

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Band 378

Kündigungsschutz für Whistleblower im Wandel

Von

Laura Feldner



Duncker & Humblot · Berlin

LAURA FELDNER

Kündigungsschutz für Whistleblower im Wandel

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Band 378

Kündigungsschutz für Whistleblower im Wandel

Von

Laura Feldner



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn hat diese Arbeit
im Jahre 2022 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
© 2023 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Rimpar
Druck: CPI books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 0582-0227
ISBN 978-3-428-18853-6 (Print)
ISBN 978-3-428-58853-4 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

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

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit zum Themenkomplex Whistleblowing wurde im Sommer 2022 von der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn als Dissertation angenommen. Das Promotionsverfahren habe ich Ende August 2022 erfolgreich abgeschlossen.

Ich habe die Arbeit Anfang Dezember 2021 noch vor Ablauf der Umsetzungsfrist der für diese Arbeit anlassgebenden sog. Whistleblower-Richtlinie (RL (EU) 2019/1937) sowie vor Vereidung der amtierenden Bundesregierung aus SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP (20. Legislaturperiode) zur Annahme eingereicht. Bis zu diesem Zeitpunkt erschienene Rechtsprechung und Literatur sind berücksichtigt.

Das danach seit April 2022 von der Bundesregierung zur Umsetzung der Whistleblower-Richtlinie in Gang gesetzte und bislang noch andauernde Gesetzgebungsverfahren für ein deutsches Hinweisgeberschutzgesetz konnte ich daher nicht mehr einbeziehen. Insoweit verweise ich auf den beigefügten *Annex*, in dem ich diese jüngste Entwicklung darstelle und zum aktuellen Gesetzentwurf kurz Stellung nehme.

Unbeschadet der anstehenden Verabschiedung eines Umsetzungsgesetzes ist die von mir vorgenommene Analyse der Schutzvorgaben der Whistleblower-Richtlinie schon im Hinblick auf die zukünftig gebotene richtlinienkonforme Auslegung der neuen Regelungen von erheblicher Aktualität und Brisanz für das deutsche (Arbeits-) Recht. Da der Gesetzentwurf zudem nicht alle Fallkonstellationen des Whistleblowings abdeckt, bleibt meine umfassende Analyse des bisherigen Kündigungsschutzes für Whistleblower im deutschen Recht weiterhin von direktem praktischen und wissenschaftlichen Nutzen.

Im Hinblick auf die Anfertigung dieser Arbeit gilt mein besonderer Dank zunächst meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Oliver Mörsdorf, der mich fachlich wie menschlich vertrauensvoll und gewinnbringend zu jeder Zeit meiner Promotionsphase unterstützt und gefördert hat.

Herrn Prof. Dr. Stefan Greiner danke ich für die schnelle Erstellung des Zweitgutachtens.

Besonders und ganz herzlich bedanke ich mich bei meinen Eltern, Sieglinde Feldner und Falko Jeuthe, für ihren unverzichtbaren emotionalen wie fachlichen Beitrag in jeder Phase meiner akademischen Ausbildung. Ihr tiefes Vertrauen in meine Fähigkeiten hat mir stets den erforderlichen Rückhalt und Mut für meinen Weg gegeben.

Auch meiner Schwester, Jana Feldner, und meinem Schwager, Wolfgang Behl, sowie meinen kleinen Nichten, Lotta und Ella, danke ich von Herzen für ihre wertvolle Begleitung während meiner Promotion.

Weiterhin bedanke ich mich bei meinen KollegInnen des Münchener Arbeitsrechts-Teams der Kanzlei Noerr für ihre herausragende fachliche und persönliche Unterstützung während der Erstellung dieser Arbeit. Dabei sind vor allem meine Kollegin Frau Angelika Schmid und mein Kollege Herr Dr. Wolfgang Schelling hervorzuheben, die durch ihre außerordentliche Förderung meines Promotionsvorhabens die Vollendung dieser Dissertation erst möglich gemacht haben.

München, im Februar 2023

Laura Feldner

Inhaltsübersicht

Teil 1

Einleitung, Gegenstand und Aufbau der Untersuchung	23
---	----

Teil 2

Das Phänomen Whistleblowing	27
A. Begriffsbestimmung	27
B. Sozioökonomischer Nutzen	30
C. Förderung der Meldebereitschaft	44

Teil 3

Rechtsquellen des Kündigungsschutzes für Whistleblower	53
A. Nationales Recht	54
B. Unionsrecht	73

Teil 4

Status quo des Kündigungsschutzes für Whistleblower in Deutschland	100
A. Vorüberlegungen	100
B. Zulässigkeit des Whistleblowings („erste Prüfungsebene“)	104
C. Gesamtabwägung („zweite Prüfungsebene“)	193
D. Prozessualer Status quo	197
E. Zwischenergebnis	204

Teil 5

Whistleblower-Richtlinie – Einfluss und Auswirkung	207
A. Kündigungsschutz für Whistleblower im Lichte der Whistleblower-Richtlinie	208

B. Umsetzungsaufgaben für den deutschen Gesetzgeber	304
---	-----

Teil 6

Fazit und Ausblick	329
---------------------------------	-----

Annex	332
--------------------	-----

Literaturverzeichnis	341
-----------------------------------	-----

Stichwortverzeichnis	362
-----------------------------------	-----

Inhaltsverzeichnis

Teil 1

Einleitung, Gegenstand und Aufbau der Untersuchung	23
---	-----------

Teil 2

Das Phänomen Whistleblowing	27
------------------------------------	-----------

A. Begriffsbestimmung	27
B. Sozioökonomischer Nutzen	30
I. Missstände in der Privatwirtschaft	31
1. Beispiele Steuerhinterziehung und Korruption	33
a) Steuerhinterziehung	33
b) Korruption	35
2. Gesellschaftlicher Vertrauensverlust	36
II. Instrument effizienter Rechtsdurchsetzung und Rechtsentwicklung	38
1. Externes Whistleblowing	38
2. Internes Whistleblowing	40
3. Enthüllungen in der Praxis	41
a) Steuerhinterziehung	42
b) Gesundheitsgefährdende Missstände	43
C. Förderung der Meldebereitschaft	44
I. Abschreckungsfaktoren	44
II. Förderansätze	47
1. Direkte und indirekte Anreizfaktoren	47
2. Förderung im amerikanischen und unionalen Recht	48
a) Whistleblowingrecht in den USA	48
b) Whistleblowingrecht in der EU	50

Teil 3

Rechtsquellen des Kündigungsschutzes für Whistleblower	53
A. Nationales Recht	54
I. Einfaches Recht	54
II. Verfassungsrecht	56
1. Grundrechte des Whistleblowers	56
a) Meinungsfreiheit	56
aa) Schutzzumfang	57
bb) Meinungsäußerung durch Whistleblower	58
cc) Anonymes Whistleblowing	58
b) Staatsbürgerliches Anzeigerecht	60
c) Sonstige Grundrechte	62
2. Grundrechte des Arbeitgebers	63
a) Unternehmerfreiheit	63
b) Sonstige Grundrechte	64
3. Konventionsrecht	65
a) Bedeutung im nationalen Recht	66
b) Konventionsrechte des Whistleblowers	69
aa) Meinungsfreiheit	69
bb) Sonstige Konventionsrechte	69
c) Konventionsrechte des Arbeitgebers	70
4. Doppelfunktion der Grundrechte des Whistleblowers	70
B. Unionsrecht	73
I. Primärrecht	73
1. Privatrechtsrelevanz der Unionsgrundrechte	73
2. Unionsgrundrechte des Whistleblowers	76
a) Meinungsfreiheit	76
b) Sonstige Unionsgrundrechte	77
3. Unionsgrundrechte des Arbeitgebers	77
a) Unternehmerische Freiheit	77
b) Sonstige Unionsgrundrechte	79
4. Konventionsrecht	79
II. Sekundärrecht	80
1. Unionale Regelungsbefugnis	81
a) Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung	81
b) Subsidiarität	82
c) Verhältnismäßigkeit	83

- 2. Auslegung 83
 - a) Auslegung im engeren Sinn 84
 - aa) Wortlaut 84
 - bb) Historie 85
 - cc) Systematik 85
 - dd) Telos 86
 - ee) Rechtsvergleichung 86
 - ff) Primärrechtskonformität 87
 - b) Auslegung im weiteren Sinn 87
- 3. Richtlinie als maßgebliche Handlungsform 88
 - a) Umsetzungspflicht 89
 - aa) Gestaltungsspielraum 89
 - bb) Transparenzgebot 91
 - cc) Umsetzungsspielraum zur Regelungsintensivierung 92
 - dd) Überschießende Umsetzung 93
 - b) Auslegungseinfluss 93
 - aa) Regelungen im Anwendungsbereich 93
 - bb) Überschießende Regelungen 96
 - c) Grundrechtlicher Kontrollmaßstab 97
 - aa) Unional vollständig determiniertes Recht 97
 - bb) Unional nicht vollständig determiniertes Recht 98
 - cc) Unional nicht determiniertes Recht 99

Teil 4

Status quo des Kündigungsschutzes für Whistleblower in Deutschland 100

- A. Vorüberlegungen 100
 - I. Gesellschaftliche Haltung 100
 - II. Systematik des Kündigungsschutzrechts 102
- B. Zulässigkeit des Whistleblowings („erste Prüfungsebene“) 104
 - I. Fallgruppen der Rücksichtnahmepflicht 104
 - 1. Verschwiegenheitspflicht 105
 - 2. Pflicht zur Wahrung des Betriebsfriedens 108
 - 3. Pflicht zur Vermeidung von Geschäfts- und Rufschädigungen 109
 - II. Gesetzgeberische Auflösung des Interessenkonflikts 110
 - 1. Einheitliche Kündigungsschutznorm 110
 - 2. Arbeitsrechtliches Maßregelungsverbot 111
 - 3. Sektor- und bereichsspezifische Normen 111
 - a) Strafrechtliche Normen 111

b) Spezialgesetzliche Schutznormen	112
c) Geschäftsgeheimnisgesetz	113
aa) Bedeutung für arbeitsvertragliche Rücksichtnahmepflicht	113
bb) Geschäftsgeheimnis	115
(1) Fehlende Bekanntheit	116
(2) Angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen	116
(3) Schutz illegaler Betriebsinterna	117
(a) Wirtschaftlicher Wert	118
(b) Berechtigtes Geheimhaltungsinteresse	118
(c) Unionale Schutzvorgaben	119
(aa) Wortlaut und Historie	120
(bb) Systematik	122
(cc) Telos	123
(dd) Rechtsvergleichung	124
(ee) Primärrechtskonformität	125
(d) Richtlinienkonforme Auslegung	126
cc) Zulässige Offenlegung	127
(1) Vorrangige Sonderregelungen	127
(2) Whistleblowing-Schutznorm	128
(a) Wortlaut und Systematik	128
(b) Historie und Telos	129
(c) Richtlinienkonforme Auslegung	131
(aa) Geeignetheit vs. Absicht	132
(bb) Sonstige Schutzvoraussetzungen	133
(d) Interessenabwägung im Einzelfall	135
d) Bewertung des gesetzgeberischen Status quo	136
III. Rechtsprechung zum Whistleblowing	137
1. Chronologischer Überblick	137
a) Rechtsprechung im 20. Jahrhundert	137
b) Beschluss des BVerfG aus dem Jahr 2001	138
c) Urteile des BAG aus den Jahren 2003 und 2006	139
d) Urteil des EGMR aus dem Jahr 2011	141
aa) Wesentliche Entscheidungsgrundlagen	142
bb) Prüfkriterienkatalog	143
cc) Bedeutung für das deutsche Recht	146
e) Urteile des BAG aus den Jahren 2012 und 2016	147
2. Prüfkriterienkatalog der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung	148
a) Anwendungsbereich	148
aa) Whistleblowing-Fälle	148

- bb) Sachnahe Fallkonstellationen 150
 - (1) Drohung mit Whistleblowing 150
 - (2) Verwendung von Geschäftsunterlagen 150
- b) Flexibilität 152
- c) Berechtigung der Meldung 153
 - aa) Wissenlich falsche Angaben 155
 - bb) Leichtfertig falsche Angaben 156
 - (1) Abstrakter Prüfungsmaßstab 157
 - (2) Konkretisierung in der Rechtsprechung 158
 - cc) Konventionsrechtliche Schutzvorgaben 160
- d) Motivation des Whistleblowers 162
 - aa) Verwerfliche Motivation 163
 - bb) Berechtigte Interessen 165
 - cc) Mischmotivation 166
- e) Innerbetrieblicher Abhilferversuch 167
 - aa) Stufenverhältnis zulässiger Adressaten 168
 - bb) Konventionsrechtliche Schutzvorgaben 169
 - cc) Fallgruppen der Unzumutbarkeit 173
 - (1) Gesetzliche Anzeige- oder Meldepflicht 174
 - (2) Schwerwiegende Straftaten 174
 - (3) Arbeitgeber oder gesetzlicher Vertreter als Verursacher 175
 - (4) Absehbare Erfolglosigkeit 175
 - (5) Selbstbetroffenheit des Arbeitnehmers 176
 - (6) Sonstige Umstände 177
 - (a) Von Weisungen zu strafbarem Verhalten bis zur Eigenverursachung 177
 - (b) Interne Meldekanäle und Meldepflichten 177
- f) Sonstige Prüfkriterien einer Pflichtverletzung 179
 - aa) Art und Weise des Whistleblowings 180
 - bb) „Falscher“ Meldeadressat 181
 - (1) Interne Meldung 181
 - (2) Externe Meldung 182
- g) Öffentliches Interesse 183
 - aa) Begriffsbestimmung 184
 - bb) Auswirkungen auf die Interessenabwägung 187
- 3. Bewertung des richterrechtlichen Status quo 188
- C. Gesamtabwägung („zweite Prüfungsebene“) 193
 - I. Schaden und Auswirkung der Pflichtverletzung 194
 - II. Gewicht der Pflichtverletzung 194
 - III. Verschuldensgrad 195

IV. Einfluss der Prüfkriterien der „ersten Prüfungsebene“	196
V. Sonstige Abwägungskriterien	197
D. Prozessualer Status quo	197
I. Darlegungs- und Beweislast	198
II. Versteckte Maßregelung	200
III. Rechtstatsächliche Auswirkungen eines Kündigungsstreits	201
E. Zwischenergebnis	204

Teil 5

Whistleblower-Richtlinie – Einfluss und Auswirkung	207
A. Kündigungsschutz für Whistleblower im Lichte der Whistleblower-Richtlinie	208
I. Mehrstufiges Richtlinienziel	209
II. Harmonisierungsgrad	212
III. Unionale Regelungsbefugnis	213
1. Kompetenzgrundlage	213
2. Subsidiarität	215
3. Verhältnismäßigkeit	216
IV. Umsetzungspflicht in deutsches Recht	217
V. Anwendungsbereich	218
1. Sachlicher Anwendungsbereich	218
a) Umfasstes Unionsrecht	218
b) Verhältnis zu bestehendem Sekundärrecht und nationalen Vorschriften	221
aa) Sektor- und bereichsspezifische Regelungen	221
bb) Schutz hochsensibler Informationen und Vertrauensverhältnisse	222
c) Vorliegen eines Verstoßes	224
aa) Rechtswidriges Verhalten	225
bb) Rechtsmissbräuchliches Verhalten	225
cc) Begangene und künftige Verstöße sowie Verschleierungsversuche	227
d) Vorliegen einer Meldung	228
e) Erweiterung auf Maßnahmen vor und nach der Meldung	229
2. Persönlicher Anwendungsbereich	230
VI. Umsetzungsvorgaben	231
1. Schutzvoraussetzungen	232
a) Berechtigung der Meldung	232
aa) Wissentlich falsche Meldungen	233
bb) „Hinreichender Grund zu der Annahme“ der Richtigkeit	234
(1) Wortlaut	235
(2) Historie	235

(3) Systematik	238
(4) Telos	238
(5) Primärrechtskonformität	238
cc) Zukünftige Verstöße	240
b) Motivation des Whistleblowers	240
aa) Konventionsrechtliche Schutzvorgaben	242
bb) Verhältnismäßiger Interessenausgleich	243
c) Mitteilungswege	245
aa) Beschränkung auf bestimmte Adressaten	246
(1) Interne Meldung	246
(2) Externe Meldung	249
(3) Offenlegung	251
bb) Meldung an „falsche“ Meldeadressaten	251
(1) Interne Meldung	251
(2) Externe Meldung	254
cc) Stufenverhältnis zulässiger Adressaten	255
(1) Wortlaut	255
(2) Historie	257
(3) Systematik	261
(4) Telos	262
(5) Primärrechtskonformität	262
(a) Konventionsrechtliche Schutzvorgaben	263
(b) Verhältnismäßiger Interessenausgleich	264
dd) Förderung internen Whistleblowings	268
(1) Staatliche Anreize	268
(a) Finanzielle Belohnung	269
(b) Pflicht zur Aufklärung anonymer interner Meldungen	271
(2) Betriebliche Anreize	272
ee) Offenlegung	274
(1) Mittelbare Offenlegung	274
(a) Geeignete Maßnahmen	274
(b) Schutz irrender Whistleblower	275
(c) Ungeeignete Folgemaßnahmen nach Ablauf der Rückmeldefrist	276
(2) Direkte Offenlegung	278
(a) Unmittelbare oder offenkundige Gefährdung des öffentlichen Interesses	278
(b) Absehbare Erfolglosigkeit einer externen Meldung	279
d) Anonymes Whistleblowing	279
e) Ergänzende Schutzvoraussetzungen	281
aa) „Notwendigkeit“ der Informationsweitergabe	282

bb) Informationsbeschaffung	284
2. Schutzmaßnahmen	285
a) Kündigungsverbot	286
b) Gewährleistung der Rechtsdurchsetzung	288
aa) Darlegungs- und Beweislast	289
(1) Kausalität zwischen Kündigung und Whistleblowing	289
(a) Voraussetzungen der Beweislastumkehr	290
(b) Widerlegung der Kausalitätsvermutung	292
(2) Kündigungsgrund und Zumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses	294
bb) Vermeidung einer Abschreckung	295
cc) Schadenskompensation	297
c) Sanktionen	298
VII. Zwischenergebnis	300
B. Umsetzungsaufgaben für den deutschen Gesetzgeber	304
I. Art der Umsetzung – Artikelgesetz vs. Stammgesetz	304
II. Mindestgeltungsbereich	306
III. Zwingende Umsetzungsvorgaben	308
1. Schutzvoraussetzungen	308
2. Schutzmaßnahmen	311
3. Umsetzungsspielraum zur Regelungsintensivierung	312
a) Ausweitung schutzauslösender Meldeadressaten	313
aa) Interne Meldung	313
bb) Externe Meldung	313
b) Schutz irrender Whistleblower	314
c) Sonstige Regelungsintensivierungen	314
d) Folgen fehlender Regelungsintensivierungen	315
IV. Überschießende Umsetzung	316
1. Ausdehnung auf weitere nationale Rechtsbereiche	317
a) Notwendigkeit	318
aa) Drohende Zweiteilung des Schutzes	318
bb) Beeinträchtigung des Gleichheitssatzes	320
cc) Folgen einer Mindestumsetzung	321
b) Umfang	323
2. Ausdehnung auf Aufdeckung „sonstigen Fehlverhaltens“	326
a) Notwendigkeit	326
b) Umfang	327

Inhaltsverzeichnis	19
--------------------	----

Teil 6

Fazit und Ausblick	329
Annex	332
Literaturverzeichnis	341
Stichwortverzeichnis	362

Abkürzungsverzeichnis

AfD	Alternative für Deutschland
BAG	Bundesarbeitsgericht
BGH	Bundesgerichtshof
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
bzw.	beziehungsweise
CDU	Christlich Demokratische Union Deutschlands
CSU	Christlich-Soziale Union in Bayern
Dax	Deutscher Aktienindex
DDR-Regime	Zeit der Deutschen Demokratischen Republik (1949–1990)
ders.	derselbe
dies.	dieselbe/dieselben
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
ErwGr.	Erwägungsgrund
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EU-Parlament	Europäisches Parlament
EUR	Euro
Euratom	Europäische Atomgemeinschaft
EWSA	Europäischer Wirtschafts- und Sozialausschuss
FDP	Freie Demokratische Partei
gem.	gemäß
GeschGehG	Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen
GeschGehRL	Richtlinie (EU) 2016/943 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 08. Juni 2016 über den Schutz vertraulichen Know-Hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung
GRC	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
HinSchG-E	Entwurf eines Gesetzes für einen besseren Schutz hinweisgebender Personen sowie zur Umsetzung der Richtlinie zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden, 19.09.2022, Deutscher Bundestag Drucksache 20/3442, in einer vom Rechtsausschuss geänderten Fassung, Beschlussempfehlung und Bericht vom 14.12.2022, Deutscher Bundestag Drucksache 20/4909
HUDOC	Human Rights DOCumentation (Datenbank des EGMR)
ICI	Internationales Netzwerk Investigativer Journalisten
i. E.	im Ergebnis
KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
Kommission	Europäische Kommission
LAG	Landesarbeitsgericht
MDK	Medizinischer Dienst der Krankenkassen

Mio.	Millionen
Mitgliedstaaten	Mitgliedstaaten der Europäischen Union
Mrd.	Milliarden
NSA	National Security Agency
NS-Diktatur	Zeit des Nationalsozialismus in Deutschland (1933–1945)
o. D.	ohne Datum
o. S.	ohne Seite
Rat	Rat der Europäischen Union
sog.	sogenannte/r/s
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
u.	und
u. a.	und andere
Unionsrecht	Recht der Europäischen Union
USA	United States of America
USD	US-Dollar
v.	vom
VDW	Vereinigung Deutscher Wissenschaftler e.V.
Verf.	Verfasserin
V-WBRL	Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden, 23.04.2018, 2018/0106(COD)
WBRL	Richtlinie (EU) 2019/1937 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2019 zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden
Ziff.	Ziffer

Im Übrigen wird verwiesen auf *Kirchner*, Hildebert (Begr.), Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 10. Auflage, 2021.

Einleitung, Gegenstand und Aufbau der Untersuchung

Spätestens seit den Enthüllungen Edward Snowdens im Jahr 2013 über Überwachungs- und Spionagetätigkeiten amerikanischer und britischer Geheimdienste, die hierzulande die sog. NSA-Affäre auslösten,¹ ist das Phänomen „Whistleblowing“ in der Öffentlichkeit angekommen und Gegenstand zahlreicher Diskussionen über die Aufdeckung gemeinschädlicher Praktiken staatlicher Stellen oder privater Unternehmen. Während die breite Bevölkerung bei dem Begriff „Whistleblower“² daher wohl in erster Linie an Snowden sowie vielleicht noch an Chelsea Manning (vormals Bradley Manning), die der von dem bekannten Investigativ-Journalisten Julian Assange betriebenen Enthüllungsplattform WikiLeaks im Jahr 2010 unter anderem zahlreiche vertrauliche Informationen über mutmaßliche Kriegsverbrechen der amerikanischen Streitkräfte im Irakkrieg zuspielte,³ oder aus aktuellem Anlass an Frances Haugen, die der Facebook Inc. jüngst öffentlich allgemeingefährdende Praktiken aus Profitsucht vorwarf,⁴ denken dürfte, werden die meisten Menschen selbst öffentlichkeitsintensive Skandale wie etwa „Lux Leaks“ oder „Panama Papers“ schon kaum mehr mit Whistleblowern in Verbindung bringen. Zudem dürfte die Aufdeckung von Missständen außerhalb solch spektakulärer Enthüllungen, bei denen die Sympathie regelmäßig noch auf Seiten des Whistleblowers liegen wird, in kleineren Zusammenhängen, etwa bei Rechtsverstößen in mittelständischen Unternehmen, durchaus eine ambivalente Empfindung auslösen – einerseits Zuspruch zum Bekanntwerden etwa gemeinschädlicher rechtswidriger oder gar strafbarer Handlungen, andererseits (aber auch) Ablehnung eines solchen „undankbaren und unsolidarischen Denunziantentums“ gegenüber dem eigenen Arbeitgeber oder Kollegen. Der potenzielle Nutzen und Mehrwert des Whistleblowings zur Stabilität und Funktionsfähigkeit der Rechtsordnung und des gemeinschaftlichen Miteinanders sowie die dem Whistleblower drohenden Repressalien, etwa sein Arbeitsplatzverlust oder seine strafrechtliche Verfolgung wie im Fall der Whistleblower

¹ Vgl. hierzu etwa Redder, WB, S. 33; Heide/Heide, WB, S. 4; Niesen, in: Spiegel v. 16.02.2017.

² Zur besseren Lesbarkeit wird in dieser Arbeit die männliche Form für die Bezeichnungen bestimmter Personen oder Personengruppen verwendet – natürlich ist aber die weibliche Form sowie jede andere Art von Geschlechteridentität stets mitumfasst.

³ Etwa Wiedmann/Seyfert, CCZ 2019, 12; Sterz, in: Deutschlandfunk v. 21.10.2020; Leyendecker, in: SZ v. 06.08.2013; Handelsblatt, Artikel v. 04.06.2013.

⁴ Für viele Havertz, in: ZeitOnline v. 05.10.2021; Beutelsbacher/Meyer, in: Welt v. 05.10.2021.

Snowden und Manning, treten in der öffentlichen Wahrnehmung schnell in den Hintergrund und sind vielen Menschen nicht bewusst.

Auf internationaler Ebene wird allerdings bereits seit Jahren durch verschiedene Organisationen, Interessenvertretungen und auch in transnationalen Abkommen nachdrücklich auf die besondere Bedeutung des Whistleblowings für die Bekämpfung großer wie kleiner Missstände im staatlichen wie im privaten Sektor und für die Stabilität und Transparenz der Demokratie und des Rechtsstaates hingewiesen und ein besserer Schutz durch gesetzliche Regelungen gefordert, um Abschreckungsfaktoren und Meldehemmnisse abzubauen.⁵ Auch im rechtswissenschaftlichen Schrifttum wurde die Thematik des Whistleblowings in den vergangenen Jahren bereits aus unterschiedlichsten Perspektiven näher beleuchtet.⁶ Die am 16. 12. 2019 in Kraft getretene Richtlinie des Europäischen Parlaments (EU-Parlament) und des Rates der Europäischen Union (Rat) zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden, sog. Whistleblower-Richtlinie (WBRL),⁷ gibt aktuell konkreten Anlass zu einer vertieften Hintergrundbeleuchtung und Standortbestimmung des Umgangs mit dem Phänomen Whistleblowing im deutschen und unionalen Recht. Es stellt sich die Frage nach dem konkreten Nutzen des Whistleblowings, der diese besondere „Schutzinitiative“ rechtfertigt sowie nach dem bisherigen deutschen Schutzniveau für Whistleblower und den Auswirkungen auf diesen Status quo durch die verpflichtende Umsetzung der WBRL in nationales Recht. Diese Untersuchung ist umso mehr von aktueller Brisanz, als ihre Umsetzung an sich bis zum 17. 12. 2021 erfolgen muss, aber das Gesetzgebungsverfahren aufgrund von Differenzen in der derzeit (noch) kommissarisch amtierenden Bundesregierung im April 2021 ins Stocken geriet und aufgrund der Bundestagswahl im September 2021 beendet wurde, wodurch der Umsetzungsprozess vorerst zum Stillstand gekommen ist.⁸

Insbesondere vor dem Hintergrund jüngster Wirtschaftsskandale wie „Wilke-Wurst“ oder „Wirecard“,⁹ die hierzulande den Ruf nach einem stärkeren „Einsatz“ von Whistleblowern zur rechtzeitigen Aufdeckung illegaler Praktiken in privaten Unternehmen (wieder) lauter werden ließen, beschränkt sich der Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit dabei auf das Whistleblowing eines Arbeitnehmers in der Privatwirtschaft und seinen Schutz vor einer hierdurch veranlassten Kündigung. Unter Zugrundelegung des Arbeitnehmerbegriffs im Sinne des § 611a Abs. 1 S. 1 BGB werden daher in persönlicher Hinsicht nur Personen erfasst, die durch einen

⁵ Vgl. hierzu etwa *Fischer-Lescano*, AuR 2016, 4, 7 ff.; *Forst*, EuZA 2013, 37, 44 ff.; *Reufels*, in: FS Moll, S. 565, 566 f.; *Siemes*, WBRL, S. 44; DGB, Stellungnahme v. 05.07.2018, S. 2; CoE, CM/Rec(2014)7; PACE, Resolution 1729 (2010).

⁶ Etwa aus verfassungsrechtlicher (*Redder*, WB (2020)), rechtsvergleichender (*Gerdemann*, WB (2018)) oder gesellschaftlich-rechtsstaatlicher Perspektive (*Kreis*, WB (2017)).

⁷ Richtlinie (EU) 2019/1937 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2019 zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden.

⁸ Für viele *Gloeckner/Metzner*, CCZ 2021, 256; *Steinhauser/Kreis*, EuZA 2021, 422, 432; *Siemes*, WBRL, S. 123; SZ, Artikel v. 28.04.2021.

⁹ Vgl. hierzu noch in Teil 2, B.I.

Arbeitsvertrag „im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet [werden]“.¹⁰ Gerade der Verlust ihres Arbeitsplatzes stellt einen zentralen Abschreckungsfaktor für meldewillige Arbeitnehmer dar und der Schutz vor dieser besonders einschneidenden Maßnahme ist deshalb auch ein wesentliches Anliegen der WBRL.

Nachfolgend wird zunächst zur allgemeinen Einbettung eine generelle Begriffsbestimmung des Phänomens „Whistleblowing“ bzw. „Whistleblower“ vorgenommen (Teil 2, A.). Die anschließende Untersuchung des sozioökonomischen Nutzens des Whistleblowings als Hintergrund der durch die WBRL forcierten Schutzinitiative erfolgt hingegen entsprechend des eingegrenzten Untersuchungsgegenstandes nur im Hinblick auf die Privatwirtschaft (Teil 2, B.), während die Einordnung des betrachteten Kündigungsschutzes als Mittel zum Abbau von Meldehemmnissen zum besseren Verständnis in das Verhältnis zu anderen Anreizfaktoren gestellt wird (Teil 2, C.). Eine Darstellung der Rechtsquellen des Kündigungsschutzes für Whistleblower im nationalen einfachen Recht und Verfassungsrecht sowie im unionalen Primär- und Sekundärrecht einschließlich ihrer jeweiligen Bezüge zur Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) wird „vor die Klammer gezogen“ (Teil 3, A. und Teil 3, B.), um auf diese dogmatisch-rechtssystematischen Erkenntnisse in den nachfolgenden Untersuchungen zurückgreifen zu können. Die Analyse und Bewertung des bisherigen Status quo des deutschen Kündigungsschutzes für Whistleblower in der Privatwirtschaft beginnt mit einem kurzen Blick auf die hiesige gesellschaftliche Haltung ihnen gegenüber (Teil 4, A.I.) und auf die Systematik des nationalen Kündigungsschutzrechts (Teil 4, A.II.). Sodann befasst sie sich eingehend mit der in erster Linie für den Kündigungsschutz eines Whistleblowers maßgeblichen Zulässigkeit seines Whistleblowings (Teil 4, B.), wobei hier neben nur sektor- und bereichsspezifischen gesetzlichen Regelungen (Teil 4, B.II.) die von der Rechtsprechung entwickelten Ansätze und Prüfkriterien im Mittelpunkt stehen (Teil 4, B.III.). Nach Erörterung der Gesamtabwägung auf zweiter Ebene der Rechtmäßigkeitsprüfung einer Kündigung (Teil 4, C.) und der prozessualen Situation des Whistleblowers im Kündigungsschutzverfahren (Teil 4, D.) werden die so gefundenen Erkenntnisse zum bisherigen nationalen Kündigungsschutzniveau in einem zweiten Schritt mittels einer Auseinandersetzung mit deren Richtlinienziel, Harmonisierungsgrad, Rechtsetzungsgrundlagen, Umsetzungsbefehl und Anwendungsbereich (Teil 5, A.I.–Teil 5, A.V.) sowie ihren einzelnen Schutzvoraussetzungen und Schutzmaßnahmen (Teil 5, A.VI.) an den unionsrechtlichen Umsetzungsvorgaben der WBRL gemessen. Dadurch lassen sich die anstehenden Auswirkungen und Veränderungen im deutschen Recht aufzeigen und zudem konkrete Vorschläge für die unmittelbar bevorstehende Umsetzung der WBRL in deutsches Recht herleiten, die anschließend nochmals zusammengefasst (Teil 5, B.I.–Teil 5, B.III.) und um Empfehlungen zu einer überschießenden Umsetzung ergänzt werden (Teil 5, B.IV.). Abgeschlossen wird die vorliegende Un-

¹⁰ Vgl. hierzu für viele etwa *ErfK/Preis*, § 611a BGB, Rn. 8 ff.; *Jauernig/Mansel*, § 611a BGB, Rn. 3 ff.