

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Band 385

Whistleblowing und Kündigungsschutz

**Eine Analyse der EMRK, der RL (EU) 2019/1937
und des HinSchG im Mehrebenensystem**

Von

Felix Buchwald



Duncker & Humblot · Berlin

FELIX BUCHWALD

Whistleblowing und Kündigungsschutz

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Herausgegeben von

Prof. Dr. Matthias Jacobs, Hamburg

Prof. Dr. Rüdiger Krause, Göttingen

Prof. Dr. Sebastian Krebber, Freiburg

Prof. Dr. Thomas Lobinger, Heidelberg

Prof. Dr. Markus Stoffels, Heidelberg

Prof. Dr. Raimund Waltermann, Bonn

Band 385

Whistleblowing und Kündigungsschutz

Eine Analyse der EMRK, der RL (EU) 2019/1937
und des HinSchG im Mehrebenensystem

Von

Felix Buchwald



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität zu Köln 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, Rimpar
Druck: CPI books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 0582-0227
ISBN 978-3-428-19194-9 (Print)
ISBN 978-3-428-59194-7 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

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

Meinen Eltern

Vorwort

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität zu Köln hat diese Arbeit im Wintersemester 2023/2024 als Dissertation angenommen. Sie ist hauptsächlich während meiner Zeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Deutsches und Europäisches Arbeits- und Sozialrecht (IDEAS) entstanden. Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur sind bis zum 15. Januar 2024 berücksichtigt.

Ein besonderer Dank für die außergewöhnliche Unterstützung in den vergangenen Jahren gilt meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Dr. h.c. Ulrich Preis. Seit dem Grundstudium hat er mich begleitet, gelehrt sowie gefördert und mich sowohl akademisch als auch persönlich geprägt. Herrn Professor Dr. Christian Rolfs danke ich nicht nur für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens, sondern auch für die herzliche Aufnahme und Zusammenarbeit infolge seiner Übernahme des IDEAS. Für wertvolle Diskussionen zu Beginn des Dissertationsprojekts danke ich Professor Dr. Felipe Temming. Den Herausgebern der „Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht“ danke ich für die Aufnahme der Arbeit in die Schriftenreihe. Daneben möchte ich mich bei den Mitarbeiterinnen von Duncker & Humblot für die Unterstützung und gute Zusammenarbeit im Rahmen des Veröffentlichungsprozesses bedanken.

An dieser Stelle möchte ich mich zudem bei meinen Kolleginnen und Kollegen am IDEAS für die stets angenehme und freundschaftliche Atmosphäre bedanken. Speziell möchte ich mich bei Dr. Daniel Mazurek, Dr. Kai Morgenbrodt, Dr. Matthias Schmid, PD Dr. Stephan Seiwerth, PD Dr. Stefan Witschen sowie Matthias Sendner für gewinnbringende fachliche Diskussionen und unterstützenden Zuspruch bedanken, ohne den die Entstehung der Arbeit in dieser Form nicht möglich gewesen wäre. Daneben danke ich insbesondere Jannis Fries, Fernando Gallegos, Scherad Goswami, Lukas Huse, Felix Lachmann, Jannis Lindrath, Tobias Pepperling und Sebastian Schäfer für die gemeinsame Zeit außerhalb des IDEAS und abseits juristischer Themen.

Mein größter Dank gebührt meiner Familie, speziell meinen Eltern, Manuela und Volker Buchwald, die mir nicht nur meine Ausbildung selbst, sondern gerade auch die Promotion durch ihre Unterstützung ermöglicht haben. Die Fertigstellung dieser Arbeit verdanke ich allein eurer bedingungslosen Unterstützung in all meinen Lebensphasen.

Köln, im Februar 2024

Felix Buchwald

Inhaltsübersicht

Einführung	29
-------------------------	----

Teil 1

Menschenrechtlicher Rahmen für Whistleblowing	36
A. Bedeutung der EMRK für den Untersuchungsgegenstand	36
B. Konventionsrechtliche Vorgaben zur Eingriffsrechtfertigung	50
C. Einfluss und Wirkung auf nationales Recht und Unionsrecht	99

Teil 2

Kündigungsschutzvorgaben der HinSch-RL	116
A. Grundlagen und Kontext der HinSch-RL	116
B. Geltungsbereich des unionsrechtlichen Repressalienverbots	125
C. Schutzvoraussetzungen des Repressalienverbots	148
D. Beweislast und Rechtsfolgen	212
E. Primärrechtskonformität	222

Teil 3

Umsetzung und Implementierung ins deutsche Kündigungsschutzrecht	229
A. Der deutsche Weg zum HinSchG	229
B. Die Umsetzung des Repressalienverbots	240
C. Kündigungsschutz außerhalb des HinSchG	292
Fazit und Ausblick	306
Literaturverzeichnis	323
Stichwortverzeichnis	346

Inhaltsverzeichnis

Einführung	29
I. Anlass der Untersuchung: Europäisierung des Whistleblower-Schutzes	29
II. Konkretisierung der Problemstellung	31
1. Interessenlagen: Ein Konflikt aus mehreren Perspektiven	31
2. Interessenwahrung im europäischen „Mehrebenensystem“	32
III. Ziel und Gang der Untersuchung	34
1. Zuschnitt des Untersuchungsgegenstands	34
2. Gang der Untersuchung	34

Teil 1

Menschenrechtlicher Rahmen für Whistleblowing	36
A. Bedeutung der EMRK für den Untersuchungsgegenstand	36
I. Genese relevanter EGMR-Rechtsprechung	37
1. EGMR (GK) v. 12.2.2008 – Guja ./ Moldawien	37
2. EGMR v. 21.7.2011 – Heinisch ./ Deutschland	38
3. EGMR v. 16.2.2021 – Gawlik ./ Liechtenstein	40
4. EGMR (GK) v. 14.2.2023 – Halet ./ Luxemburg	41
II. Gewährleistungen des Art. 10 EMRK	42
1. Schutzbereich des Art. 10 Abs. 1 EMRK	42
2. Eingriffe in die Meinungsäußerungsfreiheit von Whistleblowern	43
3. Eingriffsrechtfertigung Art. 10 Abs. 2 EMRK: „Notwendigkeit in einer demokratischen Gesellschaft“	44
a) Allgemeines	44
b) „Whistleblowing“ als de facto abgrenzbare Rechtfertigungskategorie des EGMR	45
aa) Subordinationsverhältnis i. S. e. Beschäftigungsverhältnisses	46
bb) Informationsinhalt: keine Beschränkung auf Rechtsverstöße	46
cc) Organisationsexterne oder -interne Offenbarung	47
dd) Irrelevanz der Motivlage für die Feststellung der Fallgruppe	48
ee) Folge: Anwendung spezieller Beurteilungskriterien	49

B. Konventionsrechtliche Vorgaben zur Eingriffsrechtfertigung	50
I. Methodologische Vorüberlegung	50
1. Berücksichtigung der Rolle des EGMR und des „margin of appreciation“	50
a) Grundlagen: Subsidiarität, Kontrolldichte und Beurteilungsspielraum	50
b) Folge: Erfordernis der Herausarbeitung konventionsrechtlich verbindlicher Vorgaben	52
c) Skizzierung der Kontrolldichte für die einschlägige EGMR-Rechtsprechung	52
2. Auslegungsmethoden des EGMR: autonome, objektive und dynamisch-evolu- tive Interpretation	54
3. Berücksichtigung des Regelungsumfelds in der Analyse	55
a) Völkerrechtsfreundliche Auslegung	55
b) Europaratskonforme Auslegung	57
c) Der „European Consensus“ in der Auslegung	58
aa) Bedeutung und Wirkung	58
bb) Erkenntnisquellen zur Konsensermittlung	59
II. Analyse der konventionsrechtlichen Beurteilungskriterien	60
1. Öffentliches Interesse an der Information	61
a) Erfordernis eines überparteilichen Interesses	61
b) Indiziert bei Rechtsverstößen	62
2. Authentizität der Information	63
a) Relevanz: irrtümliche Falschmeldungen	63
b) Verifikationspflicht von Whistleblowern	64
aa) Herleitung der Verifikationspflicht durch den EGMR	64
(1) Rückgriff auf journalistische Sorgfaltspflichten der Pressefreiheit	64
(2) Folge: angepasstes Verständnis für Whistleblowing-Konstellation	65
bb) Anforderungen an die Verifizierung der Information beim Whistleblow- ing	65
(1) Tatsachengrundlage („Reasonable grounds to believe“)	65
(2) „Good faith“-Erfordernis?	67
cc) Allgemeinverbindliche Anforderungen aus Rs. <i>Gawlik</i> ?	67
(1) Keine Etablierung erhöhter Nachforschungspflichten	67
(2) Keine Etablierung geringer Anforderungen an die Verifikation	69
dd) Kein verbindlich differenzierender Maßstab nach Adressaten	69
c) Zwischenfazit	70
3. Prüfung alternativer Meldekanäle	71
a) Gang an die Öffentlichkeit als ultima ratio	71
b) Rangfolge zwischen interner Abhilfe und Behördenmeldung: Vorrang als Pflicht oder Beurteilungsspielraum?	72
aa) Vorgaben der Großen Kammer in Rs. <i>Guja</i>	73
(1) Sprachlich-systematische Analyse des Kriteriums	73

(2) Analyse im Lichte der aufgeführten Konventionen des Europarats und Völkerrechts	73
(3) Zwischenergebnis: keine verbindlichen allgemeinen Vorgaben der Großen Kammer	75
bb) Vorrang innerbetrieblicher Abhilfe in nachfolgenden Entscheidungen	75
(1) Wortgleiche Übernahmen des allgemeinen <i>Guja</i> -Grundsatzes („general principles [...]“)	75
(2) Die Anwendungen auf die konkreten Fälle („Application [...] to the present case“)	76
(3) Analyse im Lichte aufgeführten Völkerrechts	77
(4) Analyse im Lichte aufgeführter Dokumente des Europarats	78
(5) Ausbleibende Anrufung der Großen Kammer	79
(6) Kein „europäischer Konsens“ für festgeschriebenen Gleichrang ...	79
cc) Zwischenergebnis: Beurteilungsspielraum	80
4. „Motive“ und „good faith“	81
a) Motiv der Meldung („motive“)	81
aa) Positive und neutrale Motivlage: keine notwendige Schutzvoraussetzung	81
bb) Negative Motivlage: Schutzausschluss oder Beurteilungsspielraum? ...	82
(1) Keine letztverbindlichen Vorgaben der Spruchkörper	82
(2) Regelungsumfeld: kein konventionsrechtlich verbindlicher Schutzausschlussstatbestand	83
(3) Auslegung im Lichte der intersubjektiven Dimensionen des Whistleblowings	84
(4) Aufkommender Konsens: Irrelevanz des Motivs zur Rechtsdurchsetzung	85
(5) Zwischenergebnis: konventionsrechtliche Irrelevanz bei Rechtsdurchsetzung	87
b) Gutglaubens-Erfordernis („good faith“)	87
aa) Keine ausdrücklichen Vorgaben der Großen Kammer in Rs. <i>Guja</i>	87
bb) Vorzugswürdige Auslegung: bloßes Irrtumsprivileg	88
cc) Bezugspunkte und Maßstab	89
5. Schaden des Arbeitgebers („detriment to the employer“)	90
a) Abwägungsvorgang: Konkretisierung in Rs. <i>Halet</i> (GK)	90
aa) Gewichtung des öffentlichen Interesses	91
bb) Gegenüberstehende Interessen: Schäden von Betroffenen und Dritten	92
b) Verbleibender Beurteilungsspielraum zur Konkretisierung	93
aa) Mögliche Pauschalierung der Abwägung durch nationale Regulierungssysteme	93
bb) Kein Ausschluss pauschaler Qualifizierungsmerkmale nach Rs. <i>Halet</i> (GK)	94
6. Schwere der Sanktion („severity of the sanction“)	95

III. Systematisierung der Beurteilungskriterien	96
1. Abschließende Aufzählung und Gleichrangigkeit	96
2. Notwendige Kriterien statt „flexible Abwägungskriterien“	97
3. Kriterien-Differenzierung: Whistleblowing-Handlung (1. Stufe) und Sanktionsreaktion (2. Stufe)	98
C. Einfluss und Wirkung auf nationales Recht und Unionsrecht	99
I. Auswirkungen auf die bisherige und künftige (autonome) nationale Rechtslage	100
1. Völkerrechtliche Bindungswirkung	100
2. Innerstaatliche Bindungswirkung: „Grundsatz völkerrechtsfreundlicher Auslegung“ des GG	101
a) BVerfG: Rezeptionshindernis bei mehrpoligen Grundrechtsverhältnissen?	102
b) Sachgerechter: „Korridor“ nationaler Letztentscheidungskompetenz und Beurteilungsspielraum	104
II. Auswirkung der EMRK auf die HinSch-RL und das HinSchG	105
1. Einbeziehung der EMRK in GRCh als Unionsprimärrecht	105
a) GRCh als Maßstab für HinSch-RL und HinSchG	105
b) Tatbestand des Einbeziehungsmechanismus, Art. 52 Abs. 3 S. 1 GRCh: „entsprechende Grundrechte“	107
c) Rechtsfolge der Einbeziehung: „gleiche Bedeutung und Tragweite“ i. S. v. Kohärenz	109
aa) Kohärenz im „mehrpolygonen Grundrechtsverhältnis“: Übertragung des Korridors	109
bb) Exkurs: Kohärenz im „asymmetrisch mehrpoligen Grundrechtsverhältnis“	111
(1) Grundsatz: einseitige Erhöhung über Art. 52 Abs. 3 S. 2 GRCh möglich	111
(2) Ausnahme: volle Berücksichtigung des GRCh-Schutzniveaus durch EGMR	112
cc) Zwischenergebnis: Übertragung des Korridors	112
2. Exkurs: „Selbstbindung“ der HinSch-RL und mittelbare Überprüfung durch EGMR	113
III. Maßstabsbildung: Der konventionsrechtliche Korridor	114

Teil 2

Kündigungsschutzvorgaben der HinSch-RL 116

A. Grundlagen und Kontext der HinSch-RL	116
I. Unionsrechtliche Grundlagen	116
1. Gewählte Regelungskompetenzen für den Hinweisgeberschutz	116
2. Grundzüge der Richtliniendogmatik	118

3. Die Richtlinienauslegung	118
a) Wortlaut, Systematik, Telos und Historie	119
b) Primärrechtskonforme Auslegung: Einbruchstelle des EMRK-Korridors	120
II. Entstehungsgeschichte der HinSch-RL	121
1. Europäisches Parlament und Zivilgesellschaft als treibende Kraft	121
2. Kommissionsentwurf und weiterer legislativer Prozess	122
III. Richtlinienüberblick aus kündigungsrechtlicher Perspektive	123
1. Regulierungsziel	123
2. Kündigungsrechtlicher Regelungsgehalt	124
3. Dogmatische Einordnung: spezielles unionsrechtliches Maßregelungsverbot	125
B. Geltungsbereich des unionsrechtlichen Repressalienverbots	125
I. Personeller Geltungsbereich	125
1. Geschützter Personenkreis	126
a) „Hinweisgeber“ im laufenden Beschäftigungsverhältnis, Art. 4 Abs. 1 HinSch-RL	126
b) Erweiterung: „beendete“ und „noch nicht begonnene“ Beschäftigungsverhältnisse, Art. 4 Abs. 2–3 HinSch-RL	127
c) Exkurs: Schutz weiterer Personen, Art. 4 Abs. 4 HinSch-RL	129
2. Adressaten des Benachteiligungsverbots	130
a) Betroffene und verbundene Unternehmen	130
b) Keine Erfassung unbeteiligter zukünftiger Arbeitgeber	130
II. Zulässige Hinweisgegenstände („Sachlicher Anwendungsbereich“)	131
1. Erfasste Fehlverhalten: „Verstöße“, Art. 5 Nr. 1 HinSch-RL	132
a) Rechtswidrige Verhaltensweisen (Var. 1)	132
b) Rechtsmissbräuchliche Praktiken i. S. d. EuGH (Var. 2)	132
c) Künftige Verstöße und Verschleierungsmaßnahmen, Art. 5 Nr. 2 HinSch-RL	134
2. Sachlich begrenzte Hinweisgegenstände, Art. 2 Abs. 1 HinSch-RL	134
a) Rechtsakte und Politikbereiche (lit. a)	135
aa) Einheitlicher Hinweisgegenstand und abschließende Aufzählung	135
bb) Dynamische Bezugnahme	136
b) Finanzielle Interessen der Union (lit. b)	137
c) Verstoß gegen Binnenmarktvorschriften (lit. c)	138
aa) Wettbewerbs- und Beihilferecht	138
bb) Körperschaftssteuerrecht: nur bei Verstoß gegen Beihilfeverbot	139
d) Gegenständliche Ausschlussstatbestände: nationale Sicherheit und gesetzliche Schweigepflicht	140
e) Gegenständliche Erweiterungsmöglichkeit	140
aa) Unionsgesetzgeber	140
bb) Umsetzungsgesetzgeber	141

III. Verhältnis zu anderen hinweisgeberschützenden Rechtsakten	142
1. Verhältnis zu autonom nationalen Vorschriften	142
2. Verhältnis zu unionsrechtlichen Vorschriften	142
a) Verhältnis zu Unionsrechtsakten i. S. d. Art. 3 Abs. 1 HinSch-RL	143
b) Verhältnis zu Art. 5 lit. b GeschGeh-RL	144
aa) Inhaltliche Überschneidungen	144
bb) Rechtmäßigkeit von Hinweisen nach Art. 3 Abs. 2 GeschGeh-RL	144
cc) Ausnahmetatbestand Art. 5 lit. b GeschGeh-RL: keine Kündigungsrelevanz	145
c) Verhältnis zu Art. 11 Abs. 6 ArbSch-RL	146
IV. Zwischenfazit im Lichte des „Whistleblowings“ i. S. d. EGMR	147
C. Schutzvoraussetzungen des Repressalienverbots	148
I. Geschützte Handlung, Benachteiligung und Kausalität	148
1. Geschützte Hinweis-Handlungen	148
a) Meldung und Offenlegung	148
b) Schutz bei anonymen Hinweisen	149
aa) Vorüberlegung: Gestaltungsspielraum zur Verpflichtung der Verfolgung	149
bb) Aber: unabhängiger subjektiver Schutz	150
2. Benachteiligende Kündigung	151
3. Kausalität zwischen Hinweis und Benachteiligung	151
a) Herleitung des Erfordernisses	151
b) Anforderungen und Grad der Kausalität	152
aa) Vorab: bloßer zeitlicher Zusammenhang nicht ausreichend	152
bb) Problemstellung: Kausalitätsgrad bei alternativ rechtmäßiger Kündigung (Motivbündel)	152
(1) Wortlaut und Begründungserwägung: unergiebig	152
(2) Historisch teleologisch: keine Anhebung des Kausalitätsgrads	153
(3) Telos: Erfordernis eines hohen Schutzniveaus	154
(4) Vorzugswürdig: jede Mitursächlichkeit ausreichend	155
II. Inhaltliche Anforderungen an die Hinweis-Information, Art. 6 Abs. 1 lit. a HinSch-RL	155
1. Abstrakte Anforderung: „Informationen über Verstöße“	156
a) Beweisbare Tatsachen	156
b) Ausreichend: (begründete) Verdachtsmomente	156
aa) Kein Beweis erforderlich	156
bb) Bloße Möglichkeit eines Verstoßes ausreichend	157
c) Zukünftige Verstöße: hohe Wahrscheinlichkeit des Eintritts	157
d) Verstoß-Bezug und Umfang	158
e) Teleologische Reduktion für öffentlich verfügbare Informationen?	159

2. „Hinreichend Grund zu der Annahme“	160
a) Verhältnis zum Begriff „Informationen über Verstöße“	160
b) Hintergrund und dogmatische Einordnung	160
aa) Hintergrund des Kriteriums	160
bb) Dogmatische Einordnung: reines Irrtumsprivileg	161
cc) Folge: Wahrheit und Unterfallen in Anwendungsbereich ausreichend	163
c) Bezugspunkte des Irrtumsprivilegs aus Art. 6 Abs. 1 lit. a HinSch-RL	163
aa) Tatsachenebene: Wahrheit der Information über Verstöße	163
bb) Rechtliche Ebene: Unterfallen in (sachlichen) Anwendungsbereich	164
cc) Gleichbehandlung von Tatsachen- und Rechtsirrtümern	165
d) Anforderungen und Grenzen	166
aa) Ausgangspunkt: autonomer Prüfungsmaßstab	166
bb) „Hinreichender Grund“	167
(1) Anforderung: vernünftige objektive Anhaltspunkte	167
(2) Beurteilungsperspektive und Zeitpunkt	168
(3) Auswirkung einer Offenlegung auf die Anforderung des hinreichenden Grundes	168
(a) Beurteilungszeitpunkt: Offenlegung und Neubewertung	168
(b) Keine sonstige Verschärfung der Anforderung	169
cc) Verobjektivierter Maßstab:	170
(1) „Hinreichend Grund“ indiziert „Annahme“	170
(2) Subjektive Grenze: wissentliche Falschmeldungen	172
dd) Nachforschungs- und Verifikationsobliegenheiten?	173
(1) Grundsätzlich: nur im Bereich reiner Spekulation	173
(2) Kein strengerer Maßstab bei Rechtsirrtümern und Offenlegung	174
(3) Kein Erfordernis primärrechtskonformer Auslegung im Lichte der EMRK	174
(4) Zwischenergebnis: nur im Bereich der Spekulation	176
3. Kontext der Informationserlangung unerheblich	176
III. Verfahrenskonformität des Hinweises, Art. 6 Abs. 1 lit. b HinSch-RL	177
1. Überblick und Systematisierung der Hinweisadressaten	177
a) Interne Meldestelle	177
b) Externe Meldestelle	178
aa) Richtlinien-spezifische Begriffsbestimmung: „zuständige Behörde“	179
bb) Gestaltungsspielraum bei Benennung der Behörden	179
c) Öffentlichkeit	180
2. Interne- und externe Meldung: Gleichrang oder Stufenverhältnis?	181
a) Wortlaut	181
b) Systematik	182
aa) Innerhalb der HinSch-RL	182

bb) Systematik weiterer unionrechtlicher Hinweisgeberschutzsysteme	183
(1) ArbSch-RL	183
(2) Finanzaufsichtsrecht	183
(3) GeschGeh-RL	184
cc) Zwischenergebnis: Gleichrang	185
c) Genese und Begründungserwägungen	185
aa) Kommissionsvorschlag und politisches Ringen	185
bb) Begründungserwägungen	187
d) Kein Erfordernis primärrechtskonformer Auslegung im Lichte der EMRK	188
e) Keine Einschränkung des Wahlrechts durch teleologische Reduktion	189
f) Zwischenergebnis: Gleichrang und uneingeschränktes Wahlrecht	190
3. Offenlegung als <i>ultima ratio</i>	190
a) Anforderungen des Art. 15 Abs. 1 HinSch-RL	190
aa) Grundsatz: Einhaltung der Eskalationsroutine (lit. a)	190
(1) Vorausgehende Meldung(en) und Abwarten der Rückmeldefrist(en)	190
(2) Ausbleiben geeigneter Maßnahmen	192
bb) Ausnahme: direkte Offenlegung (lit. b)	193
(1) Unmittelbare oder offenkundige Gefährdung öffentlichen Interesses	193
(2) Befürchtete Repressalien oder geringe Aussichten auf Abhilfe	193
(3) Ausreichend: hinreichend Grund zu der Annahme (Irrtumsprivileg)	194
cc) Primärrechtskonformität im Lichte der EMRK	195
b) Vorrang nationaler Presse-Hinweisschutzsysteme nach Art. 15 Abs. 2 HinSch-RL	195
aa) Bezugspunkt: Anforderungen des Art. 15 Abs. 1 HinSch-RL	195
bb) Relevanz: Begünstigung des Hinweisgeberschutzes	196
IV. Notwendigkeitsvorbehalt	196
1. Anwendungsbereich: keine allgemeine Schutzvoraussetzung	196
a) Wortlaut und Systematik: keine allgemeine Schutzvoraussetzung	197
aa) Art. 6, Art. 19 und Art. 21 HinSch-RL	197
bb) Art. 21 Abs. 2 und 7 HinSch-RL	197
b) Historische und teleologische Argumente: kein systematisches Redaktions- versehen	199
c) Kein Erfordernis primärrechtskonformer Auslegung im Lichte der EMRK	199
d) Zwischenergebnis: keine allgemeine (Kündigungsschutz-)Voraussetzung	200
2. Verbleibende Etablierungsmöglichkeiten	201
a) Allgemeine Schutzvoraussetzung bei „Offenlegungsbeschränkung“	201
b) Tatbestandsmerkmal: Haftungsbefreiung des Art. 21 Abs. 7 HinSch-RL und Erlaubnis nach Art. 3 Abs. 2 GeschGeh-RL	202
c) Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten bei Etablierung und Ausgestal- tung	203
aa) Möglicher Verzicht der Etablierung nach Art. 25 HinSch-RL	203

bb) Ausgestaltung im Anwendungsfall: keine konkreten Richtlinienvorgaben	203
3. Zwischenergebnis und Primärrechtskonformität	204
V. Handlungsmotiv des Hinweisgebers	205
1. Auslegung des Richtlinieninhalts	206
a) Wortlaut und Systematik: keine Berücksichtigung	206
b) Historie und Telos: Irrelevanz der Motivlage	207
2. Primärrechtskonformität der Irrelevanz im Lichte der EMRK	208
3. Grenze: unionsrechtlicher Grundsatz des Rechtsmissbrauchs	209
a) Mögliche „Missbrauchskonstellationen“ der HinSch-RL	210
b) Unionsrechtliche Rechtsmissbrauchsvoraussetzungen i. d. R. nicht erfüllt ..	210
4. Zwischenergebnis: Handlungsmotiv irrelevant	211
D. Beweislast und Rechtsfolgen	212
I. Beweislastverteilung	212
1. Beweislastumkehr für Kausalitätserfordernis	212
a) Keine bloße Beweiserleichterung	212
b) Bezugspunkt: Kausalität	213
c) Anforderungen: Geltendmachung ausreichend	213
d) Zeitliche Reichweite	214
e) Verhältnismäßigkeit: keine faktische Unmöglichkeit der Widerlegung	215
2. Sonstige Darlegungs- und Beweislastfragen	215
a) Keine spezielle Beweislastverteilung im Übrigen	215
b) Aber: Beweishilfemöglichkeiten durch Bescheinigung der Meldestellen ..	216
II. Materiellrechtliche Kündigungsschutzvorgabe	216
1. Reichweite des Kündigungsschutzes (Geschützte Handlungen)	217
a) Meldung und Offenlegung (Hinweis)	217
b) Beschaffung und Zugriff auf Informationen (Vorfeldmaßnahmen)	217
aa) Voraussetzung des Schutzes: nachfolgender Hinweis	218
bb) Grenze: strafbare Vorfeldmaßnahme	219
c) Sonstige Handlungen oder Unterlassungen im Zusammenhang	219
2. Zwingender Charakter des Kündigungsverbots	220
III. Vorgaben zur Rechtsdurchsetzung	220
1. Anforderung: spezielles Kündigungsverbot für Hinweisgeber	220
2. Wirksamer Durchsetzungsmechanismus	221
3. Einstweiliger Rechtsschutz	221
E. Primärrechtskonformität	222
I. EMRK-Konformität des Repressalienverbots	222
1. Öffentliches Interesse	223
2. Authentizität der Information	223
3. Prüfung alternativer Meldekanäle	224

4. Handlungsmotiv	224
5. Schaden des Arbeitgebers	225
6. Schwere der Sanktion	225
II. Verhältnismäßigkeit der HinSch-RL im Lichte der Betroffenenrechte	226

Teil 3

Umsetzung und Implementierung ins deutsche Kündigungsschutzrecht	229
A. Der deutsche Weg zum HinSchG	229
I. Nationale Entwicklung und bisherige Rechtslage	230
1. Gescheiterte allgemeine Legislativvorstöße	230
2. Flickenteppich sektorspezifischer Melderechte und Benachteiligungsverbote	230
3. Entwicklungslinien kündigungsrechtlicher Rechtsprechung	232
a) Historische Entwicklung bis 2001	232
b) BVerfG 2001 und nachfolgende Entwicklung	233
c) Zwischenfazit: von Treupflichtverletzung zur Rechtsdurchsetzung	234
II. Grundlagen der Richtlinienumsetzung	234
1. Anforderungen an die Richtlinienumsetzung	234
2. Auslegungsmaßstab und einheitliche Richtlinienauslegung	235
3. Abweichungen zu Gunsten des Hinweisgebers	236
III. Das HinSchG – Entstehung und Überblick	237
1. Hintergrund zur Entstehung	237
2. Zielsetzung und allgemeiner Überblick	238
3. Relevante Vorschriften und dogmatische Einordnung	239
a) Kündigungsrechtlich relevante Normen	239
b) Dogmatische Einordnung: Benachteiligungsverbot und Verbotsgesetz	240
B. Die Umsetzung des Repressalienverbots	240
I. Geltungsbereich	240
1. Personeller Geltungsbereich	240
a) Geschützte „hinweisgebende Person“	240
b) Adressat des Maßregelungsverbots	242
2. Zulässige Hinweisgegenstände	243
a) Vorbemerkung: rechtspolitischer Vorfeldstreit	243
b) „Verstöße“: rechtswidrige und rechtsmissbräuchliche Praktiken	244
c) Sachliche Beschränkung der Meldegegenstände (überschießende Umsetzung)	245
aa) Strafbewehrte Verstöße	245
bb) Bußgeldbewehrte Verstöße zum Schutz von Leben, Leib oder Gesundheit sowie Beschäftigtenrechte	246

cc) Sonst erfasste (Unionsrechts-)Verstöße	246
d) Ausschlussstatbestände: berufsspezifische Geheimhaltung und nationale Sicherheit	247
e) Exkurs: Erweiterungsmöglichkeit auf Unternehmensebene durch Kollektivvereinbarung	248
f) Bewertung: richtlinienkonform, aber „unschlüssig“	248
3. Verhältnis zu anderen hinweisgeberschützenden Normen	249
a) Verhältnis zu § 17 Abs. 2 ArbSchG und § 612a BGB	249
b) Verhältnis zu § 5 GeschGehG	251
c) Verhältnis zu § 4d FinDAG	252
II. Voraussetzungen des Repressalienverbots	253
1. Geschützte Handlung, Benachteiligung und Kausalität	253
a) Geschützte Hinweis-Handlung: Meldung und Offenlegung	253
b) Benachteiligende Kündigung	254
c) Kausalität zwischen Hinweis und Benachteiligung: Mitursächlichkeit ausreichend	255
2. Inhaltliche Anforderungen an die Hinweis-Information	256
a) Konkretisierende Anforderung: „Informationen über Verstöße“	256
b) „Hinreichend Grund zu der Annahme“	257
aa) Dogmatische Einordnung als Irrtumsprivileg	258
bb) Folge: Wahrheit der Information und zulässiger Hinweisgegenstand ausreichend	259
cc) Bezugspunkte: Tatsachen- und Rechtsirrtum	259
dd) Anforderungen und Grenzen	260
(1) „Hinreichender Grund“: vernünftige objektive Anhaltspunkte	260
(2) Rein objektiver Maßstab: subjektive „Annahme“ nicht erforderlich	262
(3) Subjektive Grenze: wissentliche Falschmeldungen	262
(4) Keine allgemeinen Sorgfalts- oder Nachforschungsobliegenheiten	263
c) Zwischenfazit	264
3. Verfahrenskonforme Meldung	264
a) Überblick und Systematisierung möglicher Hinweis-Adressaten des HinSchG	265
aa) Interne Meldestellen i. S. d. HinSchG	265
bb) Externe Meldestelle i. S. d. HinSchG	266
cc) Öffentlichkeit	266
b) Rangverhältnis der Hinweis-Adressaten i. S. d. HinSchG	267
aa) Interne und externe Meldung	267
(1) Gleichrang und Wahlrecht des Hinweisgebers, § 7 HinSchG	267
(2) Keine Einschränkung des Wahlrechts bei vorausgehender interner Meldung	268

(3) Auswirkung des Gleichrangs auf bestehende gesetzliche Meldeverfahren	269
bb) Offenlegung als <i>ultima ratio</i>	269
(1) Einhaltung der Eskalationsroutine (Alt. 1)	270
(a) Fehlgeschlagene interne und/oder externe Meldung	270
(b) Ablauf der Rückmeldefrist oder Ausbleiben geeigneter Folge- maßnahmen	271
(2) Ausnahmsweise direkte Offenlegung (2. Alt.)	272
cc) Zwischenfazit	273
c) Verhältnis zu Adressaten außerhalb des HinSchG: Blinder Fleck	274
aa) Verhältnis zu sonst zuständigen Stellen und „Vorrang-Rechtsprechung“ des BAG	274
bb) Verhältnis zu sonstigen unternehmensinternen Adressaten	276
cc) Zwischenfazit: Klarstellungserfordernis <i>de lege ferenda</i>	277
4. Notwendigkeitsvorbehalt	277
a) Anwendbarkeit	278
aa) Keine allgemeine Schutzvoraussetzung des HinSchG	278
bb) Schutzvoraussetzung für Geschäftsgeheimnisse und Offenlegungsbe- schränkungen	279
cc) Zwischenfazit, Unionsrechts- und EMRK-Konformität	280
b) Exkurs: Inhalt des Kriteriums	281
5. Relevanz der Motivlage	281
a) Motivation des Hinweisgebers: irrelevant	281
b) Rechtsmissbrauchskonstellationen nicht ersichtlich	282
c) Zwischenfazit: Richtlinien- und EMRK-Konformität	283
III. Beweislast und Rechtsfolge	284
1. Beweislastumkehr für Kausalität	284
2. Materielle Rechtsfolge	286
a) Unwirksamkeit der Kündigung, § 134 BGB	286
b) Reichweite des Kündigungsverbots (geschützte Handlungen)	286
aa) Hinweis-Handlung: Meldung und Offenlegung	286
bb) Beschaffung und Zugriff (richtlinienkonforme Rechtsfortbildung)	287
3. Keine vertragliche (oder gesetzliche) Schutzabsenkung	288
IV. Standortbestimmung: Das HinSchG im System des Kündigungsschutzes	288
1. Präklusionsfrist nach § 7 i. V. m. § 4 KSchG	288
2. Allgemeiner Weiterbeschäftigungsanspruch und vorläufiger Rechtsschutz	289
3. Keine (arbeitgeberseitige) Lösungsmöglichkeit nach § 9 KSchG	290
V. Zwischenfazit zur Umsetzung	291

C. Kündigungsschutz außerhalb des HinSchG	292
I. Nichterfüllung der Schutzvoraussetzungen des HinSchG	293
1. Anwendbarkeit des allgemeinen Kündigungsschutzes	293
a) Keine ganzheitlich abschließende Regelung durch HinSchG	293
b) Sonderkündigungsschutz: allgemeiner Kündigungsschutz subsidiär	293
c) Einordnung in die Dogmatik verhaltensbedingter Kündigung	294
2. Tatbestandsvoraussetzungen einer Kündigung bei Whistleblowing	295
a) Unzulässiger Hinweis als Pflichtverletzung (1. Stufe)	295
b) Überprüfung der Sozialwidrigkeit: Ausfüllung durch Prinzipien des Kündi-	
gungsrechts (2. Stufe)	295
aa) Prognoseprinzip	296
bb) Ausprägungen des Ultima-Ratio-Prinzips	296
(1) Abmahnerfordernis	296
(2) Fehlende Weiterbeschäftigungsmöglichkeit	298
cc) Güter- und Interessenabwägung	298
dd) Stufenverhältnis von ordentlicher und außerordentlicher Kündigung ..	299
3. Zwischenergebnis	300
II. Nichterfassung des Hinweisgegenstandes durch das HinSchG	301
1. Begrenzte Reichweite des HinSchG gegenüber EGMR-Rechtsprechung	301
a) Rekapitulation der Reichweite des HinSchG	301
b) „Schutzlücke“ zur Reichweite der EGMR-Fallgruppe	301
2. <i>De lege ferenda</i> : Regelungsbedürfnis und -vorschlag	302
a) Rechtsverstöße im Kollektivinteresse: Ausweitung des § 2 HinSchG	302
b) Sonstiges Fehlverhalten im öffentlichen Interesse	303
aa) Relevanz ausdrücklichen Schutzes	303
bb) Regulierungsvorschlag: Auffangtatbestand	304
3. <i>De lege lata</i> : Kohärenzwahrung durch Arbeitsgerichte im EGMR-Korridor ..	305
Fazit und Ausblick	306
I. Résumé: Tragfähigkeit des Mehrebenensystems für den Kündigungsschutz von	
Whistleblowern	306
1. Zum konventionsrechtlichen Rahmen	306
2. Zum unionsrechtlichen Kündigungsverbot	307
3. Zur Umsetzung und Implementierung ins deutsche Kündigungsschutzsystem	308
II. Ausblick: verbleibender legislativer Handlungsbedarf	309
III. Zusammenfassung der Untersuchungsergebnisse	310
1. Ergebnisse: konventionsrechtlicher Rahmen	310
a) Grundlagen und Methodik der Analyse	310
b) Konventionsrechtliche Vorgaben zur Eingriffsrechtfertigung	311
c) Wirkung auf den Untersuchungsgegenstand	313

2. Ergebnisse: Kündigungsschutzvorgaben der HinSch-RL	314
a) Grundlagen und Geltungsbereich	314
b) Schutzvoraussetzungen	315
c) Beweislastumkehr und Rechtsfolge	318
d) Primärrechtskonformität: EMRK-Korridor und Verhältnismäßigkeit	319
3. Ergebnisse: Umsetzung und Implementierung ins deutsche Kündigungsschutzsystem	319
a) Die Umsetzung durch das HinSchG	319
b) Kündigungsschutz außerhalb des HinSchG	322
 Literaturverzeichnis	 323
Stichwortverzeichnis	346

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für civilistische Praxis
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AfP	Zeitschrift für das gesamte Medienrecht
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
AiB	Arbeitsrecht im Betrieb
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkung
AP	Arbeitsrechtliche Praxis
App.	Beschwerde („Application“)
ArbG	Arbeitsgericht
ArbRAktuell	Arbeitsrecht Aktuell
ArbRB	Arbeitsrechtsberater
ArbSchG	Arbeitsschutzgesetz
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AuR	Arbeit und Recht
AZR	Aktenzeichen
BaFin	Bundesaufsicht für Finanzdienstleistung
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Betriebs-Berater
Bd.	Band
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BeckOK	Beck'scher Onlinekommentar
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
Begr.	Begründer
Beil.	Beilage
Beschl.	Beschluss
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BJ	Betrifft Justiz
BMJV	Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
BR-Drs.	Bundesratsdrucksache
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise

CB	Compliance Berater
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift
CMLRev	Common Market Law Review
CR	Computer und Recht
DB	Der Betrieb
Drs.	Drucksache
DSGVO	Datenschutz-Grundverordnung
Ed.	Edition
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
Einl.	Einleitung
EJCLS	E-Journal of International and Comparative Labour Studies
EKMR	Europäische Kommission für Menschenrechte
ELR	European Law Reporter
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten
ESC	Europäische Sozialcharta
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EUI	European University Institute
EuR	Zeitschrift Europarecht
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZA	Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWSA	Europäischer Wirtschafts- und Sozialausschuss
EzA	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht
f.	folgende
ff.	fortfolgende
FinDAG	Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GA	Generalanwalt
gem.	gemäß
GeschGehG	Geschäftsgeheimnisgesetz
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GK	Große Kammer
GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
GS	Gedächtnisschrift
GWG	Geldwäschegesetz
HinSchG	Hinweisgeberschutzgesetz
HinSch-RL	Hinweisgeberschutz-Richtlinie
h. M.	herrschende Meinung
HRLJ	Human Rights Law Journal
HRLR	Human Rights Law Review
HRRS	Onlinezeitschrift für höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
HSI-Report/Gutachten	Hugo-Sinzheimer-Report/Gutachten

i. E.	im Ergebnis
ILJ	Industrial Law Journal
ILO	Internationale Arbeitsorganisation (International Labour Organization)
i. S. d.	im Sinne des/der
i. S. e.	im Sinne einer/eines
IStR	Internationales Steuerrecht
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
JbArbR	Jahrbuch des Arbeitsrechts
JBusEthics	Journal of Business Ethics
juris	juris (Das Rechtsportal)
jurisPR-ArbR	juris PraxisReport Arbeitsrecht
jurisPR-Compl	juris PraxisReport Compliance & Investigations
jurisPR-StrafR	Juris PraxisReport Strafrecht
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KOM/COM	Dokument der Europäischen Kommission
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
LAG	Landesarbeitsgericht
LAGE	Entscheidungen der Landesarbeitsgerichte
lit.	Buchstabe
LMU	Ludwig-Maximilians-Universität
Ls.	Leitsatz
MiLoG	Mindestlohngesetz
MüKo	Münchener Kommentar
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NGO	Non-governmental organisation
NJW	Neue juristische Wochenschrift
NQHR	Netherlands Quarterly of Human Rights
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZA-RR	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht Rechtsprechungs-Report
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZWSt	Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht
PennLRev	University of Pennsylvania Law Review
QMLJ	Queen Mary Law Journal
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RdA	Recht der Arbeit
RefE	Referentenentwurf
RegE	Regierungsentwurf
RFamU	Recht der Familienunternehmen
RG	Reichsgericht
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer(n)
Rspr.	Rechtsprechung

S.	Satz/Seite
Sekt.	Sektion
sog.	sogenannte (r/s)
SR	Soziales Recht
StGB	Strafgesetzbuch
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
TzBfG	Teilzeit- und Befristungsgesetz
u. a.	und andere/unter anderem
UAbs.	Unterabsatz
v.	vom
vgl.	vergleiche
Vol.	Volume
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
WpHG	Wertpapierhandelsgesetz
WVK	Wiener Konvention über das Recht der Verträge
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
z. B.	zum Beispiel
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht
ZESAR	Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
zit.	zitiert
ZRFC	Zeitschrift für Risk, Fraud & Compliance
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

Einführung

I. Anlass der Untersuchung: Europäisierung des Whistleblower-Schutzes

„Das Richterrecht bleibt unser Schicksal.“¹ Diese Prognose *Gamillschegs* aus dem Jahre 1964 hat sich angesichts der Vielgestaltigkeit des Arbeitsrechts bis heute bewahrheitet.² Dies galt bis zuletzt auch für die kündigungsrechtliche Behandlung des „Whistleblowing“ in Deutschland. Mangels ausdrücklicher allgemeiner Schutznormen für Whistleblower oblag es der Rechtsprechung, die Konflikte durch Konkretisierung kündigungsrechtlicher Generalklauseln (§ 1 KSchG, § 626 BGB) zu lösen. Dabei hat die Rechtsprechung des BAG – insbesondere im Nachgang an eine Entscheidung des BVerfG im Jahr 2001 – Grundsätze für die kündigungsrechtliche Behandlung von Whistleblowing-Konstellationen entwickelt,³ die in ihrer Anwendung jedoch zu Rechtsunsicherheiten führten.⁴ Wegen der Bedeutung des Whistleblowings zur Bekämpfung von Missständen in Wirtschaftsunternehmen⁵ war eine ausdrückliche gesetzliche Regelung zum Schutz von Whistleblowern schon länger geboten. Entsprechende nationale Regelungsvorschläge aus der Wissenschaft⁶ und politische Vorstöße zur Einführung eines allgemeinen expliziten Whistleblower-Schutzes sind allerdings nicht über das Stadium von Initiativen

¹ *Gamillscheg*, AcP 164 (1964), 385 (444).

² Zur Bedeutung *Hanau/Adomeit*, Arbeitsrecht, 2007, S. 25 Rn. 72; *Zöllner*, in: FS-50 Jahre BAG, 2004, S. 1395 ff.

³ BVerfG v. 2. 7. 2001 – 1 BvR 2049/00, NZA 2001, 888; nachfolgend BAG v. 3. 7. 2003 – 2 AZR 235/02, NZA 2004, 427; BAG v. 7. 12. 2006 – 2 AZR 400/05, NZA 2007, 502; BAG v. 27. 9. 2012 – 7 AZR 646/11, AP Nr 240 zu § 626 BGB Rn. 37 f.; BAG v. 15. 12. 2016 – 2 AZR 42/16, NZA 2017, 703 Rn. 1; zur Entwicklung der nationalen Rechtsprechung [Teil 3, A. I. 3.].

⁴ RegE, BT-Drs. 20/3442, S. 1 f.; siehe bereits *Berthold*, Whistleblowing in der Rechtsprechung des BAG, 2010, S. 95 f.; *Fischer-Lescano*, AuR 2016, 4 (7); *Groneberg*, Whistleblowing – Eine rechtsvergleichende Untersuchung, 2011, S. 38; *Neumann*, Whistleblowing – Erfordernis einer Schutzregelung, 2010, S. 119 f.; *Redder*, Verfassungsrechtlicher Schutz von Whistleblowern, S. 39; *Simonet*, RdA 2013, 236 (237).

⁵ Bei einem Drittel der privaten Unternehmen bestehen Studien zufolge Missstände, *Hauser/Bretti-Rainalter/Blumer*, Whistleblowing Report 2021, S. 14; zur Rolle im demokratischen Gemeinwesen *Høedt-Rasmussen/Voorhoof*, NQHR 36 (2018), 3 (3 ff.).

⁶ *Henssler/Preis*, Diskussionsentwurf eines ArbVG, 2006, S. 45 f (§ 78).

hinausgekommen.⁷ In anderen EU-Mitgliedstaaten variierte die bisherige Rechtslage stark.⁸ Nur wenige Länder verfügten über ausdrückliche Regelungen.⁹

Die voranschreitende Harmonisierung der nationalen Arbeitsrechte¹⁰ durch Völker- und Unionsrecht wirkt bis ins Kündigungsschutzrecht hinein.¹¹ Auch für den Konflikt des Whistleblowings gibt es bereits eine Reihe rechtspolitischer Initiativen, die gesetzgeberisches Handeln empfehlen. Dazu zählen Empfehlungen und Resolutionen auf der Ebene des Europarats¹² sowie Aufforderungen des Europäischen Parlaments an die EU-Kommission, das Thema auf die politische Agenda zu setzen. Darüber hinaus existiert verbindliches Völkerrecht, das ihre Signatarstaaten zum Schutz von Whistleblowern verpflichtet.¹³ Daneben sind Kündigungsverfahren von Whistleblowern im Nachgang an eine Offenbarung wegen einer möglichen Verletzung der Meinungsäußerungsfreiheit nach Art. 10 EMRK immer wieder Gegenstand von Verfahren vor dem EGMR.¹⁴ In diese Gemengelage stößt der Erlass der Richtlinie 2019/1937 zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen Unionsrecht

⁷ Entschließung des Bundesrates v. 6.9.2011, BR-Drs. 534/11; Gesetzentwurf SPD-Fraktion v. 7.2.2012, BT-Drs. 17/8567; Gesetzentwurf BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN v. 4.11.2014, BT-Drs. 18/3039 zu den Reformbemühungen *Schiemann*, in: FS-Wessing, 2015, S. 569 (580 ff.).

⁸ *Transparency International*, Whistleblowing in Europe, 2013, S. 24 ff.; *Worth*, Gaps in the System: Whistleblower Laws in the EU, 2018.

⁹ Z. B. Vereinigtes Königreich: Sec. 43 Employment Rights Act 1996 (ERA), Public Interest Disclosure Act 1998 (PIDA); Frankreich: Art. L. 1161-1 Code du Travail (CT); Überblick bei *Forst*, EuZA 2013, 37; *Thüsing/Forst*, in: Whistleblowing – A Comparative Study, 2016, passim.

¹⁰ *Franzen/Gallner/Oetker*, in: EuArbRK, Vorwort zur 1. Aufl.; *Preis/Sagan*, in: *Preis/Sagan*, EuArbR, Vorwort zur 1. Aufl.; zur Entwicklung des europäischen Arbeitsrechts *Sagan*, in: *Preis/Sagan*, EuArbR, 2019, § 1 Rn. 1 ff.; zum Einfluss der GRCh und der EMRK auf das Individualarbeitsrecht *Krebber*, EuZA 2013, 188 ff.; speziell zur EMRK *Nußberger*, AuR 2014, 130 ff.

¹¹ Überblick bei *Preis*, in: APS, Grundlagen A. Rn. 36 ff.

¹² Siehe Resolution 1729(2010); CM/Rec (2014)7; Resolution 2060(2015); Recommendation 2073(2015); Resolution 2300(2019); Recommendation 2162(2019); näher *Fischer-Lescano*, AuR 2016, 4 ff.

¹³ Allgemein: Art. 24 Europäische Sozialcharta (revidiert), ETS Nr. 163, in Kraft getreten 1.7.1999 (im Folgenden: RESC); Art. 5 lit. c Internationale Arbeitsorganisation (ILO), Übereinkommen über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber, 1982, in Kraft getreten 23.11.1985 (im Folgenden: ILO-Übereinkommen Nr. 158). Beide wurden von Deutschland zunächst nicht ratifiziert. Eine Ratifikation der RESC folgte erst jüngst, jedoch mit Vorbehalt hinsichtlich Art. 24 RESC, BGBl. 2020 Teil II Nr. 19, S. 900–935. Für den Bereich der Korruption z. B. Art. 9 CETS Nr. 174 (Civil Law Convention on Corruption, 4.11.1999, ETS No. 174, in Kraft getreten 1.11.2003; Art. 5 United Nations Conventions against Corruption v. 31.10.2003, UNTS Nr. 42146, Bd. 2349 S. 41 (im Folgenden: UNCAC); näher *Fischer-Lescano*, AuR 2016, 48 ff.

¹⁴ EGMR v. 12.2.2008 – App. 14277/04 (*Guja* /J. Moldawien); EGMR v. 21.7.2011 – App. 28274/08 (*Heinisch* /J. Deutschland); EGMR v. 16.2.2021 – App. 23922/19 (*Gawlik* /J. Liechtenstein); EGMR v. 11.5.2021 – App. 21884/18 (*Halet* /J. Luxemburg), nachfolgend EGMR (GK) v. 14.02.2023 – App. 21884/18 (*Halet* /J. Luxemburg).

melden¹⁵, die am 16. Dezember 2019 in Kraft getreten ist. Die Richtlinie zielt darauf ab, die Durchsetzung des Unionsrechts durch die Anhebung des Schutzniveaus für sog. „Hinweisgeber“ zu verbessern. Diese sind gem. Art. 19 lit. a HinSch-RL künftig vor Repressalien, insbesondere vor „Suspendierung, Kündigung oder vergleichbare[n] Maßnahmen“, zu schützen. Wegen der bis dahin fehlenden ausdrücklichen Regelung in Deutschland entstand mit dem Inkrafttreten der HinSch-RL großer Handlungsbedarf.¹⁶ Nachdem die Umsetzungsfrist bereits am 17. Dezember 2021 abgelaufen ist, trat das HinSchG zur Umsetzung schließlich am 2. Juli 2023 in Kraft.¹⁷

II. Konkretisierung der Problemstellung

1. Interessenlagen: Ein Konflikt aus mehreren Perspektiven

Gerade in arbeitsrechtlichen Konstellationen liegt dem Whistleblowing ein Konflikt kollidierender Interessenlagen der Vertragsparteien zugrunde. Der Arbeitgeber hat ein Interesse daran, betriebliche Missstände zu erfahren, um diesen abhelfen zu können. Im gleichen Zuge stellt er Loyalitätserwartungen an seine Beschäftigten, die den arbeitsrechtlichen Rücksichtnahmepflichten entspringen.¹⁸ Der vorliegende Konflikt geht indes über die Interessen der Arbeitsvertragsparteien hinaus.¹⁹ Zumindest mittelbar werden die arbeitsrechtlichen Konstellationen durch die Interessen des von der Meldung Betroffenen beeinflusst. Dazu gehört z. B. die Offenbarung der Identität der verdächtigten oder sonst betroffenen Person. Liegt in dem Hinweis ein öffentliches Interesse begründet, so ist auch ein solches in die Betrachtung einzubeziehen.²⁰ Ein öffentliches Interesse kann in verschiedenen

¹⁵ Richtlinie (EU) 2019/1937 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2019 zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden, ABl. L305/17 ff. (im Folgenden: HinSch-RL).

¹⁶ Bereits vorher kritisch *Fischer-Lescano*, AuR 2016, 48 (56).

¹⁷ Art. 1 Gesetz für einen besseren Schutz hinweisgebender Personen sowie zur Umsetzung der Richtlinie zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden BGBl. I Nr. 140 v. 2. 6. 2023, S. 1–16 (im Folgenden: HinSchG).

¹⁸ *Preis/Reinfeld*, AuR 1989, 361 (370); *Redder*, Verfassungsrechtlicher Schutz von Whistleblowern, 2020, S. 39; Zu betroffenen Rücksichtnahmepflichten *Herbert/Oberrath*, NZA 2005, 193 (194 f.); zur Verschwiegenheitspflicht *Preis*, in: ErfK, BGB § 611a Rn. 811 ff.; zu Handlungs- und Schutzpflichten *Preis*, in: ErfK, BGB § 611a Rn. 840 ff.

¹⁹ Von „Interessenfünfeck“ sprechend *Riesenhuber*, in: FS-Martinek, 2020, S. 673 (674); *Riesenhuber*, Europäisches Arbeitsrecht, 2021, § 15 Rn. 2; siehe auch *Kreis*, Whistleblowing als Beitrag zur Rechtsdurchsetzung, 2017, S. 21 ff.

²⁰ Bereits *Preis/Reinfeld*, AuR 1989, 361 (369); ebenso *Deiseroth*, AuR 2007, 198 (200); *Kreis*, Whistleblowing als Beitrag zur Rechtsdurchsetzung, 2017, S. 114 ff.; *Krause*, SR 2019, 138; *Düsel*, Gespaltene Loyalität – Whistleblowing und Kündigungsschutz, 2008; *Becker*, Anzeigerecht und Anzeigepflicht in der Privatwirtschaft, 2012, S. 80 f.; kritischer *Brungs*,