

fonctionne dans plusieurs états et même dans certaines colonies françaises.“¹³³

In jüngerer Zeit gewinnen die Reformbestrebungen im Nachbarland jedoch erneut an Fahrt, zumal man sich der internationalen Sonderstellung eines reinen Laiengerichts dort durchaus bewusst ist.¹³⁴ Womöglich schreibt die Historie der Handelsgerichte in Frankreich und Deutschland – als Geschichte gegenseitigen Gebens und Nehmens – daher bald ein neues Kapitel: das der gemischt besetzten *tribunaux de commerce* als echte deutsch-französische Schöpfung.

¹³³ *Lyon-Caen/Renault* (Fn. 73), Rn. 330.

¹³⁴ *Marshall-Bericht* (Fn. 97), S. 42: „Il convient d’abord de souligner la singularité de la juridiction commerciale française [...]. Les autres modèles européens privilégient une justice commerciale rendue par des magistrats professionnels ou des juridictions échevinées.“; zuvor bereits *Rapport n° 1038* (Fn. 61), S. 36: „l’exception française: droit comparé“ m. w. N.



Professor Dr. Dr. h.c. Holger Fleischer

Jahrgang 1965. Studium der Rechts- und Wirtschaftswissenschaften in Köln und Ann Arbor (Michigan/USA). Promotion 1992, Dipl.-Kfm. 1993, LL.M. 1994, Habilitation 1999. Von 2000 bis 2003 Universitätsprofessor in Göttingen, von 2003 bis 2009 Universitätsprofessor in Bonn; seit 1. 4. 2009 Direktor des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg. Er ist ständiger Mitarbeiter der RIW.



Nadja Danninger

Jahrgang 1988. Studium der Rechtswissenschaft in München und Oxford. Erstes Staatsexamen 2013, zweites Staatsexamen 2015. Seit 1. 12. 2015 Doktorandin und wissenschaftliche Assistentin bei Prof. Dr. Holger Fleischer am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg.

Bénédicte Querenet-Hahn, Avocat à la Cour, und Karoline Kettenberger, LL.M. (Köln/Paris I), Rechtsanwältin/Avocat à la Cour, beide Paris

Der Schutz von Whistleblowern in Frankreich

Die gesetzliche Neuregelung durch das Gesetz „Sapin II“

Seit dem Erlass des Gesetzes „Sapin II“ vom 9. 12. 2016 sind Unternehmen in Frankreich, die mindestens 50 Arbeitnehmer beschäftigen, dazu verpflichtet, ein Whistleblowingsystem einzuführen. Arbeitgeber müssen bereits zum 1. 1. 2018 ein entsprechendes Verfahren eingerichtet haben, das die rechtlichen Anforderungen erfüllt. Eine Durchführungsverordnung vom 19. 4. 2017 stellt klar, dass jedes Unternehmen selbst bestimmen kann, welche Art von Verfahren am besten geeignet ist, um die gesetzliche Pflicht zu erfüllen, was viele Unternehmen vor große Herausforderungen stellt. Der folgende Artikel ordnet die neuen Pflichten in das aktuelle Rechtssystem ein und bietet praktische Hilfestellung.

I. Einführung

Trotz gewisser kultureller Vorbehalte ist in Frankreich der Schutz von Hinweisgebern kein Novum. Vielmehr haben insbesondere in Amerika börsennotierte französische Unternehmen längst entsprechende unternehmensinterne Whistleblowersysteme eingeführt, die entsprechend den Verpflichtungen nach dem amerikanischen Recht einen effizienten Schutz von Whistleblowern gewährleisten müssen. Auch der französische Gesetzgeber hat sukzessive einen gesetzlichen Rahmen für den Schutz von Hinweisgebern geschaffen. Allerdings beschränkten sich die gesetzlichen Vorschriften in diesem Bereich bislang auf sektoriell begrenzte Verfahren und Schutzvorschriften. U. a. war ein spezieller

Schutz von Whistleblowern seit 2007 für Hinweise von Arbeitnehmern auf Korruptionssachverhalte¹, seit 2011 für Hinweise im Bereich von Risiken im Hinblick auf die öffentliche Gesundheit und die Umwelt² und seit 2013 für Hinweise zu Interessenkonflikten im öffentlichen Dienst³ sowie zu Hinweisen auf Vergehen und Verbrechen durch Arbeitnehmer⁴ vorgesehen.

In der Praxis hat sich dieser sektorielle Schutz von Hinweisgebern als unsystematisch und unpräzise im Hinblick auf die Definition des Hinweisgebers und das für den Hinweis einzuhaltende Verfahren erwiesen. Insbesondere der strafrechtliche Schutz eines Hinweisgebers im Bereich der Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen eines Unternehmens war ungenügend. So war bislang in keinem der einzelnen Schutzbereiche klargestellt, dass der Hinweisgeber auch zur Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen berechtigt ist bzw. in strafrechtlicher Hinsicht insoweit umfassend geschützt ist. Dementsprechend riskierte der Hinweisgeber bislang bei

¹ Vgl. Art. L.1161-1 französisches Arbeitsgesetzbuch. Diese Vorschrift orientiert sich an den Vorschriften zum Benachteiligungsverbot und Schutz von Arbeitnehmern im Hinblick auf die gesetzlich festgelegten Diskriminierungsmerkmale gemäß Art. L.1152-2 und L.1153-3 französisches Arbeitsgesetzbuch. Ausführlich hierzu *Monkam*, Whistleblowing en demi-teinte, *Jurisprudence Social Lamy*, 2015, n°388-1.

² Vgl. Art. L.1351-1 französisches Gesetzbuch über die öffentliche Gesundheit (Code de la santé publique).

³ Vgl. Art. 25 des Gesetzes zur Transparenz im öffentlichen Dienst (loi n°2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique).

⁴ Vgl. Art. L.1132-3-3 französisches Arbeitsgesetzbuch.

einem entsprechenden Hinweis regelmäßig eine Strafbarkeit gemäß Art. 226-13 französisches Strafgesetzbuch wegen Verletzung eines Berufsgeheimnisses.⁵

Hinzu kommt, dass nach einer von Transparency International Frankreich durchgeführten Umfrage 39% der Arbeitnehmer aus Angst vor Repressionen festgestellte Ungeheimheiten verschweigen.⁶ Ein vergleichbarer Befund ergab sich aus einer vom französischen Staatsgerichtshof (*Conseil d'Etat*) durchgeführten Studie, wonach die in den 40 führenden, an der Pariser Börse notierten französischen Aktiengesellschaften (CAC 40) seit mehreren Jahren eingeführten Whistleblowersysteme pro Jahr lediglich fünf bis zehn Hinweise durch Arbeitnehmer verzeichnen.⁷ Tatsächlich geht man davon aus, dass es jährlich zu einem bis zu drei Hinweisen pro 1000 Arbeitnehmer kommt.

Die Unzulänglichkeit der französischen Gesetze zum Schutz von Hinweisgebern trat nicht zuletzt im Zusammenhang mit den aktuellen Enthüllungsskandalen, Lux-Leaks und Panamapapers, zu Tage. Insbesondere die Anklage von *Antoine Deltour* in Luxemburg warf in Frankreich die Frage auf, ob die französischen Gesetze einen effizienten Schutz dieses Hinweisgebers ermöglicht hätten.

U. a. in diesem Zusammenhang machte es sich der französische Gesetzgeber im Rahmen des Gesetzes *Loi Sapin II*⁸ entsprechend den Empfehlungen des *Conseil d'Etat*⁹ zur Aufgabe, eine allgemeingültige Definition des Hinweisgebers einzuführen sowie einen gesetzlichen Rahmen für dessen effizienten Schutz zu schaffen. In der Folge fand sich der französische Gesetzgeber mit der Herausforderung konfrontiert, eine ausgewogene Lösung im Hinblick auf das Schutzbedürfnis des Hinweisgebers und den Schutz des betroffenen Unternehmens sowie der betroffenen Person vor unbegründeten Verleumdungen zu finden.

II. Überblick über den Inhalt der Neuregelungen

Das Gesetz *Loi Sapin II* sieht erstmals eine allgemeine gesetzliche Definition des Whistleblowers sowie dessen umfassenden Schutz vor.

Art. 6 des Gesetzes *Sapin II*¹⁰ stellt dabei klar, dass Hinweise, die dem nationalen Verteidigungsgeheimnis, dem Arztgeheimnis oder dem Anwaltsgeheimnis unterliegen, nicht von dem Anwendungsbereich der Neuregelungen erfasst werden. Folglich ist ein Informant, der Tatsachen aus diesen Bereichen mitteilt oder offenlegt, kein Whistleblower im Sinne des Gesetzes und kann sich insbesondere nicht auf den zivil- und strafrechtlichen Schutz eines Whistleblowers berufen. Gemäß Art. 6 ist ein Informant dann als Whistleblower im Sinne des Gesetzes zu qualifizieren, wenn dieser

- (1) eine natürliche Person ist;
- (2) uneigennützig (*désintéressé*) und gutgläubig (*de bonne foi*) handelt;
- (3) aufdeckt oder mitteilt
 - ein Verbrechen oder ein Vergehen,
 - eine schwerwiegende und offensichtliche Verletzung eines internationalen Abkommens, das von Frankreich ordnungsgemäß ratifiziert oder unterzeichnet wurde, einen Verstoß gegen eine einseitige Entscheidung einer internationalen Organisation, die auf Grundlage eines oben bezeichneten Abkommens, eines Gesetzes oder einer Verordnung getroffen wurde, oder

– eine schwerwiegende Bedrohung oder ein schwerwiegender Schaden für das öffentliche Interesse;

- (4) von den aufgedeckten oder mitgeteilten Umständen persönlich Kenntnis erlangt hat.¹¹

Will ein Arbeitnehmer oder ein externer und gelegentlicher Dienstleister eines Unternehmens in Art. 6 benannte Umstände aufdecken oder mitteilen, muss er hierfür das in Art. 8 festgelegte Verfahren einhalten. Demnach ist ein potentieller Whistleblower zunächst verpflichtet, die Mitteilung gegenüber seinem direkten oder indirekten Vorgesetzten, seinem Arbeitgeber oder einem von dem Arbeitgeber benannten Referenten zu machen. Nur wenn dieser in einem ersten Zug zu informierende Ansprechpartner nicht innerhalb einer angemessenen Frist hinreichend sorgfältig Schritte zur Prüfung der Begründetheit der mitgeteilten Umstände unternimmt, ist der Informant berechtigt, sich an die jeweiligen zuständigen Justiz- oder Verwaltungsbehörden oder Berufskammern zu wenden. Erfolgt durch die angerufenen Behörden oder Kammern eine Bearbeitung der Mitteilung nicht innerhalb einer Frist von drei Monaten, kann der Informant die Öffentlichkeit informieren.

Nach Art. 8 ist ein Informant nur im Fall einer schwerwiegenden und unmittelbaren Gefahr oder des Risikos irreparabler Schäden berechtigt, direkt die zuständigen Behörden anzurufen oder die Öffentlichkeit zu informieren. Zusätzlich sieht Art. 8 vor, dass ein Informant sich an den Bürgerrechts- und Gleichstellungsbeauftragten (*Défenseur des Droits*) wenden kann, um zu erfahren, an welche Stelle er seine Mitteilung zu richten hat.

Ist ein Informant als Hinweisgeber im gesetzlichen Sinn zu qualifizieren, so ist dieser nach der gesetzlichen Neuregelung sowohl in strafrechtlicher als auch in arbeitsrechtlicher Hinsicht geschützt.

Gemäß Art. 7 ist ein Whistleblower, der Umstände aufgedeckt hat, die Gegenstand einer gesetzlichen Geheimhaltungspflicht oder eines gesetzlich geschützten Geschäftsgeheimnisses sind, dann nicht strafrechtlich verantwortlich, wenn die Aufdeckung notwendig und angemessen im Hinblick auf die in Frage stehenden Interessen war und der Whistleblower das für die Aufdeckung des Verfahrens vorgesehene Verfahren eingehalten hat.

Weiterhin wird gemäß Art. 10 zukünftig in Art. L.1132-3-3 französisches Arbeitsgesetzbuch klargestellt, dass ein Arbeitnehmer, der nach der gesetzlichen Neuregelung als Whistleblower zu qualifizieren ist, aufgrund des erfolgten Hinweises weder von einem Bewerbungsverfahren, einem

5 Vgl. ausführlich hierzu *Conseil d'Etat*, Le droit d'alerte: signaler, traiter, protéger, Studie vom 25. 2. 2016, Annex 7; zu den weiteren Unzulänglichkeiten der bisherigen französischen Regelungen: *Cerf-Hollender*, Les lanceurs d'alerte: quelle protection, Recueil Dalloz 2016, 1128.

6 Die Umfrage ist unter folgendem Link abrufbar: <https://transparency-france.org/project/sondage-alerte-ethique/>.

7 *Conseil d'Etat* (Fn. 5), S. 43.

8 Loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique; kurz: Loi Sapin II.

9 *Conseil d'Etat* (Fn. 5).

10 Soweit nicht anders bezeichnet, handelt es sich bei den in Bezug genommenen Artikeln um solche des Gesetzes Sapin II.

11 Art. 6 Gesetz Sapin II: „Un lanceur d'alerte est une personne physique qui révèle ou signale, de manière désintéressée et de bonne foi, un crime ou un délit, une violation grave et manifeste d'un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, d'un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur le fondement d'un tel engagement, de la loi ou du règlement, ou une menace ou un préjudice graves pour l'intérêt général, dont elle a eu personnellement connaissance.“

Praktikum oder einer Weiterbildung ausgeschlossen noch anderweitig sanktioniert, gekündigt oder diskriminiert werden darf. Insbesondere sind Diskriminierungen in den Bereichen Vergütung, Zuteilung von Aktien oder Anteilen, Weiterbildung, Weiterbeschäftigung, Qualifizierung, Einstufung, Beförderung, Versetzung und Verlängerung des Arbeitsvertrages ausdrücklich ausgeschlossen. Darüber hinaus ist im Fall, dass ein Arbeitgeber eine entsprechende Maßnahme vornimmt und der Arbeitnehmer im Streitfall Umstände darlegt, aus denen hervorgeht, dass er als Whistleblower zu qualifizieren ist, eine Beweislastumkehr vorgesehen. Dementsprechend muss der Arbeitgeber nachweisen, dass die vorgenommene Maßnahme – beispielsweise eine Kündigung – durch andere Gründe als das Whistleblowing des Arbeitnehmers gerechtfertigt ist. Damit werden die bereits im französischen Arbeitsgesetzbuch vorgesehenen und bislang auf Diskriminierungsmerkmale wie Alter, Geschlecht, Rasse oder Religionszugehörigkeit beschränkten Benachteiligungsverbote sowie die besonderen Schutzvorschriften im Hinblick auf Mobbing, sexuelle Belästigung und Vergehen und Verbrechen allgemein auf Whistleblower ausgedehnt.

Darüber hinaus wird in Art. 12 klargestellt, dass im Fall, dass das Arbeitsverhältnis des Arbeitnehmers infolge seines Whistleblowing durch den Arbeitgeber beendet wird, der Arbeitnehmer berechtigt ist, das Arbeitsgericht nach den Vorschriften des Kapitels V des ersten Abschnittes des französischen Arbeitsgesetzbuches im einstweiligen Rechtsschutz anzurufen. Dadurch soll sichergestellt werden, dass eine zeitnahe Entscheidung über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch das Arbeitsgericht ergeht.

Weiterhin werden im Rahmen des Gesetzes *Sapin II* Handlungen, die auf die Einschränkung oder Beeinträchtigung der gesetzlichen Rechte des Whistleblowers abzielen, sanktioniert. So wird gemäß Art. 13 jeder, der ein Whistleblowing in irgendeiner Weise behindert, mit einer Geldstrafe von bis zu EUR 15 000 oder einer Gefängnisstrafe von bis zu einem Jahr bestraft. Im Fall der Erstattung einer rechtsmissbräuchlichen Anzeige gegen einen Whistleblower wegen Verleumdung (*diffamation*) kann gegen den Anzeigenersteller eine Geldstrafe von bis zu EUR 30 000 verhängt werden.

Des Weiteren verpflichtet Art. 8 u. a. juristische Personen des öffentlichen Rechts sowie des Privatrechts mit 50 und mehr Arbeitnehmern zur Einrichtung eines Whistleblowersystems. Nach Art. 9 muss dieses Whistleblowersystem eine strenge Vertraulichkeit im Hinblick auf die Identität des Whistleblowers, der Personen, auf die sich der Hinweis bezieht, und des mitgeteilten Hinweises gewährleisten. Die Identität des Whistleblowers kann dabei nur mit Zustimmung des Whistleblowers offengelegt werden. Die Identität der von dem Hinweis betroffenen Personen darf erst offengelegt werden, wenn die Begründetheit des Hinweises nachgewiesen ist. Diese Vertraulichkeitspflichten gelten nicht im Hinblick auf die Justizbehörden. Ein Verstoß gegen die Vertraulichkeitspflichten wird mit bis zu zwei Jahren Gefängnis und einer Geldstrafe von bis zu EUR 30 000 sanktioniert. Die weiteren Anforderungen an dieses System wurden durch eine Durchführungsverordnung vom 19. 4. 2017 konkretisiert (s. dazu unten VI. 1.). Ab deren Inkrafttreten am 1. 1. 2018 müssen Arbeitgeber die darin enthaltenen Anforderungen an ein Whistleblowingsystem einhalten.

Infolge der Neuregelung des Hinweisgeberschutzes durch das Gesetz *Sapin II* wurden die bislang auf einzelne Sektoren beschränkten Schutzvorschriften aufgehoben. Lediglich die arbeitsrechtlichen Vorschriften zum Schutz von Arbeitnehmern, die Mobbing, sexuelle Belästigungen, Diskriminierungen oder Vergehen sowie Verbrechen (Art. L.1152-2, L.1153-3, L.1132-3, L.1132-3-3 französisches Arbeitsgesetzbuch) mitteilen, bleiben bestehen.

III. Praktische Umsetzung der Neuregelung des Whistleblower-Status durch das Gesetz „Sapin II“

Wie jede gesetzliche Neuregelung wirft auch der Schutz von Hinweisgebern im Rahmen des Gesetzes *Sapin II* Fragen im Hinblick auf seine Umsetzung auf. Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob der Gesetzgeber mit der Neuregelung sein Ziel einer allgemeingültigen Definition des Hinweisgebers und dessen effizienten und im Hinblick auf betroffene Unternehmen und Personen ausgewogenen Schutz realisiert hat.

1. Allgemeingültige Definition des Whistleblowers

Die Definition eines allgemeingültigen Whistleblower-Status stellt eines der Kernanliegen des Gesetzes *Sapin II* dar. Tatsächlich rangen das französische Parlament sowie der Senat bis zuletzt um die Formulierung der Definition des Hinweisgebers in Art. 6. Die Instanzen des französischen Gesetzgebers sahen sich dabei der Schwierigkeit gegenüber, einerseits die Definition im Hinblick auf einen möglichst effizienten Schutz der Hinweisgeber soweit wie möglich zu fassen und andererseits Verleumdungen und Beschuldigungen von Unternehmen und Personen von vornherein auszuschließen. Tatsächlich soll sich der Schutz von Hinweisgebern auf „wachsamer Bürger“ beschränken. Nach der Absicht des Gesetzgebers kann dieser wachsamer Bürger weder ein Journalist noch ein Arbeitsinspektor sein, dessen berufliche Aufgabe die Aufdeckung von Tatsachen ist. Weiterhin ist nach Ansicht des Senats ein Hinweisgeber weder mit einem Opfer, das von den aufgedeckten Tatsachen persönlich betroffen ist, noch mit einem zur Aufklärung der Vorgänge vor Gericht geladenen Zeugen zu verwechseln.¹² Insoweit greifen gesonderte gesetzliche Schutzmechanismen.

Art. 6 versucht diesen Anforderungen durch die Einschränkung des geschützten Personenkreises sowie durch die Begrenzung des Anwendungsbereiches Rechnung zu tragen.

a) Anforderungen an die Person des Whistleblowers

Entsprechend dem Wortlaut des Art. 6 kommt als Hinweisgeber im gesetzlichen Sinne von vornherein nur eine natürliche Person in Betracht, die uneigennützig und gutgläubig handelt und von den im Rahmen des Hinweises mitgeteilten Umständen persönlich Kenntnis erlangt hat. Damit stellt sich die Frage, welche Anforderungen sich aus dieser Definition in der praktischen Umsetzung ergeben.

aa) Natürliche Person

Als Hinweisgeber im Sinne des Gesetzes kommen ausschließlich natürliche Personen in Betracht. Dementsprechend können juristische Personen, wie Nichtregierungsor-

¹² Rapport législatif des Senats vom 22. 6. 2016, S. 47 f.

ganisationen und Vereine, nicht als Hinweisgeber geschützt sein.

bb) Gutgläubigkeit (bonne foi)

Hinweisgeber fallen nur dann unter den gesetzlichen Schutz, wenn sie gutgläubig handeln. Diese Anforderung schließt generell eine Schädigungsabsicht des Hinweisgebers aus.

Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass die bislang gültigen sektoriellen Hinweisgeberdefinitionen u. a. an dem arbeitsrechtlichen Diskriminierungsverbot und den diesbezüglichen Schutzbestimmungen gemäß Art. L.1132-3, L.1152-2 und L.1153-3 französisches Arbeitsgesetzbuch orientiert waren. Im Rahmen dieser Vorschriften wird ebenfalls auf die Gutgläubigkeit des Arbeitnehmers, der die diskriminierenden Umstände anzeigt, abgestellt. In Ermangelung einer gesetzlichen Definition der Gutgläubigkeit im Zusammenhang mit Hinweisgebern erscheint es als sachgerecht, die diesbezüglich ergangene Rechtsprechung zur Interpretation der neuen Definition des Hinweisgebers heranzuziehen. Demnach ist eine Gutgläubigkeit dann zu bejahen, wenn der Hinweisgeber keine Kenntnis davon hat, dass die Tatsachen, die dem von ihm gemachten Hinweis zugrunde liegen, falsch sind.¹³ Umgekehrt wurde entschieden, dass ein Hinweisgeber nicht schon dann bösgläubig ist, wenn die von ihm mitgeteilten Tatsachen unzutreffend sind.¹⁴ Demnach bedarf es für die Bejahung der Bösgläubigkeit eines Hinweisgebers zusätzlicher Umstände, die über den bloßen mangelnden Wahrheitsgehalt der mitgeteilten Tatsachen hinausgehen. Zudem hat die Rechtsprechung im Rahmen eines Urteils vom 29. 10. 2013¹⁵ unter Bezugnahme auf Art. 6 und 10 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) bestätigt, dass das Recht, vor Gericht auszusagen, zu den Grundfreiheiten zählt. Demensprechend ist eine infolge der Aussage vor Gericht ausgesprochene Kündigung nichtig. Dies gilt auch dann, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer vorwirft, eine Falschaussage gemacht zu haben.¹⁶

In einer neueren Entscheidung vom 22. 1. 2014¹⁷ hat der Kassationsgerichtshof allerdings die Kündigung eines Arbeitnehmers, der unbegründete Mobbing-Vorwürfe gegen seinen Vorgesetzten erhoben hat, bestätigt. In diesem Fall scheint der Umstand, dass die erhobenen Vorwürfe nicht den Tatsachen entsprachen, ausreichend gewesen zu sein, um die Gutgläubigkeit des Arbeitnehmers zu verneinen. Es bleibt abzuwarten, ob diese für den Bereich des Mobbing ergangene Rechtsprechung auf Hinweisgeber übertragen werden kann. Angesichts dieser differenzierten Rechtsprechung wäre zur Vermeidung einer diesbezüglichen Rechtsunsicherheit für die Hinweisgeber und die betroffenen Unternehmen eine eindeutige Definition des Kriteriums der Gutgläubigkeit des Hinweisgebers wünschenswert gewesen.

Darüber hinaus ist in diesem Zusammenhang die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) zum Schutz von Whistleblowern zu berücksichtigen. In der Rechtssache Langner gegen Deutschland sah es das Gericht als erwiesen an, dass der gekündigte Arbeitnehmer seinen Hinweis zur Vermeidung der Auflösung seiner Abteilung gegeben hat und verneinte auf Grundlage dieser Feststellung die Gutgläubigkeit und damit den Whistleblower-Status des Arbeitnehmers.¹⁸ Nach dieser Rechtsprechung sind dementsprechend auch die Motive des Whistleblowers zur Beurteilung seiner Gutgläubigkeit heranzuziehen.

cc) Uneigennützigkeit (désintéressé)

Eine uneigennützige Handlung erfordert grundsätzlich, dass der Handelnde insoweit keine eigenen Interessen verfolgt. Nach dem Berichterstatte des Parlaments soll dadurch sichergestellt werden, dass als Hinweisgeber nur Personen in Betracht kommen, die ausschließlich im Allgemeininteresse handeln und keinerlei persönliche Interessen, sei es finanzieller oder anderer materieller Art, verfolgen.¹⁹ Ein insoweit eingebrachter Änderungsvorschlag zur Beschränkung der Definition auf eine „Uneigennützigkeit in finanzieller Hinsicht“ wurde vom Parlament abgelehnt.²⁰

dd) Persönliche Kenntnis

Das Tatbestandsmerkmal „persönliche Kenntnis“ soll nach dem Willen des Gesetzgebers einerseits Informanten von dem Schutz für Hinweisgeber ausschließen, deren Mitteilung sich auf bloße Schlussfolgerungen oder Ableitungen beschränken. Andererseits sollen Hinweisgeber nur Personen sein, die unmittelbar Kenntnis erlangt haben. Entsprechend sollen Bevollmächtigte oder Vertreter, die bereits aufgedeckte Tatsachen mitteilen, nicht vom Hinweisgeberschutz umfasst sein.²¹ Im Hinblick auf die praktische Anwendung der Vorschrift stellt sich allerdings die Frage, ob damit nur solche Personen Hinweisgeber im gesetzlichen Sinn sein können, die unmittelbar selbst die mitgeteilten Feststellungen gemacht haben, oder ob es ausreicht, dass sie von diesen durch eine dritte Person Kenntnis erlangt haben.²² Die Gesetzesmaterialien enthalten hierzu keine Klarstellungen.

ee) Unklar: Schutz von Arbeitnehmern, die an mitgeteilten Tatsachen beteiligt waren

Angesichts der gesetzlichen Definition des Hinweisgebers stellt sich die Frage, ob ein Arbeitnehmer, der an den von ihm mitgeteilten Tatsachen beteiligt war oder insoweit als Täter mitgewirkt hat, als Hinweisgeber im gesetzlichen Sinne qualifiziert werden kann. Diese Frage erscheint im Zusammenhang mit dem arbeitsrechtlichen Schutz des Hinweisgebers besonders relevant. Dieser Schutz entsteht gemäß Art. 6, wenn der Informant als Hinweisgeber zu qualifizieren und der Hinweis unter Einhaltung des gesetzlich vorgeschriebenen Verfahrens erfolgt ist. Die Bejahung des Hinweisgeberstatus würde in diesem Fall bedeuten, dass ein Arbeitgeber einen Arbeitnehmer nicht für die von ihm begangenen Regelverstöße sanktionieren kann, wenn dieser sein regelwidriges Verhalten gegenüber dem Arbeitgeber mitgeteilt hat und sich dementsprechend vorab selbst belastet hat. In strafrechtlicher Hinsicht ist der Schutz des Hinweisgebers hingegen von vornherein beschränkt. Gemäß Art. 7 ist der Hinweisgeber lediglich vor einer strafrechtli-

13 Cass. soc., 7. 2. 2012, n°10-18035; 10. 6. 2015, n°13-25554; bezüglich der Abgrenzung zur Verleumdung vgl. *Pagnerre*, *Harcèlement, alerte et diffamation: enfin l'harmonie?*, *Recueil Dalloz* 2016, 2447.

14 Cass. soc., 10. 3. 2009, n°07-44092; 29. 5. 2012, n°11-13947.

15 Cass. soc., 29. 10. 2013, n° 12-22.447.

16 Cass. soc., 29. 10. 2013, n° 12-22.447.

17 Cass. soc., 22. 1. 2014, n° 12-28.711.

18 EGMR, 17. 9. 2015, n°14464/11; ausführlich hierzu *Le Borgne*, *L'existence de degrés dans la protection des lanceurs d'alerte*, *Revue de droit du travail* 2016, 268.

19 Vgl. Protokoll der Parlamentsdebatte vom 28. 9. 2016.

20 Vgl. Protokoll der Parlamentsdebatte vom 28. 9. 2016.

21 Vgl. Protokoll der Parlamentsdebatte vom 28. 9. 2016; *Rapport législatif des Senats* vom 22. 6. 2016.

22 Vgl. auch *Thiébart*, *Le lanceur d'alerte à la lumière de la loi Sapin 2*, *Semaine Sociale Lamy*, n°1745.

chen Verfolgung wegen Verletzung von Geschäftsgeheimnissen geschützt.

Insoweit erscheint es bereits zweifelhaft, ob ein Informant, der eine Selbstanzeige vornimmt, tatsächlich uneigennützig und gutgläubig im Sinne von Art. 6 handelt. Eine gutgläubige Handlung setzt grundsätzlich voraus, dass der Handelnde selbst im Einklang mit der Rechtsordnung steht und diese schützt, indem er rechtswidrige Handlungen und Verhaltensweisen mitteilt.²³ Im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zur Ergänzung des Schutzes von Hinweisgebern in den Bereichen öffentliche Gesundheit und Umwelt im Jahr 2013²⁴ definierte der Berichterstatter ein gutgläubiges Vorgehen als „Überzeugung, aus einer rechtmäßigen Situation heraus zu handeln, ohne den Rechten anderer zu schaden“.²⁵ Gleiches ergibt sich aus der Rechtsprechung des EGMR. Demnach sind – wie oben bereits dargestellt – bei der Beurteilung des Status als Hinweisgeber die Motivation und die Umstände zu berücksichtigen, die den Informanten zur Mitteilung des Hinweises veranlasst hat. Dementsprechend darf ein Hinweisgeber nicht auf Grundlage persönlicher Gründe, persönlicher Befindlichkeiten oder einer Schädigungsabsicht handeln.²⁶

Infolge dieser Grundsätze erscheint es ausgeschlossen, dass ein Informant, der Tatsachen mitteilt, an denen er selbst beteiligt war oder mitgewirkt hat, den gesetzlichen Kriterien im Hinblick auf einen Hinweisgeber entspricht. Selbst wenn man die Gutgläubigkeit eines Informanten, der sich durch seinen Hinweis selbst belastet, im Sinne einer nicht vorhandenen Schädigungsabsicht bejaht und annimmt, dass der Arbeitnehmer im Interesse des Arbeitgebers handelt, erscheint es jedenfalls zweifelhaft, dass ein an den mitgeteilten Tatsachen beteiligter Informant die Mitteilung in uneigennütziger Absicht vornimmt.

Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass ggf. ein Hinweis durch einen Informanten – unabhängig davon, ob dieser an den mitgeteilten Sachverhalten beteiligt war oder mitgewirkt hat – im Interesse des Unternehmens sein kann. Dies gilt insbesondere für komplexe illegale Praktiken, die von außen nicht ohne weiteres erkennbar oder ermittelbar sind. Insoweit zeigen sich die Grenzen der Tatbestandsmerkmale „gutgläubig“ und „uneigennützig“. U. a. der britische Gesetzgeber hat im Jahr 2013 das Merkmal der Gutgläubigkeit im Hinblick auf den Schutz von Whistleblowern aufgehoben, so dass nunmehr der Inhalt des Hinweises und nicht die Motivation des Hinweisgebers über dessen Schutz entscheidet.²⁷

ff) Unklar: Schutz von Arbeitnehmern, die von den mitgeteilten Tatsachen auf rechtswidrige Weise Kenntnis erlangt haben

Grundsätzlich ist ein Hinweisgeber ein Arbeitnehmer, der während der Ausübung seiner beruflichen Tätigkeit Kenntnis von rechtswidrigen Praktiken erlangt hat. Insoweit stellt sich die Frage, ob ein Arbeitnehmer, der unter Überschreitung seiner Funktion Recherchen anstellt und Informationen und Dokumente einsieht, die in keinem Zusammenhang mit seiner Funktion stehen, ebenfalls als Hinweisgeber im Sinne des Gesetzes *Sapin II* qualifiziert werden kann. Aus den Protokollen des Gesetzgebungsverfahrens ergibt sich, dass der Gesetzgeber insbesondere mit *Antoine Deltour* vergleichbare Hinweisgeber mit der gesetzlichen Neureglung schützen wollte.²⁸ *Antoine Deltour* hat nach seiner Kündigung bei einer Unternehmensberatung Fortbildungsunterlagen aus dem

Unternehmensnetzwerk kopiert, um diese zur Vermarktung seiner Berufserfahrung zu verwenden. Dabei ist *Antoine Deltour* auf die belastenden sog. „Tax Ruling“-Dokumente gestoßen. Schockiert von deren Inhalt hat er diese ebenfalls gespeichert.

Die im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens geführten Debatten zeigen folglich, dass der Gesetzgeber mit der Neuregelung auch den Schutz von Hinweisgebern erreichen wollte, welche von den mitgeteilten Tatsachen nicht in Ausübung ihrer Funktion, aber im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit Kenntnis erlangt haben.

Dieser Wille des Gesetzgebers entspricht der Tendenz in der strafrechtlichen Rechtsprechung, die ein Beweisverwertungsverbot allein auf der Grundlage, dass das Beweismittel auf rechtswidrige Weise erlangt wurde, ablehnt.²⁹ Allerdings ist die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung insoweit bislang eher zurückhaltend. In arbeitsrechtlichen Verfahren gilt bislang der Grundsatz, wonach durch den Arbeitnehmer rechtswidrig erlangte Beweismittel nur dann zugelassen werden, wenn diese zwingend für dessen Verteidigung gegen den Arbeitgeber erforderlich sind.³⁰ Diese Rechtsprechung hat das Berufungsgericht *Chambery* kürzlich in einer Entscheidung vom 16. 11. 2016³¹ zur alten Rechtslage in Zusammenhang mit dem Schutz von Whistleblowern bestätigt. Im Rahmen dieser Entscheidung stellte das Gericht ausdrücklich klar, dass der Schutz von Whistleblowern gerade nicht als allgemeiner strafrechtlicher Rechtfertigungs- bzw. Entschuldigungsgrund für die von dem Whistleblower begangenen Verstöße zu verstehen ist. Es bleibt daher abzuwarten, ob insbesondere die Arbeitsgerichtsbarkeit im Hinblick auf die von dem Gesetzgeber im Rahmen des Gesetzes *Sapin II* zugrunde gelegte Intention ihre Rechtsprechung entsprechend anpasst.

b) Anforderungen an den Inhalt des vom Whistleblower gegebenen Hinweises

Über die Person des Hinweisgebers hinaus stellt Art. 6 zudem Anforderungen an den Inhalt des von dem Hinweisgeber gemachten Hinweises. Entsprechend dem Wortlaut von Art. 6 muss sich der Hinweis beziehen auf ein Verbrechen oder ein Vergehen, eine schwerwiegende und offensichtliche Verletzung eines internationalen Abkommens, das von Frankreich ordnungsgemäß ratifiziert oder unterzeichnet wurde, einen Verstoß gegen eine einseitige Entscheidung einer internationalen Organisation, die auf Grundlage eines oben bezeichneten Abkommens getroffen wurde, bzw. ei-

23 *Foegle*, Les lanceurs d’alerte, La Revue des Droits de l’Homme 6/2014, 45.

24 Gesetz zur Unabhängigkeit der Gutachter in den Bereichen Gesundheit und Umwelt und zum Schutz von Hinweisgebern (Loi n° 2013-316 du 16 avril 2013 relative à l’indépendance de l’expertise en matière de santé et d’environnement et à la protection des lanceurs d’alerte).

25 Zusammenfassung Nr. 34 der Sitzung des Ausschusses für soziale Angelegenheiten vom 23. 1. 2013 (Compte rendu n°34 de la séance de la Commission des affaires sociales le 23 janvier 2013).

26 EGMR, 12. 2. 2008, n° 14277/04; vgl. auch *Conseil d’Etat* (Fn. 5), S. 73.

27 Art. 18 Enterprise and Regulatory Reform Act (ERRA), der am 25. 6. 2013 in Kraft getreten ist und der das Kapitel 4A des Employment Rights Act 1996 geändert hat.

28 Protokoll der Senatsdebatte vom 4. 7. 2016.

29 Cass. crim., 27. 1. 2010, n°09-83395.

30 Cass. soc., 30. 6. 2004, n°02-41720, 02-41771, zur Entwicklung der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung: *Amand*, L’obligation de loyauté dans la collecte des preuves en droit du travail, *Bulletins de la Cour de cassation, droit du travail*, 1er trimestre 2005.

31 CA *Chambery*, 16. 11. 2016, n°16-00045.

nen Verstoß gegen ein Gesetz, eine Verordnung oder auf eine schwerwiegende Bedrohung oder einen schwerwiegenden Schaden für das öffentliche Interesse.

Die Inbezugnahme von Verletzungen eines internationalen Abkommens, das von Frankreich ordnungsgemäß ratifiziert oder unterzeichnet wurde, meint dabei insbesondere die Vorschriften des Europarechts, so dass auch Hinweise auf Verletzungen der europäischen Vorschriften von dem französischen Hinweisgeberschutz umfasst sind. Dies gilt allerdings nur, wenn diese Verletzungen schwerwiegend und offensichtlich sind. Insofern ist nicht nachvollziehbar, warum die Mitteilung von Verbrechen oder Vergehen des französischen Rechts allgemein den Schutz eines Hinweisgebers begründen, aber für Mitteilungen bezüglich des europäischen Rechts dieser Schutz nur im Fall von schwerwiegenden und offensichtlichen Verletzungen in Frage kommt. Im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens wurde diese Divergenz sehr wohl erkannt. Dementsprechend wurde in der zweiten Lesung im Parlament eine Änderung eingebracht, in deren Rahmen vorgeschlagen wurde, allgemein auf das geltende Recht (*droit en vigueur*) Bezug zu nehmen.³² Nach Art. 55 der Verfassung von 1958 umfasst dieses auch das von Frankreich ratifizierte europäische und internationale Recht. Diese Änderung wurde vom Parlament abgelehnt, so dass im Ergebnis davon ausgegangen werden muss, dass es sich insoweit nicht um ein redaktionelles Versehen des Gesetzgebers, sondern vielmehr um eine bewusste Differenzierung handelt. Darüber hinaus ruft das Erfordernis einer schwerwiegenden und offensichtlichen Verletzung in der Praxis zusätzliche Abgrenzungsprobleme hervor und ist damit eine Quelle der Rechtsunsicherheit.³³ Anhaltspunkte für die Anforderungen an eine schwerwiegende und offensichtliche Verletzung ergeben sich aus den Gesetzesmaterialien nicht.

Des Weiteren wirft die Inbezugnahme einer „schwerwiegenden Bedrohung oder eines schwerwiegenden Schadens für das öffentliche Interesse“ Fragen auf. Dieses Tatbestandsmerkmal ist insbesondere dem Umstand geschuldet, dass im Rahmen des Falls Lux-Leaks der Whistleblower *Antoine Deltour* gerade keine illegalen Praktiken angezeigt hat, sondern lediglich solche, die eine Gefahr für das öffentliche Interesse darstellen. Angesichts dieses aktuellen Falles war es ein Anliegen des französischen Gesetzgebers, auch mit diesem Fall vergleichbare Sachverhalte im Rahmen der gesetzlichen Definition des Hinweisgebers mit abzudecken.

Ob eine solche Regelung explizit erforderlich ist und wie eine solche genau abzugrenzen ist, hat im Vorfeld zu erheblichen Auseinandersetzungen zwischen der Abgeordnetenkammer und den Senatoren geführt. Generell wurde dabei seitens des Senats der Vorwurf erhoben, dass sowohl die Bezugnahme auf eine „Bedrohung“ als auch auf das „öffentliche Interesse“ nicht hinreichend präzise und damit Art. 6 im Hinblick auf den verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz verfassungswidrig sei.³⁴ Insofern ist zu berücksichtigen, dass sowohl die Empfehlungen des Europäischen Rates vom 30. 4. 2014³⁵ als auch der Vorschlag der Vereinten Nationen vom 18. 9. 2015³⁶ in ihrer Definition des Whistleblowers jeweils das Tatbestandsmerkmal einer „Bedrohung“ vorsehen. Darüber hinaus wurden vom Senat eingebrachte Änderungsvorschläge zur Präzisierung des öffentlichen Interesses im Hinblick auf einzelne Bereiche wie Gesundheit, Umwelt und öffentliche Finanzen im

Hinblick auf das angestrebte Ziel einer allgemeingültigen Definition abgelehnt.³⁷ Letztendlich hat auch der vom Senat angerufenen Verfassungsgerichtshof in seinem Urteil vom 8. 12. 2016 bestätigt, dass die in Art. 6 vorgesehene Definition des Hinweisgebers hinreichend bestimmt und damit verfassungsgemäß ist.³⁸ Tatsächlich sehen die Gesetzesmaterialien keine Anhaltspunkte dafür vor, was unter dem öffentlichen Interesse zu verstehen ist, so dass insoweit zunächst auf allgemeine Grundsätze abgestellt werden muss. Dann erscheint es allerdings sachgerecht, dass die Sektoren, für die schon bislang ein Hinweisgeberschutz vorgesehen war, Bereiche des öffentlichen Interesses im Sinne der Neuregelung darstellen. Hierzu zählen die öffentliche Gesundheit, die Umwelt, die Vermeidung von Interessenkonflikten im öffentlichen Dienst etc. Alles andere würde eine Verschlechterung des Hinweisgeberschutzes bedeuten, was sicherlich nicht im Interesse des Gesetzgebers war.

2. Einzuhaltendes Verfahren

Nach Art. 7 und 10 bis 12 ist ein Hinweisgeber im Sinne von Art. 6 nur dann in strafrechtlicher und arbeitsrechtlicher Hinsicht geschützt, wenn er seinen Hinweis unter Einhaltung des gesetzlich vorgeschriebenen Verfahrens gegeben hat. Entsprechend den Empfehlungen des Staatsgerichtshofes sieht Art. 8 ein gestaffeltes Verfahren vor, wonach zunächst in einem ersten Schritt der direkte oder indirekte Vorgesetzte, der Arbeitgeber oder ein von diesem benannter Referent unterrichtet werden muss. Erst wenn die im ersten Zug informierte Person innerhalb eines angemessenen Zeitraums keine Schritte zur Prüfung der Begründetheit unternimmt, kann der Arbeitnehmer sich an die zuständigen Straf- oder Verwaltungsbehörden sowie Berufskammern wenden.

Die Ausgestaltung des Verfahrens war dabei ein weiterer Gegenstand der Diskussionen zwischen Senat und Parlament. Auf den ersten Blick scheint das Verfahren – anders als die Definition des Hinweisgebers in Art. 6 – auf Arbeitnehmer beschränkt zu sein. Aus den Gesetzesmaterialien ergeben sich hierzu folgende Klarstellungen:

Zunächst ist festzustellen, dass der von dem Senat angerufene Verfassungsgerichtshof das Verfahren in seiner aktuell nach Art. 8 vorgesehenen Form bestätigt hat.³⁹ Der Verfassungsgerichtshof sieht insoweit keinen Widerspruch, als Art. 6 zwar eine allgemeine Definition des Hinweisgebers festlegt, im Weiteren Art. 8 aber lediglich auf Arbeitnehmer und Dienstleister beschränkt ist. Vielmehr ist dies nach der Argumentation des Verfassungsgerichtshofs nur konsequent, da die Art. 10 bis 12 und damit die Vorschriften, die ausdrücklich Bezug auf Art. 8 nehmen, sich in ihrem Regelungshalt tatsächlich auf Arbeitnehmer und Dienstleister beschränken. Demgegenüber nimmt der straf-

32 Vgl. Protokoll der Parlamentsdebatte vom 28. 9. 2016.

33 So auch *Thiébart*, *Le lanceur d'alerte à la lumière de la loi Sapin 2*, *Semaine Sociale Lamy*, n° 1745.

34 Vgl. Protokoll der Parlamentsdebatte vom 6. 6. 2016 und Protokoll der Senatsdebatte vom 4. 7. 2016.

35 Empfehlung CM/Rec (2014)7 des Europarates an die Mitgliedstaaten über den Schutz von Whistleblowern (angenommen am 30. 4. 2014 in der 1198. Sitzung der Stellvertreter der Minister).

36 „Promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression“, Note by the Secretary-General, A/70/361 vom 8. 9. 2015.

37 Vgl. Protokoll der Senatsdebatte vom 4. 7. 2016.

38 C. constitutionnel, 8. 12. 2016, n° 2016-741 DC.

39 C. constitutionnel, 8. 12. 2016, n° 2016-741 DC.

rechtliche Schutz des Hinweisgebers gemäß Art. 7, der nicht nur für Arbeitnehmer und Dienstleister relevant ist, gerade nicht Bezug auf Art. 8, sondern vielmehr pauschal auf die Einhaltung des gesetzlichen Verfahrens. Nach dem Verfassungsgerichtshof soll Art. 6 dementsprechend als allgemeingültige Definition auch für weitere, vom Gesetzgeber noch festzulegende Verfahren dienen. Im Ergebnis bejaht der Verfassungsgerichtshof die Konsistenz und damit die Verfassungsmäßigkeit von Art. 8.

Zudem sieht Art. 8 keine ausdrückliche Ausnahme für die Anrufung des Arbeitgebers oder seines Vertreters vor, wenn tatsächlich der Arbeitgeber selbst in die im Rahmen des Hinweises aufgedeckten rechtswidrigen Tatsachen verwickelt ist. Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich, dass der Gesetzgeber insoweit bewusst keine Klarstellung aufgenommen hat, um eine Verkomplizierung des Verfahrens zu vermeiden.⁴⁰ Vielmehr soll nach Ansicht des Gesetzgebers bereits die Option eines von dem Arbeitgeber benannten Verantwortlichen eine Alternative für den potentiellen Hinweisgeber darstellen, wenn der Arbeitgeber oder der Vorgesetzte in die offengelegten Tatsachen verwickelt ist.⁴¹ Zudem soll in diesem Fall keine ausreichende Sorgfalt seitens der grundsätzlich vorweg zu informierenden Person vorliegen, so dass der Arbeitnehmer berechtigt sein soll, sich direkt an die Straf- und Verwaltungsbehörden sowie an die Berufskammern zu wenden.⁴² Entsprechend diesen Aussagen im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens erscheint es sachgerecht, dass im Falle einer Involvierung des Arbeitgebers oder des Vorgesetzten in die offenzulegenden Tatsachen der betroffene Arbeitnehmer sich direkt an die zuständigen Behörden wenden kann. Angesichts des gesetzgeberischen Ziels eines umfassenden Schutzes von Hinweisgebern und angesichts des Umstands, dass die Gewährung dieses Schutzes von der Einhaltung des gesetzlich vorgeschriebenen Verfahrens abhängig ist, wäre jedenfalls eine entsprechende Klarstellung durch den Gesetzgeber wünschenswert gewesen. Dies gilt umso mehr, als die aktuellen Enthüllungsskandale zeigen, dass die Involvierung des Arbeitgebers in die rechtswidrigen Vorgänge kein Einzelfall ist.

Des Weiteren wird dem Verfahren vorgeworfen, dass keine verbindliche Frist vorgesehen ist, nach deren Ablauf der Hinweisgeber sich an die zuständigen Behörden wenden darf. Auch hier wäre auf den ersten Blick eine Klarstellung seitens des Gesetzgebers wünschenswert gewesen. Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich allerdings, dass der Gesetzgeber bewusst auf die genaue Festlegung einer Frist verzichtet hat, um dem jeweiligen Einzelfall umfassend Rechnung tragen zu können. Änderungsvorschläge, die auf die Beschränkung der Frist auf zwei Monate abzielten, wurden bewusst nicht berücksichtigt.⁴³

IV. Der arbeitsrechtliche Schutz des Hinweisgebers

Der durch Art. 10 geringfügig angepasste Art. L.1132-3-3 französisches Arbeitsgesetzbuch untersagt jedwede Diskriminierung von Hinweisgebern, die das gesetzlich vorgeschriebene Verfahren eingehalten haben. Weiterhin sind nach Art. L.1132-4 französisches Arbeitsgesetzbuch Maßnahmen, die entgegen Art. L.1132-3-3 französisches Arbeitsgesetzbuch verhängt werden, nichtig. Diese Regelung entspricht der vor Inkrafttreten des Gesetzes *Sapin II* ständigen Rechtsprechung, die auf der Grundlage von Art. 10 § 1

EMRK die Nichtigkeit einer Kündigung von Hinweisgebern bejaht hat,⁴⁴ und erweitert diese gleichzeitig auf schwerwiegende und offensichtliche Verstöße gegen Vorschriften sowie auf eine Bedrohung und einen schwerwiegenden Schaden für das öffentliche Interesse.

Des Weiteren hat der Arbeitnehmer, dessen Kündigung für nichtig erklärt wurde und der seine Wiedereingliederung in den Betrieb geltend macht, einen Anspruch auf Ersatz des Schadens, den er während des Zeitraums zwischen Kündigung und Wiedereingliederung erlitten hat. Der Schadensersatz ist dabei auf die Summe der während dieses Zeitraums entgangenen Gehaltszahlungen beschränkt. Dementsprechend kann der Arbeitnehmer einen Schadensersatz in Höhe der entgangenen Vergütung unter Anrechnung eines ggf. während des Zeitraums zwischen Kündigung und Wiedereingliederung erzielten anderweitigen Erwerbs geltend machen.⁴⁵ Nach der Rechtsprechung findet eine entsprechende Anrechnung eines solchen anderweitigen Erwerbs nur dann nicht statt, wenn die Kündigung wegen eines Verstoßes gegen ein verfassungsrechtlich gewährtes Recht für nichtig erklärt wurde.⁴⁶ In seiner Entscheidung vom 14. 12. 2016, hat der Kassationsgerichtshof entschieden, dass im Fall einer nichtigen Kündigung wegen Mobbing-Vorwürfen eine Anrechnung des anderweitigen Erwerbs stattfindet.⁴⁷ Dementsprechend ist davon auszugehen, dass auch im Fall einer nichtigen Kündigung eines Hinweisgebers im Rahmen der Berechnung des Schadensersatzes der zwischenzeitlich erzielte anderweitige Erwerb in Abzug zu bringen ist.

Weiterhin ist der Hinweisgeber – wie bereits oben erwähnt – durch eine Erleichterung der Beweislast geschützt. Dementsprechend ist es im Streitfall ausreichend, wenn der Hinweisgeber Umstände darlegen kann, die vermuten lassen, dass er den Hinweis unter Einhaltung der gesetzlichen Anforderungen gemacht hat. Demgegenüber muss der Arbeitgeber nachweisen, dass die gegenüber dem Hinweisgeber verhängte Sanktion infolge anderer Umstände als wegen der gegebenen Hinweise begründet ist.

V. Der strafrechtliche Schutz des Hinweisgebers

In strafrechtlicher Hinsicht ist der Hinweisgeber im Sinne des Gesetzes *Sapin II* im Hinblick auf eventuelle Verletzungen von gesetzlich geschützten Geschäftsgeheimnissen durch den Hinweis geschützt. Insoweit ist abzuwarten, inwieweit im Rahmen der Umsetzung der europäischen Richtlinie zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen⁴⁸ vom 8. 6. 2016 diese Regelung des Gesetzes *Sapin II* angepasst wird.

Einen darüber hinausgehenden strafrechtlichen Schutz des Hinweisgebers sieht das Gesetz *Sapin II* nicht vor. Begeht

40 Vgl. Protokoll der Parlamentsdebatte vom 28. 9. 2016.

41 Vgl. Protokoll der Parlamentsdebatte vom 28. 9. 2016.

42 Vgl. Protokoll der Parlamentsdebatte vom 28. 9. 2016.

43 Vgl. Protokoll der Parlamentsdebatte vom 7. 6. 2016.

44 Cass. soc., 30. 6. 2016, n°15-10557.

45 Cass. soc., 3. 7. 2003, n°01-44747.

46 Cass. soc., 25. 11. 2015, n°14-20527; Streikrecht; 9. 7. 2014, n°13-16434; Vereinigungsfreiheit; 11. 7. 2012, n°10-15905; Diskriminierung wegen des Gesundheitszustandes.

47 Cass. soc., 14. 12. 2016, n°14-21325.

48 Richtlinie 2016/943/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. 6. 2016 über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung.

der Hinweisgeber im Rahmen seiner Recherchen weitere Straftatbestände, wie beispielsweise einen Diebstahl, einen Hausfriedensbruch etc., trägt er dafür die volle strafrechtliche Verantwortung.

VI. Umsetzung der Neuregelungen und Einführung eines Whistleblowersystems

Gemäß Art. 8 Abs. 3 sind alle Unternehmen, die 50 und mehr Arbeitnehmer beschäftigen, verpflichtet, ein Hinweisgebersystem für Hinweise ihrer Arbeitnehmer und ggf. ihrer externen Dienstleister einzurichten. Gemäß Art. 9 muss dieses Hinweisgebersystem eine strikte Vertraulichkeit im Hinblick auf die Identität des Hinweisgebers, der betroffenen Person(en) sowie der mitgeteilten Tatsachen gewährleisten. Einzelheiten der Umsetzung dieser neuen Arbeitgeberpflicht sind Gegenstand einer am 19. 4. 2017 erlassenen Durchführungsverordnung, die am 1. 1. 2018 in Kraft treten wird.⁴⁹

Neben der praktischen Umsetzung der Anforderungen an ein Whistleblowingsystem, die in der Durchführungsverordnung festgelegt wurden, wirft die Einführung eines Whistleblowersystems zahlreiche datenschutzrechtliche und arbeitsrechtliche Fragen auf.

1. Inhalt der Durchführungsverordnung

Die Durchführungsverordnung sieht die Verfahrensregeln vor, welche Arbeitgeber für die Einrichtung des Whistleblowingsystems beachten müssen. So müssen in dem vom Arbeitgeber vorzubereitenden Verfahren bestimmte Angaben und Erklärungen enthalten sein:

(1) Über die Identität des vom Arbeitgeber benannten Referenten (z. B. der Compliance Officer): Der Referent muss aufgrund seiner Stellung über die Kompetenzen, die Befugnisse und die Mittel verfügen, die für die Wahrnehmung seiner Aufgaben notwendig sind. Die Verordnung stellt klar, dass der Referent unternehmensextern sein kann.

(2) Über die Modalitäten, unter denen der Hinweisgeber (i) seine Meldung an seinen direkten oder indirekten Vorgesetzten, seinen Arbeitgeber oder den benannten Referenten abgibt, (ii) Vorkommnisse, Informationen oder Dokumente, die die Meldung stützen, unabhängig von Form und Format weiterleitet, sofern er über solche Dokumente verfügt, (iii) Angaben macht, die eine etwaige Kommunikation mit dem Hinweisgeber ermöglichen.

(3) Über die Vorkehrungen, die das Unternehmen getroffen hat, (i) um den Hinweisgeber unverzüglich vom Eingang seiner Meldung zu informieren sowie von der angemessenen und voraussichtlichen Frist, die für die Prüfung seiner Meldung notwendig ist, und von den Modalitäten, unter denen er von den Maßnahmen aufgrund seiner Meldung informiert wird, (ii) um zu gewährleisten, dass die Identität des Hinweisgebers, die gemeldeten Vorkommnisse und die betroffenen Personen strikt vertraulich behandelt werden, (iii) um Informationen bezüglich der Meldung zu vernichten, die die Identifizierung des Hinweisgebers und der von der Meldung betroffenen Personen ermöglichen, falls keine Maßnahmen ergriffen werden, (iv) um den Hinweisgeber und die betroffenen Personen vom Abschluss des Vorgangs zu informieren, falls keine Maßnahmen ergriffen wurden.

(4) Über den Hinweis, dass die Meldungen Gegenstand einer elektronischen Datenverarbeitung sind.

Die Unternehmen müssen vor der Einführung des Whistleblowingsystems die Personalvertreter anhören und einen

Antrag auf Genehmigung bei der französischen Datenschutzbehörde CNIL (*Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés*) stellen.

Außerdem müssen die Unternehmen insbesondere durch Mitteilungen, Aushang oder Veröffentlichung, auch auf ihrer Website, über das Verfahren zur Erfassung von Hinweisen informieren, damit das Personal sowie externe Mitarbeiter dieses auch tatsächlich nutzen können.

Die Verordnung gibt auch Antwort auf eine sehr praxisrelevante Frage, nämlich dass es in Unternehmensgruppen genügt, wenn ein zentrales Whistleblowingverfahren eingerichtet wird, allerdings unter der Voraussetzung, dass in jedem zugehörigen Unternehmen die dafür erforderlichen Entscheidungs- und Informationsprozesse eingehalten werden.

Die Verordnung geht entgegen den Erwartungen nicht auf die Möglichkeit anonymer Hinweise ein. Die französische Rechtsprechung tendierte zunächst dazu, anonymisierte Hinweise als unzulässig zu erachten und damit unbegründeten Denunzierungen vorzubeugen.⁵⁰ Auch in datenschutzrechtlicher Hinsicht waren anonymisierte Hinweise zunächst nur als Ausnahme vorgesehen. Nach dem zuletzt 2014 angepassten und noch immer geltenden Art. 2 der Einzelermächtigung (*autorisation unique*) AU-004 der französischen Datenschutzbehörde CNIL ist ein anonymes Whistleblowing dann zulässig, wenn die Schwere der mitgeteilten Tatsachen hinreichend genau nachgewiesen ist und die Bearbeitung des gemachten Hinweises besonderer Vorkehrungen bedarf, wie beispielsweise eine vorausgehende Untersuchung, ob eine Offenlegung im Rahmen des Whistleblowersystems möglich ist. Diese sehr vagen Anforderungen der französischen Datenschutzbehörde führen in der Praxis dazu, dass ein anonymer Hinweis regelmäßig zulässig ist.

2. Einführung eines Hinweisgebersystems

a) Datenschutzrechtliche Genehmigung

Ein Hinweisgebersystem stellt als Compliance-Tool eine nach französischem Recht datenschutzrechtlich relevante Datenverarbeitung dar, die einer Genehmigung durch die französische Datenschutzbehörde CNIL bedarf.

Nach Ansicht der CNIL ist ein Hinweisgebersystem regelmäßig als eine genehmigungsbedürftige automatische Datenverarbeitung im Sinne von Art. 4 des Gesetzes n° 78-17 vom 6. 1. 1978⁵¹ zu qualifizieren. Die CNIL hat insoweit ihre Einzelermächtigung (*autorisation unique*) AU-004⁵² im

49 Die Verordnung vom 19. 4. 2017 ist abrufbar unter: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/decret/2017/4/19/ECFM1702990D/jo/texte>; der Kalender bezüglich des Inkrafttretens der Verordnungen des Gesetzes Sapin II ist abrufbar unter: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPubliee.do?idDocument=JORFDOLE000032319792&type=general&legislature=14>.

50 Vgl. TGI Caen, 5. 11. 2009, n° 09-287.

51 „Les traitements automatisés susceptibles du fait de leur nature, de leur portée ou de leurs finalités, d'exclure des personnes du bénéfice d'un droit, d'une position ou d'un contrat en l'absence de toute disposition législative ou réglementaire.“

52 Autorisation unique du 8 décembre 2005 (délibération n° 2005-004 modifiée pour la dernière fois le 30 janvier 2014), sur les dispositifs d'alerte professionnelle destinés au signalement, par des salariés, de comportements fautifs imputables à leurs collègues, dans les domaines de contrôle interne (domaine bancaire, comptable, contrôle des comptes et lutte contre la corruption), et de la lutte contre le harcèlement et la discrimination, la santé, l'hygiène et la sécurité au travail, et la protection de l'environnement (AU-004).

Jahr 2014 auf Hinweisgebersysteme ausgeweitet. Folglich bedarf ein Hinweisgebersystem keiner gesonderten Genehmigung durch die CNIL, wenn es den Anforderungen der Einzelermächtigung entspricht. Um sich auf diese Einzelermächtigung berufen zu können, muss das Hinweisgebersystem sich auf die Bereiche Finanzen, Rechnungswesen, Korruptionsbekämpfung, Wettbewerbsschutz, Vermeidung von Diskriminierungen und Mobbing, Gesundheit, Arbeitshygiene und Arbeitssicherheit oder Umweltschutz beschränken⁵³ und einer gesetzlichen Verpflichtung oder einem gesetzlichen Interesse dienen.⁵⁴

Diese datenschutzrechtlichen Anforderungen sind teilweise deckungsgleich mit den Verfahrensanforderungen des Gesetzes *Sapin II*. Allerdings geht der allgemeingültige Anwendungsbereich der Art. 6ff. über die von der Einzelermächtigung definierten Bereiche hinaus. Damit ist nach der derzeitigen Gesetzeslage eine gesonderte Genehmigung durch die CNIL erforderlich. Allerdings ist davon auszugehen, dass die CNIL unter Berücksichtigung der gesetzlichen Neuregelung zeitnah ihre Einzelermächtigung AU-004 an die geänderten gesetzlichen Rahmenbedingungen anpasst.

b) Information und Anhörung der Personalvertreter

Auch wenn die Einführung eines Hinweisgebersystems vom Arbeitgeber einseitig beschlossen werden kann, müssen dennoch der Unternehmensrat (*comité d'entreprise*) sowie das Sicherheitskomitee (*comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail* – CHSCT) zu der Einführung eines Hinweisgebersystems angehört werden. Seit der Reform der französischen Betriebsverfassung durch das Gesetz *Rebsamen*⁵⁵ kann eine solche Anhörung auch im Rahmen einer gemeinsamen Sitzung (*réunion commune*) erfolgen.

c) Individuelle Information der Arbeitnehmer

Weiterhin müssen die betroffenen Arbeitnehmer umfassend über die Zielsetzungen und die Nutzung des Systems informiert werden. Diese Information muss die betroffenen Arbeitnehmer insbesondere über ihr datenschutzrechtliches Zugangs- und Berichtigungsrecht in Kenntnis setzen.⁵⁶

d) Anpassung von Vertraulichkeitsklauseln und -vereinbarungen

Weiterhin erscheint es empfehlenswert, im Rahmen der Einführung des Hinweisgebersystems die Vertraulichkeitsvereinbarungen und Vertraulichkeitsklauseln in den Arbeitsverträgen zu prüfen und ggf. anzupassen. Im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens wurde ausdrücklich klargestellt, dass die gesetzliche Neuregelung und damit die Möglichkeit, Hinweise im Rahmen des gesetzlich geschützten Rahmens zu machen, den vertraglichen Einschränkungen durch eine Vertraulichkeitsvereinbarung oder Vertraulichkeitsklausel vorgeht. Dementsprechend finden diese vertraglichen Regelungen im Falle eines Hinweises im Sinne der gesetzlichen Regelungen keine Anwendung. Allerdings besteht das Risiko, dass eine entsprechende Vertragsklausel oder Vereinbarung einen potentiellen Hinweisgeber davon abhält, die festgestellten Tatsachen im Rahmen eines Hinweises aufzudecken. Gemäß Art. 13 wird jeder, der einen Hinweisgeber in seinem Vorgehen beeinträchtigt, mit bis zu einem Jahr Gefängnis und einer Geldbuße von bis zu EUR 15 000 sanktioniert. Fol-

glich sollte sicherheitshalber im Rahmen der Vertraulichkeitsvereinbarungen und Vertraulichkeitsklauseln klargestellt werden, dass von diesen vertraglichen Beschränkungen Hinweise im gesetzlichen Sinn ausgenommen sind.

VII. Resümee und Ausblick

Die Einführung eines Whistleblowersystems stellt grundsätzlich ein wirksames Compliance-Instrument dar und trägt dazu bei, das Strafbarkeitsrisiko des Unternehmens zu senken. Entsprechend den Anforderungen des Gesetzes *Sapin II* muss der Arbeitgeber insoweit erheblichen formellen und inhaltlichen Anforderungen Rechnung tragen.

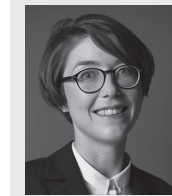
Allerdings sollte sich der Arbeitgeber nicht auf die bloße Umsetzung der gesetzlichen Neuregelungen und die einmalige Einführung dieses Compliance-Instruments beschränken. Vielmehr sollte diese mit Schulungen und einer Sensibilisierung der Arbeitnehmer zum Thema Unternehmenscompliance einhergehen. Nur so kann die Wirksamkeit des Hinweisgebersystems optimiert werden und letztendlich das Ziel eines effizienten Schutzes des Unternehmens vor Gesetzesverstößen erreicht werden.

Gleichzeitig muss der Arbeitgeber im Rahmen der Einführung des Hinweisgebersystems einem Missbrauch dieses Instruments durch die Arbeitnehmer vorbeugen und eine Nutzung dieses Compliance-Instruments zur „Begleichung“ privater Streitigkeiten unter den Arbeitnehmern ausschließen.



Bénédicte Querenet-Hahn

Partner der deutsch-französischen Anwaltskanzlei GGV in Paris. Sie berät multinationale und mittelständische Unternehmen sowie Konzerne in den Bereichen Handelsrecht, Arbeitsrecht und Compliance. In arbeitsrechtlicher Hinsicht unterstützt sie insbesondere bei der Durchführung von Restrukturierungen und bei der Umsetzung der individual- und kollektivrechtlichen Beziehungen im Unternehmen. Ein weiterer Schwerpunkt ihrer Tätigkeit ist die Beratung zu Corporate Governance im Unternehmen sowie bei der Einführung und Umsetzung von Compliance-Programmen auf nationaler und internationaler Ebene.



Karoline Kettenberger

Sie berät internationale und nationale Unternehmen zu allen Fragen des französischen Individual- und Kollektivarbeitsrechts. Ein besonderer Schwerpunkt ihrer Tätigkeit liegt auf der Beratung zu sowie der Umsetzung von grenzüberschreitenden Projekten, wie beispielsweise Restrukturierungen und Entsendungen.

53 Art. 11 AU-004.

54 Art. 1 AU-004.

55 Loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi.

56 Art. 8 AU-004.