

Positionspapier

Die Umsetzung der Whistleblower-Richtlinie (Richtlinie (EU) 2019/1937 vom 23. Oktober 2019) in deutsches Recht – Anforderungen aus gewerkschaftlicher Sicht

Ziel:

Die Umsetzung der EU-Whistleblower-Richtlinie 2019/1937 soll dazu genutzt werden, **einen umfassenden, effektiven und kohärenten Schutz von Personen zu schaffen, die im beruflichen Kontext Rechtsverstöße aufdecken**. Das Ziel der Richtlinie ist es, die Rechtsdurchsetzung zu verbessern. Dabei müssen systematische Brüche und Differenzierungen im Schutzniveau zwischen von der Richtlinie erfassten, somit zwingend umzusetzenden und vergleichbar schutzwürdigen Tatbeständen vermieden werden. Nur wenn Regelungen rechtsklar, gerecht und praktikabel sind, ist der durch sie geschaffene Schutz auch effektiv.

Niemand sollte befürchten müssen, dass seine wirtschaftliche Abhängigkeit von einem Unternehmen, insbesondere aufgrund eines bestehenden Arbeitsverhältnisses, genutzt wird um ihn wegen der Ausübung von Rechten zu benachteiligen. Beschäftigte, die gegen Rechtsverstöße ihrer Arbeitgeber vorgehen, riskieren Nachteile und Repressalien. Sie sind aufgrund ihrer Abhängigkeit leicht angreifbar. Die bestehenden rechtlichen Schutzmechanismen tragen diesem Umstand bislang unzureichend Rechnung. Deswegen hat die EU-Whistleblower-Richtlinie zum Ziel, die Rechtsposition der Hinweisgeber*innen mittels eines intensiven Benachteiligungsschutzes zu stärken.

Allerdings sind nicht nur Personen, die skandalträchtige Rechtsverstöße oder Missstände altruistisch im Interesse der Allgemeinheit aufdecken besonders schutzwürdig. Das anerkennt auch die Richtlinie selbst, die in ihrem zwingenden sachlichen Anwendungsbereich auch Rechtsverstöße erfasst, die kein „Skandalpotential“ haben, deren Aufdeckung aber dennoch im Interesse der Allgemeinheit liegt. Denn auch die Meldung solcher Verstöße trägt natürlich dazu bei, eine Kultur der Rechtmäßigkeit und Integrität zu schaffen.

Dass die Richtlinie selbst sich dennoch auf einen abschließenden Katalog von Tatbeständen beschränkt, die unter ihren sachlichen Anwendungsbereich fallen, ist der nur begrenzten Rechtssetzungsbefugnis der EU geschuldet. Die Richtlinie stellt in Art. 2 Abs. 2 und Erwägungsgrund 5 ausdrücklich klar, dass die Mitgliedstaaten den Anwendungsbereich auf andere Rechtsbereiche ausdehnen können, um auf nationaler Ebene einen umfassenden und kohärenten Rahmen für den Hinweisgeberschutz zu schaffen. Das darf durchaus als dringende Empfehlung verstanden werden.

Damit die Richtlinie ihr Ziel, die Rechtsdurchsetzung zu verbessern, in Deutschland erreichen kann, müssen weitere Sachverhalte einbezogen werden. Neben den Hinweisgebern, die Meldekanäle nach den Vorgaben der Richtlinie nutzen, sollten auch diejenigen von den Schutzmechanismen profitieren die von ihren Rechten, wie bspw. der Meinungsfreiheit, offen Gebrauch machen oder die die bestehenden Rechtsdurchsetzungssysteme unmittelbar, etwa durch das Stellen von Strafanzeigen oder das Einreichen von (arbeits-)gerichtlichen Klagen, in An-

spruch nehmen. Denn auch sie tragen - auch im öffentlichen Interesse und ebenfalls unter Inkaufnahme persönlicher Risiken - dazu bei, rechtmäßiges und integrires Handeln zu befördern. Der Rechtsstaat „lebt“ davon, dass seine Institutionen ohne Scheu in Anspruch genommen werden.

Beschäftigte, die als Whistleblower Verstöße melden und dabei die Meldekanäle nach der Richtlinie nutzen, brauchen denselben Schutz wie Beschäftigte, die ihre Rechte offen geltend machen oder Rechtsverstöße der Arbeitgeber über Gerichte, Aufsichtsbehörden oder Strafanzeigen beheben wollen. Angesichts der potenziell drohenden Nachteile sind unterschiedliche Schutzniveaus aus der Perspektive der Betroffenen nicht nachvollziehbar, ein überzeugendes Differenzierungskriterium für einen auf der einen Seite vollständigen und einem auf der anderen Seite nur rudimentären Schutz gibt es nicht.

Notwendig ist daher ein **umfassendes und konsistentes Schutzsystem zum Ausgleich der strukturellen Unterlegenheit der Beschäftigten, die Rechtsverstöße und Missstände angreifen wollen**. Die Umsetzung der Richtlinie sollte also dafür genutzt werden, die dort vorgesehenen Instrumente zum Schutz der Whistleblower auf wirtschaftlich abhängige Personen, die bei Geltendmachung von Rechten Nachteile erfahren, generell zu erweitern.

Mittel:

1. Eigständiges Hinweisgeberschutzgesetz

Die EU-Whistleblower-Richtlinie ist **durch ein eigenständiges Hinweisgeberschutzgesetz umzusetzen**. Dieses Gesetz soll auf den zivilrechtlichen, insbesondere den arbeitsrechtlichen Schutz von Personen zielen, die im beruflichen Kontext von Rechtsverstößen und sonstigen Missständen in ihren Unternehmen / Dienststellen erfahren und diese Verstöße an die geeignete Stellen melden wollen.

2. Ausbau des sachlichen Anwendungsbereichs

Der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften lehnen eine eng an den Vorgaben der Richtlinie gehaltene, sog. „Eins-zu-eins-Umsetzung“ der Richtlinie ab. Nur mit einem **breiten Anwendungsbereich** ist Rechtssicherheit für Unternehmen und Hinweisgeber*innen und damit rechtspraktischer Erfolg des Gesetzes zu erwarten. Die Begrenzung des durch die Richtlinie eingeführten Schutzes auf die ausgewählten Bereiche des Unionsrechts würde erhebliche Rechtsunsicherheiten mit einer Zweigleisigkeit des Schutzes vergleichbarer Sachverhalte zu Folge haben. Aus Sicht der Adressaten der Schutzregeln sind diese Unsicherheiten dringend zu vermeiden. Aus der Perspektive des deutschen Verfassungsrechts ist zudem festzustellen, dass eine solche Differenzierung dem Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 I GG nicht standhalten würde.

In den sachlichen Anwendungsbereich des Hinweisgeberschutzes sind sämtliche Meldungen, bei denen der Verdacht einer **Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit** angezeigt wird, aufzunehmen. Zwingend aufzunehmen

sind insbesondere **sämtliche Meldungen von Verstößen gegen individuelle und kollektive Arbeitnehmerrechte inkl. Sozialrecht**, deren Befolgung im Interesse der Allgemeinheit liegt. Dazu gehören insbesondere Meldungen von Verstößen gegen sozialversicherungsrechtliche Pflichten des Arbeitgebers (insb. beim Verdacht des Vorenthaltens von Sozialversicherungsbeiträgen, § 266a StGB), Verstöße gegen Arbeits- und Gesundheitsschutz inklusive öffentlich-rechtliches Arbeitszeitrecht, gegen Regelungen über Mindestentgelte und Mindestarbeitsbedingungen, Verhinderung von Betriebsrats-, Personalrats- und Gewerkschaftsarbeit, gegen Antidiskriminierungsrecht und gegen Koalitionsfreiheit.

Mit den Hinweisgeber*innen vergleichbar schutzbedürftig sind, wie oben ausgeführt, aber auch all diejenigen, die aus der Situation der Abhängigkeit Nachteile erleiden, weil sie die bestehenden Rechtsdurchsetzungssysteme unmittelbar in Anspruch nehmen oder von ihrem Recht Gebrauch machen. Die Schutzinstrumente der Richtlinie sind auch auf diese Fälle zu erweitern. Hierfür wäre der sachliche Anwendungsbereich auf alle Gesetze im Sinne des Art. 2 EGBGB zu erweitern. Der damit einhergehenden unterschiedslosen Erfassung aller denkbaren Rechtsverstöße, angefangen bei Straftaten mit erheblicher Bedeutung für die Allgemeinheit bis hin zu Bagatelverstößen im rein vertraglichen Bereich, ist durch entsprechende Differenzierungen bei der Möglichkeit zur Inanspruchnahme der Meldewege Rechnung zu tragen (dazu unter 3).

3. Klare Regeln zur Nutzung der Meldekanäle

Die umzusetzende EU-Whistleblower-Richtlinie regelt in ihren Art. 7, Art 10 und Art. 15, unter welchen Voraussetzungen bestimmte Meldewege durch den Hinweisgeber bestritten werden können. Die Regeln bauen auf der Empirie über das Meldeverhalten der Hinweisgeber*innen auf. Studien zeigen, dass Hinweisgeber*innen in den meisten Fällen von sich aus unternehmensinterne Meldewege wählen, wenn Sie diese als vertrauenswürdig einschätzen und keine Nachteile befürchten müssen. Eine Verpflichtung zur vorrangigen Nutzung interner Meldewege hingegen kann dazu führen, dass Beschäftigte von der Meldung zurückschrecken. Vor diesem Hintergrund muss sichergestellt werden, dass die zur Verfügung gestellten **internen und externen Meldewege gleichwertig** sind. Das entspricht auch den Vorgaben der Richtlinie. Konkret ist das Verhältnis der Meldewege zueinander bei deren Umsetzung wie folgt zu gestalten:

- **Die Nutzung der internen Kanäle bleibt für die Hinweisgeber stets freiwillig:** die Informationen können intern gemeldet werden, müssen aber nicht (vgl. Art. 7 Abs. 1 der WB-Richtlinie)
- **Eine Meldung direkt an die externen Meldestellen ist ohne besondere Voraussetzungen zulässig.** Es besteht keine Verpflichtung zu einer Nutzung interner Meldewege vor dem Gang an die zuständigen Behörden (vgl. Art. 10, 2. HS der WB-Richtlinie)
- **Die Offenlegung gegenüber der Öffentlichkeit** gilt dann als geschütztes Whistleblowing, wenn nach einer internen und/oder externen Meldung nach Ablauf der vorgesehenen Fristen keine geeigneten Maßnahmen ergriffen wurden (Art.-15 lit a der WB-Richtlinie) oder eine Gefährdung des öffentlichen Interesses bzw. das Risiko der Verschleierung vorliegt (lit. b).

Die so beschriebene Möglichkeit zur Inanspruchnahme interner und externer Meldekanäle sollte bestimmten Fallkonstellationen vorbehalten bleiben. Zunächst sind selbstverständlich die zwingenden Vorgaben der Richtlinie umzusetzen, so dass die Meldekanäle für Meldungen in dem durch Art. 2 der Whistleblower-Richtlinie vorgeschriebenen sachlichen Anwendungsbereich offenstehen müssen.

Zu den weiteren Aufgaben der Meldestellen sollte die Bearbeitung von Meldungen zählen, mit denen der Verdacht einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit angezeigt wird. Und zwar unabhängig davon, ob es sich um Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten handelt, die den in Art. 2 der Richtlinie genannten Rechtsgebieten zuzuordnen sind oder nicht. Im Bereich von Straf- und Ordnungswidrigkeiten können die Meldestellen stets eine sinnvolle Funktion ausüben. Sie senken die Hemmschwelle für potentielle Hinweisgeber, weil diese Stellen die Funktion übernehmen, die Relevanz des gemeldeten Verhaltens zu prüfen und einer adäquaten weiteren Bearbeitung zuführen. Der potentielle Hinweisgeber wird so von schwierigen Abwägungsprozessen entlastet und kann – auch durch die an die Meldung anknüpfenden Schutzmechanismen – zum gewünschten Verhalten ermutigt werden. Selbiges gilt für die Meldung von sämtlichen Verstößen gegen individuelle und kollektive Arbeitnehmerrechte inkl. Sozialrecht, deren Befolgung im Interesse der Allgemeinheit liegt, auch wenn sie nicht straf- oder bußgeldbewährt sind. Nicht sinnvoll wäre dagegen, die Zuständigkeit der Meldestellen auf die Meldung von rein vertraglichen Rechtsverstößen zu erweitern.

Klarzustellen ist in diesem Zusammenhang, dass **dem Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht bei der Ausgestaltung des Verfahrens der Meldung an einen internen Meldekanal zusteht**, das er auch eigeninitiativ ausüben kann.

Darüber hinaus müsste im Sinne eines umfassenden und konsistenten Schutzsystems sichergestellt werden, dass die Inanspruchnahme bestehender Rechtsdurchsetzungssysteme etwa bei vertraglichen Rechtsverstößen bzw. Einschaltung von Strafverfolgungs- oder Aufsichtsbehörden ebenfalls als schutzauslösend gelten. Der Benachteiligungsschutz sollte auch auf diese Fallkonstellation ausgeweitet werden.

4. Umfassender und effektiver Schutz vor Repressalien

Eine unionsrechtskonforme Umsetzung der Whistleblower-Richtlinie bedingt einen Ausbau und eine Ergänzung bestehender arbeitsrechtlicher Schutzvorkehrungen. Zu diesen zu schaffenden Schutzmechanismen gehören insbesondere:

- **Ein spezielles Maßregelungsverbot**, das den Detaillierungsgrad des Art. 19 WBRL widerspiegelt. Zu regeln ist ein Verbot von Repressalien, einschließlich der Androhung und des Versuchs von Repressalien, wie sie in Art. 19 lit. a) – lit. o) aufgelistet sind,
- Sicherstellung des **Zugangs zu unterstützenden Maßnahmen**, darunter Beratung und Information gem. Art. 20 der Richtlinie,

- **Regelung einer widerlegbaren Vermutung** beim Ergreifen von Maßnahmen durch den Arbeitgeber nach der Vorgabe des Art. 21 Abs. 5 der Richtlinie. Diese Vorgabe ist durch eine klare Beweislastregelung ins deutsche Recht umzusetzen. Geht der/die Hinweisgeber*in gegen die als Maßregelung empfundene Maßnahme (Kündigung, Versetzung, Degradierung etc.) vor indem er bzw. sie
 - den eigenen Status als geschützte Person (bspw. Arbeitnehmereigenschaft),
 - die Abgabe eines Hinweises oder die Offenlegung oder die Wahrnehmung eines Rechts, das einen Bezug zum Betroffenen hat und
 - die Maßnahme, die als Maßregelung in Betracht kommt, darlegt und ggf. beweist,hat der Arbeitgeber darzulegen und zu beweisen, dass tragend für die streitige Maßnahme ein rechtmäßiger anderer Beweggrund ist, als die Meldung oder die Offenlegung oder die sonstige Rechtswahrnehmung.
- Für den Fall, dass die potenziell maßregelnde Maßnahme eine Kündigung darstellt, ist **ein spezieller Kündigungsschutztatbestand** unabhängig vom Vorliegen der Voraussetzungen des KSchG zu normieren. Der Betroffene hat darzulegen und zu beweisen, dass tragend für die Kündigung ein rechtmäßiger anderer Beweggrund ist. Zudem ist die Möglichkeit zur Stellung eines Auflösungsantrags nach § 9 KSchG für den Kündigenden auszuschließen.
- **Auszubauen ist das Recht auf Weiterbeschäftigung im Kündigungsschutzprozess.** Zu regeln ist ein Anspruch auf Weiterbeschäftigung nach Ablauf der Kündigungsfrist bzw. Zugang einer fristlosen Kündigung. Für die Zeit der Weiterbeschäftigung gilt das Arbeitsverhältnis als fortbestehend. Für die Durchsetzung des Anspruchs im Wege einstweiligen Rechtsschutzes wird der Verfügungsgrund unwiderleglich vermutet.
- Zu schaffen ist ein **verschuldensunabhängiger Schadensersatzanspruch**, der auch immaterielle Schäden erfasst; Klarzustellen ist, dass - in Abweichung von § 12a ArbGG – auch die Kosten der Rechtsvertretung Teil des ersatzfähigen Schadens sind. Der Betroffene hat darzulegen und zu beweisen, dass tragend für die streitige Maßnahme ein rechtmäßiger anderer Beweggrund ist, als die Meldung oder die Offenlegung oder die sonstige Rechtswahrnehmung.

Diese, vor Diskriminierung schützenden Mechanismen sind gleichermaßen auf alle Beschäftigte zu erstrecken, unabhängig davon, ob sich diese auf die Abgabe eines Hinweises an einen internen oder externen Meldekanal oder eine Offenlegung oder die Wahrnehmung eines Rechts, das einen Bezug zum Betroffenen hat, berufen können.

5. Verbandsklagerechte ausbauen

Die Pflicht zur Umsetzung der Whistleblower-Richtlinie sollte dafür genutzt werden, die Rechtsdurchsetzung nicht alleine dadurch zu verbessern, dass der Einzelne bei der Wahrnehmung von Rechten oder der Meldung von Verstößen oder Missständen weitgehender geschützt wird, als bislang.

Vielmehr sollte darüber hinaus ein **Verbandsklagerecht für Gewerkschaften** geschaffen werden, das ihnen selbst die Möglichkeit einräumt, Rechtsverstöße, insbesondere im Arbeits- und Sozialrecht, gerichtlich anzugreifen. Das übergeordnete Ziel der Richtlinie und ihrer Umsetzung in nationales Recht ist, eine Verbesserung der Rechtsdurchsetzung zu erreichen und damit rechtmäßiges und integrires Handeln zu fördern. Dazu kann das Instrument der Verbandsklage einen erheblichen Beitrag leisten. Die seit langem bestehende Forderung des DGB und seiner Mitgliedsgewerkschaften, den Gewerkschaften ein entsprechendes Recht einzuräumen, sollte daher nun endlich umgesetzt werden.