

Betriebs Berater

BB

7|2022

Zuzahlung zur Nachlieferung ... Abschlussprüfung ... Whistleblower-Richtlinie ... Recht ...

14.2.2022 | 77. Jg.
Seiten 321–384

DIE ERSTE SEITE

Dr. Barbara Mayer, RAin/FAinHaGesR

Spezialzuständigkeiten für Post-M&A-Streitigkeiten – die richtige Antwort auf die Spezialisierung der Anwaltschaft?

WIRTSCHAFTSRECHT

Prof. PD Dr. Dominik Skauradszun, LL.M.

Kaufrechtliche Nachlieferung durch Zuzahlung zum höherwertigen Nachfolgemodell | 323

Dr. André Lippert, RA, und **Dr. Amir-Said Ghassabeh**, RA

US-Sanktionen vs. EU-Recht: Weiterhin die Macht des Faktischen? – Zum EuGH-Urteil in der Rs. Bank Melli Iran | 329

STEUERRECHT

Prof. Dr. Matthias Loose, RiBFH

BB-Rechtsprechungsreport Erbschaft- und Schenkungsteuer 2020/2021 | 343

BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT

Dr. Corinna Boecker, WP/StB, und **Dr. Julia Busch**, WP/StB

Praxistipps für den Abschlussprüfer bei der Zusammenarbeit mit der Internen Revision | 363

ARBEITSRECHT

Dr. Mark Zimmer, RA/FAArbR, und **Katharina Humphrey**, RAin

Petzen? Ja, bitte!

Meldesysteme nach der Whistleblower-Richtlinie der EU | 372

Dr. Mark Zimmer, RA/FAArbR, und Katharina Humphrey, RAin*

Petzen? Ja, bitte!

Meldesysteme nach der Whistleblower-Richtlinie der EU

Die Whistleblower- oder auch Hinweisgeber-Richtlinie (EU) 2019/1937 stellt Unternehmen vor große Herausforderungen. Für Verunsicherung haben insbesondere Stellungnahmen der EU-Kommission gesorgt, die für Gesellschaften mit mehr als 250 Arbeitnehmern konzernweit betriebene Hinweisgebersysteme nicht ausreichen lassen. Fragen ergeben sich ferner zu der von der Richtlinie vorgesehenen Beweislastumkehr, zu möglichen Kollisionen mit der Preisgabe von Geschäftsgeheimnissen und zur etwaigen Geltung der Richtlinie bis zu ihrer Umsetzung in nationales Recht. Der folgende Beitrag stellt die wichtigsten Vorgaben der EU-Hinweisgeberrichtlinie dar und enthält Empfehlungen für Unternehmen, wie sie mit der Richtlinie bis zur – bisher noch ausstehenden – Umsetzung in deutsches Recht umgehen. Ein Schwerpunkt des Beitrags liegt auf der Ausgestaltung der Meldesysteme in einem Konzern.

I. Zweck der Richtlinie

„Ich liebe den Verrat, aber hasse den Verräter.“, soll *Julius Caesar* gesagt haben. Dieses Zitat enthält zwei wichtige Einsichten, die für die Hinweisgeber-Richtlinie von zentraler Bedeutung sind: Jeder ist interessiert an der Aufdeckung von Verstößen und Schmutzereien, wie sie ein bayrischer Ministerpräsident einmal bezeichnete. Sie zu erfahren, stillt nicht nur die allgemeine Neugier, sondern kann auch für die Position und Interessen des Adressaten wichtig sein. Gleichzeitig erfährt derjenige, der die Geheimnisse preisgibt, als Verräter die Verachtung seiner Umgebung, weil er damit das in ihn gesetzte Vertrauen gebrochen hat.¹ Deshalb erleiden Personen, die Verstöße mitteilen, auch wenn dies im Unternehmens- oder sogar öffentlichen Interesse erfolgt, regelmäßig Repressalien.² Die soziobiologischen Hintergründe dieses Phänomens wurden überzeugend beschrieben.³

Diesem Dilemma möchte die EU begegnen, indem sie Hinweisgeber schützen will, die Verstöße gegen wichtige Vorschriften des EU-Rechts melden. Die entsprechende Richtlinie wurde bereits im Jahr 2019 erlassen⁴ und war von allen EU-Mitgliedstaaten bis zum 17.12.2021 in nationales Recht umzusetzen.⁵ Zu diesem Zeitpunkt hatten dies nur zwei Staaten erfüllt: Dänemark und Schweden. Die übrigen 25 Mitgliedstaaten sind somit säumig in der Umsetzung. In Deutschland hatte das Justizministerium in der letzten Wahlperiode im November 2020 einen Referentenentwurf vorbereitet, der jedoch mangels politischer Einigung nicht in den parlamentarischen Gesetzgebungsprozess gelangte. Die Ampel-Parteien haben allerdings in ihrem Koalitionsvertrag vom November 2021 angekündigt, die Richtlinie „rechtssicher“ umsetzen zu wollen.⁶

II. Sachlicher Anwendungsbereich

Aufgrund der Zuständigkeit der EU ist die Richtlinie auf EU-Recht beschränkt. Nur Meldungen von Verstößen gegen bestimmte, im Anhang zur Richtlinie ausdrücklich aufgezählte Rechtsakte fallen unter

die Richtlinie. Inhaltlich betreffen diese EU-Rechtsakte Themenfelder, die in Art. 2 genannt sind: öffentliches Vergabewesen, Finanzdienstleistungen, Produktsicherheit, Verkehrssicherheit, Umweltschutz, Strahlenschutz, Lebensmittelsicherheit, öffentliche Gesundheit sowie Verbraucher- und Datenschutz.

Die neunseitige Aufzählung im Anhang, auf den verwiesen wird, liest sich zäh und kompliziert. Ein potentieller Hinweisgeber kann daher nicht leicht erkennen, ob er vom Schutz der Richtlinie erfasst ist. Auch deshalb tendieren die Mitgliedstaaten dazu, den Anwendungsbereich der Richtlinie in ihren nationalen Umsetzungsgesetzen zu erweitern, wie dies etwa beim deutschen Referentenentwurf aus der letzten Wahlperiode der Fall war und jetzt von der Ampel-Koalition wieder geplant ist. Erfasst sein sollen danach auch erhebliche Verstöße gegen deutsches Recht und „sonstiges erhebliches Fehlverhalten“.⁷

III. Wer ist geschützt und wie?

1. Persönlicher Anwendungsbereich

Die Richtlinie hat einen weiten persönlichen Anwendungsbereich (Art. 4). Erfasst sind zunächst sämtliche Arten von Beschäftigten, insbesondere Arbeitnehmer, Beamte, Auszubildende, Praktikanten und Freiwillige. Daneben sind auch Selbstständige, Anteilseigner und ähnliche Leitungsfunktionen vom Gesetz geschützt, ebenso diejenigen Personen, die für Auftragnehmer und Lieferanten tätig sind. Ausdrücklich erfasst sind auch solche Beschäftigte, deren Rechtsverhältnis noch nicht begonnen hat, die jedoch im Einstellungsverfahren Kenntnis von Verstößen erlangt haben. All diese Personen sollen – im beruflichen Kontext erlangte – Informationen über Verstöße gegen die betreffenden Rechtsakte melden können, ohne deshalb Nachteile befürchten zu müssen.

2. Wie sind Hinweisgeber geschützt?

Unter der Voraussetzung, dass der Hinweisgeber gutgläubig handelt (Art. 6)⁸, darf er nicht wegen einer ordnungsgemäßen Meldung benachteiligt werden (Art. 19–22). Die Richtlinie listet Arten verbotener

* Die Autoren danken dem wissenschaftlichen Mitarbeiter *Maximilian Aufhäuser* für seine wertvolle Unterstützung.

1 Vgl. *Heinrich Heine*: „Aber in diesem Falle noch gar als Denunziant zu agieren, das kann nur ein Schurke.“, aus: „Über den Denunzianten – Eine Vorrede zum dritten Teile des ‚Salons‘“, 1837.

2 Vgl. *Zimmer/Seebacher*, CCZ 2013, 31, mit einer Sammlung ausgewählter Fälle gekündigter Hinweisgeber.

3 *Deiseroth/Derleder*, ZRP 2008, 248, 249 m. w. N.

4 RL (EU) 2019/1937 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.10.2021 – im Folgenden auch als „Richtlinie“ bezeichnet. Artikel-Bezeichnungen ohne Nennung sind solche der Richtlinie. Die sehr umfangreichen (aber leider schlecht strukturierten) Erwägungsgründe der Richtlinie sind mit „EG“ abgekürzt.

5 Für Unternehmen mit weniger als 250 Arbeitnehmern ist die Richtlinie erst zum 17.12.2023 umzusetzen (Art. 26 Abs. 2).

6 „Mehr Fortschritt wagen“, Koalitionsvertrag der aktuellen Bundesregierung vom 7.12.2021.

7 Zeilen 3728–3733 des Koalitionsvertrags 2021.

8 Eingehender hierzu *Dilling*, CCZ 2019, 214, 216 f.

Vergeltungsmaßnahmen auf, insbesondere Kündigung, Degradierung, nachteilige Versetzung, vorenthaltene Fortbildung, negative Beurteilung, Disziplinarmaßnahmen oder ähnliche Sanktionen, Nötigung, Einschüchterung, Mobbing, Diskriminierung etc. Interessant aus arbeitsrechtlicher Sicht ist, dass auch die Nichtumwandlung eines befristeten in einen unbefristeten Arbeitsvertrag trotz begründeter Erwartung oder die Nichtverlängerung eines befristeten Vertrags als Repressalien angesehen werden (Art. 19 lit. i und j).⁹

Neben dem Verbot dieser Repressalien sollen die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass den Hinweisgebern unterstützende Maßnahmen zukommen, wie zum Beispiel umfassende Information, wirksame Unterstützung und Rechtshilfe, auch im Ausland (Art. 20).

Wer unter dem Schutz der Richtlinie und seinem Umsetzungsgesetz einen Verstoß gemeldet hat, soll deshalb nicht haftbar gemacht werden können, es sei denn, die Meldung bildet einen unabhängig von der Richtlinie strafbaren Verstoß (Art. 21 Abs. 3).¹⁰

Die Mitgliedstaaten sollen neben der Wiedergutmachung, also etwa Rücknahme der Kündigung, auch Entschädigungen für immateriellen Schaden (vulgo: Schmerzensgeld) vorsehen.¹¹

Den Mitgliedstaaten bleibt unbenommen, wie sie den Umgang mit anonymen Meldungen regeln. In jedem Fall jedoch genießen Hinweisgeber, die einen Verstoß anonym gemeldet haben und dann identifiziert wurden, den in der Richtlinie vorgesehenen Schutz (Art. 6 Abs. 3–4).¹²

3. Beweislastumkehr

In einem gerichtlichen oder behördlichen Verfahren soll dem Hinweisgeber eine Beweislastumkehr zugutekommen: Wer eine Benachteiligung nach seiner Meldung erfährt, zu dessen Gunsten wird vermutet, dass die Benachteiligung eine Repressalie für seine Meldung oder Offenlegung war (Art. 21 Abs. 5). Diese Beweislastumkehr gibt dem Hinweisgeber ein scharfes Schwert im Prozess gegen seinen Arbeitgeber. Auf die Rechtsprechung zu ähnlichen Regelungen, etwa § 619a BGB oder § 22 AGG, wird im Streitfall wohl zurückgegriffen werden können.¹³

4. Berufsgeheimnisträger

Die Richtlinie lässt ausdrücklich die Verschwiegenheitspflichten der Rechtsanwälte und Vertreter der Heilberufe unberührt.¹⁴ In ihrem Verhältnis zum Mandanten oder Patienten verbleibt es bei den nationalen Regelungen, in Deutschland also insbesondere bei den § 43a Abs. 2 BRAO und § 9 MBO-Ä¹⁵ (sowie ihren entsprechenden straf- und prozessrechtlichen Flankierungen). Das bedeutet, dass diese Berufsgeheimnisträger nicht vom Schutz der Richtlinie oder ihres Umsetzungsgesetzes profitieren, wenn sie das Berufsgeheimnis verletzen, um einen Verstoß zu melden. Dadurch soll das Vertrauensverhältnis zwischen dem Mandanten/Patienten und dem jeweiligen Berufsgeheimnisträger geschützt werden.

IV. Geschäftsgeheimnisse

Die Richtlinie sieht den Konflikt, den ihr Schutz vom Hinweisgeber im Hinblick auf Vertraulichkeitspflichten bringen kann: Durch die Meldung von Verstößen können vertrauliche Unternehmensinterna bekannt werden. Diesen Konflikt löst die Richtlinie zugunsten der Meldung von Verstößen: Vertragliche Vertraulichkeitspflichten, etwa in einem Arbeitsvertrag, treten hinter die Schutzzwecke der Richtlinie

zurück. Aus der Meldung eines Verstoßes kann dem Hinweisgeber somit kein Nachteil dadurch entstehen, dass er im Binnenverhältnis zur Verschwiegenheit über betriebliche Umstände verpflichtet ist. Ähnliches gilt für Geschäftsgeheimnisse. Hierzu bestimmt die Richtlinie, dass die Meldung oder Offenlegung unter dem Schutz der Richtlinie als rechtmäßig im Sinne des Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie (EU) 2016/943 sein soll, wenn die Meldung oder Offenlegung notwendig war, um einen von der Richtlinie erfassten Verstoß aufzudecken.¹⁶ Insoweit reflektiert die Richtlinie die Ausnahmeregelung in § 5 Nr. 2 GeschGehG.

Diese Regelung kann die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse eines Unternehmens gravierend gefährden. Umso wichtiger ist es, potenzielle Hinweisgeber zu einer internen statt externen Meldung zu motivieren. Dies könnte – auch aus psychologischen Gründen – etwa in einer mit dem Betriebsrat vereinbarten Richtlinie zum internen Meldesystem betont werden.¹⁷

V. Meldeverfahren

Die Richtlinie sieht in den Abschnitten II bis IV¹⁸ drei verschiedene Verfahren zur Meldung von Verstößen vor: (i) interne Meldungen, die über entsprechende Meldesysteme innerhalb einer juristischen Person des öffentlichen oder privaten Rechts erfolgen, (ii) externe Meldungen, die gegenüber entsprechend befugten Behörden erfolgen, sowie (iii) Meldungen in Form von Offenlegungen gegenüber der Öffentlichkeit (bspw. der Presse).

1. Interne Meldewege

Für Meldungen über den internen Weg legt die Richtlinie in Art. 8 I, III fest, dass Unternehmen mit 50 oder mehr Arbeitnehmern ein internes Meldesystem einzurichten haben. Dies bedeutet – zumindest aus deutscher Perspektive – eine der wesentlichen durch die Richtlinie bedingten Änderungen.¹⁹ Das deutsche Recht sieht bislang keine allgemeine gesetzliche Verpflichtung zur Implementierung eines Hinweisgebersystems vor, allenfalls bestimmte Branchen sind schon jetzt gesetzlich verpflichtet, entsprechende Systeme vorzusehen.²⁰

Das deutsche Recht unterscheidet sich in diesem Punkt von anderen Ländern, in denen Hinweisgebersysteme schon seit vielen Jahren gesetzlich verankert sind. In den USA beispielsweise enthält der False Claims Act (FCA) sowie der Sarbanes Oxley Act (SOX) Vorgaben bezüglich Hinweisgebersystemen.²¹

9 Zur Kausalität der Maßnahme mit der Meldung des Mitarbeiters werden sich ähnliche Fragen stellen wie bei der Nichtverlängerung befristeter Arbeitsverhältnisse wegen Schwangerschaft der Arbeitnehmerin, s. EuGH 4.10.2001 – C-438/99 – María Luisa Jiménez Melgar/Ayuntamiento de Los Barrios, NJW 2002, 125.

10 Näher hierzu *Dilling*, CCZ 2019, 214, 219f.

11 Art. 21 Abs. 8 und EG 94 a.E.

12 Hierzu und zu weiteren Aspekten für das Umsetzungsgesetz *Dilling*, CCZ 2019, 241, dort auch sehr ausführlich zum vielfältigen Schutz der Hinweisgeber (220–225).

13 Zu weiteren Aspekten der Beweislastumkehr *Degenhardt/Dziuba*, BB 2021, 570, 573 sowie *Dzida/Granetny*, NZA 2020, 1201, 1204.

14 Art. 3 Abs. 3 lit. b) und EG 26.

15 Inhaltsgleiche Vorgaben enthalten die direkt anwendbaren Berufsordnungen der Bundesländer für Ärzte.

16 Art. 16 Abs. 4 und Art. 21 Abs. 7.

17 Besteht im Unternehmen noch kein Meldesystem, ist die Einrichtung ohnehin mitbestimmungspflichtig nach § 87 Nr. 6 BetrVG; vgl. auch *Dzida/Granetny*, NZA 2020, 1201, 1205.

18 Art. 7 bis 15.

19 *Altenbach/Dierkes*, CCZ 2020, 126, 126.

20 Dies betrifft insb. die Finanz- und Versicherungsbranche (vgl. § 25 a Abs. 1 S. 6 Nr. 3 KWG oder § 23 Abs. 6 VAG).

21 S. hierzu auch *Taschke/Pielow/Volk*, NZWiSt 2021, 85, 85.

Unabhängig von der fehlenden flächendeckenden gesetzlichen Verpflichtung haben sich Hinweisgebersysteme in den letzten Jahren jedoch auch hierzulande etabliert. Insbesondere große, grenzüberschreitend tätige Unternehmen haben in der Regel ein alle Standorte übergreifendes Hinweisgebersystem implementiert und verfügen über personelle Kapazitäten zur Untersuchung der Meldungen.

Bezüglich der Ausgestaltung des Hinweisgebersystems setzt die Richtlinie bestimmte Eckpfeiler, lässt im Übrigen aber Raum für Gestaltungsmöglichkeiten. Die Richtlinie gibt u. a. vor, dass die Wahrung der Anonymität des Hinweisgebers sowie der von ihm genannten Personen sichergestellt sein muss (Art. 9 I lit. a, 16). Sie lässt hingegen dahingehend Spielraum, dass das Meldesystem entweder intern oder auch durch einen externen Dienstleister betrieben werden kann (Art. 8 V).

Bezüglich der Bearbeitung der Meldungen gibt die Richtlinie vor, dass diese durch eine neutrale Person bzw. Abteilung zu erfolgen hat (Art. 9 I lit. c und d).

Hinsichtlich der Abarbeitung der Meldungen sind gewisse Fristen zur Rückmeldung an den Hinweisgeber zu beachten: Zunächst ist dem Hinweisgeber innerhalb von sieben Tagen nach Eingang der Meldung deren Erhalt zu bestätigen (Art. 9 I lit. b).²² Innerhalb von drei Monaten nach Bestätigung des Erhalts hat eine weitere Rückmeldung an den Hinweisgeber zu erfolgen (Art. 9 I lit. f). Hierbei soll der Hinweisgeber sowohl über die ergriffenen Maßnahmen sowie deren Hintergründe als auch über den Status und das Ergebnis (sofern bereits vorhanden) einer ggf. initiierten internen Untersuchung informiert werden.²³

2. Externe Meldewege

Neben dem internen Meldeweg sieht die Richtlinie auch einen externen Weg zur Meldung von Verstößen vor. Diesbezüglich verpflichtet Art. 11 die Mitgliedstaaten, Behörden zu benennen, die zur Entgegennahme von Meldungen befugt sind.

Auch bezüglich der Ausgestaltung des externen Meldewegs definiert die Richtlinie gewisse Eckpfeiler: Zunächst sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, die jeweiligen Behörden mit angemessenen Ressourcen auszustatten. Das Meldesystem selbst muss unabhängig sein (Art. 11 II lit. 1 und Art. 12). Die Richtlinie setzt diesbezüglich insbesondere eine operationelle Eigenständigkeit des Meldesystems innerhalb der jeweiligen Behörde voraus (Art. 12 I lit. a).

Zur Bearbeitung der Meldungen sind speziell hierfür ausgebildete Verantwortliche zu bestellen, die die Entgegennahme und Untersuchung der Meldungen sowie die erforderlichen Rückmeldungen an den Hinweisgeber zu verantworten haben (Art. 12 IV, V).²⁴

Hervorzuheben ist, dass die Richtlinie – anders als ihr ursprünglicher Entwurf – keinen Vorrang des internen Meldewegs beinhaltet.²⁵ Nach Art. 10 können sich die Hinweisgeber über den externen Meldeweg unmittelbar an die zuständigen Behörden wenden, ohne dass hierfür zusätzliche Erfordernisse erfüllt sein müssen. Art. 7 I legt allerdings fest, dass interne Meldungen den Regelfall darstellen sollten und Art. 7 II verpflichtet die Mitgliedstaaten, interne Meldesysteme zu fördern.²⁶ Die Gleichrangigkeit von internen und externen Meldungen und die hierdurch bedingte Abkehr von dem Dreistufenmodell ist mit erheblichen Risiken (insbesondere Reputationsrisiken) für Unternehmen verbunden.

3. Offenlegung (*public disclosure*)

Neben der internen und externen Meldung sieht die Richtlinie in Art. 15 noch die Offenlegung von Meldungen vor. Hierunter ist das

öffentliche Zugänglichmachen (bspw. gegenüber der Presse) von Informationen über Verstöße gemeint. Nach Art. 15 I lit. a ist der Hinweisgeber zu einer Offenlegung nur dann berechtigt, wenn er zunächst eine interne und/oder externe Meldung abgegeben hat, hierauf aber keine geeigneten Maßnahmen erfolgt sind, oder wenn eine Offenlegung im öffentlichen Interesse ist. Insofern ist die Offenlegung nachrangig gegenüber dem internen und externen Meldeweg.

VI. Auswirkung auf zentrale Meldesysteme im Konzern

1. Überblick

Im Zusammenhang mit den Bestimmungen der Richtlinie bezüglich der Einrichtung von internen Meldesystemen und Untersuchungsstrukturen ist die Frage aufgetreten, wie diese Bestimmungen im Falle von Konzerngesellschaften auszulegen sind. Konkret stellt sich hier die Frage, ob Konzerngesellschaften, die mehr als 50 Arbeitnehmer beschäftigen und insofern unter Art. 8 III fallen, für jede einzelne Konzerngesellschaft eigenständige Meldesysteme einrichten müssen, oder ob ein zentral auf Konzernebene betriebenes Meldesystem den Anforderungen der Richtlinie Genüge tut.

Hintergrund dieser Frage, die Unternehmen und Verbände im vergangenen Jahr an die EU-Kommission gerichtet haben, ist, dass zentral betriebene Meldesysteme in zahlreichen Konzernen seit vielen Jahren implementiert und gelebte Praxis sind. Diese Meldesysteme sowie die dazugehörigen Untersuchungsstrukturen haben in vielen Fällen einen beachtenswerten Reifegrad erlangt. Die Meldesysteme operieren bspw. regelmäßig in verschiedenen Sprachen und dem Hinweisgeber stehen mehrere Kommunikationskanäle zur Abgabe seiner Meldung zur Verfügung. In vielen Konzernen steht es Hinweisgebern etwa frei, ihre Meldung telefonisch über eine entsprechende Hotline, schriftlich oder über Kontakt zu einem externen Ombudsmann abzugeben.²⁷ Trainings zu dem jeweiligen Hinweisgebersystem sind in vielen Fällen fester Bestandteil des Compliance-Trainingskanons, und Erläuterungen zur Nutzung des Hinweisgebersystems sind regelmäßig vielfältig, leicht zugänglich und verständlich.

Neben den gut etablierten und technisch versierten Hinweisgebersystemen haben sich in zahlreichen Konzernen sehr beachtliche Untersuchungsstrukturen entwickelt. In diesem Zusammenhang ist zum einen auf die enge technische Verzahnung zwischen Hinweisgebersystem und entsprechenden IT-Untersuchungstools hinzuweisen, vor allem aber auf die fachliche Expertise und Erfahrung der jeweiligen Untersuchungsteams. Es ist nicht zu unterschätzen, welche fachliche Expertise in den meisten Fällen notwendig ist, um Meldungen zielgerichtet, umfassend und in vertretbarer Zeit zu untersuchen. Neben rechtlichen Kenntnissen kommt es hier regelmäßig auf forensische Expertise, Erfahrung mit Mitarbeiterbefragungen sowie ein vertieftes Verständnis der jeweiligen Unternehmensabläufe an.

22 EG Nr. 57.

23 EG Nr. 57 und 58.

24 EG 74.

25 S. hierzu auch *Dzida/Granetznj*, NZA 2020, 1201, 1203.

26 Dazu wie eine solche Förderung aussehen könnte, s. *Dzida/Granetznj*, NZA 2020, 1201, 1203.

27 *Metzner/Gloekner*, CCZ 2021, 256, 256.

2. Stellungnahmen der EU-Kommission

Die Expertengruppe der EU-Kommission hat sich in drei Stellungnahmen²⁸ zu der Frage geäußert, ob im Falle von Konzerngesellschaften ein zentral betriebenes Meldesystem den Erfordernissen der Richtlinie genügt. Die Kommission hat sich diesbezüglich klar positioniert: Das Erfordernis, Meldesysteme zu implementieren, besteht unabhängig davon, ob es sich bei dem Unternehmen um eine Konzerngesellschaft handelt oder nicht. Zentral betriebene Meldesysteme sowie Untersuchungsstrukturen genügen den Anforderungen der Richtlinie nicht. Vielmehr sind verbundene Unternehmen, sofern sie mehr als 50 Arbeitnehmer beschäftigen, verpflichtet, ein eigenständiges Meldesystem zu unterhalten.²⁹ Jegliche andere Interpretation der entsprechenden Regelung in Art. 8 III bezeichnet die Kommission als *contra legem*.³⁰

Als zentrales Argument für diese Auslegung führt die Kommission an, dass eine unmittelbare Nähe des Hinweisgebers zu dem Meldesystem erforderlich sei, um die Effizienz des Meldesystems sicherzustellen. Die Kommission führt diesbezüglich aus, dass das Meldesystem für den Hinweisgeber leicht zugänglich und verständlich sein muss und verweist auf ein ggf. bestehendes Recht des Hinweisgebers, ein physisches Treffen einzufordern (Art. 9 II). Überdies weist die Kommission auf mögliche Unterschiede in der Umsetzung der Richtlinie in den Mitgliedstaaten hin, die zu unterschiedlichen Vorgaben bezüglich der Meldesysteme führen.³¹

Die Kommission zeigt sich lediglich in wenigen Punkten flexibel. Zum einen verweist sie auf Art. 8 V, der besagt, dass das Hinweisgebersystem nicht notwendigerweise intern betrieben werden muss, sondern auch ein externer Dritter hiermit betraut werden kann.³² Die Kommission stellt in diesem Zusammenhang allerdings klar, dass die Konzernmutter kein externer Dritter im Sinne der Richtlinie ist.³³

Des Weiteren verweist die Kommission auf Art. 8 VI, der es Unternehmen mittlerer Größe (51 bis 249 Arbeitnehmer) erlaubt, ihre Ressourcen zur Entgegennahme und Untersuchung von Meldungen zu bündeln und zu teilen.³⁴

Ebenfalls mit Verweis auf Art. 8 VI führt die Kommission aus, dass es unter gewissen Umständen mit der Richtlinie zu vereinbaren sein könne, dass eine Konzerngesellschaft sich auf die Untersuchungsstrukturen der Konzernmutter stützt. Unabhängig hiervon müsse die Tochtergesellschaft jedoch ein eigenständiges Meldesystem betreiben.³⁵

Darüber hinaus stellt die Kommission klar, dass eine Meldung, die bewusst über das Meldesystem der Konzernmutter eingereicht wird, auch von dieser angenommen und bearbeitet werden sollte. Sie verweist in diesem Zusammenhang darauf, dass eine entsprechende Informationskampagne der Konzernmutter in der Praxis *de facto* dazu führen könne, dass sich Hinweisgeber in den meisten Fällen an die Konzernmutter wenden. Eine Verpflichtung hierzu dürfe jedoch nicht bestehen. Die Kommission betont an dieser Stelle, dass zentrale und lokale Meldesysteme insofern nebeneinander bestehen können.³⁶

3. Stellungnahme

Diese Interpretation der Kommission und ihre Argumente gehen an den Erfahrungen aus der Praxis vorbei und verfehlen den eigentlichen Zweck der Richtlinie.

Der Zweck der Richtlinie besteht in einem effektiven Schutz von Hinweisgebern, um mittels entsprechender Hinweise Verstöße gegen EU-Recht zu identifizieren und die Durchsetzung des Unionsrechts zu stärken. Primäres Ziel der Richtlinie ist es hierbei, den Hinweisgeber-

schutz ausgewogen und effizient zu gestalten, um die Bereitschaft zur Meldung von Verstößen zu fördern.³⁷ Ein zentrales Element dieses Schutzes ist das Bereitstellen sicherer, gut zugänglicher und effizienter Meldesysteme sowie von Untersuchungsstrukturen, die dem Hinweisgeber das Melden möglicher Verletzungen ermöglichen.

Die Praxis zeigt zweierlei: Sie belegt zum einen, dass derartig ausgereifte Meldesysteme und Untersuchungsstrukturen erhebliche Ressourcen erfordern und entsprechend hohe Kosten verursachen. Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang zunächst der technische und administrative Aufwand, den das Betreiben eines Meldesystems verursacht, aber auch die erforderliche Verzahnung mit den Untersuchungsstrukturen sowie die unerlässliche Expertise und Erfahrung der verantwortlichen Mitarbeiter. Vor diesem Hintergrund wird es im Konzern in aller Regel sinnvoll sein, Meldesysteme und Untersuchungsstrukturen auf Ebene der Konzernmutter zu implementieren.

Die Praxis hat gezeigt, dass zentral betriebene Systeme darüber hinaus noch weitere Vorteile mit sich bringen. Der Überblick über sämtliche Meldungen und Untersuchungen im Konzern erlaubt es, systemische Schwachstellen schnell zu identifizieren und zu adressieren. Ferner kann ein zentrales Melde- und Untersuchungssystem leichter in das konzernweite Compliance-Management-System eingebettet werden. Die Erkenntnisse aus dem Melde- und Untersuchungssystem können beispielsweise direkt und mit Blick auf den gesamten Konzern entsprechend gewichtet in die Compliance Risk Assessment Prozesse eingespeist werden. Bei einer Zersplitterung der Melde- und Untersuchungssysteme besteht die Gefahr, dass wichtige, gesellschaftsübergreifende Risiken nicht gesehen und weitergegeben werden.

Zudem ist die Wahrung der Anonymität des Hinweisgebers in einem zentral betriebenen Meldesystem in aller Regel einfacher. Bei kleineren Konzerngesellschaften kann sich (trotz der vorgeschriebenen Vertraulichkeit) allein aus der Meldung und darin ggf. offenbartem Spezialwissen die Identität des Hinweisgebers rein faktisch ergeben. Die Wahrung der Vertraulichkeit ist aber ein tragender Pfeiler des Schutzes des Hinweisgebers und auch der Richtlinie.

Neben der Erkenntnis, dass Melde- und Untersuchungsstrukturen im Konzern effizient auf Ebene der Konzernmutter etabliert werden, zeigt die Praxis, dass ausgereifte Melde- und Untersuchungsstrukturen schon heute in vielen Konzernen bestehen und gelebte Praxis sind.³⁸ Diese Systeme zu entwerfen und *per se* als nicht ausreichend zu deklarieren, wäre kontraproduktiv. Dieser Standpunkt erscheint vielmehr als Widerspruch zu dem erklärten Zweck der Richtlinie, da es der einzelnen Konzerngesellschaft angesichts der erheblichen Ressourcen und Kosten regelmäßig nicht möglich sein wird, entsprechend umfassende und ausgereifte Systeme zu etablieren, was notwendigerweise mit Effizienzverlusten und möglicherweise mit einem niedrigeren Schutz des Hinweisgebers einhergeht.

Es sei in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass zentrale Melde- und Untersuchungsstrukturen in der Praxis regelmäßig lokale

28 Schreiben der EU-Kommission vom 2.6.2021 (JUST/C2/MM/rp/ (2021)3939215), 29.6.2021 (JUST/C2/MM/rp/ (2021)4667786) und 16.7.2021 (JUST/C2/MM/rp (2021)5129001).

29 Schreiben der EU-Kommission vom 2.6.2021 (JUST/C2/MM/rp/ (2021)3939215), S. 2.

30 Schreiben der EU-Kommission vom 29.6.2021 (JUST/C2/MM/rp/ (2021)4667786), S. 2.

31 Schreiben der EU-Kommission vom 2.6.2021 (JUST/C2/MM/rp/ (2021)3939215), S. 2.

32 Schreiben der EU-Kommission vom 2.6.2021 (JUST/C2/MM/rp/ (2021)3939215), S. 3.

33 Schreiben der EU-Kommission vom 16.7.2021 (JUST/C2/MM/rp (2021)5129001), S. 2.

34 Schreiben der EU-Kommission vom 2.6.2021 (JUST/C2/MM/rp/ (2021)3939215), S. 3 u. 4.

35 Schreiben der EU-Kommission vom 2.6.2021 (JUST/C2/MM/rp/ (2021)3939215), S. 3 u. 4.

36 Schreiben der EU-Kommission vom 2.6.2021 (JUST/C2/MM/rp/ (2021)3939215), S. 4.

37 EG 1.

38 S. hierzu auch Abschnitt VI. 1.

Elemente enthalten. Meldesysteme werden beispielsweise häufig in verschiedenen Sprachen angeboten, und die Untersuchungsstrukturen sehen lokale Untersuchungseinheiten vor, die nicht nur lokale rechtliche Besonderheiten, sondern auch die lokale Kultur und Mentalität kennen.

Ein weiteres Argument gegen die Interpretation der Kommission ergibt sich mit Blick auf den Wortlaut von Art. 8 III, der nicht vorsieht, dass das Meldesystem direkt bei der verpflichteten juristischen Person angesiedelt sein muss.

Das Kernargument der Kommission, dass ein effizientes Meldesystem eine unmittelbare Nähe zu dem Hinweisgeber erfordert, überzeugt nicht. Im Zeitalter von Telefon, Email und Internet spielt die räumliche Nähe schon lange, wenn überhaupt, eine untergeordnete Rolle. Es ist in diesem Zusammenhang auch nicht nachvollziehbar, warum physische Treffen mit dem Hinweisgeber nicht möglich sein sollten, falls dessen Meldung nicht lokal, sondern zentral auf Ebene der Konzernmutter bearbeitet wird. Aktuelle Enthüllungen wie beispielsweise die Panama und Paradise Papers sowie Facebook Leaks zeigen, dass Whistleblowing auch transkontinental funktionieren kann.

Auch das Argument der Kommission, dass in mehreren EU-Ländern aktive Konzerne vermutlich unterschiedlichen Vorgaben ausgesetzt sein werden, überzeugt nicht. Schon heute sind grenzüberschreitend aktive Konzerne mit unterschiedlichen rechtlichen Vorgaben bezüglich des Hinweisgeberschutzes (wie auch vieler anderer Compliance-relevanter Themenbereiche) konfrontiert, die sie in ihrem Compliance-Management-System entsprechend abbilden müssen. Dies ist mit ausgebildetem Personal sowie entsprechenden Vorgaben in den relevanten Compliance-Prozessen ohne weiteres sicherzustellen. Es stellt sich, die Interpretation der EU Kommission zugrunde gelegt, in diesem Zusammenhang vielmehr die Frage, wie ein vergleichsweise kleines Unternehmen, das unter Art. 8 III fällt und Zweigniederlassungen in verschiedenen Mitgliedstaaten hat, die verschiedenen Anforderungen dieser Mitgliedstaaten in seinem Meldesystem abbilden soll.

Zu begrüßen ist, dass die Kommission an einigen Stellen Flexibilität zeigt. Für die Praxis scheint hier besonders relevant, dass die Untersuchungsstrukturen der Konzernmutter unter gewissen Umständen genutzt werden können, da diese regelmäßig die größten Kosten verursachen dürften. Auch eine nachhaltige Informationskampagne über das zentrale Hinweisgebersystem erscheint sinnvoll, ebenso wie ein Bündeln der Ressourcen unter Konzernunternehmen mittlerer Größe, das zumindest in gewissem Umfang Erleichterung verspricht. Im Übrigen ist zu hoffen, dass der lokale Gesetzgeber die Erfahrungen aus der Praxis und den eigentlichen Zweck der Richtlinie bei der Implementierung derselben besser im Blick behält.

VII. Rechtslage bis zur Umsetzung

Mit dem fruchtlosen Ablauf der Umsetzungsfrist am 17. Dezember 2021 stellt sich die Frage nach der unmittelbaren Anwendbarkeit der Richtlinie bis zu deren Umsetzung in den Mitgliedstaaten. Die grundsätzliche Möglichkeit einer unmittelbaren Wirkung von Richtlinien im Falle einer überfälligen Umsetzung in nationales Recht steht außer Streit.³⁹

Die unmittelbare Anwendbarkeit ist hierbei stets anhand der einzelnen Bestimmungen der Richtlinie zu beurteilen und hängt maßgeblich davon ab, ob diese „inhaltlich als unbedingt und hinreichend genau“ ist.⁴⁰ Bei Richtlinienbestimmungen, die rechtliche Verpflichtungen für Private enthalten, scheidet eine unmittelbare Anwendbarkeit

allerdings grundsätzlich aus.⁴¹ Dies gilt auch für rechtliche Verpflichtungen eines Privaten gegenüber eines anderen Privaten (sog. unmittelbare horizontale Wirkung).⁴² Arbeitnehmer können sich folglich bis zur Umsetzung der Richtlinie in nationales Recht nicht gegenüber ihrem Arbeitgeber (sofern es sich hierbei um private Unternehmen handelt) auf Bestimmungen der Richtlinie berufen.

Es ist in diesem Zusammenhange auch zu bedenken, dass die Richtlinie jedenfalls keine Sanktionen im vertikalen Verhältnis vorsieht. Insofern scheidet eine Sanktionierung von Privaten aufgrund einer Nichtumsetzung einer Bestimmung der Richtlinie unabhängig von der Frage nach der unmittelbaren Anwendbarkeit bereits aus diesem Grund bis zur Umsetzung der Richtlinie in nationales Recht aus.

IX. Zusammenfassung

Nach der Hinweisgeber-Richtlinie der EU müssen interne und externe Kanäle für Hinweisgeber bereitgestellt werden, um bestimmte Rechtsverstöße zu melden. Wer solche Verstöße rechtmäßig meldet, darf deshalb nicht benachteiligt werden. Ihm kommt eine Beweislastumkehr zugute. Deutschland hat die Richtlinie nicht rechtzeitig umgesetzt, aber die Ampel-Regierung hat im Koalitionsvertrag eine Umsetzung angekündigt. Bis zur Umsetzung kommt eine unmittelbare Wirkung bestimmter Normen in Betracht, allerdings nur für den Staat, nicht unter Privaten.

Eine besonders brisante Frage ist die Ausgestaltung der Meldewege. Die Richtlinie schreibt sie für alle Unternehmen mit mehr als 50 Mitarbeitern vor. Bereits vor der Umsetzung ist heftig umstritten, inwieweit diese Verpflichtung auch durch konzernweite Meldesysteme erfüllt werden kann. Die EU-Kommission versteift sich auf eine enge Auslegung der Richtlinie, die eine separate Einrichtung in jedem einzelnen Unternehmen ab 250 Mitarbeitern vorsieht, was der seit Jahren bewährten Praxis in vielen Konzernen widerspricht. Die besseren Argumente sprechen dafür, ein konzernweites Meldesystem ausreichen zu lassen. Dies sollte der deutsche Gesetzgeber bei der Umsetzung berücksichtigen.

Dr. Mark Zimmer ist Partner im Münchener Büro von Gibson, Dunn & Crutcher. Der Fachanwalt für Arbeitsrecht berät seit 26 Jahren Unternehmen in allen arbeitsrechtlichen Angelegenheiten. Ein Schwerpunkt seiner Praxis sind interne Untersuchungen wegen Compliance-Verstößen. Über zahlreiche Publikationen und Vorträge hinaus ist Herr Zimmer durch zwei Lehraufträge hervorgetreten.



Katharina Humphrey ist Associate im Münchener Büro von Gibson, Dunn & Crutcher. Der Schwerpunkt ihrer Praxis liegt in den Bereichen Compliance und Corporate Governance. Sie hat langjährige Erfahrung in der Beratung bei sensiblen, unternehmensinternen Untersuchungen im In- und Ausland, großen internationalen Verfahren und bei der Strukturierung, Implementierung und Bewertung von Compliance-Management-Systemen.



39 S. hierzu Ruffert, in: EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 288, Rn. 48 bis 51.

40 S. hierzu Schroeder, in: EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 288, Rn. 89 m. w. v. V.

41 Schroeder, in: EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 288, Rn. 91.

42 Schroeder, in: EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 288, Rn. 101.