

Leitfaden Whistleblowing in Deutschland

Am 17.12.2021 läuft die Frist für die Umsetzung des Hinweisgeberschutzes in Europa ab. Ein deutsches Gesetz zu dem Thema steht noch aus. Dieser Leitfaden zeigt die Inhalte der Richtlinie auf und erläutert, warum ein Zuwarten auf den deutschen Gesetzgeber gar nicht sinnvoll ist.



I. EINLEITUNG

Die am 23.10.2019 verabschiedete und am 27.11.2019 im Amtsblatt der EU veröffentlichte „**Richtlinie zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden**“ (nachfolgend: „Whistleblower-Richtlinie“ oder „WBRL“) ist von den nationalen Gesetzgebern der einzelnen EU-Staaten bis zum 17.12.2021 in nationale Gesetze umzusetzen. In Deutschland ist dies bisher nicht geschehen, ein Gesetzentwurf der großen Koalition scheiterte an Unstimmigkeiten darüber, welche Art von Verstößen in den Geltungsbereich des Gesetzes fallen soll.

Ungeachtet der Tatsache, dass alsbald nach Bildung einer neuen Bundesregierung mit einem neuen Entwurf zu rechnen ist, bietet dieser Leitfaden einen Überblick über die aus der Richtlinie folgenden Compliance-Anforderungen an Unternehmen.

Die Aufgabe stellt sich insbesondere Personalabteilungen, da die Richtlinie an den **Begriff des Beschäftigten** anknüpft und davon ausgeht, dass es ausschließlich Mitarbeiter sind, die es entweder als Hinweisgeber oder zu

„Whistleblowing“ ist insbesondere eine Aufgabe für Personalabteilungen

Unrecht Beschuldigte zu schützen gilt. Die Beweislastregelungen der Richtlinie bewirken, dass sämtliche Personalentscheidungen zu dokumentieren sind, um spätere Nachteile zu vermeiden. Auch die Umsetzung z.B. durch Implementierung eines Meldesystems wird vorrangig den Personalbereich betreffen, insbesondere dort, wo die betriebliche Mitbestimmung beachtet werden muss. Auch dort, wo dies nicht der Fall ist, müssen arbeitsrechtliche Grundsätze wie **Persönlichkeitsschutz, Gleichbehandlung** und **Diskriminierungsschutz** ebenso wie **Beschäftigtendatenschutz** beachtet werden. Dagegen spielen andere Rechtsbereiche nur dann eine Rolle, wenn es um die Bewertung konkreter Hinweise z.B. aus dem Kartellrecht geht oder im Rahmen interner Ermittlungen auch das Strafrecht beachtet werden muss.

Angesichts der voraussichtlich nicht mehr rechtzeitig erfolgenden Umsetzung in deutsches Recht wird zudem eine direkte Wirkung von Teilen der Richtlinie diskutiert.

In einer abschließenden Wertung werfen wir die Frage auf, ob es für Unternehmen sinnvoll ist, erst einmal die Entwicklungen abzuwarten. Dies beinhaltet auch eine weitere Kernfrage, namentlich ob die Schaffung eines internen Meldesystems auch für kleinere Unternehmen vorteilhaft ist.

II. Inhalt der Richtlinie

1. Zweck der Regelung und bisherige Rechtslage in Deutschland

Die Whistleblower-Richtlinie geht davon aus, dass es im Interesse der Allgemeinheit und der Unternehmen ist, vor Schäden geschützt zu werden, die durch unrechtmäßiges Verhalten insbesondere von Behörden- oder Unternehmensangehörigen hervorgerufen werden. Hierbei werden vielfach Insider den besten Einblick haben und in der Lage sein derartiges (Fehl-)Verhalten zu melden.

Die Richtlinie verfolgt dabei den Zweck, potentiellen Hinweisgebern geeignete und reglementierte Wege zur Meldung zur Verfügung zu stellen und zugleich Hinweisgeber vor Repressalien zu schützen.

Nach der bisherigen Rechtslage besteht in Deutschland kein besonderer gesetzlicher Schutz für derartige Hinweisgeber und die Gerichte haben uneinheitlich und keinesfalls immer im Sinne des Schutzes von Hinweisgebern entschieden. Dies steht in einer langen Tradition der Anschauungen in Deutschland, wo bedingt durch historische Erfahrungen des 20. Jahrhunderts Hinweisgeber nicht selten als Denunzianten angesehen wurden. Eine gewisse Grundskepsis ist trotz erwiesener Vorteile des Hinweisgeberschutzes bis heute erhalten geblieben. Erst langsam beginnt sich die Erkenntnis durchzusetzen, dass es nicht die Hinweisgeber sind, die Behörde oder Unternehmen schädigen, sondern diejenigen, die sich rechtswidrig verhalten.

2. Persönlicher Geltungsbereich



Die Richtlinie schützt grundsätzlich alle Personen, welche in einer „arbeitsbezogenen Verbindung“ mit einem Unternehmen stehen. Dies ist nicht beschränkt auf **aktive und ehemalige Arbeitnehmer** eines Unternehmens, sondern umfasst auch atypische Beschäftigungsverhältnisse, bspw.

Leiharbeiter, Selbstständige, Organmitglieder, Aktionäre des Unternehmens, **Bewerber**, freiwillige Mitarbeiter, Praktikanten, Subunternehmer und sogar Lieferanten. Dabei gilt der Hinweisgeberschutz sowohl in der Privatwirtschaft als auch im öffentlichen Bereich.

3. Sachlicher Geltungsbereich

Entsprechend der Gesetzgebungskompetenz der EU konnte die Richtlinie nur Hinweise auf Sachverhalte erfassen, die EU-Recht betreffen.

Ausdrücklich genannt sind folgende Bereiche:

- » öffentliche Auftragsvergabe,
- » Finanzdienstleistungen,
- » Geldwäsche,
- » Terrorismusfinanzierung,
- » Produktsicherheit,
- » Verkehrssicherheit,
- » Umweltschutz,
- » kerntechnische Sicherheit,
- » Lebensmittel- und Futtermittelsicherheit,
- » Tiergesundheit und Tierschutz,
- » öffentliche Gesundheit,
- » Verbraucherschutz,
- » Schutz der Privatsphäre,
- » Datenschutz,
- » Sicherheit von Netz- und Informationssystemen,
- » Binnenmarktvorschriften im Sinne von Art. 26 Abs. 2 AEUV einschl. EU Wettbewerbsvorschriften,
- » Körperschaftssteuervorschriften sowie
- » Verstöße gegen die finanziellen Interessen der EU nach Art. 325 AEUV.

Die Richtlinie erfasst nur Hinweise auf Verstöße gegen EU-Recht



Da es sich bei der Erstreckung auf Rechtsverstöße in anderen Bereichen um die in Deutschland umstrittenste Frage handelte, wird an dieser Stelle genau zu beobachten sein wie die Umsetzung in Deutschland erfolgt.

4. Arten von Meldesystemen

Es war stets eine der großen Streitfragen in Deutschland, ob sich ein Hinweisgeber direkt an die Öffentlichkeit wenden darf, ohne zuvor einen (vermeintlichen) Missstand intern angesprochen zu haben.

Die Richtlinie sieht nunmehr **interne und externe Meldewege** vor, von denen kein Weg einen absoluten Vorrang genießt. Lediglich für den Weg in die Öffentlichkeit, also z.B. Presse oder soziale Medien, gibt es Einschränkungen (Ultima Ratio).

Unternehmen mit 50 Arbeitnehmern oder mehr müssen ein internes Meldesystem einrichten

Ein wichtiger Punkt der Richtlinie ist die Verpflichtung für Unternehmen ein internes Hinweisgebersysteme einrichten, wenn zumindest 50 Arbeitnehmer beschäftigt werden. Die Mitgliedsstaaten können diese

Grenze auch herabsetzen, andererseits kann es Erleichterungen für Unternehmen mit bis zu 249 Arbeitnehmern (gemeinsames Meldesystem; Übergangsfristen) geben. Es ist umstritten, ob ein konzernweites System zulässig sein soll.

Weiter enthält die Richtlinie **zahlreiche Mindestvorgaben für das interne Meldesystem**. Diese betreffen insbesondere den Schutz der Vertraulichkeit und den Datenschutz aller Beteiligten (auch etwaiger Beschuldigter) sowie Vorgaben zum zeitlichen Ablauf der Behandlung einer Beschwerde.

Hinsichtlich des externen Systems sind die Mitgliedsstaaten zur Einrichtung einer zuständigen Behörde verpflichtet. Auch hierfür wurden Verfahrensregelungen vorgegeben. Nach dem (gescheiterten) Gesetzentwurf war als zuständige deutsche Behörde der Bundesbeauftragte für Datenschutz und Informationssicherheit vorgesehen.

5. Schutzmaßnahmen

Der Kern der Regelungen der Richtlinie besteht in dem **Schutz gutgläubiger Hinweisgeber**. Auf das Motiv der Meldung kommt es nicht an, nicht geschützt werden nur wissentliche Falschmeldungen.

Der Schutz vor Repressalien ist nicht im Detail, sondern nur als Grundsatz festgehalten, offenkundig wollte die EU den Mitgliedsstaaten insoweit einen Spielraum unter Berücksichtigung der Besonderheiten des lokalen Arbeitsrechts einräumen.

Wichtig ist allerdings das **Prinzip der Beweislastumkehr zulasten der Unternehmen**. Dies bedeutet, dass nach einem Hinweis eine Vermutung dafür spricht, dass etwaige spätere Benachteiligungen auf diesem Hinweis beruhen.

Arbeitgeber müssen eingehende Hinweise sorgfältig dokumentieren

Im Streitfall wäre es Aufgabe des Arbeitgebers, diese Vermutung auszuräumen. Anderenfalls kann der Arbeitnehmer Schadensersatz (ggfls. auch durch Gleichbehandlung) verlangen.

Evident ist hier die **Missbrauchsgefahr**. Dies bedeutet für Arbeitgeber, dass alle eingehenden Hinweise sorgfältig zu dokumentieren sind. Etwaige zeitlich daran anschließende „nachteilige Behandlungen“ der Hinweisgeber sind sorgfältig zu dokumentieren und zu begründen. Dies betrifft jede Art von Personalentscheidungen, z.B. Kündigungen, Beförderungen, Entscheidungen über Bonuszahlungen und vieles mehr.

Schließlich sind die Mitgliedstaaten verpflichtet „**wirksame, angemessene und abschreckende**“ Sanktionen für natürliche und juristische Personen vorzusehen, die das Melden etwaiger Verstöße verhindern oder zu verhindern versuchen, Repressalien oder Benachteiligungen gegen geschützte Personen verhängen oder die Identität des Hinweisgebers unberechtigt preisgeben.

6. Betriebliche Mitbestimmung und interne Ermittlungen

Dem zuständigen Betriebsrat steht in vielfacher Hinsicht ein **Mitbestimmungsrecht bei der Ausgestaltung** des Hinweisgeberschutzes zu.

Dieses umfasst sowohl Verhaltensregeln für Mitarbeiter als auch die technische Umsetzung eines internen Meldesystems. Darüber hinaus sind die datenschutzrechtlichen Regelungen ebenso zu beachten wie die Persönlichkeitsrechte aller Beteiligten.

Wichtige damit verknüpfte Themen sind insbesondere die Regelung interner Verantwortlichkeiten, wenn das Meldesystem intern betrieben werden soll sowie der Ablauf der internen Ermittlungsverfahren. Letztere bedürfen einer gründlichen Planung sowie juristischer Expertise.

III. Unmittelbare Wirkung der Richtlinie ab dem 18.12.2021?

Grundsätzlich richtet sich der Auftrag einer Richtlinie an die Mitgliedsstaaten. Daher entfaltet eine Richtlinie vor ihrer nationalen Umsetzung keine Rechtswirkungen in dem Rechtsverhältnis zwischen dem Einzelnen und dem Staat (vertikal).

Ausnahmsweise kann etwas anderes gelten, wenn

- (1) die Richtlinie trotz Fristablaufes nicht in innerstaatliches Recht umgesetzt worden ist und
- (2) von ihrem Inhalt her unbedingt und hinreichend bestimmt ist, um im Einzelfall angewendet zu werden.

In diesem Fall können sich Einzelne gegenüber dem Staat vor nationalen Behörden und Gerichten auf sie begünstigende Vorschriften einer Richtlinie berufen. Der Mitgliedstaat soll aus seiner Säumnis gegenüber den von einer Richtlinie Begünstigten keinen Vorteil ziehen.

Damit ist aber noch nicht die Frage entschieden, ob dies auch zwischen Privaten, mithin dem Arbeitgeber und dem Hinweisgeber gilt. Die Rechtsprechung lehnt dies überwiegend ab, da von dem Einzelnen schwierige Überlegungen darüber, ob sich eine Richtlinie ihrem Inhalt nach für eine unmittelbare Anwendbarkeit eignet und für ihn Pflichten im innerstaatlichen Recht begründen kann oder nicht, nicht erwartet werden dürfen.

Möglich ist allerdings eine **europarechts-**
konforme Auslegung deutschen Rechts

durch die Arbeitsgerichtsbarkeit. Gerade in Deutschland, wo es kaum rechtliche Regelungen zum Hinweisgeberschutz gibt, liegt es nahe die Grundprinzipien

der Richtlinie anzuwenden, z.B. wenn es um den Persönlichkeitsschutz und die Benachteiligung hinweisgebender Arbeitnehmer geht. So besteht zwar keine Verpflichtung zur Einrichtung eines internen Meldesystems, wohl aber muss der Schutz eines gutgläubigen Hinweisgebers, z.B. durch die Anwendung der Beweislastumkehrregel, gewährleistet werden. Diese gilt im Übrigen unabhängig von der Unternehmensgröße, sodass es insoweit auf die Mitarbeiterzahl gar nicht ankommt.

Auch wenn die Richtlinie noch nicht umgesetzt ist, muss der Schutz eines gutgläubigen Hinweisgebers gewährleistet werden.

IV. Abwarten oder jetzt handeln?



Der Gesetzgeber müsste die Umsetzung der Whistleblower-Richtlinie nun eigentlich unmittelbar voranbringen. Damit stellt sich die Frage, ob es Sinn macht jetzt bereits zu handeln oder ob das Ergebnis des Gesetzgebungsverfahrens abgewartet wird.

Für ein Zuwarten auf eine gesetzliche Regelung kann allein sprechen, dass deren genauer Inhalt noch nicht bekannt ist. Berücksichtigt man allerdings den schon einmal eingebrachten Entwurf, der lediglich in einem einzigen Punkt (sachlicher Geltungsbereich) umstritten war, dürfte die Beurteilung anders ausfallen.

Dabei ist zusätzlich zu berücksichtigen, dass **Teile der Richtlinie ohnehin bereits ab dem 17.12.2021 gelten** und sich Arbeitgeber in ihren Verfahrensabläufen hierauf vorbereiten müssen.

Hinsichtlich der Entscheidung für oder gegen ein internes Hinweisgebersystem gilt unabhängig von der Unternehmensgröße folgendes:

Wer vermeiden möchte, dass sich Mitarbeiter und sonstige Hinweisgeber künftig direkt an die externe Meldestelle wenden benötigt ein internes System.

Dies ist in mehrfacher Hinsicht vorzugswürdig:

- 1. Die Aufklärung kann (jedenfalls zunächst) intern erfolgen, viele Beschwerden lassen sich so geräuschlos erledigen.*
- 2. Reputationsschäden durch in die Öffentlichkeit getragene Streitigkeiten lassen sich vermeiden.*

3. *Nach der gesetzlichen Regelung wird es mit Hinweis auf die Richtlinie keine langen Umsetzungsfristen geben, dann ist also Eile geboten, egal was sonst anliegt. Heute lässt sich das Projekt noch in Ruhe vorbereiten. Sofern an einen Ombudsmann gedacht wird lässt sich ein solcher heute noch finden, dies wird u.U. bei einem „Rush“ nach dem Inkrafttreten eines deutschen Gesetzes anders sein.*
4. *Ein transparentes Hinweisgebersystem signalisiert an Mitarbeiter, Bewerber und die Öffentlichkeit eine offene Unternehmenskultur. Das Gegenteil also von „nichts sehen, nichts hören und nichts sprechen“, mithin einer Geschäftsförderung „um jeden Preis“.*
5. *Es wird damit gerechnet, dass viele Dienstleister, z.B. Banken und Versicherungen ein internes Hinweisgebersystem als Teil der Compliance und Nachhaltigkeitsprüfung von ihren Geschäftspartnern unabhängig von gesetzlichen Verpflichtungen verlangen werden.*

Dabei sollte der in Deutschland umstrittene Aspekt, welche Hinweise denn schutzwürdig sind, in einem gut geführten Unternehmen eigentlich gar keine Rolle spielen. Wer wollte ernsthaft Hinweise daraufhin filtern, ob EU-Recht betroffen ist oder nicht? Überdies würde die Unternehmensführung so signalisieren, dass die Meldung deutscher Rechtsverstöße nicht geschützt wird, eine fatales Zeichen für Compliance im Unternehmen.

V. Fazit

Die Umsetzung des Hinweisgeberschutzes in Unternehmen ist dringlich. Die hierfür notwendige (arbeitsrechtliche) Expertise setzen Sie bei uns zurecht voraus.

Darüber hinaus haben wir die wichtigsten Anbieter von IT-gestützten Meldesystemen getestet, untersucht und miteinander verglichen. Während viele Kanzleien eine Partnerschaft mit einem einzelnen Anbieter eingegangen sind und zum Teil auch selbst als Betreiber eines Systems tätig werden haben wir uns für Unabhängigkeit und Transparenz ohne finanzielle Eigeninteressen entschieden. So können wir optimal beraten und Vor- und Nachteile der verschiedenen Optionen erläutern. Hierfür haben wir dezidierte Beratungsangebote (-pakete?) entwickelt, die wir Ihnen gerne vorstellen.

Bitte sprechen Sie uns an, wenn Sie Interesse an einem unverbindlichen Informationstermin (gerne auch online) haben.

Kontakt

EMPLAWYERS

Falder Walk Bertram PartmbB

Prinzregentenstr. 95

81677 München

Phone: +49 89 18 94 53 800

Email: kontakt@emplawyers-muenchen.de

Web: www.emplawyers-muenchen.de