

Der Zweck heiligt die Mittel

Datendiebstahl und Geheimnisverrat im Dienste der guten Sache –
Aktuelle Entwicklungen zu Geheimnisschutz und Whistleblowing

Whistle-Blowing und Hinweisgebersysteme stellen seit geraumer Zeit wichtige Säulen eines effizienten Compliance-Managementsystems dar. Weitgehend unbemerkt geblieben ist, dass seit dem 9. Juni 2018 Datendiebstahl und Geheimnisverrat in Deutschland nicht mehr straf- und zivilrechtlich verfolgt werden dürfen, wenn der Täter in guter Absicht gehandelt hat, um die erlangten Informationen als Whistleblower zum Schutz des „allgemeinen öffentlichen Interesses“ zu verwenden. Denn die EU-Richtlinie 2016/943 vom 8. Juni 2016 über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung (EU-Know-how-Richtlinie) war in Deutschland wegen verspäteter Umsetzung bereits seit dem 9. Juni 2018 unmittelbar anwendbares Recht.

Doch was genau ist als „Schutz von Whistleblowern“ anzusehen? Welche Neuerungen kommen hier auf die Unternehmen zu? Welche Bedeutung hat die EU-Richtlinie 2016/943 für die Auslegung des deutschen Rechts bei der Kündigung aus wichtigem Grund, der Geltendmachung von Schadensersatz oder der Strafverfolgung von Datendiebstahl und Geheimnisverrat? Diesen und weiteren Fragen soll im Rahmen des nachfolgenden Beitrags nachgegangen werden.



Whistleblower-Schutz im Aufwind

Nach Erwägungsgrund 20 der EU-Know-how-Schutz-Richtlinie dürfen die darin vorgesehenen Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfe gerade nicht dazu dienen, Whistleblowing-Aktivitäten einzuschränken. Im Gegenteil: Die Mitgliedstaaten haben nach Artikel 5 der Richtlinie sicherzustellen, dass ein Antrag auf Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfe zum Geheimnisschutz abgelehnt wird, wenn der angebliche Erwerb oder die angebliche Nutzung oder Offenlegung des Geschäftsgeheimnisses zur Aufdeckung eines beruflichen oder sonstigen Fehlverhaltens oder einer illegalen Tätigkeit dienen soll und wenn der Antragsteller in der Absicht gehandelt hat, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen. Aus arbeitsrechtlicher Sicht rechtfertigen Datendiebstahl und Geheimnisverrat demnach weder eine fristlose Kündigung noch eine verhaltensbedingte Kündigung oder einen Strafantrag, solange der Arbeitnehmer in guter Absicht gehandelt hat, um Fehlverhalten oder illegale Tätigkeiten aufzudecken.

EU-Richtlinie zum Schutz von Whistleblowern tritt in Kraft

Mit der am 16. April 2019 vom Europäischen Parlament verabschiedeten Richtlinie zum Schutz von Whistleblowern, die in Kürze in Kraft treten wird, geht der Schutz des Whistleblowers noch einen Schritt weiter: Vergeltungsmaßnahmen gegen Hinweisgeber etwa in Form von Kündigung, Nichtverlängerung befristeter Verträge oder gerichtlicher Verfolgung werden künftig ausdrücklich verboten. Der Entwurf der Richtlinie nennt vor allem die Lehren aus den Skandalen LuxLeaks, Panama und Paradise Papers, sowie Dieselgate- und Cambridge-Analytica als Maßstab für erforderliche Veränderungen. Insbesondere die Tatsache, dass sich zwei Mitarbeiter der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft PriceWaterhouseCoopers im Prozess verantworten mussten, nachdem sie interne Dokumente über zweifelhafte Steuerdeals zwischen Luxemburg und Irland mit den Tech-Konzernen Amazon und Apple an Medien weitergegeben hatten, wird als großes Hemmnis für zukünftige Whistleblower angesehen, das es abzustellen gilt.

Bisherige Rechtslage im Arbeits- und Strafrecht

Nach bisheriger Rechtslage hatte der Arbeitnehmer das Recht, Missstände bei seinem Arbeitgeber anzuzeigen bzw. sich darüber zu beschweren. So hat nach § 84 des Betriebsverfassungsgesetzes jeder Arbeitnehmer das Recht, sich bei den zuständigen Stellen des Betriebs zu beschweren, wenn er sich vom Arbeitgeber oder von Arbeitnehmern des Betriebs benachteiligt oder ungerecht behandelt oder in sonstiger Weise benachteiligt fühlt und speziell für den Bereich des Arbeitsschutzes sah § 17 des Arbeitsschutzgesetzes auch bislang schon vor, dass die Beschäftigten berechtigt sind, dem

Arbeitgeber Vorschläge zu allen Fragen der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes bei der Arbeit zu machen. Speziell für den Bereich der Finanzdienstleistungsunternehmen sieht § 4d Finanzdienstleister Aufsichtsgesetz (FinDAG) vor, dass Mitarbeiter derartiger Unternehmen Hinweise auf Verstöße gegen Recht und Gesetz an die BaFin richten können und wegen solcher Meldungen, wenn sie in guter Absicht erfolgen, weder strafrechtlich noch arbeitsrechtlich belangt werden dürfen.

„Allgemeine Schadensabwendungspflicht“

Eine Pflicht, Rechtsverstöße seinem Arbeitgeber anzuzeigen folgte die Rechtsprechung bereits bislang aus der dem Arbeitnehmer obliegenden sogenannten „allgemeinen Schadensabwendungspflicht“ nach § 666 BGB analog bzw. § 241 Abs. 2 BGB (allgemeine Pflicht zur Rücksichtnahme auf die berechtigten Interessen des Vertragspartners). Ausdrückliche Regelungen zum Schutz vor zivil- oder strafrechtlicher Verfolgung des Arbeitnehmers wegen entsprechender Hinweise ergaben sich nach bisheriger Rechtslage dagegen nur aus einigen wenigen Spezialgesetzen, wie z.B. § 17 UWG, § 48 GWG und § 23 Abs. 3 des Wertpapierhandelsgesetzes.

Maßregelungsverbot

Schließlich galt auch bislang schon das sogenannte Maßregelungsverbot nach § 612a BGB. Danach darf der Arbeitgeber einen Arbeitnehmer bei einer Vereinbarung oder einer Maßnahme nicht benachteiligen, weil der Arbeitnehmer in zulässiger Weise seine Rechte ausübt. In praktischer Hinsicht war der Arbeitnehmer allerdings erfahrungsgemäß kaum jemals in der Lage, darzulegen und zu beweisen, dass eine bestimmte Maßnahme eines Arbeitgebers ein solches „Revanche foul“ darstellte, weswegen Arbeitgeber kaum fürchten mussten, aus dieser Vorschrift effizient in Anspruch genommen zu werden.

Personelle Sanktionen und keine verlässliche Grundlagen zum Hinweisgeberschutz

Nach der bisherigen Rechtslage im Arbeits- und Strafrecht mussten Arbeitnehmer bei Hinweisen oder Anzeigen an Behörden, die Presse oder andere außerhalb des Unternehmens stehende Institutionen stets personelle Sanktionen befürchten. Bei der Abwägung, ob Sanktionen gerechtfertigt waren, berücksichtigte die Rechtsprechung bislang die subjektive Motivation des Anzeigenden. Sowohl nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts wie auch des Europäischen Gerichtshofs musste der Arbeitnehmer vor allen Dingen dann mit negativen Konsequenzen rechnen, wenn es ihm in Wahrheit um die Schädigung seines Arbeitgebers oder von Kollegen ging oder sonstige „sachfremde“ Motive mit im Spiel waren.

Den Arbeitgeber traf nach der bisherigen Rechtsprechung keine Pflicht zur Einrichtung eines Hinweisgebersystems. Eindeutig rechtmäßig waren Anzeigen von Arbeitnehmern nur dann, wenn sie ausschließlich unternehmensintern erfolgten. Hier



Prof. Dr. Ulrich Tödtmann

Der Autor ist Partner von RITTERSHAUS Rechtsanwälte, Mannheim, Bonn und Vorsitzender des Ausschusses für Rechtspolitik im Deutschen Institut für Compliance (DICO)

galt der Grundsatz: Innerbetriebliche Meldung vor außerbetrieblicher Anzeige. Die den Arbeitnehmer treffende Loyalitätspflicht gestattete nach der Rechtsprechung externe Meldungen nur ausnahmsweise.

Für die bisherige Rechtslage bleibt damit festzuhalten, dass es keine verlässlichen Grundlagen zum Schutz und zur Rechtfertigung des Hinweisgebers gab. Insbesondere wer sich an Stellen außerhalb des eigenen Unternehmens wandte, begab sich in die Gefahr, seinen Arbeitsplatz zu verlieren, auf Schadensersatz in Anspruch genommen zu werden oder sogar strafrechtlich verfolgt zu werden.

Die aktuelle Rechtslage – Geschäftsgeheimnisgesetz

Nachdem bereits vom 9. Juni 2018 bis zum 17. April 2019 die EU-Know-how-Schutzrichtlinie wegen verspäteter Umsetzung durch den nationalen Gesetzgeber als unmittelbares Recht galt, hat inzwischen der deutsche Gesetzgeber seine Hausaufgaben erledigt und am 18. April 2019 ist das Geschäftsgeheimnisgesetz in Kraft getreten. Die Neuregelung in Artikel 5 Nr. 2 des Geschäftsgeheimnisgesetzes geht darin sogar über die Vorgaben der Richtlinie hinaus. Die Aufdeckung rechtswidriger Handlungen oder beruflichen Fehlverhaltens wird ausdrücklich erlaubt. Die subjektive Motivation des Whistleblowers ist weitgehend irrelevant, d.h., auch wenn der Arbeitnehmer in Wahrheit aus Rache oder Habgier handelt, oder um sein berufliches Fortkommen zu beschleunigen, etwa weil er seinen Vorgesetzten anschwärzt, um auf dessen Position aufzusteigen, darf er weder arbeits- noch strafrechtlich verfolgt werden. Der deutsche Gesetzgeber hat sich dafür entschieden, dass es nur darauf ankommt, ob die Erlangung, Nutzung oder Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses objektiv dazu geeignet war, eine rechtswidrige Handlung oder ein berufliches oder sonstiges Fehlverhalten offenzulegen. Datendiebstahl und Geheimnisverrat dürfen unter dieser Voraussetzung nicht verfolgt und nicht bestraft werden.

Das Landgericht Lüneburg hat mit Rücksicht auf diese Neuregelung in einem Berufungsverfahren bereits einen in erster Instanz verurteilten Friedensaktivisten, der Flugblätter vor den Werktoeren der Rheinmetall AG verteilt hat, in denen er die Arbeitnehmer aufgefordert hatte, rechtswidrige Waffenexporte öffentlich zu machen, freigesprochen.¹

Zukünftige Rechtslage – EU-Whistleblowing-Richtlinie

Die EU-Whistleblowing-Richtlinie ist am 16. April 2019 vom Europäischen Parlament verabschiedet worden und tritt demnächst in Kraft. Zuvor hatten sich Parlament, Kommission und Europäischer Rat im Rahmen des sogenannten Trilog-Verfahrens auf eine gemeinsame Fassung verständigt, sodass die noch ausstehende Zustimmung des Rats der Europäischen Union und die Veröffentlichung im Amtsblatt

nur noch eine Formsache sind. Die Vorgaben der Richtlinie müssen vom deutschen Gesetzgeber dann innerhalb von zwei Jahren umgesetzt werden. Aber auch schon in dieser Phase sind die Vorgaben der Richtlinie für die Auslegung nationaler deutscher Gesetze entscheidend.

Stark erweiterter Schutzkreis

Als Hinweisgeber werden in persönlicher Hinsicht nicht nur Arbeitnehmer geschützt, sondern auch Bewerber, Praktikanten, Volontäre, Aktionäre, Aufsichtsräte, Mitglieder der Geschäftsleitung, Lieferanten und externe Berater. Außerdem werden auch Personen geschützt, die dem Hinweisgeber nahestehen, also Verwandte und Arbeitskollegen. Im Ergebnis werden damit alle Personen geschützt, die im weitesten Sinne in einer „Arbeits-Verbindung“ mit einem Unternehmen bzw. dem öffentlichen Arbeitgeber stehen.

Voraussetzung der Eskalationsstufen

Will der Hinweisgeber eine Anzeige machen, hat er im Grundsatz drei Eskalationsstufen einzuhalten. Vorrangig sind in der Regel interne Meldekanäle auf der ersten Stufe. Erst wenn er damit keinen Erfolg hat, darf er sich auf der zweiten Stufe an die zuständigen Behörden wenden. Erst wenn auch dies keinen Erfolg hat, darf er sich auf der dritten Stufe an Öffentlichkeit oder Medien wenden. Hält er sich an diese Reihenfolge, sind Vergeltungsmaßnahmen des Arbeitgebers gegen den Hinweisgeber, etwa in Form von Kündigung oder Schadensersatz, ausgeschlossen.

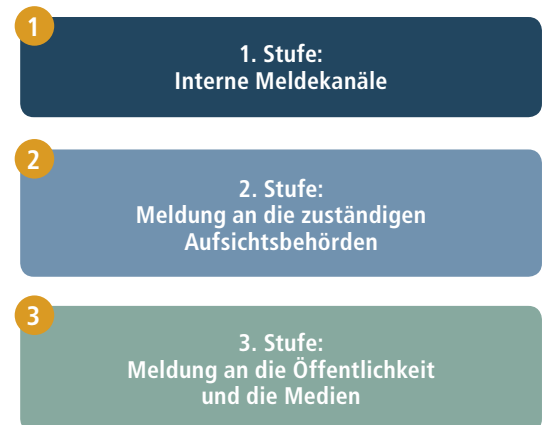


Abbildung: die drei Eskalationsstufen

Beweislastumkehr zulasten des Arbeitgebers

Das Verbot ist inhaltlich sehr weitgehend ausgestaltet und erfasst alle Arten von Repressalien, wie zum Beispiel auch die Versagung einer Beförderung, negative Leistungsbeurteilungen, die Ausstellung eines schlechten Arbeitszeugnisses oder die Nichtumwandlung eines Zeitarbeitsvertrags in einen unbefristeten Vertrag. Problematisch ist für den Arbeitgeber insbesondere, dass bei jeder Art dieser Repressalien eine Beweislastumkehr zu seinem Nachteil erfolgt. D.h. in Verfahren vor Gerichten oder Behörden muss der Arbeitgeber darlegen und beweisen, dass die

Benachteiligung gerade nicht das „Revanchefoul“ dafür darstellt, dass der Arbeitnehmer einen Hinweis auf rechtswidriges oder berufliches Fehlverhalten gegeben hat. Zugunsten des Arbeitnehmers besteht also eine Art Unschuldsvermutung.

Weitreichender objektiver Schutzmaßstab

Auch die EU-Richtlinie legt – ebenso wie der deutsche Gesetzgeber im Geschäftsgeheimnisgesetz – fest, dass es unerheblich ist, aus welchen Gründen der Hinweisgeber Informationen meldet, d.h., die subjektive Motivation spielt im Ergebnis keine Rolle und das Hauptmotiv der Meldung kann durchaus auch Rache, Neid, das „Abschießen“ eines Konkurrenten oder des Vorgesetzten sein, auf dessen Position der Arbeitnehmer gerne aufrücken möchte.

Die praktische Auswirkung des demnächst erfolgenden Inkrafttretens der EU-Richtlinie wird darin liegen, dass alle nationalen Gesetze ab sofort im Lichte der Richtlinie auszulegen sind. Das heißt, dass z.B. das Kündigungsschutzgesetz, das Bürgerliche Gesetzbuch und das Strafgesetzbuch Richtlinienkonform auszulegen sind. Vor diesem Hintergrund dürfte künftig weder eine Kündigung des Hinweisgebers wegen einer nicht vorsätzlich oder wissentlich falsch abgegebenen Meldung rechtswidriger Zustände, noch ein Schadensersatzanspruch des Arbeitgebers, noch eine strafrechtliche Verfolgung z.B. wegen Ausspärens von Daten oder Abfangen von Daten oder der Verletzung von Privatgeheimnissen nach §§ 202a, 202b oder 203 StGB, möglich sein. Im Gegenteil kann der Hinweisgeber nach den Regelungen der Richtlinie seinerseits Schadensersatz gegen den Arbeitgeber geltend machen, wenn er wegen seiner Meldung Repressalien erlitten hat, auf Schadensersatz in Anspruch genommen wurde oder im Widerspruch zur Richtlinie vom Arbeitgeber bestraft oder angezeigt wurde.

Konsequenzen für das Compliance-Managementsystem

Außerdem ergibt sich für Arbeitgeber spätestens dann, wenn die Richtlinie in nationales Recht umgesetzt wurde bzw. der dafür vorgesehene Zweijahreszeitraum abgelaufen sein sollte, die Pflicht zur Errichtung eines Hinweisgebersystems in Form der Eröffnung eines internen Meldekanals. Ausgenommen hiervon sollen nur Unternehmen mit weniger als 50 Beschäftigten und Gemeinden als Arbeitgeber sein, wenn sie weniger als 10.000 Einwohner haben.

Nach den Vorgaben für die Ausgestaltung des Hinweisgebersystems muss im ersten Schritt eine verantwortliche Person für die Entgegennahme von Hinweisen oder eine hierfür verantwortliche Dienststelle vom Arbeitgeber benannt werden. Im zweiten Schritt müssen die Arbeitnehmer über die Möglichkeit der Meldung informiert werden und es muss tatsächlich gewährleistet sein, dass die Identität des Whistleblowers bei einer Meldung vertraulich behandelt wird. Nicht erforderlich ist hingegen, dass der Arbeitgeber eine Möglichkeit für eine anonyme Meldung eröffnet, d.h., der Arbeitgeber kann darauf bestehen, nur

Meldungen anzunehmen, zu denen der Arbeitnehmer auch steht, indem er seinen Namen angibt. Weiterhin muss das Hinweisgebersystem gewährleisten, dass eine pflichtgemäße Untersuchung der gemeldeten Vorkommnisse vorgenommen wird und gewährleisten, dass der Meldekanal sämtlichen Arbeitnehmern für schriftliche, telefonische oder elektronische Meldungen offensteht.

Voraussetzungen Ausgestaltung des Hinweisgebersystems

- ✓ Benennung einer verantwortungsvollen Person oder einer verantwortlichen Dienststelle
- ✓ Information der Arbeitnehmer über die Möglichkeit der Meldung
- ✓ Sicherstellung, dass die Identität des Whistleblowers bei einer Meldung vertraulich behandelt wird
- ✓ Sicherstellung einer pflichtgemäßen Untersuchung der gemeldeten Vorkommnisse
- ✓ Sicherstellung, dass der Meldekanal sämtlichen Arbeitnehmern für schriftliche, telefonische oder elektronische Meldungen offensteht.

Der Rechtsberater in der Zwickmühle

Die neuen Regelungen zum Schutz des Whistleblowers führen im Bereich des Arbeitsrechts leicht dazu, dass der Rechtsberater sowohl auf Seiten des Unternehmens, wie auch auf Seiten des Arbeitnehmers in schwierige berufs- und strafrechtliche Situationen kommen kann.

Liegt ein Interessenkonflikt vor?

Dem Rechtsberater des Arbeitgebers droht ein Interessenkonflikt, weil er im Hinterkopf behalten muss, dass er nicht Vertreter des (angeblich) betroffenen Organmitglieds persönlich ist, sondern nur und ausschließlich Vertreter des Unternehmens, das eigentlich ein Interesse daran haben muss, dass rechtswidrige Handlungen von Organmitgliedern aufgedeckt und verfolgt werden. Hier muss der Berater also darauf achten, dass er nicht gegen das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen nach § 43a Abs. 4 der Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO) verstößt oder – schlimmer noch – sich wegen Parteiverrats nach § 356 StGB strafbar macht. Auf der anderen Seite wird man dem Rechtsberater zugestehen dürfen, dass es durchaus auch im Interesse des Unternehmens liegen kann, einen unbewiesenen Vorwurf gegen ein angeblich betroffenes Organmitglied zunächst einmal abzuwehren.

Erpressung?

Der Rechtsberater des Arbeitnehmers muss sich andererseits versehen, dass er sich nicht wegen Erpressung nach § 253 StGB strafbar macht. Denn die effiziente Vertretung des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber läuft wirtschaftlich betrachtet, wenn „das Tisch-tuch einmal zerschnitten ist“ häufig erfahrungsgemäß darauf hinaus, dass es nur noch um die Höhe der Abfindung für den Abschluss eines Aufhebungsvertrags geht. Droht in dieser Situation der Rechtsberater damit, dass sein Arbeitnehmer rechtswidrige Zustände bei den dafür zuständigen Stellen außerhalb

des Unternehmens meldet oder anzeigt, wenn das Abfindungsangebot nicht erhöht wird, könnte dies strafrechtlich bereits als Erpressung gewertet werden. Obendrein kann der Arbeitgeber einen so geschlossenen Aufhebungsvertrag zivilrechtlich möglicherweise wegen widerrechtlicher Drohung später nach § 123 BGB anfechten. Und in letzter Konsequenz könnte der infolge der Anfechtung leer ausgehende Arbeitnehmer sogar seinen eigenen Rechtsanwalt als Mandant auf Schadensersatz wegen Verletzung des Beratervertrags nach § 280 BGB in Anspruch nehmen.

FAZIT

Bereits nach geltender Rechtslage können Datendiebstahl und Geheimnisverrat in vielen Fällen zulässig sein, wenn der Whistleblower zur Aufdeckung einer rechtswidrigen Handlung oder eines beruflichen oder sonstigen Fehlverhaltens gehandelt hat, dessen Offenlegung im allgemeinen öffentlichen Interesse liegt. Dies ergibt sich unmittelbar aus den Schutzregelungen für Whistleblower im Geschäftsgeheimnisgesetz, das im April 2019 in Kraft getreten ist. Die demnächst in Kraft tretende EU-Whistleblowing-Richtlinie geht darüber noch hinaus und verbietet ausdrücklich Vergeltungsmaßnahmen des Arbeitgebers gegen Hinweisgeber. Kündigung, Schadensersatz oder Bestrafung des Arbeitnehmers werden ausdrücklich ausgeschlossen, solange der Hinweis nur objektiv geeignet ist, rechtswidrige Zustände zu offenbaren. Private Arbeitgeber mit mehr als 50 Arbeitnehmern werden künftig zur Einrichtung eines Hinweisgebersystems nach einem Dreistufenmodell

verpflichtet. Dabei soll in der Regel vorrangig eine interne Meldung erfolgen, bevor auf der zweiten Stufe Meldungen an zuständige Behörden oder, wenn auch dies nicht geholfen hat, sogar eine Meldung an Öffentlichkeit oder Medien erfolgen darf. Speziell für Rechtsberater ergeben sich sowohl auf Seiten des Arbeitgebers wie auf Seiten des Arbeitnehmers erhebliche arbeits- und strafrechtliche Risiken. Um nicht vom Berater zum Beschuldigten zu werden, muss der Berater des Unternehmens deutlich machen, dass er nicht das betroffene Organmitglied persönlich, sondern das Unternehmen vertritt. Der Rechtsberater des Arbeitnehmers darf beim Poker um die Höhe der Abfindung die Anzeige rechtswidriger Zustände nicht als Druckmittel einsetzen, wenn er nicht Gefahr laufen will, wegen Erpressung bestraft und in letzter Konsequenz sogar von seinem Mandanten auf Schadensersatz in Anspruch genommen zu werden.

1 Siehe: Entscheidung des LG Lüneburg Az. 29 Ns 5104 Js 5535/18.

