

# Betriebs Berater

BB

22 | 2023

Recht ... Wirtschaft ... Steuern ... Recht ... Wirtschaft ... Steuern ... Recht ... Wirtschaft ... 30.5.2023 | 78. Jg.  
Seiten 1217–1280

## DIE ERSTE SEITE

**Oliver Korte**, RA/FAHaGesR

Modernisierung des Schiedsverfahrensrechts auf dem Weg

## WIRTSCHAFTSRECHT

**Dr. Marc Ruttloff**, RA, **Dr. Lisa Kappler**, RAin, und **Florian Schuler**, RA

Rechtliche Fallstricke für Unternehmen im Zusammenhang mit Greenwashing – Teil II | 1219

**Dr. Jonas Brueckner**, M. Jur. (Oxford), und **Kira Dahlmann**

Drittstaatensubventionsverordnung – Eine Bestandsaufnahme der geplanten Durchführungsverordnung:  
Was kommt? Was fehlt? | 1224

## STEUERRECHT

**Prof. Dr. Christoph Schmidt**

Die Gebühr für die Antragsbearbeitung eines Vorabverständigungsverfahrens –  
eine kritische Analyse der umfassenden Regelungen des § 89a Abs. 7 und 8 AO – Teil II | 1238

**Florian Habegger**, LL.M. (Taxation), RA/StB, und Dipl.-Finw. (FH) **Sören Rienhöfer**, M.A. (Taxation), StB

Junge Finanzmittel bei Umwandlungen – ungeklärte Praxisfragen | 1242

## BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT

**Dr. Dirk Rabenhorst**, WP/StB

Empfehlung A.5 DCGK 2022 zu Angaben zum internen Kontroll- und zum Risikomanagementsystem –  
Praxiserfahrungen der DAX40-Unternehmen | 1258

## ARBEITSRECHT

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

Die Rolle des Betriebsrats beim Hinweisgeberschutzgesetz | 1269

**Dr. Benedikt Groh**, RA, und **Florian Schulte**, RA/FAArbR

Bildungs(-teil)zeit mit staatlicher Unterstützung? Praxisrelevante Änderungen im  
Sozialrecht geplant | 1273

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

# Die Rolle des Betriebsrats beim Hinweisgeberschutzgesetz

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

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

In ihrer Begründung zum Gesetzesentwurf<sup>1</sup> äußerte sich die Bundesregierung nicht zu den Beteiligungsrechten des Betriebsrats. Die darauffolgende Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses des Bundestages<sup>2</sup> sowie der vorangegangene Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz<sup>3</sup> sprachen das Thema ebenfalls nicht an. Auch die endgültige Fassung des Gesetzes enthält keine Regelungen zum Betriebsrat. Seine Beteiligungsrechte müssten sich somit aus allgemeinen Regeln, insbesondere aus dem BetrVG ergeben.

## II. Unterrichtsrechte, § 80 BetrVG

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

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

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

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

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

richtung nur dann, wenn der Betriebsrat noch die Gelegenheit hat, sich mit der Angelegenheit zu befassen,<sup>8</sup> wobei begehrte Informationen, die aus bereits übermittelten Daten ohne Weiteres abgeleitet werden können oder die der Betriebsrat bereits kennt<sup>9</sup> nicht mitgeteilt werden müssen.

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

## III. Mitbestimmung bei personellen Einzelmaßnahmen, § 99 BetrVG

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

11 Letzteres ist in § 15 I 2 ausdrücklich vorgesehen.

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

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

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

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

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

#### V. Mitbestimmungsrechte nach § 87 BetrVG

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

##### 1. Sperrwirkung des Gesetzes, § 87 I BetrVG

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

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

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

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

##### a) Tatbestand des § 87 I Nr. 1 BetrVG

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

So gibt es Regelungen, die bestimmte Unternehmen im Rahmen des Finanzaufsichtsrechts dazu verpflichten, Hinweisgebersysteme einzurichten. Sowohl Art. 32 MAR<sup>23</sup> als auch Art. 71 III CRD<sup>24</sup> enthalten Verpflichtungen zu der Einrichtung von Hinweisgebersystemen und wurden beide unter anderem mit § 25a I 6 Nr. 3 KWG ins deutsche Recht umgesetzt.<sup>25</sup>

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

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

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

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

### a) Überwachung

#### aa) Datenerhebung

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

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

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

#### bb) Datenverarbeitung

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

Hierbei bedarf es mindestens in einzelnen Überwachungsphasen einer eigenständigen Überwachungswirkung.<sup>37</sup> 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.<sup>38</sup>

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

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

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

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

26 Helm, BB 2018, 1538, 1541.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### cc) Ursprüngliches Kriterium der Unmittelbarkeit

In der Vergangenheit differenzierte das BAG den Begriff der Überwachung anhand des Kriteriums der Unmittelbarkeit.<sup>41</sup> Dieses wurde jedoch im Facebook-Urteil<sup>42</sup> fallen gelassen. Das Urteil befasst sich mit einer Facebook-Homepage eines Unternehmens, auf denen jeder Nutzer in der Form eines Posts oder Kommentars potenziell etwas zu den Arbeitnehmern veröffentlichen kann. Ein Teilnahmerecht nach § 87 I Nr. 6 BetrVG wird dahingehend bejaht. Argumentiert wird anhand des Schutzzwecks der Norm. Obwohl Facebook die Verhaltensdaten der Arbeitnehmer nicht unmittelbar und „automatisch“ erhebe, bestehe gleichwohl ein ständiger Überwachungsdruck, zumal jederzeit zu einem Arbeitnehmer ein Post veröffentlicht werden könnte und der Arbeitgeber damit über die Leistung bzw. das Verhalten des Arbeitnehmer informiert werde.<sup>43</sup>

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

### b) Gegenwärtiges Umsetzungsbeispiel: Whistleblowing-Hotlines

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

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

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

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

## VI. Gründe für BR-Beteiligung unabhängig von der Rechtslage

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

### 1. Akzeptanz in der Belegschaft

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

### 2. Anreize für Präferenz interner vor externer Meldung

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

### 3. Datenschutzrechtliche Rechtsgrundlage (Art. 88 II DSGVO<sup>50</sup>)

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

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

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

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

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

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

45 *Steffen/Stöhr*, RdA, 2017, 43, 50.

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

47 *Mengel*, CCZ, 2008, 85, 90.

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

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

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

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

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

## VII. Zusammenfassung

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

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

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



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



<sup>51</sup> Mengel, Compliance und Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2023, § 7, Rn. 58.

<sup>52</sup> Bayreuther, NZA-Beilage 2022, 20, 22.

<sup>53</sup> Mengel, Compliance und Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2023, § 7 Rn. 65.