

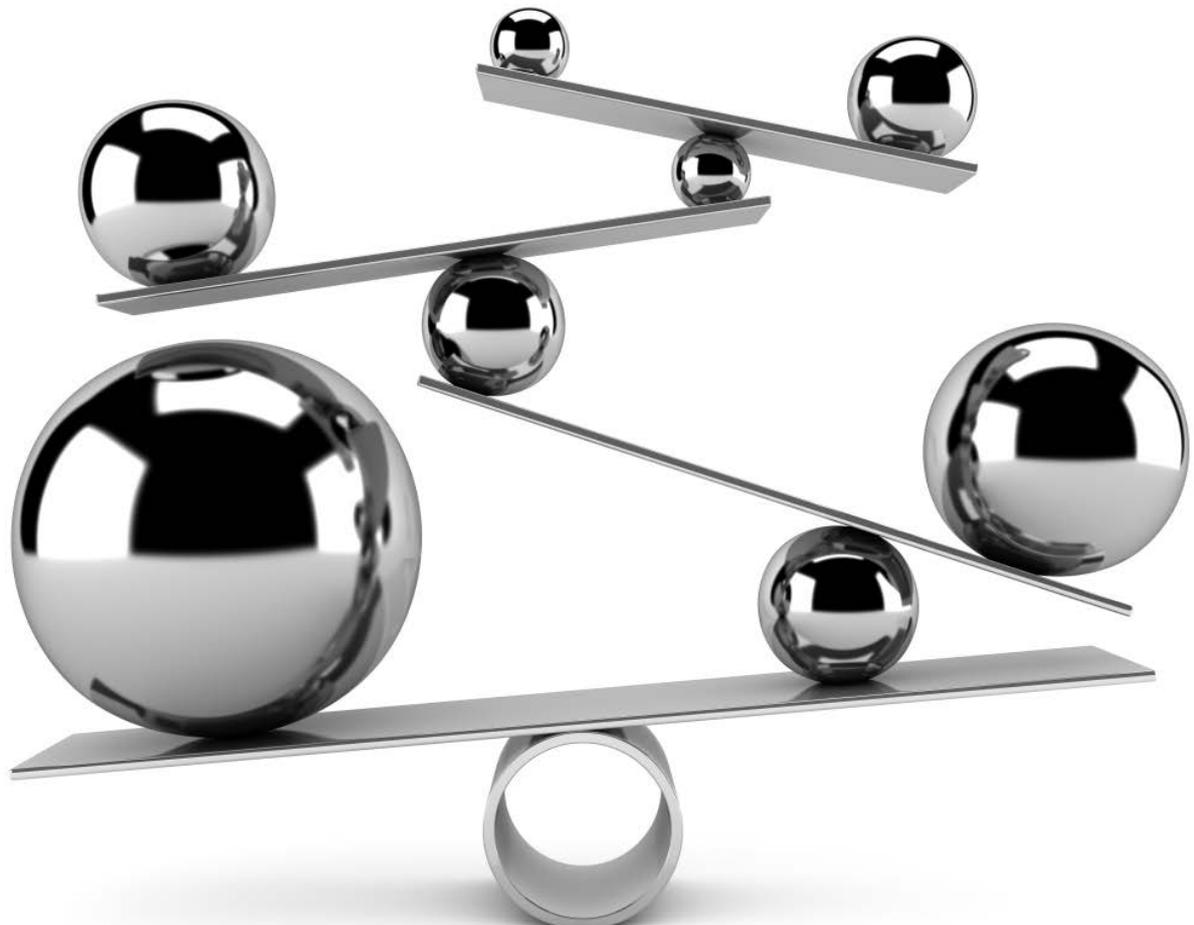
Zeitschrift für RISIKOMANAGEMENT

Praxiswissen risikobasierte Unternehmensführung

www.ZfRMdigital.de

Risikomanagement bei Startup-Unternehmen

Balance zwischen Wachstum und Absicherung



Fachbeirat:

Dr. Oliver Bungartz,
RSM Risk Consulting
Germany GmbH & Co. KG,
Leiter „Risk Advisory“

Prof. Dr. Peter Fissenewert,
Buse Heberer Fromm, Partner

Prof. Dr. Werner Gleißner,
FutureValue Group AG, Vorstand,
Technische Universität Dresden

Prof. Dr. Ute Vanini,
Fachhochschule Kiel

Andreas Wermelt,
Deloitte GmbH, Partner

Hinweisgeberschutz – Anforderungen an das Risikomanagement

INTERVIEW MIT PROF. DR. PETER FISSENEWERT



Prof. Dr. Peter Fisseneuert,
Rechtsanwalt und
Partner der Kanzlei
BUSE am Standort
Berlin

Whistleblowing gewinnt an Bedeutung. Hinweisgebern soll besonderer Schutz zukommen, damit sie rechtliche Verstöße in und von Organisationen ohne negative berufliche oder persönliche Konsequenzen melden können. Die EU-Staaten hatten deshalb Ende 2019 eine Whistleblower-Richtlinie verabschiedet. Bis Ende dieses Jahres ist diese Richtlinie auch in Deutschland in nationales Recht umzusetzen. Wie ist der aktuelle Stand? Wie lassen sich die Vorgaben am besten umsetzen? Und welche Aufgaben obliegen dabei speziell dem Risikomanagement? Darüber sprach Chefredakteur Wolfhart Fabarius mit Rechtsanwalt Prof. Dr. Peter Fisseneuert.

Hinweisgeberschutz ist in Ländern wie Frankreich und Spanien bereits gesetzlich verankert. Etwa zwei Drittel der erkannten Unregelmäßigkeiten werden durch Hinweisgeber aufgedeckt. Wo stehen wir in Deutschland im internationalen Vergleich?

Peter Fisseneuert: Andere Länder sind – was die gesetzliche Umsetzung betrifft – wesentlich weiter. In Frankreich ist ein Schutzsystem seit Anfang 2018 vorgeschrieben. Großbritannien, Italien, Schweden und die Vereinigten Staaten haben seit Jahren derartige Vorschriften. Die Bundesregierung dagegen ist beim Whistleblower-Gesetz vorerst gescheitert. Das Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz hatte Ende 2020 einen ersten Entwurf zur Abstimmung in den Ressorts vorgelegt. Ende April 2021 wurde der Gesetzentwurf gekippt. Die Umsetzungsfrist zum 17.12.2021 dürfte jetzt kaum noch zu halten sein.

Warum ist der Hinweisgeberschutz in Deutschland noch immer nicht gesetzlich geregelt?

Peter Fisseneuert: Die Gründe sind vielseitig, aus meiner Sicht ist aber keiner von ihnen wirklich nachvollziehbar. Einer der Gründe mag das Misstrauen in Deutschland gegenüber der Anonymität des Whistleblowers sein. Nach einer Studie sind fast 70 Prozent der Befragten der Ansicht, dass es wichtig sei, die Identität des Whistleblowers zu kennen. Im internatio-

nalen Durchschnitt halten es nur 50 Prozent der Befragten für wichtig, die Identität zu kennen. Es ist die altbekannte Angst vor Denunziation. Hier kann ich aber wirklich alle beruhigen: In meiner langjährigen Praxis gab es nur sehr wenige Fälle von Denunziation, die aber sehr schnell aufgeklärt wurden. Mit der mangelnden Umsetzung gehen natürlich auch die Unkenntnis und damit die Angst vor solchen Systemen einher. Viel zu wenige Unternehmen haben derzeit in Deutschland ein funktionierendes Hinweisgebersystem.

Dabei leisten Hinweisgeber doch einen wertvollen Beitrag bei der Überwachung und Kontrolle von Unternehmen.

Peter Fisseneuert: Das stimmt, doch der Umgang mit Hinweisgebern ist in Deutschland nach wie vor schwierig. Dabei sind Whistleblower eigentlich Helden. Der uns allen noch gut in Erinnerung liegende „Gammelfleisch-Skandal“ wäre eben ohne Hinweisgeber niemals oder nicht so schnell aufgedeckt worden. Ähnliches gilt für die Prokuristin, die Verstöße der damaligen DG-Bank gegen Insiderregeln publik machte – und für den Revisor, der auf gefälschte Statistiken der Arbeitsämter aufmerksam machte. Oder nehmen wir den Wirecard-Skandal: Hinweise auf Bilanzierungsmängel waren hier bereits seit 2018 bekannt. Auch die Aufdeckung des „Apotheken-Skandals“ in Bottrop mit gefälschten Krebsmitteln ist ei-

nem Hinweisgeber zu verdanken. Interessant ist in diesem Zusammenhang, dass der Hinweisgeber danach fast zwei Jahre lang vergeblich eine neue Arbeitsstelle gesucht hat.

Inwiefern übernimmt das Risikomanagement beim Hinweisgeberschutz eine zentrale Rolle.

Peter Fissenewert: Hinweisgeber sind im Unternehmen der wichtigste Faktor für die Aufdeckung von Unregelmäßigkeiten. Dadurch, dass etwa zwei Drittel der Unregelmäßigkeiten durch Hinweisgeber aufgedeckt werden, sind die Hinweisgeber erfolgreicher und damit wichtiger als das Management und die externe Prüfung und Interne Revision zusammen. Hinweisgeber sind Teil jedes funktionierenden Compliance-Management-Systems (CMS). Und es ist eine der zentralen Säulen des CMS, eben das Risikomanagement. Ein Unternehmen, das nicht diese zentralen Aufgaben eines Risikomanagements umsetzt, handelt verantwortungslos. Die finanziellen Risiken und Reputationsgefahren sind enorm. Ganz abgesehen von dem Reputationsverlust sind Fälle im Unternehmen, die eben nicht durch Hinweisgeber aufgedeckt werden oder werden können, enorm – etwa Korruption, überteuerte Beschaffungen und zu hohe Marketingkosten.

Welches sind die wesentlichen Aufgaben, die das Risikomanagement bei der Umsetzung eines Hinweisgebersystems übernimmt?

Peter Fissenewert: Die vornehmsten Aufgaben eines Risikomanagements bestehen darin, die Risiken deutlich zu erkennen, sie zu beschreiben und dann Richtlinien zu ziehen, die bei Verständnis und Beachtung diese Risiken weitestgehend reduzieren. Dafür ist ein Whistleblowing-System hervorragend geeignet. Je klarer das Bekenntnis zum Risikomanagement ist, umso klarer ist auch das Signal an die Belegschaft, eben dieses Risikotool zu nutzen. Hinweisgebersysteme sind die perfekte interne Risikokommunikation. Ein gut etabliertes und funktionierendes Hinweisgebersystem stellt einen Bestandteil der Frühwarnfunktion im Risikomanagement des Unternehmens dar. Durch die Möglichkeit der internen Aufdeckung potenzieller Pflichtverletzungen und Verstöße ist es vor allem ein wesentlicher Baustein eines wirksamen CMS.

Welche Akteure innerhalb des Risikomanagements sind besonders stark bei der Umsetzung eingebunden?

Peter Fissenewert: Am stärksten eingebunden sind neben der Ombudsperson das Management und die Compliance-Verantwortlichen. Die EU-Richtlinie selbst sieht für die Umsetzung unterschiedliche Möglichkeiten vor, etwa die Einrichtung einer telefonischen, für den Anrufer kostenlosen Hotline. Da die Meldung zu jeder Zeit möglich sein muss, ist bei einer persönlichen Hotline sicherzustellen, dass diese permanent besetzt ist und sich keine sprachlichen Barrieren ergeben. Die Ombudsperson, die den Anruf in diesem Fall entgegennimmt, ist zur Wahrheit verpflichtet und muss nach einem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts auch kein Anwalt sein. Alternativ besteht die Möglichkeit einer automatischen Voicebox, auf der die Meldung aufgenommen und für eine angemessene Dauer aufbewahrt werden kann. Daneben ist auch die Einrichtung eines IT-gestützten Hinweisgebersystems möglich. In jedem Fall muss aber dem Hinweisgeber eine persönliche physische Zusammenkunft mit einem Ansprechpartner ermöglicht sein, wenn der Hinweisgeber dies wünscht.

Welche Alternativen zu diesen internen Hinweisgeberkanälen gibt es?

Peter Fissenewert: Der Hinweisgeber hat grundsätzlich ein Wahlrecht und kann frei entscheiden, ob er interne Meldungen oder Hinweise über eine externe Meldestelle abgeben möchte. Interne Meldestellen haben somit keinen Vorrang mehr wie bisher. Sollten die Hinweise eines Hinweisgebers an die Meldestelle ohne Berücksichtigung oder ohne Rückmeldung bleiben und die betroffene Person einen hinreichenden Grund für eine Gefährdung des öffentlichen Interesses sehen, fallen Whistleblower beim Gang an die Öffentlichkeit über Presse, Medien oder Social Media ebenfalls unter den Schutz des Hinweisgeberschutzgesetzes. § 7 des Gesetzentwurfs empfiehlt ausdrücklich, Anreize zu schaffen, damit Whistleblower vorzugsweise auf interne Systeme zurückgreifen. Aus meiner persönlichen Erfahrung heraus kann ich bestätigen, dass die meisten Hinweisgeber versuchen, zunächst intern die beobachteten Missstände an-

zusprechen, bevor sie sich an Behörden, Medien oder die Öffentlichkeit wenden.

Welche konkreten rechtlichen Vorgaben an den Hinweisgeberschutz muss das Risikomanagement beachten?

Peter Fisseneuert: Unternehmen und Organisationen ab 50 Mitarbeitenden müssen sichere interne Hinweisgebersysteme einführen. Das Verfahren der Meldungsabgabe muss mündlich, schriftlich und auf Wunsch auch persönlich möglich sein. Die interne Meldestelle muss dem Hinweisgeber innerhalb von sieben Tagen den Eingang der Meldung bestätigen. Innerhalb von drei Monaten muss die Meldestelle dem Hinweisgeber rückmelden, welche Maßnahmen in der Folge ergriffen wurden, etwa die Einleitung interner Untersuchungen oder die Weitergabe der Meldung an die zuständige Behörde.

Durch ein Hinweisgebersystem lassen sich Risiken frühzeitig identifizieren und Probleme ausräumen, bevor sich daraus ernsthafte Konsequenzen für den Unternehmenserfolg ergeben. Findet ein Whistleblower intern jedoch keine geeigneten Meldekanäle vor, wird er sich möglicherweise direkt an die Öffentlichkeit wenden. Wie sollten die Meldekanäle beschaffen sein, um dieses Risiko zu vermeiden?

Peter Fisseneuert: Öffentliche Meldungen sind selbstverständlich auch möglich, wobei das öffentliche Melden sicherlich eine Eskalationsstufe darstellt. Durch die Multiplikationsfaktoren der Medien und dem gleichzeitigen Interesse der Öffentlichkeit ist sie wohl die prominenteste Stufe und das, obwohl oder weil sie in einer idealen Welt gar nicht zur Anwendung kommen sollte. Zum Schutz des Unternehmens behandelt die Richtlinie diesen Weg als „last resort“, der laut Definition nur in folgenden Fällen zur Anwendung kommen soll:

- Der Hinweisgeber hat sich bereits dem internen oder einem externen Kanal bedient, aber nicht innerhalb der vorgeschriebenen Zeit Rückmeldung erhalten.
- Der zu meldende Vorgang bedeutet eine signifikante Gefahr mit irreversiblen Folgen für die Öffentlichkeit.

- Der Hinweisgeber hat Grund zur Annahme, dass die Meldung nicht effektiv bearbeitet wird oder er in Folge der Meldung Vergeltungsmaßnahmen zu befürchten hat.

Findet nun also ein Hinweisgeber funktionierende Systeme vor und werden seine Hinweise innerhalb der Fristen bearbeitet, gibt es überhaupt keinen Grund für den Hinweisgeber, sich ohne Konsequenzen an die Öffentlichkeit zu wenden. Schwierig wird es allerdings dann, wenn eben die internen und externen Möglichkeiten nicht oder nicht richtig gegeben sind und der Hinweisgeber quasi gezwungen wird, sich an die Öffentlichkeit zu wenden. Im Grunde genommen ist die korrekte Implementierung der Hinweisgebersysteme neben den sonstigen Compliance-Maßnahmen der perfekte Schutzschild für ein Unternehmen.

Beschäftigte eines Unternehmens sehen in klaren Regelungen zum Whistleblowing zwar einen Vertrauensvorsprung. Doch welche Auswirkungen ergeben sich für Angestellte aus Verschwiegenheitsklauseln in Arbeitsverträgen? Wie gravierend und weitreichend müssten Verstöße sein, um unter den Whistleblowing-Schutz zu fallen?

Peter Fisseneuert: Bislang wurde der Hinweisgeberschutz über die Rechtsprechung gewährleistet, da es keine gesetzliche Regelung gab. Hinweisgeber, die Skandale aufdecken wollten, aber in ihrem Unternehmen kein Gehör fanden oder sogar bedroht wurden und sich daraufhin in ihrer Not an die Öffentlichkeit gewandt haben, verloren bislang in Deutschland häufig ihren Job, weil sie eben gegen betriebliche Interna oder arbeitsvertragliche Verschwiegenheits- und Loyalitätspflichten verstoßen haben. Stets musste eine Abwägung zwischen Arbeitnehmer- und Arbeitgeberinteressen erfolgen. Auch nach der neuen Richtlinie ist eine Veröffentlichung der Informationen nur dann geschützt, wenn der „Verstoß eine unmittelbare oder offenkundige Gefährdung des öffentlichen Interesses darstellen kann“ oder Repressalien bei der Meldung an öffentliche Meldestellen zu befürchten sind. Eine Veröffentlichung ist zudem geschützt, wenn die unterrichtete, externe Stelle den Hinweisgeber nicht nach spätestens drei Monaten über die Einleitung geeigneter Folgemaßnahmen unterrichtet hat.

Wie ist der Hinweisgeberschutz in diesem speziellen Fall konkret ausgestaltet? Und worauf ist dabei im Risikomanagement zu achten?

Peter Fissenewert: Die Identität des Hinweisgebers wird nur der Person bekannt, die die Meldung annimmt, und darf auch nur an Strafverfolgungsbehörden aufgrund behördlicher oder gerichtlicher Entscheidung oder bei Einwilligung des Hinweisgebers weitergegeben werden. Zudem dürfen Hinweisgeber, sofern sie doch bekannt werden, nicht beruflich benachteiligt werden. Hier wird die Beweislast umgekehrt: Erfolgt nach einer Meldung oder Offenlegung eine Benachteiligung, muss der Arbeitgeber nachweisen, dass diese Benachteiligung nicht auf der Meldung oder Offenlegung beruht, sondern hinreichend gerechtfertigt ist. Ansonsten ist er zur Zahlung von Schadensersatz verpflichtet. Hinweisgeber sind geschützt, wenn sie über „begründete Verdachtsmomente“ informieren. Sind die Hinweise dagegen grob fahrlässig oder vorsätzlich falsch, muss der Hinweisgeber entstandene Schäden ersetzen. Art. 16 der EU-Hinweisgeberrichtlinie gewährleistet umfassende Vertraulichkeit hinsichtlich der Identität des Hinweisgebers und lässt Ausnahmen nur in Einzelfällen zu. Dem gegenüber dürfen Unternehmen gemäß Art. 14 DSGVO personenbezogene Daten nicht erheben, ohne die Betroffenen über die Datenverarbeitung und deren Umfang in Kenntnis zu setzen. Das bedeutet, dass Unternehmen dazu verpflichtet sind, Beschuldigte über den Eingang einer Whistleblowing-Meldung gegen sie zu informieren. Bei einer strikten Auslegung der DSGVO erfährt also der Beschuldigte auch den Namen des Hinweisgebers, sodass die Vertraulichkeit einer Whistleblowing-Meldung praktisch verlorengeht.

Die EU-Whistleblower-Richtlinie steht also im Spannungsfeld der DSGVO. Beschäftigte, die in einer Meldung genannt oder gar beschuldigt werden, haben einerseits gemäß DSGVO das Recht auf Information über die Zwecke der Datenverarbeitung und den Anspruch auf Auskunft über den die Person betreffenden Inhalt der Meldung. Andererseits darf die

Identität des Whistleblowers gemäß Whistleblower-Richtlinie nicht offengelegt werden. Wie lässt sich dieses Problem lösen?

Peter Fissenewert: In der Tat steht dem Schutz des Hinweisgebers vordergründig das Betroffenenrecht der DSGVO entgegen. Da in vermutlich sämtlichen Hinweisen wegen eines Fehlverhaltens eines Beschuldigten ein Personenbezug vorhanden sein wird, kommt der Datenschutz des Betroffenen ins Spiel. Diese Person ist nach Art. 14 DSGVO über sämtliche Umstände der Datenverarbeitung zu unterrichten. Außerdem existiert ein Auskunftsanspruch nach Art. 15 DSGVO hinsichtlich der verarbeiteten Daten. Auch diesen Widerspruch hat die EU-Whistleblower-Richtlinie erkannt und das Vertraulichkeitsgebot normiert. Nach Art. 16 Abs. 1 ist die Identität des Hinweisgebers ohne dessen ausdrückliche Zustimmung keiner anderen Person als gegenüber den beauftragten Mitarbeitern offenzulegen. Das gilt auch für alle anderen Informationen, aus denen sich die Identität des Hinweisgebers ergeben kann. Nur ausnahmsweise darf nach Art. 16 Abs. 1 die Identität des Hinweisgebers genannt werden, wenn dies nach Unionsrecht oder nationalem Recht eine notwendige und verhältnismäßige Pflicht im Rahmen der Untersuchungen durch nationale Behörden oder von Gerichtsverfahren darstellt. Die Vorgaben des EU-Gesetzgebers und der bisherige Gesetzesentwurf machen es für Unternehmen einfach, wegen dieser neuen gesetzlichen Regelungen die Ausnahme § 29 Abs. 1 Satz 2 BDSG anzunehmen und einen Auskunftsanspruch hinsichtlich der Identität des Hinweisgebers zu verweigern. Dieses Problem lässt sich also rechtlich gut lösen und wurde bereits im Gesetzesentwurf des Bundesministeriums für Justiz und Verbraucherschutz Ende 2020 berücksichtigt. Es gilt dann grundsätzlich EU-Recht, sodass Hinweisgeber sich darauf berufen könnten. Hier gibt es allerdings noch einige Unwägbarkeiten – wie eben die Frage, ob nicht dann doch die DSGVO dem Beschuldigten ein umfassendes Informationsrecht gibt. Zwar ist davon auszugehen, dass die Gerichte das deutsche Recht so auslegen müssen, dass EU-Recht möglichst effektiv umgesetzt wird. Tatsächlich bleiben aber einige Unwägbarkeiten. Das ist auf Dauer nicht hinzunehmen. ■