

17. ZAAR-Kongress
**„Die Umsetzung der Whistleblowing-Richtlinie
durch das Hinweisgeberschutzgesetz“**

am Freitag, 5. Mai 2023 in München



Wo könnte man besser über den Hinweisgeberschutz diskutieren als in der Wirkungsstätte des wohl prominentesten Hinweisgebers Bayerns, Bruder Barnabas. Konsequenterweise fand der 17. ZAAR-Kongress zur Umsetzung der Whistleblowing Richtlinie also in den Räumlichkeiten der Paulanerbrauerei am Nockherberg in München statt. Und auch wenn (bedauerlicherweise) während der Vorträge auf den Alkoholkonsum verzichtet wurde, waren die Vorträge und nachfolgenden Diskussionen nicht minder lebhaft und anregend.

Professor Dr. Abbo Junker eröffnete den Kongress und hob neben den Mühen der von auswärts Anreisenden die Aktualität des Themas hervor. Obwohl die sog. Whistleblowing-Richtlinie eigentlich schon bis zum 17.12.2021 hätte umgesetzt werden müssen, wartete der Gesetzesentwurf zum Zeitpunkt der Tagung noch auf eine Behandlung im Vermittlungsausschuss.

I. Das Hinweisgeberschutzgesetz (HinSchG) im Überblick



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 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

II. Whistleblowing in Unternehmen – Stand der empirischen Forschung



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 ließen 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 beträfen; 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.

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 Interessenlage – aus Sicht der Diskussionsteilnehmer – auf kleinere Unternehmen in Deutschland nur bedingt übertragbar.

III. Einrichtung und Betrieb der internen Meldestelle



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 verpflichte 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 u. 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 Vertraulichkeitsgebot (§ 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 S. 2 BetrVG) sei unklar, ob die interne Meldestelle eigenverantwortlich Daten verarbeite und daher entsprechende Verpflichtungen trage

(bspw. Art. 15 DSGVO). 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 potentiellen 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.

IV. Der arbeitsrechtliche Schutz des Hinweisgebers



Die Ehre des Schlussvortrags erhielt Rechtsanwältin Dr. *Nathalie Obertühr*, 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 Rechtsanwältin Dr. Obertühr die Ausgestaltung des Anwendungsbereichs des Gesetzesentwurfs und arbeitete diverse Wertungswidersprüche heraus. So sei unklar, warum ein Verstoß gegen das Nachweisgesetz in den Anwendungsbereich fiele, 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 Rechtsanwältin Dr. Obertühr 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 Rechtsanwältin Dr. Obertühr 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 potentielle Taktiken von Arbeitnehmern ein, von den Wirkungen des Hinweisgeberschutzes im Fall von Massenentlassungen zu profitieren.

Die anschließende Diskussion widmete sich dem von Rechtsanwältin 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 Anwendungsbereich und den Rechtsfolgen des HinSchG-E vor (Beschlussempfehlung des Vermittlungsausschusses – Drs. 20/6700, abrufbar: <https://dserver.bundestag.de/btd/20/067/2006700.pdf>). Indes dürften auch diese Änderungen die Unklarheiten des Gesetzesentwurf nur zum Teil ausräumen. Die von den Referenten aufgeworfenen Fragen werden die Rechtswissenschaft also noch länger beschäftigen.

Ein ausführlicher Tagungsbericht mit Beiträgen der Referenten wird in der ZAAR-Schriftenreihe erscheinen.

Thomas Ittner, wissenschaftlicher Mitarbeiter am ZAAR