



Betriebs Berater

9 | 2021

D&O-Versicherung ... Selbstanzeige ... Nachhaltigkeitsberichterstattung ... Whistleblowing ...

1.3.2021 | 76. Jg.
Seiten 513–576

DIE ERSTE SEITE

Prof. Dr. Jens M. Schmittmann, RA/FAHaGesR/FAInsR/FAStR/StB
Braucht es ein Corona-Steuerhilfegesetz III?

WIRTSCHAFTSRECHT

Beata Drenker und **Dr. Mirjam Boche**, RAin
Aktuelles zur D&O-Versicherung in Krise und Insolvenz | 515

Nicole Böck, RAin, und **Jakob Theurer**, LL.M., RA
Herstellerepflichten und Haftungsrisiken bei IT-Sicherheitslücken vernetzter Produkte | 520

STEUERRECHT

Prof. Dr. Peter Bildorfer, RA, Präsident des FG a. D., und **Michael Kaufmann**, RA/FAStrafR
Die gescheiterte Selbstanzeige als Eintrittskarte für eine wirksame Selbstanzeige? | 535

Dipl.-Kfm. **Prof. Dr. Oliver Middendorf**, WP/StB, und **Mike Rickermann**, M.A., StB
§ 15a EStG und vermögensverwaltende Personengesellschaften | 539

Dipl.-Finw. **Gerhard Brusckke**
Die Haftung Dritter bei Datenübermittlungen an Finanzbehörden (§ 72a AO) | 544

BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT

Dipl.-Kfm. **Georg Lanfermann**, WP/StB
Ein zweiter IASB oder nur ein EU-Standardsetzer: Wie international wird die künftige Nachhaltigkeitsberichterstattung? | 555

Dr. Norbert Roß, WP/StB
Günstiger Gelegenheitskauf beim Asset Deal: Ist DRS 23 die Lösung? | 559

ARBEITSRECHT

Dr. Ines Keitel, RAin, und **Alicia Busch**, RAin
Der neue Referentenentwurf für ein Betriebsrätestärkungsgesetz – wesentliche Änderungen | 564

Dr. Maximilian Degenhart, RA, und **Dr. Anne Dziuba**, RAin
Die EU-Whistleblower-Richtlinie und ihre arbeitsrechtlichen Auswirkungen | 570

den Spruch der Einigungsstelle gelten.⁶³ Damit stellt sich der Entwurf bewusst gegen die Entscheidung des BAG vom 5.10.2010,⁶⁴ wonach die Unterzeichnung des Einigungsstellenspruchs durch den Vorsitzenden nicht durch die elektronische Form und auch nicht durch die Textform ersetzt werden kann.

Der Gedanke des BMAS, vor dem Hintergrund der Pandemie-Erfahrungen den einfacheren und schnellen Abschluss von Betriebsvereinbarungen fördern zu wollen, ist richtig. Völlig zurecht weist jedoch *Zumkeller* darauf hin, dass dies durch ein Erfordernis qualifizierter elektronischer Signatur nicht erreicht werden dürfte.⁶⁵ Wünschenswert und ausreichend wäre die einfache Textform gewesen.

Die Notwendigkeit, Betriebsvereinbarungen an geeigneter Stelle im Betrieb bekanntzumachen, § 77 Abs. 2 S. 3 BetrVG, entfällt durch den Referentenentwurf nicht.

II. Fazit

Der Referentenentwurf bedarf einer erheblichen Reduzierung des angestrebten Regelungsumfangs sowie der Präzisierung anhand praktischer Bedürfnisse. Längst überfällige Regelungen wie die dauerhafte Ermöglichung der Nutzung von Telefon- und Videokonferenz für Betriebsratssitzungen gehen in der geplanten Ausgestaltung einerseits nicht weit genug und werden andererseits von deutlich überschießenden Eingriffen in das Kündigungsschutzgesetz (KSchG) und das Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) flankiert, die im ersten Fall beträchtliches Missbrauchspotenzial zu Lasten von Arbeitgebern und im zweiten Fall erhebliche finanzielle Belastungen für Unternehmen in sich bergen. Der Entwurf eines Betriebsrätestärkungsgesetzes hätte Anlass bieten können, der Entwicklung einer vielfach gestärkten Kooperation der Betriebsparteien in der Corona-Krise und der gesteigerten Expertise von Technologieausschüssen Rechnung zu tragen. Stattdessen greift der Entwurf insbesondere bei der Einführung eines Mitbestimmungsrechts bei Home Office sowie bei der Unterstellung der Erforderlichkeit der

Hinzuziehung eines IT-Sachverständigen bei Angelegenheiten des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG durch unklare und unnötige Regelungen in dieses Verhältnis ein, die die Praxis erschweren werden.

Unternehmen werden im Falle der Umsetzung des Referentenentwurfs mit ganz erheblichen finanziellen Mehrbelastungen durch die vereinfachte Hinzuziehung eines Sachverständigen für Informations- und Kommunikationstechnik rechnen müssen, die in der Entwurfsbegründung in ihren praktischen und finanziellen Auswirkungen völlig unterschätzt werden.

Dr. Ines Keitel ist Partnerin und Leiterin der deutschen Arbeitsrechtspraxis bei Clifford Chance Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung.



Alicia Busch ist Rechtsanwältin im Bereich Arbeitsrecht bei Clifford Chance Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung.



⁶³ RefE des BMAS, Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Betriebsratswahlen und zur Stärkung der Betriebsräte (Betriebsrätestärkungsgesetz), S. 12.

⁶⁴ Vgl. Begründung zum RefE des BMAS, Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Betriebsratswahlen und zur Stärkung der Betriebsräte (Betriebsrätestärkungsgesetz), S. 16; BAG, 5.10.2010 – 1 ABR 31/09, BB-Entscheidungsreport *Powietzka*, BB 2011, 1087, BeckRS 2011, 67761, Rn. 18.

⁶⁵ Vgl. *Zumkeller*, BB 2021, I.

Dr. Maximilian Degenhart, RA, und Dr. Anne Dziuba, RA in

Die EU-Whistleblower-Richtlinie und ihre arbeitsrechtlichen Auswirkungen

Neue Compliance-Pflichten für Unternehmen ab 50 Angestellten oder einem Umsatz in Höhe von min. 10 Mio. Euro/Jahr und Kommunen ab 10000 Einwohnern: Aufgrund der EU-Hinweisgeberrichtlinie (EU-Whistleblowerrichtlinie) sollten besagte Unternehmen und Kommunen interne Hinweisgebersysteme einrichten. Angestellte dürfen ab dem 17.12.2021 interne Missstände entweder an die eigene Organisation melden (sofern ein internes Hinweisgebersystem vorhanden ist) oder sich direkt an Behörden wenden. Ab dem Zeitpunkt der Meldung werden diese Angestellten arbeitsrechtlich umfassend vor Sanktionen ge-

schützt. Der folgende Beitrag zeigt, was auf Unternehmen und Kommunen zukommt und beschäftigt sich zudem mit den arbeitsrechtlichen Folgen der Richtlinie.

I. Hintergrund der EU-Hinweisgeberrichtlinie

Hinweisgeber schrecken aus Angst vor Repressalien häufig von einer Meldung über Missstände zurück, ihre Bedenken oder ihren Verdacht zu melden. Dabei ist jedoch zu bedenken, dass der Einsatz von Hin-

weisersystemen und dem Schutz der Hinweisgeber vor Repressalien die Aufklärung von Rechtsverstößen oder Missständen fördert bzw. diese von Anfang an vermeidet.¹ Auf Unionsebene ist es zunehmend anerkannt, dass es eines ausgewogenen und effizienten Hinweisgeberschutzes bedarf.

Der europäische Gesetzgeber setzt nun konsequenterweise mit der EU-Hinweisgeberrichtlinie einen gemeinsamen Mindeststandard innerhalb der europäischen Union für den Schutz von Hinweisgebern. Neben dem umfassenden Schutz von Hinweisgebern werden zusätzlich die Einrichtung von sog. internen und sog. externen Meldekanälen sowie Folgemaßnahmen verpflichtend geregelt.

In Deutschland besteht eine Pflicht zur Einrichtung eines Hinweisgebersystems bis dato nur für einzelne Branchen. So sind momentan nur Kreditinstitute² und Versicherungen³ verpflichtet, eine Hinweisgeberstelle als Meldekanal zu betreiben.⁴ Jedoch gehört die Einrichtung eines Hinweisgebersystems bereits bei vielen Unternehmen zur „best practice“ und ist Bestandteil eines effektiven Compliance-Programms.⁵ Eine interne Meldung bietet den Unternehmen hierbei auch die Möglichkeit, zunächst interne Ermittlungen voranzutreiben und so eine Beteiligung Dritter zu vermeiden.

II. Regelungen der EU-Hinweisgeberrichtlinie

1. Adressaten der EU-Hinweisgeberrichtlinie

Für juristische Personen des Privatrechts gilt die Pflicht zur Einrichtung eines Hinweisgebersystems für Unternehmen mit mindestens 50 Angestellten, Art. 8. Abs. 3 WBRL. Auch Non-Profit Organisationen sind ab einer Anzahl von 50 Angestellten von der Pflicht zur Einrichtung eines Hinweisgebersystems erfasst.⁶ Eine Ausnahme von diesem Schwellenwert und somit eine unabhängig von der Angestelltenzahl bestehende Pflicht liegt nach Art. 8 Abs. 4 der EU-Hinweisgeberrichtlinie dann vor, wenn die juristische Person in den Bereichen der Finanzdienstleistungen, Finanzprodukte und Finanzmärkte sowie der Verhinderung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung tätig ist.⁷ In den Erwägungen wird klargestellt, dass solchen juristischen Personen nicht die Begünstigung der Kleinunternehmer mit einer Angestelltenzahl von 50 zustehen soll.

Entgegen der deutschen Sprachfassung der EU-Hinweisgeberrichtlinie werden nicht nur juristische Personen des Privatrechts, sondern alle Rechtsträger, die selbst Träger von Rechten und Pflichten sein können, erfasst. In Deutschland sind also auch (teil-)rechtsfähige Personengesellschaften und nicht eingetragene Vereine erfasst.⁸

Daneben kann ein Mitgliedstaat nach einer geeigneten Risikobewertung, die der Art der Tätigkeiten der juristischen Person und dem von ihr ausgehenden Risiko Rechnung trägt, auch Unternehmen mit weniger als 50 Angestellten zur Errichtung interner Meldekanäle und -verfahren verpflichten, Art. 7 WBRL. Die diesbezügliche Umsetzung der EU-Hinweisgeberrichtlinie in Deutschland bleibt abzuwarten.

Private Unternehmen mit 50 bis 249 Angestellten können hierbei für die Entgegennahme von Meldungen und für möglicherweise durchzuführende Untersuchungen Ressourcen teilen. Zudem kann der Gesetzgeber diese kleinen Unternehmen von der Pflicht, einen internen Meldekanal und -verfahren bereitzustellen, bis zum 17.12.2023 befreien, Art. 26 Abs. 2 WBRL.

Die Verpflichtung, einen internen Meldekanal und -verfahren einzurichten, gilt zudem für alle juristischen Personen des öffentlichen Sek-

tors, einschließlich Stellen, die im Eigentum oder unter der Kontrolle einer solchen juristischen Person stehen.

Die Mitgliedstaaten können Gemeinden mit weniger als 10000 Einwohnern oder weniger als 50 Angestellten oder sonstige juristische Personen mit weniger als 50 Angestellten von der Verpflichtung ausnehmen, Art. 8 Abs. 9 S. 2 WBRL. Im Umkehrschluss besteht daher grundsätzlich eine Verpflichtung für Gemeinden mit mehr als 10000 Einwohnern und sonstigen juristische Personen mit mehr als 50 Angestellten.

2. Interne und externe Meldekanäle

Die EU-Hinweisgeberrichtlinie führt die Pflicht zur Errichtung und Unterhaltung von externen sowie internen Meldekanälen – sog. Hinweisgeberstellen – ein. Den Hinweisgebern soll durch die bereitgestellten Meldekanäle die Möglichkeit zur Abgabe von anonymen Hinweisen gegeben werden, welche zu einer Untersuchung des mit dem Hinweis verbundenen Sachverhalts führt. Während die externen Meldekanäle durch Behörden bereitgestellt werden, welche von den Mitgliedstaaten ausgewählt werden, sind die internen Meldekanäle solche, die eine juristische Person einzurichten und zu unterhalten hat. Die Pflicht, einen internen Meldekanal einzurichten, trifft juristische Personen des privaten sowie des öffentlichen Sektors gleichermaßen, Art. 8 Abs. 1 WBRL.

Der Hinweisgeber kann sich hierbei frei entscheiden, ob er seine Informationen dem internen Kanal oder direkt der Behörde als externe Stelle offenbart. Zu beachten ist, dass die Person, welche dem Grund der Meldung am nächsten ist, einer Meldung am ehesten nachgeht und dem Verstoß am effektivsten abhilft.⁹

3. Ausgestaltungen des internen Hinweisgebersystems

Bei der Ausgestaltung des Meldekanals sind juristische Personen des öffentlichen sowie des privaten Sektors frei, soweit die Vertraulichkeit der Identität des Hinweisgebers gewahrt bleibt. Ein Meldekanal kann beispielsweise durch die Nutzung von externen Hotlines, mailboxbasierten Telefonsystemen, webbasierten Meldesystemen oder der Kooperation mit einem Dritten bereitgestellt werden.

Entscheidend ist, dass der Meldekanal nach Art. 9 WBRL die folgenden Anforderungen erfüllt:

- Der Meldekanal muss die Meldung in schriftlicher oder mündlicher bzw. in beiden Formen ermöglichen. Soweit es sich um eine mündliche Meldung handelt, muss diese per Telefon oder mittels einer anderen Art der Sprachübermittlung erfolgen sowie – auf Ersuchen des Hinweisgebers – im Wege einer physischen Zusammenkunft innerhalb eines angemessenen Zeitrahmens möglich sein.
- Meldekanäle müssen so sicher konzipiert, eingerichtet und betrieben werden, dass die Vertraulichkeit der Identität des Hinweisgebers und Dritter, die in der Meldung erwähnt werden, gewahrt bleibt und nicht befugten Angestellten der Zugriff darauf verwehrt wird.

1 Erwägungsgrund 1 WBRL.

2 § 25a KWG.

3 § 23 VAG.

4 Miede, CCZ 2018, 45, 45.

5 Miede, CCZ 2018, 45, 45.

6 Fehr, CB 2021, 17–20, 19.

7 Colneric/Gerdemann, Die Umsetzung der Whistleblower-Richtlinie in deutsches Recht, HSI-Schriftenreihe, Bd. 34, 2020, S. 23.

8 Gerdemann/Spindler, ZIP 2020, 1896–1907, 1904; Art. 8 Abs. 1 WBRL (englische Fassung): „legal entities in the private and public sector“, Deutsche Fassung: „juristische Personen des privaten und öffentlichen Sektors“.

9 Erwägungsgrund 47 WBRL.

- Nach Eingang der Meldung ist dem Hinweisgeber innerhalb einer Frist von sieben Tagen dieser Eingang zu bestätigen.
- Rückmeldung an den Hinweisgeber spätestens drei Monate ab der Bestätigung des Eingangs der Meldung bzw. – wenn der Eingang dem Hinweisgeber nicht bestätigt wurde – drei Monate nach Ablauf der Frist von sieben Tagen nach Eingang der Meldung.
- Benennung einer unparteiischen Person oder Abteilung, die für die Folgemaßnahmen zu den Meldungen zuständig ist, wobei es sich um dieselbe Person oder Abteilung handeln kann, die die Meldungen entgegennimmt und die mit dem Hinweisgeber in Kontakt bleibt, diesen erforderlichenfalls um weitere Informationen ersucht und ihm Rückmeldung gibt.

Daneben besteht die Pflicht, dem Hinweisgeber in einer angemessenen Zeit eine Rückmeldung zu den ergriffenen Folgemaßnahmen zu erteilen und den Verlauf zu dokumentieren, Art. 18 Abs. 1 S. 1 WBRL. Die Meldung über die Folgemaßnahmen trägt entscheidend dazu bei, ein Vertrauen in den allgemeinen Hinweisgeberschutz aufzubauen und unnötige Meldungen oder Offenlegungen zu senken.¹⁰

III. Stand der Richtlinienumsetzung in Deutschland

Der Schutz von Hinweisgebern und die Pflicht zur Einrichtung eines Hinweisgebersystems folgt noch nicht aus der EU-Hinweisgeberrichtlinie selbst. Als europäischer Gesetzgebungsakt gelten Richtlinien in den Mitgliedstaaten nicht unmittelbar, sie bedürfen der Umsetzung durch die einzelnen Mitgliedstaaten. Die Umsetzung hat bis zum 17.12.2021¹¹ zu erfolgen und ist in Deutschland bereits angekündigt. Der Gesetzentwurf sieht nach einer Mitteilung der Bundesjustizministerin vor, dass Hinweisgeber über das Hinweisgebersystem nicht nur Verstöße gegen Unionsrecht melden können, sondern auch Verstöße gegen nationales Recht einbezogen sind. Durch diese überschießende Umsetzung steigt die Relevanz der Thematik nochmals.

IV. Aktueller Stand zum arbeitsrechtlichen Schutz von Hinweisgebern

Nach aktueller Rechtslage existiert bis zur Umsetzung der EU-Hinweisgeberrichtlinie kein genereller arbeitsrechtlicher Schutz zugunsten von Hinweisgebern.¹² Es finden sich allenfalls einzelne spezialgesetzliche Regelungen, wie etwa die §§ 84, 85 BetrVG, die besondere Beschwerde-rechte für Beschwerden gegenüber dem Betriebsrat normieren.¹³ Sowohl das Benachteiligungsverbot aus § 84 Abs. 3 BetrVG als auch das allgemeine Maßregelungsverbot gem. § 612a BGB bieten jedoch keinen umfassenden Schutz von Hinweisgebern.

Die Zulässigkeit des Whistleblowings ist aus arbeitsrechtlicher Sicht vielmehr aufgrund einer Abwägung zwischen dem Geheimhaltungsinteresse des Arbeitgebers und dem berechtigten Interesse des Arbeitnehmers an der Offenlegung der Information zu beurteilen.¹⁴

Ist der Arbeitnehmer gesetzlich oder vertraglich zur Erstattung einer Strafanzeige gegen den Arbeitgeber verpflichtet oder würde er sich selbst einem Strafverfolgungsrisiko aussetzen, so liegt keine Verletzung der Loyalitäts- und Verschwiegenheitspflicht des Arbeitnehmers vor.¹⁵

Ist keine Anzeigepflicht gegeben oder macht der Arbeitnehmer wesentlich oder leichtfertig falsche Angaben, besteht für den anzeigenden Arbeitnehmer die Gefahr von arbeitsrechtlichen Sanktionen.

Die Rechtsprechung nimmt eine umfassende Interessenabwägung im Einzelfall vor, in die die Motivation des hinweisgebenden Arbeitnehmers,¹⁶ die Berechtigung der Anzeige,¹⁷ das Vorliegen alternativer Handlungsmöglichkeiten¹⁸ sowie die Höhe des Imageschadens¹⁹ einfließt.²⁰ Der Ausgang einer solchen Interessenabwägung ist für den handelnden Arbeitnehmer kaum vorherzusehen. Daher ist im Einzelfall für den Arbeitnehmer oft unklar, ob von der Rechtsprechung eine vorrangige interne Klärung verlangt wird oder ob eine externe Anzeige zulässig ist.

Seit April 2019 erfährt der Geheimnisschutz dabei eine Regelung durch das Geschäftsgeheimnisgesetz (GeschGehG). Zweck des Geschäftsgeheimnisgesetzes ist, den bislang nur lückenhaft bestehenden Schutz des geistigen Eigentums- und Lauterkeitsrechts²¹ durch Schaffung eines „ausreichenden und kohärenten zivilrechtlichen Schutzes“ von Geschäftsgeheimnissen zu schließen.²²

Besteht ein berechtigtes Interesse am Schutz des Geschäftsgeheimnisses, so statuiert das Geschäftsgeheimnisgesetz unter anderem zivilrechtliche Ansprüche gegen den Offenlegenden (§ 6 ff.).

Für Hinweisgeber enthält das Geschäftsgeheimnisgesetz dabei in § 5 Nr. 2 eine Ausnahme: Die Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses ist nicht verboten, wenn dies zum Schutz eines besonderen Interesses erfolgt, insbesondere zur Aufdeckung einer rechtswidrigen Handlung oder eines beruflichen oder sonstigen Fehlverhaltens, wenn die Erlangung, Nutzung oder Offenlegung geeignet ist, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen. Diese Regelung bezweckt dabei jedoch keinen allgemeinen Schutz von Hinweisgebern.²³ Sie ist vielmehr als eine Begrenzung des Geheimhaltungsinteresses des Arbeitgebers zu verstehen, um die Einheit der Rechtsordnung zugunsten anderer Rechtsgüter, etwa der Meinungsfreiheit des Hinweisgebers, zu gewährleisten.²⁴ Wie nach bisheriger Rechtslage auch ist nach wie vor eine Abwägung zwischen den Interessen des Arbeitgebers und des Hinweisgebers erforderlich. Anknüpfungspunkt ist dabei, ob ein berechtigtes Interesse vorliegt.²⁵ Ergibt die Abwägung dabei, dass das Interesse des Arbeitnehmers das Interesse des Arbeitgebers überwiegt, so ist das allgemeine Maßregelungsverbot nach § 612a BGB relevant: Übt der Hinweisgeber in zulässiger Weise seine Rechte aus, so darf der Arbeitgeber ihn deshalb nicht benachteiligen.²⁶

V. Arbeitsrechtliche Auswirkungen der EU-Hinweisgeberrichtlinie

Eine Veränderung dieser Rechtslage ergibt sich künftig durch die Umsetzung der EU-Hinweisgeberrichtlinie: Wesentlich aus arbeitsrechtlicher Sicht ist zunächst, dass das Unternehmen den Hinweisgeber we-

10 Erwägungsgrund 57 WBRL.

11 Art. 26 WBRL.

12 Schmitt, NZA 2020, 50, 50.

13 Granetzny/Markworth, jurisPR-Compl 1/2020, Anm. 1, 1, 1.

14 Gerdemann, RdA 2019, 16.

15 BAG, 3.7.2003 – 2 AZR 235/02, BB 2004, 1964, NZA 2004, 427, 430.

16 BAG, 3.7.2003 – 2 AZR 235/02, BB 2004, 1964, NZA 2004, 427, 430; Granetzny/Markworth, jurisPR-Compl 1/2020, Anm. 1, 1, 2.

17 Schemmel/Ruhmannseder/Witzigmann, Hinweisgebersysteme: Implementierung im Unternehmen, 2012, S. 141 ff.

18 Herbert/Oberrath, NZA 2005, 193, 197.

19 Henssler, in MüKo BGB, 8. Aufl. 2020, § 626, Rn. 184.

20 BAG, 3.7.2003 – 2 AZR 235/02, BB 2004, 1964, NZA 2004, 427, 430.

21 Ohly, GRUR 2019, 441, 441.

22 Erwägungsgrund 10, RL (EU) 2016/943.

23 Naber/Peukert/Seeger, NZA 2019, 583, 585.

24 Erwägungsgrund 20, RL (EU) 2016/943.

25 Schmitt, NZA 2020, 50, 53.

26 Ferner, WPG 2020, 1322, 1323.

gen dessen Meldung an das Hinweisgebersystem nicht sanktionieren darf, Art. 19 Abs. 1 WBRL.

Neben der klassischen Sanktionsmaßnahme in Form der Kündigung erfasst die EU-Hinweisgeberrichtlinie auch weitere Benachteiligungen (Art. 19 WBRL): Herabstufungen oder Versagung einer Beförderung, nachteilige Veränderungen der Arbeitsbedingungen, Mobbing, Aufgabenverlagerung, Änderung des Arbeitsortes, Gehaltsminderung, Änderung der Arbeitszeit, Versagung der Teilnahme an Weiterbildungsmaßnahmen; negative Leistungsbeurteilung oder Ausstellung eines schlechten Arbeitszeugnisses, Rüge oder sonstige Sanktion einschließlich finanzieller Sanktionen; Nötigung, Einschüchterung, oder Ausgrenzung; Diskriminierung, benachteiligende oder ungleiche Behandlung; Nichtumwandlung eines befristeten Arbeitsvertrags in einen unbefristeten Arbeitsvertrag in Fällen, in denen der Arbeitnehmer zu Recht erwarten durfte, einen unbefristeten Arbeitsvertrag angeboten zu bekommen; Nichtverlängerung oder vorzeitige Beendigung eines befristeten Arbeitsvertrags; Schädigung (einschließlich Rufschädigung), insbesondere in den sozialen Medien, oder Herbeiführung finanzieller Verluste (einschließlich Auftrags- oder Einnahmeverluste); 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; vorzeitige Kündigung oder Aufhebung eines Vertrags über Waren oder Dienstleistungen; Entzug einer Lizenz oder einer Genehmigung; psychiatrische oder ärztliche Überweisungen.

Viele der genannten Benachteiligungen dürften keine Änderung der bisherigen Rechtslage darstellen. Mobben, Schädigen, Gehalt mindern, ungerechtfertigt schlechte Arbeitszeugnisse erteilen, Ausgrenzen oder Rufschädigen in sozialen Medien durften Arbeitgeber auch bisher nicht.

Spannend wird jedoch die Unterlassung von die Arbeitnehmer begünstigenden Maßnahmen (Entfristung, Beförderung, Gehaltserhöhung etc.) sowie die Wahrnehmung des Direktionsrechts des Arbeitgebers (Zuweisung einer anderen Tätigkeit, Versetzung, Ortswechsel, Änderung der Arbeitszeit). Auch hier dürften die entscheidenden Weichenstellungen bei der Darlegungs- und Beweislast stattfinden.

1. Umfassender Schutz auch für falsche Meldungen

Ab dem Zeitpunkt der Meldung genießt der Angestellte demnach einen umfassenden Schutz. Dieser Schutz setzt indes nicht voraus, dass der gemeldete Verstoß des Hinweisgebers tatsächlich zutreffend ist; der Hinweisgeber unterfällt bereits dann dem Schutz der EU-Hinweisgeberrichtlinie, wenn er hinreichenden Grund zu der Annahme hatte, dass die gemeldeten Informationen über Verstöße zum Zeitpunkt der Meldung der Wahrheit entsprachen und dass diese Informationen in den Anwendungsbereich der Richtlinie fielen, Art. 6 Abs. 1 a WBRL. Mit anderen Worten genügt es, wenn der Hinweisgeber gutgläubig im Hinblick auf seine Meldung war, selbst wenn sich diese im Nachhinein als nicht zutreffend herausstellen sollte. Demgegenüber können sich Hinweisgeber, die wissentlich falsche Meldungen abgeben, nicht auf den Schutz der EU-Hinweisgeberrichtlinie berufen.²⁷ Eine weitere Neuerung im Vergleich zur bisherigen Rechtslage ergibt sich hinsichtlich der Motivation des Hinweisgebers: Während nach aktueller höchstrichterlicher Rechtsprechung die Motivation des Hinweisgebers im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigen

war,²⁸ spielt die Motivation des Hinweisgebers künftig keine Rolle mehr.²⁹ Solange die Meldung des Hinweisgebers also schutzwürdig im Sinne der Richtlinie ist, ist es unerheblich, ob der Hinweisgeber die Meldung zum Zwecke der Aufklärung des Rechtsverstosßes abgibt oder um sich selbst zusätzlichen arbeitsrechtlichen Schutz zu verschaffen.³⁰

Der Schutzbereich der von der Richtlinie erfassten Hinweisgeber ist dabei weit, Art. 4 WBRL: Neben Arbeitnehmern, Arbeitsplatzbewerbern, ehemaligen Beschäftigten, freiwilligen Angestellten und Praktikanten, Beamten und Angestellten des öffentlichen Dienstes umfasst sie ebenso Organmitglieder, wie etwa Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglieder einer AG, und weitergehend auch Selbstständige, Angestellte von Vertragsunternehmen sowie juristische Personen, wie etwa Tochterunternehmen.

Es dürfen also keinerlei Repressalien gegen den von der Richtlinie geschützten Hinweisgeber folgen, sofern diese Maßnahmen eine Reaktion auf die Meldung des Hinweisgebers darstellen.³¹ Für die häufig vorkommende Kündigung bedeutet dies: Selbstverständlich kann der Arbeitgeber einem hinweisgebenden Arbeitnehmer nach wie vor kündigen; die Kündigung darf sich dabei aber gerade nicht auf die Meldung des Hinweisgebers stützen.

2. Beweislastumkehr zu Lasten des Arbeitgebers

Um die Wirksamkeit dieses Verbot in der Praxis zu erhöhen, enthält die EU-Hinweisgeberrichtlinie eine besondere verfahrensrechtliche Regelung in Form einer Beweislastumkehr: Im Gegensatz zur früheren Rechtslage, muss nicht mehr der Arbeitnehmer im gerichtlichen Verfahren nachweisen, dass eine arbeitsrechtliche Sanktion aufgrund seiner Meldung an das Hinweisgebersystem erfolgt ist. Vielmehr ist es nunmehr der Arbeitgeber, der nachweisen muss, dass die verhängte Sanktion nicht auf der Meldung des Hinweisgebers beruht.³² Arbeitgeber sind deshalb gut beraten, auf eine umfassende Dokumentation der Angestelltenperformance zu achten, um im Streitfall vor Gericht den Nachweis führen zu können, dass die Sanktion auf anderen Gründen als der Meldung des Hinweisgebers beruht.³³

Diese Beweislastumkehr ist in Fällen problematisch, in denen für den Arbeitgeber eine rechtliche Notwendigkeit zur Begründung einer Maßnahme gar nicht besteht, etwa der Probezeitkündigung.³⁴

Der Arbeitgeber befindet sich hier in einer schwierigen Situation, da er im Falle eines streitigen Prozesses nachweisen müsste, dass die Probezeitkündigung nicht auf der Meldung des Hinweisgebers beruht, also andere Gründe zum Tragen kamen, obwohl die Probezeitkündigung an sich keiner Angabe von Gründen bedarf. Der Arbeitgeber ist damit faktisch gehalten, die Probezeitkündigung zu begründen, um nachweisen zu können, dass die Kündigung nicht auf dem Hinweis beruht.

Zudem besteht für Unternehmen die Gefahr, dass Arbeitnehmer durch die Abgabe einer Meldung versuchen, sich faktisch unkündbar zu machen.³⁵

27 *Dzida/Granetzny*, NZA 2020, 1201, 1204.

28 BAG, 3.7.2003 – 2 AZR 235/02, BB 2004, 1964, NZA 2004, 427, 430.

29 Erwägungsgrund 32 S. 5 WBRL.

30 *Gerdemann/Spindler*, ZIP 2020, 1896–1907, 1900.

31 *Dzida/Granetzny*, NZA 2020, 1201, 1204.

32 *Dilling*, CCZ 2019, 214, 219.

33 *Granetzny/Markworth*, jurisPR-Compl 1/2020 Anm. 1, 4.

34 *Schmitt*, NZA 2020, 50, 53.

35 *Dzida/Granetzny*, NZA 2020, 1201, 1204.

Wie hoch die Gefahr eines solchen „Kündigungsschutzes mit Selbstbedienungsmentalität“ wirklich wird, hängt neben der konkreten Ausgestaltung des deutschen Umsetzungsgesetzes auch von der durch die Rechtsprechung erfolgenden Auslegung an die Darlegungs- und Beweislast ab. Würde eine harte Beweislastverteilung eingeführt, würde es Arbeitgebern in gewissen Konstellationen vollständig unmöglich gemacht, den Beweis zu führen, dass Sanktionen *nicht* aufgrund der erfolgten Hinweisgebermeldung erfolgt sind. Den abschließenden Beweis zu führen, dass eine Maßnahme gerade nicht aus einem bestimmten Grund erfolgt, dürfte in vielen Fällen ein Ding der Unmöglichkeit sein. Naheliegender (und sinnvoller) ist aber, dass es – wie bereits in anderen Bereichen praktiziert – zu einem System der abgestuften Darlegungs- und Beweislast kommt. Hier muss der Arbeitgeber nicht den abschließenden Beweis führen, sondern nur den entsprechenden Anschein entkräften.

Entscheidend wird auch sein, wie weit die Beweislastumkehr reicht. Muss der Arbeitnehmer z. B. bei unterlassenen begünstigenden Maßnahmen zunächst darlegen, warum er meint, Anspruch auf die Begünstigung zu haben und warum er diese hätte erwarten können? Und wie umfangreich ist diese Darlegungslast am Ende ausgeprägt?

Spannend dürfte auch werden, wie lange die Beweislastumkehr greift, d. h. wie lange ein Zusammenhang zwischen Meldung und Sanktion vermutet wird.

VI. Auswirkungen auf Organmitglieder

Obleich Organmitglieder, etwa Vorstandsmitglieder oder Geschäftsführer, nach obergerichtlicher Rechtsprechung keine Arbeitnehmer sind, lohnt sich eine kurze Betrachtung aufgrund ihres Einbezugs in den Schutzbereich der EU-Hinweisgeberrichtlinie und der sich daraus ergebenden Änderungen des nationalen Gesellschaftsrecht gleichwohl:

Organmitglieder juristischer Personen im Sinne der Richtlinie unterfallen nach Art. 4 Abs. 1 lit. c Halbs. 1 WBRL ebenfalls dem Sanktionsverbot. Ein Vorstandsmitglied, das einen Rechtsverstoß über einen tauglichen Kanal meldet, darf wegen dieser Meldung also nicht sanktioniert werden. Die EU-Hinweisgeberrichtlinie bewirkt auch hier eine wesentliche Änderung der bisherigen gesellschaftsrechtlichen Rechtslage: Bislang galt, dass Organmitglieder einer organschaftlichen Verschwiegenheitspflicht unterlagen. Diese Verschwiegenheitspflicht dient dazu, das Geheimhaltungsinteresse der Gesellschaft zu wahren und eine vertrauensvolle intra- und interorganschaftliche Kommunikation zu ermöglichen.³⁶ Bislang hat sich das Whistleblowing von Organmitgliedern nicht als Ausnahmetatbestand von der organschaftlichen Verschwiegenheitspflicht etabliert, weshalb nach aktueller Rechtslage bei einem Hinweis eines Organmitglieds von einer Verletzung der Organpflichten auszugehen ist.³⁷ Sofern eine Meldung eines Organmitglieds dem Anwendungsbereich der EU-Hinweisgeberrichtlinie unterfällt, bewirkt die Richtlinie hier also eine fundamentale Änderung des nationalen Gesellschaftsrechts.

VII. Handlungsempfehlung für Unternehmen

In erster Linie sollten die betroffenen Unternehmen ab 50 Angestellten und die Kommunen ab 10000 Einwohnern ein internes Hinweisgebersystem bereitstellen. Es gibt mittlerweile Spezialanbieter hierfür, so dass mit einem solchen internen Hinweisgebersystem nicht zwin-

gend hohe Kosten verbunden sind. Mit der Einrichtung eines Hinweisgebersystems bilden mittelständische Unternehmen und Kommunen gleichzeitig den Kern eines Compliance Management Systems ab. Diesen Schritt sollten Unternehmen und Kommunen neben der neuen gesetzlichen Verpflichtung alleine schon deshalb gehen, da potentielle Hinweisgeber, wenn sie schon einen vermeintlichen Missstand melden, zuerst intern melden sollten. Finden diese potentiellen Hinweisgeber keinen internen Meldekanal, wenden sie sich an Behörden oder die Öffentlichkeit – für viele Unternehmen und Kommunen ist dies ein unbedingt zu verhinderndes Worst-Case-Szenario.

Zudem ergibt sich die Notwendigkeit zur Einrichtung eines Hinweisgebersystems auch aus dem bevorstehenden Verbandssanktionengesetz: Dieses ermöglicht erstmals die strafrechtliche Sanktionierung von Unternehmen. Jedoch sind interne Untersuchungen zur Straftat sanktionsmildernd zu berücksichtigen. Um interne Untersuchungen zur Aufklärung der Straftat einleiten zu können, müssen die Verantwortlichen im Unternehmen jedoch erst einmal Kenntnis von der Straftat erlangen.

Unternehmen und Kommunen sollten hier bereits jetzt vorsichtig agieren, obwohl die Umsetzung der EU-Hinweisgeberrichtlinie bisher in Deutschland noch aussteht: Nach dem europarechtlichen Effizienzgebot könnten deutsche Arbeitsgerichte bereits jetzt geltendes Recht im Lichte der EU-Hinweisgeberrichtlinie auslegen und den Angestellten umfassend schützen.

Da der dem Hinweisgeber nach der EU-Hinweisgeberrichtlinie zukommende Schutz sehr weitreichend ist und Missbrauchspotential birgt, sollten Unternehmen insbesondere folgende Vorsichtsmaßnahmen beachten:

- Leistungsdokumentation aller Angestellten, um im Zweifelsfall nachweisen zu können, dass eine sanktionierende Maßnahme oder unterlassene Begünstigung nicht auf dem Whistleblowing des Angestellten beruht. Noch genauere Dokumentation des Verhaltens der Angestellten (Arbeitszeitverstöße, Ermahnungen, Abmahnungen etc.)
- Anders als bisher: Penible Dokumentation auch bezüglich Probezeitangestellten und befristeten Beschäftigten.

Dr. Maximilian Degenhart, RA, Partner bei Beiten Burkhardt in München. Er berät u. a. zu Compliance-Pflichten mit einem Schwerpunkt auf Hinweisgebersysteme. Er fungiert zudem als externe Compliance-Vertretungsstelle und ist Autor zahlreicher Fachpublikationen.



Dr. Anne Dziuba, RAin, Partnerin bei Beiten Burkhardt in München, Mitglied der Praxisgruppe Arbeitsrecht. Sie berät nationale und internationale Mandanten zu allen Fragen des Individual- und Kollektivarbeitsrechts, insbesondere im Rahmen von Restrukturierungen.



³⁶ Gerdemann/Spindler, ZIP 2020, 1896–1907, 1898.

³⁷ Gerdemann/Spindler, ZIP 2020, 1896–1907, 1899.