

---

# Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht

Zweiwochenschrift für die betriebliche Praxis

## NZA Online Aufsatz 1/2011

5. Juli 2011 · 28. Jahrgang · Seite 1–5

In Zusammenarbeit mit der Neuen Juristischen Wochenschrift herausgegeben von:

Prof. Dr. Jobst-Hubertus Bauer, Rechtsanwalt, Stuttgart – Prof. Dr. Johannes Peter Francken, Präsident des LAG Baden-Württemberg a. D., Freiburg – Edith Gräfl, Vorsitzende Richterin am BAG, Erfurt – Dr. Thomas Klebe, Justitiar der IG Metall, Frankfurt a. M. – Wolfgang Koberski, Vorstand bei den Sozialkassen des Baugewerbes, Wiesbaden – Prof. Dr. Eckhard Kreßel, Leiter Personal- und Arbeitspolitik der Daimler AG, Stuttgart – Prof. Dr. Klaus Neef, Rechtsanwalt, Hannover – Prof. Dr. Ulrich Preis, Universität zu Köln – Prof. Dr. Reinhard Richardi, Universität Regensburg – Prof. Dr. Rainer Schlegel, Abteilungsleiter im Bundesministerium für Arbeit und Soziales, Berlin – Ingrid Schmidt, Präsidentin des BAG, Erfurt – Prof. Dr. Klaus Schmidt, Präsident des LAG Rheinland-Pfalz a. D., Heidelberg – Prof. Dr. Achim Schunder, Rechtsanwalt, Frankfurt a. M. – Prof. Dr. Ulrike Wendeling-Schröder, Universität Hannover – Prof. Dr. Hellmut Wißmann, Präsident des BAG a. D., Erfurt

Schriftleitung: Prof. Dr. Klaus Schmidt, Prof. Dr. Achim Schunder und Dr. Jochen Wallisch  
Beethovenstr. 7b, 60325 Frankfurt a. M.

---

---

### Online-Aufsatz

---

Rechtsanwalt Dr. Stephan Fahrig\*

## Die Zulässigkeit von Whistleblowing aus arbeits- und datenschutzrechtlicher Sicht

Der folgende Beitrag befasst sich mit dem so genannten Whistleblowing. Zunächst stellt der Verfasser dar, was überhaupt unter der Form des Whistleblowings zu verstehen ist, welches Unternehmen zunehmend von den Arbeitnehmern verlangen. Im Anschluss geht der Verfasser dann auf die Zulässigkeit derartiger Whistleblowing-Verpflichtungen ein. Die Zulässigkeit des Whistleblowings soll dabei dann sowohl aus arbeits- als auch aus datenschutzrechtlicher Sicht erläutert werden.

### I. Whistleblowing

Unter Whistleblowing<sup>1</sup> im vorliegend interessierenden Umfang versteht man, wenn ein Unternehmen die Arbeitnehmer verpflichtet, Kenntnisse über Fehlverhalten von anderen Arbeitnehmern dem Unternehmen anzuzeigen. Entscheidendes Kriterium ist hierbei, dass die Arbeitnehmer zum Whistleblowing verpflichtet werden und es sich nicht um einen bloßen unverbindlichen Verhaltensappell oder eine Bitte an die Arbeitnehmer handelt<sup>2</sup>. Im Unterschied zu diesem auf Initiative eines Unternehmens eingeführten – und aus Unternehmenssicht häufig als „gutes“ bezeichnete – Whistleblowing steht die Form des Whistleblowings, welches seine Grundlage in der Initiative der Arbeitnehmer findet und welches in der Regel das Fehlverhalten und die Verstöße auf Seiten des Arbeitgebers betrifft<sup>3</sup>.

Für die Einführung der vorliegend interessierenden Form des Whistleblowings entscheiden sich Unternehmen regelmäßig im Zusammenhang mit einer Compliance-Organisation; so

ist das Whistleblowing bzw. eine entsprechende Whistleblowing-Klausel häufig Bestandteil eines Verhaltenskodexes. Motivation für ein Unternehmen ist hierbei regelmäßig, dass das Whistleblowing die Möglichkeit bietet, Fehlverhalten und Verstöße anderer Arbeitnehmer aufzudecken<sup>4</sup>. Bei einer entsprechend effektiven Organisation des Whistleblowing-Verfahrens eröffnen sich dem Unternehmen die Möglichkeiten, die Gefahr von Fehlverhalten und nicht selten die Existenz bedrohende Handlungen zu verringern<sup>5</sup>; dies nicht zuletzt vor dem Hintergrund, dass auf diese Weise nicht nur Verstöße der Arbeitnehmer ermittelt, sondern auch eine Vielzahl weiterer Fehlerquellen lokalisiert werden können. Beispiel für eine klassische Whistleblowing-Klausel ist:

*Arbeitnehmer müssen (mutmaßliche) Verstöße anderer Arbeitnehmer gegen arbeitsvertragliche Pflichten umgehend*

---

\* Der Autor ist Rechtsanwalt bei der KPMG Rechtsanwaltsgesellschaft mbH in Essen.

1 Der Begriff Whistleblowing entstammt dem angloamerikanischen Rechtskreis und leitet sich aus dem englischen „to blow a whistle on someone“ ab. Whistleblowing kann mit „Verpfeifen“ oder „Hinweis geben“ übersetzt werden.

2 Mahnhold, NZA 2008, 737 (738); Meyer, VW 2008, 950 (951); Ohlen-dorff/Bünning, AuA 2006, 200 (202).

3 BAG (3. 7. 2003), NZA 2004, 427 = NJW 2004, 1547; Müller, NZA 2002, 424 m. w. Nachw.

4 Eisenbeis/Nießen, in: Festschr. f. Leinemann, 2006, S. 697 (703); v. Stei-nau-Steinrück/Glanz, NJW-Spezial 2008, 146; Herbert/Oberath, NZA 2005, 193 (194); Mengell/Hagemeister, BB 2007, 1386; Schuster/Dar-sow, NZA 2005, 273 (276); Wisskirchen/Körber/Bissels, BB 2006, 1567.

5 Berndt/Hoppler, BB 2005, 2623.

melden. Hierfür haben alle Arbeitnehmer Zugang zu einer Telefon-Hotline (Whistleblowing-Hotline), die rund um die Uhr von einem professionellen, unabhängigen Auftragnehmer besetzt ist.

## II. Individualarbeitsrechtliche Zulässigkeit von Whistleblowing

Hinsichtlich der Zulässigkeit von Whistleblowing ist zunächst festzuhalten, dass die Rechtsprechung in ihren Entscheidungen bisher nicht ausdrücklich Position bezogen hat. Allerdings ist aus dem Umstand, dass die Rechtsprechung Whistleblowing-Verpflichtungen als Bestandteil von Verhaltenskodexen gebilligt hat, davon auszugehen, dass derartige Verpflichtungen nach der Rechtsprechung grundsätzlich möglich sind<sup>6</sup>. Dies zumindest dann, wenn bei der Einführung des Whistleblowings sämtliche gesetzlichen Vorgaben beachtet werden.

Hiervon ausgehend ist im Hinblick auf die Frage, ob ein Unternehmen die Arbeitnehmer zum Whistleblowing verpflichten kann, zunächst die individualarbeitsrechtliche Zulässigkeit von Whistleblowing von Bedeutung. Zulässig ist ohne Weiteres das Whistleblowing, bei dem die Arbeitnehmer in dem Umfang verpflichtet werden, in dem ein Unternehmen mittels einer Whistleblowing-Verpflichtung ausschließlich gesetzliche Regelungen wiedergibt oder die Arbeitnehmer lediglich auf die ohnehin bestehenden arbeitsvertraglichen Nebenpflichten in Bezug auf deren Meldepflichten hingewiesen werden<sup>7</sup>. In diesen Fällen bewirkt die Verpflichtung zum Whistleblowing dann nur eine deklaratorische Niederlegung der bestehenden Verpflichtungen der Arbeitnehmer<sup>8</sup>. Entsprechende Verpflichtungen der Arbeitnehmer bestehen immer, wenn eine Güterabwägung zwischen den betroffenen Rechten und Interessen der Arbeitnehmer und den die Beschränkung dieser Rechte rechtfertigenden Rechten und Interessen des Unternehmens ergibt, dass die Arbeitnehmer dem Unternehmen bestimmte Sachverhalte melden müssen<sup>9</sup>. Als Nebenpflicht im vorgenannten Sinne besteht nach der ständigen Rechtsprechung und der Literatur die Verpflichtung der Arbeitnehmer, in den folgenden Fällen eine Meldung zu machen<sup>10</sup>:

- bei Schäden, die im eigenen Pflichtenkreis drohen oder passiert sind<sup>11</sup>,
- bei Schädigungen durch einen anderen Arbeitnehmer, über den eine generelle Überwachungspflicht oder zumindest eine aktualisierte Kontroll- und Überwachungspflicht besteht<sup>12</sup> oder
- wenn dem Unternehmen durch einen anderen Arbeitnehmer erhebliche Schädigungen drohen<sup>13</sup>.

Da allerdings keine allgemeine Melde- und Anzeigepflicht der Arbeitnehmer besteht, sind Vorgaben, die den Arbeitnehmer pauschal verpflichten, sämtliches Fehlverhalten der anderen Arbeitnehmer bis hin zu Informationen über deren private Lebensumstände dem Unternehmen gegenüber anzuzeigen, unzulässig<sup>14</sup>. Die individualarbeitsrechtliche Zulässigkeit einer über das deklaratorische Maß hinaus gehenden Verpflichtung zum Whistleblowing bestimmt sich dementsprechend nach dem Direktionsrecht nach § 106 GewO. Nach § 106 S. 1 GewO kann ein Unternehmen Ort, Zeit und Art der Arbeitsleistung bestimmen, § 106 S. 2 GewO ermöglicht daneben die Erteilung von Weisungen bezüglich des Ordnungsverhaltens der Arbeitnehmer<sup>15</sup>. Da der Wortlaut des § 106 GewO in Bezug auf Whistleblowing insoweit offen ist, ist die Verpflichtung zum Whistleblowing zunächst erst einmal nicht ausgeschlossen, sondern dementsprechend ohne

Weiteres möglich<sup>16</sup>. Entscheidend ist allerdings, dass das Unternehmen bei der Ausgestaltung des Whistleblowings die Grenzen des Direktionsrechts beachtet. Grenzen des Direktionsrechts sind der Arbeitsvertrag, eine bereits vorgenommene verbindliche Konkretisierung des Direktionsrechts, eine betriebliche Übung, Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen sowie unmittelbar das Gesetz. Darüber hinaus muss das Unternehmen bei der Ausübung des Direktionsrechts die Grenze des „billigen Ermessens“ wahren. Dies bedeutet, dass das Whistleblowing infolge von Interessen und Rechten des Unternehmens gerechtfertigt sein muss und es nicht die Arbeitnehmer in ungerechtfertigter Weise beeinträchtigt<sup>17</sup>. Zu Gunsten des Unternehmens ist in diesem Zusammenhang zunächst zu berücksichtigen, dass die Entscheidung, die Arbeitnehmer zum Whistleblowing zu verpflichten, Ausfluss der unternehmerischen Entscheidungs- und Betätigungsfreiheit nach Art. 12 I, 14 GG ist, welche die Arbeitnehmer grundsätzlich zu respektieren haben. Zudem spricht zu Gunsten des Unternehmens, dass dieses ein berechtigtes Interesse an der Aufdeckung von Fehlverhalten bzw. Verstößen der Arbeitnehmer und der Übermittlung der entsprechenden Informationen hat<sup>18</sup>. Die vorgenannten Interessen und Rechte sind mithin auf Seiten des Unternehmens in Ansatz zu bringen und mit denen der Arbeitnehmer in Einklang zu bringen. Auf Seiten der Arbeitnehmer, also der Whistleblower, sind als schutzwürdige Interessen insbesondere deren Grundrechte aus Art. 5, 12 und Art. 2 GG zu berücksichtigen<sup>19</sup>. Letzteres vor allem auch deshalb, da sich die Arbeitnehmer zudem zum Denunziantentum verpflichtet fühlen können und eine Verpflichtung zum Whistleblowing dementsprechend als einen

6 BAG (22. 7. 2008), BAGE 127, 146 = NZA 2008, 1248 = NJW 2008, 3731; LAG Düsseldorf (14. 11. 2005), NZA-RR 2006, 81.

7 BAG (12. 1. 2006), NZA 2006, 917 = AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 53 = NJW 2006, 2348 L; Barthell/Huppertz, AuA 2006, 204 (205); ErfK/Wank, 10. Aufl. (2010), § 16 ArbSchG Rdnr. 1, sowie § 17 ArbSchG Rdnr. 2; Moll/Reinfeld, MAH ArbR, 2. Aufl. (2009), § 31 Rdnr. 28; Erman/Edenfeld, BGB, 12. Aufl. (2008), § 611 BGB Rdnrn. 482 ff.; Kock, MDR 2006, 673 (674); Mengel/Hagemeyer, BB 2007, 1386 (1389).

8 LAG Düsseldorf, NZA-RR 2006, 81 (84); Barthell/Huppertz, AuA 2006, 204 (205); Deimert, AuR 2008, 90 (91); ErfK/Preis (o. Fußn. 7), § 611 BGB Rdnr. 736; Kock, ArbRB 2006, 116 (117); ders., MDR 2006, 673 (674); Schaub/Linck, ArbR-Hdb., 13. Aufl. (2009), § 53 Rdnr. 14.

9 BGH (23. 2. 1989), NJW-RR 1989, 614 = AP BGB § 611 Treuepflicht Nr. 9; LAG Berlin (9. 1. 1989), BB 1989, 630; Graser, Whistleblowing, 2000, S. 120; Müller, NZA 2002, 424 (430); Diller, DB 2004, 313 (314); Schaub/Linck (o. Fußn. 8), § 53 Rdnr. 14.

10 BAGE 107, 36 = NZA 2004, 427 = NJW 2004, 1547 = AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 45; LAG Berlin (9. 1. 1989), BB 1989, 630 = BeckRS 1989, 30454810; ErfK/Preis (o. Fußn. 7), § 611 BGB Rdnrn. 735 ff.; Moll/Reinfeld (o. Fußn. 7), § 31 Rdnr. 26.

11 BAG (18. 1. 2000), BAGE 93, 179 = NZA 2000, 1157 = NJW 2001, 92 = AP MuSchG 1968 § 5 Nr. 1; Erman/Edenfeld (o. Fußn. 7), § 611 BGB Rdnrn. 505 ff.

12 BAG (18. 6. 1970), BAGE 22, 375 = NJW 1970, 1861 = AP BGB § 611 Haftung des Arbeitnehmers Nr. 57.

13 BGH, NJW-RR 1989, 614 = AP BGB § 611 Treuepflicht Nr. 9; LAG Berlin, BB 1989, 630 = BeckRS 1989, 30454810.

14 Lösler, WM 2007, 676 (678).

15 Mengel, Compliance und Arbeitsrecht, 2009, S. 12 ff.; Müller-Glöge, in: MünchKomm, 5. Aufl. (2009), § 611 BGB Rdnr. 1022.

16 A. A. Schuster/Darsow, NZA 2005, 273 (276). Nach Schuster/Darsow sind die Meldepflichten abschließend, die aus den Nebenpflichten resultieren und jedem Arbeitsverhältnis immanent sind.

17 LAG Düsseldorf, NZA-RR 2006, 81; Mahnhold, Compliance und Arbeitsrecht, 2004, S. 136, 143.

18 Mahnhold, NZA 2008, 737 (738); Salg, Forum Wirtschaftsethik, Nr. 2/2008, 53; Wolz, Whistle Blowing und Concern Management, 2007, S. 21; a. A. Däubler/Hjort/Hummel/Wolmerath/Kreuder, ArbR, 1. Aufl. (2008), § 611 BGB Rdnr. 495. Nach Kreuder ist eine konstitutive Whistleblowing-Klausel per se unzulässig und dementsprechend unzulässig.

19 ErfK/Dieterich (o. Fußn. 7), Art. 5 GG Rdnr. 16; Mahnhold, NZA 2008, 737 (738); Triskatis, Ethikrichtlinien, 2009, S. 219.

noch weit schwerwiegenderen Eingriff in ihre Rechte empfinden können, als dies objektiv der Fall ist<sup>20</sup>. Die entsprechende Beeinträchtigung der Grundrechte der Arbeitnehmer hat zur Folge, dass zwischen den beeinträchtigten Schutzgütern einzelabhängige Interessenabwägungen vorzunehmen sind, was letztlich dazu führt, dass eine Whistleblowing-Verpflichtung nicht unbegrenzt möglich ist. Dies bedeutet, dass die Arbeitnehmer pauschal nicht verpflichtet werden können, jeden möglichen Verstoß anderer Arbeitnehmer anzuzeigen. Das Whistleblowing darf sich insoweit ausschließlich auf „anzeigenswertes Verhalten“ anderer Arbeitnehmer beziehen; beispielsweise bedeutet dies bezogen auf die Einführung von Whistleblowing als Bestandteil eines Verhaltenskodexes, dass der Verhaltenskodex im Übrigen lediglich solche Vorgaben enthalten sollte, die alle anzeigenswert sind, denn auf diese kann sich dann auch die Whistleblowing-Verpflichtung erstrecken. Anders wäre es, wenn sich die Verpflichtung zum Whistleblowing auch auf banale Pflichten der Arbeitnehmer erstreckt, wie beispielsweise die Nutzung der Energieressourcen im täglichen Büroalltag, deren Missachtung dann auch zu melden wäre. Denn in derart banalen Fällen wäre die Meldepflicht als zwingende Verpflichtung den Arbeitnehmern nicht zumutbar, da das Unternehmen kein höher zu bewertendes Informationsinteresse darlegen könnte. Maßstab für das Interesse des Unternehmens sollte dabei immer sein, dass das Unternehmen die Arbeitnehmer zur Aufdeckung sämtlicher Sachverhalte verpflichten kann, die arbeitsrechtliche Sanktionen für den sich unsachgerecht verhaltenden Arbeitnehmer nach sich ziehen können. In diesen Fällen – vor allem, wenn das Unternehmen den sich unsachgerecht verhaltenden Arbeitnehmer abmahnen kann – besteht ein berechtigtes Interesse des Unternehmens an der Sachverhaltsaufklärung und damit an der Einführung einer entsprechenden Whistleblowing-Verpflichtung<sup>21</sup>.

Hinsichtlich der Frage, welche Möglichkeiten einem Unternehmen über das Direktionsrecht nach § 106 GewO zustehen, eine Whistleblowing-Verpflichtung einzuführen, ist festzuhalten, dass ein Unternehmen Arbeitnehmer grundsätzlich dazu verpflichten kann, Verstöße oder Fehlverhalten anderer Arbeitnehmer aufzudecken. Die Grenze in Bezug auf die Einführung einer Whistleblowing-Verpflichtung gemäß dem allgemeinen Direktionsrecht ist nur dann überschritten, wenn die Anzeige den Arbeitnehmern nicht mehr zumutbar ist. Dies ist aber nur dann der Fall, wenn das Unternehmen kein berechtigtes Interesse an der Aufdeckung eines bestimmten Sachverhalts und der Übermittlung der Informationen hat.

### III. Kollektivarbeitsrechtliche Zulässigkeit von Whistleblowing

Sofern die Verpflichtung zum Whistleblowing individualarbeitsrechtlich zulässig ist, schließt sich für ein Unternehmen mit Betriebsrat die Frage an, ob und in welchem Umfang Beteiligungsrechte des Betriebsrats zu beachten sind. Zentraler Mitbestimmungstatbestand hierfür ist § 87 I Nr. 1 BetrVG, wonach der Betriebsrat bei sämtlichen Maßnahmen mitzubestimmen hat, die das Ordnungsverhalten der Arbeitnehmer im Betrieb betreffen. Zwecks Beurteilung der Mitbestimmungspflichtigkeit nach § 87 I Nr. 1 BetrVG ist dabei zu differenzieren zwischen der Regelung des Ob und der Regelung des Wie des Whistleblowings<sup>22</sup>. Das Ob des Whistleblowings, also die Auferlegung von Meldepflichten, ist nach § 87 I Nr. 1 BetrVG mitbestimmungspflichtig, da die Pflicht der Arbeitnehmer, sich an das Unternehmen zu wenden, zwangsnotwendig auch das Miteinander der Arbeitnehmer im Unternehmen beeinflusst<sup>23</sup>. Dass durch die Meldepflicht

sowohl das Verhältnis der Arbeitnehmer untereinander als auch das Verhältnis der Arbeitnehmer zum Unternehmen mitbestimmt wird, beruht darauf, dass die Meldepflicht Einfluss auf die Offenheit der Arbeitnehmer im Umgang miteinander sowie auf die Unbefangenheit der Arbeitnehmer beim Zusammenwirken und Zusammenleben im Unternehmen hat<sup>24</sup>. Sofern den Arbeitnehmern darüber hinaus auch das Verfahren vorgegeben wird, wie etwaiges Fehlverhalten anderer Arbeitnehmer zu melden ist, ergibt sich aber auch allein hieraus das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 I Nr. 1 BetrVG, da die einzelnen Arbeitnehmer nicht mehr frei entscheiden können, in welcher Weise sie die Meldepflicht vornehmen<sup>25</sup>.

Neben dem Mitbestimmungstatbestand des § 87 I Nr. 1 BetrVG hat ein Unternehmen bei der Einführung von Whistleblowing regelmäßig auch § 87 I Nr. 6 BetrVG Rechnung zu tragen. Hiernach hat der Betriebsrat mitzubestimmen, wenn mit der jeweiligen Maßnahme die Einführung und Anwendung von technischen Einrichtungen einhergeht, die dazu bestimmt sind, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen<sup>26</sup>. Erfüllt ist dieser Mitbestimmungstatbestand, wenn im Rahmen des Whistleblowing-Systems eingehende Meldungen aufgezeichnet werden oder auf Grund der Erfassung von Daten eine Identifizierung des Whistleblowers möglich ist<sup>27</sup>. Demgegenüber ist der Mitbestimmungstatbestand des § 87 I Nr. 6 BetrVG nicht erfüllt, wenn von dem Whistleblowing-System keine eigenständige Kontrollwirkung ausgeht<sup>28</sup>. Dies ist vor allem dann der Fall, wenn beispielsweise von einer eingerichteten Telefon-Hotline nebst der mit ihr einhergehenden technischen Umsetzung für sich genommen keinerlei Überwachungswirkung ausgeht<sup>29</sup>, also die Telefon-Hotline ausschließlich zur Übermittlung der Informationen dient.

### IV. Datenschutzrechtliche Zulässigkeit von Whistleblowing

Mit der Einführung von Whistleblowing gehen in der Regel die Erhebung, Übermittlung und Speicherung von personenbezogenen Daten mit der Folge einher, dass ein Unternehmen die Vorschriften des Datenschutzrechts einzuhalten hat. Betroffene Personengruppe sind dabei zunächst die zur Meldung verpflichteten Arbeitnehmer, sofern nicht ausnahmsweise die Meldung anonym erfolgen kann. Von dieser Personengruppe werden im Rahmen des Whistleblowings neben Sachverhaltsangaben regelmäßig Angaben wie Name des Whistleblowers und auch Position im Unternehmen aufgenommen. Daneben sind als weitere Personengruppe die im Rahmen des Whistleblowings verdächtigten Arbeitnehmer betroffen. Deren personenbezogene Daten werden erhoben,

20 *Berndt/Hoppler*, BB 2005, 2623; *Deinert*, AuR 2008, 90 (91); *Hoffmann*, ZCG 2006, 121 (126); *Schneider*, AiB 2008, 177; *Sieg*, in: *Festschr. f. Buchner*, 2009, S. 859 (866).

21 Nicht erfasst sein dürften Sachverhalte, in denen das Unternehmen den Arbeitnehmer theoretisch abmahnen kann, aber eine Abmahnung lebensfremd und objektiv nicht nachvollziehbar ist.

22 *Mahnbold*, NZA 2008, 737.

23 *Bertzbach*, juris-ArBR 37/2007 Anm. 2.

24 *LAG Hessen* (18. 1. 2007), AiB 2007, 663 = BeckRS 2007, 42207.

25 *BAGE 127*, 146 = NZA 2008, 1248 = NJW 2008, 3731; *LAG Düsseldorf*, NZA-RR 2006, 81; *Barthel/Huppertz*, AuR 2006, 204 (205); *Mengell/Hagemeister*, BB 2007, 1386 (1392); *Schuster/Darsow*, NZA 2005, 273 (276).

26 *Kittner/Zwanziger/Bantle*, ArbR, 5. Aufl. (2009), § 113 Rdnrn. 53 ff.; *Schaub/Koch* (o. Fußn. 8), § 235 Rdnrn. 63 ff.

27 *BAGE 127*, 146 = NZA 2008, 1248 = NJW 2008, 3731; *Dzida*, NZA 2008, 1265 (1268).

28 *Wisskirchen/Jordan/Bissels*, DB 2005, 2190 (2192).

29 *Wisskirchen/Jordan/Bissels*, DB 2005, 2190 (2192).

verarbeitet und genutzt, da die Datenerhebung und Sachverhaltsermittlung regelmäßig Angaben über die beschuldigte Person umfasst<sup>30</sup>.

Die vorbeschriebene Datenverarbeitung im Rahmen des Whistleblowings ist nach § 4 I BDSG zulässig, soweit sie gesetzlich erlaubt bzw. angeordnet ist, oder wenn der Betroffene in sie einwilligt<sup>31</sup>, was selbstverständlich nur der Whistleblower und nicht der Verdächtige zum Zeitpunkt der Meldung kann<sup>32</sup>. Entscheidungsrelevante Erlaubnisnormen sind damit die §§ 27 ff. BDSG als Rechtsgrundlagen für die Datenverarbeitung. Nach § 32 I 1 BDSG ist die Datenverarbeitung im Arbeitsrecht zulässig, wenn die Datenverarbeitung der Zweckbestimmung des Beschäftigungsverhältnisses mit dem Betroffenen dient<sup>33</sup>. § 32 I 1 BDSG konkretisiert – bezogen auf Beschäftigungsverhältnisse – die allgemeine Regelung des § 28 I Nr. 1 BDSG und verdrängt Letztere insoweit als Spezialregelung<sup>34</sup>. Da allerdings durch § 32 BDSG lediglich die bis zum Inkrafttreten des § 32 BDSG geltende Rechtslage unter Berücksichtigung der einschlägigen arbeitsrechtlichen Rechtsprechung zusammengefasst werden sollte, ohne diese zu ändern, ist Orientierungsmaßstab für die Auslegung dieser Vorschrift die bis dahin für Beschäftigungsverhältnisse geltende Regelung des § 28 I Nr. 1 BDSG<sup>35</sup>. Diese Vorschrift setzte bezogen auf die Datenverarbeitung im Arbeitsrecht voraus, dass die Datenverarbeitung der Zweckbestimmung des betroffenen Arbeitsverhältnisses diene<sup>36</sup>. Dies ist nur dann der Fall, wenn die Datenverarbeitung gerade für die Abwicklung des Vertrags erforderlich ist<sup>37</sup>. Die Zulässigkeit der Datenverarbeitung als Folge des Whistleblowings ist also so lange nach § 32 I 1 BDSG gegeben, sofern ein eindeutiger Bezug zum Arbeitsverhältnis vorliegt<sup>38</sup>, was bezüglich der Whistleblowing-Verpflichtung in Bezug auf alle Verhaltensregelungen mit nur deklaratorischem Charakter der Fall sein dürfte. Bei einer darüber hinaus gehend ausgestalteten Whistleblowing-Verpflichtung ist die Voraussetzung der Erforderlichkeit der Datenverarbeitung in Bezug auf den Vertragszweck zu verneinen<sup>39</sup>, da das Unternehmen diese Daten grundsätzlich nicht für die Zweckbestimmung des Vertragsverhältnisses benötigt. Dies gilt beispielsweise für die Daten des Whistleblowers; dessen Daten benötigt das Unternehmen in der Regel nur für weitere Nachforschungen in der Sache. Des Weiteren gilt dies auch für die Daten des Verdächtigten, dessen Daten das Unternehmen in erster Linie für die weitere Sachverhaltsermittlung und mögliche Sanktionen benötigt<sup>40</sup>. Ob die Datenverarbeitung in diesen Fällen aber dennoch zulässig ist, bestimmt sich dann nach § 28 I 1 Nr. 2 BDSG<sup>41</sup>. Nach § 28 I 1 Nr. 2 BDSG muss die Datenverarbeitung nicht der Zweckbestimmung des Vertrags dienen. Vielmehr genügt es, wenn das Unternehmen ein berechtigtes Interesse an der Einführung einer Whistleblowing-Verpflichtung hat<sup>42</sup>. In Bezug auf eine vom Direktionsrecht gedeckte Verpflichtung zum Whistleblowing ist dies der Fall, da das Unternehmen insoweit das Interesse an der Beachtung und auch der Kontrolle seiner arbeitsrechtlich rechtswirksam gemachten Vorgaben hat. Neben der bloßen Beachtung der arbeitsrechtlich rechtswirksamen Vorgaben als berechtigtes Interesse i. S. des § 28 I 1 Nr. 2 BDSG kommen auch weiter die oben genannten Motive für die Einführung von Whistleblowing in Betracht<sup>43</sup>. Vorsicht ist allerdings geboten, wenn im Rahmen des Whistleblowings die Datenverarbeitung zur Aufdeckung von Straftaten erfolgt und nicht lediglich auf die Aufdeckung von Verhaltenspflichten beschränkt ist. Diesen Fall regelt § 32 I 2 BDSG. Nach dieser Vorschrift dürfen zur Aufdeckung von Straftaten personenbezogene Daten eines Arbeitnehmers nur dann verarbeitet werden, wenn zu dokumentierende tatsächliche Anhaltspunkte den Verdacht be-

gründen, dass der Betroffene eine Straftat begangen hat, die Datenverarbeitung zur Aufdeckung erforderlich ist und das schutzwürdige Interesse des Beschäftigten an dem Ausschluss der Datenverarbeitung nicht überwiegt, insbesondere Art und Ausmaß im Hinblick auf den Anlass nicht unverhältnismäßig sind. Die Straftat muss dabei in einem engen Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehen<sup>44</sup>.

Das Unternehmen darf die Arbeitnehmer bei der Einführung der Whistleblowing-Verpflichtung zudem nicht unverhältnismäßig beeinträchtigen<sup>45</sup>. Insbesondere ist hierbei dem Interesse der Verdächtigten an einem fairen Verfahren Rechnung zu tragen, was erfordert, dass die Behauptungen des Whistleblowers überprüft werden können<sup>46</sup>. Dies entspricht der gesetzlichen Regelung des § 33 I BDSG. Hiernach haben die Verdächtigten das Recht auf Information über die Person des Whistleblowers, was damit grundsätzlich einem anonymen Meldeverfahren entgegensteht<sup>47</sup>. Dennoch ist den Arbeitnehmern optional – aber allerdings als Ausnahme – auch die anonyme Meldung zu ermöglichen. Grund hierfür ist, dass die Kenntnis im Unternehmen, dass anonyme Mitteilungen ebenfalls ernst genommen und verfolgt werden, eine Erhöhung der Entdeckungsfahr unrechtmäßiger Praktiken bewirkt und somit eine höhere präventive Abschreckung entfaltet wird<sup>48</sup>. Ferner kann so der Gefahr vorgebeugt werden, dass Arbeitnehmer auf Grund falsch verstandener Loyalität schweigen. Hinzukommt, dass ein Unternehmen einen Hinweis ohne Offenlegung der Identität des Whistleblowers auch gar nicht verhindern kann, da jeder Arbeitnehmer das Whistleblowing-Verfahren nutzen und rein faktisch anonym bleiben könnte. Selbst wenn es sich nicht um eine Telefon-Hotline handeln würde, sondern um die Meldung bei einer Vertrauensperson, so wäre es dem Hinweisgeber nicht verwehrt, dieser eine anonyme Nachricht zukommen zu lassen.

Mit Blick auf die Verhältnismäßigkeit des Whistleblowing-Systems steht es dem Unternehmen ferner offen, ob es eine externe oder interne Beschwerdestelle zur Entgegennahme der Meldungen einrichtet, die im Rahmen des Whistleblowing-Verfahrens erfolgen; beide Möglichkeiten sind gleicher-

30 *Brandt*, AiB 2009, 288 (290); *Mahbold*, NZA 2008, 737; *Reufels/Deviard*, CCZ 2009, 201 (206); *Schmidl*, DuD 2006, 353 (354); *Wisskirchen/Körber/Bissels*, BB 2006, 1567.

31 *ErfK/Wank* (o. Fußn. 7), § 4 BDSG Rdnr. 1; *Maties*, NJW 2008, 2219 (2221); *Schmidl*, DuD 2006, 353 (355).

32 *Zimmermann*, RDV 2006, 242 (244).

33 *ErfK/Wank* (o. Fußn. 7), § 32 BDSG Rdnr. 5.

34 *BT-Dr 16/13657*; *ErfK/Wank* (o. Fußn. 7), § 32 BDSG Rdnr. 3; *Maties*, RdA 2009, 261.

35 *Erfurth*, NJOZ 2009, 2914 (2919); *Reufels/Deviard*, CCZ 2009, 201 (206); *Rofsnagel*, NJW 2009, 2716 (2721); *Thüsing*, NZA 2009, 865 (866).

36 *Mengel* (o. Fußn. 15), S. 202; *Reufels/Deviard*, CCZ 2009, 201 (206) m. w. Nachw.

37 *Gola/Schomerus*, BDSG, 9. Aufl. (2007), § 28 BDSG Rdnr. 13.

38 *Reufels/Deviard*, CCZ 2009, 201 (206); *Wisskirchen/Körber/Bissels*, BB 2006, 1567 (1568).

39 *Gola/Schomerus* (o. Fußn. 37), § 28 BDSG Rdnr. 16 a; *Wisskirchen/Körber/Bissels*, BB 2006, 1567 (1569).

40 *Reufels/Deviard*, CCZ 2009, 201 (207).

41 *Wisskirchen/Körber/Bissels*, BB 2006, 1567 (1569).

42 *ErfK/Wank* (o. Fußn. 7), § 28 BDSG Rdnr. 4; *Maties*, NJW 2008, 2219 (2221).

43 *Wisskirchen/Körber/Bissels*, BB 2006, 1567 (1569).

44 *BT-Dr 16/13657*; *Thüsing*, NZA 2009, 865 (868); *Wybitul*, BB 2009, 1582 (1584).

45 *BAG* (22. 10. 1986), *BAGE* 53, 226 = NZA 1987, 415 = NJW 1987, 2459 = DB 1987, 1048 (1049); *Nezmeskal-Berggötz*, CCZ 2009, 209 (212); *ErfK/Wank* (o. Fußn. 7), § 28 BDSG Rdnr. 5 sowie § 32 BDSG Rdnr. 5; *Wisskirchen/Körber/Bissels*, BB 2006, 1567 (1569).

46 *Wisskirchen/Körber/Bissels*, BB 2006, 1567 (1569).

47 *Gola/Schomerus* (o. Fußn. 37), § 33 BDSG Rdnr. 5, 34; *Hauschkal Neundorf*, Corporate Compliance, 2. Aufl. (2010), § 27 Rdnr. 16.

48 *Bürkle*, DB 2004, 2158 (2160).

maßen verhältnismäßig<sup>49</sup>. Für den Fall, dass die Arbeitnehmer durch das Einrichten einer externen Beschwerdestelle nicht schlechter stehen, ist dies auch nicht unverhältnismäßig<sup>50</sup>.

## V. Zusammenfassung und Praxistipp

Als Fazit lässt sich festhalten, dass Unternehmen sich zunehmend dem Instrument Whistleblowing öffnen und entsprechende Whistleblowing-Systeme – sei es als isolierte Compliance-Maßnahme oder aber im Rahmen von Verhaltenskodexen – einführen und die Arbeitnehmer auf diese Weise zur Aufdeckung von Verstößen und Fehlverhalten der anderen Arbeitnehmer verpflichten. Bei der Einführung von Whistle-

blowing hat ein Unternehmen dann allerdings sowohl das Individual- als auch das Kollektivarbeitsrecht zu beachten. Individualarbeitsrechtlich ist die entsprechende Verpflichtung der Arbeitnehmer in Abhängigkeit von der konkreten Ausgestaltung am Maßstab des § 106 GewO zu messen. Sofern im Unternehmen darüber hinaus ein Betriebsrat besteht, sind zusätzlich dessen Beteiligungsrechte – vor allem der Mitbestimmungstatbestand des § 87 I Nr. 1 BetrVG – zu beachten. Ungeachtet der arbeitsrechtlichen Zulässigkeit von Whistleblowing ist daneben im Rahmen der konkreten Ausgestaltung des Whistleblowing-Systems den datenschutzrechtlichen Vorgaben Rechnung zu tragen. ■

49 Breinlinger/Krader, RDV 2006, 60 (66); Müller-Bonanni/Schell, ArbRB 2006, 299; Reufels/Deviard, CCZ 2009, 201 (207).

50 Hauschka/Lampert (o. Fußn. 47), § 9 Rdnr. 12.