



universität
wien

MASTER THESIS

Titel der Master Thesis / Title of the Master's Thesis

„Die europäischen Mechanismen zum Schutz
von Whistleblowern“

verfasst von / submitted by

Mag. Nikolaus Sauerschnig

angestrebter akademischer Grad / in partial fulfilment of the require-
ments for the degree of

Master of Laws (LL.M.)

Wien, 2023 / Vienna 2023

Studienkennzahl lt. Studienblatt /
Postgraduate programme code as it ap-
pears on the student record sheet:

UA 992 548

Universitätslehrgang lt. Studienblatt /
Postgraduate programme as it appears on
the student record sheet:

Europäisches und Internationales Wirtschafts-
recht /

European and International Business Law

Betreut von / Supervisor:

o. Univ.-Prof. Dr. Josef Aicher

Eidesstattliche Erklärung

Ich erkläre hiermit an Eides statt, dass ich die vorliegende Arbeit selbstständig und ohne Benutzung anderer als der angegebenen Hilfsmittel angefertigt habe. Die aus fremden Quellen direkt oder indirekt übernommenen Gedanken sind als solche kenntlich gemacht. Die Arbeit wurde bisher in gleicher oder ähnlicher Form keiner anderen Prüfungsbehörde vorgelegt und auch noch nicht veröffentlicht.

Wien, 17. Jänner 2023

Nikolaus Sauerschnig

Inhaltsverzeichnis

<u>I.</u>	<u>EINLEITUNG</u>	<u>5</u>
<u>II.</u>	<u>ALLGEMEINES ZUM WHISTLEBLOWING</u>	<u>6</u>
1.	DEFINITION UND ARTEN DES WHISTLEBLOWINGS	6
a)	Definition	6
b)	Arten des Whistleblowings	9
c)	Zweck von Whistleblowing	11
<u>III.</u>	<u>DIE WHISTLEBLOWING-RICHTLINIE</u>	<u>12</u>
1.	ENTWICKLUNG	12
2.	DIE REGELUNGEN DER WHISTLEBLOWING-RL	16
d)	Überblick	16
e)	Anwendungsbereich	18
f)	Meldung über interne Meldekanäle	24
g)	Meldung über externe Meldekanäle	31
h)	Geheimhaltung der Identität des Whistleblowers („Vertraulichkeitsgebot“)	35
i)	Die Schutzvoraussetzungen von Whistleblowern	36
j)	Schutzmaßnahmen für Whistleblower	42
k)	Umsetzung	48
3.	DIE UMSETZUNG DER WHISTLEBLOWING-RL IN ÖSTERREICH	48
a)	Hintergrund und bisherige Rechtslage	48
b)	Umsetzung	51
4.	FAZIT	55
<u>IV.</u>	<u>DIE GESCHÄFTSGEHEIMNIS-RL</u>	<u>56</u>
1.	ALLGEMEINES	56
2.	DER SCHUTZ VON WHISTLEBLOWERN	59
3.	VERHÄLTNIS ZUR WHISTLEBLOWING-RL	63
<u>V.</u>	<u>MARKTMISSBRAUCHS-VO</u>	<u>64</u>
1.	ALLGEMEINES	64
2.	SCHUTZ VON WHISTLEBLOWERN	65
3.	VERHÄLTNIS ZUR WHISTLEBLOWING-RL	68
<u>VI.</u>	<u>SCHLUSSBEMERKUNG</u>	<u>68</u>

VII. LITERATURVERZEICHNIS **70**

1. HANDBÜCHER, KOMMENTARE, ZEITSCHRIFTEN	70
2. GESETZE, ERLÄUTERUNGEN, ENTWÜRFE	72
3. WEBSEITEN	73

Gender Erklärung

In Hinblick auf die Schaffung einer besseren Lesbarkeit wird auf geschlechtsspezifische Differenzierungen verzichtet. Im Sinne der Gleichbehandlung wurde zwar die männliche Form gewählt, die Ausführungen beziehen sich aber auf Angehörige sämtlicher Geschlechter.

I. Einleitung

In den letzten Jahren rückten im Zusammenhang mit der Aufdeckung von Gesetzesverstößen bzw. illegalen Tätigkeiten zunehmend jene Leute, die diese meldeten und/oder aufdeckten, in den Vordergrund. Zu denken ist dabei an Edward Snowden, dessen Enthüllungen tiefe Einblicke in Überwachungs- und Spionagepraktiken der Vereinigten Staaten gegeben hat oder auch Julian Assange, der über seine Plattform Wikileaks geheime Dokumente zu unethischen Verhalten von Regierungen und Unternehmen veröffentlichte.

Während das Whistleblowing in der breiten Masse zwar bekannter wurde, fehlte es jedoch an umfassenden und einheitlichen Regelungen zum Schutz von Whistleblowern in der Europäischen Union. Um diesen einen umfassenderen Schutz bieten zu können, hat die Europäische Union in den letzten Jahren einige entsprechende Rechtsakte gesetzt. Allen voran ist hier Richtlinie 2019/1937 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2019 zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden (nachfolgend als „Whistleblowing-RL“ bezeichnet) hervorzuheben, auf die im Folgenden auch der Fokus der Arbeit liegt.

Die richtigen Worte zur Beschreibung, wie wichtig die Tätigkeiten von Whistleblowern sind, hat hierbei vor allem die Vizepräsidentin der Europäischen Kommission Věra Jourová gefunden:

„Whistleblower sind in unseren Gesellschaften äußerst wichtig. Es sind mutige Menschen, die dazu bereit sind, illegale Aktivitäten ans Licht zu bringen, um die Öffentlichkeit vor Fehlverhalten zu schützen – oft unter großer Gefahr für ihre Karriere und ihren

Lebensunterhalt. Für Ihr mutiges Handeln verdienen sie Anerkennung und Schutz.“¹

II. Allgemeines zum Whistleblowing

1. Definition und Arten des Whistleblowings

a) Definition

Der Begriff des „Whistleblowing“ stammt von der englischsprachigen Redewendung „to blow the whistle“ ab, was so viel bedeutet, wie jemanden melden bzw. verpfeifen. Als metaphorischer Vergleich kann etwa der Vergleich mit einem Schiedsrichter herangezogen werden, der bei einem Regelverstoß das Spiel unterbricht.² Im deutschsprachigen Raum hat sich der Begriff zwar inzwischen ebenso etabliert, jedoch ist er kaum in Gesetzen zu finden. Stattdessen wird oft der Begriff des „Hinweisgebers“ verwendet, den auch die Whistleblowing-Richtlinie heranzieht.³ Aufgrund der häufigeren Verwendung und des größeren Bekanntheitsgrades wird in dieser Arbeit der Begriff „Whistleblowers“ verwendet.

In der Literatur finden sich inzwischen zahlreiche Definitionsversuche von Whistleblowing. Die wohl bekannteste ist jene der nordamerikanischen Professorinnen Marcia P. Miceli und Janet P. Near aus dem Jahr 1985:

¹ <https://www.pressetext.com/news/eu-richtlinie-zum-besseren-schutz-von-whistleblowern-ist-in-kraft-getreten.html> (Stand 7.1.2023)

² Rainer, Externes Whistleblowing in Organisationen, S 5

³ Löffler, Der Schutz von Whistleblowern in der Europäischen Union, Wien 2020, S 7f, mwN

„We [...] define whistleblowing to be the disclosure by organization members (former or current) of illegal, immoral or illegitimate practices under the control of their employers, to persons or organizations, that may be able to effect action.“⁴

Demnach ist Gegenstand des Whistleblowings die Offenlegung eines illegalen, unmoralischen oder unrechtmäßigen Verhaltens. Der Umfang von Schutzbestimmungen für Whistleblower bezieht sich grundsätzlich aber lediglich auf die Aufdeckung von illegalen bzw. unrechtmäßigen Verhalten. Unmoralische Handlungen, also an sich rechtmäßiges Verhalten, das als unmoralisch und/oder missbräuchlich angesehen werden könnte, sind in der Regel nicht von Schutzbestimmungen erfasst.⁵

Bei den Organisationen, in denen das von etwaigen Whistleblowern aufzuzeigende unzulässige Verhalten stattfindet, handelt es sich vornehmlich um Wirtschaftsunternehmen, jedoch können ebenso staatliche Einrichtungen, wie insbesondere staatliche Behörden, Gewerkschaften oder auch politische Parteien, davon betroffen sein. Nach der oben genannten Definition von Whistleblowern nach Miceli und Near kommen als Whistleblower ausschließlich Mitarbeiter der jeweiligen Organisation in Frage, jedoch gehen einige Definitionen weiter.⁶

So weitet etwa der Professor Peter B. Jubb die Definition von Whistleblowing dahingehend aus, dass als Whistleblower auch Personen in Frage kommen, die einen Zugang zur Organisation bzw. zu

⁴ Near/Miceli, Organizational Dissence: The Case of Whistle-Blowing, Journal of Business Ethics 1985, 1 (4f); Löffler, 2020, S 8, mwN

⁵ Löffler, 2020, S 8f mwN

⁶ Löffler, 2020, S 9 mwN

deren Daten hat bzw. hatte („a person who has or had privileged acces to data or information of an organisation.“).⁷

Ein vermeintlich ebenso zu beachtendes Detail im Rahmen der Definition von Whistleblowing ist, ob die Motivation des Whistleblowers selbst eine Rolle spielt. Dies wird teilweise von der Literatur bejaht.⁸ Nach Randy K. Chiu, einem ehemaligen Professor an der Universität von Hong Kong, spiele dies eine wesentliche Rolle („the release of such information must be undertaken as a voluntary moral protest.“)⁹

In Anbetracht dieser Ansicht stellt sich aber wohl berechtigt die Frage, ob der Beweggrund des Whistleblowers wirklich eine Rolle spielen sollte. Soll der Whistleblower tatsächlich weniger Schutz genießen, bloß weil seine Motive nicht uneigennützig waren, er etwa einen finanziellen Vorteil durch die Aufdeckung erhalten hat? Gegen diese Ansicht spricht nicht nur, dass sich die tatsächliche Motivation des Whistleblowers nicht nur schwer feststellen lassen wird, sondern vor allem, dass die letztliche Aufdeckung eines Missstandes genauso zweckdienlich ist, wie in Fällen, in denen das Vorgehen des Whistleblowers als moralisch gerechtfertigt angesehen werden kann. Aus diesen Gründen wird daher vielfach vertreten, dass Whistleblower geschützt werden sollten, egal was das Motiv ist. Schützenswert ist der Whistleblower, wenn der gemeldete Verstoß sachlich zutrifft oder zumindest ein begründeter Verdacht besteht.¹⁰

⁷ Jubb, Whistleblowing: A restrictive Definition and Interpretation, Journal of Business Ethics 1999, 77 (78); Löffler, 2020, S 9

⁸ Löffler, 2020, S 9

⁹ Chiu, Ethical Judgment and Whistleblowing Intention: Examining the Moderating Role of Locus of Control, Journal of Business Ethics 2003, 65 (65); Löffler, 2020, S 9

¹⁰ Löffler, 2020, S9f mwN; Forst, Whistleblowing im internationalen Vergleich – Was kann Deutschland von seinen Nachbarn lernen? ,EuZA 2013, S. 37- 83

Dieser Meinung hat sich auch die Gruppe von Staaten gegen Korruption im Europarat angeschlossen (GRECO). Nach ihrer Ansicht soll ein sachlich zutreffender Hinweis nicht deshalb unzulässig sein, weil der Whistleblower aus unmoralischen und/oder eigennützigen Motiven gehandelt hat, da das öffentliche Interesse an der Meldung des Missstandes in solchen Fällen ebenso bestehen würde. Die GRECO gab daher die Empfehlung ab, auf die Gutgläubigkeit des Whistleblowers betreffend die Richtigkeit der Information abzustellen, da diesfalls auch missbräuchlichen Falschmeldungen vorgebeugt werden könnte.¹¹

Dieser Ansicht schloss sich schließlich auch die parlamentarische Versammlung des Europarats an und empfahl, dass ein Whistleblower auch dann geschützt werden sollte, wenn sich der Hinweis über den Missstand zwar als falsch herausstellen sollte, aber er berechtigten Grund zur Annahme hatte, dass die von ihm offengelegten Informationen hinsichtlich des Verstoßes der Wahrheit entsprechen.¹²

b) Arten des Whistleblowings

Beim Whistleblowing lassen sich mehrere Arten voneinander unterscheiden, die für sich bezogen einige Besonderheiten aufweisen.

Meldet der Whistleblower den wahrgenommenen Missstand einer Person, die wie der Whistleblower, in dem betroffenen Unternehmen tätig ist, liegt internes Whistleblowing vor. Als Anlaufstelle für

¹¹ Löffler, 2020, S 10 mwN; GRECO, Seventh General Activity Report of GRECO (2006), GRECO (2007), 1E final vom 21.3.2007, 13.

¹² Löffler, 2020, S 10 mwN

solche Meldungen kommen beispielsweise der Vorgesetzte, ein Betriebsrat oder der Geschäftsführer in Betracht. Kennzeichnend für internes Whistleblowing ist, dass der Missstand diskret im Unternehmen selbst aufgearbeitet werden kann, ohne dass Dritte davon erfahren. Vorteil dieser Art von Whistleblowing ist daher deren Diskretion. Der Nachteil ist jedoch, dass die Effizienz des internen Whistleblowings stark von den Unternehmen und deren Bereitschaft ab, Missstände zu beseitigen. Wollen sie dies nicht, geht die Anzeige des Missstandes durch den Whistleblower ins Leere.¹³

Das Gegenstück zum internen Whistleblowing ist das externe Whistleblowing. Dieses zeichnet sich dadurch aus, dass sich der Whistleblower mit seiner Anzeige an jemanden außerhalb seiner Organisation wendet. In Frage kommen dabei vor allem staatliche Behörden aber auch Medien. Externes Whistleblowing ist die effektivere Methode, um Missstände zu bekämpfen, da durch die Veröffentlichung wohl eher die Bereitschaft in der jeweiligen Organisation besteht, solche zu beseitigen. In diesem Vorteil steckt jedoch auch zugleich der Nachteil des externen Whistleblowings, denn durch die Miteinbeziehung von außen steigt das Eskalationsrisiko und der Whistleblower hat eher mit rechtlichen Konsequenzen zu rechnen.¹⁴

Des Weiteren kann zwischen anonymem und offenem Whistleblowing unterscheiden werden. Während bei Ersterem der Whistleblower seine Identität nicht bekanntgibt, macht er beim offenen Whistleblowing unter eigenem Namen auf einen Missstand aufmerksam. Beide Varianten haben ihre Vor- und Nachteile. In Fällen des anonymen Whistleblowings ist der Whistleblower wohl am besten geschützt, da niemand weiß, wer nun den Hinweis gegeben hat. Dies führt jedoch dazu,

¹³ Löffler, 2020, S 11 mwN

¹⁴ Löffler, 2020, S11f mwN

dass sich die Glaubwürdigkeit des Whistleblowers nicht überprüfen lässt. Auch weitere Nachfragen sind nicht möglich. Diese Probleme liegen beim externen Whistleblowing zwar nicht vor, jedoch sind in der Regel nur wenige Personen bereit, mit ihrer Anzeige an die Öffentlichkeit zu treten. Um die Vorteile dieser beiden Varianten zu kombinieren, ist es daher in der Regel am sinnvollsten, wenn der Whistleblower zwar seine Identität bei der Hinweisgebung offenbart, dies aber nur eine zuständige Anlaufstelle, die wiederum verpflichtet ist, seine Identität gegenüber Dritten geheim zu halten.¹⁵

c) Zweck von Whistleblowing

Der primäre Zweck von Whistleblowing liegt auf der Hand und wurde ohnehin bereits in den vorherigen Kapiteln mitbehandelt, weswegen dieser nur nochmals zusammenfassend dargestellt werden soll.

Durch Whistleblowing sollen rechtswidrige Handlungen sowie Missstände aufgeklärt bzw. zumindest aufgedeckt werden. Dies betrifft sowohl staatliche/politische Vorgänge, wie beispielsweise die Enthüllungen von Edward Snowden, als auch Handlungen von Unternehmen, wie beispielsweise die Enthüllungen zu den Panama-Papers, die auf den Informationen eines Whistleblowers zurückgehen.¹⁶

Die ersten bekannten Fälle von Whistleblowing reichen sogar bis zur Zeit der amerikanischen Bürgerkriege ins Jahr 1863 zurück. Der

¹⁵ Löffler, 2020, S12f mwN

¹⁶ Hofmarcher, Das Geschäftsgeheimnis- Der neue Schutz von vertraulichen Know-How und vertraulichen Geschäftsinformationen, Wien 2020, Rz 2.160

damals in Kraft befindliche „False Claims Act“ sah vor, dass Bürgern gegen Hinweise, die finanzielle Nachteile für den Staat aufdecken, belohnt wurden.¹⁷

Whistleblowing trägt nicht nur maßgeblich zur Aufdeckung von Verstößen bei, sondern verfolgt noch einen weiteren Zweck. Whistleblowing ist auch ein wesentliches Element zur Etablierung einer Compliance-Kultur eines Unternehmens. Denn durch die Einführung von Hinweisgebersystemen samt der Verbreitung sowie deren Akzeptanz im Unternehmen werden Verstöße gegen Compliance-Regeln leichter aufgeklärt und dadurch eine verbesserte Einhaltung der betrieblichen Compliance-Bestimmungen gewährleistet werden.¹⁸

III. Die Whistleblowing-Richtlinie

1. Entwicklung

Die Forderungen nach einer Stärkung der Rechte von Whistleblowern geht bereits einige Jahre zurück. Während sich anfangs zunächst hauptsächlich NGOs für eine Verbesserung des Schutzes von Whistleblowern einsetzten¹⁹, erfolgten die ersten Schritte auf politischer Ebene durch die parlamentarische Versammlung des Europarats.

Diese forderte die Mitgliedstaaten in einer Resolution auf, effektive Bestimmungen zum Schutz von Whistleblowern in ihre jeweiligen Rechtsordnungen zu implementieren. Darüber hinaus gab die parlamentarische Versammlung dem Ministerkomitee die Empfehlung,

¹⁷ Willenbacher, Whistleblowing – empirische Untersuchungen in Rainer, 2016, S 6

¹⁸ Petsche/Abd El Malak in Petsche Whistleblowing & Internal Investigations- Praxiskommentar zur Whistleblowing-Richtlinie, Wien 2021 Seite 1f

¹⁹ Unter anderem Transparency International <https://www.transparency.org/en/news/whistleblowing-in-europe>, Stand 12.9.2022

Grundsätze für die Ausgestaltung bzw. Umsetzung derartiger Regelungen zu erlassen.²⁰

Dieser Empfehlung kam das Ministerkomitee mit der Empfehlung CM/Rec (2014)7 „Recommendation of the Committee of Ministers to member States on the protection of whistleblowers“ vom 30.4.2014 nach (nachfolgend zur besseren Lesbarkeit als „Empfehlung“ bezeichnet):

Die Empfehlung sah vor, dass vom Schutzbereich sowohl der private als auch der öffentliche Sektor umfasst sein soll. Dies unabhängig davon, wie der Tätigkeitsbereich ausgestaltet ist oder die Arbeit unentgeltlich erbracht wird.²¹ Die Meldemechanismen sollen zudem so ausgestaltet sein, dass die Identität des Whistleblowers geschützt wird und die Meldung von Missständen gefördert wird.²² Des Weiteren sollen Whistleblower, die bei Erstattung der Meldung gutgläubig gehandelt haben, vor jeglichen Vergeltungsmaßnahmen, wie etwa der Beendigung des Dienstverhältnisses, Versetzungen oder dem Verlusts von Beförderungsmöglichkeiten, umfassend geschützt werden.²³ Schließlich sollen die jeweiligen nationalen Maßnahmen zum Schutz von Whistleblowern gemäß der Empfehlung auch umfangreich öffentlich bekannt gemacht werden, um eine positive Einstellung der Bevölkerung sowie der Berufsgruppen im Zusammenhang mit der Offenlegung von Informationen, die das öffentliche Interesse betreffen zu fördern.²⁴

²⁰ Löffler, 2020, S 61 mwN

²¹ Recommendation of the Committee of Ministers to member States on the protection of whistleblowers vom 30.4.2014, Punkt II. Z 3

²² Recommendation of the Committee of Ministers to member States on the protection of whistleblowers vom 30.4.2014, Punkt IV Z12ff

²³ Recommendation of the Committee of Ministers to member States on the protection of whistleblowers vom 30.4.2014, Punkt VII Z21ff

²⁴ Recommendation of the Committee of Ministers to member States on the protection of whistleblowers vom 30.4.2014, Punkt VIII Z 27

Die Empfehlung des Ministerkomitees war auch ein entscheidender Eckpfeiler für die Erstellung der Whistleblowing-RL. Diese stützt sich diese ausdrücklich auf diese Empfehlung bzw. die damit verbundenen Grundsätze.

Doch bis es zur Entstehung der Whistleblower-RL kam, sollten noch ein paar Jahre vergehen. Erst etwa zwei Jahre nach der Empfehlung des Ministerkomitees kam Schwung in die Sache. So legte zunächst die Fraktion „Die Grünen/Europäische Freie Allianz“ im Mai 2016 der Kommission einen Entwurf für eine Richtlinie zum Schutz von Whistleblowern vor. Im selben Jahr einigte sich der Rat im Zusammenhang mit seinen Überlegungen zur Steuertransparenz vom 11.10.2016 darauf, dass Whistleblowers eines umfassenderen Schutzes bedürfen und ersuchte die Kommission entsprechende Maßnahmen zu prüfen. Schließlich forderte das Europäische Parlament die Kommission in seiner Entschließung vom 14.2.2017 auf, einen Gesetzgebungsvorschlag vorzulegen, der einen umfassenden Schutz von Whistleblowern vorsieht. Dieser Entschließung folgte eine neuerliche dementsprechende Aufforderung am 24.10.2017.²⁵

Die Kommission begann ihre Arbeit in dieser Sache damit, mehrere Konsultationen sowie Experten-Workshops durchzuführen, um die grundlegenden Fragen mit der Thematik des Whistleblowerschutzes erörtern zu können:

Diese Forschungen ergaben, dass Whistleblowing am häufigsten in den Bereichen Steuerhinterziehung, Betrug sowie Korruption auftritt. Daneben wurden auch Umweltschutz sowie der Schutz der öffentlichen Gesundheit und Sicherheit als Grüne genannt. Grundlage

²⁵ Löffler, 2020, S 61f mwN

der Daten waren die Überlieferungen von 13 Behörden über einen Zeitraum von zehn Jahren. Des Weiteren ergaben die Konsultationen, dass die Hauptgründe für das Unterlassen von Meldungen Furcht vor rechtlichen und/oder finanziellen Konsequenzen sowie die Angst vor Reputationsschäden sei. Dementsprechend meinten die im Rahmen der Konsultation Befragten, dass vor allem der Schutz vor Nachteilen am Arbeitsplatz sowie sichere Meldekanäle und damit einhergehend ein Schutz der Identität die Hauptkomponenten für einen effektiven Schutz von Whistleblowern sein müssten.²⁶

Am 23.4.2018 legte die Kommission dem Europäischen Parlament und dem Rat den Vorschlag für eine Richtlinie zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden, vor. Die Richtlinie wurde im Rahmen des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens gemäß Art 294 AEUV erlassen. Für den letztlichen Erlass der Richtlinie war die Zustimmung des Europäischen Parlaments und des Rats erforderlich.

Nachdem sowohl der Europäische Rechnungshof, der Europäische Wirtschafts- und Sozialausschuss eine Stellungnahme zum Richtlinienentwurf abgaben, folgten jene des Rats und des Europäischen Parlaments, die zu weiteren Verhandlungen mit der Kommission führten. Insbesondere hinsichtlich der einzuhaltenden Meldeverfahren gab es unterschiedliche Ansichten der Parteien.²⁷

Während das Europäische Parlament forderte, dass der Whistleblower frei entscheiden können solle, ob er sich zunächst an seinen Arbeitgeber wendet, vertrat der Rat die Beibehaltung des von der

²⁶ Löffler, 2020, S 62ff mwN

²⁷ Löffler, 2020, S66 ff mwN

Kommission vorgeschlagenem dreistufigen Meldesystems. Dieser Vorschlag sah vor, dass der Whistleblower zunächst das interne Whistleblowing-Meldesystem benützen müsse, um als schutzwürdig zu gelten. Von dieser internen Meldepflicht gab es jedoch Ausnahmen, wann man sich direkt an die zuständige Behörde wenden könne, beispielsweise wenn der Whistleblower Grund zur Annahme haben kann, dass infolge einer internen Meldung die behördlichen Ermittlungen beeinträchtigt werden könnten. Zudem war keine Meldepflicht für Selbstständige, Anteilseigner, oder etwa Leitungsorgane vorgesehen. Letztere Ausnahme ist auch in der Whistleblowing-RL umgesetzt worden.²⁸

Schließlich konnten sich die Parteien einigen und Whistleblowing-RL trat 20 Tage nach deren Unterzeichnung am 26.11.2019 in Kraft.

Ziel der Whistleblowing-RL ist eine effizientere Durchsetzung von Unionsrecht durch die Gewährung von Schutzgarantien für Whistleblower. Dies soll dazu führen, dass eine Motivation für Whistleblower geschaffen wird, Missstände, insbesondere solche, die das öffentliche Interesse betreffen, zu melden.²⁹

2. Die Regelungen der Whistleblowing-RL

d) Überblick

Die Whistleblowing-RL setzt bezüglich des Schutzes von Whistleblowern auf zwei Hauptaspekte:

²⁸ Löffler, 2020, S94f mwN; Interinstitutionelles Dossier des Rates, 5747/19 vom 29.1.2019, Z 38ff

²⁹ Farag, Whistleblowing & Internal Investigations, Graz 2021, S 8

Einerseits soll eine umfassende Pflicht zur Einführung von sicheren Meldekanälen geschaffen werden. Andererseits sollen Whistleblower vor negativen Folgen aufgrund ihrer Meldung geschützt werden.³⁰

In diesem Sinn bestimmt Art 1 der Whistleblowing-RL, dass deren Ziel *„eine bessere Durchsetzung des Unionsrechts und der Unionspolitik in bestimmten Bereichen durch die Festlegung gemeinsamer Mindeststandards, die ein hohes Schutzniveau für Personen sicherstellen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden“*, ist.

Die Whistleblowing-RL besteht insgesamt aus sieben Kapiteln und 29 Bestimmungen:

- Kapitel I (Art 1 bis 6): Anwendungsbereich, Begriffsbestimmungen, Schutzvoraussetzungen;
- Kapitel II (Art 7 bis 9): Interne Meldungen und Folgemaßnahmen;
- Kapitel III (Art 10 bis 14): Externe Meldungen und Folgemaßnahmen;
- Kapitel IV (Art 15): Offenlegung;
- Kapitel V (Art 16 bis 18): Vorschriften für interne und externe Meldungen;
- Kapitel VI (Art 19 bis 24): Schutzmaßnahmen;

³⁰ Löffler, 2020, S77 mwN

- Kapitel VII (Art 25 bis 29): Schlussbestimmungen.

e) Anwendungsbereich

ea. Sachlicher Anwendungsbereich

Der sachliche Anwendungsbereich wird in Art 2 Whistleblowing-RL definiert. Die in der Whistleblowing-RL festgelegten (Mindest-)Standards für den Schutz von Whistleblowern soll für folgende Verstöße gegen das Unionsrecht gelten:

- i) öffentliches Auftragswesen,
- ii) Finanzdienstleistungen, Finanzprodukte und Finanzmärkte sowie Verhinderung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung,
- iii) Produktsicherheit und -konformität,
- iv) Verkehrssicherheit,
- v) Umweltschutz,
- vi) Strahlenschutz und kerntechnische Sicherheit,
- vii) Lebensmittel- und Futtermittelsicherheit, Tiergesundheit und Tierschutz,
- viii) öffentliche Gesundheit,
- ix) Verbraucherschutz,
- x) Schutz der Privatsphäre und personenbezogener Daten sowie Sicherheit von Netz- und Informationssystemen (Art 2 Abs 1 lit a Whistleblowing-RL)
- finanzielle Interessen der Union im Sinne von Art 325 AEUV (Art 2 Abs 1 lit b Whistleblowing-RL)
- Vorschriften des Binnenmarktrechts im Sinne von Art 26 Abs 2 AEUV (Art 2 Abs 1 lit c Whistleblowing-RL)

Der Anwendungsbereich auf diese Rechtsbereiche wird jedoch eingeschränkt. Der gemeldete Verstoß muss sich gemäß Art 2 Abs 1 lit a erster Satz nicht nur auf die genannten Rechtsbereiche, sondern auch in den Anwendungsbereich der im Anhang der Whistleblowing-RL genannten Unionsrechtsakte fallen. Zu diesen genannten Rechtsakten zählen etwa die Verbraucherrechte-RL (RL 2011/83/EU) oder die Lebensmittelbasis-VO (Verordnung (EG) 178/2002).

Erfolglos sucht man in dieser Aufzählung den Rechtsbereich des Arbeitsrechts, im besonderen den Arbeitnehmerschutz.³¹ Immerhin ist der Arbeitnehmer selbst wohl am besten geeignet, Missstände an seinem Arbeitsplatz aufzuzeigen. Grundsätzlich wurde die Erstreckung der Whistleblowing-RL auf diesen Bereich unter anderem vom Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss auch gefordert, jedoch konnte im Rahmen der Verhandlungen zur Whistleblowing-RL zwischen dem Europäischen Parlament und dem Rat keine Einigung erzielt werden.³² In den Erwägungsgründen zur Whistleblowing-RL wird darauf verwiesen, dass Arbeitnehmern aufgrund der Arbeitsschutz-Rahmen-RL (Richtlinie 89/391/EWG) ohnehin einen ausreichenden Schutz in diesem Bereich hätten. Gemäß Art 11 Arbeitsschutz-Rahmen-RL dürfen Arbeitnehmern nämlich keine Nachteile entstehen, wenn sie den Arbeitgeber um geeignete Maßnahmen ersuchen bzw. Vorschläge unterbreiten, um Gefahren für Arbeitnehmer vorzubeugen und/oder zu beseitigen. Zudem dürfen Arbeitnehmer und ihre Vertreter die jeweils zuständige Behörde anrufen, wenn Grund zur Annahme besteht, dass die vom Arbeitgeber getroffenen Maßnahmen und Mittel nicht ausreichen, um die Sicherheit und den Gesundheitsschutz zu gewährleisten.³³

³¹ *Riesenhuber*, Europäisches Arbeitsrecht, Berlin/Boston 2021, § 15 Rz 21

³² *Löffler*, 2020, S79 mwN

³³ Erwägungsgrund 21 Whistleblowing-RL

Diese Regelungen der Arbeitsschutz-Rahmen-RL sind jedoch sehr allgemein gehalten. Zudem kann für Arbeitnehmer dadurch nicht derselbe Schutz gewährleistet werden, wie jener für Whistleblower aufgrund der Whistleblowing-RL. Die Kommission hat jedoch bereits angekündigt, eine Ausweitung der Whistleblowing-RL auf diesen Bereich zu prüfen.³⁴

Was unter einem „Verstoß“ zu verstehen ist, ist in den Begriffsbestimmungen des Art 5 Whistleblowing-RL definiert. Verstöße in diesem Sinn sind sowohl Handlungen als auch Unterlassen, die rechtswidrig sind und in den oben genannten Rechtsgebieten des sachlichen Anwendungsbereichs fallen oder die dem Ziel und Zweck der Vorschriften des sachlichen Anwendungsbereichs zuwiderlaufen.

Bei der Umsetzung der Whistleblowing-RL sind die Mitgliedstaaten jedoch nicht nur auf die in Art 2 Abs 1 lit a-c Whistleblowing-RL genannten Rechtsbereiche beschränkt. Gemäß Art 2 Abs 2 Whistleblowing-RL steht es den Mitgliedstaaten frei, den Schutz nach nationalem Recht auf andere Rechtsbereiche und/oder Rechtsakte auszuweiten.

Eine weitere „Einschränkung“ des sachlichen Anwendungsbereichs ist in Art 3 Whistleblowing-RL vorgesehen. Diese Bestimmung regelt das Verhältnis der Whistleblowing-RL zu anderen Unionsrechtsakten sowie zu nationalen Bestimmungen. Gemäß Art 3 Abs 1 gehen „*sektorspezifische Rechtsakte der Union*“ der im Anhang der Whistleblowing-RL aufgezählten Rechtsakte vor, soweit diese selbst spezielle Regelungen über die Meldungen von Verstößen enthalten. Ein Bei-

³⁴ Löffler, 2020, S 79 mwN; Interinstitutionelles Dossier des Rates, 12460/19 ADD1 Rev 1, vom 1.10.2019

spiel für eine derartige lex specialis ist etwa die Marktmissbrauchs-VO (dazu Kapitel V.). Eine allzu wichtige Bedeutung hat diese Bestimmung in der Praxis jedoch nicht. Nahezu alle unionsrechtlichen Regelungen enthalten so gut wie keine Maßnahmen zum Schutz von Whistleblowern, wodurch es letztlich bei der Anwendung der Whistleblowing-RL bleibt.³⁵

Gemäß Art 3 Abs 2 berührt die Whistleblowing-RL nicht die Verantwortung der Mitgliedstaaten zur nationalen Sicherheit, etwa im Zusammenhang von Meldungen von Missständen bezüglich der Vergabe öffentlicher Aufträge im Bereich der Verteidigungs- und/oder Sicherheitspolitik.. Ebenso ausgenommen sind gemäß Art 3 Abs 3 Whistleblowing-RL etwa der Schutz von Verschlussachen oder auch der Schutz der anwaltlichen und ärztlichen Verschwiegenheitspflichten. Auf einen Rechtsanwalt, der einen Verstoß melden will, den ihm ein Mandant zugetragen hat, sind die (Schutz-)Bestimmungen der Whistleblowing-RL daher nicht anzuwenden.³⁶

eb. Persönlicher Anwendungsbereich

Der in Art 4 Whistleblowing geregelte persönliche Anwendungsbereich knüpft an zwei Tatbestandselemente an:

- Tätigkeit des Whistleblowers im privaten oder öffentlichen Sektor und
- Erlangung der jeweiligen Informationen über den Verstoß im beruflichen Kontext.

³⁵ Löffler, 2020, S 81 mwN

³⁶ Riesenhuber, 2021, § 15 Rz 21 und § 16 Rz 35; Löffler, 2020, S 82

Art 4 Abs 1 lit a bis lit d Whistleblowing-RL enthält eine Aufzählung, welche Personen „insbesondere“ vom persönlichen Anwendungsbereich umfasst sind.

Die wohl wichtigste Gruppe betrifft Arbeitnehmer. Der Arbeitnehmerbegriff richtet sich nach Art 45 AEUV. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH ist als Arbeitnehmer eine natürliche Person zu verstehen, die sich während einer bestimmten Zeit zur Leistungserbringung für einen anderen nach deren Weisungen und Anordnungen hinsichtlich Arbeitsort, -zeit und der Arbeitsabläufe verpflichtet und als Gegenleistung eine Vergütung erhält.³⁷

Die zweite Hauptgruppe sind Selbstständige. Für das Vorliegen einer selbstständigen Tätigkeit im Sinn der in Art 49 AEUV geregelten Niederlassungsfreiheit müssen nach der Rechtsprechung des EuGH insbesondere folgende Merkmale gegeben sein:

- Entgeltlichkeit
- Weisungsfreiheit
- Keine Kontrolle betreffend Arbeitszeit, -ort sowie Arbeitsabfolge
- Vertretungsbefugnis
- Berechtigung zur Ausübung der Tätigkeit bzw. des jeweiligen Gewerbes.³⁸

³⁷ Neuper in Petsche, 2021 Artikel 4, S89; EuGH 13.1.2004, C-256/01

³⁸ Neuper in Petsche, 2021 Artikel 4, S89; EuGH 20.11.2001, C-268/99

Daneben sind als erfasste Personen unter anderem auch Anteilseigner sowie Personen, die dem Verwaltungs-, Leitungs- bzw. Aufsichtsorgan eines Unternehmens angehören³⁹ sowie Personen, die unter der Aufsicht und Leitung von Auftrag-, Unterauftragnehmern sowie Lieferanten stehen.⁴⁰

Unter den persönlichen Anwendungsbereich fallen aber nicht nur entgeltliche Tätigkeiten, sondern auch freiwillige und unbezahlte Praktika. Allfällige Verstöße können seitens des Whistleblowers auch dann gemeldet werden, wenn er sich lediglich im Bewerbungsprozess bzw. in vorvertraglichen Einigungsgesprächen befindet.⁴¹

Wie oben erwähnt ist das zweite Tatbestandselement, dass die Information über den Verstoß im beruflichen Kontext erlangt wurde. Ein beruflicher Kontext im Sinn der Whistleblowing-RL liegt dabei nicht nur während des aufrechten Arbeitsverhältnisses, sondern ebenso bei einem bereits beendeten⁴² oder einem noch nicht begonnenen Arbeitsverhältnis vor.⁴³

Die Schutzbestimmungen gelten jedoch nicht nur für den Whistleblower selbst, sondern gemäß Art 4 Abs 4 lit a bis lit d Whistleblowing-RL auch für Mittler (dabei handelt es sich um eine natürliche Person, die dem Hinweisgeber beim Meldeverfahren in einem beruflichen Kontext unterstützt und deren Unterstützung vertraulich sein sollte⁴⁴), Dritte, die mit dem Hinweisgeber in Verbindung stehen und selbst Nachteile im beruflichen Kontext erleiden können

³⁹ Art 4 Abs 1 lit c Whistleblowing-RL

⁴⁰ Art 4 Abs 1 lit d Whistleblowing-RL

⁴¹ Farag, 2021, S 9

⁴² Art 4 Abs 2 Whistleblowing-RL

⁴³ Art 4 Abs 3 Whistleblowing-RL

⁴⁴ Art 5 Z 8 Whistleblowing-RL

und juristische Personen, die im Eigentum des Whistleblowers stehen bzw. für die er arbeitet oder mit denen er sonst in einem beruflichen Kontext in Verbindung steht.

f) Meldung über interne Meldekanäle

Die Regelungen zur internen Meldung von Verstößen finden sich in Kapitel II der Whistleblowing-RL.

Wie bereits dargestellt, kann der Whistleblower selbst wählen, ob er die Verstöße intern oder extern erstatten möchte. Lediglich die Offenlegung steht ihm nur in Ausnahmefällen offen. Gemäß Art 7 Abs 2 Whistleblowing-RL verpflichten sich die Mitgliedstaaten aber dazu, dass die interne Meldung der externen vorgezogen wird, indem intern wirksam gegen den Verstoß vorgegangen wird und der Whistleblower keine Repressalien zu befürchten hat.

Gemäß Art 8 Whistleblowing-RL sind Mitgliedstaaten dazu verpflichtet sicherzustellen, dass juristische Personen des privaten und des öffentlichen Sektors Kanäle und Verfahren für interne Meldungen und für Folgemaßnahmen⁴⁵ einrichten (wird im Folgenden von „juristischen Personen“ gesprochen, sind damit sohin jene gemeint, auf die die Bestimmungen der Whistleblowing-RL anzuwenden sind). Sofern dies nach nationalem Recht vorgesehen ist, hat dies nach Rücksprache und im Einvernehmen mit den Sozialpartnern zu erfolgen.

⁴⁵ Gemäß Art 5 Z 12 Whistleblowing-RL handelt es sich bei einer Folgemaßnahme um eine vom Empfänger einer Meldung oder einer zuständigen Behörde ergriffene Maßnahmen zur Prüfung der Stichhaltigkeit der in der Meldung erhobenen Behauptungen und gegebenenfalls zum Vorgehen gegen den gemeldeten Verstoß, unter anderem durch interne Nachforschungen, Ermittlungen, Strafverfolgungsmaßnahmen, Maßnahmen zur (Wieder-)Einziehung von Mitteln oder Abschluss des Verfahrens

Das interne Meldesystem muss zumindest den eigenen Arbeitnehmern der juristischen Person zur Verfügung gestellt werden. Daneben können die juristischen Personen auch den sonstigen in Art 4 Abs 1 lit b bis lit d und Abs 2 Whistleblowing-RL genannten Personen das interne Meldesystem zur Verfügung stellen.⁴⁶ Da juristische Personen in der Regel ein Interesse haben, dass etwa Aufsichtsratsmitglieder oder auch Mitarbeiter eines Auftragnehmers einen Verstoß intern und nicht extern an die zuständige Behörde melden, ist es diesfalls daher ratsam, diesen Personengruppen ebenfalls den Zugang zum internen Meldesystem zu gewähren.⁴⁷

Die Pflicht zur Einrichtung eines internen Meldesystems trifft juristische Personen des privaten Sektors, wenn sie 50 oder mehr Arbeitnehmer beschäftigen.⁴⁸ Ob sie in einem der in Art 2 Abs 2 Whistleblowing-RL genannten Rechtsbereichen tätig sind, ist nicht relevant.⁴⁹

Dieser Schwellenwert spielt aber keine Rolle für juristische Personen, die unter die im Anhang in den Teilen I.B und II genannten Unionsrechtsakte fallen.⁵⁰ Dies betrifft etwa Unionsrechtsakte in den Bereichen der Finanzdienstleistungen, der Prävention von Geldwäsche und Terrorismusbekämpfung, der Verkehrssicherheit oder des Umweltschutzes.⁵¹ In diesen Fällen besteht daher eine Pflicht zur Einrichtung eines internen Meldesystems unabhängig von der Anzahl der beschäftigten Arbeitnehmern.

⁴⁶ Art 8 Abs 2 Whistleblowing-RL

⁴⁷ Löffler, 2020, S 84f mwN

⁴⁸ Art 8 Abs 3 Whistleblowing-RL

⁴⁹ Erwägungsgrund 48 Whistleblowing-RL

⁵⁰ Art 8 Abs 4 Whistleblowing-RL

⁵¹ Löffler, 2020, S 85 mwN

Zudem haben die Mitgliedstaaten die Möglichkeit, auch juristische Personen mit weniger als 50 Arbeitnehmern zur Einrichtung eines internen Meldesystems zu verpflichten, wenn dies aufgrund einer geeigneten Risikoauswertung, die insbesondere die Art der Tätigkeiten der juristischen Personen und das von ihr ausgehende Risiko zu berücksichtigen hat, nach Ansicht der Mitgliedstaaten erforderlich ist. Dazu zählen insbesondere Beeinträchtigungen für die Umwelt oder den öffentlichen Sektor.⁵² In Betracht kommen daher vor allem juristische Personen, die in der Lebensmittel-, Pharma- oder der Chemieindustrie tätig sind.⁵³

Die Mitgliedstaaten können daher nicht ohne ausreichendem Grund Unternehmen mit weniger als 50 Arbeitnehmern zur Einrichtung eines internen Meldesystems verpflichten. Der Mitgliedstaat muss zunächst eine Risikobewertung durchführen und eine dabei festgestellte Pflicht zur Implementierung für derartige Unternehmen anschließend gegenüber der Kommission begründen.⁵⁴ Sollte es nämlich zu einer Ausweitung einer Implementierungspflicht für ein internes Meldesystem kommen, haben die Mitgliedstaaten dies der Kommission samt einer Begründung und Risikoanalyse mitzuteilen. Die Kommission setzt anschließend die übrigen Mitgliedstaaten von dieser Entscheidung in Kenntnis.⁵⁵ Diese Voraussetzung schränkt zwar den Umsetzungsspielraum für die Mitgliedstaaten ein, bringt aber den positiven Effekt, dass kleinere Unternehmen, also jene mit unter 50 Arbeitnehmern, nicht beliebig und ungerechtfertigt mit dem Aufwand der Einführung eines internen Meldesystems belastet werden.⁵⁶

⁵² Art 8 Abs 7 Whistleblowing-RL

⁵³ Löffler, 2020, S85f mwN

⁵⁴ Romandy in Petsche, 2021, Art 8 S 108

⁵⁵ Art 8 Abs 8 Whistleblowing-RL

⁵⁶ Romandy in Petsche, 2021, Art 8 S 108

Ob auch „Saisonbetrieben“, also Unternehmen, deren Auslastung und damit auch die Anzahl der Arbeitnehmer abhängig von der Jahreszeit schwankt (z.B; Winterdienste oder Hotel- und Gastgewerbe), von der Implementierungspflicht gemäß Art 8 Abs 3 Whistleblowing-RL erfasst sind, lässt die Whistleblowing-RL offen. Sie geht auf diese Problemstellung weder ein, noch unterscheidet sie bezüglich der Anzahl der Arbeitnehmer nach einer Haupt- oder Nebensaison und stellt zudem auch auf keine zeitliche Komponente ab. In diesen Fällen ist es daher für die Mitgliedstaaten ratsam, durch entsprechende Regelungen Rechtssicherheit zu schaffen. Zur Lösung dieser Fragestellung könnten beispielsweise der Jahresdurchschnitt der im Unternehmen beschäftigten Arbeitnehmern herangezogen werden.⁵⁷

Juristische Personen des öffentlichen Sektors sind ebenso zur Einrichtung eines internen Meldesystems verpflichtet. Als juristische Personen des öffentlichen Sektors zählen nicht nur die Hoheitsträger selbst, sondern auch Stellen, die im Eigentum oder unter der Kontrolle einer solchen stehen.⁵⁸

Einen Schwellenwert wie bei juristischen Personen des privaten Sektors gibt es nicht. Den Mitgliedstaaten steht es jedoch offen, Gemeinden mit weniger als 10.000 Einwohnern oder weniger als 50 Arbeitnehmern sowie juristischen Personen des öffentlichen Sektors, die im Eigentum oder unter Kontrolle einer solchen stehen, mit weniger als 50 Arbeitnehmern von der Pflicht zur Implementierung eines internen Meldesystems zu befreien.⁵⁹

⁵⁷ Romandy in Petsche, 2021, Art 8 S 109

⁵⁸ Art 8 Abs 9 Whistleblowing-RL

⁵⁹ Art 8 Abs 9 Whistleblowing-RL

Wie das interne Meldesystem ausgestaltet sein soll, ist in Art 9 Whistleblowing-RL geregelt. Dies betrifft die Fragen, wie das Meldesystem ausgeformt werden muss, von wem es zu betreiben ist und welche Vorgaben hinsichtlich der Reaktion auf Informationen zu Verstößen einzuhalten sind sowie in welcher Form Meldungen angenommen werden müssen. Hierbei handelt es sich lediglich um Mindestanforderungen, denen das Meldesystem jedenfalls genügen muss.⁶⁰

Die vom Anwendungsbereich der Whistleblowing-RL erfassten juristischen Personen haben ein Wahlrecht, ob sie entweder ein schriftliches oder mündliches Meldesystem einführen. Auch die Einführung beider Kommunikationswege ist zulässig. Besondere Anforderungen gibt es zum mündlichen Weg: Dem Whistleblower muss es möglich sein, die Meldung per Telefon oder auf einer sonstigen Art der Sprachübermittlung und auf sein Verlangen, auch im Weg der physischen Zusammenkunft innerhalb eines angemessenen Zeitrahmens zu erstatten.⁶¹ Das jeweils gewählte Meldesystem muss zudem jedenfalls die Vertraulichkeit des Whistleblowers bzw. allfälliger betroffener Personen sichergestellt ist und unbefugte Mitarbeiter der juristischen Person keinen Zugriff auf die Meldung haben.⁶²

Neben diesen organisatorischen Anforderungen enthält die Whistleblowing-RL jedoch keine Bestimmungen zur technischen Umsetzung. Hintergrund ist wohl hier, dass die Auswahl des Meldesystems den juristischen Personen überlassen worden ist. Den juristischen Personen obliegt es daher selbst, im Zusammenhang mit dem jeweiligen Meldesystem auch die erforderlichen Datensicherheitsmaßnahmen zu setzen, um das erforderliche Schutzniveau zu gewährleisten. Soll-

⁶⁰ Romandy in Petsche, 2021, Art 9 S 116

⁶¹ Art 9 Abs 2 Whistleblowing-RL

⁶² Art 9 Abs 1 lit a Whistleblowing-RL

ten sich juristische Personen etwa für die Einführung eines Meldesystems über E-Mail entscheiden, was wohl in vielen Unternehmen die naheliegendste Lösung ist, wäre als Sicherheitsmaßnahme eine End-to-End Verschlüsselung zwischen dem Whistleblower und der entgegennehmenden Stelle denkbar. Auch die Einführung eines Berechtigungskonzepts, also wer hat unter welchen Voraussetzungen innerhalb der juristischen Person Zugriff, wird ratsam sein. So kann bestmöglich sichergestellt werden, dass nur befugte Mitarbeiter auf das System zugreifen können.⁶³

Nachdem der Whistleblower seine Meldung erstattet hat, ist ihm innerhalb von sieben Tagen eine Bestätigung über deren Eingang zu erhalten.⁶⁴ Der Sinn dieser Eingangsbestätigung ist schnell erklärt: Einerseits gibt diese dem Whistleblower Klarheit, dass sein Hinweis tatsächlich eingelangt ist und diesem auch nachgegangen wird. Andererseits stärkt dies das Vertrauen des Whistleblowers in das Meldesystem. Dies ist insbesondere auch für juristische Personen von Vorteil, da das Vertrauen in das Meldesystem zu mehr internen und/oder externen Meldungen führen kann.⁶⁵ Darüber hinaus wird durch die Empfangsbestätigung das Risiko unnötiger Folgemeldungen reduziert.⁶⁶

Nach Prüfung des eingegangenen Hinweises haben die juristischen Personen dem Whistleblower innerhalb von spätestens drei Monaten ab Übersendung der Empfangsbestätigung eine Rückmeldung über die weitere Vorgehensweise zu seinem Hinweis zu erstatten.⁶⁷

⁶³ Romandy in Petsche, 2021, Art 9 S 117

⁶⁴ Art 9 Abs 1 lit b Whistleblowing-RL

⁶⁵ Romandy in Petsche, 2021, Art 9 S 118

⁶⁶ Löffler, 2020, S 87 mwN

⁶⁷ Art 9 Abs 1 lit. f Whistleblowing-RL

Nach Einlangen der Meldung haben die juristischen Personen gemäß Art 9 Abs 1 lit d geeignete Folgemaßnahmen zur Bearbeitung der Meldung zu ergreifen. Juristische Personen haben die Pflicht, die Meldung zu überprüfen und gegen den angezeigten Verstoß vorzugehen.

Des Weiteren sind die juristischen Personen verpflichtet, eine unparteiische Person oder Abteilung, die für die Ergreifung von Folgemaßnahmen infolge der internen Meldung zuständig ist, zu benennen.⁶⁸ In der Whistleblowing-RL ist nicht geregelt, was unter einer unparteiischen Person oder Abteilung zu verstehen ist. Die unparteiische Person bzw. Abteilung, darf jedenfalls für keine der Parteien, also den Whistleblower bzw die von Hinweis betroffene Person, Partei ergreifen. Sollten juristische Personen eigene Mitarbeiter als unparteiische Person benennen, können sich naturgemäß Interessenskonflikte ergeben. Zu denken wäre etwa an den Fall, dass ein Mitarbeiter Anschuldigungen gegenüber einem Leitungsorgan äußert. Die Rolle der „unparteiischen“ Person könnte aufgrund ihrer Weisungsgebundenheit gegenüber dem Leitungsorgan in solchen Fällen gefährdet sein. Sinnvoll wäre es daher, die unparteiische Person in ihrer Tätigkeit weisungsfrei zu stellen. Oder es erfolgt eine Auslagerung der Betreuung des internen Meldesystems an Dritte. Dies ist gemäß Art 8 Abs 5 Whistleblowing-RL ausdrücklich erlaubt.⁶⁹ Als solche Dritte kommen insbesondere externe Prüfer oder auch Gewerkschaftsvertreter und der Betriebsrat in Frage.⁷⁰ Aufgrund der fachlichen Expertise bieten sich für die Betreuung des Meldesystems auch durch Rechtsanwälte oder Wirtschaftsprüfer an.⁷¹

⁶⁸ Art 9 Abs 1 lit c Whistleblowing-RL

⁶⁹ Romandy in Petsche, 2021, Art 9 S 118f

⁷⁰ Erwägungsgrund 56 Whistleblowing-RL

⁷¹ Löffler, 2020, S 87f mwN

Schließlich haben juristische Personen ihre Mitarbeiter über die Abgabe externer Meldungen an die dafür zuständigen Behörden bzw. Stellen der Union zu unterrichten.⁷²

g) Meldung über externe Meldekanäle

Die Regelungen über Meldung über externe Meldekanäle finden sich in Kapitel III (Art. 10 bis 11) der Whistleblowing-RL.

Juristische Personen werden naturgemäß eine Meldung über interne Meldekanäle bevorzugen, um den etwaigen Verstoß innerhalb des Unternehmens behandeln zu können. Umso wichtiger ist es daher, dass das interne Meldesystem den oben beschriebenen Anforderungen der Whistleblowing-RL entspricht. Je höher das Vertrauen des Whistleblowers ist, desto eher wird er dazu geneigt sein, seine Meldung (zumindest zunächst) intern zu erstatten. Ist dies nicht der Fall wird sich der Whistleblower an die externen Meldekanäle richten.⁷³

Eine Zweistufigkeit der Meldung, also zunächst eine interne Meldung innerhalb des jeweiligen Unternehmens und erst dann die Möglichkeit der externen Meldung, ist in der Whistleblowing-RL nicht vorgesehen. Aus dem Wortlaut von Art 10 Whistleblowing-RL („[...] nachdem [die Whistleblower] zuerst über interne Meldekanäle erstattet haben [...]“) lässt sich aber dennoch eine Präferenz in Richtung einer in erster Linie abgegebenen internen Meldung erkennen. Dennoch haben Whistleblower auch die Möglichkeit „direkt über externe Meldekanäle Meldung zu erstatten.“⁷⁴ Dies führt dazu,

⁷² Art 9 Abs 1 lit g Whistleblowing-RL

⁷³ Petsche, 2021, Art 10 S 125f

⁷⁴ Art 10 Whistleblowing-RL; Petsche, 2021, Art 10 S 125

dass die von der Meldung betroffenen verdächtigen Personen bzw Unternehmen Rufschädigungen erleiden können, da sich Whistleblower direkt eine externe Meldung erstatten können. Aus Sicht dieser Personen bzw. Unternehmen wird es daher zweckdienlich sein, Anregungen für die Priorisierung interner Meldekanäle zu schaffen.⁷⁵

Gemäß Art 11 Whistleblowing-RL sind die Mitgliedstaaten dazu verpflichtet, zuständige Behörden zu benennen, die dazu befugt sind, Meldungen von Whistleblowern entgegenzunehmen, Rückmeldungen zu diesen abzugeben und entsprechende Folgemaßnahmen zu ergreifen. Dafür haben die Mitgliedstaaten die Behörden auch mit ausreichend Ressourcen auszustatten.⁷⁶

Um diese Anforderungen umzusetzen, müssen die Mitgliedstaaten Sorge tragen, dass die zuständigen Behörden unabhängige, externe Meldekanäle für die Entgegennahme und Bearbeitung der jeweiligen Meldung einrichten.⁷⁷ Als zuständige Behörden kommen Justizbehörden, Regulierungs- oder Aufsichtsstellen, Strafverfolgungsbehörden oder auch Ombudsstellen in Frage.⁷⁸ Diese Meldesysteme werden von eigens dafür zuständigen Mitarbeitern betreut. Diese informieren den Whistleblower über den Ablauf des behördliche Meldeverfahrens, nehmen Anzeigen entgegen, ergreifen etwaige Folgemaßnahmen und halten während der Ermittlungen den Kontakt mit dem Whistleblower aufrecht.⁷⁹ Um diese Aufgaben bestmöglich umzusetzen, sind die Mitarbeiter entsprechend zu schulen.⁸⁰ Eine spezielle schulische und/oder universitäre Ausbildung ist hier aber nicht

⁷⁵ Farag, 2021, S 12 mwN

⁷⁶ Art 11 Whistleblowing-RL

⁷⁷ Art 11 Abs 2 lit a Whistleblowing-RL

⁷⁸ Farag, 2021, S 13; Vgl Erwägungsgrund 64 Whistleblowing-RL

⁷⁹ Art 12 Abs 4 lit a bis lit c Whistleblowing-RL; Löffler, 2020, S 88

⁸⁰ Art 12 Abs 5 Whistleblowing-RL; Löffler, 2020, S 88

gemeint, sondern lediglich die Vermittlung von fach- und verfahrensbezogenen Kenntnissen. So nennt Erwägungsgrund 74 der Whistleblowing-RL etwa, dass die zuständigen Mitarbeiter mit den geltenden Datenschutzvorschriften vertraut sein müssen.⁸¹

Auch im Fall der externen Meldung ist dem Whistleblower die Möglichkeit zu geben, seine Meldung schriftlich als auch mündlich (z.B: Telefon) zu erstatten. Darüber hinaus kann der Whistleblower verlangen, dass binnen angemessener Zeit ein persönliches Treffen zwischen ihm und dem zuständigen Mitarbeiter der Behörde stattfindet.⁸² Hat der Whistleblower die Meldung an eine unzuständige Behörde erstattet, ist diese verpflichtet, die Meldung an die zuständige Behörde weiterzuleiten.⁸³

Nach Empfang der Meldung hat die Behörde dem Whistleblower umgehend, spätestens aber binnen sieben Tagen, eine Bestätigung zu übermitteln.⁸⁴ Danach hat die zuständige Behörde die Meldung zu prüfen und gegebenenfalls Folgemaßnahmen zu ergreifen.⁸⁵ Schließlich hat die zuständige Behörde dem Whistleblower innerhalb eines angemessenen Zeitrahmens eine Rückmeldung zu seiner Meldung zu erstatten. Angemessen ist grundsätzlich ein Zeitrahmen von bis zu drei Monaten, in Ausnahmefällen, die Whistleblowing-RL bezeichnet dies als „hinreichend begründete Fälle“, bis zu sechs Monate.⁸⁶

Über das Ende der Ermittlungen sowie das Ergebnis der Behörden ist der Whistleblower ebenfalls zu informieren.⁸⁷

⁸¹ *Petsche/Abd El Malak in Petsche, 2021, Art 12 S134f*

⁸² Art 12 Abs 2 Whistleblowing-RL

⁸³ Art 11 Abs 6 Whistleblowing-RL

⁸⁴ Art 11 Abs 2 lit b Whistleblowing-RL

⁸⁵ Art 11 Abs 2 lit c Whistleblowing-RL

⁸⁶ Art 11 Abs 2 lit c Whistleblowing-RL

⁸⁷ Art 11 Abs 2 lit. e Whistleblowing-RL

Die Whistleblowing-RL trifft auch Vorkehrungen für den Fall, dass die zuständige Behörde durch die Bearbeitung mehrerer Anzeigen überfordert ist. Bei einer Vielzahl von eingehenden Meldungen hat die Behörde das Recht, zunächst jene zu bearbeiten, welche auf einen schweren Verstoß hindeuten. Jene Meldungen, die aus diesem Grund vorerst nicht priorisiert werden, müssen jedoch jedenfalls innerhalb des oben erwähnten Zeitraums von drei bzw. sechs Monaten beantwortet werden.⁸⁸

Ob die zuständigen Behörden diese Vorschriften einhalten, ist von den Mitgliedstaaten mindestens alle drei Jahre zu überprüfen und allenfalls Verbesserungen vorzunehmen.⁸⁹ Nach welchen Kriterien diese Überprüfungen erfolgen sollen, lässt die Whistleblowing-RL offen. Auch ist nicht bestimmt, ob eine externe, neutrale Stelle diese Überprüfung durchführen soll. Angedacht ist aber wohl, dass dies den Behörden selbst überlassen sein soll.⁹⁰

Um zu gewährleisten, dass Whistleblower auch wissen, wo und vor allem wie sie eine Meldung erstatten, haben die Mitgliedstaaten *„in einem gesonderten sowie leicht erkennbaren und zugänglichen Abschnitt ihrer Website“* alle relevanten Informationen zu veröffentlichen. Hierzu zählen beispielsweise die Bedingungen für den Schutz des Whistleblowers, die Kontaktdaten der externen Meldekäle, die Verfahrensvorschriften oder auch die verfügbaren Abhilfemöglichkeiten und Verfahren zum Schutz von Repressalien.⁹¹ Durch diese transparente, leicht verständliche und zuverlässige Informationsbereitstellung soll meldebereiten Personen eine fundierte

⁸⁸ Art 11 Abs 5 Whistleblowing-RL

⁸⁹ Art 14 Whistleblowing-RL

⁹⁰ Petsche/Abd El Malak in Petsche, 2021, Art 14 S139

⁹¹ Art 13 Whistleblowing-RL

Entscheidung ermöglicht werden. In diesem Sinn ist auch diese Bestimmung der Whistleblowing-RL sehr klar und verständlich ausgestaltet.⁹²

h) Geheimhaltung der Identität des Whistleblowers („Vertraulichkeitsgebot“)

Die Mitgliedstaaten sind dazu verpflichtet, sowohl in Bezug auf interne als auch externe Meldekanäle die erforderlichen gesetzlichen Regelungen zu erlassen, um die vertrauliche Behandlung der Identität des Whistleblowers und der von ihm übermittelten Informationen zu gewährleisten.⁹³ Von diesem Vertraulichkeitsgebot darf ausnahmsweise nur dann abgewichen werden, wenn hierfür im Unionsrecht oder nationalem Recht eine notwendige und verhältnismäßige Pflicht im Rahmen der Untersuchungen durch nationale Behörden oder von Gerichtsverfahren besteht, insbesondere auch im Hinblick auf die Wahrung von Verteidigungsrechten. Der Whistleblower ist rechtzeitig vor der Offenlegung seiner Identität zu informieren und es ist ihm eine schriftliche Begründung zu übermitteln, es sei denn diese vorab durchzuführende Benachrichtigung würde die Ermittlungen gefährden.⁹⁴

Wann eine Abweichung vom Vertraulichkeitsgebot zum Schutz der Identität des Whistleblowers zulässig oder sogar erforderlich ist, lässt die Whistleblowing-RL jedoch letztlich offen. Den Mitgliedstaaten wird hier also ein gewisser Handlungsspielraum eingeräumt. Ratsam ist es aber jedenfalls im nationalen Recht eine konkrete Regelung zur Vermeidung von Rechtsunsicherheiten zu erlassen.⁹⁵

⁹² *Petsche/Abd El Malak* in *Petsche*, 2021, Art 13 S136

⁹³ *Löffler*, 2020, S 90 mwN; Art 16 Abs 1 Whistleblowing-RL

⁹⁴ *Löffler*, 2020, S 90f mwN; Art 16 Abs 2 und Abs 3 Whistleblowing-RL

⁹⁵ *Löffler*, 2020, S 91 mwN

Im Zusammenhang mit dem Vertraulichkeitsgebot ist auch die Zulässigkeit von anonymen Meldungen zu erwähnen. Die Whistleblowing-RL setzt zwar in erster Linie auf das soeben dargelegte Vertraulichkeitsgebot, räumt aber den Mitgliedstaaten die Möglichkeit ein, juristischen Personen und den zuständigen Behörden zur Entgegennahme bzw. Bearbeitung von anonymen Meldungen zu verpflichten.⁹⁶ Auch hier ist es ratsam, wenn Mitgliedstaaten von dieser Möglichkeit Gebrauch machen. Auf diese Weise wird nämlich auch jenen Personen die Gelegenheit zur Erstattung von Anzeigen eingeräumt, die ihre Identität keinesfalls offenlegen möchten.⁹⁷

Einlangende Meldungen von Whistleblowern sind unter Einhaltung des Vertraulichkeitsgebots zu dokumentieren.⁹⁸ Im Fall der telefonischen (oder auf einer anderen Sprachübermittlung basierenden Anzeige) kann die Dokumentation über eine Tonaufzeichnung oder Gedächtnisprotokolls erfolgen.⁹⁹ Gleiches gilt, wenn die Anzeige im Rahmen eines persönlichen Treffens erfolgt.¹⁰⁰

i) Die Schutzvoraussetzungen von Whistleblowern

Einer der Kernbereiche der Whistleblowing-RL ist sicherlich der Schutz des Whistleblowers. Die Whistleblowing-RL regelt hierbei die Voraussetzungen, wann der Whistleblower Anspruch auf Schutz hat im Sinn der Whistleblowing-RL hat und was von diesem Schutz umfasst ist. Die Schutzvoraussetzungen sind in Art 6 Whistleblowing-RL aufgezählt, die Schutzmaßnahmen in Kapitel VI (Art 19ff).

⁹⁶ Art 6 Abs 2 Whistleblowing-RL

⁹⁷ Löffler, 2020, S 91 mwN

⁹⁸ Art 18 Abs 1 Whistleblowing-RL

⁹⁹ Art 18 Abs 2 und Abs 3 Whistleblowing-RL

¹⁰⁰ Art 18 Abs 4 Whistleblowing-RL

Die Voraussetzungen für den Schutz von Whistleblowern bestehen aus zwei Tatbestandselementen:

- Zum einen muss der Whistleblower einen hinreichenden Grund zur Annahme haben, dass die gemeldeten Informationen über Verstöße im Zeitpunkt der Meldung der Wahrheit entsprochen hat und dass diese Information in den Anwendungsbereich der Whistleblowing-RL fällt¹⁰¹, er muss sohin gutgläubig gehandelt haben, und
- Der Whistleblower muss die Meldung intern (Art 7 Whistleblowing-RL), extern (Art 8 Whistleblowing-RL) oder im Rahmen einer Offenlegung (Art 15 Whistleblowing-RL) erstattet haben.¹⁰²

ia. Gutgläubigkeit

Die erste Voraussetzung für den Schutz von Whistleblowern ist deren Gutgläubigkeit. Gutgläubigkeit im Sinn der Whistleblowing-RL bedeutet, dass der Whistleblower zum Zeitpunkt der Meldung hinreichend Grund zur Annahme haben durfte, dass die von ihm gemeldeten Informationen über den Verstoß der Wahrheit entsprachen und in den Anwendungsbereich der Whistleblowing-RL fallen.¹⁰³ Dieses Tatbestandsmerkmal soll bezwecken, böswilligen und missbräuchlichen Meldungen vorzubeugen. Nicht geschützt ist, wer weiß, dass die Information falsch ist. Dasselbe muss aber auch für jene gelten,

¹⁰¹ Art 6 Abs 1 lit a Whistleblowing-RL

¹⁰² Art 6 Abs 1 lit a Whistleblowing-RL

¹⁰³ Art 6 Abs 1 lit a Whistleblowing-RL

die die Unwahrheit billigend in Kauf nehmen oder Angaben „ins Blaue hinein“ machen. Jenen fehlt es an diesem Tatbestandsmerkmal.¹⁰⁴

Konkret bedarf es daher in erster Linie einer Tatsachenbehauptung durch den Whistleblower, die sich auf einen Verstoß gegen Unionsrecht bzw. dessen rechtswidriger Umgehung bezieht. Zudem muss der Whistleblower auf deren Wahrheitsgehalt und dass der gemeldete Verstoß in den Anwendungsbereich der Whistleblowing-RL fällt, vertrauen. Eine Tatsachenbehauptung liegt dann vor, wenn deren Inhalt objektiv auf Richtigkeit überprüft werden kann, sie daher einem Wahrheitsbeweis zugänglich ist. Davon zu unterscheiden sind Werturteile, die bloß eine subjektive Meinung des Erklärenden wiedergeben und daher keinem Wahrheitsbeweis unterliegen können. Werturteile sind nicht vom Schutzbereich der Whistleblowing-RL erfasst. Meldungen eines Whistleblowers bezüglich eines „anstößigen“ und/oder „unethischen“ Verhalten ist daher nicht im Sinn der Whistleblowing-RL schutzwürdig. Eine solche Ausdehnung wäre auch in der Praxis nur schwer umsetzbar und würde schwer kalkulierbare Risiken schaffen. Mangels Kriterien bzw. Voraussetzungen, wann ein Missstand „anstößig“ und/oder „unethisch“ ist, wäre es nämlich wohl gar nicht möglich eine dementsprechende Einordnung eines Hinweises unter diese Begrifflichkeiten zu schaffen.¹⁰⁵

Die eher abstrakt gehaltene Formulierung („hinreichend Grund zur Annahme“) bietet einen ausreichend weiten Beurteilungsspielraum, um die Gegebenheiten des Einzelfalls zu beurteilen. Zudem wird der Anwendungsbereich dadurch erweitert, dass gemäß Art 5 Z 2 nicht nur bereits erfolgte Verstöße, sondern auch wahrscheinlich eintretende eine Meldung rechtfertigen. Das Motiv des Whistleblowers

¹⁰⁴ *Riesenhuber*, 2021, § 15 Rz 41

¹⁰⁵ *Reichetseder in Petsche*, 2021, Art 6 mwN

ist im Gegensatz zur Geschäftsgeheimnis-Richtlinie (dazu Kapitel IV.) nicht relevant. Somit wurde bei der Whistleblowing-RL auf diese unnötige Hürde verzichtet.¹⁰⁶ Erstattet der Whistleblower die Meldung über den Verstoß daher etwa aus Neid, Missgunst oder gar Rache, ist er dennoch geschützt.¹⁰⁷

In der Regel wird es für den Whistleblower hinsichtlich des zweiten Tatbestandselements („in den Anwendungsbereich der Whistleblowing-RL fällt“) wohl schwer feststellbar sein, ob der Anwendungsbereich nun erfasst ist oder nicht. Zu denken ist hier etwa an die in Art 2 Abs 1 lit b Whistleblowing-RL genannten finanziellen Interessen der Europäischen Union. Die Whistleblowing-RL versucht dies jedoch damit zu entschärfen, dass auch in diesem Fall ein hinreichender Grund zur Annahme ausreicht, dass die Meldung in den Anwendungsbereich der Whistleblowing-RL fällt. Eine dennoch bestehende Rechtsunsicherheit bleibt jedoch wohl weiterhin gegeben. Dies können die Mitgliedstaaten aber dadurch verhindern, dass sie den sachlichen Anwendungsbereich auf Verstöße gegen nationales Recht erweitern.¹⁰⁸

In Bezug auf die Gutgläubigkeit des Whistleblowers lässt die Whistleblowing-RL aber offen, welchen Sorgfaltsmaßstab er bei der Prüfung und Bewertung der Voraussetzungen für eine richtlinienkonforme Meldung einzuhalten hat. Aus Ziffer 32 der Erwägungsgründen der Whistleblowing-RL lässt sich jedoch ableiten, dass zur Prüfung der Gutgläubigkeit des Whistleblowers alle verfügbaren Informationen auszuwerten sind.¹⁰⁹ In der Praxis kann dieses Erfordernis jedoch durchaus zu Schwierigkeiten für den Whistleblower führen.

¹⁰⁶ Löffler, 2020, S 93 mwN

¹⁰⁷ Riesenhuber, 2021, § 15 Rz 44

¹⁰⁸ Löffler, 2020, S 93f mwN

¹⁰⁹ Reichetseder in Petsche, 2021, Art 6 mwN

Für den durchschnittlichen Whistleblower wird es durchaus schwer festzustellen sein, ob der von ihm wahrgenommene Verstoß tatsächlich vom Anwendungsbereich der Whistleblowing-RL erfasst ist oder nicht.¹¹⁰ Diese Problemstellung kann schlimmstenfalls sogar dazu führen, dass der Whistleblower auf wichtige Meldungen von Verstößen zum eigenen Schutz verzichtet.¹¹¹ Auch diese Rechtsunsicherheit für den Whistleblower könnte von den Mitgliedstaaten selbst beseitigt werden. Abhilfe würde auch bei der Frage der einzuhaltenden Sorgfalt die Erweiterung des sachlichen Anwendungsbereichs auf Verstöße gegen nationales Recht schaffen, da der Whistleblower zumindest nicht mehr dazu gezwungen ist, die europäische Rechtslage zu prüfen und Gerichte damit sich nicht (oder zumindest nur in speziellen Einzelfällen) mit der Frage der einzuhaltenden Sorgfalt bei der Beurteilung des sachlichen Anwendungsbereichs durch den Whistleblower auseinandersetzen müssen.¹¹²

Ein weiterer Sachverhalt, den die Whistleblowing-RL in diesem Zusammenhang offenlässt, ist, wenn der Whistleblower keinen Grund zur Annahme für das Vorliegen eines Verstoßes haben durfte, er also nicht gutgläubig war, sich der Verstoß aber letztlich als wahr erweist. Diesfalls wird der Whistleblower wohl dennoch schutzwürdig sein, da dies andernfalls dem Sinn und Zweck der Whistleblowing-RL entgegenstehen würde.¹¹³

¹¹⁰ Löffler, 2020, S 93 mwN

¹¹¹ Reichetseder in Petsche, 2021, Art 6 mwN

¹¹² Löffler, 2020, S 94 mwN

¹¹³ Riesenhuber, 2021, § 15 Rz 42

ib.Einhaltung des Meldeverfahrens

Die zweite Voraussetzung für den Schutz des Whistleblowers ist, dass er den von ihm wahrgenommen Verstoß über die dafür vorgesehenen Meldekanäle vorgenommen hat. Ob er dabei das interne oder externe Meldesystem in Anspruch nimmt, bleibt, wie bereits oben erwähnt, ihm überlassen.¹¹⁴ Der Whistleblower kann sich aber auch direkt an die zuständigen Organe, Einrichtungen oder sonstigen Stellen der Europäischen Union wenden.¹¹⁵

Unter bestimmten Voraussetzungen kann sich der Whistleblower auch gleich direkt an die Öffentlichkeit wenden und dennoch seinen Schutzanspruch behalten. Denkbar ist etwa eine Publikation in einer Zeitung oder im Internet.¹¹⁶ Der Gang an die Öffentlichkeit ist in folgenden Umständen möglich:

Eine Variante ist, dass er eine interne und externe Meldung erstattet hat, zu dieser jedoch während der dafür vorgesehenen Zeiträume keine Folgemaßnahmen gesetzt wurden.¹¹⁷

Die zweite Variante ist, dass er hinreichend Grund zur Annahme hat, dass der Verstoß eine unmittelbare oder offenkundige Gefährdung des öffentlichen Interesses darstellen kann oder bei einer Meldung an die zuständige Behörde Vergeltungsmaßnahmen drohen bzw. eine Aufklärung nicht zu erwarten ist. Als Beispiele kommen insbesondere die Beweismittelunterdrückung und/oder die Beteiligung der Behörde am gemeldeten Verstoß in Betracht.¹¹⁸

¹¹⁴ Art 6 Abs 1 lit b Whistleblowing-RL

¹¹⁵ Art 6 Abs 4 Whistleblowing-RL

¹¹⁶ *Riesenhuber*, 2021, § 15 Rz 39

¹¹⁷ Art 15 Abs 1 lit a Whistleblowing-RL

¹¹⁸ Art 15 Abs 1 lit b Whistleblowing-RL

Schließlich genießen auch Whistleblower Schutz, die ihre Meldung anonym erstattet haben, jedoch anschließend identifiziert wurden und später Repressalien erleiden.¹¹⁹ Auch wenn dies auf den ersten Blick selbstverständlich erscheint, war diese Schutzgarantie anfangs nicht Teil der Whistleblowing-RL. Im ersten Entwurf der Kommission war nämlich gar kein Schutz für anonyme Whistleblower vorgesehen. Diese Lücke wurde jedoch letztlich durch Einwände des Rates und des JURI geschlossen.¹²⁰

j) Schutzmaßnahmen für Whistleblower

Welche Schutzmaßnahmen die Mitgliedstaaten bei Erfüllung der Schutzvoraussetzungen zu setzen haben, ist in Kapitel VI der Whistleblowing-RL geregelt. Dieses Kapitel sieht in erster Linie Schutzmaßnahmen für Whistleblower vor, jedoch genießen auch von Whistleblowern beschuldigte Personen einen gewissen Schutz.

Gemäß Art 19 Whistleblowing-RL haben die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um jede Form von Repressalien (einschließlich der Androhung bzw des Versuchs) gegen den Whistleblowern sowie allen in Art 4 Abs 4 Whistleblowing-RL genannten Personen (siehe Kapitel III. Punkt 2b) zu untersagen. Art 19 Whistleblowing-RL enthält dazu eine demonstrative Aufzählung, welche Repressalien jedenfalls verboten sind:

- „lit a) Suspendierung, Kündigung oder vergleichbare Maßnahmen;*
- lit b) Herabstufung oder Versagung einer Beförderung;*
- lit c) Aufgabenverlagerung, Änderung des Arbeitsortes, Gehaltsminderung, Änderung der Arbeitszeit;*
- lit d) Versagung der Teilnahme an Weiterbildungsmaßnahmen;*

¹¹⁹ Art 6 Abs 3 Whistleblowing-RL

¹²⁰ Löffler, 2020, S 96f mwN

- lit e) negative Leistungsbeurteilung oder Ausstellung eines schlechten Arbeitszeugnisses;*
- lit f) Disziplinarmaßnahme, Rüge oder sonstige Sanktion einschließlich finanzieller Sanktionen;*
- lit g) Nötigung, Einschüchterung, Mobbing oder Ausgrenzung;*
- lit h) Diskriminierung, benachteiligende oder ungleiche Behandlung;*
- i) Nichtumwandlung eines befristeten Arbeitsvertrags in einen unbefristeten Arbeitsvertrag in Fällen, in denen der Arbeitnehmer zu Recht erwarten durfte, einen unbefristeten Arbeitsvertrag angeboten zu bekommen;*
- lit j) Nichtverlängerung oder vorzeitige Beendigung eines befristeten Arbeitsvertrags;*
- lit k) Schädigung (einschließlich Rufschädigung), insbesondere in den sozialen Medien, oder Herbeiführung finanzieller Verluste (einschließlich Auftrags- oder Einnahmeverluste);*
- lit l) Erfassung des Hinweisgebers auf einer „schwarzen Liste“ auf Basis einer informellen oder formellen sektor- oder branchenspezifischen Vereinbarung mit der Folge, dass der Hinweisgeber sektor- oder branchenweit keine Beschäftigung mehr findet;*
- lit m) vorzeitige Kündigung oder Aufhebung eines Vertrags über Waren oder Dienstleistungen;*
- lit n) Entzug einer Lizenz oder einer Genehmigung;*
- lit o) psychiatrische oder ärztliche Überweisungen.“*

Aus der demonstrativen Aufzählung lässt sich ableiten, dass der Begriff „Repressalien“ iSd Whistleblowing-RL weit gefasst ist. Unter Repressalien ist demnach jede direkte oder indirekte Handlung oder Unterlassung im beruflichen Kontext zu verstehen, welche

aus einer internen bzw. externen Meldung oder Offenlegung resultiert und durch die dem Whistleblower ein ungerechtfertigter Nachteil entsteht oder droht zu entstehen.¹²¹

Der Schutz ist dabei auch nicht auf benachteiligende Handlungen durch den Dienstgeber beschränkt. Der Schutz umfasst auch benachteiligende Handlungen durch Kollegen, Führungskräfte, Kunden oder anderweitiger Beauftragter des Dienstgebers. Somit sind de facto alle denkbaren Konstellationen, die als eine Benachteiligung verstanden werden können, umfasst.¹²²

Zur Dauer des eingeräumten Schutzes enthält die Whistleblowing-RL keine Angaben. Für die Umsetzung der Mitgliedstaaten bedeutet dies daher, dass bei der konkreten Umsetzung wohl von einer zeitlichen Beschränkung des Schutzes abzusehen ist.¹²³

Eine Konkretisierung, welche Maßnahmen, die Mitgliedstaaten zu ergreifen haben, erfolgt in Art 21 Whistleblowing-RL. So soll gewährleistet werden, dass ein Whistleblower wegen einer von ihm erstatteten Meldung, die er im Einklang mit den Bestimmungen der Whistleblowing-RL gemacht hat, nicht zur Haftung herangezogen werden.¹²⁴

In etwaigen Gerichtsverfahren wegen beispielsweise des Vorwurfs der Verleumdung, Verletzung von Immaterialgüterrechten oder der Verletzung von Verschwiegenheitsverpflichtungen ist der Whistleblower berechtigt, die Klagsabweisung zu beantragen, wenn er

¹²¹ Reichetseder in Petsche, 2021, Art 19 S 150 mwN

¹²² Reichetseder in Petsche, 2021, Art 19 S 150 mwN; Erwägungsgrund 87 Whistleblowing-RL

¹²³ Reichetseder in Petsche, 2021, Art 19 S 150 mwN

¹²⁴ Art 21 Abs 2 Whistleblowing-RL; Löffler, 2020, S 98

hinreichenden Grund zur Annahme hatte, dass seine Anzeige zur Aufdeckung eines Verstoßes im Sinn der Whistleblowing-RL erforderlich war.¹²⁵

Der Whistleblower soll zudem nicht für die Beschaffung der von ihm offengelegten Informationen haften, allerdings nur dann, wenn er hier keine Straftat begangen hat.¹²⁶ Der Whistleblower darf daher zur Informationsbeschaffung etwa keinen Hausfriedensbruch begehen, er dürfte aber Dokumente offenlegen, die seiner Verschwiegenheitsverpflichtung unterliegen.¹²⁷ Handelt es sich beispielsweise aber lediglich um privatrechtliche, öffentlich-rechtliche, arbeitsrechtliche Gerichtsverfahren oder Urheberrechtsverletzungen, darf der Whistleblower bei Erfüllung der erforderlichen Schutzvoraussetzungen nicht haftbar gemacht werden.¹²⁸ Diese Handhabe stellt einen angemessenen Kompromiss dar. Der Whistleblower sollte nämlich nicht dafür haften, wenn er etwa im Rahmen seines Arbeitsverhältnisses Zugriff zu Dokumenten erlangt. Jedoch würde es einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Rechte von der Anzeige betroffenen Personen darstellen, wenn sich der Whistleblower die Informationen strafrechtswidrig verschafft. Andernfalls würden etwa Dienstnehmer dazu ermutigt werden, auf eigene Faust zu ermitteln und dabei eine Straftat zu begehen. Darüber hinaus sieht die Whistleblowing-RL ohnehin vor, dass eine Meldung bereits bei vorliegendem begründetem Verdachtsmoment möglich ist.¹²⁹

Zudem haben die Mitgliedstaaten geeignete Rechtsbehelfe für Whistleblower (bzw. sonstige geschützte Personen) zu schaffen, um im

¹²⁵ Art 21 Abs 7 Whistleblowing-RL; Löffler, 2020, S 98

¹²⁶ Art 21 Abs 3 Whistleblowing-RL

¹²⁷ Löffler, 2020, S 98 mwN

¹²⁸ Farag, 2020, S 17

¹²⁹ Löffler, 2020, S98f mwN

Fall von Vergeltungsmaßnahmen eine vollständige Schadenwiedergutmachung sicherzustellen.¹³⁰ Derartige Rechtsbehelfe können etwa die Einführung von Wiedereinstellungs- und Wiedereinsetzungsklagen zur Bekämpfung von Kündigungen oder Versetzungen sein.¹³¹

Die Mitgliedstaaten sind auch dazu verpflichtet, jegliche Behinderung von rechtmäßigen Meldungen, die Meldungen behindern (bzw. dies versuchen), Repressalien im Sinn der Whistleblowing-RL ergreifen, mutwillige Gerichtsverfahren gegen geschützte Personen anstreben sowie gegen das Vertraulichkeitsgebot verletzen, in angemessener und abschreckender Weise zu sanktionieren.¹³² Welche Sanktionen dies sind, bleibt den Mitgliedstaaten überlassen. Diese genießen in diesem Bereich somit einen weiten Handlungsspielraum.¹³³

Da es für den Whistleblower in der Regel wohl schwierig ist, einen kausalen Zusammenhang zwischen den ihm widerfahrenden Vergeltungsmaßnahmen und seiner Anzeige zu beweisen,¹³⁴ sieht die Whistleblowing-RL eine Beweislastumkehr zugunsten des Whistleblowers vor. Macht er in einem Gerichtsverfahren oder vor Behörden eine Benachteiligung gegen ihn geltend, so wird vermutet, dass es sich dabei um Vergeltungsmaßnahmen wegen seiner Meldung handelt. Die dem Whistleblower gegenüberstehende Partei hat sohin zu beweisen, dass die gesetzte Maßnahme aufgrund eines hinreichend gerechtfertigten Grundes erfolgte.¹³⁵

¹³⁰ Art 21 Abs 8 Whistleblowing-RL

¹³¹ Erwägungsgrund 94 Whistleblowing-RL; Löffler, 2020, S 99

¹³² Art 23 Abs 1 lit a – lit d Whistleblowing-RL

¹³³ Löffler, 2020, S 99f mwN

¹³⁴ Erwägungsgrund 93 Whistleblowing-RL

¹³⁵ Art 21 Abs 5 Whistleblowing-RL

Eine weitere Belastung für Whistleblower in Rahmen von Gerichtsverfahren werden oftmals auch die damit verbundenen Kosten. Im Gegensatz zur von ihm verdächtigten Partei, wird er wohl nicht auf tiefgreifende finanzielle Ressourcen zugreifen können.¹³⁶ Dies wird vor allem in Fällen gelten, in denen der Whistleblower seinen Arbeitsplatz verloren hat und aufgrund von Rufschädigungen keine neue Stelle findet.¹³⁷ Aus diesen Gründen haben die Mitgliedstaaten zu gewährleisten, dass Whistleblower die erforderliche Prozesskostenhilfe erhalten.¹³⁸ Daneben steht es den Mitgliedstaaten frei, weitere unterstützende Maßnahmen vorzusehen, wie eine psychologische Betreuung.¹³⁹

Wie bereits oben erwähnt, sollen auch aufgrund einer erstatteten Meldung verdächtige Personen einen gewissen Schutz genießen. Dies soll verdächtige Personen in erster Linie Personen vor Falschmeldungen und damit verbundener Reputationsschäden schützen.¹⁴⁰ Gewährleistet wird dies durch das zweistufige Meldesystem, welches dem Whistleblower nur in Ausnahmefällen erlaubt, mit seiner Anzeige an die Öffentlichkeit zu gehen.¹⁴¹ Für wissentliche Falschmeldungen haben die Mitgliedstaaten verhältnismäßige Sanktionen und Entschädigungsmaßnahmen festzusetzen.¹⁴² Des Weiteren ist zu gewährleisten, dass die verdächtige Person die in Art 47 und 48 Grundrechtecharte statuierten Grundrechte im vollem Umfang ausüben

¹³⁶ Löffler, 2020, S 100 mwN

¹³⁷ Erwägungsgrund 99 Whistleblowing-RL

¹³⁸ Art 20 Abs 1 lit c Whistleblowing-RL

¹³⁹ Art 20 Abs 2 Whistleblowing-RL

¹⁴⁰ Erwägungsgrund 100 Whistleblowing-RL

¹⁴¹ Löffler, 2020, S 102 mwN

¹⁴² Art 23 Abs 2 Whistleblowing-RL

kann (Recht auf wirksamen Rechtsbehelf und faires Verfahren, Unschuldsvermutung und Achtung der Verteidigungsrechte).¹⁴³ Die zuständige Behörde hat während der Ermittlungen auch die Geheimhaltung der verdächtigen Person zu wahren.¹⁴⁴

k) Umsetzung

Die Mitgliedstaaten waren dazu verpflichtet, die Whistleblowing-RL bis spätestens 17.12.2021 umzusetzen. Von dieser Umsetzungsfrist ausgenommen war jedoch die Verpflichtung, bei juristischen Personen mit 50 bis 249 Dienstnehmern für die Einführung interner Meldekanäle zu sorgen. Dies muss spätestens bis 17.12.2023 erfolgen.¹⁴⁵ Insbesondere in Österreich kam es mit der Einhaltung der Umsetzungsfrist jedoch zu Schwierigkeiten.

3. Die Umsetzung der Whistleblowing-RL in Österreich

Da sich diese Arbeit primär den europäischen Bestimmungen widmet, erfolgt in der Folge nur eine verkürzte Darstellung der österreichischen Rechtslage. Insbesondere hinsichtlich des HinweisgeberInnenschutzgesetzes (HschG) wird daher ein Fokus auf jene Bereiche gesetzt, die sich von der Whistleblowing-RL unterscheiden oder aus Sicht des Autors erwähnenswert sind.

a) Hintergrund und bisherige Rechtslage

In Österreich genoss das Thema Whistleblowing in der Vergangenheit bislang eine untergeordnete Rolle. Eine umfassende gesetzliche Regelung zum Schutz von Whistleblower gab es nicht. Es finden sich

¹⁴³ Art 22 Abs 1 Whistleblowing-RL; Löffler, 2020, S 102

¹⁴⁴ Art 22 Abs 2 Whistleblowing-RL

¹⁴⁵ Art 26 Abs1 und Abs 2 Whistleblowing-RL

lediglich fragmentierte Regelungen, wie etwa für Kreditinstitute (§ 99g BWG) oder im Beamtendienstrecht (§§ 53, 53a BDG).¹⁴⁶

Allfällige Versuche, den Schutz von Whistleblowern zu stärken, scheiterten. So brachte der ehemalige Nationalratsabgeordnete der Grünen Mag. Albert Steinhauser beispielsweise am 21.10.2009 sogar drei Entschließungsanträge im Nationalrat ein. Einer zielte darauf ab, den Schutz von Whistleblowern in der Privatwirtschaft zu stärken, die anderen beiden zielten auf Schutzmaßnahmen im Beamtendienstrecht sowie die Einrichtung einer Hotline für Whistleblower bei der Volksanwaltschaft ab.¹⁴⁷

Der Entschließungsantrag zum Schutz in der Privatwirtschaft sah vor, dass unter Neuregelung des Arbeitsverfassungsgesetzes (ArbVG) ein umfassender Schutz für Whistleblower vorgesehen sein soll, die Missstände aufzeigen, deren Aufdeckung im öffentlichen Interesse liegt. Der Antrag wurde zwar dem zuständigen Ausschuss für Arbeit und Soziales vorgelegt, jedoch nie behandelt.¹⁴⁸

Das gleiche Ziel hatte der Entschließungsantrag bezüglich des Beamtendienstrechts. Jedoch war nicht nur das Ziel gleich, sondern das Ergebnis. Der Antrag wurde im Verfassungsausschuss ergebnislos verträgt.

Der dritte Entschließungsantrag sollte die Einführung einer Hotline bei der Volksanwaltschaft umsetzen. Zweck der Hotline hätte sein sollen, dass Whistleblower Informationen über straf- und verwaltungsstrafrechtliche Missstände abgeben können. Die Identität

¹⁴⁶ *Tercero*, Whistleblowing – Lexis Briefings Wirtschaftsrecht, Wien 2022

¹⁴⁷ *Aigner*, Whistleblowing in Österreich, Wien 2011, S 34

¹⁴⁸ *Aigner*, 2011, S 34

des Whistleblowers sollte dabei lediglich gegenüber der Volksanwaltschaft offengelegt werden. Nach außen hin sollte diese geheim bleiben. Auch diesem Entschließungsantrag blieb jedoch nicht dasselbe Schicksal wie den anderen beiden erspart. Auch dieser wurde vom Verfassungsausschuss ergebnislos vertagt.¹⁴⁹

In den Vordergrund rückte das Thema Whistleblowing in Österreich wieder mit der Einrichtung der webbasierten Hinweisgeberplattform bei der Wirtschafts- und Korruptionsstaatsanwaltschaft (WKStA). Als Vorbild für die Einrichtung dieser Plattform diente das Landeskriminalamt Niedersachsen, welches aufgrund der Einrichtung einer solchen zahlreiche Ermittlungsverfahren einleiten konnte. Die Plattform der WKStA gewährleistet die Anonymität des Whistleblowers bei der Abgabe seiner Meldung. Die Abgabe erfolgt durch einen online Briefkasten, über den die WKStA mit dem Whistleblower Kontakt aufnehmen sowie gegebenenfalls weitere Unterlagen anfordern kann. Gegenstand der Meldungen sind hierbei naturgemäß jene Delikte, die in den Zuständigkeitsbereich der WKStA fallen, wie etwa Korruption, Bilanz- und Kapitalmarktdelikte oder wirtschaftsstrafrechtliche Angelegenheiten.¹⁵⁰

Mit 1.1.2014 wurde zudem im Bankwesengesetz (BWG) Finanzinstitute (z.B: Banken und Versicherungen) die verpflichtende Einrichtung von Whistleblowing-Systemen sowie der Schutz von Whistleblowern vorgesehen. So sieht der eingangs erwähnte §99a BWG vor, dass sowohl Finanzinstitute selbst als auch die FMA über wirksame Mechanismen verfügen muss, Verstöße zu melden sowie deren Identität

¹⁴⁹ Aigner, 2011, S 35f

¹⁵⁰ Mair/Müller/Arshinsky/Holzgethan/Schlepitza in Petsche/Mair, Handbuch Compliance³, Wien 2019, S576f

zu schützen. Die diesbezügliche Gesetzesänderung verpflichtete zudem auch die Finanzmarktaufsicht (FMA) ein entsprechendes System analog zu jenem der WKStA einzurichten.¹⁵¹

b) Umsetzung

Die Umsetzung der Whistleblowing-RL ging in Österreich mehr als schleppend voran. Wie die anderen Mitgliedstaaten wäre Österreich dazu verpflichtet gewesen, die Whistleblowing-RL bis 17.12.2021 umzusetzen. Dem ist Österreich jedoch nicht nachgekommen. Dies führte sogar dazu, dass die EU-Kommission ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Österreich eingeleitet hat.¹⁵²

Mit über einem halben Jahr Verspätung kam Österreich aber schließlich der Umsetzungspflicht nach. Am 3.6.2022 wurde das HinweisgeberInnenschutzgesetz (HSchG) in Begutachtung geschickt. Der Entwurf wurde im Dezember 2022 im Parlament eingebracht. Nach derzeitigem Stand soll das Gesetz im Februar 2023 beschlossen werden. Vorher muss es aber noch den Ausschuss für Arbeit und Soziales passieren. Dessen nächste Sitzung ist für die zweite Jännerhälfte 2023 geplant.¹⁵³

Der österreichische Gesetzgeber definiert die Zielsetzung des HSchG als eine Erhöhung der Bereitschaft zu rechtmäßigem Verhalten in Lebensbereichen von besonderem öffentlichem Interesse durch Schaffung von Regelungen zum Schutz von Hinweisgebern vor Vergeltungsmaßnahmen".¹⁵⁴

¹⁵¹ Mair/Müller/Arshinsky/Holzgethan/Schlepitka in Petsche/Mair, S577f

¹⁵² <https://www.derstandard.at/story/2000133251126/kein-whistleblower-gesetz-eu-leitet-vertragsverletzungsverfahren-gegen-oesterreich-ein> (Stand 31.12.2022)

¹⁵³ <https://kurier.at/politik/inland/umsetzung-der-whistleblower-richtlinie-geht-in-die-endphase/402261768> (Stand 31.12.2022)

¹⁵⁴ 210/ME 27. GP - Kurzinformation, 1

Der persönliche Anwendungsbereich des HSchG knüpft an den beruflichen Kontext an. Das HSchG soll für Personen gelten, die aufgrund ihrer beruflichen Verbindung zu einem Rechtsträger des Privatrechts oder öffentlichen Rechts Informationen über Rechtsverletzungen erlangt haben. Zu diesen zählen beispielsweise Arbeitnehmer, Bewerberinnen, Praktikanten oder auch selbstständig erwerbstätige Personen. Auch erfasst sind Anteilseigner von Rechtsträgern des Privatrechts.¹⁵⁵ Nicht ausdrücklich erfasst sind arbeitnehmerähnliche Personen sowie freie Dienstnehmer. Diese sind aber wohl unter die im HSchG genannten selbstständig erwerbstätigen Personen zu subsumieren.¹⁵⁶

Bezüglich des sachlichen Anwendungsbereichs hat sich das HSchG sehr stark an die Whistleblowing-RL orientiert. Grundsätzlich kommt das HSchG nur dann zur Anwendung, wenn der Rechtsträger, unabhängig ob es sich um ein Unternehmen oder eine juristische Person des öffentlichen Rechts handelt, mehr als 50 Arbeitnehmer beschäftigt.¹⁵⁷ Unabhängig vom Schwellenwert gilt das HSchG für Rechtsträger im Bereich der Finanzdienstleistungen, Verhinderung von Geldwäsche, Terrorismusbekämpfung, Verkehrssicherheit oder des Umweltschutzes tätig sind.¹⁵⁸

Jene Bereiche, in denen die Vorschriften des HSchG anzuwenden sind, decken sich komplett mit der Aufzählung der Whistleblowing RL (z.B: öffentliches Auftragswesen, Umweltschutz, Verbraucherschutz).¹⁵⁹

¹⁵⁵ § 2 HSchG

¹⁵⁶ *Schiesbühl/ Wess*, Der Ministerialentwurf zum HinweisgeberInnenschutzgesetz, ZWF 2022, S 114

¹⁵⁷ § 3 Abs 1 HSchG

¹⁵⁸ § 3 Abs 2 HSchG

¹⁵⁹ § 3 Abs 3 HSchG

Der österreichische Gesetzgeber hat im Gegensatz zur Whistleblowing-RL den Anwendungsbereich jedoch auch um strafrechtliche Korruptionstatbestände (§§ 302 bis 309 StGB erweitert).¹⁶⁰ Eine zusätzliche Erweiterung des Anwendungsbereichs erfolgt dadurch, dass entgegen der Whistleblowing-RL, die in Art 2 Abs 1 lit a eine Einschränkung der Anwendungsbereiche auf die im Anhang der Whistleblowing-RL angeführten Rechtsakte der Union festlegt, sich diese Einschränkung nicht im Entwurf der österreichischen Umsetzung findet.¹⁶¹ Damit sind somit auch Informationen über Verletzungen entsprechender sektorspezifischer Regelungen des nationalen Rechts unabhängig von ihrem Ursprung erfasst. Dies bringt den Vorteil, dass sonst in der Praxis für Normunterworfenen kaum schaffbare Abgrenzungsfragen, ob ein Thema nun in den Anwendungsbereich des HSchG fällt oder nicht, wegfällt. Allfällige Fragen wie ob nun Verstöße gegen die DSGVO erfasst sind aber jene gegen das nationale DSG bleiben daher erspart.¹⁶²

Während dieser erweiterte Anwendungsbereich durchaus positiv ist, gibt es jedoch auch weniger nachvollziehbare Umsetzungsentscheidungen. So ist nicht ersichtlich, warum der österreichische Gesetzgeber beim Wettbewerbsrecht in § 3 Abs 5 HSchG lediglich die Verletzung von Unionsvorschriften über den Wettbewerb in den Anwendungsbereich aufnimmt, nicht jedoch das nationale Wettbewerbsrecht. Die Frage, ob das erforderliche Merkmale der Zwischenstaatlichkeit erfüllt ist und damit EU-Recht oder nationales Recht gilt, ist für Whistleblower wohl nicht zumutbar.¹⁶³

¹⁶⁰ § 3 Abs 3 Z 11 HSchG

¹⁶¹ Schiesbühl/ Wess, Der Ministerialentwurf zum HinweisgeberInnenschutzgesetz, ZWF 2022, S 116

¹⁶² Anderl/Ciarnau, Langersehnt und endlich da: Der Entwurf des Hinweisgeberschutzgesetzes (<https://www.dorda.at/news/langersehnt-und-endlich-da-der-entwurf-des-hinweisgeberschutzgesetzes>) (Stand 31.12.2022)

¹⁶³ Brückner/Hohenaer, Der Entwurf des HinweisgeberInnenschutzgesetzes aus Konzernsicht, ecolx 2022/513

Die Regelungen zur Schutzwürdigkeit des Whistleblowers entsprechen genau jenen der Whistleblowing-RL. Auch nach dem HSchG genießt der Whistleblower daher dann Schutz, wenn er im Zeitpunkt der Meldung aufgrund der tatsächlichen Umstände und der ihm zur Verfügung stehenden Informationen hinreichenden Grund zur Annahme haben kann, dass die von ihm erteilte Meldung wahr ist und in den Anwendungsbereich des HSchG fallen.¹⁶⁴ Die Regelungen zum Vertraulichkeitsgebot der Whistleblowing-RL wurden dieser entsprechend in § 7 HSchG umgesetzt.

Auch der österreichische Gesetzgeber betont, dass er wünscht, dass sich Whistleblower in erster Linie an die internen Meldekanäle wenden. Das externe Meldesystem soll nur dann in Anspruch genommen werden, wenn die Meldung bei der internen Stelle nicht möglich, nicht zweckentsprechend, nicht zumutbar oder aussichtslos war.¹⁶⁵ Als externe Stellen zur Entgegennahme und Behandlung von Meldungen nennt das HSchG demonstrativ etwa die Finanzmarktaufsichtsbehörde, die Geldwäschemeldestelle, die Bundeswettbewerbsbehörde oder auch die Kammer der Steuerberater und Wirtschaftsprüfer.¹⁶⁶

Während es die Whistleblowing-RL offenließ, ob auch die Entgegennahme von anonymen Meldungen schutzwürdig sein soll, hat sich der österreichische Gesetzgeber auch für eine Pflicht zur Annahme anonymer Hinweise entschieden. Dies ergibt sich daraus, dass die Entgegennahmepflicht der §§ 12 Abs 6, 17 Abs 3 HSchG nicht differenzieren, ob die Meldung anonym abgegeben wurde oder nicht. Jede Meldung ist auf ihre Stichhaltigkeit zu prüfen.¹⁶⁷

¹⁶⁴ § 6 Abs 1 HSchG

¹⁶⁵ § 14 Abs 2 HSchG

¹⁶⁶ § 15 HSchG

¹⁶⁷ *Schiesbühl/ Wess*, Der Ministerialentwurf zum HinweisgeberInnenschutzgesetz, ZWF 2022, S 117; vgl auch *Brückner/Hohenaer*, Der Entwurf des HinweisgeberInnenschutzgesetzes aus Konzernsicht, ecolex 2022/513

Ein weiterer Unterschied zur Whistleblowing-RL findet sich bei der Beweislastumkehr. Die Whistleblowing-RL sah grundsätzlich bezüglich etwaiger Benachteiligungen, die der Whistleblower aufgrund der von ihm erstatteten Meldung erhalten hat, eine Beweislastumkehr zu seinen Gunsten vor. Das HSchG sieht dies jedoch nicht vor. Der Whistleblower hat selbst glaubhaft zu machen, dass die Vergeltungsmaßnahme aufgrund seiner Meldung erfolgte. Abgeschwächt wird dies aber dadurch, dass es sich nur dann nicht um eine Vergeltungsmaßnahme handelt, wenn bei Abwägung aller Umstände eine höhere Wahrscheinlichkeit dafürspricht, dass ein anderes Motiv für die Vergeltungsmaßnahme ausschlaggebend war. Die diesbezügliche Beweislast trifft die maßnahmenersetzende Person.¹⁶⁸

Entsprechend der Umsetzung zur Festlegung von wirksamen, angemessenen und abschreckenden Sanktionen gemäß Art 23 Whistleblowing-RL, sieht der österreichische Gesetzgeber als Sanktion gegen Verstöße gegen das HSchG Geldstrafen bis zu EUR 20.000,00 bei erstmaligen Verstößen, bei wiederholten Verstößen bis zu EUR 40.000,00 vor.¹⁶⁹

4. Fazit

Die Whistleblowing-RL ist der erste Rechtsakt in der Europäischen Union, der sich umfassend dem Schutz von Whistleblowing widmet.

Positiv hervorzuheben ist, dass die Whistleblowing-RL all jene Komponenten enthält, die von grundlegender Bedeutung für den Schutz von Whistleblowern ist. Hierzu zählt die Zurverfügungstel-

¹⁶⁸ Schiesbühl/ Wess, Der Ministerialentwurf zum HinweisgeberInnenschutzgesetz, ZWF 2022, S 118f; § 23 HSchG

¹⁶⁹ § 24 HSchG

lung von internen und externen Meldekanälen, das Vertraulichkeitsgebot, die Haftungsausschlüsse sowie der umfangreiche Schutz vor Repressalien. Dadurch wird erstmals eine Basis für ein Mindestschutzniveau von Whistleblowern geschaffen. In diesem Zusammenhang positiv hervorzuheben ist zudem die Beweislastumkehr zugunsten des Whistleblowers in allfälligen Gerichts- und Behördenverfahren. Damit sich Whistleblower letztlich aber wirklich geschützt fühlen, wird es auf die jeweilige Umsetzung in den Mitgliedstaaten ankommen.¹⁷⁰

Negative zu sehen ist der eingeschränkte sachliche Geltungsbereich. Aufgrund der beschränkten Kompetenzen des Unionsgesetzgebers gilt die Whistleblowing-RL lediglich für bestimmte Bereiche des Unionsrechts. Um den beabsichtigten Schutz von Whistleblowern in der Europäischen Union zu erreichen, wird es letztlich notwendig sein, dass die Mitgliedstaaten im Rahmen der Umsetzung auch Verstöße gegen nationales Recht erfassen.¹⁷¹

IV. Die Geschäftsgeheimnis-RL

1. Allgemeines

Einen zentralen und wichtigen Bestandteil des heutigen Wirtschaftslebens bilden Informationen und Know-How. Sie stellen in der Regel den Hauptbestandteil mehrerer Wirtschaftszweige aus und bilden häufig die Grundlage technischer Innovationen. Dementsprechend können ihr Erwerb, ihre Entwicklung, Sammlung und Anwendung mit beträchtlichen Investitionen verbunden sein. Vor diesem Hintergrund ist es für Unternehmen oft von grundlegender Bedeutung, wie sie ihr Know-How vor der Aneignung und Verwendung anderer

¹⁷⁰ Löffler, 2020, S 103f mwN

¹⁷¹ Löffler, 2020, S 103 mwN

schützen können. Neben dem immaterialrechtlichen Schutz ist die zweite Schutzmöglichkeit die Geheimhaltung von Know-How. Geheime Informationen und Know-How sind aber naturgemäß der Gefahr ausgesetzt, ihren Schutzcharakter, etwa durch Spionage oder Geheimnisverrat, zu verlieren.¹⁷²

Grundsätzlich waren sowohl die EU selbst sowie die Mitgliedstaaten aufgrund des TRIPS-Übereinkommens zum Schutz von nicht offengelegten Informationen vor einer Offenlegung, einem Erwerb oder einer Benutzung, sofern dies den Gepflogenheiten in Gewerbe und Handel zuwiderläuft, verpflichtet.¹⁷³ Trotz dieser Bindung seitens der EU und der Mitgliedstaaten bestand jedoch hinsichtlich des Schutzes von Geschäftsgeheimnissen ein erheblicher Unterschied innerhalb der EU, weswegen auf Unionsebene der Ruf nach einer gemeinsamen Lösung groß wurde. Umgesetzt wurde dies in der Richtlinie 2016/943/EU des Europäischen Parlaments und des Rates über den Schutz vertraulichen Know-Hows und vertraulichen Geschäftsinformationen vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung („Know-How-RL“). Zur Begründung für die Einführung der Know-How-RL wurde dabei insbesondere angeführt, dass die zunehmende Globalisierung sowie Outsourcing, längere Lieferketten und der verstärkte Einsatz von Informations- und Kommunikationstechnologien das Risiko des Diebstahls von Geschäftsgeheimnissen erhöhen würden.¹⁷⁴

¹⁷² Wiebe, Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht⁴, Wien 2018, S 418 mwN

¹⁷³ Wiebe, Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht⁴, Wien 2018, S 418 mwN

¹⁷⁴ Ummenberger-Zierler, Schutz von betrieblichem Know How in Europa - die EU-Harmonisierungsrichtlinie im Vergleich zur Rechtslage in den USA, Jahrbuch Geistiges Eigentum 2017, S 363

In Österreich wurde die Know-How-RL durch die UWG-Novelle 2018 umgesetzt. In § 26b UWG erfolgt die Definition des Geschäftsgeheimnisses, während die Schutzmaßnahmen in den §§26c-25j UWG umgesetzt wurden.¹⁷⁵

Entsprechend der Begründung der Know-How-RL war es daher eines der großen Ziele der Know-How-RL, eine einheitliche Definition von Geschäftsgeheimnissen zu schaffen. Geschäftsgeheimnisse iSd Know-How-RL sind Informationen, die die folgenden Kriterien erfüllen:

- Sie sind geheim. Sie sind weder in ihrer Gesamtheit noch in ihrer Anordnung und Zusammensetzung der Bestandteile den Personen in Kreisen, die üblicherweise mit dieser Art von Informationen umgehen, allgemein bekannt oder ohne weiteres zugänglich.¹⁷⁶
- Sie sind von kommerziellem Wert. Dementsprechend sind belanglose Informationen nicht erfasst. Ebenso reicht ein bloß ideeller Wert nicht aus. Erfasst sind lediglich geschäftsrelevante Informationen, an denen unmittelbar oder mittelbar ein kommerzielles Interesse besteht. Eine bestimmte Mindestschwelle muss aber nicht erreicht werden. Es muss jedoch die Wettbewerbsposition des berechtigten Inhabers gerade durch die unbefugte Verwendung der technischen Geheimnisse bedroht werden.¹⁷⁷

¹⁷⁵ Wiebe, 2018, S 419

¹⁷⁶ Ummenberger-Zierler, 2017, S 365f; Art 2 Z 1 Know-How-RL

¹⁷⁷ Thiele in Wiebe/Kodek, UWG², Wien 2022, § 26b mwN

- Sie sind Gegenstand von angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen durch die Person, die die rechtmäßige Kontrolle über die Information besitzt.¹⁷⁸ Unter solchen können zum Beispiel die Klassifizierung von Informationen nach dem Grad ihrer Geheimhaltungsbedürftigkeit, Zugangs- und Zugriffskontrollen sowie die Vereinbarung von Verschwiegenheitsklauseln fallen. Die in der Know-How-RL betonte Angemessenheit der Geheimhaltungsmaßnahmen führt dazu, dass die jeweilige ergriffene Schutzmaßnahme je nach Einzelfall zu beurteilen ist. Die Beurteilung wird je nach Art und Größe des Unternehmens unterschiedlich sein. Je kleiner das Unternehmen desto geringer wird der Aufwand sein.¹⁷⁹

Als Geschäftsgeheimnis iSd Know-How-RL kommen daher grundsätzlich jegliches Know-How, Geschäftsinformation, technologische und kaufmännische Informationen in Frage. So zählen daher etwa Produktionsverfahren, Informationen über die Zusammensetzung von Produkten, Konstruktionszeichnungen, Kundenlisten, Testdaten, Computerprogramme oder auch Entwicklungsunterlagen als Geschäftsgeheimnisse, dies natürlich nur, sofern die übrigen Voraussetzungen ebenso erfüllt sind.¹⁸⁰

2. Der Schutz von Whistleblowern

Neben der Definition und Regelungen, wann der Erwerb von Geschäftsgeheimnissen rechtmäßig ist¹⁸¹, bestimmt Art 4 Know-How-RL, wann der Erwerb, die Nutzung oder die Offenlegung rechtswidrig sind.

¹⁷⁸ *Ummenberger-Zierler*, 2017, S 365f; Art 2 Z 1 Know-How-RL

¹⁷⁹ *Thiele in Wiebe/Kodek*, 2022, § 26b mwN

¹⁸⁰ *Wiebe*, 2018, S 420f mwN

¹⁸¹ Art 3 Know-How-RL

Demnach ist der Erwerb (ohne Zustimmung des Inhabers des Geschäftsgeheimnisses) rechtswidrig, wenn er erfolgt durch

- Unbefugten Zugang zu, unbefugte Aneignung oder unbefugtes Kopieren von Dokumenten, Gegenständen, Dateien etc, die der rechtmäßigen Kontrolle des Inhabers unterliegen und die das Geschäftsgeheimnis enthalten bzw aus denen sich das Geschäftsgeheimnis ableiten lässt;
- Jedes sonstige Verhalten, das unter den jeweiligen Umständen als mit einer seriösen Geschäftspraxis nicht vereinbar gilt.¹⁸²

Aufbauend auf dem rechtswidrigen Erwerb gilt die Nutzung oder Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses als rechtswidrig, wenn sie ohne Zustimmung des Inhabers durch eine Person erfolgt, auf die eine der folgenden Bedingungen zutrifft.

- Sie hat das Geschäftsgeheimnis in rechtswidriger Weise erworben;
- Sie verstößt gegen eine Vertraulichkeitsvereinbarung bzw. eine anderweitige Verpflichtung, das Geschäftsgeheimnis nicht offenzulegen;
- Sie verstößt gegen eine vertragliche bzw. sonstige Verpflichtung hinsichtlich der Beschränkung der Nutzung des Geschäftsgeheimnisses.¹⁸³

¹⁸² Ummenberger-Zierler, 2017, S 365ff; Art 4 Abs 2 Know-How-RL

¹⁸³ Ummenberger-Zierler, 2017, S 367f; Art 4 Abs 3 Know-How-RL

In all diesen Fällen haben die Mitgliedstaaten Rechtsbehelfe vorzusehen, die erforderlich sind, um einen zivilrechtlichen Schutz vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen zu gewährleisten.¹⁸⁴ Hierzu zählen ein verschuldensunabhängiger Anspruch auf Unterlassung (der sich auch auf die rechtsverletzenden Produkte beziehen kann)¹⁸⁵ und auf Beseitigung (der auch den Rückruf rechtsverletzender Produkte umfassen kann)¹⁸⁶ sowie im Verschuldensfall auf Schadenersatz inklusive der Herausgabe des entgangenen Gewinns.¹⁸⁷ Daneben können auch einstweilige Verfügungen beantragt werden.¹⁸⁸ Auch ist die Veröffentlichung des Urteils möglich.¹⁸⁹

Die Frage, wann eine Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen zulässig ist, stellt sich insbesondere in Fällen, in denen es um die Aufdeckung illegaler oder zumindest moralisch verpönter Verhaltensweisen, sohin um Whistleblowing geht.

Die Know-How-RL enthält jedoch in Art 5 Fälle, in denen die soeben erwähnten Schutzmaßnahmen nicht zur Anwendung kommen sollen. Hierzu zählt auch der Ausnahmetatbestand zugunsten von Whistleblowern.¹⁹⁰

So sieht die Know-How-RL vor, dass die in dieser vorgesehenen Schutzmaßnahmen nicht zur Anwendung kommen, wenn der Erwerb, die Nutzung oder die Offenlegung des Geschäftsgeheimnisses erfolgt ist, um ein berufliches oder sonstiges Fehlverhalten oder eine illegale Tätigkeit aufzudecken, sofern der Whistleblower in der

¹⁸⁴ Art 6 Know-How-RL

¹⁸⁵ Art 12 Know-How-RL

¹⁸⁶ Art 12 Know-How-RL

¹⁸⁷ Art 14 Know-How-RL

¹⁸⁸ Wiebe, 2018, S 436 mwN

¹⁸⁹ Art 15 Know-How-RL

¹⁹⁰ Wiebe, 2018, S 431 mwN

Absicht gehandelt hat, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen.¹⁹¹

Besonders hervorzuheben ist das geforderte Tatbestandsmerkmal der Absicht. Im Unterschied zur Whistleblowing-RL ist daher das konkrete Motiv für die Frage des Schutzes des Whistleblowers entscheidend. Dem Whistleblower muss es daher gerade darauf ankommen, das öffentliche Interesse zu schützen. Der Tatplan des Whistleblowers muss daher darauf gerichtet sein, auf einen Missstand hinzuweisen, damit eine gesellschaftliche Änderung bewirkt wird. Die Nutzung des Geschäftsgeheimnisses als Druckmittel oder eine Offenbarung des Geschäftsgeheimnisses aus persönlicher Rache ist daher nicht von der Rechtmäßigkeitsausnahme erfasst.¹⁹²

Aus dem Wortlaut der Rechtmäßigkeitsausnahme zugunsten von Whistleblowern geht auf den ersten Blick nicht eindeutig hervor, ob tatsächlich ein Fehlverhalten oder eine illegale Tätigkeit gegeben sein muss, oder ob bereits die Gutgläubigkeit des Whistleblowers auf das Bestehen eines dieser Umstände ausreicht („[...] zur Aufdeckung eines beruflichen oder sonstigen Fehlverhaltens oder einer illegalen Tätigkeit [...]“). Erwägungsgrund 20 der Know-How-RL weist aber darauf hin, dass Gerichte nicht daran gehindert werden sollen, die vorgesehenen Schutzmaßnahmen der Inhaber des Geschäftsgeheimnisse unangewendet zu lassen, wenn der Whistleblower allen Grund hatte, in gutem Glauben davon auszugehen, dass sein Verhalten den vorgesehenen Voraussetzungen der Rechtmäßigkeitsausnahme entspricht. Der Ausnahmetatbestand zugunsten von

¹⁹¹ Art 5 lit b Know-How-RL

¹⁹² Thiele in Wiebe/Kodek, 2022, § 26d mwN

Whistleblowern ist daher so auszulegen, dass davon auch Fälle erfasst sind, in denen der Whistleblower gutgläubig ein Fehlverhalten vermutete, es aber letztlich nicht vorlag.¹⁹³

3. Verhältnis zur Whistleblowing-RL

Die Know-How-RL und die Whistleblowing-RL sollen als einander ergänzend betrachtet werden.¹⁹⁴ Die beiden Rechtsakte sollen daher nebeneinander gelten. Die Verflechtung dieser beiden Rechtsakte zeigt Art 27 Abs 7 Whistleblowing-RL. Dieser bestimmt, dass eine im Sinne der Whistleblowing-RL erstattete Meldung durch die auch ein Geschäftsgeheimnis offengelegt wird, als rechtmäßig im Sinne des Art 3 Abs 2 Know-How-RL gilt. Diesfalls kommt der Schutztatbestand zugunsten von Whistleblowern der Know-How-RL erst gar nicht zur Anwendung. Des Weiteren regelt Art 27 Abs 7 Whistleblowing-RL, dass ein durch diesen Rechtsakt geschützter Whistleblower in einem etwaigen Verfahren über die Verletzung von Geschäftsheimnissen die Klagsabweisung begehren kann. Als weitere Ergänzung der beiden Rechtsakte ist schließlich darauf zu verweisen, dass Art 16 Abs 4 Whistleblowing-RL vorsieht, dass die Mitgliedstaaten sicherzustellen haben, dass die zur Entgegennahme der Meldungen zuständigen Behörden Geschäftsgeheimnisse nur insoweit verwenden und offenlegen, als dies für die Verfolgung des allfälligen Verstoßes erforderlich ist.¹⁹⁵

¹⁹³ Löffler, 2020, S 43 mwN

¹⁹⁴ Erwägungsgrund 98 Whistleblowing-RL

¹⁹⁵ Löffler, 2020, S 81f mwN

V. Marktmissbrauchs-VO

1. Allgemeines

Ein erster umfassender Rahmen zur Bekämpfung von Marktmissbrauch auf europäischer Ebene wurde bereits durch die Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28.1.2003 über Insider-Geschäfte und Marktmanipulation (Marktmissbrauch) („MM-RL“) geschaffen. Aufgrund der Finanzkrise und der damit verbundenen Schwächung der Finanzmärkte und des Vertrauens der Anleger in diese kam die Kommission zur Ansicht, dass die bestehenden Regelungen MM-RL keinen umfassenden Schutz vor Marktmissbrauch bieten würde. So wurden etwa Lücken hinsichtlich neuer Märkte und Plattformen sowie in Bezug auf Waren und Warenderivatemarkte festgestellt. Die damit verbundenen Durchsetzungsbefugnisse der Regulierungsbehörden ermöglichten Aufsichtsarbitrage und erschwerten die grenzüberschreitende Zusammenarbeit. In Folge dessen wurde von der Kommission ein Vorschlag zur inhaltlichen Überarbeitung der MM-RL vorgelegt, der deren Lücken schließen sollte.¹⁹⁶

Auf Grundlage dieses Vorschlags der Kommission trat schließlich die Verordnung 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über Marktmissbrauch (Marktmissbrauchsverordnung) und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinien 2003/124/EG, 2003/125/EG und 2004/72/EG („Marktmissbrauchs-VO“) in Kraft. Ziel der Marktmissbrauchs-VO ist die Schaffung eines unionsweiten Rechtsrahmens für die Bekämpfung von marktmissbräuchlichen Ver-

¹⁹⁶ Guggenberger in Kalss/Oppitz/U. Torggler/Winner, BörseG/MAR, Wien 2019, MAR, Art. 1 Rz 7-9

haltensweisen. Hierdurch soll sowohl die Integrität der Finanzmärkte als auch ein angemessener Schutz für Anleger sichergestellt werden. Um diesen Zweck zu erreichen verbietet die Marktmissbrauchs-VO Insidergeschäfte, die unrechtmäßige Weitergabe von Insiderinformationen und Marktmanipulation.¹⁹⁷ Umgesetzt wurde die Marktmissbrauchs-VO in Österreich im BörseG 1989, das inzwischen durch das BörseG 2018 ersetzt wurde.¹⁹⁸

Auf Basis des ihr in Art 32 Abs 5 eingeräumten Rechts, Durchführungsakte für die Konkretisierung der in der Marktmissbrauchs-VO vorgesehenen Schutzmaßnahmen zu erlassen, erließ die Kommission am 17.12.2015 die Durchführungsrichtlinie 2015/2392 hinsichtlich der Meldung tatsächlicher oder möglicher Verstöße gegen Marktmissbrauchsverordnung („Durchführungs-RL“). Diese ergänzte die in der Marktmissbrauchs-VO vorgesehen Schutzbestimmungen zugunsten von Whistleblowern. Die Durchführungs-RL wurde in Österreich durch § 48i BörseG umgesetzt, der inzwischen durch § 160 BörseG 2018 ersetzt wurde.¹⁹⁹

2. Schutz von Whistleblowern

Wie bereits erwähnt zielt die Marktmissbrauchs-VO vor allem auf die Verhinderung als auch Sanktionierung von marktmissbräuchlichem Verhalten ab. Damit Behörden ein solches Verhalten nicht nur sanktionieren, sondern in erster Linie überhaupt erst aufklären können, ist ein Mechanismus notwendig, der es Informanten ermöglicht, den Behörden entsprechende Verdachtsmeldungen mitteilen zu können.

¹⁹⁷ *Petsche*, 2021, Art 3, S 85

¹⁹⁸ *Löffler*, 2020, S 36 mwN

¹⁹⁹ *Rohregger/Pechhacker* in *Kalss/Oppitz/U. Torggler/Winner*, 2019, Art. 32, Rz 12-14

Auch nach Ansicht der Marktmissbrauchs-VO kommt daher den Whistleblowern eine entscheidende Rolle zu.²⁰⁰

Um Whistleblowern die entsprechenden Möglichkeiten zur Erstattung von Verdachtsmeldungen zu ermöglichen, verpflichtet die Marktmissbrauchs-VO die Mitgliedstaaten dazu, dass die zuständigen nationalen Behörden Maßnahmen ergreifen, welche die Meldung von Verstößen ermöglicht. Dies umfasst insbesondere die Einrichtung von sicheren Meldekanälen zur Entgegennahme entsprechender Meldungen. Dabei ist die vertrauliche Behandlung der personenbezogenen Daten des Whistleblowers und der verdächtigen Person zu gewährleisten.²⁰¹ Gleich wie bei der Whistleblowing-RL haben die zuständigen Behörden auf ihrer Website anzugeben, wie die Meldung vorgenommen werden kann. Die Meldung muss zumindest in elektronischer Form, Papierform, Telefon und mittels persönlichen Treffens erstattet werden können.²⁰² In Österreich nimmt FMA derartige Anzeigen entgegen. Daneben haben die Mitgliedstaaten dafür sorgen, dass in Finanzdienstleistungsunternehmen ebenfalls Hinweisgebersysteme eingerichtet werden.²⁰³

Whistleblower die Verstöße gegen die Marktmissbrauchs-VO melden, sind in angemessener Weise vor Repressalien und Diskriminierungen zu schützen. Der zu gewährleistende Schutz soll insbesondere vor Vergeltung, Diskriminierung und/oder Benachteiligung wegen dem erfolgten Whistleblowing schützen. Hierzu zählen ebenso die Entlassung, Versetzung, Streichung von Lohn oder die Streichung von Beförderungen.²⁰⁴ Voraussetzung dafür ist, dass der Whistleblower auf

²⁰⁰ Rohregger/Pechhacker in Kalss/Oppitz/U. Torggler/Winner, 2019, Art. 32, Rz 1-3

²⁰¹ Löffler, 2020, S 36 mwN; Art 32 Abs 2 lit a und lit c Marktmissbrauchs-VO

²⁰² Rohregger/Pechhacker 2019, Art. 32, Rz 4 – 8

²⁰³ Petsche, 2021, Art 3, S 85

²⁰⁴ Rohregger/Pechhacker in Kalss/Oppitz/U. Torggler/Winner, 2019, Art. 32, Rz 4 – 8

der Grundlage eines Arbeitsvertrags erwerbsmäßig tätig ist.²⁰⁵ Der persönliche Anwendungsbereich der Marktmissbrauchs-VO ist daher deutlich enger gefasst als jener der Whistleblowing-RL. Aufgrund des Tatbestandsmerkmal des Arbeitsvertrags sind daher etwa freie Dienstnehmer, was beispielsweise in der Regel bei Vorstandmitgliedern einer Aktiengesellschaft der Fall ist, vom Schutzbereich ausgenommen.²⁰⁶

Eine Besonderheit stellt das finanzielle Belohnungssystem der Marktmissbrauchs-VO dar. Den Mitgliedstaaten wird nämlich die Möglichkeit eingeräumt, finanzielle Belohnungen für Whistleblower vorzusehen. Hintergrund dieses Umstands war, dass die Kommission der Meinung war, dass erst bei Bestehen von Belohnungen Whistleblower dazu angehalten werden, Meldungen zu erstatten.²⁰⁷ Der weitere Vorteil des Belohnungssystems besteht darin, dass die Erstattung einer Meldung oft mit finanziellen Risiken seitens des Risikos verbunden ist (z.B: Jobverlust). Durch eine Belohnung kann dieser Nachteil zumindest etwas abgefangen werden. Außerdem zeigt das Belohnungssystem eine Wertschätzung des Staates gegenüber den für Whistleblower.²⁰⁸ Das Anbieten finanzieller Anreize bringt jedoch auch Gefahren mit sich. So kann es etwa aufgrund der Verlockung des Erlangens der Belohnung dazu kommen, dass die Anzahl nutzloser Anzeigen und damit einhergehenden der Mehraufwand seitens der zuständigen Behörden steigt.²⁰⁹

Damit der Whistleblower die Belohnung tatsächlich erhält, muss er jedoch gewisse Voraussetzungen erfüllen. Einerseits muss die Information neu sein und es muss letztlich auch tatsächlich zur

²⁰⁵ Art 32 Abs 2 lit b Marktmissbrauchs-VO

²⁰⁶ Löffler, 2020, S 37 mwN

²⁰⁷ Rohregger/Pechhacker in Kalss/Oppitz/U. Torggler/Winner, 2019, Art. 32, Rz 10-11

²⁰⁸ Löffler, 2020, S 37f mwN

²⁰⁹ Rohregger/Pechhacker in Kalss/Oppitz/U. Torggler/Winner, 2019, Art. 32, Rz 10-11

Verhängung einer Sanktion oder verwaltungsrechtlichen Maßnahme kommen.²¹⁰ Hinsichtlich der Höhe der Belohnung gibt die Marktmissbrauchs-VO jedoch keine Vorgaben. Diese kann somit von den Mitgliedstaaten frei bestimmt werden.²¹¹

Im Unterschied zur Marktmissbrauchs-VO ist in der Whistleblowing-RL kein solches Belohnungssystem vorgesehen.

3. Verhältnis zur Whistleblowing-RL

Die Regelungen der Marktmissbrauchs-VO inklusive der Durchführungs-RL gehen den Bestimmungen der Whistleblowing-RL vor. Die Bestimmungen der Whistleblowing-RL kommen sohin nur zur Anwendung, wenn der allfällige Aspekt nicht bereits durch die Marktmissbrauchs-VO geregelt wird.²¹² Besondere Bedeutung sollte dem jedoch nicht gegeben werden. Einen umfassenden Schutz von Whistleblowern bietet die Marktmissbrauchs-VO nämlich nicht, sodass die Whistleblowing-RL im Regelfall anwendbar sein wird. Grund hierfür ist vor allem der enge persönliche Anwendungsbereich der Marktmissbrauchs-VO. Whistleblowern, die diesen daher nicht unterliegen, werden, sofern sie die entsprechenden Voraussetzungen erfüllen, durch die Whistleblowing-RL geschützt.

VI. Schlussbemerkung

Wie bereits im Rahmen der obigen Ausführungen dargestellt, war der bisherige Schutz von Whistleblowern in der Europäischen Union

²¹⁰ Rohregger/Pechhacker in Kalss/Oppitz/U. Torggler/Winner, 2019, Art. 32, Rz 10-11; Art 32 Abs 3 Know-How-RL

²¹¹ Löffler, 2020, S 37f mwN

²¹² Löffler, 2020, S 81

nicht besonders stark ausgeprägt. Dies war doch etwas verwunderlich, da eine Vielzahl von Akteuren auf europarechtlicher Ebene (insbesondere die Parlamentarische Versammlung) seit einiger Zeit die Stärkung von Rechten von Whistleblowern forderte.

Während insbesondere die Know-How-RL und die Marktmissbrauchs-VO inklusive ihrer Durchführungs-RL einen gewissen Schutz für Whistleblower geboten haben, führt letztlich erst die Whistleblowing-RL selbst dazu, dass Whistleblowern ein Mindestschutzniveau zukommt. Auch wenn die Whistleblowing-RL in der ein oder anderen Stelle noch verbesserungswürdig ist (z.B: der sachliche Anwendungsbereich) stellt sie eine gute Grundlage für die Rechte der Whistleblower dar. Wünschenswert wäre, dass dies auch dazu führt, den Stellenwert von Whistleblowern in der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten in der Gesellschaft zu verstärken.

Ob und inwieweit es aber zu einer Stärkung der Rechte von Whistleblowern kommt, liegt letztlich an den Mitgliedstaaten und deren Umsetzung der Whistleblowing-RL. Aufgrund der noch nicht langen Geltung der Whistleblower-RL fehlt es hier noch an Erfahrungsberichten, um die Wirkungen abschließend beurteilen zu können. Dies gilt vor allem für Österreich. Der österreichische Gesetzgeber hat es bislang nicht einmal geschafft, die Whistleblowing-RL umzusetzen. Zum Zeitpunkt der Erstellung dieser Arbeit war das österreichische HSchG noch im Entwurf. Wie sehr sich daher die Position von Whistleblowing speziell in Österreich verbessern wird, wird erst die Zeit zeigen.

VII. Literaturverzeichnis

1. Handbücher, Kommentare, Zeitschriften, Beiträge

Aigner, Elisabeth, Whistleblowing in Österreich, Wien 2011

Anderl, Axel, Ciarnau, Alexandra, Langersehnt und endlich da: Der Entwurf des Hinweisgeberschutzgesetzes

Brückner, Katharina, Hohenauer, Eric Der Entwurf des HinweisgeberInnenschutzgesetzes aus Konzernsicht, ecolex 2022/513

Chiu Randy K., Ethical Judgment and Whistleblowing Intention: Examining the Moderating Role of Locus of Control, Journal of Business Ethics 2003

Farag, Johannes, Whistleblowing & Internal Investigations, Graz 2021

Forst, Gerrit, Whistleblowing im internationalen Vergleich – Was kann Deutschland von seinen Nachbarn lernen?, EuZA 2013

GRECO, Seventh General Activity Report of GRECO (2006), GRECO (2007), 1E final vom 21.3.2007

Hofmarcher Dominik, Das Geschäftsgeheimnis- Der neue Schutz von vertraulichen Know-How und vertraulichen Geschäftsinformationen, Wien 2020

Jubb Peter B., Whistleblowing: A restrictive Definition and Interpretation, Journal of Business Ethics 1999

Kalss Susanne, Oppitz, Martin, Torggler, Ulrich, Winner, Martin, BörseG/MAR, Wien 2019

Löffler David, Der Schutz von Whistleblowern in der Europäischen Union, Wien 2020

Near Janet P./Miceli Marcia P., Organizational Dissence: The Case of Whistle-Blowing, Journal of Business Ethics 1985

Peschek, Ralf, Schwamberger, Anna, HinweisgeberInnenschutzgesetz und Mitbestimmung, ecolex 2022/512

Petsche Alexander, Whistleblowing & Internal Investigations- Praxiskommentar zur Whistleblowing-Richtlinie, Wien 2021

Petsche/Mair, Handbuch Compliance³, Wien 2019

Rainer, Raphaela, Externes Whistleblowing in Organisationen, Wien 2016

Riesenhuber Karl, Europäisches Arbeitsrecht, Berlin/Boston 2021

Schiesbühl Julia, Wess, Norbert, Der Ministerialentwurf zum HinweisgeberInnenschutzgesetz, ZWF 2022
Tercero, Mirjam, Whistleblowing - Lexis Briefings Wirtschaftsrecht, Wien 2022

Ummenberger-Zierler, Erika, Schutz von betrieblichem Know How in Europa - die EU-Harmonisierungsrichtlinie im Vergleich zur Rechtslage in den USA, Jahrbuch Geistiges Eigentum 2017

Wiebe, Andreas, Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht⁴, Wien 2018

Wiebe/Kodek, UWG2, Wien 2022

2. Gesetze, Erläuterungen, Entwürfe

Durchführungsrichtlinie 2015/2392 hinsichtlich der Meldung tatsächlicher oder möglicher Verstöße gegen Marktmissbrauchsverordnung

Entwurf des Bundesgesetzes, mit dem ein Bundesgesetz über das Verfahren und den Schutz bei Hinweisen auf Rechtsverletzungen in bestimmten Rechtsbereichen (HinweisgeberInnenschutzgesetz – HSchG) erlassen wird und das BeamtenDienstrechtsgesetz 1979, das Vertragsbedienstetengesetz 1948, das Richter- und Staatsanwaltsdienstgesetz, das Landeslehrer-Dienstrechtsgesetz, das Land- und forstwirtschaftliche Landeslehrpersonen-Dienstrechtsgesetz, das Landesvertragslehrpersonengesetz 1966, das Land- und forstwirtschaftliche Landesvertragslehrpersonengesetz und das Rechtspraktikantengesetz geändert werden

Erläuterungen des Ministerialentwurfs zum Bundesgesetz, mit dem ein Bundesgesetz über das Verfahren und den Schutz bei Hinweisen auf Rechtsverletzungen in bestimmten Rechtsbereichen (HinweisgeberInnenschutzgesetz – HSchG) erlassen wird und das BeamtenDienstrechtsgesetz 1979, das Vertragsbedienstetengesetz 1948, das Richter- und Staatsanwaltsdienstgesetz, das Landeslehrer-Dienstrechtsgesetz, das Land- und forstwirtschaftliche Landeslehrpersonen-Dienstrechtsgesetz, das Landesvertragslehrpersonengesetz 1966, das Land- und forstwirtschaftliche Landesvertragslehrpersonengesetz und das Rechtspraktikantengesetz geändert werden (210/ME 27. GP)

Interinstitutionelles Dossier des Rates, 12460/19 ADD1 Rev 1, vom 1.10.2019

Interinstitutionelles Dossier des Rates, 5747/19 vom 29.1.2019
Recommendation of the Committee of Ministers to member States on the protection of whistleblowers vom 30.4.2014

Richtlinie (EU) 2019/1937 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2019 zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden

Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28.1.2003 über Insider-Geschäfte und Marktmanipulation (Marktmissbrauch)

Richtlinie 2016/943/EU des Europäischen Parlaments und des Rates über den Schutz vertraulichen Know-Hows und vertraulichen Geschäftsinformationen vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung

Verordnung 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über Marktmissbrauch (Marktmissbrauchsverordnung) und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinien 2003/124/EG, 2003/125/EG und 2004/72/EG

3. Webseiten

<https://kurier.at/politik/inland/umsetzung-der-whistleblower-richtlinie-geht-in-die-endphase/402261768>

<https://www.derstandard.at/story/2000133251126/kein-whistleblower-gesetz-eu-leitet-vertragsverletzungsverfahren-gegen-oesterreich-ein>

<https://www.derstandard.at/story/2000133251126/kein-whistleblower-gesetz-eu-leitet-vertragsverletzungsverfahren-gegen-oesterreich-ein>

<https://www.presetext.com/news/eu-richtlinie-zum-besseren-schutz-von-whistleblowern-ist-in-kraft-getreten.html>
<https://www.transparency.org/en/news/whistleblowing-in-europe>