

Studien zum
deutschen und europäischen Arbeitsrecht

101

Anne Brobeil

Die Auswirkungen der Richtlinie
(EU) 2019/1937 auf
Arbeitnehmer-Hinweisgeber



Nomos

**Studien zum
deutschen und europäischen Arbeitsrecht**

Herausgegeben von

Prof. Dr. Martin Henssler, Universität zu Köln

Prof. Dr. Martin Franzen, Ludwig-Maximilians-Universität München

Prof. Dr. Felix Hartmann, LL.M. (Harvard), Freie Universität Berlin

Prof. Dr. Clemens Höpfner,
Westfälische Wilhelms-Universität Münster

Prof. Dr. Abbo Junker, Ludwig-Maximilians-Universität München

Prof. Dr. Peter Schüren, Westfälische Wilhelms-Universität Münster

Prof. Dr. Katharina Uffmann, Ruhr-Universität Bochum

Band 101

Anne Brobeil

Die Auswirkungen der Richtlinie
(EU) 2019/1937 auf
Arbeitnehmer-Hinweisgeber



Nomos



Onlineversion
Nomos eLibrary

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

Zugl.: Diss., Ludwig-Maximilians-Universität München, 2021

ISBN 978-3-8487-8896-5 (Print)

ISBN 978-3-7489-2951-2 (ePDF)

1. Auflage 2022

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2022. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Meiner Familie

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München im Jahr 2021 als Inauguraldissertation angenommen. Rechtsprechung, Literatur und rechtspolitische Entwicklungen wurden bis August 2021 berücksichtigt.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. *Martin Franzen*, für seine engagierte Betreuung des Promotionsvorhabens und für die Aufnahme in die von ihm herausgegebene Schriftenreihe „*Studien zum deutschen und europäischen Arbeitsrecht*“. Er stand dem Promotionsvorhaben durch seinen fachlichen Rat und seine wertvollen Anregungen jederzeit unterstützend zur Seite. Herzlich danken möchte ich ihm auch für die rasche Korrektur dieser Arbeit, die die Fertigstellung der Dissertation wesentlich beschleunigt hat. Herrn Professor Dr. *Ralf Kölbel* gebührt mein Dank für die Übernahme und rasche Erstellung des Zweitgutachtens.

Dem Münchener Geschäftsbereich Arbeitsrecht der Kanzlei CMS Hasche Sigle und dabei besonders Frau Rechtsanwältin *Martina Hidalgo* sei für die Unterstützung bei der Erstellung dieses Werkes durch die flexible Gestaltung meiner promotionsbegleitenden Tätigkeit gedankt.

Herzlich danken möchte ich auch meinen Freunden und Kollegen *Laura*, *Sophia*, *Daniel* und *Felix*, die mich teilweise schon die gesamte Zeit meines Studiums, Referendariats und schließlich des Promotionsvorhabens begleitet haben. Auf ihren Rückhalt und ihre Unterstützung – sei es durch fachlichen Rat oder durch beruhigende Worte – konnte ich mich immer verlassen.

Besonderer Dank gilt meiner Familie, die mich immer und jederzeit bedingungslos unterstützt. Ihr ist diese Arbeit gewidmet. Mein größter Dank gilt *Matthias*, der die Dissertation nicht nur Korrektur gelesen hat und wertvolle Anregungen gab, sondern mir über die gesamte Zeit der Erstellung in jeder Hinsicht hilfsbereit zur Seite stand.

München, im Januar 2022

Anne Brobeil

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	21
§ 1 Einleitung	25
I. Problemdarstellung und Untersuchungsgegenstand	25
II. Gang der Darstellung	28
III. Regelungsziel der Richtlinie	28
§ 2 Begriffsbestimmungen der Richtlinie	31
I. Hinweisgeber/Whistleblower	31
II. Verstöße	32
III. Informationen über Verstöße	33
IV. Interne Meldung	33
V. Externe Meldung	33
VI. Zuständige Behörde	34
VII. Offenlegung	34
VIII. Betroffene Person	35
IX. Repressalie	35
X. Beruflicher Kontext	36
XI. Folgemaßnahmen	36
§ 3 Anwendungsbereich der Richtlinie	38
I. Sachlicher Anwendungsbereich	38
1. Beschränkung auf spezifisches Unionsrecht	38
2. Befürwortung einer überschießenden Umsetzung	41
II. Persönlicher Anwendungsbereich	44
1. Arbeitnehmer	44
a) Arbeitnehmereigenschaft gem. Art. 45 Abs. 1 AEUV	44
b) Beendetes Arbeitsverhältnis	45
c) Noch nicht begonnenes Arbeitsverhältnis	46

d) Querulant	47
2. Zur Verschwiegenheit Verpflichtete	47
III. Zusammenfassung der Ergebnisse	48
§ 4 Zulässiger Meldegegenstand	50
I. Verstöße als meldefähiges Verhalten der betroffenen Person	50
1. Rechtswidriges und rechtsmissbräuchliches Verhalten	50
2. Verstoß gegen Bußgeldvorschriften	51
3. Bagatelldelikte	51
4. Sonstiges Fehlverhalten	53
a) Unethisches Fehlverhalten	53
aa) Ansicht der Literatur	53
bb) Auslegung der Vorschrift	54
b) Persönliche Konflikte	56
5. Subjektive Tatseite des Verstoßes	56
II. Anforderungen an Informationen über Verstöße	57
1. Tatsächliche Verstöße	57
2. Verdachtsgrad im Rahmen der begründeten Verdachtsmomente	58
a) Exkurs: Verdachtsgrade der Strafprozessordnung	58
b) Verdachtsgrad der Richtlinie	59
3. Bloße Vermutung eines Verstoßes	61
4. Kennzeichnung des Verdachts als Verdacht	64
a) Kein Erfordernis nach der Richtlinie	64
b) Auslegung unter Berücksichtigung der Interessen der betroffenen Person	64
c) Kein Kennzeichnungserfordernis aufgrund Folgemaßnahmen	65
5. Zukünftige Verstöße	66
a) Meldefähigkeit eines zukünftigen Verstoßes	66
b) Anforderungen an zukünftigen Verstoß	67
c) Relevanz der Meldefähigkeit zukünftiger Verstöße	69
6. Umfang der weiterzugebenden Informationen	69
III. Art der Informationserlangung	70
1. Informationserlangung in beruflichem Kontext	70
2. Informationserlangung in privatem Kontext	72
a) Ansicht der Literatur	72

b) Auslegung der Vorschrift	73
aa) Wortlaut der Richtlinie	73
bb) Auslegung nach Sinn und Zweck	74
c) Zwischenergebnis	76
IV. Zusammenfassung der Ergebnisse	76
§ 5 Rechtmäßigkeit der Meldung	78
I. Abgabe interner Meldungen	78
1. Einrichtung interner Meldekanäle	78
a) Pflicht zur Einrichtung	78
b) Verfahren nach Eingang der Meldung	80
2. Interner Meldevorgang	80
II. Abgabe externer Meldungen	82
1. Einrichtung externer Meldekanäle	82
a) Pflicht zur Einrichtung	82
b) Verfahren nach Eingang der Meldung	83
2. Externer Meldevorgang	84
a) Externe Meldung an unzuständige Behörde	84
b) Externe Meldung an Staatsanwaltschaft	86
III. Bestehen eines Wahlrechts des Hinweisgebers zwischen interner und externer Meldung	87
1. Exkurs: Bisher sog. Drei-Stufen-Modell	87
2. Ansicht der Literatur	88
3. Vorschriften der Richtlinie	89
a) Deutsche Sprachfassung der Richtlinie	89
b) Englische und spanische Fassung der Richtlinie	90
c) Zwischenergebnis	92
4. Genese der Richtlinie	92
5. Erwägungsgründe	94
a) Erwägungsgründe 33 und 47	94
b) Erwägungsgründe 51, 61 und 62	95
c) Erwägungsgrund 31	96
aa) Rechtsprechung des EGMR und Empfehlung des Europarats	96
bb) Der Fall „ <i>Gujja</i> “	97
cc) Der Fall „ <i>Heinisch</i> “	98
dd) Empfehlung des Europarats zum Schutz von Whistleblowern	101

ee) Bedeutung für die Richtlinie	102
d) Zwischenergebnis	104
IV. Kein Erlöschen des Wahlrechts mit seiner Ausübung	104
V. Auswirkungen der Einführung eines internen Hinweisgebersystems auf Wahlrecht des Hinweisgebers	107
1. Vorgaben der Richtlinie und Erwägungsgründe	107
2. Keine teleologische Reduktion von Art. 10 HG-RL	108
3. Zwischenfazit	110
VI. Anreiz zur Nutzung interner Kanäle	111
1. Anreiz durch entsprechende Pflicht im Rahmen des Umsetzungsgesetzes	111
2. Anreiz durch Stärkung des Vertrauens in Funktionieren interner Kanäle	112
a) Bedeutung des Vertrauens in das Funktionieren interner Kanäle	112
b) Stärkung des Vertrauens durch klare gesetzliche Vorgaben zur Transparenz der Folgemaßnahmen	114
c) Stärkung des Vertrauens durch attraktive Ausgestaltung interner Kanäle auf Unternehmensebene	115
d) Stärkung des Vertrauens durch Schaffung gesonderter Kanäle für Verstöße der Führungsebene	117
3. Anreiz durch Einführung von Prämien	118
a) Exkurs: Prämien als Anreiz nach US-amerikanischem Recht	118
b) Anreiz durch staatliche Prämien in Deutschland	122
aa) Möglicher Nutzen finanzieller Anreize zur Abgabe von Meldungen	122
bb) Einwände gegen finanzielle Anreize	125
cc) Stellungnahme	126
4. Anreiz durch Erweiterung der Kronzeugenregelung	130
5. Anreiz durch Amnestieprogramme auf Unternehmensebene	131
6. Sonstige Anreize zur Nutzung interner Kanäle	133
VII. Bewertung	135
VIII. Zusammenfassung der Ergebnisse	136

§ 6	Rechtmäßigkeit der Offenlegung	140
	I. Voraussetzungen einer Offenlegung	140
	1. Offenlegung bei vorheriger Meldung	140
	a) Kein Ergreifen geeigneter Maßnahmen	140
	b) Keine geeigneten Maßnahmen außerhalb des Zeitrahmens bzw. keine angemessene Sanktionierung des Verstoßes	142
	2. Unmittelbare Offenlegung	143
	a) Offenlegung bei Gefährdung des öffentlichen Interesses	143
	aa) Bestehen eines öffentlichen Interesses	143
	bb) Unmittelbare oder offenkundige Gefährdung	145
	b) Befürchtung von Repressalien	146
	c) Geringe Aussichten eines anderweitigen wirksamen Vorgehens	147
	d) Hinreichender Grund ausreichend	148
	II. Mögliche Adressaten einer Offenlegung	148
	1. Öffentliches Zugänglichmachen der Informationen über Verstöße	148
	2. Weitergabe an einzelnen Journalisten zur weiteren Recherche	149
	III. Zusammenfassung der Ergebnisse	150
§ 7	Allgemeine Voraussetzungen für den Schutz von Hinweisgebern	153
	I. Vorliegen eines hinreichenden Grundes	153
	1. Anknüpfungspunkte des hinreichenden Grundes	153
	2. Anforderungen an den hinreichenden Grund	154
	a) Auslegung des Begriffs	154
	aa) Auslegung anhand der Erwägungsgründe	154
	bb) Sinn und Zweck der Vorschrift	155
	b) Beurteilungszeitpunkt und -perspektive	157
	c) Zwischenergebnis	158
	3. Nachforschungspflichten	158
	a) Nachforschung zur weiteren Aufklärung des Sachverhalts	158
	b) Einholung von Rechtsberatung	159

4. Sorgfaltspflicht des Hinweisgebers bei Überprüfung der verfügbaren Informationen	161
a) Anforderungen der Richtlinie an die Sorgfaltspflicht	161
b) Der Fall „Gawlik“	163
aa) Entscheidung des EGMR	163
bb) Vereinbarkeit der Entscheidung mit der Richtlinie	164
5. Vorwerfbarkeit von Falschmeldungen	165
a) Vorgaben der Richtlinie und Erwägungsgründe	165
b) Auslegung nach Sinn und Zweck	167
c) Zwischenergebnis	169
II. Subjektive Schutzvoraussetzungen	169
1. Meldemotive	169
2. Tatsächliche Annahme des Hinweisgebers	170
III. Behandlung von Irrtümern	172
1. Ansicht der Literatur	172
2. Stellungnahme	173
a) Behandlung von Tatsachenirrtümern	173
b) Behandlung von Rechtsirrtümern	174
aa) Rechtsirrtümer bei der Eröffnung des Anwendungsbereichs	174
bb) Rechtsirrtümer hinsichtlich des Vorliegens eines Verstoßes	174
IV. Erfordernis der Notwendigkeit als zusätzliche Schutzvoraussetzung	176
1. Notwendigkeit als Voraussetzung nach Art. 21 HG-RL	176
2. Notwendigkeit als allgemeine Schutzvoraussetzung?	178
a) Wortlaut des Art. 21 HG-RL	178
b) Begriff der Haftung	179
c) Allgemeine Voraussetzung aus Umkehrschluss	180
d) Rückschlüsse aus Erwägungsgründen	180
3. Anforderungen an die Notwendigkeit	181
V. Rechtmäßige Meldung oder Offenlegung	183
VI. Von der Richtlinie geschütztes Verhalten	183
VII. Zusammenfassung der Ergebnisse	185
§ 8 Schutz vor Repressalien im Arbeitsverhältnis	188
I. Verbot von Repressalien	188

II. Kausalitätserfordernis zwischen Repressalie und Meldung oder Offenlegung	189
1. Erfordernis eines engen Zusammenhangs	189
2. Benachteiligung ausschließlich aus anderen Motiven	190
3. Bloße Mitursächlichkeit der Meldung oder Offenlegung	192
a) Problemdarstellung	192
b) Exkurs zu Rechtslage im Rahmen des Antidiskriminierungsgesetzes	192
c) Exkurs zu Rechtslage im Rahmen des Maßregelungsverbot	194
d) Vorgaben der Richtlinie und Auslegung	195
aa) Wortlaut des Art. 5 Nr. 11 HG-RL	195
bb) Kommissionsentwurf vom 23.04.2018	196
cc) Erwägungsgründe 44 und 93	198
dd) Rückschluss aus Vergleich mit AGG und Maßregelungsverbot	198
ee) Auslegung nach Sinn und Zweck	199
ff) Zwischenergebnis	202
4. Irrtum des Arbeitgebers	202
III. Keine Einschränkung des Schutzes durch Berücksichtigung der Motive des Hinweisgebers	203
IV. Kein Ausschluss verstrickter Hinweisgeber	204
V. Darlegungs- und Beweislast	206
1. Umkehr der Beweislast gem. Art. 21 Abs. 5 HG-RL	206
a) Beweislastumkehr oder nur Beweiserleichterung?	206
b) Umfang der Beweislastumkehr	207
c) Voraussetzungen für Eingreifen der Beweislastumkehr	207
2. Gefahr des Rechtsmissbrauchs durch Beweislastumkehr	209
a) Kritik in der Literatur	209
b) Stellungnahme	210
VI. Zusammenfassung der Ergebnisse	211
§ 9 Anspruch des Hinweisgebers auf vollständige Wiedergutmachung	214
I. Voraussetzungen des Anspruchs	214
1. Schaden aufgrund einer Repressalie	214
2. Verschuldensunabhängigkeit des Anspruchs	214

II. Umfang der vollständigen Wiedergutmachung	216
1. Herstellung des ohne Repressalie eingetretenen Zustands	216
2. Ersatz von materiellen und immateriellen Schäden	217
3. Entschädigung bei Eingriff in Arbeitsorganisation und Vertragsfreiheit	219
a) Problemendarstellung	219
b) Mögliche Lösungsansätze	219
aa) Exkurs Rechtsfolge bei Verstoß gegen § 7 AGG	219
i. Folgen benachteiligender Vereinbarungen und Maßnahmen	219
ii. Kein Anspruch auf Einstellung oder beruflichen Aufstieg	221
bb) Rechtsfolge bei Verstoß gegen § 612a BGB	222
cc) Rechtsfolge bei Nichtausübung des Weisungsrechts § 106 GewO	223
dd) Richterliche Ersatzbestimmung gem. § 315 BGB	225
ee) Ersetzungsbefugnis bei Zeugniserteilung	227
ff) Stellungnahme	227
4. Allgemeiner Weiterbeschäftigungsanspruch während Kündigungsschutzverfahren	230
III. Rechtsbehelfe zur vollständigen Wiedergutmachung	233
1. Materielle Rechtsbehelfe	233
2. Prozessuale Rechtsbehelfe	234
IV. Zusammenfassung der Ergebnisse	235
§ 10 Schutz des Hinweisgebers vor Haftung	236
I. Haftungsausschluss für Meldung oder Offenlegung	236
1. Rechtsgebietsübergreifender Haftungsausschluss	236
2. Begrenzung auf Handlungen und Unterlassungen im Zusammenhang mit der Meldung oder Offenlegung	237
3. Begrenzung auf zur Aufdeckung des Verstoßes notwendige Informationen	239
II. Haftungsausschluss im Rahmen der Informationsbeschaffung	239
1. Vorgaben der Richtlinie	239
2. Strafbarkeit der Informationsbeschaffung nach nationalem Recht	241
a) Hausfriedensbruch gem. § 123 StGB	241
b) Ausspähen von Daten gem. § 202a StGB	242

c) Strafvorschrift des § 42 BDSG	243
aa) Unberechtigtes Zugänglichmachen personenbezogener Daten gem. § 42 Abs. 1 BDSG	243
bb) Unberechtigte Verarbeitung personenbezogener Daten gem. § 42 Abs. 2 BDSG	245
i. Berechtigung zur Datenverarbeitung	245
ii. Entgeltlichkeit, Bereicherungsabsicht oder Schädigungsabsicht	246
d) Unerlaubte Verwertung urheberrechtlich geschützter Werke gem. § 106 UrhG	250
III. Kritik in der Literatur	251
IV. Beweislast im Rahmen des Haftungsausschlusses	252
1. Keine explizite Beweislastumkehr	252
2. Keine Anwendbarkeit des Art. 21 Abs. 5 HG-RL auf Haftungsausschluss	253
3. Keine abgestufte Beweislast gem. Art. 21 Abs. 7 S. 2 HG-RL	255
4. Zwischenergebnis	256
V. Zusammenfassung der Ergebnisse	257
§ 11 Gewährleistung der Vertraulichkeit der Identität	259
I. Umfang des Schutzes der Vertraulichkeit	259
1. Grundsätzliche Pflicht zur Geheimhaltung	259
2. Keine dauerhafte Vertraulichkeit der Identität	260
II. Gewährleistung von Anonymität	261
1. Regelung zur Abgabe anonymer Meldungen	261
2. Grundsätzliche Einwände gegen anonyme Meldungen	261
a) Praktikabilität im Hinblick auf Folgemaßnahmen	261
b) Fehlende Glaubwürdigkeit und Glaubhaftigkeit	263
c) Böswillige oder missbräuchliche Meldungen	264
d) Interessen der betroffenen Person	266
3. Kein zwingendes Erfordernis der Gewährleistung von Anonymität zum Schutz der Hinweisgeber	267
4. Entgegennahme und Weiterverfolgung anonymer Meldungen	270
III. Gewährleistung der Vertraulichkeit durch Einsetzen eines Rechtsanwalts als Ombudsperson	272
1. Beschlagnahme von Meldungen eines Hinweisgebers	272

2. Akteneinsichtsrecht im Strafverfahren	274
a) Akteneinsicht von Verfahrensbeteiligten	274
b) Auskunfts- und Akteneinsichtsrecht von Privatpersonen	275
3. Auswirkungen des Vertraulichkeitsgebots	276
a) Grundsätzliches Spannungsverhältnis	276
b) Versagung der Akteneinsicht aufgrund überwiegender schutzwürdiger Interessen des Hinweisgebers	277
c) Kein Beschlagnahmeverbot bei Ombudsstellen	278
d) Fazit	279
IV. Spannungsverhältnis zum Recht der betroffenen Person auf Akteneinsicht und Auskunft bzgl. ihrer Personalakte	280
1. Einsichtsrecht in Personalakten nach § 83 BetrVG	280
2. Anspruch auf Auskunftserteilung über Leistungs- und Verhaltensdaten gem. Art. 15 Abs. 1 DS-GVO	282
3. Auswirkungen des Vertraulichkeitsgebots	285
V. Kein genereller Ausschluss des Auskunftsanspruch der betroffenen Person	286
VI. Fazit zum Vertraulichkeitsgebot	288
VII. Zusammenfassung der Ergebnisse	289
§ 12 Unterstützung und Beratung des Hinweisgebers	292
I. Informations- und Beratungspflicht	292
1. Allgemeine behördliche Informations- und Beratungspflicht	292
2. Informationspflicht der zuständigen Behörde	293
3. Informationspflicht des Arbeitgebers	294
II. Sonstige behördliche Unterstützung	296
1. Behördliche Bescheinigung der Schutzvoraussetzungen	296
2. Erlass einstweiliger Vergeltungsschutzanordnungen	297
a) Mögliche Vorteile des Erlasses	297
b) Unmöglichkeit arbeitsrechtlicher Maßnahmen	298
3. Vornahme einer externen Meldung durch Einholung behördlicher Unterstützung	299
III. Finanzielle Unterstützung der Hinweisgeber	300
IV. Zusammenfassung der Ergebnisse	302

§ 13 Keine Abdingbarkeit der Rechte der Hinweisgeber	304
I. Zwingender Charakter der Schutzvorschriften	304
II. Präklusionsfrist gem. §§ 7, 4 S. 1 KSchG	305
III. Möglichkeit eines Verzichts durch den Hinweisgeber	306
IV. Zusammenfassung der Ergebnisse	307
§ 14 Der Referentenentwurf eines Hinweisgeberschutzgesetzes vom 11.12.2020	308
I. Technische Umsetzung der Richtlinie	308
1. Aufbau des HinSchG-E	308
2. Umsetzung in Form eines einheitlichen Gesetzes	308
II. Überblick über wesentlichen Inhalt des HinSchG-E	310
III. Sachlicher Anwendungsbereich des Hinweisgeberschutzgesetzes	312
IV. Wahlrecht zwischen interner und externer Meldung	314
1. Vorgaben des HinSchG-E	314
2. Umsetzung der Vorgaben der Richtlinie	314
V. Allgemeine Voraussetzungen für den Schutz von Hinweisgebern	315
1. Vorgaben des HinSchG-E	315
a) Voraussetzungen gem. § 32 HinSchG-E	315
b) Anforderungen an den hinreichenden Grund	316
c) Vorwerfbarkeit von Falschmeldungen	317
d) Notwendigkeit der Meldung für die Aufdeckung	318
e) Geschütztes Verhalten des Hinweisgebers	319
2. Umsetzung der Vorgaben der Richtlinie	320
VI. Schutz vor Repressalien	321
1. Vorgaben des HinSchG-E	321
2. Vereinbarkeit mit Richtlinie	323
VII. Anspruch des Hinweisgebers auf Schadensersatz wegen Repressalien	324
1. Vorgaben des HinSchG-E	324
2. Umsetzung der Vorgaben der Richtlinie	324
a) Ausreichende Umsetzung des Ausgleichs materieller Schäden	324
b) Ersatz immaterieller Schäden	325

Inhaltsverzeichnis

VIII. Gewährleistung der Vertraulichkeit der Identität	326
1. Vorgaben des HinSchG-E	326
2. Umsetzung der Vorgaben der Richtlinie	328
IX. Schutz vor Haftung	329
1. Vorgaben des HinSchG-E	329
2. Umsetzung der Vorgaben der Richtlinie	330
X. Verbot abweichender Vereinbarungen	331
XI. Zusammenfassung der Ergebnisse	332
§ 15 Wesentliche Ergebnisse und Schlussbetrachtung	335
I. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	335
II. Bewertung des Referentenentwurfs eines Hinweisgeberschutzgesetzes vom 11.12.2020	337
III. Bewertung der Richtlinie im Hinblick auf ihr angestrebtes Ziel	338
Literaturverzeichnis	341

Abkürzungsverzeichnis

a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
aA	anderer Ansicht
Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Aktiengesellschaft
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
AktG	Aktiengesetz
Anh.	Anhang
ArbR	Arbeitsrecht
ArbSchG	Arbeitsschutzgesetz
Art.	Artikel
BaFin	Bundesaufsicht für Finanzdienstleistungen
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Betriebs-Berater
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BeckOK	Beck'scher Onlinekommentar
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
BerHG	Beratungshilfegesetz
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BMJV	Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
BörsG	Börsengesetz
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
Buchst.	Buchstabe
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise

Abkürzungsverzeichnis

CB	Compliance Berater
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift
DB	Der Betrieb
DS-GVO	Datenschutz-Grundverordnung (EU)
Ed.	Edition
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGZPO	Gesetz, betreffend die Einführung der Zivilprozessordnung
EL	Ergänzungslieferung
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZA	Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
f.	folgende(r/s)
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
ff.	fortfolgende
FinDAG	Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GeschGehG	Geschäftsgeheimnisgesetz
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GrCH	Grundrechtecharta
GwG	Geldwäschegesetz
HG-RL	Hinweisgeber-Richtlinie
HinSchG	Hinweiserschutzgesetz
Hrsg.	Herausgeber
HS	Halbsatz
HTW	Hochschule für Technik und Wirtschaft
i. Erg.	im Ergebnis
i.S.d.	im Sinne des/der
i.V.m.	in Verbindung mit
IStR	Internationales Steuerrecht

krit.	kritisch
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
LAG	Landesarbeitsgericht
LG	Landgericht
lit.	littera
LMU	Ludwig-Maximilians-Universität München
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MiLoG	Mindestlohngesetz
MüKo	Münchener Kommentar
MuSchG	Mutterschutzgesetz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NStZ-RR	NStZ Rechtsprechungsreport Strafrecht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZA-RR	NZA Rechtsprechungs-Report Arbeitsrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZWSt	Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmens- strafrecht
OVG	Oberverwaltungsgericht
PolG	Polizeigesetz
RdA	Recht der Arbeit
RDV	Recht der Datenverarbeitung
RefE HinSchG	Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz eines Hinweisgeberschutzgesetzes vom 11.12.2020
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
RVG	Rechtsanwaltsvergütungsgesetz
SGB	Sozialgesetzbuch
sog.	sogenannte(r/s)
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
stRspr	ständige Rechtsprechung
TzBfG	Teilzeit- und Befristungsgesetz

Abkürzungsverzeichnis

u.a.	unter anderem
UAbs.	Unterabsatz
UrhG	Urhebergesetz
UrhR	Urheberrecht
USA	United States of America
v.	vom
vgl.	vergleiche
Vorb.	Vorbemerkung(en)
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
WpHG	Wertpapierhandelsgesetz
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
z.B.	zum Beispiel
ZESAR	Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZLR	Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht
ZRFC	Risk, Fraud & Compliance
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

§ 1 Einleitung

1. Problemdarstellung und Untersuchungsgegenstand

Nach langen und intensiven Verhandlungen trat am 16. Dezember 2019 die Richtlinie (EU) 2019/1937 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2019 zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden („Hinweisgeber-Richtlinie“), in Kraft. Sie muss bis zum 17. Dezember 2021 in das nationale Recht umgesetzt werden. Die Richtlinie sieht erstmalig europaweit ein umfassendes und nicht nur sektorspezifisches Regelwerk zum Hinweisgeben vor.¹ Sie regelt, welche Anforderungen an die Meldung oder Offenlegung von Informationen über Verstöße zu stellen sind, also unter welchen Umständen die Meldung oder Offenlegung eines Hinweisgebers² rechtmäßig ist. Außerdem legt sie Mindeststandards fest, wie Hinweisgeber, die rechtmäßig Informationen über Verstöße gemeldet oder offengelegt haben, zu schützen sind.

Das Erfordernis eines umfassenden Hinweisgeberschutzes zeigt sich besonders eindrücklich mit Blick auf die Schicksale von Personen, die in den letzten Jahren Verstöße aufgedeckt haben. Prominente Beispiele sind etwa der ehemalige Geheimdienstmitarbeiter *Edward Snowden* sowie die IT-Spezialistin und Angehörige der US-Streitkräfte *Chelsea (Bradley) Manning*. *Snowden* veröffentlichte Informationen zu den Spionagepraktiken des US-Geheimdienstes und strandete bei seiner Flucht nach Ecuador in Russland, weil die USA seinen Pass annullieren ließen, während er im Flugzeug saß.³ *Manning* ließ der Enthüllungsplattform Wikileaks geheime Militärdokumente zukommen, in denen es um Beweise für Kriegsverbrechen des US-Militärs in Afghanistan und im Irak ging. Sie wurde festgenommen und zu 35 Jahren Haft verurteilt. Der größte Teil der Haftstrafe wurde

1 Vgl. etwa die Regelungen in §§ 4d Abs. 6 FinDAG, 53 Abs. 5 GwG und 3b Abs. 5 BörsG.

2 Der besseren Lesbarkeit wegen wurde auf die geschlechterspezifische Schreibweise verzichtet und sich an den von der Richtlinie verwendeten Begrifflichkeiten orientiert. Alle personenbezogenen Bezeichnungen dieser Arbeit sind geschlechtsneutral zu verstehen.

3 „Edward Snowden will russischer Staatsbürger werden“, FAZ vom 02.11.2020, abrufbar unter <https://www.faz.net/aktuell/gesellschaft/menschen/edward-snowden-will-russischer-staatsbuenger-werden-17031964.html>.

ihr inzwischen erlassen.⁴ Aber auch hierzulande waren Personen, die Missstände aufdeckten, bisweilen Benachteiligungen ausgesetzt. Beispielhaft seien in diesem Zusammenhang die Altenpflegerin *Brigitte Heinisch* und der LKW-Fahrer *Miroslav Strecker* erwähnt. *Heinisch* informierte die Staatsanwaltschaft über Mängel im Pflegebereich und Betrug an den Krankenkassen. Die Kündigung der Altenpflegerin wurde von den Arbeitsgerichten bestätigt. *Heinisch* hatte erst vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte Erfolg. *Strecker* deckte den Gammelfleisch-Skandal auf. Er wurde trotz Auszeichnung durch den damaligen Agrarminister Seehofer an seinem Arbeitsplatz schikaniert, bis er letztendlich gekündigt wurde.⁵ Aufsehen erregte zuletzt auch der Fall einer jungen Kommissaranwärterin. Diese hatte der Dienststellenleitung rechtsextreme Chat-Nachrichten anderer Kollegen gemeldet und wurde dafür suspendiert. Gegenüber den Kollegen ergriff das zuständige Polizeipräsidium dagegen (zunächst) keine Disziplinarmaßnahmen.⁶ Aber nicht nur Sanktionen des Arbeitgebers waren bisher und sind noch immer oftmals Folge von Meldungen oder Offenlegungen eines Hinweisgebers. Seine Wahrnehmung als „Denunziant“ führt häufig auch zu seiner Ausgrenzung im sozialen Umfeld.⁷

Nicht bloß auf politischer Ebene, sondern auch auf wirtschaftlicher und gesellschaftlicher Ebene spielt das Thema eine immer größere Rolle. Das Hinweisgeben stellt eine wichtige Informationsquelle zur Aufdeckung von Fehlverhalten dar.⁸ In Anbetracht der komplexer werdenden Arbeitswelt wird die Aufdeckung von Verstößen mangels Einsicht in Interna immer schwerer. Daher sind Informationen von Personen, die besondere Einsichtsmöglichkeiten und Insider-Informationen haben, besonders wertvoll. Mit Blick auf die Wirtschaftsskandale der jüngeren Vergangenheit, wie etwa der Diesel-Abgasskandal im Jahr 2015 oder der Wirecard-Skandal im Jahr 2020, stellt sich die Frage, ob diese Verstöße mit Hilfe von Hinweisgebern und funktionierenden Hinweisgebersystemen hätten früher

4 Ross, „Strafmilderung für Manning – Die Ironie des Präsidenten“, FAZ vom 18.01.2017, abrufbar unter <https://www.faz.net/aktuell/politik/ausland/chelsea-manning-die-ironie-von-barack-obama-14689834.html>.

5 *Wiedmann/Seyfert*, CCZ 2019, 12 (13).

6 OVG Nordrhein-Westfalen, v. 25.03.2021 - 6 B 2055/20, juris, wonach das gegenüber der Kommissaranwärterin ausgesprochenen Verbot der Führung der Dienstgeschäfte rechtswidrig war.

7 Vgl. *Granetzny/Krause*, CCZ 2020, 29 (30); *Köbel/Herold*, LMU Working Paper SFB 1369, 01/2020, S. 7.

8 *Langenbacher*, FS Windbichler, Financial Rewards for Whistleblowing, S. 1391; *Hopt*, ZGR 2020, 373 (381).

aufgedeckt und damit auch Schaden verringert oder gar abgewendet hätte werden können.

Obwohl sowohl der Staat als auch die Gesellschaft ein Interesse daran haben (sollten), dass entsprechendes Fehlverhalten gemeldet und aufgedeckt wird, ist das sog. Whistleblowing in der Vergangenheit zumindest im deutschen und europäischen Rechtsraum⁹ negativ konnotiert gewesen.¹⁰ Das „Verpfeifen“ des Chefs oder der Kollegen wird von der Allgemeinheit oftmals nicht als Dienst im Interesse der Gesellschaft wahrgenommen. Vielmehr werden Hinweisgeber hierzulande als „Petzen“ und Denunzianten angesehen. Schon im alten Rom wird Caesar Augustus von Plutarch das Zitat „proditionem amo, sed proditores non laudo“ zugeschrieben: „Den Verrat liebe ich, aber den Verräter lobe ich nicht.“¹¹ Auch August Heinrich Hoffmann von Fallersleben befand: „Der größte Lump im ganzen Land, das ist und bleibt der Denunziant.“¹² Hinweisgeber werden als Personen angesehen und behandelt, die ebenso wie die „Verpetzten“ selbst gegen Grundsätze des menschlichen Zusammenlebens verstoßen und charakterliche Defizite haben.

Bislang fehlte es an einer rechtsgebietsübergreifenden gesetzlichen Regelung zum Schutz der Hinweisgeber. Dieser wurde bisher vor allem der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung überlassen.¹³ Mit der Hinweisgeber-Richtlinie wurde nun ein einheitliches Regelwerk zum Hinweisgeben und zum Schutz der Hinweisgeber geschaffen. Damit soll auch ihr Ansehen in der Öffentlichkeit gesteigert und ein offenes Hinweisgeberklima geschaffen werden. Ziel der vorliegenden Arbeit ist es, zu analysieren, welche

9 Anders im US-amerikanischen Raum, vgl. etwa *Graser*, Whistleblowing, S. 105; ebenso *Groneberg*, Whistleblowing, S. 42, wonach Whistleblower in den USA früher mit denselben Vorurteilen zu kämpfen hatten, Fn. 51.

10 Vgl. *Vogel/Poth*, CB 2019, 45 (48); *Schmolke*, ZGR 2019, 876 (878); *Buchert*, CCZ 2013, 144 (145); *Aschauer*, Whistleblowing im Arbeitsrecht, S. 25; *Kanzenbach*, Implementierung und Ausgestaltung eines Whistleblower-Systems, S. 91; Anders *Hefendehl*, LMU Working Paper SFB 1369, 01/2020: „Alle lieben Whistleblowing. Der böse Vorwurf einer Denunziation ist längst vergessen (...)“

11 *Plutarch*, *Moralia*, Regum et imperatorum apophthegmata, Caesaris Augusti, 2.

12 *Hoffmann von Fallersleben*, Politische Gedichte, Sprüche Nr. 17, 1843.

13 BAG, v. 03.07.2003 - 2 AZR 235/02, NZA 2004, 427; BAG, v. 07.12.2006 - 2 AZR 400/05, NZA 2007, 502; BAG, v. 15.12.2016 - 2 AZR 42/16, NZA 2017, 703; EGMR, v. 21.07.2011 - 28274/08, NZA 2011, 1269; einen Überblick über die Rechtsprechung geben auch *Groß/Platzner*, NZA 2017, 1097 (1097 ff.); *Forst*, NJW 2011, 3477 (3478 ff.); *Michael*, NZA 2002, 424 (432 ff.); *Reinhard*, CB 2015, 299 (299 ff.); *Scheicht/Loy*, DB 2015, 803 (804).

§ 1 Einleitung

Auswirkungen die Hinweisgeber-Richtlinie auf Arbeitnehmer-Hinweisgeber hat.

II. Gang der Darstellung

Zur Untersuchung der Auswirkungen, die die Hinweisgeber-Richtlinie auf Arbeitnehmer-Hinweisgeber hat, wird dargelegt, welche Anforderungen die Richtlinie an die Weitergabe von Informationen durch Hinweisgeber und an ihren Schutz stellt. Soweit erforderlich werden dabei auch Vorgaben der Richtlinie dargestellt, die nur indirekte Auswirkungen auf Arbeitnehmer-Hinweisgeber haben. Die Regelungen zur Einrichtung und zum Betrieb interner und externer Meldekanäle etwa richten sich zwar unmittelbar an die Arbeitgeber bzw. Mitgliedstaaten. Sie wirken sich im Hinblick auf ihre Nutzung aber ebenfalls auf Arbeitnehmer-Hinweisgeber aus und spielen auch im Rahmen des Verständnisses und der Auslegung anderer Vorschriften der Richtlinie eine Rolle.

Zur Untersuchung der Anforderungen der Richtlinie wird zunächst dargestellt, welche Regelungen die Richtlinie selbst trifft. Bei Unklarheiten werden die Vorschriften ausgelegt. Soweit die Richtlinie einen Spielraum zur Umsetzung lässt, werden verschiedene Möglichkeiten der Umsetzung dargelegt und im Hinblick sowohl auf das Regelungsziel der Richtlinie als auch auf ihre Sachgerechtigkeit untersucht.

Im Anschluss an die Untersuchung der Anforderungen der Richtlinie gibt die Dissertation einen kurzen Überblick über den derzeitigen Stand der Diskussion zur Umsetzung der Richtlinie in das nationale Recht. Sie stellt dar, welche Regelungen in dem vom Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz vorgelegten Referentenentwurf des Hinweisgeberschutzgesetzes vom 11.12.2020 zum Schutz der Hinweisgeber bislang vorgesehen sind. Im Anschluss wird untersucht, ob die vorgesehenen Regelungen die Richtlinie ausreichend umsetzen.

III. Regelungsziel der Richtlinie

Die Hinweisgeber-Richtlinie hat nach Art. 1 HG-RL zum Ziel, ein europaweites und einheitliches hohes Schutzniveau für Hinweisgeber schaffen. Sie dient damit einer besseren Durchsetzung des Unionsrechts. Durch einen besseren Schutz der Hinweisgeber sollen diese dazu ermuntert und motiviert werden, Verstöße gegen das Unionsrecht zu melden. Die Richt-

linie bezweckt, auf diese Weise potenziellen Hinweisgebern die Angst und Zurückhaltung zu nehmen, Informationen über Verstöße weiterzugeben.¹⁴ Sekundäres Ziel der Richtlinie ist daher die Durchsetzung bestehenden Rechts. Dies versucht sie mittels ihres primären Ziels, des Schutzes der Hinweisgeber, zu erreichen.¹⁵

Oftmals geschehen Verstöße im Verborgenen und sind auf wenige Personen innerhalb eines Unternehmens oder auf nur eine Abteilung beschränkt. Das damit verbundene Informationsdefizit führt gleichzeitig zu einem Rechtsdurchsetzungsdefizit.¹⁶ Daher sollen Organisationsinsider als Informanten gewonnen und so eine wichtige Informationsquelle angezapft werden.¹⁷ Die Richtlinie hat daher zum Ziel, mit Hilfe der Hinweisgeber dazu beizutragen, dass Verstöße überhaupt aufgedeckt werden können und sich die Unternehmen letztendlich besser an die geltenden Vorschriften des Unionsrechts halten. Auf diese Weise soll auch der durch einen Verstoß verursachten ernsthaften Schädigung des öffentlichen Interesses vorgebeugt werden. Denn erst mit Aufdeckung des Verstoßes kann dafür gesorgt werden, dass er geahndet und abgestellt sowie ein eventuell eingetretener Schaden nicht vertieft wird.

Ein gegenüber bisherigen Bestimmungen verbesserter Hinweisgeberschutz bezweckt darüber hinaus einen Beitrag zur Prävention und Abschreckung vor Verstößen zu leisten.¹⁸ Damit wird dazu beigetragen, Risiken gerade für die öffentliche Gesundheit und den Verbraucherschutz aufzudecken, zu verhindern, einzudämmen oder zu beseitigen.¹⁹ Zudem dient ein höheres Schutzniveau letztlich auch den finanziellen Interessen der Union. Die Bekämpfung von Betrug, Korruption und sonstigen rechtswidrigen Handlungen im Zusammenhang mit den Ausgaben, der Erhebung von Einnahmen und Geldern der Union stellt einen Kernbereich dar, in dem die Durchsetzung des Unionsrechts mit Hilfe der Richtlinie gestärkt wird.²⁰ Auch das effiziente Funktionieren der Märkte versucht die Richtlinie mithilfe des Hinweisgeberschutzes zu gewährleisten. Zudem soll dieser im Interesse der besseren Durchsetzung des Wettbewerbsrechts

14 Erwägungsgrund 1 S. 3 und 4.

15 Vgl. *Fest*, EuArbRK, Hinweisgeber-RL Art. 1 Rn. 48, der die Ziele als „mittelbar“ und „unmittelbar“ bezeichnet.

16 *Schmolke*, AG 2018, 769 (770).

17 *Hopt*, ZGR 2020, 373 (381).

18 Erwägungsgrund 11 S. 1.

19 Erwägungsgrund 13 S. 1.

20 Erwägungsgrund 15 S. 1.

§ 1 Einleitung

der Union auch dazu beitragen, gleiche Wettbewerbsbedingungen für Unternehmen zu ermöglichen.²¹

Die Richtlinie hat demgegenüber nicht zum Ziel, Verstöße gegen das Unionsrecht zu sanktionieren. Dies schließt sie gleichwohl nicht aus, mögliche Sanktionen bleiben allerdings anderen Rechtsakten vorbehalten. Um das Unionsrechts effektiv durchzusetzen, setzt die Richtlinie einen Schritt früher an. Sie fördert die Aufdeckung von Verstößen, die sodann erst eine Sanktion ermöglicht.

21 Erwägungsgrund 17 S. 1.

§ 2 Begriffsbestimmungen der Richtlinie

I. Hinweisgeber/Whistleblower

Die Richtlinie enthält in Art. 5 Nr. 1 bis 14 HG-RL Bestimmungen der wesentlichen Begriffe. Den Ausdruck Hinweisgeber definiert sie in Art. 5 Nr. 7 HG-RL als „eine natürliche Person, die im Zusammenhang mit ihren Arbeitstätigkeiten erlangte Informationen über Verstöße meldet oder offenlegt.“ Der Richtliniengeber hat sich damit gegen die bisher gängige Bezeichnung als „Whistleblower“ entschieden. Auch in der englischen Fassung wird die Person, die Verstöße meldet oder offenlegt, nicht als „Whistleblower“ bezeichnet. Es ist von einer „reporting person“ die Rede, also einer „berichtenden Person“. In der spanischen Fassung wird der Hinweisgeber als „denunciante“ bezeichnet, also als Anzeigerstatter. Gemeint ist mit diesen Begriffen aber dennoch dasselbe wie mit dem Begriff des „Whistleblowers“.

Der englische Begriff des „Whistleblowers“ leitet sich aus der umgangssprachlichen Bezeichnung „to blow the whistle on somebody“ ab. Dies kann als „jemanden verpfeifen“ übersetzt werden und meint letztlich die Weitergabe von Informationen über ein eventuell vorliegendes Fehlverhalten des Verpfeiften. Unter Whistleblowing versteht man regelmäßig „das an die Öffentlichkeit bringen von tatsächlichen oder behaupteten Missständen oder Fehlverhalten in Unternehmen, durch kritische Äußerungen, Beschwerden oder Anzeigen eines dort abhängig Beschäftigten.“²² Der Ursprung des Begriffs lässt sich heute nicht mehr mit Sicherheit bestimmen, wurde allerdings in den USA seit den 1960er Jahren vermehrt von Journalisten und Bürgerrechtlern verwendet und hat sich inzwischen als eigenständiger Terminus Technicus der juristischen Fachsprache etabliert.²³ In der Regel handelt es sich bei Whistleblowern um sog. „Insider“, die Mitglied der von ihrer Meldung betroffenen Organisation sind oder waren.²⁴

22 *Vogel/Poth*, CB 2019, 45 (45); *Schmolke*, ZGR 2019, 876 (880).

23 *Gerdemann*, Transatlantic Whistleblowing Rn. 3.

24 Vgl. *Schmolke*, ZGR 2019, 876 (881); *Gerdemann*, Transatlantic Whistleblowing Rn. 4; *Klaas*, CCZ 2019, 163 (163); *Müller-Petzer*, CCZ 2018, 162 (163); *Kölbel/Herold*, LMU Working Paper SFB 1369, 01/2020 S. 4.

Der Grund für die Entscheidung gegen die Bezeichnung als „Whistleblower“ dürfte darin liegen, dass dieser Begriff in der Vergangenheit negativ behaftet war, und es auch noch heute ist.²⁵ Whistleblower werden häufig als Denunzianten wahrgenommen.²⁶ Teilweise wird dabei sogar von einem „Schmuddel-Image“ gesprochen.²⁷ Die Gründe dafür werden häufig in den schmerzlichen Erfahrungen mit Denunziantentum in der Zeit des Nationalsozialismus und des Stasi-Regimes gesehen.²⁸ Die Richtlinie führt mit der Bezeichnung „Hinweisgeber“ für Personen, die Informationen über ein etwaiges Fehlverhalten anderer weitergeben, einen neutralen, bisher noch unbelasteten Begriff ein. Diese Neutralität soll dazu beitragen, dass der Hinweisgeber nicht befürchtet, sich durch eine Meldung „unmoralisch“ zu verhalten und sich so aufgrund einer eventuell befürchteten gesellschaftlichen Ächtung von einer Meldung oder Offenlegung abhalten lässt. Die dadurch beabsichtigte Steigerung der gesellschaftlichen Akzeptanz soll sich damit einerseits positiv auf das Meldeverhalten des Hinweisgebers auswirken und ihn andererseits vor Vergeltungsmaßnahmen bewahren.²⁹

II. Verstöße

Der Ausdruck Verstöße ist in Art. 5 Nr. 1 HG-RL definiert. Er bezeichnet nach Ziff. i „Handlungen oder Unterlassungen, die rechtswidrig sind und mit den Rechtsakten der Union und den Bereichen in Zusammenhang stehen, die in den sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinie fallen.“ Nach Ziff. ii bezeichnet er auch „Handlungen oder Unterlassungen, die dem Ziel oder dem Zweck der Vorschriften der Rechtsakte der Union und der Bereiche, die in den sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinie fallen, zuwiderlaufen.“

Der Begriff wird für die Frage relevant, welches Verhalten der Hinweisgeber melden oder offenlegen kann.³⁰

25 Vgl. *Vogel/Poth*, CB 2019, 45 (48); *Schmolke*, ZGR 2019, 876 (878); *Buchert*, CCZ 2013, 144 (145); *Aschauer*, Whistleblowing im Arbeitsrecht, S. 25; *Kanzenbach*, Implementierung und Ausgestaltung eines Whistleblower-Systems, S. 91.

26 Vgl. *Granetzny/Krause*, CCZ 2020, 29 (30).

27 *Günther*, NVwZ 2018, 1109 (1111).

28 *Mahnhold*, NZA 2008, 737 (737); *Fleischer*, ZGR 2011, 155 (177); *Schmolke*, ZGR 2019, 876 (884 f); *Granetzny/Krause*, CCZ 2020, 29 (30).

29 Vgl. *Schmolke*, ZGR 2019, 876 (885).

30 Dazu ausführlich Seite 50 ff.

III. Informationen über Verstöße

Nach der Legaldefinition des Art. 5 Nr. 2 HG-RL bezeichnet der Ausdruck Informationen über Verstöße „Informationen, einschließlich begründeter Verdachtsmomente, in Bezug auf tatsächliche oder potenzielle Verstöße, die in der Organisation, in der der Hinweisgeber tätig ist oder war, oder in einer anderen Organisation, mit der der Hinweisgeber aufgrund seiner beruflichen Tätigkeit in Kontakt steht oder stand, bereits begangen wurden oder sehr wahrscheinlich erfolgen werden, sowie in Bezug auf Versuche der Verschleierung solcher Verstöße.“

Der Begriff bestimmt, welchen Inhalt die Meldung oder Offenlegung des Hinweisgebers haben kann. Informationen über Verstöße sind definitionsgemäß daher zunächst solche über tatsächlich begangene Verstöße. Auch begründete Verdachtsmomente stellen Informationen über Verstöße dar. Der Begriff umfasst darüber hinaus sogar zukünftige, (nur) potenziell noch erfolgende Verstöße.³¹

IV. Interne Meldung

Die Richtlinie sieht verschiedene Möglichkeiten vor, auf welche Weise der Hinweisgeber seine Informationen weitergeben kann. Eine Möglichkeit ist die Abgabe einer internen Meldung. Dabei meint die Meldung bzw. das Verb melden nach Art. 5 Nr. 3 HG-RL „die mündliche oder schriftliche Mitteilung von Informationen über Verstöße.“ Eine interne Meldung ist nach der Begriffsbestimmung in Art. 5 Nr. 4 HG-RL „die mündliche oder schriftliche Mitteilung von Informationen über Verstöße innerhalb einer juristischen Person des privaten oder öffentlichen Sektors.“ Die Information wird also innerhalb des Einwirkungs- und Verantwortungsbereichs der juristischen Person weitergegeben, innerhalb derer der mögliche Verstoß begangen wurde.³²

V. Externe Meldung

Eine externe Meldung wird in Art. 5 Nr. 5 HG-RL bestimmt als „die mündliche oder schriftliche Mitteilung von Informationen über Verstöße

31 Dazu ausführlich Seite 57 ff.

32 Zur Abgabe interner Meldungen ausführlich Seite 78 ff.

an die zuständigen Behörden.“ Im Unterschied zur internen Meldung verlässt die Information bei einer externen Meldung die vom Verstoß betroffene Organisation und wird an eine unbeteiligte Stelle außerhalb des Unternehmens weitergegeben. Die Information über den Verstoß verlässt dabei also den unmittelbaren Einwirkungsbereich des Arbeitgebers. Dieser hat auf die weitere Informationsverbreitung somit keinen Einfluss, erfährt unter Umständen auch gar nicht vom Vorliegen einer externen Meldung.³³

VI. Zuständige Behörde

Die für die externe Meldung zuständige Behörde ist gem. Art. 5 Nr. 14 HG-RL „die nationale Behörde, die benannt wurde, um Meldungen entgegenzunehmen und dem Hinweisgeber Rückmeldung zu geben und/oder als die Behörde benannt wurde, welche die in dieser Richtlinie vorgesehenen Aufgaben – insbesondere in Bezug auf etwaige Folgemaßnahmen – erfüllt.“ Eine solche Behörde könnte beispielsweise die Staatsanwaltschaft sein, sofern sie als zuständige Behörde vom nationalen Gesetzgeber benannt wird. Möglich wäre auch das Einsetzen eigener Hinweisgeber-Behörden.

VII. Offenlegung

Der Hinweisgeber kann seine Informationen über Verstöße darüber hinaus auch im Rahmen einer Offenlegung weitergeben. Die Offenlegung oder offenlegen ist nach Art. 5 Nr. 6 HG-RL „das öffentliche Zugänglichmachen von Informationen über Verstöße.“ Der Hinweisgeber gibt dabei seine Informationen nicht innerhalb der juristischen Person oder an eine zuständige Behörde weiter, sondern geht damit an die Öffentlichkeit. Dies kann auf unterschiedlichen Wegen geschehen. Eine Offenlegung liegt beispielsweise in einer Meldung an die Presse. Denkbar ist aber auch, dass der Hinweisgeber seine Informationen in sozialen Medien wie Facebook, Instagram, Twitter oder YouTube veröffentlicht. Eine Offenlegung im Sinne der Richtlinie ist auch die Weitergabe der Informationen an eine Nichtregierungsorganisation.³⁴

33 Zur Abgabe externer Meldungen ausführlich Seite 82 ff.

34 Zur Offenlegung ausführlich Seite 136 ff.

VIII. Betroffene Person

Eine betroffene Person ist nach Art. 5 Nr. 10 HG-RL „eine natürliche oder juristische Person, die in der Meldung oder in der Offenlegung als eine Person bezeichnet wird, die den Verstoß begangen hat, oder mit der die bezeichnete Person verbunden ist.“ Das Tatbestandsmerkmal der juristischen Person ist weit zu verstehen und umfasst neben juristischen Personen ebenfalls rechtsfähige Personengesellschaften.³⁵ Die anderen Sprachfassungen stellen insoweit maßgeblich auf die Rechtsfähigkeit der Organisation ab.³⁶

Die betroffene Person ist also diejenige Person, deren Verhalten Gegenstand der Meldung ist und die beschuldigt wird, einen Verstoß begangen zu haben. Das kann in Bezug auf Arbeitnehmer-Hinweisgeber beispielsweise der Arbeitgeber sein oder Personen, die für ihn oder in seinem Namen handeln, wie etwa Kollegen des Hinweisgebers oder Führungskräfte.

IX. Repressalie

Der Ausdruck Repressalie bezeichnet nach Art. 5 Nr. 11 HG-RL „direkte oder indirekte Handlungen oder Unterlassungen in einem beruflichen Kontext, die durch eine interne oder externe Meldung oder eine Offenlegung ausgelöst werden und durch die dem Hinweisgeber ein ungerechtfertigter Nachteil entsteht oder entstehen kann.“ Eine Benachteiligung wird somit nach der in der Richtlinie enthaltenen Definition erst dann zu einer Repressalie, wenn sie kausal auf die Meldung oder Offenlegung zurückgeht und dem Hinweisgeber dadurch ein ungerechtfertigter Nachteil entsteht oder entstehen kann. Der Begriff der Repressalie ist grundsätzlich weit zu verstehen. Sie umfasst jede benachteiligende Handlung oder Unterlassung im beruflichen Kontext im weitesten Sinn.³⁷

Vom Begriff umfasst sind daher sämtliche Benachteiligungen des Hinweisgebers, unabhängig davon, wer sie ausgeübt hat. Daher fallen auch solche unter die Richtlinie, die von anderen Personen als dem Arbeitgeber, wie etwa Kollegen des Hinweisgebers oder andere Personen, die für

35 Forst, EuZA 2020, 283 (291); Colneric/Gerdemann, S. 35.

36 Vgl. „legal persons“ in der englischen Fassung, „persona jurídica“ in der spanischen Fassung.

37 Erwägungsgrund 44 S. 2.