

## Replik auf das Positionspapier der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände Die BDA schlägt ein unionsrechtswidriges und verfassungswidriges Umsetzungsgesetz vor.

### I. Das von der BDA geforderte „1:1-Gesetz“ wäre verfassungswidrig.

**Aus der Stellungnahme:** „Gerade deshalb darf es keine überschießende Umsetzung geben. [...] Es darf nicht zu einer Überanpassung kommen. Bereits bestehende gesetzliche, branchenspezifische Regelungen und Vorgaben der Rechtsprechung dürfen nicht in Frage gestellt werden.“ (S. 1-2)

**Replik:** Wie an verschiedenen Stellen (z.B. [hier](#) und [hier](#)) verfassungsrechtlich festgestellt, ist der deutsche Gesetzgeber aus dem allgemeinen Gleichheitsgebot (Art. 3 Abs. 1 GG) gehalten, den Schutz der Whistleblowing-Richtlinie auf Meldungen bezüglich nationaler Rechtsverstöße zu erstrecken. Eine „1:1-Umsetzung“, wie die BDA sie fordert, würde zwei in ihrer Schutzwirkung massiv auseinanderfallende Rechtsregime für unionsrechtliches Whistleblowing einerseits und nationales Whistleblowing andererseits schaffen: Während ein Whistleblower, der beispielsweise einen geringfügigen Verstoß gegen die europäische Datenschutz-Grundverordnung meldete, von den Schutzstandards der WBRL profitierte, wäre ein Whistleblower, wenn er Verstöße gegen rein national bedingte Straftatbestände aufdeckte (etwa selbst schwere Fälle von Wirtschafts- oder Gewaltdelinquenz) auf die rechtsunsicheren, lückenhaften deutschen Schutzstandards zurückgeworfen.

Diese Ungleichbehandlung wäre nicht nur objektiv willkürlich, sondern würde alle betroffenen Parteien – Arbeitnehmer\*innen wie Arbeitgeber\*innen – vor massive Rechtsunsicherheit und Kostenrisiken stellen, weil im Einzelfall kaum sicher bestimmbar ist, ob ein gemeldeter Sachverhalt rein national oder auch unionsrechtlich beeinflusst ist.

### II. Das von der BDA geforderte Umsetzungsgesetz wäre unionsrechtswidrig

**Aus der Stellungnahme:** „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. [...] Für eine Umsetzung dieser Beweislastregelung besteht im Arbeitsrecht kein Bedarf.“ (S. 4, 6)

**Replik:** Der Bundesrepublik Deutschland obliegt die unionsrechtliche Pflicht, die Whistleblowing-Richtlinie vollständig und hinreichend bestimmt für alle Betroffenen umzusetzen. (Art. 288 Abs. 3 AEUV). Die BDA ruft mit ihrer Stellungnahme zum direkten Verstoß gegen diese Umsetzungspflicht auf.

**Geschäftsführender Vorstand:** Dipl. Pol. Annegret Falter (Vorsitz), OStA a.D. Robert Bungart (Stellv.), Dr. Detlev Böttcher (Schatzmeister), Markwart Faußner, Thomas Holbach

**Erweiterter Vorstand:** Prof. Dr. Johannes Ludwig, Martin Porwoll, Lothar Hausmann, Dipl.-Ing. Ingo Karras

**Beirat:** Wolfgang Neskovic (Vorsitz), Renata Avila, Klaus Bergmann, Dr. Marta Böning, Frank Wehrheim, Prof. Dr. Ninon Colneric, Ali Fahimi, Klaus Henneman, Dr. Christian Humborg, Dr. Constanze Kurz, Prof. Dr. Karin Lenhart, Markus Löning, Katharina Nocun, Prof. Dr. Roland Roth, Peter Schaar, Arne Semsrott, Matthias Spielkamp, Dr. Elke Steven, Hans-Christian Ströbele, Konstantin Wecker, Dr. Theresa Züger

Anders als von der BDA behauptet lässt die Whistleblowing-Richtlinie gerade kein dreistufiges Meldesystem zu. Es ist eine der absolut zentralen Aussagen der Richtlinie, dass Hinweisgeber\*innen Informationen melden können, indem sie „zuerst über interne Meldekanäle Meldung erstattet haben, oder indem sie direkt über externe Meldekanäle Meldung erstatten.“ Der Wortlaut des Art. 10 der WBRL könnte expliziter nicht sein. Der EU-Gesetzgeber hat sich gerade nicht dem Vorschlag der Europäischen Kommission angeschlossen, einen Vorrang internen Whistleblowings vorzusehen. Art. 7 Abs. 2 WBRL ist eine rechtsunverbindliche Auftragsnorm, die als Kompromiss aus dem Trilog-Verfahren resultiert. Er ist im Zusammenhang zu Art. 7 Abs. 3 WBRL zu sehen; danach haben Mitgliedsstaaten den Auftrag aus Art. 7 Abs. 2 vollständig erfüllt, wenn sie Hinweisgeber\*innen über die Möglichkeit zum internen Whistleblowing unterrichten.

Außerdem muss der deutsche Gesetzgeber die in Art. 21 Abs. 5 WBRL vorgesehene Beweislastumkehr bzgl. der Kausalität zwischen einer Meldung und einer ergriffenen Repressalie durch eine entsprechende formalgesetzliche Regelung umsetzen. Auch hier könnte der Wortlaut der Richtlinie nicht eindeutiger sein. Eine entsprechende Beweislastregelung gibt es bislang im deutschen Arbeitsrecht nicht.

### III. Die BDA stellt in ihrer Stellungnahme zahlreiche juristisch oder faktisch falsche oder irreführende Behauptungen auf.

**Aus der Stellungnahme:** „Bei Antragsdelikten besteht nach der Wertung des deutschen Gesetzgebers kein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung. [...] Vom Anwendungsbereich der Richtlinie muss daher Verhalten, das ein Antragsdelikt darstellt, ausgenommen sein. Die Umsetzung der Richtlinie kann nicht das Strafrechtssystem in Frage stellen.“ (S. 2)

**Replik:** Das ist irreführend. Die meisten Antragsdelikte sind sogenannte relative Antragsdelikte, bei denen eine strafantragsunabhängige Strafverfolgung aufgrund eines öffentlichen Interesses durchaus möglich ist (vgl. etwa § 230 Abs. 1 Satz 1 StGB). Nicht die Erstreckung der WBRL auf Meldungen bzgl. des StGB würde also das Strafrechtssystem in Frage stellen. Das Gegenteil ist der Fall: Die Nichterfassung von Meldungen bzgl. des StGB würde dem Strafrecht (in verfassungswidriger Weise, s.o.) in weiten Teilen seine Wirkung nehmen:

Arbeitnehmer\*innen dürften die von ihnen an ihrem Arbeitsplatz beobachteten Straftaten nicht – wie es ihrem vom BVerfG anerkannten Grundrecht aus Art. 20 Abs. 3 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG entspricht – direkt an Strafverfolgungsbehörden melden, weil sie dann befürchten müssten, gekündigt zu werden. Dadurch würde nicht nur der staatsbürgerliche Zugang zu Strafverfolgungsbehörden abgeschnitten; es würde auch einem massiven strafrechtlichen Vollzugsdefizit am Arbeitsplatz Vorschub geleistet.

**Aus der Stellungnahme:** „Eine überschießende Umsetzung würde zudem auch dem Bestimmtheitsgebot nach Art. 20 GG widersprechen.“ (S. 3)

**Replik:** Das ist unzutreffend. Offene Begriffe wie „sonstiges Fehlverhalten“ (vgl. § 5 Nr. 2 GeschGehG) sind bekannt und der juristischen Auslegung zugänglich. Im Gegenteil entstünde im Zuge einer 1:1-Umsetzung ein massives Bestimmtheitsproblem. Im Einzelfall wäre oft höchst unklar, ob der Whistleblower-Schutz der Richtlinie einschlägig ist, da Unions- und nationales Recht so miteinander verstrickt sind, dass kaum bestimmbar ist, ob „nur“ nationales Recht oder auch Unionsrecht von einer Meldung betroffen ist.

**Aus der Stellungnahme:** „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.“ (S. 5)

**Replik:** Das ist irreführend. Es entspricht der ständigen Rechtsprechung des EuGH, dass das Unionsrecht der ständigen Rechtsprechung mitgliedstaatlicher Gerichte vorgeht. Wenn die BAG-Rechtsprechung der WBRL widerspricht, muss das BAG seine Rechtsprechung ändern. Die Rechtsprechung des EGMR steht einer Zwei-Stufen-Regelung außerdem keinesfalls entgegen, sondern befürwortet vielmehr einen verbesserten Whistleblower-Schutz im Sinne der Richtlinie. Aus diesem Grund hat sich der Europäische Gesetzgeber in der Richtlinie auch explizit auf die Vorgaben des EGMR berufen, der die hergebrachte Praxis einiger deutscher Gerichte im Umgang mit Whistleblowern in der Vergangenheit bereits ausdrücklich als menschenrechtswidrig gerügt hat.

**Aus der Stellungnahme:** „Damit genügt § 612a BGB für den Bereich des Arbeitsrechts den Anforderungen der Richtlinie.“ (S. 6)

**Replik:** Das ist unzutreffend. Das allgemeine Maßregelverbot hat sich in der Praxis als ungeeignet erwiesen, um Whistleblower angemessen zu schützen. Wie durch ein [Rechtsgutachten](#) im Auftrag des DGB unmissverständlich klargestellt wurde, würde eine Umsetzung des Repressalienverbots der Richtlinie durch einen bloßen Verweis auf § 612a BGB in gleich mehrfacher Weise gegen unionsrechtliche Vorgaben verstoßen. Angesichts der Eindeutigkeit dieser Verstöße wäre ein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland nahezu unausweichlich.

**Aus der Stellungnahme:** „Eine Umsetzung der Beweislastregelung der WBRL hätte für das Arbeitsrecht gravierende Folgen und wäre unsystematisch“ (S. 6).

**Replik:** Das ist unzutreffend. Eine Beweislastumkehr ist dem Arbeitsrecht in anderen Bereichen durchaus bekannt (vgl. § 22 AGG). Eine auf Whistleblowing bezogene Beweislastumkehr ließe sich dementsprechend bruchlos in die Systematik des deutschen Arbeitsrechts übertragen.