

Neues vom Gesetzgeber

Was sind die Folgen für Unternehmen nach Ablauf der Frist für die Umsetzung der Whistleblowing-Richtlinie in das deutsche Recht am 17.12.2021

Wesentliche Neuerungen im Umgang mit Whistleblower-Sachverhalten ergeben sich aus der Richtlinie (EU) 2019/1937 des europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2019 zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden (im Folgenden: „WBRL“). Die WBRL hätte zum 17. Dezember 2021 in deutsches Recht umgesetzt werden müssen.

Ein im Jahr 2020 vorgelegter Referentenentwurf für ein „Hinweisgeberschutzgesetz“ (HinSchG-E) ist in der vergangenen Legislaturperiode gescheitert. Nach dem Koalitionsvertrag 2021-2025 soll die WBRL „rechtssicher und praktikabel“ umgesetzt werden, wobei nicht nur Verstöße gegen EU-Recht Gegenstand der Meldung sein sollen, sondern auch „erhebliches Fehlverhalten, dessen Aufdeckung im besonderen öffentlichen Interesse liegt“ (Koalitionsvertrag 2021-2025 der Ampel-Koalition vom 24.11.2021, S. 111, Rz. 3728-3733). Das schließt Verstöße gegen **nationales deutsches Recht** ein. Die Richtlinie – das kann schon jetzt festgestellt werden – wird also über den Richtlinien-Vorschlag der EU hinausgehend umgesetzt werden. Wir werden Sie über die Umsetzung detailliert unterrichten, sobald das Gesetz vom Deutschen Bundestag verabschiedet ist. Wir glauben, dass die Umsetzung nicht vor Sommer 2022 erfolgen wird.

Das bestehende Umsetzungsdefizit führt zu folgender Situation:

- Die Zulässigkeit von Whistleblowing ist in Deutschland aktuell nur fragmentarisch geregelt und richtet sich maßgebend nach von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien.
- Neue Herausforderungen für Unternehmen ergeben sich aus den Anforderungen der WBRL. Der (gescheiterte) Referentenentwurf zum HinSchG-E kann hierzu eine erste Orientierung bieten.

- Durch den Ablauf der Umsetzungsfrist wird relevant, was bereits jetzt – noch vor Erlass eines nationalen Umsetzungsgesetzes – aus Unternehmenssicht zu tun ist und ob die Richtlinie vielleicht in Teilen schon jetzt verbindlich ist.

Folgen für juristische Personen des öffentlichen Sektors

Die Umsetzungsfrist der WBRL in Art. 26 Abs. 1 WBRL ist am 17.12.2021 abgelaufen. Allerdings kann eine europäische Richtlinie u.U. auch ohne nationalen Umsetzungsakt Rechtswirkungen entfalten. Eine unmittelbare Wirkung von Richtlinien kommt nach der Rechtsprechung des EuGH in Betracht, wenn

- die Umsetzungsfrist abgelaufen ist und
- die Richtlinie nicht oder nicht ordnungsgemäß umgesetzt worden ist und
- die Richtlinienbestimmung inhaltlich unbedingt und hinreichend bestimmt ist.

Diese unmittelbare Wirkung beschränkt sich auf das sog. **Vertikalverhältnis**, also das Verhältnis zwischen **Staat und Bürger**. Eine Direktwirkung von Richtlinien im Horizontalverhältnis zwischen Privaten, also z.B. im Verhältnis Arbeitnehmer zu Arbeitgeber, findet grundsätzlich nicht statt.

Damit sind juristische Personen des öffentlichen Sektors seit dem 18.12.2021 dazu verpflichtet, die inhaltlich unbedingten und hinreichend bestimmten Vorgaben der WBRL umzusetzen.

Juristische Personen des öffentlichen Sektors sind etwa Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts, sowie Behörden. Nach Art. 8 Abs. 9 WBRL werden auch die im Eigentum oder unter Kontrolle einer juristischen Person des öffentlichen Sektors stehenden juristischen Personen des Privatrechts erfasst.

Konkret treffen die juristischen Personen des öffentlichen Sektors folgende Pflichten aus der WBRL:

- die Pflicht zur Errichtung interner Meldekanäle (Art. 8 Abs. 1, 9 i.V.m. Art. 9 Abs. 1 lit. a WBRL);
- die Pflichten im Umgang mit einer Meldung (Art. 9 Abs. 1 lit. b, lit. c und lit. f, Abs. 2, Art. 16 Abs. 1, Art. 17, 18 WBRL);

- die Pflicht zur Durchführung angemessener Folgemaßnahmen (Art. 9 Abs. 1 lit. d);

Daneben erstreckt sich die unmittelbare Anwendbarkeit auch auf das Verbot von Repressalien (Art. 19 WBRL), inklusive der Beweislastumkehr (Art. 21 Abs. 5 WBRL).

Folgen für juristische Personen des Privatsektors, also private Unternehmen und Arbeitgeber

Die WBRL findet im horizontalen Verhältnis keine unmittelbare Anwendung. Private Unternehmen sind also bis zur Umsetzung ins deutsche Recht nicht betroffen.

Allerdings können einzelne Regelungen im Verhältnis zwischen Privaten mittelbar über die Grundsätze der **richtlinienkonformen Auslegung** des nationalen Rechts Wirkung entfalten.

Im Anwendungsbereich der WBRL ist § 241 Abs. 2 BGB an die Vorgaben der Richtlinie anzupassen und auf diese Weise können die Vorgaben der Richtlinie auf ein Arbeitsverhältnis einwirken. Die Motive des Hinweisgebers für die Meldung müssen bei der Frage, ob eine arbeitsvertragliche Pflichtverletzung vorliegt, unberücksichtigt bleiben.

Allerdings bleibt es zunächst beim Vorrang der innerbetrieblichen Klärung vor Abgabe einer externen Meldung. In Ermangelung einer externen Meldestelle i.S.v. Art. 13 WBRL fehlt es an einem richtlinienkonformen Adressaten für externe Meldungen. Das in Art. 10 WBRL vorgesehene Wahlrecht des Hinweisgebers läuft bis zur Umsetzung der WBRL leer.

Ohne nationales Umsetzungsgesetz sind juristische Personen des privaten Sektors nicht unmittelbar aus Art. 8 f. WBRL verpflichtet, einen internen Meldekanal zu implementieren.

Unternehmen mit 50-249 Arbeitnehmern können infolge der längeren Umsetzungsfrist bis 17.12.2023 erst mit Inkrafttreten des Umsetzungsgesetzes (also etwa des HinSchG) verpflichtet sein, interne Meldekanäle einzurichten.

Ungeachtet dessen macht es Sinn, die Implementation der Meldekanäle bereits jetzt zu konzipieren, organisatorisch vorzubereiten und abzuwägen, ob ggf. schon jetzt mit dem Betriebsrat im Hinblick auf die Meldewege die

betriebsverfassungsrechtlich notwendige Einigung gem. § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG herbeizuführen ist, weil sich das Meldeverfahren auf das mitbestimmungspflichtige Ordnungsverhalten bezieht.

Daneben wird die in Art. 21 Abs. 5 WBRL vorgesehene **Beweislastumkehr** in Gerichtsverfahren, in denen sich Whistleblower gegen angebliche (unzulässige) Repressalien ihres Arbeitgebers wegen der Meldung von Verstößen wenden, bereits jetzt im Rahmen von § 612a BGB zu berücksichtigen sein. Es ist damit seit dem 18.12.2021 Aufgabe des Arbeitgebers, darzulegen und zu beweisen, dass eine für den Arbeitnehmer nachteilige Maßnahme (z.B. Kündigung) nicht Folge der bzw. Reaktion auf die Meldung eines Verstoßes gegen die in der WBRL genannten Europäischen Rechtsvorschriften ist.

Gerne stehen wir Ihnen zur vertieften Beratung, ob und welche Maßnahmen schon jetzt zu beachten sind, zur Verfügung.



Unser Team Arbeitsrecht



Dr. Detlef Grimm
+49 (0) 221 650 65-129
detlef.grimm@loschelder.de



Dr. Martin Brock
+49 (0) 221 650 65-233
martin.brock@loschelder.de



Dr. Sebastian Pelzer
+49 (0) 221 650 65-263
sebastian.pelzer@loschelder.de



Arne Gehrke, LL.M.
+49 (0) 221 650 65-263
arne.gehrke@loschelder.de



Dr. Stefan Freh
+49 (0) 221 650 65-129
stefan.freh@loschelder.de



Farzan Daneshian, LL.M.
+49 (0) 221 65065-263
farzan.daneshian@loschelder.de

Impressum

LOSCHELDER RECHTSANWÄLTE

Partnerschaftsgesellschaft mbB

Konrad-Adenauer-Ufer 11

50668 Köln

Tel. +49 (0)221 65065-0, Fax +49 (0)221 65065-110

info@loschelder.de

www.loschelder.de