DeutscherAnwaltVerein

Stellungnahme

des Deutschen Anwaltvereins durch die Ausschüsse CSR, Arbeitsrecht und Strafrecht

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

Stellungnahme Nr.: 51/2018 Berlin/Brüssel, im November 2018

Mitglieder des Ausschusses CSR

- Rechtsanwältin Dr. habil. Birgit Spießhofer M.C.J. (NYU), Berlin, Vorsitzende und Berichterstatterin
- Rechtsanwalt Dr. Wolfgang Herb, Stuttgart, Berichterstatter
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Remo Klinger, Berlin
- Rechtsanwalt Dr. Marc Löbbe, Frankfurt am Main, Berichterstatter
- Rechtsanwältin Dr. Margarete Gräfin von Galen, Berlin, Berichterstatterin
- Rechtsanwältin Prof. Dr. Anja Mengel, Berlin, Berichterstatterin
- Rechtsanwalt Dr. Thomas Voland, Düsseldorf

Zuständig in der DAV-Geschäftsführung

- Rechtsanwältin Eva Schriever, LL.M.

Mitglieder des Ausschusses Arbeitsrecht

- Rechtsanwalt Prof. Dr. Stefan Lunk, Hamburg, Vorsitzender
- Rechtsanwalt Dr. Christian Arnold, Stuttgart
- Rechtsanwältin Dr. Susanne Clemenz, Gütersloh
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Björn Gaul, Köln
- Rechtsanwalt Roland Gross, Leipzig

Deutscher Anwaltverein
Littenstraße 11, 10179 Berlin
Tel.: +49 30 726152-0
Fax: +49 30 726152-190
E-Mail: dav@anwaltverein.de

Büro Brüssel
Rue Joseph II 40, Boîte 7B
1000 Brüssel, Belgien
Tel.: +32 2 28028-12
Fax: +32 2 28028-13
E-Mail: bruessel@eu.anwaltverein.de
EU-Transparenz-Registernummer:
87980341522-66

www.anwaltverein.de

- Rechtsanwalt Nils Kummert, Berlin
- Rechtsanwältin Dr. Nathalie Oberthür, Köln
- Rechtsanwältin Dr. Barbara Reinhard, Frankfurt am Main
- Rechtsanwältin Dr. Ulrike Schweibert, Frankfurt
- Rechtsanwalt Dr. Uwe Silberberger, Düsseldorf
- Rechtsanwältin Regina Steiner, Frankfurt am Main
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Heinz Josef Willemsen, Düsseldorf

Für den Geschäftsführenden Ausschuss der Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht:

- Rechtsanwalt Jürgen Markowski, Nürnberg, Berichterstatter

Zuständig in der DAV-Geschäftsführung

- Rechtsanwalt Max Gröning

Mitglieder des Ausschusses Strafrecht

- Rechtsanwalt Dr. Rainer Spatscheck, München, Vorsitzender
- Rechtsanwalt Stefan Conen, Berlin
- Rechtsanwältin Dr. Margarete Gräfin von Galen, Berlin, Berichterstatterin
- Rechtsanwältin Dr. Gina Greeve, Frankfurt
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Rainer Hamm, Frankfurt
- Rechtsanwalt Dr. Stefan Kirsch, Frankfurt am Main
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Stefan König, Berlin
- Rechtsanwältin Dr. Jenny Lederer, Essen
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Bernd Müssig, Bonn
- Rechtsanwalt Dr. Ali B. Norouzi, Berlin
- Rechtsanwältin Gül Pinar, Hamburg
- Rechtsanwalt Michael Rosenthal, Karlsruhe
- Rechtsanwalt Martin Rubbert, Berlin
- Rechtsanwalt Dr. Heide Sandkuhl, Potsdam
- Rechtsanwalt Dr. Rainer Spatscheck, München
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Gerson Trüg, Freiburg

Zuständig in der DAV-Geschäftsführung

- Rechtsanwältin Tanja Brexl

Ansprechpartner in Brüssel:

- Rechtsanwältin Eva Schriever, LL.M.

Verteiler

Europa

- Europäische Kommission
    - Generaldirektion Justiz und Verbraucher (DG JUST)
- Europäisches Parlament
    - Ausschuss Recht (JURI)
    - Ausschuss für Bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres (LIBE)
    - Ausschuss für Wirtschaft und Währung (ECON)
    - Ausschuss für Beschäftigung und soziale Angelegenheiten (EMPL)
- Rat der Europäischen Union
- Ständige Vertretung der Bundesrepublik Deutschland bei der EU
- Justizreferenten der Landesvertretungen
- Rat der europäischen Anwaltschaften (CCBE)
- Vertreter der freien Berufe in Brüssel
- BDI Brüssel
- DIHK Brüssel
- ZDH Brüssel

Deutschland

- Bundesministerium für Arbeit und Soziales
- Bundesministerium der Finanzen
- Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
- Bundesministerium für Wirtschaft Bundesministerium für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung
- Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit
- Bundesministerium des Inneren
- Bundeskanzleramt
- Deutscher Bundestag, Ausschuss für Recht- und Verbraucherschutz
- Deutscher Bundestag, Ausschuss für Angelegenheiten der Europäischen Union
- Deutscher Bundestag, Ausschuss für Menschenrechte und humanitäre Hilfe
- Deutscher Bundestag, Ausschuss für Arbeit und Soziales
- Deutscher Bundestag, Ausschuss für Inneres
- Justizministerien und Justizverwaltungen der Bundesländer der Bundesrepublik Deutschland
- Arbeitskreis Recht der im Bundestag vertreten Fraktionen

- Europäische Kommission, Vertretung in Deutschland
- Bundesverband der Freien Berufe
- Bundesrechtsanwaltskammer
- Bundesverband der Unternehmensjuristen
- Deutscher Steuerberaterverband
- Deutscher Notarverein
- Bundesnotarkammer
- Deutscher Richterbund
- Deutscher Juristinnenbund e.V.
- Deutscher Steuerberaterverband
- Deutscher Juristentag (Präsident und Generalsekretär)
- Bund der Richterinnen und Richter der Arbeitsgerichtsbarkeit

- Bundesverband der Deutschen Industrie (BDI)
- Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (BDA)
- Deutscher Industrie- und Handelskammertag (DIHK)
- Deutscher Gewerkschaftsbund (DGB)
- Forum Nachhaltige Entwicklung der Deutschen Wirtschaft (econsense)
- Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft (GDV)
- Amnesty International
- Attac Deutschland
- Transparency International Deutschland e.V.
- UPJ e.V.
- Human Rights Watch
- Deutsches Institut für Menschenrechte
- Deutsches Netzwerk Wirtschaftsethik - EBEN Deutschland e.V.
- Forum Menschenrechte e.V.
- Verband Nachhaltige Entwicklungspolitik und humanitäre Hilfe (VENRO)
- Friedrich-Ebert-Stiftung
- Friedrich-Naumann-Stiftung für die Freiheit
- Heinrich-Böll-Stiftung
- Hanns-Seidel-Stiftung
- Rosa-Luxemburg-Stiftung
- Konrad-Adenauer-Stiftung
- Deutsche Strafverteidiger e.V.
- Regionale Strafverteidigervereinigungen
- Organisationsbüro der Strafverteidigervereinigungen und –initiativen

- Vorstand und Geschäftsführung des Deutschen Anwaltvereins
- Vorsitzende der Landesverbände des Deutschen Anwaltvereins
- Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des Deutschen Anwaltvereins
- Vorsitzende der Arbeitsgemeinschaften des Deutschen Anwaltvereins
- Vorsitzende des Forums Junge Anwaltschaft des Deutschen Anwaltvereins

<u>Presse</u>
- Redaktion Betriebsberater
- Redaktion Neue Juristische Wochenschrift
- Redaktion Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
- Redaktion Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
- Redaktion Legal Tribune Online
- Redaktion Juve Rechtsmarkt
- Redaktion Zeitschrift für Wirtschafts- und Unternehmensethik
- Redaktion Frankfurter Allgemeine Zeitung
- Redaktion Süddeutsche Zeitung
- Redaktion Handelsblatt
- Redaktion manager magazin
- Redaktion Wirtschaftswoche
- Redaktion Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA)
- Redaktion Zeitschrift Recht der Arbeit
- Juris Newsletter
- Verlag C.H. Beck
- Strafverteidiger-Forum (StraFo)

- Neue Zeitschrift für Strafrecht, NStZ
- Strafverteidiger
- Juris
- KriPoZ Kriminalpolitische Zeitschrift

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit rund 64.500 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Zusammenfassung / Summary

Der DAV begrüßt und unterstützt das Anliegen der Kommission, Personen, die Verstöße gegen Unionsrecht melden, besser als in der Vergangenheit zu schützen. Dazu gehört auch die Erweiterung des Schutzkreises auf Dritte, die in wirtschaftlicher Abhängigkeit zum betroffenen Unternehmen stehen, z.B. Lieferanten, Vertriebspartner. Für die Anwaltschaft und andere Berufsgeheimnisträger fehlt es allerdings an einer Ausnahmeregelung im persönlichen Anwendungsbereich. Diese sollte explizit aufgenommen werden. Das berechtigte politische und gesellschaftliche Anliegen, Hinweisgebern (sog. „Whistleblowern“) unter dem Eindruck medien-veröffentlichter Beispielsfälle einen gesetzlichen Schutz vor Diskriminierung und Sanktionierung angedeihen zu lassen, darf zudem die grundgesetzlich geschützten Rechte eines von einem Verdacht Betroffenen – seien es natürliche Personen, private oder öffentliche juristische Personen – nicht außer Acht lassen. Dem wird der Entwurf nicht immer ausreichend gerecht, was kritisch zu bewerten ist und einer Anpassung bedarf. Zudem wird der Kommissionsvorschlag nicht ausreichend dem *ultima ratio* Prinzip gerecht, wenn sich ein Hinweisgeber zum Gang in die Öffentlichkeit entschließt.

The DAV welcomes the Commission’s intention to better protect persons reporting on breaches of Union law. This includes extending the personal scope to third parties who are economically dependent on the legal entities concerned, such as suppliers and sales partners. As regards the personal scope of the Directive, the DAV believes that an exception should be included for the legal profession and other professions bound by professional secrecy obligations. The justified political and social goal of providing whistleblowers – especially against the backdrop of recent and highly publicized cases – with legal protection against discrimination and sanctions, may furthermore not set aside the constitutionally protected fundamental rights of those under suspicion irrespective of whether they are natural persons, private or public legal persons. The draft Directive unfortunately does not always sufficiently satisfy this concern and

therefore requires amendment. Furthermore, the Commission proposal does not sufficiently follow the *ultima ratio* principle in situations where a whistleblower choses to publicly disclose information.

0. Einführung

Die Europäische Kommission hat am 23. April 2018 einen Vorschlag für eine Richtlinie zum Schutz von Personen vorgelegt, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden (Whistleblowing). Dieser sieht vor, dass unter anderem Unternehmen mit mehr als 50 Mitarbeitern oder einem Jahresumsatz von mehr als zehn Mio. EUR sowie nationale - und regionale Verwaltungen und Gemeinden mit mehr als 10.000 Einwohnern interne Kanäle und Verfahren einzurichten haben, die die vertrauliche Meldung von Rechtsverstößen und sonstigen Missständen ermöglichen (Art. 4 und 5 RLE). Erfolgt keine Reaktion auf eine interne Meldung, soll dem Hinweisgeber in einem zweiten Schritt ermöglicht werden, sich an staatliche Kontrollbehörden zu wenden (Art. 13 Abs. 2 RLE). Für den Fall, dass auch diese untätig bleiben, darf er sich schließlich an die Öffentlichkeit richten (Art. 13 Abs. 4 RLE). Hält der Hinweisgeber diese Verfahrensschritte ein, ist er unternehmensintern und im gerichtlichen Verfahren umfassend zu schützen (Art. 13 bis 16 RLE). Zudem sollen Sanktionen für diejenigen natürlichen oder juristischen Personen vorgesehen werden, die einen Meldeprozess oder dessen Vertraulichkeit behindern oder Repressalien ergreifen.

Verstöße im Sinne der Richtlinie sind insbesondere solche, die Bereiche wie Finanzdienstleistungen, öffentliches Auftragswesen, Produkt- und Verkehrssicherheit, Tier- und Umweltschutz, Verbraucher- und Datenschutz, Gesundheitswesen und Nuklearsicherheit betreffen (Art. 1 Abs. 1 RLE). Zu schützende Personen sind neben den Arbeitnehmern der Privatwirtschaft und des öffentlichen Dienstes auch Selbstständige, Auftragnehmer, Zulieferer, ehrenamtlich Tätige, Praktikanten und Bewerber (Art. 2 RLE).

Der DAV begrüßt das Grundanliegen des Richtlinienvorschlags, Whistleblower verstärkt und unionsweit einheitlich zu schützen. Der in der EU bislang vorhandene Schutz ist je nach Mitgliedstaat äußerst fragmentarisch und unzureichend. Mit der Umsetzung der Richtlinie wird erstmals eine allgemeine Pflicht von Unternehmen

geschaffen, ein Whistleblowing System einzurichten, die in dieser Form *de lege lata* in Deutschland nicht existiert. Die heterogenen Regelungen in den Mitgliedsstaaten weisen ein deutliches Gefälle im Schutzniveau für Hinweisgeber auf. Bei grenzüberschreitenden Verstößen, die von einem Whistleblower aufgedeckt werden, führt dies zu nicht adäquaten Ergebnissen. Zudem verteilt sich der Schutz der Hinweisgeber z.B. in Deutschland über mehrere Einzelgesetze (z.B. § 612a BGB, das AGG, die verschiedenen Regelungen im Finanzaufsichtsrecht sowie das im Gesetzgebungsverfahren steckende Geschäftsgeheimnisgesetz) und durch die Rechtsprechung entwickelte Grundsätze, was Unübersichtlichkeit generiert und Unsicherheit über die Rechtslage bei Hinweisgebern schafft. Der Deutsche Corporate Governance Kodex (DCGK) spricht lediglich für börsennotierte Gesellschaften in Ziffer 4.1.3 S. 3 DCGK die Empfehlung aus, dass Beschäftigten auf geeignete Weise die Möglichkeit eingeräumt werden soll, geschützte Hinweise auf Rechtsverstöße im Unternehmen zu geben. Dementsprechend verfügen heute alle DAX 30-Gesellschaften, aber auch zahlreiche mittelständische Unternehmen über sog. Whistleblowing Systeme.

1. **Art. 1: Sachlicher Anwendungsbereich**

   Zur Aufdeckung und Verhinderung ernsthafter Schädigungen des öffentlichen Interesses soll der Hinweisgeberschutz nicht nur bei der Meldung rechtswidriger Handlungen zur Anwendung kommen, sondern auch bei der Meldung von Rechtsmissbrauch, also Handlungen oder Unterlassungen, die in formaler Hinsicht nicht als rechtswidrig erscheinen, die jedoch mit dem Ziel oder Zweck der einschlägigen Rechtsvorschriften unvereinbar sind; Art. 1 Abs. 1 i.V. Art. 3 Ziff. 1, 3 RLE (vgl. Erwägungsgrund 29 RLE).

   Nach Ansicht des DAV sollte der Begriff des „Rechtsmissbrauchs“ ersatzlos aus dem sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinie entfallen. Als Laie wird ein Hinweisgeber nicht in der Lage sein zu beurteilen, ob Handlungen oder Unterlassungen dem Ziel oder dem Zweck geltender Vorschriften zuwiderlaufen. Die Beurteilung des Hinweisgebers wird daher regelmäßig eine subjektive Entscheidung sein, was missbräuchlichen Hinweisen Vorschub leistet und zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit führt. Der Anwendungsbereich sollte auf rechtswidriges Verhalten beschränkt werden.

Artikel 1 Abs. 1a zählt die Bereiche auf, in denen die Meldung von Verstößen gegen Rechtsakte der Union dem besonderen Schutz der Richtlinie unterfallen sollen. Der Bereich des Arbeitsrechts ist hier völlig ausgespart. Dabei sollte ebenso wie der Verbraucherschutz oder der Tierschutz der Schutz der Arbeitnehmer im besonderen Fokus der Richtlinie stehen. Der DAV regt an, den Anwendungsbereich um den Punkt „Schutz der Arbeitnehmer vor gesundheitlichen Beeinträchtigungen“ zu erweitern. Gerade die Einhaltung arbeitsrechtlicher Standards, die aufgrund von Rechtsakten der Union geschaffen worden sind und die den Schutz von Arbeitnehmern vor gesundheitlichen Beeinträchtigungen betreffen, sollten schon im öffentlichen Interesse in den sachlichen Geltungsbereich aufgenommen werden. Gerade hier sind die Arbeitnehmer in zweierlei Hinsicht betroffen. Zum einen arbeiten sie unter Bedingungen, die nicht mit Unionsrecht vereinbar sind, zum anderen ist gerade in derartigen Fällen Abhilfe schwer innerbetrieblich zu erlangen und die Gefahr vor Repressalien besonders groß.

2. **Art. 2: Verschwiegenheitspflichten der Anwaltschaft und anderen Berufsgeheimnisträgern im persönlichen Anwendungsbereich nicht berücksichtigt**

   Art 2 RLE sieht nach dem Wortlaut vor, dass Anwälte und andere Berufsgeheimnisträger innerhalb eines konkreten Mandatsverhältnisses den Schutz der Richtlinie genießen können. Bei den genannten Berufsgruppen bestehen indes auch außerhalb eines konkreten Mandatsverhältnisses gesetzliche und berufsrechtliche Vertraulichkeitspflichten, die durch die Grundrechte-Charta der Europäischen Union garantiert sind (Art. 47 Abs. 2 Satz 2 EU-Charta). Die Kommission scheint dieses Verfassungsrechtsproblem zwar erkannt zu haben (vgl. Erwägungsgrund 69 RLE), hat aber nicht den notwendigen Schluss gezogen, eine ausdrückliche Ausnahme in den Richtlinientext aufzunehmen. Die Ausnahme für zur Vertraulichkeit verpflichtete Berufsträger sollte explizit in den Text der Richtlinie aufgenommen werden.

3. **Art. 3: Erstreckung des Schutzes auf die Unterstützer von Whistleblowern**

   Artikel 3 Nr. 9 bezeichnet als „Hinweisgeber“ nur denjenigen, der im Zusammenhang mit seinen Arbeitstätigkeiten erlangte Informationen über Verstöße

meldet oder offenlegt. Mit Blick auf Artikel 13 ff. unterliegt somit auch nur diese Person, sei es natürliche oder juristische Person, dem Schutz. Damit jedoch sind all jene Personen, die den Hinweisgeber unterstützt haben, also dadurch, dass sie ihm Informationen haben zukommen lassen oder in sonstiger Weise mit ihm zusammengearbeitet haben, vom Schutz ausgenommen. Dies ist eine Lücke in der Richtlinie. Diese Lücke sollte durch Erstreckung des Schutzes auch auf Unterstützer geschlossen werden.

4. **Art. 4: Generelle Pflicht zur Nutzung interner Kanäle für alle Hinweisgeber**
   Art. 4 Abs. 2 RLE sieht lediglich vor, dass die Arbeitnehmer verpflichtet sind zunächst auf interne Meldekanäle zurückzugreifen, Dritte (z.B. Zulieferer, Kunden etc.) aber davon absehen können. Dieser Vorschlag ist weder sachgerecht noch angemessen. Dritte genießen, ebenso wie Arbeitnehmer den vollen Schutz durch die Richtlinie gegen Repressalien und Sanktionen, so dass die Ausnahme für Dritte von der Nutzung interner Kanäle systemwidrig erscheint. In Konsequenz daraus kann damit Art. 4 Abs. 2 S. 2 letzter Halbsatz des RLE ersatzlos entfallen. Allerdings muss dann auch für Dritte eine Meldemöglichkeit gegeben sein. Diese kann etwa in einer Kontaktaufnahme mit der Geschäftsführung bestehen.

   Der Geltungsbereich des Richtlinienentwurfs erscheint zudem einerseits insoweit zu eng gefasst, als er sich auf solche Unternehmen beschränkt, die als juristische Personen organisiert sind. Gerade in Deutschland aber auch in anderen europäischen Staaten gibt es zahlreiche Unternehmen, die als Personengesellschaften bzw. als einzelkaufmännische Unternehmen betrieben werden und die die von der Richtlinie vorausgesetzten Schwellenwerte von mehr als 50 Mitarbeitern oder einem Jahresumsatz von EUR10 Millionen überschreiten. Bei diesen Unternehmen besteht unabhängig von der gewählten Rechtsform ein Bedürfnis für einen wirksamen Whistleblower-Schutz. Auf der anderen Seite ist der Geltungsbereich des Richtlinienentwurfs was die Schwellenwerte anbetrifft sehr weit gefasst. So greifen besondere Organisationsanforderungen üblicherweise erst bei deutlich höheren Schwellenwerten wie etwa die der Mitbestimmung oder knüpfen an die Börsennotierungen eines Unternehmens an (vgl. etwa §§ 76 Abs. 4, 87 Abs. 1 S. 2-4, 96 Abs. 2, 3, 110 Abs. 3 Aktiengesetz). Die vorgesehenen Schwellenwerte sollten daher noch einmal überdacht werden, insbesondere ob es notwendig und

sinnvoll ist, kleine Unternehmen mit dem Administrationsaufwand und den Kosten eines Whistleblowing-Systems zu belasten oder ob diese aufgrund der in solchen Unternehmen üblicherweise bestehenden engeren persönlichen Bindungen für einen angemessenen Schutz von Whistleblowern auch auf andere Weise Sorge tragen können als durch die Einrichtung der vom Richtlinienentwurf vorgesehenen Meldekanäle. Nicht reflektiert in dem Richtlinienentwurf sind auch die Besonderheiten von Konzernunternehmen. In der Unternehmensgruppe sollte nicht jede Konzerngesellschaft, die die Schwellenwerte überschreitet, verpflichtet sein, ein eigenständiges Whistleblowing- System einzurichten. Vielmehr kann es in Konzernen sinnvoll sein, ein einheitliches konzernweites Whistleblowing-System für alle Konzernunternehmen einzuführen und dieses bei der Muttergesellschaft zu bündeln. Diese Möglichkeit sollte für Konzernunternehmen ausdrücklich eröffnet werden.

Unternehmen die unterhalb der Schwellenwerte bleiben, sollten von der Pflicht zur Einrichtung interner Meldemöglichkeiten nicht gänzlich ausgenommen sein, sondern in angemessener Weise eine Meldemöglichkeit einrichten. Die interne Meldung sollte auch in diesen Unternehmen Vorrang haben.

5. Art. 5: Grundsätzliches zum Rückmeldesystem

Der RLE lässt offen, ob anonyme Anzeigen zulässig sein sollen. Dies ist absolut zu befürworten und i.Ü. teilweise gesetzlich vorgeschrieben. Für diesen Fall ist eine Ausnahme vom Rückmeldesystem zwingend.

A. <u>Art. 5 Abs. 1 d)</u>

Die Rückmeldung kann schon häufig aus rechtlichen Gründen keinen Bericht über alle Folgemaßnahmen umfassen. Wenn eine Meldung eingeht, sind u.U. die zu ergreifenden Maßnahmen komplex. Der Whistleblower kann häufig darüber nicht umfassend informiert werden. Ziel der RL ist nicht „private enforcement“, sondern Effizienz der Hinweisgebung. Der Satzteil „über die Folgemaßnahmen zu der Meldung“ ist daher zu streichen.

B. 3-monatige Rückmeldefrist an Hinweisgeber

Praktische Erfahrungen von Betroffenen, z.B. Großunternehmen, die international, insbesondere grenzüberschreitend mit nicht-EU-Staaten, ein Hinweisgebersystem als Bestandteil ihres Compliance Managementsystems aufgebaut haben, zeigen, dass eine Frist von 3 Monaten zur Rückmeldung an Hinweisgeber nicht praktikabel ist. Aus Art. 3 Ziff. 13 RLE wird klar, dass eine bloße Eingangsbestätigung nicht reicht und zumindest mitgeteilt werden muss, dass nun z.B. intern geforscht oder ermittelt werde. Sollte eine solche inhaltslose Rückmeldung ausreichend sein, müsste dies im Wortlaut also klargestellt werden. Wird aber eine inhaltliche Rückmeldung mit ersten Ergebnissen und konkreten Aktivitäten erwartet, ist die Frist zu kurz. Interne Ermittlung dauern in vielen Fällen länger und qualifizierte lokale, externe Ermittler stehen selten kurzfristig zur Verfügung. Überdies können qualifizierte, inhaltliche Rückmeldungen den Ermittlungserfolg im Frühstadium der Prüfung zur Stichhaltigkeit der Hinweisgebermeldung vereiteln oder jedenfalls gefährden. Auch datenschutzrechtliche oder strafprozessuale Vorschriften können Gründe darstellen, die dazu führen, dass die 3-monatige Rückmeldefrist nicht eingehalten werden kann. Der DAV regt an die Rückmeldefrist auf mindestens 6 Monate zu verlängern. Entsprechendes sollte auch für die Regel-Rückäußerungsfrist der externen Meldestellen nach Art. 6 Abs. 2 b) RLE gelten.

Unklar bleibt der Richtlinienvorschlag aus der Sicht der Praxis auch hinsichtlich verschiedener Aspekte der unternehmensinternen Ausgestaltung des Whistleblowing-Systems. Zunächst wird offen gelassen, wie die Vertraulichkeit der Identität des Hinweisgebers konkret zu gewährleisten ist und ob diese gänzlich unbekannt bleiben muss oder lediglich vertraulich zu behandeln ist. Auch wird nicht näher erläutert, wie die unternehmensinterne Stelle beschaffen sein soll, die für die Entgegennahme des Hinweises und für die Folgemaßnahmen zu benennen ist. In der Praxis werden derzeit oftmals Vorgesetzte, Mitarbeiter der Compliance- oder Revisionsabteilung oder der Betriebsrat als Hinweisadressat angegeben. Bei kleineren Unternehmen kann diese Funktion auch von externen Dienstleistern wahrgenommen werden.

6. **Art. 13: Bedingungen für den Schutz von Hinweisgebern**

Positiv zu bewerten ist das im Richtlinienvorschlag vorgesehene dreistufige Verfahren. Dieses sieht vor, dass Missstände zunächst innerbetrieblich zu lösen sind, was dem Betriebsfrieden und dem Vertrauensverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer dienlich ist. Das externe Whistleblowing muss *ultima ratio* bleiben, wenn das Unternehmen selbst nichts gegen die gemeldeten Missstände unternimmt. Völlig ungeklärt bleibt nach dem Richtlinienentwurf das Verhältnis von externen Meldungen durch den Whistleblower und dem unter Umständen berechtigten Interesse des Unternehmens an Geheimhaltung und Vertraulichkeit der getroffenen internen Maßnahmen. So kann bei einem (gutgläubigen) *Whistleblower* gegebenenfalls der falsche Eindruck entstehen, dass das Unternehmen dem Hinweis nicht wirklich nachgehe, weil es ihn nicht näher über die getroffenen Abhilfe- oder sonstigen Maßnahmen unterrichtet. Einer näheren Information des Hinweisgebers können insoweit etwa datenschutz- oder insiderrechtlichen Hinderungsgründe im Wege stehen. In einer solchen Situation muss sichergestellt sein, dass sich der *Whistleblower* nicht (irrtümlich) an externe Behörden oder gar die Öffentlichkeit wendet, da dies für das Unternehmen zu einem erheblichen Schaden führen kann. Die Frage, ob und in welchem Umfang es bei Rechtsverstößen aus Sicht des Unternehmens sinnvoll ist, mit den Behörden zu kooperieren oder sich unter Umständen gegen erhobene Vorwürfe zu verteidigen, ist eine sehr komplexe Entscheidung, die von den Leitungsorganen der Gesellschaft unter Abwägung aller Vor- und Nachteile für das Unternehmen getroffen werden muss. Diese Entscheidung sollte nicht durch einen Whistleblower präjudiziert oder nachträglich in Frage gestellt werden können.

Auch sollten die im Richtlinienvorschlag vorgesehenen Bedingungen für den Schutz von Hinweisgebern kritisch hinterfragt werden. Hiernach genügt für einen umfassenden Schutz, dass der Whistleblower von der Wahrheit seines Hinweises überzeugt ist und die vorgesehenen Verfahrensschritte einhält. Bedingung für den Schutz ist aber im RLE gerade nicht, dass er den Hinweis im öffentlichen Interesse erteilt. Vor dem Hintergrund, dass Whistleblowing grundsätzlich auch die Missbrauchsgefahr in sich birgt, dem Unternehmen oder einem Arbeitskollegen lediglich aus egoistischen Gründen schaden zu wollen, und vor dem Hintergrund des umfassenden Katalogs der verbotenen Repressalien empfiehlt es sich daher,

die Bedingungen des Schutzes nochmals zu erörtern und gegebenenfalls entsprechend anzupassen.

So begrüßenswert der umfassende Schutz des Hinweisgebers ist, so sehr werden sich in der Praxis erhebliche Umsetzungsprobleme ergeben. Insbesondere bedarf aus arbeitsrechtlicher Sicht die Anspruchsvoraussetzung für den Schutz des Hinweisgebers einer Konkretisierung. Der Schutz setzt voraus, dass der Hinweisgeber „hinreichenden Grund zu der Annahme“ hatte, dass die von ihm gemeldeten Informationen zum Zeitpunkt ihrer Übermittlung der Wahrheit entsprachen. Hinsichtlich der Frage, wann dieser hinreichende Grund gegeben ist, bleibt die Richtlinie auch in den Erwägungsgründen zu unkonkret. Hier fehlt insbesondere mit dem umfassenden Schutz vor Repressalien und der damit verbundenen Beweislastumkehr im prozessualen Sinne, fehlt es an einem Ausgleich zwischen den bestehenden berechtigten Interessen eines Arbeitgebers, der sich gegen zu Unrecht erhobene Vorwürfe zur Wehr setzen möchte und andererseits dem Schutz von gutgläubigen Hinweisgebern. Durch die gewählte Konstruktion der Beweislastumkehr kann der Eindruck entstehen, dass die Richtlinie findigen Arbeitnehmern die Möglichkeit einräumt, sich vor abzusehenden arbeitsrechtlichen Sanktionen zu schützen, eben durch wahrheitswidrige Meldungen, die der Arbeitgeber jedoch nicht widerlegen kann. Aus Sicht des DAV wäre es daher begrüßenswert, diese grundsätzliche Konzeption des Schutzes und deren Voraussetzung nochmals zu überdenken, damit nicht die sinnvolle Zielsetzung der Richtlinie in der öffentlichen Wahrnehmung durch den Vorwurf beschädigt wird, die Richtlinie würde zu Missbrauch einladen.

7. Dreistufiges Meldeverfahren

Das in Art. 13 RLE implementierte dreistufige Meldeverfahren entspricht einer Leitentscheidung des EGMR, den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts sowie der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts. Der DAV begrüßt dieses Verfahren grundsätzlich.

A. <u>Das dreistufige Verfahren muss umfassend für alle Unternehmen gelten:</u>
Es ist zwar sachgerecht, dass Kleinst- und Kleinunternehmen (mit Ausnahme des Finanzdienstleistungsbereichs) zumindest von der Pflicht zur Einrichtung interner

Meldekanäle ausgenommen werden. Dass aber daraus gefolgert wird, dass Hinweisgeber aus Kleinst- und Kleinunternehmen sich unmittelbar an Behörden und Presse wenden können, ist unverhältnismäßig, konterkariert die bisherige Rechtsprechung und führt zu falschen Ergebnissen. Hinweisgeber aus solchen Unternehmen sollten ebenfalls zunächst intern nach Lösungen suchen, bevor sie sich an externe Dritte wenden. Lediglich die Einrichtung eines den Voraussetzungen nach Art. 5 RLE gerecht werdenden Meldekanals ist entbehrlich. Auch in Kleinst- und Kleinunternehmen gibt es Ansprechpartner, an die sich Hinweisgeber wenden können, selbst wenn diese nicht formal benannt werden müssen.

B. Zu weitreichende Ausnahmen von der Pflicht zur Nutzung interner Meldekanäle

Regelungen, die es in engen Ausnahmefällen gestatten, nicht auf interne Meldekanäle zurückzugreifen, sind grundsätzlich sachgerecht. Die in Art. 13 Abs. 2 RLE postulierten Ausnahmeregelungen in Abs. 2 d) und e) gehen aber zu weit und sollten ersatzlos gestrichen oder zumindest konkretisiert werden. Beide Ausnahmeregelungen sind zu unklar geregelt und bieten Hinweisgebern zu viele Umgehungsmöglichkeiten des dreistufigen Verfahrens.

i. Art. 13 Abs. 2 d)

Die Regelung, wonach ein Rückgriff auf interne Meldekanäle wegen des Inhalts der Meldung nach „vernünftigem Ermessen“ nicht erwartet werden konnte, ist verfehlt. Mit der Formulierung wird lediglich gesagt, dass der Hinweisgeber keine vertieften Kenntnisse benötigt und nicht nach eigenem Gutdünken entscheiden kann, lässt also die worst-case und best-case Szenarien außer Betracht. Offen bleibt allerdings, ob ein subjektiver oder objektiver bzw. objektivierter Maßstab zur Anwendung kommt. Weder dem Hinweisgeber, noch den Betroffenen sollte wegen eines potentiellen Imageschadens oder wegen eines potentiellen Geheimnisverrats das Risiko einer Fehlinterpretation der Regelung aufgebürdet werden.

ii. Art. 13 Abs. 2 e)

Nach Art. 13 Abs. 2 e) RLE kann der Hinweisgeber auf den Rückgriff des internen Meldekanals dann verzichten, wenn der Hinweisgeber „hinreichenden Grund“ zu der Annahme hat, dass die Wirksamkeit etwaiger Ermittlungen der zuständigen Behörden (= externer Meldekanal gem. Art. 5 f. RLE) beeinträchtigt werden könnten.

Hinreichender Grund ist ein unbestimmter Rechtsbegriff, der auszulegen in vollem Umfang gerichtlich nachprüfbar ist. Für ein Ermessen des Hinweisgebers ist damit kein Spielraum mehr. Der Begriff des hinreichenden Grundes ist im Entwurf selbst nicht definiert und daher für den Hinweisgeber unklar. Die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen eines hinreichenden Grundes trifft zudem den Hinweisgeber. Er muss im Streitfall alle diesbezüglichen Umstände darlegen und ggf. beweisen können. Dies dürfte in der Regel nicht möglich sein, da der Hinweisgeber keinen Einblick in die Sphäre der Behörde hat und nicht beurteilen kann, was Ermittlungen beeinträchtigt.

Hält man die Ausnahmeregelungen im Grundsatz allerdings für zwingend erforderlich, sollte ein konkreter, abschließender Katalog mit benannten Einzelfällen formuliert werden, der sowohl die Interessen des Hinweisgebers als auch die der Betroffenen berücksichtigt. Neben dem Hinweisgeberschutz ist auch der Betroffenenschutz adäquat zu berücksichtigen.

C. Publikmachen von Verstößen in der Öffentlichkeit

Die Richtlinie soll Hinweisgeber, die Informationen publik machen, in zwei unterschiedlichen Fallgruppen schützen. Der DAV begrüßt indes den Gang in die Öffentlichkeit nur als *ultima ratio,* da die Publizierung der (angeblichen) Gesetzesverstöße erhebliche Gefahren für die Reputation oder die Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse eines Betroffenen nach sich ziehen können. Die Praxis der Hinweisgebersysteme zeigt, dass ein Hinweisgeber nicht selten komplexe Sachverhalte nicht in Gänze überblickt oder ihm nur Bruchstücke eines Gesamtvorganges bekannt sind. Ein solch selektiver Blick des Hinweisgebers mag in den ersten zwei Stufen des Meldeverfahrens für Betroffene hinnehmbar sein, aber nicht mehr dann, wenn der Hinweisgeber an die Öffentlichkeit tritt.

i. Art. 13 Abs. 4 a RLE

Die Regelung ist aus Sicht des DAV adäquat und innerhalb des dreistufigen Verfahren folgerichtig. Auf die zu kurzen Fristen wurde oben bereits hingewiesen.

ii. Art. 13 Abs. 4 b RLE

Die Regelung sollte ersatzlos entfallen, weil damit das dreistufige Verfahren ad absurdum geführt wird. Die vorgeschlagene Regelung ist gerade nicht die *„ultima ratio“,* also das letzte Mittel oder der letzte Ausweg. Der Hinweisgeber hat vielmehr in den genannten Fallkonstellationen die Möglichkeit sich Lösungsvorschlägen des Betroffenen und/oder der externen Meldestelle zu entziehen und damit in erster Linie eine mediale Aufarbeitung (angeblicher) Gesetzesverstöße zu versuchen.

Die vorgeschlagene Regelung stellt inadäquat die Interessen eines Hinweisgebers in den Vordergrund. Unzureichend berücksichtigt wird, dass spiegelbildlich zu den Interessen und Rechten von Hinweisgebern immer auch die schutzwürdigen Interessen und Rechte der einem Verdacht ausgesetzten Betroffenen beachtet werden müssen. Es ist eine fundamentale Errungenschaft eines freiheitlich-demokratisch verfassten Rechtssystems, dass der einem Verdacht ausgesetzte Betroffene einen Anspruch auf ein faires Verfahren und auf die Vermutung seiner Unschuld bis zum gesetzlichen Beweis seiner Schuld hat (vgl. Art. 6 EMRK). Nichts weniger muss auch für das Verfahren gelten, das im Rahmen eines Hinweisgebersystems Verdachtsfällen nachgeht. Die berechtigte politische und gesellschaftliche Forderung, Hinweisgebern einen gesetzlichen Schutz vor Diskriminierung und Sanktionierung ihres „Whistleblowing“ angedeihen zu lassen, darf die grundgesetzlich geschützten Rechte eines von einem Verdacht Betroffenen nicht außer Acht lassen.

8. Zu Art. 17: Sanktionen

Art. 17 verpflichtet die Mitgliedstaaten, angemessene, wirksame und abschreckende Sanktionen gegen natürliche und juristische Personen, die Hinweisgeber behindern oder mit Repressalien oder mutwilligen Gerichtsverfahren überziehen, zu schaffen, sowie Sanktionen einschließlich Entschädigungspflichten gegen Hinweisgeber, die sich missbräuchlich verhalten haben. Die Art der möglichen Sanktionen wird nicht weiter spezifiziert. Beide Regelungskomplexe sind nicht geeignet, ein dem Bestimmtheitsgrundsatz genügendes und EU-weit einheitliches Strafrecht zu gewährleisten.

Im Gegensatz zu Art. 13, der konkrete Voraussetzungen für den Schutz von Hinweisgebern regelt, verpflichtet Art. 17 die Mitgliedstaaten ohne weitere Anknüpfungspunkte Sanktionen vorzusehen,

- wenn Meldungen behindert werden oder versucht wird, sie zu behindern,
- wenn Repressalien gegen Hinweisgeber ergriffen werden,
- wenn mutwillige Gerichtsverfahren gegen Hinweisgeber angestrengt werden oder
- gegen die Pflicht verstoßen wird, die Vertraulichkeit der Identität von Hinweisgebern zu wahren.

Weitere Kriterien sieht Art. 17 nicht vor. Insbesondere ist nicht einmal vorgesehen, dass entsprechende Sanktionen daran anknüpfen, dass es sich um einen Hinweisgeber handelt, der ein Recht auf Schutz nach Art. 13 des Richtlinienentwurfs hat. Auch das Vorgehen gegen Hinweisgeber, die nicht die Kriterien des Art. 13 erfüllen, müssten die Mitgliedstaaten demnach unter Strafe stellen. Auch dann, wenn kein „Unrecht“ geschehen ist oder bevorsteht, weil z.B. eine potentielle Meldung sachlich unrichtig ist, soll bereits der Versuch der Behinderung einer Meldung unter Strafe gestellt werden. Es ist offensichtlich, dass Strafnormen, die nicht an „Unrecht“ anknüpfen, nicht verhältnismäßig sein können.

Selbst wenn man Sanktionen nur an Vorgehen gegen Hinweise und Hinweisgeber, die unter dem Schutz des Art. 13 stehen, anknüpfen würde, wäre nicht zu erkennen, wie eine Ausgestaltung von Strafvorschriften, die dem Bestimmtheitsgrundsatz genügen, gelingen sollte. Art. 13 operiert mit unbestimmten Rechtsbegriffen und komplexen subjektiven Elementen, bei denen z.B. zwei Perspektiven – die des Hinweisgebers und die des Erwartenden – vermischt werden („vom Hinweisgeber konnte nach vernünftigem Ermessen nicht erwartet werden.“ Art. 13 Abs. 2 b) und d)). Derartige Kriterien wären nicht geeignet, als bestimmte Anknüpfungspunkte für strafbares Handeln zu dienen. Dies ist möglicherweise auch der Grund, weshalb die Kommission auf eine Anknüpfung an Art. 13 verzichtet hat. Das möglicherweise erkannte Problem kann es aber nicht rechtfertigen, die Mitgliedstaaten zu verpflichten, Strafvorschriften zu schaffen, die ein Verhalten gegenüber jeder Art von Hinweisgebern sanktionieren. Nach dem vorliegenden Konzept wäre offenbar die Strafbarkeitsgrenze für diejenigen, die nicht Hinweisgeber sind, erst dann gegeben,

wenn der Hinweisgeber sich selbst wiederum strafbar macht. Dies soll nach Art. 17 dann der Fall sein, wenn Personen „in böswilliger oder missbräuchlicher Absicht Informationen melden oder offenlegen“.

Auch diese Anknüpfungskriterien sind allerdings zu unbestimmt. Wenn man sieht, wie weitreichend der Schutz der Hinweisgeber in Art. 13 ausgestaltet ist, stellt sich die Frage, wie die Mitgliedstaaten festlegen sollen, wann eine Information „in böswilliger“ oder „missbräuchlicher“ Absicht erfolgt ist. Nach dem Inhalt der Richtlinie sollen jedenfalls Informanten auch dann geschützt sein, wenn die Information objektiv falsch ist, wenn der Hinweisgeber objektiv den falschen Kanal (öffentlich statt intern) gewählt hat und auch bevorstehende mögliche Rechtsverstöße soll der Hinweisgeber melden dürfen. Der DAV hält es für hoch problematisch, wenn der Regelungsvorschlag es unter diesen Voraussetzungen den Mitgliedsstaaten überlässt, zu entscheiden, wann eine falsche Information oder eine Information über einen falschen Kanal oder eine Information zu einem nicht eingetretenen Ereignis in eine strafbare Information „kippt“. Auch diese Regelung ist daher als ungeeignet zu kritisieren.

Insgesamt muss der Eindruck entstehen, dass das Konzept der Sanktionen im Hinblick auf ihren möglichen praktischen Einsatz nicht durchdacht ist. Hinzu kommt, dass die vagen Kriterien es nicht gewährleisten können, dass die Mitgliedstaaten auch nur annähernd einheitliches Strafrecht schaffen werden.

Der DAV ist der Ansicht, dass der grundsätzlich zu begrüßende Hinweisgeberschutz, keiner strafrechtlichen Absicherung bedarf. Hinweisgeberschutz und die Anforderungen an das Verhalten von Hinweisgebern sind bei abhängig Beschäftigten in erster Linie im Arbeitsrecht anzusiedeln. Wenn es zu Streitigkeiten über Hinweisgeber- oder Arbeitgeberverhalten kommt, wäre dies ohnehin immer auch arbeitsrechtlich zu klären. Nach Ansicht des DAV würde es vollkommen ausreichen, den erforderlichen Hinweisgeberschutz arbeitsrechtlich zu verankern, sowohl tatbestandlich, als auch ggf. auch prozessual mit Beweiserleichterungen für den Arbeitnehmer. Auch für Hinweisgeber und von Hinweisen Betroffene, die sich nicht in abhängigen Beschäftigungsverhältnissen gegenüberstehen, gibt es ausreichend bestehende Regelungen in Bezug auf

Falschmeldungen, wie Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche für die Betroffenen sowie strafrechtliche Sanktionen für Verleumdung der Betroffenen und Irreführung der Behörden durch Vortäuschen einer Straftat durch den böswilligen Hinweisgeber. Auch in diesem Kontext gibt es also keinen Bedarf für neues Strafrecht.