Das Hinweisgeberschutzgesetz (HinSchG) – Erläuterungen und Praxishinweise

A. Allgemeiner Überblick 6
I. Ziel des Gesetzes 6
II. Inkrafttreten des Gesetzes 6
III. Systematik des Gesetzes 7
1. Grundstruktur und Aufbau des Hinweisgeberschutzgesetzes 7
2. Die Regelungsmechanismen im Überblick 7
a. Einführung eines gesetzlichen Schutzsystems für Hinweisgeber 7
3. Einrichtung von Meldestellen 8
a. Einrichtung von internen Meldestellen 8
aa. Gesetzliche Verpflichtung zur Einrichtung interner Meldestellen für Unternehmen mit mehr als 50 Beschäftigten 8
bb. Verschiebung der Einrichtungspflicht für Unternehmen mit 50 bis 249 Beschäftigte auf den 17. Dezember 2023 9
cc. Keine Verpflichtung zur Einrichtung interner Meldestellen für Unternehmen mit weniger als 50 Beschäftigten 9
b. Bildung von externen Meldestellen 10
c. Wahl zwischen einer Meldung bei einer internen und externen Meldestellung 10
4. Schaffung von Abwehrrechten und Ansprüche für Hinweisgeber 10
a. Ausschluss der Verantwortlichkeit 10
b. Schutz vor Repressalien 11
c. Schutz vor Benachteiligungen 11
aa. Umfassender Schutz 11
bb. Beweislastumkehr bei Geltendmachung der Benachteiligung 11
5. Schaffung von spezifischen Bußgeldvorschriften bei Verstößen gegen die Einhaltung der Bestimmungen des Hinweisgeberschutzes 12
B. Gesetzliche Definitionen im HinSchG 12
I. Begriff der hinweisgebenden Person (Hinweisgeber)* 12
II. Begriff des Beschäftigungsgebers (§ 3 Abs. 9 HinSchG) 13
III. Begriff der Beschäftigten (§ 3 Abs. 8 HinSchG) 13
IV. Meldungen und Offenlegung (§ 3 Abs. 4 und 5 HinSchG) 13
V. Begriff des Verstoßes (§ 3 Abs. 2 HinSchG) 13
VI. Begriff der Information über Verstöße (§ 3 Abs. 3 HinSchG) 14
VII. Begriffe der internen und externen Meldestelle 14

VIII. Begriff der Repressalien (§ 3 Abs. 6 HinSchG) ... 14
IX. Begriff der Folgemaßnahmen (§ 3 Abs. 7 HinSchG) ... 14
C. Die einzelnen Regelungsgegenstände ... 14
I. Zielsetzung des HinSchG (§ 1 HinSchG) ... 14
II. Bildung von Meldestellen ... 15
1. Einrichtung interner Meldestellen ... 15
a. Verpflichtung zur Einrichtung einer internen Meldestelle für Unternehmen ... 16
aa. Begriff des (privaten) Beschäftigungsgebers ... 17
bb. Feststellung der Belegschaftsgröße des Beschäftigungsgebers ... 17
b. Umsetzungsfristen zur Einrichtung interner Meldestellen ... 18
2. Unterschiedliche Organisationsformen zur Ausgestaltung und zum Betreiben interner Meldestellen ... 19
a. Einrichtung einer internen Meldestelle mit eigenen Beschäftigten ... 20
aa. Anforderungen an Beschäftigte ... 20
bb. Sicherstellung der Unabhängigkeit und Fachkunde der Beschäftigten ... 21
cc. Kein besonderer Kündigungsschutz wegen Tätigkeit in einer internen Meldestelle ... 22
dd. Benennung der Beschäftigten für Tätigkeit in der internen Meldestelle ... 22
b. Einrichtung einer internen Meldestelle unter Zuhilfenahme externer Dritter ... 23
aa. Zulässigkeit der Einrichtung konzerninterne Meldestellen ... 23
bb. Beauftragung externer Dienstleister oder Rechtsanwaltskanzlei ... 24
cc. Kriterien für die Besetzung der internen Meldestelle mit eigenen Beschäftigten oder externen Dienstleistern ... 25
c. Einräumung notwendiger Befugnisse für die interne Meldestelle durch Unternehmen ... 25
d. Mitbestimmung des Betriebsrats bei Einrichtung einer internen Meldestelle ... 26
aa. Unterrichtung über die Einrichtung und Ausgestaltung der internen Meldestelle ... 26
bb. Keine Mitbestimmung bezüglich der Entscheidung über das „Ob“ der Einrichtung der internen Meldestelle ... 26
cc. Beteiligungsrechte bei Besetzung der internen Meldestelle mit eigenen Beschäftigten ... 27
3. Bildung von externen (staatlichen) Meldestellen ... 28
III. Persönlicher Anwendungsbereich (§ 1 HinSchG) ... 28
1. Hinweisgeberseite ... 29
a. Weiter Anwendungsbereich der Norm ... 29
b. Geschützter Personenkreis – Einzelfälle ... 29
aa. Praktikanten ... 29

bb. Leiharbeitnehmer ... 29
cc. Arbeitnehmer im Auslandseinsatz ... 30
dd. Ausgeschiedene Beschäftigte und Bewerber ... 30
ee. Arbeitnehmervertretungen und Betriebsratsmitglieder ... 30
ff. Selbstständige und Organmitglieder ... 31
gg. Personen, die von einer Meldung betroffenen sind ... 31
2. Hinweisgeberseite ... 31
3. Schutz nur bei Zusammenhang mit der Ausübung einer beruflichen Tätigkeit ... 32
IV. Sachlicher Anwendungsbereich ... 32
1. Vorliegen eines meldefähigen Verstoßes nach dem HinSchG ... 32
a. Rechtswidrige Verstöße im Rahmen der Ausübung beruflichen oder dienstlichen Tätigkeit ... 33
b. Verstoß gegen Schutzgüter des HinSchG ... 33
aa. Abschließender Katalog gemäß § 2 HinSchG ... 33
bb. Erheblichkeit des Verstoßes ... 37
cc. Keine Herausnahme aus dem Schutzbereich ... 37
V. Meldung und Offenlegung ... 40
1. Wahlrecht zwischen interner und externer Meldung (§ 7 Abs. 1 S. 1 HinSchG) ... 40
a. Zulässigkeit einer Meldung bei einer externen Meldestelle auch nach zuvor vorgenommener interner Meldung (§ 7 Abs. 1 S. 3 HinSchG) ... 41
b. Behinderungsverbot (§ 7 Abs. 2 HinSchG) ... 41
c. Schaffung von Anreizen für Nutzung des internen Meldesystems - 7 Abs. 3. S. 1 HinSchG) ... 41
d. Zurverfügungstellung von Informationen - § 7 Abs. 3. S. 2 HinSchG ... 42
e. Verbot der Beeinträchtigung einer externen Meldung ... 42
2. Offenlegung ... 43
a. Offenlegung nach vergeblicher Meldung bei externer Meldestelle ... 43
b. Sofortige Offenlegung ... 43
c. Verbot der Veröffentlichung von unrichtigen Informationen oder Verstößen ... 44
VI. Errichtung und Zurverfügungstellung von Meldekanälen ... 45
1. Verpflichtung zur Eröffnung von Meldekanälen für Beschäftigte und Leiharbeitnehmer bei internen Meldestellen ... 45
a. Optionale Eröffnung von Meldekanälen für Dritte ... 45
b. Keine Verpflichtung zur Ermöglichung anonyme Meldungen ... 46
c. Begrenzung des Adressatenkreises auf Zugriff auf eingehende Meldungen - § 16 Abs. 2 HinSchG ... 46

d. Auswahl und Ausgestaltung eines oder mehrerer Meldekanäle - § 16 Abs. 3 S. 1 HinSchG 47
aa. Keine Präferenz für Form der Ausgestaltung des Meldekanals 47
bb. Vorgaben bei Ermöglichung mündlicher Meldungen - § 16 Abs. 3 S. 3 HinSchG 48
cc. Rahmenbedingungen für Dokumentation telefonischer Meldungen - § 11 Abs. 2 S. 1 und 2 HinSchG 48
e. Ermöglichung einer Zusammenkunft 49
aa. Terminanberaumung innerhalb einer angemessener Zeit 49
bb. Voraussetzungen für Zulässigkeit der virtuellen Durchführung der Zusammenkunft 50
f. Notwendigkeit einer Datenschutzfolgenabschätzung bei Verwendung bestimmter Meldekanäle 50
g. Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG bei Auswahl des Meldekanals 51
aa. Technische Einrichtung 51
bb. Möglichkeit der Leistungskontrolle 51
2. Meldekanäle für externe Meldestellen 54
VII. Aufgaben der Meldestellen 55
1. Durchführung des Meldeverfahrens 55
2. Zurverfügungstellung von Informationen zum externen Meldeverfahren 55
VIII. Das Meldeverfahren 55
1. Allgemein zu beachtende Verfahrensgrundsätze 56
a. Gewährleistung der Vertraulichkeit der Identität der Hinweisgeber und von der Meldung betroffenen Personen (§ 8 HinSchG) 56
aa. Datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit 56
bb. Schutzumfang: Schutz der Personenidentität 56
cc. Voraussetzung für das Eingreifen des Vertraulichkeitsschutzes 57
b. Einhaltung des datenschutzrechtlichen Erforderlichkeitsgrundsatzes (§ 10 HinSchG) 60
c. Ordnungsgemäße Dokumentation der Meldungen (§ 11 HinSchG) 60
aa. Dauerhafte Dokumentation der eingehenden Meldungen 60
bb. Dokumentation von telefonischen Meldungen etc. nur mit Einwilligung 61
cc. Meldung, die im Rahmen einer Zusammenkunft erstattet werden 61
dd. Möglichkeit der Überprüfung eines erstellten Protokolls durch Hinweisgeber 61
d. Löschfristen für Meldungen 61
2. Meldeverfahren nach Eingang einer Meldung bei einer internen Meldestelle 62
a. Eingangsbestätigung an Hinweisgeber 63
b. Prüfung der Stichhaltigkeit der Meldung 63

c. Kontaktpflege mit Hinweisgeber ... 63
d. Prüfung der Meldung auf Stichhaltigkeit ... 63
e. Einholung von weiteren Auskünften beim Hinweisgeber ... 63
f. Bearbeitung anonyme Meldungen ... 63
g. Ergreifen von Folgemaßnahmen ... 63
h. Rückmeldung an den Hinweisgeber ... 64
3. Spannungsfeld zwischen Recht auf Auskunft nach Art.15 DSGVO und Schutz der Hinweisgeber ... 65
4. Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats bei Ausgestaltung des Meldeverfahrens ... 66
5. Zuständigkeit der Arbeitnehmervertretungen ... 67
6. Auswirkungen einer Betriebsvereinbarung zur Einführung eines Hinweisgeberschutzsystems auf Leitende Angestellte und Organe ... 67
7. Meldeverfahren nach Eingang einer Meldung bei einer externen Meldestelle ... 68
IX. Voraussetzungen für den Schutz hinweisgebender Personen (§ 33 HinSchG) ... 69
1. Erstattung einer Meldung oder Offenlegung ... 70
2. Offenlegen von Informationen ... 70
a. Erfolglose Erstattung einer Meldung bei einer externen Meldestelle ... 71
b. Annahme des Vorliegens bestimmter Verstöße nach § 32 Abs. 1 Nr. 2 HinSchG ... 71
3. Richtigkeit der Information oder „Gutgläubigkeit“ der Hinweisgeber ... 73
a. Vorliegen einer wahren Information (1. Voraussetzung) ... 73
b. Gutgläubigkeit des Hinweisgebers – Annahme der Wahrheit der gemeldeten oder offengelegten Information (2. Voraussetzung) ... 73
c. Berücksichtigung von Informationen, die unter den Anwendungsbereich des HinSchG fallen ... 73
X. Die einzelnen Schutzmaßnahmen ... 74
1. Ausschluss der Verantwortlichkeit (§ 35 HinSchG) ... 74
a. Keine Verantwortlichkeit, soweit die Meldung als solche keine Straftat darstellt ... 74
b. Keine Verantwortlichkeit bei berechtigter Annahme der Notwendigkeit der Aufdeckung eines meldefähigen Verstoßes ... 74
2. Verbot von Repressalien (§ 36 HinSchG) ... 74
a. Beschäftigungsgeber als Adressat des Verbotes ... 74
b. Inhalt der Repressalie ... 75
aa. Kausaler Zusammenhang zwischen gemeldeten Verstoß und beruflicher, unternehmerischer oder dienstlicher Tätigkeit ... 75
bb. Vermutung des Vorliegens einer Repressalie ... 75
c. Auslegung der Vermutungsregelung - Beweislastumkehr ... 75
d. Widerlegung der Vermutung durch den Beschäftigungsgeber ... 76

aa. Entkräftung der Vermutungsregelung wegen fehlender Kenntnis des Beschäftigungsgebers von der Meldung ... 76
bb. Rechtfertigung trotz Kausalität ... 77
3. Schadensersatz nach Repressalien (§ 37 HinSchG) ... 78
4. Exkurs: Kündigungsrechtliche Auswirkungen ... 79
a. Grundsatz: Unwirksamkeit einer Kündigung aufgrund einer Meldung oder Offenlegung ... 79
b. Ausnahmen bei nicht unter das HinSchG fallende Konstellationen ... 79
c. Kein Kündigungsschutz in der Wartezeit und im Kleinbetrieb ... 80
XI. Schadensersatz gegen Hinweisgeber nach Erstattung einer Falschmeldung ... 81
XII. Verbot abweichender Vereinbarungen ... 81
XIII. Anwendbarkeit von Bußgeldvorschriften (§ 40 HinSchG) ... 82
D. Literaturhinweise ... 83

A. Allgemeiner Überblick

I. Ziel des Gesetzes

Das Gesetz für einen besseren Schutz hinweisgebender Personen sowie zur Umsetzung der Richtlinie zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden (Hinweisgeberschutzgesetz) – setzt die am 16. Dezember 2019 in Kraft getretene (Richtlinie (EU) 2019/1937) sog. Whistleblower-Richtlinie um.

Mit dem Gesetz verfolgt der Gesetzgeber das Ziel, natürliche Personen, die im Zusammenhang mit ihrer beruflichen Tätigkeit oder im Vorfeld einer beruflichen Tätigkeit Informationen über Verstöße erlangt haben und diese an die nach diesem Gesetz vorgesehenen Meldestellen melden oder offenlegen (sog. hinweisgebende Personen oder auch Hinweisgeber) zu schützen (§ 1 Abs. 1 HinSchG). Gleiches gilt in Bezug auf Personen, die Gegenstand einer Meldung oder Offenlegung sind, sowie sonstige Personen, die von einer Meldung oder Offenlegung betroffen sind (§ 1 Abs. 2 HinSchG).

II. Inkrafttreten des Gesetzes

Das Hinweisgeberschutzgesetz (HinSchG), ist am 2. Juni 2023 im Bundesgesetzblatt verkündet worden. Zuvor hatten Bundestag und Bundesrat die Empfehlungen des Vermittlungsausschusses zur Änderung des vom Bundestag am 16. Dezember 2022 ursprünglich beschlossenen Gesetzes angenommen (veröffentlicht im Bundesgesetzblatt am 2. Juni 2023, BGBl. Teil 1, Nr. 140).

Die Vorschriften des HinSchG treten somit zu großen Teilen am 2. Juli 2023 in Kraft.

Die Bußgeldvorschrift zur Ahndung eines Verstoßes gegen die Pflicht zur Einrichtung interner Meldeverfahren (§ 40 Abs. 2 Nr. 2 HinSchG) kann gemäß der Übergangsregelung in § 42 Abs. 2 HinSchG allerdings erst ab 1. Dezember 2023 angewendet werden.

III. Systematik des Gesetzes

Mit dem Hinweisgeberschutzgesetz hat der Gesetzgeber ein gesetzliches Schutzsystem für hinweisgebende und weitere Personen (§§ 1, 34 HinSchG) geschaffen (sog. Whistleblower-Schutz).

1. Grundstruktur und Aufbau des Hinweisgeberschutzgesetzes

Der Gesetzgeber greift zur Verwirklichung und zur Gewährleistung des Whistleblower-Schutzes im Hinweisgeberschutzgesetz (HinSchG) im Wesentlichen auf vier ineinandergreifende Regelungsmechanismen zurück:

- Einführung eines gesetzlichen Schutzsystems für Hinweisgeber
- Einrichtung interner und externer Meldestellen beim Beschäftigungsgeber
- Schaffung von Abwehrrechten und Ansprüchen für Hinweisgeber
- Implementierung von spezifischen Bußgeldvorschriften bei Verstößen gegen den Hinweisgeberschutz

Jeder dieser vier Regelungsmechanismen setzt für seine Anwendbarkeit die Meldung oder Offenlegung von Informationen über Verstöße gegen eine der in § 2 HinSchG genannten Rechtsnormen voraus.

2. Die Regelungsmechanismen im Überblick

a. Einführung eines gesetzlichen Schutzsystems für Hinweisgeber

Kernelement der Regelungen ist die Schaffung eines individuellen Schutzsystems für hinweisgebende Personen (Hinweisgeber) und weiterer im Gesetz genannter Personen (§§ 1 Abs. 1, 35, 36 und 37 HinSchG).

Geschützt werden sog. hinweisgebenden Personen und Personen, die Gegenstand einer Meldung oder Offenlegung sind, sowie sonstige Personen, die von einer Meldung oder Offenlegung betroffen sind (§ 1 Abs. 2 HinSchG).

Unter welchen Voraussetzungen Meldungen bzw. Offenlegungen zulässig sind, ergibt sich im Einzelnen aus §§ 1, 2, 5 und 6 - 32 HinSchG.

Hinweisgeber sind natürliche Personen, die im Zusammenhang mit ihrer beruflichen Tätigkeit oder im Vorfeld einer beruflichen Tätigkeit Informationen über Verstöße erlangt haben und diese an die nach diesem Gesetz vorgesehenen Meldestellen melden oder offenlegen (§ 1 Abs. 1 HinSchG).

Das Gesetz schützt Hinweisgeber bei Vorliegen der Schutzvoraussetzungen durch unterschiedliche Schutzmaßnahmen:

- Ausschluss der Verantwortlichkeit (§ 35 HinSchG)
- Verbot von Repressalien (§ 36 HinSchG)
- Schadensersatz nach Repressalien (§ 37 HinSchG)

Eine hinweisgebende Person kann nach dem Gesetz nicht für die Beschaffung von oder den Zugriff auf Informationen, die sie gemeldet oder offengelegt hat, rechtlich verantwortlich gemacht werden, sofern die Beschaffung nicht als solche oder der Zugriff nicht als solcher eine eigenständige Straftat darstellt (§ 35 HinSchG). Sie darf zudem keinen Repressalien ausgesetzt werden (§ 36 HinSchG) und kann bei einem Verstoß gegen dieses Repressalienverbot gegen den Verursacher Schadenersatz geltend machen (§ 37 HinSchG).

Voraussetzung für das Eingreifen des Schutzsystems ist, dass Hinweisgeber eine Meldung über einen rechtswidrigen Verstoß bei einer internen oder externen Meldestelle erstattet oder eine Information über einen solchen Verstoß bei einer externen Meldestelle offengelegt haben.

Darüber hinaus werden Hinweisgeber auch mittelbar dadurch geschützt, dass bestimmte Verstöße der Unternehmen, die zugleich Beschäftigungsgeber i. S. v. § 3 Abs. 9 HinSchG sind, gemäß § 40 HinSchG vom Gesetzgeber als bußgeldbewehrte Ordnungswidrigkeit eingestuft werden.

3. Einrichtung von Meldestellen

Zur Absicherung des Hinweisgeberschutzes werden Regelungen zur Einrichtung von internen und externen Meldestellen geschaffen, wobei die Unternehmen als Beschäftigungsgeber ab einer bestimmten Größe gesetzlich zur Einrichtung einer internen Meldestelle verpflichtet werden (§ 12 HinSchG).

Auf staatlicher Ebene werden zudem externe Meldestellen eingerichtet (§ 19 HinSchG).

a. Einrichtung von internen Meldestellen

aa. Gesetzliche Verpflichtung zur Einrichtung interner Meldestellen für Unternehmen mit mehr als 50 Beschäftigten

Für Unternehmen, die als Beschäftigungsgeber 50 Personen oder mehr beschäftigen, sieht das Gesetz ab Inkrafttreten des Gesetzes am 2. Juli 2023 grundsätzlich eine Verpflichtung zur Einrichtung einer sog. internen Meldestelle vor (§ 12 Abs. 1 S. 1 HinSchG i. V. m Art 10 des Gesetzes für einen besseren Schutz hinweisgebender Personen sowie zur Umsetzung der Richtlinie zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden (Hinweisgeberschutzgesetz).

Für den Bereich der öffentlichen Verwaltung gilt dies für alle in § 12 Abs. 1 S. 2 HinSchG bezeichneten Organisationseinheiten.

Praxishinweis

Obgleich für kleinere Beschäftigungsgeber mit in der Regel 50 bis 249 Beschäftigten eine Übergangsfrist für die Einrichtung von internen Meldesystemen bis 17.12.2023 vorgesehen ist, sollten auch diese Unternehmen möglichst erste Schritte für die Implementierung interner Hinweisgeberstrukturen frühzeitig erwägen und einleiten. Die Übergangsregelung bezieht sich nur auf die Einrichtungspflicht. Ab Inkrafttreten des Gesetzes können Hinweisgeber Informationen, die diese kleineren Unternehmen betreffen, extern melden und werden – sofern die übrigen gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen – vom Schutzsystem des HinSchG erfasst. Durch die Einrichtung von internen Hinweisgeberstrukturen können Hinweisgeber motiviert werden, diese vorrangig zu nutzen.

bb. Verschiebung der Einrichtungspflicht für Unternehmen mit 50 bis 249 Beschäftigte auf den 17. Dezember 2023

Aufgrund einer Ausnahmeregelung findet die Verpflichtung zur Einrichtung einer internen Meldestelle gemäß § 12 Abs. 1 HinSchG auf Beschäftigungsgeber mit 50 bis 249 Beschäftigten erst **ab dem 17. Dezember 2023** Anwendung (§ 42 Abs. 1 HinSchG), wobei diese Ausnahmeregelung nicht für die in § 12 Abs. 3 HinSchG bezeichneten und auf dem Finanzsektor tätigen Unternehmen zur Anwendung gelangt.

Aufgrund einer Übergangsregelung in § 42 Abs. 2 HinSchG droht aber auch größeren Unternehmen mit mehr als 249 Beschäftigten sowie kleineren Unternehmen, die auf dem Gebiet des Finanzsektors tätig sind, erst **ab dem 1. Dezember 2023** die Gefahr, dass sie wegen der unterlassene Einrichtung einer internen Meldestelle mit einem Bußgeld gemäß § 40 Abs. 2 Nr. 2 HinSchG belegt werden.

cc. Keine Verpflichtung zur Einrichtung interner Meldestellen für Unternehmen mit weniger als 50 Beschäftigten

Ferner ist zu beachten, dass die Verpflichtung zur Einrichtung interner Meldestellen Unternehmen erst trifft, wenn sie in der Regel mindestens 50 Personen beschäftigen (§ 12 Abs. 2 HinSchG). Dies gilt jedoch nicht für Unternehmen, die auf dem Gebiet des Finanzsektors tätig sind, der in § 12 Abs. 3 Nr. 1 bis 7 HinSchG

speziell ausgewiesen wird. Diese Unternehmen werden von der Einrichtungspflicht auch dann betroffen, wenn sie weniger als 50 Beschäftigte beschäftigen (§ 12 Abs. 3 HinSchG).

b. Bildung von externen Meldestellen

Das Hinweisgeberschutzgesetz sieht zudem die Einrichtung verschiedener staatlicher externer Meldestellen des Bundes und der Länder vor. Dies sind zentrale Meldestellen, die von Bund oder den Ländern eingerichtet werden (§§ 19 - 23 HinSchG). Als externe Meldestelle des Bundes ist in erster Linie das Bundesamt für Justiz (BfJ) vorgesehen (§ 19 Abs. 1 HinSchG).

Daneben kann nach § 20 HinSchG jedes Bundesland eine eigene externe Meldestelle einrichten für Meldungen, die die jeweilige Landesverwaltung und die jeweiligen Kommunalverwaltungen betreffen.

Die extern gebildeten Meldestellen treffen gegenüber dem Bundestag, dem Bundesrat und der Europäischen Kommission Berichtspflichten (§ 26 HinSchG). Sie sind zur Einrichtung von Meldekanälen verpflichtet und sollen auch anonyme Meldestellen bearbeiten, ohne jedoch zur Einrichtung solcher Meldestellen verpflichtet zu sein (§ 27 Abs. 1 HinSchG).

c. Wahl zwischen einer Meldung bei einer internen und externen Meldestellung

Das Gesetz sieht für Hinweisgeber grundsätzlich ein Wahlrecht zwischen interner und externer Meldung vor (§ 7 Abs. 1 S. 1 HinSchG), wobei der Gesetzgeber ausdrücklich die Meldung bei einer internen Meldung priorisiert, wenn von dort aus wirksam gegen den Verstoß vorgegangen werden kann (§ 7 Abs. 1 S. 2 HinSchG).

4. Schaffung von Abwehrrechten und Ansprüche für Hinweisgeber

a. Ausschluss der Verantwortlichkeit

Erfüllt der Hinweisgeber die Voraussetzungen an die Meldung oder Offenlegung, wird er vom Hinweisgeberschutzgesetz geschützt. Geschützt ist er dabei nicht nur bei der Meldung oder Offenlegung seiner Informationen an sich. Er kann auch nicht für die Beschaffung von oder den Zugriff auf Informationen, die er gemeldet oder offengelegt hat, rechtlich verantwortlich gemacht werden (§ 35 HinSchG). Dies gilt jedenfalls, sofern er mit der Beschaffung oder dem Zugriff keinen eigenständigen Straftatbestand verwirklicht. Das bedeutet allerdings zugleich, dass Hinweisgeber, die bei der Informationsbeschaffung etwa einen Hausfriedensbruch oder Datenschutzverstößen begehen, für diese Tat belangt werden können, wohl aber nicht für die Meldung oder Offenlegung dieser Informationen.

b. Schutz vor Repressalien

Gegen Hinweisgeber gerichtete Repressalien sind nach § 36 Abs. 1 HinSchG verboten. Das Verbot gilt auch für den bloßen Versuch, Repressalien auszuüben. Dem Hinweisgeber darf im Zusammenhang mit seiner Meldung oder Offenlegung daher kein ungerechtfertigter Nachteil entstehen.

c. Schutz vor Benachteiligungen

Das HinSchG verbietet jede denkbare Benachteiligung aufgrund einer rechtmäßigen Meldung oder Offenlegung.

aa. Umfassender Schutz

Es gewährt dem Hinweisgeber daher auch einen Schutz gegen Kündigungen aufgrund seiner Meldung oder Offenlegung, unabhängig von der Geltung des Kündigungsschutzgesetzes. Unter das Verbot fallen des Weiteren seine Freistellung, die fehlende Entfristung seines Arbeitsvertrags, die Nichtvornahme einer Beförderung, ein schlechtes Arbeitszeugnis oder Mobbing. Diese Aufzählung macht deutlich, dass Arbeitgeber zukünftig auch bei vermeintlich neutralen Handlungen wie der Nichtvornahme einer Beförderung eines Hinweisgebers in erhöhten Begründungszwang kommen können. Gegebenenfalls wird dies auch sogar im Falle einer Meldung für Kündigungen in der Probezeit, die sonst keiner sachlichen Begründung bedürfen, von Bedeutung sein.

bb. Beweislastumkehr bei Geltendmachung der Benachteiligung

Wendet sich der Hinweisgeber gerichtlich gegen eine Repressalie, etwa im Rahmen eines Kündigungsschutzprozesses, kommt ihm in § 36 Abs. 2 HinSchG zudem eine Beweislastumkehr zur Hilfe. Erleidet er im zeitlichen Zusammenhang mit einer Meldung eine Benachteiligung, so wird vermutet, dass diese Benachteiligung eine Repressalie ist. Im Rahmen des Vermittlungsverfahren ist als zusätzliche Voraussetzung zwar aufgenommen worden, dass diese Vermutungsregelung nur zum Tragen gelangt, wenn der Hinweisgeber die Benachteiligung geltend macht (§ 36 Abs. 2 S. 1 HinSchG). Im Streitfall wird der Hinweisgeber im Prozess zur Vermeidung etwaiger Rechtsnachteile aber immer die Benachteiligung geltend machen und sich auf die Vermutungsregelung berufen. Im Falle der Geltendmachung der Benachteiligung durch den Hinweisgeber im Prozess ist es anschließend Sache des Beschäftigungsgebers zu beweisen, dass die Maßnahme auf hinreichend gerechtfertigten Gründen basierte bzw. jedenfalls nicht auf der Meldung beruhte (§ 36 Abs. 2 S. 2 HinSchG). Die Beweislastumkehr soll dazu dienen, den Hinweisgebern über etwaige Nachweisprobleme hinwegzuhelfen. Vielfach könnten Hinweisgeber ansonsten den Nachweis der Kausalität zwischen einer rechtmäßigen Meldung und beispielsweise einer Kündigung nicht oder nur schwer erbringen. Für Beschäf-

tigungsgeber bedeutet dies allerdings, dass sie Gründe für benachteiligende Maßnahmen, wie z. B. Kündigungen, noch sorgfältiger als dies bisher schon der Fall war, dokumentieren sollten.

d. Schadensersatz nach Repressalien

Schließlich stehen Hinweisgebern für den Fall, dass sie Repressalien erleiden, Schadensersatzansprüche zu (§ 37 HinSchG). Allerdings soll aber wie beim Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz kein Anspruch auf Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses oder auf eine Beförderung bestehen.

5. Schaffung von spezifischen Bußgeldvorschriften bei Verstößen gegen die Einhaltung der Bestimmungen des Hinweisgeberschutzes

Der Schutz der Hinweisgeber wird insgesamt zusätzlich dadurch gestärkt, dass einzelne Verstöße gegen das HinSchG als Ordnungswidrigkeiten eingestuft werden, die mit einem Bußgeld belegt werden können. In § 40 HinSchG werden spezifische Bußgeldvorschriften bei Verstößen gegen die Pflichten aus dem Hinweisgeberschutzgesetz normiert.

Einzelne Verstöße gegen das Gesetz können mit einem Bußgeld von bis zu 50.000,- € geahndet werden. Überzieht ein Beschäftigungsgeber einen Hinweisgeber, beispielsweise mit einer nicht zu rechtfertigenden Repressalie, handelt er nach § 40 Abs. 2 Nr. 3 HinSchG ordnungswidrig und kann mit einer Geldbuße von bis zu 50.000,- € belegt werden.

Das Unterlassen der rechtzeitigen Einrichtung einer internen Meldestelle kann mit einem Bußgeld bis zu 20.000,- € geahndet werden (§ 40 Abs. 2 Nr. 2 HinSchG). In diesem Zusammenhang ist allerdings nochmals hervorzuheben, dass eine nicht rechtzeitige Einrichtung einer internen Meldestelle nach § 12 Abs. 1 HinSchG gemäß der Übergangsregelung nach § 40 Abs. 2 Nr. 2 HinSchG erst ab dem 01.12.2023 mit einem Bußgeld belegt werden kann (§ 42 Abs. 2 HinSchG).

B. Gesetzliche Definitionen im HinSchG

Das HinSchG enthält einige Begriffe, die für das Grundverständnis von grundlegender Bedeutung sind. Sie werden im Gesetz in § 3 HinSchG im Einzelnen definiert.

I. Begriff der hinweisgebenden Person (Hinweisgeber)*

Hinweisgebende Personen sind natürliche Personen, die im Zusammenhang mit ihrer beruflichen Tätigkeit oder im Vorfeld einer beruflichen Tätigkeit Informationen über Verstöße erlangt haben und diese an die nach diesem Gesetz vorgesehenen Meldestellen melden oder offenlegen (§ 1 Abs. 1 HinSchG).

**Im Gesetz werden mehrfach die Begriffe Hinweisgeber, Beschäftigungsgeber und Leiharbeitnehmer verwendet, ohne dass insoweit eine geschlechtsbezogene Bezugnahme verbunden ist. Aus Gründen der einfacheren Lesbarkeit und ohne jede Diskriminierungsabsicht werden nachfolgend diese Begriffe ausschließlich in männlicher Form verwendet. Damit sollen gleichsam alle Geschlechter mit einbezogen werden.*

II. Begriff des Beschäftigungsgebers (§ 3 Abs. 9 HinSchG)

Das HinSchG verwendet den Begriff des Beschäftigungsgebers. Beschäftigungsgeber sind die in § 3 Abs. 9 HinSchG genannten Organisationen, wenn bei ihnen mindestens eine Person beschäftigt ist. Beschäftigungsgeber können nach § 3 Abs. 9 HinSchG natürliche Personen sowie juristische Personen des öffentlichen und des privaten Rechts, rechtsfähige Personengesellschaften und sonstige, nicht in den § 3 Abs. 9 Nr. 1 und 2 HinSchG genannte rechtsfähige Personenvereinigungen sein.

III. Begriff der Beschäftigten (§ 3 Abs. 8 HinSchG)

Beschäftigte sind im Bereich der Privatwirtschaft in erster Linie Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die zu ihrer Berufsbildung Beschäftigten sowie Personen, die wegen ihrer wirtschaftlichen Unselbständigkeit als arbeitnehmerähnliche Personen anzusehen sind; zu diesen gehören auch die in Heimarbeit Beschäftigten und die ihnen Gleichgestellten. Ferner zählen zu den Beschäftigten in diesem Sinne Menschen mit Behinderung, die in einer Werkstatt für behinderte Menschen oder bei einem anderen Leistungsanbieter nach § 60 des Neunten Buches Sozialgesetzbuch beschäftigt sind (§ 3 Abs. 8 Nr. 1, 2, 6 und 7 HinSchG).

Im staatlichen Bereich sind Beamtinnen und Beamte, Richterinnen und Richter mit Ausnahme der ehrenamtlichen Richterinnen und Richter sowie Soldatinnen und Soldaten unter den Begriff der Beschäftigten einzuordnen (§ 3 Abs. 9 Nr. 3, 4 und 5 HinSchG).

IV. Meldungen und Offenlegung (§ 3 Abs. 4 und 5 HinSchG)

Die Begriffe der Meldungen und der Offenlegung sind in § 3 HinSchG legal definiert. Meldungen sind Mitteilungen von Informationen über Verstöße an interne Meldestellen oder externe Meldestellen, § 3 Abs. 4 HinSchG. Offenlegung bezeichnet das Zugänglichmachen von Informationen über Verstöße gegenüber der Öffentlichkeit, § 3 Abs. 5 HinSchG. Eine Offenlegung kann der Gang an die Presse oder eine Veröffentlichung in sozialen Netzwerken sein.

V. Begriff des Verstoßes (§ 3 Abs. 2 HinSchG)

Verstöße sind Handlungen oder Unterlassungen im Rahmen einer beruflichen, unternehmerischen oder dienstlichen Tätigkeit, die rechtswidrig sind und Vorschriften oder Rechtsgebiete betreffen, die in den sachlichen Anwendungsbereich nach

§ 2 HinSchG fallen. Hierzu können auch missbräuchliche Handlungen oder Unterlassungen gehören, die dem Ziel oder dem Zweck der Regelungen in den Vorschriften oder Rechtsgebieten zuwiderlaufen, die in den sachlichen Anwendungsbereich nach § 2 HinSchG fallen.

VI. Begriff der Information über Verstöße (§ 3 Abs. 3 HinSchG)

Informationen über Verstöße sind begründete Verdachtsmomente oder Wissen über tatsächliche oder mögliche Verstöße, die bei dem Beschäftigungsgeber, bei dem die hinweisgebende Person tätig ist oder war, oder bei einer anderen Stelle, mit der die hinweisgebende Person aufgrund ihrer beruflichen Tätigkeit im Kontakt steht oder stand, bereits begangen wurden oder sehr wahrscheinlich erfolgen werden, sowie über Versuche der Verschleierung solcher Verstöße.

VII. Begriffe der internen und externen Meldestelle

Auch die Begriffe der internen und externen Meldestelle sind für das weitere Verständnis wichtig. Beide Meldestellen sind Empfänger von Meldungen hinweisgebender Personen, wobei es sich bei den externen Stellen um gesetzlich festgelegte staatliche Meldestellen handelt (§ 19 ff. HinSchG). Interne Meldestellen werden dagegen bei den Beschäftigungsgebern selbst eingerichtet (§ 12 HinSchG).

VIII. Begriff der Repressalien (§ 3 Abs. 6 HinSchG)

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

IX. Begriff der Folgemaßnahmen (§ 3 Abs. 7 HinSchG)

Folgemaßnahmen sind die von einer internen Meldestelle nach § 18 HinSchG oder von einer externen Meldestelle nach § 29 HinSchG ergriffenen Maßnahmen zur Prüfung der Stichhaltigkeit einer Meldung, zum weiteren Vorgehen gegen den gemeldeten Verstoß oder zum Abschluss des Verfahrens.

Hierzu gehören unter anderem die Aufnahme und Durchführung interner Untersuchungen bei dem Beschäftigungsgeber oder bei der jeweiligen Organisationseinheit, die Kontaktierung betroffener Personen und Arbeitseinheiten, die Verweisung der hinweisgebenden Personen an andere zuständige Stellen oder die Abgabe des Verfahrens zwecks Einleitung weiterer Untersuchungen sowie der Abschluss des Verfahrens aus Mangel an Beweisen oder aus anderen Gründen.

C. Die einzelnen Regelungsgegenstände

I. Zielsetzung des HinSchG (§ 1 HinSchG)

Ziel des HinSchG ist es, den Schutz hinweisgebender Personen und sonstiger von einer Meldung betroffener Personen zu stärken und sicherzustellen, dass ihnen im Rahmen der Vorgaben dieses Gesetzes keine Benachteiligungen drohen.

Das HinSchG bezweckt somit den Schutz von hinweisgebenden Personen. Es handelt sich dabei um natürliche Personen, die im Zusammenhang mit ihrer beruflichen Tätigkeit oder im Vorfeld einer beruflichen Tätigkeit Informationen über Verstöße erlangt haben und diese an die nach diesem Gesetz vorgesehenen Meldestellen melden oder offenlegen, vor Benachteiligungen zu schützen (§ 1 Abs. 1 HinSchG).

Zielsetzung und persönlicher Anwendungsbereich - § 1 Abs. 1 HinSchG
(1) Dieses Gesetz regelt den Schutz von natürlichen Personen, die im Zusammenhang mit ihrer beruflichen Tätigkeit oder im Vorfeld einer beruflichen Tätigkeit Informationen über Verstöße erlangt haben und diese an die nach diesem Gesetz vorgesehenen Meldestellen melden oder offenlegen (hinweisgebende Personen).

Zur Verwirklichung dieses Schutzziels hat der Gesetzgeber im HinSchG verschiedene Schutzmechanismen geschaffen. Hierzu zählen neben dem Repressalienschutz (§ 36 HinSchG), der Ausschluss der Verantwortlichkeit für Meldungen oder Offenlegungen (§ 35 HinSchG) sowie die Möglichkeit für Hinweisgeber Schadensersatz (§ 37 HinSchG) geltend zu machen.

II. Bildung von Meldestellen

Das HinSchG sieht die Einrichtung von internen Meldestellen in Unternehmen (§ 12 HinSchG) sowie die Errichtung von externen Meldestellen beim Bund und in den Ländern (§ 19 ff. HinSchG) vor.

Die Meldestellen müssen für Hinweisgeber Meldekanäle einrichten (§§ 16 bzw. 27 HinSchG) über die Hinweisgeber Meldungen einreichen können (vgl. hierzu unten VI. 1. und 2.).

Bei externen Meldestelle können zudem bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen zudem Informationen offengelegt werden (vgl. hierzu unten IX. 1. bis 3.)

1. Einrichtung interner Meldestellen

Ausgangspunkt des Hinweisgeberschutzes ist die Pflicht zur Errichtung interner Meldestellen (§ 12 Abs. 1 S. 1 HinSchG). Betroffen sind Beschäftigungsgeber mit „in der Regel" mindestens 50 Beschäftigten (siehe hierzu unten II. 1. a).

a. Verpflichtung zur Einrichtung einer internen Meldestelle für Unternehmen

Interne Meldestellen sind in der Privatwirtschaft bei sämtlichen rechtsfähigen Personenvereinigungen einzurichten, soweit sie in der Regel mindestens 50 Personen beschäftigen (§ 12 Abs. 1 S. 1 HinSchG).

Lediglich Unternehmen, die auf dem Finanzsektor tätig sind, trifft diese gesetzliche Pflicht auch dann, wenn sie weniger als 50 Personen beschäftigen (§ 12 Abs. 3 HinSchG).

Pflicht zur Einrichtung interner Meldestellen (§ 12 Abs. 1 bis 3 HinSchG)
(1) Beschäftigungsgeber haben dafür zu sorgen, dass bei ihnen mindestens eine Stelle für interne Meldungen eingerichtet ist und betrieben wird, an die sich Beschäftigte wenden können (interne Meldestelle). Ist der Bund oder ein Land Beschäftigungsgeber, bestimmen die obersten Bundes- oder Landesbehörden Organisationseinheiten in Form von einzelnen oder mehreren Behörden, Verwaltungsstellen, Betrieben oder Gerichten. Die Pflicht nach Satz 1 gilt sodann für die Einrichtung und den Betrieb der internen Meldestelle bei den jeweiligen Organisationseinheiten. Für Gemeinden und Gemeindeverbände und solche Beschäftigungsgeber, die im Eigentum oder unter der Kontrolle von Gemeinden und Gemeindeverbänden stehen, gilt die Pflicht zur Einrichtung und zum Betrieb interner Meldestellen nach Maßgabe des jeweiligen Landesrechts.
(2) Die Pflicht nach Absatz 1 Satz 1 gilt nur für Beschäftigungsgeber mit jeweils in der Regel mindestens 50 Beschäftigten.
(3) Abweichend von Absatz 2 gilt die Pflicht nach Absatz 1 Satz 1 unabhängig von der Zahl der Beschäftigten für
1. Wertpapierdienstleistungsunternehmen im Sinne des § 2 Absatz 10 des Wertpapierhandelsgesetzes,
2. Datenbereitstellungsdienste im Sinne des § 2 Absatz 40 des Wertpapierhandelsgesetzes,
3. Börsenträger im Sinne des Börsengesetzes,
4. Institute im Sinne des § 1 Absatz 1b des Kreditwesengesetzes und Institute im Sinne des § 2 Absatz 1 des Wertpapierinstitutsgesetzes,
5. Gegenparteien im Sinne des Artikels 3 Nummer 2 der Verordnung (EU) 2015/2365 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2015 über die Transparenz von Wertpapierfinanzierungsgeschäften und der Weiterverwendung sowie zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 648/2012 (ABl. L 337 vom 23.12.2015, S. 1), die zuletzt durch die Verordnung (EU) 2021/23 (ABl. L 22 vom 22.1.2021, S. 1) geändert worden ist, in der jeweils geltenden Fassung,
6. Kapitalverwaltungsgesellschaften gemäß § 17 Absatz 1 des Kapitalanlagegesetzbuchs sowie
7. Unternehmen gemäß § 1 Absatz 1 des Versicherungsaufsichtsgesetzes mit Ausnahme der nach den §§ 61 bis 66a des Versicherungsaufsichtsgesetzes tätigen Unternehmen mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen

Union oder einem anderen Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum.

aa. Begriff des (privaten) Beschäftigungsgebers

Die Einrichtungsverpflichtung knüpft für den Bereich der Privatwirtschaft an den Begriff des (privaten) Beschäftigungsgebers an. Unter diesen Begriff fallen kraft gesetzlicher Definition natürliche Personen sowie juristische Personen des öffentlichen und des privaten Rechts sowie rechtsfähige Personengesellschaften und sonstige, nicht in § 3 Abs. 9 Nr. 1 und 2 genannte rechtsfähige Personenvereinigungen (§ 3 Abs. 9 HinSchG), soweit sie keine juristischen Personen des öffentlichen Rechts sind oder im Eigentum oder unter der Kontrolle einer juristischen Person des öffentlichen Rechts stehen (§ 3 Abs. 10 HinSchG).

Mit der Bezugnahme auf den Beschäftigungsgeber i.S.v. § 3 Abs. 9 HinSchG und nicht auf den Begriff des Betriebs werden auch Beschäftigte in kleineren Unternehmen vom Hinweisgeberschutzschutz erfasst (Bruns, NJW 2023, 1509).

Begriff des Beschäftigungsgebers - § 3 Abs. 9 HinSchG
(9) Beschäftigungsgeber sind, sofern mindestens eine Person bei ihnen beschäftigt ist,
1. natürliche Personen sowie juristische Personen des öffentlichen und des privaten Rechts,
2. rechtsfähige Personengesellschaften und
3. sonstige, nicht in den Nummern 1 und 2 genannte rechtsfähige Personenvereinigungen.
(10) Private Beschäftigungsgeber sind Beschäftigungsgeber mit Ausnahme juristischer Personen des öffentlichen Rechts und solcher Beschäftigungsgeber, die im Eigentum oder unter der Kontrolle einer juristischen Person des öffentlichen Rechts stehen

bb. Feststellung der Belegschaftsgröße des Beschäftigungsgebers

(1) Berücksichtigung der Beschäftigten nach „sog. Kopfprinzip“

Die für die Einrichtungsverpflichtung relevante Unternehmensgröße ist anhand aller beim Beschäftigungsgeber tätigen Beschäftigten zu ermitteln. Hierbei sind alle Beschäftigten zu berücksichtigen, die unter den Beschäftigtenbegriff nach § 3 Abs. 8 HinSchG fallen. Im Gesetz findet sich hierzu keine der in § 23 Abs. 1 S. 4 KSchG festgelegten Regelung zur anteiligen Berücksichtigung von Teilzeitbeschäftigten. Es ist jedoch wohl davon auszugehen, dass wie im Betriebsverfassungsgesetz von einer sog. Kopfzahlberechnung auszugehen ist. Dies bedeutet, dass auch Teilzeitbeschäftigte und geringfügig Beschäftigte bei der Bestimmung der Belegschaftsgröße pro Kopf voll mitzählen (so z. B. in Anknüpfung an die Rechtsprechung des BAG zur Bestimmung der Betriebsgröße nach dem BetrVG (Bayreuther, DB 2023, 1538).

(2) Regelmäßige Beschäftigtenzahl

Die Pflicht zur Einrichtung interner Meldestellen erstreckt sich auf Beschäftigungsgeber mit in der Regel mindestens 50 Beschäftigten (§ 12 Abs. 2 HinSchG). Die Beschäftigtenzahl ist somit anhand der Zahl der i.d.R. im Unternehmen angestellten Beschäftigten zu errechnen.

Eine ausdrückliche Bestimmung zur Berechnung der regelmäßigen Beschäftigtenzahl findet sich im Gesetz nicht. Nach der Gesetzesbegründung bedarf es zur Feststellung der regelmäßigen Beschäftigtenzahl eines Rückblicks auf die bisherige personelle Stärke und einer Einschätzung der zukünftigen Entwicklung (Drucksache 20/5992 vom 14.3.2023, S. 63). Es wird insoweit auf die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Feststellung der Beschäftigtenzahl nach dem KSchG abgestellt (vgl. BAG vom 31.01.1991 – 2 AZR 356/90, BAG vom 24.01.2013 – 2 AZR 140/12).

Die Beschäftigtenzahl soll danach nicht durch eine auf einen bestimmten Stichtag abgestellte Betrachtung erfolgen, sondern mittels eines Rückblicks auf die bisherige personelle Stärke und einer vorzunehmenden Zukunftsprognose. Es ist also zu hinterfragen, wie viele Beschäftigte in den kommenden Monaten bei dem Beschäftigungsgeber beschäftigt werden. Im Schrifttum wird die Auffassung vertreten, dass bei der Berechnung der Beschäftigtenzahl auch Leiharbeitnehmer im Sinne von § 14 Abs. 2 AÜG zu berücksichtigen sind, wenn sie längerfristig im Betrieb eingesetzt werden (Bayreuther, DB 2023, 1538). Hiergegen könnte allerdings eingewendet werden, dass die Einrichtungsverpflichtung nach dem HinSchG gerade nicht an die Betriebsgröße, sondern an die Größe des Unternehmens anknüpft. Da Leiharbeitnehmer aber nicht bei dem Unternehmen, sondern bei einem anderen Vertragsarbeitgeber angestellt sind, ist es durchaus vertretbar, sie nicht bei der Feststellung der Belegschaftsstärke des Unternehmens zu berücksichtigen.

b. Umsetzungsfristen zur Einrichtung interner Meldestellen

Unternehmen, die als Beschäftigungsgeber in der Regel mindestens 50 Personen beschäftigen, trifft die Verpflichtung zur Einrichtung einer Meldestelle grundsätzlich ab dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes ab dem 2. Juli 2023.

Für Unternehmen mit weniger Beschäftigten besteht grundsätzlich keine Einrichtungsverpflichtung, es sei denn, sie sind dem Finanzsektor i. S. d der Vorschrift des § 12 Abs. 3 HinSchG zuzuordnen.

Unternehmen mit einer Beschäftigtenzahl von in der Regel 50 bis 249 Beschäftigten können aufgrund der Übergangsregelung des § 42 Abs. Abs. 1 HinSchG die Einrichtung einer internen Meldestelle bis zum 17. Dezember 2023 einen internen Meldekanal aufschieben.

Unternehmen mit mehr als 249 Beschäftigten sind zwar verpflichtet, eine interne Meldestelle mit dem Inkrafttreten des Gesetzes am 2. Juli 2023 einzurichten. Allerdings wird das Unterlassen einer solchen Einrichtung auch bei diesen Unternehmen bis zum 1. Dezember 2023 nicht pönalisiert und deshalb auch nicht mit einem Bußgeld belegt (§§ 40 Abs. 2 Nr. 2, 42 Abs. 2 HinSchG).

Übergangsregelung zur Einrichtungspflicht von internen Meldestellen - § 42 HinSchG

(1) Abweichend von § 12 Absatz 1 müssen private Beschäftigungsgeber mit in der Regel 50 bis 249 Beschäftigten ihre internen Meldestellen erst ab dem 17. Dezember 2023 einrichten. Satz 1 gilt nicht für die in § 12 Absatz 3 genannten Beschäftigungsgeber.
(2) § 40 Absatz 2 Nummer 2 ist erst ab dem 1. Dezember 2023 anzuwenden.

2. Unterschiedliche Organisationsformen zur Ausgestaltung und zum Betreiben interner Meldestellen

Eine interne Meldestelle kann eingerichtet werden, in dem eine bei dem jeweiligen Beschäftigungsgeber oder bei der jeweiligen Organisationseinheit beschäftigte Person, eine aus mehreren beschäftigten Personen bestehende Arbeitseinheit oder ein Dritter mit den Aufgaben einer internen Meldestelle betraut wird (§ 14 Abs. 1 S. 1 HinSchG). Demzufolge kann die interne Meldestelle auch durch Personen betrieben werden, die nicht beim Beschäftigungsgeber, sondern durch externe Personen oder Organisationen beschäftigt sind.

Die Einschaltung und Beauftragung eines Dritten mit den Aufgaben einer internen Meldestelle entbindet allerdings den Beschäftigungsgeber nicht von der Pflicht, selbst geeignete Maßnahmen zu ergreifen, um einen etwaigen Verstoß abzustellen (§ 14 Abs. 2 S. 2 HinSchG).

Ist der Beschäftigungsgeber der Bund oder ein Land, gilt § 14 Abs. 1 S. 2 HinSchG für die jeweiligen Organisationseinheiten entsprechend, § 14 Abs. 1 S. 3 HinSchG.

Darüber hinaus können mehrere private Beschäftigungsgeber mit in der Regel 50 bis 249 Beschäftigten für die Entgegennahme von Meldungen und für die weiteren nach diesem Gesetz vorgesehenen Maßnahmen eine gemeinsame Stelle einrichten und betreiben (§ 14 Abs. 2 S. 1 HinSchG)

Organisationsformen interner Meldestellen - § 14 HinSchG

(1) Eine interne Meldestelle kann eingerichtet werden, indem eine bei dem jeweiligen Beschäftigungsgeber oder bei der jeweiligen Organisationseinheit beschäftigte Person, eine aus mehreren beschäftigten Personen bestehende Arbeitseinheit oder ein Dritter mit den Aufgaben einer internen Meldestelle betraut wird. Die Betrauung eines Dritten mit den Aufgaben einer internen Meldestelle entbindet den betrauenden Beschäftigungsgeber nicht von der Pflicht, selbst

geeignete Maßnahmen zu ergreifen, um einen etwaigen Verstoß abzustellen. Ist der Beschäftigungsgeber der Bund oder ein Land, gilt Satz 2 für die jeweiligen Organisationseinheiten entsprechend.

(2) Mehrere private Beschäftigungsgeber mit in der Regel 50 bis 249 Beschäftigten können für die Entgegennahme von Meldungen und für die weiteren nach diesem Gesetz vorgesehenen Maßnahmen eine gemeinsame Stelle einrichten und betreiben. Die Pflicht, Maßnahmen zu ergreifen, um den Verstoß abzustellen, und die Pflicht zur Rückmeldung an die hinweisgebende Person verbleiben bei dem einzelnen Beschäftigungsgeber

a. Einrichtung einer internen Meldestelle mit eigenen Beschäftigten

Bei Betreiben einer internen Meldestelle in Eigenregie bestehen für die Unternehmen zahlreiche Gestaltungsmöglichkeiten bei der Einrichtung und Ausstattung der Meldestelle.

aa. Anforderungen an Beschäftigte

Das Gesetz verpflichtet die Unternehmen, für eine personell unabhängige (§ 15 Abs. 1 S. 1 HinSchG) und fachlich kompetente (§ 15 Abs. 2 HinSchG) Besetzung der internen Meldestelle zu sorgen. Anders als eine externe Meldestelle muss diese sogar in der Lage sein, im Betrieb eigene Untersuchungen durchzuführen (§ 18 Nr. 1 HinSchG). Soweit Beschäftigte für eine Tätigkeit in einer internen Meldestelle vom Beschäftigungsgeber benannt werden, müssen sie auch nicht ausschließlich im Rahmen der Meldestelle eingesetzt werden (§ 15 Abs. 1 Satz 2 HinSchG). Allerdings darf die Ausübung anderer Tätigkeiten im Unternehmen nicht zum Interessenkonflikt bei der Wahrnehmung der Aufgaben in der internen Meldestelle führen.

Es ist fraglich, ob es zweckmäßig ist, die interne Meldestelle mit Beschäftigten aus der Personal- bzw. Rechtsabteilung zu besetzen. Falls diese Beschäftigten bei der Gestaltung oder Erstellung einer arbeitsrechtlichen Maßnahme beteiligt sind, könnte in einem möglichen Streitfall der Hinweisgeber die Glaubwürdigkeit des vom Beschäftigungsgebers in Abrede stellen. Dies kann zum Beispiel eine Rolle für die Frage spielen, ob eine Meldung oder Offenlegung für die arbeitsrechtliche Maßnahme ursächlich war und deshalb nach § 36 HinSchG als verbotene Repressalie einzustufen ist. Allerdings sind Beschäftigte aus der Personal- bzw. Rechtsabteilung nicht per se ausgeschlossen, eine Tätigkeit in der internen Meldestelle zu übernehmen. Dies gilt auch in Bezug auf für das Unternehmen tätige Datenschutzbeauftragte, wobei sich auch hier die Frage stellen kann, ob es im Einzelfall zu einem Interessenkonflikt zwischen den Aufgaben als Datenschutzbeauftragter und als Person in der internen Meldestelle kommen kann. Tendenziell ist daher eher davon abzuraten, dem Datenschutzbeauftragten oder Beschäftigten aus der Rechts- oder Personalabteilung Aufgaben in der internen Meldestelle zuzuweisen.

Dagegen kann die interne Meldestelle als solche durchaus in einer im Unternehmen eingerichtete Compliance-Abteilung integriert werden (so auch: Erwägungsgrund 56 RL (EU) 2019/1937; Gesetzesbegründung BT-Drucks. 20/5992 vom 14.03.2023, S. 64; Gerdemann, RdA 2019 S. 19; Bayreuther, DB 2023, 1538).

Allerdings muss die Meldestelle organisatorisch und personell derart von der Compliance-Abteilung abgegrenzt sein, dass bis zur Entscheidung über Folgemaßnahmen nur diejenigen Personen auf Meldungen Zugriff haben, die auch tatsächlich zur Entgegennahme von Hinweisen i. S. v der Vorschrift des § 16 Abs. 2 HinSchG berufen sind (Bayreuther, DB 2023, 1538).

bb. Sicherstellung der Unabhängigkeit und Fachkunde der Beschäftigten

Falls eigene Beschäftigte in der internen Meldestelle eingesetzt werden, müssen diese zunächst über die notwendige Fachkunde verfügen. Hierfür hat der Beschäftigungsgeber Sorge zu tragen (§ 15 Abs. 2 HinSchG).

Bei den eingesetzten Beschäftigten muss es sich nicht zwangsläufig um Juristen oder Personen mit hinreichenden Datenschutzkenntnissen handeln. Sie sollten jedoch Kenntnis über die Funktion, die Kompetenzen und die Unabhängigkeit der Meldestelle verfügen und insbesondere mit den wesentlichen Grundzügen des Vertraulichkeitsgebots der §§ 8 ff. HinSchG vertraut sein (Bayreuther, NZA 2023, 1538). Die entsprechenden Grundkenntnisse können die Beschäftigten, soweit diese bisher nicht vorhanden sind, durch Unterrichtung von Kollegen sowie durch Vorgesetzen oder Schulungen erwerben.

Beschäftigungsgeber haben zudem sicherzustellen, dass die betreffenden Beschäftigten bei Ausübung ihrer Tätigkeit in der internen Meldestelle unabhängig sind und, sofern sie auch andere Arbeiten ausführen, es dadurch zu keinen Interessenkonflikten mit ihrer hinweisgeberrechtlichen Tätigkeit kommt (§ 15 Abs. 1 Satz 1 und 3 HinSchG).

Praxishinweis

Sofern ein Beschäftigter die Funktion der Meldestelle beim Beschäftigungsgeber einnehmen soll, erscheint es zweckmäßig, durch eine entsprechende vertragliche Gestaltung dieses Aufgabengebiet von den anderen Aufgaben des Beschäftigten abzugrenzen und klarzustellen, dass der Beschäftigte bei Ausübung dieser Tätigkeit nach § 15 HinSchG unabhängig ist.

Unabhängige Tätigkeit und notwendige Fachkunde der in der Meldestelle eingesetzten Personen- § 15 HinSchG

(1) Die mit den Aufgaben einer internen Meldestelle beauftragten Personen sind bei der Ausübung ihrer Tätigkeit unabhängig. Sie dürfen neben ihrer Tätigkeit für die interne Meldestelle andere Aufgaben und Pflichten wahrnehmen. Es ist

dabei sicherzustellen, dass derartige Aufgaben und Pflichten nicht zu Interessenkonflikten führen.
(2) Beschäftigungsgeber tragen dafür Sorge, dass die mit den Aufgaben einer internen Meldestelle beauftragten Personen über die notwendige Fachkunde verfügen. Ist der Beschäftigungsgeber der Bund oder ein Land, gilt Satz 1 für die jeweiligen Organisationseinheiten entsprechend.

cc. Kein besonderer Kündigungsschutz wegen Tätigkeit in einer internen Meldestelle

Den in der Meldestelle vom Beschäftigungsgeber eingesetzten Personen steht kein Abberufungs- und kein besonderer Kündigungsschutz zu (Bruns, NJW 2023, 1612). Im HinSchG wird ihnen auch kein besonderer Rechtsschutz eingeräumt. Sofern sie jedoch wegen ihrer Amtsführung benachteiligt werden, steht ihnen der generelle Maßregelungsschutz gemäß § 612a BGB zu (Bayreuther, DB 2023, 1539.

dd. Benennung der Beschäftigten für Tätigkeit in der internen Meldestelle

Arbeitgeber dürfen Beschäftigte kraft des ihnen obliegenden Direktionsrechts Meldeaufgaben zuweisen, falls sie hierfür eingestellt worden sind. Dagegen können Arbeitgeber Beschäftigten, die in der Rechts- oder Personalabteilung tätig sind, nicht ohne Weiteres eine entsprechende Position in der Meldestelle zuteilen. Hiergegen könnte ein möglicher Interessenkonflikt bei einer Ausübung einer gleichzeitigen Tätigkeit dieser Personen in der Meldestelle sprechen. Dies soll nach § 15 Abs. 1 S. 3 HinSchG jedoch vermieden werden.

Bei der Ausführung der Aufgaben in der internen Meldestelle dürfte es sich vielfach um die Übernahme eines völlig eigenständigen und neuen Tätigkeitsbereichs handeln, mit der Folge, dass es insoweit in der Regel entweder des Einverständnisses des Beschäftigten zur Übernahme des neuen Aufgabengebiets oder einer Änderungskündigung bedarf (Bayreuther, DB 2023, 1538). Allerdings dürfte insoweit jeweils eine Einzelfallbetrachtung vorzunehmen sein, soweit die Tätigkeit sich lediglich teilweise bis zu 25 % gegenüber der früheren Tätigkeit verändert hat oder nicht länger als einen Monat geplant ist. Auch dürfte wohl für Beschäftigte, die zuvor bereits in einer Compliance-Abteilung eingesetzt waren, etwas Anderes gelten, da die Ausführung der Aufgaben in der internen Meldestelle vielfach mit ihrer bisherigen Tätigkeit zu vergleichen sein dürfte.

Kollektivrechtlich dürfte es sich bei den Zuweisungen der Tätigkeiten in der Meldestelle i.d.R. um Versetzungen und Einstellungen handeln, die der Zustimmung des Betriebsrats nach §§ 99, 95 Abs. 3 BetrVG bedürfen (siehe hierzu unten C. II. 2. d) cc., S. 27).

b. Einrichtung einer internen Meldestelle unter Zuhilfenahme externer Dritter

Beschäftigungsgeber können die interne Meldestelle anstatt mit eigenen Beschäftigten ggf. auch durch Dritte betreiben (§ 14 Abs. 1 Satz 1 HinSchG). Hierbei handelt es sich in der Regel um spezialisierte externe Dienstleister mit juristischen und/oder fundierten IT-Kenntnissen. Ferner müssen bei der zwangsläufig notwendigen Verarbeitung von personenbezogenen Daten die Dienstleister zudem die gültigen Datenbestimmungen der DSGVO und des BDSG beachten. In diesem Kontext ist auch zu prüfen, ob mit dem externen Dienstleister ein Auftragsverarbeitungsvertrag gemäß Art. 28 DSGVO zu schließen ist.

Organisationsformen interner Meldestellen - § 14 Abs. 1 Satz 1 und 2 HinSchG

(1) Eine interne Meldestelle kann eingerichtet werden, indem eine bei dem jeweiligen Beschäftigungsgeber oder bei der jeweiligen Organisationseinheit beschäftigte Person, eine aus mehreren beschäftigten Personen bestehende Arbeitseinheit oder ein Dritter mit den Aufgaben einer internen Meldestelle betraut wird. Die Betrauung eines Dritten mit den Aufgaben einer internen Meldestelle entbindet den betrauenden Beschäftigungsgeber nicht von der Pflicht, selbst geeignete Maßnahmen zu ergreifen, um einen etwaigen Verstoß abzustellen.

aa. Zulässigkeit der Einrichtung konzerninterne Meldestellen

Nach dem HinSchG ist die Einrichtung einer konzernweit tätigen Meldestelle bei einem Unternehmen in einem Konzernverbund nicht ausgeschlossen und wohl unproblematisch möglich. Die EU-Kommission sieht dies gleichwohl kritisch (Dzida/Seibt, NZA 2023 S. 662; Gerdemann, ZRP 2022, 99; Bayreuther, DB 2023, 1539).

Gemäß § 14 Abs. 2 HinSchG können mehrere private Beschäftigungsgeber mit in der Regel 50 bis 249 Beschäftigten für die Entgegennahme von Meldungen eine gemeinsame Stelle einrichten und betreiben. Auch hier bleibt die Pflicht, Maßnahmen zu ergreifen, um den Verstoß abzustellen, beim jeweiligen Beschäftigungsgeber. § 14 HinSchG dürfte so zu verstehen sein, dass im Ergebnis alle Aufgaben der Meldestelle, also nicht nur die Entgegennahme von Hinweisen, sondern auch das Ergreifen von Folgemaßnahmen, auch auf ein anderes Konzernunternehmen (zentral) übertragen werden können. Lediglich die aus gesellschaftsrechtlicher Sicht ohnehin bestehende Pflicht, den Verstoß abzustellen, verbleibt gem. § 14 Abs. 2 S. 2 HinSchG bei der jeweiligen Gesellschaft (Dzida/Seibt, NZA 2023, 653).

Eine andere Frage ist, ob beispielsweise bei Bestimmung eines ausländischen Konzernunternehmens zur internen Meldestelle für die Konzernunternehmen der Meldebetrieb noch so rechtskonform ausgestaltet werden kann, dass die Meldestelle den ihr durch das HinSchG zugewiesenen Aufgaben gerecht werden kann. Im Schrifttum wird in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass die interne

Meldestelle für die Hinweisgeber nicht unerreichbar angesiedelt sein darf und Meldungen in den im jeweiligen Unternehmen vorherrschenden Sprachen eingereicht werden können. Des Weiteren müssten Hinweisgeber sicher sein, dass dort der für ihren Arbeitsort relevante Vertraulichkeitsschutz gewährleistet ist (Bayreuther, DB 2023, 1539). Schließlich müssen die in der Meldestelle tätigen Personen des Konzernunternehmens das jeweilige nationale Recht zum Hinweisgeberschutz kennen und anwenden können.

Zulässigkeit konzerninterner Meldestelle für mehrere Unternehmen - § 14 Abs. 2 HinSchG

(2) Mehrere private Beschäftigungsgeber mit in der Regel 50 bis 249 Beschäftigten können für die Entgegennahme von Meldungen und für die weiteren nach diesem Gesetz vorgesehenen Maßnahmen eine gemeinsame Stelle einrichten und betreiben. Die Pflicht, Maßnahmen zu ergreifen, um den Verstoß abzustellen, und die Pflicht zur Rückmeldung an die hinweisgebende Person verbleiben bei dem einzelnen Beschäftigungsgeber.

bb. Beauftragung externer Dienstleister oder Rechtsanwaltskanzlei

Vielfach bieten auch Rechtsanwaltskanzleien die Übernahme von Meldeaufgaben an. Grundsätzlich dürfte dies auch zulässig sein. Allerdings wird in diesem Zusammenhang nicht ganz zu Unrecht darauf hingewiesen, dass auch Rechtsanwälte neben den regelmäßig bestehenden Kenntnissen über den Inhalt des Hinweisgeberschutzgesetzes auch die ordnungsgemäße Durchführung und einwandfreie Organisation und datenschutzkonforme Abwicklung der Meldeverfahren, wie bei allen externen Dienstleistern, gewährleisten müssen. Beschäftigungsgeber sollten sich dies bei Abschluss des Dienstleistungs- oder Mandatsvertrages vertraglich zusichern lassen.

Rechtsanwaltskanzleien sollten vor Übernahme entsprechender Aufträge überdies sorgfältig klären, ob sie durch die Übernahme der Dienstleistung gewerbesteuerpflichtig werden (Bayreuther, DB 2023, 1539). Soweit die Rechtsanwaltskanzlei zugleich das Unternehmen auch im Arbeitsrecht berät, ist Vorsicht geboten. Im Schrifttum wird zu Recht darauf hingewiesen, ob es den insoweit beauftragten Rechtsanwälten in diesen Fällen nicht zumindest an der hinweisrechtlich erforderlichen Unabhängigkeit gemäß § 15 Abs. 1 Satz 3 HinSchG fehlt, wenn sie ein etwaiges Mandat gegen Hinweisgeber übernehmen. Mit Blick auf die weitere Betreuung des Arbeitgebers könnte sich für sie unter berufsrechtlichen Gesichtspunkten zudem auch ein Interessenkonflikt i. S. d. §§ 43a Abs. 4 BRAO, 3 BORA ergeben (Bayreuther, DB 2023, 1539).

Im Übrigen entbindet die Beauftragung eines Dritten mit den Aufgaben einer internen Meldestelle den beauftragenden Beschäftigungsgeber auch nicht von der Pflicht, selbst geeignete Maßnahmen zu ergreifen, um einen etwaigen Verstoß abzustellen (§ 14 Abs. 1 Satz 2 HinSchG).

cc. Kriterien für die Besetzung der internen Meldestelle mit eigenen Beschäftigten oder externen Dienstleistern

Beschäftigungsgeber stehen damit vor der Frage und Entscheidung, ob sie die interne Meldestelle durch eigene Beschäftigte oder durch (externe) Dritte besetzten sollen. Beide Varianten sind mit Vor- und Nachteilen verbunden.

Für eine Besetzung mit Beschäftigten sprechen ggf. die schnellere Implementierung des Hinweisgebersystems und die geringeren Kosten bei Nutzung der eigenen Beschäftigten und des unternehmenseigenen Knowhows. Außerdem kann die Einrichtung und Organisation der Meldestelle sowie die ordnungsgemäße Durchführung des Meldeverfahrens bei Einsatz eigener Beschäftigter besser eingeschätzt werden.

Für den Einsatz externer Organisationen könnte dagegen sprechen, dass diese auf die Einrichtung von Hinweisgebersystemen spezialisiert sind und Beschäftigte zudem in diesem Fall nicht mit besonders sensiblen Anfragen und ggf. anspruchsvollen Prüfungen belastet werden. Zudem dürfte bei der Einschaltung externer Fachkräfte nicht nur der interne Schulungsbedarf erheblich geringer sein, sondern auch die Unabhängigkeit regelmäßig unproblematisch gewährleistet sein, ohne dass weitere interne Organisationsmaßnahmen getroffen werden müssen (vgl. hierzu die Vorgaben nach § 15 HinSchG).

Ferner kann die Beauftragung der externen Meldestelle wohl weitgehend mitbestimmungsfrei erfolgen.

Praxistipp

Die für die Ausübung der internen Meldestelle beauftragten Personen sollte gesondert zur Geheimhaltung der Identität des Hinweisgebers, des Gesprächsinhalts und der Identität aller von der Meldung betroffener Personen verpflichtet werden.

c. Einräumung notwendiger Befugnisse für die interne Meldestelle durch Unternehmen

Beschäftigungsgeber des öffentlichen und des privaten Rechts gemäß § 3 Abs. 9 HinSchG sind verpflichtet, der internen Meldestelle die notwendigen Befugnisse zu erteilen, um ihre Aufgaben wahrzunehmen, um Meldungen prüfen und Folgemaßnahmen ergreifen zu können. An und für sich ergeben sich die Kompetenzen der mit den Aufgaben einer internen Meldestelle betrauten Personen bereits unmittelbar aus §§ 14 und 17, 18 HinSchG.

Das Gesetz stellt in § 12 Abs. 4 HinSchG lediglich klar, dass die Kompetenzzuweisung über den Beschäftigungsgeber auch erfolgen muss, damit diese die ggf. notwendigen Regelungen treffen können (BT-Drs. 20/5992 vom 14.03.2022, S. 63)

Einräumung notwendiger Befugnisse für interne Meldestelle - § 12 Abs. 4 Satz 1 HinSchG
Die nach Absatz 1 Satz 1 verpflichteten Beschäftigungsgeber erteilen der internen Meldestelle die notwendigen Befugnisse, um ihre Aufgaben wahrzunehmen, insbesondere, um Meldungen zu prüfen und Folgemaßnahmen zu ergreifen.

d. Mitbestimmung des Betriebsrats bei Einrichtung einer internen Meldestelle

aa. Unterrichtung über die Einrichtung und Ausgestaltung der internen Meldestelle

Nach § 12 HinSchG sind Beschäftigungsgeber verpflichtet, interne Meldestellen einzurichten. Hieraus könnte ein Unterrichtungsrecht aus § 80 Abs. 2 BetrVG folgen, da der Betriebsrat rechtzeitig und umfassend vom Arbeitgeber zu unterrichten ist, damit der Betriebsrat seine gesetzlichen Aufgaben wahrnehmen kann (§ 80 Abs. 2 S. 1 BetrVG). 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. Beschäftigte können nach dem HinSchG Meldungen beim Arbeitgeber erstatten. Bei ordnungsgemäßer Erstattung der Meldung erlangen sie den im HinSchG normierten Hinweisgeberschutz. Damit der Betriebsrat die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen prüfen und infolgedessen seine Aufgaben insoweit ordnungsgemäß wahren kann, ist dieser somit über die Einführung der internen Meldestellen zu unterrichten. Der Arbeitgeber hat diese Unterrichtung rechtzeitig und umfassend vorzunehmen. Dies bedeutet, dass er dem Betriebsrat die Gelegenheit geben muss, sich vor Einrichtung der internen Meldestelle und deren Ausgestaltung mit der Problematik zu befassen.

bb. Keine Mitbestimmung bezüglich der Entscheidung über das „Ob" der Einrichtung der internen Meldestelle

Die Verpflichtung zur Einrichtung interner Meldestellen ist für Unternehmen, die mindestens 50 Arbeitnehmer beschäftigen, abschließend gesetzlich in § 12 Abs. 1 S. 1 HinSchG geregelt und ist insoweit der Mitbestimmung des Betriebsrates entzogen (Bayreuther, NZA 2023, 667; Zimmer/Millfahrt BB 2023, 1270).

Dagegen dürfte die Ausgestaltung des Meldeverfahrens bei der internen Meldestelle, soweit es von den in §§ 17, 18 HinSchG vorgegebenen zwingenden Regeln abweicht, nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG der Mitbestimmung des Betriebsrats unterliegen, da hier nicht etwa nur das Arbeitsverhalten, sondern auch das Ordnungsverhalten der im Betrieb eingesetzten Beschäftigten angesprochen wird. Dies gilt jedenfalls für die Fälle, in denen über die im Gesetz vorgesehenen Verfahrensschritte zusätzliche Vorgaben geschaffen werden (Dzida/Seibt, NZA 2023, 653; Bayreuther, DB 2023, 1538; Zimmer/Millfahrt BB 2023, 1270; siehe hierzu im Einzelnen unten C. VIII.).

Anders dürfte wiederum die Entscheidung des Beschäftigungsgebers, ob für interne Meldestellen ein externer Dienstleister beauftragt werden soll, zu bewerten sein. Insoweit besteht kein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats. Es handelt sich hierbei nicht um eine Frage der Ordnung des Betriebs oder des Verhaltens der Beschäftigten im Betrieb (§ 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG), sondern um eine mitbestimmungsfreie organisatorische Entscheidung des Arbeitgebers. Wird innerhalb des Betriebs lediglich auf die Möglichkeit der innerbetrieblichen Meldung über das von einem Dritten bereit gestellte System verwiesen, besteht deshalb kein Mitbestimmungsrecht, da es bei dem Hinweis am eigenen Regelungsgehalt fehlt (so jedenfalls BAG zu § 13 AGG: BAG vom 12.07.2009 – 1 ABR 42/08, NZA 2009, 1049). Allerdings wird in diesem Zusammenhang vereinzelt eine Parallele zur Rechtsprechung zur Bestellung von Fachkräften für Arbeitssicherheit und Betriebsärzten hergestellt (BAG vom 10.04.1979 – 1 ABR 34/74), da für diese anerkannt sei, dass auch die Auswahlentscheidung des Arbeitgebers (Bestellung eigener Arbeitnehmer oder Beauftragung eines überbetrieblichen arbeitsmedizinischen bzw. -sicherheitstechnischen Dienstes?) der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG unterliege (Bayreuther, NZA 2023, 667). Allerdings bietet sich eher an, insoweit die Rechtsprechung des BAG zur Besetzung einer externen Beschwerdestelle nach § 13 AGG heranzuziehen. Das BAG hatte hierzu festgestellt, dass die organisatorische Grundentscheidung des Arbeitgebers, einen Dritten mit dem Betrieb der Beschwerdestelle zu beauftragen, mitbestimmungsfrei ist (BAG vom 15.01.2002 – 1 ABR 13/01, NZA 2002, 998).

cc. Beteiligungsrechte bei Besetzung der internen Meldestelle mit eigenen Beschäftigten

(1) Mitwirkungsrechte bei Einstellung und Versetzung

Beschäftigungsgeber können die interne Meldestelle ausschließlich mit eigenen Beschäftigten ausstatten. Hierzu können sie neues Personal für die Aufgaben der internen Meldestellen einstellen oder bereits Beschäftigte mit den Aufgaben betrauen. Hieraus können sich in jedem Einzelfall die Mitwirkungsrechte des Betriebsrates gemäß § 99 BetrVG ergeben. Für den Fall, dass der Beschäftigungsgeber für die interne Meldestelle neues Personal einstellt, liegt es auf der Hand, dass dem Betriebsrat ein Informations- und Zustimmungsverweigerungsrecht (§ 99 BetrVG) zusteht. Sofern ein bereits angestellter Beschäftigter in der Meldestelle tätig wird, unabhängig davon, ob ausschließlich oder lediglich neben seinen sonstigen Aufgaben, ist im Einzelfall zu bewerten, ob eine Versetzung vorliegt oder nicht. Nach § 95 Abs. 3 S. 1 BetrVG werden Beschäftigte versetzt, wenn sie einem anderen Arbeitsbereich zugewiesen werden, dies voraussichtlich die Dauer von einem Monat überschreitet oder die Umstände, unter denen sie ihre Arbeit leisten, mit einer erheblichen Änderung verbunden sind. Die Erheblichkeit ist anzunehmen, wenn die Änderung aus objektiver Sicht bedeutsam und für den betroffenen Arbeitnehmer gravierend ist.

Vielfach wird dies der Fall sein, wenn der Anteil der Tätigkeit deutlich über 25 % der Gesamttätigkeit liegt.

(2) Mitbestimmung bei Schulung der Beschäftigten (§§ 96 ff. BetrVG)

Der Arbeitgeber hat nach § 15 Abs. 2 HinSchG 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 Beschäftigten durch diesbezügliche Schulungsmaßnahmen weiterbilden.

Führt der Beschäftigungsgeber solche Schulungen durch, ist der Betriebsrat nach §§ 96 ff. BetrVG grundsätzlich zu beteiligen. Ebenso hat der Betriebsrat bei der Durchführung solcher Bildungsmaßnahmen ein als Zustimmungs- und Initiativrecht gestaltetes Mitbestimmungsrecht (§ 98 I BetrVG) zu beachten (Zimmer/Millfahrt, BB 2023, 1269).

3. Bildung von externen (staatlichen) Meldestellen

Nach §§ 19 ff. HinSchG hat der Bund unabhängig von seiner Pflicht zur Bereitstellung von internen Meldestellen für das eigene Personal auch externe Meldestellen zu errichten. Die Errichtung externer Meldestellen ist nicht an besondere Voraussetzungen geknüpft und dient damit vor allem dem Hinweisgeberschutz in Klein- bzw. Kleinstbetrieben (Bruns, NJW 2023, 1609).

Als externe Meldestelle des Bundes ist in erster Linie das Bundesamt für Justiz (BfJ) vorgesehen (§ 19 Abs. 1 HinSchG). Ferner fungieren auf der Bundesebene die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht und das Bundeskartellamt für bestimmte Meldevorgänge als externe Meldestellen (§§ 21, 22 HinSchG).

Daneben kann nach § 20 HinSchG jedes Bundesland eine eigene externe Meldestelle für die Einreichung von Meldungen oder Offenlegung von Informationen einrichten, die die jeweilige Landesverwaltung und die jeweiligen Kommunalverwaltungen betreffen.

III. Persönlicher Anwendungsbereich (§ 1 HinSchG)

Vom persönlichen Anwendungsbereich erfasst das Gesetz einerseits sowohl Beschäftigte in der Privatwirtschaft als auch im öffentlichen Dienst. Hierdurch setzt der Gesetzgeber die Vorgaben der RL (EU) 2019/1937 um. Andererseits verwendet das Gesetz auf der Arbeitgeberseite den Begriff des Beschäftigungsgebers und bezieht damit natürliche Personen sowie juristische Personen des öffentlichen und des privaten Rechts, rechtsfähige Personengesellschaften in den persönlichen Anwendungsbereich des Hinweisgeberschutzgesetzes ein.

1. Hinweisgeberseite

a. Weiter Anwendungsbereich der Norm

Das HinSchG dürfte deshalb daher auch die in der Richtlinie genannten Personen erfassen (BT-Drs. 20/3442 vom 19.09.2022, 56; BT-Drs. 20/5992, S. 38 vom 14.03.2023). Hierbei handelt es sich um Arbeitnehmer i. S. d. Art. 45 AEUV. Dieser Begriff geht weiter als der Arbeitnehmerbegriff des deutschen Rechts i. S. d. § 611a BGB (Bruns, NJW 2023, 1615; ErfK/Preis 23. Aufl. 2023, § 611a BGB, Rdz. 18).

Der persönliche Anwendungsbereich des HinSchG ist deshalb nicht nur für Beschäftigte i. S. v. § 3 Abs. 8 HinSchG eröffnet (vgl. zum Beschäftigtenbegriff bereits oben B. III.).

Nach der Gesetzesbegründung ist es nicht von Bedeutung, ob die Tätigkeit entgeltlich geleistet wird oder nicht. Aus diesem Grund sollen auch Praktikantinnen und Praktikanten, Freiwillige und Anteilseignerinnen und Anteilseigner, aber auch externe Auftragnehmerinnen und Auftragnehmer und Lieferantinnen und Lieferanten sowie Personen, deren Arbeitsverhältnis bereits beendet ist oder noch nicht begonnen hat und die sich in einem vorvertraglichen Stadium befindet, unter den Schutzbereich des § 1 HinSchG fallen (BT-Drs. 20/5992 vom 14.03.2023, S.32).

Persönlicher Anwendungsbereich - § 1 Abs. 1 und 2 HinSchG
(1) Dieses Gesetz regelt den Schutz von natürlichen Personen, die im Zusammenhang mit ihrer beruflichen Tätigkeit oder im Vorfeld einer beruflichen Tätigkeit Informationen über Verstöße erlangt haben und diese an die nach diesem Gesetz vorgesehenen Meldestellen melden oder offenlegen (hinweisgebende Personen).
(2) Darüber hinaus werden Personen geschützt, die Gegenstand einer Meldung oder Offenlegung sind, sowie sonstige Personen, die von einer Meldung oder Offenlegung betroffen sind.

b. Geschützter Personenkreis – Einzelfälle

aa. Praktikanten

Praktikanten dürften auch geschützt sein, wenn sie „nur“ ein Pflichtpraktikum absolvieren und für ihre Tätigkeit kein Geld erhalten (BT-Drs. 20/3442 vom 14.03.2023, S. 56).

bb. Leiharbeitnehmer

Ob auch Leiharbeitnehmer unter den Anwendungsbereich des Gesetzes fallen, ist mangels ausdrücklicher gesetzlicher Regelung nicht eindeutig. Das HinSchG nennt sie explizit nur im Rahmen des § 16 Abs. 1 S. 1 HinSchG für die Berechtigung zur

Nutzung interner Meldestellen. Angesichts des weiten Anwendungsbereichs des Gesetzes ist jedoch davon auszugehen, dass die Rechtsprechung die Leiharbeitnehmer einbeziehen wird, soweit es um ihre Tätigkeit im Entleiherbetrieb geht, da auch dort Repressalien drohen, wenn sie Missstände aus diesem Bereich melden (Bruns, NJW 2023, 1615).

cc. Arbeitnehmer im Auslandseinsatz

Arbeitnehmer fallen auch dann unter den persönlichen Geltungsbereich des HinSchG, wenn sie im Ausland beschäftigt werden. Sie bleiben nach der EU-Richtlinie 2019/1937 (Whistleblower-Richtlinie) selbst dann geschützt, wenn sie vom gemeldeten bzw. offengelegten Missstand erst im Rahmen eines inzwischen beendeten Arbeitsverhältnisses Kenntnis erlangt haben (Art. 4 II RL 2019/1937).

dd. Ausgeschiedene Beschäftigte und Bewerber

Der Anwendungsbereich erstreckt sich nach der Gesetzesbegründung auch auf hinweisgebende Personen, die Verstöße melden oder offenlegen, wenn deren Arbeitsverhältnis zwischenzeitlich beendet wurde. Gleiches gilt für hinweisgebende Personen, die sich in einem Bewerbungsverfahren befinden oder deren Arbeitsverhältnis noch nicht begonnen hat und die während des Einstellungsverfahrens oder anderer vorvertraglicher Verhandlungen Informationen über Verstöße erlangt haben (BT-Drs. 20/3442 vom 14.03.2023, S. 39).

ee. Arbeitnehmervertretungen und Betriebsratsmitglieder

Dagegen sind Arbeitnehmervertretungen wegen der Begrenzung auf natürliche Personen als solche nicht geschützt. Im Gegenteil, wird der Betriebsrat selbst zum Hinweisgeber und meldet einen Missstand an eine externe Meldestelle, dürfte darin sogar ein Verstoß gegen die aus § 74 Abs. 1 S. 2 BetrVG als Unterfall des Gebots der vertrauensvollen Zusammenarbeit gemäß § 2 Abs. 1 BetrVG folgenden Verhandlungspflicht liegen (Bruns, NJW 2023, 1609).

Umstritten ist, ob Betriebsratsmitglieder unter den Schutzbereich der Whistleblower-Richtlinie und des HinSchG fallen, selbst wenn sie Wissen melden, das allein aus ihrer Betriebsratsarbeit stammt (pro: Bruns, NJW 2023, 1615 und – contra: Richardi/Thüsing BetrVG, 17. Aufl. 2022, BetrVG § 79 Rdz. 16). Mitglieder des Betriebsrats unterliegen nach § 79 BetrVG einer Geheimhaltungspflicht.

Das Verbot des Whistleblowings dürfte auch insoweit gelten, zumal für den Betriebsrat in der Regel die Möglichkeit bestehen dürfte, auf andere zumutbare Art und Weise auf das Unternehmen einzuwirken und dessen ggf. rechtswidriges Handeln zu unterbinden. Allerdings wird in der Gesetzesbegründung darauf hingewiesen, dass sich der Schutzbereich der Norm auch auf Tätigkeiten der Arbeitnehmervertretungen erstrecken soll (BT-Drs. 20/3442 vom 14.03.2023, S. 56).

ff. Selbstständige und Organmitglieder

Nach der Whistleblower-Richtlinie sind auch Selbstständige sowie Organe einer Handelsgesellschaft zu schützen (Art. 4 Buchst. b, Buchst. c RL 2019/1937).

Organmitglieder von Gesellschaften (wie z. B. Aufsichtsratsmitglieder einer Aktiengesellschaft) werden vom persönlichen Anwendungsbereich der Regelung grundsätzlich erfasst. Sofern Organe – wie etwa nach § 93 AktG – einer gesellschaftsrechtlichen Schweigepflicht unterliegen, tritt diese hinter die Anliegen des HinSchG zurück (Gerdemann/Spindler, ZIP 2020, 1896). Aufsichtsratsmitglieder unterstehen im Rahmen ihrer Aufgabenwahrnehmung gerade nicht der Geschäftsleitung, auch wenn diese das Hinweisgeberschutzsystem einrichtet und verantwortet. Hierbei soll allerdings die nach dem deutschen Gesellschaftsrecht bestehende Kompetenzordnung durch die Einbeziehung von Anteilseignern und Aufsichtsratsmitgliedern in den Hinweisgeberschutz nicht ausgehebelt werden. Die aus der Organstellung erwachsende Überwachungspflicht soll durch das Hinweisgeberschutzsystem nicht verdrängt werden (BT-Drs. 20/3442 vom 14.03.2023, S. 39). Allerdings sollte die Geschäftsleitung zunächst die Gelegenheit erhalten, einen gemeldeten Verstoß intern zu prüfen, um ggf. etwaige Missstände abzustellen zu können.

Zu beachten ist, dass das HinSchG nur Änderungen zugunsten des geschützten Personenkreises zulässt (§ 39 HinSchG), wirkt also einseitig zwingend. Dies gilt für individuelle wie auch für kollektive Regelungen. Damit besteht für Unternehmen auch nicht die Möglichkeit, ihren Organen das Whistleblowing zu verbieten (Bruns, NJW 2023, 1610).

gg. Personen, die von einer Meldung betroffenen sind

Durch das Gesetz werden zudem diejenigen geschützt, die „Gegenstand" einer Meldung sind, also die Verdächtigten, sowie diejenigen, die von einer Meldung in sonstiger Weise betroffen sind, vor allem, weil sie als Zeugen oder Mitwisser benannt wurden (§ 1 Abs. 2 HinSchG).

2. Hinweisgeberseite

Das HinSchG verfolgt einen unternehmensbezogenen und somit keinen betriebsbezogenen Ansatz. Es knüpft in § 12 HinSchG auf der Arbeitgeberseite an den Begriff des Beschäftigungsgebers an. Zu den Beschäftigungsgebern gehören alle Unternehmen der Privatwirtschaft und öffentlichen Bereich und zwar unabhängig von ihrer Größe bzw. der Zahl der im Unternehmen Beschäftigten. Lediglich im Hinblick auf die Verpflichtung zur Einrichtung einer internen Meldestelle sieht das Gesetz eine Einschränkung für Unternehmen vor, bei denen weniger als 50 Personen beschäftigt sind.

Allerdings können auch diese kleineren Unternehmen von Meldungen und daraus ggf. abzuleitenden Folgemaßnahmen betroffen sein, da das HinSchG nicht ausschließt, dass Hinweisgeber bei einer externen Meldestelle eine Meldung abgeben oder Informationen bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen offenlegen (§ 32 HinSchG).

Dagegen findet das HinSchG keine Anwendung, wenn kleinere Unternehmen mit bis 50 Beschäftigten freiwillig eine interne Meldestelle einrichten (Bayreuther DB 2023, 1537). An der freiwilligen Einrichtung einer solchen Meldestelle sind diese Unternehmen grundsätzlich aber nicht gehindert.

Die freiwillige Bildung einer solchen interne Meldestelle für diese Unternehmen wird zum Teil unter dem Gesichtspunkt erwogen, dass hierdurch ggf. die Meldung oder Offenlegung von Informationen bei einer externen Meldestelle eher unterbleiben und von den Hinweisgebern gerügte Missstände ggf. effizienter und schneller intern im Unternehmen geklärt werden können.

3. Schutz nur bei Zusammenhang mit der Ausübung einer beruflichen Tätigkeit

Die Begrifflichkeit des „Zusammenhangs mit der beruflichen Tätigkeit“ ist weit zu verstehen. Sie soll sich laut der Gesetzesbegründung nicht bloß auf das formale Arbeits- oder Dienstverhältnis beschränken. Ein Zusammenhang mit der beruflichen Tätigkeit ist anzunehmen, wenn laufende oder auch frühere berufliche Tätigkeiten betroffen sind und sich eine hinweisgebende Person Repressalien ausgesetzt sehen könnte, würde sie erlangte Informationen über Verstöße meldet. Damit soll aus Sicht des Gesetzgebers ein möglichst breiter Kreis von Personen geschützt werden, der aufgrund seiner beruflichen Tätigkeit, unabhängig von der Art dieser Tätigkeit sowie davon, ob diese vergütet wird oder nicht, Zugang zu Informationen über Verstöße hat (BT-Drs. 20/3442 vom 14.03.2023, S. 39). Dagegen sollen keine Meldungen oder Offenlegungen von Informationen über privates Fehlverhalten geschützt werden, von dem die hinweisgebende Person im beruflichen Zusammenhang erfährt, die aber keinen Bezug zur beruflichen Tätigkeit haben.

IV. Sachlicher Anwendungsbereich

Der Hinweisgeberschutz gelangt nur zur Anwendung, wenn Hinweisgeber einen Verstoß i. S. v. § 2 HinSchG gemeldet oder offengelegt hat.

1. Vorliegen eines meldefähigen Verstoßes nach dem HinSchG

Hinweisgebende Personen sollen auf den Schutz des HinSchG vertrauen können, wenn sie erhebliche Verstöße gegen gesetzliche Vorschriften melden.

a. Rechtswidrige Verstöße im Rahmen der Ausübung beruflichen oder dienstlichen Tätigkeit

Gemeldet oder offengelegt werden können gemäß § 3 Abs. 2 HinSchG allerdings nur Handlungen oder Unterlassungen im Rahmen einer beruflichen, unternehmerischen oder dienstlichen Tätigkeit, die rechtswidrig sind und Vorschriften oder Rechtsgebiete betreffen, die in den sachlichen Anwendungsbereich nach § 2 HinSchG fallen (§§ 1, 2, 12, 19, 32 HinSchG).

Begriff der Verstöße - § 3 Abs. 2 HinSchG
(2) Verstöße sind Handlungen oder Unterlassungen im Rahmen einer beruflichen, unternehmerischen oder dienstlichen Tätigkeit, die rechtswidrig sind und Vorschriften oder Rechtsgebiete betreffen, die in den sachlichen Anwendungsbereich nach § 2 fallen. Hierzu können auch missbräuchliche Handlungen oder Unterlassungen gehören, die dem Ziel oder dem Zweck der Regelungen in den Vorschriften oder Rechtsgebieten zuwiderlaufen, die in den sachlichen Anwendungsbereich nach § 2 fallen.

b. Verstoß gegen Schutzgüter des HinSchG

Welche rechtswidrigen Handlungen oder Unterlassungen in sachlicher Hinsicht im Einzelnen gemeldet werden können, ergibt sich aus den in § 2 Abs. 1 Nr. 1 - 10 HinSchG, § 2 Abs. 2 HinSchG aufgeführten Tatbeständen.

aa. Abschließender Katalog gemäß § 2 HinSchG

Die Schutzgüter des HinSchG werden in einem umfassenden Katalog in § 2 HinSchG abschließend aufgeführt. Dazu zählen alle Verstöße, die strafbewehrt sind (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 HinSchG) oder auch Ordnungswidrigkeiten, sofern die verletzte Vorschrift dem Schutz von Leib und Leben und allgemein dem Schutz der Beschäftigten oder ihrer Vertretungsorgane dient (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 HinSchG). In diesem Zusammenhang werden auch Vorschriften des individuellen Arbeitsrechts wie etwa aus dem MiLoG, dem AÜG und dem ArbZG erfasst. Verstöße gegen das AGG sind nicht bußgeldbewehrt und dürften unter diesem Gesichtspunkt zwar nicht meldefähig sein. Allerdings verlangt die Antirassismusrichtlinie (2000/43/EG) unionsrechtlich von den Mitgliedsstaaten, den Schutz der Beschäftigte vor Benachteiligungen zu gewährleisten, so dass ein Verstoß wegen der Verletzung des Unionsrechts über § 2 Abs. 2 HinSchG gemeldet werden könnte. Ebenso kommen bußgeldbewehrte Vorschriften des kollektiven Arbeitsrechts in Betracht, in diesem Zusammenhang werden in der Gesetzesbegründung z. B. § § 121 BetrVG oder § 36 SprAuG genannt. Verstöße gegen Betriebsvereinbarungen oder unternehmensintern geltende Compliance-Regelungen werden dagegen nicht vom Hinweisgeberschutzgesetz erfasst (Reufels/Osmakova, ArbRB 2022, 147; Bruns, NJW 2023, 1610).

Ferner werden in § 2 Abs. 1 Nr. 3 HinSchG Verstöße als meldefähig aufgeführt, die bestimmten Schutzgütern dienen, so etwa dem Umweltschutz, der öffentlichen Gesundheit, dem Verbraucherschutz und der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation. In den in § 2 Abs. 1 Nr. 3 HinSchG unter den einzelnen Buchstaben aufgezählten Rechtsbereichen ist der sachliche Anwendungsbereich eröffnet, wenn ein Verstoß gegen Rechtsvorschriften des Bundes oder der Länder oder gegen Rechtsakte der Europäischen Union oder der Europäischen Atomgemeinschaft, einschließlich der Vorschriften, die den jeweiligen Verstoß straf- oder bußgeldbewehren, in Rede steht. Zum sachlichen Schutzbereich zählen des Weiteren nationale und gemeinschaftsweite Vorgaben für öffentliche Aufträge und Konzessionen oberhalb der EU-Schwellenwerte (§ 2 Abs. 1 Nr. 4, § 2 Abs. 2 Nr. 2 HinSchG), sofern sie nicht gem. § 5 Abs. 1 Nr. 3 HinSchG aufgrund ihrer militärischen Bedeutung wieder ausgeschlossen werden.

Des Weiteren gehören zu den geschützten Rechtsgütern der Bereich der Finanzdienstleistungen, die schon bislang von der BaFin überwacht wurden (§ 2 Abs. 1 Nr. 5 HinSchG) sowie Vorschriften, die Verstöße von Handelsgesellschaften gegen das Steuerrecht (§ 2 Abs. 1 Nr. 6 HinSchG) bzw. steuerlichen Gestaltungsmissbrauch i. S. d § 42 AO (§ 2 Abs. 1 Nr. 7 HinSchG) unterbinden sollen.

Eingeschlossen sind ferner alle Vorschriften des unionsweiten und nationalen Wettbewerbs- und Kartellrechts (§ 2 Abs. 1 Nr. 8 HinSchG, § 2 Abs. 2 Nr. 2 HinSchG).

Praxishinweis

Beispiele für meldefähige arbeitsrechtliche Sachverhalte im Bereich des Arbeitsschutzes sind etwa die dem Gesundheitsschutz dienenden Vorschriften sowie arbeitsschutzrechtliche Mitteilungs- und Anzeigepflichten. Verstöße, gegen die Pflicht zur Zahlung des Mindestlohns nach § 20 MiLoG sind ebenso erfasst sind wie Verstöße gegen Dokumentationspflichten nach § 16 MiLoG. Auch Verstöße gegen bußgeldbewehrte Vorschriften des AÜG, wie z. B. § 16 Abs. 1 AÜG, sowie Verstöße gegen Aufklärungs- und Auskunftspflichten gegenüber Betriebsräten, wie z. B. § 121 BetrVG, sind erfasst.

Sachlicher Anwendungsbereich - § 2 Abs. 1 HinSchG
(1) Dieses Gesetz gilt für die Meldung (§ 3 Absatz 4) und die Offenlegung (§ 3 Absatz 5) von Informationen über
1. Verstöße, die strafbewehrt sind,
2. Verstöße, die bußgeldbewehrt sind, soweit die verletzte Vorschrift dem Schutz von Leben, Leib oder Gesundheit oder dem Schutz der Rechte von Beschäftigten oder ihrer Vertretungsorgane dient
3. sonstige Verstöße gegen Rechtsvorschriften des Bundes und der Länder sowie unmittelbar geltende Rechtsakte der Europäischen Union und der Europäischen Atomgemeinschaft

a) zur Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung, unter Einschluss insbesondere des Geldwäschegesetzes und der Verordnung (EU) 2015/847 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2015 über die Übermittlung von Angaben bei Geldtransfers und zur Aufhebung der Verordnung (EU) Nr. 1781/2006 (ABl. L 141 vom 5.6.2015, S. 1), die durch die Verordnung (EU) 2019/ 2175 (ABl. L 334 vom 27.12.2019, S. 1) geändert worden ist, in der jeweils geltenden Fassung,
b) mit Vorgaben zur Produktsicherheit und -konformität,
c) mit Vorgaben zur Sicherheit im Straßenverkehr, die das Straßeninfrastruktursicherheitsmanagement, die Sicherheitsanforderungen in Straßentunneln sowie die Zulassung zum Beruf des Güterkraftverkehrsunternehmers oder des Personenkraftverkehrsunternehmers (Kraftomnibusunternehmen) betreffen,
d) mit Vorgaben zur Gewährleistung der Eisenbahnbetriebssicherheit,
e) mit Vorgaben zur Sicherheit im Seeverkehr betreffend Vorschriften der Europäischen Union für die Anerkennung von Schiffsüberprüfungs- und -besichtigungsorganisationen, die Haftung und Versicherung des Beförderers bei der Beförderung von Reisenden auf See, die Zulassung von Schiffsausrüstung, die Seesicherheitsuntersuchung, die Seeleute-Ausbildung, die Registrierung von Personen auf Fahrgastschiffen in der Seeschifffahrt sowie Vorschriften und Verfahrensregeln der Europäischen Union für das sichere Be- und Entladen von Massengutschiffen,
f) mit Vorgaben zur zivilen Luftverkehrssicherheit im Sinne der Abwehr von Gefahren für die betriebliche und technische Sicherheit und im Sinne der Flugsicherung,
g) mit Vorgaben zur sicheren Beförderung gefährlicher Güter auf der Straße, per Eisenbahn und per Binnenschiff,
h) mit Vorgaben zum Umweltschutz,
i) mit Vorgaben zum Strahlenschutz und zur kerntechnischen Sicherheit,
j) zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen und der Energieeffizienz,
k) zur Lebensmittel- und Futtermittelsicherheit, zur ökologischen Produktion und zur Kennzeichnung von ökologischen Erzeugnissen, zum Schutz geografischer Angaben für Agrarerzeugnisse und Lebensmittel einschließlich Wein, aromatisierter Weinerzeugnisse und Spirituosen sowie garantiert traditioneller Spezialitäten, zum Inverkehrbringen und Verwenden von Pflanzenschutzmitteln sowie zur Tiergesundheit und zum Tierschutz, soweit sie den Schutz von landwirtschaftlichen Nutztieren, den Schutz von Tieren zum Zeitpunkt der Tötung, die Haltung von Wildtieren in Zoos, den Schutz der für wissenschaftliche Zwecke verwendeten Tiere sowie den Transport von Tieren und die damit zusammenhängenden Vorgänge betreffen,
l) zu Qualitäts- und Sicherheitsstandards für Organe und Substanzen menschlichen Ursprungs, Human- und Tierarzneimittel, Medizinprodukte sowie die grenzüberschreitende Patientenversorgung,
m) zur Herstellung, zur Aufmachung und zum Verkauf von Tabakerzeugnissen und verwandten Erzeugnissen,

n) zur Regelung der Verbraucherrechte und des Verbraucherschutzes im Zusammenhang mit Verträgen zwischen Unternehmern und Verbrauchern sowie zum Schutz von Verbrauchern im Bereich der Zahlungskonten und Finanzdienstleistungen, bei Preisangaben sowie vor unlauteren geschäftlichen Handlungen,
o) zum Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation, zum Schutz der Vertraulichkeit der Kommunikation, zum Schutz personenbezogener Daten im Bereich der elektronischen Kommunikation, zum Schutz der Privatsphäre der Endeinrichtungen von Nutzern und von in diesen Endeinrichtungen gespeicherten Informationen, zum Schutz vor unzumutbaren Belästigungen durch Werbung mittels Telefonanrufen, automatischen Anrufmaschinen, Faxgeräten oder elektronischer Post sowie über die Rufnummernanzeige und -unterdrückung und zur Aufnahme in Teilnehmerverzeichnisse,
p) zum Schutz personenbezogener Daten im Anwendungsbereich der Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/ EG (Datenschutz-Grundverordnung) (ABl. L 119 vom 4.5.2016, S. 1; L 314 vom 22.11.2016, S. 72; L 127 vom 23.5.2018, S. 2; L 74 vom 4.3.2021, S. 35) gemäß deren Artikel 2,
q) zur Sicherheit in der Informationstechnik im Sinne des § 2 Absatz 2 des BSI-Gesetzes von Anbietern digitaler Dienste im Sinne des § 2 Absatz 12 des BSI-Gesetzes,
r) zur Regelung der Rechte von Aktionären von Aktiengesellschaften,
s) zur Abschlussprüfung bei Unternehmen von öffentlichem Interesse nach § 316a Satz 2 des Handelsgesetzbuchs,
t) zur Rechnungslegung einschließlich der Buchführung von Unternehmen, die kapitalmarktorientiert im Sinne des § 264d des Handelsgesetzbuchs sind, von Kreditinstituten im Sinne des § 340 Absatz 1 des Handelsgesetzbuchs, Finanzdienstleistungsinstituten im Sinne des § 340 Absatz 4 Satz 1 des Handelsgesetzbuchs, Wertpapierinstituten im Sinne des § 340 Absatz 4a Satz 1 des Handelsgesetzbuchs, Instituten im Sinne des § 340 Absatz 5 Satz 1 des Handelsgesetzbuchs, Versicherungsunternehmen im Sinne des § 341 Absatz 1 des Handelsgesetzbuchs und Pensionsfonds im Sinne des § 341 Absatz 4 Satz 1 des Handelsgesetzbuchs,
4. Verstöße gegen bundesrechtlich und einheitlich geltende Regelungen für Auftraggeber zum Verfahren der Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen und zum Rechtsschutz in diesen Verfahren ab Erreichen der jeweils maßgeblichen EU-Schwellenwerte,
5. Verstöße, die von § 4d Absatz 1 Satz 1 des Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetzes erfasst sind, soweit sich nicht aus § 4 Absatz 1 Satz 1 etwas anderes ergibt,
6. Verstöße gegen für Körperschaften und Personenhandelsgesellschaften geltende steuerliche Rechtsnormen,
7. Verstöße in Form von Vereinbarungen, die darauf abzielen, sich in missbräuchlicher Weise einen steuerlichen Vorteil zu verschaffen, der dem Ziel oder

dem Zweck des für Körperschaften und Personenhandelsgesellschaften geltenden Steuerrechts zuwiderläuft,
8. Verstöße gegen die Artikel 101 und 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union sowie Verstöße gegen die in § 81 Absatz 2 Nummer 1, 2 Buchstabe a und Nummer 5 sowie Absatz 3 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen genannten Rechtsvorschriften,
9. Verstöße gegen Vorschriften der Verordnung (EU) 2022/1925 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. September 2022 über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor und zur Änderung der Richtlinien (EU) 2019/1937 und (EU) 2020/1828 (Gesetz über digitale Märkte) (ABl. L 265 vom 12.10.2022, S. 1),
10. Äußerungen von Beamtinnen und Beamten, die einen Verstoß gegen die Pflicht zur Verfassungstreue darstellen.

Ferner wird im HinSchG ausdrücklich klargestellt, dass neben Verstößen gegen das nationale Strafrecht (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 HinSchG) und einzelnen Verstößen gegen Normen des nationalen Rechts auch Informationen über Verstöße gegen das von der Richtlinie vorgegebene Unionsrecht angezeigt werden.

Anwendbarkeit bei Meldung oder Offenlegung von Verstößen gegen das Unionsrecht - § 2 Abs. 2 HinSchG
(2) Dieses Gesetz gilt außerdem für die Meldung und Offenlegung von Informationen über
1. Verstöße gegen den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union im Sinne des Artikels 325 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union und
2. Verstöße gegen Binnenmarktvorschriften im Sinne des Artikels 26 Absatz 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, einschließlich über Absatz 1 Nummer 8 hinausgehender Vorschriften der Europäischen Union über Wettbewerb und staatliche Beihilfen.

bb. Erheblichkeit des Verstoßes

Der gemeldete Verstoß muss erheblich sein. Von einem erheblichen Verstoß ist bei den Fällen auszugehen, in denen der Gesetzgeber einen Verstoß strafbewehrt hat. Um erhebliche Verstöße gegen Vorschriften handelt es sich nach der Gesetzesbegründung auch dann, wenn die Verletzung einer Vorschrift bußgeldbewehrt ist und die verletzte Vorschrift dem Schutz der in § 2 Abs. 1 Nr. 2 HinSchG genannten hochrangigen Rechtsgüter Leben, Leib oder Gesundheit oder dem Schutz der Rechte von Beschäftigten oder ihrer Vertretungsorgane dient (BT-Drs. 20/5992 vom 14.03.2023, S. 40).

cc. Keine Herausnahme aus dem Schutzbereich

Meldungen über Verstöße können dazu führen, dass Hinweisgeber hierdurch zumindest mittelbar auch Geschäftsgeheimnisse preisgeben. Nach § 6 Abs. 1 und

§ 35 Abs. 2 HinSchG ist die Weitergabe von Geschäftsgeheimnissen im Rahmen einer Meldung nur dann erlaubt, wenn der Hinweisgeber einen hinreichenden Grund zu der Annahme hatte, dass dies notwendig ist, um einen Verstoß aufzudecken. Hinweisgeber können ansonsten sogar vertragliche und gesetzliche Verschwiegenheitspflichten durchbrechen, wenn sich das zur Erstattung der Meldung als erforderlich erweist. Dies ergibt sich aus der Vorschrift des § 6 Abs. 2 HinSchG (Bayreuther, DB 2023, 1538). Allerdings ergeben sich insoweit über § 4 Abs. 2 HinSchG Ausnahmen für besonders wichtige gesetzliche Verschwiegenheitspflichten - wie etwa für die anwaltliche Schweigepflicht (§ 5 Abs. 2 Nr. 3 HinSchG).
Nach § 6 Abs. 3 HinSchG gehen mit der Erstattung einer einschlägigen Mitteilung die jeweiligen Verschwiegenheits- und Geheimhaltungspflichten auf die Meldestelle über. Diese hat sie genauso wie die Hinweisgeber zu beachten.

Ergänzend findet § 5 Nr. 2 GeschGehG Anwendung, wonach die Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses zur Aufdeckung von Missständen nicht unter das Offenbarungsverbot des § 4 GeschGehG fällt. Die Whistleblowerregelungen des § 5 Nr. 2 GeschGehG und die Regeln nach §§ 5 und 6 HinSchG stehen unabhängig nebeneinander. Diese überschneiden sich zwar an einige Stellen. Sie sind allerdings weder auf der Tatbestandsebene, noch auf der Rechtsfolgenseite deckungsgleich (Bayreuther, DB 2023, 1538). Beispielsweise besteht beim GeschGehG kein besonderes Meldeverfahren. Umgekehrt setzt das GeschGehG aber ein besonderes Informationsinteresse der Öffentlichkeit voraus (Bayreuther, NZA-Beil. 2022 S. 24).

Vorrang von Sicherheitsinteressen sowie Verschwiegenheits- und Geheimhaltungspflichten - § 5 HinSchG
(1) Eine Meldung oder Offenlegung fällt nicht in den Anwendungsbereich dieses Gesetzes, wenn sie folgende Informationen beinhaltet:
1. Informationen, die die nationale Sicherheit oder wesentliche Sicherheitsinteressen des Staates, insbesondere militärische oder sonstige sicherheitsempfindliche Belange des Geschäftsbereiches des Bundesministeriums der Verteidigung oder Kritische Infrastrukturen im Sinne der BSI-Kritisverordnung, betreffen,
2. Informationen von Nachrichtendiensten des Bundes oder der Länder oder von Behörden oder sonstigen öffentlichen Stellen des Bundes oder der Länder, soweit sie Aufgaben im Sinne des § 10 Nummer 3 des Sicherheitsüberprüfungsgesetzes oder im Sinne entsprechender Rechtsvorschriften der Länder wahrnehmen, oder
3. Informationen, die die Vergabe öffentlicher Aufträge und Konzessionen, die in den Anwendungsbereich des Artikels 346 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union fallen, betreffen.
(2) Eine Meldung oder Offenlegung fällt auch nicht in den Anwendungsbereich dieses Gesetzes, wenn ihr entgegenstehen:
1. eine Geheimhaltungs- oder Vertraulichkeitspflicht zum materiellen oder organisatorischen Schutz von Verschlusssachen, es sei denn, es handelt sich um die Meldung eines Verstoßes nach § 2 Absatz 1 Nummer 1 an eine interne Meldestelle (§ 12), mit den Aufgaben der internen Meldestelle wurde kein Dritter nach

§ 14 Absatz 1 betraut und die betreffende Geheimhaltungs- oder Vertraulichkeitspflicht bezieht sich auf eine Verschlusssache des Bundes nach § 4 Absatz 2 Nummer 4 des Sicherheitsüberprüfungsgesetzes oder auf eine entsprechende Verschlusssache nach den Rechtsvorschriften der Länder,
2. das richterliche Beratungsgeheimnis,
3. die Pflichten zur Wahrung der Verschwiegenheit durch Rechtsanwälte, Verteidiger in einem gesetzlich geordneten Verfahren, Kammerrechtsbeistände, Patentanwälte und Notare,
4. die Pflichten zur Wahrung der Verschwiegenheit durch Ärzte, Zahnärzte, Apotheker und Angehörige eines anderen Heilberufs, der für die Berufsausübung oder die Führung der Berufsbezeichnung eine staatlich geregelte Ausbildung erfordert, mit Ausnahme von Tierärzten, soweit es um Verstöße gegen von § 2 Absatz 1 Nummer 3 Buchstabe k erfasste Rechtsvorschriften zum Schutz von gewerblich gehaltenen landwirtschaftlichen Nutztieren geht, oder 5. die Pflichten zur Wahrung der Verschwiegenheit durch Personen, die aufgrund eines Vertragsverhältnisses einschließlich der gemeinschaftlichen Berufsausübung, einer berufsvorbereitenden Tätigkeit oder einer sonstigen Hilfstätigkeit an der beruflichen Tätigkeit der in den Nummern 2, 3 und 4 genannten Berufsgeheimnisträger mitwirken.

Verhältnis zu sonstigen Verschwiegenheits- und Geheimhaltungspflichten - § 6 HinSchG
(1) Beinhaltet eine interne oder eine externe Meldung oder eine Offenlegung ein Geschäftsgeheimnis im Sinne des § 2 Nummer 1 des Gesetzes zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen, so ist die Weitergabe des Geschäftsgeheimnisses an eine zuständige Meldestelle oder dessen Offenlegung erlaubt, sofern
1. die hinweisgebende Person hinreichenden Grund zu der Annahme hatte, dass die Weitergabe oder die Offenlegung des Inhalts dieser Informationen notwendig ist, um einen Verstoß aufzudecken, und
2. die Voraussetzungen des § 33 Absatz 1 Nummer 2 und 3 erfüllt sind.
(2) Vorbehaltlich der Vorgaben des § 5 dürfen Informationen, die einer vertraglichen Verschwiegenheitspflicht, einer Rechtsvorschrift des Bundes, eines Landes oder einem unmittelbar geltenden Rechtsakt der Europäischen Union über die Geheimhaltung oder über Verschwiegenheitspflichten, dem Steuergeheimnis nach § 30 der Abgabenordnung oder dem Sozialgeheimnis nach § 35 des Ersten Buches Sozialgesetzbuch unterliegen, an eine zuständige Meldestelle weitergegeben oder unter den Voraussetzungen des § 32 offengelegt werden, sofern
1. die hinweisgebende Person hinreichenden Grund zu der Annahme hatte, dass die Weitergabe oder die Offenlegung des Inhalts dieser Informationen notwendig ist, um einen Verstoß aufzudecken, und
2. die Voraussetzungen des § 33 Absatz 1 Nummer 2 und 3 erfüllt sind.
(3) Personen, die im Rahmen ihrer Tätigkeit für eine Meldestelle Informationen erlangen, die einer vertraglichen Verschwiegenheitspflicht, einer Rechtsvorschrift des Bundes über die Geheimhaltung oder über Verschwiegenheitspflich-

ten, dem Steuergeheimnis nach § 30 der Abgabenordnung oder dem Sozialgeheimnis nach § 35 des Ersten Buches Sozialgesetzbuch unterliegen, haben ab dem Zeitpunkt des Eingangs der Informationen
1. diese Verschwiegenheits- oder Geheimhaltungsvorschriften vorbehaltlich des Absatzes 4 anzuwenden und
2. die schutzwürdigen Belange Betroffener in gleicher Weise zu beachten wie sie die hinweisgebende Person zu beachten hat, die die Informationen der Meldestelle mitgeteilt hat. Bundesgesetzblatt Jahrgang 2023 Teil I Nr. 140, ausgegeben zu Bonn am 2. Juni 2023 Seite 5 von 19
(4) Meldestellen dürfen Geheimnisse im Sinne der Absätze 1 und 2 nur insoweit verwenden oder weitergeben, wie dies für das Ergreifen von Folgemaßnahmen erforderlich ist.
(5) In Bezug auf Informationen, die einer vertraglichen Verschwiegenheitspflicht unterliegen, gelten die Absätze 3 und 4 ab dem Zeitpunkt, zu dem Kenntnis von der Verschwiegenheitspflicht besteht.

V. Meldung und Offenlegung

Das HinSchG vermittelt Hinweisgebern nach § 32 HinSchG Schutz, wenn sie bei der internen Meldestelle gemäß § 17 HinSchG oder externen Meldestelle nach § 28 HinSchG einen meldefähigen Verstoß erstattet haben oder zur Offenlegung einer Information nach § 32 HinSchG berechtigt waren und eine solche vorgenommen haben.

Die Meldung von Verstößen an interne und externe Meldestellen stehen grundsätzlich gemeinsam auf einer Stufe des neuen Hinweisgebersystems (§ 7 Abs. 1 HinSchG), während die Offenlegung nur unter engen Voraussetzungen als Ausnahme zulässig ist (§ 32 HinSchG).

1. Wahlrecht zwischen interner und externer Meldung (§ 7 Abs. 1 S. 1 HinSchG)

Das Gesetz sieht für Hinweisgeber grundsätzlich ein Wahlrecht zwischen interner und externer Meldung vor (§ 7 Abs. 1 S. 1 HinSchG). Hierdurch weicht der Gesetzgeber von der bisher geltenden Rechtsprechung ab, wonach in der Regel zunächst ein interner Klärungsversuch erforderlich war (BAG vom 15.12.2016 - 2 AZR 42/16, NJW 2017, 1833).

Allerdings ist während des Gesetzgebungsverfahrens – im Vermittlungsausschuss – ausdrücklich der Hinweis aufgenommen worden, dass Personen in den Fällen, in denen intern wirksam gegen den Verstoß vorgegangen werden kann und sie keine Repressalien zu befürchten haben, die Meldung an eine interne Meldestelle bevorzugen sollen (Priorisierung der internen Meldung nach § 7 Abs. 1 S. 2 HinSchG).

Wahlrecht zwischen interner und externer Meldung bei Priorisierung der internen Meldung - § 7 Abs. 1 S. 1 und 2 HinSchG
(*1) Personen, die beabsichtigen, Informationen über einen Verstoß zu melden, können wählen, ob sie sich an eine interne Meldestelle (§ 12) oder eine externe Meldestelle (§§ 19 bis 24) wenden. Diese Personen sollten in den Fällen, in denen intern wirksam gegen den Verstoß vorgegangen werden kann und sie keine Repressalien befürchten, die Meldung an eine interne Meldestelle bevorzugen.*

a. Zulässigkeit einer Meldung bei einer externen Meldestelle auch nach zuvor vorgenommener interner Meldung (§ 7 Abs. 1 S. 3 HinSchG)

Der hinweisgebenden Person bleibt es allerdings unbenommen, sich an eine externe Meldestelle zu wenden, wenn einem intern gemeldeten Verstoß nicht abgeholfen wurde (§ 7 Abs. 1 S. 3 HinSchG). Meldet der Hinweisgeber also zunächst intern, kann er sich später gleichwohl auch noch an eine externe Meldestelle wenden, wenn seiner internen Meldung nicht abgeholfen wurde. Dies legt den Schluss nahe, dass der nach einer internen Meldung erst den Ausgang dieser Meldung abwarten muss, bevor er sich extern melden kann.

Erstattung einer externen Meldung nach vorheriger externer Meldung - § 7 Abs. 1 S. 3 HinSchG
(1) .....
Wenn einem intern gemeldeten Verstoß nicht abgeholfen wurde, bleibt es der hinweisgebenden Person unbenommen, sich an eine externe Meldestelle zu wenden.

b. Behinderungsverbot (§ 7 Abs. 2 HinSchG)

Nach § 7 Abs. 2 HinSchG ist es ist verboten, Meldungen oder die auf eine Meldung folgende Kommunikation zwischen hinweisgebender Person und Meldestelle zu behindern oder dies zu versuchen.

Behinderungsverbot - § 7 Abs. 2 HinSchG
(2) Es ist verboten, Meldungen oder die auf eine Meldung folgende Kommunikation zwischen hinweisgebender Person und Meldestelle zu behindern oder dies zu versuchen.

c. Schaffung von Anreizen für Nutzung des internen Meldesystems - 7 Abs. 3. S. 1 HinSchG)

Beschäftigungsgeber, die zur Einrichtung interner Meldestellen verpflichtet sind, sollen aber Anreize dafür schaffen, dass sich hinweisgebende Personen vor einer Meldung an eine externe Meldestelle zunächst an die jeweilige interne Meldestelle

wenden (§7 Abs. 3 S. 1 HinSchG). Wie diese Anreize im Einzelnen aussehen oder beschaffen sein können, lässt das Gesetz jedoch offen.

Praxishinweis

Um den Anreiz zur vorrangigen internen Meldung zu verstärken, kann es sich anbieten, in einer Mitteilung an die Belegschaft darauf hinzuweisen, dass Meldungen willkommen sind und Repressalien nicht zu befürchten sind.

Schaffung von Anreizen für Nutzung des internen Meldesystems - § 7 Abs. 3. S. 1 HinSchG
(3) Beschäftigungsgeber, die nach § 12 Absatz 1 und 3 zur Einrichtung interner Meldestellen verpflichtet sind, sollen Anreize dafür schaffen, dass sich hinweisgebende Personen vor einer Meldung an eine externe Meldestelle zunächst an die jeweilige interne Meldestelle wenden.

d. Zurverfügungstellung von Informationen - § 7 Abs. 3. S. 2 HinSchG

Beschäftigungsgeber sind verpflichtet, für Beschäftigte klare und leicht zugängliche Informationen über die Nutzung des internen Meldeverfahrens bereitzustellen.

Zurverfügungstellung von Informationen - § 7 Abs. 3. S. 2 HinSchG
(3) .....
Diese Beschäftigungsgeber stellen für Beschäftigte klare und leicht zugängliche Informationen über die Nutzung des internen Meldeverfahrens bereit.

e. Verbot der Beeinträchtigung einer externen Meldung

Die Möglichkeit einer externen Meldung darf durch die vom Beschäftigungsgeber nach § 7 Abs. 3 S. 2 HinSchG zur Verfügung gestellten Informationen jedoch allerdings nicht beschränkt oder erschwert werden (§7 Abs. 3 S. 3 HinSchG).

Praxishinweis

Die externen Meldestellen sind verpflichtet, Informationen über ihre Meldeverfahren sowie über die Meldeverfahren der EU bereitzuhalten. Zur Erfüllung der Informationspflicht nach § 13 Abs. 2 können interne Meldestellen ggf. auf diese verweisen, z. B. durch Hinweis auf einer allgemein zugänglichen und bekannten Webseite, dem Intranet oder durch Aushang. Sofern ein interner Meldekanal auch über den Beschäftigtenkreis hinaus weiteren Personen offensteht, sollte der Verweis so platziert sein, dass die Informationen auch diesen Personen zugänglich sind.

Verbot der Beeinträchtigung einer externen Meldung - § 7 Abs. 3 S. 3 HinSchG
Die Möglichkeit einer externen Meldung darf hierdurch nicht beschränkt oder erschwert werden.

2. Offenlegung

a. Offenlegung nach vergeblicher Meldung bei externer Meldestelle

Das Zugänglichmachen von Informationen über Verstöße gegenüber der Öffentlichkeit bezeichnet der Gesetzgeber als sog. Offenlegung (§ 3 Abs. 5 HinSchG). Sie ist nach § 32 HinSchG nur zulässig, wenn der Hinweisgeber zunächst eine externe Meldung erstattet hatte, die externe Meldestelle diese aber nicht fristgerecht bearbeitet hat (§§ 32 Abs. 1 Nr. 1, 29 HinSchG). Sie kommt somit nur nachgelagert nach einer Erstattung einer Meldung bei einer externen Meldestelle in Betracht.

Offenlegung von Informationen - § 32 Abs. 1 Nr. 1 HinSchG
(1) Personen, die Informationen über Verstöße offenlegen, fallen unter die Schutzmaßnahmen dieses Gesetzes, wenn sie
1. zunächst gemäß Abschnitt 2 Unterabschnitt 4 eine externe Meldung erstattet haben und
a) hierauf innerhalb der Fristen für eine Rückmeldung nach § 28 Absatz 4 keine geeigneten Folgemaßnahmen nach § 29 ergriffen wurden oder
b) sie keine Rückmeldung über das Ergreifen solcher Folgemaßnahmen erhalten haben.

b. Sofortige Offenlegung

Eine sofortige Offenlegung kommt lediglich ausnahmsweise in den in § 32 Abs. 1 Nr. 2 HinSchG bezeichneten Tatbeständen in Betracht.

Die hinweisgebende Person wird geschützt, wenn sie in gutem Glauben ungenaue Informationen über Verstöße offengelegt hat. Maßgeblich ist damit eine rückwärtsgerichtete ex-ante-Sicht, bei der sich die Einschätzung der hinweisgebenden Person auf tatsächliche Anhaltspunkte gestützt hat (BT-Drs. 20/5992 vom 14.03.2023, S. 77).

Dabei bestehen mit Blick auf die möglichen Folgen für die von einer Offenlegung betroffenen Unternehmen und natürlichen Personen hohe Anforderungen an das Vorliegen des guten Glaubens – so die Gesetzesbegründung – in Bezug auf die Voraussetzungen der § 32 Abs. 1 Nr. 2 lit. a bis c (BT-Drs. 20/5992 vom 14.03.2023; S. 77). Damit wird gesichert, dass böswillige oder missbräuchliche Offenlegungen nicht geschützt werden. Das HinSchG knüpft insofern weitgehend an den Voraussetzungen an, unter denen die Rechtsprechung bislang zugelassen hatte, dass sich der Hinweisgeber ohne einen innerbetrieblichen Klärungsversuch direkt an die Öffentlichkeit wendet (Bayreuther, DB 2023, 1542).

Wichtigster Ausnahmetatbestand ist in diesem Zusammenhang der in § 32 Abs. 1 Nr. 2 lit. a HinSchG normierte Regelungsbereich, wonach der Hinweisgeber direkt offenlegen darf, wenn mit einem Verstoß besondere Gefahren für die Allgemeinheit verbunden sind.

Eine Offenlegung ist somit gemäß § 32 Abs. 1 Nr. 2 lit. a bis c **ausnahmsweise zulässig**, wenn der Hinweisgeber hinreichenden Grund zu der **Annahme** hatte, dass

- ein **Verstoß wegen eines Notfalls der Gefahr irreversibler Schäden**

  oder

  vergleichbarer Umstände eine unmittelbare oder offenkundige Gefährdung des öffentlichen Interesses darstellen kann (lit. a),

- im Fall einer externen Meldung **Repressalien zu befürchten sind** (lit. b),

- **Beweismittel unterdrückt oder vernichtet werden könnten**, **Absprachen** zwischen der zuständigen externen Meldestelle und dem Urheber des Verstoßes **bestehen könnten**

  oder

  aufgrund sonstiger besonderer Umstände **die Aussichten gering sind, dass die externe Meldestelle wirksame Folgemaßnahmen nach § 29 einleiten wird** (lit. c).

Offenlegung von Informationen - § 32 Abs. 1 Nr. 2 HinSchG
(1) Personen, die Informationen über Verstöße offenlegen, fallen unter die Schutzmaßnahmen dieses Gesetzes, wenn sie .....
oder
hinreichenden Grund zu der Annahme hatten, dass
a) der Verstoß wegen eines Notfalls, der Gefahr irreversibler Schäden oder vergleichbarer Umstände eine unmittelbare oder offenkundige Gefährdung des öffentlichen Interesses darstellen kann,
b) im Fall einer externen Meldung Repressalien zu befürchten sind oder
c) Beweismittel unterdrückt oder vernichtet werden könnten, Absprachen zwischen der zuständigen externen Meldestelle und dem Urheber des Verstoßes bestehen könnten oder aufgrund sonstiger besonderer Umstände die Aussichten gering sind, dass die externe Meldestelle wirksame Folgemaßnahmen nach § 29 einleiten wird.

c. Verbot der Veröffentlichung von unrichtigen Informationen oder Verstößen

Das Offenlegen unrichtiger Informationen über Verstöße ist nach § 32 Abs. 2 HinSchG verboten.

Verbot der Offenlegung unrichtiger Informationen - § 32 Abs. 2 HinSchG
(2) Das Offenlegen unrichtiger Informationen über Verstöße ist verboten.

VI. Errichtung und Zurverfügungstellung von Meldekanälen

Beschäftigungsgeber, die nach § 12 HinSchG zur Einrichtung interner Meldestellen verpflichtet sind, haben deshalb entsprechende Meldekanäle für die interne Meldestelle einzurichten. Unter Meldekanäle sind die Wege, wie eine Meldung entgegen genommen werden kann zu verstehen.

1. Verpflichtung zur Eröffnung von Meldekanälen für Beschäftigte und Leiharbeitnehmer bei internen Meldestellen

Die Vorgaben zur Einrichtung und Ausgestaltung interner Meldekanäle hat der Gesetzgeber bewusst allgemein gehalten. Über die in diesem Gesetz genannten Vorgaben hinaus sollen die betroffenen juristischen Personen frei darin sein, wie sie Meldestellen betreiben (BT-Drs. 20/5992 vom 14.03.2023; S. 64). Unverzichtbare Bedingung ist allerdings, dass sich Beschäftigte und dem Beschäftigungsgeber überlassene Leiharbeitnehmer über diese Meldekanäle an die internen Meldestellen wenden können, um Informationen über Verstöße melden zu können (§ 16 Abs. 1 S. 1 HinSchG).

a. Optionale Eröffnung von Meldekanälen für Dritte

Der interne Meldekanal kann aber auch in der Form ausgestaltet werden, dass er zusätzlich auch natürlichen Personen offensteht, die im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeiten mit dem jeweiligen zur Einrichtung der internen Meldestelle verpflichteten Beschäftigungsgeber oder mit der jeweiligen Organisationseinheit in Kontakt stehen.

Meldekanäle für interne Meldestellen - § 16 Abs. 1 S. 1 und 3 HinSchG
(1) Nach § 12 zur Einrichtung interner Meldestellen verpflichtete Beschäftigungsgeber richten für diese Meldekanäle ein, über die sich Beschäftigte und dem Beschäftigungsgeber überlassene Leiharbeitnehmerinnen und Leiharbeitnehmer an die internen Meldestellen wenden können, um Informationen über Verstöße zu melden.
.....
Der interne Meldekanal kann so gestaltet werden, dass er darüber hinaus auch natürlichen Personen offensteht, die im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeiten mit dem jeweiligen zur Einrichtung der internen Meldestelle verpflichteten Beschäftigungsgeber oder mit der jeweiligen Organisationseinheit in Kontakt stehen.

b. Keine Verpflichtung zur Ermöglichung anonyme Meldungen

Unternehmen sind gesetzlich nicht verpflichtet, Meldekanäle für anonym eingehende Meldungen zu eröffnen (§ 16 Abs. 1 S. 4 HinSchG). Sie sind aber nicht gehindert, die Meldekanäle so auszugestalten, dass auch anonyme Meldungen erstattet werden können.

Keine Verpflichtung zur Ermöglichung anonyme Meldungen - § 16 Abs. 1 S. 4 und 5 HinSchG
Die interne Meldestelle sollte auch anonym eingehende Meldungen bearbeiten. Es besteht allerdings keine Verpflichtung, die Meldekanäle so zu gestalten, dass sie die Abgabe anonymer Meldungen ermöglichen.

Falls bei dem Unternehmen anonyme Meldungen eingehen, sollte die interne Meldestelle diese auch bearbeiten (16 Abs. 1 S. 5 HinSchG), wobei sie insoweit auch keine verbindliche Bearbeitungspflicht betrifft.

Praxishinweis

Unternehmen sollten sorgfältig abwägen, ob sie die Meldekanäle auch für anonyme Meldungen eröffnen. Zum Teil wird dies bereits aus technischer Sicht bei softwarebasierten Systemen entweder gar nicht oder nur mit zusätzlichem (Kosten-) Aufwand auszuschließen sein.

Überdies kann es auch sinnvoll sein, die Erstattung anonymer Meldungen zuzulassen, da der Hinweisgeber ansonsten den Weg zur externen Meldung beschreiten wird oder u. U. einen Verstoß generell offenlegen wird.

Bei Zulassung anonymer Meldungen lässt die anonyme Meldung i. d. R. keinerlei Rückschlüsse auf die Identität des Hinweisgebers zu: Falls nicht ausnahmsweise er über eine E-Mail-Adresse unter einem Pseudonym der Hinweisgeber ermittelt werden, ist die Erfüllung der Pflicht zur Eingangsbestätigung sowie zur Rückmeldung über Folgemaßnahmen unmöglich. Eine Verpflichtung scheidet nach unserer Auslegung in diesen Fällen aus.

c. Begrenzung des Adressatenkreises auf Zugriff auf eingehende Meldungen - § 16 Abs. 2 HinSchG

Die Meldekanäle sind so zu gestalten, dass nur die für die Entgegennahme und Bearbeitung der Meldungen zuständigen und die sie bei der Erfüllung dieser Aufgaben unterstützenden Personen Zugriff auf die eingehenden Meldungen haben (§ 16 Abs. 2 HinSchG).

Praxishinweis

Es sollte sichergestellt werden, dass nur ein möglichst kleiner Personenkreis Zugriff auf die Meldungen hat. Online eingehende Meldungen sollten durch Passwörter gesichert werden, zudem sollten die mit der internen Meldestelle beauftragten Personen sowie die sie unterstützenden Personen schriftlich zur Vertraulichkeit verpflichtet werden. In diesem Zusammenhang dürften allgemeine Geheimhaltungsklauseln in den Arbeitsverträgen nicht ausreichen. Unbefugte Beschäftigte dürfen aufgrund des in § 8 HinSchG geregelten Vertraulichkeitsverbots keinen Zugriff auf Informationen in Bezug auf die Identität des Hinweisgebers sowie Dritter, die in der Meldung erwähnt werden, haben.

Sicherstellung des beschränkten Zugriffs auf eingehende Meldungen - § 16 Abs. 2 HinSchG
(2) Die Meldekanäle sind so zu gestalten, dass nur die für die Entgegennahme und Bearbeitung der Meldungen zuständigen sowie die sie bei der Erfüllung dieser Aufgaben unterstützenden Personen Zugriff auf die eingehenden Meldungen haben.

d. Auswahl und Ausgestaltung eines oder mehrerer Meldekanäle - § 16 Abs. 3 S. 1 HinSchG

aa. Keine Präferenz für Form der Ausgestaltung des Meldekanals

Das Gesetz enthält keine Präferenz für die Ausgestaltung des Meldekanals. Allerdings müssen Meldungen nach dem HinSchG über einen internen Meldekanal alternativ entweder in mündlicher oder in Textform erstattet werden können (§ 16 Abs. 3 S. 1 HinSchG). Die Meldungen können alternativ oder kumulativ über einen oder mehrere Meldekanäle erstattet werden.

Meldungen können

a) in Textform: Angabe eines E-Mail-Account .....
   oder / ggf. und
b) postalisch: Angabe des Ortes für einen unternehmensinternen, vor dem Zugriff Dritter geschützten Briefkasten .....
   oder / ggf. und
c) telefonisch oder mittels einer anderen Art der Sprachübermittlung (Angabe einer Telefonnummer): .....
   oder / ggf. und
d) persönlich gegenüber einem Vertreter der internen Meldestelle in folgendem Raum .....
   oder /ggf. und
e) über folgende digitale Systeme: Onlineplattform / Nutzung eines digitalen softwarebasierten Systems / Cloudsystems eines externen Anbieters: .....

eingereicht bzw. erklärt werden.

Die Beschäftigungsgeber können entscheiden, ob sie sich für die Eröffnung eines oder mehrerer Meldekanäle entscheiden.

Praxishinweis

Da der Gesetzgeber keinen Meldeweg präferiert, sondern alternativ sowohl Meldungen in Textform als auch in mündlicher Form zu lässt, sollten Beschäftigungsgeber abwägen und entscheiden, ob sie nur einen oder beide Meldewege eröffnen. Die Entscheidung für die Eröffnung nur eines Meldeweges erleichtert die Verwaltung, Abwicklung und Prüfung der Meldungen. Die Eröffnung eines Meldeweges in mündlicher Form verkompliziert die Dokumentation des Meldeverfahrens, da die Meldestelle in diesem Fall die mündliche Meldung inhaltlich protokolieren muss, wenn der Hinweisgeber nicht in eine Tonaufzeichnung einwilligt.

Unter diesem Gesichtspunkt erscheint die Eröffnung des Meldeweges allein in Textform als unproblematischer Weg vorzugswürdig zu sein.

Mögliche Wege und Formen für die Erstattung der Meldungen - § 16 Abs. 3 S. 1 und 2 HinSchG
(3) Interne Meldekanäle müssen Meldungen in mündlicher oder in Textform ermöglichen. Mündliche Meldungen müssen per Telefon oder mittels einer anderen Art der Sprachübermittlung möglich sein.

bb. Vorgaben bei Ermöglichung mündlicher Meldungen - § 16 Abs. 3 S. 3 HinSchG

Falls ein Beschäftigungsgeber einen internen Meldekanal für mündliche Meldungen eröffnet, müssen Beschäftigungsgeber eine Meldung per Telefon oder mittels einer anderen Art der Sprachübermittlung ermöglichen.

§ 16 Abs. 3 S. 3 HinSchG
Mündliche Meldungen müssen per Telefon oder mittels einer anderen Art der Sprachübermittlung möglich sein.

cc. Rahmenbedingungen für Dokumentation telefonischer Meldungen - § 11 Abs. 2 S. 1 und 2 HinSchG

(1) Tonaufzeichnung nur nach vorheriger Einwilligung des Hinweisgebers

Bei Eingang einer telefonischen Meldung oder einer Meldung mittels einer anderen Art der Sprachübermittlung darf die interne Meldestelle eine dauerhaft abrufbare

Tonaufzeichnung des Gesprächs oder dessen vollständige und genaue Niederschrift (Wortprotokoll) nur mit Einwilligung der hinweisgebenden Person erfolgen. Die Einwilligung ist vor Beginn der Tonaufzeichnung einzuholen. Die Einwilligung muss von dem Hinweisgeber freiwillig erteilt sein.

Sofern Beschäftigte die Meldung einreichen, hat die Einwilligung in schriftlicher oder elektronischer Form zu erfolgen, soweit nicht wegen besonderer Umstände eine andere Form angemessen ist (§ 26 Abs. 2 S. 3 BDSG). Demzufolge scheidet eine rein mündliche Einwilligung – z. B. im Verlaufe des Telefongesprächs – grundsätzlich aus (Paal/Pauly, Kommentar zum BDSG, 3. Aufl., 2021, § 26 Rdz. 36). Bei Personen, die nicht im Unternehmen beschäftigt sind, ist die Meldung dagegen nicht an die Einhaltung einer besonderen Form gebunden (Art. 6 Abs. 1 a lit., 7 DSGVO).

(2) Bei fehlender Einwilligung: Verpflichtung zur Erstellung eines Inhaltsprotokolls

Falls der internen Meldestelle keine wirksame Einwilligung vorliegt, hat die für die Bearbeitung der Meldung verantwortlichen Person eine Zusammenfassung des Inhalts der Meldung zu Dokumentationszwecken erstellen (Inhaltsprotokoll) (§ 11 Abs. 2 S. 2 HinSchG).

Dokumentation telefonischer Meldungen - § 11 Abs. 2 HinSchG
(2) *Bei telefonischen Meldungen oder Meldungen mittels einer anderen Art der Sprachübermittlung darf eine dauerhaft abrufbare Tonaufzeichnung des Gesprächs oder dessen vollständige und genaue Niederschrift (Wortprotokoll) nur mit Einwilligung der hinweisgebenden Person erfolgen. Liegt eine solche Einwilligung nicht vor, ist die Meldung durch eine von der für die Bearbeitung der Meldung verantwortlichen Person zu erstellende Zusammenfassung ihres Inhalts (Inhaltsprotokoll) zu dokumentieren.*

e. Ermöglichung einer Zusammenkunft

aa. Terminanberaumung innerhalb einer angemessener Zeit

Auf Verlangen der hinweisgebenden Person hat innerhalb einer angemessenen Zeit eine persönliche Zusammenkunft mit einer für die Entgegennahme einer Meldung zuständigen Person der internen Meldestelle stattzufinden, um die Einreichung einer Meldung zu ermöglichen (§ 16 Abs. 3 S. 2 HinSchG). Im Gesetz ist nicht geregelt, innerhalb welcher Frist das Gespräch stattfinden muss. In der Gesetzesbegründung wird hierzu lediglich ausgeführt, dass die Frage, wann ein Angebot zu einer persönlichen Zusammenkunft als angemessen anzusehen ist, auch von den jeweiligen Organisationsstrukturen abhängt und davon, inwieweit diese eine kurzfristige persönliche Zusammenkunft ermöglichen kann (BT-Drs. 20/5992 vom 14.03.2023, S. 66).

Praxistipp

Unternehmen sollten **möglichst zeitnah** nach dem Verlangen des Hinweisgebers diesem einen Termin für eine persönliche Zusammenkunft anbieten (z. B. innerhalb zwei Wochen nach Eingang der Erklärung). Andernfalls droht die Gefahr, dass der potenzielle Hinweisgeber sich nicht ernstgenommen fühlt und stattdessen die Meldung bei einer externen Meldestelle einreicht oder ggf. den Vorgang offenlegt. Dies sollte aus Sicht der Unternehmen tunlichst vermieden werden, um Schäden von dem Unternehmen abzuwenden.

Vielfach lassen sich nach Eingang einer internen Meldung die Vorgänge auch zielgerichtet aufklären. Es können sodann auch sinnvolle Folgemaßnahmen ergriffen werden, ohne dass staatliche Stellen oder sogar die gesamte Öffentlichkeit Kenntnis von internen und ggf. vertraulichen Prozesse in den Unternehmen erlangen (§ 16 Abs. 3 S. 2 HinSchG).

bb. Voraussetzungen für Zulässigkeit der virtuellen Durchführung der Zusammenkunft

Die Zusammenkunft kann nach vorheriger Einwilligung der hinweisgebenden Person auch in virtueller Form im Wege der Bild- und Tonübertragung (z. B. mittels Videokonferenz) erfolgen (§ 16 Abs. 3 S. 3 HinSchG). Bei Beschäftigten hat die Einwilligung gemäß § 26 Abs. 3 S.2 BDSG in schriftlicher oder elektronischer Form zu erfolgen.

§ 16 Abs. 3 S. 2 und 3 HinSchG
(3) ……
Auf Ersuchen der hinweisgebenden Person ist für eine Meldung innerhalb einer angemessenen Zeit eine persönliche Zusammenkunft mit einer für die Entgegennahme einer Meldung zuständigen Person der internen Meldestelle zu ermöglichen. Mit Einwilligung der hinweisgebenden Person kann die Zusammenkunft auch im Wege der Bild- und Tonübertragung erfolgen.

f. Notwendigkeit einer Datenschutzfolgenabschätzung bei Verwendung bestimmter Meldekanäle

Das Verfahren zur Meldung von Missständen unterliegt – insbesondere bei der Verwendung neuer Technologien – wegen des besonders hohen Risikos für die Rechte und Freiheiten natürlicher Personen einer Datenschutzfolgenabschätzung gemäß Art. 35 DSGVO. Art. 35 DSGVO betrifft die Pflicht für den Datenschutzrechtverantwortlichen, vor Beginn einer geplanten Datenverarbeitung eine Abschätzung der Folgen vorzunehmen und zu dokumentieren. Bei mehreren Verarbeitungsvorgängen kann die Untersuchung gebündelt vorgenommen werden.

Praxishinweis

Die Notwendigkeit der Durchführung einer Datenschutzfolgenabschätzung sollte mit den Datenschutzbeauftragten des Unternehmens abgestimmt werden. Zur Durchführung der Datenschutzfolgenabschätzung bietet sich eine Orientierung an dem Kurzpapier Nr. 5 der Datenschutzkonferenz an.

g. Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG bei Auswahl des Meldekanals

Bei der Einführung und Nutzung eines Meldekanals dürfte vornehmlich das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG (Nutzung technischer Einrichtungen) von Relevanz sein, wobei dieses bei Einschaltung externer Dritter nur dann in Betracht zu ziehen sein dürfte, wenn der Arbeitgeber eine technische Einrichtung zum Betreiben des Meldekanals einsetzt (z. B. Software etc.) und Zugriff auf Daten haben könnte, die für eine Leistungs- und Verhaltenskontrolle geeignet sein können.

aa. Technische Einrichtung

Vielfach werden die internen Meldestellen für die Eröffnung und Nutzung der Meldekanäle technischen Lösungen nutzen (Angebot von softwarebasierter Systemen wie z. B. Toollösungen, Onlineplattformen etc.) In diesen Fällen könnte ein Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 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 Beschäftigten (Maschmann in Richardi, BetrVG, 17. Aufl., § 87 Rdz. 489; Zimmer/Millfahrt, BB 2023, 1271).

Die Mitbestimmung wird dann ausgelöst, wenn die technische Datenerhebung oder die technische Datenverarbeitung nicht mehr von einer natürlichen Person durchgeführt wird, sondern auf eine technische Einrichtung übertragen wird. Bei der Meldung von Verstößen sammelt der Hinweisgeber die Daten und meldet etwaige Verstöße der Meldestelle lediglich über eine technische Einrichtung. Die Daten werden also nicht automatisch durch die technische Einrichtung erhoben. Vielmehr handelt es sich bei solchen Einrichtungen um Systeme, die bereits vollständige Hinweise der Hinweisgeber entgegennehmen, speichern und für die zuständigen Personen bei der Meldestelle zugänglich machen (Zimmer/Millfahrt, BB 2023, 1271).

bb. Möglichkeit der Leistungskontrolle

Allerdings wird auch erörtert, ob bereits die alleinige Datenauswertung das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats aus § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG auslösen kann (ErfKom-Kania, 23. Aufl, 2023, BetrVG, § 87 Rdz. 50).

Zu Recht wird jedoch darauf hingewiesen, dass die Meldesysteme lediglich die Daten und die eingegangenen Meldungen speichern, damit die zuständigen Mitarbeiter entsprechende Folgemaßnahmen ergreifen können (Zimmer/Millfahrt, BB 2023, 1271). Maßgeblich und zu hinterfragen ist deshalb, ob das Speichern der eingereichten Hinweise in einer Datenbank, Cloudsystem, Onlinetool auf Website, Intranet etc. ausreicht, um die Erfordernisse einer Datenauswertung und damit einer Überwachung zu erfüllen, um das Mitbestimmungsrecht auszulösen.

Voraussetzung hierfür müsste zumindest sein, dass einzelne Überwachungsphasen einer eigenständigen Überwachungswirkung unterliegen (Maschmann in Richardi, BetrVG, 17. Aufl., § 87 Rdz. 515; Künzl, BB 2021, 438). 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 (Zimmer/Millfahrt, BB 2023, 1271).

Das BAG hat konkretisiert, über welche Eigenschaft ein solches datenverarbeitendes System verfügen muss (BAG vom 14.09.1984 – 1 ABR 23/82, BB 1985, 193). Danach erfüllt eine 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. Eine solche Wertung schließt die digitale Umsetzung mittels interner Meldestellen jedoch nicht mit ein. Bei Hinweisgebersystemen werden die eingereichten Meldungen gerade nicht weiterverarbeitet, da Hinweise über ein Verhalten der Beschäftigten bereits in finalisierter Form eingereicht werden (so zu Recht Zimmer/Millfahrt, BB 2023, 1271).

Die Grundlagen, auf denen der Arbeitgeber das Verhalten oder die Leistung des Arbeitnehmers bewertet, ändern sich durch das Zwischenschalten eines technischen Meldesystems. In der Vergangenheit differenzierte das BAG den Begriff der Überwachung anhand des Kriteriums der Unmittelbarkeit. Dieses wurde jedoch im Facebook-Urteil fallen gelassen (BAG vom 13.12.2016 – 1 ABR 7/15, NZA 2017, 657). In dem Verfahren bejahte das BAG das Eingreifen des Mitbestimmungsrechts gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG unter Hinweis auf den Schutzzweck der Norm. Obwohl Facebook die Verhaltensdaten der Arbeitnehmer nicht unmittelbar und "automatisch" erhebe, bestehe gleichwohl ein ständiger Überwachungsdruck, zumal jederzeit zu einem Beschäftigten „ein Post" veröffentlicht werden könnte und der Arbeitgeber damit über die Leistung bzw. über das Verhalten der Beschäftigten informiert werde.

Allerdings dürfte die Rechtslage bei Einführung eines Hinweisgeberschutzsystems anders liegen. Im Gegensatz zu dem vom BAG entschiedenen „Facebook-Fall" besteht bei Implementierung von Meldestellen und Meldekanälen nach dem HinSchG

keine Gefahr der Überwachung. Anders als bei einer Facebook-Website werden Meldungen bei der internen Meldestelle von Beschäftigten eingereicht und auch grundsätzlich nur dann, wenn der Gegenstand einer solchen Mitteilung tatsächlich vorliegt. Außerdem haben Beschäftigungsgeber das Vertraulichkeitsgebot nach § 8 HinSchG einzuhalten, wonach sowohl die Vertraulichkeit der Identität der hinweisgebenden Person (§ 8 Abs. 1 Nr. 1 HinSchG), der Personen, die Gegenstand der Meldung sind (§ 8 Abs. 1 Nr. 2 HinSchG) sowie jeder sonstigen in der Meldung genannten Personen (§ 8 Abs. 1 Nr. 3 HinSchG) gewahrt werden muss. Schließlich sind die mit den Aufgaben der Meldestellen betrauten Personen – eigene Beschäftigte oder externe Dienstleister – bei der Ausübung ihrer Tätigkeit unabhängig (§ 15 Abs. 1 S. 1 HinSchG).

Der Beschäftigungsgeber hat somit anders als bei der Facebook-Nutzung keinen Zugriff auf die Informationen, welche die Beschäftigten betreffen (Zimmer/Millfahrt, BB 2023, 1272). Es lässt sich demzufolge mit guten Argumenten vertreten, dass bei der Einführung von Meldekanälen kein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats besteht, wenn für den Beschäftigungsgeber nicht die Möglichkeit besteht, auf die eingehenden Meldungen zuzugreifen. Ein bereits derzeitig verbreitetes Umsetzungsbeispiel für interne Meldestellen mit einer technischen Ausstattung sind die bereits in vielen Unternehmen vorhandenen Whistleblowing-Hotlines. Auch bei diesem konkreten Beispiel geht von der Hotline selbst keine Kontrollwirkung aus (Zimmer/Millfahrt, BB 2023, 1272; Steffen/Stöhr, RdA 2017, 59). Die Telefon-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.

Eine objektive Kontrollwirkung der Whistleblowing-Hotline ist für den Fall anzunehmen, dass Telefonate nach vorheriger Einwilligung des Hinweisgebers aufgezeichnet werden. In diesem Fall erhebt der Beschäftigungsgeber Informationen, die Rückschlüsse auf das sonstige Verhalten der Arbeitnehmer ermöglichen können. Da die Aufzeichnung auf einer bewussten Entscheidung des Beschäftigungsgebers beruht und nur nach Einwilligung des Hinweisgebers zulässig ist, kann auf sie verzichtet werden. Ohne Aufzeichnung der Gespräche entfällt somit das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG. Mithin könnte ein Meldesystem bei Einhaltung bestimmter Voraussetzungen nach dem HinSchG mitbestimmungsfrei eingeführt werden (Zimmer/Millfahrt, BB 2023, 1272 a.A. Bayreuther NZA 2023, 668 f.).

Praxistipp

Beschäftigungsgeber müssen vor Einrichtung eines Meldekanals prüfen, ob das eingesetzte System (Software etc.) den Zugriff auf die einzelnen Daten der Meldung ermöglicht. Ist dies nicht der Fall, besteht kein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats. Eine andere Frage ist, ob der Beschäftigungsgeber den Betriebsrat nicht „freiwillig“ bei der Einrichtung und Ausgestaltung des Meldekanals beteiligt,

zumal Mitbestimmungsrechte auch bei über das Gesetz hinausgehenden zusätzlichen Regeln zum Meldeverfahren Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats bestehen können (siehe hierzu unten C. IX. g., S. 66).

Beschäftigungsgeber sollten daher abwägen, ob sie sich bereits auf ein Meldesystem festlegen oder ergebnisoffen in die Gespräche über den Abschluss einer Betriebsvereinbarung zur Einführung eines Hinweisgeberschutzsystems mit dem Betriebsrat gehen.

2. Meldekanäle für externe Meldestellen

Die nach § 19 - 23 HinSchG einzurichtenden externen Meldestellen sind ebenfalls verpflichtet, Meldekanäle einzurichten, damit Hinweisgeber über diesen Weg Informationen über Verstöße melden können (§ 27 Abs. 1 S. 1 HinSchG).

Im Wesentlichen gelten für die externen Meldestellen für die Eröffnung der Meldekanäle die gleichen Regeln wie für die internen Meldestellen. Sie müssen die Meldekanäle so ausgestalten, dass nur die für die Entgegennahme und Bearbeitung der Meldungen zuständigen sowie die sie bei der Erfüllung dieser Aufgaben unterstützenden Personen Zugriff auf die eingehenden Meldungen haben (§ 27 Abs.1 S. 2 i. V. m. § 16 Abs. 2 HinSchG).

Die externen Meldestellen sollen ebenfalls anonym eingehende Meldungen bearbeiten, vorbehaltlich etwaiger spezialgesetzlicher Regelungen, die Meldekanäle so zu gestalten, dass sie die Abgabe anonymer Meldungen ermöglichen (§ 27 Abs. 1 S. 3 und 4 HinSchG). Etwas anderes gilt nur, wenn diesbezüglich konkrete spezialgesetzliche Regelungen bestehen. Externe Meldekanäle müssen Meldungen in mündlicher und in Textform ermöglichen. Sowohl zur Form der Aufzeichnung der telefonischen Gespräche (§ 11 Abs. 2 S. 1 und 2 HinSchG) als auch zur Anberaumung einer persönlichen Zusammenkunft auf Ersuchen des Hinweisgebers gelten die gleichen Regeln (§ 27 Abs. 3 S. 3 und 4 HinSchG).

Wird eine Meldung bei einer externen Meldestelle von anderen als den für die Bearbeitung zuständigen Personen entgegengenommen, so ist sie unverzüglich, unverändert und unmittelbar an die für die Bearbeitung zuständigen Personen weiterzuleiten (§ 27 Abs. 2 HinSchG).

Meldekanäle für externe Meldestellen - § 27 HinSchG
(1) Für externe Meldestellen werden Meldekanäle eingerichtet, über die sich hinweisgebende Personen an die externen Meldestellen wenden können, um Informationen über Verstöße zu melden. § 16 Absatz 2 gilt entsprechend. Die externe Meldestelle sollte auch anonym eingehende Meldungen bearbeiten. Vorbehaltlich spezialgesetzlicher Regelungen besteht allerdings keine Verpflichtung, die Meldekanäle so zu gestalten, dass sie die Abgabe anonymer Meldungen ermöglichen.

(2) Wird eine Meldung bei einer externen Meldestelle von anderen als den für die Bearbeitung zuständigen Personen entgegengenommen, so ist sie unverzüglich, unverändert und unmittelbar an die für die Bearbeitung zuständigen Personen weiterzuleiten.
(3) Externe Meldekanäle müssen Meldungen in mündlicher und in Textform ermöglichen. Mündliche Meldungen müssen per Telefon oder mittels einer anderen Art der Sprachübermittlung möglich sein. Auf Ersuchen der hinweisgebenden Person ist für eine Meldung innerhalb einer angemessenen Zeit eine persönliche Zusammenkunft mit den für die Entgegennahme einer Meldung zuständigen Personen der externen Meldestelle zu ermöglichen. Mit Einwilligung der hinweisgebenden Person kann die Zusammenkunft auch im Wege der Bild und Tonübertragung erfolgen.

VII. Aufgaben der Meldestellen

1. Durchführung des Meldeverfahrens

Die internen Meldestellen betreiben die Meldekanäle nach § 16 HinSchG, führen das Meldeverfahren nach § 17 HinSchG durch und ergreifen Folgemaßnahmen nach § 18 HinSchG (§ 13 Abs. 1 HinSchG).

2. Zurverfügungstellung von Informationen zum externen Meldeverfahren

Die internen Meldestellen halten für Beschäftigte klare und leicht zugängliche Informationen über externe Meldeverfahren bereit (§ 13 Abs. 2 HinSchG).

Aufgaben der internen Meldestellen - § 13 HinSchG
(1) Die internen Meldestellen betreiben Meldekanäle nach § 16, führen das Verfahren nach § 17 und ergreifen Folgemaßnahmen nach § 18.
(2) Die internen Meldestellen halten für Beschäftigte klare und leicht zugängliche Informationen über externe Meldeverfahren gemäß Unterabschnitt 3 und einschlägige Meldeverfahren von Organen, Einrichtungen oder sonstigen Stellen der Europäischen Union bereit.

VIII. Das Meldeverfahren

Das Meldeverfahren ist für die internen Meldestellen in § 16 – 18 HinSchG und für die externen Meldestellen in §§ 28 – 31 HinSchG geregelt. Die in diesen Vorschriften geregelten gesetzlichen Vorgaben sind für die Meldestellen zwingend. Freiwillig können insbesondere Betriebsparteien für die interne Meldestelle ergänzende Regelungen vereinbaren.

1. Allgemein zu beachtende Verfahrensgrundsätze

Die internen und externen Meldestellen unterliegen bei Eingang jeder Meldung darüber hinaus zur Sicherung des Hinweisgeberschutzes insbesondere folgenden Verpflichtungen:

- Gewährleistung der Vertraulichkeit der Identität der Hinweisgeber und von der Meldung betroffenen Personen (§ 8 HinSchG)
- Einhaltung des datenschutzrechtlichen Erforderlichkeitsgrundsatzes (§ 10 HinSchG)
- Ordnungsgemäße Dokumentation der Meldungen (§ 11 HinSchG)

a. Gewährleistung der Vertraulichkeit der Identität der Hinweisgeber und von der Meldung betroffenen Personen (§ 8 HinSchG)

Das Gesetz enthält in § 8 HinSchG ein besonderes Vertraulichkeitsgebot, das dem Schutz der Hinweisgeber dient. Für die Einhaltung des Vertraulichkeitsschutzes ist zunächst die Meldestelle verantwortlich.

aa. Datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit

Die datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit dürfte jedoch nach der vorrangig zu beachtenden Datenschutzbestimmung des Art. 4 Nr. 7 DSGVO das die Meldestelle betreibende Unternehmen treffen. Etwas Anderes dürfte dagegen gelten, wenn ein Unternehmen einen externen Dritten beauftragt, die interne Meldestelle zu betreiben und Meldungen entgegenzunehmen. In diesem Fall dürfte datenschutzrechtlich eine Auftragsverarbeitung gemäß Art. 28 DSGVO vorliegen, mit der Folge, dass neben der Meldestelle auch der beauftragende Beschäftigungsgeber datenschutzrechtlich verantwortlich bleibt (Bayreuther, DB 2023, 1541).

bb. Schutzumfang: Schutz der Personenidentität

Geschützt wird die Vertraulichkeit der Identität der in § 8 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 - 3 HinSchG genannten Personen.

Hierzu zählen insbesondere

- die Hinweisgeber (Nr. 1) und
- die Personen, die Gegenstand einer Meldung sind (Nr. 2), aber auch
- sonstigen in der Meldung genannten Personen (Nr. 3).

Die Identität der § 8 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 - 3 HinSchG genannten Personen darf ausschließlich den Personen, die für die Entgegennahme von Meldungen oder für das Ergreifen von Folgemaßnahmen zuständig sind, sowie den sie bei der Erfüllung

dieser Aufgaben unterstützenden Personen bekannt werden (§ 8 Abs. 1 S. 2 HinSchG). Das Gebot der Vertraulichkeit der Identität gilt auch dann, wenn die Meldung bei einer nicht zuständigen Stelle erstattet wird (§ 8 Abs. 2 HinSchG).

Vertraulichkeitsgebot - § 8 HinSchG
(1) Die Meldestellen haben die Vertraulichkeit der Identität der folgenden Personen zu wahren:
1. der hinweisgebenden Person, sofern die gemeldeten Informationen Verstöße betreffen, die in den Anwendungsbereich dieses Gesetzes fallen, oder die hinweisgebende Person zum Zeitpunkt der Meldung hinreichenden Grund zu der Annahme hatte, dass dies der Fall sei,
2. der Personen, die Gegenstand einer Meldung sind, und
3. der sonstigen in der Meldung genannten Personen.
Die Identität der in Satz 1 genannten Personen darf ausschließlich den Personen, die für die Entgegennahme von Meldungen oder für das Ergreifen von Folgemaßnahmen zuständig sind, sowie den sie bei der Erfüllung dieser Aufgaben unterstützenden Personen bekannt werden.
(2) Das Gebot der Vertraulichkeit der Identität gilt unabhängig davon, ob die Meldestelle für die eingehende Meldung zuständig ist.

cc. Voraussetzung für das Eingreifen des Vertraulichkeitsschutzes

(1) Kein Schutz bei vorsätzlich oder grob fahrlässig abgegebenen rechtswidrigen Informationen über Verstöße

Zunächst wird die Identität einer hinweisgebenden Person nicht geschützt, wenn sie vorsätzlich oder grob fahrlässig unrichtige Informationen über Verstöße meldet (§ 9 Abs. 1 HinSchG).

(2) Weitere gesetzlich normierte Ausnahmen vom Vertraulichkeitsgebot

Das HinSchG enthält in § 9 Abs. 2 HinSchG weitere Ausnahmen vom Vertraulichkeitsgebot.

(a) Weitergabe der Information an Behörden

Beispielsweise ist eine Offenbarung der Identität des Melders im Strafverfahren auf Verlangen der Strafverfolgungsbehörden, im Verwaltungsverfahren auf behördliche Anordnung oder aufgrund einer gerichtlichen Entscheidung zulässig. Sofern Behörden ein einschlägiges Verlangen an die Meldestelle adressieren, muss diese dem nachkommen, ohne dass ihr ein Entscheidungsspielraum zusteht.

Für die weitere Nutzung dieser Informationen gelten für Strafverfolgungsbehörden gem. § 4 Abs. 4 HinSchG die allgemeinen Regelungen der StPO und mithin nicht der fortwirkende Vertraulichkeitsschutz nach § 9 Abs. 3 Nr. 2 HinSchG (Bayreuther, DB 2023, 1541).

(b) Weitergabe der Information an den Beschäftigungsgeber nur mit Einwilligung

Eine Preisgabe der Identität des Hinweisgebers an den Beschäftigungsgeber ist nur mit ausdrücklicher Einwilligung des Hinweisgebers zulässig (§ 9 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 HinSchG). Dies gilt insbesondere, wenn die Meldung zwecks weiterer Untersuchungen an eine interne Ermittlungseinheit (§ 18 Nr. 4a HinSchG) oder zum Ergreifen von weiteren Folgemaßnahmen an den Arbeitgeber weitergeleitet wird. Zu Recht wird im Schrifttum darauf hingewiesen, dass dies in der betrieblichen Praxis erhebliche Probleme bei der Durchführung des Meldeverfahrens auslösen wird (Bayreuther, DB 2023, 1541). In der Regel wird die Meldestelle – unabhängig davon, ob sie mit eigenen Beschäftigten oder externen Personen betrieben wird – zur Aufklärung des Sachverhalts weitere Ermittlungen und Nachfragen erforderlich machen.

Vielfach werden Ermittlungen nur Sinn ergeben, wenn auch die Identität des Hinweisgebers bekannt ist. Ob eine Weitergabe im Unternehmen ohne gesonderte Einwilligung unter Verweis auf § 8 Abs. 2 Satz 1 HinSchG zulässig ist, dürfte fraglich sein (so aber Behr/Haas/Ellinger, DB 2022, 2140). Dies würde grundsätzlich dem Sinn und Zweck des Hinweisgeberschutzes zuwiderlaufen und dürfte zudem auch nicht mit der Vorschrift des § 9 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 HinSchG in Einklang zu bringen sein (Bayreuther, DB 2023, 1541).

(c) Eingeschränkter Schutz zugunsten beschuldigter Personen

Das Vertraulichkeitsgebot besteht auch zugunsten derjenigen Personen, die „Gegenstand" einer Meldung sind (§ 8 Abs. 1 Nr. 2 HinSchG), wobei das Gesetz in § 9 Abs. 4 HinSchG auch für diesen Personenkreis zahlreiche Ausnahmen vorsieht. Danach darf die Identität einer beschuldigten Person auch ohne Einwilligung zur Durchführung von internen Untersuchungen an hierfür zuständige Arbeitseinheiten im Unternehmen (z.B. Compliance-Abteilung) preisgegeben werden. Zudem darf der Beschäftigungsgeber ausweislich der Regelung in § 9 Abs. 4 Nr. 2 und 3 HinSchG informiert werden, damit er Folgemaßnahmen ergreifen kann.

Ausnahmen vom Vertraulichkeitsgebot - § 9 HinSchG
(1) Die Identität einer hinweisgebenden Person, die vorsätzlich oder grob fahrlässig unrichtige Informationen über Verstöße meldet, wird nicht nach diesem Gesetz geschützt.
(2) Informationen über die Identität einer hinweisgebenden Person oder über sonstige Umstände, die Rückschlüsse auf die Identität dieser Person erlauben, dürfen abweichend von § 8 Absatz 1 an die zuständige Stelle weitergegeben werden
1. in Strafverfahren auf Verlangen der Strafverfolgungsbehörden,
2. aufgrund einer Anordnung in einem einer Meldung nachfolgenden Verwaltungsverfahren, einschließlich verwaltungsbehördlicher Bußgeldverfahren,

3. aufgrund einer gerichtlichen Entscheidung, Bundesgesetzblatt Jahrgang 2023 Teil I Nr. 140, ausgegeben zu Bonn am 2. Juni 2023 Seite 6 von 19
4. von der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht als externe Meldestelle nach § 21 an die zuständigen Fachabteilungen innerhalb der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht sowie bei in § 109a des Wertpapierhandelsgesetzes genannten Vorgängen an die in § 109a des Wertpapierhandelsgesetzes genannten Stellen oder
5. von dem Bundeskartellamt als externe Meldestelle nach § 22 an die zuständigen Fachabteilungen innerhalb des Bundeskartellamtes sowie in den Fällen des § 49 Absatz 2 Satz 2 und Absatz 4 und § 50d des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen an die jeweils zuständige Wettbewerbsbehörde. Die Meldestelle hat die hinweisgebende Person vorab über die Weitergabe zu informieren. Hiervon ist abzusehen, wenn die Strafverfolgungsbehörde, die zuständige Behörde oder das Gericht der Meldestelle mitgeteilt hat, dass durch die Information die entsprechenden Ermittlungen, Untersuchungen oder Gerichtsverfahren gefährdet würden. Der hinweisgebenden Person sind mit der Information zugleich die Gründe für die Weitergabe schriftlich oder elektronisch darzulegen.
(3) Über die Fälle des Absatzes 2 hinaus dürfen Informationen über die Identität der hinweisgebenden Person oder über sonstige Umstände, die Rückschlüsse auf die Identität dieser Person erlauben, weitergegeben werden, wenn 1. die Weitergabe für Folgemaßnahmen erforderlich ist und 2. die hinweisgebende Person zuvor in die Weitergabe eingewilligt hat. Die Einwilligung nach Satz 1 Nummer 2 muss für jede einzelne Weitergabe von Informationen über die Identität gesondert und in Textform vorliegen. Die Regelung des § 26 Absatz 2 des Bundesdatenschutzgesetzes bleibt unberührt.
(4) Informationen über die Identität von Personen, die Gegenstand einer Meldung sind, und von sonstigen in der Meldung genannten Personen dürfen abweichend von § 8 Absatz 1 an die jeweils zuständige Stelle weitergegeben werden
1. bei Vorliegen einer diesbezüglichen Einwilligung,
2. von internen Meldestellen, sofern dies im Rahmen interner Untersuchungen bei dem jeweiligen Beschäftigungsgeber oder in der jeweiligen Organisationseinheit erforderlich ist,
3. sofern dies für das Ergreifen von Folgemaßnahmen erforderlich ist,
4. in Strafverfahren auf Verlangen der Strafverfolgungsbehörde,
5. aufgrund einer Anordnung in einem einer Meldung nachfolgenden Verwaltungsverfahren, einschließlich verwaltungsbehördlicher Bußgeldverfahren, 6. aufgrund einer gerichtlichen Entscheidung,
7. von der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht als externe Meldestelle nach § 21 an die zuständigen Fachabteilungen innerhalb der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht sowie bei in § 109a des Wertpapierhandelsgesetzes genannten Vorgängen an die in § 109a des Wertpapierhandelsgesetzes genannten Stellen oder 8. von dem Bundeskartellamt als externe Meldestelle nach § 22 an die zuständigen Fachabteilungen innerhalb des Bundeskartellamtes sowie in den Fällen des § 49 Absatz 2 Satz 2 und Absatz 4 und § 50d des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen an die jeweils zuständige Wettbewerbsbehörde

b. Einhaltung des datenschutzrechtlichen Erforderlichkeitsgrundsatzes (§ 10 HinSchG)

Das Gesetz normiert in § 10 HinSchG die Rechtsgrundlage die Zulässigkeit der Datenverarbeitung für die erforderlich zu treffenden Prozesse im Rahmen des Meldeverfahrens. Meldestellen sind befugt, personenbezogene Daten zu verarbeiten, soweit dies zur Erfüllung ihrer in den §§ 13 und 24 HinSchG bezeichneten Aufgaben erforderlich ist.

Die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten durch eine Meldestelle ist zulässig, wenn dies zur Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlich ist, wobei die Meldestelle in diesem Fällen spezifische und angemessene Maßnahmen zur Wahrung der Interessen der betroffenen Person vorzusehen hat (§ 10 S. 3 HinSchG).

Praxishinweis

Aufgrund der gesetzlichen Rechtfertigung zur Verarbeitung personenbezogener Daten durch Hinweisgeber und Meldestelle zur Aufklärung eines mitgeteilten Sachverhalts ist die Einholung einer gesonderten Einwilligung nicht erforderlich.

Um die Beweisführung zu erleichtern, bietet es sich an, die Umstände, die zur Ergreifung einer Maßnahme gegenüber einer hinweisgebenden Person führen, sorgfältig zu dokumentieren.

Verarbeitung personenbezogener Daten - (§ 10 HinSchG)
Die Meldestellen sind befugt, personenbezogene Daten zu verarbeiten, soweit dies zur Erfüllung ihrer in den §§ 13 und 24 bezeichneten Aufgaben erforderlich ist. Abweichend von Artikel 9 Absatz 1 der Verordnung (EU) 2016/679 ist die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten durch eine Meldestelle zulässig, wenn dies zur Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlich ist. In diesem Fall hat die Meldestelle spezifische und angemessene Maßnahmen zur Wahrung der Interessen der betroffenen Person vorzusehen; § 22 Absatz 2 Satz 2 des Bundesdatenschutzgesetzes ist entsprechend anzuwenden.

c. Ordnungsgemäße Dokumentation der Meldungen (§ 11 HinSchG)

aa. Dauerhafte Dokumentation der eingehenden Meldungen

Die für die Entgegennahme von Meldungen zuständigen Personen dokumentieren alle eingehenden Meldungen in dauerhaft abrufbarer Weise unter Beachtung des Vertraulichkeitsgebots zu dokumentieren (§ 11 Abs. 1 HinSchG).

bb. Dokumentation von telefonischen Meldungen etc. nur mit Einwilligung

Bei telefonischen Meldungen oder Meldungen mittels einer anderen Art der Sprachübermittlung dürfen dauerhaft abrufbare Tonaufzeichnungen des Gesprächs oder dessen vollständige und genaue Niederschrift (Wortprotokoll) nur mit Einwilligung der hinweisgebenden Person erfolgen (§ 11 Abs. 2 S. 1 HinSchG).

Falls eine entsprechende Einwilligung des Hinweisgebers nicht vorliegt, ist die Meldung durch eine von der für die Bearbeitung der Meldung verantwortlichen Person zu erstellende Zusammenfassung ihres Inhalts (Inhaltsprotokoll) zu dokumentieren (§ 11 Abs. 2 S. 2 HinSchG).

cc. Meldung, die im Rahmen einer Zusammenkunft erstattet werden

Meldungen, die im Rahmen einer Zusammenkunft gemäß § 16 Abs. 3 HinSchG oder § 27 Abs. 3 HinSchG erstattet werden, dürfen nur mit vorheriger Zustimmung der hinweisgebenden Person vollständig und genau aufgezeichnet werden (§ 11 Abs. 3 S. 1 HinSchG). Ohne eine Einwilligung des Hinweisgebers ist wiederum ein Inhaltsprotokoll zu erstellen (§ 11 Abs. 3 S. 2 HinSchG).

dd. Möglichkeit der Überprüfung eines erstellten Protokolls durch Hinweisgeber

Bei Erstellung eines Protokolls ist der hinweisgebenden Person Gelegenheit zu geben, das Protokoll zu überprüfen, gegebenenfalls zu korrigieren und es durch ihre Unterschrift oder in elektronischer Form zu bestätigen (§ 11 Abs. 4 S. 1 HinSchG).

d. Löschfristen für Meldungen

(1) Allgemeine Löschfrist

Die dokumentierten Meldungen sind drei Jahre nach Abschluss des Verfahrens zu löschen (§ 11 Abs. 5 S. 1 HinSchG). Die Dokumentation kann im Einzelfall länger aufbewahrt werden, um die Anforderungen nach diesem Gesetz oder nach anderen Rechtsvorschriften zu erfüllen, solange dies erforderlich und verhältnismäßig ist (§ 11 Abs. 5 S. 2 HinSchG). Der Grund für die längere Aufbewahrung der Meldung ist zu dokumentieren.

(2) Löschfrist bei Tonaufzeichnungen

Wird eine Tonaufzeichnung zur Anfertigung eines Protokolls verwendet, so ist sie zu löschen, sobald das Protokoll fertiggestellt ist (§ 11 Abs. 4 S. 2 HinSchG).

Dokumentation der Meldungen - § 11 HinSchG
(1) Die Personen, die in einer Meldestelle für die Entgegennahme von Meldungen zuständig sind, dokumentieren alle eingehenden Meldungen in dauerhaft abrufbarer Weise unter Beachtung des Vertraulichkeitsgebots (§ 8).
(2) Bei telefonischen Meldungen oder Meldungen mittels einer anderen Art der Sprachübermittlung darf eine dauerhaft abrufbare Tonaufzeichnung des Gesprächs oder dessen vollständige und genaue Niederschrift (Wortprotokoll) nur mit Einwilligung der hinweisgebenden Person erfolgen. Liegt eine solche Einwilligung nicht vor, ist die Meldung durch eine von der für die Bearbeitung der Meldung verantwortlichen Person zu erstellende Zusammenfassung ihres Inhalts (Inhaltsprotokoll) zu dokumentieren. Bundesgesetzblatt Jahrgang 2023 Teil I Nr. 140, ausgegeben zu Bonn am 2. Juni 2023 Seite 7 von 19
(3) Erfolgt die Meldung im Rahmen einer Zusammenkunft gemäß § 16 Absatz 3 oder § 27 Absatz 3, darf mit Zustimmung der hinweisgebenden Person eine vollständige und genaue Aufzeichnung der Zusammenkunft erstellt und aufbewahrt werden. Die Aufzeichnung kann durch Erstellung einer Tonaufzeichnung des Gesprächs in dauerhaft abrufbarer Form oder durch ein von der für die Bearbeitung der Meldung verantwortlichen Person erstelltes Wortprotokoll der Zusammenkunft erfolgen.
(4) Der hinweisgebenden Person ist Gelegenheit zu geben, das Protokoll zu überprüfen, gegebenenfalls zu korrigieren und es durch ihre Unterschrift oder in elektronischer Form zu bestätigen. Wird eine Tonaufzeichnung zur Anfertigung eines Protokolls verwendet, so ist sie zu löschen, sobald das Protokoll fertiggestellt ist.
(5) Die Dokumentation wird drei Jahre nach Abschluss des Verfahrens gelöscht. Die Dokumentation kann länger aufbewahrt werden, um die Anforderungen nach diesem Gesetz oder nach anderen Rechtsvorschriften zu erfüllen, solange dies erforderlich und verhältnismäßig ist.

2. Meldeverfahren nach Eingang einer Meldung bei einer internen Meldestelle

Das interne Meldeverfahren wird durch verschiedene gesetzliche einzuhaltende Vorgaben geprägt, die in § 17 Abs. 1 Nr. 1 bis 6 und Abs. 2 HinSchG im Einzelnen festgeschrieben sind.

Das Gesetz sieht folgendes Verfahren vor:

- **Eingangsbestätigung an Hinweisgeber**
- **Prüfung der Meldung auf sachlichen Anwendungsbereich**
- **Kontaktpflege mit Hinweisgeber**
- **Prüfung der Stichhaltigkeit der Meldung**
- **Ggf. Einholung von weiteren Auskünften beim Hinweisgeber**
- **Bearbeitung von anonymen Meldungen**
- **Ergreifen von Folgemaßnahmen**
- **Rückmeldung an den Hinweisgeber**

Das Meldeverfahren stellt sich im Einzelnen wie folgt dar:

a. Eingangsbestätigung an Hinweisgeber

Die interne Meldestelle hat der hinweisgebenden Person den Eingang einer Meldung spätestens nach sieben Tagen zu bestätigen (§ 17 Abs. 1 Nr. 1 HinSchG).

b. Prüfung der Stichhaltigkeit der Meldung

Die Meldestelle hat zu prüfen, ob der gemeldete Verstoß in den sachlichen Anwendungsbereich nach § 2 HinSchG fällt (§ 17 Abs. 1 Nr. 2 HinSchG).

c. Kontaktpflege mit Hinweisgeber

Die interne Meldestelle hält mit der hinweisgebenden Person Kontakt (§ 17 Abs. 1 Nr. 3 HinSchG).

d. Prüfung der Meldung auf Stichhaltigkeit

Die Meldestelle hat die Stichhaltigkeit der eingegangenen Meldung zu prüfen (§ 17 Abs. 1 Nr. 4 HinSchG).

e. Einholung von weiteren Auskünften beim Hinweisgeber

Erforderlichenfalls ersucht die Meldestelle die hinweisgebende Person um weitere Informationen (§ 17 Abs. 1 Nr. 5 HinSchG).

f. Bearbeitung anonyme Meldungen

Die Meldestellen sind zwar nicht verpflichtet, den Eingang zu anonymer Meldungen zu ermöglichen (§ 16 Abs. 1 S. 5 HinSchG). Falls jedoch anonyme Meldungen eingehen, sollen diese jedoch bearbeitet werden (§ 16 Abs. 1 S. 4 HinSchG).

g. Ergreifen von Folgemaßnahmen

Nach Bearbeitung der Meldung hat die Meldestelle angemessene Folgemaßnahmen zu ergreifen, die in § 18 HinSchG exemplarisch benannt sind (§ 17 Abs. 1 Nr. 5 HinSchG).

Das HinSchG verweist in diesem Zusammenhang auf die in § 18 HinSchG normierten Folgemaßnahmen, wobei der dortige Maßnahmenkatalog nicht als abschließend zu betrachten ist.

Als mögliche Folgemaßnahmen werden in § 18 HinSchG genannt:

- **die Einleitung einer internen Untersuchung** (Nr. 1)
- **die Verweisung an andere zuständige Stelle** (Nr. 2)
- **der Abschluss des Verfahrens** (Nr. 3)
- **die Abgabe des Verfahrens an eine Organisationseinheit beim Beschäftigungsgeber oder an zuständige Behörde** (Nr. 4)

h. Rückmeldung an den Hinweisgeber

Die interne Meldestelle hat den Eingang der Meldung der hinweisgebenden Person innerhalb von drei Monaten nach der Bestätigung des Eingangs der Meldung oder, wenn der Eingang nicht bestätigt wurde, spätestens drei Monate und sieben Tage nach Eingang der Meldung eine Rückmeldung zu geben (§ 17 Abs. 2 HinSchG).

Verfahren bei internen Meldungen - § 17 HinSchG

(1) Die interne Meldestelle 1. bestätigt der hinweisgebenden Person den Eingang einer Meldung spätestens nach sieben Tagen, 2. prüft, ob der gemeldete Verstoß in den sachlichen Anwendungsbereich nach § 2 fällt, 3. hält mit der hinweisgebenden Person Kontakt, 4. prüft die Stichhaltigkeit der eingegangenen Meldung, 5. ersucht die hinweisgebende Person erforderlichenfalls um weitere Informationen und 6. ergreift angemessene Folgemaßnahmen nach

(2) Die interne Meldestelle gibt der hinweisgebenden Person innerhalb von drei Monaten nach der Bestätigung des Eingangs der Meldung oder, wenn der Eingang nicht bestätigt wurde, spätestens drei Monate und sieben Tage nach Eingang der Meldung eine Rückmeldung. Die Rückmeldung umfasst die Mitteilung geplanter sowie bereits ergriffener Folgemaßnahmen sowie die Gründe für diese. Eine Rückmeldung an die hinweisgebende Person darf nur insoweit erfolgen, als dadurch interne Nachforschungen oder Ermittlungen nicht berührt und die Rechte der Personen, die Gegenstand einer Meldung sind oder die in der Meldung genannt werden, nicht beeinträchtigt werden.

Folgemaßnahmen der internen Meldestelle - § 18 HinSchG

Als Folgemaßnahmen kann die interne Meldestelle insbesondere

1. interne Untersuchungen bei dem Beschäftigungsgeber oder bei der jeweiligen Organisationseinheit durchführen und betroffene Personen und Arbeitseinheiten kontaktieren,

2. die hinweisgebende Person an andere zuständige Stellen verweisen,

3. das Verfahren aus Mangel an Beweisen oder aus anderen Gründen abschließen oder

4. das Verfahren zwecks weiterer Untersuchungen abgeben an

a) eine bei dem Beschäftigungsgeber oder bei der jeweiligen Organisationseinheit für interne Ermittlungen zuständige Arbeitseinheit oder

b) eine zuständige Behörde.

3. Spannungsfeld zwischen Recht auf Auskunft nach Art.15 DSGVO und Schutz der Hinweisgeber

Der datenschutzrechtliche Auskunftsanspruch gerät regelmäßig in Konflikt mit dem Schutz des Hinweisgebers. Sofern ein Beschäftigter in einer Meldung eines Hinweisgebers erwähnt worden ist oder der Beschäftigte zumindest hiervon ausgeht, kann er grundsätzlich nach Art. 15 DSGVO Auskunft über die zu seiner Person erhobenen und verarbeiteten Daten einholen. Der Beschäftigungsgeber kann dieses Auskunftsverlangen nicht befriedigen, solange die Meldestelle ihn über die Vorgänge nicht in Kenntnis gesetzt hat. Beruft sich die Meldestelle darauf, dass ihr die Mitteilung hinreichend stichhaltig erscheint und der Hinweisgeber nicht in die Offenlegung seiner Identität eingewilligt hat, müsste der Beschäftigungsgeber dies an und für sich mehr oder weniger hinnehmen.

Die Auflösung des Spannungsfelds zwischen dem Auskunftsanspruch nach Art. 15 DSGVO einerseits und des im HinSchG angelegten Identitätsschutzes andererseits führt zu erheblichen Anwendungsschwierigkeiten (Mohn, NZA 2022, 159; Bayreuther, NZA-Beil. 2022, 22), Dzida/Seibt, NZA 2023 S. 6658). Zwar könnte man auf den ersten Blick annehmen, dass der Beschäftigungsgeber die Auskunft ohne Weiteres unter Verweis auf das Vertraulichkeitsgebot verweigern könnte (Art. 15 Abs. 4, 23 Abs. 1 lit. i, 88 DSGVO, § 29 Abs. 1 Satz 1 u. 2 BDSG, §§ 8 ff. HinSchG). Diese Betrachtungsweise würde aber die Frage, wer darlegen und beweisen muss, dass die Meldung der Wahrheit entsprach, außer Betracht lassen. Zum Teil wird erwogen, insoweit eine sekundäre Darlegungslast der Meldestelle anzunehmen, wenn die beschuldigte Person nachgewiesen hat, dass der mitgeteilte Vorwurf nicht zutrifft (Bayreuther, DB 2023, 1541). Die Rechtslage ist gleichwohl insgesamt als unklar und für die Rechtsanwender mehr als unbefriedigend zu bewerten

Der Schutz eines Hinweisgebers vor Offenlegung seiner Identität dürfte in erster Linie abhängig von einschlägigen branchenspezifischen gesetzlichen Regelungen sein. Außerhalb der Anwendungsbereiche dieser Regelungen dürfte der Schutz der Vertraulichkeit der Identität der Hinweisgeber von einer einzelfallbezogenen Interessenabwägung, deren Ausgang für den Beschäftigungsgeber und Hinweisgeber im Vorfeld nur schwer abschätzbar ist, abhängig sein (Mohn, NZA 2022, 1166).

Praxishinweis

Neben allgemein gehaltenen Hinweisen an den Auskunftbegehrenden zum Schutz von Hinweisgebern bietet es sich an, im Rahmen der Antwort auch die vom Unternehmen vorgenommene Interessenabwägung kurz zu skizzieren, um aufzuzeigen, aus welchem Grund die Auskunft nicht bzw. nur eingeschränkt gegeben werden kann.

4. Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats bei Ausgestaltung des Meldeverfahrens

a. Meldeverfahren als eine Frage der betrieblichen Ordnung

Die im Rahmen des Meldeverfahrens vorzunehmenden Schritte sind in § 17 HinSchG ausdrücklich festgelegt. Soweit der Beschäftigungsgeber keine über diese Vorgaben hinausgehenden Maßnahmen festlegt, besteht kein Raum für ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats.

Dagegen wird eingewandt, dass die Beschäftigungsgeber bestimmten, wie, wann, an wen, sowie unter welchen Voraussetzungen gemeldet wird und vor allem, wie eingegangene Meldungen abzuarbeiten sind. Auf diese Art und Weise schafften sie für den Betrieb eine verbindliche Meldeordnung. Diese Vorgehensweise löse das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG aus (Bayreuther, NZA 2023, 666). Dem ist insoweit zuzustimmen, dass Beschäftigungsgeber gehindert sind, über die gesetzlich vorgegebenen Verfahrensschritte weitere Regelungen vorzusehen. In diesem Fall dürfte in der Tat die Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG eingreifen.

b. Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG

Einschlägige Meldeverfahren sind, wenngleich typischerweise (auch) datentechnisch basiert, eher nicht in ihrer Eigenschaft als technische Einrichtung zur Überwachung der (meldenden) Arbeitnehmer geeignet (Bayreuther NZA 2023, 668; Zimmer/Millfahrt, BB 2023, 1272 aA Mengel NZA 2017, 8; Croonenbrock/Hansen ArbRAktuell 2022,139).

c. Fazit zur Mitbestimmung des Betriebsrats bei Einführung und Ausgestaltung eines Hinweisgeberschutzsystems

Der Betriebsrat ist über die Einführung von gesetzlich vorgeschriebenen Meldesystemen zu unterrichten (§ 80 BetrVG). Werden Beschäftigte für die Tätigkeit in einer internen Meldestelle eingestellt oder versetzt, kann dies eine Zustimmungspflicht nach § 99 BetrVG auslösen. Falls in der Meldestelle eingesetzte Beschäftigte hierfür geschult werden, kommt eine Mitbestimmung nach §§ 96 ff. BetrVG in Betracht.

Ein zwingendes Mitbestimmungsrechte nach § 87 BetrVG besteht bei einer strikten Umsetzung des Gesetzes nicht, wenn für die Nutzung der Meldesysteme keine Verhaltenspflichten aufgestellt werden müssen und die Betriebsordnung nicht berührt wird (§ 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG) und bei der Implementierung eines Meldesystems bzw. Eröffnung eines Meldekanals nicht zwangsläufig technischen Einrichtungen eingesetzt werden, die zur Überwachung von

Verhalten oder Leistung bestimmt oder geeignet sind (§ 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG).

Unabhängig von dieser rechtlichen Bewertung kann eine Beteiligung des Betriebsrats etwa in Form einer freiwilligen Betriebsvereinbarung (aus betriebspolitischen Gründen, zweckmäßig sein, da sie nicht nur die Transparenz des Meldeverfahrens und eigesetzten Meldesystems in der Belegschaft erhöht, sondern ggf. auch zu einer vorrangigen Nutzung des internen Meldesystems führt. Hierdurch kann die Zahl ggf. der für das Unternehmen mit negativen Effekten verbundene Erstattungen externer Meldungen oder Offenlegungen voraussichtlich reduziert werden.

5. Zuständigkeit der Arbeitnehmervertretungen

Sofern der Beschäftigungsgeber eine Meldestelle auf Betriebsebene einrichtet und bei der Ausgestaltung des Meldeverfahrens über die gesetzlichen Vorgaben des HinSchG hinausgehende Regeln schafft oder technische Einrichtungen nutzt, die dem Beschäftigungsgeber eine Verhaltenskontrolle ermöglichen, steht dem örtlichen Betriebsrat das Mitbestimmungsrecht nach § 87 BetrVG zu.

Wird die Meldestelle insoweit auf der Unternehmensebene eingerichtet, ist der Gesamtbetriebsrat zuständig. Soweit eine unternehmensübergreifende Stelle im Konzern als Meldestelle fungieren soll, ist der Konzernbetriebsrat für die Ausgestaltung der Meldekanäle und des Meldeverfahrens zuständig.

6. Auswirkungen einer Betriebsvereinbarung zur Einführung eines Hinweisgeberschutzsystems auf Leitende Angestellte und Organe

Die internen Meldestellen sind nach dem HinSchG für sämtliche Beschäftigte des Betriebs zuständig und damit auch für leitende Angestellte (§§ 12 Abs. 1 S. 1, 3 Abs. 8 Nr. 1 HinSchG). Zudem kann auch jeder Beschäftigte im Betrieb, aber auch die gesellschaftsrechtlichen Organe des Unternehmens von einer Meldung betroffen sein. Vielfach werden gerade ganz überwiegend leitende Angestellte oder Organe betroffen sein. Leitende Angestellte oder Organe werden aber nicht durch den Betriebsrat vertreten. Demzufolge würde der Betriebsrat mit Abschluss einer Betriebsvereinbarung auf die Beschäftigungsbedingungen von leitenden Angestellten Einfluss, obgleich für diese ein ggf. bestehender Sprecherausschuss zuständig ist. Da der Beschäftigungsgeber zwangsläufig nur ein einziges, einheitliches Meldesystem im Betrieb einrichten kann, führt die gesetzliche Konstellation zu einem systematischen Bruch. Im Schrifttum wird darauf hingewiesen, dass dies hinzunehmen sei. Außerdem werde der Beschäftigungsgeber durch Abschluss der Betriebsvereinbarung nicht von seiner Pflicht zur Unterrichtung des Sprecherausschusses und zu Beratungen mit diesem über das Meldesystem entbunden, denn Fragen des Ordnungsverhaltens rechnen zu den allgemeinen Arbeitsbedingungen i. S. d. § 30 Nr. 1 SprAuG (Bayreuther, NZA 2023, 668). Letztlich ist die in der

Gesetzessystematik angelegt Friktion unbefriedigend und sollte mit allen Beteiligten möglichst pragmatisch aufgelöst werden.

Praxistipp

Soweit Beschäftigungsgeber eine Betriebsvereinbarung zur Einführung eines Hinweisgeberschutzsystems abschließen wollen, sollten sie den Sprecherausschuss – so denn ein solcher besteht – frühzeitig über den Inhalt der geplanten Regelungen unterrichten und möglichst mit ihm Einvernehmen über den geplanten Regelungen über das in Aussicht genommene Meldeverfahren erzielen.

7. Meldeverfahren nach Eingang einer Meldung bei einer externen Meldestelle

Die externen staatlichen Meldestellen müssen bei Eingang einer Meldung ebenfalls die Vertraulichkeit der Identität der Hinweisgeber und der von der Meldung betroffenen Personen (§ 8 HinSchG) und die Einhaltung des datenschutzrechtlichen Erforderlichkeitsgrundsatzes gewährleisten (§ 10 HinSchG) sowie die eingehenden Meldungen ordnungsgemäß dokumentieren (§ 11 HinSchG).

Die externen Meldestellen bestätigen den Eingang einer Meldung umgehend, spätestens jedoch sieben Tage nach Eingang der Meldung (§ 27 Abs. 1 S. 1 HinSchG). Allerdings erfolgt keine Eingangsbestätigung, wenn die hinweisgebende Person darauf ausdrücklich verzichtet oder wenn hinreichender Grund zu der Annahme besteht, dass die Eingangsbestätigung den Schutz der Identität der hinweisgebenden Person beeinträchtigen würde. In für ein internes Meldeverfahren geeigneten Fällen weisen die externen Meldestellen zusammen mit der Eingangsbestätigung die hinweisgebende Person auf die Möglichkeit einer internen Meldung hin (§ 27 Abs. 1 S. 3 HinSchG).

Die externen Meldestellen prüfen wie die interne Meldestelle, ob der gemeldete Verstoß in den sachlichen Anwendungsbereich nach § 2 HinSchG fällt und keine Ausnahmen vom Anwendungsbereich dieses Gesetzes nach § 5 HinSchG greifen. Ist dies der Fall, prüfen sie die Stichhaltigkeit der Meldung und ergreifen angemessene Folgemaßnahmen nach § 29 HinSchG. Die hinweisgebende Person erhält auf ihre Meldung hin innerhalb einer angemessenen Zeit eine Rückmeldung. Diese erfolgt spätestens nach drei Monaten (§ 28 Abs. 4 S. 1 HinSchG). In Fällen, in denen die Bearbeitung umfangreich ist, beträgt diese Frist sechs Monate (§ 28 Abs. 4 S. 1 HinSchG).

Nach hinreichender Ermittlung des Sachverhalts können die externen Meldestellen nach pflichtgemäßem Ermessen die in § 29 Abs. 2 HinSchG benannten Folgemaßnahmen treffen:

- Kontaktierung der betroffene Beschäftigungsgeber (Nr. 1)
- Verweisung der hinweisgebenden Person an andere zuständige Stellen (Nr. 2)

- Abschluss des Verfahrens aus Mangel an Beweisen oder aus anderen Gründen (Nr. 3)
  oder
- Abgabe des Verfahrens an eine zuständige Behörde zwecks Durchführung weiterer Untersuchungen (Nr. 4).

Hat eine externe Meldestelle die Stichhaltigkeit einer Meldung geprüft und das Verfahren nach § 28 HinSchG geführt, schließt sie das Verfahren ab (§ 31 Abs. 1 HinSchG).

IX. Voraussetzungen für den Schutz hinweisgebender Personen (§ 33 HinSchG)

Gegenstand des Hinweisgeberschutzes ist neben die Wahrung der Vertraulichkeit gemäß § 8 und dem Ausschluss der Verantwortlichkeit nach § 35 HinSchG vornehmlich die Verhinderung von Repressalien wegen der Abgabe einer Meldung (§ 36 HinSchG). Zu den Repressalien zählen alle erdenklichen Nachteile, vor allem die Kündigung des Arbeitsverhältnisses, aber auch die Versagung einer zugesagten Beförderung, die Änderung einer Aufgabenübertragung zum Nachteil des Hinweisgebers, Disziplinarmaßnahmen, Abmahnungen und allgemein jede Diskriminierung bzw. Ausgrenzung, die sich als Reaktion auf die Meldung darstellt (Bruns, NJW 2023, 1609 ff.). Das HinSchG schützt Hinweisgeber somit durch die nachfolgenden Schutzmaßnahmen:

- Ausschluss der Verantwortlichkeit (§ 35 HinSchG)
- Verbot von Repressalien (§ 36 HinSchG)
- Schadensersatz nach Repressalien (§ 37 HinSchG)

Hinweisgeber können sich auf diese einzelnen Schutzmaßnahmen berufen, wenn die Schutzvoraussetzungen gemäß § 33 HinSchG vorliegen.

Sie werden deshalb nur bei kumulativen Vorliegen folgender Voraussetzungen geschützt:

- **Erstattung einer Meldung bei einer internen oder externen Meldestelle oder Offenlegung**

- **Hinreichender Grund für Hinweisgeber zur Annahme, dass die gemeldeten oder offengelegten Informationen der Wahrheit entsprechen**

- **Die Informationen betreffen Verstöße, die in den Anwendungsbereich des HinSchG fallen, oder die hinweisgebende Person zum Zeitpunkt der Meldung oder Offenlegung hinreichenden Grund zu der Annahme hatte, dass dies der Fall ist**

Voraussetzungen für den Schutz hinweisgebender Personen - § 33 Abs. 1 HinSchG
(1) Die §§ 35 bis 37 sind auf hinweisgebende Personen anwendbar, sofern
1. diese intern gemäß § 17 oder extern gemäß § 28 Meldung erstattet haben oder eine Offenlegung gemäß § 32 vorgenommen haben,
2. die hinweisgebende Person zum Zeitpunkt der Meldung oder Offenlegung hinreichenden Grund zu der Annahme hatte, dass die von ihr gemeldeten oder offengelegten Informationen der Wahrheit entsprechen, und
3. die Informationen Verstöße betreffen, die in den Anwendungsbereich dieses Gesetzes fallen, oder die hinweisgebende Person zum Zeitpunkt der Meldung oder Offenlegung hinreichenden Grund zu der Annahme hatte, dass dies der Fall sei.

1. Erstattung einer Meldung oder Offenlegung

Hinweisgebende Personen müssen eine Meldung erstattet oder Informationen offengelegt haben.

a. Erstattung einer Meldung

Meldungen sind nach § 3 Abs. 4 HinSchG Mitteilungen von Informationen über Verstöße an interne Meldestellen (§ 12 HinSchG) oder externe Meldestellen (§§ 19 bis 24 HinSchG).

Bei den gemeldeten Informationen muss es sich um Hinweise über meldefähige Verstöße nach § 2 HinSchG handeln (vgl. hierzu im Einzelnen unten B. IV., S. 13).

Die Verstöße müssen im beruflichen Kontext erfolgt sein. Nach § 3 Abs. 3 HinSchG müssen sie auf begründete Verdachtsmomente oder Wissen über tatsächliche oder mögliche Verstöße beruhen, die bei dem Beschäftigungsgeber, bei dem die hinweisgebende Person tätig ist oder war, oder bei einer anderen Stelle, mit der die hinweisgebende Person aufgrund ihrer beruflichen Tätigkeit im Kontakt steht oder stand, bereits begangen wurden oder sehr wahrscheinlich erfolgen werden, sowie über Versuche der Verschleierung solcher Verstöße.

2. Offenlegen von Informationen

Hinweisgeber können sich auch auf die Schutzmaßnahmen nach §§ 35 – 37 HinSchG berufen, wenn sie berechtigt waren, eine Information gemäß § 32 HinSchG offenzulegen. Eine Offenlegung liegt nach dem HinSchG vor, wenn Informationen über Verstöße gegenüber der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden (§ 3 Abs. 4 HinSchG).

Hinweisgeber sind allerdings nur berechtigt, eine Information offenzulegen, wenn sie erfolglos eine Meldung bei einer externen Meldestelle erstattet haben (§ 32 Abs. 1 Nr. 1 HinSchG) oder hinreichenden Grund zur Annahme des Vorliegens

bestimmter im Gesetz in § 32 Abs. 1 Nr. 2 HinSchG benannten Gefahrensituationen hatten.

a. Erfolglose Erstattung einer Meldung bei einer externen Meldestelle

Eine Offenlegung ist nur zulässig, wenn zunächst eine Meldung bei einer externen Meldestelle vom Hinweisgeber erstattet worden ist (§ 32 Abs. 1 Nr. HinSchG).

Weitere Voraussetzung ist, dass die Meldung nicht dazu geführt hat, dass die externe Meldestelle entweder

- eine geeignete Folgemaßnahme innerhalb von drei bzw. sechs Monaten (Fristen gemäß § 28 Abs. 4 HinSchG) nach § 29 HinSchG ergriffen hat (§ 32 Abs. 1 Nr. 1 a HinSchG)
  oder
- der Hinweisgeber keine Rückmeldung über das Ergreifen solcher Folgemaßnahmen erhalten hat (§ 32 Abs. 1 Nr. 1 b HinSchG).

b. Annahme des Vorliegens bestimmter Verstöße nach § 32 Abs. 1 Nr. 2 HinSchG

Hinweisgeber sind zur Offenlegung einer Information zudem nur dann berechtigt, wenn sie hinreichenden zur Annahme des Vorliegens bestimmter Verstöße hatte.

c. Annahme möglicher Verstöße

Das Gesetz nennt in § 32 Abs. 1 Nr. 2 a HinSchG als mögliche Verstöße

- das Vorliegen eines Notfalls,
- die Gefahr irreversibler Schäden,
- das Vorliegen vergleichbarer Umstände eine unmittelbare oder offenkundige Gefährdung des öffentlichen Interesses.

d. Befürchtung von Repressalien bei Erstattung einer externen Meldung

Alternativ genügt auch die Annahme des Hinweisgebers, er müsse bei Erstattung einer externen Meldung Repressalien befürchten (§ 32 Abs. 1 Nr. 2 b lit. HinSchG).

e. Annahme der Unterdrückung von Beweismitteln, der Absprache zwischen externer Meldestelle und Urheber des Verstoßes oder geringer Aussichten des Ergreifens von Folgemaßnahmen durch externe Meldestelle

Schließlich kann eine Information auch offengelegt werden bei Annahme

- der Unterdrückung oder Vernichtung von Beweismittels,
- bei Annahme des Bestehens von Absprachen zwischen der zuständigen externen Meldestelle und dem Urheber des Verstoßes in Betracht kommen (§ 32 Abs. 1 Nr. 2c HinSchG)
  oder
- bei Vorliegen sonstiger besonderer Umstände die Aussichten gering sind, dass die externe Meldestelle wirksame Folgemaßnahmen nach § 29 HinSchG einleiten wird (§ 32 Abs. 1 Nr. 2c HinSchG).

Hinzuweisen ist aber darauf, dass das Offenlegen unrichtiger Informationen über Verstöße verboten ist (§ 32 Abs. 2 HinSchG). Im konkreten Einzelfällen wird zukünftig wegen dieses Verbots voraussichtlich vermehrt fraglich sein, ob und wann Hinweisgeber tatsächlich den Weg in die Öffentlichkeit beschreiten dürfen und ihre Information öffentlich publik machen dürfen.

Offenlegen von Informationen - § 32 HinSchG
(1) Personen, die Informationen über Verstöße offenlegen, fallen unter die Schutzmaßnahmen dieses Gesetzes, wenn sie
1. zunächst gemäß Abschnitt 2 Unterabschnitt 4 eine externe Meldung erstattet haben und
a) hierauf innerhalb der Fristen für eine Rückmeldung nach § 28 Absatz 4 keine geeigneten Folgemaßnahmen nach § 29 ergriffen wurden oder
b) sie keine Rückmeldung über das Ergreifen solcher Folgemaßnahmen erhalten haben oder
2. hinreichenden Grund zu der Annahme hatten, dass
a) der Verstoß wegen eines Notfalls, der Gefahr irreversibler Schäden oder vergleichbarer Umstände eine unmittelbare oder offenkundige Gefährdung des öffentlichen Interesses darstellen kann,
b) im Fall einer externen Meldung Repressalien zu befürchten sind oder
c) Beweismittel unterdrückt oder vernichtet werden könnten, Absprachen zwischen der zuständigen externen Meldestelle und dem Urheber des Verstoßes bestehen könnten oder aufgrund sonstiger besonderer Umstände die Aussichten gering sind, dass die externe Meldestelle wirksame Folgemaßnahmen nach § 29 einleiten wird.
(2) Das Offenlegen unrichtiger Informationen über Verstöße ist verboten.

3. Richtigkeit der Information oder „Gutgläubigkeit" der Hinweisgeber

a. Vorliegen einer wahren Information (1. Voraussetzung)

Darüber hinaus muss die hinweisgebende Person zum Zeitpunkt der Meldung oder Offenlegung hinreichenden Grund zu der Annahme haben, dass die von ihr gemeldeten oder offengelegten Informationen der Wahrheit entsprechen (§ 33 Abs. 1 Nr. 2 HinSchG) und die Informationen Verstöße betreffen, die in den Anwendungsbereich des Hinweisgeberschutzgesetzes fallen, oder die hinweisgebende Person zum Zeitpunkt der Meldung oder Offenlegung hinreichenden Grund zu der Annahme hatte, dass dies der Fall ist (§ 33 Abs. 1 Nr. 3 HinSchG).

b. Gutgläubigkeit des Hinweisgebers – Annahme der Wahrheit der gemeldeten oder offengelegten Information (2. Voraussetzung)

Neben der in § 33 Abs. 1 Nr. 1 HinSchG genannten Voraussetzung kommt es kumulativ darauf an, dass der Hinweisgeber zumindest hinreichenden Grund zur Annahme hatte, dass die gemeldeten oder offengelegten Informationen der Wahrheit entsprachen. Durch diese Regelung werden auch Hinweisgeber geschützt, dem bei der Bewertung des Sachverhalts Fehler unterlaufen sind und der deshalb in gutem Glauben ungenaue oder unzutreffende Informationen gemeldet hat. Nicht geschützt werden Personen, die missbräuchlich oder böswillig unrichtige Informationen melden (BT-Drs. 20/3442, 92).

c. Berücksichtigung von Informationen, die unter den Anwendungsbereich des HinSchG fallen

Schließlich müssen die Informationen Verstöße betreffen, die in den Anwendungsbereich nach §§ 1, 2 HinSchG fallen, oder bei denen die hinweisgebende Person zum Zeitpunkt der Meldung oder Offenlegung hinreichenden Grund zu der Annahme hatte, dass dies der Fall ist (§ 33 Abs. 1 Nr. 3 HinSchG).

Nach § 33 Abs. 2 HinSchG finden die Schutzvorschriften der §§ 35 bis 37 HinSchG ebenfalls Anwendung, wenn Hinweisgeber den zuständigen Organen, Einrichtungen oder sonstigen Stellen der Europäischen Union in den Anwendungsbereich dieses Gesetzes fallende Verstöße gegen das Unionsrecht melden.

Voraussetzungen für den Schutz hinweisgebender Personen - § 33 Abs. 2 HinSchG
(2) Die §§ 35 bis 37 sind unter den Voraussetzungen des Absatzes 1 auch anwendbar auf Personen, die zuständigen Organen, Einrichtungen oder sonstigen Stellen der Europäischen Union in den Anwendungsbereich dieses Gesetzes fallende Verstöße gegen das Unionsrecht melden.

X. Die einzelnen Schutzmaßnahmen

Soweit die objektiven und subjektiven Schutzvoraussetzungen gemäß § 33 HinSchG vorliegen, können sich Hinweisgeber auf die im HinSchG angelegten Schutzmaßnahmen gemäß §§ 35 - 37 HinSchG berufen.

1. Ausschluss der Verantwortlichkeit (§ 35 HinSchG)

a. Keine Verantwortlichkeit, soweit die Meldung als solche keine Straftat darstellt

Hinweisgeber dürfen nicht für die Beschaffung von oder den Zugriff auf Informationen, die sie gemeldet oder offengelegt hat, rechtlich verantwortlich gemacht werden, sofern die Beschaffung nicht als solche oder der Zugriff nicht als solcher eine eigenständige Straftat darstellt (§ 35 Abs. 1 HinSchG).

b. Keine Verantwortlichkeit bei berechtigter Annahme der Notwendigkeit der Aufdeckung eines meldefähigen Verstoßes

Hinweisgeber unterliegen keinen Offenlegungsbeschränkungen und können auch nicht für die bei einer Meldung oder Offenlegung erfolgte Weitergabe von Informationen rechtlich verantwortlich gemacht werden, sofern sie hinreichenden Grund zu der Annahme hatten, dass die Weitergabe der Informationen erforderlich war, um einen Verstoß aufzudecken.

§ 35 Ausschluss der Verantwortlichkeit - § 35 HinSchG
(1*) Eine hinweisgebende Person kann nicht für die Beschaffung von oder den Zugriff auf Informationen, die sie gemeldet oder offengelegt hat, rechtlich verantwortlich gemacht werden, sofern die Beschaffung nicht als solche oder der Zugriff nicht als solcher eine eigenständige Straftat darstellt.*
(2) Eine hinweisgebende Person verletzt keine Offenlegungsbeschränkungen und kann nicht für die bei einer Meldung oder Offenlegung erfolgte Weitergabe von Informationen rechtlich verantwortlich gemacht werden, sofern sie hinreichenden Grund zu der Annahme hatte, dass die Weitergabe der Informationen erforderlich war, um einen Verstoß aufzudecken.

2. Verbot von Repressalien (§ 36 HinSchG)

a. Beschäftigungsgeber als Adressat des Verbotes

§ 36 Abs. 1 HinSchG verbietet generell Repressalien gegen Hinweisgeber. Das Repressalienverbot, welches bereits die Androhung und den Versuch einer Repressalie mitumfasst, richtet sich nicht ausschließlich an Beschäftigungsgeber, sondern im Grunde an jedermann (Bayreuther, DN 2023 1544). In der Regel werden allerdings die Beschäftigungsgeber, Repressalien gegen des hinweisgebenden Beschäftigten ergreifen. Denkbar ist allerdings auch, dass die Repressalie von einem

Vertragspartner des Beschäftigungsgebers ausgeht, in dessen Unternehmen der Hinweisgeber eingesetzt wurde. Zudem richtet sich § 36 Abs. 1 HinSchG auch gegen Personen, die „Gegenstand" der Meldung sind.

b. Inhalt der Repressalie

aa. Kausaler Zusammenhang zwischen gemeldeten Verstoß und beruflicher, unternehmerischer oder dienstlicher Tätigkeit

Der Begriff und Inhalt der Repressalie wird in § 3 Abs. 2 HinSchG definiert. Danach müssen Handlungen oder Unterlassungen, in den sachlichen Anwendungsbereich nach § 2 HinSchG fallen, kausal im Zusammenhang mit einer beruflichen, unternehmerischen oder dienstlichen Tätigkeit, die rechtswidrig sind und Vorschriften oder Rechtsgebiete betreffen.

bb. Vermutung des Vorliegens einer Repressalie

Um Informationsdefizite auszugleichen, die den Hinweisgeber in solchen Fällen vielfach treffen können, stellt ihm das HinSchG in § 36 Abs. 2 S. 1 HinSchG eine Beweiserleichterung in Gestalt einer nach § 292 S. 1 ZPO widerlegbaren Kausalitätsvermutung („Beweislastumkehr") zur Seite (BeckOK ArbR/Bruns HinSchG, § 36 Rdz. 7). Danach wird vermutet, dass Hinweisgeber, die eine Benachteiligung erlitten haben, einer Repressalie für eine Meldung oder Offenlegung ausgesetzt sind, wenn sie eine Benachteiligung im Zusammenhang mit ihrer beruflichen Tätigkeit erleiden und diese zugleich geltend machen.

c. Auslegung der Vermutungsregelung - Beweislastumkehr

Ungeklärt ist, wie diese Vermutungsregelung zu verstehen und auszulegen ist. Greift sie etwa immer ein, wenn Hinweisgeber schlechter behandelt werden als vergleichbare Beschäftigter. Dies würde zu einem nahezu grenzlosen Anwendungsbereich des Repressalienverbots führen. Die im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens vorgenommene einschränkende Ergänzung der Vermutungsregelung, dass der Hinweisgeber das Repressalienverbot ausdrücklich geltend machen muss, dürfte für die Praxis weitgehend ins Leere laufen, zumal das Gesetz keine Fristenregime für die Geltendmachung der Vermutungsregelung vorsieht. Soweit ein Hinweisgeber den Eindruck gewonnen hat, er werde einer Repressalie wegen einer vermeintlich berechtigten Meldung oder Offenlegung ausgesetzt, wird er diese auch spätestens im Laufe eines Klageverfahrens geltend machen.

Bei Geltendmachung der Vermutungsregel durch den Hinweisgeber ist grundsätzlich vom Vorliegen einer Repressalie auszugehen (§ 36 Abs. 2 Satz 1 HinSchG). Maßgeblich dürfte sodann sein, wer letztlich die Darlegungs- und Beweislast dafür trägt, dass der Beschäftigte als Hinweisgeber überhaupt dem Anwendungsbereich der Beweislastregel unterfällt. Die Beweislastregel gelangt schließlich nur zur An-

wendung, wenn die mitgeteilten Informationen der Wahrheit entsprachen (objektive Schutzvoraussetzung) oder der Hinweisgeber zum Zeitpunkt der Meldung hinreichenden Grund zu der Annahme hatte (subjektive Schutzvoraussetzung), dass diese zutreffend sind (§ 33 Abs. 1 Nr. 2 HinSchG)

Die Regelung in § 36 Abs. 2 Satz 1 HinSchG legt den Schluss nahe, dass diese Beweislast beim Hinweisgeber liegt, da dieser sie schließlich geltend machen muss, dass die Benachteiligung infolge einer Meldung nach diesem Gesetz erlitten hat. Er muss sich somit auf eine ihn begünstigende Regelung berufen. Andererseits könnte auch gestufte Darlegungs- und Beweislast entwickelt werden. Danach könnte verlangt werden, dass der Beschäftigungsgeber im ersten Schritt nachweisen müsste, dass die Information nicht der Wahrheit entsprach. Erst wenn dies nachgewiesen oder die Unrichtigkeit der Meldung zumindest mehr oder weniger offensichtlich ist, müsste der meldende Beschäftigte in einem zweiten Schritt darlegen, warum er dennoch annehmen durfte, dass sich der fragliche Sachverhalt, so wie er gemeldet wurde, zugetragen haben könnte (so Bayreuther, DB 2023, 1544).

Erst die zukünftige Rechtsprechungspraxis zu der Vorschrift des § 36 HinSchG wird hier zeigen, auf welche Anforderungen sich Beschäftigungsgeber und Hinweisgeber einstellen müssen.

d. Widerlegung der Vermutung durch den Beschäftigungsgeber

aa. Entkräftung der Vermutungsregelung wegen fehlender Kenntnis des Beschäftigungsgebers von der Meldung

Findet die Vermutungsregelung nach § 36 Abs. 2 S. 1 HinSchG Anwendung, wird das Vorliegen einer Repressalie vermutet. In diesem Fall kann der Beschäftigungsgeber den Beweis dafür antreten, dass die Meldung nicht ursächlich für die in Rede stehende Maßnahme war. Dies dürfte insbesondere für den Fall gelten, dass der Beschäftigungsgeber keinerlei Kenntnis von der Meldung hatte, etwa weil die Meldestelle das Verfahren eingestellt hatte oder keinen Kontakt mit der in personalverantwortlichen Angelegenheiten zuständigen Organisation (Beschäftigte in der Personalabteilung, Rechtsabteilung oder Geschäftsführung) und ggf. auch der in Personalangelegenheiten eingeschalteten externen Rechtsberatung hatte (Verband, Rechtsanwaltskanzlei).

Ebenso kann in diesem Zusammenanhang auch der zeitliche Abstand zwischen der Meldung und der Benachteiligung von Bedeutung sein. Im Schrifttum besteht Einigkeit, dass sich die Vermutungswirkung im Lauf der Zeit abschwächt (Zimmer/Schwung NZA 2022, 167; BeckOK, ArbR/Bruns HinSchG § 36 Rdz. 7 ebenso wohl bereits in BT-Drs. 20/3442 vom 19.09.2022). Sofern eine Meldung länger als drei Jahre zurückliegt, ist ihre Dokumentation vom Beschäftigungsgeber nach § 11 Abs. 5 HinSchG zu löschen. Folgerichtig müsste an und für sich zeitgleich auch die Vermutungsregelung entkräftet sein, weil der Beschäftigungsgeber die

Meldung und den gemeldeten Verstoß dann nicht mehr belastbar nachvollziehen kann (Bayreuther, DB 2023, 1544).

Praxistipp

Beschäftigungsgeber sollten in der internen Meldestelle möglichst keine Personen einsetzen, die Entscheidungen in Personalangelegenheiten treffen oder beratend vorbereiten, damit der Beschäftigungsgeber leichter darlegen kann, dass er oder die von ihm beauftragten Personen keine Kenntnis von einer Meldung hatten, und er die Vermutung durch diesen Vortrag belastbar entkräften kann.

bb. Rechtfertigung trotz Kausalität

Alternativ kann der Beschäftigungsgeber darlegen, dass die fragliche Maßnahme zwar mit dem Hinweis in Zusammenhang steht, sie aber dessen ungeachtet gerechtfertigt ist (§ 36 Abs. 2 S. 2 HinSchG). Beispielsweise kann eine Kündigung des Hinweisgebers zulässig sein, wenn er sich die gemeldeten Informationen durch eine eigenständige Straftat beschafft hat (§ 35 Abs. 1 HinSchG), deren Gewicht den gesetzlichen Hinweisgeberschutz aufwiegt. Ebenso kann es eine Kündigung rechtfertigen, wenn der Hinweisgeber am gemeldeten Verstoß selbst beteiligt war (BT-Drucks. 20/5992 S. 82; Dzida/Seibt, NZA 2023, 664; Bayreuther DB 2023, 1544, einschränkend Zimmer/Schwung, NZA 2022). Die Praxis wird zeigen, ob potenzielle Hinweisgeber gleichwohl eine Beteiligung an einem eigenem rechtswidrigen Fehlverhalten melden werden, um auf diese Art und Weise den Repressalienschutz, der insofern letztlich zu einem absoluten Kündigungsschutz führen kann, zu erlangen.

Praxistipp

Um zu vermeiden, dass sich Hinweisgeber beispielsweise bei einer bevorstehenden Entlassungswelle den Hinweisgeberschutz des HinSchG etwa durch bloßes Rezipieren von Presseberichten über einen Gesetzesverstoß im Betrieb grundlos verschaffen, sollten die für die interne Meldestelle tätigen Personen eine besonders sorgfältige Eingangsprüfung und eine Prüfung der Meldefähigkeit und Stichhaltigkeit der Meldung in Gestalt einer Missbrauchskontrolle durchführen (so BeckOK ArbR/Bruns HinSchG § 36 Rdz. 13). Dies legt auch der Erwägungsgrund Nr. 43 der RL (EU) 2019/1937 (Whistleblower-Richtlinie) nahe, wonach Personen keinen Schutz verdienen, wenn sie Informationen melden, die bereits öffentlich in vollem Umfang verfügbar sind.

Verbot von Repressalien; Beweislastumkehr - § 36 HinSchG
(1) Gegen hinweisgebende Personen gerichtete Repressalien sind verboten. Das gilt auch für die Androhung und den Versuch, Repressalien auszuüben.
(2) Erleidet eine hinweisgebende Person eine Benachteiligung im Zusammenhang mit ihrer beruflichen Tätigkeit und macht sie geltend, diese Benachteiligung infolge einer Meldung oder Offenlegung nach diesem Gesetz erlitten zu haben, so

wird vermutet, dass diese Benachteiligung eine Repressalie für diese Meldung oder Offenlegung ist. In diesem Fall hat die Person, die die hinweisgebende Person benachteiligt hat, zu beweisen, dass die Benachteiligung auf hinreichend gerechtfertigten Gründen basierte oder dass sie nicht auf der Meldung oder Offenlegung beruhte.

3. Schadensersatz nach Repressalien (§ 37 HinSchG)

a. Verschuldensabhängige Deliktshaftung

Bei einem Verstoß gegen das Repressalienverbot gemäß § 36 HinSchG ist der Verursacher verpflichtet, dem Hinweisgeber den ihm aus einer Repressalie entstandenen Schaden zu ersetzen (§ 37 Abs. 1 HinSchG). Da es sich bei § 37 Abs. 1 HinSchG um eine Deliktsnorm handelt, richtet sie sich auch nicht allein an den Arbeitgeber des Hinweisgebers (Beschäftigungsgeber). Ferner setzt sie auch kein Vertragsverhältnis zwischen Anspruchsschuldner und Schädiger voraus. Darüber hinaus ist der Schadensersatzanspruch verschuldensunabhängig ausgestaltet. Andererseits werden Repressalien kaum „unabsichtlich" ergriffen werden. Wegen der Widerlegbarkeit der Vermutungsregel (§ 36 Abs. 2 Satz 1 HinSchG) werden die Fälle einer verschuldensunabhängigen Haftung aber eher selten sein.

b. Zurechnung der Verstöße durch eigene Beschäftigte

Ungeklärt ist, inwieweit dem Beschäftigungsgeber Handlungen bzw. ein Verschulden von eigenen Beschäftigten (z. B. Personalverantwortliche, Compliance-Abteilung, etc.) zuzurechnen sind. Geht allein von diesen der Verstoß aus, ist der Beschäftigungsgeber nicht dessen Verursacher. Zu Recht wird darauf hingewiesen, dass eine Anwendung des § 278 BGB scheitert, weil die Regelung des § 37 Abs. 1 HinSchG deliktsrechtlichen Einschlag hat. (Bayreuther, DB 2023, 1546 aA Fuhlrott/Henckel, ArbAktuell 2022 S. 444). Somit kommt lediglich ein Rückgriff auf die Vorschrift des § 831 BGB in Betracht.

Ansprüche auf Ersatz immaterieller Schäden sind regelmäßig ausgeschlossen. Sie kommen allenfalls dann in Betracht, wenn durch die Verhängung einer unzulässigen Repressalie eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (§§ 823 Abs. 1, 253 BGB) und ein Datenschutzverstoß nach der DSGVO i. V. m. §§ 8 und 10 HinSchG vorliegt (Bayreuther, DB 2023, 1546)

In Kündigungsfällen erleidet der Hinweisgeber typischerweise keinen materiellen Schaden. Das Kündigungsschutzrecht bleibt Bestandsschutzrecht. Der benachteiligte Hinweisgeber ist darauf verwiesen, innerhalb der Klagefrist der §§ 4 und 7 KSchG gegen die Kündigung vorzugehen.

Nach § 37 Abs. 2 HinSchG besteht für Hinweisgeber kein Anspruch auf Begründung eines Arbeitsverhältnisses, was bei einer „Nichtverlängerung" eines befristeten Arbeitsvertrages Bedeutung erlangen könnte (Zimmer/Schwung, NZA 2022, 1169) kann.

Schadensersatz nach Repressalien - § 37 HinSchG
(1) Bei einem Verstoß gegen das Verbot von Repressalien ist der Verursacher verpflichtet, der hinweisgebenden Person den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen.
(2) Ein Verstoß gegen das Verbot von Repressalien begründet keinen Anspruch auf Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses, eines Berufsausbildungsverhältnisses oder eines anderen Vertragsverhältnisses oder auf einen beruflichen Aufstieg.

4. Exkurs: Kündigungsrechtliche Auswirkungen

a. Grundsatz: Unwirksamkeit einer Kündigung aufgrund einer Meldung oder Offenlegung

Eine Kündigung, die gegen das Repressalienverbot des § 36 Abs. 1 Satz 2 HinSchG verstößt, ist nach § 134 BGB unwirksam. In einem solchen Fall ist eine weitere Prüfung der §§ 626 BGB bzw. 1 KSchG entbehrlich, da die Kündigung bei Vorliegen einer unzulässigen Repressalie rechtsunwirksam ist (Bayreuther, DB 2023, 1545)

b. Ausnahmen bei nicht unter das HinSchG fallende Konstellationen

Trotz des weitreichenden Schutzes für Hinweisgeber nach dem HinSchG sind Fallkonstellationen denkbar, in denen der Schutz für Hinweisgeber nicht zur Anwendung gelangen kann. Dies wäre z. B. möglich, wenn der Beschäftigte zunächst bei der internen Meldestelle eine Meldung erstattet und die Meldestelle hierauf nicht reagiert. Falls sich der Beschäftigte anschließend, ohne sich nochmals bei einer externen Meldestelle zu melden, direkt an die zuständige Aufsichtsbehörde wendet oder sogar den Verstoß offenlegt, wäre eine solche Meldung nicht durch das HinSchG abgedeckt (so Bayreuther, DB 2023, 1545). Dies dürfte jedenfalls dann gelten, wenn nicht einer der Ausnahmetatbestände des § 32 Abs. 1 Nr. 2 HinSchG eröffnet ist.

Gleiches dürfte gelten, wenn eine Meldung unmittelbar ohne Beteiligung bei einer Meldestelle einer „Behörde" eingereicht wird, da eine solche Meldung keinem nach § 32 HinSchG zulässiger Offenlegungstatbestand unterfällt.

Das HinSchG ist nicht als abschließendes Regelungssystem zu verstehen und kann und soll den allgemeinen Kündigungsschutz nicht verdrängen. Beschäftigte können sich deshalb in diesen Fällen nicht auf den „Repressalienschutz", wohl aber

auf den von der Rechtsprechung des Europäischen Menschenrechtsgerichtshofes (EGMR) und des BAG zur Kündigung von Whistleblowern entwickelten Kündigungsschutz gemäß §§ 626 BGB bzw. 1 KSchG berufen, die von der Rechtsprechung insoweit aufgestellten Voraussetzungen an eine privilegierte Mitteilung erfüllen (Bayreuther, DB 2023, 1545). Beschäftigte müssen dennoch vor der Meldung einen innerbetrieblichen Klärungsversuch unternommen haben (BAG vom 07.12.2006 – 2 AZR 400/05, NZA 2007, 502; BAG vom 03.07.2003 – 2 AZR 235/02, NZA 2004, 27.) Insoweit wird sich die Frage stellen, ob es hierzu wirklich in allen Fällen ausreicht, dass sich der Beschäftigte nur an die interne Meldestelle gewandt hatte. Fallabhängig könnte vielmehr eine Konfrontation des Arbeitgebers mit dem beobachteten Verstoß erforderlich sein.

Falls der Beschäftigungsgeber die Vermutungsregelung des § 36 Abs. 2 HinSchG widerlegen will, dürfte er damit vor den Arbeitsgerichten nur dann durchdringen, wenn er den hierzu erforderlichen Sachvortrag auch zum Gegenstand der Anhörung des Betriebsrats nach § 102 BetrVG gemacht hatte.

Praxishinweis

Beschäftigungsgeber sollten dokumentieren, ob, wann und welche Meldungen bei der internen Meldestelle eingegangen sind, um ggf. die Vermutungsregelung nach § 36 Abs. 2 HinSchG entkräften zu können. Über die einzelnen Vorgänge und Abläufe sind die Betriebsräte im Rahmen der vorzunehmen Betriebsratsanhörungen zu unterrichten.

c. Kein Kündigungsschutz in der Wartezeit und im Kleinbetrieb

Fraglich ist, ob sich Beschäftigte bereits während der Wartezeit gemäß § 1 Abs. 1 KSchG und im Kleinbetrieb i. S. v. § 23 Abs. 1 KSchG mittelbar bereits dadurch Kündigungsschutz verschaffen könnten, dass sie vor dem Zugang der Kündigung eine Meldung einreichen. Allerdings müssten Beschäftigte in Kleinbetrieben sich i. d. R. bei einer externen Meldestelle melden, da bei diesen Betrieben zumeist keine interne Meldestelle besteht oder die Information offenlegen dürfen.

Inwieweit diese Konstellationen tatsächlich auftauchen werden, bleibt abzuwarten, gänzlich auszuschließen sind sie allerdings nicht. Allerdings müssten die Beschäftigten nicht nur entsprechende Kenntnis über die Regeln des HinSchG haben, sondern zusätzlich davon ausgehen, dass ihr Arbeitgeber ihnen eine Kündigung aussprechen will. Erst nach einer solchen Annahme werden Beschäftigte die Erstattung einer Meldung nach dem HinSchG erwägen. Vielfach werden sie dann nicht mehr genügend Zeit haben, noch rechtzeitig vor Zugang der Kündigung einen meldefähigen Rechtsverstoß anzuzeigen. Fehlt es daran, begeben sich die Beschäftigten außerhalb des HinSchG, so dass auch die Beweislastregel des § 36 Abs. 2 Satz 1 HinSchG nicht zur Anwendung gelangen kann (Bayreuther, DB 2023, 1546).

XI. Schadensersatz gegen Hinweisgeber nach Erstattung einer Falschmeldung

Das HinSchG normiert in § 37 HinSchG nicht nur einen Schadensersatz gegen Beschäftigungsgeber: Vielmehr können sich auch Hinweisgeber, die bewusst unwahre Informationen melden, nach § 38 HinSchG schadensersatzpflichtig machen. Nach § 38 HinSchG ist der Hinweisgeber zum Ersatz des Schadens verpflichtet, der aus einer vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Meldung oder Offenlegung unrichtiger Informationen entstanden ist. Anspruchsgläubiger dieses Deliktsanspruchs kann neben dem Beschäftigungsgeber auch ein in einer Meldung angezeigter Beschäftigter sein. Eine vorsätzliche oder grob fahrlässige Falschmeldung oder Offenlegung ist zudem mit einem Bußgeld i. H. v. 20.000 € bewehrt (§§ 40 Abs. 1, 32 Abs. 2 HinSchG).

Allerdings kann die Verfolgung von Schadensersatzansprüchen für den Beschäftigungsgeber, aber auch für Drittbetroffene, durchaus riskant sein. Unberechtigte Forderungen können sich als verbotene Repressalien (§§ 36 Abs. 1 Satz 1, 37 Abs. 1 HinSchG) erweisen und ihrerseits Haftungsansprüche des Hinweisgebers auslösen (Bayreuther, DB 2023, 1546).

Im Übrigen werden Beschäftigungsgeber den konkreten Schaden häufig nur schwer beziffern bzw. nachweisen können. Insoweit werden in erste Linie noch die Kosten für eine etwaige Rechtsverfolgung (etwa für die Rechtsberatung in einem Ermittlungsverfahren) geltend gemacht werden können. Dagegen scheidet eine Forderung nach Erstattung der Kosten für die Beratung und Vertretung in arbeitsgerichtlichen Streitigkeiten wegen der Regelung in § 12a ArbGG von vorneherein aus (BAG vom 29.04.2021 – 8 AZR 276/20, NZA 2021,1465)

Praxistipp

Beschäftigungsgeber sollten sorgfältig prüfen, ob gegen den Hinweisgeber Schadensersatzansprüche mit realistischer Aussicht auf Erfolg geltend gemacht werden können, da die Geltendmachung unberechtigter Forderungen sich auch als verbotene Repressalien darstellen könnten (§§ 36 Abs. 1 Satz 1, 37 Abs. 1 HinSchG).

Schadensersatz nach einer Falschmeldung - § 38 HinSchG
Die hinweisgebende Person ist zum Ersatz des Schadens verpflichtet, der aus einer vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Meldung oder Offenlegung unrichtiger Informationen entstanden ist.

XII. Verbot abweichender Vereinbarungen

Vereinbarungen, die die Rechte von Hinweisgebern einschränken, sind nach §§ 134 BGB i. V. m. 39 HinSchG rechtunwirksam.

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob Vertragsklauseln, die Berührungspunkte zum HinSchG aufweisen, an dieses angepasst werden müssen

(Dzida, ArbRB 2023, 182). Dies könnte vor allem im Hinblick auf Versetzungs-, Freistellungs-, Kündigungs- und Geheimnisschutzklauseln von Bedeutung sein.

Vertragsklauseln unterliegen der AGB-Kontrolle gemäß §§ 305 ff. BGB, insbesondere einer Angemessenheits- und Transparenzkontrolle nach § 307 BGB.

Verschwiegenheitsklausel könnten nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB intransparent sein, wenn sie nicht klarstellen, dass Beschäftigte berechtigt sind, Mitteilungen nach dem HinSchG zu erstatten, sofern die Voraussetzungen nach § 6 HinSchG vorliegen.

Praxishinweis

Beschäftigungsgeber sollten prüfen, ob sie die in ihren Verträgen verwendeten Vertragsklauseln um durch eine Bezugnahme auf die Erstattung einer Meldung nach §§ 6, 12 HinSchG ergänzen

§ 39 Verbot abweichender Vereinbarungen
Vereinbarungen, die die nach diesem Gesetz bestehenden Rechte hinweisgebender Personen oder sonst nach diesem Gesetz geschützter Personen einschränken, sind unwirksam.

XIII. Anwendbarkeit von Bußgeldvorschriften (§ 40 HinSchG)

Flankierend dazu ist das Diskriminierungsverbot bußgeldbewehrt.

In § 40 HinSchG sind die einzelnen Bußgeldtatbestände in § 40 Abs. 1 und 2 Nr. 1 - 3 und Abs. 3 - 5 HinSchG aufgeführt. Bei Vorliegen einer Ordnungswidrigkeit gemäß § 40 Abs. 1 HinSchG können diese mit einem Bußgeld bis 50.000,- € geahndet werden (§ 40 Abs. 6 HinSchG). Bei einem Organisationsverstoß i. S. d. § 30 Abs. 2 S. 3 OWiG kann dies verzehnfacht werden (Bruns, NJW 2023, 1609).

Verstöße gegen die Verpflichtung zur Einrichtung einer Meldestelle können nach § 40 Abs. 2 Nr. 2, 6 HinSchG mit einem Bußgeld bis zu 20.000,- € belegt werden, wobei ein solcher Verstoß von den zuständigen Behörden wegen der Übergangsregelung in § 42 Abs. 2 HinSchG erst ab dem 01.12.2023 verfolgt werden kann.

Praxishinweis

Beschäftigungsgeber sollten sich mit den Bestimmungen des HinSchG vertraute machen und rechtzeitig eine interne Meldestelle einrichten, wenn sie hierzu verpflichtet sind. Andernfalls setzen sich spätestens ab dem 01.12.2023 der Gefahr der Verhängung eines beträchtlichen Bußgeldes aus.

Bußgeldvorschriften - (§ 40 HinSchG)
(1) Ordnungswidrig handelt, wer wissentlich entgegen § 32 Absatz 2 eine unrichtige Information offenlegt.
(2) Ordnungswidrig handelt, wer
1. entgegen § 7 Absatz 2 eine Meldung oder dort genannte Kommunikation behindert,
2. entgegen § 12 Absatz 1 Satz 1 nicht dafür sorgt, dass eine interne Meldestelle eingerichtet ist und betrieben wird, oder
3. entgegen § 36 Absatz 1 Satz 1, auch in Verbindung mit § 34, eine Repressalie ergreift.
(3) Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder leichtfertig entgegen § 8 Absatz 1 Satz 1 die Vertraulichkeit nicht wahrt.
(4) Ordnungswidrig handelt, wer eine in Absatz 3 bezeichnete Handlung fahrlässig begeht.
(5) Der Versuch einer Ordnungswidrigkeit kann in den Fällen des Absatzes 2 Nummer 1 und 3 geahndet werden.
(6) Die Ordnungswidrigkeit kann in den Fällen des Absatzes 2 Nummer 1 und 3, der Absätze 3 und 5 mit einer Geldbuße bis zu fünfzigtausend Euro, in den Fällen der Absätze 1 und 2 Nummer 2 mit einer Geldbuße bis zu zwanzigtausend Euro und in den übrigen Fällen mit einer Geldbuße bis zu zehntausend Euro geahndet werden. § 30 Absatz 2 Satz 3 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten ist in den Fällen des Absatzes 2 Nummer 1 und 3 und der Absätze 3 und 4 anzuwenden.

D. Literaturhinweise

Bayreuther, Whistleblowing und das neue Hinweisgeberschutzgesetz, NZA-Beilage 2022, 20 ff.

Bayreuther, Das neue Hinweisgeberschutzgesetz, DB 2023, 1537

Bayreuther, Hinweisgeberschutz und Betriebsverfassung, NZA 2023, 666

Bruns, Das neue Hinweisgeberschutzgesetz, NJW 2023, 1609 ff.

Dzida, **Anpassung von Arbeitsverträgen an das neue Hinweisgeberschutzgesetz**, ArbRB 2023, 182

Dzida/Seibt, Neues Hinweisgeberschutzgesetz: Analyse und Antworten auf Praxisfragen, NZA 2023, 657

Gerdemann, Neuer Entwurf für ein Hinweisgeberschutzgesetz, ZRP 2022, 98

Gerdemann/Spindler, Die Europäische Whistleblower-Richtlinie und ihre Folgen für das deutsche Gesellschaftsrecht ZIP 2020, 1896)

Grimm/Osmakova, Das Hinweisgeberschutzgesetz in seiner endgültigen Fassung, ArbRB 2023, 176

Künzl, Facebook, Twitter & Co – Persönlichkeitsrechte in sozialen Netzwerken und Mitbestimmung des Betriebsrats – Teil I, BB 2021, 35

Mohn, Das Recht auf Auskunft nach Art. 15 DS-GVO und der Schutz des Hinweisgebers, NZA 2022, 1159

Laber/Niewiadomski, Das neue Hinweisgeberschutzgesetz – ein Überblick, öAT 2023, 70

Reuter, Das Hinweisgeberschutzgesetz ist da – Was Unternehmen jetzt tun müssen, BB 2023, 1539

Schiefer, Hinweisgeberschutzgesetz (HinSch) - Whistleblowing (Teil) 1, PuR 2022, 99 ff.

Schiefer, Hinweisgeberschutzgesetz (HinSch) - Whistleblowing (Teil) 2 PuR 2022, 123 ff.

Steffen/Stöhr, Die Umsetzung von Compliance-Maßnahmen im Arbeitsrecht, RdA 2017, 59

Thüsing/Musiol/Peisker, Die Umsetzung der Hinweisgeberschutzrichtlinie, ZGI 2023, 63

Worzalla, Das Hinweisgeberschutzgesetz – Das Verfahren der internen Meldekanäle, PuR 2023, 126 ff.

Zimmer/Millfahrt, Die Rolle des Betriebsrats beim Hinweisgeberschutzgesetz, BB 2023, 1269

Zimmer/Schwung, **Hilfe für Hinweisgeber - Beweislastumkehr nach § 36 II HinSchG-RegE,** NZA 2022, 1167