

## **Die Umsetzung der Whistleblowing-Richtlinie durch das Hinweisgeberschutzgesetz**

---

## **ZAAR Schriftenreihe**

Herausgegeben von  
Richard Giesen, Abbo Junker und Volker Rieble

Band 51

---

Richard Giesen, Abbo Junker und Volker Rieble  
(Herausgeber)

**Die Umsetzung der Whistleblowing-Richtlinie  
durch das Hinweisgeberschutzgesetz**

17. ZAAR-Kongress  
München, 5. Mai 2023



ZAAR Verlag München 2023

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten

© 2023 Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht  
Destouchesstraße 68 | 80796 München  
[www.zaar.uni-muenchen.de](http://www.zaar.uni-muenchen.de) | [info@zaar.uni-muenchen.de](mailto:info@zaar.uni-muenchen.de)

Druck: AZ Druck und Datentechnik GmbH  
Gedruckt auf säurefreiem und chlorfrei gebleichtem Papier

Printed in Germany

ISSN 1863-0847  
ISBN 978-3-939671-46-6

## Vorwort

Die europäische Richtlinie über den Hinweisgeberschutz beruht auf der Prämisse, dass Personen, die für öffentliche oder private Organisationen arbeiten, eine Gefährdung oder Schädigung des öffentlichen Interesses häufig als Erste wahrnehmen. Auf dieser Grundlage hat die Richtlinie eine doppelte Zielsetzung: Sie will die Rechtsdurchsetzung verbessern, indem effektive, vertrauliche und sichere Meldekanäle eingerichtet werden, und sie will gemeinsame Mindeststandards eines ausgewogenen und effizienten Hinweisgeberschutzes einführen, der hinweisgebenden Personen die Angst vor Repressalien nimmt.

Der deutsche Gesetzgeber hat sich nach dem Motto „Gut Ding will Weile haben“ mit der Umsetzung der Whistleblowing-Richtlinie Zeit gelassen. Die stilprägenden Merkmale des Hinweisgeberschutzgesetzes sind die Unterscheidung von strafbewehrten, bußgeldbewehrten und sonstigen Verstößen, die Differenzierung nach Meldungen – Mitteilungen an interne oder externe Meldestellen – und der Offenlegung von Informationen sowie die eingehende Regelung des Schutzes hinweisgebender Personen. Das wirft auch die Frage auf, inwieweit sich die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Whistleblowing ändern muss.

Vor diesem Hintergrund analysiert der 17. ZAAR-Kongress im ersten Referat den Anwendungsbereich des Gesetzes und allgemeine Fragen. Das zweite Referat entstammt einem empirischen Forschungsprojekt über unternehmenseigene Whistleblowing-Systeme und deren unternehmensbezogene Funktionalität, insbesondere deren Eignung für betriebsinternes Risiko- und Reputationsmanagement. Die beiden Referate des Nachmittags behandeln die zentralen Gegenstände des Hinweisgeberschutzgesetzes: die Einrichtung von Meldestellen in Unternehmen und Konzernen (§§ 7 ff. HinSchG) und den arbeitsrechtlichen Schutz hinweisgebender Personen (§§ 33 ff. HinSchG).

Wir möchten Sie einladen, mit uns über diese Themen zu diskutieren.

München, im Mai 2023

Professor Dr. Richard Giesen

Professor Dr. Abbo Junker

Professor Dr. Volker Rieble

---

<b>Inhalt</b>	<b>Seite</b>
Vorwort .....	5
Inhalt .....	7
Autoren .....	9
Abkürzungen .....	11
 <i>Martin Franzen</i>	
Das Hinweisgeberschutzgesetz (HinSchG) im Überblick .....	15
Diskussion .....	38
 <i>Ralf Kölbel</i>	
Whistleblowing im Unternehmen – Stand der empirischen Forschung.....	39
Diskussion .....	65
 <i>Frank Bayreuther</i>	
Einrichtung und Betrieb der internen Meldestelle.....	67
Diskussion .....	90
 <i>Nathalie Oberthür</i>	
Der arbeitsrechtliche Schutz des Hinweisgebers.....	93
Diskussion .....	105



**Autoren**

*Frank Bayreuther*, Dr. iur., ordentlicher Professor für Bürgerliches Recht und Arbeitsrecht an der Universität Passau

*Franzen, Martin*, Dr. iur., ordentlicher Professor für deutsches, europäisches, internationales Arbeitsrecht und Bürgerliches Recht an der Ludwig-Maximilians-Universität München

*Ralf Kölbl*, Dr. iur., ordentlicher Professor für Strafrecht und Kriminologie an der Ludwig-Maximilians-Universität München

*Nathalie Oberthür*, Dr. iur., Fachanwältin für Arbeitsrecht, R/P/O Rechtsanwältin Köln



**Abkürzungen**

a.A. ....	anderer Ansicht	BDSG.....	Bundesdaten- schutzgesetz
Abs. ....	Absatz, Absätze	BetrVG.....	Betriebsverfas- sungsgesetz
a.E. ....	am Ende	BGB .....	Bürgerliches Ge- setzbuch
AEUV.....	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union	BGBL. ....	Bundesgesetzblatt
AGG.....	Allgemeines Gleichbehand- lungsgesetz	BGH.....	Bundesgerichts- hof
allg.....	allgemein	BORA.....	Berufsordnung für Rechtsanwälte
Alt.....	Alternative	BörsG .....	Börsengesetz
AO .....	Abgabenordnung	BRAO.....	Bundesrechtsan- waltsordnung
AP .....	Arbeitsrechtliche Praxis (Entschei- dungssammlung)	BT-Drs.....	Bundestags- Drucksache
APR .....	Allgemeines Per- sönlichkeitsrecht	BVerfG.....	Bundesverfas- sungsgericht
ArbGG .....	Arbeitsgerichts- gesetz	BVerfGE .....	Entscheidungen des Bundesver- fassungsgerichts
ArbR Aktuell...	Arbeitsrecht Ak- tuell (Zeitschrift)	bzw. ....	beziehungsweise
ArbSchG .....	Arbeitsschutz- gesetz	ca. ....	circa
arg. ....	argumentum	CB.....	Compliance Berater (Zeitschrift)
ASiG .....	Arbeitssicher- heitsgesetz	CCZ.....	Corporate Com- pliance Zeitschrift
Art. ....	Artikel	DB .....	Der Betrieb (Zeit- schrift)
Aufl.....	Auflage	ders.....	derselbe
AÜG.....	Arbeitnehmer- überlassungs- gesetz	d.h. ....	das heißt
BAG .....	Bundesarbeits- gericht	dies. ....	dieselbe, diesel- ben
BAGE.....	Entscheidungen des Bundesar- beitsgerichts	Diss.....	Dissertation
BB.....	Betriebs-Berater (Zeitschrift)	DS-GVO.....	Datenschutz- Grundverordnung
Bd. ....	Band, Bände	Ed. ....	Edition
		EGMR.....	Europäischer Ge- richtshof für Menschenrechte
		EMRK.....	Europäische Menschenrechts- konvention

engl. ....	englisch	i.Ü. ....	im Übrigen
ES.....	Eingangssatz	i.V.m. ....	in Verbindung mit
et al. ....	et alii	iwS .....	im weiteren Sinne
etc. ....	et cetera	KSchG .....	Kündigungsschutzgesetz
EU .....	Europäische Union	LAG .....	Landesarbeitsgericht
EuGH .....	Europäischer Gerichtshof	lit.....	littera
EuZA .....	Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht	LMU .....	Ludwig-Maximilians-Universität
f., ff.....	folgende	Ltd.....	Limited
FinDAG .....	Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz	MDR.....	Monatsschrift für Deutsches Recht (Zeitschrift)
Fn.....	Fußnote, Fußnoten	mE.....	meines Erachtens
gem. ....	gemäß	Mio.....	Million, Millionen
GeschGehG ....	Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen	mwN.....	mit weiteren Nachweisen
GG.....	Grundgesetz	NJW .....	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
ggf. ....	gegebenenfalls	Nr.....	Nummer, Nummern
GmbH .....	Gesellschaft mit beschränkter Haftung	NStZ.....	Neue Zeitschrift für Strafrecht
GWG .....	Gesetz über das Aufspüren von Gewinnen aus schweren Straftaten	NZA.....	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
HinSchG.....	Hinweisgeber-schutzgesetz	NZA-RR .....	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht – Rechtsprechungs-Report Arbeitsrecht
HinSchG-E....	Entwurf des Hinweisgeberschutzgesetzes	OLG.....	Oberlandesgericht
Hrsg. ....	Herausgeber	OWiG .....	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
Hs.....	Halbsatz	RdA .....	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
i.E.....	im Ergebnis	RDG .....	Rechtsdienstleistungsgesetz
ieS .....	im engeren Sinne	RL .....	Richtlinie
insb. ....	insbesondere		
iSd.....	im Sinne des/im Sinne der		

---

Rn. ....	Randnummer, Randnummern	usw. ....	und so weiter
S. ....	Seite, Seiten	VAG .....	Versicherungs- aufsichtsgesetz
s. ....	siehe	vgl. ....	vergleiche
SeeArbG .....	Seearbeitsgesetz	WpHG .....	Wertpapierhan- delsgesetz
SFB .....	Sonderfor- schungsbereich	ZAAR .....	Zentrum für Ar- beitsbeziehungen und Arbeitsrecht
SGB .....	Sozialgesetzbuch	z.B. ....	zum Beispiel
SprAuG .....	Sprecheraus- schussgesetz	ZIP .....	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
StGB .....	Strafgesetzbuch	ZRP .....	Zeitschrift für Rechtspolitik
StPO .....	Strafprozessord- nung		
u.a. ....	und andere		
UK .....	United Kingdom		
US .....	United States		
USA .....	United States of America		



---

# Das Hinweisgeberschutzgesetz (HinSchG) im Überblick\*

*Martin Franzen*

Seite

I. Einleitung.....	17
II. Sachlicher Anwendungsbereich des HinSchG.....	18
1. Rechtsgebiete (§ 2 HinSchG).....	18
2. Verstöße (§ 3 Abs. 2 HinSchG).....	19
3. Grad der Gewissheit der hinweisgebenden Person über den Verstoß (§ 3 Abs. 3 HinSchG).....	21
III. Persönlicher Anwendungsbereich (§ 3 Abs. 8, 9 HinSchG).....	21
IV. Arbeitsrechtliche Stellung der hinweisgebenden Person (§§ 33, 35 Abs. 2 HinSchG).....	22
1. Voraussetzungen für den Hinweisgeberschutz nach HinSchG.....	22
a) Die normativen Voraussetzungen von §§ 33, 35 Abs. 2 HinSchG.....	22
b) Die Reichweite von Untersuchungsobliegenheiten der hinweisgebenden Person.....	24
c) Schutz weiterer Personen.....	26
2. Verbot von Repressalien nach § 36 Abs. 1 HinSchG.....	26
a) Begriff der Repressalie (§ 3 Abs. 6 HinSchG).....	26
b) Beweislastumkehr (§ 36 Abs. 2 HinSchG).....	27
c) Folgen für die bisherige Rechtsprechung des BAG.....	29
d) Maßnahmen aus anderen Gründen.....	30
3. Schadensersatzansprüche.....	31
a) Nach Repressalien (§ 37 HinSchG).....	31
b) Nach einer Falschmeldung (§ 38 HinSchG).....	32
V. Rechtliche Verantwortlichkeit der hinweisgebenden Person für die Beschaffung von und den Zugriff auf Informationen nur bei „eigenständiger Straftat“ (§ 35 Abs. 1 HinSchG).....	33
1. Eigenständige Straftat als unionsrechtlicher Begriff.....	33
2. In Betracht kommende Straftatbestände.....	34

---

\* Das Manuskript wurde im Mai 2023 nach der Verabschiedung des HinSchG durch Bundestag und Bundesrat abgeschlossen.

3.	Genügt die Verwirklichung des objektiven Tatbestands? .....	35
4.	Rechtsfolge einer strafrechtlich relevanten Beschaffung von Informationen.....	35
VI.	Fazit .....	36
	Diskussion .....	38

Quelle: *Giesen/Junker/Rieble* (Hrsg.), Die Umsetzung der Whistleblowing-Richtlinie durch das Hinweisgeberschutzgesetz (München 2023), S. 15-37

## I. Einleitung

Ganz allgemein versteht man unter „Whistleblowing“ im hier interessierenden unternehmensbezogenen Kontext kritische Äußerungen, Beschwerden oder Anzeigen abhängig Beschäftigter oder Dritter über Missstände oder Fehlverhalten im Unternehmen<sup>1</sup>. Die Richtlinie (EU) 2019/1937 zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden, kennt allerdings den Begriff des „Whistleblowing“ als Rechtsbegriff im Normtext nicht. Die deutsche Sprachfassung spricht von „Hinweisgeber“ und die englische von „reporting person“.

Das im Juli 2023 in Kraft getretene und die genannte Richtlinie umsetzende HinSchG verpflichtet Unternehmen in Deutschland mit 50 oder mehr Arbeitnehmern, eine interne Stelle für die Meldungen von Verstößen einzurichten (§ 12 Abs. 1 und 2 HinSchG). Dabei werden Verstöße nach § 3 Abs. 2 Satz 1 HinSchG definiert als Handlungen oder Unterlassungen im Rahmen einer beruflichen, unternehmerischen oder dienstlichen Tätigkeit, die rechtswidrig sind und die Vorschriften oder Rechtsgebiete betreffen, die in den sachlichen Anwendungsbereich nach § 2 HinSchG fallen. Informationen über Verstöße sind nach § 3 Abs. 3 HinSchG begründete Verdachtsmomente oder Wissen über tatsächliche oder mögliche Verstöße sowie über Versuche der Verschleierung solcher Verstöße, die bereits begangen wurden oder sehr wahrscheinlich erfolgen werden. Voraussetzung hierfür ist allerdings, dass sich dies beim Beschäftigungsgeber oder einer anderen Stelle zugetragen hat, mit der die hinweisgebende Person in beruflichem Kontakt steht oder gestanden hat.

Neben dieser zentralen und für Deutschland von Sonderbereichen wie dem Finanz- und Kapitalmarktrecht<sup>2</sup> abgesehen neuen Pflicht für Unternehmen bringt das HinSchG noch folgende weitere Neuerungen: Beim Bundesamt für Justiz wird eine sogenannte externe Meldestelle etabliert (§ 19 Abs. 1 HinSchG). Damit verbunden ist eine Dreiteilung der Meldemöglichkeiten für hinweisgebende Personen: interne und externe Meldung einerseits sowie die Offenlegung andererseits, also die Information der Öffentlichkeit. Interne und externe Meldung sind aus Sicht der Richtlinie und grundsätzlich auch des HinSchG im Wesentlichen gleichwertig. Der Hinweisgeber darf sich von engen Ausnahmen abgesehen erst dann an die Öffentlichkeit wenden, wenn er vorher zumindest extern an die dafür vorgesehene Behörde – regelmäßig das Bundesamt für Justiz (§ 19 Abs. 1

---

1 Vgl. Kölbl/Herold/Wienhausen-Knezevic, in: Kölbl (Hrsg.), Whistleblowing, Bd. 1, 2022, S. 1 m.w.N.; Riesenhuber, Festschrift Martinek, 2020, S. 673.

2 Übersicht hierzu bei Fest, ZIP 2022, 2265, 2266; Lüneborg, ZIP 2023, 941 mit Fn. 1.

HinSchG) – gemeldet hat; die Einschaltung der Staatsanwaltschaft oder einer anderen Behörde stellt allerdings keine derartige externe Meldung dar, es sei denn, diese Stellen leiten die Meldung an das Bundesamt für Justiz weiter<sup>3</sup>. Demgegenüber ist man in Deutschland bislang von einem grundsätzlichen Vorrang der internen Meldung ausgegangen<sup>4</sup>. Nach Erwägungsgrund 32 Satz 5 RL (EU) 2019/1937 sollen auch Motive des Hinweisgebers keine Rolle spielen<sup>5</sup>, anders als nach der bisherigen Rechtsprechung des BAG<sup>6</sup> und der Rechtsprechung des EGMR<sup>7</sup>.

Schutz nach der Richtlinie und dem HinSchG genießt die hinweisgebende Person aber nur, wenn sie hinreichenden Grund hatte anzunehmen, dass die gemeldete oder offengelegte Information zutrifft und für die Aufklärung des Verstoßes notwendig ist, und dass der Rechtsverstoß unter die Richtlinie bzw. das Umsetzungsgesetz fällt (§§ 33, 35 Abs. 1 HinSchG). Unter diesen Voraussetzungen darf der Hinweisgeber nach § 36 Abs. 1 HinSchG keinen „Repressalien“ ausgesetzt werden – das sind für den Hinweisgeber nachteilige Handlungen wie Kündigung, Abmahnung etc. Außerdem greift nach § 36 Abs. 2 HinSchG eine Beweislastumkehr zugunsten des Hinweisgebers ein. Ferner erstreckt sich der Hinweisgeberschutz auch auf die Phase der Informationsbeschaffung, es sei denn, die Informationen wurden aufgrund einer „eigenständigen Straftat“ erlangt (§ 35 Abs. 1 HinSchG, Art. 21 Abs. 3 RL [EU] 2019/1937). Der bloß arbeitsvertragswidrige Zugriff auf Dateien oder Unterlagen ohne strafrechtliche Relevanz genügt insoweit für eine Kündigung der hinweisgebenden Person im Anwendungsbereich der Richtlinie nicht mehr.

## II. Sachlicher Anwendungsbereich des HinSchG

### 1. Rechtsgebiete (§ 2 HinSchG)

Die Hinweisgeberschutzrichtlinie (EU) 2019/1937 erfasst nur Verstöße gegen bestimmte unionsrechtliche Rechtsakte, was der beschränkten EU-Kompetenz geschuldet ist (Art. 2 Abs. 1 RL 2019/1937 i.V.m. Anhang). Art. 2 Abs. 1 lit. a RL (EU) 2019/1937 führt folgende Rechtsgebiete auf: Öffentliches Auftragswesen; Finanzdienstleistungen; Verhinderung von

3 *Brobeil*, Die Auswirkungen der Richtlinie (EU) 2019/1937 auf Arbeitnehmer-Hinweisgeber, 2022, S. 84 ff.; *Colneric/Gerdemann*, Die Umsetzung der Whistleblower-Richtlinie in deutsches Recht, 2020, S. 64 ff.

4 Siehe dazu noch unten IV 2 c.

5 Ebenso die Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung, BT-Drs. 20/3442, S. 92; kritisch *Thüsing*, DB 2022, 1066, 1067.

6 Vgl. BAG 3.7.2003 – 2 AZR 235/02, NZA 2004, 427, 430.

7 EGMR 16.2.2021 – Nr. 23922/19 Rn. 71 m.w.N. – Gawlik/Liechtenstein mit Anmerkung *Häußinger*, EuZA 2021, 368; EGMR 14.2.2023 – Nr. 21884/18 Rn. 128 – Halet/Luxemburg.

Geldwäsche und Terrorismus; Produktsicherheit; Verkehrssicherheit; Umweltschutz; Lebensmittel- und Futtermittelsicherheit, Tiergesundheit und Tierschutz; öffentliche Gesundheit; Verbraucherschutz; Schutz der Privatsphäre und personenbezogener Daten<sup>8</sup>.

Das HinSchG geht mit Recht darüber hinaus. Anderenfalls würden Wertungswidersprüche entstehen, weil gravierendere Verstöße dann unter Umständen nicht erfasst würden<sup>9</sup>. Einbezogen sind nun alle Verstöße, die strafbewehrt sind (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 HinSchG). Besonders naheliegend im unternehmerischen Bereich sind beispielsweise Untreue, Betrug, Korruption im Geschäftsverkehr, aber auch etwa Beleidigungsdelikte, Körperverletzung, Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung, etwa sexuelle Belästigung nach § 184i StGB bis hin zu strafbewehrten Schutzvorschriften bezüglich Arbeitnehmervertretungen (§ 119 BetrVG). Ferner sind einbezogen: Verstöße, die bußgeldbewehrt sind, soweit die verletzte Vorschrift dem Schutz von Leben, Leib und Gesundheit oder dem Schutz der Rechte von Beschäftigten oder ihrer Vertretungsorgane dient (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 HinSchG). Die Begründung des Regierungsentwurfs des HinSchG nennt beispielhaft<sup>10</sup>: Arbeitsschutz, Gesundheitsschutz, Mindestlohn, AÜG, § 121 BetrVG.

Außerdem erfasst das HinSchG Verstöße gegen im Einzelnen aufgezählte Bereiche (§ 2 Abs. 1 Nr. 3 HinSchG) und setzt damit in erster Linie die Vorgaben der Hinweisgeberschutzrichtlinie um. Für das Arbeitsrecht und den Schutz der Beschäftigten von besonderer Bedeutung ist womöglich Buchstabe p, der Verstoß gegen Vorschriften zum Schutz personenbezogener Daten nach der DS-GVO und innerstaatlichen datenschutzrechtlichen Regelungen. Weitere erfasste Rechtsgebiete sind nach § 2 Abs. 1 Nr. 4 bis 7 HinSchG die öffentliche Auftragsvergabe (Nr. 4) oder das Steuerrecht (Nr. 6 und 7). Schließlich gehören hierher auch Verstöße gegen den Schutz finanzieller Interessen der EU nach Art. 325 AEUV (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 HinSchG) und Verstöße gegen Binnenmarktvorschriften im Sinne des Art. 26 Abs. 2 AEUV (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 HinSchG).

## 2. Verstöße (§ 3 Abs. 2 HinSchG)

§ 3 Abs. 2 Satz 1 HinSchG definiert Verstöße als Handlungen oder Unterlassungen im Rahmen einer beruflichen, unternehmerischen oder dienstlichen Tätigkeit, die rechtswidrig sind und die Vorschriften oder Rechtsgebiete betreffen, die in den sachlichen Anwendungsbereich des § 2 Hin-

---

8 Siehe dazu im Einzelnen *Fest*, in: Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2022, RL 2019/1937 Art. 2 Rn. 5 ff.

9 Vgl. *Brobeil* (Fn. 3), S. 313.

10 BT-Drs. 20/3442, S. 57 f.

SchG fallen. Dazu können nach § 3 Abs. 2 Satz 2 HinSchG unter denselben Voraussetzungen auch missbräuchliche Handlungen oder Unterlassungen gehören. Nach der Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung sollte ein Verhalten oder Unterlassen als missbräuchlich angesehen werden, wenn die Verhaltensweisen in formaler Hinsicht nicht als rechtswidrig erscheinen, jedoch mit dem Sinn und Zweck der Regelung unvereinbar sind<sup>11</sup>. Der Gesetzentwurf der Bundesregierung stellt vor allem auf EuGH-Rechtsprechung im Zusammenhang mit Umsatzsteuerregelungen der EU ab, wonach betrügerische oder missbräuchliche Berufung auf EU-Recht nicht erlaubt sei. Dabei soll der objektive Tatbestand betrügerischen Verhaltens genügen<sup>12</sup>. Die Meldung rein unethischen Verhaltens soll allerdings nicht ausreichen<sup>13</sup>.

Für den Schutz hinweisgebender Personen ist es jedoch nicht erforderlich, dass ein Verstoß gegen eine derartige Vorschrift wirklich vorliegt. Nach § 33 Abs. 1 Nr. 3 HinSchG kommt es nur darauf an, dass der Hinweisgeber zum Zeitpunkt der Meldung oder Offenlegung hinreichenden Grund zur Annahme hatte, dass die Informationen Verstöße betreffen, die in den Anwendungsbereich des Gesetzes fallen. Ein leicht fahrlässiger Rechtsirrtum schadet demnach nicht<sup>14</sup>. Der umgekehrte Fall – der Hinweisgeber geht irrig davon aus, der Verstoß falle nicht in den sachlichen Anwendungsbereich des HinSchG – ist ebenfalls in den Schutz des HinSchG einbezogen, wie der klare Wortlaut des § 33 Abs. 1 Nr. 3 HinSchG zeigt. Außerdem spricht hierfür auch das Anliegen von Richtlinie und Gesetz, Motive und Vorstellungen des Hinweisgebers nicht zu berücksichtigen (Erwägungsgrund 32 Satz 5 RL (EU) 2019/1937).

Die Handlung oder Unterlassung, die den Verstoß begründet, muss im Rahmen einer beruflichen, unternehmerischen oder dienstlichen Tätigkeit, vorgenommen worden sein. Rein privates Fehlverhalten ist nicht erfasst<sup>15</sup>. Der berufliche Zusammenhang ist funktional zu bestimmen. Es schadet somit nicht, wenn ein Arbeitnehmer bei einem privaten Treffen entsprechende Informationen erlangt hat, solange die Informationen Umstände betreffen, die einen Bezug zu dem Unternehmen haben. Die hinweisgebende Person muss bei dem Unternehmen, auf das sich die Vorwür-

---

11 Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung, BT-Drs. 20/3442, S. 64 f.

12 Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung, BT-Drs. 20/3442, S. 64 f. mit Verweis auf EuGH 21.2.2006 – C-255/02 – Halifax u.a.; EuGH 22.11.2017 – C-251/16 – Cussens u.a.

13 Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung, BT-Drs. 20/3442, S. 64.

14 Vgl. *Colneric/Gerdemann* (Fn. 3), S. 60 f.

15 Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung, BT-Drs. 20/3442, S. 64.

fe beziehen, entweder beschäftigt (gewesen) sein oder jedenfalls in einem beruflich veranlassten Kontakt gestanden haben oder noch stehen (§ 3 Abs. 3 HinSchG).

### **3. Grad der Gewissheit der hinweisgebenden Person über den Verstoß (§ 3 Abs. 3 HinSchG)**

Für den Grad der Gewissheit der hinweisgebenden Person über den Verstoß gibt § 3 Abs. 3 HinSchG Aufschluss. Danach sind Informationen über Verstöße begründete Verdachtsmomente oder Wissen über tatsächliche oder mögliche Verstöße sowie über Versuche der Verschleierung solcher Verstöße, die bereits begangen wurden oder sehr wahrscheinlich erfolgen werden.

Erforderlich, aber auch ausreichend sind begründete Verdachtsmomente über tatsächliche oder mögliche Verstöße. Dies erfordert, dass Tatsachen vorgetragen werden müssen, aus denen sich zumindest ein Verdacht eines Verstoßes ergeben kann<sup>16</sup>. Bestätigt wird dies durch den Umstand, dass die Meldung der hinweisgebenden Person an die jeweilige interne oder externe Stelle geeignet sein muss, diese in die Lage zu versetzen, Nachforschungen anzustellen. Eine bloße Vermutung reicht somit nicht aus. Der Verstoß muss sich nicht tatsächlich ereignet haben, was sich aus der Natur der Sache ergibt, weil man am Beginn von Ermittlungen nicht weiß, ob sich ein Verdacht erhärtet. Somit sind auch Personen geschützt, die keine eindeutigen Beweise beibringen, aber begründete Bedenken oder einen begründeten Verdacht äußern<sup>17</sup>.

### **III. Persönlicher Anwendungsbereich (§ 3 Abs. 8, 9 HinSchG)**

Geschützt vom HinSchG sind natürliche Personen, die im Zusammenhang mit ihrer beruflichen Tätigkeit oder im Vorfeld einer solchen Informationen über Verstöße erlangt haben und diese an die nach dem HinSchG vorgesehenen Meldestellen melden oder offenlegen (§ 1 Abs. 1 HinSchG). In diese Definition sind neben Beschäftigten im Sinne von § 3 Abs. 8 HinSchG auch Anteilseigner, Gesellschafter, Vorstandsmitglieder<sup>18</sup> etc. einbezogen. Den grundsätzlichen Schutz des HinSchG genießen mithin auch Beschäftigte, welche bei Arbeitgebern tätig sind, die nicht zur Errichtung einer internen Meldestelle nach Maßgabe von § 12 HinSchG verpflichtet sind<sup>19</sup>. Für diese Arbeitnehmer steht dann stets die externe Meldestelle

---

16 *Siemes*, CCZ 2022, 293, 295 f.

17 Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung, BT-Drs. 20/3442, S. 65.

18 Zu Vorstandsmitgliedern als hinweisgebende Personen siehe *Grobe*, ZIP 2022, 2114 ff.

19 Ebenso *Bayreuther*, NZA-Beilage 1/2022, S. 20, 21.

zur Verfügung. Beschreiten sie diesen Weg, können sie sich unter den Voraussetzungen der §§ 33, 35 Abs. 2 HinSchG auf das HinSchG berufen.

Der Katalog des § 3 Abs. 8 HinSchG listet die einzelnen Gruppen auf, welche unter den Begriff des Beschäftigten im Sinne des HinSchG fallen: Arbeitnehmer, Auszubildende, Beamte, Richter, Soldaten, arbeitnehmerähnliche Personen, Menschen mit Behinderung, die in Werkstätten für behinderte Menschen oder bei einem anderen Leistungsanbieter nach § 60 SGB IX beschäftigt sind. Nach Art. 4 Abs. 1 lit. a RL (EU) 2019/1937 gilt die Hinweisgeberschutzrichtlinie unter anderem für Arbeitnehmer im Sinne von Art. 45 AEUV. Damit nimmt die Richtlinie Bezug auf den Begriff des Arbeitnehmers, wie er sich in der Rechtsprechung des EuGH entwickelt hat<sup>20</sup>. Da dieser Begriff auch GmbH-Geschäftsführer erfassen kann, wenn diese weitgehenden Weisungen der Gesellschafter unterliegen<sup>21</sup>, wird man diese Personengruppe ebenfalls in den Begriff des Beschäftigten einbeziehen müssen. Leiharbeiter werden in § 3 Abs. 8 HinSchG nicht ausdrücklich erwähnt, sind aber selbstverständlich Arbeitnehmer und somit ebenfalls erfasst.

Der korrespondierende Begriff des Beschäftigungsgebers wird in § 3 Abs. 9 HinSchG definiert: Es kann sich dabei um natürliche Personen, juristische Personen des öffentlichen und privaten Rechts, rechtsfähige Personengesellschaften und sonstige rechtsfähige Personenvereinigungen handeln, sofern diese mindestens eine Person beschäftigen. Der Ausdruck Beschäftigungsgeber dürfte wohl dem Begriff Arbeitgeber in anderen arbeitsrechtlichen Gesetzen entsprechen.

#### **IV. Arbeitsrechtliche Stellung der hinweisgebenden Person (§§ 33, 35 Abs. 2 HinSchG)**

##### **1. Voraussetzungen für den Hinweisgeberschutz nach HinSchG**

###### **a) Die normativen Voraussetzungen von §§ 33, 35 Abs. 2 HinSchG**

Die Voraussetzungen für den Schutz der hinweisgebenden Person ergeben sich aus § 33 Abs. 1 HinSchG. Die hinweisgebende Person muss nach § 33 Abs. 1 Nr. 1 HinSchG intern gemäß § 17 HinSchG oder extern gemäß § 28 HinSchG Meldung erstattet haben oder eine zulässige Offenlegung gemäß § 32 HinSchG vorgenommen haben.

---

20 Überblick bei *Steinmeyer*, in: *Franzen/Gallner/Oetker* (Fn. 8), AEUV Art. 45 Rn. 10 ff.

21 Vgl. EuGH 11.11.2010 – C-232/09 Rn. 39 ff. – *Danosa* mit Anmerkung *Schubert*, EuZA 2011, 362.

Eine Offenlegung ist nach § 32 Abs. 1 Nr. 1 HinSchG zulässig, wenn der Hinweisgeber nach den Vorgaben der §§ 27 ff. HinSchG eine externe Meldung erstattet hat und hierauf innerhalb der Frist nach § 28 Abs. 4 HinSchG (drei Monate, bei schwierigen Fällen sechs Monate) keine geeignete Folgemaßnahme ergriffen wurde (Nr. 1a) oder keine Rückmeldung über das Ergreifen solcher Folgemaßnahmen erhalten hat (Nr. 1b). Mit dieser Regelung trägt das Unternehmen das Risiko, dass die externe Meldestelle nicht schnell genug oder nicht ordnungsgemäß arbeitet<sup>22</sup>. Von dem Erfordernis einer vorherigen externen Meldung kann nach § 32 Abs. 1 Nr. 2 HinSchG unter ganz engen Voraussetzungen abgesehen werden, nämlich wenn die hinweisgebende Person hinreichenden Grund zur Annahme hatte, dass der Verstoß wegen eines Notfalls, der Gefahr irreversibler Schäden oder vergleichbarer Umstände eine unmittelbare oder offenkundige Gefährdung des öffentlichen Lebens darstellen kann (Buchstabe a), oder bei externen Meldungen Repressalien zu befürchten sind (Buchstabe b) oder Beweismittel unterdrückt oder vernichtet werden könnten, Absprachen zwischen der externen Meldestelle und dem Urheber des Verstoßes bestehen könnten oder aufgrund besonderer Umstände die Aussichten gering sind, dass die externe Meldestelle wirksame Folgemaßnahmen nach § 29 HinSchG einleitet (Buchstabe c). Nach § 32 Abs. 2 HinSchG ist die Offenlegung unrichtiger Informationen verboten. Damit trägt auch eine gutgläubige hinweisgebende Person – anders als in Fällen der internen oder externen Meldung – das Risiko, dass die offengelegte Information nicht zutrifft.

Nach § 33 Abs. 1 Nr. 2 HinSchG muss die hinweisgebende Person zum Zeitpunkt der Meldung oder Offenlegung hinreichenden Grund zur Annahme gehabt haben, dass die gemeldeten oder offengelegten Informationen der Wahrheit entsprechen (§ 33 Abs. 1 Nr. 2 HinSchG). Ferner müssen die Informationen Verstöße betreffen, die in den Anwendungsbereich des HinSchG fallen, oder die hinweisgebende Person hatte zum Zeitpunkt der Meldung oder Offenlegung hinreichenden Grund zu der Annahme, dass dies der Fall ist (§ 33 Abs. 1 Nr. 3 HinSchG). Schließlich muss man § 33 Abs. 1 HinSchG im Zusammenhang lesen mit § 35 Abs. 2 HinSchG: Eine hinweisgebende Person verletzt keine Offenlegungsbeschränkungen und kann nicht für die bei einer Meldung oder Offenlegung erfolgte Weitergabe von Informationen rechtlich verantwortlich gemacht werden, sofern sie hinreichenden Grund zu der Annahme hatte, dass die Weitergabe der Informationen erforderlich war, um einen Verstoß aufzudecken.

Die hinweisgebende Person, die ordnungsgemäß intern oder extern gemeldet oder zulässigerweise offengelegt hat (§ 33 Abs. 1 Nr. 1 HinSchG), ist demnach nur geschützt nach §§ 35 bis 37 HinSchG, wenn sie annehmen

---

22 Kritisch daher mit Recht *Thüsing/Musiol*, BB 2022, 2420, 2422.

durfte, dass die gemeldeten oder offengelegten Informationen zutreffen (§ 33 Abs. 1 Nr. 2 HinSchG), wenn sie annehmen durfte, dass es um Verstöße geht, die in den Anwendungsbereich des HinSchG fallen (§ 33 Abs. 1 Nr. 3 HinSchG) und – das stellt § 35 Abs. 2 HinSchG klar – wenn sie annehmen durfte, dass die Meldung oder Offenlegung für die Aufklärung des Verstoßes notwendig war.

## **b) Die Reichweite von Untersuchungsobliegenheiten der hinweisgebenden Person**

Hinweisgeber fallen also aus dem Schutzbereich des HinSchG heraus, wenn sie sicher wissen, dass die Information nicht zutrifft<sup>23</sup>. Gleichstellen wird man den Fall des grob fahrlässigen Nichtwissens über den fehlenden Wahrheitsgehalt der Informationen, was der Wertung des § 9 Abs. 1 HinSchG – keine Vertraulichkeit bei vorsätzlich oder grob fahrlässig gemeldeten unrichtigen Informationen – und auch der bisherigen Rechtsprechung des BAG hinsichtlich „leichtfertiger“ Meldungen entspricht<sup>24</sup>. Hinweisgebende Personen sind also nicht geschützt, wenn sie Angaben „ins Blaue hinein“ tätigen<sup>25</sup>. Letztlich kommt es für die Beurteilung der Frage, inwieweit hinweisgebende Personen bei fahrlässiger Unkenntnis über den Wahrheitsgehalt der Information den Schutz des HinSchG genießen, darauf an, ob und inwieweit man der hinweisgebenden Person eine eigenständige Untersuchungspflicht auferlegt<sup>26</sup>. Nach der Begründung des Regierungsentwurfs zum HinSchG dürfen insoweit keine überhöhten Anforderungen gestellt werden; maßgeblich ist eine *ex ante*-Perspektive<sup>27</sup>. Letztlich wird dies stark vom Einzelfall abhängen: Je schwerwiegender die Vorwürfe sind und je leichter die hinweisgebende Person selbst zur Aufklärung beitragen kann, desto eher wird sie auch selbst untersuchen müssen. Gegenläufig kann Gefahr im Verzug sowie der Umstand wirken, dass die hinweisgebende Person fürchtet, entdeckt zu werden und Repressalien zu erleiden<sup>28</sup>.

Zur Veranschaulichung heranziehen kann man den Sachverhalt, welcher dem Urteil des EGMR in der Rechtssache Gawlik<sup>29</sup> zugrunde gelegen hat. Der Beschwerdeführer *Gawlik* arbeitete als stellvertretender Chefarzt für

23 Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung, BT-Drs. 20/4909, S. 92.

24 BAG 3.7.2003 – 2 AZR 235/02 (Fn. 6), 429.

25 *Siemes*, CCZ 2022, 293, 302.

26 Dazu *Siemes*, CCZ 2022, 293, 296 ff.; *Vitt*, BB 2022, 1844, 1845 ff.

27 Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung, BT-Drs. 20/4909, S. 92.

28 Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung, BT-Drs. 20/4909, S. 92.

29 EGMR 16.2.2021 – Nr. 23922/19 – Gawlik/Liechtenstein.

Inneres im Liechtensteinischen Landesspital. Er erstattete Strafanzeige wegen des Verdachts der aktiven Sterbehilfe durch den Chefarzt. Den Verdacht stützte er darauf, dass er den elektronischen Krankenakten des Spitals entnommen hatte, dass vier Personen gestorben waren, nachdem der Chefarzt ihnen Morphin verabreicht hatte. Den Verdacht äußerte er zuerst gegenüber dem Präsidenten des Parlamentarischen Kontrollausschusses und auf dessen Rat gegenüber der Staatsanwaltschaft. Der Verdacht erwies sich als unbegründet, weil den Patientenakten in Papierform entnommen werden konnte, dass alle Patienten eine notwendige und gerechtfertigte palliativmedizinische Behandlung erhielten. Der Beschwerdeführer wurde gekündigt, die zuständigen Gerichte in Liechtenstein bestätigten die Kündigung. Nach Einschätzung des EGMR war dies mit der EMRK vereinbar<sup>30</sup>. Der EGMR hat im Hinblick auf die Nachforschungsobliegenheiten der hinweisgebenden Person Kriterien wie die vorstehend entwickelten zugrunde gelegt: Der Beschwerdeführer wusste, dass die elektronischen Akten keine vollständigen Informationen enthalten, sondern nur die Papierakten. Er hätte daher die Papierakten einsehen müssen, was ihm möglich und zumutbar gewesen sei, bevor er sich mit derart schwerwiegenden Vorwürfen an außenstehende Stellen wendet<sup>31</sup>.

Bezüglich der Frage, ob der Anwendungsbereich des HinSchG eröffnet ist, liegt strukturell dieselbe Frage nach der Reichweite von Untersuchungspflichten vor. Allerdings geht es hier weniger um die Aufklärung eines Sachverhalts, sondern um die Einschätzung von Rechtsfragen. Auf die Einholung von Rechtsrat wird man hinweisgebende Personen insoweit nicht verweisen dürfen. Deshalb werden die Anforderungen hier niedriger liegen. Wenn also ein Hinweisgeber beispielsweise der Auffassung ist, ein bestimmtes Verhalten sei strafbar, dann wird man den Schutz insoweit nur dann versagen können, wenn auch für juristische Laien offensichtlich ist, dass eine Strafnorm nicht einschlägig ist.

Im Hinblick auf die Frage, ob der Hinweis zur Aufdeckung des Verstoßes erforderlich ist (§ 35 Abs. 2 HinSchG), geht es wiederum um die Einschätzung von Tatsachen seitens der hinweisgebenden Person. Diese Voraussetzung ist nicht erfüllt, wenn die hinweisgebende Person wusste, dass die Angelegenheit bereits bei den zuständigen Stellen bekannt ist. Bezüglich fahrlässigen Nichtwissens wird man ebenfalls keine allzu hohen Anforderungen aufstellen können und der hinweisgebenden Person insbesondere Nachfragen, ob die entsprechenden Stellen über die Verdachtsmomente schon informiert waren, nicht zumuten können.

---

30 EGMR 16.2.2021 – Nr. 23922/18 – Gawlik/Liechtenstein.

31 EGMR 16.2.2021 – Nr. 23922/18 Rn. 77 f. – Gawlik/Liechtenstein.

### **c) Schutz weiterer Personen**

Nach § 34 Abs. 1 HinSchG sind natürliche Personen geschützt, die den Hinweisgeber im beruflichen Zusammenhang bei einer internen oder externen Meldung vertraulich unterstützen, sofern

1. die Informationen zutreffen oder die unterstützende Person zum Zeitpunkt der Unterstützung hinreichenden Grund zu der Annahme hatte, dass die Informationen der Wahrheit entsprachen, und
2. Verstöße betreffen, die in den Anwendungsbereich des HinSchG fallen oder die unterstützende Person zum Zeitpunkt der Unterstützung hinreichenden Grund zu der Annahme hatte, dass dies der Fall sei.

Insoweit kommt es nur auf die Gutgläubigkeit der unterstützenden Person zur Zeit der Unterstützungshandlung an, nicht auf diejenige des Hinweisgebers.

§ 34 Abs. 2 Nr. 1 HinSchG erstreckt den Schutz auf Personen, die mit dem Hinweisgeber in Verbindung stehen und in einem beruflichen Zusammenhang Repressalien erlitten haben, sofern der Hinweisgeber nach § 33 HinSchG geschützt ist. Hier kommt es auf den Schutz des Hinweisgebers nach HinSchG an. Allerdings trägt die dritte Person hierfür die Darlegungs- und Beweislast<sup>32</sup>. Diese Regelung soll den Hinweisgeber davor schützen, nicht aus Angst um Nachteile für nahestehende Personen von einer Meldung oder Offenlegung abzusehen. § 34 Abs. 2 Nr. 2 HinSchG erstreckt diesen Schutz auch auf juristische Personen, etwa Zulieferer etc.

### **2. Verbot von Repressalien nach § 36 Abs. 1 HinSchG**

Gegen hinweisgebende Personen, die nach Maßgabe von §§ 33, 35 Abs. 2 HinSchG geschützt sind, gerichtete Repressalien sind verboten (§ 36 Abs. 1 Satz 1 HinSchG) und nach § 40 Abs. 2 Nr. 3 HinSchG bußgeldbewehrt (bis zu 50.000 €). Unzulässig sind ferner nach § 36 Abs. 1 Satz 2 HinSchG die Androhung und der Versuch, Repressalien auszuüben. Gegen das Repressalienverbot verstoßende Rechtsgeschäfte, etwa Kündigungen, sind unwirksam (§ 134 BGB in Verbindung mit § 36 Abs. 1 HinSchG), tatsächliche Handlungen sind unzulässig.

#### **a) Begriff der Repressalie (§ 3 Abs. 6 HinSchG)**

Repressalien sind Handlungen oder Unterlassungen im Zusammenhang mit der beruflichen Tätigkeit, die eine Reaktion auf eine Meldung oder eine Offenlegung sind und durch die der hinweisgebenden Person ein unge-

---

32 Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung, BT-Drs. 20/3442, S. 93.

rechtfertigter Nachteil entsteht oder entstehen kann. Die Vorschrift setzt Art. 5 Nr. 11 RL (EU) 2019/1937 um. Die Definition des Begriffs der Repressalie ist weit gefasst, indem sie jede benachteiligende Handlung oder Unterlassung im beruflichen Kontext einschließt. Tatbestandsmerkmal einer Repressalie ist die Kausalität zwischen der Meldung oder der Offenlegung eines Verstoßes und der Benachteiligung. Beispiele für Repressalien enthält der nicht abschließende Katalog des Art. 19 RL (EU) 2019/1937, der in der Begründung des Regierungsentwurfs zum HinSchG wiedergegeben wird<sup>33</sup>.

Eine Repressalie liegt allerdings nicht vor, wenn der der hinweisgebenden Person entstehende oder potenzielle Nachteil nicht ungerechtfertigt ist<sup>34</sup>. Der Arbeitgeber soll nämlich beschäftigungsbezogene Maßnahmen treffen können, wenn diese nichts mit der Meldung oder Offenlegung zu tun haben. Entscheidend für die Abgrenzung zulässiger beschäftigungsbezogener Maßnahme und verbotener Repressalie ist also die Kausalität zwischen der den Hinweisgeber benachteiligenden Maßnahme des Arbeitgebers und der Meldung bzw. Offenlegung. Insoweit sieht § 36 Abs. 2 HinSchG eine Beweislastumkehr zugunsten des Hinweisgebers vor.

## **b) Beweislastumkehr (§ 36 Abs. 2 HinSchG)**

Erleidet eine hinweisgebende Person nach einer Meldung oder Offenlegung eine Benachteiligung im Zusammenhang mit ihrer beruflichen Tätigkeit, so wird vermutet, dass diese Benachteiligung eine Repressalie ist, allerdings nur dann, wenn die hinweisgebende Person dies auch geltend macht. Diese Wendung wurde auf Vorschlag des Vermittlungsausschusses in das Gesetz aufgenommen<sup>35</sup>. Damit soll wohl erreicht werden, dass die hinweisgebende Person zeitnah gegenüber der Stelle, von welcher die benachteiligende Maßnahme ausging, einen Zusammenhang herstellt zwischen der Meldung/Offenlegung und der Benachteiligung. Liegen die Voraussetzungen des § 36 Abs. 2 HinSchG vor, hat die Person, welche die hinweisgebende Person benachteiligt hat – im hier interessierenden Kontext in aller Regel der Beschäftigungsgeber –, zu beweisen, dass die Benachteiligung auf hinreichend gerechtfertigten Gründen basierte (sachliche Rechtfertigung der Benachteiligung) oder dass sie nicht auf der Meldung oder Offenlegung beruhte (fehlende Kausalität zwischen Meldung/Offenlegung und Benachteiligung).

---

33 Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung, BT-Drs. 20/3442, S. 95.

34 Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung, BT-Drs. 20/3442, S. 95.

35 Siehe Beschlussempfehlung des Vermittlungsausschusses, BT-Drs. 20/6700, S. 2.

Demnach muss die hinweisgebende Person darlegen und beweisen, dass sie nach einer Meldung oder Offenlegung eines Verstoßes nach dem HinSchG eine Benachteiligung erlitten und dies auch (zeitnah) geltend gemacht hat. Die Meldung/Offenlegung muss also der benachteiligenden Handlung zeitlich vorausgegangen sein. Außerdem muss die hinweisgebende Person die Voraussetzungen des Schutzes nach § 33 Abs. 1 HinSchG darlegen und beweisen – also die ordnungsgemäße interne, § 17 HinSchG entsprechende oder ordnungsgemäße externe, § 28 HinSchG entsprechende Meldung oder den Vorgaben des § 32 HinSchG entsprechende Offenlegung – sowie den Umstand, dass die hinweisgebende Person Grund zu der Annahme hatte, dass die Information zutrifft, der Sachverhalt in den Anwendungsbereich des HinSchG fällt und die Weitergabe der Information erforderlich war, um den Verstoß aufzudecken<sup>36</sup>.

Der Beschäftigungsgeber muss dann darlegen und beweisen, dass eine nach der Meldung/Offenlegung ausgesprochene Kündigung oder andere benachteiligende Maßnahme nicht auf der Meldung/Offenlegung beruht<sup>37</sup>. Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn die Person, welche die benachteiligende Maßnahme ergriffen hat, von der Meldung oder Offenlegung zum Zeitpunkt der Benachteiligung keine Kenntnis hatte<sup>38</sup>. Wichtig ist ferner der zeitliche Zusammenhang zwischen der Meldung/Offenlegung und der benachteiligenden Maßnahme. Bezüglich der verstrichenen Zeit zwischen Meldung/Offenlegung und der nachfolgenden benachteiligenden Handlung gibt es keine festen Zeitgrenzen. Insoweit wird man wiederum mit einer „Je-desto-Formel“ arbeiten können: Je mehr Zeit verstrichen ist, desto geringer sind die Anforderungen an den arbeitgeberseitigen Vortrag bezüglich der fehlenden Kausalität zwischen Meldung/Offenlegung und benachteiligender Handlung<sup>39</sup>. Außerdem kann der Arbeitgeber darlegen und beweisen, dass die Kündigung oder andere benachteiligende Maßnahme aus ganz anderen neutralen Gründen vorgenommen worden war und insoweit sachlich gerechtfertigt war. In Betracht kommt darüber hinaus die Beteiligung an einem gemeldeten Verstoß<sup>40</sup> oder die strafrechtlich relevante Erlangung von Informationen<sup>41</sup>. Nach der Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung soll die Vermutung nach § 36 Abs. 2

36 *Colneric/Gerdemann* (Fn. 3), S. 120; a.A. *Bayreuther*, NZA-Beilage 1/2022, S. 20, 27 mit dem Hinweis auf den Schutzzweck des HinSchG: Arbeitgeber müsse zuerst darlegen und beweisen, dass die Information nicht zutrifft.

37 Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drs. 20/3442, S. 96.

38 *Bayreuther*, NZA-Beilage 1/2022, S. 20, 18; *Zimmer/Schwung*, NZA 2022, 1167, 1169.

39 *Zimmer/Schwung*, NZA 2022, 1167, 1169.

40 Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drs. 20/3442, S. 96.

41 Siehe dazu unten V; *Bayreuther*, NZA-Beilage 1/2022, S. 20, 28.

HinSchG nicht widerlegt werden können, wenn die Meldung oder Offenlegung den tragenden Beweggrund für das Ergreifen der benachteiligenden Maßnahme darstellt<sup>42</sup> – ein bloßes Nebenmotiv im Rahmen eines Motivbündels genügt für die Annahme einer Repressalie anders als für die Annahme einer Diskriminierung nach dem AGG also nicht<sup>43</sup>.

### c) Folgen für die bisherige Rechtsprechung des BAG

Die bisherige BAG-Rechtsprechung ist von folgenden Grundsätzen ausgegangen<sup>44</sup>: Eine Kündigung des hinweisgebenden Arbeitnehmers war als verhaltensbedingte zulässig, wenn dieser eine vorrangig gebotene innerbetriebliche Abhilfe des Missstands nicht versucht hat, sondern sich sogleich an eine außerbetriebliche Stelle oder die Öffentlichkeit gewandt hat. Dieser Grundsatz des Vorrangs der innerbetrieblichen Abhilfe stand aber unter dem Vorbehalt der Zumutbarkeit für den hinweisgebenden Arbeitnehmer. Unzumutbar war ein Versuch innerbetrieblicher Abhilfe dann, wenn sich der Arbeitnehmer selbst strafbar machen würde, falls er den Gesetzesverstoß nicht anzeigt<sup>45</sup>. Außerdem war eine vorherige innerbetriebliche Klärung nicht mehr erforderlich, wenn innerbetriebliche Abhilfe nicht erwartet werden konnte, weil der Arbeitnehmer den Arbeitgeber auf die Regelverstöße bereits hingewiesen hatte, dieser sie aber nicht abgestellt hat. Der Vorrang innerbetrieblicher Abhilfe galt ferner dann nicht, wenn die Vorfälle schwerwiegend waren und/oder sich der Verdacht gegen den Arbeitgeber selbst oder seinen gesetzlichen Vertreter richtete<sup>46</sup>. Schließlich durfte der Arbeitnehmer gegenüber der außenstehenden Stelle nicht wissentlich unwahre oder leichtfertig falsche Angaben machen<sup>47</sup>. Der Arbeitnehmer musste die Vorwürfe mit Fakten belegen, damit diese in ihrer Substanz überprüft werden können.

Diese Rechtsprechung kann außerhalb des Anwendungsbereichs des HinSchG uneingeschränkt beibehalten werden. Das gilt vor allem für Verstöße, die nicht in den sachlichen Anwendungsbereich des HinSchG fallen.

---

42 Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drs. 20/3442, S. 96.

43 Siehe dazu *Schlachter*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (ErfK), 23. Aufl. 2023, AGG § 22 Rn. 12 f.

44 Siehe dazu im Überblick *Franzen*, Arbeits- und datenschutzrechtliche Fragen des „Whistleblowing“, in: Zur anstehenden Regulierung von Whistleblowing in Deutschland, Working Paper 01/2020 des Sonderforschungsbereichs 1369 Vigilanzkulturen, S. 13, 16 f., abzurufen unter <https://www.sfb1369.uni-muenchen.de/forschung/publikationen/working-papers/index.html>.

45 Vgl. BAG 3.7.2003 – 2 AZR 235/02 (Fn. 6), 430 f.

46 BAG 7.12.2006 – 2 AZR 400/05, NZA 2007, 502, 503.

47 Vgl. BAG 3.7.2003 – 2 AZR 235/02 (Fn. 6), 429; BAG 15.12.2016 – 2 AZR 42/16, NZA 2018, 703, 704 Rn. 14.

Außerdem gehören hierher Fälle, in denen die hinweisgebende Person im sachlichen Anwendungsbereich des HinSchG keinen Schutz nach dem HinSchG genießt<sup>48</sup> – etwa wenn eine hinweisgebende Person sich ohne Einschaltung der externen Meldestelle sofort an die Öffentlichkeit wendet, obwohl die engen Voraussetzungen des § 32 Abs. 1 Nr. 2 HinSchG für eine Offenlegung (§ 3 Abs. 5 HinSchG) nicht vorliegen. Dabei meint Offenlegung im Sinne von § 3 Abs. 5 HinSchG nicht die Einschaltung der Staatsanwaltschaft oder eines Journalisten als solche, solange die Informationen in deren Internum verbleiben<sup>49</sup>. Im Übrigen können im Anwendungsbereich des HinSchG ordnungsgemäße Meldungen gegenüber der zuständigen externen Meldestelle, regelmäßig dem Bundesamt für Justiz (§ 28 HinSchG), oder zulässige Offenlegungen (§ 32 HinSchG) unter den Voraussetzungen der §§ 33, 35 Abs. 2 HinSchG nicht mehr als arbeitsvertragliche Pflichtverletzung eingestuft werden. Insoweit sind die Grundsätze der bisherigen BAG-Rechtsprechung anzupassen.

#### **d) Maßnahmen aus anderen Gründen**

Nach dem HinSchG geschützte Meldungen und Offenlegungen dürfen also nicht mehr als Anknüpfungspunkte für Pflichtverletzungen des Arbeitnehmers dienen; Kündigungen dürfen darauf nicht gestützt werden.

Was gilt aber für Kündigungen aus anderen Gründen – etwa betriebs- oder personenbedingten Gründen, bei denen der Arbeitnehmer geltend macht, sie stünden im Zusammenhang mit einer nach dem HinSchG geschützten Meldung oder Offenlegung? Wenn diese Kündigungen in den Anwendungsbereich des KSchG fallen, dürfte sich die Rechtslage nicht wesentlich ändern. Denn der Arbeitgeber trägt nach § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG ohnehin die Darlegungs- und Beweislast für die Tatsachen, welche die Kündigung bedingen. Gelingt ihm der Beweis entsprechender Tatsachen, dann hat der Arbeitgeber gleichzeitig den Nachweis erbracht, dass die Kündigung auf hinreichend gerechtfertigten Gründen im Sinne von § 36 Abs. 2 Satz 2 HinSchG basierte. Daher wird die Beweislastumkehr des § 36 Abs. 2 HinSchG in erster Linie relevant werden für Kündigungen außerhalb des Anwendungsbereichs des KSchG, also in der Wartezeit (§ 1 Abs. 1 KSchG) und in Kleinbetrieben mit weniger als zehn Arbeitnehmern (§ 23 Abs. 1 KSchG).

Grundsätzlich kommt auch die Nichtverlängerung eines befristeten Arbeitsvertrags nach Art. 19 lit. j RL (EU) 2019/1937 als Repressalie in Betracht. Demgegenüber dürfte in Deutschland der Tatbestand des Art. 19 lit. i RL (EU) 2019/1937 keine große Rolle spielen. Danach soll die Nichtumwandlung eines befristeten in einen unbefristeten Arbeitsvertrag eben-

---

48 Siehe dazu oben IV 1.

49 *Brobeil* (Fn. 3), S. 148 ff.

falls eine Repressalie darstellen können, wenn der Arbeitnehmer berechtigterweise erwarten durfte, einen unbefristeten Arbeitsvertrag angeboten zu bekommen. Im Allgemeinen hat der Arbeitnehmer nach der Rechtsprechung des BAG eine solche berechnete Erwartung nicht, weil es grundsätzlich auch nach längerer Befristungsdauer keinen Anspruch auf Abschluss eines unbefristeten Arbeitsvertrags gibt<sup>50</sup>. Die Nichtverlängerung eines befristeten Arbeitsvertrags ist keine Willenserklärung, die – wie eine Kündigung – unwirksam sein könnte. Sie kann allenfalls unzulässig sein. Dies kann aber nicht die fehlende Willenserklärung des Arbeitgebers ersetzen. Daher kann durch eine nach § 36 Abs. 1 HinSchG verbotene Nichtverlängerung eines befristeten Arbeitsvertrags ein Arbeitsverhältnis nur begründet werden, wenn man einen Anspruch des Arbeitnehmers auf Abschluss oder Fortsetzung des Arbeitsvertrags konstruiert. Dies schließt § 37 Abs. 2 HinSchG aber ausdrücklich aus<sup>51</sup>. Das BAG hat in der vergleichbaren Konstellation einer gegen das AGG bzw. § 612a BGB verstößenden Nichtverlängerung eines befristeten Arbeitsvertrags ebenfalls keinen Fortsetzungsanspruch gewährt<sup>52</sup>. Damit kommt in diesem Fall allenfalls ein Schadensersatzanspruch in Betracht.

### 3. Schadensersatzansprüche

#### a) Nach Repressalien (§ 37 HinSchG)

Nach § 37 Abs. 1 HinSchG ist der Verursacher einer verbotenen Repressalie verpflichtet, der hinweisgebenden Person den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. Die Struktur der Norm ähnelt § 15 Abs. 1 Satz 1 AGG und § 15 Abs. 2 Satz 1 AGG. Daher wird man die dort entwickelten Grundsätze übertragen können<sup>53</sup>. Der Verursacher einer Repressalie wird häufig der Beschäftigungsgeber oder der Dienstherr sein. Da das HinSchG aber auch Selbständige, Organmitglieder und andere Personen, nach § 34 Abs. 2 Nr. 2 HinSchG auch juristische Personen, schützt, verwendet § 37 Abs. 1 HinSchG den neutralen Begriff des Verursachers. Ferner stellt § 37 Abs. 2 HinSchG klar, dass § 37 Abs. 1 HinSchG keinen Anspruch auf Begründung eines Arbeitsverhältnisses oder eines anderen Vertragsverhältnisses oder auf einen beruflichen Aufstieg begründet. Dies entspricht § 15 Abs. 6 AGG. § 37 Abs. 1 HinSchG setzt Art. 21 Abs. 8 RL (EU) 2019/1937 um.

---

50 Siehe dazu die grundlegende Aufarbeitung bei *Weidl*, Freiheit und Bindung des Arbeitgebers bei der Fortsetzung befristeter Arbeitsverhältnisse, Diss. Heidelberg, 2022.

51 Siehe dazu sogleich IV 3 a.

52 BAG 21.9.2011 – 7 AZR 150/10, NZA 2012, 317, 320, 322.

53 Vgl. *Zimmer/Schwung*, NZA 2022, 1167, 1169.

In der endgültigen Fassung des Gesetzes finden sich keine Vorgaben über den Ersatz des immateriellen Schadens. Auf Vorschlag des Vermittlungsausschusses wurde die entsprechende Passage, welche der Rechtsausschuss eingefügt hatte<sup>54</sup>, gestrichen<sup>55</sup>. Damit sind immaterielle Schäden nur ersatzfähig, soweit die Voraussetzungen des § 253 Abs. 2 BGB oder der schwerwiegenden Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nach der Rechtsprechung des BGH<sup>56</sup> vorliegen. Ob dies mit der RL (EU) 2019/1937 vereinbar ist<sup>57</sup>, ist ungewiss, da Erwägungsgrund 94 RL (EU) 2019/1937 a.E. den Ersatz des immateriellen Schadens ausdrücklich einbezieht – erwähnt sind dort ferner in der Zukunft liegende finanzielle Einbußen.

### **b) Nach einer Falschmeldung (§ 38 HinSchG)**

Nach § 38 HinSchG ist die hinweisgebende Person zum Ersatz des Schadens verpflichtet, der aus einer vorsätzlich oder grob fahrlässigen Meldung oder Offenlegung unrichtiger Informationen entstanden ist. Die Vorschrift setzt Art. 23 Abs. 2 Satz 2 RL (EU) 2019/1937 um. Schadensersatzansprüche gegen die hinweisgebende Person, die aus einer fahrlässigen unrichtigen Meldung resultieren, sollen nach der Begründung des Regierungsentwurfs aufgrund des HinSchG nicht entstehen<sup>58</sup>. Dies wird damit begründet, dass gutgläubige Hinweisgeber nach der Richtlinie (EU) 2019/1937 geschützt sein sollen. Dies spricht dafür, dass diese Regelung als abschließend konzipiert ist und den Rückgriff auf konkurrierende Ansprüche aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit anderen Schutzgesetzen – etwa § 186 StGB (üble Nachrede) – nicht zulässt. Damit wird § 38 HinSchG eine Sperrwirkung gegenüber weitergehenden Ansprüchen zukommen<sup>59</sup>.

Als Gläubiger derartiger Schadensersatzansprüche kommen die betroffene Person, welche von der hinweisgebenden Person belastet worden war, und auch der Beschäftigungsgeber in Betracht. Als Schäden beim Beschäftigungsgeber sind beispielsweise über den Betrieb der internen Meldestelle

54 Siehe Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drs. 20/4909, S. 41, 61.

55 Siehe Beschluss des Vermittlungsausschusses, BT-Drs. 20/6700, S. 2.

56 Siehe ausführlich *Rixecker*, in: Münchener Kommentar zum BGB (MünchKommBGB), Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 12 Anhang Rn. 353 ff.

57 Verneinend *Brobeil* (Fn. 3), S. 325 f.; *Gerdemann*, ZRP 2021, 37, 39; wohl auch *Fest*, in: Franzen/Gallner/Oetker (Fn. 8), RL 2019/1937 Art. 21 Rn. 37.

58 Begründung des Regierungsentwurf, BT-Drs. 20/3442, S. 97.

59 Ebenso wohl *Colneric/Gerdemann* (Fn. 3), S. 128; a.A. *Thüsing*, DB 2022, 1066, 1068 f.

hinausgehende Rechtsverfolgungskosten denkbar<sup>60</sup>, bei der betroffenen Person Einkommenseinbußen bei Verlust des Arbeitsplatzes infolge der unzutreffenden Beschuldigung. Falls ein in § 253 Abs. 2 BGB genanntes Rechtsgut der betroffenen Person verletzt wurde, kann diese auch den dadurch entstandenen immateriellen Schaden ersetzt verlangen. Darüber hinaus kommt ein Entschädigungsanspruch bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nach den Grundsätzen der BGH-Rechtsprechung in Betracht<sup>61</sup>, der allerdings wegen der vorstehend entwickelten Sperrwirkung des § 38 HinSchG auf grobe Fahrlässigkeit beschränkt bleiben muss<sup>62</sup>.

## V. **Rechtliche Verantwortlichkeit der hinweisgebenden Person für die Beschaffung von und den Zugriff auf Informationen nur bei „eigenständiger Straftat“ (§ 35 Abs. 1 HinSchG)**

Bislang war lediglich die Meldung bzw. Offenlegung Gegenstand der Betrachtung unter dem Aspekt, ob dies grundsätzlich eine Pflichtverletzung des Hinweisgebers-Arbeitnehmers darstellen kann. Es ging also stets um die Weitergabe von Informationen. Die Hinweisgeberrichtlinie (EU) 2019/1937 und das HinSchG stellen aber auch die Informationsgewinnung unter der Voraussetzung des grundsätzlichen Schutzes der hinweisgebenden Person nach Maßgabe von § 33 HinSchG auf eine neue Grundlage. Dies bewirkt § 35 Abs. 1 HinSchG, wodurch Art. 21 Abs. 3 RL (EU) 2019/1937 umgesetzt wird. Danach kann eine hinweisgebende Person nicht für die Beschaffung von oder den Zugriff auf Informationen, die sie gemeldet oder offengelegt hat, rechtlich verantwortlich gemacht werden, sofern die Beschaffung nicht als solche oder der Zugriff nicht als solcher eine eigenständige Straftat (engl.: *self-standing criminal offence*) darstellt.

### 1. **Eigenständige Straftat als unionsrechtlicher Begriff**

Bei diesem Ausdruck „eigenständige Straftat“ handelt es sich um einen autonom auszulegenden unionsrechtlichen Rechtsbegriff. Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass in diesem Fall von der Rechtsprechung des EuGH abgewichen werden kann, wonach Rechtsbegriffe des Unionsrechts grundsätzlich aus dem Unionsrecht heraus auszulegen sind. Dabei zeigt Erwägungsgrund 92 RL (EU) 2019/1937, dass die Haftung aufgrund von Verwaltungsrecht nicht ausreichen soll. Damit dürften Ordnungswidrigkeiten

---

60 Bayreuther, NZA Beilage 1/2022, S. 20, 29.

61 Siehe ausführlich Rixecker, in: MünchKommBGB (Fn. 56), § 12 Anhang Rn. 353 ff.

62 Bayreuther, NZA Beilage 1/2022, S. 20, 27.

ausgeschlossen sein und nicht unter den Begriff der „eigenständigen Straftat“ fallen. Falls eine Straftat in diesem Sinne vorliegt, unterliegt die strafrechtliche Haftung nach Art. 21 Abs. 3 Satz 2 RL (EU) 2019/1937 weiterhin nationalem Recht.

## 2. In Betracht kommende Straftatbestände

Die Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung nennt folgende Straftatbestände: § 123 StGB Hausfriedensbruch, § 202a StGB Ausspähen von Daten, § 202b StGB Abfangen von Daten oder eine – nach Einschätzung der Gesetzesbegründung bei hinweisgebenden Personen aber regelmäßig nicht einschlägige – Datenhehlerei nach § 202d StGB<sup>63</sup>. Erwägungsgrund 92 RL (EU) 2019/1937 nennt als Straftatbestände Hausfriedensbruch oder „Hacking“<sup>64</sup>.

§ 123 StGB, Hausfriedensbruch, setzt das Eindringen in die Geschäftsräume des Geschäftsinhabers gegen dessen Willen voraus. Bei Arbeitnehmern, die grundsätzlich zum Betreten der Geschäftsräume befugt sind, kommt dieser Tatbestand nur in Betracht, wenn der Arbeitgeber das Recht, Räume zu betreten, klar bezeichnet und begrenzt hat. Tritt ein Arbeitnehmer durch eine unverschlossene Tür in das Büro eines anderen Arbeitnehmers, zu dem der erstgenannte Arbeitnehmer üblicherweise keinen Zutritt benötigt, wird man darin ohne besondere Umstände noch keinen Hausfriedensbruch sehen können.

§ 202 StGB, die Verletzung des Briefgeheimnisses, setzt voraus, dass der Brief verschlossen war, und der Täter ihn öffnet, oder sich mit Hilfe technischer Mittel Kenntnis vom Inhalt ohne Öffnen des Briefes verschafft. § 202a StGB, Ausspähen von Daten, verlangt ganz grundsätzlich ebenfalls, dass die Daten gegen unbefugten Zugriff besonders geschützt sind, und der Täter diese Zugangssicherung überwindet<sup>65</sup>.

Nicht in der Gesetzesbegründung erwähnt wurde § 42 Abs. 2 BDSG (unberechtigte Verarbeitung personenbezogener Daten). Danach wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wer personenbezogene Daten, die nicht allgemein zugänglich sind, ohne hierzu berechtigt zu sein, verarbeitet oder durch unrichtige Angaben erschleicht. Hinzukommen muss in beiden Varianten, dass der Täter gegen Entgelt oder in der Absicht handelt, sich oder einen anderen zu bereichern oder einen anderen zu schädigen. Dieser Tatbestand kann durchaus im Einzelfall ein-

---

63 Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung, BT-Drs. 20/3442, S. 94.

64 Ausführlich zu denkbaren Straftatbeständen *Escherich*, EuZA 2022, 307, 311 ff.

65 Vgl. *Escherich*, EuZA 2022, 307, 322.

schlägig sein<sup>66</sup>. Der Begriff der Datenverarbeitung ist weit zu fassen. Darunter fällt auch die Erhebung von Daten, also das zielgerichtete Aufnehmen von personenbezogenen Daten. Die Hinweisgeberrichtlinie (EU) 2019/1937 schottet den Vorgang der Informationserhebung noch nicht *per se* von einer Sanktionierbarkeit ab, sondern nur unter den Voraussetzungen des Art. 21 Abs. 3 RL (EU) 2019/1937. Daher ist die Datenerhebung eines Hinweisgebers nicht von vornherein berechtigt, nur weil sich dieser im Anwendungsbereich von Hinweisgeberrichtlinie und HinSchG befindet. Allerdings muss der Täter mit Schädigungsabsicht handeln, was eine Frage des Einzelfalls und der Beweisbarkeit ist.

### 3. Genügt die Verwirklichung des objektiven Tatbestands?

Unklar ist, ob die Verwirklichung des objektiven Tatbestands einer Strafnorm ausreicht. In diesem Fall wäre der Hinweisgeberschutz im Stadium der Informationsgewinnung recht stark eingeschränkt, weil dann die Haftungseinschränkung des § 35 Abs. 1 HinSchG/Art. 21 Abs. 3 RL (EU) 2019/1937 nicht eingreifen würde. Außerdem deutet der Wortlaut „eigenständige Straftat“ eher darauf hin, dass der Straftatbestand vollständig – auch in subjektiver Hinsicht – verwirklicht sein muss. Im Rahmen von Rechtfertigungsgründen ist stets § 34 StGB zu berücksichtigen. § 34 StGB kann sich hier als eine weithin anwendbare Rechtfertigungsnorm erweisen, da sich die hinweisgebende Person ihrerseits auf berechnigte Interessen – die Aufdeckung von Rechtsverstößen – berufen kann<sup>67</sup>.

### 4. Rechtsfolge einer strafrechtlich relevanten Beschaffung von Informationen

Falls die Beschaffung der Information strafbar ist, stellt sich die weitere Frage, ob dies lediglich strafrechtliche Folgen zeitigt oder auch zusätzlich zivilrechtliche oder arbeitsrechtliche Konsequenzen haben kann<sup>68</sup>. Der Wortlaut des § 35 Abs. 1 HinSchG spricht dafür, dass dann die generelle Haftung der hinweisgebenden Person eintritt. Dies zeigt auch die Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung deutlich:

„Wenn die hinweisgebenden Personen eine Straftat ... begehen, bleibt ihre Strafbarkeit von einer mit den erlangten Informationen erfolgten Meldung oder

---

66 Vgl. *Escherich*, EuZA 2022, 307, 320 ff.; a.A. *Brobeil* (Fn. 3), S. 245 wegen Art. 17 RL (EU) 2019/1937.

67 Vgl. beispielsweise OLG Naumburg 22.2.2018 – 2 Rv 157/17, NStZ 2018, 472; *Escherich*, EuZA 2022, 307, 327.

68 Dafür *Colneric/Gerdemann* (Fn. 3), S. 58 f.; *Brobeil* (Fn. 3), S. 240; unklar *Fest*, in: *Franzen/Gallner/Oetker* (Fn. 8), RL 2019/1937 Art. 21 Rn. 21.

Offenlegung ebenso unberührt wie eine etwaige zivilrechtliche oder verwaltungsrechtliche Verantwortlichkeit.“<sup>69</sup>

Allerdings ist die Richtlinie (EU) 2019/1937 jedenfalls in der deutschen Sprachfassung nicht ganz so eindeutig. In Erwägungsgrund 92 Satz 5 RL (EU) 2019/1937 am Ende heißt es nur, dass die Hinweisgeber in solchen Fällen „weiterhin nach Maßgabe der anwendbaren nationalen Rechtsvorschriften strafrechtlich verantwortlich gemacht werden.“ Dieser Erwägungsgrund scheint also andere Haftungstatbestände auszuschließen, wenn er die strafrechtliche Haftung betont. Man kann diese Passage aber auch so verstehen, dass sie nur besagt, dass sich die strafrechtliche Verantwortlichkeit nach den anwendbaren mitgliedstaatlichen Strafvorschriften richtet. In diese Richtung kann man die englische Fassung dieses Satzes in Erwägungsgrund 92 deuten: „their criminal liability should remain governed by the applicable national law.“ Außerdem spricht für die hier vertretene Auffassung, dass bei strafrechtlicher Informationsbeschaffung eine vollständige Haftung eintreten kann, der Zweck des Hinweisgeberschutzes: Hinweisgebende Personen sollen nur zur Meldung oder Offenlegung motiviert werden, nicht aber zur Begehung von Straftaten im Vorfeld von Meldungen, um die Informationen zu beschaffen. Solche Handlungen stellen daher kein von der Richtlinie (EU) 2019/1937 geschütztes Verhalten dar<sup>70</sup>.

Dann können auch zivilrechtliche Folgen wie etwa Kündigung des Arbeitsverhältnisses eintreten. Im Hinblick auf die Informationsbeschaffung durch die hinweisgebende Person ist also § 35 Abs. 1 HinSchG das Nadelöhr, das ein Sachverhalt passieren muss, bevor dieser eine Kündigung eines Arbeitnehmer-Hinweisgebers tragen kann.

## VI. Fazit

Die Auswirkungen des HinSchG auf das Arbeitsrecht dürften überschaubar bleiben. Im Anwendungsbereich des HinSchG stellt eine ordnungsgemäße Meldung an die interne bzw. externe Meldestelle – regelmäßig das Bundesamt für Justiz – oder eine ordnungsgemäße Offenlegung von Verstößen durch einen Arbeitnehmer keine arbeitsvertragliche Pflichtverletzung dar, wenn der Arbeitnehmer-Hinweisgeber in den Schutzbereich der §§ 33, 35 Abs. 2 HinSchG fällt, die hinweisgebende Person also Grund hatte anzunehmen, dass die Information zutrifft und ihre Meldung zur Aufklärung eines relevanten Rechtsverstoßes erforderlich ist und der Sachverhalt dem sachlichen Anwendungsbereich des HinSchG unterliegt. Damit wird der arbeitsrechtliche Schutz von Hinweisgeber-Arbeitnehmern

69 Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung, BT-Drs. 20/3442, S. 94.

70 *Brobeil* (Fn. 3), S. 240.

nicht unerheblich verstärkt. Das in § 36 Abs. 1 HinSchG niedergelegte Verbot von Repressalien und die damit verbundene Beweislastumkehr nach § 36 Abs. 2 HinSchG dürften wegen der Beweislastregel des § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG praktische Bedeutung vor allem außerhalb des Anwendungsbereichs des KSchG erlangen. Die Informationsgewinnung durch die hinweisgebende Person wird künftig allenfalls noch dann als arbeitsvertragliche Pflichtverletzung qualifiziert werden können, wenn der hinweisgebende Arbeitnehmer durch die Informationsgewinnung als solche einen Straftatbestand rechtswidrig und schuldhaft verwirklicht hat (§ 35 Abs. 1 HinSchG).

Die ab 50 Beschäftigten (einschließlich Leiharbeitnehmern) einsetzende Pflicht für Arbeitgeber, interne Meldestellen einzurichten und zu betreiben, wird vor allem kleinere Unternehmen weiteren bürokratischen Belastungen aussetzen. Andererseits können die Unternehmen nicht vollständig sicher sein, dass diese Meldekanäle auch genutzt werden. Denn die hinweisgebenden Personen „sollten“ die Meldung an interne Meldestellen „bevorzugen“, wenn „intern wirksam gegen den Verstoß vorgegangen werden kann und sie keine Repressalien befürchten.“ (§ 7 Abs. 1 Satz 2 HinSchG). Damit liegt es im Wesentlichen im Ermessen der hinweisgebenden Personen, ob sie intern melden oder sich sofort an das Bundesamt für Justiz wenden. Letzteres müssen sie tun, wenn sie in Betracht ziehen, sich in der Zukunft gegebenenfalls noch an die Öffentlichkeit zu wenden (§ 32 Abs. 1 HinSchG). Schließlich ist misslich, dass der Gesetzgeber die Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/1937 nicht zum Anlass genommen hat, die Pflichten der Arbeitnehmer in Zusammenhang mit „whistleblowing“ – etwa Melde- und Auskunftspflichten einschließlich etwaiger Verwertungsverbote<sup>71</sup> – umfassend zu regeln<sup>72</sup>.

---

71 Siehe dazu ausführlich *Reichold*, in: Kiel/Lunk/Oetker (Hrsg.), Münchener Handbuch Arbeitsrecht, Bd. 1, 5. Aufl. 2021, § 55 Rn. 4 ff.; *Franzen*, in: Zur anstehenden Regulierung von Whistleblowing in Deutschland (Fn. 44); zu Verwertungsverboten *Franzen*, Festschrift Köhler, 2014, S. 133 ff.; Ansätze bei *Thüsing/Forst*, in: Thüsing (Hrsg.), Beschäftigtendatenschutz und Compliance, 3. Aufl. 2021, § 6 Rn. 52 f.

72 Ebenso *Thüsing*, DB 2022, 1066, 1069.

## Diskussion\*

Als erster Referent führte Professor Dr. *Martin Franzen*, LMU München, in die Grundlagen des neuen Hinweisgeberschutzes ein. Hierfür ordnete er zentrale Begriffe und Strukturen des Gesetzes und vermittelte einen Überblick über den persönlichen und sachlichen Anwendungsbereich und die Rechtsfolgen des bisherigen Entwurfs des Hinweisgeberschutzgesetzes (HinSchG-E).

Vertieft behandelte Professor *Franzen* den Grad der Gewissheit, der für eine Meldung erforderlich ist, die Bedeutung von Verschwiegenheitspflichten und Geschäftsgeheimnissen sowie die Meldung an Journalisten (die von der Offenlegung abzugrenzen sei).

Obwohl Professor *Franzen* die Qualität des Gesetzesentwurfs lobte (was später zu intensiver Diskussion führte), warf er Fragen über die Praktikabilität von einigen Regelungen auf. Besonderes Augenmerk legte er hierbei auf die Rechtsfolge einer Meldung an einen „falschen“ Adressaten. Der Gesetzesentwurf würde nicht regeln, wie mit Meldungen zu verfahren sei, die ein Hinweisgeber an eine unzuständige Behörde oder die Staatsanwaltschaft sende.

Darüber hinaus kritisierte er die Ausgestaltung der internen Meldestelle. Deren Bedeutung würde durch die Struktur des Gesetzesentwurfs konterkariert, da der Hinweisgeber in der Regel vor der Offenlegung der Information die externe Meldestelle anrufen müsse (§ 32 Abs. 1 HinSchG-E).

Abschließend konstatierte Professor *Franzen* einen Paradigmenwechsel: Ein Arbeitnehmer, der rechtswidrig Informationen des Arbeitgebers beschafft und diese an eine Meldestelle weiterleitet, kann nur dann rechtlich verantwortlich gemacht werden, wenn er bei der Beschaffung eine Straftat begeht (§ 35 Abs. 1 HinSchG-E). Das Strafrecht stelle folglich nunmehr ein Nadelöhr des Arbeitsverhältnisses dar. In Hinblick auf mögliche Straftaten im Sinne der Norm regte er eine Diskussion über mögliche Straftatbestände, insbesondere des § 42 Abs. 2 BDSG an.

Die von Professor Dr. *Abbo Junker* geleitete Diskussion widmete sich insbesondere dem Verhältnis von Verleumdung und Hinweisgeberschutz. Einige Diskussionsteilnehmer befürchteten, dass das geplante Gesetz das Täter-Opfer-Verhältnis umkehre. Ein reger Austausch entstand auch zu der Formulierung „Ziel oder ... Zweck der Regelungen“ in § 3 Abs. 2 Nr. 2 HinSchG-E. Dies wurde zum Anlass genommen allgemeine Schwächen der Struktur des Gesetzesentwurfs zu diskutieren.

---

\* Die Zusammenfassung der Diskussion wurde erstellt von Ass. iur. *Thomas Ittner*.

---

# Whistleblowing in Unternehmen – Stand der empirischen Forschung

*Ralf Kölbel*

	Seite
I. Einleitung.....	40
II. Unternehmensbezogene Funktionszuweisungen an interne Hinweisgebersysteme.....	43
III. Forschungsstand zur unternehmensbezogenen Funktionalität.....	45
1. Tatsächliche Eignung für betriebsinternes Risikomanage- ment.....	45
a) Zunahme des Meldungsaufkommens durch Melde- systeme.....	45
b) Nutzbarkeit der Hinweise .....	48
c) Innerbetriebliche Verarbeitung des Meldungsauf- kommens .....	49
d) Funktionalitätsbeeinflussende personelle und situative Faktoren.....	51
e) Funktionalitätsrelevanz der organisatorischen Ein- bettung und Ausgestaltung.....	52
f) Zusammenfassung.....	57
2. Tatsächliche Eignung zur Informationskontrolle .....	58
3. Tatsächliche Eignung für das Reputationsmanagement.....	60
4. Nachteile und funktionalitätsrelativierende Folgen.....	61
IV. Schluss .....	63
Diskussion .....	65

Quelle: *Giesen/Junker/Rieble* (Hrsg.), Die Umsetzung der Whistleblowing-  
Richtlinie durch das Hinweisgeberschutzgesetz (München 2023), S. 39-64

## I. Einleitung

Das gesellschaftliche Reden über Whistleblowing ist heterogen, weil Whistleblowing ein ambivalenter Gegenstand ist. Wir sprechen von Whistleblowing, wenn ein Organisationsinsider sein Wissen um einen organisationsinternen Missstand entweder an eine externe Institution weitergibt oder an eine organisationszugehörige Stelle, die aber außerhalb der regulären Berichts- und Dienstwege steht. Eine solche Mitteilungsperson befindet sich in einem Spannungsverhältnis von konfligierenden Loyalitäts- und Enthüllungserwartungen, die ganz unterschiedlich gewichtet werden, so dass der Mitteilungsakt häufig eine widersprüchliche Bewertung erfährt. Die Beurteilung von Whistleblowing variiert mit der individuellen Nicht-/Betroffenheit, mit bestimmten Ereignismerkmalen (Art des Missstandes, Folgen der Meldung, Art der Meldung usw.) und mit der allgemeinen Haltung zum Phänomen.<sup>1</sup> Dies zeichnet sich in einigen Bevölkerungsbefragungen<sup>2</sup> und in Medienanalysen, bei denen die Berichterstattung zu Hinweisgeberfällen untersucht worden ist,<sup>3</sup> recht deutlich ab. Auch im politischen Feld ist die Einschätzung von Whistleblowing sehr verschieden geartet, wie nicht zuletzt die kontroversenreiche parlamentarische Geschichte des HinSchG bezeugt.<sup>4</sup>

Das gesellschaftliche Reden über Whistleblowing ist aber auch deshalb heterogen, weil es selbst von den Befürwortern in ganz unterschiedlichen Denkartenerfolg. Man kann mindestens vier Perspektiven unterscheiden,

- 
- 1 Der dahingehende Forschungsstand ist zusammengeführt bei *Wienhausen-Knezevic/Herold*, in: Kölbel (Hrsg.), *Whistleblowing. Stand und Perspektiven der empirischen Forschung*, 2022, S. 234 ff.
  - 2 *Heumann* u.a., *Public Integrity* 2015, 6 ff.; *Berndtsson* u.a., *Information and Computer Security*, 2018, 246 ff.; *Olesen*, *Journal of Business Ethics (JBE)* 2021, 341 ff.; *Klofstad/Uscinski/Connolly/West*, *International Public Management Journal* 2022, 413 ff.
  - 3 Für Deutschland vgl. *Vögele/Baudermann*, *Medien & Kommunikationswissenschaft (M&K)* 2016, 518 ff.; international vgl. etwa *Thorsen/Sreedharan/Allan*, *WikiLeaks and whistle-blowing: The framing of Bradley Manning*, 2013, S. 101 ff.; *Di Salvo/Negro*, *Celebrity Studies*, 2016, 805 ff.; *Wu/Ma/Chan*, *Whistleblower or leaker?*, 2015, S. 53 ff.; *Wahl-Jorgensen/Hunt*, *Journalism*, 2012, 399 ff.
  - 4 Die Bewertungsspielarten, die Whistleblowing im parlamentarischen Bereich Deutschlands erfahren hat und erfährt, ist Gegenstand eines von mir geleiteten Projektes im Rahmen des Münchener SFB Vigilanzkulturen, abzurufen unter [https://www.sfb1369.uni-muenchen.de/forschung/teilprojekte/projektbereich\\_a/teilprojekt\\_a06/index.html](https://www.sfb1369.uni-muenchen.de/forschung/teilprojekte/projektbereich_a/teilprojekt_a06/index.html). Für erste Zwischenergebnisse vgl. *Balbierz*, in: Kölbel (Fn. 1), S. 267 ff.; *Wienhausen-Knezevic*, in: *Gadebusch Bondio/Hengerer/Kölbel/Lepsius* (Hrsg.), *Techniken der Responsibilisierung*, 2023, S. 215 ff.

aus denen heraus für whistleblowingfreundliche Rahmenbedingungen eingetreten wird. In einer freiheitlich-orientierten Betrachtungsweise handelt es sich bei Whistleblowing um die Inanspruchnahme einer individuellen Rechtsposition. Deren Gebrauch ist nicht von der gesellschaftlichen Relevanz des Mitteilungsinhalts oder seiner institutionellen Verarbeitung abhängig und daher nicht an eine überindividuelle Funktionalität gebunden. In erster Linie kommt es aus dieser Warte vielmehr auf die (wie auch immer entstandene und beschaffene) Mitteilungsentention an, die sich aus dem Selbstverständnis der fraglichen Person ergibt und der durch die Meldung entsprochen wird. Man gibt sein Missstandswissen weiter, weil dies zu den autonom nutzbaren Handlungsoptionen des bürgerlichen Subjektes gehört (oder doch gehören sollte). Diese Betrachtungsweise lassen unter anderem einige hohe Gerichte erkennen, von denen eine prinzipiell bestehende grundrechtliche Gewährleistung des Whistleblowings angenommen wird.<sup>5</sup>

Eine zweite, stärker demokratie-orientierte Betrachtungsweise löst Whistleblowing von seinem personalen Bezug und nimmt dessen Wirkungen und Leistungspotenziale in den Blick. Im Vordergrund steht hier das öffentliche Interesse an der Wissensweitergabe. Das gilt insbesondere für die Enthüllung skandalöser Missstände in den politischen Herrschaftszentren. Whistleblowing sorgt danach für Transparenz und leuchtet Arkanbereiche aus. Dadurch wird in Feldern, die (trotz ihrer hervorgehobenen Bedeutung) an sich der rechtlichen Regelung und der demokratischen Mitbestimmung unterstehen sollen, einer Verselbständigung von Macht und deren Fehlgebrauch entgegengewirkt.<sup>6</sup> Denn erst durch die Offenlegung kann mit korrigierenden Maßnahmen sichergestellt werden, dass die fraglichen staatlich-politischen Einheiten nach gemeinwohlorientierten Vorgaben (und nicht anders) operieren. Das stärkt wiederum das Ver-

---

5 EGMR 21.7.2011 – Nr. 28274/08 Rn. 43 ff. – Heinisch/Deutschland mit Anmerkung *Seifert*, EuZA 2012, 411; EGMR 14.2.2023 – Nr. 21884/18 Rn. 108 ff. – Halet/Luxemburg; BVerfG 28.4.1970 – 1 BvR 690/65, BVerfGE 28, 191, 202; ebenso beispielsweise *Vandekerckhove*, La Revue des droits de l'homme 2016, 4 ff. (abzurufen unter <https://doi.org/10.4000/revdh.2680>); *Colneric/Gerdemann*, Die Umsetzung der Whistleblower-Richtlinie in deutsches Recht, 2020, S. 168: Whistleblowing „als Ausdrucksform der für die freiheitlich-demokratische Grundordnung schlechthin konstituierenden Meinungsfreiheit“. Auch die Begründungen der jüngsten Entwürfe zum deutschen Hinweisgeberschutzgesetz lassen sich hier einordnen, weil sie primär damit argumentieren, dass „der bislang lückenhafte und unzureichende Schutz hinweisgebender Personen in der Bundesrepublik Deutschland ausgebaut werden“ müsse (BT-Drs. 20/3442, S. 30; 20/5992, S. 29).

6 *Thomä*, Warum Demokratien Helden brauchen: Plädoyer für einen zeitgemäßen Heroismus, 2019, S. 152 ff; *Santoro/Kumar*, Speaking truth to power – a theory of whistleblowing, 2018, S. 83 ff., 123 ff.

trauen der Bevölkerung in den demokratischen Staat. Erkennbar wird all dies vor allem in jenen Diskursen, die Whistleblowing als „an ethical, political practice“ begreifen und in einen Funktionszusammenhang mit der gewollten Transparenz politischer Sachverhalte stellen.<sup>7</sup>

Schon etwas näher an den hiesigen Gegenstand führt eine dritte, steuerungs-orientierte Betrachtungsweise. Whistleblowing steht aus dieser Sicht in einem öffentlichen Interesse und hat die Funktion, zur Normkonformität von vorwiegend privatwirtschaftlichen Organisationen beizutragen und damit auch auf die jeweiligen Regelungsziele (Umwelt-, Gesundheits-, Wettbewerbsschutz, Wohlfahrtsinteressen usw.) hinzuwirken. Dies geschieht einmal durch die staatsunmittelbare Kontrolle von Unternehmen. In deren Rahmen werden durch Behörden externe Hinweisgebereinrichtungen geschaffen, über die sich der Staat das notwendige Wissen verschafft, um auf Unternehmensmissstände sanktionierend reagieren zu können. In einer zweiten parallelen Strategie setzt er auf regulierte Selbstregulierung – d.h. er wirkt auf die Unternehmen ein, damit diese interne Hinweisgeberstrukturen schaffen und sich dadurch informatorisch in die Lage versetzen, rechtswidrige Entwicklungen zu erkennen und ihnen durch Compliance-Maßnahmen entgegenzuwirken. Vor dem Hintergrund hoheitlicher Lenkungsansprüche stellt sich Whistleblowing primär also als Mittel der sowohl mittelbaren wie unmittelbaren staatlichen Unternehmensregulierung dar. Diese Denkart wird etwa in der EU-Whistleblowing-Richtlinie verfolgt.<sup>8</sup>

Bei der vierten und gleichsam betriebswirtschaftlichen Betrachtungsweise rückt Whistleblowing als organisationseigene und organisationsdienliche Struktur in den Blick. In dieser Denkart liegt es im Interesse von Unternehmen und anderen Organisationen, interne Whistleblowing-Systeme einzurichten, weil dies zur Schadensabwehr erforderlich ist. Internes Whistleblowing dient aus dieser Warte letztlich der Ertragssicherung. Erkennbar wird diese Betrachtungsweise in jenen Diskursen, die Whistleblowing als ein organisationsnützlichem „Tool“ der Binnenregulierung begreifen, das das Unternehmen aus wirtschaftlichem Eigeninteresse nutzen soll. Nach meinem Eindruck entspricht dies der Herangehensweise nicht

---

7 *Brown/Vandekerckhove/Dreyfus*, The relationship between transparency, whistleblowing, and public trust, in: Ala'i/Vaughn (Hrsg.), *Research handbook on transparency*, 2014, S. 30 ff.; *Weiskopf/Loacker/Heinrichs*, *Theory & Politics in Organization* 2019, 671 ff.; *Ceva/Bocchiola*, *Philosophy Compass* 2020, (abzurufen unter <https://doi.org/10.1111/phc3.12642>).

8 Kennzeichnend hierfür sind etwa die Erwägungsgründe 1 bis 3 und 6 ff. zur RL (EU) 2019/1937; für die unternehmensregulatorische Perspektive in der empirischen Literatur vgl. etwa *Kölbel/Herold*, *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform* 2010, 425, 428 ff.; *dies.*, *Deviant Behavior* 2019, 133, 140 f.; *Pemberton/Tombs/Chan/Seal*, *Policy & Politics* 2012, 263 ff.

nur Unternehmensberatungs-, sondern auch der ganz überwiegenden deutschen unternehmensrechtlichen Literatur.<sup>9</sup>

## II. Unternehmensbezogene Funktionszuweisungen an interne Hinweisgebersysteme

Die vorstehende Differenzierung erlaubt es, die Funktionen, die interne Whistleblowing-Systeme für Unternehmen ausfüllen sollen, näher zu spezifizieren. Dafür ist der eben angedeutete Unterschied zwischen der hierfür maßgeblichen betriebswirtschaftlichen Denkart und der steuerungsbezogenen Perspektive nicht genug zu betonen. Aus unternehmerischer Sicht geht es bei den fraglichen Einrichtungen um wirtschaftliche Vorteile und Haftungsvermeidung, aus einer regulatorischen Sicht dagegen gemeinwohlorientiert um Verhinderung und Verfolgung von Wirtschaftsdelinquenz. Dieser Steuerungseffekt, der aus der staatlichen Perspektive im Vordergrund steht, liegt jedoch außerhalb der betrieblichen Eigeninteressen. Umgekehrt sind die ökonomischen Unternehmensvorteile, zu denen es durch Hinweisgebersysteme kommen soll, allein betrieblich, nicht aber staatlich gesehen eine Priorität. Das hat zur Folge, dass Whistleblowing für Unternehmen ganz andere Funktionen als aus staatlicher Warte ausfüllen soll (und dabei durchaus auch in ein Spannungsverhältnis mit Gemeinwohlinteressen tritt). Konkret geht es betriebswirtschaftlich um die Leistungen, die von einer unternehmenseigenen Hinweisgebereinrichtung für das Risiko- und Reputationsmanagement sowie die unternehmerische Informationskontrolle erwartet werden:

- Der von internem Whistleblowing zu erbringende Beitrag zum Risikomanagement beruht auf der unternehmenstypischen Binnengliederung, Arbeitsteilung und Komplexität, durch die das Wissen über normativ relevante Vorgänge bei den entscheidungstragenden Organisationseinheiten limitiert sein muss. Deshalb zielen Hinweisgebersysteme darauf, misstandsbezogene Kenntnis-Lücken zwischen „Entscheidungs- und Wissensträgern“ zu schließen, um eine Risikofrüherkennung zu gewährleisten und so die zur Sanktions- und Haftungsvermeidung erforderlichen innerbetrieblichen Anpassungen rechtzeitig zu ermöglichen.<sup>10</sup>

---

9 Stellvertretend *Behr/Ruhmannseder*, in: *Ruhmannseder/Behr/Krakow* (Hrsg.), *Hinweisgebersysteme*, 2. Aufl. 2021, Rn. 42 f.; international vgl. etwa *Lombard/Brand*, *External regulation and internal whistleblowing frameworks: An Australian perspective*, in: *Lombard/Brand/Austin* (Hrsg.), *Corporate whistleblowing regulation: Theory, practice, and design*, 2020, S. 113 ff.

10 Dazu stellvertretend *Buchert*, in: *Hauschka/Moosmayer/Lösler* (Hrsg.), *Corporate Compliance*, 2016, § 42 Rn. 76. Bei diesen Anpassungen muss es sich indes keineswegs immer um die Herstellung formaler Konformität handeln. Aus der betrieblichen Warte steht vielmehr im Vordergrund, die misstandsbedingten

- Die institutionelle Bearbeitung von Unternehmensmissständen hat neben den Sanktions- und Haftungsfolgen oftmals noch weitere wirtschaftlich belastende Konsequenzen (regulatorische Folgemaßnahmen, die Beeinträchtigung von Geschäftsbeziehungen und vor allem Reputationsschäden). Diese Kostenrelevanz der Missstandsaufdeckung bedingt zwangsläufig ein Unternehmensinteresse an der Geheimhaltung rechtlich oder sonst fragwürdiger Betriebsvorgänge. Jenes Interesse ist durch das Missstandswissen von Unternehmensinsidern indes permanent gefährdet, weil eine Wissensweitergabe nach außen nicht ausgeschlossen werden kann. Daher zählen interne Hinweisgebersysteme zu den organisationseigenen Instrumenten, mit denen man dies zu verhindern und die Informationshoheit der Unternehmen aufrechtzuerhalten versucht. Der innerbetriebliche Kanal zur Missstandsmeldung soll den mitteilungsbereiten Personen den Grund für die Inanspruchnahme externer Meldemöglichkeiten nehmen.<sup>11</sup>
- Schließlich erwartet man von der Einrichtung eines Hinweisgeber-systems, dass sich dies in der Außendarstellung des Unternehmens als eine reputationsdienliche Maßnahme erweist. „Überwachungsprozesse sind Aushängeschilder.“<sup>12</sup> Indem sie signalisieren, dass das Unternehmen in Sachen Unternehmenskultur, Verantwortlichkeit und Konformitätsgewährleistung das heute erwartete Niveau (mindestens) wahrt, bilden sie eine Komponente im jeweiligen „Impres-

---

rechtlichen Risiken in ihrer Kostenrelevanz überhaupt erst einmal identifizieren und so genauer kalkulieren zu können. Dies erlaubt es, sie in eine kontrollierte Abwägung mit den wirtschaftlichen Chancen der fraglichen Praxis zu stellen und hieran orientiert die jeweils betriebswirtschaftlich sinnvolle Nachjustierung zu veranlassen. Ein Überwiegen der (Delikts-)Kostenrisiken führt dann im Regelfall dazu, die illegale Praxis abzustellen. In manchen Konstellationen können die Whistleblower-Informationen aber auch Anlass sein, auf eine *creative* und *cosmetic compliance* überzugehen. Auch hierin zeigt sich das Spannungsverhältnis, das gegenüber einer unternehmensregulatorischen Lesart von Whistleblowing besteht.

- 11 Zu diesem Zweck, bei dem die Kollision mit einer unternehmensregulatorischen Betrachtung von Whistleblowing besonders offensichtlich ist, vgl. statt vieler etwa *Süße*, in: Rotsch (Hrsg.), *Criminal Compliance*, 2015, § 34 C Rn. 120; *Guttenberger*, in: Ruhmannseder/Behr/Krakow (Fn. 9), Rn. 175; *Pittroff*, *Whistle-Blowing-Systeme in deutschen Unternehmen*, 2011, S. 29 ff., 55 f.; *Baur/Holle*, *Die Aktiengesellschaft (AG) 2017*, 379, 380.
- 12 Aus einem Interview mit einem Compliance-Manager bei *Bergmann*, in: Grodeck/Wilz (Hrsg.), *Formalität und Informalität in Organisationen*, 2015, S. 244.

sion Management“,<sup>13</sup> was sich wiederum am Kapitalmarkt oder bei den geschäftlichen Entwicklungsmöglichkeiten auszahlen kann.<sup>14</sup>

### **III. Forschungsstand zur unternehmensbezogenen Funktionalität**

Inwieweit diese Funktionalitätsannahmen berechtigt sind und ob sie vielleicht durch versteckte Nachteile konterkariert werden, stellt eine allein empirisch zu beantwortende Frage dar, die keineswegs nur von akademischem Interesse ist. Unter der Geltung des früheren Rechts hatte sie für das Nicht-/Bestehen der unternehmerischen Pflicht, ein eigenes Hinweisgebersystem einzurichten, eine mitentscheidende Relevanz. Inzwischen schreibt das HinSchG zwar eine Implementierungspflicht von Whistleblowing-Einrichtungen ganz unabhängig von deren realer Bewehrung vor. Dennoch ist das Wissen um die tatsächliche Funktionalität und die etwaigen Schattenseiten dieser Vorgaben nicht obsolet. Vielmehr kann es für das Wie sowie vielleicht auch das Engagement und den Enthusiasmus, mit dem man der formalen Verpflichtung folgt, von orientierender Wirkung sein. Deshalb wird hier der einschlägige Forschungsstand geordnet und diskutiert, wengleich dies angesichts des vorhandenen Raumes nur in einer gestrafften Form möglich ist.<sup>15</sup>

#### **1. Tatsächliche Eignung für betriebsinternes Risikomanagement**

##### **a) Zunahme des Meldesaufkommens durch Meldesysteme**

Von einer Funktionalität interner Hinweisgebersysteme kann nur dann ausgegangen werden, wenn sich durch deren Schaffung die interne Meldewahrscheinlichkeit (potenzieller) Whistleblower erhöht. Um dies festzustellen, muss das Meldeaufkommen verglichen werden – entweder innerhalb eines Unternehmens vor und nach Einführung einer Meldeeinrichtung oder durch Gegenüberstellung von Unternehmen mit und ohne eine solche. Zu berücksichtigen ist dabei ferner, dass ein Missstandshinweis auch auf regulärem Weg außerhalb einer Hinweisgeberstelle erfolgen und es zu bloßen Verlagerungen zwischen den verschiedenen Meldeoptionen kommen kann. Dahingehende, methodisch tragfähige Studien liegen bis-

---

13 Vgl. beispielsweise *Pittroff* (Fn. 11), S. 64 ff.

14 Dass auch ineffiziente Schaufenstersysteme („Window-Dressing“) diesen Effekt haben können, weist abermals auf den Konflikt mit der unternehmensregulatorischen Lesart von Whistleblowing hin.

15 Für eine umfangreichere Aufbereitung der Forschungslage vgl. *Köbel/Herold*, Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (ZGR) 2020, 961 ff. sowie besonders ausführlich die Beiträge in *Köbel* (Fn. 1), S. 51 ff.

lang aber nicht vor. Durch die meisten Arbeiten werden lediglich unspezifizierte Melderaten und die Nutzungszahlen interner Meldesysteme erfasst. So sind international zwar etliche Erhebungen von Belegschaften verfügbar, bei denen erfragt worden ist, ob man bei Kenntnis eines Missstands eine Meldung erstattet hat, doch die sich daraus ergebenden Melderaten differieren außerordentlich stark.<sup>16</sup> Als realistisch gilt ein Wert, der zwischen einem und zwei Drittel liegt – wobei darin aber sämtliche Mitteilungen, die gegenüber Kollegen oder auf dem Dienstweg oder bei internen/externen Stellen erfolgen, zusammengefügt sind.<sup>17</sup>

Ein etwas genaueres Bild vom Aufkommen an internen Whistleblowings bieten diverse Berichte, die von einigen Compliance-Dienstleistern turnusmäßig veröffentlicht werden. Sie weisen darin mehr oder minder differenziert aus, wie oft diese Anlaufstellen genutzt werden. Durch diese Daten wird nahegelegt, dass nur ein überschaubarer Anteil der Meldungen gerade bei den internen Hinweisgebereinrichtungen erfolgt.<sup>18</sup> In der diesbezüglich weltweit umfangreichsten Anbieter-Datenbank liefen im Jahr 2022 bei 3.430 ihrer Kunden-Organisationen aus praktisch allen Branchen mehr als zehn Meldungen ein.<sup>19</sup> Eine Sondererhebung dieser Daten ergab für 936 US-börsennotierte Unternehmen für 2013 bis 2016 eine jährliche Durchschnittszahl von 265.<sup>20</sup> Außerhalb dieses besonderen Kreises sind die Werte aber niedriger. In internationalen Befragungen von 1.392 bzw. 1.239 Unternehmen verschiedener Größe lag das Mittel 2018 und 2020 bei 52 bzw. 34; in bis zu 50 % fiel überhaupt keine Meldung an.<sup>21</sup> Im Übrigen weisen die vorliegenden Berichte stark variierende Durchschnittswerte von 1,5 bis 10,3 Meldungen pro 1.000 Angestellte aus.<sup>22</sup>

---

16 Vgl. die Zusammenstellungen bei *Kölbel/Herold*, ZGR 2020, 961, 975 sowie *Herold*, in: Kölbel (Fn. 1), S. 108.

17 Vgl. etwa *Ethics & Compliance Initiative*, 2018, 7, 13 sowie die Analyse bei *Olsen*, in: Brown et al. (Hrsg.) *International Handbook on Whistleblowing Research*, 2014, S. 178 ff., 184, 204.

18 Der Vergleich mit den allgemeinen Melderaten wird hier allerdings dadurch erschwert, dass dort die Nutzung von Hinweisgebereinrichtungen nur in absoluten Zahlen oder in Bezug zur Belegschaft (und nicht in Relation zu den missstandsinformierten Mitarbeitern) dokumentiert wird.

19 *Penman*, 2023 *Hotline & Incident Management Benchmark Report*. Navex Global Inc., 2023 (umfasst sind insgesamt 1,52 Mio. Meldungen).

20 *Stubben/Welch*, *Journal of Accounting Research* 2020, 473 ff.

21 *Hauser/Hergovits/Blumer*, *Whistleblowing Report* 2019, 9, 56; *Hauser/Brett-Rainalter/Blumer*, *Whistleblowing Report* 2021, 11, 58.

22 Dazu m.w.N. *Herold*, in: Kölbel (Fn. 1), S. 109 f.; bei *Penman* (Fn. 19), S. 4, waren es zuletzt aber sogar 14,7.

Die ausgeprägte Varianz der vorliegenden Daten dürfte nicht nur Ausdruck realer Unterschiede (bei Ausgestaltung der Systeme, kulturellen Bedingungen, Markt- und Branchegegebenheiten usw.),<sup>23</sup> sondern auch den verschiedenen Erhebungsverfahren geschuldet sein. Aussagen zu hinweisstimulierenden Wirkungen sind auf dieser Grundlage kaum möglich. Die erforderlichen Vergleichsbefunde liegen lediglich in Ansätzen vor. So werden Fälle von *Occupational Fraud* in Organisationen mit eigenen Hotlines offenbar häufiger als in Unternehmen ohne eigenes System entdeckt.<sup>24</sup> Allerdings ist unklar, ob der Unterschied auf der Wirkung interner Kontrollen beruht oder auf einem unterschiedlichem Deliktsaufkommen (einschließlich der unentdeckten Ereignisse). Außerdem liegen auch Unternehmensbefragungen vor, denen zufolge sich die Aufdeckung verschiedenartiger Misstände durch Einführung einer internen Hotline gar nicht oder nur marginal verändert hat.<sup>25</sup> Die Annahme, dass es durch interne Meldesysteme zu einem effektiven Zuwachs an Hinweisen kommt, bleibt deshalb ungesichert.

Besser geklärt ist, dass ein tatsächlicher Systemnutzen in der Praktikabilität der Mitteilungswege besteht. Dieser „Komfortgewinn“ für die Hinweisgeber bildet sich in jenen Daten ab, denen zufolge telefon- und webgestützte Meldevarianten deutlich häufiger genutzt werden als andere, ebenfalls angebotene. So gehen nach US-Dokumentationen zwischen 36 % und 88,5 % der Whistleblowing-Eingaben zwischen 2010 und 2017 per Telefon und zwischen 10,3 % und 31,6 % über web-basierte Optionen ein.<sup>26</sup> Allerdings scheint hier viel von den konkreten Rahmenbedingungen abhängig zu sein. Für Deutschland weist ein Bericht für 2018 beispielsweise 56,4 % Web-Meldungen und 11,3 % E-Mail-Meldungen aus.<sup>27</sup> Einer neueren Befragung zufolge ist die Aufnahme eines persönlichen Kontaktes (interner Ansprechpartner oder Ombudspersonen) aber deutlich verbreiteter.<sup>28</sup>

---

23 Vgl. *Waldron*, *The Effectiveness of Hotlines in Detecting and Deterring Malpractice in Organisations*, 2012, S. 9 ff., 41 f. m.w.N.

24 Vgl. beispielsweise *Association of Certified Fraud Examiners*, *Report to the Nations*, 2022, S. 24: 47 %/31 % der jeweiligen Unternehmen. Vgl. auch *Bussmann/Matschke*, *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform (MSchrKrim)* 2007, 260 ff.

25 *Waldron* (Fn. 23), S. 26 f., 42.

26 Vgl. die Zusammenstellung bei *Kölbl/Herold*, *ZGR* 2020, 961, 978; *Herold*, in: *Kölbl* (Fn. 1), S. 143. Bei *Penman* (Fn. 19), S. 21, waren es zuletzt 34 % und 29 %.

27 *Expolink Expolink Europe Ltd.*, *Whistleblowing Benchmarking Report 2019*, 17.

28 *Bussmann u.a.*, *The impact of corporate culture and CMS*, 2021, S. 74 f.

Die Praktikabilität der Meldestellen könnte gleichwohl dafür sorgen, dass ein relevanter Teil der ohnehin erfolgenden Meldebereitschaft auf diese Kanäle übergeht. Die Möglichkeit, dass die Systemeinführung daher eher nur eine Verlagerung allgemeiner Hinweisformen hin zu den Whistleblowing-Einrichtungen führt, wird bislang aber nicht systematisch geprüft. Die immerhin vorliegenden Anhaltspunkte sind sehr heterogen. Im britischen Gesundheitssektor war beispielsweise gut die Hälfte der befragten Hinweisgeber informell oder schriftlich an den vorgesetzten Manager herangetreten und nur 0,1 % bis 0,3 % auf die interne Hotline ausgewichen.<sup>29</sup> Dagegen hatten einer anderen Studie zufolge 71 % bis 74 % (2010 bis 2014) der Whistleblowing-Systemnutzer das Management vorab gerade nicht informiert.<sup>30</sup> Trotzdem geht die Aufdeckung der meisten bekannt gewordenen Verstöße immer noch auf traditionelle interne Überprüfungsverfahren und nicht auf die Nutzung von Hinweisgebersystemen zurück.<sup>31</sup> Daher ist die Kanalisierungs- und Verlagerungswirkung nach sozialwissenschaftlichen Kriterien bislang ebenso unklar wie der Aktivierungseffekt.

## b) Nutzbarkeit der Hinweise

Maßgeblich für die Funktionalität der Hinweisgebersysteme ist auch die Art und Qualität der Meldungen, namentlich deren Relevanz und Verwertbarkeit. Hingewiesen wird in diesem Zusammenhang (nicht zu Unrecht) darauf, dass bereits eine einzige substanzielle Meldung für das Risikomanagement essenziell sein und das Whistleblowing-System rechtfertigen kann.<sup>32</sup> Gleichwohl muss aber auch das Volumen unergiebigere Mitteilungen bei der Effektivitätsbewertung berücksichtigt werden. Von den Unternehmensführungen wird die dahingehende Situation in Befragungen typischerweise aber als relativ positiv eingestuft.<sup>33</sup>

Inhaltlich betrifft internes Whistleblowing indes vorwiegend Personalangelegenheiten – also z.B. Belästigung/Mobbing, Diskriminierung, Diebstahl oder unprofessionelles Verhalten. Bei vielen Systemen macht dies offenbar die Hälfte oder gar einen größeren Anteil der Meldungen aus, wäh-

29 *Lewis/Vandekerckove*, in: Lewis/Vandekerckhove (Hrsg.), *Developments in Whistleblowing Research*, 2015, S. 98; ähnlich für Norwegen *Skivenes/Trygstad*, *Economic and Industrial Democracy* 2017, 119, 130: 70 % informierten direkten Vorgesetzten und 17 % nutzten das interne Meldesystem.

30 *The Network*, *Corporate Governance and Compliance Hotline Benchmarking Report*, 2015, S. 19.

31 Vgl. etwa *Association of Certified Fraud Examiners* (Fn. 24), S. 22; für Deutschland etwa *KPMG*, *Im Spannungsfeld. Wirtschaftskriminalität in Deutschland*, 2020, S. 37.

32 *Waldron* (Fn. 23), S. 9 ff.

33 Vgl. die Zusammenstellung bei *Kölbel/Herold*, *ZGR* 2020, 961, 979.

rend Hinweise auf Wirtschaftsdelikte im engeren Sinne nach den meisten Erhebungen deutlich seltener vorkommen (zumeist unter 20 %).<sup>34</sup> Jedoch weisen die Meldungen, die über interne Hinweisgebersysteme einlaufen, offenbar vielfach eine ausreichende Substantiierung auf. Zwischen 36 % und 81 % sollen eine Überprüfung der jeweiligen Informationen als angezeigt erscheinen lassen.<sup>35</sup> Dabei scheint die Tragfähigkeit offener Meldungen höher zu sein, was sich mit den Bewertungen in Management-Befragungen deckt.<sup>36</sup> Missbräuchliche Hinweise (Scherz-, Falsch- und/oder feindselige Meldungen) sind nach den meisten Befragungen jedenfalls selten; meist machen sie nicht mehr als einen einstelligen oder niedrigen zweistelligen Meldungsanteil aus.<sup>37</sup>

Alles in allem dürfte, wenn man die sehr heterogenen Daten zusammenfassend würdigen will, das bei internen Meldesystemen eingehende Informationsmaterial für das Risikomanagement der Unternehmen bisweilen durchaus von Nutzen sein. Angesichts der vielen anderen (konventionellen) Aufdeckungsformen fällt dies andererseits aber wohl nur bedingt ins Gewicht. Markante „Detektionsgewinne“ wurden bislang zumindest nicht zuverlässig belegt.

### c) Innerbetriebliche Verarbeitung des Meldungsaufkommens

Eine dem Risikomanagement dienliche Funktionalität von Hinweisgebersystemen setzt nicht nur ein hierdurch generiertes Aufkommen an verwertbaren Meldungen voraus, sondern auch deren tatsächliche Überprüfung und ggf. weitergehende Verwertung. Dass dies zumindest ansatzweise geschieht, ergibt sich schon daraus, dass anderenfalls die eben skizzierte unternehmensseitige Bewertung der Hinweise nicht erfolgen könnte. Wie mit dem Hinweismaterial im Weiteren umgegangen wird, ist jedoch unklar. Die empirische Grundlage zur Beurteilung dieses Aspektes muss als besonders unzulänglich gelten. Vermutlich weist die Meldungsreso-

---

34 Vgl. etwa The Network, Corporate Governance and Compliance Hotline Benchmarking Report, 2015, S. 12 sowie die Zusammenstellung bei *Herold*, in: Kölbel (Fn. 1), S. 112. Zuletzt dazu etwa *Penman* (Fn. 19), S. 26 f. sowie für Deutschland *Hauser/Bretti-Rainalter/Blumer* (Fn. 21), 63.

35 *Orrel/Keding/Case*, Ethics and compliance hotline benchmark report. ComplianceLine. 2021, S. 8, 21 f.; *Penman* (Fn. 19), S. 42 ff.; *Hauser/Bretti-Rainalter/Blumer* (Fn. 21), 61.

36 *Waldron* (Fn. 23), S. 37; *Guthrie/Norman/Rose*, Behavioral Research in Accounting (BRIA) 2012, 87, 97 ff.; *Hunton/Rose*, Journal of Management Studies (JMS) 2011, 75, 77 ff., 89 ff.

37 Vgl. die Zusammenstellung bei *Herold*, in: Kölbel (Fn. 1), S. 114. Zuletzt für Deutschland *Walter/Schaft*, in: Ruhmannseder/Behr/Krakow (Fn. 9), Rn. 22 ff.: definitiver Missbrauch in 10 %, eventueller in 6 % und kein Missbrauch in 84 % der Fälle.

nanz auch *de facto* eine ganz erhebliche Bandbreite auf. Dafür sprechen (Befragungs-)Daten, wonach die Hinweisgeber nach einigen Tagen oder jedenfalls innerhalb eines Monats eine Reaktion erhalten, teilweise aber auch erst nach einem Jahr oder gar nicht.<sup>38</sup> In Befragungen interner Whistleblower schwankt der Anteil derjenigen, die sich mit der Handhabung ihrer Hinweise ganz oder teilweise zufrieden zeigen, zwischen fast 0 % und ca. 39 %.<sup>39</sup> Folgenlos bleibende Meldungen scheinen nicht selten zu sein.<sup>40</sup> Gegenläufige Befunde liegen beispielsweise für den britischen National Health Service vor. Dort gaben 40 % bis 50 % der Hinweisgeber an, dass ihre Eingaben zu einer Untersuchung geführt haben und dann zu mehr als zwei Dritteln bestätigt wurden (in ca. 82 % kam es zu Maßnahmen in Bezug auf den Meldungsgegenstand).<sup>41</sup> In Norwegischen Erhebungen berichten zwischen ca. 36 % und 71 % der (zumeist internen) Whistleblower von einer Verbesserung oder sogar vollständigen Beseitigung der Misstände.<sup>42</sup>

Unternehmensseitig werden Informationen zur Verarbeitung interner Hinweise in der Regel nur zurückhaltend preisgegeben. Nach den verfügbaren Angaben löst die Bearbeitung interner Hinweise am häufigsten personelle Maßnahmen aus (Kündigungen oder sonstige Disziplinarmaßnahmen).

---

38 *Orrel/Keding/Case* (Fn. 35), S. 19 f.; *Gold/Walden/Devine*, *Why Whistleblowers Wait*, 2016, S. 16 ff. m.w.N.; siehe auch den Feldtest von *Soltes*, *Journal of Accounting Research* 2020, 452 ff., der zeigt, dass die Reaktionszeit auch von dem gemeldeten Material abhängig ist.

39 *Rothschild/Miethe*, *Work and Occupations (WOX)* 1999, 107, 126; *Moore/McAuliffe*, *Clinical Governance: An International Journal (CGIJ)* 2010, 166 ff.; *Gold/Walden/Devine* (Fn. 38), S. 17 f.; *de Graaf*, *International Public Management Journal* 2016, S. 5 ff.; *Kerr/Pasculli/Halford-Hal*, *Whistleblowing: The personal cost of doing the right thing and the cost to society of ignoring it*. All Party Parliamentary Group, 2019, S. 18 ff.; *Vandekerckhove/Phillips*, *JBE* 2019, 201, 213. Die Befragungen unterscheiden in der Regel allerdings nicht zwischen der Nutzung von Hinweisgebersystemen und sonstigen internen Meldungen.

40 Von den Hinweisgebern in Großbritannien, die sich nach ihrer internen Meldung auch an die Whistleblower-Hilfsorganisation *Public Concern at Work* wandten, berichtet bis 2015 nur jeder Dritte davon, dass die Meldung zu Ermittlungen oder einem Eingeständnis bzw. einer Beseitigung des Misstandes geführt habe, siehe *Public Concern at Work*, *Whistleblowing: Time for Change*, 2016, S. 7, 11.

41 *Lewis/Vandekerckhove*, in: dies. (Fn. 29), S. 100 f.

42 *Trygstad/Odegård/Svarstad*, in: *Lewis/Vandekerckhove* (Hrsg.), *Selected papers from the International Whistleblowing Research Network conference*, 2017, S. 28 ff.; *Skivenes/Trygstad*, *Economic and Industrial Democracy (EID)* 2017, 119, 128 jeweils m.w.N.

men).<sup>43</sup> In der Literatur wird dies als Variante der „Stigma-Management Strategies“<sup>44</sup> diskutiert, bei der das Unternehmen die Missstände eher als personelles und weniger als organisationelles Problem kommuniziert. Hinweise darauf, dass interne Meldungen und deren Untersuchung zu manageriellen Umstellungen und Konsequenzen führen würden, liegen in der Tat nur wenige vor. Nach einer der seltenen dazu durchgeführten Unternehmensbefragungen haben intern untersuchte Problemlagen zwar in immerhin 69 % zur „Veränderung der Präventionsmaßnahmen“, in 60 % bis 66 % zu „organisatorischen Maßnahmen/Strukturveränderungen“, in 41 % bis 58 % zu rechtlichen Schritten gegen Beteiligte, in 26 % zu „sonstigen personellen Veränderungen bei den Verantwortlichen/Zuständigkeiten“ und in 21 % zur Meldung an die Aufsicht geführt.<sup>45</sup> Doch solche Befunde bleiben bislang weitgehend singulär. In der Zusammenschau mit den Hinweisgeberbefragungen muss man davon ausgehen, dass eine systematische Meldungsbearbeitung in der Unternehmensrealität keineswegs gesichert bzw. organisations- und oft wohl auch einzelfallabhängig ist.

#### **d) Funktionalitätsbeeinflussende personelle und situative Faktoren**

Insider mit Missstandskenntnis stehen vor der Entscheidung, ob sie ihre Informationen überhaupt weitergeben und wenn ja, an wen bzw. in welcher Reihenfolge sie sich an welche (internen oder externen) Adressaten (unter Nutzung welcher Meldeinstrumente) wenden. Ihr Entscheidungsverhalten wird (wechselwirkend) von Gegebenheiten und Faktoren individueller und situativer Art beeinflusst – weshalb sich diese Bedingungen notgedrungen auch im Grad der Inanspruchnahme und Funktionalität von unternehmenseigenen Hinweisgebersystemen niederschlagen. Dies betrifft neben der verantwortlichen Person (Kollegen oder Vorgesetzte)<sup>46</sup> in erster Linie die Art und das Ausmaß des Missstandes.<sup>47</sup> Je gravierender

---

43 Vgl. die Zusammenstellung bei *Herold*, in: Kölbl (Fn. 1), S. 151 f.; zuletzt etwa *Penman* (Fn. 19), S 63 ff.: in 34 %.

44 *Warren*, *Business Ethics Quarterly* (BEQ) 2007, 477, 481 ff.

45 *KPMG* (Fn. 31), S. 43. Die genannten Anteile beziehen sich auf alle aufgeklärten Compliance-Verstöße, die in unterschiedlichster Weise (und nur in 13 % durch das Hinweisgebersystem) bekannt geworden waren.

46 Dazu meta-analytisch *Batolas/Perkovic/Mitkidis*, *Journal of Business and Psychology* 2023, 369 ff.: am ehesten bei gleichgestellten Kollegen, zu denen keine Freundschaft besteht.

47 Dieses wird offenbar auch durch die drohende Sanktion indiziert. Jedenfalls scheint es bei der Drohung intensiverer Strafen für den Missstand eher zu Whistleblowing zu kommen (vgl. *Krügel/Uhl*, *Internal whistleblowing systems without proper sanctions may backfire*, *JBE* 2023 (abzurufen unter <https://doi.org/10.1007/s11573-023-01144-w>).

dieser (subjektiv) eingestuft wird (vornehmlich bei drohenden Individualschädigungen), desto wahrscheinlicher ist Whistleblowing, besonders bei persönlicher Betroffenheit.<sup>48</sup> Zugleich spricht die bisherige Forschung dafür, dass es keine typische Whistleblowing-Persönlichkeit gibt (im Sinne von charakteristischen, abgrenz- und identifizierbaren Persönlichkeitsmerkmalen).<sup>49</sup> So besteht eine überindividuelle Tendenz, selbst zu einer fairen, möglichst aufwandsarmen und problemnahen, internen Konsenslösung beizutragen. Felduntersuchungen haben jedoch gezeigt, dass diese Tendenz in unterschiedlicher Stärke ausgeprägt ist.<sup>50</sup> Manche Menschen sind bereit, gegen Missstände proaktiv vorzugehen, sei es aus einer weitgehend rationalen Problem- und Situationsbewertung oder aus einer moralischen Empörung heraus. Anders verhält es sich bei Organisationsmitgliedern mit einer konfliktmeidenden, eher defensiven Grundhaltung, die sich in der Regel nur unter bestärkenden Umständen zu einer Meldung durchringen. Zusammengenommen spricht all dies folglich dafür, dass es bei gravierenden und/oder persönlich relevanten Misständen und/oder Misstandsinsidern mit hoher Meldebereitschaft auf die Existenz eines (internen) Hinweisgebersystems kaum ankommen wird.<sup>51</sup> Aktivierungspotenziale hat deren Einrichtung und Ausgestaltung am ehesten bei weniger schwerwiegenden Problemlagen und/oder defensiven Mitarbeitern.

### e) Funktionalitätsrelevanz der organisatorischen Einbettung und Ausgestaltung

Gemessen an den gängigen regulatorischen „Tools“ (*Demand, Fine, Pay, Protect* – hier also: Meldepflicht, Sanktionsdrohung, finanzielle Anreize, Hinweisgeberschutz<sup>52</sup>) haben sich in der Unternehmenspraxis einige ver-

48 Vgl. hierzu die Befunde beispielsweise bei *Valentine/Godkin*, *Journal of Business Research* (JBR) 2019, 283 ff.; *Caillier*, *The Social Science Journal* 2017, 4, 8 ff.; *Schmolke/Utikal*, *Whistleblowing: Incentives and situational determinants*, FAU Discussion Papers in Economics, No. 09/2016, S. 17 f.; *Robinson/Robertson/Curtis*, *JBE* 2012, 213, 221; *Ethics Resource Center* (Hrsg.), *Inside the Mind of a Whistleblower*, 2012, S. 14; vgl. auch *Olesen*, *JBE* 2023 (abzurufen unter <https://doi.org/10.1007/s10551-023-05378-0>); für eine umfassende Zusammenstellung vgl. *Herold*, in: Kölbel (Fn. 1), S. 73 f.

49 Vgl. die sekundäranalytischen Auswertungen der vorwiegend experimentellen Untersuchungen bei *Herold*, *Whistleblower*, 2016, S. 94 ff., 210 ff.; *ders.*, in: Kölbel (Fn. 1), S. 70 ff.; *Lee/Xiao*, *Journal of Accounting Literature* (JAL) 2018, 22, 32 ff.

50 Dazu in Auswertung zahlreicher Whistleblower-Interviews eingehend *Herold* (Fn. 49), S. 201 ff., 287 ff., 328 ff.; zu den entsprechenden Typenbildungen in der Literatur vgl. auch *ders.*, in: Kölbel (Fn. 1), S. 67 ff.

51 Die Einrichtung entsprechender Systeme bewirkt hier allenfalls, dass kein anderer Meldeweg genutzt wird.

52 *Schmolke*, *AG* 2018, 769, 771.

breitete Spielarten herauskristallisiert, die nach ihrer aktiven und passiven Wirkrichtung differenziert werden können – d.h. danach, ob sie entweder den Handlungsimpuls zum (internen) Whistleblowing erhöhen, oder aber diesbezüglich bestehende Hemmungen abbauen (sollen). Deren Auswahl, Implementierung und Ausgestaltung kann, dies deutet sich in den vorliegenden Studien an, den „Ertrag“ der internen Hinweisgebersysteme beeinflussen.

### aa) Passive Maßnahmen

Passive Whistleblowing-Strukturen – Schutzversprechen, Anonymitätsangebote usw. – bilden den Kern der meisten Whistleblowing-Systeme. Sie zielen in erster Linie (wenn auch nicht nur) darauf ab, den potenziellen Hinweisgebern die Angst vor negativen Konsequenzen zu nehmen, die für sie eine Meldung mit sich bringen könnte. Neben der Annahme, dass von den Abnehmern womöglich nicht adäquat (bzw. nicht wie gewünscht) mit der eigenen Meldung umgegangen werden könnte, wird die Meldebereitschaft nämlich insbesondere durch die Befürchtung reduziert, in der Folge der Informationsweitergabe womöglich persönliche Nachteile hinnehmen zu müssen. Die nachdrücklich mitteilungshemmende Wirkung solcher Befürchtungen ist so gut wie kaum ein anderer Whistleblowing-Aspekt empirisch belegt.<sup>53</sup> Dass solche Ängste nicht unbegründet sind, zeigen zunächst einmal qualitative Untersuchungen, die ein breites Möglichkeitsspektrum an Vergeltungsmaßnahmen demonstrieren.<sup>54</sup> Die hier fallstudienartig dokumentierten Sanktionen, zu denen es eben nicht nur bei externem, sondern auch bei internem Whistleblowing kommen kann, bestehen dabei nicht allein in formellen Schritten (Entlassung, Versetzung oder negative Beurteilungen/Karrierestopp etc.), sondern vielfach auch oder eher in informellen Reaktionen im Unternehmen und vor allem durch das berufliche Umfeld<sup>55</sup>. Quantitative Angaben zur Verbreitung solcher repressiver

---

53 Aus der großen Zahl an empirischen Nachweisen etwa *Oelrich*, *Business Ethics, the Environment and Responsibility* 2021, 447 ff.; *Latan u.a.*, *JBE* 2021, 517 ff.; *Wells u.a.*, *Criminal Justice Policy Review* 2020, 374 ff.; vgl. ferner die Zusammenstellungen und Sekundäranalysen bei *Lee/Xiao*, *JAL* 2018, 34 ff.; *Mannion et al.*, *Health Services and Delivery Research (HS&DR)* 2018, 30 ff., 68 ff.; *Kölbel/Herold*, *ZGR* 2020, 961, 985; *Herold*, in: *Kölbel (Fn. 1)*, S. 76.

54 Vgl. etwa *House/Johnston/Worcester*, *Journal of Investment Compliance* 2014, 7 ff.; *Fotaki/Kenny/Scriver*, *Developments in whistleblowing research*, 2015, S. 111 ff.; *Uys/Smit*, *South African Review of Sociology* 2016, 60 ff.; *Kerr/Pasculli/Halford-Hal (Fn. 39)*, S. 21 ff.; *Carollo/Guercie/Parisi*, *Work, Employment and Society* 2020, 726, 731 ff.; für eine umfassende Zusammenstellung der Befunde und eigenes Interviewmaterial vgl. *Herold* und *Kölbel/Herold*, in: *Kölbel (Fn. 1)*, S. 116 ff., 207 ff.

55 Karriere-Sabotage durch Ressourcen-Blocking, Zugangsverweigerung zu Informationen/Korrespondenz, Schikane/Belästigung, schlechte Beurteilungen,

Aktivitäten sind jedoch ausgesprochen heterogen. In Befragungen von Hinweisgebern reicht die Häufigkeit, mit der von nachteiligen Meldungsfolgen berichtet wird, infolge einer unterschiedlichen Operationalisierung und Stichprobenbildung von einstelligen Prozentwerten bis zu nahezu 100 %.<sup>56</sup> In Deutschland gaben 73 % der Whistleblower, die sich unter 1.000 im Jahr 2020 befragten Angestellten befanden, Erfahrungen mit meist informeller Vergeltung an.<sup>57</sup> Das diesbezügliche Risiko steigt allgemein mit zunehmender interner Meldungsaktivität des Insiders in ein und derselben Sache<sup>58</sup> und wohl auch bei systemisch gewordenen Unternehmensmissständen.<sup>59</sup>

Vor diesem Hintergrund liegt es nahe, in Schutzvorkehrungen ein funktionsnotwendiges Element unternehmenseigener Hinweisgebersysteme zu sehen. Allerdings ist auch hier wieder vieles unklar. Die (wenigen) einschlägigen Studien, die diese Annahme (meist beiläufig) überprüft haben, zeigen methodische Unzulänglichkeiten (in der Regel fehlt z.B. erneut ein wirklich tragfähiges Vergleichsgruppendesign). Nur mit starken Vorbehalten kann daher von Anhaltspunkten ausgegangen werden, wonach die Meldebereitschaft durch bestimmte (schutzorientierte) Merkmale von Meldeeinrichtungen gefördert wird – und zwar namentlich durch

- das Vorhandensein von klaren und als fair empfundenen Whistleblowing-Richtlinien (wer darf was wann wie melden usw.),<sup>60</sup>
- die Einrichtung von Hotlines als speziellen Mitteilungskanal,<sup>61</sup>

---

strengere Überwachung, keine Folge-Jobs in dem Feld, persona non grata, Mobbing, Bossing usw.

56 Für den Privatsektor: mind. 62 % bei *Kenny/Fotaki/Bushnell*, SSRN Electronic Journal 2019, 11; 33,3 % bei *Greenwood*, Public Relations Review 2015, 490, 496, dagegen 3,2 % bei *Bjørkelo et al.*, European Journal of Work and Organizational Psychology 2011, 206, 219. Vgl. sektorenübergreifend etwa 77,8 % (UK) bei *Kerr/Pasculli/Halford-Hall* (Fn. 39), S. 20; ca. 66 % (USA) bei *Rothschild*, Current Sociology 2008, 884, 890; dagegen zwischen 7 % und 25 % in der norwegischen Übersicht bei *Trygstad/Ødegård/Svarstad* (Fn. 42), S. 28. Für weitere Befunde vgl. *Herold*, in: Kölbel (Fn. 1), S. 119.

57 2015 und 2019 waren es 55 % bzw. 33 %. Vgl. Ethics & Compliance Initiative (Hrsg.), Global Business Ethics Survey, 2021, S. 23.

58 *Public Concern at Work*, Whistleblowing: The Inside Story, 2013, S. 3 f., 16 ff.; *Ethics Resource Center*, Retaliation: When Whistleblowers Become Victims. A Supplemental Report of the 2011 National Business Ethics Survey, 2, 7; *Vandekerckhove/Phillips*, JBE 2019, 201, 214 ff.

59 *Rothschild/Miethe*, WOX 1999, 107, 122 ff.; *Miceli u.a.*, WOX 1999, 129, 143 ff.

60 Vgl. u.a. *Skivenes/Trygstad*, EID 2017, 119, 131 f.; *Lewis/Vandekerckhove*, Does Following A Whistleblowing Procedure Make A Difference?, 2015, S. 93 ff.; *Seifert/Stammerjohan/Martin*, BRIA 2014, 157, 163 ff.; *Seifert*, Accounting, Organizations and Society 2010, 707, 709 ff.

- die Durchführung von Trainings- und Schulungsmaßnahmen,<sup>62</sup>
- die Bekanntmachung konkreter interner Meldekanäle und der Verfahrensabläufe sowie deren positives Framing (*Helpline*) gegenüber der Belegschaft<sup>63</sup>
- und die Existenz spezieller Ansprechpartner, besonders bei professioneller Aufstellung (Bearbeitungskompetenz etc.).<sup>64</sup>

Für die oft als zentral geltende Möglichkeit, sich anonym mitzuteilen, wurde eine meldefördernde Wirkung bisher nur teilweise, nicht aber studienübergreifend aufgezeigt.<sup>65</sup> Dass ein nicht unerheblicher Anteil der Meldungen anonym erfolgt – international bei 48 % bis 65 %<sup>66</sup> und in Deutschland bei 56 %<sup>67</sup> aller internen Hinweise –, besagt jedenfalls nicht, dass die Informationen ohne die Möglichkeit zur Anonymität zurückgehalten worden wären. Zumindest bei einem großen Machtgefälle zwischen Insider und meldungsbetroffener Person scheinen meldungsbezogene Bedenken durch Anonymitätsgarantien auch nicht zerstreut werden zu können.<sup>68</sup> Verwundern kann dies nicht. Oft, gerade bei exklusivem oder sehr speziellem Detailwissen, bieten Vertraulichkeitsmaßnahmen nur geringen oder gar keinen Schutz, weil sich aus der Information nicht selten auf die Identität des Hinweisgebers schließen lässt. Und tatsächlich wird bei ano-

---

61 *Johannson/Carey*, JBE 2016, 391, 397 ff.

62 *Brennan/Kelly*, The British Accounting Review 2007, 61 ff.; *Caillier*, The Social Science Journal 2017, 4 ff.; *Dungan/Young/Waytz*, Journal of Experimental Social Psychology 2019, 103848

63 *Stöber/Kotzian/Weißberger*, Business Research 2019, 383, 400 ff.; *Stubben/Welch*, Journal of Accounting Research 2020, 373, 501 ff.; *de Graaf*, Public Administration Review 2019, 213, 222 ff.; dazu, dass auch die Formulierung der Nutzungsrichtlinien bedeutsam sein kann, vgl. *Brink/Eller/Gan*, Advances in Accounting 2021, Article 100545, doi: 10.1016/j.adiac.2021.100545.

64 *Lee/Fargher*, Auditing: A Journal of Practice & Theory (AJPT) 2018, 167, 184; *de Graaf*, Public Administration Review 2019, 213, 221 f.

65 *Lowry et al.*, Journal of Management Information Systems (JMIS) 2013, 153, 169 ff.; *Taylor/Curtis*, BRIA 2013, 21, 23 f., 29; *Kaplan/Schultz*, JBE 2007, 109, 117 ff.; *Pope/Lee*, JBE 2013, 597, 605 ff.; *Schön*, Situative Einflussfaktoren auf das Meldeverhalten bei Korruption, 2016, S. 486; *Kaplan et al.*, Advances in Accounting 2012, 88 ff.; näher dazu die Übersichten m.w.N. bei *Lee/Xiao*, JAL 2018, 22, 40; *Gao/Brink*, JAL 2017, 1, 5 ff.; *Herold*, in: Kölbel (Fn. 1), S. 144 f.

66 Zuletzt etwa *Penman* (Fn. 19), S. 33; in 56 % der Meldungen. Vgl. auch die Zusammenstellung bei *Kölbel/Herold*, ZGR 2020, 961, 987; *Herold*, in: Kölbel (Fn. 1), S. 144 f.

67 *Expolink Europe Ltd.* (Fn. 27), S. 17; vgl. auch *Hauser/Bretti-Rainalter/Blumer* (Fn. 21), S. 66; *KPMG* (Fn. 31), S. 37.

68 *Taylor/Curtis*, BRIA 2013, 21, 23.

nymen Meldungen die Whistleblower-Identität im weiteren Verlauf oft bekannt.<sup>69</sup> Niemals ganz auszuschließen ist auch die Gefahr, dass die Meldungsurheberschaft aus dem Compliance-Management heraus „durchgestochen wird“.<sup>70</sup>

## bb) Bereitschaftserhöhende Anreize

Bereitschaftserhöhende aktive Anreize werden im Rahmen interner Hinweisgebersysteme primär durch Belohnungen gesetzt. Möglich ist dies in Form finanzieller Zuwendungen, aber auch durch Berücksichtigung von Whistleblowing-Verhalten bei Beförderungsentscheidungen, Belobigungen und ähnlichen Situationen. In der Gesamtschau der vorliegenden (experimentellen) Studien scheinen solche Maßnahmen die Häufigkeit interner Meldungen moderat ansteigen zu lassen; dies wird allerdings von etlichen anderweitigen Faktoren (z.B. Art und Ausmaß des Missstandes, Beweislage usw.) moderiert und/oder bleibt teilweise hinter deren Einflussstärke zurück.<sup>71</sup> Zudem dürfte die Wirkung finanzieller Anreize durch das kulturelle Umfeld beeinflusst werden und beispielsweise in Deutschland geringer als in den USA sein.<sup>72</sup> Es scheint ferner, als hätten sanktionsbewehrte Meldepflichten mitunter eine intensiver fördernde Wirkung,<sup>73</sup> gerade für Meldungen im engeren Kollegenbereich<sup>74</sup>.

Wie im Compliance-Bereich generell werden aber die vermutlich stärksten meldungsermutigenden Anstöße durch eine Reihe von „weichen“ Rahmenbedingungen im Unternehmen gesetzt. Die Missstandskommunikation über interne Meldesysteme profitiert von

---

69 Hauser/Bretti-Rainalter/Blumer (Fn. 21), S. 11, 66: bei knapp 20 %. Vgl. auch die Interviews bei Herold, in: Kölbel (Fn. 11), S. 146 f.

70 Beispiele bei Herold (Fn. 49), S. 190 f., 289.

71 Rose/Brink/Norman, JBE 2018, 853, 858 ff.; Schmolke/Utikal (Fn. 48), S. 6 ff., 17 ff. m.w.N.

72 So denn auch die Ergebnisse bei Lee/Pittroff/Turner, JBE 2018, 853 ff. (abzurufen unter DOI: 10.1007/s10551-018-4023-y).

73 Dafür sprechend Xu/Ziegenfuss, Journal of Business and Psychology 2008, 323, 327 ff.; Brink/Lowe/Victoravich, Auditing: A Journal of Practice & Theory 2013, 87, 94 ff.; Chen et al., Contemporary Accounting Research (CAR) 2017, 1757, 1767 ff.; Schmolke/Utikal (Fn. 48), S. 6 ff., 17 ff. m.w.N.

74 Boo/Ng/Shankar, AJPT 2016, 23, 26 ff.

- einem authentischen/ethischen/innovativen Führungsstil,<sup>75</sup>
- einem kollegial-kritikoffenen, Whistleblowing unterstützenden Betriebsklima<sup>76</sup> und
- dem Vertrauen in Kollegen und Management sowie gerechte Organisationsabläufe.<sup>77</sup>

## f) Zusammenfassung

Die Funktionalität interner Whistleblowing-Systeme für das unternehmenseigene Risikomanagement lässt sich anhand der Datenlage nur bedingt beurteilen. Auch wenn man davon ausgeht, dass die meist international ermittelten Befunde auf deutsche Gegebenheiten übertragbar sind, zeichnet sich insgesamt lediglich eine gewisse Stimulierbarkeit des mitarbeiterseitigen Meldeverhaltens ab – vorausgesetzt, dass es sich um ein Hinweisgebersystem handelt, das charakteristische Bedürfnisse und Bedenken berücksichtigt und das in eine (die Missstandskommunikation normalisierende) Arbeitsumgebung eingebettet ist. Jenseits dessen reicht die reale quantitative Nutzung interner Anlaufstellen aber nicht (erkenn-

---

75 Vgl. beispielsweise *Nuswantara*, *Journal of Financial Crime* 2023, 266 ff.; *Puni/Mohammed/Damnyang*, *International Journal of Business Governance and Ethics (IJBGE)* 2021, 169 ff.; *Alpakan/Karabay/Sener/Elcy/Yildiz*, *Kybernetes* 2021, 2073 ff.; *Spoelma/Chawla/Ellis*, *JBE* 2020, 345 f.; *Cheng/Bai/Yang*, *JBE* 2019, 115, 121 ff.; *Cintya/Yustina*, *International Journal of Business* 2019, 412, 425 ff.; *Malik/Nawaz*, *Review of Integrative Business and Economics Research* 2018, 238 ff.; *Caillier/Sa*, *Public Management Review* 2017, 406, 416 ff.; *Liu/Liao/Wei*, *JBE* 2015, 107, 114 ff.; *Dalton/Radtke*, *JBE* 2013, 153, 165 ff.; *Mayer et al.*, *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 2013, 89 ff.; *Bhal/Dadhich*, *JBE* 2011, 485, 489 ff.

76 Vgl. beispielsweise *Bereskin/Campbell/Kedia*, *Management Science* 2020, 24 ff.; *Doe et al.*, *Journal of Organizational Psychology* 2020, 23, 25 ff.; *Zhou et al.*, *Journal of Managerial Psychology* 2018, 196 ff.; *Kyu Wang/Fu/Yang*, *Public Performance & Management Review* 2018, 768, 776 ff.; *Wen/Chen*, *Social Behavior and Personality: an International Journal* 2016, 1255 ff.; *Kaptein*, *JBE* 2011, 513, 522 ff.

77 Vgl. beispielsweise *Kaptein*, *JBE* 2020 (abzurufen unter <https://doi.org/10.1007/s10551-020-04663-6>). *Skivenes/Trygstad*, *EID* 2016, 264 ff.; *Seifert/Stammerjohan/Martin*, *BRIA* 2014, 157, 163 ff.; *Cassematis/Wortley*, *BRIA* 2013, 615, 626 ff.; *Lowry et al.*, *JMIS* 2013, 153, 169 ff.; *Gao/Janssen/Shi*, *Journal of Accounting Literature* 2011, 787, 791 ff.; differenzierend *Taylor/Curtis*, *BRIA* 2013, 21, 30 ff.; vgl. auch *Khelil et al.*, *International Journal of Auditing* 2018, 268 ff.; *Keil et al.*, *Decision Sciences* 2010, 787, 800 ff.; *Perks/Smith*, *SA Journal of Human Resource Management* 2008, 15, 21 f.; siehe dagegen aber z.B. *Hwang et al.*, *Managerial Auditing Journal* 2008, 504, 512.

bar) über das Niveau eines ergänzenden Detektionswerkzeuges hinaus. Für den Regelfall kann die intendierte Aktivierung bislang nur vermutet und allenfalls eine gewisse Kanalisierungswirkung bestätigt werden. Bemisst man die Funktionalität anhand der Hinweise, die generiert werden und sodann auch zur Bearbeitung oder gar Beseitigung von Missständen führen, bleibt der empirisch gesicherte Systemnutzen diffus.

Allerdings ist diese Unbestimmtheit nicht nur dem Gegenstand, sondern auch den Eigenarten seiner wissenschaftlichen Bearbeitung geschuldet.<sup>78</sup> Die Angaben zur Prävalenz internen Whistleblowings sowie zu dessen Nutzbarkeit und Nutzung (a. bis c.) werden ganz überwiegend durch Studien von Compliance-Dienstleistern produziert, die nicht nur Marketingzwecken dienen, sondern die methodischen Voraussetzungen, um Wirkungsaussagen treffen zu können, ganz sicher nicht erfüllen.<sup>79</sup> Die meisten Befunde zu den funktionalitätsbeeinflussenden Faktoren (d. und e.) basieren wiederum auf experimentellen Studien. In der Regel handelt es sich um Befragungen zum Probandenverhalten in systematisch variierten Fallvignetten, die aber schon hinsichtlich der Größe, Zusammensetzung und Repräsentativität ihrer Stichproben fragwürdig sind (z.B. bei studentischen Probanden). Außerdem werden hier als Outcome letztlich nur Whistleblowing-Intentionen erfragt, aus denen sich nicht unbedingt auf reales Whistleblowing-Verhalten schließen lässt. Wegen all dieser methodischen Vorbehalte lässt der Forschungsstand nur sehr zurückhaltende Aussagen zu. Nach deren Grundtendenz wird die risikokontrollierende Leistungsfähigkeit interner Whistleblowing-Systeme in der Management- und unternehmensrechtlichen Literatur allerdings überschätzt.

## 2. Tatsächliche Eignung zur Informationskontrolle

Unternehmen, aus denen heraus externe Missstandsmitteilungen erstattet wurden, wiesen einer Untersuchung zufolge anschließend eine schwächere Börsenkurs-Entwicklung, eine schwächere operative Performance und eine höhere Wahrscheinlichkeit von Klageverfahren auf.<sup>80</sup> Für eine dies vermeidende Informationskontrolle erweisen sich interne Hinweisgeber-systeme dann als funktional, wenn sie externes Whistleblowing tatsächlich hemmen, entsprechende Meldebereitschaften auf die internen Anlaufstellen umlenken und die Insider somit „im Hause“ halten. Die Voraussetzun-

---

78 Zum Folgenden etwa *Bjørkelo/Høivik Bye*, in: Brown et al. (Fn. 17), S. 133 ff.; *Kölbel/Herold*, in: Kölbel (Fn. 1), S. 35 ff.

79 Hierfür fehlt es an einem randomisierten Vergleichsgruppen- oder ähnlich zuverlässigen Design. Ein weiteres Problem liegt in der erwähnten unscharfen Trennung zwischen internem Whistleblowing und anderen Meldeformen. Teilweise werden hierzu nicht einmal objektive Daten erhoben, sondern Management-Einschätzungen von ungeklärter Validität.

80 *Bowen/Call/Rajgopal*, *The Accounting Review* (ACCR) 2010, 1239, 1254 ff.

gen hierfür sind von vornherein günstig. Die weitaus meisten meldegeneigten Insider präferieren – empirisch gesichert – aus Praktikabilitätsgründen, Fairnesserwägungen und Verpflichtungsgefühlen heraus ohnehin ein internes Vorgehen. Sie wenden sich deshalb in der Regel zuerst an die Verantwortlichen und Kollegen, an Vorgesetzte oder andere Adressaten im Unternehmen, wiederholen dies auch bei Erfolglosigkeit nicht selten mehrmals und entscheiden sich oft – wenn überhaupt – erst danach für externe Stellen.<sup>81</sup> Dies gilt auch dort, wo die äußeren (beispielsweise staatlichen) Informationsabnehmer nicht nur Anonymität und Schutz, sondern auch diverse Prämien anbieten.<sup>82</sup>

Dementsprechend ist das Meldeaufkommen bei externen Anlaufstellen auch relativ gering.<sup>83</sup> Von allen Insidern, die über Missstandskenntnis verfügen, trägt nur ein (niedriger) einstelliger Prozentsatz sein Wissen nach außen.<sup>84</sup> Kommt es zu externem Whistleblowing gegenüber Behörden und/oder den Medien, liegt dies meist daran, dass entweder gar keine interne Meldemöglichkeit verfügbar ist oder ein Eskalationsprozess stattgefunden hat. Ein solcher Konfliktverlauf beginnt mit internen Meldungen und verselbständigt sich dann typischerweise in einer Eskalationsspirale. Angetrieben wird dies sowohl durch den Eindruck des Hinweisgebers, dass die Meldung folgenlos bleibt, als auch durch sein erneutes Insistieren und die dann einsetzenden Repressionen der Vorgesetzten und/oder der Organisation – woraufhin sich der Insider letztendlich zu Außenmitteilung gedrängt fühlt.<sup>85</sup> Externes Whistleblowing kann also meist darauf zu-

---

81 Vandekerckhove/Phillips, JBE 2019, 201, 209; Bjørkelo u.a., European Journal of Work and Organizational Psychology 2011, 206, 216 ff.; Skivenes/Trygstad, Human Relations 2010, 1071, 1083; Greenwood, Public Relations Review 2015, 490, 496; Donkin u.a., Whistleblowing in the Australian public sector: Enhancing the theory and practice of internal witness management in public, 2008, S. 88 ff.; Ethics Resource Center (Fn. 48), S. 11 f.; dazu auch oben 1 d.

82 Siehe z.B. Kesselheim/Studdert/Mello, New England Journal of Medicine (NEJM) 2010, 1832, 1834.

83 Umfassende Zusammenstellung der hierzu vorhandenen Daten bei Kölbel/Herold, in: Kölbel (Fn. 1), S. 191 ff.

84 So die Befragungsdaten z.B. bei Skivenes/Trygstad, EID 2017, 119, 130; de Graaf, International Public Management Journal 2016, 8 f.; Greenwood, Public Relations Review 2015, 490, 497 f.; Ethics Resource Center (Fn. 48), S. 14; zusammenfassend Moberly, in: Brown et al. (Fn. 17), 283 ff.; Kölbel/Herold, Deviant Behavior 2019, S. 144.

85 Zu diesem Prozess etwa Vandekerckhove/Phillips, JBE 2017, DOI: 10.1007/s10551-017-3727-8 sowie die Fallstudien bei Herold (Fn. 49), S. 158 ff.; Kölbel/Herold, Deviant Behavior 2019, 139 ff.; vgl. ferner die Reviews m.w.N. bei Mannion et al., HS&DR 2018, 30 ff.; Culiberg/Mihelič, JBE 2017, 787, 795 ff.

rückgeführt werden, dass der organisationseigene Umgang mit der Meldung, dem Misstand und der Meldeperson misslingt.

Vor dem Hintergrund dieser Befunde liegt das informationskontrollierende Wirkpotenzial eines internen Whistleblowing-Systems auf der Hand: Wenn es die Entgegennahme und repressionsfreie Verarbeitung der Meldung (aus Sicht des Hinweisgebers) adäquat sicherstellt, kommen gar keine Anlässe für externe Informationspreisgaben auf. Unternehmenseigene Meldeeinrichtungen beugen dann den Vergeltungs- und Eskalationsverläufen vor, durch die eine Außenmitteilung in der Regel erst ausgelöst wird. Dafür spricht auch, dass Unternehmen mit größerer Anzahl interner Meldungen tendenziell weniger Klagen und Rechtsstreitigkeiten ausgesetzt sind.<sup>86</sup> Es deutet also viel auf eine gewisse informationskontrollierende Leistungsfähigkeit interner Hinweisgebersysteme hin. Berücksichtigt man indes die geringe Bereitschaft, verfängliche Informationen tatsächlich an außenstehende Dritte zu geben, kann diese Art von Leistungsfähigkeit an sich auch von anderen internen Meldeoptionen erwartet werden.

### 3. Tatsächliche Eignung für das Reputationsmanagement

Keine Aussage erlaubt der Forschungsstand zur Frage, inwiefern die Einrichtung interner Meldesysteme im Unternehmensumfeld tatsächlich honoriert wird und das Unternehmens-Ansehen fördert. Dieser Aspekt wurde empirisch bislang noch nicht untersucht. Gewisse Anhaltspunkte geben allenfalls die wenigen vorhandenen Daten zur Reputationswirkung von ganzen Compliance-Management-Systemen, als deren Bestandteile die internen Whistleblowing-Systeme regelhaft fungieren. Die sich hieraus ergebenden Hinweise sind allerdings nicht besonders klar. Reputationseffekte (beispielsweise ein Anstieg des Börsenwertes) durch eine gute Corporate Governance konnten in Deutschland bislang nicht eindeutig belegt werden. Die Ergebnisse der durchgeführten Untersuchungen widersprechen sich.<sup>87</sup> Ob die positiven Effekte, die in den USA<sup>88</sup> und China<sup>89</sup> gemes-

86 *Stubben/Welch*, *Journal of Accounting Research* 2020, 473 ff.

87 Positive Effekte feststellend *Mustaghni*, Einfluss von Corporate Governance auf den Erfolg von Unternehmen, 2012, S. 135 ff.; vgl. auch *Kaspereit/Lopatta/Zimmermann*, *Journal of Risk Finance* 2015, 344 ff.; *Kaspereit/Lopatta/Onnen*, *Managerial and Decision Economics* 2017, 166 ff.; keine oder nur schwache Zusammenhänge finden *Stiglbauer*, *Corporate Governance. Berichterstattung und Unternehmenserfolg*, 2010, S. 153 ff.; *Bassen et al.*, *Der Betriebswirt* 2006, 385 ff.; *Nowak/Rott/Mahr*, *ZGR* 2005, 252, 274 ff.; vgl. ferner mit eigenen Daten sowie einem Review *Langer*, *Der Deutsche Corporate Governance Kodex und die Unternehmensentwicklung*, 2017, S. 74 ff., 150 ff.

88 Vgl. die Zusammenstellung bei *Langer* (Fn. 87), S. 52 ff.; *Hefendehl*, *Juristenzeitung (JZ)* 2006, 119, 123 f.

sen wurden, für die hiesigen Marktbedingungen aussagekräftig sind, ist unklar. Nimmt man all dies zusammen, wird die angenommene Reputationsdienlichkeit von internen Meldeeinrichtungen empirisch in bestenfalls schwacher Weise gestützt. Da demnächst aber alle mittleren und größeren Unternehmen ein Hinweisgebersystem vorweisen müssen, liegt in dessen Vorhandensein dann kein Distinktionsmerkmal mehr. Der etwaige Reputationsnutzen wird so obsolet.

#### 4. Nachteile und funktionalitätsrelativierende Folgen

Unter den Nachteilen von unternehmenseigenen Hinweisgebersystemen – in der Beraterliteratur üblicherweise als *Challenges* apostrophiert<sup>90</sup> – dominiert der organisatorische und finanzielle Aufwand, der für die Einrichtung und den Betrieb eines internen Whistleblowing-Systems einkalkuliert werden muss. Es bedarf der kontinuierlichen Überwachung, Kommunikation und Schulung der Whistleblowing-Prozesse. Für eine rechtssichere Umsetzung muss das System insbesondere datenschutzrechtlichen Anforderungen gerecht werden (etwa: die organisatorische Integration des Systems außerhalb der Personalverwaltung; datenbezogenes Zugangsberechtigungskonzept mit Passwort- und Verschlüsselungsverfahren; Protokollierung von Dateneingaben und Löschroutinen<sup>91</sup>). Bei Internationalität des Unternehmens steigt der Organisationsaufwand weiter. Beispielsweise kann es erforderlich sein, mehrere bzw. mehrsprachige Hotlines einzurichten und mehrere Abteilungen einzusetzen, um alle Regionen abzudecken, was wiederum Kollisionen im internationalen Recht mit sich bringen kann. Damit einher geht der finanzielle Aufwand. Dieser beruht etwa auf den Personal- und Sachkosten für die einzelnen Komponenten (Besetzung der Hotline, technische Voraussetzungen, ggf. ein von externen Dienstleistern zugekauftes Know-How, elektronische Systeme, Mitarbeiterschulungen usw.).

All dies kann, wie Untersuchungen zum Prozess der Systemimplementierung zeigen,<sup>92</sup> organisatorisch aufwändig und fehlerbehaftet sein. Befun-

---

89 Lin/Ding/Chen/Shi, *International Review of Financial Analysis* 2022, Article 102378, doi: 10.1016/j.irfa.2022.102378. Der Zusammenhang zwischen vorhandenen internen Hinweisgebersystemen und geringeren Risiken eines Kursabsturzes wird hier allerdings nicht als Folge des Außendarstellungsnutzens, sondern der verringerten Delinquenz in den fraglichen Unternehmen interpretiert.

90 PwC (Hrsg.), *Whistleblowing. Oder die Meldung von Integritätsinteressen*, 2017, S. 6.

91 DSK, *Orientierungshilfe – Whistleblowing-Hotlines* 2018, S. 13; siehe auch Diepold/Loof, *Compliance-Berater (CB)* 2017, 25, 27 ff.

92 Vgl. den Ergebnisbericht bei Herold, in: Kölbel (Fn. 1), S. 156 ff.; siehe auch Soltes, *Journal of Accounting Research* 2020, 429, 447 f.

de, die den (typischen) Kostenaufwand verschiedener Systemvarianten zuverlässig beziffern, liegen allerdings nicht vor.<sup>93</sup> Er wird aber teilweise nicht unerheblich sein oder zumindest so empfunden. In einer zwischen 11/2017 und 1/2018 durchgeführten Unternehmensbefragung wurde von denjenigen, die kein internes Meldesystem implementiert hatten (n=239), ganz überwiegend auf mangelnde Ressourcen verwiesen.<sup>94</sup> Die anwaltliche und Beraterliteratur tendiert dagegen zu Einschätzungen, wonach ein unternehmenseigenes Whistleblowing-System „finanziell darstellbar“ sei.<sup>95</sup> Auch die Bundesregierung geht lediglich von Einrichtungskosten zwischen 12.500 und 15.000 € sowie einem durchschnittlichen jährlichen Personal- und Sachkostenaufwand von 4.400 € aus.<sup>96</sup> Ohne die Tragfähigkeit dieser Werte einschätzen zu können, scheint mir, da Hinweisgebersysteme künftig auch unternehmensübergreifend geführt werden können, der Aufwand insgesamt jedenfalls nicht überfordernd zu sein.

Den Befürchtungen, wonach Hinweisgebersysteme eine „Denunziations- oder Bspitzelungskultur“ fördern könnten,<sup>97</sup> wird durch die bereits erwähnten Befunde, wonach missbräuchliche Meldungen eher selten sind (oben 1 a), widersprochen. Auch für die Annahme, Schutzregelungen könnten im arbeitsrechtlichen Kontext (etwa zur Konstruktion eines Kündigungsschutzes) instrumentalisiert und zweckentfremdet werden, liegen bislang keine empirischen Beobachtungen vor. Näher liegt es, dass die Systeme zwischen offiziöser und tatsächlicher Organisationskultur „hängen bleiben“. Da zwischen formalen Konformitätserwartungen und funktionsnotwendiger interner Illegalität ein gleichsam „natürliches“, nämlich unvermeidliches Spannungsverhältnis besteht,<sup>98</sup> kann zwischen dem Un-

93 Zu den Schwierigkeiten der Kostenbestimmung am Beispiel des Ombudsmannsystems *Rohde-Liebenau*, CB 2017, 112, 115 ff.; von einer positiven Nutzen-Kosten-Bilanz von Hotlines ausgehend etwa *Waldron* (Fn. 23), S. 44.

94 *KPMG* (Hrsg.), *Licht ins Dunkel bringen*, 2018, 36 f., 63.

95 Z.B. *Maume/Haffke*, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP)* 2016, 199, 200 ff.; ferner *PwC* (Fn. 90), S. 6.

96 BT-Drs. 20/3442, 107 f.

97 Unter den Gründen befragter Unternehmen, warum sie bisher kein Whistleblowing-System eingerichtet haben, landeten diese Befürchtungen mit 16,1 % bis 26,4 % (nur) auf dem vierten Rang, siehe *Hauser/Hergovits/Blumer* (Fn. 21), S. 37; 46 % bei *Freshfields Bruckhaus Deringer*, *Whistleblowing is on the rise 2017*, S. 10; höhere Platzierung bei *PricewaterhouseCoopers*, *Compliance und Unternehmenskultur: Zur aktuellen Situation und Unternehmenskultur*, 2010, S. 33; siehe auch *Rieder*, *Whistleblowing als interne Risikokommunikation: Ausgestaltung eines unternehmensinternen Whistleblowing-Systems aus arbeits- und datenschutzrechtlicher Sicht*, 2013, S. 242 ff., 314 ff.; *Pittroff* (Fn. 11), S. 61.

98 Dazu grundlegend *Kühl*, *Brauchbare Illegalität. Vom Nutzen des Regelbruchs in Organisationen*, 2020.

ternehmensalltag und Integritätsfloskeln oder der *Speak Up*-Rhetorik allzu leicht ein Widerspruch wahrgenommen werden, der zu einer zynischen, rechtsdistanzierten Grundhaltung führt. Aber auch dazu liegen erst einige qualitative Untersuchungen,<sup>99</sup> aber noch keine systematischen Erhebungen vor.

#### IV. Schluss

Interne Hinweisgebersysteme schaden den jeweiligen Unternehmen in aller Regel nicht und belasten sie kaum. Allerdings halten sich auch die empirisch nachweisbaren Vorteile in Grenzen. Legt man die veröffentlichten Daten und Befunde zugrunde, zeigt sich, dass interne Systeme bei ermutigender Ausgestaltung durchaus genutzt werden, allerdings in einem meist überschaubaren Ausmaß. Sie lenken manche Hinweise, die sonst in einer anderweitigen Weise erfolgen würden, auf die Meldekanäle um. Zusätzliche Mitteilungen, die ohne die Systeme unterblieben, werden aber offenbar nur begrenzt ausgelöst. Deshalb ist der effektive Informationsgewinn, obwohl die eingehenden Hinweise in ihrer Qualität bzw. Verwertbarkeit teilweise als weiterführend gelten können, überschaubar. Obendrein ist empirisch weitgehend ungeklärt, ob und in welchem Maße das Meldeaufkommen verarbeitet wird. Dies betrifft vornehmlich die Frage, inwieweit neben den dokumentierten Personalmaßnahmen auch eine weitergehende unternehmensdienliche Nutzung erfolgt, beispielsweise eine nachhaltige Misstandsbehebung.

Anders als der Reputationsnutzen, dessen Erwartung als wenig realistisch erscheint, liegt das unternehmensbezogene Potenzial interner Hinweisgebersysteme wohl am ehesten darin, externes Whistleblowing abwenden zu können – insbesondere, wenn Unternehmen solche Verfahren der Entgegennahme und Verarbeitung von Hinweisen umsetzen, die (potenzielle) Hinweisgeber als sachgerecht und befriedigend erleben. Diese informationskontrollierende Wirkung dürfte zwar möglicherweise noch an Bedeutung gewinnen, weil die Unternehmensmitglieder nach neuem Recht (ungeachtet von § 7 Abs. 1 Satz 2 HinSchG) ein freies Wahlrecht zwischen internen und externen Mitteilungsadressaten haben (§ 7 Abs. 1 Satz 1 HinSchG). Doch da sie andererseits ja in der Regel das interne Vorgehen eindeutig präferieren und diese Präferenz letztlich nur in wenigen Konstellationen allein über Whistleblowing-Kanäle umsetzen können, ist der Mehrwert solcher Einrichtungen auch in dieser Hinsicht limitiert.

---

99 Siehe etwa die Interview-Daten bei *Cunha et al.*, *British Journal of Management* 2019, 835 ff.; vgl. ferner die Interviews bei *Badaracco*, *California Management Review* 1995, 14 ff. und den Überblick über diese Forschungslinie, die sich mit der Alltagswirklichkeit von Compliance-Systemen befasst, bei *Kölbl*, in: Rotsch (Hrsg.), *Criminal Compliance – Status quo und Status futurus*, 2021, S. 149 ff.

Dass es den Unternehmen nutzt, ein internes Hinweisgebersystem zu implementieren, ist daher möglicherweise plausibel, hinsichtlich des Ob und des Umfangs aber alles in allem nicht sicher geklärt. Bei dieser Aussage handelt es sich um einen makrostrukturellen Befund. Mit Blick auf individuelle Fälle kann es sich natürlich anders verhalten. Auch die subjektiven Wahrnehmungen von Compliance-Praktikern mögen andere sein. Dennoch handelt es sich bei internen Whistleblowing-Systemen nicht um ein evidenzbasiertes Instrument der Unternehmensführung, denn der veröffentlichte Stand der empirischen Forschung ist in den Ergebnissen dafür viel zu offen und in den methodischen Grundlagen viel zu anfechtbar. Man kann daher aus gutem Grund daran zweifeln, dass das Ausmaß der rechtspolitischen Debatte in einem angemessenen Verhältnis zu dieser Erkenntnislage steht.

All das bedeutet nicht, dass der vorliegende Beitrag eine skeptische oder ablehnende Haltung zu Whistleblowing einnehmen würde. Er wendet sich vielmehr nur gegen die eingangs als betriebswirtschaftliche Denkart bezeichnete Sicht. Aus einer freiheitlichen, demokratie-orientierten und unternehmensregulatorischen Sicht lassen sich die Vernünftigkeit und Legitimität von Whistleblowing sehr viel besser begründen. Allerdings muss das an einer anderen Stelle geschehen. Klar ist dabei allerdings auch, dass dies dann Konsequenzen haben und nicht die unternehmenseigenen Hinweisgebersysteme im Mittelpunkt rücken wird. Diese Denkart legen vielmehr die Schaffung von Gewährleistungen für jene Personen nahe, die staatliche wie privatwirtschaftliche Missstände gerade auch vor externen Institutionen enthüllt.<sup>100</sup>

---

100 Näher Kölbel, in: ders. (Fn. 1), S. 297 ff.

## Diskussion\*

Im Anschluss an den Vortrag von Professor *Franzen* folgte – anders als vom Nockherberg bekannt – kein Singspiel, sondern ein Vortrag von Professor Dr. *Ralf Kölbel*, LMU München.

Professor *Kölbel* lenkte den Blick der Teilnehmer auf empirische Erkenntnisse über das Verhalten von Hinweisgebern. Zunächst thematisierte er die unterschiedlichen Perspektiven, die mit Whistleblowing verbunden werden (freiheitsrechtlich, demokratieorientiert, regulatorisch und betriebswirtschaftlich). Während die Rechtsprechung von der freiheitsrechtlichen Perspektive geprägt sei, stehe bei der Whistleblowing-Richtlinie die regulatorische Perspektive im Vordergrund. In der Folge fokussierte sich der Referent auf die betriebswirtschaftliche Erwartungshaltung, also auf die These, dass Whistleblowing einem betriebswirtschaftlichen Nutzen dienen könne, da sich hierdurch Schäden oder Strafen abwenden lassen könnten.

Zunächst wies er auf den Mangel an empirischen Untersuchungen hin; besonders mangle es an Erhebungen, die einen Vergleich zwischen den Meldezahlen vor und nach Einführung einer internen Meldestelle vornehmen. Die existierenden Analysen seien generell von geringer methodischer Qualität und sprächen keine eindeutige Sprache. Die Gründe, Pflichtverletzungen zu melden, seien überaus vielschichtig. Gleichzeitig ließe sich nicht klar ablesen, zu welchen Ergebnissen Meldungen von Whistleblowern führen bzw. welche personellen Konsequenzen daraus folgten.

Die vorliegenden empirischen Befunde sprächen indes wohl dafür, dass ein Großteil der Meldungen Belästigungen, Mobbing oder Diskriminierungen betreffen; wirtschaftsstrafrechtlichen Bezug hätten Meldungen eher selten. Gleichzeitig sei die Anzahl der missbräuchlichen Meldungen eher gering.

Professor *Kölbel* ging anschließend auf die Frage ein, wie das Meldeverhalten stimuliert werden könne. Hierbei wies er erneut auf die Vielschichtigkeit der Gründe hin, die zu einer solchen Meldung bewegen würden. Die allgemeine Firmenkultur und klare betriebliche Vorschriften über Pflichten und Zuständigkeiten seien von großer Relevanz. Die Bedeutung der Möglichkeit der anonymen Meldung sei hingegen eher untergeordnet, da bei einem wesentlichen Anteil der Meldungen die Identität des Meldenden sowieso offenkundig sei.

---

\* Die Zusammenfassung der Diskussion wurde erstellt von Ass. iur. *Thomas Ittner*.

Zum Abschluss analysierte Professor *Kölbel* Kosten und Aufwand der Einrichtung interner Meldestellen; die Berechnung im Gesetzesentwurf sei unklar, der wahre Aufwand wohl eher geringer.

Die von Professor *Junker* moderierte Diskussion warf Fragen zur Übertragbarkeit der empirischen Erhebungen auf die geplante Rechtslage in Deutschland auf. Unterstrichen wurde hierbei, dass Meldestellen bislang vornehmlich bei amerikanischen Großunternehmen existierten, folglich seien deren Interessenlagen – aus Sicht der Diskussionsteilnehmer – auf kleinere Unternehmen in Deutschland nur bedingt übertragbar.

---

# Einrichtung und Betrieb der internen Meldestelle

*Frank Bayreuther*

	Seite
I. Einleitung.....	69
II. Verpflichtung von Unternehmen zur Einrichtung einer internen Meldestelle.....	69
1. Angesprochene Unternehmen.....	69
2. Kein subjektiver Anspruch auf Errichtung.....	70
3. Betrieb durch Dritte, Meldestelle im Konzernverbund.....	70
a) Allgemeines.....	70
b) Konzerninterne Meldestelle.....	71
4. Betrieb durch eine Anwaltskanzlei.....	71
5. Eigene Meldestelle.....	72
a) Besetzung mit eigenen Beschäftigten.....	72
b) Individualarbeitsrechtliche Aspekte.....	72
c) Integration der Meldestelle in die Complianceabteilung....	73
6. Kompetenzen und Verantwortlichkeit der Meldestelle.....	73
a) Meldeverfahren, Datenschutz, Dokumentation.....	73
b) Anonyme Meldungen.....	74
III. Mitbestimmung.....	75
1. § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG.....	75
a) Meldeverfahren als eine Frage der betrieblichen Ordnung.....	75
b) Errichtungspflicht und Regelungsermessen.....	77
c) Mitbestimmung bei der Beauftragung Dritter.....	77
d) Leitende Angestellte und Organe.....	78
2. Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG.....	78
3. Initiativrecht.....	79
4. Personelle Besetzung der hauseigenen Meldestelle.....	80
a) Keine Mitbestimmung im Rahmen des § 87 BetrVG.....	80
b) §§ 95 Abs. 3, 99 BetrVG.....	80
IV. Der Betrieb der Meldestelle.....	81
1. Organisationsabläufe.....	81
2. Kompetenzen der Meldestelle, Bearbeitungs-, Entscheidungs- und Legalitätspflicht.....	81
3. Vertraulichkeitsschutz zugunsten des Hinweisgebers.....	83
a) Vertraulichkeitsgebot nach § 8 HinSchG.....	83
b) Ausnahmen (§ 9 Abs. 2 HinSchG).....	83

---

4.	Verantwortlichkeit und Haftung der Meldestelle .....	85
a)	Datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit (Art. 4 Nr. 7 DS-GVO) .....	85
b)	Meldestelle als Auskunftsschuldnerin nach Art. 15 DS-GVO? .....	86
c)	Haftung .....	87
d)	Bußgeldrechtliche Verantwortlichkeit .....	88
IV.	Eine Schlussbemerkung .....	88
	Diskussion .....	90

## I. Einleitung

Auch wenn dies in der allgemeinen Diskussion regelmäßig ganz anders dargestellt wird: Neu ist der mit dem HinSchG verbundene Schutz für Hinweisgeber im deutschen Recht gewiss nicht. Richtig ist zwar, dass dort – abgesehen vielleicht von § 612a BGB – bislang keine Regelungen existierten, die einen allgemeinen Hinweisgeberschutz i.e.S. etablierten.<sup>1</sup> Doch darf man natürlich nicht aus dem Blick lassen, dass sich das Gros der einschlägigen Streitigkeiten im Bereich des Kündigungsrechts abspielt und der Arbeitgeber dort von sich aus einen rechtfertigenden bzw. wichtigen Grund für eine Kündigung darlegen und beweisen können muss (§§ 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG, 626 Abs. 1 BGB). Berufet er sich dabei auf einen Hinweis des Arbeitnehmers, greifen die von der Rechtsprechung für eine solche Kündigung aufgestellten Grundsätze, die in groben Linien den Maßgaben des HinSchG doch sehr nahekommen.

Wirkliche Ausrufezeichen setzt das HinSchG dagegen mit Blick auf die institutionellen Regelungen des Gesetzes in die Landschaft, also diejenigen, die weniger den individuellen Schutz des Hinweisgebers im Auge haben, sondern sich vielmehr mit der Etablierung von Meldesystemen im deutschen Wirtschaftsleben befassen. Und insoweit ganz eindeutig im Vordergrund steht, dass Arbeitgeber, die mehr als 50 Arbeitnehmer beschäftigen, fortan interne Meldekanäle einzurichten und zu betreiben haben (§§ 12 ff. HinSchG).

## II. Verpflichtung von Unternehmen zur Einrichtung einer internen Meldestelle

### 1. Angesprochene Unternehmen

Arbeitgeber, die in der Regel mindestens 50 Personen beschäftigen, sind zur Einrichtung einer internen Meldestelle verpflichtet. Unternehmen von 50 bis 249 Beschäftigten<sup>2</sup> müssen bis zum 17.12.2023 einen internen Meldekanal einrichten. Unternehmen mit 250 Beschäftigten oder mehr müssten eigentlich schon am 2.7.2023 startklar sein. Ihnen kommt aber mittelbar zugute, dass die Nichterrichtung einer Meldestelle erstmals mit dem 1.12.2023 bußgeldbewehrt gestellt wird (§§ 40 Abs. 2 Nr. 2, 42 Abs. 2 HinSchG).

---

1 Vgl. aber auch §§ 17 Abs. 2 Satz 2 ArbSchG, 127 Abs. 4 SeeArbG, 23 Abs. 3 WpHG, 6 GWG, 25a KWG, 23 Abs. 6 VAG und § 8 Lieferkettensorgfaltspflichtgesetz.

2 Bestimmte kleinere Unternehmen (Wertpapiere, Börse, Kapitalverwaltung) müssen Systeme unabhängig von der Beschäftigtenzahl einrichten.

In die Ermittlung der Beschäftigtenzahl sind alle Beschäftigten iSd § 3 Abs. 8 HinSchG einzubeziehen. Ansonsten gelten die allgemeinen Regeln, so wie sie im Anwendungsbereich des § 23 KSchG und des BetrVG zum Zuge kommen. Maßgeblich ist die Beschäftigungslage, die im Allgemeinen für das Unternehmen kennzeichnend ist. Längerfristig eingesetzte Leiharbeitnehmer zählen mit (arg. § 14 Abs. 2 AÜG). Eine anteilige Berücksichtigung von Teilzeitarbeitnehmern scheidet aus.<sup>3</sup>

## **2. Kein subjektiver Anspruch auf Errichtung**

Die einzelnen Beschäftigten haben jedoch keinen subjektiven Anspruch auf Einrichtung einer Meldestelle; deren Einrichtung und Betrieb rechnet auch nicht zu den Schutzmaßnahmen des § 618 BGB. Allerdings unterliegt die Ausgestaltung der eigenen Meldestelle nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG der Mitbestimmung des Betriebsrats, da hiervon nicht etwa nur das Arbeits-, sondern vielmehr das Ordnungsverhalten der im Betrieb tätigen Arbeitnehmer angesprochen wird.<sup>4</sup> Damit verbindet sich ein Initiativrecht des Betriebsrats bezüglich des „Wie“ der Ausgestaltung der Meldestelle, über das er mittelbar deren Einrichtung durchsetzen kann.

## **3. Betrieb durch Dritte, Meldestelle im Konzernverbund**

### **a) Allgemeines**

Unternehmen mit bis zu 249 Arbeitnehmern können sich zum Unterhalt einer Meldestelle zusammenschließen (§ 14 Abs. 2 HinSchG). Ob dies aus unternehmerischer Sicht empfehlenswert erscheint, könnte so doch die Konkurrenz einigen Einblick in Unternehmensinterna erlangen, ist freilich eine andere Frage.

Darüber hinaus ist es (jedem) Unternehmen möglich, interne Meldesysteme durch – ggf. auch unternehmensferne – Dritte betreiben zu lassen (§ 14 Abs. 1 Satz 2 HinSchG). Stets verbleibt es aber in der Letztverantwortung des Arbeitgebers, gemeldete Verstöße abzustellen: § 14 Abs. 2 Satz 2 HinSchG. Das setzt freilich voraus, dass die Meldestelle ihn auch über solche in Kenntnis setzt, woraus sich mittelbar eine entsprechende Informationspflicht ergibt (s. dazu IV 2 und IV 4 b).

---

3 Vgl. BAG 24.1.2013 – 2 AZR 140/12, NZA 2013, 725; *Gortan*, NZA 2022, 838 ff.

4 Vgl. dazu BAG 21.7.2009 – 1 ABR 42/08, NZA 2009, 1049 Rn. 33 (zu § 13 AGG). Einzelheiten bei: *Bayreuther*, NZA 2023, 666; *Fest*, ZIP 2022, 2265, 2269.

## b) Konzerninterne Meldestelle

Ob in einem Konzernverbund bei einem Unternehmen eine konzernweit tätige Meldestelle eingerichtet werden kann, wird kontrovers diskutiert, die EU-Kommission lehnt dies bekanntlich ab.<sup>5</sup> Das verwundert sehr. Denn der Sache nach steht eine etwa bei der Konzernmutter eingerichtete Meldestelle den Beschäftigten doch in aller Regel sehr viel näher als irgendeine durch einen diesen unbekanntenen professionellen Fremdanbieter betriebene „0800-Hotline“. <sup>6</sup> Und auch der Hinweis auf mögliche sprachliche Barrieren oder die denkbare Zurückhaltung von Arbeitnehmern, in einem anderen Land vorstellig zu werden, verfängt nicht. Denn diese würden mit Blick auf jeden anderen Drittanbieter genauso greifen. Maßgeblich kann mithin nicht sein, ob das Unternehmen, in dem die Meldestelle sitzt, mit den Beschäftigungsunternehmen gesellschaftsrechtlich verflochten ist oder nicht, sondern alleine, ob der Meldebetrieb so gestaltet ist, dass die Meldestelle den ihr durch das HinSchG zugewiesenen Aufgaben gerecht werden kann. Dazu darf die Meldestelle nicht unerreichbar fern angesiedelt sein, dazu müssen Meldungen in den im jeweiligen Unternehmen vorherrschenden Sprachen eingereicht werden können und dazu müssen sich Hinweisgeber sicher sein, dass dort der für ihren Arbeitsort relevante Vertraulichkeitsschutz gewährleistet ist.

## 4. Betrieb durch eine Anwaltskanzlei

Meldeaufgaben können im Prinzip auch durch Anwaltskanzleien übernommen werden. Jedenfalls für die arbeitsrechtliche „Hauskanzlei“ eines Unternehmens sollte ein dahingehendes Angebot aber sorgfältig geprüft werden. Abgesehen davon, dass man derart gewerbesteuerpflichtig werden könnte, würde es dieser zumindest dann an der hinweisrechtlich erforderlichen Unabhängigkeit (§ 15 Abs. 1 Satz 3 HinSchG) fehlen, wenn sie bereit wäre, ein etwaiges Mandat gegen Hinweisgeber zu übernehmen. Mit Blick auf die weitere Betreuung des Arbeitgebers könnte sich auch ein Interessenkonflikt iSd §§ 43a Abs. 4 BRAO, 3 BORA einstellen. So kann es nicht angehen, dass ein Anwalt, der die Meldestelle betreibt, den Arbeitgeber gleichzeitig in einem Kündigungsverfahren gegen einen Hinweisgeber vertritt, und zwar auch, wenn dieser additiv oder sukzessiv extern meldet oder offenlegt. Das gilt letztlich unabhängig davon, ob der Hinweisgeber nun tatsächlich geschützt ist oder nicht. Allenfalls wäre denkbar, dass die Kanzlei zusichert, derartige Mandate nicht zu übernehmen. Anwaltsrechtlich erschiene es zudem bedenklich, wenn der Hinweis in ei-

---

5 Ausführlich dazu: *Dzida/Seibt*, NZA 2023, 657, 662; *Schoch/Kumar*, CB 2022, 181; *Quast/Ohrloff*, CCZ 2002, 303, 305; *Holle*, ZIP 2021, 1950; *Lüneborg*, ZIP 2023, 941, 946.

6 I.E. ebenso *Miege/Ahrens*, CCZ 2022, 171, 172, 174.

nem Zusammenhang mit einer Beratungsleistung des Anwalts steht oder, wenn sich der Anwalt in seiner Funktion als Meldestelle entscheidet, einen Hinweis „einzustellen“, obwohl es im Interesse des Mandanten sein könnte, davon zu erfahren.

## **5. Eigene Meldestelle**

### **a) Besetzung mit eigenen Beschäftigten**

Entscheidet sich der Arbeitgeber, die interne Meldestelle selbst zu betreiben, kann er diese mit eigenen Arbeitnehmern besetzen. Diese müssen dabei auch keineswegs ausschließlich im Rahmen der Meldestelle eingesetzt werden (§ 15 Abs. 1 Satz 2 HinSchG). Stets ist aber sicherzustellen, dass die betreffenden Arbeitnehmer in ihrer Amtsführung unabhängig sind und es, soweit sie auch andere Arbeiten ausführen, dadurch zu keinen Interessenkonflikten mit ihrer hinweisgeberrechtlichen Tätigkeit kommt. Trifft der Arbeitgeber Weisungen, die sich auf die Amtsführung beziehen, darf der Arbeitnehmer diesen nicht nachkommen. Weist der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zur Übernahme anderer Arbeiten an, die diesen in einen melderechtlichen Interessenkonflikt bringen, muss er deren Erfüllung ablehnen.

Die in der Meldestelle eingesetzten Arbeitnehmer müssen über die „notwendige Fachkunde“ verfügen. Dazu ist erforderlich, aber auch ausreichend, dass diese hinreichend über die Funktion, die Kompetenzen und die Unabhängigkeit der Meldestelle informiert sind, vor allem aber, dass sie die wesentlichen Eckdaten des Vertraulichkeitsgebots der §§ 8 ff. HinSchG beherrschen. Was dagegen nicht gefordert werden kann, ist, dass die Meldeperson eine einwandfreie Subsumtion des gemeldeten Verstoßes unter den sachlichen Anwendungsbereich des § 2 HinSchG vornehmen kann, denn dann müsste jede Meldestelle mit mehreren fachlich unterschiedlich ausgerichteten Juristen besetzt sein.

### **b) Individualarbeitsrechtliche Aspekte**

Den Meldepersonen steht kein Abberufungs- und kein besonderer Kündigungsschutz zu. Sie erfahren auch keinen spezifischen Rechtsschutz durch das HinSchG, insb. sind sie nicht in den Kreis der „weiteren“, durch das HinSchG (§ 34) geschützten Personen einbezogen. Werden sie wegen ihrer Amtsführung arbeitsvertraglich benachteiligt, steht ihnen aber § 612a BGB zur Seite und natürlich schließt der allgemeine und besondere Kündigungsschutz jede Form einer repressiven Kündigung aus.

Individualrechtlich darf der Arbeitgeber Arbeitnehmern über sein Direktionsrecht Meldeaufgaben nur zuweisen, wenn diese (auch) hierfür eingestellt wurden. Dagegen kann der Arbeitgeber „gewöhnliche“ Mitarbeiter etwa der Rechts- oder Personalabteilung nicht einfach auf eine entsprechende Position (teil)versetzen. Bei der Meldetätigkeit handelt es sich um einen völlig eigenständigen Tätigkeitsbereich, so dass es insoweit einer Änderungskündigung bedarf. Anderes kann freilich für Beschäftigte einer Complianceabteilung gelten. Versetzungen und Einstellungen in die Meldestelle unterliegen der Mitbestimmung des Betriebsrats nach §§ 99, 95 Abs. 3 BetrVG (s. auch III 4 b).<sup>7</sup>

### **c) Integration der Meldestelle in die Complianceabteilung**

Die Meldestelle kann in eine im Unternehmen eingerichtete Complianceabteilung integriert werden,<sup>8</sup> auch wenn § 18 Nr. 4a HinSchG<sup>9</sup> den Eindruck erweckt, als müsse es sich bei der Meldestelle um eine absolut selbstständige Arbeitseinheit des Arbeitgebers handeln. Indes muss die Meldestelle organisatorisch und personell so von der Complianceabteilung i.Ü. abgegrenzt sein, dass bis zur Entscheidung über Folgemaßnahmen erst einmal nur diejenigen Personen auf Meldungen Zugriff haben, die auch wirklich zur Entgegennahme von Hinweisen berufen sind (§ 16 Abs. 2 HinSchG).

## **6. Kompetenzen und Verantwortlichkeit der Meldestelle**

### **a) Meldeverfahren, Datenschutz, Dokumentation**

Die Eckdaten für die Ausgestaltung des internen Meldeverfahrens sind im Gesetz (§ 17 HinSchG) so hinreichend genau beschrieben, dass diese hier nicht wiedergegeben werden müssen. Umgekehrt stellen die mit dem Betrieb der Meldestelle einhergehenden datenschutzrechtlichen Komplikationen ein Thema für sich dar. Das betrifft namentlich: Datenminimierung und Sparsamkeit (Art. 5 Abs. 1 lit. c DS-GVO), Abfassung der Information nach Art. 14 DS-GVO, Aufnahme in das Verarbeitungsverzeichnis, Folgenabschätzung nach Art. 35 DS-GVO, personelle und technische Maßnahmen zum Schutz der Daten.

Insoweit nur das Wichtigste: Bei der Errichtung der Meldestelle ist der betriebliche Datenschutzbeauftragte einzubinden. Nach § 10 HinSchG sind die Meldestellen befugt, Daten zu erheben, zu verarbeiten oder weiterzu-

---

7 *Bayreuther*, NZA 2023, 666.

8 So auch: Erwägungsgrund 56 Richtlinie (EU) 2019/1937 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.10.2019 zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden (Amtsblatt EU 2019 L 305/17).; Gesetzesbegründung BT-Drs. 20/5992, S. 64; s. auch: *Gerdemann*, RdA 2019, 16, 19 f.

9 Ähnlich auch: Art. 9 Abs. 1 lit. c Richtlinie (EU) 2019/1937.

geben, soweit dies zur Erledigung der ihr zugewiesenen Aufgaben erforderlich ist: s. auch Art. 6 Abs. 1 lit. c DS-GVO. Für alles, was darüber hinausgeht – und damit bereits für die erste überschlägige Überprüfung der Stichhaltigkeit der Meldung durch die Meldestelle – greift das allgemeine Datenschutzrecht (Art. 88 DS-GVO bzw. § 26 Abs. 1 Satz 2 BDSG). Die Meldestelle hat eingehende Meldungen zu dokumentieren, diese aber nach Ablauf von drei Jahren zu löschen (§ 11 Abs. 5 HinSchG). Eine längere Aufbewahrung ist möglich, wenn dies nach gesetzlichen Vorschriften erforderlich und verhältnismäßig ist.

Arbeitgeber, die zum Betrieb einer internen Meldestelle verpflichtet sind, müssen (und sollten) Beschäftigten klare und leicht zugängliche Informationen über die Nutzung des internen Meldeverfahrens zur Verfügung stellen (§ 7 Abs. 3 Satz 2 HinSchG). Sie sind aber nicht gehalten, Beschäftigte über die Möglichkeit einer externen Meldung in Kenntnis zu setzen und noch weniger, diese über die Grenzen einer Offenlegung zu informieren.

## b) Anonyme Meldungen

Der Arbeitgeber ist, soweit keine Spezialvorschriften<sup>10</sup> greifen, nicht zur Einrichtung eines anonymen Meldekanals verpflichtet: § 16 Abs. 1 Satz 5 HinSchG. Eine zwischenzeitlich in das Gesetz aufgenommene gegenteilig lautende Anordnung wurde im Vermittlungsausschuss in eine Appellvorschrift abgewandelt, wonach die Meldestelle auch anonym eingehende Meldungen bearbeiten „sollte“. Damit ist auch klargestellt, dass auch dann, wenn der Arbeitgeber keine anonymen Meldungen ermöglicht, die Einrichtung des Meldekanals eine geeignete Aufsichtsmaßnahme iSd § 130 Abs. 1 OWiG darstellt.<sup>11</sup> Auch trifft der Hinweis nicht, dass die Abarbeitung substantiiert anonymen Hinweise mit Rücksicht auf zivil- und strafrechtliche Haftungsrisiken geboten sein könnte. Denn dafür muss der Arbeitgeber erst einmal von diesem Kenntnis erlangen. Indes muss und darf die Meldestelle anonyme Meldungen selbst dann nicht ohne Weiteres an den Arbeitgeber weitergeben, wenn ihr an sich nicht aufgegeben ist, solche entgegenzunehmen.

---

10 Etwa: § 4d Abs. 1 Satz 2 FinDAG, § 53 Abs. 1 Satz 3 GWG, § 3b Abs. 1 Satz 2 BörsG.

11 *Dzida/Seibt*, NZA 2023, 657, 662; i.e. auch: *Thüsing*, DB 2022, 1066, 1068; a.A. *Dilling*, CCZ 2022, 145, 149.

### III. Mitbestimmung

#### 1. § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG

##### a) Meldeverfahren als eine Frage der betrieblichen Ordnung

Vor der Einrichtung der Meldestelle hat der Arbeitgeber den Betriebsrat rechtzeitig und umfassend über das geplante Verfahren zu unterrichten: § 80 Abs. 2 Satz 1 BetrVG. Weit darüber hinaus ist aber auch der Mitbestimmungstatbestand des § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG eröffnet.<sup>12</sup> Errichtet der Arbeitgeber eine Meldestelle auf Betriebsebene, steht das Mitbestimmungsrecht dem örtlichen Betriebsrat zu. Wird sie auf Unternehmensebene angesiedelt, ist der Gesamtbetriebsrat zuständig.<sup>13</sup> Soweit man es für möglich hält, eine unternehmensübergreifende Stelle zu bilden,<sup>14</sup> hat sich der Konzernbetriebsrat damit zu befassen.<sup>15</sup>

Insoweit kommt es auch nicht darauf an, ob Arbeitnehmer auch zur Nutzung des Meldesystems verpflichtet werden. Der Begriff des Ordnungsverhaltens wird berührt, soweit die Maßnahmen des Arbeitgebers auf die Gestaltung des kollektiven Miteinander oder die Gewährleistung und Aufrechterhaltung der vorgegebenen Ordnung des Betriebs zielen. Voraussetzung ist dabei nicht, dass es sich um verbindliche, verhaltensbegründende Regeln handelt.<sup>16</sup>

Dagegen lässt sich nicht einwenden, dass der Tatbestand der Nr. 1 deshalb nicht in Betracht kommen könne, weil Meldungen das mitbestimmungsfreie Arbeitsverhalten betreffen würden. Richtig ist sicherlich der Ausgangspunkt dieser Überlegungen: Mitteilungen über einen Rechtsverstoß seitens des Arbeitnehmers sind typischerweise mit der Arbeitsleistung verbunden, weil dieser damit zugleich seine vertraglichen Haupt- oder Nebenpflichten verletzen wird (zwingend muss das aber nicht der Fall sein). Zutreffend ist auch, dass der Arbeitgeber mit einer Vielzahl von Verfahren unmittelbar und mittelbar die Arbeitsleistung der Beschäftigten ermittelt (etwa: Zeiterfassung, Erhebung von Produktionsmessenzen, Tachometer im Bus bzw. LKW usw.), ohne dass damit das Ordnungsverhal-

12 *Dzida/Granetzny*, NZA 2020, 1201, 1205; *Steinhauser/Kreis*, EuZA 2021, 422 (Fn. 71); *Fest*, ZIP 2022, 2265, 2269; *Croonenbrock/Hansen*, ArbRAktuell 2022, 139, 141; a.A. *Zimmer/Millfahrt*, BB 2023, 1269.

13 BAG 21.7.2009 – 1 ABR 42/08 (Fn. 4), Rn. 33 (zu § 13 AGG).

14 Zur Problematik: *Dzida/Seibt*, NZA 2023, 657.

15 BAG 22.7.2008 – 1 ABR 40/07, NZA 2008, 1248 Rn. 66 (zu Ethik-Richtlinien).

16 BAG 24.3.1981 – 1 ABR 32/78, AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitssicherheit Nr. 2; BAG 8.8.1989 – 1 ABR 65/88, NZA 1990, 320; *Wiese*, in: Gemeinschaftskommentar Betriebsverfassungsgesetz (GK-BetrVG), Bd. II, 12. Aufl. 2022, § 87 Rn. 187; *Werner*, in: Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht (BeckOK ArbR), 68. Ed., Stand: 1.6.2023, BetrVG § 87 Rn. 28; *Salamon*, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht (MünchArbR), Bd. 4, 5. Aufl. 2022, § 320 Rn. 5.

ten berührt wäre. Bei derartigen Feststellungen handelt es sich auch nicht *per se* um Maßnahmen der Arbeitnehmerüberwachung und auch ist es nicht so, dass jede Maßnahme des Arbeitgebers, der ggf. mittelbar Überwachungsqualität zukommt, das mitbestimmungsrelevante Ordnungsverhalten berührt. Die Grenzziehung ist an dieser Stelle schwierig. Das BAG trifft sie bekanntlich dahingehend, dass Maßnahmen immer dann mitbestimmungspflichtig sind, wenn sie der Sicherung des ungestörten Arbeitsablaufs dienen und das Zusammenleben und Zusammenwirken der Arbeitnehmer im Betrieb betrifft.

Genau darum geht es hier: Der Arbeitgeber steuert mit einer bestimmten Meldevorgabe das Verhalten der Beschäftigten jenseits ihrer eigentlichen Arbeitsleistung. Entscheidend ist, dass der Arbeitgeber bestimmt, wie, wann, an wen sowie unter welchen Voraussetzungen gemeldet wird und vor allem, wie eingegangene Meldungen abzuarbeiten sind. Auf diese Art und Weise schafft er für den Betrieb eine verbindliche Meldeordnung. In betriebsverfassungsrechtlicher Hinsicht nicht relevant ist der Gegenstand der eingehenden Meldungen<sup>17</sup> und ebenso wenig, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmern freistellt, ob sie einen Verstoß melden wollen oder nicht.

Zu Recht – und völlig eindeutig – hat daher das BAG in seinem Beschluss zur Einrichtung von Beschwerdestellen nach §§ 12 Abs. 5 Satz 1, 13 AGG<sup>18</sup> erkannt, dass durch ein standardisiertes Meldeverfahren das Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb gesteuert wird und zudem, dass hierfür keine Voraussetzung ist, dass die Arbeitnehmer auch verpflichtet werden, Meldungen zu erstatten (was allerdings durch die nachgesetzte Formulierung, dass die Mitbestimmung bestehe, „wenn das Meldeverfahren nicht lediglich das Arbeitsverhalten betrifft“<sup>19</sup>, ein wenig abgeschwächt wird). Gleichlautende Aussagen finden sich in den Beschlüssen des BAG zur Mitbestimmung bei Ethikrichtlinien (Telefonhotlines)<sup>20</sup> und bei der Vorabfestlegung eines Instrumentariums für interne Untersuchungen.<sup>21</sup>

---

17 Treffend: LAG Düsseldorf 14.11.2005 – 10 TaBV 46/05, NZA-RR 2006, 81, 85 (Telefonhotline bei Walmart).

18 BAG 21.7.2009 – 1 ABR 42/08 (Fn. 4), Rn. 30. Allg. zur Mitbestimmung bei der Errichtung einer Beschwerdestelle nach § 13 AGG und der teils abweichenden zuvorigen Instanzrechtsprechung: *Schlachter*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (ErfK), 23. Aufl. 2023, AGG § 13 Rn. 2 und *Franzen*, in: GK-BetrVG (Fn. 16), BetrVG § 84 Rn. 16.

19 Differenzierend zur Mitbestimmung bei der Errichtung der Beschwerdestelle nach § 13 AGG insb. *Oetker*, NZA 2008, 264, 249.

20 BAG 22.7.2008 – 1 ABR 40/07 (Fn. 15), Rn. 47 (Fall Honeywell).

21 BAG 27.9.2005 – 1 ABR 32/04, AP ZA-Nato-Truppenstatut Art. 56 Nr. 25.

## **b) Errichtungspflicht und Regelungsermessen**

In Unternehmen, die mindestens 50 Arbeitnehmer beschäftigen, ist die Einrichtung einer internen Meldestelle zwingend: § 12 Abs. 2 HinSchG. Bei diesen Arbeitgebern ist die initiale Entscheidung des Arbeitgebers, im Unternehmen überhaupt eine interne Meldestelle etablieren zu wollen, nicht mitbestimmungspflichtig: § 87 Abs. 1 ES. BetrVG. Was dagegen alle weiteren, darüberhinausgehenden Sachfragen betrifft, kommt dem Arbeitgeber dann aber ein hinreichend weiter Ausgestaltungsspielraum zu, in dem sich die Mitbestimmung dort entfalten kann. Zwar halten die §§ 16 und 17 HinSchG relativ umfangreiche Regelungen bereit, was die Grundlagen der internen Meldestelle angeht. Indes regeln diese Vorgaben kaum mehr als die elementaren äußeren Eckdaten des Meldebetriebs. Dessen Ausgestaltung im Detail ist dagegen in die Hände des Arbeitgebers gelegt. Besonders deutlich macht dies die Regelung des § 12 Abs. 4 HinSchG, die dem Arbeitgeber pauschal aufgibt, der internen Meldestelle die Befugnisse zu erteilen, die diese benötigt, um ihre Aufgaben angemessen wahrnehmen, Meldungen prüfen und Folgemaßnahmen ergreifen zu können.<sup>22</sup>

## **c) Mitbestimmung bei der Beauftragung Dritter**

Unklar ist die Reichweite der betrieblichen Mitbestimmung, sollte sich der Arbeitgeber dafür entscheiden, die interne Meldestelle durch Dritte betreiben zu lassen (§ 14 Abs. 1 Satz 1 Alt. 3 HinSchG). Für § 13 AGG<sup>23</sup> nimmt das BAG an, dass es der mitbestimmungsfreien organisatorischen Grundentscheidung des Arbeitgebers zuzurechnen sei, entscheidet sich dieser dafür, einen Dritten mit dem Betrieb der Beschwerdestelle zu beauftragen. Was die Einrichtung von Meldestellen nach dem HinSchG angeht, erscheint diese Annahme indes alles andere als zwingend. Denn danach könnte der Betriebsrat nur dann Einfluss auf die Ausgestaltung des Meldeverfahrens nehmen, wenn der Meldekanal vor Ort betrieben wird. Dagegen bliebe die Belegschaft (betriebsverfassungsrechtlich) ohne Schutz, würde der Arbeitgeber die Meldestelle aus der Hand geben, obgleich die damit für die Beschäftigten verbundenen Belastungen nicht minderen Gewichts sind.

Näher scheint daher eine Parallele zur Rechtsprechung zur Bestellung von Fachkräften für Arbeitssicherheit und Betriebsärzten zu liegen. Für diese ist anerkannt, dass auch die Auswahlentscheidung des Arbeitgebers (Bestellung eigener Arbeitnehmer oder Beauftragung eines überbetrieblichen arbeitsmedizinischen bzw. -sicherheitstechnischen Dienstes?) der Mitbe-

---

22 Vgl. dazu auch BT-Drs. 20/3442, S. 78.

23 BAG 21.7.2009 – 1 ABR 42/08 (Fn. 4).

stimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG unterliegt.<sup>24</sup> Die Übertragung dieser Grundsätze auf das Hinweisgeberrecht drängt sich dabei umso mehr auf, als dort der Betriebsrat vor der Bestellung externer Dritter zu hören ist (§ 9 Abs. 3 Satz 3 ASiG) und er daher, selbst wenn ihm eine Einflussnahme auf die Auswahlentscheidung versagt werden würde, wenigstens auf der nachfolgenden Entscheidungsebene noch Einfluss darauf nehmen kann, wer im Betrieb nun tatsächlich aktiv werden wird. Hier bliebe er dagegen ohne jedes Mitwirkungsrecht. Und insoweit muss sicher nicht betont werden, dass eine Hinweisgeberfirma einen ganz anderen Einfluss auf das innerbetriebliche Zusammenleben haben kann als ein Betriebsarzt oder eine Fachkraft für Arbeitssicherheit.

#### **d) Leitende Angestellte und Organe**

Die unternehmensinternen Meldstellen sind Ansprechpartner für sämtliche Beschäftigte des Betriebs und damit auch für leitende Angestellte (§§ 12 Abs. 1, 3 Abs. 8 Nr. 1 HinSchG). Umgekehrt kann von einer Meldung jeder betroffen sein, der im Betrieb tätig ist, bis hin zu den gesellschaftsrechtlichen Organen. Alles in allem steht wohl sogar zu erwarten, dass Meldungen, zumindest dann, wenn sie von einigem Gewicht sind, ganz überwiegend leitende Angestellte oder Organe betreffen werden. Nun wird dieser Personenkreis aber nicht durch den Betriebsrat vertreten (s. nur § 5 Abs. 2 Nr. 1 und Abs. 3 BetrVG). So nimmt der Betriebsrat hier auch auf deren Beschäftigungsbedingungen Einfluss, weil der Arbeitgeber notwendigerweise nur ein einziges, einheitliches Meldesystem im Betrieb einrichten kann. Das wird zwar hinzunehmen sein, entbindet ihn aber nicht von seiner Pflicht zur Unterrichtung des Sprecherausschusses und zu Beratungen mit diesem über das intendierte Meldesystem, denn Fragen des Ordnungsverhaltens rechnen zu den allgemeinen Arbeitsbedingungen iSd § 30 Nr. 1 SprAuG.<sup>25</sup>

#### **2. Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG**

Als im Vergleich zu § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG weniger interessant zeigt sich das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG. Einschlägige Meldeverfahren sind, wenngleich typischerweise (auch) datentechnisch basiert, eher nicht in ihrer Eigenschaft als technische Einrichtung zur Überwachung der (meldenden) Arbeitnehmer geeignet.<sup>26</sup> Dies gilt selbst

24 BAG 10.4.1979 – 1 ABR 34/74, AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitssicherheit Nr. 1; *Fitting*, Betriebsverfassungsgesetz, 31. Aufl. 2022, BetrVG § 87 Rn. 331 m.w.N. auch zur einschränkenden Ansicht.

25 Siehe statt vieler: *Hromadka/Sieg*, Sprecherausschussgesetz, 5. Aufl. 2022, § 30 Rn. 17.

26 Wie hier: *Zimmer/Millfahrt*, BB 2023, 1269, 1271. Dagegen bejahen ein Mitbestimmungsrecht auch aus § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG: *Granetzny/Krause*, CCZ

dann, wenn der Hinweisgeber nicht anonym<sup>27</sup> meldet, sondern seine Identität offenbaren will bzw. kundtun muss. So oder so stets erforderlich ist freilich die Einbindung des betrieblichen Datenschutzbeauftragten: Art. 37 Abs. 1 lit. a und c DS-GVO, ggf. iVm § 38 Abs. 1 Satz 1 BDSG.

### 3. Initiativrecht

Aus § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG kommt dem Betriebsrat ein Initiativrecht bezüglich der Ausgestaltung der internen Meldestelle zu. Dies gilt auch dann, wenn der Arbeitgeber schon gar nicht bereit ist, überhaupt eine interne Meldestelle einzurichten. Zwar ist die Mitbestimmung bezüglich des „Ob“ gesperrt, soweit der Arbeitgeber von Gesetzes wegen zur Einrichtung einer Meldestelle verpflichtet ist. Dessen ungeachtet kann der Betriebsrat aber auch in dieser Konstellation sein Mitbestimmungsrecht bezüglich des „Wie“ der Ausgestaltung der Meldestellen geltend machen. Das Mitbestimmungsrecht über das „Wie“ der Ausgestaltung einer Maßnahme wird durch ein grundlegendes „Nein“ des Arbeitgebers nämlich nur dann ausgeschlossen, wenn es in dessen freie Entscheidung gelegt ist, ob er eine bestimmte Disposition treffen will oder nicht (Paradebeispiel: Gewährung von Zulagen, vgl. § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG). Anderes gilt dagegen, wenn der Arbeitgeber gesetzlich dazu verpflichtet ist, bestimmte Maßnahmen vorzunehmen.<sup>28</sup> Anderenfalls ließen sich Gesetz, aber auch Mitbestimmung, leicht umgehen. Nur darf der Betriebsrat sein Mitbestimmungsbegehren in diesem Fall nicht darauf beschränken, dass überhaupt eine Meldestelle eingerichtet wird. Und generell muss der Betriebsrat mit seinem Mitbestimmungsbegehren den gesamten durch das HinSchG vorgegebenen Gestaltungsspielraum des Arbeitgebers mit Blick auf die Einrichtung und den Betrieb der Meldestelle respektieren. Entsprechend darf er sich nicht von vornherein auf eine bestimmte Art und Weise des Meldebetriebs festlegen.

---

2020, 29, 34; Mengel, NZA 2017, 1494, 1498; Croonenbrock/Hansen, ArbR-Aktuell 2022, 139, 141.

27 Nach dem HinSchG in seiner finalen Fassung besteht keine Verpflichtung des Arbeitgebers zur Einrichtung anonymer Meldekanäle, vgl. § 16 Abs. 1 Satz 4 und 5 HinSchG und dazu Dzida/Seibt, NZA 2023, 657.

28 Mit Blick auf den Arbeitsschutz: BAG 15.1.2002 – 1 ABR 13/01, NZA 2002, 995, 998 unter II 2 b der Gründe; Fitting (Fn. 24), BetrVG § 87 Rn. 284. Anderes gilt naturgemäß in Unternehmen mit bis zu 49 Arbeitnehmern, die nicht zur Einrichtung einer Meldestelle verpflichtet sind. Hier setzt die Mitbestimmung tatsächlich erst dann ein, wenn der Arbeitgeber auf freiwilliger Basis eine solche einrichten möchte.

#### 4. Personelle Besetzung der hauseigenen Meldestelle

##### a) Keine Mitbestimmung im Rahmen des § 87 BetrVG

Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG umfasst nicht die Entscheidung des Arbeitgebers über die personelle Besetzung einer unternehmenseigenen Meldestelle. Vielmehr rechnet es zu den mitbestimmungsfreien Organisationsentscheidungen des Arbeitgebers, darüber zu bestimmen, wie viele und welche Personen für ihn im Verhältnis zu den Arbeitnehmern Rechte wahrzunehmen und Pflichten zu erfüllen haben.<sup>29</sup> Untermauert wird das durch einen Gegenschluss aus der Regelung des § 9 Abs. 3 Satz 1 ASiG, die spezifisch, aber eben nur für die Bestellung bzw. Abberufung von Betriebsärzten und Fachkräften für Arbeitssicherheit ein konstitutives Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats anordnet.

##### b) §§ 95 Abs. 3, 99 BetrVG

Einzig diskutieren mag man, ob der Betriebsrat über §§ 95 Abs. 3, 99 BetrVG mittelbar Einfluss auf den Personalbestand der Meldestelle nehmen könnte, soweit der Arbeitgeber diese mit eigenen Beschäftigten besetzt und deshalb Arbeitnehmer einstellt oder solche in die Meldestelle versetzt. Bekanntlich wird in der Literatur vertreten, dass der Betriebsrat einen Gesetzesverstoß (§ 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG) rügen kann, wenn einem Beauftragten persönliche oder fachliche Qualifikationen fehlen, die das Gesetz für die Bestellung voraussetzt.<sup>30</sup> Diese Ansicht wird man aber schon im Grundsatz in Zweifel ziehen müssen, denn mittelbar würde der Betriebsrat so eben doch ein Mitentscheidungsrecht bei der personellen Besetzung der Meldestelle erlangen, das ihm an sich ja gerade nicht zugewiesen ist. Selbst aber wenn man diese Bedenken außer Acht lässt, wäre zu beachten, dass sich die Anforderungen, die das HinSchG an die Qualifikation des „Meldebeauftragten“ stellt, als denkbar gering erweisen und ausgesprochen offengehalten sind. § 15 Abs. 2 Satz 1 HinSchG spricht lediglich von einer „notwendigen Fachkunde“.

Eher einmal zu einem zustimmungsrelevanten Sachverhalt könnte es kommen, würde ein Arbeitnehmer Meldeaufgaben übernehmen, der ansonsten mit anderen Arbeiten beschäftigt wird und sich deshalb Interessenkonflikte ergeben könnten (was namentlich dann der Fall sein kann, wenn der Arbeitgeber Mitarbeiter in der Personalabteilung dazu drängt, neben ihrer „Haupttätigkeit“ auch noch als Meldestelle zu fungieren). Und hier und da könnte sogar der Benachteiligungstatbestand des § 99 Abs. 2 Nr. 4 BetrVG eine Rolle spielen. Die Tätigkeit in der Meldestelle erweist

29 BAG 21.7.2009 – 1 ABR 42/08 (Fn. 4), Rn. 23 – erneut zu § 13 AGG.

30 *Fitting* (Fn. 24), BetrVG § 99 Rn. 203 f., insb. 204.

sich nämlich als eine durchaus „gefahrgeneigte“ Tätigkeit, weshalb Arbeitnehmer, die zur Erledigung ganz anderer Aufgaben (wie z.B. allgemeine Personal- oder Rechtsangelegenheiten) eingestellt wurden, eben auch nicht via einfacher Direktionsrechtsausübung in die Meldestelle versetzt werden können (s. II 5 b). Das gilt nicht nur im Hinblick auf die Bußgeldbewehrung eines leichtfertigen oder vorsätzlichen Verstoßes gegen das Vertraulichkeitsgebot des § 8 Abs. 1 Satz 1 HinSchG. Vielmehr könnte die Meldestelle für den Meldebetrieb auch iSd Art. 4 Nr. 7 DS-GVO datenschutzrechtlich verantwortlich sein und sich im Fall eines Fehlverhaltens zahlreichen Schadensersatzansprüchen nach §§ 823 Abs. 1 und Abs. 2 BGB (iVm § 8 HinSchG) bzw. Art. 82 DS-GVO ausgesetzt sehen.<sup>31</sup>

## **IV. Der Betrieb der Meldestelle**

### **1. Organisationsabläufe**

Einrichtung und Organisation von Meldestellen sowie der Umgang mit Meldungen sind im Gesetz an sich so detailliert geregelt (§ 17 HinSchG), dass sie hier nicht einzeln nachgezeichnet werden müssen. Meldungen müssen jedenfalls in Textform oder auch mündlich (Telefon bzw. andere Art der Sprachübermittlung) eingereicht werden können. Der meldenden Person ist auf Wunsch eine Zusammenkunft mit der Stelle zu ermöglichen. Der Meldekanal muss auch Zeitarbeitnehmern offenstehen, fakultativ kann er für Arbeitnehmer zugänglich gemacht werden, die von Drittunternehmen im Betrieb eingesetzt sind.

### **2. Kompetenzen der Meldestelle, Bearbeitungs-, Entscheidungs- und Legalitätspflicht**

So detailfreudig der Gesetzgeber die Abarbeitung von Meldungen geregelt hat, so unbestimmt bleibt das HinSchG mit Blick auf die Kompetenzen und die Verantwortlichkeit der Meldestelle. In § 12 Abs. 4 HinSchG heißt es lediglich, dass der Arbeitgeber der internen Meldestelle die notwendigen Befugnisse zu erteilen hat, die diese benötigt, um ihre Aufgaben angemessen wahrzunehmen, Meldungen zu prüfen und Folgemaßnahmen ergreifen zu können.

§ 18 HinSchG benennt beispielhaft vier Folgemaßnahmen. Die Meldestelle kann das Verfahren abschließen, namentlich, weil sie die Meldung für nicht relevant oder tragfähig hält: § 18 Nr. 3 HinSchG. Umgekehrt kann sie das Verfahren zwecks weiterer Untersuchungen an Behörden oder eine im Unternehmen eingerichtete Complianceabteilung (iwS) abgeben (§ 18 Nr. 4 HinSchG).

Besonderes Augenmerk verdient die Regelung des § 18 Nr. 1 HinSchG, wonach die Meldestelle interne Untersuchungen durchführen kann. Daraus folgt aber nicht, dass ihr die Befugnis zustehen müsste, Verstöße mehr oder weniger auszuermitteln. Vielmehr geht es nur darum, dass sie Meldungen nachgehen kann, um diese auf ihre Stichhaltigkeit zu überprüfen (§ 17 Abs. 1 Nr. 4 HinSchG). Recht weit wagt sich allerdings die Gesetzesbegründung vor, wonach die Meldestelle mit dazu beizutragen habe, etwaige Verstöße abzustellen.<sup>32</sup>

Danach ist die Meldestelle in jedem Fall mehr als nur eine Art „Postkasten“, über den dem Unternehmen Informationen mitgeteilt werden können. Der Arbeitgeber muss ihr vielmehr zumindest die Kompetenzen übertragen, die notwendig sind, um die Anzeige wenigstens auf Plausibilität zu überprüfen und so entscheiden zu können, wie sie mit dieser weiter verfahren möchte. Entsprechend darf der Arbeitgeber die Meldestelle nicht anweisen, Hinweise sogleich nach deren Eingang an ihn weiterzureichen und auch kann der Arbeitgeber die Sachprüfung nicht nach Belieben an sich ziehen.

Umgekehrt ist die Meldestelle zu einer sachgemäßen Bearbeitung eingehender Meldungen verpflichtet. Diese hat in angemessener Zeit zu erfolgen. Die dreimonatige Rückmeldefrist des § 17 Abs. 2 HinSchG gibt hierfür einen Anhaltspunkt, auch wenn sich diese primär nur auf das Außenverhältnis zum Hinweisgeber bezieht. Maßgeblich sind letztlich aber die Umstände des Einzelfalls (etwa: Komplexität des Sachverhalts, Qualität und Präzision der eingegangenen Meldung, Ausstattung und Belastung der Meldestelle). Was Entscheidungen über Folgemaßnahmen angeht, steht der Meldestelle ein Ermessensspielraum zu, den sie umgekehrt aber auch adäquat ausfüllen muss. Das heißt, dass sich die von ihr angestellten Überlegungen als plausibel und das abschließende Ergebnis jedenfalls als vertretbar erweisen müssen.

Folgemaßnahmen im weiteren Sinn kann dann aber nur der Arbeitgeber selbst treffen. Nur er kann einen Verstoß final abstellen und/oder arbeitsrechtlich ahnden. Daraus und mittelbar auch aus § 14 Abs. 2 Satz 2 HinSchG folgt, dass die Meldepersonen arbeitsrechtlich verpflichtet sind, den Arbeitgeber über eingehende Meldungen spätestens dann zu informieren, wenn sich die Anhaltspunkte für die Stichhaltigkeit einer Meldung verdichtet haben und es eines Einschreitens des Arbeitgebers bedarf.

Noch weit darüber hinaus wird sich in straf- bzw. öffentlich-rechtlicher Hinsicht früher oder später die Frage auftun, inwieweit die Meldestelle (jenseits von § 138 StGB) einer Art Legalitätspflicht unterworfen und da-

her verpflichtet ist, strafrechtlich relevante Verstöße, zumindest solche von Gewicht, an Behörden zu melden (§ 18 Nr. 4b HinSchG).

Das alles bringt die Meldestelle in ein nur schwierig aufzulösendes Spannungsverhältnis zwischen der Vorgabe, Meldungen sorgfältig auf Stichhaltigkeit zu prüfen, dem Gebot der Wahrung der Identität des Hinweisgebers (§ 8 HinSchG) und umgekehrt ihrer gegenüber dem Unternehmen bestehenden Bearbeitungs-, Mitteilungs- und Entscheidungspflichten (zu haftungsrechtliche Konsequenzen s. auch IV 4 c).

### **3. Vertraulichkeitsschutz zugunsten des Hinweisgebers**

#### **a) Vertraulichkeitsgebot nach § 8 HinSchG**

§ 8 HinSchG konstituiert ein besonderes Vertraulichkeitsgebot zugunsten des Hinweisgebers. Dessen Adressat ist im ersten Schritt die Meldestelle (zu den damit verbundenen datenschutz- und haftungsrechtlichen Konsequenzen: IV 4). Voraussetzung für das Eingreifen des Vertraulichkeitsschutzes ist, dass der Whistleblower nicht grob fahrlässig oder gar vorsätzlich eine unrichtige Information gemeldet hat: § 9 Abs. 1 HinSchG.

#### **b) Ausnahmen (§ 9 Abs. 2 HinSchG)**

##### **aa) Mitteilung an Behörden (iWS)**

Nach § 9 Abs. 2 HinSchG ist eine Offenbarung der Identität des Melders im Strafverfahren auf Verlangen der Strafverfolgungsbehörden, im Verwaltungsverfahren auf behördliche Anordnung oder aufgrund einer gerichtlichen Entscheidung zulässig. Richten Behörden ein einschlägiges Verlangen an die Meldestelle, muss sie diesem nachkommen, ohne dass ihr ein Entscheidungsspielraum zusteht. Für die weitere Nutzung dieser Informationen gelten für Strafverfolgungsbehörden gem. § 4 Abs. 4 HinSchG die allgemeinen Regelungen der StPO und mithin nicht der fortwirkende Vertraulichkeitsschutz nach § 9 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 HinSchG.

Die anfordernde Behörde hat in jedem Einzelfall abzuwägen, ob die Identitätsmitteilung wirklich notwendig ist, um die aktuelle Untersuchung durchführen zu können und dabei, ob sich die Offenlegung in Abwägung mit dem Ziel der Untersuchung als verhältnismäßig erweist (Art. 16 Abs. 2 der Richtlinie).<sup>33</sup> Als überwältigend erweist sich der damit verbundene Schutz zugunsten des Hinweisgebers aber nicht: Behörden werden, zumindest dann, wenn der gemeldete Verstoß in straf- oder bußgeldrechtlicher Hinsicht einiges Gewicht erlangt, von dieser Regelung wohl fast immer Gebrauch machen und zwar schon, um den Hinweisgeber als Zeugen zur Hand zu haben. Das mag die Meldestelle möglicherweise veranlas-

---

33 Siehe Gesetzesbegründung, BT-Drs. 20/5992, S. 60.

sen, ausgewählte Informationen erst gar nicht an einschlägige Behörden weiterzugeben (s. dazu aber auch IV 4 c).

### **bb) Mitteilung an den Arbeitgeber, eine Complianceabteilung und: Verlust von Zeugen**

Eine Preisgabe der Identität des Hinweisgebers an den Arbeitgeber ist nur mit dessen ausdrücklicher Einwilligung möglich (§ 9 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 HinSchG). Dies gilt auch und gerade, wenn die Meldung zwecks weiterer Untersuchungen an eine interne Ermittlungseinheit (§ 18 Nr. 4a HinSchG) oder zum Ergreifen von weiteren („echten“) Folgemaßnahmen an den Arbeitgeber weitergeleitet wird. Das wird noch einige Probleme verursachen, da weitere Ermittlungen häufig voraussetzen, dass die Identität des Hinweisgebers bekannt ist und sei es nur, weil man bei diesem zur Klärung von Nachfragen vorstellig werden muss. Teils wird eine einschlägige Unterrichtung aber unter Verweis auf § 8 Abs. 2 Satz 1 HinSchG für zulässig befunden.<sup>34</sup> Das ist mE weder mit Sinn und Zweck des Hinweisgeberschutzes noch mit § 9 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 HinSchG vereinbar. Denn dann bliebe nicht mehr als das schwache Versprechen, dass auch diese die Identität des Hinweisgebers so gut als möglich vertraulich behandeln sollen.

Anders kann sich die Situation freilich dann präsentieren, sollte die Meldestelle Staatsanwaltschaft oder Aufsichtsbehörden informiert haben, weil damit die Identität des Melders zumindest mittelbar rasch offenbar werden kann (s. zuvor IV 3 b, aa).

Dies kann dann auch zur Folge haben, dass der Whistleblower in einem Rechtsstreit nicht als Zeuge zur Verfügung steht, den der Arbeitgeber mit einem in einer Meldung „angezeigten“ Arbeitnehmer wegen dessen Fehlverhalten führt. Alleine über einen Beweisantrag im Arbeitsgerichtsprozess lässt sich jedenfalls keine Offenlegungsbefugnis der Meldestelle erreichen. Beweisbeschlüsse stellen keine gerichtlichen Entscheidungen iSd § 9 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 HinSchG dar. Es kommt noch hinzu, dass diese nicht dazu gebraucht werden dürfen, um eigene Beweismittel auszuforschen.

Erfährt der Arbeitgeber den Namen des Hinweisgebers nicht, wird ihm häufig nur eine Verdachtskündigung bleiben. Diese kann er mit einem Verweis auf die namenslos bleibende Meldung untermauern, aber auch dadurch, dass er die Beschäftigten der Meldestelle als Zeugen für die Existenz der Meldung benennt.

Nach §§ 8 Abs. 1 Satz 2 iVm 9 Abs. 3 Satz 2 HinSchG setzt sich der Vertraulichkeitsschutz insoweit fort, als auch jede weitere Weitergabe der Identität des Hinweisgebers einer erneuten Einwilligung bedarf. Ein Verstoß hiergegen ist aber nicht mehr vom Bußgeldtatbestand des § 40 Abs. 3

---

34 Etwa: *Behr/Haas/Ellinger*, DB 2022, 2137, 2140.

HinSchG erfasst. Ohnehin fragt sich, ob jeder, den die einschlägige Information erreicht hat, auch immer weiß, dass diese ursprünglich aus einer geschützten Mitteilung stammt.

### **cc) Eingeschränkter Schutz zugunsten beschuldigter Personen**

Das Vertraulichkeitsgebot des § 8 HinSchG besteht im Ansatz auch zugunsten derjenigen Personen, die „Gegenstand“ einer Meldung sind (so der wenig glücklich daher kommende Wortlaut des § 8 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HinSchG). Allerdings sieht das HinSchG auch an dieser Stelle zahlreiche Ausnahmen vor: § 9 Abs. 4. Diese zeigen sich im Vergleich zum Hinweisgeberschutz deutlich großzügiger gefasst. So darf die Identität der beschuldigten Person auch ohne Einwilligung zur Durchführung von internen Untersuchungen an eine hierfür zuständige Arbeitseinheit im Unternehmen (z.B. Complianceabteilung) preisgegeben werden. Vor allem aber darf der Arbeitgeber informiert werden, damit er Folgemaßnahmen ergreifen kann: § 9 Abs. 4 Nr. 2 und 3 HinSchG. Das leuchtet ohne Frage ein, da es dem Arbeitgeber natürlich möglich sein muss, auf Verstöße angemessen reagieren zu können. Umgekehrt läuft ein Arbeitnehmer, der, aus welchem Grund auch immer, in einer Anzeige benannt ist, so immer Gefahr, dass sein Name in einem ungunstigen Kontext im Unternehmen die Runde macht.

## **4. Verantwortlichkeit und Haftung der Meldestelle**

### **a) Datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit (Art. 4 Nr. 7 DS-GVO)**

Die datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit der Meldestelle ist im Gesetz nicht geregelt. Sibyllinisch heißt es in der Gesetzesbegründung, dass die eigene Meldestelle des Arbeitgebers „*vor allem bei internen Meldestellen, die von einer Einzelperson betrieben werden*“, nicht die für die Verarbeitung Verantwortliche iSd datenschutzrechtlichen Vorschriften sein „*soll*“. <sup>35</sup> In das Gesetz hat dies aber keinen Eingang gefunden und zudem drängt sich ein Gegenschluss zum Betriebsrat auf, für den der Gesetzgeber mit § 79a BetrVG dessen Verantwortlichkeit ausdrücklich (wenngleich unionrechtswidrig) ausgeschlossen hat. <sup>36</sup>

Ohnehin liegt die Entscheidung hierüber nicht beim nationalen Gesetzgeber. Maßgeblich ist vielmehr Art. 4 Nr. 7 DS-GVO und danach kommt es ausschließlich darauf an, wer rein tatsächlich über die Zwecke und Mittel der Datenverarbeitung entscheidet. <sup>37</sup> Das ist die Meldestelle. Sie ist von

---

35 BT-Drs. 20/5992, S. 65.

36 Ähnliches wird für den Betriebsarzt angenommen: *Gola*, in: *Gola/Heckmann* (Hrsg.), *DS-GVO/BDSG*, 3. Aufl. 2022, Art. 4 DS-GVO Rn. 81 ff.

37 EuGH 10.7.2018 – C-25/17 Rn. 68 – Zeugen Jehovas.

Gesetzes wegen bei der Abarbeitung eingehender Meldungen unabhängig, ihr kommt im Hinblick auf die Einleitung von Folgemaßnahmen ein weites Entscheidungsermessen zu und sie ist der primäre Adressat des Vertraulichkeitsgebots des § 8 HinSchG.

Eindeutig ist, dass, wenn der Arbeitgeber einen Dritten mit dem Betrieb der Meldestelle betraut, dieser zum Verantwortlichen iSd Datenschutzrechts wird. Dann liegt ein Fall der Auftragsdatenverarbeitung vor, so dass parallel zur Meldestelle auch der auftraggebende Arbeitgeber in dem durch Art. 82 Abs. 2 DS-GVO bestimmten Umfang verantwortlich ist.

### **b) Meldestelle als Auskunftsschuldnerin nach Art. 15 DS-GVO?**

Bedeutung erlangen die Überlegungen zur datenrechtlichen Verantwortlichkeit der Meldestelle auch deshalb, weil sich danach bestimmt, wer Schuldner des Auskunftsanspruchs (Art. 15 DS-GVO, §§ 241, 242, 260 BGB) ist. Auch insoweit spricht einiges dafür, an der Meldestelle anzusetzen.

Meint ein Arbeitnehmer, in einer Meldung erwähnt worden zu sein, kann er nach Art. 15 DS-GVO Auskunft über die zu seinem Nachteil festgehaltenen Daten, aber auch über die Person des Hinweisgebers verlangen (Art. 15 Abs. 1 Hs. 2 lit. g DS-GVO). Solange die Meldestelle dem Arbeitgeber hierzu nichts Näheres mitgeteilt hat, ist dieser aber eben außerstande, das Auskunftsverlangen auf seine Berechtigung zu prüfen oder gar die gewünschte Auskunft zu erteilen. Berufte sich die Meldestelle dabei darauf, dass ihr die Mitteilung hinreichend stichhaltig erscheint und der Hinweisgeber nicht in die Offenlegung seiner Identität eingewilligt hat (s. IV 3 b, bb), muss der Arbeitgeber dies mehr oder weniger hinnehmen.

Auch darüber hinaus bereitet die Auflösung des Widerspiels zwischen dem Auskunftsanspruch nach Art. 15 DS-GVO und dem HinSchG enorme Schwierigkeiten.<sup>38</sup> Denn nur auf den ersten Blick sieht es so aus, als könne der Arbeitgeber die Auskunft einfach unter Verweis auf das Vertraulichkeitsgebot verweigern (Art. 15 Abs. 4, 23 Abs. 1 lit. i, 88 DS-GVO, § 29 Abs. 1 Sätze 1 und 2 BDSG, §§ 8 ff. HinSchG). Tatsächlich stellt sich aber die Frage, wer darlegen und beweisen muss, dass die Meldung – die die beschuldigte Person bis dato ja nicht kennt – der Wahrheit entsprach bzw. der Hinweisgeber, dessen Identität dem Auskunftsgläubiger noch unbekannt ist, darlegen und beweisen muss. Hier ist zumindest dann an eine sekundäre Darlegungslast der Meldestelle zu denken, wenn die beschuldigte Person nachgewiesen hat, dass der mitgeteilte Vorwurf nicht zutrifft.

---

38 Dazu: *Mohn*, NZA 2022, 1159; *Bayreuther*, NZA-Beilage 2022, 20, 22; *Dzida/Seibt*, NZA 2023, 657, 665.

Die ungeklärte Passivlegitimation verleiht dem allem noch ein weiteres an Spannkraft und am Ende kommt noch hinzu, dass eine unberechtigte Auskunft schadensrechtliche Sanktionen des Hinweisgebers auslösen kann (s. dazu sogleich IV 4 c).

### **c) Haftung**

Die in der Meldestelle tätigen Personen können (unter Beachtung des innerbetrieblichen Schadensausgleichs) dem Arbeitgeber nach §§ 241 Abs. 2, 280 BGB dafür verantwortlich sein, dass sie eine Information nicht richtig abgearbeitet haben und den Arbeitgeber bzw. einschlägige Behörden nicht über einen stichhaltigen Verstoß unterrichtet haben, obwohl dies der Sache nach – s. dazu: II 6) – geboten war. Bedeutung kann das insb. erlangen, wenn dem Arbeitgeber ein Schaden entstanden ist, weil er von einem Verstoß nicht rechtzeitig erfahren hat und ihn daher auch nicht abstellen konnte.

Hat die Meldestelle die Identität eines Hinweisgebers, aber auch eines in einer Anzeige benannten Arbeitnehmers zu Unrecht preisgegeben, kann sie sich deliktsrechtlichen Schadensersatzansprüchen (§ 823 Abs. 1 BGB [APR], §§ 823 Abs. 2 BGB iVm 8 und 9 HinSchG, Art. 82 DS-GVO) ausgesetzt sehen. Beachtung verdient auch das hinweisrechtliche Repressalienverbot des § 36 Abs. 1 HinSchG und der daran anknüpfende Anspruch des Hinweisgebers auf Schadensersatz nach § 37 HinSchG. § 36 HinSchG verbietet Repressalien gegen den Hinweisgeber. Beide Regelungen haben deliktsrechtlichen Charakter und sie wenden sich im Grunde an jedermann („Verursacher“). Typischerweise ist es zwar der Arbeitgeber des Hinweisgebers, der Repressalien gegen ihn ergreift. Zwingend der Fall muss dies aber nicht sein. Daraus folgt, dass auch die Meldestelle hiervon angesprochen sein kann.

Als Schadensersatzpositionen kommen ein Anspruch auf immateriellen Schadensersatz (APR), im Fall der vorschnellen Weitergabe der Meldung auch ein solcher des angezeigten Arbeitnehmers auf den Ersatz von Rechtsverteidigungskosten, in Betracht, der hier durch § 12a ArbGG nicht gesperrt wäre. Handelt die Meldestelle insoweit nur mit leichter oder mittlerer Fahrlässigkeit, können nach den allgemeinen Grundsätzen des arbeitsrechtlichen Schadensausgleichs immerhin Rückgriffs- bzw. Freistellungsansprüche gegen den Arbeitgeber in Betracht kommen.

Im Außenverhältnis zu Dritten sind die in der Meldestelle tätigen Personen als Erfüllungs- (§ 278 BGB) bzw. als Verrichtungsgehilfen (§ 831 BGB) des Arbeitgebers zu qualifizieren. Was Letzteren betrifft, kann dem Arbeitgeber mit Rücksicht auf die Unabhängigkeit der Meldestelle freilich nur ein Auswahlverschulden zur Last fallen.

### **d) Bußgeldrechtliche Verantwortlichkeit**

Schließlich beweht § 40 Abs. 3 HinSchG zulasten der in der Meldestelle tätigen Personen einen Verstoß gegen das Vertraulichkeitsgebot des § 8 HinSchG mit einem Bußgeld bei unzulässiger Preisgabe der Identität des Hinweisgebers, aber auch der Identität einer in einer Mitteilung angezeigten Person. Es reicht bei vorsätzlichem oder leichtfertigem Handeln bis zu 50.000 €, bei einfacher Fahrlässigkeit bis zu 10.000 €.

Soweit die Meldestelle über § 6 Abs. 3 HinSchG zur Wahrung von Verschwiegenheits- oder Geheimhaltungspflichten verpflichtet wird, die ursprünglich den Hinweisgeber getroffen haben, unterliegt sie dessen ungeachtet nicht den daran anknüpfenden Straf- bzw. Bußgeldvorschriften. Dafür ist die „Zessionsnorm“ des § 6 Abs. 3 HinSchG viel zu schwach ausgestaltet (Art. 103 Abs. 2 GG). Anders mag es insoweit aber mit einer etwaigen zivilrechtlichen Außenhaftung aussehen. So oder so lässt das alles zusammengenommen eine Beschäftigung in der Meldestelle zu einer eini-germaßen gefahrgeneigten Tätigkeit werden.

### **V. Eine Schlussbemerkung**

Am Ende schließt sich der Kreis: Anders als es in der allgemeinpolitischen Diskussion gerne und häufig kolportiert wurde, ist der mit dem HinSchG verbundene Schutz für Hinweisgeber in der Summe alles andere als neu. Wie seinerzeit auch im Diskriminierungsrecht der Fall, so findet der Whistleblowerschutz seinen Ursprung in der US-amerikanischen Rechtsordnung. Dort macht beides guten Sinn, eben weil diese den Arbeitgeber nicht auf den Nachweis eines „guten Grundes“ für den Ausspruch einer Kündigung verpflichtet. In der Folge lässt sich eine kündigungsrechtliche Repressalie nur abwehren, wenn man dem Arbeitgeber auf den Einwand des Arbeitnehmers hin, dass er im zurückliegenden Zeitraum eine Meldung erstattet hatte, die Darlegungs- und Beweislast dafür auferlegt, dass die Kündigung keine (unberechtigte) Reaktion auf diese ist.

Zu einem echten Paradigmenwechsel kommt es dagegen im Hinblick auf die institutionellen Vorgaben. Das lässt sich durchaus kritisch hinterfragen. Denn für den Schutz des Melders bedarf es in erster Linie geeigneter individualrechtlicher Instrumentarien, allem voran eines guten Kündigungsschutzes. Meldestellen können dazu nur mittelbar beitragen, indem sie der hinweisgebenden Person einen besonders vertrauenswürdigen Meldeweg anbieten, der mit dem Versprechen verbunden ist, dass die Meldung und die Identität des Melders vertraulich bleiben wird. Damit kommt der zweite Strang des Whistleblowerrechts ins Spiel. Diesem geht es auf der einen Seite zwar um den Schutz des Hinweisgebers, auf der anderen Seite aber auch darum, die Meldebereitschaft zu fördern, um Miss-

stände im Unternehmen aufzudecken. Whistleblowerschutz und *internal investigations* sind zwei Seiten ein- und derselben Medaille.

So oder so sind mit der Einrichtung externer Meldestellen, vor allem aber der Verpflichtung zur Etablierung interner Meldestellen zumindest für kleinere Unternehmen beachtliche Lasten verbunden. Die meisten werden den gesetzlichen Anforderungen nur dadurch gerecht werden, indem sie irgendeinen Fremdanbieter beauftragen, gegen ein mehr oder weniger hohes monatliches Entgelt, ihnen diese Aufgabe abzunehmen. Und so fragt sich am Ende, ob die denkbare Entdeckung vereinzelter Verstöße über derartige Hotlines das alles rechtfertigt. Denn im Regelfall werden dort ganz überwiegend „klassische Beschwerden“ eingehen oder innerbetriebliche Konflikte geschildert werden. Und welcher Aufwand mit dem neuen HinSchG verbunden ist, zeigt sich gerade an Umfang, Komplexität und Regelungsdichte des Gesetzes selbst. Zum Vergleich mag der geneigte Leser § 78 den seinerzeitigen Entwurf von *Henssler* und *Preis*<sup>39</sup> für ein Arbeitsvertragsgesetz zur Hand nehmen. Dort war in einem einzigen Paragraphen alles Wesentliche gesagt.<sup>40</sup>

---

39 [https://www.bertelsmann-stiftung.de/fileadmin/files/BSt/Publikationen/Graue\\_Publikationen/GP\\_Diskussionsentwurf\\_eines\\_Arbeitsvertragsgesetzes.pdf](https://www.bertelsmann-stiftung.de/fileadmin/files/BSt/Publikationen/Graue_Publikationen/GP_Diskussionsentwurf_eines_Arbeitsvertragsgesetzes.pdf) (abgerufen 1.8.2023).

40 § 78 Abhilfe bei drohenden Schäden und Gesetzesverstößen. (1) Drohen Menschen, Sachwerten oder der Umwelt aus dem Betrieb Schäden oder werden Strafgesetze oder Arbeitsschutzvorschriften verletzt, so hat der Arbeitnehmer den Arbeitgeber vor der Einschaltung der zuständigen außerbetrieblichen Stellen zur Abhilfe aufzufordern. Kommt der Arbeitgeber der Aufforderung nicht nach, so kann sich der Arbeitnehmer an die zuständigen Stellen wenden. (2) Der Arbeitnehmer darf sich unmittelbar an die zuständigen außerbetrieblichen Stellen wenden, wenn a) dem Arbeitnehmer, Menschen, Sachwerten oder der Umwelt unverhältnismäßige Nachteile drohen, b) der Arbeitgeber selbst eine Straftat begangen hat oder c) eine Aufforderung nicht oder nicht rechtzeitig zur Abhilfe führen würde.

**Diskussion\***

Frisch gestärkt aus der Mittagspause unter weiß-blauem Himmel begrüßte Professor Dr. *Richard Giesen* Professor Dr. *Frank Bayreuther*, Universität Passau, der sich in seinem Vortrag auf bisher wenig diskutierte Aspekte der internen Meldestelle (§ 16 HinSchG-E) konzentrierte.

Zunächst hob Professor *Bayreuther* den Paradigmenwechsel des Hinweisgeberschutzes hervor. Bislang sei selbiger allein im Rahmen des Kündigungsschutzrechts angesiedelt gewesen, das neue Hinweisgeberschutzrecht verpflichtete Unternehmen durch die Schaffung einer Meldestelle nun aber zum präventiven Tätigwerden.

Sodann untersuchte Professor *Bayreuther* die Möglichkeiten, die Aufgaben der internen Meldestellen an Dritte auszulagern. Hierbei thematisierte er konzerneinheitliche Meldestellen, Rechtsanwaltskanzleien, Datenschutzbeauftragte und spezialisierte Unternehmen. Der Referent thematisierte diverse datenschutzrechtliche, standesrechtliche und praktische Herausforderungen einer solchen Vorgehensweise.

Daneben ging Professor *Bayreuther* auf die Frage ein, ob bzw. wie eigenen Mitarbeitern die Aufgaben der internen Meldestelle übertragen werden können und welche Mitbestimmungsrechte dem Betriebsrat bei der Einrichtung einer internen Meldestelle zustehen. Hierbei thematisierte der Referent § 87 Abs. 1 Nr. 1 und 6 BetrVG und betonte die Parallele zu Mitbestimmungsrechten bei der Einrichtung von Beschwerdestellen nach § 13 AGG.

Im Anschluss untersuchte Professor *Bayreuther* die gesetzlichen Regelungen über das Verfahren bei internen Meldungen (§ 17 HinSchG-E). Er kritisierte die fehlende rechtliche Klarstellung der Aufgaben und Befugnisse der internen Meldestelle. Es sei unklar, was unter *Folgemaßnahmen* (§§ 17 Abs. 1 Nr. 6, 18 HinSchG-E) zu verstehen sei und wie sich die Meldestelle von der Compliance-Abteilung abgrenze. Führten die Folgemaßnahmen der Meldestelle zur Offenlegung einer Pflichtverletzung eines Mitarbeiters, sei damit nicht unbedingt viel gewonnen. Denn aufgrund des Vertraulichkeitsgebots (§ 8 HinSchG-E) bliebe dem Arbeitgeber die Identität des Hinweisgebers im Zweifel verborgen, was in einem Prozess gegen den pflichtverletzenden Mitarbeiter zur Beweisnot führen könne.

Zuletzt ging Professor *Bayreuther* auf die datenschutzrechtlichen Verpflichtungen der internen Meldestelle ein. Anders als beim Betriebsrat (§ 79a Satz 2 BetrVG) sei unklar, ob die interne Meldestelle eigenverant-

---

\* Die Zusammenfassung der Diskussion wurde erstellt von Ass. iur. *Thomas Ittner*.

---

wortlich Daten verarbeite und daher entsprechende Verpflichtungen trage (beispielsweise Art. 15 DS-GVO). Seine Ausführungen fasste Professor *Bayreuther* instruktiv mit der Beschreibung zusammen, die interne Meldestelle befände sich in einem *Zangengriff zwischen Hinweisgeber- und Datenschutz*.

Die anschließende von Professor *Giesen* geleitete Diskussion fokussierte sich auf die Frage der potenziellen Beweisnot des Arbeitgebers aufgrund des Vertraulichkeitsgebots. Hierbei berichteten mehrere Diskussionsteilnehmer von ihren praktischen Erfahrungen im gerichtlichen Verfahren, insbesondere dem (gescheiterten) Versuch, Mitglieder der internen Meldestelle als Zeugen heranzuziehen. Daneben wurde die Frage des Umfangs der datenschutzrechtlichen Bußgeldpflichtigkeit von Mitgliedern der internen Meldestelle sowie die Schadensersatzpflicht bei missbräuchlichen Meldungen erörtert.



---

# Der arbeitsrechtliche Schutz des Hinweisgebers

*Nathalie Oberthür*

	Seite
I. Einleitung.....	94
1. Die bislang geltende Rechtslage.....	94
2. Der sachliche Anwendungsbereich des HinSchG.....	95
3. Der persönliche Anwendungsbereich des HinSchG.....	97
4. Berechtigte Meldungen als Grundlage des Schutzrahmens.....	98
a) Meldung an interne oder externe Meldestellen.....	98
b) Offenlegung.....	99
c) Darlegungs- und Beweislast.....	100
5. Schutzmechanismen des HinSchG.....	101
a) Schutz der Identität des Hinweisgebers.....	101
b) Ausschluss der Verantwortlichkeit.....	102
c) Verbot von Repressalien und deren Androhung.....	102
d) Anspruch auf Schadensersatz.....	103
Diskussion.....	105

Quelle: *Giesen/Junker/Rieble* (Hrsg.), Die Umsetzung der Whistleblowing-Richtlinie durch das Hinweisgeberschutzgesetz (München 2023), S. 93-104

## I. Einleitung

Die Richtlinie (EU) 2019/1937 zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden, ist in Deutschland, wie in zahlreichen anderen Mitgliedstaaten auch, lange nicht umgesetzt worden. Am 17.12.2021 ist die Umsetzungsfrist abgelaufen, im weiteren Ablauf hat die EU-Kommission gegen Deutschland ein Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet und Klage vor dem Europäischen Gerichtshof erhoben. Die Bemühungen des Gesetzgebers um die Schaffung eines Hinweisgeberschutzgesetzes scheiterten immer wieder an politischen Differenzen. Der ursprüngliche Gesetzentwurf zum Hinweisgeberschutzgesetz (BT-Drs. 20/3442), der am 16.12.2022 vom Bundestag angenommen worden ist, hat die notwendige Zustimmung des Bundesrats nicht erhalten; die unionsgeführte Länderkammer wehrte sich insbesondere gegen die Ausweitung des Geltungsbereichs des HinSchG-E dahingehend, dass richtlinienüberschießend nicht nur Verstöße gegen das Unionsrecht erfasst sein sollen. Das Gesetzespaket wurde daraufhin in zwei Teile aufgespalten (BT-Drs. 20/5991 und 20/5992); die eigenständige Regelung des Hinweisgeberschutzes im Landesdienst sollte die Zustimmungsbedürftigkeit des im Übrigen unveränderten (Haupt-) Gesetzes beseitigen. Nach einer Sachverständigenanhörung am 27.3.2023 wurde die auf den 30.3.2023 anberaumte 2. und 3. Lesung der Gesetzentwürfe im Bundestag allerdings kurzfristig wieder abgesagt; zu groß waren die verfassungsrechtlichen Bedenken der Sachverständigen gegen die Aufspaltung des Gesetzentwurfs. In dem daraufhin angerufenen Vermittlungsausschuss konnte schließlich ein Kompromiss gefunden werden. Auf dessen Grundlage (BT-Drs. 20/6700) hat der Bundestag am 11.5.2023 der abschließenden Fassung des *Hinweisgeberschutzgesetzes* zugestimmt. Er ist nach Veröffentlichung im Bundesgesetzblatt (BGBl. 2023 I, Nr. 140) am 2.7.2023 in Kraft getreten. Die Ausgestaltung des arbeitsrechtlichen Schutzes des Hinweisgebers ist Gegenstand des nachfolgenden Beitrags.

### 1. Die bislang geltende Rechtslage

In Ermangelung gesetzlicher Vorgaben löste die Rechtsprechung den Konflikt zwischen arbeitsvertraglicher Loyalitätspflicht und dem berechtigten Interesse an der Offenlegung von Missständen bislang auf der Grundlage einer umfassenden Interessenabwägung. Das Bundesverfassungsgericht verwies darauf, dass die Erstattung einer Strafanzeige oder eine Zeugenaussage auch gegen den eigenen Arbeitgeber staatsbürgerliches Recht sei, das keine Nachteile begründen dürfe, wenn der Arbeitnehmer dabei nicht wissentlich oder leichtfertig falsche Angaben mache.<sup>1</sup> Dem hielt das Bun-

---

1 BVerfG 2.7.2001 – 1 BvR 2049/00, NZA 2001, 888.

des arbeitsgericht eine gewisse Begrenzung durch die Loyalitätspflichten des Arbeitnehmers entgegen: demnach dürfe sich eine Anzeige nicht als unangemessene Reaktion auf ein Verhalten des Arbeitgebers darstellen. Indizien für eine Angemessenheit könnten neben der Berechtigung der Anzeige auch die Motivation des Anzeigerstatters sein. Zudem gebiete die Loyalität in aller Regel einen vergeblichen innerbetrieblichen Abhilferversuch jedenfalls dann, wenn dieser nicht die eigene Strafbarkeit des Arbeitnehmers begründe, der Arbeitgeber nicht schwere Straftaten begangen habe oder innerbetriebliche Abhilfe berechtigterweise nicht zu erwarten sei.<sup>2</sup> Auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat betont, dass eine Meldung an die Öffentlichkeit stets nur *ultima ratio* sein könne, dass aber in die Interessenabwägung auch das öffentliche Interesse an der offengelegten Information Berücksichtigung finden müsse; weiterhin seien die Authentizität der offengelegten Information, der potenzielle Schaden für den Arbeitgeber und die Beweggründe des Anzeigerstatters zu bewerten.<sup>3</sup> Diese Grundsätze sind auch weiterhin bedeutsam für alle Meldungen, die nicht in den Anwendungsbereich des HinSchG fallen oder die die dort vorgesehene Vorgehensweise nicht einhalten. Ob und in welchem Ausmaß die gesetzlichen Wertungen des HinSchG die Rechtsprechung künftig beeinflussen werden, bleibt indes abzuwarten.

## 2. Der sachliche Anwendungsbereich des HinSchG

Der Schutz des HinSchG gilt nach dessen § 2 für die Meldung und Offenlegung von Informationen über

- Verstöße, die strafbewehrt sind,
- Verstöße, die bußgeldbewehrt sind, soweit die verletzte Vorschrift dem Schutz von Leben, Leib oder Gesundheit oder dem Schutz der Rechte von Beschäftigten oder ihrer Vertretungsorgane dient,
- Verstöße gegen näher benannte Rechtsbereiche in Umsetzung der Richtlinie zum Hinweisgeberschutz (EU) 2019/1937,
- verfassungsfeindliche Äußerungen von Beamtinnen und Beamten.

Verstöße gegen *arbeitsrechtliche Schutzvorschriften* sind von dem Meldeschutz daher nur umfasst, wenn sie bußgeldbewehrt sind. Dies gilt etwa für Verstöße gegen das Nachweisgesetz, das Arbeitszeitgesetz, das Mindestlohngesetz und das Betriebsverfassungsgesetz, nicht aber für (nicht

---

2 BAG 3.7.2003 – 2 AZR 235/02, BAGE 107, 36-49.

3 EGMR 12.2.2008 – Nr. 14277/04 – Guja/Moldawien; EGMR 21.7.2011 – Nr. 28274/08 – Heinisch/Deutschland mit Anmerkung Seifert, EuZA 2012, 411; EGMR 16.2.2021 – Nr. 23922/19 – Gawlik/Liechtenstein mit Anmerkung Häußinger, EuZA 2021, 368; EGMR 14.2.2023 – Nr. 21884/18 – Halet/Luxemburg.

bußgeldbewehrte) Verstöße gegen das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz; die sexuelle Belästigung unterhalb der (strafbaren) Schwelle körperlicher Belästigung wäre damit ebenfalls kein tauglicher Meldegegenstand. Auch Verstöße gegen unternehmensinterne Richtlinien und Vorgaben unterfallen nicht dem Anwendungsbereich des HinSchG.<sup>4</sup> Insgesamt geht der Gesetzentwurf damit zwar über den Geltungsbereich der Richtlinie (EU) 2019/1937 hinaus, fasst seinen Geltungsbereich allerdings enger als die Legalitätspflicht der Unternehmen insgesamt reicht. Weshalb eine Person, die das eine Unrecht meldet, weniger geschützt sein soll als eine Person, die ein anderes Unrecht meldet, erschließt sich nicht ohne weiteres. Darüber hinaus ist die Beurteilung, ob ein gemeldeter Verstoß unter den Geltungsbereich des HinSchG fällt, nicht immer verlässlich einzuschätzen. Das Problem, dass nach bisheriger Rechtslage selbst mit guter juristischer Beratung im Vorfeld regelmäßig nicht verlässlich einschätzbar ist, ob sich Hinweisgeber durch das Informieren zuständiger Behörden rechtskonform verhalten oder nicht,<sup>5</sup> wird durch die Neuregelung daher nicht uneingeschränkt gelöst.

Zu beachten ist, dass Meldungen, denen besondere Sicherheitsinteressen oder *Verschwiegenheits- und Geheimhaltungspflichten* entgegenstehen, gemäß § 5 Abs. 2 HinSchG nicht geschützt sind. Dies gilt etwa für Meldungen, die die anwaltliche Verschwiegenheitspflicht oder das richterliche Beratungsgeheimnis verletzen würden. Informationen, die einem geringeren Geheimhaltungsschutz unterliegen, etwa vertraglichen oder gesetzlichen Verschwiegenheitsverpflichtungen nach den Vorgaben des RDG und der AO, dürfen demgegenüber gemäß § 6 Abs. 2 HinSchG gemeldet werden, wenn und soweit (zusätzlich zu § 33 HinSchG) der Hinweisgeber hinreichenden Grund zu der Annahme hatte, dass die Meldung notwendig ist, um einen Verstoß aufzudecken. Das Verhältnis des HinSchG zu den Vorgaben des GeschGehG ist allerdings nicht abschließend geklärt.<sup>6</sup> Nach § 6 Abs. 1 HinSchG dürfen Geschäftsgeheimnisse gemäß § 2 GeschGehG gemeldet werden, wenn und soweit (zusätzlich zu § 33 HinSchG) der Hinweisgeber hinreichenden Grund zu der Annahme hatte, dass die Meldung notwendig ist, um einen Verstoß aufzudecken; nach der Gesetzesbegründung, die im Gesetzeswortlaut allerdings keinen Niederschlag gefunden hat, müssen dabei zusätzlich die Vorgaben des GeschGehG gewahrt werden,<sup>7</sup> insbesondere § 5 Nr. 2 GeschGehG, nach dem die Erlangung, Nutzung oder Offenlegung einer Information geeignet sein muss, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen.

---

4 Dohrmann, RdA 2021, 326, 330.

5 BT-Drs. 20/5992, S. 30.

6 Ausführlich Reuling, RdA 2022, 317.

7 BT Drs. 20/5992, S. 56.

Meldefähige *Verstöße* in diesem Sinne sind gemäß § 3 Abs. 2 HinSchG Handlungen oder Unterlassungen im Rahmen einer beruflichen, unternehmerischen oder dienstlichen (nicht: privaten) Tätigkeit, die

1. rechtswidrig sind und die Vorschriften oder Rechtsgebiete betreffen, die in den sachlichen Anwendungsbereich nach § 2 fallen, oder
2. dem Ziel oder dem Zweck der Regelungen in den Vorschriften oder Rechtsgebieten zuwiderlaufen, die in den sachlichen Anwendungsbereich nach § 2 fallen.

Dies können Verstöße des Arbeitgebers selbst oder seiner Erfüllungsgehilfen sein, aber auch Verstöße anderer Arbeitnehmer oder von Kunden oder Geschäftspartnern. Dabei muss der Verstoß noch nicht begangen worden sein; meldefähige Informationen über Verstöße sind gemäß § 3 Abs. 3 HinSchG neben dem Wissen über tatsächliche oder mögliche Verstöße, die bereits begangen wurden oder sehr wahrscheinlich erfolgen werden, auch begründete Verdachtsmomente sowie Versuche der Verschleierung solcher Verstöße. Nach der abschließenden Fassung des Gesetzes sind meldefähige Verstöße allerdings nur Verstöße

„bei dem Beschäftigungsgeber, bei dem die hinweisgebende Person tätig ist oder war, oder bei einer anderen Stelle, mit der die hinweisgebende Person aufgrund ihrer beruflichen Tätigkeit im Kontakt steht oder stand.“

Eine eigene Betroffenheit des Hinweisgebers von dem Verstoß ist demgegenüber nicht erforderlich.

### 3. Der persönliche Anwendungsbereich des HinSchG

§ 1 HinSchG schützt alle Personen, die im Zusammenhang mit ihrer beruflichen Tätigkeit oder im Vorfeld einer beruflichen Tätigkeit Informationen über Verstöße erlangt haben und diese an die nach dem HinSchG vorgesehenen Meldestellen melden oder offenlegen („hinweisgebende Personen“<sup>8</sup>). Soweit es sich hierbei um Personen im Beschäftigungskontext handelt, sind Beschäftigte gemäß § 3 Abs. 8 HinSchG neben Arbeitnehmer:innen auch Beamt:innen, Richter:innen und Soldat:innen, Beschäftigte in einer Werkstatt für Menschen mit Behinderung, arbeitnehmerähnliche Selbständige und Heimarbeiter:innen. GmbH-Geschäftsführer:innen ohne bestimmenden Einfluss auf die Gesellschaft sind in dieser Aufzählung zwar nicht enthalten, dürften allerdings, da die Richtlinie in Art. 4 Abs. 1 lit. a ausdrücklich auf Arbeitnehmer im Sinne des Art. 45 AEUV abstellt, bei unionsrechtskonformer Auslegung des HinSchG mit umfasst sein. Für die Schutzfunktion des HinSchG kommt es auf den weiten Be-

---

8 Zur grammatisch richtigen Bezeichnung als „Hinweis gegeben habender Person“ vgl. *Junker*, EuZA 2023, 1.

schäftigtenbegriff allerdings nicht an, da die Schutzmechanismen des HinSchG nicht nur Beschäftigte, sondern alle hinweisgebenden Personen erfassen. Der Schutz vor Repressalien kann dabei allerdings eine erhebliche Verbesserung des Schutzniveaus für diejenigen hinweisgebenden Personen begründen, die nicht dem Schutz des Arbeitsrechts unterfallen.

#### 4. Berechtigte Meldungen als Grundlage des Schutzrahmens

Voraussetzung des Hinweisgeberschutzes ist gemäß § 33 HinSchG, dass der Hinweisgeber eine interne oder externe Meldung erstattet oder eine Offenlegung nach § 32 HinSchG vorgenommen hat und dabei zumindest *hinreichenden Grund zu der Annahme* hatte, dass (i) die gemeldeten Informationen der Wahrheit entsprechen, und (ii) Verstöße betreffen, die in den Anwendungsbereich des Gesetzes fallen. Geschützt wird damit nicht nur die Meldung richtiger, sondern auch die Meldung berechtigterweise für richtig gehaltener Informationen. Die *Motivation* des Hinweisgebers ist dabei entgegen der bisherigen Rechtsprechung unerheblich;<sup>9</sup> auch in schädlicher oder böswilliger Absicht abgegebene Meldungen sind geschützt, sofern der Hinweisgeber sie für richtig halten durfte. Nach der Gesetzesbegründung sollen Hinweisgeber allerdings nicht geschützt sein, wenn sie Informationen melden, deren Inhalt bereits in vollem Umfang öffentlich verfügbar ist.<sup>10</sup>

##### a) Meldung an interne oder externe Meldestellen

Das Gesetz geht ausdrücklich von der *Gleichwertigkeit der Meldestellen* aus: Der Hinweisgeber kann zwischen internen und externen Meldestellen frei wählen (§ 7 Abs. 1 Satz 1 HinSchG); entgegen dem etwas unklar formulierten § 7 Abs. 1 Satz 3 HinSchG ist der Hinweisgeber auch nach Erstattung einer internen Meldung frei in der Erstattung einer externen Meldung, unabhängig von der Behandlung der Meldung durch die interne Meldestelle. In die zuletzt maßgebliche Fassung des Gesetzes wurde allerdings auf Beschlussempfehlung des Vermittlungsausschusses<sup>11</sup> in § 7 Abs. 1 Satz 2 HinSchG eingefügt, dass Hinweisgeber in den Fällen, in denen intern wirksam gegen den Verstoß vorgegangen werden kann und sie keine Repressalien befürchten, die Meldung an eine interne Meldestelle bevorzugen sollen. In § 7 Abs. 3 HinSchG sieht das Gesetz zudem vor, dass Arbeitgeber Anreize dafür schaffen sollen, dass sich hinweisgebende Personen vor einer Meldung an eine externe Meldestelle zunächst an die je-

9 BT-Drs. 20/3442, S. 35; *Franzen*, EuZA 2022, 391; *Dohrmann*, RdA 2021, 326, 327.

10 BT-Drs. 20/34442, S. 92 unter Verweis auf Erwägungsgrund 43 Hinweisgeberschutz-Richtlinie.

11 BT-Drs. 20/6700, S. 2.

weilige interne Meldestelle wenden. Damit ist zwar keine Verpflichtung der hinweisgebenden Personen zur vorrangigen Nutzung interner Meldestellen begründet, doch sollen die Anreize hierzu erhöht werden.

Unklar bleibt allerdings, ob Beschäftigte verpflichtet sind, die interne Meldestelle des eigenen Unternehmens zu wählen, oder ob sie auch die interne Meldestelle eines anderen Unternehmens wählen können. Der Gesetzgeber scheint zwanglos davon auszugehen, dass mit der internen Meldestelle (nur) die Meldestelle des eigenen Unternehmens gemeint ist, indem er in der Gesetzesbegründung von der Meldung an Meldekanäle „innerhalb des betroffenen Unternehmens“ spricht.<sup>12</sup> Auch Art. 5 Nr. 4 der Richtlinie definiert die „interne Meldung“ als die mündliche oder schriftliche Mitteilung von Informationen über Verstöße innerhalb einer juristischen Person des privaten oder öffentlichen Sektors. Demgegenüber spricht § 7 Abs. 1 HinSchG lediglich von der Meldung an „eine interne Meldestelle“, während der Beschäftigungsgeber gemäß § 7 Abs. 3 HinSchG Anreize für die Nutzung der „jeweiligen internen Meldestelle“ setzen soll. Dies spricht für eine Differenzierung zwischen der eigenen („jeweiligen“) und jeder anderen internen Meldestelle. Hinzu kommt, dass gemäß § 16 Abs. 1 Satz 3 HinSchG interne Meldekanäle explizit so ausgestaltet werden können, dass sie neben den eigenen Beschäftigten auch anderen natürlichen Personen offenstehen, die im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeiten mit dem Betreiber der Meldestelle in Kontakt stehen. Nach dem Wortlaut des Gesetzes ist deshalb davon auszugehen, dass eine zulässige Meldung auch an die interne Meldestelle eines anderen als dem eigenen, von dem Verstoß betroffenen Unternehmens erfolgen kann, etwa an die Meldestelle eines Wettbewerbers, Kunden oder Lieferanten des Arbeitgebers. Dies konterkariert die Zwecke der vorrangigen innerbetrieblichen Aufarbeitung von Verstößen und begründet darüber hinaus hohes Missbrauchspotenzial.

## **b) Offenlegung**

Die Offenlegung von Informationen über Verstöße unterliegt engeren Voraussetzungen als die Meldung an interne oder externe Meldestellen. Sie ist gemäß § 32 HinSchG zulässig, wenn

1. zunächst externe Meldung erstattet wurde und nicht innerhalb der gesetzlichen Frist geeignete (= objektiv angemessene) Folgemaßnahmen ergriffen wurden oder keine Rückmeldung über das Ergreifen solcher Folgemaßnahmen erfolgt ist, oder
2. hinreichend Grund zu der Annahme besteht, dass

- a) der Verstoß wegen eines Notfalls, der Gefahr irreversibler Schäden oder vergleichbarer Umstände eine unmittelbare oder offenkundige Gefährdung des öffentlichen Interesses darstellen kann,
- b) im Fall einer externen Meldung Repressalien zu befürchten sind, oder
- c) Beweismittel unterdrückt oder vernichtet werden könnten, Absprachen zwischen der zuständigen externen Meldestelle und dem Urheber des Verstoßes bestehen könnten oder aufgrund sonstiger besonderer Umstände die Aussichten gering sind, dass die externe Meldestelle wirksame Folgemaßnahmen einleiten wird.

Offenlegung bezeichnet gemäß § 3 Abs. 5 HinSchG das Zugänglichmachen von Informationen über Verstöße gegenüber der Öffentlichkeit. Das Medium zulässiger Offenlegung ist dabei gesetzlich nicht vorgegeben, so dass auch die Offenlegung in den (sozialen) Medien geschützt wird. Eine Verhältnismäßigkeitsprüfung zwischen dem Offenbarungsinteresse und der mit der Wahl des Mediums zur Offenlegung verbundenen Belastung des Beschäftigungsgebers ist nach dem Gesetz nicht vorgesehen. Das Offenlegen unrichtiger Informationen über Verstöße ist allerdings ausdrücklich verboten.

Unklar bleibt dabei, wie die Meldung von Verstößen an die zuständigen *Aufsichts-, Verwaltungs- oder Strafverfolgungsbehörden* zu behandeln ist. Diese sind nicht als externe Meldestellen vorgesehen; eine an die Behörden gerichtete Meldung erfüllt allerdings auch nicht den gesetzlich definierten Begriff der Offenlegung. Es kann allerdings nicht davon ausgegangen werden, dass der Schutz einer hinweisgebenden Person, die sich berechtigterweise an die Öffentlichkeit wendet, stärker ausgeprägt sein soll als der Schutz einer Person, die sich an die zuständigen Behörden wendet. Es ist deshalb davon auszugehen, dass jedenfalls unter Wahrung der Voraussetzungen des § 32 HinSchG die hinweisgebende Person dem Schutzregime des HinSchG auch dann unterfällt, wenn sie sich nicht an die Öffentlichkeit, sondern an die zuständigen Behörden wendet<sup>13</sup>.

### **c) Darlegungs- und Beweislast**

Die Darlegungs- und Beweislast für die Eigenschaft als geschützter Hinweisgeber müsste nach allgemeinen prozessualen Grundsätzen derjenige tragen, der aus dieser Tatsache Vorteile zieht, mithin der Hinweisgeber. Den Zielen der Hinweisgeberrichtlinie, einen möglichst umfassenden Hinweisgeberschutz zu gewährleisten, würde dies allerdings nicht unein-

---

<sup>13</sup> So wohl auch *Bruns*, NJW 2023, 1609, 1612.

geschränkt gerecht. Sachgerecht dürfte es deshalb sein, die Darlegungs- und Beweislast sachgerecht aufzuteilen und dem Beschäftigungsgeber mindestens eine sekundäre Darlegungslast aufzuerlegen. Demnach müsste der Hinweisgeber darlegen und beweisen, dass er Informationen über einen (sachlich meldefähigen) Rechtsverstoß im Rahmen einer ordnungsgemäßen Meldung erstattet hat. Der Beschäftigungsgeber wäre dann gehalten, darzulegen, dass die gemeldete Information wahrheitswidrig war, woraufhin der Hinweisgeber darzulegen hätte, dass und weshalb er dennoch Grund zu der Annahme hatte, dass die Information wahrheitsgemäß war.

## 5. Schutzmechanismen des HinSchG

### a) Schutz der Identität des Hinweisgebers

§ 8 HinSchG verpflichtet die Meldestellen, die Identität des Hinweisgebers zu wahren. Seine Identität darf ausschließlich den Personen, die für die Entgegennahme von Meldungen oder für das Ergreifen von Folgemaßnahmen der Meldestelle zuständig sind, sowie den sie bei der Erfüllung dieser Aufgaben unterstützenden Personen bekannt werden. Hiervon macht § 9 HinSchG allerdings gewichtige Ausnahmen. So ist die Identität des Hinweisgebers nicht geschützt, der vorsätzlich oder grob fahrlässig unrichtige Informationen über Verstöße meldet. Auch ist die Weitergabe der Identität des Hinweisgebers im Straf- und Verwaltungsverfahren sowie aufgrund gerichtlicher Entscheidung zulässig; mit Blick auf Art. 16 Abs. 2 der Richtlinie gebietet ein derartiges Weitergabeverlangen allerdings eine strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung.<sup>14</sup> In allen anderen Fällen darf die Identität des Hinweisgebers nur mit dessen Einwilligung preisgegeben werden. Dies gilt auch gegenüber dem Beschäftigungsgeber selbst; das betroffene Unternehmen hat deshalb keinen Anspruch darauf, die Identität des Hinweisgebers zu erfahren, um diesen zur Unterstützung weitergehender interner Ermittlungen heranzuziehen.<sup>15</sup>

Datenschutzrechtliche Auskunftsansprüche<sup>16</sup> der von einer Meldung betroffenen Person sollen im Hinblick auf die Identität der hinweisgebenden Person dementsprechend eingeschränkt sein; nach § 29 Abs. 1 Satz 2 BDSG soll das Recht zur Auskunft der betroffenen Person nicht bestehen, soweit durch die Auskunft Informationen offenbart würden, die nach einer Rechtsvorschrift oder ihrem Wesen nach, insbesondere wegen der überwiegenden berechtigten Interessen eines Dritten, geheimgehalten

---

14 So auch BT-Drs. 20/3442, S. 75; kritisch *Dilling*, CCZ 2022, 145, 147; *ders.*, CCZ 2019, 214, 217.

15 *Bayreuther*, NZA-Beilage 1/2022, 20, 25.

16 Ausführlich dazu *Mohn*, NZA 2022, 1159; *Bayreuther*, NZA-Beilage 1/2022, 20, 25; Stellungnahme 23/2022 des Deutschen Anwaltvereins (DAV), S. 19 ff.

werden müssen; dies wird hinsichtlich einer hinweisgebenden Person – auch nach Abschluss der Ermittlungen – regelmäßig anzunehmen sein.<sup>17</sup>

Verstöße der Meldestelle gegen das Vertraulichkeitsgebot sind bußgeldbewehrt (§ 40 Abs. 3 HinSchG) und können Schadensersatzansprüche auslösen (§§ 241 Abs. 2, 280, 612a, 823 BGB, Art. 82 DS-GVO)

## **b) Ausschluss der Verantwortlichkeit**

Gemäß § 35 HinSchG kann ein Hinweisgeber nicht für die Beschaffung von oder den Zugriff auf Informationen, die er gemeldet oder offengelegt hat, rechtlich verantwortlich gemacht werden, sofern nicht die Beschaffung oder der Zugriff als solche eine eigenständige Straftat darstellen. Der Hinweisgeber verletzt darüber hinaus keine Offenlegungsbeschränkungen und kann nicht für die bei einer Meldung oder Offenlegung erfolgte Weitergabe von Informationen rechtlich verantwortlich gemacht werden, sofern hinreichend Grund zu der Annahme bestand, dass die Weitergabe der Informationen erforderlich war, um einen Verstoß aufzudecken.

## **c) Verbot von Repressalien und deren Androhung**

§ 36 Abs. 1 HinSchG verbietet die Androhung, den Versuch und die tatsächliche Anwendung von Repressalien gegen einen Hinweisgeber. Repressalien sind nach der Definition des § 3 Abs. 6 HinSchG

„Handlungen oder Unterlassungen im Zusammenhang mit der beruflichen Tätigkeit, die eine Reaktion auf eine Meldung oder eine Offenlegung sind und durch die der hinweisgebenden Person ein ungerechtfertigter Nachteil entsteht oder entstehen kann.“

Konkrete Beispiele nennt Art. 19 RL (EU) 2019/1937; demnach können sich Repressalien etwa darstellen als Ermahnung, Abmahnung und Kündigung, als Versetzung, als Herabstufung oder Versagung einer Beförderung, als schlechte Beurteilung oder schlechtes Zeugnis, als Nichtverlängerung eines befristeten Arbeitsvertrages, als Versagung einer Weiterbildungsmaßnahme und als Einschüchterung, Mobbing oder Ausgrenzung. Repressalien sind nicht nur verboten, sie sind bei vorsätzlichem Verstoß auch bußgeldbewehrt gemäß § 40 Abs. 2 Nr. 3 HinSchG mit einem Bußgeld von bis zu 50.000 €. Damit ist eine Repressalie wiederum ein tauglicher eigenständiger Meldegegenstand, so dass deren Meldung erneuten Schutz für den Hinweisgeber begründen kann.

Zur wirksamen Durchsetzung des Verbots von Repressalien sieht § 36 Abs. 2 HinSchG eine umfassende *Beweislastumkehr* vor. Erleidet eine

---

17 BT-Drs. 20/3442, S. 74; zu der gebotenen Interessenabwägung außerhalb des Geltungsbereichs des HinSchG vgl. BGH 22.2.2022 – VI ZR 14/21, MDR 2022, 639.

hinweisgebende Person nach einer Meldung oder Offenlegung eine Benachteiligung im Zusammenhang mit ihrer beruflichen Tätigkeit, wird demnach vermutet, dass diese Benachteiligung eine Repressalie ist. Voraussetzung ist allerdings nach der letzten Fassung des Gesetzes, dass die hinweisgebende Person das Vorliegen einer Repressalie ausdrücklich geltend macht. In diesem Fall hat die Person, die die hinweisgebende Person benachteiligt hat, zu beweisen, dass die Benachteiligung auf hinreichend gerechtfertigten Gründen basierte oder dass sie nicht auf der Meldung oder Offenlegung beruhte. Die Beweislastumkehr knüpft damit an zwei Bezugspunkte an. Zum einen wird vermutet, dass der erlittene Nachteil unberechtigt ist; dies kann widerlegt werden, indem eine hinreichende Rechtfertigung für den Nachteil dargelegt wird. Dieser kann in verhaltens- oder betriebsbedingten Gründen liegen; auch die Tatbeteiligung des Hinweisgebers an dem gemeldeten Verstoß oder die strafbare Beschaffung von Informationen kann zur Begründung einer Benachteiligung angeführt werden.<sup>18</sup> Zum anderen wird vermutet, dass der Nachteil kausal auf der Meldung beruht. Diese Vermutung kann die benachteiligende Person widerlegen, wenn die Meldung nicht der tragende Beweggrund gewesen ist; dies kann der Fall sein bei einer anonymen Meldung oder bei fehlenden Kenntnis der handelnden Person von der Meldung – was die strenge organisatorische Trennung der Meldestelle von den Personalverantwortlichen angeraten sein lässt – die Geringfügigkeit eines gemeldeten Verstoßes, der zeitliche Abstand zwischen der Meldung und dem Nachteil<sup>19</sup> sowie der (professionelle oder abwehrende) Umgang des Meldeempfängers mit dem gemeldeten Verstoß.<sup>20</sup> Sofern der Kausalität ein Motivbündel zugrunde liegt, steht dies – anders als im Geltungsbereich des AGG, das einer Persönlichkeitsrechtsverletzung auch im Motivbündel eigene Verletzungskraft zuschreibt – dem Nachweis fehlender Kausalität nicht entgegen. Den durch eine Repressalie eingetreten Schaden muss der Hinweisgeber demgegenüber nach allgemeinen Grundsätzen darlegen und beweisen; insoweit gilt keine Beweiserleichterung.

#### **d) Anspruch auf Schadensersatz**

Soweit Repressalien verbotswidrig eingesetzt werden, begründet dies gemäß § 37 Abs. 2 HinSchG zwar keinen Anspruch auf die Begründung von Beschäftigungsverhältnissen oder den beruflichen Aufstieg, gemäß § 37 Abs. 1 HinSchG jedoch einen Anspruch auf Schadensersatz. Dabei kann auch die Nichtverlängerung eines befristeten Arbeitsverhältnisses – unab-

---

18 BT-Drs. 20/3442, S. 96; *Zimmer/Schwung*, NZA 2022, 1167, 1168.

19 Hier mag sich ein Gleichlauf mit der dreijährigen Dokumentationsverpflichtung des § 11 Abs. 5 Satz 1 HinSchG und der dreijährigen Verjährungsfrist des § 196 BGB anbieten; ebenso *Zimmer/Schwung*, NZA 2022, 1167, 1171.

20 BT-Drs. 20/3442, S. 96.

hängig von einer begründeten Erwartung der Fortsetzung<sup>21</sup> – einen ersatzfähigen Nachteil darstellen.<sup>22</sup> Ersatzfähige Schadenspositionen sind sämtliche materiellen Nachteile, die insbesondere in entgangener Vergütung bestehen können. Das Problem des Endlosschadens dürfte sich unter Rückgriff auf die Grundsätze des § 628 BGB lösen lassen, indem als Ersatz die Vergütung bis zu der nächsten ordentlichen Kündigungsmöglichkeit zuzüglich einer angemessenen Abfindung entsprechend §§ 9, 10 KSchG gewährt wird.<sup>23</sup> Zu erwägen ist mit Blick auf Art. 21 Abs. 8 der Richtlinie (EU) 2019/1937 in diesem Rahmen auch die Anerkennung der Ersatzfähigkeit von Rechtsdurchsetzungskosten, die wegen § 12a ArbGG an sich nicht erstattungsfähig sind.<sup>24</sup>

Der Anspruch auf den Ersatz immateriellen Schadens, der im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens mit Blick auf Erwägungsgrund 94 der Richtlinie (EU) 2019/1937 in § 37 Abs. 1 Satz 2 HinSchG aufgenommen worden war, ist in der abschließenden Gesetzesfassung wieder entfernt worden. Das HinSchG sieht damit keine eigene Anspruchsgrundlage für den Ersatz immateriellen Schadens vor, so dass ein solcher Anspruch nur nach den allgemeinen Grundsätzen des § 253 Abs. 2 BGB begründet werden kann.

---

21 Anderer Ansicht wohl *Zimmer/Schwung*, NZA 2022, 1167, 1169.

22 BAG 21.6.2012 – 8 AZR 364/11, BAGE 142, 158.

23 Ausführlich dazu *Müller-Glöge*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (ErfK), 23. Aufl. 2023, § 628 BGB Rn. 23 ff.

24 Vgl. *Künzl*, in: Germelmann/Matthes/Prütting, Arbeitsgerichtsgesetz, 10. Aufl. 2022, § 12a Rn. 11 m.w.N. zu einem Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB.

## Diskussion\*

Die Ehre des Schlussvortrags erhielt Rechtsanwältin Dr. *Nathalie Oberthür*, R/P/O Rechtsanwälte – Kanzlei für Arbeitsrecht in Köln. Sie analysierte die Struktur des HinSchG-E unter besonderer Berücksichtigung der praktischen Belange. Dabei verglich sie die bisherige Ausgestaltung des (richterrechtlichen) Hinweisgeberschutzes mit den Regelungen des geplanten Gesetzes, das einen Paradigmenwechsel vornehme. Zum einen werde der Vorrang der internen Meldung aufgegeben, zum anderen sei die Motivation (Redlichkeit) des Hinweisgebers nicht mehr relevant.

Des Weiteren kritisierte Dr. *Oberthür* die Ausgestaltung des Anwendungsbereichs des Gesetzesentwurfs und arbeitete diverse Wertungswidersprüche heraus. So sei unklar, warum ein Verstoß gegen das Nachweisgesetz in den Anwendungsbereich falle, nicht aber eine Vorenthaltung des Lohns bzw. ein Verstoß gegen interne Compliance-Regeln. Daneben kritisierte sie, dass der Gesetzesentwurf *de facto* Hinweisgeber zur Prüfung verpflichte, ob ihre Meldung in den Anwendungsbereich des Hinweisgeberschutzgesetzes fallen würde. Diese Prüfung sei ob des spezifischen Umfangs des Anwendungsbereichs überaus komplex. Falle eine Meldung nicht in den Anwendungsbereich des HinSchG-E oder wende sich der Hinweisgeber an eine unzuständige Stelle, so sei bislang offen, ob die Grundsätze des bisherigen richterrechtlichen Hinweisgeberschutzes weiter gelten sollen.

Daneben diskutierte die Referentin praktische Probleme bei der Offenlegung von Missständen. Frau Dr. *Oberthür* stellte klar, dass die Offenlegung unrichtiger Informationen verboten sei (§ 32 Abs. 2 HinSchG-E), der Hinweisgeber folglich das Risiko der Richtigkeit trage. Sollte die Eigenschaft als Hinweisgeber zwischen den Parteien unklar sein, sei in einem Prozess eine abgestufte Darlegungs- und Beweislast angebracht.

In Hinblick auf die Rechtsfolgen des Schutzes der Hinweisgeber hob Dr. *Oberthür* den Umfang des Repressionsverbots hervor (§ 36 Abs. 1 HinSchG-E). Hinweisgeber seien nun auch vor Mobbing oder der Nichtverlängerung von befristeten Verträgen geschützt. In Hinblick auf den Kündigungsschutz von Hinweisgebern diskutierte die Referentin die Frage der Kausalität zwischen Meldung und Kündigung sowie Fragen des Schadensersatzanspruches von Hinweisgebern. Hierbei ging sie auf potenzielle Taktiken von Arbeitnehmern ein, von den Wirkungen des Hinweisgeberschutzes im Fall von Massenentlassungen zu profitieren.

---

\* Die Zusammenfassung der Diskussion wurde erstellt von Ass. iur. *Thomas Ittner*.

Die anschließende Diskussion widmete sich dem von Dr. *Oberthür* aufgeworfenen Problem der Rechtsfolgen der Meldung an eine interne Meldestelle eines anderen Unternehmens. Daneben wurden Rechtsschutzmöglichkeiten des Hinweisgebers gegen Handlungen der externen Meldestelle sowie der Umfang des Repressionsverbots erörtert.

Die Kritik der Referenten und Teilnehmer an der Inaktivität des Gesetzgebers trug offenbar unmittelbare Früchte; noch am selben Tag verkündete eine Arbeitsgruppe unter Leitung des Bundesjustizministers sowie seines Amtskollegen aus Hessen einen Kompromissvorschlag zwischen Bund und Ländern. Die am 9. Mai verkündete Beschlussempfehlung des Vermittlungsausschusses nimmt kleinere Korrekturen am Anwendungsbe- reich und den Rechtsfolgen des HinSchG-E vor (Beschlussempfehlung des Vermittlungsausschusses – Drs. 20/6700, abzurufen unter <https://dserver.bundestag.de/btd/20/067/2006700.pdf>). Indes dürften auch diese Änderungen die Unklarheiten des Gesetzesentwurfs nur zum Teil ausräumen. Die von den Referenten aufgeworfenen Fragen werden die Rechtswissenschaft also noch länger beschäftigen.

---

## ZAAR Schriftenreihe

Herausgegeben von Richard Giesen, Abbo Junker und  
Volker Rieble

*ISSN 1863-0847*

- Band 1      Zukunft der Unternehmensmitbestimmung  
              1. ZAAR-Kongress  
              ZAAR Verlag 2004, ISBN 3-9809380-1-8 (ISBN 978-3-9809380-1-3)
- Band 2      Zukunft des Arbeitskampfes  
              1. Ludwigsburger Rechtsgespräch  
              ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-2-6 (ISBN 978-3-9809380-2-0)
- Band 3      Zukunft der Arbeitsgerichtsbarkeit  
              2. ZAAR-Kongress  
              ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-3-4 (ISBN 978-3-9809380-3-7)
- Band 4      Robert Lubitz  
              Sicherung und Modernisierung der Unternehmensmitbestimmung  
              ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-4-2 (ISBN 978-3-9809380-4-4)
- Band 5      Transparenz und Reform im Arbeitsrecht  
              2. Ludwigsburger Rechtsgespräch  
              ZAAR Verlag 2006, ISBN 3-9809380-5-0 (ISBN 978-3-9809380-5-1)
- Band 6      Reformdruck auf das Arbeitsrecht in Europa – Wie reagieren nationale Rechtsordnungen?  
              3. ZAAR-Kongress  
              ZAAR Verlag 2006, ISBN 3-9809380-7-7 (ISBN 978-3-9809380-7-5)
- Band 7      Till Brocker  
              Unternehmensmitbestimmung und Corporate Governance  
              ZAAR Verlag 2006, ISBN 9809380-8-5 (ISBN 978-3-9809380-8-2)

- 
- Band 8 Folgenabschätzung im Arbeitsrecht  
ZAAR Verlag 2007, ISBN 3-9809380-9-3 (978-3-9809380-9-9)
- Band 9 Familienschutz und Familienverträglichkeit des Arbeitsrechts  
3. Ludwigsburger Rechtsgespräch  
ZAAR Verlag 2007, ISBN 3-939671-00-2 (978-3-939671-00-8)
- Band 10 Unternehmensführung und betriebliche Mitbestimmung  
4. ZAAR-Kongress  
ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-02-2
- Band 11 Das Grünbuch und seine Folgen – Wohin treibt das europäische Arbeitsrecht?  
4. Ludwigsburger Rechtsgespräch  
ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-03-9
- Band 12 Vereinbarte Mitbestimmung in der SE  
5. ZAAR-Kongress  
ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-04-6
- Band 13 Arbeitsstrafrecht im Umbruch  
5. Ludwigsburger Rechtsgespräch  
ZAAR Verlag 2009, ISBN 978-3-939671-06-0
- Band 14 Jan H. Lessner-Sturm  
Gewerkschaften als Arbeitgeber  
ZAAR Verlag 2009, ISBN 978-3-939671-07-7
- Band 15 Zukunft der Zeitarbeit  
6. ZAAR-Kongress  
ZAAR Verlag 2009, ISBN 978-3-939671-08-4
- Band 16 Kartellrecht und Arbeitsmarkt  
6. Ludwigsburger Rechtsgespräch  
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-10-7
- Band 17 Bernd Wiebauer  
Kollektiv- oder individualrechtliche Sicherung der Mitbestimmung  
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-11-4
- Band 18 Neues Arbeitskampfrecht?  
7. ZAAR-Kongress  
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-12-1

- 
- Band 19 Christian A. Velten  
Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat – Eine  
verfassungsrechtliche, gesellschaftsrechtliche und  
arbeitsrechtliche Analyse  
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-13-8
- Band 20 Arbeitsrecht im Konzern  
2. ZAAR-Tagung  
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-14-5
- Band 21 Volker Rieble  
Verfassungsfragen der Tarifeinheit  
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-15-2
- Band 22 Clemens Latzel  
Gleichheit in der Unternehmensmitbestimmung  
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-16-9
- Band 23 Mindestlohn als politische und rechtliche  
Herausforderung  
7. Ludwigsburger Rechtsgespräch  
ZAAR Verlag 2011, ISBN 978-3-939671-17-6
- Band 24 Finanzkriseninduzierte Vergütungsregulierung und  
arbeitsrechtliche Entgeltsysteme  
8. ZAAR-Kongress  
ZAAR Verlag 2011, ISBN 978-3-939671-18-3
- Band 25 Richard Giesen  
Arbeits- und beitragsrechtliche Folgen der CGZP-  
Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts  
ZAAR Verlag 2011, ISBN 978-3-939671-19-0
- Band 26 Freie Industriedienstleistung als Alternative zur  
regulierten Zeitarbeit  
3. ZAAR-Tagung  
ZAAR Verlag 2011, ISBN 978-3-939671-20-6
- Band 27 Ausweitung der Tarifmacht – Zugriff auf  
Unternehmensautonomie und Marktverhalten  
8. Ludwigsburger Rechtsgespräch  
ZAAR Verlag 2012, ISBN 978-3-939671-21-3
- Band 28 Onur Sertkol  
Deutsch-Türkische Integration am Arbeitsplatz  
ZAAR Verlag 2012, ISBN 978-3-939671-22-0

- 
- Band 29 Know-how-Schutz im Arbeitsrecht  
9. ZAAR-Kongress  
ZAAR Verlag 2012, ISBN 978-3-939671-23-7
- Band 30 Volker Rieble/Clemens Latzel  
Wirtschaftsförderung nach sozialen Kriterien  
ZAAR Verlag 2012, ISBN 978-3-939671-24-4
- Band 31 Arbeiten im Alter [von 55 bis 75]  
4. ZAAR-Tagung  
ZAAR Verlag 2013, ISBN 978-3-939671-25-1
- Band 32 Stephan Vielmeier  
Tarifzensur  
ZAAR Verlag 2013, ISBN 978-3-939671-26-8
- Band 33 Funktionswandel der Sozialversicherung – von der  
Arbeitnehmer- zur Unternehmenshilfe und zum  
Marktakteur  
10. ZAAR-Kongress  
ZAAR Verlag 2013, ISBN 978-3-939671-27-5
- Band 34 Stephan Serr  
Private Tariftreue  
ZAAR Verlag 2013, ISBN 978-3-939671-29-9
- Band 35 Compliance im kollektiven Arbeitsrecht  
5. ZAAR-Tagung  
ZAAR Verlag 2014, ISBN 978-3-939671-30-5
- Band 36 Neue Tarifrechtspolitik?  
11. ZAAR-Kongress  
ZAAR Verlag 2014, ISBN 978-3-939671-31-2
- Band 37 Entgrenzter Arbeitskampf?  
6. ZAAR-Tagung  
ZAAR Verlag 2015, ISBN 978-3-939671-32-9
- Band 38 Vergaberecht und Arbeitsbedingungen  
12. ZAAR-Kongress  
ZAAR Verlag 2015, ISBN 978-3-939671-33-6
- Band 39 Industrie 4.0 als Herausforderung des Arbeitsrechts  
7. ZAAR-Tagung  
ZAAR Verlag 2016, ISBN 978-3-939671-34-3
- Band 40 Daniel Dommermuth-Alhäuser  
Arbeitsrechtsmissbrauch  
ZAAR Verlag 2015, ISBN 978-3-939671-35-0

- 
- Band 41    Systembildung im Europäischen Arbeitsrecht  
13. ZAAR-Kongress  
ZAAR Verlag 2016, ISBN 978-3-939671-36-7
- Band 42    Ordnungsfragen des Tarifvertragsrechts  
8. ZAAR-Tagung  
ZAAR Verlag 2017, ISBN 978-3-939671-37-4
- Band 43    Arbeitskampf, Verhandlung und Schlichtung  
14. ZAAR-Kongress  
ZAAR Verlag 2018, ISBN 978-3-939671-38-1
- Band 44    Bewegliche Mitbestimmung  
9. ZAAR-Tagung  
ZAAR Verlag 2018, ISBN 978-3-939671-39-8
- Band 45    Arbeitszeitmodelle der Zukunft  
15. ZAAR-Kongress  
ZAAR Verlag 2019, ISBN 978-3-939671-40-4
- Band 46    Julia Pacha  
Crowdwork  
ZAAR Verlag 2018, ISBN 978-3-939671-41-1
- Band 47    Neues Arbeitnehmerentsenderecht  
10. ZAAR-Tagung  
ZAAR Verlag 2019, ISBN 978-3-939671-42-8
- Band 48    Neues Urlaubsrecht, agiles und mobiles Arbeiten  
16. ZAAR-Kongress  
ZAAR Verlag 2019, ISBN 978-3-939671-43-5
- Band 49    Vergütungsfragen in Dienst- und Arbeitsverhältnissen  
11. ZAAR-Tagung  
ZAAR Verlag 2020, ISBN 978-3-939671-44-2
- Band 50    Arbeitsrechtsfragen bei Crowdworking und  
Plattformarbeit  
12. ZAAR-Tagung  
ZAAR-Verlag 2023, ISBN 978-3-939671-45-9

