



Z A A R

Zentrum für Arbeitsbeziehungen
und Arbeitsrecht

VORTRAGSREIHE

Donnerstag, 23. November 2023 / 19:00 Uhr

Betriebsrat und Hinweisgeber – Interne Ermittlungen und das neue HinSchG

Referent:

Dr. Mark Zimmer
(ADVANT Beiten)

RECHTE DES BETRIEBSRATS BEI INTERNEN ERMITTLUNGEN



Unterrichtungspflicht des Arbeitgebers (§ 80 II BetrVG)

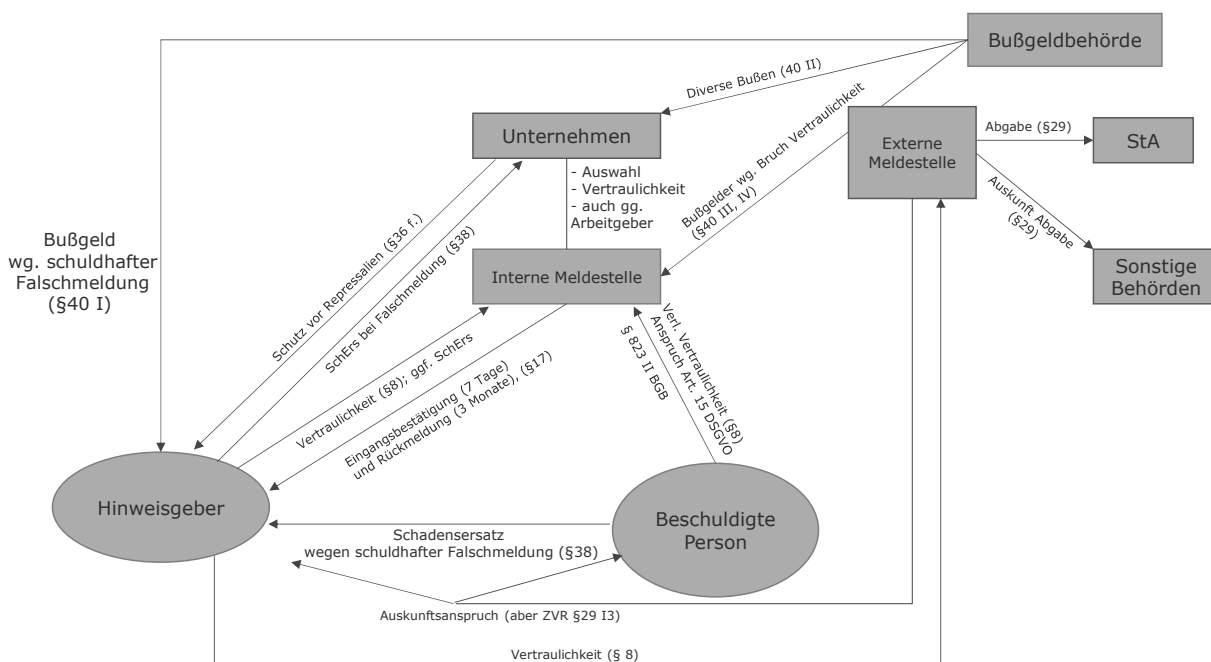
Bei standardisierten Fragebögen: § 94 BetrVG -> kaum

Kein *generelles* Mitbestimmungsrecht nach § 87 BetrVG

- nicht wegen Ordnung des Betriebs (Nr. 1)
- möglich wegen Nutzung IT-System (Nr. 6)

Kein Anwesenheitsrecht des BR bei Befragungen

RECHTE UND PFLICHTEN IM HINSGH



BETRIEBSRAT: ROLLE BEIM HINWEISGEBERSCHUTZGESETZ

Kein Hinweis auf BR in HinSchG, RiLi oder Begründung

Allgemeines Informationsrecht (§ 80 II BetrVG)

Zustimmungsrechte bei Besetzung Meldestelle (§ 99 BetrVG)

Evtl. Mitbestimmung bei Fortbildung (§ 96 ff. BetrVG)

Nicht notwendig Mitbestimmungsrecht nach § 87 BetrVG:

- nicht notw. wegen Ordnung des Betriebs (Nr. 1)
- evtl. wegen Nutzung IT-System (Nr. 6)

ADVANT Beiten



4

BETRIEBSRAT: RISIKEN BEI BEHÖRDENVERFAHREN

Gesetzliche Geheimhaltungspflicht (§ 79 BetrVG)

- nur bzgl. Geschäftsgeheimnissen des Arbeitgebers

Keine allg. Vertraulichkeitspflicht ggü. Arbeitnehmern

- nur in wenigen Fällen (§ 120 II BetrVG)

Kein Zeugnisverweigerungsrecht von BR-Mitgliedern

- Sie müssen vor Behörden und Gericht aussagen, was Mitarbeiter ihnen anvertrauen!
- Argument gegen Teilnahme BR an Interviews



ADVANT Beiten

5

Dr. Mark Zimmer, RA/FAArbR, und Simon Millfahrt

Die Rolle des Betriebsrats beim Hinweisgeberschutzgesetz

Mit großer zeitlicher Versäumnis hat der Gesetzgeber endlich die EU-Hinweisgeberschutzrichtlinie umgesetzt. Am 12.5.2023 gab der Bundesrat nach mehreren Anläufen das grüne Licht für das Hinweisgeberschutzgesetz (BR-Drucksache 210/23). Neben vielen Streitpunkten ist ein Thema bisher nicht in der Debatte erörtert worden: die Rolle der Betriebsräte. Dazu soll dieser Beitrag dienen.

I. Keine BR-Rechte im HinSchG-E oder seiner Begründung

In ihrer Begründung zum Gesetzesentwurf¹ äußerte sich die Bundesregierung nicht zu den Beteiligungsrechten des Betriebsrats. Die darauffolgende Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses des Bundestages² sowie der vorangegangene Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz³ sprachen das Thema ebenfalls nicht an. Auch die endgültige Fassung des Gesetzes enthält keine Regelungen zum Betriebsrat. Seine Beteiligungsrechte müssten sich somit aus allgemeinen Regeln, insbesondere aus dem BetrVG ergeben.

II. Unterrichtungsrechte, § 80 BetrVG

Nach § 12 werden Beschäftigungsgeber verpflichtet, interne Meldestellen einzurichten. Hieraus könnte ein Unterrichtsrecht aus § 80 II BetrVG folgen.

Damit der Betriebsrat seine gesetzlichen Aufgaben wahrnehmen kann, ist er rechtzeitig und umfassend vom Arbeitgeber zu unterrichten (§ 80 II 1 BetrVG). Hierbei sind über die ausdrücklich im Katalog des Abs. 1 genannten Aufgaben sämtliche Mitbestimmungs- und Beteiligungsrechte erfasst.⁴

Nach § 80 II 1 Nr. 1 BetrVG ist es eine Aufgabe des Betriebsrates, darüber zu wachen, dass die zugunsten der Arbeitnehmer geltenden Gesetze durchgeführt werden. Konkreter umfasst die Überwachungsaufgabe, dass der Betriebsrat dafür Sorge zu tragen hat, dass die Schutzgesetze tatsächlich umgesetzt werden.⁵ Der Begriff der zugunsten der Arbeitnehmer geltenden Gesetze ist weit zu verstehen und umfasst sämtliche Rechtsvorschriften, die sich zugunsten der Arbeitnehmer im Betrieb auswirken können.⁶ Hierunter fällt auch der Entwurf des HinSchG, denn dieses soll primär dem Schutz der Hinweisgeber dienen. Hierbei erwähnt § 1 I insbesondere den Schutz der Whistleblower, die im Vorfeld ihrer beruflichen Tätigkeit Informationen über Verstöße erlangt haben.

Damit der Betriebsrat seine Aufgaben wahren kann, ist dieser somit über die Einführung der internen Meldestellen zu unterrichten.

Die Unterrichtung muss umfassend erfolgen, sodass der Betriebsrat von allen Angaben Kenntnis erlangt, die er zur ordnungsgemäßen Erfüllung seiner Aufgaben benötigt.⁷ Zudem muss die Unterrichtung von sich aus rechtzeitig erfolgen. Rechtzeitig ist eine Unter-

richtung nur dann, wenn der Betriebsrat noch die Gelegenheit hat, sich mit der Angelegenheit zu befassen,⁸ wobei beehrte Informationen, die aus bereits übermittelten Daten ohne Weiteres abgeleitet werden können oder die der Betriebsrat bereits kennt⁹ nicht mitgeteilt werden müssen.

Sollte die Unterrichtung überhaupt nicht oder nicht nach den gesetzlichen Standards erfolgen, kann es zu einem Pflichtverletzungsverfahren nach § 23 III BetrVG kommen.¹⁰

III. Mitbestimmung bei personellen Einzelmaßnahmen, § 99 BetrVG

Nach § 14 I 1 hat der Arbeitgeber die Möglichkeiten, neues Personal für die Aufgaben der internen Meldestellen einzustellen oder bereits Beschäftigte mit den Aufgaben zu betrauen. Hieraus können sich die Beteiligungsrechte aus § 99 BetrVG ergeben.

Für den Fall, dass für die Meldestelle neues Personal eingestellt wird, ist für den Betriebsrat ganz offenkundig sein Informations- und Zustimmungsverweigerungsrecht (§ 99 BetrVG) eröffnet. Der andere – in der Praxis wohl häufigere – Fall ist, dass ein bereits angestellter Arbeitnehmer in der Meldestelle tätig wird, sei es ausschließlich oder neben seinen sonstigen Aufgaben.¹¹ Nach der Legaldefinition in § 95 III 1 BetrVG wird der Arbeitnehmer versetzt, wenn er einem anderen Arbeitsbereich zugewiesen wird, dies voraussichtlich die Dauer von einem Monat überschreitet oder die Umstände, unter denen er seine Arbeit leistet, mit einer erheblichen Änderung verbunden sind. Die Zuweisung eines anderen Arbeitsbereichs liegt grundsätzlich dann vor, wenn der Arbeitnehmer einem neuen Tätigkeitsbereich zugewiesen wird. Eine solche Versetzung ist gegeben, wenn ein mit den betrieblichen Verhältnissen vertrauter Beobachter das geänderte Gesamtbild des betroffenen Arbeitnehmers als eine „andere“ Tätigkeit ansieht.¹² Die Beurteilung der Erheblichkeit ist anzunehmen, wenn

1 Entwurf eines Gesetzes für einen besseren Personenschutz hinweisgebender Personen sowie zur Umsetzung der Richtlinie zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden, BT-Drs. 20/3442.

2 Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses zu dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 20/4909. – In diesem Betrag sind §§ ohne Gesetzesangabe solche des am 16.12.2022 vom Bundestag beschlossenen Gesetzesentwurf.

3 Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz: Entwurf eines Gesetzes für einen besseren Schutz hinweisgebender Personen sowie zur Umsetzung der Richtlinie zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden, 13.4.2022.

4 Kania, in: Erf. Komm. ArbR, 23. Aufl. 2023, BetrVG, § 80, Rn. 17.

5 Thüsing, in: Richardi, BetrVG, 17. Aufl. 2022, BetrVG, § 80, Rn. 18.

6 Kania, in: Erf. Komm. ArbR, 23. Aufl. 2023, BetrVG, § 80, Rn. 3.

7 Kania, in: Richardi, Erf. Komm. ArbR, 23. Aufl. 2023, BetrVG, § 80 Rn. 19.

8 Thüsing, in: Richardi, BetrVG, 17. Aufl. 2022, BetrVG, § 80, Rn. 60.

9 Thüsing, in: Richardi, BetrVG, 17. Aufl. 2022, BetrVG, § 80, Rn. 62.

10 Kania, in: Erf. Komm. ArbR, 23. Aufl. 2023, BetrVG, § 80, Rn. 38.

11 Letzteres ist in § 15 I 2 ausdrücklich vorgesehen.

12 BAG, 10.10.2012 – 7 ABR 42/11, AP BetrVG 1972 § 99 Versetzung Nr. 51; Thüsing, in: Richardi, BetrVG, 17. Aufl. 2023, § 99, Rn. 116.

die Änderung aus objektiver Sicht bedeutsam und für den betroffenen Arbeitnehmer gravierend ist.

Sollte ein Arbeitnehmer mit den Aufgaben einer internen Meldestelle betraut werden, muss demnach in Einzelfall umfassend entschieden werden, ob eine Versetzung vorliegt. In der Regel wird das der Fall sein, und zwar sowohl bei einer ausschließlichen als auch einer partiellen Tätigkeit in der Meldestelle.

IV. Mitbestimmung bei Berufsbildung, §§ 96 ff. BetrVG

Der Arbeitgeber hat nach § 15 II sicherzustellen, dass die beauftragten Personen über die zur ordnungsgemäßen Aufgabenwahrnehmung notwendige Fachkunde verfügen. Hierbei kann der Arbeitgeber eine Person mit der erforderlichen Fachkunde einstellen, oder er kann einen seiner Arbeitnehmer durch diesbezügliche Schulungsmaßnahmen weiterbilden. Bei den letztgenannten Maßnahmen ist der Betriebsrat nach §§ 96 ff. BetrVG grundsätzlich zu beteiligen.¹³ Hierbei hat der Betriebsrat insbesondere bei der Durchführung solcher Bildungsmaßnahmen ein als Zustimmung- und Initiativrecht gestaltetes Mitbestimmungsrecht (§ 98 I BetrVG).¹⁴

V. Mitbestimmungsrechte nach § 87 BetrVG

Neben den erwähnten Unterrichts- und Zustimmungsrechten kommen auch Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats in Betracht. Sie gehören zu den intensivsten Beteiligungsformen und entfalten ihre starke Wirkung vor allem dadurch, dass Maßnahmen des Arbeitgebers in mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten individualrechtlich unwirksam sind, solange und soweit keine Einigung mit dem Betriebsrat erzielt wurde (sog. Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung).¹⁵

1. Sperrwirkung des Gesetzes, § 87 I BetrVG

Ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats iSd § 87 BetrVG ist bereits dann ausgeschlossen, wenn der Arbeitgeber eine zwingende verbindliche Regelung umsetzt und keinen Ermessensspielraum hat.¹⁶

In § 12 wird abschließend eine Pflicht für bestimmte Arbeitgeber zur Einrichtung interner Meldestellen im eigenen Unternehmen normiert, ohne dass bei der Frage, ob überhaupt solche Meldewege eingeführt werden müssen, ein Spielraum bleibt.¹⁷ Das „Ob“ der Einführung von Meldestellen ist damit bereits aufgrund der Sperrwirkung durch den Vorrang gesetzlicher Bestimmung ausgeschlossen, unabhängig davon, ob einer der Tatbestände des § 87 BetrVG erfüllt wird oder nicht.

Damit ein Mitbestimmungsrecht gleichwohl gegeben sein könnte, müssen zwei Voraussetzungen erfüllt sein. Zunächst muss der Arbeitgeber über die Vorgaben des HinSchG hinausgehen, indem er bei der konkreten Ausgestaltung der Meldestellen von seinem Ermessensspielraum Gebrauch macht. Kommt man zu dem Ergebnis, dass der Arbeitgeber einen insoweit hinreichenden Ermessensspielraum hat, muss zusätzlich einer der Tatbestände aus § 87 I BetrVG erfüllt werden. In Betracht kommen zwei Tatbestände, nämlich die Nummern 1 und 6.

2. Ordnung des Betriebs und des Verhaltens der Arbeitnehmer, § 87 I Nr. 1 BetrVG

a) Tatbestand des § 87 I Nr. 1 BetrVG

§ 87 I Nr. 1 BetrVG enthält zwei Tatbestandsmerkmale: die Ordnung des Betriebs und das Verhalten der Arbeitnehmer.

Die Ordnung des Betriebs ist betroffen bei der Aufstellung und dem Vollzug verbindlicher Verhaltensnormen, bei denen ein Bezug zu der betrieblichen Ordnung besteht.¹⁸

Das Einrichten einer internen Meldestelle an sich begründet jedoch keine Verhaltensnorm, denn es verpflichtet nicht zu deren Nutzung. Sofern der Arbeitgeber die Arbeitnehmer nicht zur Meldung von Verstößen verpflichtet,¹⁹ ist die Nutzung der Meldestellen die freiwillige Entscheidung des potenziellen Hinweisgebers.

Eine verbindliche Verhaltensnorm ist erst dann denkbar, wenn der Arbeitgeber die Nutzung der Meldestellen verbindlich macht.²⁰ Vergleichbare Fälle, in denen die Erfüllung des Tatbestands anzunehmen ist, können in Compliance-Richtlinien wie Verhaltenskodizes etc. enthalten sein. Das muss aber mit der Einführung des gesetzlich vorgeschriebenen Meldesystems nicht verbunden sein.

Zudem erfasst das Tatbestandsmerkmal des Verhaltens der Arbeitnehmer aus § 87 I Nr. 1 BetrVG auch Arbeitgebermaßnahmen, die sich auf das sog. Ordnungsverhalten des Arbeitnehmers im Betrieb beziehen. Der Begriff des Ordnungsverhaltens wird berührt, soweit die Maßnahmen des Arbeitgebers auf die Gestaltung des kollektiven Miteinanders oder die Gewährleistung und Aufrechterhaltung der vorgegebenen Ordnung des Betriebs zielen.²¹ Fraglich ist, ob die Einrichtung einer internen Meldestelle überhaupt diese betriebliche Ordnung berührt.

In einem mit dem HinSchG vergleichbaren Fall konkretisierte das BAG den Geltungsbereich des § 87 I Nr. 1 BetrVG. Die Entscheidung betrifft den Streit um eine Mitbestimmung des Betriebsrats bei der verpflichtenden Einrichtung von Beschwerdestellen durch den Arbeitgeber nach § 13 AGG. Hierzu stellt das BAG fest, dass die nähere Ausgestaltung und Besetzung der Stelle, die über die gesetzlichen Verpflichtungen hinausgehen, nicht mitbestimmungsbedürftig seien. Die Bildung der Stelle sei lediglich Bestandteil der *Organisation* und nicht der *Ordnung* des Betriebs. Die alleinige Tatsache, dass es eine Beschwerdestelle gibt, sei keine Frage des Zusammenwirkens der Arbeitnehmer und des betrieblichen Zusammenlebens.²²

Die Beschwerdestellen nach § 13 AGG und die internen Meldestellen nach § 12 HinSchG sind sehr ähnlich. Bei beiden handelt es sich um Anlaufstellen für die Arbeitnehmer, in denen sie Verstöße melden können. Sie können beide ähnlich ausgestaltet werden und dienen der Aufklärung aktuellen oder vergangenen Verhaltens. Die enge Vergleichbarkeit der beiden Stellen lässt eine Parallelwertung zu, so dass

13 Hierzu Thüsing, in: Richardi, BetrVG, 17. Aufl. 2023, BetrVG, § 96, Rn. 4–6.

14 Thüsing, in: Richardi, BetrVG, 17. Aufl. 2023, BetrVG, § 98, Rn. 4.

15 Kania, in: Erf. Komm. ArbR, 23. Aufl. 2023, BetrVG, § 87, Rn. 139.

16 Werner, in: BeckOK ArbR, Stand: 1.12.2022, BetrVG, § 87, Rn. 18.

17 Vgl. ferner für das Bestehen eines Spielraums bei der Umsetzung der Whistleblower-Richtlinie Müller, öAT 2022, 30, 32.

18 Richardi/Maschmann, in: Richardi, BetrVG, 17. Aufl. 2022, BetrVG, § 87, Rn. 177.

19 Eine solche Verpflichtung kommt nach unserer Beobachtung sehr selten vor und begegnet zudem rechtlichen Herausforderungen; vgl. nur Steffen/Stöhr, RdA 2017, 43, 49. – Zu etwaigen Pflichten von Unternehmen, Compliance-Verstöße an Behörden zu melden vgl. Zimmer/Weigl, CCZ 2019, 21.

20 Mengel, CCZ 2008, 85, 90; Dzida/Granetzny, NZA, 2020, 1201, 1205 m. w. N.

21 Richardi/Maschmann, in: Richardi, BetrVG, 17. Aufl. 2022, BetrVG, § 87, Rn. 179.

22 BAG, 21.7.2009 – 1 ABR 42/08, NZA 2009, 1049; Benecke, in: BeckOK-GK, Stand: 1.3.2023, AGG, § 13, Rn. 7.

auch im Falle der internen Meldestellen das Ordnungsverhalten der Arbeitnehmer im Betrieb nicht berührt wird.

Somit unterliegt nicht nur das „Ob“ der Einrichtung einer Meldestelle (aufgrund der Sperrwirkung des Gesetzes), sondern auch das „Wie“ der näheren Ausgestaltung grundsätzlich nicht der Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 I Nr. 1 BetrVG.

b) Parallelwertung zu § 25a I 6 Nr. 3 KWG

Dieser Befund wird durch einen Blick in andere Gesetze bestätigt. Der Gesetzgeber hat auch in spezialgesetzlichen Whistleblowing-Regelungen in vergleichbaren Lagen kein Mitbestimmungsrecht normiert.

So gibt es Regelungen, die bestimmte Unternehmen im Rahmen des Finanzaufsichtsrechts dazu verpflichten, Hinweisgebersysteme einzurichten. Sowohl Art. 32 MAR²³ als auch Art. 71 III CRD²⁴ enthalten Verpflichtungen zu der Einrichtung von Hinweisgebersystemen und wurden beide unter anderem mit § 25a I 6 Nr. 3 KWG ins deutsche Recht umgesetzt.²⁵

Die genaue Ausgestaltung des Hinweisgebersystems bleibt überwiegend der Eigenverantwortung der Institute überlassen.²⁶ Anders als beim HinSchG verlangt das Gesetz nur die Einhaltung von Mindeststandards. Es müssen lediglich Kommunikationsmöglichkeiten über bestimmte sensible Themen eröffnet und „möglich“ werden sowie die Vertraulichkeit der Identität der Mitarbeit gewahrt werden.²⁷ Die Mechanismen des Whistleblower-Prozesses werden in Art. 71 II CRD IV näher konkretisiert. Demnach bedarf es speziellen Verfahren für den Empfang der Meldung, angemessenen Schutz für die Mitarbeiter, Schutz personenbezogener Daten, klare Vorschriften, die Vertraulichkeit garantieren und angemessenen Verfahren für Kanäle zur Meldung.²⁸

Bei diesen Whistleblowing-Systemen wurde eine betriebliche Mitbestimmung bereits auf der Grundlage des § 87 I Nr. 1 BetrVG nur angenommen, sofern die Arbeitnehmer verpflichtet werden, Verstöße über das interne Meldesystem zu melden.²⁹ Im HinSchG sind jedoch keine Meldepflichten für die Arbeitnehmer normiert.³⁰ Unverbindliche Angebote sind jedoch auch hier mitbestimmungsfrei.³¹ Daraus folgt, dass eine unternehmerische Umsetzung des HinSchG, ohne die Einführung einer Meldepflicht das Mitbestimmungsrecht aus § 87 I Nr. 1 BetrVG grundsätzlich nicht tangiert. Im Umkehrschluss heißt dies jedoch auch, dass die Einführung einer Meldepflicht nicht durch den Vorrang der Durchführung des Gesetzes gedeckt ist.

3. Technische Einrichtungen, § 87 I Nr. 6 BetrVG

In einer digitalisierten Welt werden Meldestellen in aller Regel anhand technischer Mittel realisiert. Dabei könnte ein Mitbestimmungsrecht aus § 87 I Nr. 6 BetrVG ausgelöst werden. Gegenstand einer solchen Mitbestimmung ist die technische Datenerhebung oder die technische Datenverarbeitung manuell erhobener Daten zur Überwachung von Verhalten und Leistung der Arbeitnehmer.³²

a) Überwachung

aa) Datenerhebung

Unter den Begriff der Überwachung fällt zunächst die Erhebung von Daten.³³ Dies umfasst den Vorgang, in dem Daten über ein Überwachungsobjekt gesammelt werden. Die Mitbestimmung wird dann ausgelöst, wenn dieser Vorgang nicht mehr von einer natürlichen Person durchgeführt wird, sondern auf eine technische Einrichtung übertragen wird.³⁴ Im Meldeverfahren des HinSchG wird der Prozess jedoch

nicht auf eine technische Einrichtung übertragen. Das Sammeln der Daten übernimmt vielmehr der Hinweisgeber als Individuum, der die Verstöße anderer beobachtet oder davon erfährt und diese lediglich über eine technische Einrichtung meldet.

Ferner ist es für eine solche Form der Überwachung nach § 87 I Nr. 6 BetrVG erforderlich, dass ein geräteautonomer Arbeitsvorgang stattfindet, bei dem kennzeichnend ist, dass durch eine automatische Erhebung von Daten ein neuer Erkenntnisgehalt gewonnen wird.³⁵ Der Erkenntnisgehalt eines Hinweises nach dem HinSchG basiert vollständig auf Informationen, die der Hinweisgeber wahrgenommen hat. Die Meldung solcher Informationen führt jedoch zu keiner Veränderung des Erkenntnisgehalts. Zudem werden die Daten hierbei nicht automatisch durch die technische Einrichtung erhoben. Bei einer solchen Einrichtung handelt es sich lediglich um ein System, das die bereits vollständigen Hinweise der Hinweisgeber entgegennimmt, speichert und für die zuständigen Personen zugänglich macht.

bb) Datenverarbeitung

Neben der Datenerhebung wird diskutiert, ob die alleinige Datenauswertung das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats aus § 87 I Nr. 6 BetrVG auslösen kann.³⁶ Entsprechend dem Charakter der Meldesysteme speichern diese lediglich die eingegangenen Meldungen, damit die zuständigen Mitarbeiter entsprechende Folgemaßnahmen ergreifen können. Fraglich ist hierbei, ob das Speichern der eingereichten Hinweise in einer Datenbank, Intranet-Webpage etc. ausreicht, um die Erfordernisse einer Datenauswertung und damit einer Überwachung zu erfüllen.

Hierbei bedarf es mindestens in einzelnen Überwachungsphasen einer eigenständigen Überwachungswirkung.³⁷ Die Überwachungswirkung geht jedoch ausschließlich von dem Hinweisgeber aus, der persönlich die Informationen erhalten oder wahrgenommen hat. Die technische Einrichtung nimmt hierbei vielmehr die Rolle eines Hilfsmittels ein, dass als Vehikel im Hinweisgeberprozess die menschliche durchgeführte Überprüfung entgegennimmt.³⁸

Das BAG hat konkretisiert, über welche Eigenschaft ein solches datenverarbeitendes System verfügen muss.³⁹ Demnach erfüllt eine

23 Verordnung (EU) Nr. 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.4.2014 über Marktmissbrauch (Marktmissbrauchsverordnung) und zur Aufhebung der RL 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinien 2003/124/EG und 2004/72/EG der Kommission.

24 RL 2013/36/EU über den Zugang zur Tätigkeit von Kreditinstituten und die Beaufsichtigung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen.

25 Langen/Donner, in: Schwennicke/Auerbach, Kreditwesengesetz (KWG) mit Zahlungsdienstaufsichtsgesetz (ZAG), 4. Aufl. 2021, KWG, § 25a, Rn. 112.

26 Helm, BB 2018, 1538, 1541.

27 Langen/Donner, in: Schwennicke/Auerbach, Kreditwesengesetz (KWG) mit Zahlungsdienstaufsichtsgesetz (ZAG), 4. Aufl. 2021, KWG, § 25a, Rn. 114.

28 Braun, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, Kreditwesengesetz, 6. Aufl. 2023, KWG, § 25a, Rn. 688.

29 BAG, 22.7.2008 – 1 ABR 40/07, BB 2008, 2520 m. BB-Komm. Sittard, NZA 2008, 1248, 1253; Mengel, Compliance und Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2023, § 7, Rn. 66.

30 Vgl. Dzida/Granetzny, NZA, 2020, 1201, 1205; Quast/Ohrloff, CCZ, 2022, 303, 307.

31 Mengel, Compliance und Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2023, § 7, Rn. 66.

32 Werner, in: BeckOK ArbR, Stand: 1.12.2022, BetrVG, § 87, Rn. 93; vgl. ferner Maschmann, in: Richardi, BetrVG, 17. Aufl. 2022, BetrVG, § 87, Rn. 489.

33 Kania, in: Erf. Komm. ArbR, 23. Aufl. 2023, BetrVG, § 87, Rn. 49.

34 Vgl. Salomon, in: Münch. Hdb. ArbR, Bd. 4, 5. Aufl. 2022, § 325, Rn. 13.

35 Salomon, in: Münch. Hdb. ArbR, Bd. 4, 5. Aufl. 2022, § 325, Rn. 7f.

36 Kania, in: Erf. Komm. ArbR, 23. Aufl. 2023, BetrVG, § 87, Rn. 50.

37 Maschmann, in: Richardi, BetrVG, 17. Aufl. 2022, BetrVG, § 87, Rn. 515; vgl. ferner unter dem Begriff „Kontrollwirkung“: Künzli, BB, 2021, 436, 438; Werner, in: BeckOK ArbR, Stand: 1.12.2022, BetrVG, § 87, Rn. 92.

38 Vgl. Maschmann, in: Richardi, BetrVG, 17. Aufl. 2022, BetrVG, § 87, Rn. 497.

39 BAG, 14.9.1984 – 1 ABR 23/82 (Düsseldorf), BB 1985, 193 m. BB-Komm. Hunold, NJW, 1985, 450, 450.

technische Einrichtung den Überwachungstatbestand, sofern sie verhaltens- und/oder leistungsbezogene Daten der Arbeitnehmer zu Aussagen über bestimmte Verhaltensweisen und/oder Leistung verarbeitet, die eine Beurteilung des Verhaltens oder der Leistung ermöglichen.⁴⁰ Eine solche Wertung schließt die digitale Umsetzung mittels interner Meldestellen jedoch nicht mit ein. Bei Hinweisgebersystemen werden die eingereichten Meldungen gerade nicht weiterverarbeitet. Die Aussage über das Verhalten des Arbeitnehmers wird bereits in finalisierter Form eingereicht. Die Grundlagen, auf denen der Arbeitgeber das Verhalten oder der Leistung des Arbeitnehmers bewertet, ändern sich durch das Zwischenschalten eines technischen Meldesystems.

cc) Ursprüngliches Kriterium der Unmittelbarkeit

In der Vergangenheit differenzierte das BAG den Begriff der Überwachung anhand des Kriteriums der Unmittelbarkeit.⁴¹ Dieses wurde jedoch im Facebook-Urteil⁴² fallen gelassen. Das Urteil befasst sich mit einer Facebook-Homepage eines Unternehmens, auf denen jeder Nutzer in der Form eines Posts oder Kommentars potenziell etwas zu den Arbeitnehmern veröffentlichen kann. Ein Beteiligungsrecht nach § 87 I Nr. 6 BetrVG wird dahingehend bejaht. Argumentiert wird anhand des Schutzzwecks der Norm. Obwohl Facebook die Verhaltensdaten der Arbeitnehmer nicht unmittelbar und „automatisch“ erhebe, bestehe gleichwohl ein ständiger Überwachungsdruck, zumal jederzeit zu einem Arbeitnehmer ein Post veröffentlicht werden könnte und der Arbeitgeber damit über die Leistung bzw. das Verhalten des Arbeitnehmer informiert werde.⁴³

Im Gegensatz zu der vom BAG entschiedenen Situation in Bezug auf Facebook bergen die Meldestellen nach dem HinSchG jedoch keine Gefahr konstanter Überwachung. Anders als bei einer Facebook-Homepage wird eine Meldung hier nur von Mitarbeitern eingereicht und auch grundsätzlich nur, wenn der Gegenstand einer solchen Mitteilung tatsächlich vorliegt. Hinzu kommt das Vertraulichkeitsgebot aus § 8, wonach sowohl die Vertraulichkeit der Identität der hinweisgebenden Person (Abs. 1 Nr. 1), der Personen, die Gegenstand der Meldung sind (Abs. 1 Nr. 2) sowie jeder sonstigen in der Meldung genannten Personen (Abs. 1 Nr. 3) gewahrt werden muss. Der Arbeitgeber hat anders als bei Facebook, keinen direkten Zugriff auf die Informationen, welche die Arbeitnehmern betreffen.

b) Gegenwärtiges Umsetzungsbeispiel: Whistleblowing-Hotlines

Ein bereits derzeit verbreitetes Umsetzungsbeispiel für interne Meldestellen mit einer technischen Ausstattung sind die bereits in vielen Unternehmen vorhandenen Whistleblowing-Hotlines.⁴⁴ Auch bei diesem konkreten Beispiel geht von der Hotline selbst keine Kontrollwirkung aus.⁴⁵ Die Hotline ist lediglich ein Vehikel, mit dem die Arbeitnehmer ihre Informationen weiterleiten können.

Allerdings kommt es hier auf die konkrete Ausgestaltung der technischen Einrichtung an. So ist eine objektive Kontrollwirkung der Whistleblowing-Hotline dann anzunehmen, wenn die Telefonate aufgezeichnet werden.⁴⁶ Denn mit den Aufnahmen hat der Arbeitgeber Informationen erhoben, die abseits der Meldung des Verstoßes Rückschlüsse auf das sonstige Verhalten der Arbeitnehmer ermöglichen. Die Aufzeichnung ist jedoch eine bewusste Entscheidung des Arbeitgebers, auf die im Regelfall auch verzichtet wird.⁴⁷ Ohne

Aufzeichnung der Gespräche entfällt somit das Mitbestimmungsrecht nach § 87 I Nr. 6 BetrVG.

Zusammenfassend kann somit ein Meldesystem nach dem HinSchG mitbestimmungsfrei eingeführt werden.

VI. Gründe für BR-Beteiligung unabhängig von der Rechtslage

Unabhängig von dieser rechtlichen Bewertung kann sich freilich eine Beteiligung des Betriebsrats etwa in Form einer freiwilligen Betriebsvereinbarung (§ 88 BetrVG) aus folgenden Gründen anbieten.

1. Akzeptanz in der Belegschaft

Eine Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Einrichtung einer Meldestelle könnte das Vertrauen der Belegschaft in die unternehmenseigenen Meldekanäle stärken und eine verstärkte Akzeptanz der Arbeitnehmer hervorbringen. Der Mitbestimmungsprozess fördert die Transparenz zwischen der konkreten Ausgestaltung der Meldewege und der Belegschaft angesichts des vom Gesetz bezweckten Schutz der Hinweisgeber ist, die häufig zur Belegschaft gehören, ist es im Sinne der Akzeptanz vorteilhaft, die Gremien mit einzubeziehen, die diese geschützte Belegschaft vertreten. Nicht zuletzt stärkt dies das Gefühl der eigenen Sicherheit und das Vertrauen in die Meldewege des eigenen Unternehmens. Die Akzeptanz und Kooperation der Belegschaft kann zudem durch einen Betriebsrat, der seine Mitbestimmungsrechte gewahrt sieht, weiter gefördert werden.⁴⁸

2. Anreize für Präferenz interner vor externer Meldung

Neben der Verpflichtung, zur Schaffung interner Meldestellen sieht das Gesetz vor, dass zusätzlich externe Meldestellen eingerichtet werden sollen (§ 19 ff.). Anders als nach der bisherigen deutschen Rechtsprechung sieht die Richtlinie ausdrücklich keinen Vorrang interner vor externen Meldungen.⁴⁹ Eine Berücksichtigung der Akzeptanz und Kooperation seitens der Belegschaft bietet diesbezüglich beiderseitige Vorteile. Zunächst wird das Vertrauen der Belegschaft in die eigenen Kanäle gestärkt, sodass diese tendenziell attraktiver wirken als die externen Meldestellen. Andererseits hat der Arbeitgeber den Vorteil, dass Meldungen dadurch zunächst eher unternehmensintern verarbeitet und eigene Folgemaßnahmen ergriffen werden können.

3. Datenschutzrechtliche Rechtsgrundlage (Art. 88 II DSGVO⁵⁰)

Während des Meldeprozesses werden personenbezogene Daten der Personen, die Gegenstand der Meldung sind, sowie ggf. diejenigen

40 BAG, 14.9.1984 – 1 ABR 23/82 (Düsseldorf), BB 1985, 193 m. BB-Komm. Hunold, NJW, 1985, 450, 453.

41 Kania, in: Erf. Komm. ArbR, 23. Aufl. 2023, BetrVG, § 87, Rn. 56.

42 BAG, 13.12.2016 – 1 ABR 7/15 – Facebook, BB 2017, 1213; NZA 2017, 657.

43 Maschmann, in: Richardi, BetrVG, § 87, Rn. 498.

44 Vgl. Mengel, CCZ, 2008, 85, 88.

45 Steffen/Stöhr, RdA, 2017, 43, 50.

46 Mengel, CCZ, 2008, 85, 90 m. w. N.

47 Mengel, CCZ, 2008, 85, 90.

48 Zimmer/Heymann, BB 2010, 1853, 1853.

49 Zu den Gefahren aus dieser Gleichordnung s. Zimmer/Humphrey, BB 2022, 372, 374.

50 Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.4.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der RL 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung).

des Hinweisgebers erhoben, übermittelt und gespeichert.⁵¹ Nach Art. 6 I lit. c DSGVO sind die Meldestellen befugt, Daten zu erheben, zu verarbeiten oder weiterzugeben, sofern dies für die Erledigung der ihr zugewiesenen Aufgaben erforderlich ist. Darüber hinausgehende Verarbeitungen personenbezogener Daten sind anhand des allgemeinen Datenschutzrechts (Art. 88 DSGVO i. V.m. § 26 I 2 BDSG) zu bewerten.⁵²

Damit der Arbeitgeber hier Rechtssicherheit erlangen kann, besteht die Möglichkeit, dass eine Betriebsvereinbarung geschlossen wird, die das Verarbeiten der Beschäftigtendaten erlaubt und damit rechtfertigt (§ 26 IV BDSG).⁵³

VII. Zusammenfassung

Der Betriebsrat ist über die Einführung von gesetzlich vorgeschriebenen Meldesystemen zu unterrichten (§ 80 BetrVG). Werden Arbeitnehmer für die Tätigkeit in einer internen Meldestelle eingestellt oder versetzt, löst dies eine Zustimmungspflicht nach § 99 BetrVG aus. Müssen sie hierfür weitergebildet werden, kommt eine Mitbestimmung nach § 96 BetrVG in Betracht. Hingegen bestehen nicht zwingend Mitbestimmungsrechte nach § 87 BetrVG bei der Umsetzung des Gesetzes, weil für die Nutzung der Meldesysteme keine Verhaltenspflichten aufgestellt werden müssen und die Betriebsordnung nicht berührt wird (§ 87 I Nr. 1 BetrVG) sowie das Meldesystem in der Regel nicht selbst zur Überwachung von Verhalten oder Leistung bestimmt oder geeignet ist (§ 87 I Nr. 6 BetrVG). Unabhängig von dieser rechtlichen Bewertung kann sich

freilich eine Beteiligung des Betriebsrats etwa in Form einer freiwilligen Betriebsvereinbarung (§ 88 BetrVG) aus politischen Gründen anbieten: Sie erhöht die Akzeptanz der Meldesysteme in der Belegschaft und ermöglicht es, eine Präferenz interner vor externer Meldung zu deklarieren.

Dr. Mark Zimmer ist Partner im Münchener Büro von Gibson, Dunn & Crutcher. Der Fachanwalt für Arbeitsrecht berät seit 27 Jahren Unternehmen in allen arbeitsrechtlichen Angelegenheiten. Ein Schwerpunkt seiner Praxis sind interne Untersuchungen wegen Compliance-Verstößen. Über zahlreiche Publikationen und Vorträge hinaus ist Herr Zimmer durch zwei Lehraufträge hervorgetreten.



Simon Millfahrt studiert Jura an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster und ist Praktikant im Münchener Büro von Gibson, Dunn & Crutcher.



⁵¹ Mengel, Compliance und Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2023, § 7, Rn. 58.

⁵² Bayreuther, NZA-Beilage 2022, 20, 22.

⁵³ Mengel, Compliance und Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2023, § 7 Rn. 65.

Dr. Mark Zimmer, RA/FAArbR, und Dr. Camilla Bertheau, RA

Betriebsrat ohne Zeugnisverweigerungsrecht

Als Zeuge muss er aussagen, was Arbeitnehmer ihm anvertrauen

Steht einem Betriebsrat, dem ein Arbeitnehmer unter dem Siegel der Verschwiegenheit etwas anvertraut, ein Zeugnisverweigerungsrecht in einem behördlichen oder gerichtlichen Verfahren zu? Auf den ersten Blick möchte man angesichts des Vertrauensverhältnisses eine Verschwiegenheitspflicht und ein Zeugnisverweigerungsrecht annehmen. Tatsächlich ist die Rechtslage anders. Insbesondere in Strafverfahren steht Betriebsräten kein Zeugnisverweigerungsrecht zu, auch wenn die Beteiligten regelmäßig darauf vertrauen. Die Probleme, die daraus entstehen können, sind offensichtlich. Es ist damit zu rechnen, dass diese verstärkt auftreten werden, wenn – wie im Regierungsentwurf für ein Verbandssanktionengesetz vorgesehen – Betriebsräte zunehmend als Vertrauenspersonen der Arbeitnehmer in unternehmensinterne Aufklärungen einbezogen werden. Der vorliegende Beitrag will aus arbeits- und strafrechtlicher Sicht alle Beteiligten für das Dilemma des Betriebsrats sensibilisieren und Lösungswege aufzeigen.

I. Problem

Als Zeuge vor Gericht auszusagen, gehört zu den staatsrechtlich begründeten Pflichten eines jeden. Das Rechtsstaatsprinzip weist der Justiz die verbindliche Klärung rechtlicher Streitigkeiten und die Strafverfolgung zu. Dazu benötigt sie das erforderliche Aufklärungsinstrumentarium. Die Beweiserhebung ermöglicht die Aufklärung der Sachverhalte, über die zu entscheiden ist. Dabei sind Zeugenaussagen ein wichtiges, häufig sogar das zentrale Beweismittel. Die Justiz könnte ihre Aufgabe nicht erfüllen, wenn potenzielle Zeugen frei entscheiden könnten, ob sie aussagen wollen oder nicht.

Daher die Zeugnisspflicht – einerseits.

Andererseits: Der Aufklärungsanspruch des Einzelnen und der Gesellschaft insgesamt steht nicht über allem. Legitime Interessen unterschiedlichster Art können einer Aufklärung um jeden Preis entgegenstehen und ggf. das Aufklärungsinteresse überwiegen. Verfassungsrechtlich anerkannt steht dem Einzelnen ein geschützter Raum der freien Entfaltung und des Vertrauens zu, in den auch der Staat, hier als Justiz mit ihrem Aufklärungsanspruch, nicht eingreifen darf.

Und schließlich: Dem Staat ist es nicht nur untersagt, selbst in die geschützte Sphäre einzugreifen, er schützt die persönlichen Vertrauensbeziehungen zusätzlich dadurch, dass er in bestimmten Fällen einen Vertrauensbruch desjenigen, dem ein Geheimnis anvertraut wurde, unter Strafe stellt.

Diese Systematik ist dem Grunde nach klar und anerkannt. Weniger klar ist, wo die Grenzen zwischen den jeweiligen Bereichen verlaufen, oder – anders ausgedrückt – wie die unterschiedlichen Interessen jeweils zu gewichten sind. Das ist nicht in Stein gemeißelt, sondern immer wieder neu auszuhandeln und unterliegt einer Entwicklung, die eng mit der allgemeinen gesellschaftlichen Entwicklung verknüpft ist. Dies bedeutet nicht, dass es in das Belieben des Einzelnen gestellt wäre zu entscheiden, ob er einer Verschwiegenheitspflicht unterliegt

und/oder ob ihm ein Zeugnisverweigerungsrecht zusteht. Sowohl der staatliche Aufklärungsanspruch als auch das schutzwürdige Vertrauen des Einzelnen in die Verschwiegenheit desjenigen, dem er sich anvertraut oder anvertraut hat, erfordern verlässliche Regeln. Es obliegt dem Gesetzgeber die entsprechenden Regeln festzulegen.

Aber sind diese Regeln im Falle der Betriebsräte tatsächlich verlässlich? Und sind sie angemessen?

II. Die gesetzliche Systematik

Verschwiegenheitspflichten und die Sanktionierung ihrer Verletzung einerseits sowie die Zeugnispflicht und Zeugnisverweigerungsrechte andererseits werden jeweils für sich geregelt. Vielfach, jedoch nicht immer, sind die jeweiligen Regelungen aufeinander abgestimmt. Wo das nicht der Fall ist, muss eindeutig geklärt sein, welcher Regelung und damit welchen Interessen die Rechtsordnung Vorrang einräumt.

1. Geheimhaltungspflichten des Betriebsrats

Mitglieder von Betriebsräten¹ unterliegen Geheimhaltungspflichten nach Maßgabe des § 79 BetrVG, die sich auf Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse erstrecken. Die Verletzung dieser Geheimhaltungspflichten ist strafrechtlich bewehrt (§ 120 Abs. 1 BetrVG). Darüber hinaus hat der Betriebsrat Geheimnisse von Arbeitnehmern zu wahren, die ihm in seiner Eigenschaft als Betriebsrat bekannt geworden sind und über die nach dem BetrVG Stillschweigen zu wahren ist (§ 120 Abs. 2 BetrVG).

Wie aus dem Gegenschluss zu § 120 Abs. 2 BetrVG folgt, erstreckt sich diese Geheimhaltungspflicht nicht auf Offenbarungen, die ein Arbeitnehmer dem Betriebsrat anvertraut (etwa über Fehlverhalten oder sonstige Missstände). Vielmehr sind nur diejenigen Fälle erfasst, in denen das Betriebsverfassungsgesetz selbst den Betriebsrat und seine Mitglieder zum Stillschweigen verpflichtet. Dies sind die folgenden vier Fälle:²

- Arbeitsentgelt, Beurteilung und Entwicklung (§ 82 Abs. 2 S. 3 BetrVG)
- Einblick in die Personalakte (§ 83 Abs. 2 S. 3 BetrVG)
- Zustimmungsverfahren bei personellen Einzelmaßnahmen (§ 99 Abs. 1 S. 3 BetrVG)
- Anhörung zu Kündigungen (§ 102 Abs. 2 S. 5 BetrVG)

Außerhalb dieser vier Themenbereiche besteht keine rechtliche Verschwiegenheitspflicht des Betriebsrats über Geheimnisse oder sonstige Umstände, die ihm der Arbeitnehmer mitteilt.³ Somit muss der Betriebsrat gerade in den delikaten Fällen, in denen sich Arbeitnehmer dem Betriebsrat anvertrauen, diese Umstände aus rechtlicher Sicht nicht geheim halten.

¹ Im Folgenden werden *Mitglieder* von Betriebsratsgremien einem allgemeinen Brauch entsprechend auch selbst als „Betriebsräte“ bezeichnet. Ebenso bezieht sich der Begriff „Betriebsrat“ auch auf Gesamt- und Konzernbetriebsräte.

² *Annuß*, in: Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, 16. Aufl. 2017, § 120, Rn. 17.

³ *Annuß*, in: Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, 16. Aufl. 2017, § 120, Rn. 17.

Faktisch wird ein Betriebsrat freilich in aller Regel auch ohne Rechtspflicht diejenigen Informationen, die ihm von Arbeitnehmerseite anvertraut werden, jedenfalls gegenüber Arbeitgeber und Dritten, geheim halten, weil dies seinem Rollenverständnis entspricht und er andernfalls seinem Ruf schaden würde. Diese faktische Verschwiegenheit kann er jedoch nur so lange aufrechterhalten, wie es keine gesetzlichen Auskunfts- oder Aussagepflichten gibt. Letzteres kann – gerade in Compliance-Fällen – dann in Betracht kommen, wenn Betriebsräte in einem Gerichtsprozess oder einem verwaltungs- bzw. strafrechtlichen Ermittlungsverfahren als Zeugen geladen werden (näher unter 2.).

In diesen staatlichen Verfahren müsste der Betriebsrat die ihm anvertrauten Informationen preisgeben, auch wenn er damit seine Klientel belastet und beide – Mitarbeiter und Betriebsrat – von einer Geheimhaltung ausgegangen sind. Tatsächlich besteht kein Zeugnisverweigerungsrecht des Betriebsrats, wie im Folgenden dargelegt wird.

2. Zeugnispflicht und Zeugnisverweigerungsrecht

Die Zeugnispflicht ist in den Prozessordnungen der verschiedenen Gerichtsbarkeiten nur teilweise ausdrücklich normiert.⁴ Soweit dies nicht der Fall ist, wird jedoch die Zeugnispflicht stillschweigend vorausgesetzt. Dies ergibt sich insbesondere daraus, dass das (unentschuldigte) Nichterscheinen und die grundlose Zeugnisverweigerung sanktioniert werden können.

Eine Sanktion scheidet jedoch aus, wenn und soweit dem Zeugen ein Zeugnisverweigerungsrecht zusteht. Auch die Zeugnisverweigerungsrechte werden in den Prozessordnungen der jeweiligen Gerichtsbarkeiten gesondert geregelt. Sie entsprechen sich zu weiten Teilen – aber nicht vollständig. Die Gründe, die zu einem Zeugnisverweigerungsrecht führen können, sind vielfältig. Im Wesentlichen lassen sie sich folgendermaßen einteilen: Es gibt Zeugnisverweigerungsrechte, die sich aus der persönlichen Nähe zu einem Verfahrensbeteiligten herleiten (bspw. Ehegatten oder Kinder);⁵ das Zeugnisverweigerungsrecht gilt dann umfassend, doch können die potentiellen Zeugen selbst entscheiden, ob sie von diesem Recht Gebrauch machen wollen oder nicht.⁶ Andere Zeugnisverweigerungsrechte leiten sich aus einem beruflich bedingten Vertrauensverhältnis ab (etwa Geistliche, Ärzte und Rechtsanwälte – sog. Berufsheimnisträger).⁷ Das Zeugnisverweigerungsrecht gilt dann nicht umfassend, sondern nur in Bezug auf die beruflich erlangten Kenntnisse. Das Zeugnisverweigerungsrecht kann ggf. entfallen, wenn der Beteiligte des Vertrauensverhältnisses den Berufsheimnisträger von der Pflicht zur Verschwiegenheit entbindet.⁸ Sodann können Zeugnisverweigerungsrechte aus der amtlichen Stellung eines Zeugen erwachsen. Beamte und Mitarbeiter des öffentlichen Dienstes sind grundsätzlich zur Verschwiegenheit über die ihnen amtlich bekannt gewordenen Umstände verpflichtet und dürfen nur aussagen, wenn und soweit ihnen von ihrem Dienstherrn eine Aussagegenehmigung erteilt worden ist.⁹ Schließlich kann ein Recht nicht auszusagen aus dem Recht herrühren, sich selbst oder nahe Angehörige nicht belasten zu müssen.¹⁰ Auch hier entscheiden die Zeugen selbst, ob sie – trotz Auskunftsverweigerungsrechts – aussagen.

Das Zeugnisverweigerungsrecht eines Betriebsratsmitglieds kann sich in diesem Gefüge allenfalls aus einem beruflich bedingten Vertrauensverhältnis, mithin aus seiner Eigenschaft als Berufsheimnisträger, ableiten lassen.

Gerade in Bezug auf die Gruppe der Berufsheimnisträger unterscheiden sich die gesetzlichen Regelungen der Prozessordnungen we-

sentlich. Die ZPO sieht hier in § 383 Abs. 1 Nr. 6 eine Generalklausel vor, wonach zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigt sind:

„Personen, denen kraft Amtes, Standes oder Gewerbes Tatsachen anvertraut sind, deren Geheimhaltung durch ihre Natur oder durch gesetzliche Vorschrift geboten ist, in Betreff der Tatsachen, auf welche die Verpflichtung zur Verschwiegenheit sich bezieht.“

Die ZPO definiert mithin den Kreis der zeugnisverweigerungsberechtigten Berufsheimnisträger nicht selbst, sondern leitet das Zeugnisverweigerungsrecht aus der sich aus der sonstigen Rechtsordnung ergebenden Verschwiegenheitspflicht ab. Für die Betriebsräte bedeutet dies, dass diesen in dem Umfang, in dem sie zur Verschwiegenheit verpflichtet sind, zivilprozessual ein Zeugnisverweigerungsrecht zusteht. Da sich – wie unter II. 1. dargestellt – die gesetzliche Pflicht des Betriebsrats zur Verschwiegenheit nicht auf die Umstände bezieht, die einzelne Mitarbeiter¹¹ dem Betriebsrat anvertrauen, besteht insoweit auch kein zivilprozessuales Zeugnisverweigerungsrecht.¹² Die Tatsache, dass der Betriebsrat in anderen Bereichen zur Verschwiegenheit verpflichtet ist¹³ und insoweit im Zivilprozess das Zeugnis verweigern darf, macht die Rechtslage für die Beteiligten verwirrend. Insgesamt ist jedoch davon auszugehen, dass ein Betriebsratsmitglied im Zivilprozess nicht das Zeugnis über etwas verweigern darf, was ihm ein Mitarbeiter anvertraut hat.

Deutlicher ist die Rechtslage in der Strafprozessordnung geregelt. Diese sieht in § 53 StPO einen detaillierten Katalog derjenigen Berufsheimnisträger vor, denen ein Zeugnisverweigerungsrecht zusteht. In ihrer ursprünglichen Fassung (§ 52 RStPO von 1877) sah die Vorschrift ein Zeugnisverweigerungsrecht nur für Geistliche, Verteidiger, Rechtsanwälte und Ärzte vor. Der Kreis der Zeugnisverweigerungsberechtigten wurde sukzessive erweitert. Er umfasst heute selbstverständlich Notare und Wirtschaftsprüfer, aber etwa auch Angehörige anerkannter Drogenberatungsstellen.¹⁴ Diese Erweiterungen haben jedoch an dem Grundsatz nichts geändert, demzufolge einem Berufsheimnisträger strafprozessual ein Zeugnisverweigerungsrecht nur dann zusteht, wenn die entsprechende Berufsgruppe in dem Katalog des § 53 StPO enthalten ist. Dies ist in Literatur und Rechtsprechung ganz herrschende Meinung, auch wenn immer wieder diskutiert worden ist, ob im Einzelfall aus übergeordneten rechtsstaatlichen, verfassungsrechtlichen Erwägungen ein Zeugnisverweigerungsrecht einzelner Berufsgruppen ohne eine entsprechende Regelung anzuerkennen ist.¹⁵

4 Die gesetzlichen Zeugenpflichten ergeben sich für den Zivilprozess aus §§ 377, 380, für den Strafprozess aus § 48 Abs. 1 StPO, für das Verwaltungsverfahren aus § 65 Abs. 1 S. 1 VwVfG und für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren aus § 48 Abs. 1, 161a Abs. 1 S. 1 StPO.

5 S. etwa § 52 StPO, § 383 Abs. 1, Nr. 1–3 ZPO.

6 Ignor/Bertheau, in: Löwe/Rosenberg, StPO, 27. Aufl. 2017, § 52, Rn. 22f.

7 S. § 53 StPO, § 383 Nr. 4 und 6.

8 S. § 53 Abs. 2 S. 1 StPO, § 385 Abs. 2 ZPO.

9 S. § 54 StPO, § 376 ZPO.

10 S. § 55 StPO, § 384 Nr. 2 ZPO.

11 Der Begriff „Mitarbeiter“ wird hier zur besseren Lesbarkeit geschlechtsübergreifend verwendet. Ebenso wird er, weil gebräuchlicher, synonym verwendet für den Rechtsbegriff „Arbeitnehmer“.

12 Für Gewerkschaftssekretäre wird in der Literatur teilweise ein zivilprozessuales Zeugnisverweigerungsrecht angenommen (Scheuch, in: Vorwerk/Wolf, BeckOK ZPO, 33. Edition, Stand: 1.7.2019, § 383, Rn. 23.1). Allerdings sind sie nicht mit Betriebsratsmitgliedern gleichzusetzen, zumal Letztere zwingend Betriebsangehörige sind (§§ 7, 8 BetrVG). Das Zeugnisverweigerungsrecht für Gewerkschaftssekretäre ergibt sich aus ihrer in § 11 ArbGG vorgesehenen Rolle als Bevollmächtigte von Arbeitnehmern im Arbeitsgerichtsprozess, wo sie wie Rechtsanwälte agieren. Diese Funktion erfüllen Betriebsräte nicht.

13 Vgl. § 120 Abs. 2 BetrVG; hierzu instruktiv Tag, BB 2001, 1578.

14 Vgl. zur Entwicklung der Vorschrift Ignor/Bertheau, in: Löwe/Rosenberg, StPO, 27. Aufl. 2017, § 53 Entstehungsgeschichte.

15 S. nur Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 61. Aufl. 2018, § 53, Rn. 2 m. w. N.

Diese strafprozessuale Regelungssystematik kann dazu führen, dass eine Zeugnispflicht trotz einer entgegenstehenden und für sich genommen strafbewehrten Verschwiegenheitspflicht besteht. In diesem Fall ist der Bruch der Verschwiegenheit durch die Zeugnispflicht gerechtfertigt. Eine Strafbarkeit entfällt.¹⁶

Betriebsratsmitgliedern steht nach § 53 StPO kein Zeugnisverweigerungsrecht zu. Sie sind mithin strafprozessual zur Aussage verpflichtet – unabhängig davon, ob sie einer Verschwiegenheitspflicht unterliegen oder nicht. Diese Zeugnispflicht gilt für alle Stadien eines Strafverfahrens, also auch bereits in dem von der Staatsanwaltschaft geführten Ermittlungsverfahren, aber auch für den gesamten Bereich der Ordnungswidrigkeitenverfahren, deren Prozessordnung weitgehend die Regelungen der StPO übernimmt.

III. Das Dilemma des Betriebsrats

Der Befund ist unbefriedigend: Strafprozessual steht dem Betriebsrat – Verschwiegenheitspflicht hin oder her – kein Zeugnisverweigerungsrecht zu, zivilprozessual jedenfalls nicht bezüglich der ihm von Mitarbeitern anvertrauten Tatsachen. Dies ist nicht nur für den Betriebsrat eine missliche Situation, sondern insbesondere für die Personen, die sich an den Betriebsrat wenden – meist in dem Vertrauen auf dessen Verschwiegenheit oder gar Verschwiegenheitspflicht.

Das Problem ist nicht neu. Bereits im Jahre 1979 nahm das Bundesverfassungsgericht die Verfassungsbeschwerden eines Betriebsrats sowie des betroffenen Betriebsratsmitglieds nicht zur Entscheidung an, die sich durch die strafprozessuale Zeugnispflicht in ihren Rechten verletzt sahen.¹⁷ Das Gericht bestätigte, dass Mitgliedern von Betriebsräten nach § 53 StPO kein Zeugnisverweigerungsrecht zusteht und hielt dies für mit dem Grundgesetz vereinbar. Gleichwohl dürfte dieser rechtlich eindeutige Befund viele Arbeitnehmer, Betriebsräte und Personalverantwortliche erstaunen und irritieren, die nach gesundem Menschenverstand davon ausgehen, dass der Betriebsrat die ihm von Mitarbeitern anvertrauten Umstände geheim hält und darüber jedenfalls nicht als Zeuge vor Gericht aussagen muss.

1. Diskrepanz zwischen Rechtslage und allgemeiner Wahrnehmung

In der betrieblichen Praxis wenden sich Arbeitnehmer an einen Betriebsrat in der selbstverständlichen Annahme, dieser werde die Sache vertraulich behandeln. Hiervon wird in aller Regel der Betriebsrat selbst ausgehen und dem Arbeitnehmer im Zweifel auch eine vertrauliche Behandlung zusagen. Dadurch gelangen beide in ungeahnte Probleme. Das böse Erwachen kommt spätestens mit der Belehrung vor Gericht oder der Staatsanwaltschaft, die den Betriebsrat darüber aufklären, dass er kraft seines Amtes kein Zeugnisverweigerungsrecht hat. Werden sie auf dieses Risiko vorab hingewiesen, verzichten etliche Betriebsräte in der Praxis darauf, dem Mitarbeiter in Befragungen (Interviews) im Rahmen unternehmensinterner Ermittlungen beizustehen.

2. Zusatzproblem für Betriebsratsmitglieder

Besteht somit eine gravierende Diskrepanz zwischen der Rechtslage und dem weitverbreiteten Rechtsverständnis der Betriebspartner, stellt sich für das einzelne Betriebsratsmitglied ein weiteres Problem: Es kann seine Betriebsratskollegen nicht über das Gespräch mit dem Arbeitnehmer informieren, ohne auch sie in das o.g. Dilemma zu stürzen, gegen ihre eigene Klientel aussagen zu müssen. Behält er das

ihm Anvertraute dementsprechend für sich, führt dies wiederum zu einem Vertrauensverlust innerhalb des Betriebsrats-Gremiums.

Die Rechtslage birgt somit ein doppeltes Dilemma: Zum einen muss der Betriebsrat über ihm von Mitarbeitern anvertraute Umstände als Zeuge aussagen; zum anderen wird das einzelne Betriebsratsmitglied in einen Vertrauenskonflikt mit dem Betriebsratsgremium gebracht.

3. Aktualität durch das geplante Verbandssanktionengesetz

Durch das geplante Verbandssanktionengesetz könnte diese Misere zusätzlich Aktualität gewinnen. Der derzeitige Regierungsentwurf des Gesetzes sieht vor, dass die betroffenen Unternehmen durch eine unternehmensinterne Aufklärung einen erheblichen Sanktionsrabatt erreichen können. Diese Aufklärung muss jedoch ihrerseits rechtsstaatlichen Standards genügen (Durchführung der Untersuchungen in einem „fairen Verfahren“). Zu einer solchen unternehmensinternen Aufklärung gehören ohne Frage auch Vernehmungen von Mitarbeitern, die möglicherweise auch eigenes schuldhaftes Verhalten bekunden müssten. Arbeitsrechtlich sind die Mitarbeiter grundsätzlich verpflichtet, durch Angaben zur Sache zur Aufklärung möglicherweise strafrechtlich relevanter Vorgänge beizutragen. Wie weit diese Mitwirkungspflicht reicht, wenn eine mögliche Selbstbelastung im Raume steht, ist umstritten¹⁸ und bis heute weder gesetzlich noch höchstrichterlich geklärt.

Es liegt aber auf der Hand, dass es zur Fürsorgepflicht eines Unternehmens und damit zu dem genannten fairen Verfahren gehört, dem Mitarbeiter das Recht einzuräumen, zu einer Vernehmung einen Beistand hinzuzuziehen, mithin eine Vertrauensperson des Betroffenen, die im Zusammenhang mit der Vernehmung nur den Interessen des Vernommenen verpflichtet ist. Eine solche Interessenvertretung setzt voraus, dass der Beistand sich vor, während und nach einer Vernehmung vertrauensvoll mit dem Vertretenen austauschen kann. Der Regierungsentwurf eines Verbandssanktionengesetzes sieht explizit vor, dass der Betroffene neben einem Rechtsanwalt auch ein Betriebsratsmitglied als Vertrauensperson hinzuziehen kann. Dem Betriebsratsmitglied würde damit von Gesetzes wegen eine quasi anwaltliche Vertrauensstellung eingeräumt.

Mit diesem Vorschlag erweist der Gesetzgeber allen Beteiligten – Unternehmen, Mitarbeitern und Betriebsräten – einen Bärendienst. Er drängt den Betriebsrat geradezu in das oben beschriebene Dilemma, weil er Anreize dafür schafft, dass Betriebsratsmitglieder Vertrauensverhältnisse zu einzelnen Mitarbeitern aufbauen, ohne dieses Vertrauensverhältnis rechtlich zu schützen und ein Zeugnisverweigerungsrecht zu normieren: Eine Erweiterung des Kataloges des § 53 StPO scheint nicht beabsichtigt zu sein.

IV. Lösungsmöglichkeiten

Hält man diese Rechtslage – wie die Verfasser – für misslich, so stellt sich die Frage nach einer sachgerechten Lösung. Diese könnte darin liegen, die gesetzlichen Zeugnisverweigerungsrechte¹⁹ auf Mitglieder des Betriebsrats und anderer Beschäftigtenvertretungen²⁰ zu erweitern in Bezug auf das, was ihnen in dieser Eigenschaft an nicht öffentlich

¹⁶ Eschelbach, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StPO, 3. Aufl. 2018, § 53, Rn. 3.

¹⁷ BVerfG, Beschluss vom 19.1.1979 – 2 BvR 995/78, NJW 1979, 1286.

¹⁸ Vgl. etwa Fritz/Nolden, CCZ 2010, 170; Wisskirchen/Glaser, DB 2011, 1392 ff. u. 1447 ff.; Zimmer, ZRfC 2011, 259; ders., BWV 2017, 33 m. w. N.

¹⁹ Insb. die §§ 53 StPO, 383 ZPO.

²⁰ Etwa: Personalrat, Vertrauenspersonen, Jugend- und Auszubildendenvertretung, Schwerbehindertenvertretung, Bordvertretung, etc.

bekanntem Umstände bekannt geworden ist oder ihnen anvertraut wurde. Dazu wäre eine Änderung bzw. Klarstellung in § 383 ZPO wünschenswert, insbesondere aber müsste ein Zeugnisverweigerungsrecht des Betriebsrats und ggf. weiterer Beschäftigtenvertretungen in den Katalog des § 53 StPO aufgenommen werden.

Sofern eine solche Erweiterung der Zeugnisverweigerungsberechtigten nicht durchsetzbar ist, sollte zumindest der Anreiz, ein Betriebsratsmitglied zu einer Vernehmung hinzuzuziehen, aus dem Entwurf des Verbandssanktionengesetz gestrichen werden. Anderenfalls werden sowohl die betroffenen Mitarbeiter als auch die Betriebsratsmitglieder auf eine falsche Fährte gelockt. Zusätzlich böte es sich in diesem Fall an, im Betriebsverfassungsrecht klarstellend aufzunehmen, dass die Verschwiegenheitspflicht kein strafprozessuales Zeugnisverweigerungsrecht begründet.

V. Zusammenfassung

Vor Gerichten und Behörden müssen Betriebsräte über das, was ihnen von Arbeitnehmern anvertraut wurde, vollständig aussagen. Dies führt zu einem Dilemma, das durch die aktuellen Pläne des Gesetzgebers zum Verbandssanktionenrecht noch verschärft wird. Dieser enthält Anreize für eine Beteiligung von Betriebsräten bei internen Er-

mittlungen im Interesse einzelner Mitarbeiter und legt damit ein von Gesetzes wegen gewolltes Vertrauensverhältnis nahe, normiert jedoch kein Zeugnisverweigerungsrecht. Das weitere Gesetzgebungsverfahren böte eine geeignete Gelegenheit, diesen Missstand durch eine einfache gesetzliche Regelung zu beseitigen.

Dr. Mark Zimmer ist Partner im Münchener Büro von Gibson, Dunn & Crutcher. Der Fachanwalt für Arbeitsrecht berät seit 23 Jahren Unternehmen in allen arbeitsrechtlichen Angelegenheiten. Ein Schwerpunkt seiner Praxis sind interne Untersuchungen wegen Compliance-Verstößen. Über zahlreiche Publikationen und Vorträge hinaus ist Herr Zimmer durch zwei Lehraufträge hervorgetreten.



Dr. Camilla Bertheau, Rechtsanwältin, ist Strafverteidigerin bei Ignor & Partner in Berlin. Sie verfügt über mehr als 25 Jahre Berufserfahrung, insbesondere auch in wirtschaftlich und/oder politisch komplexen Verfahren. Sie ist durch zahlreiche Veröffentlichungen hervorgetreten, u. a. die Kommentierung der Zeugenvorschriften im Großkommentar Löwe/Rosenberg (gemeinsam mit Alexander Ignor).

