

Abhandlungen zum deutschen und  
internationalen Arbeits- und Sozialrecht

---

Band 21

# Der Schutz des Beschäftigten bei Beschuldigungen durch einen Whistleblower

Von

Leon Frese



Duncker & Humblot · Berlin

LEON FRESE

Der Schutz des Beschäftigten bei Beschuldigungen  
durch einen Whistleblower

Abhandlungen zum deutschen und  
internationalen Arbeits- und Sozialrecht

Band 21

# Der Schutz des Beschäftigten bei Beschuldigungen durch einen Whistleblower

Von

Leon Frese



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Universität Passau hat diese Arbeit  
im Jahre 2023 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten  
© 2024 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Satz: 3w+p GmbH, Rimpf  
Druck: CPI books GmbH, Leck  
Printed in Germany

ISSN 2747-9021  
ISBN 978-3-428-19192-5 (Print)  
ISBN 978-3-428-59192-3 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

## Vorwort

Die Juristische Fakultät der Universität Passau hat diese Arbeit im Sommersemester 2023 als Dissertation angenommen. Die Disputation fand am 29. November 2023 statt. Literatur, Rechtsprechung und aktuelle legislative Entwicklungen befinden sich im Wesentlichen auf dem Stand von Juni 2023.

Zunächst möchte ich meinem Doktorvater Professor Dr. Frank Bayreuther ganz herzlich danken. Ohne seine Förderung wäre meine Arbeit in dieser Form nicht entstanden. Er wies mich nicht nur auf dieses aktuelle und praktisch höchst relevante Thema hin, sondern gab stets wichtige Impulse und regte immer wieder zum Nachdenken an. Während meiner Promotionszeit durfte ich als Wissenschaftlicher Mitarbeiter an seinem Lehrstuhl wichtige Einblicke in das Arbeitsrecht nehmen und konnte mich auf diese Weise für die Materie begeistern. Gerne blicke ich auf die Lehrstuhlzeit zurück, die mich fachlich und persönlich sehr geprägt hat. Besonders bedanken möchte ich mich zudem für die rasche Erstellung des Erstgutachtens.

Gleichfalls danke ich Herrn Professor Dr. Rainer Sieg, der sich schon früh für mein Thema interessiert zeigte und stets für fachliche Diskussionen zur Verfügung stand. Für den persönlichen Austausch, nicht zuletzt aufgrund seiner praktischen Erfahrungen, und die zügige Erstellung des Zweitgutachtens gebührt ihm mein besonderer Dank.

Zuletzt danke ich meiner Mutter Hiltrud Frese, die mich in jeder Lebenslage unermüdlich zu unterstützen sucht und mir während des gesamten Studiums sowie während des Promotionsvorhabens mit Rat und Tat zur Seite stand.

Passau, im Januar 2024

*Leon Frese*



# Inhaltsverzeichnis

<b>Einführung</b> .....	13
<b>A. Der betroffene Beschäftigte im Spannungsverhältnis von Hinweisgeber- und Betroffenenenschutz</b> .....	16
I. Terminologie .....	16
1. Whistleblowing .....	16
2. Der betroffene Beschäftigte .....	16
3. Internes/externes Whistleblowing im Verhältnis zu internen/externen Meldungen und Offenlegungen .....	17
a) Internes/externes Whistleblowing .....	17
b) Interne/externe Meldung und Offenlegung .....	17
II. Schutzbedürfnis des betroffenen Beschäftigten .....	18
1. Benachteiligungen i. R. d. Arbeitsverhältnisses .....	18
a) Verdachtskündigung .....	19
b) Versagung von Beförderungen und andere berufliche Nachteile .....	19
2. Sonstige Benachteiligungen .....	20
III. Spannungsverhältnis im Whistleblowing .....	21
1. Unterschiedliche Interessen im Whistleblowing .....	21
2. Spannungsverhältnis von Hinweisgeber- und Betroffenenenschutz .....	22
<b>B. Voraussetzungen für den Schutz betroffener Beschäftigter</b> .....	24
I. Negative Schutzvoraussetzungen .....	24
1. Negative Voraussetzungen des HinSchG .....	24
a) Anwendungsbereich .....	25
aa) Persönlicher Anwendungsbereich .....	25
bb) Sachlicher Anwendungsbereich .....	25
b) Interne Meldung, externe Meldung oder Offenlegung .....	26
aa) Interne und externe Meldung .....	26
bb) Offenlegungen aufgrund von Versäumnissen der externen Meldestelle .....	26
(1) Ausbleiben von Folgemaßnahmen .....	26
(2) Ausbleiben einer Rückmeldung über Folgemaßnahmen .....	26
(3) Frist .....	26
cc) Offenlegungen aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalles .....	27
dd) Stellungnahme .....	28

c) Hinreichender Grund zur Annahme der Richtigkeit der Informationen als Ausdruck des guten Glaubens	29
aa) Hinreichender Grund vs. vorsätzliche bzw. grob fahrlässige Meldung	30
(1) Wortlaut	30
(2) Historie	31
(3) Systematik	31
(4) Sinn und Zweck	32
(5) Stellungnahme	32
bb) Unterschiedliche Bezugspunkte abhängig von interner/externer Meldung oder Offenlegung	33
d) Motivation des Hinweisgebers	33
2. Negative Voraussetzungen der bisherigen Rechtsprechung	33
a) Rechtsprechung des BVerfG	34
b) Konkretisierung dieser Rechtsprechung durch das BAG	36
c) Rechtsprechung des EGMR	37
aa) Eingriff	38
bb) Rechtfertigung	38
(1) Öffentliches Interesse	39
(2) Richtigkeit der Informationen	39
(3) Schaden des beschuldigten Beschäftigten	39
(4) Milderer Mittel	40
(5) Beweggründe	40
(6) Schwere der Sanktion	40
cc) Unionsrechtskonformität	41
dd) Zwischenergebnis	41
d) Guter Glaube	41
aa) BVerfG und BAG	42
bb) EGMR	43
cc) Zwischenergebnis	44
3. Unterschiede zwischen normativem und judikativem Ansatz	44
II. Anforderungen an die Prüfpflicht	44
1. Abgrenzung zum innerbetrieblichen Klärungsversuch	45
2. Prüfpflicht	45
a) Zweistufige Prüfung des Wahrheitsgehalts bei Meldungen	45
aa) Aufklärungsbemühungen des Hinweisgebers auf der ersten Stufe	46
(1) Grenzen der Prüfpflicht	46
(2) Einheitliche Anforderungen an die Prüfpflicht des Hinweisgebers mit Blick auf die gewählte Meldestelle	48
bb) Aufklärungsbemühungen der Meldestellen auf der zweiten Stufe	48
cc) Zwischenergebnis	49

b)	Einstufige Prüfung des Hinweisgebers bei Offenlegungen	50
aa)	Wahrheitsfindung durch den Hinweisgeber	50
bb)	Zusätzliche Voraussetzungen von § 32 Abs. 1 Nr. 2 HinSchG	51
c)	Zwischenergebnis	52
3.	Berücksichtigung der Gesamtumstände	53
a)	Rücksichtnahmepflicht aus § 241 Abs. 2 BGB	53
b)	Schaden des Arbeitgebers/Schwere des Vorwurfs	54
c)	Belange anderer Beschäftigter	54
d)	Zwischenergebnis	56
4.	Zwischenergebnis	56
III.	Einordnung einer Strafanzeige	56
1.	Strafanzeige als externe Meldung	57
2.	Strafanzeige als Offenlegung	57
3.	Strafanzeige nicht vom HinSchG erfasst	57
4.	Stellungnahme	58
<b>C.</b>	<b>Aufbau, Unabhängigkeit und Rechtsstellung der Meldestellen</b>	<b>61</b>
I.	Interne Meldestelle	61
1.	Einrichtung der internen Meldestelle	62
a)	Pflicht zur Implementierung einer internen Meldestelle	62
b)	Besetzung	62
c)	Beschäftigungsgeber als Teil der Meldestelle	63
2.	Aufgaben der internen Meldestelle	64
a)	Betrieb der Meldekanäle	64
b)	Führen des Verfahrens	64
c)	Ergreifen von Folgemaßnahmen	64
d)	Erhöhung der Attraktivität der internen Meldestelle auf Kosten des betroffenen Beschäftigten	66
3.	Unabhängige Tätigkeit	67
a)	Arbeitnehmer des Unternehmens	67
b)	Dritte	68
4.	Mitbestimmung des Betriebsrats	69
a)	Besetzung der Meldestelle	69
b)	Versetzung eines Beschäftigten der Meldestelle	70
5.	Datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit	71
a)	Interne Meldestelle als „Dritte“ i. S. d. DS-GVO	72
b)	Beschäftigungsgeber als Verantwortlicher	73
c)	Stellungnahme	73
6.	Vertraulichkeitsgebot	76
a)	Informationen über die Identität des Hinweisgebers	77

b) Informationen über die Identität des Betroffenen .....	78
c) Umgehung des Vertraulichkeitsgebots durch Einschaltung Dritter .....	79
d) Bußgeld bei Verstoß gegen das Vertraulichkeitsgebot .....	80
7. Auskunft durch die Meldestelle .....	81
II. Externe Meldestelle .....	81
<b>D. Maßnahmen betroffener Beschäftigter im Einzelnen .....</b>	<b>83</b>
I. Maßnahmen gegen den Hinweisgeber als Repressalien i. S. v. § 36 Abs. 1 HinSchG .....	83
II. Maßnahmen des betroffenen Beschäftigten im Einzelnen .....	86
1. Ansprüche gegen den Hinweisgeber .....	86
a) § 823 Abs. 1 BGB .....	86
aa) Allgemeines Persönlichkeitsrecht .....	86
(1) Verhältnis zu anderen gesetzlichen Regelungen .....	87
(2) Anspruchsvoraussetzungen .....	87
(a) Eingriff in den Schutzbereich .....	87
(b) Rechtswidrigkeit .....	88
(c) Rechtsfolgen .....	89
(aa) Anspruch auf Unterlassung .....	89
(bb) Anspruch auf materiellen Schadensersatz .....	89
(cc) Anspruch auf immateriellen Schadensersatz .....	89
bb) Gesundheitsschädigung .....	90
cc) Recht am Arbeitsplatz .....	91
b) § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. Schutzgesetz .....	91
aa) Schutzgesetze des StGB .....	92
(1) § 164 Abs. 1 und 2 StGB .....	92
(2) § 187 StGB .....	93
(3) § 186 StGB .....	93
(4) Zwischenergebnis .....	93
bb) § 32 Abs. 2 HinSchG als Schutzgesetz .....	94
c) §§ 824, 826 BGB .....	95
d) § 38 HinSchG .....	95
e) Zwischenergebnis .....	96
2. Ansprüche gegen den Beschäftigungsgeber .....	97
a) Informationspflicht .....	97
b) Auskunftsanspruch .....	99
aa) Reichweite .....	100
bb) Grenzen .....	100
cc) Darlegungs- und Beweislast .....	101
dd) Prozessuale Lösung des BAG .....	103

ee) Verhältnis zum Recht auf Einsicht in die Personalakte .....	104
(1) Verhältnis von § 83 BetrVG zu Art. 15 Abs. 1 DS-GVO .....	105
(2) Verhältnis von § 83 BetrVG zu Art. 15 Abs. 3 DS-GVO .....	106
(3) Zwischenergebnis .....	107
c) Schadensersatz .....	108
aa) Art. 82 DS-GVO .....	108
bb) Sonstige Schadensersatzansprüche .....	110
3. Ansprüche gegen die Meldestelle .....	110
<b>E. Schlussbetrachtung .....</b>	<b>111</b>
<b>Thesen .....</b>	<b>113</b>
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>117</b>
<b>Stichwortverzeichnis .....</b>	<b>122</b>



## Einführung

Im Whistleblowing richtet sich der Fokus meist auf einen Hinweisgeber, der einen Missstand anprangert, sodass sich daraufhin die Frage stellt, wie dieser möglichst umfangreich geschützt werden kann. Dabei kann es regelmäßig auch zur Beeinträchtigung von Dritten – insbesondere anderen Beschäftigten – kommen, die mittel- oder unmittelbar von einer Meldung betroffen sind. Anschaulich fällt so z. B. die Gawlik-Entscheidung<sup>1</sup> ins Auge, in der ein Chefarzt wegen des Verdachts aktiver Sterbehilfe von einem anderen Arzt angezeigt wurde. Es stellte sich heraus, dass die Vorwürfe unzutreffend waren. Dies gibt Anlass, die Folgen, die eine Meldung für einen Beschuldigten hat, und auch die Frage, wie dieser zu schützen ist, in den Blick zu nehmen. Der vorliegenden Untersuchung liegt daher das Spannungsverhältnis von Hinweisgeber- und Betroffenenenschutz zugrunde und der Fokus richtet sich auf die Rechtsstellung jener Arbeitnehmer, die in einer Meldung mit einem Vorwurf konfrontiert werden. Da der Schutz des Hinweisgebers häufig zur Folge hat, dass betroffene Arbeitnehmer nicht gegen diesen vorgehen können, ist Ausgangspunkt der Überlegungen, welche Hürden Whistleblower überwinden müssen, um vor zivilrechtlichen Nachteilen und Repressalien geschützt zu werden.

Am 23.10.2019 wurde die Richtlinie EU 2019/1937<sup>2</sup> erlassen, die von den Mitgliedstaaten bis zum 17.12.2021 in nationales Recht umzusetzen war. Die Bundesrepublik ist dem nicht nachgekommen, da die große Koalition in der Ressortabstimmung über einen ersten Entwurf am 11.12.2020 keine Einigung erzielen konnte, was die Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens durch die Europäische Kommission zur Folge hatte.<sup>3</sup> Auch der Gesetzentwurf der Ampel-Koalition erzielte am 10.02.2023 zunächst keine Mehrheit im Bundesrat.<sup>4</sup> Nach der Anrufung des Vermittlungsausschusses hat das Plenum des Bundestages am 11.05.2023 dem Kompromiss zum Hinweisgeberschutzgesetz<sup>5</sup> zugestimmt, das am 31.05.2023 schließlich verkündet wurde und zum 02.07.2023 in Kraft getreten ist.<sup>6</sup>

---

<sup>1</sup> EGMR 16.02.2021 – 23922/19, NZA 2021, 851 (Gawlik/Liechtenstein).

<sup>2</sup> Richtlinie 2019/1937/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.10.2019 zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden (im Folgenden „HinSch-RL“), ABl. 2019 L 305, 17, geändert durch die VO (EU) 2020/1503, ABl. 2020 L 347, 1.

<sup>3</sup> [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/inf\\_22\\_601](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/inf_22_601), zuletzt aufgerufen am 24.01.2024.

<sup>4</sup> <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2022/kw50-de-hinweisgeber-926806>, zuletzt aufgerufen am 24.01.2024; zu den Neuerungen gegenüber dem ersten Entwurf s. *Gerdemann*, ZRP 2022, 98 ff.

<sup>5</sup> BT-Drs. 20/6700.

<sup>6</sup> BGBl. 2023 I Nr. 140 v. 02.06.2023.

Ziel des Gesetzes ist es, den bislang lückenhaften und unzureichenden Schutz hinweisgebender Personen<sup>7</sup> auszubauen und wirksam und nachhaltig zu verbessern, indem vor allem die Grundsätze der bisherigen Rechtsprechung kodifiziert werden. Mit dessen Inkrafttreten hat der Gesetzgeber erstmalig ein umfangreiches Regelwerk zum Whistleblowing geschaffen, an dem sich in Zukunft der Großteil der Hinweisgeber-Konstellationen messen lassen müssen. Ist der Anwendungsbereich des Gesetzes nicht eröffnet, verbleibt es bei den Grundsätzen der bisherigen Rechtsprechung. Das HinSchG unterteilt Mitteilungen in Meldungen einer- und Offenlegungen andererseits, an die unterschiedliche Voraussetzungen gestellt werden. Die Einordnung einer Strafanzeige ist in dieser Hinsicht – auch aufgrund der hohen Praxisrelevanz – von besonderem Interesse.

Welche Unterschiede zur bisherigen Rechtsprechung bestehen, ob das Gesetz Bezug zu beschuldigten Beschäftigten nimmt und ob es sich auf das Verhältnis von Hinweisgeber zum betroffenen Arbeitnehmer auswirkt sowie die Frage, welche Möglichkeiten letzterem offenstehen, wenn er Gegenstand einer Meldung wird, soll im Folgenden beleuchtet werden. Maßgeblich wird in vielerlei Hinsicht sein, ob ein Hinweisgeber die Schutzvoraussetzungen des HinSchG bzw. der Rechtsprechung erfüllt.

Ist eine betroffene Person der Auffassung, unrechtmäßig Ziel von Anschuldigungen geworden zu sein und will sich etwa in Form der Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs gegen den Hinweisgeber wehren, muss er in jedem Fall wissen, wer zu seinen Lasten eine Meldung gemacht hat, was die Geltendmachung eines Auskunftsanspruchs erforderlich macht. Dabei stellt sich die Frage, wer datenschutzrechtlich verantwortlich ist, wenn ein Hinweisgeber für eine Meldung interne Meldekanäle nutzt. In Betracht kommt dabei entweder die interne Meldestelle oder aber der Arbeitgeber. Von der Verantwortlichkeit hängt ab, wer passiv legitimiert ist und gegen wen ein betroffener Arbeitnehmer sein Auskunftsverlangen richten muss.

So oder so sieht sich der datenschutzrechtlich Verantwortliche einem Dilemma ausgesetzt. Das Interesse des Hinweisgebers daran, dass ohne sein Einverständnis dessen Identität nicht offengelegt wird, konkurriert mit dem Interesse des betroffenen Beschäftigten, die Herkunft der mutmaßlichen Falschinformationen herauszufinden und den Hinweisgeber als Quelle zu identifizieren. Wird keine Auskunft über die Identität des Hinweisgebers erteilt, stellt dies möglicherweise einen Verstoß gegen Art. 15 DS-GVO dar und der Verantwortliche macht sich dem betroffenen Beschäftigten gegenüber nach Art. 82 DS-GVO schadensersatzpflichtig. Ein Verstoß gegen Art. 15 DS-GVO kommt dabei nur dann in Betracht, wenn dieser überhaupt im Arbeitsverhältnis anwendbar ist und nicht durch das Einsichtsrecht in die Personalakte nach § 83 Abs. 1 BetrVG verdrängt wird. Gibt der Verantwortliche die Identität des Hinweisgebers preis, obwohl die Voraussetzungen dafür nicht vorgelegen haben, könnte er sich ebenfalls nach Art. 82 DS-GVO – nun gegenüber dem

---

<sup>7</sup> Im Folgenden: Hinweisgeber.

Hinweisgeber – schadensersatzpflichtig machen. Zugleich könnte in der unberechtigten Auskunftserteilung ein Verstoß gegen das Vertraulichkeitsgebot des § 8 HinSchG liegen, der ein Bußgeld nach § 40 Abs. 3 bzw. 4 HinSchG zur Folge haben könnte.