⁵⁷

Mit der Feststellung der Notwendigkeit einer einheitlichen und rechtssicheren Regulierung des Whistleblowings ist noch nicht beantwortet, ob die Vorgaben der Richtlinie sich auch für eine Übertragung auf nationale Sachverhalte eignen, insbesondere also, ob das unionsrechtliche Regelungssystem dem Status quo des deutschen Whistleblowing-Rechts inhaltlich überlegen ist. Wie im Rahmen dieses Gutachtens in vielen Punkten dargestellt, zeichnet sich der rechtliche Umgang mit Whistleblowing in Deutschland nicht durch ein in sich geschlossenes Regelungssystem, sondern durch eine Vielzahl rechtsgebiets- und sektorspezifischer Regelungsfragmente aus, deren Konturen durch eine einzelfallgetriebene Rechtsprechung bislang nur in sehr begrenztem Maße vorgezeichnet sind.⁴⁵⁸ Der hierdurch verursachten Rechtsunsicherheit ist in Rechtswissenschaft und Praxis bereits häufig mit deutlicher Kritik und Forderungen nach einer gesetzgeberischen Reform begegnet worden.⁴⁵⁹ Demgegenüber bilden die Vor-

⁴⁵⁷ I. Erg. ebenso *Schmolke*, NZG 2020, 5, 10 ff.; zum Kommissionsentwurf bereits *Wiedmann/Seyfert*, CCZ 2019, 12, 18 f.; *Groß/Platzer*, NZA 2018, 913, 915.

⁴⁵⁸ Siehe insbes. die Punkte 3.2., 4.2., 6.2., 7.4., 8.2., und 12.2.

⁴⁵⁹ Statt vieler auf dem Gebiet des Arbeitsrechts *Müller*, NZA 2002, 424, 431 ff.; *Deiseroth/Derleder*, ZRP 2008, 248, 248 ff.; *Groneberg*, Whistleblowing, 2011, 216 ff., 232 f.; *Abraham*, ZRP 2012, 11, 11 ff.; *Mengel*, CCZ 2012, 146, 151 ff.; *Eufinger*, ZRP 2016, 229, 231; *Groß/Platzer*, NZA 2017, 1097, 1097 f.; *Schmitt*, RdA 2017, 365, 365 f.; *Gerdemann*, RdA 2019, 16, 17 f.; auf dem Gebiet des Beamtenrechts *Herold*, ZBR 2013, 8, 13 f.; *Bäcker*, Die Verwaltung 2015, 499, 521; *Passarge*, NVwZ 2015, 252, 253; *Hans*, Whistleblowing durch Beamte, 2017, 104 f., 121 ff.; *Günther*, NVwZ 2018, 1109, 1112; *Gerdemann*, ZBR 2020, 12, 13 ff.; aus internationaler Perspektive *OECD*, Anti-Bribery Phase 4 Report Germany, 2018, 5, 18 ff., 84. Primär in Opposition zu einem Gesetzesentwurf der SPD aus dem Jahr 2012 wurde die Reformbedürftigkeit des deut-

gaben der Richtlinie einen rechtsgebietsübergreifenden, normativ kohärenten und gezielt um Rechtssicherheit bemühten Kodifikationsrahmen unter Einschluss einer Vielzahl von erfahrungsgemäß relevanten Aspekten des Whistleblowings. Soweit die Richtlinie in einigen Bereichen klärungs- oder ergänzungsbedürftige Normelemente und Regelungslücken enthält, können diese im Rahmen der Umsetzung auf Basis der hier empfohlenen Klarstellungen und Ergänzungen einer sinnvollen legislativen Lösung zugeführt werden.

Auch hinsichtlich des inhaltlichen Regelungsgehalts und der zu erwartenden rechtstatsächlichen Konsequenzen stellen die Vorgaben der Richtlinie ganz überwiegend eine signifikante Verbesserung des bislang vor allem reaktiv und ohne dezidierte Rechtsfolgenabwägung ausgebildeten deutschen Whistleblowing-Rechts dar. Das betrifft beispielsweise die Whistleblower-günstige Beweislastumkehr des Art. 21 Abs. 5 WBRL, die geeignet ist, die beweisrechtlichen Schwächen bisheriger, nicht auf Whistleblowing-Fälle zugeschnittener Normen wie § 612a BGB zu beheben.⁴⁶⁰ Gleiches gilt für die rechtsgebietsübergreifend einheitliche, anti-diskriminierungsrechtliche Ausgestaltung des Whistleblower-Schutzes unter ausdrücklicher Einbeziehung von in der Praxis häufigen Repressalien unterhalb der Schwelle zur formalen Kündigung⁴⁶¹ sowie den bewussten Verzicht auf eine rechtssicherheitsschädliche ex-post-Überprüfung der Motive des Whistleblowers.⁴⁶² Auch bieten die unternehmens- und verwaltungsorganisatorischen Vorgaben der Richtlinie für den Rechtsanwender erstmals einen weitgehend verlässlichen Rechtsrahmen mit Blick auf das Bestehen einer Pflicht zur Einrichtung von Meldekanälen und die von internen und externen Meldeadressaten einzuhaltenden Mindestanforderungen.⁴⁶³ Diese Vorgaben eröffnen zugleich die Chance, über eine robuste Ausgestaltung des Vertraulichkeitsschutzes bei gleichzeitiger Wahrung der Rechte betroffener Personen⁴⁶⁴ einen angemessenen, gesetzlich klar ausgestalteten Ausgleich der involvierten Interessen vorzunehmen.⁴⁶⁵

schen Whistleblowing-Recht in Teilen der Literatur seinerzeit aber auch bisweilen bestritten, siehe *Klasen/Schaefer*, BB 2012, 641, 646 f.; *von Busekist/Fahrig*, BB 2013, 119, 123 f.; *Rudkowski*, CCZ 2013, 204, 209.

⁴⁶⁰ Hierzu oben, Punkt 9.2.

⁴⁶¹ Art. 19 WBRL.

⁴⁶² Zu den subjektiven Schutzvoraussetzungen im Einzelnen oben, Punkte 6.1. und 6.2.

⁴⁶³ Hierzu oben, Punkte 4. und 5.

⁴⁶⁴ Hierzu oben, Punkt 10.

⁴⁶⁵ Vgl. zur bisher vor allem datenschutzrechtlich unklaren Rechtslage und den hiermit in der Praxis verbunden Problemen etwa *Groß/Platzer*, NZA 2017, 1097, 1100 ff. m.w.N.

Komparative Vorteile einer Übertragung der unionsrechtlichen Vorgaben auf nationale Sachverhalte lassen sich auch dort feststellen, wo einzelnen Bestimmungen der Richtlinie im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens der EU gerade aus Deutschland teils mit Kritik begegnet worden ist. Das gilt namentlich für die Gleichstellung von internem und externem Whistleblowing unter Verzicht auf einen zwingenden Vorrang interner Klärung.⁴⁶⁶ Entgegen bisweilen geäußelter Befürchtungen⁴⁶⁷ besteht aus empirischer Sicht kein Anlass zu der Annahme, dass ein Wahlrecht des Whistleblowers unternehmensinterne Whistleblowing-Systeme ihrer Existenzgrundlage berauben würde. Zum einen gilt es mittlerweile rechtsgebiets- und rechtsordnungsübergreifend als gesichert, dass Whistleblower sich auch bei Verfügbarkeit externer Meldekanäle und sogar bei Gewährung rechtlicher und/oder finanzieller Vorteile zugunsten externer Meldungen ganz überwiegend zunächst für eine interne Meldung entscheiden.⁴⁶⁸ Zum anderen lässt sich unter anderem in den USA beobachten, dass die Gleichstellung von internem und externem Whistleblowing effektive Anreize zugunsten eines optimierungsdienlichen Wettbewerbs zwischen internen und externen Adressaten generiert, der auch und gerade mit positiven Effekten für die Qualität interner Whistleblowing-Stellen einhergeht.⁴⁶⁹ Eine Liberalisierung der rechtlich zulässigen Meldeadressaten⁴⁷⁰ kommt daher aller Wahrscheinlichkeit nach nicht nur einzelnen Whistleblowern und den Interessen der Allgemeinheit an einer rechtzeitigen Aufdeckung zukünftiger Wirtschaftsskandale zugute, sondern dient zugleich der eigenständigen Weiterentwicklung unternehmensinterner Compliance-Bemühungen.

Mit den obigen Ausführungen sei nicht gesagt, dass die konkreten Bestimmungen der Richtlinie aus wissenschaftlicher oder rechtspolitischer Sicht in keinerlei Weise verbesserungsfähig oder gar alternativlos wären. Allerdings kann ein-

⁴⁶⁶ Hierzu oben, Punkt 7.

⁴⁶⁷ Vgl. etwa *BDA*, Whistleblowing – Maßnahmen auf Europäischer Ebene nicht erforderlich!, 4.2020, abrufbar unter [https://www.arbeitgeber.de/www/arbeitgeber.nsf/res/1D75A2325342724FC125790A003682F7/\\$file/Whistleblowing.pdf](https://www.arbeitgeber.de/www/arbeitgeber.nsf/res/1D75A2325342724FC125790A003682F7/$file/Whistleblowing.pdf); *BDI*, Neue Vorschriften zum Schutz von Whistleblowern – Unternehmen werden nicht geschont, 15.5.2019, abrufbar unter <https://bdi.eu/artikel/news/neue-vorschriften-zum-schutz-von-whistleblowern-unternehmen-werden-nicht-geschont>.

⁴⁶⁸ Siehe nur *Herold*, Whistleblower, 87 f., 201 ff.; *Gerdemann*, Transatlantic Whistleblowing, 2018, Rn. 7 f., 62, 81, 132 ff., 218; jew. m.w.N.

⁴⁶⁹ Hierzu im Einzelnen *Gerdemann*, Transatlantic Whistleblowing, 2018, Rn. 106 f., 200 f., 218, 230, 253, 286.

⁴⁷⁰ Zu den für Deutschland empfehlenswerten Ergänzungen bezüglich interner und externer Meldeadressaten, siehe oben, Punkte 6.3. und 6.4.

deutig festgestellt werden, dass das ineinandergreifende Regelungssystem der Richtlinie sowohl dem Status quo als auch den bisherigen Reformbemühungen des deutschen Rechts in vielerlei Hinsicht überlegen ist und erstmals einen inhaltlich abgestimmten und rechtstatsächlich tragfähigen Rahmen für die rechtlichen Querschnittsmaterie des Whistleblowings bereitstellt. Eine Übertragung der Vorgaben der Richtlinie auf nationale Sachverhalte ist daher auch unter diesem Aspekt empfehlenswert.

Nicht zuletzt wäre eine Mindestumsetzung der Richtlinie ohne Erweiterung des sachlichen Anwendungsbereichs aus Gleichheitsgesichtspunkten kaum zu rechtfertigen. Sie würde dazu führen, dass Whistleblower ohne sachlichen Grund signifikant schlechter gestellt wären, wenn und soweit sie nicht unionsrechtliche, sondern (rein) nationale Rechtsverstöße melden, selbst wenn es sich hierbei gegebenenfalls um schwerste Straftaten handelt. So wären beispielsweise Whistleblower, die Sexualdelikte,⁴⁷¹ Menschenhandel ⁴⁷² oder systematische Betrugsfälle⁴⁷³ aufdecken und hierbei unter Umständen erhebliche persönliche Risiken eingehen, lediglich über den ebenso fragmentarischen wie vergleichsweise restriktiven Schutz des aktuellen deutschen Whistleblowing-Rechts geschützt, wohingegen etwa die interne Meldung vergleichsweise geringfügiger Verstöße auf dem Gebiet des Datenschutzrechts sämtliche Ansprüche und Schutzrechte der Richtlinie auslösen würde. Selbst Letzteres wäre freilich nur dann der Fall, wenn und soweit der Whistleblower Verstöße gegen europäisches Datenschutzrecht meldet, nicht hingegen, wenn die betreffenden Normen rein nationalen Ursprungs sind, was beispielsweise auf dem Gebiet des Beschäftigtendatenschutzes der Fall sein kann.⁴⁷⁴ Eine derart divergente Rechtslage ohne sachliche Rechtfertigung kann nicht nur das berechnete Interesse individueller Whistleblower an einer rechtlichen Gleichbehandlung verletzen, sondern vorhersehbarer Weise zugleich eine aufwandsträchtige gerichtliche Auseinandersetzung um das im Einzelfall anzuwendende Schutzniveau provozieren. Davon abgesehen würde sich die deutsche Rechtsordnung in ihrer eigenen nationalen Rechtssphäre eines effektiven Mittels zur Aufdeckung und Verhinderung zukünftiger Wirtschaftsskandale und anderer systematischer Missstände begeben, obwohl dessen Einsatz angesichts der ohnehin einzurichtenden Whistleblowing-Stellen und -Behörden mit vergleichsweise geringen Grenzkosten verbunden wäre.

⁴⁷¹ Vgl. §§ 174 ff. StGB.

⁴⁷² Vgl. §§ 232 StGB.

⁴⁷³ Vgl. §§ 263 ff. StGB.

⁴⁷⁴ Vgl. Art. 88 DSGVO, § 26 BDSG.

Trotz dieser rechtspolitisch gewichtigen Gründe folgt aus der mangelnden sachlichen Rechtfertigung der Ungleichbehandlung jedoch nicht, dass eine Begrenzung des sachlichen Anwendungsbereichs auf Verstöße gegen enumeriertes Unionsrecht zwangsläufig auch wegen Verstoßes gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG als verfassungswidrig einzustufen wäre. Eine unterschiedliche Behandlung von Unionsrecht und nationalem Recht ist eine dem Grunde ebenso unvermeidbare wie beabsichtigte Konsequenz des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung gemäß Art. 5 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 EUV, wonach die Europäische Union nur innerhalb ihrer Zuständigkeit tätig wird, alle ihr nicht übertragenen Zuständigkeiten hingegen bei den Mitgliedsstaaten verbleiben. Würde man verlangen, dass der deutsche Gesetzgeber unionsrechtliche Vorgaben in einer streng am allgemeinen Gleichheitssatz orientierten Weise auch auf nationale Sachverhalte überträgt, würde dies die nationale Regelungshoheit einschränken und die über Art. 23 GG legitimierte Kompetenzverteilung im Wege einer verfassungsrechtlich erzwungenen Vollharmonisierung im Ergebnis negieren. Zur Beseitigung einer Ungleichbehandlung durch zwei unterschiedliche Normgeber ist der deutsche Gesetzgeber daher im Rahmen von Art. 3 Abs. 1 GG grundsätzlich nicht verpflichtet.⁴⁷⁵

Allerdings sprechen gute Gründe dafür, dass dieses auf einer formal-kompetenzrechtlichen Argumentation beruhende Prinzip nicht uneingeschränkt gilt. So ist in der jüngeren Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts⁴⁷⁶, des Bundesgerichtshofs⁴⁷⁷ und des Bundesarbeitsgerichts⁴⁷⁸ in Bezug auf das mit der hiesigen Ausgangslage vergleichbare Problem der Inländerdiskriminierung anerkannt, dass eine durch Unionrecht hervorgerufene Ungleichbehandlung unter bestimmten Umständen sehr wohl einer sachlichen Rechtfertigung bedarf.⁴⁷⁹ Selbst wenn man diese Rechtfertigung eingedenk der unterschiedlichen Normgeber lediglich am eingeschränkten Maßstab des Willkürverbots messen

⁴⁷⁵ Vgl. BVerfG 8.6.2004 – 2 BvL 5/00, NJW-RR 2004, 1657, 1660.

⁴⁷⁶ BVerwG 31.8.2011 – 8 C 9/10, Rn. 41 ff., NVwZ-RR 2012, 23, 27 f.; BVerwG 4.9.2007 – 1 C 43.06, Rn. 40, NVwZ 2008, 333, 337; 21.6.2006 – 6 C 19.06, Rn. 60, NVwZ 2006, 1175, 1180.

⁴⁷⁷ BGH 19.9.2013 – IX AR (VZ) 1/12, Rn. 31, NJW 2013, 3374, 3377.

⁴⁷⁸ BAG 25.1.2018 – 6 AZR 791/16, Rn. 27, NZA 2018, 1200, 1204; 11.8.1998 – 9 AZR 155/97, NZA 1999, 767, 769.

⁴⁷⁹ Siehe zum Problem der Inländerdiskriminierung statt mehrerer von Mangoldt/Klein/Starck/*Wollenschläger*, 7. Aufl. 2018, GG Art. 3 Rn. 220 f. m.w.N. zum Diskussionsstand in der Literatur.

wollte,⁴⁸⁰ bestünde bei einer Begrenzung des Whistleblower-Schutzes auf bestimmte unionsrechtliche Normen jedenfalls ein nicht von der Hand zu weisendes Risiko der Verfassungswidrigkeit, da ein vernünftiger, sich aus der Natur der Sache ergebender oder sonst wie sachlich einleuchtender Grund für die gesetzliche Differenzierung nicht zu finden ist.⁴⁸¹

Warum ein Whistleblower sich bei der Aufdeckung unionsrechtlicher Verstöße auf den deutlich rechtssichereren, unter liberaleren Voraussetzungen gewährten und nicht zuletzt beweisrechtlich effektiveren Schutz nach Maßgabe der Richtlinie berufen kann, ihm dieser Schutz hingegen in Bezug auf sämtliche nationalen Rechtsverstöße verwehrt werden soll, ergibt sich aus keinem sachlich einleuchtenden Grund, der über den kompetenzrechtlichen Ursprung der Differenzierung hinausginge. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass eine solche Unterscheidung zwar nicht unmittelbar an der Person des Whistleblowers anknüpfen würde, dieser die Verwirklichung des Differenzierungskriteriums durch sein Verhalten aber gleichwohl nicht beeinflussen könnte, da es außerhalb seines Einflussbereichs liegt, mit welcher Art von Normverstößen er sich konfrontiert sieht und ob diese einen unionsrechtlichen Hintergrund haben oder nicht.⁴⁸² Zudem können je nach Sachlage die Interessen der Allgemeinheit sowie die Grundrechte und Rechtsgüter involvierter Personen bei einem gravierenden Verstoß gegen gewichtiges nationales Recht, namentlich bei Verstößen gegen deutsches Strafrecht, ungleich stärker betroffen sein, als dies bei einem Verstoß gegen einige von der Richtlinie aufgeführte Rechtsakte und Normen der Fall ist. Eine isolierte Verbesserung des Whistleblower-Schutzes im Fall der Meldung oder Offenlegung bestimmter unionsrechtlicher Verstöße unter Beibehaltung des Status quo des deutschen Whistleblowing-Rechts in allen übrigen Fällen ist daher verfassungsrechtlich höchst fragwürdig.

⁴⁸⁰ So i.R.d. Inländerdiskriminierung offenbar BGH 19.9.2013 – IX AR (VZ) 1/12, Rn. 31, NJW 2013, 3374, 3377; BVerwG 4.9.2007 – 1 C 43/06, Rn. 40, NVwZ 2008, 333, 337. Je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmal ergeben sich nach der Rechtsprechung des BVerfG aus dem allgemeinen Gleichheitssatz unterschiedliche, gleitende Grenzen für den Gesetzgeber, die vom bloßen Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse reichen (siehe z.B. BVerfG 21.6.2011 – 1 BvR 2035/07, Rn. 64 f., NVwZ 2011, 1316, 1317 – dort aufgrund fehlerhafter Nummerierung Rn. 77 f.).

⁴⁸¹ Vgl. BVerfG 23.10.1951 – 2 BvG 1/51, NJW 1951, 877, 878 f.

⁴⁸² Vgl. zur Relevanz des angewendeten Differenzierungskriteriums BVerfG 21.6.2011 – 1 BvR 2035/07, Rn. 65, NVwZ 2011, 1316, 1317 m.w.N. – dort aufgrund fehlerhafter Nummerierung Rn. 78.

Aus allen oben genannten Gründen ist eine Aufhebung der Begrenzung des sachlichen Anwendungsbereichs auf Unionsrecht im Rahmen des Umsetzungsgesetzes daher zu empfehlen.

13.2. Welchen materiellen Umfang sollte eine Erweiterung des Anwendungsbereichs haben?

Die Frage nach dem richtigen materiellen Umfang des sachlichen Anwendungsbereichs des Umsetzungsgesetzes ist in erster Linie eine rechtspolitische Wertungsfrage, die sich einer rechtswissenschaftlich oder rechtsempirisch eindeutigen Antwort naturgemäß entzieht. Gleichwohl ergeben sich aus den unter Punkt 13.1. dargestellten Überlegungen und den rechtstatsächlichen Erfahrungswerten anderer Rechtsordnungen einige legislative Leitlinien für eine sinnvolle Ausgestaltung des sachlichen Anwendungsbereichs, deren Beachtung im Interesse einer dogmatisch kohärenten und aus Perspektive der Rechtsfolgenabschätzung wirksamen Regelung empfehlenswert ist.

So erscheint es zunächst aus Gründen der Rechtssicherheit nicht empfehlenswert, den vom Unionsgesetzgeber notgedrungen beschrittenen Weg einer Enumeration konkreter Rechtsnormen zu beschreiten. Anders als der Unionsgesetzgeber ist der deutsche Gesetzgeber nicht aus kompetenzrechtlichen Gründen daran gehindert, einen rechtsgebietsübergreifend einheitlichen Anwendungsbereich festzulegen, der dem besonderen Rechtssicherheitsbedürfnis von Whistleblowern ebenso wie dem aller anderen beteiligten Personen und Institutionen gerecht wird. Durch Bundeskompetenzen insbesondere auf den Gebieten des Arbeitsrechts,⁴⁸³ des Dienstrechts,⁴⁸⁴ des Wirtschaftsrechts,⁴⁸⁵ des bürgerlichen Rechts⁴⁸⁶ und des Strafrechts⁴⁸⁷ verfügt Deutschland im Vergleich zu anderen Rechtsordnungen über einen entscheidenden Vorteil bei der erforderlichen einheitlichen Regulierung des Whistleblowings.⁴⁸⁸ Dieser Vorteil sollte nicht durch eine rechtsgebiets- bzw. sektorspezifische Zersplitterung des Whistleblowing-Rechts vertan werden. Eine konkrete Auflistung sämtlicher unter das

⁴⁸³ Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG.

⁴⁸⁴ Art. 73 Abs. 1 Nr. 8, 74 Abs. 1 Nr. 27 GG.

⁴⁸⁵ Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG.

⁴⁸⁶ Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 GG.

⁴⁸⁷ Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 GG.

⁴⁸⁸ Vgl. bspw. zu mangelnden Bundeskompetenzen in den USA als folgenschwerer Achillesverse des dortigen Whistleblowing-Rechts *Gerdemann*, *Transatlantic Whistleblowing*, 2018, Rn. 33 ff., 55 ff., 64 ff.

Umsetzungsgesetz fallender Rechtsnormen wäre angesichts der Fülle nationaler Regulierungsbereiche und Rechtsnormen weder rechtstechnisch praktikabel noch rechtspraktisch sinnvoll und würde grundlegenden Erfahrungswerten und wesentlichen Parametern einer sinnvollen Ausgestaltung des Whistle-blowing-Rechts widersprechen.

Aus ähnlichen Gründen ist auch auf die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Rahmen des sachlichen Anwendungsbereichs so weit wie möglich zu verzichten. Eine Bestimmung etwa, nach der all jene Rechtsverstöße unter das Umsetzungsgesetz fallen, deren Meldung oder Offenlegung „im allgemeinen öffentlichen Interesse“ liegt, erzeugt ein unnötiges Maß an Rechtsunsicherheit, das geeignet ist, potenzielle Whistleblower von einer Aufdeckung der Rechtsverstöße abzuhalten, vermeidbaren Prozessaufwand zu verursachen und die Schwächen der einzelfallgetriebenen Rechtsprechung auf dem Gebiet des gegenwärtigen deutschen Whistleblowing-Rechts in neuem Gewand wiederzubeleben. Die Konsequenzen einer solchen Entscheidung können aktuell in Gestalt der Diskussionen um den neu eingeführten § 5 Nr. 2 GeschGehG beobachtet werden, dessen Interpretation bislang alles andere als geklärt ist und auch in Zukunft keine im Einzelfall vorhersehbaren Auslegungsgrundsätze produzieren dürfte.⁴⁸⁹ Außerdem wäre es wertungsmäßig nicht konsistent, den Schutz von Whistleblowern nach dem Modell der WBRL beispielsweise bei Verstößen gegen Vorschriften zum Schutz der Gesundheit von Arbeitnehmern an die Voraussetzung zu knüpfen, dass die Meldung oder Offenlegung im öffentlichen Interesse liegt, während dies bei den von der Richtlinie erfassten Bestimmungen etwa des Tierschutzes nicht erforderlich ist. Nichts anderes gilt für eine Definition des sachlichen Anwendungsbereichs durch die Verbindung mit anderen einzelfallabhängigen Kriterien und Normen, beispielsweise in Form einer neben dem objektiven Rechtsverstoß festzustellenden besonderen Betroffenheit individueller Grundrechte, dem Erreichen bestimmter Schadenssummen oder dem Bestehen besonderer staatlicher Vollzugsdefizite.

Stattdessen empfiehlt es sich, den sachlichen Anwendungsbereich so weit wie möglich durch generalisierende Normgruppen festzulegen, bei denen das Interesse der Allgemeinheit an der Aufdeckung von Verstößen typisiert durch die gemeinsame Natur der erfassten Normen angenommen werden kann, ohne dass eine zusätzliche Einzelfallprüfung erforderlich ist.

⁴⁸⁹ Vgl. *Schmitt*, NZA-Beilage 2020 (erscheint demnächst); *Schreiber*, NZWiSt 2019, 332, 335 ff. jew. m.w.N. Siehe zum GeschGehG bereits oben, Punkt 2.4.

Dies trifft jedenfalls auf sämtliche Straftatbestände des deutschen Rechts zu; denn ein hinreichendes Interesse an ihrer Aufdeckung ist bereits durch das öffentliche Strafverfolgungsinteresse indiziert. Aus dem gleichen Grund sollte auch das Unternehmensstrafrecht erfasst sein, wenngleich dieses in Deutschland aus primär historischen Gründen aktuell noch als Ordnungswidrigkeitenrecht klassifiziert wird (§§ 30, 130 OWiG).⁴⁹⁰ Besondere Bedeutung gewinnt diese Erweiterung in für Whistleblowing erfahrungsgemäß besonders geeigneten und relevanten Fällen organisierter Wirtschaftskriminalität und damit einhergehender Wirtschaftsskandale. Zu deren Aufdeckung müsste der Whistleblower dann nämlich nicht den konkreten Verstoß einer individuellen Person melden oder offenlegen, was gerade bei komplexen Organisations- und Verantwortungsstrukturen im Einzelfall schwierig sein kann.⁴⁹¹ Stattdessen würde es genügen, das Vorliegen krimineller Missstände im Rahmen der Meldung oder Offenlegung so detailliert wie möglich wiederzugeben, da mit dem Bestehen dieser Missstände regelmäßig jedenfalls eine Verletzung organisationsinterner Aufsichtspflichten einhergeht (vgl. § 130 Abs. 1 OWiG).

Sollte sich der Gesetzgeber für eine negative materielle Eingrenzung der erfassten Straftaten entscheiden, so würde es sich jedenfalls empfehlen, eine solche Einschränkung in abstrakter Weise und nicht durch Enumeration bestimmter Straftatbestände vorzunehmen. Dieser Anforderung genügen würde etwa ein Ausschluss absoluter Antragsdelikte mangels (besonderen) öffentlichen Interesses an ihrer Verfolgung,⁴⁹² eine Differenzierung zwischen Vergehen und Verbrechen⁴⁹³ oder – im Bereich der Verbandstaten – ein Ausschluss von Pflichtverletzungen, die sich allein auf Ordnungswidrigkeiten beziehen.⁴⁹⁴ Konsequenz einer solchen gesetzgeberischen Entscheidung wäre freilich, dass die Beurteilung der Rechtslage aus Perspektive juristisch nicht geschulter Whistle-

⁴⁹⁰ Zu aktuellen Änderungsbestrebungen, siehe Art. 1 des Referentenentwurfs des BMJV eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft vom 20.4.2020: Gesetz zur Sanktionierung von verbandsbezogenen Straftaten (Verbandssanktionengesetz – VerSanG), abrufbar unter https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_Staerkung_Integritaet_Wirtschaft.pdf?__blob=publicationFile&v=1; *Ott/Lüneborg*, NZG 2019, 1361, 1363 f. zum vorangegangenen Entwurf vom 15.8.2019.

⁴⁹¹ Vgl. beispielsweise OLG Karlsruhe 5.3.2019 – 13 U 142/18, ZIP 2019, 863, 867 ff.; OLG Köln 3.1.2019 – 18 U 70/18, Rn. 27 ff., NJW-RR 2019, 984, 986, zum Abgaskandal des Volkswagen-Konzerns.

⁴⁹² Z.B. § 123 Abs. 2, § 194 Abs. 1 S. 1 StGB.

⁴⁹³ § 12 Abs. 1, 2 StGB.

⁴⁹⁴ §§ 30 Abs. 1 Alt. 2, 130 Abs. 1 Hs. 2 Alt. 2 OWiG.

blower ganz erheblich erschwert würde. Die Aufnahme der Normgruppe deutscher Straftatbestände als Gebots- und Verbotsnormen mit typischerweise besonderem öffentlichem Aufdeckungsinteresse sollte daher einheitlich und ohne negative Detailschränkungen erfolgen, um vorhersehbare Abgrenzungsschwierigkeiten a priori zu vermeiden.

Im Vergleich zu Straftatbeständen nicht empfehlenswert ist hingegen die Einbeziehung vertraglicher Pflichtverletzungen in den sachlichen Anwendungsbereich. Die Aufnahme von Verstößen gegen rein relative, privatvertragliche Pflichten kann die Informationskanäle der Whistleblowing-Stellen und -Behörden blockieren, die für die Einleitung von Folgemaßnahmen erforderlichen personellen Ressourcen binden und hierdurch den rechtstatsächlichen Erfolg des Umsetzungsgesetzes behindern. Eine undifferenzierte Gleichsetzung relevanter Verstöße gegen objektives Recht mit gegebenenfalls geringfügigen Verletzungen relativer schuldrechtlicher Pflichten birgt zudem die naheliegende Gefahr in sich, dass das kollegiale Arbeitsklima innerhalb von Unternehmen, Abteilungen und Verwaltungsbehörden erheblichen Schaden nimmt. Die Förderung einer Kultur des gegenseitigen Misstrauens ist weder im Interesse der Arbeitnehmer noch im wohlverstandenen Interesse von Arbeitgeber und Dienstherr. Zudem stünde der ausdrückliche gesetzliche Schutz von Meldungen über vertragliche Pflichtverletzungen der mit der Whistleblower-Richtlinie beabsichtigten Signalwirkung zugunsten gemeinnützigen Whistleblowings entgegen, indem die Grenzen zwischen notwendigem Whistleblower-Schutz und der Förderung interessengeleiteter Verhaltensweisen verwischt und Whistleblowing hierdurch als Ganzes in öffentlichen Misskredit gebracht werden könnte. Es besteht ein qualitativer Unterschied im Verhalten eines Whistleblowers, der unter Inkaufnahme persönlicher Risiken Rechtsverstöße im Interesse der Allgemeinheit oder zum Schutz der Grundrechte Dritter aufdeckt und einer Person, die im tatsächlichen oder vermeintlichen Interesse des Arbeitgebers arbeitsvertragliche Pflichtverletzungen seiner Kollegen an vorgesetzte Stellen meldet, etwa im Falle eines verspäteten Erscheinens am Arbeitsort oder eines mangelhaften Arbeitsprodukts.

Etwas anderes gilt naturgemäß in Fällen, in denen die Verletzung einer vertraglichen Haupt- oder Nebenpflicht mit der Erfüllung eines Straftatbestandes einhergeht, beispielsweise im Falle des Vorenthaltens oder Veruntreuens von Arbeitsentgelt gemäß § 266a StGB. Der Tatbestand des § 266a Abs. 1 StGB ist auch dann erfüllt, wenn überhaupt kein Arbeitsentgelt gezahlt oder der gesetzliche

Mindestlohn unterschritten wurde, sofern der Arbeitgeber keine oder zu niedrige Sozialversicherungsbeträge abgeführt hat.⁴⁹⁵

Auch Verstöße gegen unternehmensinterne Verhaltens- und Ethikkodizes sollten nicht in den sachlichen Anwendungsbereich des Umsetzungsgesetzes einbezogen werden. Es handelt sich hierbei nur um einen Unterfall der bereits erörterten vertraglichen Vertragsverletzungen. Hinzu kommt, dass solche Kodizes häufig nicht nur „unethisches“ Fehlverhalten umfassen, sondern auch viele andere Formen unilateraler Verhaltensvorgaben enthalten, hinsichtlich ihres Inhalts letzten Endes zur Disposition des Arbeitgebers stehen⁴⁹⁶ und in ihrer Ausgestaltung grundlegenden Anforderungen an eine rechtssichere und verhältnismäßige Regelung keineswegs durchgängig entsprechen.

Zwischen den beiden Polen einer notwendigen Aufnahme von Straftatbeständen einerseits und dem Verzicht auf die Einbeziehung vertraglicher Pflichtverletzungen andererseits ist die Beurteilung des empfehlenswerten Umfangs generalisierender Normgruppen schwieriger. Idealerweise wäre dieser durch die positive Klassifizierung abstrakter Normtypen festzulegen, bei denen im Sinne einer generalisierten Abwägung davon ausgegangen werden kann, dass das öffentliche Interesse an der Aufdeckung eines Verstoßes gegebenenfalls entgegenstehenden Privatinteressen an der Geheimhaltung des Verstoßes typischerweise überwiegt. Eine solche Regelungstechnik entspräche in ihrem zugrundeliegenden Ansatz auch dem Vorgehen des Unionsgesetzgebers, der die Einbeziehung eines bestimmten Regulierungsbereichs jeweils davon abhängig gemacht hat, ob Verstöße gegen Normen innerhalb dieses Bereichs typischerweise eine ernsthafte Schädigung des öffentlichen Interesses verursachen können und hierdurch generalisiert betrachtet besonders aufdeckungswürdig sind.⁴⁹⁷

Die positive Festlegung eines bestimmten Typus von Gebots- und Verbotsnormen von besonderem materiellem Gewicht und einem damit einhergehenden, abstrakt höheren Aufdeckungsinteresse gestaltet sich im deutschen Recht allerdings schwierig. Naheliegend wäre zunächst die Einbeziehung von Normverstößen, die sich zugleich als bußgeldfähige Ordnungswidrigkeiten im Sinne von § 1 Abs. 1 OWiG darstellen. Allerdings wären hiervon aufgrund des fragmenta-

⁴⁹⁵ Vgl. BGH 16.5.2000 – VI ZR 90/99, NStZ 2001, 91, 92 f.; 15.3.2012 – 5 StR 288/11, Rn. 19 ff. NJW 2012, 2051, 2052 f.

⁴⁹⁶ Hieran und an den anderen Problemaspekten ändert auch das teilweise Bestehen eines Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats gem. § 87 I Nr. 1 BetrVG i.Erg. nichts. Vgl. hierzu allgemein BAG 22.7.2008 – 1 ABR 40/07, NZA 2008, 1248.

⁴⁹⁷ Vgl. Erwägungsgründe 1, 3, 6 ff., 106, 108 WBRL.

rischen Charakters des Ordnungswidrigkeitenrechts einerseits nicht sämtliche Normverstöße erfasst, die im Einzelfall melde- bzw. offenlegungswert sein können. Andererseits enthält auch das Ordnungswidrigkeitenrecht Verstößarten, deren Aufdeckung und Ahndung nicht notwendiger Weise als schützenswertes Whistleblowing zu qualifizieren sind, wie etwa die interne oder externe Meldung eines vor dem Betrieb verkehrswidrig parkenden Kollegen.⁴⁹⁸ Noch weniger geeignet erscheint beispielsweise die Kategorie der Schutzgesetze im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB, da diese allein auf das individuelle Schutzinteresse einzelner Personen oder Personenkreise ausgelegt ist und gerade nicht auf das für den Whistleblower-Schutz prägende öffentliche Interesse abzielt.⁴⁹⁹ Ähnliches gilt auch für den Begriff des Verbotsgesetzes im Sinne von § 134 BGB, der sich nach der vom Gesetz bezweckten Nichtigkeitsfolge für Rechtsgeschäfte bestimmt und damit in keinem direkten Zusammenhang zum Interesse der Allgemeinheit an der Befolgung des Gesetzes steht.⁵⁰⁰

Selbst soweit die positive Festlegung anderer als der erwähnten Normgruppen in rechtlich eindeutiger Weise gelingt, ist zu bedenken, dass allein eine dogmatisch eindeutige Zuordnung dieser Gruppen noch keineswegs bedeutet, dass sie auch von einem durchschnittlichen Rechtsanwender bzw. Whistleblower mit hinreichender Sicherheit klassifiziert werden können. Auf der anderen Seite wäre selbst eine mit praktischen Einordnungsschwierigkeiten und gewissen Wertungsinkonsistenzen verbundene Festlegung abstrakter Normgruppen jedenfalls einer vollständigen Nichtaufnahme von Rechtsnormen jenseits des Strafrechts systematisch und rechtspraktisch überlegen, da sie verhindern würde, dass Whistleblowern selbst bei erheblich aufdeckungsrelevanten Rechtsverstößen anstelle der speziell auf Whistleblowing-Fälle zugeschnittenen Normen des Umsetzungsgesetzes lediglich ein Schutz nach den gerichtszweigabhängigen Grundsätzen bisheriger richterrechtlicher Einzelfallentscheidungen zur Verfügung stünde.

Anstelle einer Festlegung einzelner aufdeckungsrelevanter Normengruppen könnte der deutsche Gesetzgeber den Anwendungsbereich des Umsetzungsgesetzes aber auch auf sämtliche Verstöße gegen abstrakt-generelle Rechtsnormen mit verbindlicher Außenwirkung ausdehnen, also auf materielle Gesetze im Sinne des Art. 2 EGBGB. Ein solches Vorgehen hätte nicht zuletzt im Hinblick auf eine möglichst weitreichende Äquivalenz mit dem normtypenübergreifen-

⁴⁹⁸ Vgl. § 24 StVG i.V.m. § 49 Abs. 1 Nr. 12 StVO.

⁴⁹⁹ Vgl. nur BGH 27.11.1963 – V ZR 201/61, NJW 1964, 396, 397.

⁵⁰⁰ Vgl. nur BGH 30.4.1992 – III ZR 151/91, NJW 1992, 2021.

den Anwendungsbereich der Richtlinie und die Gewährleistung möglichst umfassender Rechtssicherheit sowohl dogmatische wie auch praktische Vorzüge. Neben Parlamentsgesetzen würde die Einbeziehung von Rechtsnormen im Sinne des Art. 2 EGBGB unter anderem Rechtsverordnungen, Tarifverträge⁵⁰¹ und Hochschulsatzungen einschließen, die das typische Instrument für die rechtliche Verankerung von Leitlinien zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis sind. Für eine derartige Erweiterung des sachlichen Anwendungsbereichs spricht insbesondere, dass hierdurch die weit überwiegende Zahl möglicher Whistleblowing-Fälle unter den einheitlichen Rechtsrahmen des Umsetzungsgesetzes fallen würde, in allen diesen Fällen die speziell auf Whistleblowing-Situationen zugeschnittenen Ansprüche und Abwehrrechte nach Maßgabe der Richtlinie Anwendung finden würden und Rechtsunsicherheiten in Bezug auf den sachlichen Anwendungsbereich auf ein Minimum reduziert würden. Darüber hinaus würden über die einheitliche Erfassung des Unionsrechts als Rechtsnormen im Sinne von Art. 2 EGBGB das Enumerationsprinzip der Richtlinie und die hiermit einhergehenden Nachteile im Ergebnis nivelliert. Hierbei wären relevante Bereiche des Unionsrechts, die bisher ohne zwingenden Grund noch nicht aufgenommen wurden, insbesondere Vorgaben zum Schutz der Gesundheit und der Sicherheit von Arbeitnehmern,⁵⁰² in den Regelungsrahmen des Umsetzungsgesetzes integriert und die Notwendigkeit von Rechtsanpassungen bei einer zukünftigen Ergänzung der Richtlinie vermieden.⁵⁰³

Soweit dann unvermeidlich auch eine signifikante Zahl geringfügiger Rechtsverstöße erfasst würde, könnten die hiermit einhergehende Zusatzbelastung insbesondere der Whistleblowing-Behörden dadurch gemildert werden, dass in entsprechenden Fällen von der Möglichkeit der Nichteinleitung weiterer Folgemaßnahmen nach dem Modell des Art. 11 Abs. 3 WBRL Gebrauch gemacht wird. Sofern dies dem Whistleblower innerhalb der vorgegebenen Fristen rückgemeldet wird, scheidet zugleich eine Offenlegung gemäß Art. 15 Abs. 1 Buchst. a WBRL aus.⁵⁰⁴ Auch das Risiko von Reputationsschäden und vergleichbaren Nachteilen betroffener Personen oder Organisationen durch unmittelbare Offenlegungen gemäß Art. 15 Abs. 1 Buchst. b WBRL würde nicht signifikant zunehmen, da die Voraussetzungen der Norm bei geringfügigen Verstößen in aller Regel nicht erfüllt sein werden.

⁵⁰¹ Vgl. §4 Abs. 1 S. 1 TVG.

⁵⁰² Vgl. Art. 27 Abs. 3 Unterabs. 1 S. 2 a.E. WBRL.

⁵⁰³ Vgl. Art. 27 Abs. 3 WBRL.

⁵⁰⁴ Siehe oben, Punkt 8.1.

Es fragt sich allerdings, ob die Aufnahme geringfügiger Regelverstöße nicht das Risiko einer praktischen Überforderung interner Whistleblowing-Stellen erhöhen würde. Da nach der hier vertretenen Auffassung vertragliche Pflichtverletzungen ausgeklammert werden sollten und der ethische Anreiz, sich den mit dem Whistleblowing typischerweise verbundenen Belastungen auszusetzen, bei geringfügigen Regelverstößen ebenfalls geringer ist, dürfte die Funktionsfähigkeit der internen Whistleblowing-Stellen jedoch in der Regel nicht ernsthaft in Gefahr sein. Ein weiteres Problem ist, dass die Einbeziehung geringfügiger Regelverstöße die Möglichkeiten einer nur vorgeschobenen Berufung auf den Whistleblower-Schutz zur Generierung eines künstlichen Kündigungsschutzes erhöhen könnte. Wie oben erörtert,⁵⁰⁵ ist es unter den von der Richtlinie vorgegebenen Mindeststandards aber mit nicht unerheblichen praktischen Schwierigkeiten verbunden, sich unter vorgeschobener Berufung auf die anti-diskriminierungsrechtlichen Whistleblowing-Normen einen künstlichen Schutz vor Kündigungen und anderen Nachteilen zu verschaffen. Dies gilt entsprechend bei einer Erstreckung des Anwendungsbereichs auf nationale Regelungssachverhalte. Das Risiko einer vorgeschobenen Berufung auf den Whistleblower-Schutz mag bei Einbeziehung geringfügiger Regelverstöße daher zwar steigen, die tatsächlichen Hürden für eine erfolgreiche Manipulation blieben jedoch vergleichsweise hoch.

Soweit es wiederum die Schutzinteressen des Whistleblowers betrifft, wird das Risiko von Vergeltungsmaßnahmen bei der Meldung und Offenlegung geringfügiger Verstöße zwar tendenziell geringer sein als bei der Aufdeckung erheblicher und/oder systematischer Straftaten. An einem plausiblen Grund, warum der jeweilige Arbeitgeber bzw. Dienstherr oder die ihm unterstehenden Personen den Whistleblower wegen seiner Meldung oder Offenlegung mit Repressalien belegen können sollen, mangelt es aber auch hier, so dass einem Verbot von Repressalien auch bei Meldung geringfügiger Verstöße regelmäßig keine schutzwürdigen Interessen entgegenstünden. Dies entspräche auch der Wertung des Art. 11 Abs. 3 S. 2 WBRL, in dem der Unionsgesetzgeber klargestellt hat, dass die Nichteinleitung von Folgemaßnahmen bei geringfügigen Verstößen keinen Einfluss auf den Schutz des meldenden Whistleblowers haben soll.

Sofern die Besonderheiten bestimmter Materien, die in materiellen Gesetzen geregelt sind, eine abweichende Regelung erforderlich machen, könnte dies wiederum über eine negative Definierung konkreter Normen und Normgruppen berücksichtigt werden, etwa durch den ausdrücklichen Ausschluss reiner Ordnungsvorschriften.

⁵⁰⁵ Punkt 6.3.

Unter Abwägung der Vor- und Nachteile der bisher erörterten Modelle erscheint die grundsätzliche Einbeziehung sämtlicher Rechtsnormen im Sinne von Art. 2 EGBGB daher im Ergebnis in vielerlei Hinsicht vorteilhaft. Ob und in welchem Umfang eine positive oder negative Definierung abstrakter Normgruppen jenseits von Straf- und Verbandstaten erfolgen sollte, unterliegt indes der rechtspolitischen Einschätzungs- und Wertungsprärogative des deutschen Gesetzgebers, ohne dass ein einziges konkretes Modell aus rechtswissenschaftlicher oder rechtsempirischer Sicht als unumwunden vorzugswürdig und damit exklusiv empfehlenswert eingestuft werden könnte.

Unabhängig von der gesetzgeberischen Entscheidung über die konkret einzubeziehenden Normgruppen ist es allerdings empfehlenswert, einen Auffangtatbestand vorzusehen für erhebliche Missstände, deren Meldung oder Offenlegung zwar im öffentlichen Interesse liegt, jedoch nicht zugleich mit einem Verstoß gegen die vom sachlichen Anwendungsbereich des Umsetzungsgesetzes erfassten Rechtsnormen einhergeht.

Der Einführung eines Auffangtatbestandes für Missstände bzw. Fehlverhalten ist zum Teil entgegengehalten worden, dass eine solche Ausdehnung des Anwendungsbereichs potentiell schwerwiegende Gefahren in sich berge, da es an rechtssicheren Kriterien zur Bestimmung „unethischen“ Verhaltens und des Begriffs des öffentlichen Interesses fehle, Whistleblowing dadurch als politisches oder weltanschauliches Kampfmittel missbraucht zu werden droht und hierdurch zugleich seine gesellschaftliche Akzeptanz als Mittel der Rechtsdurchsetzung gefährdet würde.⁵⁰⁶ Dem ist zuzugeben, dass die Nachteile einer rechtsunsicheren Definition des Anwendungsbereichs von Whistleblowing-Normen in der Tat empirisch belegt und in ihrer Konsequenz nicht zu unterschätzen sind.⁵⁰⁷ Auch bedarf es einer besonderen Begründung, warum die Rechtsordnung die Meldung oder Offenlegung eines Verhaltens unter Schutz stellen soll, das selbst nicht oder jedenfalls nicht eindeutig gegen geltendes Recht verstößt, zumal sich der je nach rechtlichem Kontext unterschiedlich verwendete Begriff des öffentlichen Interesses am ehesten über die Gesamtheit der von einer demokratischen Gesellschaft beschlossenen Rechtsnormen definieren lässt.⁵⁰⁸

⁵⁰⁶ So insbes. *Schmolke*, NZG 2020, 5, 10; *ders.*, in: LMU Working Paper SFB 1369, 01/2020, 22, 26.

⁵⁰⁷ Hierzu bereits oben, Punkt 13.1.

⁵⁰⁸ Vgl. etwa im deutschen Polizeirecht den hieran ausgerichteten Begriff der öffentlichen Sicherheit im Kontrast zum Begriff der öffentlichen Ordnung (BVerfG 14.5.1985 – 1 BvR 233/81, 1 BvR 341/81, NJW 1985, 2395, 2398).

Blickt man allerdings auf das rechtstatsächliche Fallmaterial des Whistleblowing nicht nur, aber gerade auch in Deutschland, so zeigt sich, dass ein bemerkenswert hoher Anteil vor allem jener Whistleblowing-Fälle, die mit Blick auf das öffentliche Interesse als besonders gravierend eingestuft wurden, die Offenlegung erheblicher Missstände zum Gegenstand hatten und hierbei nicht selten gerade mit einer berechtigten Kritik am überkommenden Status quo des positiven Rechts einhergingen. Das gilt beispielsweise für den bereits erwähnten Fall der Altenpflegerin *Brigitte Heinisch*, die nach vergeblichen internen AbhilfEVERsuchen mittels Flugblättern auf gravierende Pflegemissstände hingewiesen hatte und deswegen gekündigt wurde.⁵⁰⁹ Wesentlicher Gegenstand der Offenlegung waren systematische Personalengpässe bei der Betreiberin des Altenheims und eine hieraus resultierende medizinische und hygienische Unterversorgung der Heimbewohner mit einhergehenden Nachteilen und Gefahren für deren physisches und psychisches Wohlbefinden. Trotz dieser gravierenden Mängel verstieß die Personalversorgung des Altenheims aber weder formal gegen die seinerzeit im Land Berlin geltenden Branchenregeln zum mindestens erforderlichen Personalbedarf, noch verwirklichte das Verhalten der Betreiberin bzw. der für sie handelnden Leitungspersonen einen konkreten Straftatbestand.⁵¹⁰ Trotz – oder gerade wegen – der Tatsache, dass die offengelegten Missstände nicht gegen die seinerzeit geltenden Regulierungsvorgaben der Pflegebranche verstießen, war die Weitergabe von Informationen laut EGMR aber „zweifelloos von öffentlichem Interesse“. Zur Begründung führt der EGMR aus:

„In Gesellschaften mit einem immer größeren Anteil alter Menschen in Pflegeheimen und angesichts der besonderen Verwundbarkeit der betroffenen Patienten, die möglicherweise häufig nicht in der Lage sind, selbst auf Missstände in der Pflege aufmerksam zu machen, ist das Weitergeben von Informationen über Qualität oder Mängel der Pflege dringend erforderlich, damit Missbräuche verhindert werden.“

Die Offenlegung erheblicher, gleichwohl aber nicht rechtswidriger Missstände kann das öffentliche Interesse also in manchen Fällen sogar noch stärker berüh-

⁵⁰⁹ Zum Sachverhalt, siehe LAG Berlin 28.3.2006 – 7 Sa 1884/05, BeckRS 2009, 68064; EGMR 21.7.2011 – 28274/0, NZA 2011, 1269; sowie oben, Punkte 7.3. und 8.2.

⁵¹⁰ Um auf die Missstände aufmerksam zu machen, erstatte Frau Heinisch zwar eine Strafanzeige u.a. wegen Betruges gem. § 263 StGB mit dem Argument, dass die Betreiberin wegen der Mangelhaftigkeit der Pflege keine adäquate Gegenleistung erbringe. Der eigentliche Kern der Vorwürfe wurde durch diesen Versuch einer juristischen Einkleidung aber freilich nicht getroffen und das Strafverfahren mangels Tatverdachts (insoweit wohl zu Recht) eingestellt.

ren als der Verstoß gegen eine Norm des positiven Rechts. Whistleblowern in diesen Fällen einen angemessenen Schutz zu versagen, wäre nicht nur nicht empfehlenswert, sondern stünde in offenem Widerspruch zur Rechtsprechung des EGMR.⁵¹¹

Ein ganz ähnliches Bild zeichnet sich auch bei Betrachtung anderer bekannter Whistleblowing-Fälle ab. Hierzu zählt unter anderem der Fall der Tierärztin *Dr. Margit Herbst*, der gekündigt worden war, weil sie nach mehrfacher interner Meldung einen Verdacht auf die Schlachtung von an BSE erkrankten Rindern öffentlich gemacht hatte.⁵¹² Kern des Falls war aber nicht etwa ein konkreter Verstoß gegen bestimmte Rechtsnormen, sondern die Fehldarstellung des histopathologischen Befundes durch das zuständige Ministerium.

Auch im international wohl bekanntesten Whistleblowing-Fall des ehemaligen CIA-Mitarbeiters *Edward J. Snowden* waren nicht etwa Rechtsverstöße des US-Geheimdienstes bei der flächendeckenden Überwachung von Bürgern innerhalb und außerhalb der USA Gegenstand der Offenlegung.⁵¹³ Von öffentlichem Interesse waren vielmehr der legale Umfang und die Tiefe der digitalen Überwachungspraktiken, mit denen der US-amerikanische Geheimdienst sich ganz überwiegend auf dem Boden der im Zuge des „Kriegs gegen den Terror“ in den USA geschaffenen Rechtslage bewegte.

Die obigen Beispiele unterstreichen die Bedeutung des Whistleblowings nicht allein als Vollzugsinstrument des positiven Rechts, sondern als Ausdrucksform der für die freiheitlich-demokratische Grundordnung schlechthin konstituierenden Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 GG. In geeigneten Fällen kann Whistleblowing – und mit ihm ein entsprechender Schutz nach dem Umsetzungsgesetz – also dazu dienen, nicht zuletzt den für eine demokratische Gesellschaft notwendigen Diskurs über die Zweckmäßigkeit des rechtlichen Status quo einschließlich bestehender Risiken, Schwächen und Regelungslücken zu ermöglichen, und damit zur demokratischen Fortentwicklung des Rechts beitragen.

⁵¹¹ Hiermit sei nicht gesagt, dass der nach der Rechtsprechung des EGMR erforderliche Schutz nur durch Aufnahme eines Missbrauchstatbestandes im Rahmen des Umsetzungsgesetzes erreicht werden kann, wenngleich dies sich angesichts der Whistleblowing-spezifischen Ansprüche und Abwehrrechte nach Maßgabe der Richtlinie besonders anbietet.

⁵¹² LAG Schleswig-Holstein 15.11.1995 – 3 Sa 404/95; *Deiseroth*, Whistleblowing in Zeiten von BSE, 2001, 141 ff.; sowie oben, Punkt 8.2.

⁵¹³ *Rosenbach/Stark*, Der NSA-Komplex, 2014.

Es ist daher trotz unvermeidlich hiermit einhergehender Rechtsunsicherheit zu empfehlen, den sachlichen Anwendungsbereich des Umsetzungsgesetzes um einen Tatbestand zur Meldung und Offenlegung nicht notwendiger Weise rechtswidriger Missstände zu ergänzen.

Obwohl von einem sprachlich eng gefassten Tatbestand gewisse Abschreckungseffekte für potentielle Whistleblower ausgehen können, ist zugleich zu empfehlen, den Ausnahmecharakter der Bestimmung bei dessen Definition hinreichend deutlich zu machen, um eine zu weitgehende Öffnung des sachlichen Anwendungsbereichs zu vermeiden und die mit der Einführung eines unbestimmten Rechtsbegriffs verbundene Rechtsunsicherheit im Interesse aller Beteiligten zu minimieren. Insofern bietet sich an, die Definition des Missstands zum einen an das Erfordernis seiner objektiven Erheblichkeit zu binden und für die Rechtmäßigkeit einer Meldung und/oder Offenlegung darüber hinaus zu fordern, dass die Aufdeckung bzw. Behebung der Missstände im öffentlichen Interesse liegt. Anders als bei Verstößen gegen gesetzliche Normen hat der Gesetzgeber das öffentliche Interesse in solchen Fällen ja noch nicht bereits durch die Normsetzung zum Ausdruck gebracht. Im Übrigen sollten die gleichen allgemeinen Schutzvoraussetzungen und besonderen Offenlegungsvoraussetzungen gelten wie sie auch auf Rechtsverstöße Anwendung finden. Ein Missstand sollte demnach in der Regel zunächst intern und/oder (im Falle einer für den Missstand zuständigen Behörde) extern gemeldet werden und nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen des Art. 15 Abs. 1 WBRL offengelegt werden können.⁵¹⁴

Unabhängig von der konkreten gesetzgeberischen Entscheidung hinsichtlich des materiellen Umfangs eines Umsetzungsgesetzes kann und sollte der zukünftige sachliche Anwendungsbereich rechtstechnisch soweit möglich in Form einer Generalklausel ausgestaltet werden, um dem praktischen Bedürfnis nach einer rechtsklaren und im Vorfeld bestimmbar Anwendung der Norm angemessen Rechnung zu tragen. Sofern sich der Gesetzgeber zu einer umfassenden Einbeziehung sämtlicher Rechtsnormen im Sinne des Art. 2 EGBGB entschließt, könnte auf eine enumerative Auflistung sämtlicher von der Richtlinie vorgegebener Unionsrechtsakte verzichtet werden. Entscheidet er sich für einen enger gefassten Anwendungsbereich unter Einbeziehung bestimmter nationaler Normgruppen, wären die einzelnen Unionsrechtsakte im Rahmen eines gesonderten Anhangs einzeln aufzuführen – empfehlenswerter Weise unter aus-

⁵¹⁴ Mit Blick auf Missstände wäre hierbei insbesondere die unter Punkt 8.4 empfohlene Offenlegungsvariante relevant.

drücklicher Nennung sämtlicher nationaler Umsetzungsnormen. In beiden Fällen sollte die Generalklausel einen Auffangtatbestand für erhebliche Missstände enthalten, deren Meldung und/oder Offenlegung im öffentlichen Interesse liegt.

14. Sollte als Umsetzungsgesetz ein eigenständiges Whistleblower-Gesetz geschaffen werden?

In Bezug auf die konkrete rechtstechnische Ausgestaltung des Umsetzungsgesetzes enthält die Richtlinie keine zwingenden Vorgaben. Grundsätzlich möglich wären daher sowohl eine einheitliche Umsetzung in Form eines zentralen Whistleblower-Gesetzes als auch die Verabschiedung eines Artikelgesetzes mit rechtsgebietspezifischen Änderungs- und Ergänzungsbestimmungen.

Bei vorangegangenen Whistleblowing-Rechtsakten der Union hat der deutsche Gesetzgeber zuletzt einen legislativen Mittelweg beschritten, indem er verschiedene sektorspezifische Whistleblowing-Normen einführte, innerhalb dieser Normen aber teils sämtliche Whistleblowing-relevanten Vorgaben des jeweiligen Unions-Rechtsaktes rechtsgebietsübergreifend umsetzte.⁵¹⁵ Ein derartiges Vorgehen ist zur Umsetzung der Whistleblower-Richtlinie indes allenfalls theoretisch denkbar. Der sachliche Anwendungsbereich erstreckt sich bewusst auf eine solche Vielzahl und Bandbreite an Unionsrechtsakten und -normen, dass eine sektorspezifische Regulierung zu einer kaum überschaubaren Anzahl zu-meist wortgleicher Einzelnormen und Verweise führen müsste.

Jedenfalls denkbar wäre ein Artikelgesetz, das sich an den von der Richtlinie erfassten Rechtsgebieten orientiert und die einzelnen Vorgaben der Richtlinie entsprechend ihrer jeweiligen Rechtsnatur in das bestehende Regelungssystem des deutschen Rechts integriert. Hierbei ließen sich beispielsweise das Repressalienverbot des Art. 19 WBRL an gegebener Stelle in das bisherige AGG aufnehmen, die weitergehenden Schutzrechte und -ansprüche des Art. 21 WBRL unter anderem in das Bürgerliche Gesetzbuch, das Bundesbeamten- und Beamtenstatusgesetz sowie das Strafgesetzbuch einfügen und die Pflichten zur Einrichtung und Ausgestaltung interner Whistleblowing-Stellen gemäß Art. 8 und 9 WBRL in gesellschaftsrechtliche Gesetze wie das AktG oder das GmbHG eingliedern.

⁵¹⁵ Vgl. insbes. § 4d FinDAG sowie die §§ 25a Abs. 1 S. 3 Nr. 3 KWG, 5 Abs. 8 BörsG, 60 Abs. 5 WpHG und 23 Abs. 6 VAG, eingeführt bzw. ergänzt durch das 1. FiMaNoG in Umsetzung des Art. 32 der MMVO.

Auch ein rechtsgebietspezifisches Artikelgesetz sähe sich allerdings mit einer Vielzahl kaum überwindbarer Herausforderungen konfrontiert. Vor allem der weit gefasste persönliche Anwendungsbereich des Art. 4 WBRL würden eine ungemeine Vielzahl von Regelungen auf einer großen Bandbreite von Rechtsbieten erforderlich machen, die zudem immer in der Gefahr stünden, angesichts der bewusst rechtsgebietsübergreifende Natur des Art. 21 WBRL unionsrechtswidrige Schutzlücken offen zu lassen. Abgesehen davon enthält die Richtlinie an mehreren Stellen rechtsgebietsübergreifende Querbezüge und Wechselwirkungen, die entsprechende Verweisketten erforderlich machen würden. Das gilt beispielsweise für die Verzahnung des anti-diskriminierungsrechtlichen Schutzes bei Offenlegungen gemäß Art. 15 Abs. 1 Buchst. a WBRL mit der fristgemäßen Erfüllung der institutionellen Rückmeldepflichten nach Art. 9 Abs. 1 Buchst. f und Art. 11 Abs. 2 Buchst. d WBRL. Eine Umsetzung im Wege eines Artikelgesetzes wäre daher mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden.

Jenseits der rechtstechnischen Herausforderungen eines Artikelgesetzes sprechen aber vor allem praktische Überlegungen ganz entschieden für eine Umsetzung in Form eines zentralen Whistleblower-Gesetzes. Wie im Rahmen dieses Gutachtens vielerorts dargestellt wurde, ist davon auszugehen, dass einer rechtssicheren und inhaltlich kohärenten Regelung entscheidende Bedeutung für den rechtstatsächlichen Erfolg von Whistleblowing-Normen zukommt.⁵¹⁶ Diesem Prinzip kann aufgrund der Komplexität des Whistleblowing-Rechts als rechtsgebietsübergreifender Querschnittsmaterie nur eine einheitliche Regelung an zentraler Stelle gerecht werden. Nur so würde potentiellen Whistleblowern ebenso wie anderen Normadressaten und Rechtsanwendern ein einheitlicher Überblick über die Voraussetzungen und Grenzen des Whistleblower-Schutzes und die institutionellen Rahmenbedingungen des Whistleblowings gegeben. Die anti-diskriminierungsrechtliche Regulationsstruktur der Richtlinie mit ihren für sämtliche Rechtsbiete einheitlichen Schutzvoraussetzungen, den rechtsformunabhängig ausgestalteten Pflichten zur Einrichtung interner Whistleblowing-Stellen und dem an Gegenstand und Informationswert einer Meldung bzw. Offenlegung ausgerichteten Anwendungsbereich eignet sich besonders für eine konzise Umsetzung in Form eines einheitlichen Gesetzes. Das gilt erst recht, sofern der Anwendungsbereich entsprechend den hier gegebenen Empfehlungen über eine Generalklausel auf nationale Whistleblowing-Sachverhalte ausgedehnt wird. Durch ein einheitliches Gesetz würde – soweit möglich –

⁵¹⁶ Vgl. oben, insbes. Punkt 13.1. sowie die Punkte 3.2., 4.2., 6.2., 8.2. und 12.2.

zugleich der Gefahr einer uneinheitlichen Auslegung einzelner Rechtsbegriffe durch die Rechtsprechung entgegengewirkt.⁵¹⁷

Spezifische Änderungen und Ergänzungen anderer Rechtsgebiete außerhalb des neu zu schaffenden Whistleblower-Gesetzes bieten sich dort an, wo die Vorgaben des Whistleblower-Gesetzes in systematischem Widerspruch zu bisherigen Vorgaben stünden oder ein expliziter Hinweis auf das Whistleblower-Gesetz aus Gründen der Rechtsklarheit sinnvoll ist, beispielsweise mit Blick auf die gesellschaftsrechtlichen Verschwiegenheitspflichten und binnenorganisatorischen Vorgaben der §§ 91 Abs. 2, 93 Abs. 1 S. 3, 116 S. 2, 395 AktG. Gleiches gilt für eine ausdrückliche Klarstellung des Verhältnisses zwischen Whistleblower-Gesetz und Geschäftsgeheimnisschutz im Rahmen des § 3 Abs. 2 GeschGehG⁵¹⁸ und die Anpassung der datenschutzrechtlichen Informationspflichten und Auskunftsrechte gemäß Art. 12 ff. DSGVO.⁵¹⁹ Für weiterer Einzelheiten könnte dann einheitlich auf das Whistleblower-Gesetz im Sinne eines Stammgesetzes verwiesen werden.⁵²⁰

Bei der systematischen Ausgestaltung des Whistleblower-Gesetzes ist darauf zu achten, dass die unionsweiten Vorgaben der Richtlinie erforderlichenfalls strukturell angepasst werden, um sich in die dogmatischen Ausgangsbedingungen der deutschen Rechtsordnung einzufügen. Das gilt beispielsweise für den aktionenrechtlich formulierten Notwendigkeitsvorbehalt des Art. 21 Abs. 2, Abs. 7 Unterabs. 1 WBRL, der in die allgemeinen materiell-rechtlichen Voraussetzungen des Whistleblower-Schutzes gemäß Art. 6 Abs. 1 WBRL zu integrieren ist.⁵²¹ Der Umsetzungsprozess bietet zudem Gelegenheit, die in einigen Bereichen uneinheitliche und lückenhafte Regelungsstruktur der Richtlinie in eine an die deutsche Gesetzgebungstechnik angepasste, systematisch kohärente Form zu überführen. Ein Beispiel hierfür ist die ausdrückliche Übertragung des allgemeinen Gutgläubensmaßstabs auf die Ebene der Informationsbeschaffung.⁵²² Soweit gemäß den hier gegebenen Empfehlungen sinnvolle Ergänzungen vorgenommen und die Umsetzung der Richtlinie zur Schaffung eines einheitlichen deutschen Whistleblowing-Rechts genutzt wird, führt dies ebenfalls zu einigen strukturellen Anpassungen. Dies gilt insbesondere für die Erweiterung des

⁵¹⁷ So auch *Schmolke*, NZG 2020, 5, 9. Aufgrund unterschiedlichen Rechtswegzuständigkeiten bspw. für arbeits- und strafrechtliche Verfahren lässt sich eine solche Entwicklung durch gesetzliche Vorgaben indes nicht gänzlich verhindern.

⁵¹⁸ Siehe bereits oben, Punkt 2.4.

⁵¹⁹ Vgl. oben, Punkte 4.1., 10.1. und 10.3.

⁵²⁰ Ähnlich *Schmolke*, NZG 2020, 5, 9.

⁵²¹ Siehe oben, Punkt 6.1.

⁵²² Siehe oben, Punkt 6.5.

sachlichen Anwendungsbereichs des Umsetzungsgesetzes auf nationale Sachverhalte.⁵²³ Bei der konkreten Formulierung der einzelnen Normen sollte zudem darauf geachtet werden, auslegungsbedürftige Vorgaben, deren konkreter Regelungsgehalt sich nicht unmittelbar aus dem Wortlaut der Richtlinie ergibt, durch ausdrücklich klarstellende Umsetzungsnormen zu ergänzen. Hierzu zählt unter anderem eine explizite Definition der unter den persönlichen Anwendungsbereich der Schutznormen und Einrichtungspflichten fallenden juristischen Personen im Sinne der Richtlinie.⁵²⁴

In Anlehnung an die Gliederung dieses Gutachtens bietet sich eine Strukturierung des Whistleblower-Gesetzes beispielsweise in der folgenden Form an:

§ 1 Ziel des Gesetzes

§ 2 Begriffsbestimmungen

§ 3 Sachlicher Anwendungsbereich

§ 4 Persönlicher Anwendungsbereich

§ 5 Allgemeine Schutzvoraussetzungen

§ 6 Besondere Voraussetzungen für Offenlegungen

§ 7 Verbot von Repressalien

§ 8 Ansprüche

§ 9 Beweislast

§ 10 Rechte betroffener Personen

§ 11 Interne Whistleblowing-Stellen

§ 12 Whistleblowing-Behörden

§ 13 Weitere Meldeadressaten

§ 14 Vertraulichkeitsgebot

§ 15 Dokumentationspflichten

§ 16 Strafvorschriften

⁵²³ Siehe oben, Punkt 13.2.

⁵²⁴ Siehe oben, Punkte 3 und 4.2.

15. Ausgewählte Ergebnisse und Empfehlungen für die nationale Umsetzung

Wie die vorstehende Untersuchung gezeigt hat, handelt es sich bei der Whistleblower-Richtlinie um einen in seinen rechtsgebietsübergreifenden Folgen überaus tiefgreifenden und praktisch bedeutsamen Rechtsakt der Europäischen Union, dessen adäquate Umsetzung vor allem das deutsche Recht vor erhebliche Herausforderungen stellt. Nach Auffassung der Autoren sollte diese Ausgangslage jedoch nicht als Problem, sondern als Chance begriffen werden, um das bislang defizitäre deutsche Whistleblowing-Recht einer dogmatisch kohärenten und inhaltlich sinnvollen Reform zu unterziehen. Die Vorgaben der Richtlinie und die Erfahrungswerte anderer Rechtsordnungen im Umgang mit dem rechtlichen Themenkomplex des Whistleblowings bieten eine geeignete Grundlage, um den fragmentarischen Charakter des deutschen Whistleblowing-Rechts zu überwinden und es für die Zukunft auf ein rechtstatsächlich tragfähiges Fundament zu stellen.

Hierfür ist es notwendig, den rechtlichen Rahmen der Richtlinie und den aus ihr erwachsenden Änderungsbedarf zutreffend zu erfassen, bestehende Inkonsistenzen und Regelungslücken rechtzeitig zu identifizieren und den Umsetzungsprozess zu nutzen, um die rechtspolitischen Entscheidungen zu treffen, die für eine ebenso rechtssichere wie inhaltlich austarierte Regelung erforderlich sind. Dies gilt insbesondere für die Erstreckung des sachlichen Anwendungsbereichs auf nationale Sachverhalte einschließlich erheblicher Missstände, die antidiskriminierungsrechtliche Ausgestaltung des Whistleblower-Schutzes einschließlich eines direkten externen Melderechts, eines kohärenten Gutgläubensmaßstabs, einer effektiven Beweislastumkehr und einer Festlegung der schutzauslösenden Adressaten, die Konkretisierung des gesetzlich garantierten Vertraulichkeitsniveaus, die Einführung eines vorstandsunabhängigen Meldekanals zugunsten von Aufsichtsräten, die angemessene Weiterverfolgung anonymer Meldungen sowie die rechtssichere Ausgestaltung des neuen Normsystems in Form eines eigenständigen Whistleblower-Gesetzes.

Angelehnt an die Reihenfolge der in diesem Gutachten behandelten Themen listet die folgende Darstellung Ergebnisse auf, die, gemessen an ihrer Bedeutung für die Umsetzung der Richtlinie, von besonderer Relevanz sind. Hierbei wird jeweils angegeben, ob der betreffende Unterpunkt eine ausdrückliche

Vorgabe der Richtlinie wiedergibt [„(V)“], das Ergebnis einer rechtswissenschaftlichen Auslegung oder Anwendung auf das deutsche Recht darstellt [„(A)“] oder eine rechtspolitische Empfehlung beinhaltet, die über den von der Richtlinie zwingend vorgegebene Umsetzungsbedarf hinausgeht [„(E)“].

1. Die Whistleblower-Richtlinie stellt den an Regelungstiefe und -umfang bisher mit Abstand weitreichendsten Rechtsakt der Europäischen Union auf dem Gebiet des Whistleblowing-Rechts dar (A). (Punkt 1.)
2. Der sachliche Anwendungsbereich der Whistleblower-Richtlinie bestimmt sich nach dem Gegenstand der gemeldeten oder offengelegten Information über einen Verstoß gegen die enumerativ aufgelisteten Rechtsakte und Normen der Europäischen Union (V). (Punkt 2.1.)
3. Die Whistleblower-Richtlinie geht anderen unionrechtlichen Whistleblowing-Rechtsakten vor, soweit diese keine spezielleren Regeln enthalten (V). Dies betrifft vornehmlich bestehende Pflichten zur Einrichtung von Whistleblowing-Stellen im Finanzdienstleistungssektor (A). (Punkte 2.2. und 4.2.)
4. Die Whistleblower-Richtlinie geht der Geheimnisschutz-Richtlinie insoweit vor, als dass nach ihr zulässiges Whistleblowing als rechtmäßig im Sinne der Geheimnisschutz-Richtlinie gilt (V). (Punkt 2.3.) Dies sollte durch eine Klarstellung in § 3 Abs. 2 des Gesetzes zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen umgesetzt werden (E). (Punkt 2.4.)
5. Die Whistleblower-Richtlinie lässt deutsche Vorschriften über die kollektive Interessenvertretung von Arbeitnehmern unberührt (V). Whistleblower können sich daher unter anderem nach wie vor an den Betriebsrat wenden, ohne hierdurch Nachteile erleiden zu dürfen (A). (Punkt 2.5.)
6. Der persönliche Anwendungsbereich der Whistleblower-Richtlinie ist bewusst weit gefasst und geht über den Schutz von Arbeitnehmern deutlich hinaus (V). Er erfasst insbesondere auch juristische Personen im Sinne der Richtlinie, wozu neben juristischen Personen im Sinne des deutschen Privatrechts unter anderem rechtsfähige Personengesellschaften und nicht rechtsfähige Vereine zählen (A). (Punkt 3.1.)
7. Der nach der Richtlinie vorgegebene Whistleblower-Schutz geht mit einem Anpassungsbedarf für die gesellschaftsrechtlichen Verschwiegenheitspflichten unter anderem von Arbeitnehmervertretern in deutschen Aufsichtsräten einher (A). (Punkt 3.2.)
8. Die Begriffe „juristische Person“ und „Mittler“, die von der deutschen Sprachfassung des persönlichen Anwendungsbereichs verwendet werden,

sollten im Umsetzungsgesetz durch Termini ersetzt werden, die dem Sinn dieser unionsrechtlichen Begriffe besser entsprechen (E). (Punkt 3.2.)

9. Die Whistleblower-Richtlinie sieht weitreichende Pflichten zur Einrichtung interner Whistleblowing-Stellen mit prozess- und verhaltensbezogenen Mindeststandards vor (V). (Punkt 4.1.) Dies wird mit erheblichen Änderungen des deutschen Gesellschafts- und Verwaltungsorganisationsrechts einhergehen (A). (Punkt 4.2.)
10. Von der Möglichkeit einer Begrenzung der Einrichtungspflichten auf Organisationen ab 50 Arbeitnehmern und Gemeinden ab 10.000 Einwohnern sollte Gebrauch gemacht werden (E). (Punkte 4.2. und 4.3.) Der Arbeitnehmer-Schwellenwert sollte auf Basis der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer unter Einschluss von Teilzeitkräften und Leihararbeitnehmern bemessen werden (E). (Punkt 4.2.)
11. Auf zusätzliche Vorgaben zur unternehmensinternen Einbettung der Whistleblowing-Stellen sollte verzichtet und stattdessen die tatsächliche Funktionsfähigkeit von Whistleblowing-Systemen als ein entscheidender Faktor bei der Bemessung von Verbandssanktionen festgelegt werden (E). (Punkt 4.3.)
12. In Unternehmen von öffentlichem Interesse sollte ein vorstandsunabhängiger, unmittelbar zum Aufsichtsrat führender Whistleblowing-Kanal eingeführt werden (E). (Punkt 4.3.)
13. Die Umsetzung des von der Richtlinie besonders betonten Gebots der Vertraulichkeit der Identität des Whistleblowers geht notwendiger Weise mit einer Einschränkung datenschutzrechtlicher Informations- und Auskunftsrechte der von der Meldung oder Offenlegung betroffenen Personen einher (A). (Punkte 4.2. und 5.2.)
14. Die nach der Whistleblower-Richtlinie einzuführenden Whistleblowing-Behörden sind organisatorisch und personell unabhängig auszugestalten und haben über die Bestellung speziell geschulter Whistleblowing-Verantwortlicher die Funktion eines administrativen Brückenkopfes zwischen Whistleblower und anderen für die Ermittlungen zuständigen Behörden einzunehmen (V). (Punkt 5.1.)
15. Die für Whistleblowing-Behörden vorgegebenen Mindestanforderungen führen zu Anpassungsbedarf auch für in Deutschland bereits etablierte Meldestellen, so insbesondere für die 2016 eingerichtete BaFin-Hinweisgeberstelle (A). (Punkt 5.2.)

16. Den Whistleblowing-Behörden sollte eine arbeitsrechtliche Kompetenz zum Erlass einstweiliger Vergeltungsschutzanordnungen eingeräumt werden (E). (Punkt 5.2.)
17. Die Whistleblowing-Behörden sollten insbesondere auf komplexen Regulierungsfeldern als unabhängige Behördenteile in die bisherige Verwaltungsstruktur integriert werden (E). (Punkt 5.3.)
18. Whistleblower fallen unter den anti-diskriminierungsrechtlichen Schutz der Whistleblower-Richtlinie, soweit sie in gutem Glauben an das tatsächliche und rechtliche Vorliegen eines begangenen oder sehr wahrscheinlich erfolgenden Verstoßes Informationen melden oder offenlegen, von denen sie annehmen dürfen, dass ihre Weiterleitung zur Aufdeckung des Verstoßes notwendig ist (A). (Punkt 6.1.)
19. Es sollte klargestellt werden, dass dieser Schutz auch die gutgläubige Beschaffung notwendiger Informationen im Vorfeld der Meldung oder Offenlegung einschließt, sofern der Whistleblower hierdurch keinen Straftatbestand verwirklicht (E). (Punkte 6.1. und 6.5.)
20. Voraussetzung des Schutzes nach den Vorgaben der Whistleblower-Richtlinie ist im Falle von Meldungen eine Informierung der einzurichtenden internen Whistleblowing-Stellen oder Whistleblowing-Behörden (A). (Punkt 6.1.)
21. Im Rahmen der nationalen Umsetzung sollten auch andere interne und externe Adressaten als schutzauslösend anerkannt werden, sofern der Whistleblower in gutem Glauben annehmen durfte, dass diese hinsichtlich der konkreten Verstöße abhilfefähig, also zur Einleitung von Folge- oder Schutzmaßnahmen zuständig und befugt, sind (E). Dies sollte je nach Sachverhalt unter anderem Meldungen an Betriebs- oder Personalräte und die Staatsanwaltschaften einschließen (E). Eine Ausdehnung der für Whistleblowing-Stellen und -Behörden vorgegebenen Mindeststandards auf diese Adressaten ist hingegen nicht empfehlenswert (E). (Punkte 6.3. und 6.4.)
22. Es steht dem Whistleblower frei, ob er sich zur Meldung eines Verstoßes zunächst intern an eine Whistleblowing-Stelle oder direkt extern an eine Whistleblowing-Behörde wendet (V). (Punkt 7.1.) Eine gesetzliche oder vertragliche Einschränkung dieser Entscheidungsfreiheit ist unionsrechtlich nicht zulässig (V). (Punkt 7.2.) Dies ist bei der Umsetzung der Whistleblower-Richtlinie ausdrücklich klarzustellen (A). (Punkt 7.4.)

23. Die rechtliche Gleichstellung von internem und externem Whistleblowing steht im Einklang mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (A). (Punkt 7.3.)
24. Eine mittelbare oder unmittelbare Offenlegung im Sinne eines öffentlichen Zugänglichmachens von Informationen über Verstöße ist nur unter zusätzlichen Voraussetzungen zulässig (V). (Punkt 8.1.)
25. Eine Offenlegung sollte nach dem Umsetzungsgesetz auch dann zulässig sein, wenn die auf eine externe Meldung hin eingeleiteten Ermittlungen nicht oder nur unzureichend zum Abschluss gebracht wurden oder der Verstoß nicht hinreichend geahndet wurde (E). (Punkt 8.3.)
26. Es sollte ein zusätzlicher Ausnahmetatbestand eingeführt werden, wonach eine Offenlegung zulässig ist, soweit hierdurch ein Missstand von grundlegender Bedeutung für das demokratische Gemeinwesen offenbart wird und anderweitige Abhilfe nicht zu erwarten war (E). (Punkt 8.4.)
27. Die Whistleblower-Richtlinie sieht ein anti-diskriminierungsrechtlich ausgestaltetes, rechtsgebietsübergreifendes Verbot von Repressalien vor (V). (Punkt 9.1.)
28. Zu den Whistleblowern und anderen Personen zur Verfügung stehenden Rechten zählen unter anderem ein Anspruch auf Beseitigung und Unterlassung Whistleblowing-bedingter Benachteiligungen, die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes und ein verschuldensunabhängiger Anspruch auf Ersatz materieller und immaterieller Schäden (A). (Punkt 9.1.)
29. Zugunsten des Whistleblowers ist die Einführung einer Beweislastumkehr vorgesehen, wonach in sämtlichen Verfahren, die sich auf eine vom Whistleblower erlittene Benachteiligung beziehen und in denen der Whistleblower geltend macht, diese Benachteiligung infolge seiner Meldung oder Offenlegung erlitten zu haben, die Gegenseite beweisen muss, dass die von ihr getroffene Maßnahme auf hinreichend gerechtfertigten Gründen beruht (V). Eine Benachteiligung ist auch dann unzulässig, wenn das Whistleblowing nur einer unter mehreren Gründen für die ergriffene Maßnahme war (A). (Punkt 9.1.)
30. Das gegenwärtige deutsche Recht, insbesondere das allgemeine arbeitsrechtliche Maßregelungsverbot, wird dem von der Whistleblower-Richtlinie geforderten Verbot von Repressalien nicht gerecht und muss geändert werden (A). (Punkt 9.2.)

31. Die Umsetzung der Whistleblower-Rechte erfordert die Einführung einer rechtsgebietsübergreifenden, anti-diskriminierungsrechtlichen Regelung (A). Dies schließt unter anderem die Einführung eines spezialgesetzlichen Schadenersatzanspruchs, eine Änderung des Kündigungsschutzrechts und eine Erweiterung des arbeitsrechtlichen Weiterbeschäftigungsanspruchs ein (A). (Punkt 9.1.)
32. Die Mitgliedstaaten müssen weitere unterstützende Maßnahmen einführen, zu denen mindestens die Information und Beratung von Whistleblowern und Öffentlichkeit, die Unterstützung des Whistleblowers beim Kontakt mit am Schutz vor Repressalien beteiligten Behörden bzw. Gerichten und die Gewährung von Prozesskostenhilfe zählen (V). (Punkt 9.1.)
33. Auf Bundesebene sollte eine zentrale Whistleblowing-Stelle eingerichtet werden, zu deren Hauptaufgaben die Informierung und Beratung potentieller Whistleblower und deren Weiterleitung an die für die jeweiligen Verstöße konkret zuständigen Whistleblowing-Behörden zählen (E). (Punkte 5.3. und 9.2.)
34. Zur Umsetzung der Sanktionsvorgaben der Whistleblower-Richtlinie sollte ein eigenständiger Straftatbestand eingeführt werden, der die Ergreifung von Repressalien und anderen gegen den Whistleblower gerichteten Maßnahmen mit dem gleichen Strafraum belegt wie die Begehung von Straftaten gegen Betriebsverfassungsorgane und ihre Mitglieder (E). (Punkte 9.1. und 9.2.)
35. Es sollte ein Unterstützungsfonds zur Erbringung finanzieller Hilfen und anderer unterstützender Maßnahmen für bestimmte Whistleblower eingerichtet werden, dessen Mittel aus Geldstrafen und Bußgeldern erfolgreicher Whistleblowing-Verfahren gespeist werden können (E). (Punkt 9.3.)
36. Nach der Whistleblower-Richtlinie sind betroffene Personen vor unzutreffenden oder irreführenden Anschuldigungen unter Wahrung der Unschuldsvermutung und ihrer Verteidigungsrechte zu schützen (V). (Punkt 10.1.)
37. Zu den erforderlichen Schutzmaßnahmen zählt insbesondere die Gewährung von Schadenersatzansprüchen im Falle vorsätzlich falscher Meldungen oder Offenlegungen (V). (Punkt 10.1.) Darüber hinaus sollte ein Schadenersatzanspruch ausdrücklich auch bei grob fahrlässigen Falschmeldungen vorgesehen werden (E). (Punkt 10.3.)
38. Die nach der Whistleblower-Richtlinie erforderliche Einschränkung datenschutzrechtlicher Informationspflichten und Auskunftsrechte betroffener Personen gegenüber den zuständigen Whistleblowing-Stellen und -

Behörden gilt nicht im Falle vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Falschmeldungen (A). (Punkt 10.1.) Als hinreichende Voraussetzung einer Geltendmachung von Auskunftsrechten sollte die objektive Unrichtigkeit der Meldung festgelegt werden, wobei die Whistleblowing-Stelle bzw. -Behörde die Auskunft verweigern können sollte, sofern sie von der Gutgläubigkeit des Whistleblowers ausgehen darf (E). (Punkt 10.3.)

39. Der allgemeine Vertraulichkeitsschutz zugunsten von Whistleblowern gilt im Falle externer Meldungen in gleicher Weise auch für betroffene Personen (V). (Punkt 10.1.) Die Weitergabe der Identität betroffener Personen sollte auch für die interne Whistleblowing-Stelle nur insoweit für zulässig erklärt werden, wie dies im Rahmen interner Untersuchung notwendig und verhältnismäßig ist (E). (Punkt 10.3.)
40. Die Vorgabe der Whistleblower-Richtlinie, wonach wissentlichen Falschmeldungen mit wirksamen, angemessenen und abschreckenden Sanktionen zu begegnen ist, macht keine Änderungen des gegenwärtigen deutschen Strafrechts erforderlich (A). (Punkte 10.1. und 10.2.)
41. Die Richtlinie überlässt die Entscheidung über die Einführung von anonymen Meldekanälen und Pflichten zur Weiterverfolgung anonymer Meldungen den Mitgliedstaaten (V). (Punkt 11.1.)
42. Im Rahmen des Umsetzungsgesetzes sollte festgelegt werden, dass interne Whistleblowing-Stellen und Whistleblowing-Behörden zur angemessenen Weiterverfolgung anonymer Meldungen verpflichtet sind (E). (Punkt 11.2.)
43. Eine Pflicht zur Implementierung anonymer Meldekanäle sollte allenfalls für finanzstarke Großunternehmen bzw. Unternehmen von öffentlichem Interesse vorgesehen werden (E). (Punkt 11.3.)
44. Es sollte eine inhaltlich robuste und vorhersehbare Vertraulichkeitsgarantie einführt werden, nach der die Weitergabe der Identität des Whistleblowers gegen dessen Willen ausdrücklich nur im Ausnahmefall in Betracht kommt (E). Zur Absicherung dieser Garantie sollten beteiligte Behörden in gleicher Weise zur Einhaltung der Vertraulichkeit verpflichtet werden wie die zuständige Whistleblowing-Behörde (E). Der Nachweis des Rechtsverstoßes sollte auf Verlangen des Whistleblowers ausschließlich auf alternative Beweismittel gestützt werden können (E). Bei einer konkreten Gefahr ganz erheblicher Repressalien sollte den zuständigen Whistleblowing-Verantwortlichen die ausdrückliche Möglichkeit eingeräumt werden, bei ihrer obersten Dienstbehörde die Abgabe einer Sperrerklärung zu beantragen (E). (Punkt 11.3.)

45. Der anti-diskriminierungsrechtliche Schutz der Richtlinie gilt unterschiedslos auch für Beamte und andere Mitarbeiter des öffentlichen Dienstes (V). Juristische Personen des öffentlichen Sektors sind zur Einrichtung (verwaltungs-)interner Whistleblowing-Stellen ebenso verpflichtet wie juristische Personen des privaten Sektors. (V). (Punkt 12.1.)
46. Die Vorgaben der Richtlinie machen verschiedene Änderungen insbesondere des Bundesbeamtengesetzes und des Beamtenstatusgesetzes erforderlich. Hierzu zählt unter anderem eine Anpassung der beamtenrechtlichen Verschwiegenheits- und Remonstrationspflichten (A). (Punkt 12.2.)
47. Über die Meldung an eine verwaltungsinterne Whistleblowing-Stelle oder Whistleblowing-Behörde hinaus sollte auch eine über den Dienstweg erfolgte Meldung dem Schutz des Umsetzungsgesetzes unterstellt werden (E). (Punkte 12.2. und 6.3.)
48. Die Begrenzung des sachlichen Anwendungsbereichs auf Unionsrecht sollte im Rahmen des Umsetzungsgesetzes aufgehoben werden (E). (Punkt 13.1.)
49. Die Erstreckung auf nationale Regelungssachverhalte sollte nicht im Wege einer enumerativen Auflistung nationaler Normen erfolgen (E). Stattdessen sollte eine Generalklausel eingeführt werden, nach der Verstöße gegen einen abstrakt bestimmten Normtypus in den sachlichen Anwendungsbereich des Umsetzungsgesetzes fallen (E). (Punkt 13.2.)
50. Zur Definition des erfassten Normtypus durch den Gesetzgeber eignen sich verschiedene generalisierende Normgruppen des deutschen Rechts. Den hier identifizierten Anforderungen an eine sinnvolle Klassifizierung würden insbesondere die Aufnahme von Straf- und Verbandstaten und die Einbeziehung sämtlicher Gesetze im materiellen Sinn genügen (E). Die zweite Alternative empfiehlt sich mit der Maßgabe, dass über generalisierende Normgruppen bestimmte Materien, deren Besonderheiten eine abweichende Regelung erfordern, negativ definiert werden können. (Punkt 13.2.)
51. Über die Einbeziehung von Rechtsverstößen hinaus sollte ein Auffangtatbestand eingefügt werden, wonach erhebliche Missstände, deren Meldung und/oder Offenlegung im öffentlichen Interesse liegt, ebenfalls vom sachlichen Anwendungsbereich des Umsetzungsgesetzes erfasst werden. (Punkt 13.2.)
52. Die Umsetzung der Whistleblower-Richtlinie sollte in Gestalt eines eigenständigen Whistleblower-Gesetzes erfolgen (E). (Punkt 14.)

53. Bei der rechtstechnischen Ausgestaltung und Strukturierung des Whistleblower-Gesetzes sollten die Vorgaben der Whistleblower-Richtlinie an die dogmatischen Ausgangsbedingungen der deutschen Rechtsordnung angepasst werden (E). (Punkt 14.)

Literaturverzeichnis

- Abraham, Jens*, Whistleblowing – Neue Chance für eine Kurswende!?, ZRP 2012, 11–13.
- Aszmons, Mattis/Herse, Adina*, EU-Whistleblowing-Richtlinie: Der richtige Umgang mit den neuen Vorgaben und deren Umsetzung – Zweistufiges Meldeverfahren, Hinweisgebersysteme, Umgang mit Meldungen und Sanktionen, DB 2019, 1849–1854.
- Bäcker, Carsten*, Whistleblower im Amt – Zwischen Verschwiegenheitspflicht und Verfassungstreue, Die Verwaltung 2015, 499–523.
- Benecke, Martina* (Hrsg.), beck-online.GROSSKOMMENTAR zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Dienstrecht/Arbeitsvertragsrecht, Stand: 1.11.2019 (zit.: BeckOGK/Bearbeiter, 1.11.2019, BGB § Rn.).
- Berthold, Annemarie*, Whistleblowing in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, Frankfurt am Main 2010 (zit.: *Berthold*, Whistleblowing in der Rechtsprechung des BAG, 2010).
- Bittmann, Folker/Brockhaus, Matthias/von Coelln, Sibylle/Heuking, Christian*, Regellungsbedürftige Materien in einem zukünftigen „Gesetz über Interne Ermittlungen“, NZWiSt 2019, 1–10.
- Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht*, Jahresbericht 2018, abrufbar unter https://www.bafin.de/SharedDocs/Downloads/DE/Jahresbericht/dl_jb_2018.pdf?__blob=publicationFile&v=5 (zuletzt abgerufen am 30.4.2020) (zit.: *BaFin*, Jahresbericht 2018).
- Colneric, Ninon*, Does the case law of the European Court of Human Rights show that the Convention States of the European Convention of Human Rights must prescribe priority of internal whistle-blowing as a rule?, SR 2018, 232–239.
- dbb beamtenbund und tarifunion*, Positionspapier des dbb beamtenbund und tarifunion zum Entwurf einer Richtlinie über den Schutz von Hinweisgebern KOM (2018) 218 final Berlin, 10. Juli 2018, abrufbar unter https://www.dbb.de/fileadmin/pdfs/stellungnahmen/180710_schutz_von_hinweisgebern.pdf, (zuletzt abgerufen am 30.4.2020) (zit.: *dbb*, Positionspapier zum Entwurf einer Richtlinie über den Schutz von Hinweisgebern, 2018).
- Deiseroth, Dieter* (Hrsg.), Whistleblowing in Zeiten von BSE – Der Fall der Tierärztin Dr. Margrit Herbst, Berlin 2001 (zit.: *Deiseroth*, Whistleblowing in Zeiten von BSE, 2001).
- Deiseroth, Dieter*, Neue Vorgaben für die deutschen Gerichte aus Straßburg? Der Schutz der Meinungsäußerung von Beschäftigten nach Art. 10 (EMRK), ZRFC, 66–73.

- Deiseroth, Dieter/Derleder, Peter*, Whistleblower und Denunziatoren, ZRP 2008, 248–251.
- Deiseroth, Dieter/Falter, Annegret* (Hrsg.), Whistleblower in der Sicherheitspolitik – Whistleblowers in Security Politics, Preisverleihung – Awards 2011/2013 – Chelsea E. Manning; Edward J. Snowden, Berlin 2014 (zit.: *Deiseroth/Falter*, Whistleblower in der Sicherheitspolitik, 2014).
- Deiseroth, Dieter/Falter, Annegret* (Hrsg.), Whistleblowerpreis 2013 – Daniel Ellsberg, Berlin 2005 (zit. *Deiseroth/Falter*, Whistleblowerpreis 2013, 2015).
- Deiseroth, Dieter/Göttling, Dietmar* (Hrsg.), Der Fall Nikitin. Eine Dokumentation zur Verleihung des Whistleblowerpreises 1999. Mit einem Geleitwort von Bundesverfassungsrichter Dr. Jürgen Kühling, Pittenhart 2000 (zit.: *Kühling*, in: *Deiseroth/Göttling*, Der Fall Nikitin, 2000).
- Dilling, Johannes*, Der Schutz von Hinweisgebern und betroffenen Personen nach der EU Whistleblower-Richtlinie, CCZ 2019, 214–224.
- Engländer, Armin/Zimmermann, Till*, Whistleblowing als strafbarer Verrat von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen? – Zur Bedeutung des juristisch-ökonomischen Vermögensbegriffs für den Schutz illegaler Geschäftsgeheimnisse bei § 17 UWG, NZWiSt 2012, 328–333.
- Eufinger, Alexander*, EU-Geheimnisschutzrichtlinie und Schutz von Whistleblowern, ZRP 2016, 229–231.
- Expolink Europe Ltd.*, Whistleblowing Benchmarking Report 2019, Whistleblowing – An analysis of incident reports received through Expolink's global Speak Up service, abrufbar unter <https://www.expolink.co.uk/resources/benchmarking-report-2019> (zuletzt abgerufen am 30.4.2020) (zit.: *Expolink Europe Ltd.*, Whistleblowing Benchmarking Report 2019).
- Fleischer, Holger/Schmolke, Klaus Ulrich*, Finanzielle Anreize für Whistleblower im Europäischen Kapitalmarktrecht? – Rechtspolitische Überlegungen zur Reform des Marktmissbrauchsregimes, NZG 2012, 361–368.
- Forst, Gerrit*, Strafanzeige gegen den Arbeitgeber – Grund zur Kündigung des Arbeitsvertrags?, NJW 2011, 3477–3482.
- Fuhroth, Michael/Hiéramente, Mayeul*, Beck'scher Online-Kommentar zum Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen, 3. Edition Stand: 15.03.2020 (zit.: BeckOK GeschGehG/Fuhroth/Hiéramente, 3. Ed. 15.3.2019, GeschGehG § Rn.).
- Garden, Florian/Hiéramente, Mayeul*, Die neue Whistleblowing-Richtlinie der EU – Handlungsbedarf für Unternehmen und Gesetzgeber, BB 2019, 963–969.
- Gerdemann, Simon*, Beamtenrecht aus Brüssel – Die aktuelle Whistleblowing-Richtlinie und ihre Folgen für deutsche Beamte und Verwaltung, ZBR 2020, 12–18.
- Gerdemann, Simon*, Revolution des Whistleblowing-Rechts oder Pfeifen im Walde? – Der Richtlinienvorschlag der Europäischen Kommission zum Schutz von Whistleblowern, RdA 2019, 16–28.
- Gerdemann, Simon*, Transatlantic Whistleblowing – Rechtliche Entwicklung, Funktionsweise und Status quo des Whistleblowings in den USA und seine Bedeutung für Deutschland, Tübingen 2018 (zit.: *Gerdemann*, Transatlantic Whistleblowing, 2018).

- Goette, Wulf/Habersack, Matthias/Kalss, Susanne (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 2, 5. Auflage 2019 (zit.: MÜKoAktG/Bearbeiter, Bd.2, 5. Aufl. 2019, AktG § Rn.).
- Granetzny, Thomas/Krause, Melena, Was kostet ein gutes Gewissen? – Förderung von Whistleblowing durch Prämien nach US-Vorbild?, CCZ 2020, 29–36.
- Groneberg, Rut, Whistleblowing – Eine rechtsvergleichende Untersuchung des US-amerikanischen, englischen und deutschen Rechts unter besonderer Berücksichtigung des Entwurfs eines neuen § 612a BGB, Berlin 2011 (zit.: Groneberg, Whistleblowing, 2011).
- Groß, Nadja/Platzer, Matthias, Richtlinie der EU zur Stärkung des Schutzes von Hinweisgebern ante portas, NZA 2018, 913–916.
- Günther, Jörg-Michael, Öffentlichkeitsarbeit von Behörden und externes Whistleblowing durch Beamte – Ein aktueller Überblick, NVwZ 2018, 1109–1112.
- Hans, Armin, Whistleblowing durch Beamte – Rechtslage und Regelungsbedarf, Hamburg 2017 (zit.: Hans, Whistleblowing durch Beamte, 2017).
- Harrer-Kouliev, Kristina, in: LMU Working Paper Vigilanz Kulturen SFB 1369, 01/2020, zur anstehenden Regulierung von Whistleblowing in Deutschland, 32 (zit.: Harrer-Kouliev, in: LMU Working Paper SFB 1369, 01/2020).
- Hauser, Christian/Hergovits, Nadine/Blumer, Helene, HTW Chur/EQS Group AG – White-Paper: Whistleblowing Report 2019, Chur 2019, abrufbar unter <https://www.eqs.com/de/knowledge/white-papers/whistleblowing-report-2019> (zuletzt abgerufen am 30.4.2020) (zit.: Hauser/Hergovits/Blumer, Whistleblowing Report 2019).
- Helm, Leon, Whistleblowing im Finanzaufsichtsrecht – ein Überblick, BB 2018, 1538–1546.
- Herold, Nico, Die beamtenrechtliche Zulässigkeit des „Whistleblowing“, ZBR 2013, 8–14.
- Herold, Nico, Whistleblower – Entscheidungsfindung, Meldeverhalten und kriminologische Bewertung, Baden-Baden 2017, (zit.: Herold, Whistleblower, 2017).
- Király, Andrei, Whistleblower in der öffentlichen Verwaltung – Ihre Rechtsstellung bei der Korruptionsbekämpfung, FÖV Discussion Papers 57, Speyer 2010 (zit.: Király, Whistleblower in der öffentlichen Verwaltung, 2010).
- Klasen, Evelyn/Schaefer, Sandra, Whistleblower, Zeuge und „Beschuldigter“ – Informationsweitergabe im Spannungsfeld grundrechtlicher Positionen, BB 2012, 641–647.
- Koch, Arnd, Korruptionsbekämpfung durch Geheimnisverrat? – Strafrechtliche Aspekte des Whistleblowing, ZIS 208, 500–505.
- Kölbel, Ralf/Herold, Nico, Whistleblowing in der Empirischen Forschung, in: LMU Working Paper Vigilanz Kulturen SFB 1369, 01/2020, zur anstehenden Regulierung von Whistleblowing in Deutschland, 4-12 (zit.: Kölbel/Herold, in: LMU Working Paper SFB 1369, 01/2020).
- Krause, Rüdiger, Zwischen Treuepflichtverletzung und Rechtsdurchsetzungsinstrument – Externes Whistleblowing im Wandel der Zeiten, SR 2019, 138–152.

- Lutterbach, Carolin*, Die strafrechtliche Würdigung des Whistleblowings, Bremen 2010 (zit.: *Lutterbach*, Whistleblowing, 2011).
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter* (Begr.), Grundgesetz Kommentar, Stand: 89. Ergänzungslieferung Oktober 2019 (zit.: *Maunz/Dürig/Bearbeiter*, 89. EL Oktober 2019, GG Art. Rn.).
- Mengel, Anja*, Der Gesetzesentwurf der SPD-Fraktion zum Whistleblowing, CCZ 2012, 146–155.
- Moberly, Richard*, Unfulfilled Expectations: An empirical analysis of why Sarbanes-Oxley whistleblowers rarely win, *William & Mary Law Review*, Volume 49, 2007, 65–155 (zit.: *Moberly*, 49 Wm. & Mary L. Rev. 65 [2007]).
- Moosmayer, Klaus/Petrasch, Martin*, Gesetzliche Regelungen für Internal Investigations, ZHR 2018, 504–539.
- Müller, Michael*, Whistleblowing – Ein Kündigungsgrund?, NZA 2002, 424–437.
- Nöbel, Eileen/Veljovic, Miguel*, Strafbarkeitsrisiken des Whistleblowers in Deutschland, CB 2020, 34–38.
- Ohly, Ansgar*, Das neue Geschäftsgeheimnisgesetz im Überblick, GRUR 2019, 441–451.
- Organisation for Economic Co-operation and Development*, Implementing the OECD Anti-Bribery Conventions, Phase 4 Report: Germany, 2018, abrufbar unter <http://www.oecd.org/corruption/anti-bribery/Germany-Phase-4-Report-ENG.pdf> (zit.: *OECD*, Anti-Bribery Phase 4 Report Germany, 2018).
- Ott, Nicolas/Lüneborg, Cäcilie*, Das neue Verbandssanktionengesetz – Fragen und Auswirkungen für die Compliance-Praxis, NZG 2019, 1361–1369.
- Passarge, Malte*, Compliance bei Unternehmen der öffentlichen Hand, NVwZ 2015, 252–257.
- Reinbacher, Tobias*, Der Straftatbestand des § 23 GeschGehG und das Whistleblowing, KriPoZ 2018, 148–158.
- Reinbacher, Tobias*, Die Strafbarkeit des Whistleblowings nach § 17 UWG im Lichte der Geheimnisschutzrichtlinie, KriPoZ 2018, 115–121.
- Reinfeld, Roland*, Das neue Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen, München 2019 (zit.: *Reinfeld*, GeschGehG, 2019).
- Rosenbach, Marcel/Stark, Holger*, Der NSA-Komplex – Edward Snowden und der Weg in die totale Überwachung, München 2014 (zit.: *Rosenbach/Stark*, Der NSA-Komplex, 2014).
- Rudkowski, Lena*, Kernprobleme einer gesetzlichen Regelung zum Schutz von Whistleblowern, CCZ 2013, 204–209.
- Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limperg, Bettina* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bände 1 und 5, 8. Auflage 2018 (zit.: *MüKoBGB/Bearbeiter*, 8. Aufl. 2018, BGB § Rn.).
- Sandherr, Urban*, Mehr Transparenz bei Geldauflagen, DRiZ 2016, 126–129.
- Schemmel, Alexander/Ruhmannseder, Felix/Witzigmann, Tobias*, Hinweisgebersysteme – Implementierung in Unternehmen, Freiburg 2012 (zit.: *Schemmel/Ruhmannseder/Witzigmann*, Hinweisgebersysteme, 2012).
- Schmitt, Laura*, Whistleblowing revisited – Anpassungs- und Regelungsbedarf im deutschen Recht – Zugleich ein Beitrag zu den arbeitsrechtlichen Auswirkungen der Geheimnisschutzrichtlinie, RdA 2017, 365–373.

- Schmolke, Klaus Ulrich*, Die neue EU-Richtlinie zum Whistleblowerschutz und ihre Umsetzung in Deutschland, in: LMU Working Paper Vigilanz Kulturen SFB 1369, 01/2020, zur anstehenden Regulierung von Whistleblowing in Deutschland, 22–28 (zit.: *Schmolke*, in: LMU Working Paper SFB 1369, 01/2020).
- Schmolke, Klaus Ulrich*, Die neue Whistleblower-Richtlinie ist da! Und nun? – Zur Umsetzung der EU-Richtlinie zum Schutz von Hinweisgebern in das deutsche Recht, NZG 2020, 5–12.
- Schreiber, Markus*, Das neue Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen – ein „Freifahrtschein“ für Whistleblower, NZWiSt 2019, 332–338.
- Spindler, Gerald / Stilz, Eberhard* (Hrsg.), Kommentar zum Aktiengesetz, Band 1, 4. Auflage 2019 (zit.: *Spindler/Stilz/Bearbeiter AktG*, 4. Aufl. 2019, AktG § Rn.).
- Thüsing, Gregor/Rombey, Sebastian*, Nachdenken über den Richtlinienvorschlag der EU-Kommission zum Schutz von Whistleblowern, NZG 2018, 1001–1007.
- Trüg, Gerson*, Steuerdaten-CDs und die Verwertung im Strafprozess, StV 2011, 111–122.
- Ullrich, Ines*, Der Schutz von Whistleblowern aus strafrechtlicher Perspektive – Rechtslage de lege lata und de lege ferenda, NZWiSt 2019, 65–71.
- Von Busekist, Konstantin/Fahrig, Stephan*, Whistleblowing und der Schutz von Hinweisgebern, BB 2013, 119–124.
- Von Mangoldt, Hermann/Klein, Friedrich/Starck, Christian* (Begr.), Grundgesetz Kommentar, Band 1, 7. Auflage 2018 (zit.: *von Mangoldt/Klein/Starck/Bearbeiter*, 7. Aufl. 2018, GG Art. Rn.).
- Von Pelchrzim, Gero*, Whistleblowing und der strafrechtliche Geheimnisschutz nach § 17 UWG, CCZ 2009, 25–29.
- Wiedmann, Michael/Seyfert, Stefan*, Richtlinienentwurf der EU-Kommission zum Whistleblowing, CCZ 2019, 12–21.

In der Schriftenreihe des Hugo Sinzheimer Instituts für Arbeitsrecht sind zuletzt erschienen:

- Band 33** Bernd Waas
Mitbestimmung des Betriebsrats in Fragen der Ordnung des Betriebs und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb
ISBN 978-3-7663-7044-0
- Band 32** Daniel Ulber
Vorgaben des EuGH zur Arbeitszeiterfassung
ISBN 978-3-7663-7041-9
- Band 31** Ulrich Preis/Katharina Schwarz
Dienstreisen als Rechtsproblem
ISBN 978-3-7663-7031-0
- Band 30** Olaf Deinert/Elena Maksimek/Amélie Sutterer-Kipping
Die Rechtspolitik des Arbeits- und Sozialrechts
ISBN 978-3-7663-6932-1
- Band 29** Daniel Klocke
Das BetrVG und der Arbeitskampf im Betrieb
ISBN 978-3-7663-6935-2
- Band 28** Marita Körner
Die Auswirkungen der Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) in der betrieblichen Praxis
ISBN 978-3-7663-6928-4
- Band 27** Martin Franzen
Stärkung der Tarifautonomie durch Anreize zum Verbandsbeitritt
ISBN 978-3-7663-6855-3
- Band 26** Frank Bayreuther
Sicherung der Leistungsbedingungen von (Solo-)Selbständigen, Crowdworkern und anderen Plattformbeschäftigten
ISBN 978-3-7663-6850-8
- Band 25** Stefan Greiner
Das arbeitskampfrechtliche Verhältnismäßigkeitsprinzip
ISBN 978-3-7663-6829-4
- Band 24** Daniel Ulber/Karoline Wiegandt
Die Bindung von Arbeitnehmervereinigungen an die europäischen Grundfreiheiten
ISBN 978-3-7663-6761-7

Weitere Informationen zur Schriftenreihe: www.hugo-sinzheimer-institut.de

