

# ***Keine überschießende Umsetzung der Whistleblowing-Richtlinie***

**Positionspapier mit Vorschlägen zur Umsetzung der Whistleblowing-Richtlinie in nationales Recht**

Januar 2021

## ***Zusammenfassung***

Nach der Intention des EU-Gesetzgebers müssen Personen, die einen Rechtsverstoß befürchten, darauf vertrauen können, dass sie diese Befürchtung äußern können, ohne Repressalien befürchten zu müssen. Dieser Grundsatz ist in Deutschland eine Selbstverständlichkeit und wird in der unternehmerischen Praxis gelebt. Viele Unternehmen stellen ihren Mitarbeitern bereits heute Möglichkeiten zur innerbetrieblichen Meldung von Missständen zur Verfügung. Ziel der Richtlinie und deren Umsetzung ist nicht, Fehlverhalten zu sanktionieren, sondern Fehlverhalten zu vermeiden.

Das liegt auch im Interesse der Unternehmen. Fehler sollen frühzeitig aufgedeckt, um entsprechende Maßnahmen zur Abstellung zu ergreifen. Dabei kann nur das Unternehmen selbst beurteilen, welche Maßnahmen die Missstände beseitigen und auch zukünftig vermeiden können.

Die aktuelle Corona-Pandemie zeigt, dass die Entwicklung der Arbeitswelt in der Zukunft nicht absehbar ist. Gerade deshalb darf es keine überschießende Umsetzung geben. Das gilt für sämtliche Regelungen der Richtlinie, besonders aber für die Meldeverfahren, deren Hierarchie und die Beweislastregelung. Die Anpassung ins deutsche Recht muss mit Augenmaß erfolgen.

## ***I. Voraussetzungen für den Schutz von Hinweisgebern – Art. 6***

Hinweisgeber haben Anspruch auf Schutz nach der Whistleblowing-Richtlinie (WBRL), wenn sie hinreichend Grund zur Annahme hatten, dass die gemeldete Information der Wahrheit entspricht und in den Anwendungsbereich der Richtlinie fällt (Art. 6 Abs. 1 lit. a WBRL). Zudem muss das in der Richtlinie für Meldungen vorgesehene Verfahrensrecht eingehalten worden sein (Art. 6 Abs. 1 lit. b WBRL).

### ***1. Anwendungsbereich***

Die gemeldete Information muss grundsätzlich vom sachlichen Anwendungsbereich der WBRL erfasst sein. Die WBRL gilt für Meldungen von Verstößen gegen bestimmtes Unionsrecht. Hierzu gehören die im Anhang der Richtlinie aufgeführten Rechtsakte, z. B. Verbraucher- und Datenschutz betreffend.



Bei der Umsetzung müssen bestehende Regelungen beachtet werden. Dazu gehören gesetzliche Regelungen, Rechtsprechung sowie branchenspezifische Regelungen.

Es darf nicht zu einer Überanpassung kommen. Bereits bestehende gesetzliche, branchenspezifische Regelungen und Vorgaben der Rechtsprechung dürfen nicht in Frage gestellt werden. Unternehmen muss die Möglichkeit verbleiben, einen einheitlichen Hinweisgeberprozess aufzusetzen, der den Schutzbereich definiert und ggf. auch Regelungsgegenstände jenseits der Richtlinie und ihrer Umsetzung umfasst.

#### **a) Bestehende Regelungen**

Im deutschen Recht existieren bereits zahlreiche Vorschriften, die den Arbeitnehmer zur Meldung von Verstößen ermächtigen bzw. ihn bei solchen Meldungen schützen. Neben spezialgesetzlichen Regelungen z. B. aus dem Arbeitsschutzgesetz, Bundesimmissionsschutzgesetz und der Betriebsverfassung gehört dazu insbesondere das Maßregelungsverbot nach § 612a BGB. Daneben existieren branchenspezifische Regelungen. In vielen Betrieben werden die Verfahren durch transparente Betriebsvereinbarungen geregelt.

Z. B. im Baugewerbe haben sich die Tarifvertragsparteien auf ein Musterformular verständigt, mit dem der Finanzkontrolle Hinweise auf Schwarzarbeit und illegale Beschäftigung mitgeteilt werden können. Spezialgesetzliche und branchenspezifische Regelungen definieren für alle Beteiligten rechtsklar den Anwendungsbereich. Darüber hinaus hat die Rechtsprechung ein System entwickelt, welches die Interessen von Arbeitnehmern und Arbeitgebern angemessen berücksichtigt. Dadurch kommt es zu einem angemessenen Ausgleich der Interessen. Arbeitgeber als auch Arbeitnehmer wissen, woran sie sind.

Durch die Umsetzung dürfen die bestehenden und bewährten Regelungen nicht konterkariert werden. So gibt es im deutschen Strafrecht Delikte, die von Amts wegen verfolgt werden (sog. Officialdelikte), sowie Delikte, die auf Strafantrag (sog. Antragsdelikte) verfolgt werden. Bei Antragsdelikten besteht nach der Wertung des deutschen Gesetzgebers kein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung. Der EU-Gesetzgeber stellt jedoch maßgeblich darauf ab, ob eine Beschädigung des öffentlichen Interesses zu befürchten ist (vgl. Erwägungsgrund 1/ErwG 1). Vom Anwendungsbereich der Richtlinie muss daher Verhalten, das ein Antragsdelikt darstellt, ausgenommen sein. Die Umsetzung der Richtlinie kann nicht das Strafrechtssystem in Frage stellen. Eine Ausweitung des Anwendungsbereichs insbesondere auf das Straf-, aber auch das Ordnungswidrigkeitenrecht ist abzulehnen.

Zudem ist zu berücksichtigen, dass die WBRL keine Anwendung findet, soweit die im Anhang (Teil II) genannten Unionsakte bereits spezifische Regelungen über die Meldung von Verstößen enthalten, wie dies beispielsweise bei der Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung der Fall ist (vgl. Art. 3 Abs. 1 WBRL).

#### **b) Keine Erfassung von Rechtsmissbrauch oder sonstigen Missständen**

Bei der Umsetzung der Richtlinie darf es nicht dazu kommen, dass außer Rechtsverstößen auch als Fehlverhalten empfundenes Handeln erfasst wird. Entsprechende Vorstöße aus dem Parlament haben sich nicht durchgesetzt. Das zeigt sich auch aus der Gesetzgebungshistorie. In der ersten Entwurfsfassung der Richtlinie war Rechtsmissbrauch („abuse of law“) ausdrücklich erfasst (Art. 1 a.F.). Im Zuge der Verhandlungen zwischen Rat und Parlament bzw. der Änderungsanträge wurden diese gestrichen. Eine Ausdehnung des spezifischen Hinweisgeberschutzes auf rechtmäßiges Verhalten birgt kaum berechenbare, potenziell schwerwiegende Gefahren, weil es nicht selten an objektiven und rechtssicher handhabbaren Kriterien fehlt, um die Einordnung als „anstößig“ oder „unethisch“ zu treffen. Ebenso unklar ist, was „im öffentlichen Interesse“ liegt und was diesem zuwiderläuft. Das Whistleblowing droht daher als politisches oder weltanschauliches Kampfmittel missbraucht zu werden. Dies würde wiederum die gesellschaftliche Akzeptanz dieses für die Rechtsdurchsetzung so wertvollen Instruments gefährden.



Aus § 5 Nr. 2 des Gesetzes zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen (GeschGehG) ergibt sich nichts anderes. Dass dort neben Rechtsverstößen auch „sonstiges Fehlverhalten“ erfasst wird, ist den Vorgaben in Art. 5 Buchst. b der Geheimnisschutzrichtlinie geschuldet. Entsprechende Vorgaben enthält die Whistleblower-Richtlinie gerade nicht. Eine überschießende Umsetzung würde zudem auch dem Bestimmtheitsgebot nach Art. 20 GG widersprechen. Zudem würde das Ziel der Richtlinie, einheitliche und EU-weit gültige Standards zu erzielen, verfehlt und eine weitere Zersplitterung der Rechtssysteme begünstigt. Ein „Mehr“ an Rechtssicherheit könnte damit nicht erreicht werden. Zu berücksichtigen ist weiter, dass es für Hinweisgeber noch schwieriger wird zu beurteilen, ob der Inhalt einer Meldung unter die Richtlinie fällt. Bei diesen unbestimmten Rechtsbegriffen läge die Entscheidung letztlich wieder bei den Gerichten.

## 2. „Hinreichend Grund zur Annahme“

Soweit der Hinweisgeber hinreichenden Grund zur Annahme hat, dass der (vermeintliche) Verstoß in den sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinie fällt und der Wahrheit entspricht, greifen die besonderen Schutzvorschriften ein, die den Whistleblower vor Repressalien schützen sollen (Art. 6 Abs. 1 lit. a WBRL).

Die Voraussetzung des Schutzes des Hinweisgebers bei Meldungen von Verstößen muss dahingehend konkretisiert werden, dass der Hinweisgeber nur dann „hinreichend Grund zu der Annahme“ der Wahrhaftigkeit und Meldefähigkeit einer Information hatte, wenn er bei der Beurteilung des Sachverhalts alle ihm zur Verfügung stehenden Informations- und Beratungsangebote ausgeschöpft hat. Diese Konkretisierung ist zum Schutz der Rechte der juristischen oder natürlichen Person zwingend erforderlich. Nur eine verantwortungsvolle Meldung von betrieblichen Rechtsverstößen kann ein Beitrag zu deren Behebung sein.

Durch eine Meldung drohen wirtschaftliche Einbußen, Wettbewerbsnachteile und Imageschäden. Diesem Spannungsfeld kann durch die Konkretisierung, wann ein „hinreichender Grund“ für die Annahme eines Rechtsverstößes vorlag, Rechnung getragen werden. So kann ein ausgewogenes Verhältnis zwischen dem Schutz von Hinweisgebern und notwendigen Schutzmaßnahmen gegen Missbrauch und Offenlegung sensibler Geschäftsinformationen hergestellt werden. Regelmäßig ist es zumutbar, vor einer Meldung Rechtsrat einzuholen. Dies entspricht der Wertung des § 17 StGB. Danach ist ein Irrtum nur unbeachtlich, wenn der Irrtum nicht vermeidbar war. Die Rechtsprechung legt bzgl. der Vermeidbarkeit einen sehr strengen Maßstab an: Unvermeidbarkeit wird erst dann angenommen, wenn es dem Täter auf Grund seiner sozialen Stellung und nach seinen individuellen Fähigkeiten auch bei der ihm zumutbaren Anspannung seines Gewissens unter Zuhilfenahme anderer möglicher Erkenntnisquellen nicht möglich war, das Unrecht der Tat einzusehen. Dies bedeutet, dass der Täter bei den geringsten Zweifeln eine Erkundigungspflicht hat. Nachdem ErWG 32 auf die „Umstände“ abstellt, um zu beurteilen, ob ein „hinreichender“ Grund vorlag, sind diese Grundsätze auch auf das Whistleblowing zu übertragen.

Beruhet die Annahme, ob ein hinreichender Grund für eine Meldung vorliegt, allein auf der subjektiven Einschätzung des Hinweisgebers, besteht die Gefahr des Missbrauchs. Insbesondere könnte es in Betrieben zu einem „Anschwärzen“ von Kollegen kommen. Das würde den Betriebsfrieden nachhaltig stören. Dieser Gefahr muss bei der Umsetzung der Richtlinie Rechnung getragen werden. Das entspricht auch Sinn und Zweck dieser Regelung. Die Anforderung, dass ein hinreichender Grund für die Meldung vorlag, soll mutwillige und missbräuchliche Meldungen vermeiden. Personen sollen keinen Schutz nach der Richtlinie erhalten, wenn sie zum Zeitpunkt der Meldung willentlich oder wissentlich falsche oder irreführende Informationen gemeldet haben (vgl. ErWG 32 S. 2). Zu wissentlich und willentlich gehört auch, dass die Unkenntnis ver-



meidbar ist. Mit der Formulierung wissentlich und willentlich soll nach Auffassung des Unionsgesetzgebers vorsätzliches Handeln erfasst werden. Dazu gehört der bedingte Vorsatz, also ein Handeln, bei dem die Unwahrheit bzw. Irreführung für möglich gehalten wird, aber dennoch bewusst in Kauf genommen wird. Ein solches Verhalten soll nach Auffassung des Gesetzgebers nicht in den Schutzbereich fallen.

Zudem muss klargestellt werden, dass bereits im Zeitpunkt der Informationsbeschaffung ein hinreichender Grund für die Annahme eines Verstoßes vorgelegen haben muss. Es muss ausgeschlossen werden, dass Whistleblowing missbräuchlich genutzt wird, um z. B. ein Anschwärzen und Denunziantentum zu vermeiden.

### **3. Rechtswidrig erlangte Informationen**

Die Meldung einer rechtswidrig erlangten Information unterfällt nicht dem Schutzbereich der Richtlinie. Das lässt sich der Wertung des ErWG 92 entnehmen, nach dem Hinweisgeber, die die gemeldeten Informationen über Verstöße rechtmäßig erlangt haben oder sich rechtmäßig Zugang zu ihnen verschafft haben, nicht haftbar gemacht werden sollten. Die Klarstellung in S. 4 des ErWG, dass eine strafbare Erlangung weiterhin strafrechtlich verfolgt werden kann, ändert daran nichts. Dieser ErWG muss weit ausgelegt werden. Unbedingt notwendig ist die Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Mit der Richtlinie darf nicht eine künstliche Erlaubnis bzw. ein Anreiz geschaffen werden, sich z. B. zu rächen. Ein Hinweisgeber darf sich nicht unter dem Deckmantel eines Ordnungshüters unbeschränkt und sanktionslos Zugang zu sämtlichen Informationen im Betrieb verschaffen.

### **4. Meldeverfahren**

Nach der Richtlinie müssen Unternehmen mit 50 oder mehr Mitarbeitern interne Meldekanäle und Verfahren einführen.

#### **a) Meldekanäle – Flexibilität erhalten**

Unternehmen müssen selbst entscheiden können, wie diese Meldekanäle ausgestaltet sind. Das entspricht auch der Wertung des Unionsgesetzgebers. Eine Meldung kann schriftlich oder mündlich erfolgen (Art. 9 WBRL) und soll auch z. B. über eine Online-Plattform sowie einen Beschwerde-Briefkasten erfolgen können (vgl. ErWG 53). Jedenfalls sollen Unternehmen selbst festlegen, welche Art von Meldekanälen einzurichten ist (vgl. ErWG 53 S. 1). Diese Flexibilität muss erhalten bleiben, zumal auch ein Versagen des Meldekanals zu Lasten des Arbeitgebers gehen könnte. Zudem bestünde die Gefahr, dass komplexe Meldesysteme erhebliche finanzielle Ressourcen verbrauchen würden, was umsatzschwächere Unternehmen finanziell überfordern würde. Ein dadurch entstehender Wettbewerbsnachteil ist nicht von der Richtlinie bezweckt.

#### **b) Hierarchie der Meldekanäle – Vorrangige interne Meldung ermöglichen**

Nach dem Wortlaut des Art. 15 greift die Richtlinie, wenn der Whistleblower „zunächst intern und extern oder auf direktem Weg extern... Meldung erstattet“. Gleichzeitig sieht Art. 7 Abs. 2 WBRL vor, dass sich die Mitgliedstaaten dafür einsetzen, dass die internen Meldewege bevorzugt werden. Das nationale Recht sollte daher ein dreistufiges Meldesystem zumindest für grundsätzliche Fälle vorsehen.

Die Mitgliedstaaten sollen sich dafür einsetzen, dass die Meldung über interne Kanäle gegenüber der Meldung über externe Meldekanäle in den Fällen bevorzugt wird, in denen intern gegen den Verstoß vorgegangen werden kann und der Hinweisgeber keine Repressalien befürchtet. Dem Hinweisgeber steht damit kein echtes Ermessen bei der Wahl zu. ErWG 51 regelt, dass eine externe Meldung möglich sein muss, wenn keine internen Meldewege vorgesehen sind.



Die Formulierung in Art. 7 Abs. 2 WBRL lässt sich danach dahingehend verstehen, dass die Mitgliedstaaten ein dreistufiges Meldesystem vorsehen können.

Es bestehen z. B. im Arbeitsschutzrecht bereits heute gesetzliche Regelungen, die den Vorrang des innerbetrieblichen Abhilfeversuchs festlegen. Nach § 17 Abs. 2 Arbeitsschutzgesetz (ArbSchG) können sich Beschäftigte an die zuständige Behörde wenden, wenn sie aufgrund konkreter Anhaltspunkte der Auffassung sind, dass die vom Arbeitgeber getroffenen Maßnahmen und bereitgestellten Mittel nicht ausreichen, um die Sicherheit und den Gesundheitsschutz bei der Arbeit zu gewährleisten, und der Arbeitgeber dem nicht abgeholfen hat.

Darüber hinaus müssen im gesamten Bereich des Arbeitsrechts die bisherigen Regelungen zum Schutz von Whistleblowern weiterhin Anwendung finden. Die Richtlinie ist unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EGMR und des BAG so auszulegen, dass ein angemessener Ausgleich zwischen den Interessen des Arbeitnehmers sowie den Interessen des Arbeitgebers hergestellt wird. Hierfür spricht auch ErwG 21, nach dem die Richtlinie den für Arbeitnehmer gewährten Schutz bei der Meldung von Verstößen gegen das Arbeitsrecht der Union unberührt lassen soll. Der Arbeitnehmer muss, bevor er sich an eine außenstehende Stelle wendet, eine innerbetriebliche Abhilfe versuchen. Der EGMR hat den Schutz der Reputation und des Ansehens im wirtschaftlichen Verkehr als legitimes Interesse anerkannt. Nachdem die Rechtsprechung zum Whistleblowing im Arbeitsrecht gut austarierte Vorgaben macht und die Mitgliedstaaten auf eine bevorzugte interne Meldung hinwirken sollen, besteht kein Anpassungsbedarf im Arbeitsrecht und die bisherigen Grundsätze sind weiter anzuwenden. Bestehen interne Meldekanäle, die effektiv und ohne Repressalien eine Beseitigung des Missstandes möglich machen, ist vorrangig der interne Meldeweg zu beschreiten.

Das entspricht auch der grundsätzlichen Lastenverteilung in Arbeitsbeziehungen. Aus dem Arbeitsvertrag ergeben sich neben den Hauptleistungspflichten auch Nebenpflichten, die man grundsätzlich als Ausfluss des gegenseitigen Vertrauens verstehen kann. Daraus resultiert auch eine Loyalitätspflicht des Arbeitnehmers. Dazu gehört auch, sich bei Missständen vorrangig an den Arbeitgeber zu wenden und diesem so die Möglichkeit zur Beseitigung des Missstandes zu geben. Dazu kommt, dass der Missstand bei externer Meldung in den meisten Fällen viel später beseitigt wird. Als Gründe hierfür kommt ein bürokratisches Vorgehen der Behörden oder auch der Umstand, dass Behörden dem Vorwurf auch erst einmal nachgehen müssen in Betracht.

Eine Regelung dahingehend, dass Beschäftigte zunächst den internen Meldeweg beschreiten müssen, kann durch Betriebsvereinbarung getroffen werden, aber auch durch entsprechende Weisungen des Arbeitgebers. Zwar regelt ErwG 91, dass der Whistleblower-Schutz nicht vertraglich ausgeschlossen werden kann. Durch eine Verpflichtung, interne Meldewege zuerst zu beschreiten, wird aber nicht der Schutz der Richtlinie versagt. Eine Regelung zur Dreistufigkeit einer Meldung betrifft nicht den Schutz an sich, sondern das Verfahren.

Nach diesen Erwägungen sollte der nationale Gesetzgeber ein dreistufiges Meldesystem normieren. In Anlehnung an die Erwägungsgründe 51, 61 und 62 könnten Fälle normiert werden, in denen sofort der externe Meldeweg beschritten wird. Möglich wäre auch die gesetzliche Regelung dahingehend, dass eine externe Meldestelle nach einer Meldung erst tätig wird, wenn ein vorhandener interner Meldekanal erfolglos beschritten wurde.

Klar geregelt werden sollte auch, dass die Öffentlichkeit nur im Ausnahmefall informiert werden darf. Zumindest die in der Richtlinie aufgeführten Beispiele sollten als Regelbeispiele ins Gesetz aufgenommen werden, um diese hohe Schwelle deutlich zu machen. Eine zu abstrakt-generelle Darstellung kann sonst dazu führen, dass Hinweisgeber das zu leicht annehmen, sich dann also an die Öffentlichkeit wenden und dadurch einen immensen Imageschaden erzeugen. Da hilft es



nichts, wenn hinterher festgestellt wird, dass der Hinweisgeber sich nicht direkt an die Öffentlichkeit hätte wenden dürfen, der Schaden ist dann schon eingetreten.

### **c) Rückmeldung an den Hinweisgeber**

Nach Art. 9 Abs. 1 lit. f der Richtlinie müssen die Meldeverfahren eine Rückmeldung an den Hinweisgeber beinhalten. Für diese Rückmeldung ist eine Frist von drei Monaten vorgesehen. Dieser Zeitrahmen darf bei der Umsetzung nicht unterschritten werden. Aufgrund von Meldungen werden umfangreichen Maßnahmen eingeleitet. Diese können auch sehr zeitaufwändig sein. Zudem muss klar sein, dass das Verfahren innerhalb dieser drei Monate noch nicht abgeschlossen sein muss. Wird z. B. intern der Verdacht einer strafrechtlich relevanten Handlung gemeldet, sind die Ermittlungsbehörden einzuschalten, um den Verdacht zu bestätigen, ggf. auszuräumen und die entsprechenden Maßnahmen zu ergreifen. Insofern hängt der Verfahrensstand häufig von äußeren Umständen ab.

## **II. Schutz vor Repressalien – Beweislastregelung**

Art. 21 Abs. 5 der Richtlinie beinhaltet eine Beweislastregelung für Verfahren vor Gericht oder einer anderen Behörde, in denen ein Whistleblower glaubhaft macht, eine Benachteiligung infolge einer Meldung erlitten zu haben. Danach müsste die Person, die eine solche Maßnahme ergriffen hat, nachweisen, dass die Benachteiligung nicht auf der Meldung, sondern auf hinreichend gerechtfertigten Gründen basiert. Dem Arbeitgeber muss es möglich bleiben, beispielsweise einen befristeten Vertrag ohne Angaben weiterer Gründe nicht zu verlängern oder Verträge mit externen Dienstleistern zu kündigen.

Für eine Umsetzung dieser Beweislastregelung besteht im Arbeitsrecht kein Bedarf. Im Arbeitsrecht besteht ein gut austariertes System zum Schutz von Personen, die in zulässiger Weise ihre Rechte ausüben. Diese arbeitsrechtlichen Regelungen sind an die unterschiedlichen Situationen angepasst und stellen den Schutz beiderseitigen Interessen sicher. Einen derart weitgehenden Sonderschutz für Beschäftigte gegenüber denen Maßnahmen seitens des Arbeitgebers ergriffen wurden, wollte der Unionsgesetzgeber nicht schaffen. Eine Umsetzung der Beweislastregelung der WBRL hätte für das Arbeitsrecht gravierende Folgen und wäre unsystematisch.

### **a) Maßregelungsverbot nach § 612a BGB**

Auf dem Gebiet des Arbeitsrechts enthält § 612a BGB ein allgemeines Maßregelungsverbot, wonach ein Arbeitgeber einen Arbeitnehmer bei einer Vereinbarung oder Maßnahme nicht benachteiligen darf, weil der Arbeitnehmer in zulässiger Weise seine Rechte ausgeübt hat. Nach einhelliger Ansicht findet diese Vorschrift auch auf rechtlich zulässiges Whistleblowing Anwendung. In persönlicher Hinsicht findet § 612a BGB Anwendung auf hinweisgebende Arbeitnehmer sowie leitende Angestellte aber auch Auszubildende sowie Praktikanten. Daneben kann die Norm entsprechend auf arbeitnehmerähnliche Personen angewendet werden. Das Maßregelungsverbot richtet sich gegen den Arbeitgeber, also den Vertragspartner, aber auch gegen Dritte, die in die Arbeitgeberstellung eingebunden sind und gegenüber dem Arbeitnehmer zumindest partiell Arbeitgeberfunktionen ausüben (z.B. der Entleiher bei der Arbeitnehmerüberlassung). Damit genügt § 612a BGB für den Bereich des Arbeitsrechts den Anforderungen der Richtlinie.

### **b) Beweislastverteilung in Kündigungsprozessen**

Zudem stellen die bestehenden Darlegungs- und Beweislastregelungen in Arbeitsgerichtsprozessen sicher, dass Arbeitgeber nachweisen müssen, dass eine Maßnahme auf gerechtfertigten Gründen beruht. Das zeigt insbesondere die abgestufte Darlegungs- und Beweislast im Kündigungsschutzprozess. Ein gerechtfertigtes Verhalten – wie Whistleblowing – kann nach beste-



hender Rechtslage keinen verhaltensbedingten Kündigungsgrund i. S. d. Kündigungsschutzgesetzes (KSchG) darstellen. In Arbeitsbeziehungen, in denen das KSchG keine Anwendung findet, wird gerichtlich überprüft, ob die Kündigung willkürlich ausgesprochen wurde und damit das Arbeitsverhältnis nicht wirksam beendet hat. Insofern findet auch hier eine Prüfung des der Kündigung zugrundeliegenden Sachverhalts statt.

Durch eine Umsetzung der Beweislastregelung könnte es dazu kommen, dass Arbeitnehmer sich einen von der derzeitigen Rechtsordnung nicht vorgesehenen Kündigungsschutz verschaffen. Erhält ein Arbeitnehmer Kenntnis davon, dass eine Beendigung seines Arbeitsverhältnisses ansteht oder erwogen wird, z. B. auch im Rahmen einer Anhörung des Betriebsrats oder nach § 626 Abs. 2 BGB, besteht die Gefahr, dass er noch vor Ausspruch der Kündigung einen Umstand meldet und sich dann im arbeitsgerichtlichen Verfahren darauf beruft, die Kündigung sei nur aufgrund der Meldung erfolgt. Der Arbeitgeber müsste dann nachweisen, dass dem nicht so ist. Der Beweis dieser negativen Tatsache wird in den meisten Fällen jedoch kaum oder nur erschwert möglich sein. Kündigungsschutz kann nur eingreifen, wenn die Voraussetzungen des KSchG vorliegen. Daran wollte auch der Unionsgesetzgeber mit der Richtlinie nichts ändern. Auch gilt in Verfahren nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) bereits eine entsprechende Beweislastregelung.

### **III. Vertraulichkeit – Anonyme Meldungen**

Art. 6 Abs. 2 WBRL stellt es den Mitgliedstaaten anheim, ob sie die internen Meldestellen und die für externe Meldungen zuständigen Behörden verpflichten, anonyme Hinweise entgegenzunehmen und weiterzuverfolgen. Es muss weiter möglich bleiben, dass Unternehmen selbst darüber entscheiden können, ob sie anonyme Meldungen ermöglichen wollen. Die Richtlinie selbst setzt nur voraus, dass die Meldung vertraulich behandelt wird. Effektive Weiterverfolgung erfordert oftmals nochmalige gezielte Nachfragen. Der Whistleblower wird durch die Sicherstellung von Vertraulichkeit ausreichend geschützt. Werden anonyme Meldungen gesetzlich geregelt, erhöht das die Missbrauchsgefahr und das kann den Betriebsfrieden erheblich gefährden.

#### **Ansprechpartner:**

#### **BDA | DIE ARBEITGEBER**

Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände

#### **Abteilung Arbeits- und Tarifrecht**

T +49 30 2033-1211

arbeitsrecht@arbeitgeber.de