

Soziales Recht

Wissenschaftliche Zeitschrift
für Arbeits- und Sozialrecht

Herausgegeben von
Prof. Dr. Olaf Deinert und
Prof. Dr. Rüdiger Krause,
Institut für Arbeitsrecht
der Georg-August Universität
Göttingen



in Zusammenarbeit mit

HSI

Hugo Sinzheimer Institut
für Arbeits- und Sozialrecht

Abhandlungen

Whistleblowing, quo vadis? Die Europäische Whistleblower-Richtlinie und
ihre Umsetzung in deutsches Recht – Teil 2

Simon Gerdemann Seite **89**

Compliance with and Enforcement of Labour Laws: An Overview and Some
Timely Challenges

Guy Davidov Seite **111**

Rezensionsaufsätze

Sonja Mangold,
Transnationale Soziale Dialoge und Antidiskriminierung im Erwerbsleben –
Eine rechtsempirische, rechtsdogmatische und rechtspolitische Analyse

Martin Gruber-Risak Seite **128**

Erste Adresse bei Fragen zur Arbeitszeit



Fischer / Mittländer / Steiner

Arbeitszeitgesetz

Basiskommentar zum ArbZG

2021. 191 Seiten, kartoniert

€ 34,90

ISBN 978-3-7663-6869-0

www.bund-verlag.de/6869

Das Arbeitszeitgesetz (ArbZG) schützt Beschäftigte vor Gefährdungen der Gesundheit durch Überlastung. Dafür regelt es vor allem die maximale Arbeitszeit. Seine Vorgaben gelten auch für mobile Arbeit und Homeoffice.

Der neue Basiskommentar erläutert alle Regelungen auf neuestem Stand und liefert einen systematischen und kompakten Überblick. Im Vordergrund steht, was für Betriebs- und Personalräte besonders wichtig ist. Der Kommentar berücksichtigt die neueste Rechtsprechung zur Arbeitszeiterfassung und erläutert die viel diskutierte Entscheidung des EuGH und die ersten dazu ergangenen deutschen Entscheidungen.

Die Schwerpunkte:

- › Tägliche Höchstarbeitszeiten
- › Zeitliche Verteilung der Arbeitszeit während des Tages
- › Mobile Arbeit und Homeoffice
- › Ruhepausen und Ruhezeiten
- › Sonn- und Feiertagsarbeit
- › Arbeitszeiterfassung
- › Arbeitszeit und Pandemie

Soziales Recht

3/2021

ISSN 2193-5157

Juni 2021, 11. Jahrgang

Herausgeber

Prof. Dr. Olaf Deinert (geschäftsführend)

Prof. Dr. Rüdiger Krause

Institut für Arbeitsrecht der

Georg-August-Universität Göttingen

in Zusammenarbeit mit:

Hugo Sinzheimer Institut für Arbeitsrecht, Frankfurt

Redaktion

Prof. Dr. Olaf Deinert

Prof. Dr. Manfred Walser, LL.M.

Anschrift der Redaktion

Institut für Arbeitsrecht der

Georg-August-Universität Göttingen

Platz der Göttinger Sieben 6

37073 Göttingen

Tel. 0551 / 39 – 279 48

Fax: 0551 / 39 – 272 45

E-Mail: sekretariat.deinert@

jura.uni-goettingen.de

Verlag

Bund-Verlag GmbH

Geschäftsführer

Rainer Jöde

Geschäftsbereich Zeitschriften

Bettina Frowein (verantwortlich)

Tel. 069/79 50 10-83

Anschrift des Verlages

Bund-Verlag GmbH

Emil-von-Behring-Straße 14

60439 Frankfurt/Main

(ladungsfähige Anschrift)

Tel. 069/79 50 10-0

Fax: 069/13 30 77-666

Anzeigen

Peter Beuther (verantwortlich)

Thorsten Kauf

Tel. 069/79 50 10-602

thorsten.kauf@bund-verlag.de

Erscheint 6 x jährlich als Supplement

der Zeitschrift Arbeit und Recht.

Im Abonnementpreis der Zeitschrift

Arbeit und Recht enthalten.

Umschlag und Layout

Ute Weber, Geretsried

Druckvorstufe

Da-TeX Gerd Blumenstein, Leipzig

Druck

Druckerei Marquardt GmbH,

Saulgauer Str. 3, 88326 Aulendorf

Bezug Einbanddecken und Buchbindeservice

Tel. 02776/92288-0 oder

bund-verlag@schaefermiedien.de

Mit Namen gekennzeichnete Beiträge, Beilagen und Anzeigen geben nicht unbedingt die Meinung der Herausgeber, der Redaktion oder des Verlages wieder.

Alle in diesem Supplement veröffentlichten

Beiträge und Abbildungen sind

urheberrechtlich geschützt.

Jede Verwertung – auch auszugsweise – bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlages.

Whistleblowing, quo vadis? Die Europäische Whistleblower-Richtlinie und ihre Umsetzung in deutsches Recht

Teil 2: Die Umsetzung der Richtlinie und der Referentenentwurf für ein deutsches Hinweisgeberschutzgesetz

Dr. Simon Gerdemann, LL.M. (Berkeley), Georg-August-Universität Göttingen*

I. Einleitung

Mit der bis zum 17. Dezember 2021 umzusetzenden Whistleblower-Richtlinie (EU) 2019/1937 (WBRL) hält der internationale Trend zur Regulierung des Phänomens »Whistleblowing« erstmals umfassend Einzug in die deutsche Rechtsordnung. Nachdem der erste Teil der Beitragsreihe die Hintergründe der Richtlinie und ihre neuralgischen Punkte beleuchtet hat, widmet Teil 2 sich den absehbaren Folgen ihrer Umsetzung für das deutsche (Arbeits-)Recht. Neben einer Darstellung der geltenden Rechtslage und ihres richtlinienbedingten Änderungsbedarfs werden insbesondere der Inhalt des aktuellen Entwurfs eines Hinweisgeberschutzgesetzes (HinSchG-E) einschließlich seiner Vereinbarkeit mit unionsrechtlichen Vorgaben und seiner Implikationen für die künftige Praxis diskutiert.

II. Whistleblowing, quo statis? – Überblick zum aktuellen Stand des deutschen Whistleblowing-Rechts

Im Unterschied zu einer international zunehmenden Zahl von Rechtsordnungen versteht das deutsche Recht den Problemkomplex des Whistleblowings bislang nicht als einheitliche Regelungsmaterie und verfügt daher auch über kein eigenständiges Whistleblowing-Recht im engeren Sinne. Stattdessen werden die von der WBRL behandelten Regelungsgegenstände vornehmlich isoliert innerhalb verschiedener Rechtsgebietszusammenhänge behandelt, wobei die

konkrete Beantwortung Whistleblowing-relevanter Rechtsfragen mangels einschlägiger Spezialnormen zumeist einer sukzessiven Rechtsfortbildung der jeweils zuständigen Fachgerichtsbarkeit überlassen blieb. Eine Ausnahme bilden jene Normen, die in den letzten Jahren als Annex unionsrechtlicher Regulierungspakete in deutsches Recht überführt worden sind, namentlich die §§ 23, 80 Abs. 1 S. 1 WpHG iVm. § 25 Abs. 1 S. 6 Nr. 3 KWG, §§ 6 Abs. 4, 48 GwG und § 4d FinDAG. Wenngleich sie in ihrem Detaillierungsgrad weit hinter den Vorgaben der WBRL zurückbleiben und im Zuge der Richtlinien-Umsetzung diverser Anpassungen bedürfen,¹ ist ihnen zumeist gemein, dass sie wie die WBRL bereits den für das Whistleblowing-Recht typischen Dreiklang aus Antidiskriminierungsschutz, internen Whistleblowing-Kanälen und externen Whistleblowing-Behörden aufweisen und Whistleblowern zudem ein Recht auf unmittelbar externe Meldung einräumen.²

Außerhalb des begrenzten Anwendungsbereichs dieser Spezialnormen wird der deutsche Gesetzgeber mit der Umsetzung der WBRL jedoch in vielerlei Hinsicht regulatorisches Neuland betreten und sich im Zuge dessen mit einer Reihe legislativer Herausforderungen konfrontiert sehen. Hierzu gehört, dass der umfassende

* Teil 1 ist unter dem Titel »Whistleblowing, quo vadis? Die Europäische Whistleblower-Richtlinie und ihre Umsetzung in deutsches Recht – Teil 1: Die Richtlinie und ihre neuralgischen Punkte« im Heft 1/2021, 2–17 erschienen. Der Autor ist neben seiner Tätigkeit als Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Universität Göttingen zugleich Wissenschaftlicher Mitarbeiter des Deutschen Bundestags, Büro Dr. Nina Scheer. Der Beitrag gibt ausschließlich seine persönliche rechtswissenschaftliche Auffassung wieder.

1 Colneric/Gerdemann, Die Umsetzung der Whistleblower-Richtlinie in deutsches Recht, Frankfurt aM. 2020, S. 24 f., 41 ff., 51 ff., 66, 115 ff.

2 Zu Inhalt und Hintergrund dieser und weiterer Normen Gerdemann, NZA-Beilage 2020, 43.

Regulierungsansatz der Richtlinie viele teils ineinandergreifende Anpassungen auf verschiedenen Rechtsgebieten erforderlich macht, wozu neben dem Arbeitsrecht insbesondere das Beamten- und Verwaltungsrecht,³ das Gesellschaftsrecht,⁴ das Datenschutzrecht⁵ und das Strafrecht⁶ zählen. Vor allem dem deutschen Arbeitsrecht stehen mit der Umsetzung der Richtlinie einige tiefgreifende Änderungen bevor; zum einen, weil ihm konkrete gesetzliche Normen zum Umgang mit Whistleblowern und ihren Informationen bislang weitgehend fremd sind, zum anderen, weil der gegenwärtige Stand des deutschen (Individual-)Arbeitsrechts in vielen zentralen Punkten in direktem Widerspruch zu den Vorgaben der Richtlinie steht.

III. Das deutsche Whistleblowing-Arbeitsrecht de lege lata

In Ermangelung eines eigenständigen, kodifizierten Whistleblowing-Rechts hängt die arbeitsrechtliche Beurteilung des Whistleblowings gegenwärtig von einer Vielzahl unterschiedlicher Rechtsquellen und Entscheidungsfaktoren ab, die je nach betroffenem Arbeitnehmer und Art der ergriffenen Repressalien erheblich differieren können.⁷

Soweit der Arbeitgeber eines Arbeitnehmer-Whistleblowers in den aufsichtsrechtlichen Anwendungsbereich einer unionsrechtlichen Annex-Norm fällt, gelten für ihn die dortigen Bestimmungen im Sinne eines sektorspezifischen Sonderarbeitsrechts. In erster Linie betrifft dies Arbeitnehmer innerhalb des Finanzdienstleistungssektors, soweit diese Verstöße gegen einschlägige unionsrechtliche Regulierungsvorgaben melden und hierdurch in den sachlichen und persönlichen Anwendungsbereich der anti-diskriminierungsrechtlichen Umsetzungsnormen fallen, beispielsweise der §§ 4d Abs. 6 FinDAG, 48 GwG und 23 Abs. 3 WpHG. Ist dies der Fall, sind arbeitsrechtliche Repressalien ähnlich den Vorgaben der WBRL bereits und immer dann unzulässig, wenn sich der Arbeitnehmer in gutem Glauben an das tatsächliche und rechtliche Vorliegen eines Verstoßes an eine zuständige unternehmensinterne Stelle oder staatliche Aufsichtsbehörde gewendet hat, ohne dass es auf das Vorliegen weiterer Voraussetzungen ankäme. Einen Sonderfall unionsrechtlich geprägter Whistleblowing-Normen bildet § 5 Nr. 2 GeschGehG, der für die Rechtmäßigkeit des

Whistleblowings unter anderem das Vorliegen eines allgemeinen öffentlichen Interesses an der Aufdeckung verlangt.⁸ Jedenfalls aus arbeitsrechtlicher Perspektive ist die Bedeutung dieses (vergleichsweise vielbeachteten) Ausnahmetatbestandes allerdings gering, da seine unmittelbare Anwendung systematisch auf spezialgesetzliche Ansprüche und Straftatbestände nach dem GeschGehG begrenzt ist.⁹

Für die weit überwiegende Zahl von Arbeitnehmern und praxisrelevanten Repressionsformen iSd. WBRL¹⁰ existieren im deutschen Arbeitsrecht bislang weder gesetzliche, noch durch die Rechtsprechung fortgebildete Rechtsquellen und Beurteilungskriterien. Zwar besteht in der Literatur Einigkeit, dass rechtmäßiges Whistleblowing dem Grunde nach einen Unterfall der zulässigen Ausübung von Arbeitnehmerrechten darstellen kann, sodass Whistleblower sich auf Basis des allgemeinen Maßregelverbots des § 612a BGB theoretisch gegen sämtliche erlittene Repressalien zur Wehr setzen können.¹¹ Trotz dieses auf den ersten Blick umfassenden Anwendungsbereichs ist die Norm in Zusammenhang mit Whistleblowing-Fällen indes nahezu bedeutungslos geblieben, womit zugleich das Fehlen einer einheitlichen Rechtsprechungspraxis zur Beurteilung der Zulässigkeit von Meldung und Offenlegungen unter § 612a BGB einhergeht. Der Hauptgrund für diesen rechtstatsächlichen Befund ist jedoch nicht materiell-rechtlicher, sondern prozessualer Natur: Im Gegensatz zur WBRL¹² liegt die Beweislast für den Kausalzusammenhang zwischen Whistleblowing-Handlung und erlittener Benachteiligung ausschließlich beim

3 Bauschke, öAT 2019, 250; Gerdemann, ZBR 2020, 12.

4 Gerdemann/Spindler, ZIP 2020, 1896; Kort, FS Windbichler, 2020, S. 837; Schmolke, NZG 2020, 5.

5 Altenbach/Dierkes, CCZ 2020, 126; Dzida/Granetzky, NZA 2020, 1201, 1206.

6 Colneric/Gerdemann (Fn. 1), S. 71 ff.

7 Gerdemann, Transatlantic Whistleblowing, Tübingen 2018 (zugl. Göttingen, Univ., Diss. 2018), Rn. 243 ff. mwN.

8 Zu den Hintergründen Gerdemann, NZA-Beilage 2020, 43, 45 f.

9 IE. ebenso Schmitt, NZA-Beilage 2020, 50, 51 ff.; aA.: Hiéramente, in: Fuhrrott/Hiéramente (Hrsg.), Beck'scher Onlinekommentar GeschGehG, 6. Ed., Stand: 15.12.2020, München 2020, § 5 Rn. 8 (mittelbare Anwendung); rechtspolitisch nachvollziehbaren Forderungen nach einer Streichung der Norm im Zuge der WBRL-Umsetzung (dafür Schröder, ZRP 2020, 212, 215) wird aus unionsrechtlichen Gründen nicht entsprochen werden können (vgl. Colneric/Gerdemann (Fn. 1), S. 25 ff.).

10 Art. 13 WBRL; Teil 1 des Beitrags, Gerdemann, SR 2021, 2, 13.

11 Statt mehrerer Busekist/Fahrig, BB 2013, 119, 124; Rudkowski, CCZ 2013, 204, 208.

12 Art. 21 Abs. 5 WBRL; Teil 1 des Beitrags, Gerdemann, SR 2021, 2, 14.

Whistleblower, was auf den praktisch kaum zu erbringenden Nachweis einer subjektiven Repressionsabsicht des Arbeitgebers bzw. des für ihn handelnden Repräsentanten hinausläuft und die Abwehransprüche von Whistleblowern angesichts vergleichsweise leicht verfügbarer Alternativbegründungen de facto ins Leere laufen lässt.¹³

Konsequenter Weise liegen der in Deutschland bislang mit Abstand wichtigsten Quelle Whistleblowing-rechtlicher Entscheidungen prozessuale Konstellationen zugrunde, in denen der kausale Zusammenhang zwischen Whistleblowing und ergriffener Maßnahme nicht bestritten, sondern arbeitgeberseitig sogar explizit vorgetragen wurde: Die Berufung auf Whistleblowing als Kündigungsgrund iSd. §§ 626 BGB, 1 Abs. 2 KSchG. Nach langjähriger Rechtsprechung des BAG stellen jedenfalls externes Whistleblowing und Offenlegungen grundsätzlich eine Verletzung der Loyalitäts- und Verschwiegenheitspflichten des Arbeitnehmers iSd. § 241 Abs. 2 BGB und damit prinzipiell einen berechtigten Grund für eine (fristlose) Kündigung dar.¹⁴ In Ermangelung konkreter gesetzlicher Vorgaben ist das BAG vor allem seit dem Jahr 2003¹⁵ zunehmend bemüht, auf Basis einer praktischen Konkordanzprüfung der involvierten Grundrechte¹⁶ einen abstrakten Kriterienkatalog zu entwickeln, mit dessen Hilfe sich die Pflichtwidrigkeit arbeitnehmerseitigen Whistleblowings in der Praxis mehr oder weniger rechtssicher bestimmen lässt. Das vorläufige Ergebnis dieser Entwicklung ist die rechtsfortbildende Entstehung des rechtsgebietsübergreifend bislang ausdifferenzierten Regelungsrahmens des deutschen Whistleblowing-Rechts.¹⁷

Zu den Kernelementen des Kriterienkatalogs des BAG zählt hierbei neben der Gutgläubigkeit des Whistleblowers insbesondere der prinzipielle Vorrang innerbetrieblicher Klärung. So ist es Arbeitnehmern in der Regel nicht gestattet, Informationen über Straftaten unmittelbar extern an eine zuständige Behörde zu melden, sofern eine interne Meldung aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalls nicht offenkundig erfolglos wäre, namentlich wenn der Arbeitgeber selbst in eine Straftat involviert ist oder ihre Begehung duldet und interne Abhilfe daher nicht zu erwarten war. Ein kontextunabhängiges, externes Melderecht gewährt das BAG nur im Fall besonders schwerwiegender Straftaten, wobei eine genaue Definition dieses Ausnahmetatbestandes bislang noch nicht erfolgt ist. Besondere Bedeutung misst das BAG zudem den individuellen Motiven des Whistleblowers zu, mit der Folge, dass eine Meldung auch bei Einhaltung der objektiven Verhaltensvorgaben grund-

sätzlich unzulässig ist, sofern sie subjektiv (teilweise) aus Gründen erfolgt, die ein Gericht im Nachhinein als nicht billigenwert empfindet. Als weitere Abwägungselemente des – ausdrücklich nicht abschließenden – Kriterienkatalogs kommen unter anderem eine etwaige Selbstbetroffenheit des Whistleblowers und – im Anschluss an die *Heinisch*-Entscheidung des EGMR¹⁸ – das öffentliche Interesse an der Aufdeckung von Rechtsverstößen in Betracht.¹⁹

IV. Überblick über den richtlinienbedingten Änderungsbedarf des deutschen Rechts

Wie bereits dieser kursorische Blick auf den Status quo des deutschen Whistleblowing-Rechts deutlich macht, wird die Umsetzung der WBRL vor allem für das deutsche (Arbeits-)Recht zwangsläufig mit einer Vielzahl einschneidender Änderungen verbunden sein.²⁰ Am offenkundigsten gilt dies für den kündigungsschutzrechtlichen Kriterienkatalog des BAG, dessen wichtigste Elemente in direktem Widerspruch zu einigen zentralen Vorgaben der Richtlinie stehen. So werden innerhalb des Anwendungsbereichs des künftigen Umsetzungsgesetzes weder der vom BAG postulierte Vorrang interner Klärung, noch die Durchführung einer eigenständigen Motivprüfung weiteren Bestand haben können.²¹ In anderen Bereichen folgt aus den Vorgaben der Richtlinie zwar kein grundlegender

13 Gerdemann (Fn. 7), Rn. 243.

14 Vgl. zur früheren Rechtslage bereits BAG, 5.2.1959 – 2 AZR 60/56 – NJW 1961, 44.

15 Hintergrund war eine Entscheidung des BVerfG aus dem Jahr 2001, in der das Gericht erstmals ein Grundrecht auf Whistleblowing an die Strafverfolgungsbehörden als Ausdruck einer Wahrnehmung staatsbürgerlicher Rechte (Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 20 Abs. 3 GG) anerkannt hat: BVerfG, 2.7.2001 – 1 BvR 2049/00 – NJW 2001, 3474.

16 Aufseiten des Arbeitnehmer-Whistleblowers insb. Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 20 GG und das Recht auf Meinungsfreiheit gem. Art. 5 Abs. 1 GG, aufseiten des Arbeitgebers insb. dessen Berufsfreiheit aus Art. 12 GG.

17 S. BAG, 3.7.2003 – 2 AZR 235/02 – NZA 2004, 427; BAG, 7.12.2006 – 2 AZR 400/05 – NZA 2007, 502; BAG, 15.12.2016 – 2 AZR 42/16 – NZA 2017, 703; zu dieser Rspr. Gerdemann (Fn. 7), Rn. 248 f.; ders., RdA 2019, 16, 18.

18 EGMR, 21.7.2011 – 28274/08 – NZA 2011, 1269, 1271 (Heinisch); hierzu bereits Teil 1 des Beitrags, Gerdemann, SR 2021, 2, 15 f.

19 BAG, 15.12.2016 – 2 AZR 42/16 – NZA 2017, 703, 704, als insofern erste, im konkreten Fall aber folgenlose Anerkennung einer Drittwirkung öffentlicher Interessen innerhalb der Relativität des Arbeitsschuldverhältnisses.

20 Ausführlich zum Folgenden *Colneric/Gerdemann* (Fn. 1), S. 58 ff., 115 ff.

21 Vgl. Teil 1 dieses Beitrags, Gerdemann, SR 2021, 2, 9 ff.

Paradigmenwechsel, wohl aber eine erhebliche Neujustierung der bisherigen Rechtsprechung. Das betrifft beispielsweise die arbeitsrechtliche Behandlung Whistleblowing-bezogener Rechtsirrtümer, auf die das BAG – anders als die WBRL – bislang den grundsätzlich anerkannten Maßstab der Gutgläubigkeit noch nicht einheitlich angewendet hat.²² Darüber hinaus wird das Umsetzungsgesetz innerhalb seines Anwendungsbereichs viele Fragen beantworten, die in der einzelfallgetriebenen Rechtsfortbildung des BAG bislang offengeblieben sind, etwa mit Blick auf die prinzipielle Schutzwürdigkeit von Meldungen über Rechtsverstöße unterhalb der Schwelle von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten oder die konkreten Voraussetzungen einer Offenlegung von Rechtsverstößen gegenüber Medien und Öffentlichkeit.²³

Neben den handfesten Konfliktlinien zwischen den Vorgaben der WBRL und den bisherigen Kriterien des BAG wird die Umsetzung der Richtlinie zudem eine Vielzahl weiterer Änderungen des aktuellen Arbeitsrechts erforderlich machen, deren Folgen für den rechtlichen Umgang mit Whistleblowing-Fällen nicht minder bedeutsam sind. Das betrifft allen voran die Einführung eines eigenständigen, anti-diskriminierungsrechtlichen Whistleblower-Schutzes, dessen normativer Gehalt und praktische Bedeutung sich insbesondere in beweisrechtlicher Hinsicht vom bislang einschlägigen § 612a BGB unterscheiden werden. Ähnliches gilt für die von der Richtlinie vorgesehenen, speziell auf Whistleblowing-Situationen zugeschnittenen Abwehrrechte und Kompensationsansprüche, die dem deutschen Recht bislang fremd sind. Hierzu zählen etwa das Erfordernis eines verschuldensunabhängigen Ersatzanspruchs für materielle wie immaterielle Schäden²⁴ ebenso wie die Regelung eines effektiven einstweiligen Rechtsschutzes, der Whistleblowern (in Modifikation allgemeiner arbeitsrechtlicher Grundsätze)²⁵ auch während erstinstanzlicher Kündigungsschutzprozesse bereits einen prinzipiellen Anspruch auf Weiterbeschäftigung gewährt.²⁶

Von praktischer Bedeutung für die arbeitsrechtliche Beurteilung künftiger Whistleblowing-Fälle sind zudem die (primär gesellschaftsrechtlichen) Pflichten zur Einrichtung interner Meldewege, da mit ihnen zugleich eine allgemeingültige Aussage über die (jedenfalls) schutzauslösenden Adressaten einer internen Meldung verbunden ist, welche sich der Rechtsprechung des BAG bislang noch nicht entnehmen ließ. Neben Änderungen originär nationaler Normen und Rechtsprechungsgrundsätze wird die

Umsetzung der WBRL schließlich auch zu einer weitgehenden Angleichung der für alle Arbeitnehmer geltenden Whistleblowing-Regeln mit jenen des sektorspezifischen Sonderarbeitsrechts führen, da dessen vergleichsweise vage Bestimmungen inhaltlich im Grundsatz mit den Vorgaben der WBRL übereinstimmen und im Übrigen durch die spezifischeren Bestimmungen der Richtlinie ergänzt werden.²⁷

V. Die Kernpunkte der bisherigen Umsetzungsdebatte

Angesichts des erheblichen Änderungsbedarfs des deutschen Rechts ist nicht verwunderlich, dass die anstehende Umsetzung der WBRL in den letzten Monaten zu intensiven Diskussionen auf unterschiedlichen rechtspolitischen Ebenen geführt hat, teils lange bevor vonseiten der Bundesregierung die ersten konkreten Umsetzungsschritte eingeleitet wurden. Auf ministerialer Ebene hatte die rechtsgebietsübergreifende Bedeutung der WBRL hierbei eine intensive Befassung verschiedenster Ressorts zur Folge, wobei neben den co-federführenden BMJV und BMAS insbesondere das BMWi und BMI maßgeblich involviert waren. Während die erstmalige Kodifizierung eines deutschen Whistleblowing-Rechts mit einer Vielzahl neuartiger Herausforderungen einhergeht,²⁸ hat sich in Deutschland – wie in den meisten anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union²⁹ – eine konkrete Thematik schnell als zentraler Gravitationspunkt der Debatten herausgebildet: Die Ausgestaltung des sachlichen Anwendungsbereichs eines künftigen nationalen Whistleblowing-Gesetzes.

Der unionsrechtliche Ursprung der zugrundeliegenden Problematik liegt im rechtlich komplexen und damit

22 Die Rspr. des BAG changiert bislang zwischen den beiden Maßstäben des § 17 StGB und des § 276 Abs. 2 BGB, vgl. BAG, 15.12.2016 – 2 AZR 42/16 – NZA 2017, 703, 704f.

23 S. Teil 1 dieses Beitrags, Gerdemann, SR 2021, 2, 11 f.

24 Art. 21 Abs. 8, Ewg. 94 S.3 lit.a. WBRL; Colneric/Gerdemann (Fn. 1), S. 109f.

25 S. BAG, 27.2.1985 – GS 1/84 – BB 1985, 1978.

26 Colneric/Gerdemann (Fn. 1), S. 120 ff.

27 Vgl. Art. 3 Abs. 1 WBRL; Gerdemann, NZA-Beilage 2020, 43.

28 Ausführlich hierzu Colneric/Gerdemann (Fn. 1).

29 Zum unionsweiten Stand der Umsetzung, s. <https://www.polimeter.org/en/eu-whistleblowing> (22.3.2021).

rechtstatsächlich besonders problematischen Anwendungsbereich der WBRL. So hatte es sich der Europäische Gesetzgeber zwar zum Ziel gesetzt, neben der Verbesserung des materiellen Niveaus des Whistleblower-Schutzes in Mitgliedstaaten wie Deutschland der unionsweiten Zersplitterung des Whistleblowing-Rechts effektiv entgegenzuwirken.³⁰ Aus kompetenzrechtlichen Gründen sah er sich indes gezwungen, das Regelungsregime der Richtlinie auf konkrete unionsrechtliche Normkomplexe zu begrenzen, für die ein bestehendes Vollzugsdefizit individuell begründet werden konnte.³¹ Die Konsequenz dieser primärrechtlichen Ausgangslage ist die enumerative Zersplitterung des sekundärrechtlichen Anwendungsbereichs der WBRL.³² Dies erweist sich aus regulatorischer Perspektive wiederum als besonders misslich, haben internationale Erfahrungswerte doch wiederholt gezeigt, dass gerade der rechtssicheren Ausgestaltung des sachlichen Anwendungsbereichs einer Whistleblower-Schutznorm entscheidende Bedeutung für ihren rechtstatsächlichen Erfolg zukommt.³³ Dem Europäischen Gesetzgeber blieb trotzdem nicht viel mehr als ein rechtlich unverbindlicher Appell an die Mitgliedstaaten, im Rahmen der Umsetzung möglichst für einen national einheitlichen Whistleblower-Schutz zu sorgen.³⁴

Im co-federführenden BMJV setzte sich relativ schnell die Erkenntnis durch, dass der Umsetzungsprozess angesichts dieser Ausgangslage zur Verabschiedung eines umfassenden Whistleblower-Schutzgesetzes genutzt werden sollte, was mit einer Erweiterung des sachlichen Anwendungsbereichs auf Verstöße gegen (bestimmte) deutsche Rechtsnormen einhergehen sollte. Dem stellte sich wiederum namentlich das BMWi mit dem Argument entgegen, dass ein derartiges »gold plating« wegen der einzurichtenden internen Whistleblowing-Kanäle mit erhöhten Implementierungskosten für die durch die Covid-19-Pandemie ohnehin stark belastete deutsche Wirtschaft einherginge.³⁵ Unter anderem in der Compliance-Praxis wurde freilich befürchtet, dass eine bloße »1:1-Umsetzung« gerade nicht mit einem geringeren, sondern vielmehr einem erhöhten Umsetzungsaufwand einhergehen würde. Denn in der Folge sähen unternehmensinterne Compliance-Abteilungen sich mit dem Problem konfrontiert, bei Eingang einer internen Meldung stets zu prüfen, ob die vorgebrachten Verstöße sich (auch) gegen enumerativ aufgeführtes Unionsrecht oder »nur« gegen deutsche Rechtsnormen richteten, um den für das weitere Vorgehen relevanten Rechtsrahmen zu bestimmen – eine

Herausforderung, die angesichts des auf den ersten Blick oft nicht zu ermittelnden unionsrechtlichen Hintergrunds nationaler Normen für die Praxis kaum rechtssicher zu bewältigen wäre.³⁶

Speziell für Deutschland hat die Problematik der Festlegung eines geeigneten sachlichen Anwendungsbereichs zudem eine verfassungsrechtliche Dimension, die in der erheblichen materiellen Diskrepanz zwischen den Schutzniveaus des bisherigen deutschen Richterrechts und den anti-diskriminierungsrechtlichen Vorgaben der WBRL wurzelt: Sollte der deutsche Gesetzgeber sich zu einer 1:1-Umsetzung der Richtlinie entscheiden, hätte dies zur Folge, dass für Whistleblower je nach Sachlage zwei fundamental unterschiedliche Schutzsysteme gelten würden, mit speziell auf Whistleblowing-Situationen zugeschnittenen Abwehransprüchen auf der einen und einer rechtsgebietsabhängigen, oft rechtsunsicheren Einzelfallrechtsprechung auf der anderen Seite. In der Praxis hätte dies zur Folge, dass Whistleblower oft umso schlechter geschützt wären, je schwerer das öffentliche Interesse an der Aufdeckung der jeweiligen Verstöße wöge, namentlich bei Verstößen gegen Normen des deutschen Strafrechts. Sofern man annimmt, dass derlei unionsrechtlich induzierte Ungleichbehandlungen im Rahmen von Art. 3 Abs. 1 GG jedenfalls am Maßstab objektiver Willkür zu messen sind,³⁷ ließe sich eine 1:1-Umsetzung der WBRL ohne gleichzeitige gesetzliche Regulierung des nationalen Whistleblowing-Rechts verfassungsrechtlich wohl kaum rechtfertigen.³⁸

Dies zusammengenommen wird deutlich, warum sich die diszipliniübergreifend nahezu einhellige Ansicht in der

30 S. Ewg. 4 WBRL.

31 Vgl. Ewg. 5 ff., 105 ff. WBRL.

32 S. Teil 1 dieses Beitrags, *Gerdemann*, SR 2021, 2, 5 f.

33 Am Beispiel der USA *Gerdemann* (Fn. 7), Rn. 49 f., 56, 61, 64 ff., 126 ff., 167, 211, 220, 225, 287 mwN.

34 Art. 2 Abs. 2 WBRL.

35 Vgl. dahingehend auch die Kritik des rechtspolitischen Sprechers der CDU/CSU-Fraktion im Deutschen Bundestag, *Jan-Marco Luczak*, im Interview mit dem DLF, abrufbar unter https://www.deutschlandfunkkultur.de/diskussion-ueber-whistleblower-richtlinie-der-ehrliche-ist.976.de.html?dram:article_id=491537 (22.3.2021).

36 Vgl. *Colneric/Gerdemann* (Fn. 1), S. 150 ff.

37 Für die Anwendbarkeit des Art. 3 Abs. 1 GG in diesen Konstellationen dem Grunde nach auch BAG, 25.1.2018 – 6 AZR 791/16 – NZA 2018, 1200, 1204, Rn. 27 ff. (bzgl. des Sonderfalls der »Inländerdiskriminierung«).

38 Im Einzelnen *Brockhaus/Gerdemann/Thönnies*, NVwZ 2021, 204; vgl. auch die einschlägige Resolution 2300 (2019) des Europarats, Punkt 10, S. 3: »There are no grounds for giving less protection to national law and public interest at the national level than to the law and interests of the EU.«

Rechtswissenschaft im Ergebnis für eine Erweiterung des sachlichen Anwendungsbereichs eines künftigen Umsetzungsgesetzes und damit die erstmalige Kodifizierung eines genuin deutschen Whistleblowing-Rechts ausgesprochen hat.³⁹ Eben dieses Ziel verfolgt nun auch der offizielle Referentenentwurf des BMJV, dessen Kernelemente und eigenständigen Regelungsentscheidungen im Fokus der folgenden Analyse stehen.

VI. Der Referentenentwurf für ein Hinweisgeberschutzgesetz (HinSchG-E)

1. Ziele und materielle Struktur des HinSchG-E

Der vom BMJV und BMAS ausgearbeitete »Entwurf eines Gesetzes für einen besseren Schutz hinweisgebender Personen sowie zur Umsetzung der Richtlinie zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden«⁴⁰ mit dem sog. »Hinweisgeberschutzgesetz (HinSchG)« als seinem Kernelement wurde mit Bearbeitungsstand vom 26. November 2020 am 11. Dezember 2020 offiziell zur regierungsinternen Ressortabstimmung freigegeben und befindet sich seitdem in der interkoalitionären Diskussion. Wie bereits der vollständige Entwurfstitel deutlich macht, will der HinSchG-E bewusst über eine reine 1:1-Umsetzung der WBRL hinausgehen und strebt stattdessen die erstmalige Kodifizierung eines eigenständigen deutschen Whistleblowing-Rechts in ein einheitliches Stammgesetz an. Damit entscheidet der HinSchG-E sich auch gegen ein rechtstechnisch theoretisch zwar mögliches, im Interesse von Rechtsklarheit und -einheitlichkeit aber unzumutbares⁴¹ Artikelgesetz mit rechtsgebiets-spezifischen Normanpassungen.

Erklärtes Ziel des Gesetzes ist die wirksame und nachhaltige Verbesserung des Whistleblower-Schutzes durch die Umsetzung der Whistleblower-Richtlinie und die Übertragung ihrer Prinzipien auf andere Bereiche des deutschen Rechts.⁴² Zugleich soll der HinSchG-E auch einer legislativen Übertragung der (vom Entwurf an sich als »unscharf« kritisierten) Grundsätze der bisherigen Zivil- und Arbeitsrechtsprechung dienen, insbesondere des als Orientierungspunkt der deutschen Rechtsprechung ausgemachten *Heinisch*-Urteils des EGMR.⁴³ Angesichts der erheblichen Widersprüche der bisherigen BAG-Rechtsprechung zu zentralen Vorgaben der WBRL

ist dieser harmonisierungsbemühte Spagat normativ freilich kaum möglich, zumal seine Grundannahme rechtshistorisch missverständlich ist, da die Kriterien des BAG sich weitgehend unabhängig von der Rechtsprechung des EGMR entwickelt haben und im *Heinisch*-Urteil lediglich dem Grunde nach als konventionskonform bewertet wurden.⁴⁴ Gleichwohl ist die teilweise Orientierung des HinSchG-E am *Heinisch*-Urteil für dessen Verständnis und Auslegung nicht ohne Bedeutung, worauf an gegebener Stelle noch zurückzukommen sein wird.⁴⁵

Inhalt und materielle Struktur des HinSchG-E orientieren sich weitgehend an den Vorgaben der Whistleblower-Richtlinie, enthalten in ihrer rechtssystematischen Anordnung und inhaltlichen Ausgestaltung aber auch einige eigene Akzentsetzungen und dogmatische Anpassungen an die deutsche Rechtsordnung. Die §§ 2, 4–6 HinSchG-E regeln den sachlichen Anwendungsbereich des Gesetzes, einschließlich seines Verhältnisses zu anderen Whistleblowing-relevanten Bestimmungen des deutschen Rechts.⁴⁶ Die Vorgaben der WBRL zum Aufbau einer Whistleblowing-Infrastruktur im privaten und öffentlichen Sektor wurden in den §§ 8–30 HinSchG-E umgesetzt, wobei die §§ 8–11 HinSchG-E als allgemeiner Teil generelle Grundpflichten von Whistleblowing-Adressaten enthalten und die speziellen Einrichtungs- und Ausgestaltungspflichten für interne Whistleblowing-Kanäle und externe Whistleblowing-Behörden in den §§ 12–18, 41 bzw. 19–30, 40 HinSchG-E geregelt worden sind. Das von der WBRL geforderte, Whistleblowing-spezifische Sanktionsrecht findet sich in § 39 HinSchG-E, wobei sich

39 Statt mehrerer *Colneric/Gerdemann* (Fn. 1), S. 149 ff.; *Erlebach*, CB 2020, 284, 285; *Garden/Hieramente*, BB 2019, 963, 964; *Schmitt*, NZA-Beilage 2020, 50, 55; *Schmolke*, NZG 2020, 5, 10; *Schröder*, ZRP 2020, 212, 213 ff.; *Wiedmann/Seyfert*, CCZ 2019, 12, 19; aA. *Thüsing*, FAZ v. 13.1.2020, S. 16.

40 Abrufbar unter <https://www.whistleblower-net.de/wp-content/uploads/2021/02/Referentenentwurf-BMJV-WB-RL-Umsetzungsgesetz.pdf> (22.3.2021) (im Folgenden: RefE).

41 *Colneric/Gerdemann* (Fn. 1), S. 171 ff.; *Schmolke*, NZG 2020, 5, 9 f.; *Schröder*, ZRP 2020, 212, 213.

42 RefE (Fn. 40), S. 1 f.

43 RefE (Fn. 40), S. 1 f., 25 ff., 31.

44 Vgl. oben unter III., EGMR, 21.7.2011 – 28274/08 – NZA 2011, 1269 (*Heinisch*); Teil 1 dieses Beitrags *Gerdemann*, SR 2021, 2, 15 f.

45 S. unten unter VI.2.c).

46 Dem Verhältnis zu anderen Normen des deutschen Rechts widmen sich zudem Art. 2 des Entwurfs, der den Vorrang interner Klärung in § 17 Abs. 2 ArbSchG im Anwendungsbereich des HinSchG-E effektiv aufhebt, sowie Art. 3 des Entwurfs, der auf (noch vorzunehmende) Änderungen des BeamStG verweist. Zu letzteren *Gerdemann*, ZBR 2020, 12, 16 f.

der Entwurf (in unionsrechtlich zulässiger Weise) nicht für eine straf-, sondern für eine ordnungswidrigkeitenrechtliche Umsetzung entschlossen hat.⁴⁷ Die Voraussetzungen und Rechtsfolgen des anti-diskriminierungsrechtlichen Whistleblower-Schutzes werden in den §§ 1, 7, 31–38 HinSchG-E näher ausgestaltet. Als für das deutsche Arbeitsrecht relevanteste Regelungsmaterie stehen sie im Fokus der folgenden Diskussion.

2. Die wichtigsten Normen und ihre Auswirkungen auf das deutsche Arbeitsrecht

a) Der sachliche Anwendungsbereich des HinSchG-E

Der sachliche Anwendungsbereich des HinSchG-E bestimmt sich anhand des Gegenstands des Whistleblowings, der in Informationen über Verstöße gegen die im Gesetz aufgeführten Rechtsnormen bestehen muss. Wie unter der WBRL schließt dies auch Verstöße im weiteren Sinne mit ein, also zukünftige Verstöße, die (versuchte) Verschleierung von Verstößen und rechtsmissbräuchliches Verhalten.⁴⁸ Die wichtigste Grundentscheidung des Referentenentwurfs ist die signifikante Ausdehnung des sachlichen Anwendungsbereichs des HinSchG-E über das von der WBRL geforderte Maß hinaus und damit die Schaffung eines genuin deutschen Whistleblowing-Rechts zur Meldung und Offenlegung von Verstößen gegen Normen ohne unionsrechtlichen Hintergrund. Die Diskussionen und einschlägigen Empfehlungen der Umsetzungsdebatte aufnehmend, hat sich der Entwurfsgeber gegen eine Enumeration konkreter Normen und stattdessen für eine Definition des Anwendungsbereichs anhand dreier generalisierender Normgruppen entschieden:⁴⁹

Die erste und praxisrelevanteste Normgruppe bilden Verstöße gegen sämtliche Normen des nationalen Strafrechts, § 2 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 HinSchG-E. Ihre Rechtfertigung findet die generelle Aufnahme von Straftaten als melde- bzw. offenlegungswürdige Verstöße in erster Linie darin, dass durch die gesetzgeberische Qualifikation eines Verstoßes als Strafbestand ein typischerweise erhöhtes Aufdeckungsinteresse der Allgemeinheit bereits durch das öffentliche Strafverfolgungsinteresse indiziert ist.⁵⁰ Zugleich werden durch einen gleichwertigen Schutz von Whistleblowern, die Verstöße gegen nationales Strafrecht aufdecken, erhebliche Wertungswidersprüche zu unter der WBRL geschützten Whistleblowing-Fällen vermieden,⁵¹

die mit Blick auf das verfassungsrechtliche Gleichbehandlungsverbot andernfalls kaum zu rechtfertigen wären.⁵²

Als zweite generalisierte Normgruppe wurden in § 2 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 HinSchG-E bußgeldbewehrte Verstöße, also sämtliche Ordnungswidrigkeiten iSd. § 1 OWiG, in den sachlichen Anwendungsbereich aufgenommen. Zur Begründung dieser Entscheidung beruft sich der Entwurfsgeber auf die gleichen Argumente, die bereits zugunsten der Aufnahme von Straftaten angeführt wurden, was angesichts des geringeren Unrechtsgehalts und damit ebenfalls geringerem öffentlichen Interesse an der Aufdeckung jedenfalls geringfügigerer Ordnungswidrigkeiten freilich weder verfassungsrechtlich noch rechtspolitisch in vergleichbarem Maße zwingend erscheint. Problematisch erscheint insofern insbesondere, dass weder die WBRL, noch der HinSchG-E zwischen Whistleblowing-Fällen auf unterschiedlichen Hierarchieebenen differenzieren, so dass zum Beispiel bereits interne Meldungen über falschparkende Kollegen als Whistleblowing iSd. HinSchG-E einzustufen wären. Auf der anderen Seite wird man aber auch nicht annehmen können, dass der Gesetzgeber sich mit einer notwendigerweise pauschalisierten Abwägungsentscheidung zugunsten der Interessen von Ordnungswidrigkeiten-Whistleblowern und den Interessen der Allgemeinheit auf der einen und den Interessen betroffener Personen bzw. Arbeitgebern auf der anderen Seite jenseits seiner verfassungsrechtlichen Einschätzungsprärogative bewegen würde.

Die dritte Normgruppe betrifft Verstöße gegen Gesetze, Rechtsverordnungen und sonstige Vorschriften der in § 2 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 HinSchG-E genannten Rechtsgebiete, welche inhaltlich den von der Whistleblower-Richtlinie vorgegebenen Regulierungsmaterien entsprechen.⁵³ Im Gegensatz zur Richtlinie beschränkt sich der HinSchG-E aber nicht auf eine Liste enumerativ aufgeführter

47 Insofern gilt es zu berücksichtigen, dass das Gros sanktionsrelevanter Verhaltensweisen bereits nach geltendem Recht strafbewährt sind und § 39 HinSchG-E die Tatbestände des allgemeinen Strafrechts auch nicht im Wege der Spezialität verdrängt. Vgl. RefE (Fn. 40), Begr. HinSchG-E, S. 31; Gerdemann, RdA 2019, 16, 21.

48 § 3 Abs. 2, Abs. 3 HinSchG-E.

49 Grund hierfür ist das sachgebietsspezifisch hohe Rechtssicherheitsbedürfnis des Whistleblowing-Rechts. S. Colneric/Gerdemann (Fn. 1), S. 158 ff.

50 RefE (Fn. 40), Begr. HinSchG-E, S. 37; Colneric/Gerdemann (Fn. 1), S. 160.

51 RefE (Fn. 40), Begr. HinSchG-E, S. 37.

52 Vgl. oben unter V.

53 Vgl. Art. 2 WBRL; Teil 1 dieses Beitrags, Gerdemann, SR 2021, 2, 5 f.

(Unions-)Rechtsakte, sondern dehnt seinen Anwendungsbereich auf sämtliche thematisch einschlägige Rechtsnormen aus, ohne dass es auf deren konkrete Rechtsnatur und normative Herkunft ankäme. Erfasst sind damit neben nicht im Anhang der WBRL aufgeführten Rechtsakten der Europäischen Union auch sämtliche nationalen Rechtsnormen des Bundes und der Länder, sofern diese inhaltlich den genannten Rechtsgebieten unterfallen. Hiermit begegnet der HinSchG-E insbesondere dem bereits im Rahmen der Umsetzungsdebatten identifizierten Problem, dass die unionsrechtliche Herkunft nationaler Normen sich in der Praxis oft weder von potenziellen Whistleblowern, noch von Mitarbeitern der zuständigen internen Whistleblowing-Kanäle und Whistleblowing-Behörden rechtssicher bestimmen ließe.⁵⁴ Zugleich erübrigt sich hierdurch eine laufende Aktualisierung des unionsrechtlichen Normkatalogs als andernfalls unumgängliche Folge der dynamisch ausgestalteten Verweisung in Art. 2 WBRL.⁵⁵

Trotz dieser regulatorischen Vorzüge gilt es aber zu berücksichtigen, dass Abgrenzungsschwierigkeiten durch diese Regelungstechnik nicht etwa in Gänze vermieden werden, sondern sich lediglich auf eine unter Rechtssicherheitsgesichtspunkten ebenfalls nicht unbedenkliche Folgeproblematik verlagern: Denn als Konsequenz lässt sich der Anwendungsbereich des künftigen Gesetzes nun nicht mehr anhand konkret aufgelisteter Normen oder ihrer abstrakten Rechtsnatur bestimmen, sondern nur noch anhand der abstrakten Zugehörigkeit einer Norm zu einem bestimmten Rechtsgebiet. Dies wiederum wird regelmäßig eine teleologische Klassifizierung erforderlich machen, die ihrerseits notgedrungen mit einigen Abgrenzungsschwierigkeiten einhergehen kann. Ob beispielsweise die verwaltungsrechtliche Pflicht zur Abfallbeseitigung aus § 15 KrWAbfG ein Gebot des Umweltschutzes iSd. § 2 Abs. 1 Nr. 2 lit. e Alt. 1 HinSchG-E darstellt oder je nach Kontext doch eher allgemein-ordnungsrechtlichen Belangen dient,⁵⁶ ist für den Rechtsanwender im Vorhinein jedenfalls nicht auf Anhieb zweifelsfrei bestimmbar. Ob es der Rechtsprechung sukzessive gelingen würde, auf Basis von § 2 Abs. 1 Nr. 2 HinSchG-E und der hierzu ergangenen Entwurfsbegründung⁵⁷ abgrenzungsgerechte Definitionsansätze zu entwickeln, lässt sich zum gegenwärtigen Zeitpunkt kaum sagen. Sofern der Gesetzgeber aber nicht gerade dazu übergeht, pauschal sämtliche Verstöße gegen materielle Gesetze iSv. Art. 2 EGBGB als melde- bzw.

offenlegungsfähig einzustufen,⁵⁸ sind derartige Randumschärfen im sachlichen Anwendungsbereich eines unionsrechtskonformen Whistleblowing-Gesetzes letzten Endes gleichwohl unvermeidbar.

Während der HinSchG-E sich bei der Festlegung des sachlichen Anwendungsbereichs besonders änderungs- und konkretisierungswillig zeigt, übernimmt er bei der Bestimmung des Verhältnisses zu anderen Whistleblowing-relevanten Bestimmungen des deutschen Rechts im Wesentlichen die bereits von der Richtlinie vorgezeichneten Weichenstellungen. Unangetastet bleiben daher insbesondere die teils weitergehenden Pflichten zur Einrichtung interner Whistleblowing-Kanäle im Finanzdienstleistungssektor nach Maßgabe der nationalen Umsetzungsgesetze unionsrechtlicher Annex-Normen.⁵⁹ Entsprechendes gilt für die kontextabhängigen Schutzausnahmen der WBRL und damit für das im Kern unveränderte Fortbestehen anwaltlicher und ärztlicher Verschwiegenheitspflichten⁶⁰ ebenso wie die von der Richtlinie primär aus kompetenzrechtlichen Gründen vorgesehenen Bereichsausnahmen im Kontext der nationalen Sicherheit und beim Schutz von Verschluss-sachen,⁶¹ wobei eigenständige Regelungen in den letztgenannten Bereichen unionsrechtlich zwar möglich gewesen wären, vom Entwurf jedoch vermieden werden.⁶² Wie von der WBRL gefordert, soll der HinSchG-E gemäß § 6 Abs. 1 zudem den Bestimmungen des GeschGehG vorgehen, indem Whistleblowing unter den vom HinSchG-E aufgestellten Voraussetzungen als geschäftsgeheimnisrechtlich erlaubt gilt.⁶³

54 S. Colneric/Gerdemann (Fn. 1), S. 150 ff.

55 RefE (Fn. 40), Begr. HinSchG-E, S. 37 f.

56 Vgl. insofern § 1 Abs. 1 Alt. 3 KrWAbfG sowie allgemein Fellenberg/Schiller, in: Landmann/Rohmer, UmweltR, 93 EL., Stand: 1. August 2020, München 2020, UmwRG § 1 Rn. 158 ff. (zur Definition des Begriffs der umweltbezogenen Rechtsvorschriften iRv. § 1 Abs. 4 UmwRG).

57 RefE (Fn. 40), Begr. HinSchG-E, S. 37 ff.

58 Zum Für und Wider, s. Colneric/Gerdemann (Fn. 1), S. 163 ff.

59 § 4 Abs. 1 HinSchG-E; Art. 3 Abs. 1 WBRL; Teil 1 des Beitrags Gerdemann, SR 2021, 2, 6; Zu unionsrechtlich notwendigen Korrekturen mit Blick auf die spezifische Ausgestaltung bestehender Meldekanäle, s. unten unter VI.3.a).

60 § 5 Abs. 2 Nr. 3, Nr. 4 HinSchG-E; Art. 3 Abs. 3 lit. b WBRL.

61 § 5 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 1 HinSchG-E; Art. 3 Abs. 2, Abs. 3 lit. a WBRL.

62 Zu inhaltlich sinnvollen Ergänzungen in diesen besonders Whistleblowing-relevanten Themengebieten, s. unten unter Punkt VI.3.b).

63 Vgl. § 3 Abs. 2 GeschGehG.

b) Die antidiskriminierungsrechtlichen Bestimmungen des HinSchG-E

(1) Persönlicher Anwendungsbereich

Ähnlich dem sachlichen Anwendungsbereich des HinSchG-E enthält auch der persönliche Anwendungsbereich der anti-diskriminierungsrechtlichen Bestimmungen einige materielle Abweichungen von den Vorgaben der Richtlinie, die sich im Unterschied hierzu bei näherer Betrachtung aber als praktisch deutlich weniger folgenreich erweisen. So versteht der Entwurf das eigentlich sachbezogene Kriterium des berufsbezogenen Kontextes der Informationserlangung nominell als persönliche Schutzvoraussetzungen, indem er »hinweisgebende Personen« in § 1 HinSchG-E als natürliche Personen definiert, die »im Zusammenhang mit ihrer beruflichen oder dienstlichen Tätigkeit Informationen erlangt haben und diese an die nach dem Gesetz vorgesehenen Meldestellen melden oder offenlegen«. Eine inhaltliche Abweichung von den einschlägigen Vorgaben der Richtlinie ist mit dieser systematischen Umdeklarierung allerdings nicht verbunden.

Materiell-rechtliche Folgen hat hingegen die hiermit verbundene Entscheidung des Entwurfsgebers, die Person des Whistleblowers im Gegensatz zur Richtlinie nicht durch Aufzählung potenziell geschützter Personengruppen zu definieren, sondern sämtliche natürliche Personen in den Schutzbereich des HinSchG-E aufzunehmen, solange diese nur die sonstigen Voraussetzungen der anti-diskriminierungsrechtlichen Bestimmungen erfüllen. Da aber bereits die WBRL im Interesse eines möglichst lückenlosen Schutzes nahezu sämtliche als potenzielle Whistleblower in Betracht kommenden Personengruppen explizit in ihren Anwendungsbereich aufgenommen hatte,⁶⁴ ergeben sich mit Blick auf die effektive Reichweite des anti-diskriminierungsrechtlichen Whistleblower-Schutzes keine praxisrelevanten Unterschiede. Gleiches gilt für den systematisch zwar an anderer Stelle geregelten, in seiner inhaltlichen Reichweite aber nahezu identischen Schutz von Unterstützern des Whistleblowers, ebenso wie für den Schutz mit ihm persönlich verbundener Dritter und mit ihm beruflich verbundenen, rechtsfähigen Personenvereinigungen.⁶⁵

(2) Allgemeine und besondere Schutzvoraussetzungen

Die neben der Eröffnung des sachlichen und persönlichen Anwendungsbereichs stets zu erfüllenden Schutzvoraus-

setzungen finden sich in erster Linie in § 32 HinSchG-E. Als objektive Schutzvoraussetzung kommen nach § 32 Abs. 1 Nr. 1 HinSchG-E alternativ eine interne Meldung an die unternehmens- bzw. verwaltungsinternen Whistleblowing-Stellen, eine externe Meldung an die externen Whistleblowing-Behörden oder eine Offenlegung in Betracht. Darüberhinausgehende objektive Schutzvoraussetzungen enthält § 32 HinSchG-E nicht.⁶⁶ Allerdings erwähnt § 34 HinSchG-E als weitere potenziell schutzauslösende Whistleblowing-Handlung die vorherige Beschaffung von bzw. den Zugriff auf anschließend gemeldete oder offengelegte Informationen – unter der Voraussetzung, dass hierbei kein Straftatbestand verwirklicht wurde. Wenngleich diese Schutzalternative in Fortsetzung der teils aktionenrechtlich geprägten Struktur der Whistleblower-Richtlinie im Zusammenhang mit dem in § 34 HinSchG-E geregelten Ausschluss (haftungsrechtlicher) Verantwortlichkeit geregelt ist, wird man mangels gegenteiliger Anhaltspunkte davon ausgehen können, dass es sich nach deutschem Rechtsverständnis um eine weitere materielle Schutzvoraussetzung handeln soll. Für den Fall, dass eine Repressalie iSd. § 35 HinSchG-E mit der Beschaffung verstoßrelevanter Informationen begründet wird, wäre der Whistleblower daher ebenfalls geschützt.

Als subjektive Voraussetzung des Anti-Diskriminierungsschutzes ist es erforderlich, dass der Whistleblower hinreichenden Grund zur Annahme hatte, dass die gemeldeten bzw. offengelegten Informationen in tatsächlicher Hinsicht der Wahrheit entsprachen (§ 32 Abs. 1 Nr. 2 HinSchG-E) und in rechtlicher Hinsicht unter den Anwendungsbereich des Gesetzes fielen (§ 32 Abs. 1 Nr. 3 HinSchG-E). Auch wenn der HinSchG-E sich der aus der deutschen Richtlinienfassung stammenden Formulierung des »hinreichenden Grundes« bedient, verdeutlicht ein Blick in die Entwurfsbegründung, dass hiermit keine Abweichung vom etablierten Gutglaubensmaßstab iSd. Ausschlusses (lediglich) vorsätzlichen und grob fahrlässigen Verhaltens bezweckt ist.⁶⁷ Im Einklang mit den Vor-

64 Art. 4 Abs. 1–3 WBRL; Teil 1 dieses Beitrags Gerdemann, SR 2021, 2, 8f.

65 § 33 HinSchG-E. Eine (inhaltlich konsequente) Ausdehnung des Schutzes auf Unterstützer, die nicht als natürliche Personen, sondern als rechtsfähige Personenvereinigungen agieren (bspw. Gewerkschaften oder NGOs), ist in der aktuellen Entwurfsfassung nicht vorgesehen.

66 Zu hieraus erwachsenden unionrechtlichen Problemen und rechtspolitisch sinnvollen Ergänzungen, s. unten VI.3.

67 Vgl. nur die einschlägige Verwendung des Begriffs auf S. 67–69, RefE (Fn. 40), Begr. HinSchG-E.

gaben der Richtlinie sind Whistleblower daher auch bei gutgläubigen Tatsachen- und Rechtsirrtümern geschützt, ohne dass dabei eine nachträgliche Motivprüfung iSd. bisherigen BAG-Rechtsprechung zulässig wäre.⁶⁸ Im Interesse der Rechtsklarheit und Kontinuität mit der bisherigen deutschen Rechtsprechung und Rechtssetzung⁶⁹ wäre es freilich sinnvoll, die rechtstechnisch uneinheitliche Formulierung des Gutgläubensmaßstabs in der endgültigen Gesetzesfassung normübergreifend anzupassen.⁷⁰

Jenseits dieser allgemeinen Schutzvoraussetzungen sieht der HinSchG-E für die Meldung von Verstößen keine weiteren Bedingungen vor. Die damit verbundene, weitreichende Abschaffung des von der Rechtsprechung entwickelten Grundsatzes interner Klärung wird nochmals unterstrichen, indem das – eigentlich den antidiskriminierungsrechtlichen Bestimmungen unterfallende – freie Wahlrecht zwischen internen und externen Meldeadressaten in § 7 HinSchG-E als erster allgemeiner Grundsatz des neuen deutschen Whistleblowing-Rechts hervorgehoben wird.

Für Offenlegungen iSd. Zugänglichmachung von Informationen über Verstöße gegenüber der Öffentlichkeit verlangt § 31 HinSchG-E hingegen das Vorliegen weiterer Voraussetzungen, die im Wesentlichen wortgleich denen des Art. 15 WBRL entsprechen. Unmittelbare Offenlegungen sind daher auch nach dem HinSchG-E nur unter der Voraussetzung einer unmittelbaren oder offenkundigen Gefährdung des öffentlichen Interesses sowie dann zulässig, wenn ein Whistleblower bei einer externen Meldung Repressalien zu befürchten hat oder nur geringe Aussichten auf die Einleitung wirksamer Folgemaßnahmen bestehen. Mit Blick auf die letztgenannte Offenlegungsalternative verdient besondere Aufmerksamkeit, dass der Entwurfsgeber hiervon auch Fälle erfasst wissen will, in denen ein gemeldeter Vorwurf nach anfänglicher Einleitung an sich wirksamer Folgemaßnahmen nicht oder nur unzureichend weiterverfolgt worden ist⁷¹ – eine Sachverhaltskonstellation die sich in dieser Deutlichkeit nicht in den Vorgaben der Richtlinie wiederfindet, für die Praxis aber von nicht unerheblicher Bedeutung ist.⁷²

Hinsichtlich mittelbarer Offenlegungen im Anschluss an eine nicht hinreichende Rückmeldung einer Whistleblowing-Stelle weicht § 31 Nr. 1 HinSchG-E insofern teilweise von der Formulierung des Art. 15 Abs. 1 lit. a WBRL ab, als dass die Norm lediglich auf die Nichteinhaltung der für Whistleblowing-Behörden geltenden Rückmeldefris-

ten Bezug nimmt. Während eine Offenlegung unter der WBRL auch dann ausgeschlossen ist, wenn sich bei einer sowohl intern als auch extern erstatteten Meldung zwar nicht die angerufene Whistleblowing-Behörde, wohl aber eine interne Whistleblowing-Stelle fristgemäß mit Informationen über angemessene Folgemaßnahmen zurückmeldet,⁷³ wären Whistleblowern unter dem HinSchG-E angesichts des insoweit eindeutigen Wortlauts der Norm auch in diesem Fall zu einer Offenlegung berechtigt.⁷⁴

(3) Rechtsfolgen und Schutzmaßnahmen

Soweit der Anwendungsbereich eröffnet ist und die materiellen Schutzvoraussetzungen erfüllt sind, greifen die vom HinSchG-E vorgesehenen Rechtsfolgen und Schutzmaßnahmen. Konkrete Folgen sind der Ausschluss der (insbesondere haftungs- und strafrechtlichen) Verantwortlichkeit gemäß § 34 HinSchG-E, das Verbot von Repressalien gemäß § 35 HinSchG-E und der spezifische Schadenersatzanspruch des § 36 HinSchG-E. Die Übertragung der meisten insofern einschlägigen Vorgaben der WBRL ist dabei weitgehend wortgleich und damit ohne auf das deutsche Rechtssystem ausgerichtete Anpassungen oder inhaltliche Konkretisierungen erfolgt. Von diesem Grundsatz gibt es allerdings zwei für die arbeitsrechtliche Praxis potenziell folgenreiche Ausnahmen:

Das betrifft zunächst die für das deutsche Arbeitsrecht besonders bedeutsame Beweislastumkehr des § 35 Abs. 2 HinSchG-E, durch die der Nachweis fehlender Kausalität zwischen Whistleblowing und Repressalie künftig dem jeweiligen Prozessgegner obliegen soll. Wenngleich der Entwurf darauf verzichtet, einen eigenständigen Unterlassungsanspruch zu kodifizieren, folgt aus dem Normzusammenhang und den zugrundeliegenden Vorgaben der Richtlinie

68 S. RefE (Fn. 40), Begr. HinSchG-E, S. 68; oben unter III., IV.

69 Vgl. etwa BVerfG, 2.7.2001 – 1 BvR 2049/00 – NJW 2001, 3474, 3475 f.; BAG, 3.7.2003 – 2 AZR 235/02 – NZA 2004, 427, 428 f.; § 4d Abs. 6 FinDAG aE.

70 S. §§ 6 Abs. 2, 31 Nr. 2, 32 Nr. 2 und Nr. 3, 33 Abs. 1 Nr. 2, 34 Abs. 2 HinSchG-E (hinreichender Grund zu der Annahme); §§ 9 Abs. 1, 37, RefE (Fn. 40), Begr. HinSchG-E, S. 53 f., 63, 73 (nicht vorsätzlich/wissentlich oder grob fahrlässig), S. 67–69, 73 (guter Glaube/gutgläubig).

71 RefE (Fn. 40), Begr. HinSchG-E, S. 67.

72 S. *Colneric/Gerdemann* (Fn. 1), S. 104 ff. am Beispiel des Falls der BSE-Whistleblowerin *Margrit Herbst*.

73 S. Teil 1 dieses Beitrags *Gerdemann*, SR 2021, 2, 12.

74 Unabhängig davon, ob diese Rechtsfolge vom Entwurfsgeber tatsächlich beabsichtigt war oder nicht, wäre sie als für den Whistleblower günstigere Bestimmung unionsrechtlich jedenfalls zulässig, Art. 25 Abs. 1 WBRL.

im Ergebnis eindeutig, dass geschützte Personen nach dem HinSchG-E künftig nur noch ein erfolgreiches Whistleblowing bzw. eine hierauf gerichtete Unterstützungshandlung und eine im Anschluss erlittene Repressalie nachweisen müssen, um sich gegen diese gerichtlich erfolgreich zur Wehr setzen zu können. Weniger deutlich fällt hingegen der Maßstab des von der Gegenseite zu erbringenden Beweises mangelnder Kausalität aus: § 35 Abs. 2 S. 3 HinSchG-E scheint ausweislich des Wortlauts davon auszugehen, dass eine benachteiligende Maßnahme, beispielsweise eine arbeitgeberseitige Kündigung, entweder dadurch aufrechterhalten werden kann, dass der Arbeitgeber nachweist, dass die Maßnahme nicht kausal auf dem Whistleblowing beruht, oder er für die Maßnahme alternative (Kündigungs-)Gründe vorbringen kann.⁷⁵ Beides wäre zur Umsetzung der WBRL jedoch nicht ausreichend, da nach deren Vorgaben ein Gegenbeweis nur dann gelingen können soll, wenn die Maßnahme in keiner Weise mit dem Whistleblowing in Verbindung stand, das Whistleblowing also keinerlei kausalen Einfluss auf die getroffene Entscheidung hatte.⁷⁶ Ob hierin eine bewusste, im Ergebnis aber unionsrechtswidrige Umsetzungsentscheidung oder ein unbeabsichtigtes Redaktionsversehen zu sehen ist (das dann wiederum einer unionsrechtskonformen Auslegung leichter zugänglich wäre), lässt sich der in diesem Punkt besonders knappen Entwurfsbegründung nicht mit Sicherheit entnehmen.⁷⁷

In ähnlicher Weise ist auch hinsichtlich des in § 36 HinSchG-E geregelten, Whistleblowing-spezifischen Schadensersatzanspruchs weniger von Bedeutung, was der knappe Wortlaut der Norm bestimmt, sondern was er (in diesem Fall beredt) verschweigt. So enthält § 36 Abs. 1 HinSchG-E im Unterschied zu den meisten Bestimmungen des deutschen Schadenersatzrechts kein gesondertes Verschuldenserfordernis, womit dem unionsrechtlichen Erfordernis einer verschuldensunabhängigen Haftung Rechnung getragen wird.⁷⁸ Im Wortlaut der Norm spiegelt diese Besonderheit sich zudem in der Verwendung des Begriffs des Verursachers wieder.⁷⁹ Ebenfalls nicht im Normtext, wohl aber in der Entwurfsbegründung findet zudem die von der WBRL verlangte Ersatzfähigkeit immaterieller Schäden Erwähnung. Soweit die Begründung aber darauf verweist, dass die Ersatzfähigkeit immaterieller Schäden nach deutschem Recht bereits aus § 253 Abs. 2 BGB und einschlägigen Ansprüchen wegen Verletzungen des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts folge,⁸⁰ ist dies jedoch nicht ausreichend. Mit Blick auf § 253 Abs. 1 BGB wäre stattdessen eine kon-

krete gesetzliche Bestimmung erforderlich gewesen, da der von der Richtlinie geforderte Ersatzanspruch für immaterielle Schäden gemäß Art. 21 Abs. 8 WBRL unabhängig von der Verletzung absoluter Rechte entsteht. Zu denken ist hier beispielsweise an eine Entschädigung für erhebliche psychischen Belastungen, die erfahrungsgemäß oft mit langwierigen, die berufliche und wirtschaftliche Existenz einer Person unmittelbar betreffenden Whistleblowing-Verfahren verbunden sein können.

c) Interne und externe Meldestellen

Über die soeben behandelten Bestimmungen des Anti-Diskriminierungsrechts gehen auch die in den §§ 8–30, 40 f. HinSchG-E geregelten internen und externen Meldekanäle mit Auswirkungen für die betriebliche Praxis einher. Zur Umsetzung der Pflicht zur Einrichtung unternehmens- und verwaltungsinterner Meldestellen bedient sich der Entwurf in § 12 HinSchG-E der Begriffe des (privaten) Beschäftigungsgebers und der (öffentlichen) Dienststellen. Beide Organisationsformen müssen ab einer Beschäftigtenzahl von in der Regel 50 Personen eine interne Meldestelle einrichten, § 12 Abs. 2 HinSchG-E. Hinter der Einführung des (in der WBRL nicht enthaltenen) Begriffs des Beschäftigungsgebers steht die Erkenntnis, dass der in der deutschen Richtlinienfassung verwendete Begriff der »juristische Personen« nicht iSd. deutschen (Privat-)rechts, sondern als eigenständiger, unionsrechtlicher Rechtsbegriff weit auszulegen ist.⁸¹ Demgemäß versteht § 3 Abs. 9 Hin-

75 S. § 35 Abs. 2 S. 2: »[Die benachteiligende Person hat zu beweisen,] dass die Benachteiligung auf hinreichend gerechtfertigten Gründen basiert oder dass sie nicht auf der Meldung oder Offenlegung beruht.«

76 S. Ewg. 93 S. 2 WBRL; Colneric/Gerdemann (Fn. 1), S. 111 f.; vgl. zu den Hintergründen des hierdurch eingeführten »contributing factor test« Gerdemann (Fn. 7), Rn. 62, 132.

77 Die Begründung spricht eher für Ersteres, indem sie von einer heilenden Wirkung alternativer Benachteiligungsgründe auszugehen scheint, da die Beweislastumkehr sich auf »beide« Tatbestandsmerkmale erstreckt, wozu neben der kausalen Verknüpfung auch die ungerechtfertigte Benachteiligung zählen soll (RefE (Fn. 40), Begr. HinSchG-E, S. 72).

78 Vgl. Teil 1 dieses Beitrags Gerdemann, SR 2021, 2, 14.

79 Laut Entwurfsbegründung soll der Begriff des Verursachers die Möglichkeit von Ersatzansprüchen außerhalb klassischer Arbeitsverhältnisse zum Ausdruck bringen (RefE (Fn. 40), Begr. HinSchG-E, S. 73). Aus unionsrechtlicher Perspektive erscheint der Begriff allerdings problematisch, da er eine Verengung der Anspruchsgegnerschaft allein auf jene Personen nahelegt, die eine Repressalie konkret veranlasst haben. Hiermit wäre eine Haftung des Arbeitgebers für das Verhalten anderer Personen (etwa das eines Vorgesetzten) nicht vereinbar, welche von der Richtlinie aber vorausgesetzt wird (vgl. Ewg. 87 WBRL).

80 RefE (Fn. 40), Begr. HinSchG-E, S. 73.

81 Vgl. Teil 1 dieses Beitrags Gerdemann, SR 2021, 2, 9.

SchG-E unter einem Beschäftigungsgeber neben natürlichen und juristischen Personen des Privatrechts auch rechtsfähige Personengesellschaften und alle sonstigen rechtsfähigen Personenvereinigungen.⁸² In zulässiger Konkretisierung der insoweit unergiebigem Vorgaben der WBRL bestimmt § 12 Abs. 1 HinSchG-E zudem, dass für die Erreichung des Schwellenwertes von 50 Beschäftigten die Zahl der über einen längeren Zeitraum »in der Regel« beschäftigten Personen maßgeblich ist.⁸³ Hierdurch wird vermieden, dass die kostenträchtige Pflicht zur Einrichtung einer internen Whistleblowing-Stelle bereits bei kurzfristigen Beschäftigungsschwankungen ausgelöst wird.⁸⁴ Verzichtet hat der Entwurf demgegenüber auf die im Vorfeld diskutierte Möglichkeit, in Gesellschaften von öffentlichem Interesse spezielle Meldekanäle einzuführen, über die Rechtsverstöße des Vorstands unmittelbar an den hierfür zuständigen Aufsichtsrat gemeldet werden könnten.⁸⁵

Mit Blick auf die im HinSchG-E vorgesehenen Einrichtungspflichten ist vor allem für deutsche Arbeitgeber relevant, dass der Entwurf von mehreren Erleichterungen Gebrauch macht, die den nationalen Gesetzgebern in der WBRL eröffnet wurden. Insbesondere sollen kleine und mittlere Unternehmen (und Behörden) mit bis zu 249 Beschäftigten gemäß § 41 HinSchG-E bis zum 17. Dezember 2023 von der Pflicht zur Einrichtung interner Meldestellen befreit werden. Zudem können mehrere Beschäftigungsgeber mit bis zu 249 Beschäftigten zum Zwecke der Kostenersparnis eine gemeinsame interne Meldestelle einrichten und betreiben, § 14 Abs. 2 HinSchG-E. Warum die Option gemeinsam betriebener Whistleblowing-Stellen nicht auch für öffentliche Dienststellen eröffnet wurde, insbesondere für kleinere Gemeinden mit entsprechend geringeren Haushaltsmitteln, ergibt sich aus der Entwurfsbegründung allerdings nicht.⁸⁶ Wenngleich vom HinSchG-E nicht ausdrücklich erwähnt, lassen sich unter Beachtung gewisser Grenzen aber mittels der Ausnahme § 14 Abs. 2 HinSchG-E auch innerhalb von Konzernstrukturen gewisse aufwandsreduzierende Synergien schaffen, beispielsweise durch Einrichtung einer zentralen Whistleblowing-Einheit auf Ebene einer Muttergesellschaft.⁸⁷

Für das Arbeitsrecht nicht von unmittelbarer Bedeutung, mit Blick auf die zukünftige Praxis des Umgangs mit Whistleblowing-Informationen in Deutschland jedoch potenziell von großer Tragweite sind ferner die vom HinSchG-E getroffenen Weichenstellungen für externe Whistleblowing-Behörden. So sieht der Entwurf vor,

anstelle einer Vielzahl, in die Verwaltungsstruktur der jeweiligen Aufsichtsbehörden eingebetteten Whistleblowing-Stellen im Wesentlichen nur eine einzige zentrale Whistleblowing-Behörde des Bundes einzurichten, eingliedert beim Bundesbeauftragten für Datenschutz und für die Informationsfreiheit (BfDI).⁸⁸ Hiervon abgesehen ist auf Bundesebene im Wesentlichen⁸⁹ nur eine weitere externe Whistleblowing-Stelle vorgesehen, die speziell für finanzaufsichtsrechtliche Verstöße zuständig wäre und organisatorisch auf der bereits bestehenden Hinweisgeber-Stelle der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) aufbaut.⁹⁰ Für Bundesländer sieht die Öffnungsklausel des § 20 HinSchG-E zudem die Möglichkeit jeweils einer weiteren externen Meldestelle speziell für solche Meldungen vor, die inhaltlich nur die landeseigenen Dienststellen betreffen.

Der Aufgabenbereich der beim BfDI angesiedelten »externen Meldestelle des Bundes« umfasst damit die Entgegennahme und Weiterverfolgung von Verstoßmeldungen auf nahezu sämtlichen, in den sachlichen Anwendungsbereich des HinSchG-E fallenden, Rechtsgebieten. Durch diesen »one-stop-shop« versucht der Entwurf, komplexe Zuständigkeitsfragen zu vermeiden, die sich negativ auf die Meldebereitschaft potenzieller Whistleblower auswirken könnten.⁹¹ Tatsächlich bringt der international zunehmend zu beobachtende Trend⁹² zur Zentralisierung staatlicher Whistleblowing-Adressaten mehrere Vorteile mit sich, insbesondere mit Blick auf die Whistleblowing-spezifische Expertise der dort tätigen Mitarbei-

82 Entgegen der Entwurfsbegründung (dort S.45, RefE (Fn. 40), Begr. HinSchG-E) wird man hierzu allerdings auch nicht eingetragene Vereine zählen müssen. S. Colneric/Gerdemann (Fn. 1), S. 37.

83 Vgl. RefE (Fn. 40), Begr. HinSchG-E, S.56; BAG, 31.1.1991 – 2 AZR 356/90 – AP Nr. 11 zu § 23 KSchG 1969.

84 Colneric/Gerdemann (Fn. 1), S. 43 f.

85 Entsprechende Kanäle hatten sich vor allem in den USA als sinnvoll erwiesen. S. Gerdemann (Fn. 7), Rn. 139 ff., 162 ff., 229, 274 f., 287, Appendix D II.

86 Möglich wäre dies nach den Vorgaben der Richtlinie jedenfalls gewesen, s. Art. 8 Abs. 9 UAbs. 3 WBRL.

87 Hierzu Gerdemann/Spindler, ZIP 2020, 1896, 1905.

88 § 19 HinSchG-E.

89 Die gem. § 22 HinSchG-E va. aus rechtstechnischen Gründen ebenfalls vorgesehenen weiteren externen Meldestellen verfügen über einen praktisch weitgehend zu vernachlässigenden Anwendungsbereich.

90 § 21 HinSchG-E; zu Hintergründen und Funktionsweise der BaFin-Hinweisgeberstelle Gerdemann (Fn. 7), Rn. 278 ff.

91 RefE (Fn. 40), Begr. HinSchG-E, S. 31.

92 S. hierzu die Studie von Loyens/Vandekerckhove, Adm. Sci. 2018, 8.

ter⁹³ und die von Whistleblowing-Behörden zu erfüllenden Beratungs- und Koordinationsaufgaben gegenüber (potenziellen) Whistleblowern.⁹⁴ Die spezielle, im HinSchG-E gewählte Zentralisierungsform der Beauftragung einer Datenschutzbehörde mit der rechtlichen wie sachlichen Beurteilung unterschiedlichster Meldegegenstände wirft allerdings einige praktische Fragen auf, die auch bei bestmöglicher Ausgestaltung der behördeneigenen Organisations- und Verfahrensregeln⁹⁵ kaum zufriedenstellend beantwortet werden können. Bedenkt man die besondere Rolle, die externe Whistleblowing-Behörden als sachgebietsspezifisch qualifizierte Scharnierstellen zwischen Whistleblowern und zuständigen Ermittlungsbehörden erfüllen müssen, wird sich eine nach der Konzeption des HinSchG-E eingerichtete Whistleblowing-Behörde erheblichen Herausforderungen gegenübersehen, wenn sie die in § 28 HinSchG-E vorgesehenen Folgemaßnahmen effizient durchführen und dem Whistleblower hierüber innerhalb der gemäß § 27 Abs. 4 HinSchG-E maximal sechsmonatigen Frist eine angemessene Rückmeldung erstatten will. Hinzu kommt, dass der Entwurf sich vorerst gegen die Ergänzung der zulässigen Meldeadressaten innerhalb der materiellen Diskriminierungsschutz-Voraussetzungen entschieden hat,⁹⁶ sodass auch Personen, deren Anliegen der Sache nach bei anderen öffentlichen Stellen, etwa bei den lokalen Staatsanwaltschaften, deutlich besser aufgehoben wäre, einen nicht unerheblichen Anreiz haben, ihre Meldung stattdessen an die zentrale Whistleblowing-Behörden des Bundes zu richten, um in den Genuss des gegenüber dem allgemeinen Recht deutlich höheren Schutzstandards des HinSchG-E zu kommen. Gelänge es der Whistleblowing Behörde des Bundes in Zukunft nicht, das erwartbare Meldeaufkommen zeitnah zu bewältigen, hätte die damit einhergehende Nichteinhaltung der Rückmeldefrist des § 27 Abs. 4 HinSchG-E wiederum unmittelbar arbeitsrechtliche Konsequenzen, da einer öffentlichkeitswirksamen Offenlegung gemeldeter Verstöße dann regelmäßig keine rechtlichen Hindernisse mehr entgegensünden.⁹⁷

d) Der Einfluss der Rechtsprechung des EGMR auf die Auslegung des HinSchG-E

Wie anfangs erwähnt, hat der HinSchG-E es sich zum Ziel gesetzt, neben der Umsetzung der WBRL und der Schaffung eines hieran angelehnten deutschen Whistleblowing-Rechts zugleich die Grundsätze der bisherigen

Whistleblowing-Rechtsprechung, insbesondere der einschlägigen Entscheidungen des EGMR, in Gesetzesrecht zu überführen.⁹⁸ Soweit der EGMR in Ermangelung gesetzlicher Regelungen die bisherige Whistleblowing-Rechtsprechung nationaler Gerichte mit Blick auf Art. 10 EMRK für zulässig erachtet und hierbei Kriterien aufgestellt bzw. bestätigt hat, die den Vorgaben der WBRL widersprechen, hat dies für die Auslegung des HinSchG-E keine weitere Bedeutung, da die Regelungen der Richtlinie insoweit vorrangig sind und aller Voraussicht auch vom EGMR bei der Beurteilung künftiger Entscheidungen zugrunde gelegt würden. Ein Wiederaufleben, insbesondere der einschlägigen Rechtsprechung des BAG,⁹⁹ vermittelt über die in der Entwurfsbegründung bezuggenommene *Heinisch*-Entscheidung des EGMR,¹⁰⁰ ist daher weder angezeigt noch zu erwarten.

Gleichwohl kann die vom Entwurfsgeber betonte Bedeutung der EGMR-Rechtsprechung unter Zugrundelegung historischer Auslegungsmethodik für die Interpretation der Bestimmungen des HinSchG-E nicht unerhebliche Bedeutung erlangen. Das gilt insbesondere für jene Teilbereiche, in denen die Whistleblower-Richtlinie den Gesetzgebern der Mitgliedstaaten keine konkreten Vorgaben macht und ihnen damit einen gewissen Umsetzungsspielraum lässt. Mit Blick auf die Bestimmungen des deutschen HinSchG-E betrifft dies in erster Linie einen Themenkomplex, der erst vor Kurzem unerwartete Aktualität erfahren hat: Das mögliche Bestehen eigenständiger Nachforschungspflichten von Whistleblowern zur Verifizierung eines Verstoßverdachts im Vorfeld einer externen Meldung.

Die Whistleblower-Richtlinie enthält zu der Frage, ob Whistleblower vor einer Meldung oder Offenlegung zunächst weitere Nachforschungen zur Verifizierung eines auf den ersten Blick begründeten Verdachts durchführen müssen, keine eigenen Vorgaben. Stattdessen stellt Art. 6

93 Vgl. § 24 HinSchG-E.

94 Vgl. § 23 Abs. 2 HinSchG-E; *Colneric/Gerdemann* (Fn. 1), S. 57, 123 f.

95 S. §§ 27 ff., 40 Abs. 1 HinSchG-E.

96 RefE (Fn. 40), Begr. HinSchG-E, S. 68; dafür *Colneric/Gerdemann* (Fn. 1), S. 80 ff.

97 S. § 31 Nr. 1 HinSchG-E.

98 RefE (Fn. 40) S. 1.

99 S. oben unter III.

100 EGMR, 21.7.2011 – 28274/08– NZA 2011, 1269, 1271 (*Heinisch*); hierzu Teil 1 dieses Beitrags *Gerdemann*, SR 2021, 2, 15 f.

WBRL lediglich auf die Gutgläubigkeit des Whistleblowers zum Zeitpunkt der Meldung bzw. – in den Worten der deutschen Richtlinienfassung und denen des § 32 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2 HinSchG-E – auf das Vorliegen eines »hinreichenden Grundes zu der Annahme« eines Verstoßes ab. Mit der Thematik interner Nachforschungsmaßnahmen beschäftigt sich die Richtlinie lediglich in ihrem Art. 21 Abs. 3 WBRL, der die Informationsbeschaffung zum Zwecke einer Meldung oder Offenlegung für zulässig erklärt, soweit der Whistleblower hierbei keine eigenständige Straftat begeht. Eine grundsätzliche Pflicht zu eigenen Nachforschungen lässt sich aus dem eingeräumten Recht zur Verifizierung persönlicher Verdachtsmomente aber nicht ableiten. In ähnlicher Weise ist auch der deutschen Rechtsprechung eine neben das subjektive Erfordernis der Gutgläubigkeit tretende, objektive Nachforschungspflicht bislang fremd.¹⁰¹

In der Rechtsprechung des EGMR sind Nachforschungspflichten von Whistleblowern hingegen bereits seit Längerem bekannt. So hat bereits die Große Kammer des EGMR in ihrer Leitentscheidung im Fall *Guja* eine grundsätzliche Pflicht des Whistleblowers zur sorgsam Verifizierung offengelegter Informationen anerkannt, soweit die Umstände dies im Vorfeld einer Offenlegung zulassen.¹⁰² Die Fünfte Sektion des EGMR hat die Anwendbarkeit dieses Kriteriums dem Grunde nach auch für Fälle der externen Meldungen von Straftaten in Betracht gezogen, allerdings nur unter dem ausdrücklichen Hinweis, dass es vorrangig Aufgabe der Strafverfolgungsbehörden sei, den Wahrheitsgehalt der in einer Strafanzeige zum Ausdruck gebrachten Verdachtsmomente zu ermitteln.¹⁰³ Hierin sprachlich wie inhaltlich anknüpfend geht auch die Begründung des HinSchG-E davon aus, dass an die Überprüfung des Wahrheitsgehalts einer Meldung durch den Whistleblower zwar ausdrücklich keine überhöhten Anforderungen zu stellen seien, eine Meldung oder Offenlegung gleichwohl aber nicht leichtfertig ohne ein Bemühen um Verifizierung erfolgen dürfe, sofern dieses Bemühen zumutbar sei. Nicht zumutbar sei dies wiederum dann, wenn die hinweisgebende Person fürchtet, entdeckt zu werden und sich bereits vor einer Meldung oder Offenlegung der Gefahr drohender Repressalien auszusetzen.¹⁰⁴ Sofern man davon ausgeht, dass den Gesetzgebern der Mitgliedstaaten bei der Konkretisierung der subjektiven Schutzvoraussetzungen ein gewisser Umsetzungsspielraum zusteht, wäre es folgerich-

tig anzunehmen, dass Whistleblower unter dem HinSchG-E auch bei externen Meldungen gewisse, wiewohl im Einzelfall nicht zu überdehnde Nachforschungspflichten treffen können.

Seine eigentliche Brisanz entwickelt diese Annahme allerdings erst durch ein aktuelles Urteil, das zum Zeitpunkt der Fertigstellung des Entwurfs noch gar nicht vorgelegen hatte: Die Entscheidung der Zweiten Sektion des EGMR in Sachen *Gawlik v. Liechtenstein*.¹⁰⁵ Gegenstand des Urteils war der Fall eines deutschen Arztes, der in einem Liechtensteiner Krankenhaus eine erhebliche Übersterblichkeit der eingelieferten Patienten festgestellt hatte. Die Überprüfung der elektronischen Krankenakten und der dort beschriebenen Behandlungsabläufe erhärtete seinen Verdacht einer widerrechtlichen Tötung der Patienten durch bewusst überhöhte Morphiumdosen, den er bei der zuständigen Staatsanwaltschaft sodann zur Anzeige brachte. Nachdem die Krankenhausleitung von der Anzeige erfahren hatte, wurde *Gawlik* gekündigt und – aufgrund fehlender Anstellung – letztlich des Landes verwiesen.

Der liechtensteinische Staatsgerichtshof hielt die Kündigung in letzter Instanz mit der Begründung aufrecht, dass *Gawlik* seine Vorwürfe zuvor noch durch Beschaffung der physischen Krankenakten hätte verifizieren müssen, wobei diese Nachforschungen nach Ansicht des Gerichts den Verdacht auf wiederholte Tötungsdelikte nicht bestätigt hätten. Die Zweite Sektion des EGMR wiederum erklärte die Entscheidung des Staatsgerichtshofs im Anschluss an die Beschwerde *Galwiks* für mit Art. 10 EMRK vereinbar. Zur Begründung zog sie die von der Großen Kammer für Fälle der Offenlegung entwickelte Pflicht zur gründlichen Verifizierung publik gemachter Vorwürfe heran und erstreckte sie (ohne Erwähnung der im *Heinisch*-Urteil genannten Einschränkungen) in unveränderter Weise auch auf externe Meldungen an die zuständigen Strafverfolgungsbehörden.¹⁰⁶ Da der Beschwerdeführer es trotz der erheblichen Schwere der

101 Vgl. bspw. BVerfG, 2.7.2001 – 1 BvR 2049/00 – NJW 2001, 3474, 3475, Rn. 10, 20.

102 EGMR, 12.2.2008 – 14277/04 – juris (Guja), Rn. 75.

103 EGMR, 21.7.2011 – 28274/08 – NZA 2011, 1269, 1272 (Heinisch), Rn. 80.

104 RefE (Fn. 40), Begr. HinSchG-E, S. 68.

105 EGMR, 16.2.2021 – 23922/19 – BeckRS 2021, 1820 (Gawlik).

106 EGMR, 16.2.2021 – 23922/19 – BeckRS 2021, 1820 (Gawlik), Rn. 68.

Vorwürfe und der im Falle ihres Bekanntwerdens für seinen Arbeitgeber drohenden Nachteile unterlassen habe, auf eigene Initiative weitere sorgfältige Nachforschungen anzustellen, wurde seine Beschwerde zurückgewiesen.¹⁰⁷

Sollte diese Rechtsprechungsänderung auch vor der Großen Kammer des EGMR Bestand haben, was zum gegenwärtigen Zeitpunkt noch nicht absehbar ist, könnten sich hieraus nachhaltige Folgewirkungen für den Schutz von Whistleblowern unter dem HinSchG-E ergeben. Selbst wenn man die auslegungsleitende Wirkung der EGMR-Rechtsprechung (mit guten Gründen) lediglich als statische Verweisung auf bisher ergangene Urteile und nicht als dynamische Verweisung auf die gesamte Whistleblowing-Rechtsprechung des Gerichts verstünde, würden die Ausführungen der Zweiten Sektion in Sachen *Gawlik* jedenfalls bei bis zur endgültigen Verabschiedung des HinSchG im Wesentlichen fortbestehender Begründung bei der Interpretation des Gutgläubensmaßstabs des künftigen Gesetzes zu berücksichtigen sein. In der Sache wäre hiermit eine nicht unerhebliche Ausdehnung Whistleblower-seitiger Nachforschungspflichten und damit eine Verengung des unter dem HinSchG-E gewährten Anti-Diskriminierungsschutzes verbunden. Das gilt nicht zuletzt angesichts des Umstands, dass der HinSchG-E einen ausdrücklichen Schutz allein bei bereits stattgefundenen Meldung oder Offenlegungen vorsieht.¹⁰⁸ Sofern Whistleblower sich entschließen, zunächst sorgfältige interne Nachforschungen anzustellen, um hiermit dem Risiko einer späteren Versagung des Anti-Diskriminierungsschutzes zu begegnen, müssten sie dabei notgedrungen das weitere Risiko in Kauf nehmen, bei ihren Nachforschungen entdeckt und bereits vor der beabsichtigten Weitergabe der Verstößinformationen mit Repressalien belegt zu werden, gegen die ihnen dann keine eigenständigen Abwehrrechte zur Verfügung stünden.¹⁰⁹ Sofern der Gesetzgeber einhergehende Abschreckungseffekte zulasten der Meldebereitschaft potenzieller Whistleblower vermeiden möchte, wird er daher nicht umhinkommen, zu den Auswirkungen des *Gawlik*-Urteils auf die Auslegung der endgültigen Gesetzesfassung noch einmal gesondert Stellung zu beziehen. In Anlehnung an die Rechtsprechung des BAG zum Maßstab der Gutgläubigkeit bei Strafanzeigen sollte dabei berücksichtigt werden, dass es nach deutschem Rechtsverständnis gerade der Sinn der Einleitung eines Strafverfahrens ist, erhobene Vorwürfe bei Vorliegen eines Anfangsverdachts iSd. § 152 Abs. 2 StPO im Wege eines rechtsstaatlichen Verfahrens unter verhält-

nismäßigem Einsatz hoheitlicher Ermittlungsbefugnisse zu klären, anstatt die nötige Ermittlungsarbeit in die Hände hierfür weder ausgebildeter noch hinreichend geschützter Privater zu geben.¹¹⁰

3. Änderungsbedarf und offene Fragen

a) Unionsrechtlich erforderlicher Änderungsbedarf

Auch wenn der HinSchG-E erkennbar darauf ausgerichtet ist, die Vorgaben der Whistleblower-Richtlinie in den meisten Bereichen wort- und inhaltsgetreu in deutsches Recht zu überführen, hat sich der Entwurfsgeber auf einigen Feldern für sprachliche und systematische Anpassungen entschieden, deren Vereinbarkeit mit den Vorgaben der WBRL nicht selten in Zweifel steht.

Zum Teil führen diese Änderungen lediglich zu prima facie unionsrechtswidrigen Formulierungen, denen im Wege der historischen und/oder unionsrechtskonformen Auslegung aber ein unionsrechtskonformer Bedeutungsgehalt gegeben werden kann. Das betrifft beispielsweise den in § 7 Abs. 1 S.2 HinSchG-E eingefügten, an sich nicht zu beanstandenden Hinweis, dass Whistleblower sich für den Fall, dass ihrer internen Meldung nicht abgeholfen wurde, an eine externe Meldestelle wenden können. In ihrem Gegenschluss legt diese Formulierung indessen nahe, dass eine externe Meldung jedenfalls solange zu unterbleiben hat, wie das interne Meldeverfahren noch andauert und für den Fall, dass der Meldung durch Einleitung interner Folgemaßnahmen abgeholfen wurde, sogar gänzlich unterbleiben muss. Beides wäre mit den unbedingten externen Melderechten der WBRL nicht vereinbar.¹¹¹ Wie sich aber aus der Entwurfsbegründung ergibt,¹¹² soll § 7 Abs. 1 S.2 HinSchG-E lediglich eine klar-

107 EGMR, 16.2.2021 – 23922/19 – BeckRS 2021, 1820 (Gawlik), Rn. 77 ff. Eine Rolle spielte hierbei die in tatsächlicher Hinsicht zwar zweifelhafte, von der Zweiten Sektion aber übernommene Annahme des Fürstlichen Obersten Gerichtshofs, der Beschwerdeführer habe als Oberarzt jederzeit und ohne größeren Zeitaufwand Zugriff auf die physischen Krankenakten gehabt (Rn. 79). Das von der Begründung des HinSchG-E erwähnte Entdeckungsrisiko wurde hierbei nicht berücksichtigt.

108 S. Begründung § 32 Abs. 1 Nr. 1, RefE (Fn. 40), Begr. HinSchG-E, S. 68.

109 Unabhängig von der Frage der Nachforschungspflichten ist es insofern empfehlenswert, auch den in der Richtlinie bereits angelegten Schutz unfreiwillig verhandelter Whistleblower gesetzlich klarzustellen. Vgl. *Colneric/Gerdemann* (Fn. 1), S. 82 f.

110 Vgl. BAG, 7.12.2006 – 2 AZR 400/05 – NZA 2007, 502, 504.

111 Vgl. Art. 10 WBRL; im Einzelnen *Colneric/Gerdemann* (Fn. 1), S. 84 ff.

112 RefE (Fn. 40), Begr. HinSchG-E, S. 51.

stellende Funktion erfüllen und keinerlei zusätzlichen Voraussetzungen für die Zulässigkeit externer Meldungen aufstellen. Selbst wenn die sprachliche missglückte Formulierung bis zur Verabschiedung des endgültigen Gesetzes nicht gestrichen werden sollte, ließen sich unionsrechtswidrige Konsequenzen im Wege der Auslegung also vermeiden.

Anders dürften die Dinge hingegen in Fällen liegen, in denen der bei der Übertragung der unionsrechtlichen Vorgaben gewählte Weg sprachlich eindeutig vom Inhalt der WBRL abweicht. Im Rahmen der Definition des sachlichen Anwendungsbereichs betrifft dies beispielsweise die modifizierte Einbeziehung rechtsmissbräuchlicher Vereinbarungen auf dem Gebiet des für Unternehmen geltenden Steuerrechts gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 4 HinSchG-E. Zwar ist gegen die rechtspolitische Entscheidung, den Anwendungsbereich des Entwurfs über die von der WBRL geforderte Einbeziehung des Körperschaftssteuerrechts auch auf sonstige steuerrechtliche Pflichten von Unternehmen zu erstrecken,¹¹³ unionsrechtlich nichts einzuwenden. Allerdings erfasst die Norm ihrem Wortlaut nach ausschließlich rechtsmissbräuchliche Vereinbarungen, was mit Blick auf die allgemeine Definition von Verstößen (auch) als missbräuchliches Verhalten¹¹⁴ zum einen rechtstechnisch unnötig ist, zum anderen und vor allem aber hinter den Vorgaben der Richtlinie zurückbleibt, da nach der WBRL (gerade) auch rechtswidrige Verstöße gegen steuerrechtliche Vorgaben melde- und offenlegungsfähig sind.¹¹⁵

Ähnliche Übertragungsfehler zeigen sich auch im persönlichen Anwendungsbereich der anti-diskriminierungsrechtlichen Regeln, die zum Teil daraus entstehen, dass nach der Richtlinie zusammengehörende Definitionen in den §§ 1 und 33 HinSchG-E an systematisch auseinanderfallenden Stellen geregelt wurden. Konkret betrifft dies etwa die Definition unterstützender Personen, deren Schutz nach dem Wortlaut des § 33 Abs. 1 Hs. 1 HinSchG-E davon abhängig gemacht wird, dass die Unterstützungshandlung vertraulich stattgefunden hat. Der Richtlinie ist eine derartige Einschränkung schutzauslösender Unterstützungsformen hingegen fremd,¹¹⁶ so dass auch bewusst öffentliche Unterstützungserklärungen und -handlungen, beispielsweise durch den Betriebsrat oder einen persönlich involvierten Kollegen, unter den anti-diskriminierungsrechtlichen Schutz fallen müssen.

Andere Diskrepanzen zu zwingenden Vorgaben der Richtlinie haben ihre vermutlichen Ursprünge wiederum nicht in sprachlichen Abweichungen des HinSchG-E, sondern in der komplexen Struktur der Richtlinie selbst, die im Trilogverfahren an vielen Stellen erhebliche Änderungen erfahren hat und teils von einem aktionenrechtlichen Denken geprägt ist, das auf das deutsche Rechtssystem nicht unmittelbar übertragbar ist. Das gilt in erster Linie für die allgemeinen Schutzvoraussetzungen, im HinSchG-E vornehmlich geregelt in den §§ 32 und 34 Abs. 2. So findet etwa der materiell-rechtlich einzuordnende¹¹⁷ Notwendigkeitsvorbehalt, nach dem Whistleblowing-Handlungen nur insoweit geschützt sind, wie der Umfang der gemeldeten bzw. offengelegten Informationen für die Aufdeckung der Verstöße notwendig war,¹¹⁸ in den Bestimmungen des HinSchG-E keine eigenständige Erwähnung. Stattdessen tauchen dahingehende Formulierungen zwar in Text und Begründung an vereinzelten Stellen auf,¹¹⁹ jedoch ohne als allgemeine Schutzvoraussetzung iSd. § 32 HinSchG-E und damit als Bedingung des Verbots von Repressalien iSd. § 35 HinSchG-E identifiziert worden zu sein. Für Personen, die von einer Meldung oder Offenlegung betroffen sind und deren Schutz der HinSchG-E besonders hervorhebt,¹²⁰ hat diese Auslassung unmittelbar negative Konsequenzen, indem der Umfang der weitergegebenen Informationen sich auch auf Informationen erstrecken kann, die für die Aufdeckung von Verstößen zwar überflüssig sind, deren Bekanntwerden für die Reputation und andere berechtigte Interessen einer betroffenen Person aber mit potenziell erheblichen Nachteilen einhergehen kann.

Während der Verzicht auf einen allgemeinen Notwendigkeitsvorbehalt sich nicht zulasten von Whistleblowern auswirken kann, gilt Gegenteiliges für die nicht erfolgte Klarstellung des Umfangs der von der WBRL geschützten Verhaltensweisen. Wie sich aus der Auslegung der ein-

113 RefE (Fn. 40), Begr. HinSchG-E, S. 42.

114 § 3 Abs. 2 Nr. 2 HinSchG-E.

115 Art. 2 Abs. 1 lit. c Alt. 2 WBRL.

116 Art. 4 Abs. 4 lit. a iVm. Art. 5 Ziff. 8 WBRL. Erwähnt wird in der Richtlinie lediglich, dass die Unterstützung (im Regelfall) vertraulich sein soll, ohne dass dies zur Schutzvoraussetzung erklärt wird.

117 Colneric/Gerdemann (Fn. 1), S. 59 f.

118 Teil 1 dieses Beitrags, Gerdemann, SR 2021, 2, 10 f.

119 S. RefE (Fn. 40), Begr. HinSchG-E § 6 Abs. 2, S. 49 f., Begr. HinSchG-E § 34 Abs. 2, S. 71 (»notwendig« bzw. »erforderlich«).

120 § 1 Abs. 2 HinSchG-E.

schlägigen Bestimmungen der Richtlinie ergibt, sind Repressalien gegen Whistleblower nicht nur dann unzulässig, wenn sie konkret an den Akt der Meldung oder Offenlegung anknüpfen, sondern auch dann, wenn sie sich auf andere mit dem Whistleblowing in Zusammenhang stehende Handlungen oder Unterlassungen stützen.¹²¹ Der HinSchG-E erwähnt von diesen Verhaltensweisen nur den (wenngleich relevantesten) Sonderfall der Informationsbeschaffung.¹²² Nicht berücksichtigt werden jedoch andere mögliche Verhaltensweisen im Vorfeld und im Nachgang einer Meldung oder Offenlegung, beispielsweise eine anschließende Kooperation mit den Ermittlungsbehörden. Um zu vermeiden, dass der unter dem HinSchG-E gewährte Schutz dadurch umgangen werden kann, dass zur Begründung einer benachteiligenden Maßnahme zwar nicht an den unmittelbaren Akt des Whistleblowings, wohl aber an eine hiermit notwendigerweise zusammenhängende Handlung oder Unterlassung angeknüpft wird, ist eine entsprechende Anpassung der allgemeinen Schutzvoraussetzungen erforderlich.

Verschiedentlicher unionsrechtlich bedingter Änderungsbedarf ergibt sich im Rahmen der anti-diskriminierungsrechtlichen Bestimmungen zudem auf Rechtsfolgen-seite. Grund hierfür ist in erster Linie die systematisch isolierte Umsetzung der Whistleblower-günstigen Beweislastumkehr in § 35 Abs. 2 HinSchG-E, die sich unmittelbar nur auf Prozesssituationen bezieht, in denen der Whistleblower sich aktiv gegen eine gegen ihn ergriffene Repressalie zur Wehr setzt. Unter der WBRL ist die Beweislastumkehr indessen situationsunabhängig zu verstehen und müsste sich damit unter anderem auch auf den passiven Ausschluss (haftungsrechtlicher) Verantwortlichkeit gemäß § 34 Abs. 2 HinSchG-E und die Geltendmachung eigener Schadenersatzansprüche gemäß § 36 HinSchG-E beziehen.¹²³ Im Entwurf bislang noch keine Berücksichtigung gefunden hat zudem der Umstand, dass die in Deutschland geltenden Regelungen zum einstweiligen Rechtsschutz teils nicht im Einklang mit den beweisrechtlichen Vorgaben der Richtlinie stehen. Das betrifft insbesondere den vom BAG im Wege der Rechtsfortbildung entwickelten, allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch, dessen abgestuftes Darlegungs- und Beweislastsystem insbesondere im Rahmen von Kündigungsschutzprozessen in der ersten Instanz nicht den spezifischen Anforderungen der Richtlinie genügt.¹²⁴

Weitere Korrekturbedarfe ergeben sich darüber hinaus auch auf einigen das Arbeitsrecht nicht unmittelbar tangierenden Rechtsgebieten, von denen aufgrund seiner Bedeutung für den praktischen Umgang mit Whistleblowing-Fällen an dieser Stelle nur das allgemeine Vertraulichkeitsgebot der §§ 8 f. HinSchG-E exemplarisch hervorgehoben werden soll. Gemäß § 8 HinSchG-E sind interne wie externe Meldestellen im Einklang mit Art. 16 WBRL zur vertraulichen Behandlung der Identität des Whistleblowers verpflichtet. § 9 Abs. 2, 4 HinSchG-E sieht hiervon eine Ausnahme vor, sofern die Strafverfolgungsbehörden in einem Strafverfahren die Weitergabe von Informationen zur Identität des Whistleblowers oder einer in der Meldung genannten Personen verlangen oder eine entsprechende Anordnung in einem Verwaltungsverfahren oder einer gerichtlichen Entscheidung ergeht. Demgegenüber gestattet Art. 16 Abs. 2 WBRL eine solche Weitergabe nur unter der zusätzlichen Voraussetzung, dass hierdurch eine notwendige und verhältnismäßige Pflicht im Rahmen staatlicher Untersuchungen erfüllt wird und unterstellt die Identitätsweitergabe damit einer gesonderten Einzelfallabwägung. Dieser gegenüber vorherigen unionsrechtlichen Whistleblowing-Normen verschärfte¹²⁵ Vertraulichkeitsschutz soll verhindern, dass eine glaubwürdige Vertraulichkeitsgarantie vor allem bei der Meldung gravierender Verstöße, die absehbarer Weise ein Ermittlungs- und Strafverfahren nach sich ziehen werden, effektiv niemals abgegeben werden könnte, da die Identität des Whistleblowers von anderen staatlichen Stellen standardmäßig abgefragt werden könnte, selbst wenn dies aus ermittlungstrategischen Gründen oder zum Schutz der Verteidigungsrechte beschuldigter Personen überhaupt nicht notwendig wäre. Um Abschreckungseffekte und erhöhte Repressionsrisiken zu vermeiden, ist eine unionrechtskonforme Anpassung des § 9 Abs. 2, Abs. 4 HinSchG-E daher in besonderem Maße erforderlich.

121 S. insbes. Art. 21 Abs. 4 WBRL e contrario; Teil 1 des Beitrags Gerdemann, SR 2021, 2, 10; Colneric/Gerdemann (Fn. 1), S. 58 f.

122 § 34 Abs. 1 HinSchG-E. Trotz des für das deutsche Rechtssystem unpassenden Standorts innerhalb der anti-diskriminierungsrechtlichen Rechtsfolgen wird man hierin eine materielle Schutzalternative iSd. § 32 HinSchG-E verstehen können, die sich folglich auch auf das in § 35 HinSchG-E geregelte Repressalienverbot erstreckt.

123 Vgl. Colneric/Gerdemann (Fn. 1), S. 111 ff., 117 ff., 120.

124 S. BAG 27.2.1985 – GS 1/84 – BB 1985, 1978 und hierzu Colneric/Gerdemann (Fn. 1), S. 121 f.

125 Vgl. bspw. Art. 32 Abs. 1 lit. c der Verordnung 596/2014 (Marktmissbrauchsverordnung) und hierzu Colneric/Gerdemann (Fn. 1), S. 51 f.

b) Inhaltlich und rechtstechnisch sinnvolle Änderungen und Ergänzungen

Nachdem die vorangegangene Diskussion sich dem unionsrechtlich notwendigen Änderungsbedarf gewidmet hat, sollen abschließend noch einige rechtlich nicht zwingende, rechtspolitisch aber besonders sinnvolle Änderungen und Ergänzungen des HinSchG-E besprochen werden. Angesichts der Vielzahl von Ausgestaltungsmöglichkeiten, die sich bei der erstmaligen Kodifizierung eines nationalen Whistleblowing-Rechts bieten, werden im Folgenden nur einige Themenkomplexe exemplarisch aufgegriffen, die unter anderem auf Basis internationaler Erfahrungswerte bei der Regulierung des Whistleblowings als besonders praxisrelevant einzuordnen sind.¹²⁶

(1) Einbeziehung erheblicher Missstände in den sachlichen Anwendungsbereich

Wie beschrieben¹²⁷ knüpft der sachliche Anwendungsbereich des HinSchG-E primär an Informationen über Verstöße gegen die in § 2 HinSchG-E genannten Normtypen und Rechtsgebiete an. Nach dem Entwurf nicht geschützt ist demgemäß die Meldung und Offenlegung von erheblichen Missständen, deren Aufdeckung zwar im öffentlichen Interesse liegt, allerdings keine Verletzung einer konkreten Rechtsnorm zum Gegenstand hat.¹²⁸ Das ist insofern konsequent, als auch die zugrundeliegende Richtlinie Whistleblowing in erster Linie als Instrument zur Durchsetzung geltenden (Unions-)Rechts und nicht als Ausdruck der individuellen Meinungsfreiheit des Whistleblowers oder sonstiger öffentlicher Interessen begreift.¹²⁹ Wie die Erfahrungen mit nationalen und internationalen Whistleblowing-Fällen zeigt, findet sich allerdings gerade unter den von Öffentlichkeit und Fachliteratur als besonders aufdeckungsrelevant eingestuften Fällen eine besonders hohe Zahl von Sachverhalten, die keine Verstöße gegen konkretes Gesetzesrecht, sondern Kritik am überkommenen Status quo des geltenden Rechts und hiermit einhergehenden Gefahren für Rechtsgüter einzelner Grundrechtsträger und die berechtigten Interessen der Allgemeinheit zum Gegenstand hatten.

Das betrifft zum Beispiel den in Teil 1 dieses Beitrags besprochenen und von der Begründung des HinSchG-E besonders hervorgehobenen¹³⁰ Fall der Altenpflegerin *Brigitte Heinisch*.¹³¹ Gegenstand des Falles waren in erster Linie keine Rechtsverstöße, sondern die erhebliche Unterversorgung pflegebedürftiger Menschen, die sich aller-

dings (noch) im Einklang mit den im Land Berlin geltenden Branchenvorgaben zum Mindestpersonaleinsatz in Altenpflegeheimen befand und daher nicht gegen seinerzeit geltendes Recht verstieß.¹³² So waren es dann auch nicht die (de jure zu Recht) erfolglose Strafanzeige von Frau *Heinisch*, die den EGMR zu seiner Entscheidung aus dem Jahr 2011 veranlassten, sondern das hiervon unabhängige Interesse an der Weitergabe »dringend erforderlicher« Informationen über Qualität und Mängel bei der Pflege hilfsbedürftiger Menschen.¹³³ Ähnliches ließ sich auch im bekannten Fall der Veterinärmedizinerin *Dr. Margit Herbst* beobachten, die öffentliche Fehldarstellungen über histopathologische Befunde von unter BSE-Verdacht stehenden Rindern aufgedeckt und hierfür entlassen worden war, ohne dass die von der Behördenleitung abgesehenen Vorgänge mit konkreten Rechtsverstößen einhergegangen wären.¹³⁴ Selbst die Enthüllungen des international wohl bekanntesten Whistleblowers *Edward Snowden* bezogen sich in erster Linie nicht auf konkrete Rechtsverstöße, sondern auf eine neue Form der digitalen Massenüberwachung, die erst wenige Jahre zuvor als Maßnahme des »war against terror« ganz offiziell legalisiert worden war.¹³⁵ Derartige Ereignisse machen deutlich, dass ein effektiver Whistleblower-Schutz um die Einführung eines Auffangtatbestandes, der nicht an das Erfordernis eines formalen Verstößes gegen geltendes Recht anknüpft, nur schwerlich umhinkommen kann.

126 Für einen Überblick über weitere diskussionswürdige Punkte, s. *Colneric/Gerdemann* (Fn. 1), S. 175 ff.

127 Oben unter VI.2.a).

128 Das gilt in ähnlicher Weise auch für den in § 3 Abs. 2 Nr. 2 HinSchG-E enthaltenen Missbrauchstatbestand, der zwar kein formal rechtswidriges Verhalten, wohl aber die Umgehung einer konkreten Rechtsnorm fordert.

129 Vgl. Art. 1 WBRL.

130 RefE (Fn. 40), S. 1; Begr. HinSchG-E, S. 25 f.

131 EGMR, 21.7.2011 – 28274/08 – NZA 2011, 1269 (Heinisch); s. hierzu bereits Teil 1 dieses Beitrags, *Gerdemann*, SR 2021, 2, 15 f.

132 S. zum Sachverhalt auch LAG Berlin, 28.3.2006 – 7 Sa 1884/05 – BeckRS 2009, 68064.

133 EGMR, 21.7.2011 – 28274/08 – NZA 2011, 1269, 1271 (Heinisch), Rn. 71.

134 LAG Schleswig-Holstein, 15.11.1995 – 3 Sa 404/95; *Deiseroth*, Whistleblowing in Zeiten von BSE, Berlin 2011, S. 141 ff.

135 Die Rechtmäßigkeit der getroffenen Maßnahmen war (nach US-amerikanischen Recht) lange Zeit anerkannt und wurde erst Jahre später gerichtlich erstmals ernsthaft in Zweifel gezogen. S. *United States v. Moalin*, Case No. 13-50572, 13-50578, 13-50580, 14-50051 (9th Cir. 2020), abrufbar unter <https://cdn.ca9.uscourts.gov/datastore/opinions/2020/09/02/13-50572.pdf> (22.3.2021).

Im Verlauf der Diskussionen um die künftige Ausgestaltung des deutschen Whistleblowing-Rechts sind allerdings auch gewichtige Gegenargumente gegen eine derartige Erweiterung des sachlichen Anwendungsbereichs vorgetragen worden. So wurde unter anderem befürchtet, dass es für die rechtstechnische Ausgestaltung eines entsprechenden Tatbestandes an objektiven und rechtssicher handhabbaren Kriterien fehle und Whistleblowing hierdurch als politisches oder weltanschauliches Kampfmittel missbraucht zu werden drohe.¹³⁶ Hieran ist zutreffend, dass ein hohes Maß an Rechtssicherheit sich international als einer der wichtigsten Prädikatoren für eine effektive und den Interessen aller Beteiligten angemessene Regulierung des Whistleblowings erwiesen hat.¹³⁷ Auf der anderen Seite ist aber schon wertungsmäßig nicht einzusehen, warum selbst der Offenlegung schwerster Missstände, an deren Kenntnis die demokratische Öffentlichkeit ein besonders Interesse hat, um den Status quo des geltenden Rechts interessengerecht weiterzuentwickeln, ein geringerer Schutzstandard zuteilwerden soll als beispielsweise der internen Meldung verhältnismäßig geringfügiger Verstöße gegen unionsrechtliche (Ordnungs-)Vorschriften. Die rechtspolitisch angemessene Antwort auf die in den letzten Jahren immer wieder zutage getretenen Schutzdefizite dürfte sein, anstelle eines gänzlichen Verzichts auf eine gesetzliche Regelung einen eng gefassten Auffang- und Ausnahmetatbestand in § 2 HinSchG-E aufzunehmen, der auf der einen Seite besonders relevante Whistleblowing-Fälle abdeckt und auf der anderen Seite einem ungewollten Ausufern des gesetzlichen Whistleblower-Schutzes rechtssicher vorbeugt.¹³⁸ In diesem Sinne scheint es angezeigt, nur objektiv erhebliche Missstände in den sachlichen Anwendungsbereich des Gesetzes aufzunehmen, deren Aufdeckung nicht nur im Interesse des Whistleblowers, sondern zugleich im (gesondert festzustellenden) öffentlichen Interesse liegt.

(2) Berücksichtigung des Rechts der Verschlussachen

Gemäß § 5 Abs. 2 Nr. 1 HinSchG-E findet der HinSchG-E keine Anwendung auf Informationen über Verstöße, die als Verschlussachen iSd. § 4 Abs. 1 S. 1 SÜG eingestuft wurden. Maßgeblich soll insoweit allein die tatsächlich erfolgte Einstufung als Verschlussache sein, wobei auch der schwächste und in der Praxis am häufigsten verwendete Geheimhaltungsgrad des § 4 Abs. 2 Nr. 4 SÜG¹³⁹ ausreichen soll, um die Anwendbarkeit des HinSchG-E in

Gänze auszuschließen.¹⁴⁰ Dieser Ausnahmetatbestand beruht ursprünglich auf Art. 3 Abs. 3 lit. a WBRL, dessen Hintergrund – ähnlich wie bei der in Art. 3 Abs. 2 S. 1 WBRL geregelten Ausnahme für Angelegenheiten der nationalen Sicherheit – in erster Linie kompetenzrechtlicher Natur ist. Damit obliegt die Verantwortung zur Regelung der rechtspolitisch wie rechtstechnisch herausfordernden Fragen, wie die Regulierung des Whistleblowings in Bereichen, in denen die Aufdeckung unter Umständen systemischer Verstöße und Missstände einerseits besonders relevant ist, andererseits aber mit gewichtigen Sicherheits- und Geheimhaltungsinteressen kollidiert,¹⁴¹ allein dem nationalen Gesetzgeber.

Die vollständige Ausnahme von Verschlussachen aus dem Anwendungsbereich des HinSchG-E wird dieser Verantwortung jedoch nicht gerecht. Anders als im privatrechtlichen Bereich, wo die einseitige Einstufung einer Information als besonders geheimhaltungsbedürftige Tatsache keinerlei Einfluss auf die Möglichkeit ihrer Meldung oder Offenlegung haben kann,¹⁴² ist die Gefahr einer weitgehenden Umgehung des geplanten Whistleblower-Schutzes im öffentlichen Dienst unter gezielter Verwendung des § 5 Abs. 2 Nr. 1 HinSchG-E evident. Angesichts einer in Deutschland bisweilen inflationär gehandhabten und inhaltlich kaum überprüfbaren Verschlussachenpraxis wäre es für einstuftungsbefugte Personen ein Leichtes, Informationen beispielsweise über eigene Korruptionstraftaten bereits dadurch vor einer rechtmäßigen Weiterleitung abzusichern, indem die relevanten Tatumstände aus mehr oder weniger überzeugenden Gründen als Verschlussache der niedrigsten Geheimhaltungsstufe eingestuft werden. Besonders problematisch erweist sich die pauschale Ausnahme von Verschlussachen darüber hinaus in Bereichen, in denen die berechtigten Geheimhaltungs- und Sicherheitsinteressen des Staates zwar regelmäßig tangiert werden, die Aufdeckung rechtswidriger Vorgänge im Einzelfall aber

¹³⁶ Schmolke, NZR 2020, 5, 10.

¹³⁷ Vgl. den Nachw. in Fn. 32.

¹³⁸ I. Erg. ähnlich Schröder, ZRP 2020, 212, 214 f.

¹³⁹ »VS – NUR FÜR DEN DIENSTGEBRAUCH«. Für eine Einstufung genügt es, wenn die Kenntnisnahme durch Unbefugte für die Interessen der Bundesrepublik Deutschland oder eines ihrer Länder (lediglich) nachteilig sein kann.

¹⁴⁰ RefE (Fn. 40), Begr. HinSchG-E, S. 47.

¹⁴¹ Vgl. zur einschlägigen Konfliktlage etwa Snowden, Permanent Record, Berlin 2019, infra.

¹⁴² S. § 6 Abs. 1 HinSchG-E iVm. § 3 Abs. 2 GeschGehG.

dennoch notwendig erscheint, beispielsweise bei in der Rechtswirklichkeit nicht unbedingt fernliegenden Fällen verfassungsfeindlicher Bestrebung innerhalb der Organe des Verfassungsschutzes.

Trotz des Bedürfnisses nach einer klaren gesetzlichen Regelung bietet die WBRL in diesem speziellen Kontext allerdings keine hinreichenden Orientierungspunkte. Insbesondere Informationen, die im berechtigten öffentlichen Interesse zutreffender Weise als streng geheim eingestuft sind,¹⁴³ werden sich häufig nicht für eine voraussetzungslose Weiterleitung an die nach § 12 HinSchG-E flächendeckend einzurichtenden, verwaltungsinternen Whistleblowing-Stellen eignen, da deren eigene Geheimhaltungskapazitäten nicht in jedem Fall das notwendige Sicherheitsniveau aufweisen können. Besonders deutlich wird die Notwendigkeit zusätzlicher Vorsichtsmaßnahmen in Konstellationen, in denen neben allgemeinen Geheimhaltungsinteressen auch Individualrechtsgüter durch die Offenlegung von Verstößen unmittelbar und erheblich gefährdet werden können. Das gilt beispielsweise für die Aufklärung von Straftaten im Zusammenhang mit dem Einsatz von V-Leuten, deren Identität nicht allein dadurch weniger schutzwürdig wird, dass eine Whistleblowing-Behörde sich nicht innerhalb der von § 27 Abs. 4 HinSchG-E vorgegebenen Frist bei einem offengelegungsreifen Whistleblower zurückgemeldet hat.

Um die Konfliktlage praxisgerecht aufzulösen, bietet es sich an, bei verschluss-sachenrelevanten Verstoß-Informationen eine zusätzliche, unabhängige Kontrollinstanz vorzusehen, deren Aufgabe es ist, die materielle Berechtigung einer formal als Verschluss-sache eingestuftes Tatsache unabhängig zu überprüfen, bevor eine Meldung oder Offenlegung nach dem HinSchG-E vorgesehenen Verfahrensschritten in Betracht kommt. Anknüpfend an einen bereits im Jahr 2013 entwickelten Vorschlag der Konferenz der Informationsfreiheitsbeauftragten¹⁴⁴ könnte diese Aufgabe durch hierzu berufene »Bundestransparenzbeauftragte« erfüllt werden.¹⁴⁵ Diese können die rechtsstaatlich sensible Einstufungspraxis der Verschluss-sachen unabhängig kontrollieren und würden nur im Fall des anfänglichen Nichtvorliegens der Tatbestandsmerkmale des § 4 SÜG eine Freigabe zur Weiterleitung an die nach den §§ 16 ff. HinSchG-E zuständigen Whistleblowing-Stellen und -Behörden erteilen. Mit gewissen Anpassungen lassen sich ähnliche verfahrensrechtliche Zwischenschritte auch für den Bereich der nationalen Sicherheit und hier speziell für die besonders sicherheitssensiblen Fälle des Whistleblowings durch Mit-

arbeit der Nachrichtendienste entwickeln, nachdem sich die bisherige Möglichkeit zur Meldung bestehender Missstände an das Parlamentarische Kontrollgremium¹⁴⁶ in der Rechtswirklichkeit als unzureichend erwiesen haben.¹⁴⁷

(3) Stärkung der Rechte betroffener Personen

Notwendige Kehrseite einer Intensivierung des Whistleblower-Schutzes ist die bestmögliche Wahrung der berechtigten Interessen von Personen, deren Verhalten unmittelbarer Gegenstand einer Meldung oder Offenlegung ist, sowie solcher Personen, die von einem (vermeintlichen) Whistleblower zwar nicht selbst beschuldigt werden, in den weitergegebenen Informationen aber ebenfalls Erwähnung finden. § 1 Abs. 2 HinSchG-E hebt die Erforderlichkeit des Schutzes dieser Personengruppen daher gleich zu Beginn des Entwurfs ausdrücklich hervor. In Umsetzung der Vorgaben der WBRL finden sich an verschiedenen Stellen des HinSchG-E Bestimmungen, die einen Schutz insbesondere vor missbräuchlichen oder unbeabsichtigt unzutreffenden Meldungen oder Offenlegungen bezwecken. Hierzu zählen insbesondere die Erstreckung von Vertraulichkeitsvorgaben auf die oben genannten Personengruppen,¹⁴⁸ die Berücksichtigung ihrer Interessen in verschiedenen Verfahrensstadien¹⁴⁹ sowie ein eigenständiger Schadenersatzanspruch bei Falschmeldungen, der über die Vorgaben der Richtlinie sinnvollerweise hinausgeht, indem nach ihm auch solche Schäden ersetzt verlangt werden können, die durch eine grob fahrlässige Falschmeldung bzw. Offenlegung entstanden sind.¹⁵⁰

143 S. § 4 Abs. 2 Nr. 1 SÜG.

144 Abrufbar unter <https://www.informationsfreiheit.bremen.de/sixcms/detail.php?gsid=bremen07.c.9911.de> (22.3.2021).

145 So bereits *Brockhaus/Gerdemann/Thönnies*, *VerfBlog*, 7.1.2021: <https://verfassungsblog.de/alles-unter-verschluss/>, DOI: 10.17176/20210107-103528-0 (22.3.2021).

146 S. § 8 PKGrG.

147 Vgl. hierzu bspw. den Vorschlag der SPD-Bundestagsfraktion für ein gestuftes Offenlegungsverfahren vor dem BVerfG als Forderungspunkt 3 des Positionspapiers »Whistleblower besser schützen« v. 15.12.2020, abrufbar unter https://www.spdfraktion.de/system/files/documents/fraktionsbeschluss_whistleblowing_20201215.pdf (22.3.2021).

148 § 8 Abs. 1 S.1 Nr. 1 und Nr. 2 HinSchG-E; §§ 9 Abs. 4, 17 Abs. 2 S.3 HinSchG-E; RefE (Fn. 40), Begr. HinSchG-E, S. 37, 52, 55, 59 f. Über die Vorgaben der Richtlinie hinaus wurden das Vertraulichkeitsgebot hierbei (zu Recht) auch auf interne Whistleblowing-Stellen und den von ihnen zu gewährleistenden Schutz der Identität meldebetroffener bzw. in der Meldung genannter Personen erstreckt. Dafür bereits *Dilling*, CCZ 2019, 214, 218, 221 f.; *Colneric/Gerdemann* (Fn. 1), S. 133.

149 So insbes. im Fall eines eingeleiteten Strafverfahrens, s. Begr. § 4 Abs. 3 HinSchG-E, RefE (Fn. 40), Begr. HinSchG-E, S. 47.

150 Begr. § 37 HinSchG-E, RefE (Fn. 40), Begr. HinSchG-E, S. 73; dafür *Colneric/Gerdemann* (Fn. 1), S. 131 f.

Weitere Schutzvorkehrungen, die über die bereits in der Whistleblower-Richtlinie konkret vorgegebenen bzw. angelegten Maßnahmen hinausgehen, finden sich im Entwurf hingegen nicht, wenngleich sie unionsrechtlich in verschiedener Hinsicht zulässig und in der Sache angezeigt wären. So bestimmt zwar zum Beispiel der § 9 Abs. 1 HinSchG-E, dass die Identität (vermeintlicher) Whistleblower, die vorsätzlich oder grob fahrlässig unrichtige Informationen über Verstöße melden, nach dem Gesetz nicht geschützt werden soll. Indes fehlen konkrete Bestimmungen zu der Frage, wie die betroffenen Personen Kenntnis von der Identität der falschmeldenden Person erlangen sollen, insbesondere um den ihnen nach § 37 HinSchG-E zustehenden Schadensersatzanspruch und gegebenenfalls weitere (Unterlassungs-)Ansprüche durchsetzen zu können.

Für einen (nicht gesondert geregelten) Auskunftsanspruch gegenüber der jeweiligen Whistleblowing-Stelle oder Behörde wäre dem Wortlaut des § 9 Abs. 1 HinSchG-E gemäß wohl jedenfalls erforderlich, dass eine betroffene Person die Bösgläubigkeit der meldenden Person konkret nachweist, um die zuständigen Mitarbeiter von ihren (immerhin sanktionsbewehrten)¹⁵¹ Vertraulichkeitspflichten zu entbinden. Ein solcher Nachweis, und sei es auch nur iSe. Glaubhaftmachung, dürfte betroffenen Personen aber regelmäßig nicht gelingen, da es sich um ein subjektives Tatbestandsmerkmal handelt, dass allein durch die sachliche Falschheit der gemeldeten Informationen nicht bereits indiziert ist, da diese auch aus einem einfach fahrlässigen (und damit geschützten) Handeln der meldenden Person resultieren kann. Um derartige praktische Hürden zu vermeiden, empfiehlt es sich, einen ausdrücklichen Auskunftsanspruch im Gesetz zu normieren, aus dem zugleich hervorgeht, dass bereits die Darlegung der Tatsache, dass die gemeldeten Informationen nicht der Wahrheit entsprachen, zur Anspruchsdurchsetzung genügt. Den nach den Vorgaben der WBRL zu wahrenen Vertraulichkeitsinteressen von Whistleblowern könnte in angemessener Weise Rechnung getragen werden, indem die Whistleblowing-Stelle bzw. -Behörde die Auskunft zu verweigern hat, sofern aufgrund der ihr zur Verfügung stehenden Informationen davon auszugehen ist, dass die Falschmeldung nicht auf vorsätzliches oder grob fahrlässiges Verhalten zurückzuführen ist.¹⁵²

(4) Regulierung anonymen Whistleblowings

In der Richtlinie angelegt, vom Entwurfsgeber jedoch nicht aufgegriffen, wurde die Regulierung anonymen Whistle-

blowings. Wie Art. 6 Abs. 3 WBRL klarstellt, sind zwar auch (anfänglich) anonyme Whistleblower grundsätzlich in gleicher Weise geschützt wie Personen, die Informationen über Verstöße in vertraulicher oder identitätsöffener Form weiterleiten. Die Beantwortung der wichtigen Frage, ob und in welcher Weise interne und externe Meldestellen zur Weiterverfolgung anonymen Meldungen verpflichtet sind, wurde jedoch ausdrücklich in das legislative Ermessen der einzelnen Mitgliedstaaten gestellt.¹⁵³ Rechtspolitisch liegt dem zugrunde, dass die Vorstellung anonymen Meldungen vor allem in europäischen Staaten mit totalitärer Vergangenheit häufig Assoziationen zu staatlich angeordnetem Denunziantentum hervorgerufen hat,¹⁵⁴ sodass eine Einigung über den Umgang mit der nicht selten kontrovers diskutierten Thematik des anonymen Whistleblowings auf Unionsebene nicht erzielt werden konnte.

Während der letzten Jahre haben anonyme Meldekanäle nicht nur in weiten Teilen der Privatwirtschaft,¹⁵⁵ sondern auch in der europäischen und deutschen Behördenpraxis gleichwohl zunehmend Verbreitung gefunden.¹⁵⁶ In der Praxis haben anonyme Meldekanäle sich insbesondere zum vertrauensbildenden Erstkontakt mit internen Meldestellen als sinnvoll erwiesen, da die Unabhängigkeit und Vertrauenswürdigkeit der letztlich dem Arbeitgeber unterstehenden Adressaten aus Perspektive potenzieller Whistleblower im Vorhinein nicht mit letzter Sicherheit eingeschätzt werden kann.¹⁵⁷ Befürchtungen über eine signifikante Zunahme denunziatorischer Meldungen haben sich dabei nicht bestätigen können.¹⁵⁸ Gleichwohl erscheint der zunehmend zu beobachtende, standardmäßige Rückgriff auf anonyme Meldekanäle als Ersatz für einen wirkungsvollen, die Vertraulichkeit währenden Whistleblower-Schutz nicht gene-

151 S. § 39 Abs. 2 HinSchG-E.

152 So bereits *Colneric/Gerdemann* (Fn. 1), S. 132 f.

153 Art. 6 Abs. 2 WBRL.

154 Vgl. etwa Art. 29 Working Party, Opinion 1/2006, S. 10 f., abrufbar unter https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2006/wp117_en.pdf (22.3.2021).

155 S. bspw. die (kommerziell initiierte) Studie von *Hauser/Hergovits/Blumer*, HTW Chur/EQS Group AG – White-Paper: Whistleblowing Report 2019, Chur 2019, S. 8, 39, 40, 47, 49, 59, abrufbar unter https://uploads-campax.s3.eu-central-1.amazonaws.com/whistleblowing_report_2019_de_-_sperrfrist_15_05.pdf (22.3.2021).

156 So bspw. im Rahmen des gegenwärtigen Whistleblower-Programms der BaFin. Vgl. § 4d Abs. 1 S. 2 FinDAG sowie im Einzelnen *Gerdemann* (Fn. 7), Rn. 276 ff.

157 *Gerdemann* (Fn. 7), Rn. 105, 144, 174 f., 197 f., 224, 227.

158 *Hauser/Hergowitz/Blumer* (Fn. 155), S. 10. Rechtstatsächlich zweifelhaft insofern RefE (Fn. 40), Begr. HinSchG-E, S. 31 f.

rell empfehlenswert, da er die persönliche Verifikation der gemeldeten Informationen und eine die Rechte der betroffener Personen effektiv wahrende und zeitlich wie ressourcenmäßig effiziente Untersuchung von Verstößen jedenfalls tendenziell erschwert.

Der HinSchG-E geht über das im Umgang mit anonymen Meldungen notwendige Augenmaß aber weit hinaus, indem sein § 26 Abs. 1 S.2 HinSchG-E bestimmt, dass (jedenfalls externe)¹⁵⁹ Meldestellen zur Bearbeitung anonymer Meldungen generell nicht verpflichtet seien. Beim Wort genommen würde dies in der Praxis zu Konsequenzen führen, die sich in vielen Fällen mit sachlichen Gründen nicht mehr rechtfertigen ließen. Hätte sich beispielsweise im Fall *Wirecard*¹⁶⁰ ein Insider mit Informationen über die Bilanzfälschungspraktiken des Konzerns verständlicherweise nur anonym an eine zuständige Whistleblowing-Stelle gewendet, wären die Mitarbeiter dieser Stelle unter Geltung des § 2 Abs. 1 S.2 HinSchG-E selbst dann nicht zum Tätigwerden verpflichtet, wenn die Verstöße in der Meldung detailliert beschrieben und mit einer Vielzahl glaubhafter Belege untermauert gewesen wären. Da die Norm bereits bei der Bearbeitung und nicht erst bei der späteren Weiterverfolgung anonymer Meldungen ansetzt, sind in Zukunft durchaus Fallkonstellationen denkbar, in denen selbst ein korrigierender Einfluss der allgemeinen Dienst- bzw. Amtspflichten in solchen Fällen zu keiner effektiven Einschränkung des § 26 Abs. 1 S.2 HinSchG-E führen würde, wenn etwa die anonyme Meldung bereits bei ihrem Eingang in gesetzeskonformer Weise aussortiert und ihr Inhalt in der Folge keinerlei Beachtung finden würde.

Um derartige Situationen zu verhindern empfiehlt es sich, sowohl interne Whistleblowing-Stellen als auch externe Whistleblowing-Behörden grundsätzlich zur angemessenen Weiterverfolgung auch anonymer Meldungen zu verpflichten. Das schließt nicht aus, dass der anonyme Charakter einer Meldung bei der Entscheidung über die Einleitung weiterer Folgemaßnahmen angemessen Berücksichtigung finden kann, etwa indem die Glaubhaftigkeit der Angaben einer gesonderten Prüfung unterzogen wird oder im Falle unzureichender Informationen oder mangelnder Rücksprachemöglichkeiten auf eine weitere Untersuchung verzichtet wird. Hiervon zu unterscheiden ist die (in der Begründung des HinSchG-E vermischte)¹⁶¹ Fragestellung, ob Unternehmen und Verwaltungen im Rahmen ihrer Pflichten zur Einrichtung interner Meldestellen auch zur Bereitstellung anonymer Meldekanäle verpflichtet werden sollten. Bedenkt man, dass

die Anschaffung geeigneter Meldesysteme in der Praxis nach wie vor mit erheblichen Kosten verbunden ist und die Pflicht zur Einrichtung interner Whistleblowing-Stellen bereits ab einem vergleichsweise niedrigen Schwellenwert von lediglich 50 Beschäftigten greift,¹⁶² wird man eine derartige Überbelastung von Privatwirtschaft und öffentlicher Hand nur als wirtschaftlich unverhältnismäßig und damit rechtspolitisch nicht empfehlenswert einstufen können.

VII. Ausblick

Mit der Umsetzung der Europäischen Whistleblower-Richtlinie steht der Gesetzgeber vor einer anspruchsvollen Aufgabe, die über die reine Übertragung unionsrechtlich vorgegebener Regelungen weit hinausgeht und in ihrer Tragweite durch die Weichenstellungen des aktuellen Referentenentwurfs für ein deutsches Hinweisgeberschutzgesetz noch einmal signifikant deutlich wurde. Für die deutsche Rechtsordnung und insbesondere das deutsche Arbeitsrecht ergeben sich hierdurch in absehbarer Zukunft eine Vielzahl teils einschneidender Änderungen, deren Auswirkungen auf die Praxis des Whistleblowings und die von ihm berührten Rechtsbereiche nicht zu unterschätzen sind. Als legislatives Novum geht die Kodifizierung eines eigenständigen Whistleblowing-Rechts dabei mit einer Reihe inhaltlicher und rechtstechnischer Herausforderungen einher, denen der aktuelle Entwurf für ein Hinweisgeberschutzgesetz noch nicht in allen Punkten gerecht wird. Auch deshalb ist zu erwarten, dass die in den letzten Monaten bereits intensiv geführten Diskussionen um das neue deutsche Whistleblowing-Recht in unmittelbarer Zukunft noch einmal an rechtspolitischem Momentum hinzugewinnen werden.

159 Ob dies trotz fehlender Erwähnung im Normtext der §§ 12 ff. HinSchG-E grundsätzlich auch für interne Meldestellen gelten soll oder die Bestimmung nur den Zweck verfolgt, den erwarteten Verwaltungsaufwand des Staates zu reduzieren, ist aus der Entwurfsbegründung nicht klar ersichtlich. Vgl. RefE (Fn. 40), Begr. HinSchG-E, S. 29, 31 f.

160 S. hierzu etwa die Themenzusammenstellung unter <https://www.spiegel.de/thema/wirecard> (22.3.2021).

161 RefE (Fn. 40), Begr. HinSchG-E, S. 31 f.

162 § 12 Abs. 2 HinSchG-E.

Compliance with and Enforcement of Labour Laws: An Overview and Some Timely Challenges*

Prof. Guy Davidov, Hebrew University of Jerusalem

The problem of enforcement has become a major concern of labour law in recent years. Instances of violations are increasing, or at the very least awareness to this phenomenon is increasing, leading legislatures and scholars around the world to search for innovative solutions. Clearly there is not much point in labour laws if employers do not comply with them, and especially if the most vulnerable employees, who need labour laws the most, do not actually enjoy them. The goal of this contribution is to review the main tools and possible solutions to improve compliance. I will offer a broad overview of such solutions, without getting into the details (which require much more space), except for pointing out some of the main current challenges.

Section I explains why labour laws are inherently challenging to enforce, and why the problem has exacerbated in recent years. Section II explains the difference between a focus on compliance and a focus on enforcement. Although the two are sometimes described as opposing approaches, I argue that they are both needed and compatible, and in section III combine them into a framework of three steps needed to secure compliance. I then focus most of the discussion on methods to reduce the ability of an employer to benefit from a violation (section IV) and methods to increase the cost of violations once they have occurred (section V). Throughout the article, most of my examples will come from Israeli law, which I am most familiar with; but there are similar examples in other legal systems (which I will sometimes point out).

I. The challenge of labour law enforcement

It is quite obvious that we expect people to comply with the law, and we need to use enforcement mechanisms to ensure that. Laws are enacted for a reason – they have a purpose – and if we fail to ensure compliance, this purpose is frustrated.¹ This general truism assumes special prominence in

the context of labour laws, because of their distributional nature. For the most part labour laws are seen as taking from employers and giving to employees. This is somewhat misleading, because the background rules of private law favour employers, and labour laws are a necessary addition on private laws for constituting a functioning market.² However, whether this is justified or not, labour laws are commonly considered by employers as a burden and a cost, impeding their managerial flexibility and cutting their profits. For these reasons, employers are often reluctant to comply with labour laws and might look for ways to evade them.

Labour laws are usually seen as merging aspects of private law with public law.³ The regulation of employment contracts, although extensive, retains the basic structure of private law, in which people are expected to enforce their own rights. At the same time, because of the public importance of labour laws, their violation is often considered a criminal offence, and as such requires State enforcement. So, in theory, the propensity of employers to violate labour laws is met with two enforcement apparatuses: they can be sued by the employee and at the same time can be prosecuted by the State. In practice, neither of these systems is effective, making the enforcement of labour laws inherently challenging. Self-enforcement is often unrealistic, because many employees do not know their rights; others do not have the resources to sue; and those that pass these two barriers might be fearful of retaliation from the employer or a »trouble-maker« reputation that will follow them in the labour market.⁴ Criminal enforcement often fails for similar rea-

* This article is based on the Sinzheimer Lecture delivered on 3 November 2020 by the invitation of the Hugo Sinzheimer Institute for Labour and Social Security Law, Frankfurt aM.

1 Davidov, A Purposive Approach to Labour Law, Oxford 2016, p. 224.

2 Deakin/Wilkinson, The Law of the Labour Market, Oxford 2005, Ch 5.

3 See, eg., ACL Davies, in: Bogg/Costello/ACL Davies/Prassel (eds.), The Autonomy of Labour Law, Oxford 2015, p. 231.

4 For an important theoretical exploration of such barriers (not specifically in labour law) see Felstiner/Abel/Sarat, 15 Law & Society Rev. 631, 1980–1981; For applications to the current context, see Alexander/Prasad, 89 Indiana L.J. (2014), 1069; Lee/Smith, 94 Washington L. Rev. 759 (2019), 784–789.

sons because it relies mostly on complaints filed by the victims. Most employees do not file complaints, either because they are unaware of their rights, or because they are afraid of negative repercussions for them.⁵ It does not help that criminal proceedings are lengthy and place a high bar in terms of evidence and the burden of proof (for obvious, justified reasons) – meaning that the likelihood of a complaint ending in a conviction within a reasonable timeframe is not high. A criminal-law approach to labour law violations may be useful in the background, as a threat and an expressive statement, but it is unsuitable to curtail violations that are widespread, repeating and often covert (without triggering complaints).

The inadequacy of standard private law and criminal law enforcement in the labour context suggests that we need a unique labour law solution, and indeed, unions play a significant role in this regard. Although their main goal is to secure benefits that go *beyond* what labour laws dictate, the presence of unions is also an important factor in ensuring that employers comply with the dictates of the law.⁶ Works councils, in legal systems that have them, also play a role in advocating for workers and as part of that, monitoring compliance with labour laws (or at least *some* labour laws, that fall within their jurisdiction).⁷ However, unions and works councils can only assist workers in bigger, more established workplaces. They cannot help the domestic worker, or the employee at the small shop or small office. A workplace with a very small number of employees cannot be unionized – and it is unrealistic to expect works councils to form in such workplaces as well.

Because of these inherent difficulties, violations by employers have always been part of labour law. Sometimes the evasion manifests itself by misclassification of employees as independent contractors, which leads to avoidance of *all* labour laws. At other times, specific obligations are not met; for example, an employer pays less than the minimum wage, or fails to pay overtime as required by law, and so on. Data shows that the most vulnerable employees – such as migrant workers, and more generally women, minorities, uneducated workers and part-time workers – suffer from violations more commonly than others.⁸

There are reasons to believe that the problem has exacerbated in recent years, because of several developments.⁹ First, globalisation and technological advancements create enhanced competition, which in turn increase the pressure on employers to cut costs. Second, the decline in union

density (in most countries) reduces the power and overall reach of unions, and as a result their ability to curtail violations. Third, the increase in the number of migrant workers – who have the most severe barriers for self-enforcement – means that more employees are unlikely to be able to help themselves. Fourth, for the past few decades, corporations have gradually moved away from internal vertical integration, and instead are opting for external collaborations, by way of outsourcing, subcontracting and supply chains.¹⁰ As a result, more people are working for smaller, less established organisations, with higher propensity for violations. Fierce competition between contractors further exacerbates the problem. Finally, and also for a number of decades now, there is a shift away from »traditional« employment relations towards various non-standard forms of employment. Some of these non-standard forms, such as working part-time or from home, are detrimental to the ability to engage with other employees, whether for the purpose of unionizing or simply to get information about what the law requires. All of these developments combine with the inherent challenge of enforcement noted above to create a crisis of enforcement in the field of labour law.

II. Between compliance and enforcement methods

It is possible to distinguish between two groups of methods designed to deal with violations of labour laws. We can focus on preventing violations in advance (*ex ante*), or alternatively on detecting and punishing violations after

5 See Weil/Pyles, 27 *Comparative Labour Law & Policy Journal* 59 (2007); Vosko et al. (eds.), *Closing the Enforcement Gap: Improving Employment Standards Protections for People in Precarious Jobs*, Toronto 2020, Ch. 2; Alexander/Prasad, 89 *Indiana L.J.* (2014), 1069; Lee/Smith, 94 *Washington L. Rev.* 759 (2019), 784–789.

6 Weil, in: Freeman/Hersch/Mischel (eds.), *Emerging Labor Market Institutions for the Twenty-First Century*, Chicago 2005, p. 13; Landau/Howe, 17 *Theoretical Inquiries in Law* 201 (2016).

7 Waas, forthcoming in *International Journal of Comparative Labour Law & Industrial Relations* 2021.

8 See, eg., *Fine/Galvin/Round/Shepherd*, forthcoming in *International Journal of Comparative Labour Law & Industrial Relations* 2021.

9 I describe these in more detail in Davidov (Fn. 1), pp. 226–229.

10 On the impact of these developments for aggravating enforcement problems, see most notably Weil, *The Fissured Workplace: Why Work Became So Bad for So Many and What Can Be Done to Improve It*, Cambridge (Massachusetts) 2014.

the fact (*ex post*). There is, obviously, a strong connection between the two; after all, one of the main reasons for punishments is to prevent additional (future) violations. And some measures will be hard to allocate into one of these two groups. Still, there is often a difference of focus that is noticeable and requires a different approach: are we trying to get into the mind of the employer, to find ways (often through incentives) to improve compliance *ex ante*, or should we focus on methods of detection and punishment? This difference of focus has led to two separate strands of literature. My goal here is to bring them together, because both are important for ensuring that employees are actually protected by labour laws.

The term compliance is sometimes associated with methods that aim to induce *voluntary* compliance, or self-regulation, which some believe should come instead of sanctions. Leah Vosko and her colleagues, for example, present the »compliance model« as the opposite of a »deterrence model«, the former focusing on educating employers and helping them comply, the latter focusing on detecting violations and inflicting significant punishment.¹¹ This comes together with a critique of the lack of sufficient enforcement (deterrence) methods. I agree with the substance of this critique,¹² but I use the term compliance differently in this article. It includes all methods that aim to ensure compliance *ex-ante* by employers, not only »soft« measures that look for voluntary compliance, and certainly nothing that comes *instead* of detecting violations and punishing.

The compliance approach, which puts the focus on raising awareness, building capacity among employers to comply, and methods of persuasion, is often associated with the theory of responsive regulation, first developed by Ian Ayres and John Braithwaite three decades ago.¹³ This theory starts from a critique of »command and control« methods, arguing that a system that tells people what to do and punishes them if they fail to do as required is often not practical, too costly and not effective. It is better, according to Ayres and Braithwaite, to persuade and build capacity and internal motivation – at least in some cases. An important part of the theory was the sanctions pyramid. The idea was that we should start with soft measures such as persuasion and warning letters, and move gradually to civil penalties and only later to harder sanctions such as criminal penalties – with the assumption that many violations are not intentional and this will be better

for making people understand the law and build capacity to follow the law in the future.

These ideas have been very influential, leading to rich academic discussions, and have also found their way into labour laws of different countries. For example, in Israel, since 2011 there is a multitude of possible sanctions for labour law violations, with different levels of severity, and inspectors can gradually escalate their response.¹⁴ It is good to have more options, especially if they include the availability of quick administrative sanctions, alongside the criminal ones that require a very long process. At the same time, if authorities find a violation of the minimum wage, for example, it seems ill-advised to settle for a warning letter without any punishment. This suggests to employers that they have a »free pass« for violations until the first time they are caught, with nothing to lose; they will only start paying some price on the second time. And the reality of the labour market teaches us that employers do not get caught very often.

Another development that relies on responsive regulation is the idea of »enforceable undertakings« – also called compliance agreements – which can be found notably in Australia¹⁵, the U.S.¹⁶ and the UK.¹⁷ Such agreements can be used to get a commitment for future compliance, with some assurances – for example an agreement for a reporting mechanism and also high sanctions in case of future violations. As part of such an agreement, the enforcement agency can agree to smaller sanctions for the current, first violation. Unlike mere warnings, a compliance agreement can be justified if a reduced sanction comes with improved prospects for future compliance by the employer. If the enforcement agency secures assurances that are backed up by significant binding commitments with a mechanism to closely monitor them, this can have better long-term effects than a one-time severe sanction.

11 Vosko et al., forthcoming in International Journal of Comparative Labour Law & Industrial Relations 2021.

12 Davidov, 26 International Journal of Comparative Labour Law & Industrial Relations 61 (2010).

13 Ayres/Braithwaite, Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate, Oxford 1992.

14 Act to Improve the Enforcement of Labour Laws of 2011.

15 For analyses see Hardy/Howe, 41 Federal Law Review 1 (2013); Hardy, forthcoming in the International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations 2021.

16 Weil, in: Vosko et al. (Fn. 5), pp. 260, 269.

17 Immigration Act 2016, s. 14 ff.

Legal systems that give enforcement agencies powers to gradually escalate the response (with discretion to choose from a »menu« of different sanctions), and the power to reach compliance agreements, are taking a step towards the Franco-Iberian model of enforcement. In France, Spain and Latin America, inspectors are put in charge of all labour law issues at a specific workplace and given very broad discretion to decide on the appropriate sanctions or other actions. *Michael Piore* and *Andrew Schrank* have argued that the advantage of this approach is the focus on the root cause of the problems that lead the specific employer to violate labour laws, allowing inspectors to tailor the right solution.¹⁸ Such a system has its own risks: notably, the law might not be applied equally to all employers, and inspectors might be tempted to give employers too much leeway. Also, in order to be effective, it requires frequent visits by the inspector at each workplace, meaning significant resources. Moreover, it is likely that in many cases the »root cause« behind violations is simply that the employer wants to make more money. Notwithstanding these difficulties, at least in some cases allowing an inspector to work with the employer to create (and monitor) a plan for long-term compliance, with a focus on educating and building capacity, can be very beneficial.

Methods like escalating sanctions, enforceable undertakings and tailored solutions show how compliance and enforcement are closely intertwined with each other. These methods are used by enforcement agencies but are directed towards improving future compliance, by ways that depart from traditional punishment. They are designed to improve overall compliance by minimizing future violations. At the same time, these methods expose the tension between the two approaches, because they rely (to some degree, at least) on employers to improve their ways. These relaxed sanctions (at least for the current offence) are based on the assumption that employers plan in good faith to cooperate – that they are not ill-intentioned. Otherwise put, a compliance approach assumes (at least to some extent) that employers are basically »good people« who have strayed and can be brought into line.¹⁹ This may be true for some employers, but others are calculative wrongdoers, who will only respond to hard sanctions.²⁰ Admittedly, when enforcement agencies are granted broad discretion to choose the sanctions, they may use it wisely and avoid giving any »discounts« to »bad«

employers. But this will likely become the exception, that requires clear evidence of intentional wrongdoing. And it is far from clear that most employers are indeed »good« employers.

Notwithstanding these difficulties, I believe that methods focusing on improving compliance *ex-ante* and those focusing on enforcement *ex-post* are both equally important and necessary. Efforts can be made to minimize the risk and try to tailor forward-looking solutions only to »good« employers. This was also the approach adopted by enforcement agencies in the U.S. and in the UK when, in recent years, they enjoyed the benefit of being led by leading academics from the labour enforcement field.²¹ Under the heading of »strategic enforcement«, they »in many ways rejected the dichotomy between command-and-control regulation and regulatory new governance, instead embracing productive pieces of both but in a larger context of pursuing strategies and supportive organizational changes that sought to improve employment standards conditions by *changing the behaviour of businesses that lead to non-compliance.*«²² Empirical research outside the field of labour law confirms that a mixture of methods that »blends cooperation with punishment« is the most effective way to minimize violations.²³ I therefore proceed with the assumption that it is possible and useful to integrate compliance and enforcement methods into a single framework. I turn now to describe such a framework, which is broader in scope than strategic enforcement, because it covers methods that go beyond those advanced by enforcement agencies.

18 *Piore/Schrank*, *Root-Cause Regulation: Protecting Work and Workers in the Twenty-First Century*, Cambridge (Massachusetts) 2018.

19 *Feldman*, *The Law of Good People: Challenging States' Ability to Regulate Human Behavior*, Cambridge 2018.

20 As *Feldman* also acknowledges, *Feldman*, *The Law of Good People: Challenging States' Ability to Regulate Human Behavior*, Cambridge 2018, Ch. 6.

21 In the U.S., Professor *David Weil* was the head of Wage and Hour Division of the U.S. Department of Labor, in charge of the agency enforcing Federal employment standards, from 2014 to 2017. In the UK, Professor *David Metcalf* was the Director of Labour Market Enforcement from 2017 to 2019.

22 *Weil*, in: *Vosko et al. (Fn. 5)*, p. 260 f.; The general approach was explored in detail in *Weil*, Boston U. School of Management Research Paper No. 2010–20; In the UK, see *Metcalf*, *United Kingdom Labour Market Enforcement Strategy 2018/19*, May 2018, p. 32.

23 *Schell-Busey/Simpson/Rorie/Alper*, 15 *Criminology & Public Policy* 387 (2016), 408.

III. The three conditions needed to secure compliance

There are three conditions, or steps, or stages, that are needed to ensure compliance with labour laws: awareness about the law; acknowledging violations; and fear of punishment or losses.²⁴ For »good« employers, who would not knowingly and intentionally violate the law, the first two steps should be enough.²⁵ These first steps could be described as taking a compliance approach. They may seem naive if considered sufficient by themselves, but when they come alongside hard sanctions (for the »bad« employers) they are an important component. In fact, for the »bad« employers they are needed as well. Whether they are well-intentioned or ill-intentioned, employers' route towards compliance starts with understanding what the law requires, and acknowledging violations (to themselves) when they occur. Then we also need deterrence; for many (perhaps most) employers, the fear of sanctions or other losses is crucial to ensure compliance with the law, especially labour laws that are costly for them. The three steps therefore adopt a framework that focuses on conditions for compliance, but this framework includes within it also measures of deterrence (which are commonly associated with *ex-post* enforcement).

In this section I briefly explain the first two conditions. I will then focus most of the current contribution, in the following sections, on the third condition, taking a broad view of deterrence, that includes any measure that impacts the employer's cost-benefit calculation.

The first step towards compliance is that an employer has to be aware of the law, and understand what it needs to do. For this stage, we need methods that raise awareness to the law; for example, the government can initiate media campaigns that bring attention to a specific aspect of the law (such as: »You must pay your employees at least €9.19 per hour – it's the law!«). For some employers, who are law-abiding, this will be enough. Alongside awareness, we need employers to have capacity to understand and be able to follow the requirements. For small employers, methods might be needed to help build such capacity, on the assumption that at least some employers are interested in following the law, but find it too complex. In some legal systems, inspectors are working with employers, giving them information and advice to help them comply.²⁶ Oth-

er methods could be focused on simplifying the law and building an easy-to-follow compliance scheme that is tailored to different types of employers (for example, people who employ a housekeeper in their home cannot be expected to have capacity to follow the same detailed rules directed at big corporations).

The second step that is important to secure compliance is for the employer to acknowledge violations and their immorality. There is a wealth of evidence in the field of behavioural ethics showing that people tend to deceive themselves to believe that they are acting morally and legally; in other words, people often prefer a convenient interpretation of reality, rather than the inconvenient truth.²⁷ Some people would tell themselves that employees are better off this way (because compliance would lead some of them to lose their jobs). Others might convince themselves that the law is unjustified, or that they have good reasons to violate it just this time (perhaps because of economic pressure). When the law is ambiguous (which is not unusual), some employers will use the ambiguity to self-deceive themselves that they are not violating at all. *Yuval Feldman* has argued that most people are »good people« who are not »calculative wrongdoers«, but rather violate the law unintentionally, often with the help of psychological self-deception mechanisms. There are various ways in which we can try to counter such tendencies; for example, putting a mirror (metaphorically) in front of employers to make them realize the violation. We can also use persuasion methods to explain why following the law is important and the violation is immoral, thereby making it more difficult for people to convince themselves that even if a violation is illegal, it is somehow justified and not immoral.²⁸ Here too public campaigns can be helpful;

24 These three conditions can be divided into sub-conditions, and some other related conditions can be added. I chose a rather simplified way to describe the main stages that are especially relevant for compliance in the labour law context. For a more general and complete overview of compliance steps, see *Parker/Lehmann Nielsen*, in: *Drahos* (ed.), *Regulatory Theory: Foundations and Applications*, Canberra 2017, p. 217.

25 *Feldman* (Fn. 19), p. 62; For a recent empirical study showing that some organizations follow the law even without any risk of sanction – albeit a law imposing only minimal costs on them – see *Cronert*, forthcoming in *Regulation & Governance* 2021.

26 This is more common in the Franco-Iberian model; see *Piore/Schrank* (Fn. 18).

27 For a review of this research, see *Feldman* (Fn. 19), Ch. 2.

28 For discussions of possible regulatory solutions to behavioral ethics problems, see *Feldman* (Fn. 19); *Ayal/Gino/Barkan/Ariely*, 10 *Perspectives on Psychological Science* 738 (2015).

imagine for example a campaign to prevent safety violations, which puts the focus on personal stories of victims of such violations (injured employees; family members of employees who died in work accidents). Although it should be obvious to every employer that violating safety rules can lead to grave results (and is therefore immoral), because of the human tendency to self-deception such reminders are important to raise compliance.

Let us now turn to the third condition, which is the most important, given the reality described in section I. As noted, we can assume that at least some employers (and perhaps most of them) perform a cost-benefit calculation, and will only comply with the law if violating would end up being more costly for them. This may be because they are »bad« (calculative wrongdoers), or because they convince themselves, through some rationalisation, that their actions are not illegal or not immoral. The goal would be to impact both sides of the cost-benefit equation to make compliance more likely. Admittedly, employers are not always rational and fully informed, so cannot be assumed to perform a correct cost-benefit analysis necessarily; and studies in criminology suggest that higher penalties do not, in themselves, succeed in securing deterrence.²⁹ Nonetheless, using a multitude of methods as discussed below can certainly be expected to influence the attitudes of employers towards compliance with labour laws.

Legislatures, governments and courts all have a role to play in influencing this cost-benefit analysis to improve compliance.³⁰ In the next section (section IV) I discuss several methods that can reduce the ability of an employer to benefit from a violation. The following section (section V) will then focus on methods that can increase the costs of violations once they occur. Although these are *ex-post* solutions, to a large extent they are designed to improve compliance *ex-ante*. The distinction between the two groups of methods is not sharp; there is a strong connection between them and some overlap. However, I believe that this structure of presenting them is nonetheless useful.

IV. Reducing the ability of the employer to benefit from violations

Thinking about labour laws from an employer's point of view, imagine that the employer understands what a spe-

cific law requires, but given the costs of compliance, is considering violating the law. The employer is then likely to weigh the benefits (gains) of a violation, before turning to consider the costs (losses). We can take two routes towards minimizing as much as possible the gains from violations. This can be done by raising the likelihood of self-enforcement, or by supporting the ability of other actors to prevent or curtail violations. Let me address each of these options in turn.

1. Raising the likelihood of self-enforcement

Within the group of methods designed to raise the likelihood of self-enforcement, I would like to mention and briefly discuss four methods: class actions, punitive damages, access to courts, and disclosure duties. This is not a complete list; other methods could fit into this group as well. My goal is to present a structure that can be useful for categorising different methods, and to point attention to some of the main methods in each group and their current challenges.

a) Class actions

It is quite likely that an employer ignoring a specific duty towards one employee will do the same towards other similar employees. Imagine for example that employees have to arrive at 8:45am in order to prepare their workstation to be able to start accepting customer calls at 9:00am. Assume also that the law requires the employer to pay for this preparation time, but the employer fails to do so. The payment owed for those 15 minutes each day can accumulate to a meaningful amount. But for an employee earning low wages, this amount might not be high enough to justify legal action. As noted above, there are barriers that an employee will need to overcome before we can expect her to pay for a lawyer and sue. Often, the amount owed will not be enough to overcome these barriers. But what if a large number of employees who are exposed to the same violation join hands and sue together? With the total expected compensation much higher, taking a lawyer and suing becomes more pos-

²⁹ For an excellent recent review of the literature on deterrence in theory and practice, in the context of employment, see *Hardy*, forthcoming in the *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 2021.

³⁰ On the role of courts, see *Davidov/Eshet*, *Improving Compliance with Labor Laws: The Role of Courts* [unpublished draft, <https://ssrn.com/abstract=3776134> (10 February 2021)].

sible. Still, it is not very likely. Employees rarely sue their employers when the relationship is ongoing. Most legal suits concerning employment rights occur after the relationship ends. And at this time, the connection between different employees is much weaker, so the prospects of a large group joining forces to sue together are slim – especially considering that each employee usually leaves at a different time.

It is here that the class action tool becomes highly useful. In Israel, for example, since 2006 the law allows a single employee to file a suit on behalf of all similarly situated employees, and promises significant compensation for the representative plaintiff and her lawyer as an incentive to initiate the proceedings.³¹ The similarly situated employees will enjoy the benefits resulting from the suit as if they were parties to it, unless they choose to opt-out. Such class action suits have quickly become common in Israeli labour courts, resulting in a changed cost-benefit calculation for employers. They can no longer rely on the fact that most employees will not sue, and the minority that might sue is likely to settle for a smaller amount than the one taken from them. They have to take into account the risk of having to pay the entire amount taken from all employees, as well as compensation for the late payments and additional sums for the representative plaintiff and her lawyer.

There are two challenges that impede the success of this method, to some extent. First, judicial resistance or at least hesitation towards the deviation from the traditional model of litigation. In some countries legislatures have been slow to accept the possibility of class actions or have allowed them only in very limited form.³² But even where legislation opens broad opportunities for class actions, judges have to approve them, and could remain timid. In Israel, judges have to ascertain that a class action is the most efficient and fair way to settle a dispute in the circumstances, and that it is reasonable to assume that the interests of the entire group will be represented in an appropriate manner.³³ In many cases, representative plaintiffs have failed to pass this barrier. It seems that labour courts often fail to realize that without the class action the dispute will not be litigated at all. They do not fully appreciate the importance of this tool for improving compliance with labour law – not only in the particular case, but more generally. Employers need to see class actions as a realistic possibility, in order to factor this into their cost-benefit calculations (which will improve compliance *ex-ante*).

This will not happen until a significant number of class actions are approved, without too many procedural hurdles.

A second challenge concerns the relationship between class actions and labour unions. Class actions were originally developed for the field of consumer law, where multiple consumers with small claims are separated from each other. In labour law, in contrast, there is already a system in place for the joint action of many employees: they can join a union which can act on their behalf. If a workplace is unionized, and the union is active, we can expect it to take actions to ensure compliance with labour laws.³⁴ In such cases, a class action may be disruptive: it represents an attempt by a single employee to act on behalf of all other similarly situated employees, when there is already another body acting on their behalf (by other means). The union is more democratic, and it represents the employees for the long term and not only *ad-hoc* (so might have broader considerations). For these reasons, Israeli law, for example, gives unions the advantage, by prohibiting class actions by employees whose working terms are regulated by a collective agreement.³⁵ This is supposed to ensure that class actions do not create »competition« for unions and do not undermine them.

The problem is that sometimes unions are not sufficiently active. In Israel a clear example was the security sector, where terms have been regulated by an old sectoral collective agreement, but in practice most employees were not union members, and the union (the *Histadrut*) was inactive, failing to respond to persistent labour law violations. The National Labour Court decided that in such cases class actions should be allowed,³⁶ which indeed fulfils the purpose of the law. Interestingly, in several cases class action suits have prompted the *Histadrut* into action, contributing to »awaken« it, thereby raising another challenge. It was eventually decided by the Supreme Court

31 Class actions were allowed to some extent before 2006 as well; but the Class Actions Act of 2006 expanded this possibility significantly.

32 For recent (limited) developments in Germany in this regard, see *Waas*, forthcoming in *International Journal of Comparative Labour Law & Industrial Relations* 2021.

33 Class Actions Act of 2006, s. 8.

34 *Weil*, in: Freeman/Hersch/Mischel (Fn. 6), p. 13; *Landau/Howe*, 17 *Theoretical Inquiries in Law* 201 (2016).

35 Class Actions Act of 2006, second supplement, s. 10 (3).

36 *Viron v. Tevel Security Cleaning and Services Ltd.*, judgment of 3 January 2011.

that if the »awakening« is genuine, the union can be given priority, considering the long-term advantages – but the representative plaintiff and her lawyer should still be compensated, to preserve the incentive for filing class actions in the future.³⁷

b) Punitive damages

Class action suits have significant potential to improve compliance with labour laws, but they are only suitable for a certain group of cases. Alongside the difficulties mentioned above, they are in practice limited to situations of the same violation against a large group of employees. There is, however, another method that can be used to make repeated small violations more costly for the employer: punitive damages. For a single employee, or a small group of employees, initiating a legal suit against the employer is often not worthwhile, because the potential gains do not outweigh the costs of legal expenses alongside other costs of confronting the employer and the ensuing »trouble-maker« reputation. Punitive damages, if significant, can have a double effect: creating an incentive for the employee to sue, even when the sum of the violation itself is not very high, and increasing the cost of the violation for the employer. My main focus at this stage is on the first effect: by making it more beneficial to sue, punitive damages can raise the likelihood of self-enforcement, thereby reducing the ability of the employer to benefit from violations.

Punitive damages cannot be justified when an employer is already facing punishment for the same violation in criminal or administrative proceedings. But in practice, most violations are not subject to such punishments, and are also not leading to self-enforcement, creating overall a situation of under-deterrence.³⁸ Punitive damages can help correct this problem. In Israel, legislation has given labour courts explicit power to award punitive damages in several contexts: when wages are not paid in full and in time; when employers fail to provide a notice of the employment terms; when an employer dismisses an employee because she exposed illegal activities (a whistleblower); when an employer is trying to prevent an organizing attempt; and when the employer requires an employee to stand up (rather than sit down) during work for no justified reason. These are mostly new protections that have been legislated in recent years, reflecting a growing recognition of the legislature that there is an enforcement

problem, and that punitive damages can be part of the solution.³⁹ Other pieces of legislation, especially creating protections against discrimination at work, give the labour courts broad discretion to award damages for non-pecuniary harms. These were also used to impose punitive damages in some discrimination cases.⁴⁰

c) Access to courts

The realistic ability to bring a claim to court – and do so successfully – is crucial for our efforts to improve compliance. If bringing a case to court is not likely, or must face many barriers, employers realize that the chances of self-enforcement are small, which leads to a cost-benefit calculation often favouring violations. The existence of an independent labour court system is highly important in this regard – by its very nature and specialization (the focus on workers' claims) it tends to be more understanding to workers' difficulties and as a result more accessible compared to the general court system. More specifically, major factors that affect workers' access to courts that have been litigated in recent years are court fees and arbitration clauses.

Plaintiffs are usually required to pay fees when filing a suit in court. Such fees are usually very small, or even non-existent, in labour courts and tribunals. This reflects an understanding that in many cases employees are self-enforcing basic rights necessary for subsistence and other minimal terms. Right-wing governments sometimes try to raise the fees, ostensibly in order to cut public costs, thereby impeding the ability of employees to enforce their rights. In the UK, until 2013 claimants could bring a case before employment tribunals without fees; but from that year a new Order has set up fees ranging between £390 and £1200

³⁷ Israeli Security Companies Association v. National Labour Court, judgment of 30 August 2015.

³⁸ In situations of under-deterrence punitive damages are justified from an economic perspective; see *Polinsky/Shavell*, 111 Harvard Law Review 869 (1998).

³⁹ See Wage Protection Act of 1958, s. 17–18; Notice for Employees and Prospective Employees (Terms of Employment and Screening of Job Candidates) Act 2002, s. 5 (as amended 2011); Protection of Employees (Exposing Violations and Corruption) Act 1997, s. 3 (as amended 2008); The Right to Seating and Suitable Conditions at Work Act 2007, s. 4; Collective Agreements Act 1957, s. 33 (11) (as amended 2009). The Wage Protection Act, aimed to ensure payments of wages in full and in time, is the exception: it is not new. Also, unlike the other pieces of legislation, it does not use the term punitive damages. But the idea is the same.

⁴⁰ See, eg., Sharon Plotkin v. Eisenberg Brothers Ltd., judgment of 8 September 1997.

for a single claimant (more for groups, and more on appeals).⁴¹ Even though there were some exceptions and a possibility to recover fees when the suit is successful, the UK Supreme Court understood that the fees created a significant barrier. This was very clearly demonstrated by data presented to the Court, showing a staggering reduction in the number of claims following the Order.⁴² The fees Order was struck down because it was ruled to be an unjustified infringement of a constitutional right of access to the courts.⁴³

A somewhat similar issue was raised in Israel in 2016 when new Regulations placed a burden on access of migrant workers to labour courts.⁴⁴ The new law requires plaintiffs who are not Israeli residents to deposit a collateral sum at the time of bringing a case to court, in order to ensure the payment of expenses to the employer, should they lose the case. Although a judge can allow a suit to proceed without a collateral if the plaintiff shows preliminary evidence of her case (or for some other exceptional reason), this is the default rule. It means that quite often, migrant workers who are claiming that their basic labour rights have been violated can only bring the case to court if they deposit a significant amount of money at the court. Considering that these workers are most vulnerable and without resources, this is a significant barrier, and for this reason the Regulations were challenged by Kav-La'oved, a non-profit organization assisting migrant workers in Israel. The new law was justified by the Government by raising the possibility of non-resident plaintiffs leaving the country before the end of the proceedings; in such cases, recovery of expenses (if the claims are rejected) will be extremely difficult, if not impossible. However, the Government had no data on the phenomenon of »false claims«, and in all likelihood, a wholesale rejection of a legal suit by a migrant worker is extremely rare. Unfortunately, the Supreme Court refused to intervene, allowing this new barrier on access to justice to stand.

A second and probably much more dramatic impediment on access to courts is arbitration clauses, by which employees agree (when entering the relationship) to bring any claim against the employer before a private arbitrator. Often the employer enjoys significant control over the process, and the identity of the arbitrator, which is obviously detrimental to the worker's case.⁴⁵ In some countries such clauses in the contract have no force; in Israel, for example, the rule is that mandatory (non-waivable) rights

cannot be a topic for arbitration.⁴⁶ Although there are some minor exceptions developed by the courts – if the employee's objection is raised only after the arbitrator's decision, in some cases the decision can be upheld – the law is very clear about securing the ability to bring a claim against labour law violations to court.⁴⁷ In contrast, in the U.S. arbitration clauses have been validated by the Supreme Court,⁴⁸ where the majority has completely ignored the inequality of power between the parties and the devastating harm of this decision to the enforcement of workers' rights. One of the most troubling implications is that it also relinquishes the possibility of class action suits.

A recent case in Canada exposed an extreme version of this problem: Uber required all of its drivers in Canada to sign an agreement by which they agreed to bring any claim before an arbitrator in the Netherlands, and pay an »administrative fee« of \$15,000 for such claims. This amount is beyond all the other expenses they will have to incur (for lawyers and otherwise) when bringing their claim in another *continent*. Quite obviously this is an outrageous contractual clause, designed to prevent drivers from bringing any claims against Uber. This was not strictly an employment case, because Uber considers its drivers to be independent contractors, so the contract with the arbitration clause was not drafted as an employment contract. However, the plaintiff, *David Heller*, filed a class action suit in which he claimed that the drivers are in fact employees. The Supreme Court of Canada ruled that the clause was unconscionable and therefore void, allowing the class action suit before a Canadian court to proceed.⁴⁹

41 Employment Tribunals and the Employment Appeal Tribunal Fees Order 2013.

42 The reduction was between 58 % and 70 %. See *R (UNISON) v. Lord Chancellor*, (2017) UKSC 51, par. 39.

43 *R (UNISON) v. Lord Chancellor*, (2017) UKSC 51, par. 66 ff.

44 Labour Court Regulations (Legal Procedures) (amendment) 2016, reg. 116A.

45 I am not discussing here arbitration in collective disputes, which is quite common, and arbitration organized by the State with an impartial arbitrator who is not controlled in any way by the employer.

46 Arbitration Act 1968, s. 3; *Dayan v. National Labour Court*, judgment of 29 May 1980 (Supreme Court of Israel).

47 See *Me'onot Yeladim Be'Israel v. National Labour Court*, judgment of 11 May 2016 (Supreme Court of Israel).

48 *Epic Systems Corp. v. Lewis*, 584 U.S. (2018).

49 *Uber Technologies Inc. v. Heller*, 2020 SCC 16.

d) Disclosure Duties

Another method that can be used to raise the likelihood of self-enforcement – thereby also reducing the ability of employers to benefit from a violation and encouraging *ex-ante* compliance – is placing disclosure duties on employers. This can include duties to post information about the law and the rights of employees; In Israel, for example, such duties can be found in the laws concerning minimum wage and sexual harassment.⁵⁰ Even more importantly, the law can require the employer to regularly provide *personalized* information to employees related to their own rights, including the number of hours they have worked, the number of vacation days they have left to use, and so on.⁵¹ Both types of information – general and personalized – are a necessary starting point that employees need in order to understand when their rights have been infringed.

One can wonder whether it is useful to fight non-compliance with labour laws with the enactment of *more* laws, that employers can also fail to comply with. One way to respond to this difficulty is by creating incentives for compliance, which is especially fitting with disclosure duties. The information that an employer has to disclose is needed for employees to be able to self-enforce their rights. When an employer fails to provide this information, it places a higher burden on the employee. This can be punished by shifting the burden to the employer to prove that the employee worked less hours than he claims, took more vacation than he claims, and so on. This means that any doubt will work against the employer, significantly raising the legal risks. At least *some* employers are likely to comply with disclosure duties in order to avoid the risk of shifting the burden of proof. This, in turn, will ensure that workers have more information about their rights, raising (at least to some extent) the possibility of self-enforcement.

In Israel, for example, such provisions can be found in three contexts. First, at the beginning of an employment relationship, an employer must provide a detailed notice on the terms of the contract and the employee's rights. According to the legislation, failure to provide a notice shifts the burden of proof to the employer on any issue that should have been listed, subject only to a duty on the employee to provide an affidavit on her claims.⁵² Second, if an employer fails to provide a detailed wage slip, as required by law, and there is a dispute about whether the salary included different components (such as vacation pay, overtime pay, travel expenses etc.), there is a presumption that these were not included, and

the burden is on the employer to prove otherwise.⁵³ Third, when an employer fails to keep records on the hours of work, as required by law, the burden shifts to the employer to disprove a claim of overtime by the employee, with regard to claims of up to 15 hours per week. In other words, failure to produce the records – which are crucial for employees' ability to self-enforce their rights – puts the employer at risk of paying significant amounts of overtime (for 15 overtime hours each week) unless it can prove that the plaintiff did *not* work during those hours.⁵⁴

Similar methods are also included in the new EU Directive on Transparent and Predictable Working Conditions.⁵⁵ The Directive requires employers to provide documented information to employees, and Member States have been advised to create favourable presumptions in favour of the employee in case the employer fails to comply. An additional provision concerning on-demand workers advises EU Member States to adopt a presumption that they are employees, »with a minimum amount of paid hours based on the average hours worked during a given period«. ⁵⁶ The preamble notes in particular the need to improve enforcement of labour laws,⁵⁷ which can explain these welcome provisions.

50 The Minimum Wage Act of 1987, s. 6B, requires employers to post a notice on employees' rights according to this law. The Prevention of Sexual Harassment Act of 1998, s. 7, requires an employer to adopt internal regulations for dealing with sexual harassment complaints and to publish the information on these regulations among the employees.

51 See, for example, in Israel, the Notice to Employees and Prospective Employees Act of 2002, which requires employers to give employees a detailed notice of their working terms and conditions upon entering employment; the Wage Protection Act of 1958, s. 24, which requires giving a detailed wage slip with each salary, including the number of hours worked, vacations days used, sick days used, and so on.

52 Notice to Employees and Prospective Employees Act of 2002, s. 5A.

53 Wage Protection Act of 1958, s. 26B (3) (added in 2008).

54 Wage Protection Act of 1958, s. 26B (1)–(2) (added in 2008).

55 Directive (EU) 2019/1152 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on transparent and predictable working conditions in the European Union, which replaced the Council Directive 91/533/EEC of 14 October 1991 on an employer's obligation to inform employees of the conditions applicable to the contract or employment relationship.

56 See Article 11 and Article 15, respectively. In both cases, the Directive lists additional methods and allows Member States to choose »one or more« of these methods.

57 Section 39 of the preamble.

2. Supporting the ability of other actors to prevent violations

Part 1 of this section considered four methods that can raise the likelihood of self-enforcement by employees. I now turn in part 2 to discuss four additional methods, that shift the focus to other actors that can be instrumental in curtailing violations: unions, worker centres, lead companies and independent monitors. These are sometimes called public-private compliance initiatives.⁵⁸ The common feature of all of these legal methods is that they reduce the ability of the employer to benefit from a labour law violation – thereby affecting the cost-benefit calculation that leads to a decision to violate in the first place.

a) Unions

The first and most obvious actor that can be used to fight labour law violations is the labour union. As already noted, empirical evidence shows that in unionized workplaces the possibility of violations is reduced significantly.⁵⁹ Unions can give employees the necessary information about their rights; they can help employees check whether they are getting everything they are owed; and they can approach the employer if violations are found and demand correction. Perhaps most importantly, by increasing job security unions provide the background security that is crucial to make any complaint. It has been rightly noted that in practice, job security is often a necessary precondition for the enforcement of all other rights.⁶⁰ For this reason, unions have a greater role as enforcement agents in legal systems that do not have protections against unfair dismissals, most notably the United States. In such legal systems, the difference created by job security instituted in collective agreements has a huge impact on the ability of employees to enjoy other rights. But even in countries that *do* have legislated »just cause« protections, the actual protection against unfair dismissals is stronger, or at least much easier to enforce, when a union is present. And as a result, there is a heightened sense of security that can give employees the courage to complain about violations.

Once we recognize the existence of an enforcement crisis, and the important role of unions in minimizing violations, it stands to reason that unions should be given powers to help employees in this regard. In some countries there are debates about whether a union should be allowed to sue the employer directly in case of violations against

employees (as the plaintiff and not just representing the employees).⁶¹ While unions can obviously file legal claims in collective disputes, it is less obvious that they can do so when the employer has failed to comply with legislative requirements in its relationship with specific employees. Allowing them to do so is helpful in order to allow the specific employees to remain »behind the scenes« rather than putting themselves front and centre in the fight against the employer.

A separate but related question is whether collective action (and particularly, strikes) should be allowed as a method of enforcing rights. In Israel, for example, when the labour court system was established (in 1969), one of the main goals was to replace strikes with judgments. The National Labour Court precedents maintain that as a rule, strikes are justified (and allowed) only for economic disputes. In contrast, legal disputes should be brought to court. When an employer fails to follow an agreement, or is violating the law, a union is excepted to request a remedy from a court of law, rather than using the strike power. The rule is understandable, given the interest in limiting unnecessary strikes, with the accompanying harms to the public. But sometimes, filing a legal suit is not an effective solution to a problem. And indeed, the Israeli National Labour Court has recognized exceptions to the rule. When local municipalities, facing significant budget cuts, have systematically failed to pay wages in time – for thousands of workers employed by many different employers – the Court allowed a national strike.⁶² It was understood that the magnitude of the violations, as well as the difficulty of getting a suitable remedy from the courts (because the municipalities could not pay the punitive damages, due to their financial crisis), justified collective action. And indeed, the strike was successful in putting pressure on the government to find a solution. Arguably, strikes should be allowed to ensure compliance with labour laws in less extreme situations as well (even if still as an exception to the rule).

58 For additional such initiatives see *Hardy/Ariyawansa*, ILO 2019, 59 ff.

59 *Weil*, in: Freeman/Hersch/Mischel (eds.) (Fn. 6), p. 13; *Landau/Howe*, 17 *Theoretical Inquiries in Law* 201 (2016).

60 See, eg., *Blades*, 67 *Columbia Law Review* (1967) 1404.

61 See *Waas*, forthcoming in *International Journal of Comparative Labour Law & Industrial Relations* 2021.

62 *Tel-Aviv Chamber of Commerce v. The Histadrut*, judgment of Sep. 22, 2004.

A final issue that should be mentioned here is derogation clauses, ie. legislative provisions which allow a union to agree to a *lower* standard (derogate from an employment standard set in legislation).⁶³ Sometimes, alongside the union's agreement, an approval by a government authority is also required. When the law allows such derogations, the idea is to open room for localized solutions; perhaps in the context of a specific workplace, employees are better off »selling« a specific right in return for some other right that is more important for them. It is assumed, therefore, that such derogations could lead to agreements that are preferred by employees. At the same time, this possibility offers flexibility to employers, and is attractive for them as well. So much so, that at least in some cases, it could encourage them to be more supportive towards organizing drives and more cooperative towards a new union. And if unions are important, among other things, for improving compliance with labour laws, derogation clauses can be seen as a method to (indirectly) improve compliance. It is important, however, to use them carefully – remembering that labour laws secure a »floor« of basic rights that are generally considered non-waivable. Derogations by unions should be limited in context and scope.⁶⁴

b) Worker centres

Unions are an ideal solution for improving compliance, but union density has dropped over the last few decades in many countries. Moreover, in some types of workplaces the prospect of unionization is unrealistic. Low-wage non-unionized workers are sometimes assisted by non-governmental organizations specializing in protecting workers' rights, who have been dubbed »worker centres«. This is especially prominent in the U.S., in correlation with the low union density there,⁶⁵ but can be found in other countries as well.⁶⁶ Some of these organizations are based on membership of workers, and are similar to unions in this respect, but for various reasons (often because of U.S. legal limitations) are not considered labour unions. Other organizations do not put emphasis on recruiting members.⁶⁷ Either way, to help workers enforce their labour rights, these worker centres rely mostly on donations, ie. on the good will of individuals and organizations who care about this issue. Although we cannot assume that such worker centres will continue to exist and to secure sufficient funding, in light of the important work they are doing to help workers self-enforce labour rights, two issues are raised.

First, should worker centres be granted standing to file legal claims? Obviously, they can provide legal services to workers, ie. lawyers on their behalf can represent the workers. But in some cases, it can be useful to allow them to initiate legal suits without implicating any specific worker. In Israel, at least some labour laws open such possibilities. For example, according to the Right to Seating and Suitable Conditions at Work Act of 2007, in case of violation a legal suit can be filed by the worker, by a labour union, or by an organization dealing with workers' rights provided it secured the worker's consent. In a similar fashion, the Equal Wage to Female and Male Employees Act of 1996 allows an organization dealing with women rights to file suits (again with the worker's consent).

Second, and more significantly, some scholars, notably *Janice Fine* and *Jennifer Gordon*, have proposed instituting cooperation between worker centres and State enforcement agencies.⁶⁸ After showing that such collaboration is already taking place in some American cities, they pointed out the advantages; for example, the fact that worker centres have ongoing direct contacts with workers, in their own language, and can be very helpful in gathering information on violations and in educating workers. The authors argue that the Government should offer grants to worker centres, thereby contributing to their funding and creating a more formal collaboration which can be called »co-enforcement«. ⁶⁹ There are some examples for such cooperation already taking place, including with State funding.⁷⁰

c) Lead company/client liability

Outsourcing and subcontracting have led to exacerbated compliance problems in recent decades, as noted above.

63 See *Finkin*, 36 International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations 1 (2020).

64 For more on the idea of »constrained waivers« see *Sunstein*, 87 Virginia L. Rev. 205 (2001); *Estlund*, 155 U. Penn. L. Rev. 379 (2006); *Davidov*, 40 Oxford J. of Legal Studies 482 (2020).

65 For an overview and analysis of such organizations in the U.S., see *Fine*, Economic Policy Institute Briefing Paper No. 159 (2005).

66 In Israel, Kav-La'Oved (Workers' Hotline) has a prominent role in assisting low-wage workers, especially migrant workers, and advocating for them.

67 *Fine*, Economic Policy Institute Briefing Paper No.159 (2005).

68 *Fine/Gordon*, 38 Politics & Society 552 (2010). The authors call for similar cooperation between the State and unions as well.

69 This title appears in later contributions by *Fine* and other colleagues; see, eg., *Amengual/Fine*, 11 Regulation & Governance 129 (2017).

70 *Amengual/Fine*, 11 Regulation & Governance 129 (2017), describe examples from the U.S. and Argentina.

Consider, for example, cleaning and security workers. In Israel, firms and other organizations that need ongoing cleaning and security services used to employ the workers directly, but over the last few decades have shifted to outsourcing. By choosing contractors through tenders, they lower the price, thereby shrinking the contractors' profit margins and often pushing them to violate labour laws. Sometimes the clients are directly at fault for such violations, when they pay the contractors less than the minimum required to cover employment costs (a situation which can be termed »losing contracts«). Even if the clients are not directly responsible, at the very least they are in a position to curtail such violations to some extent. They can do so by paying more, but also by using their power as »big« clients to choose only reliable, law-abiding contractors; by demanding in their contracts with contractors compliance with all labour laws, and taking collaterals (guarantees) to ensure that; by monitoring such compliance; and by taking steps to stop violations once they are found, including by severing ties with violating contractors.

In Israel, the Act to Improve the Enforcement of Labour Laws of 2011 created an incentive structure designed to harness the power of clients in this way. It places direct liability on a client towards cleaning and security workers, in case of violations by the contractors who employ these workers.⁷¹ The client can escape liability if taking several steps, including paying the contractor more than the minimum necessary to ensure compliance, and employing an independent monitoring agent (see more on that below). Failure to pay the minimum set by the law, and failure to prevent violations by the contractor, are considered a criminal offence – not only of the client (lead company) but also of its general manager if he or she could have prevented this offence and failed to do so.⁷² This system has proved quite successful in improving compliance in the cleaning and security sectors.

One might wonder whether it is justified to place liability on one body for violations of another, just because the latter has the power to prevent violations (even when it has not caused them). Should we extend liability also to lead companies for violations by their contractors all through the supply chain? For example, should an American company who uses manufacturing contractors in Bangladesh be liable for violations of the contractors there, even if it pays enough to make compliance possible? Also, should franchisors be liable for violations by their

franchisees? For example, when a company which has a license to operate a McDonald's restaurant violates labour laws, should there be any liability on the McDonald's Corporation as well? This has been a topic of some debate.⁷³ Personally I believe that such liability is justified but only when there is some direct connection between the client and the workers.⁷⁴ Cleaning and security workers are a good example, because they work on the premises of the client and in practice become part of the same workplace community together with its employees. In Germany there is broader liability, not limited to specific sectors, although only for minimum wage violations: clients who use contractors for »a significant amount of work« will face administrative fines if they knew or should have known about violations by the contractor or by its subcontractors.⁷⁵ Arguably, the duty on the client in such cases is not unreasonable: to make a minimal effort to know if its contractors are violating labour laws, and to stop working with them if they do. It is certainly an exception to the rule about the separation between different legal entities, but could be justified in light of the enforcement crisis and the importance of securing a minimum wage for all employees. Perhaps liability can also be placed on franchisors, if through the brand name they create an impression that they are in fact operating the business.⁷⁶ At the same time, it would be more difficult to extend such liability when the workers are far removed from the lead company, for example when they work in another country and the lead company has no control over their work conditions – and is not causing the violation by not paying enough.⁷⁷

71 Such liability is limited to clients who employ at least four workers through contractors, on a regular basis, for a period of at least six months. See s. 25 of the Act.

72 Section 31, 33 of the Act. For a discussion of criminal »accessory liability« for labour law violations, see *Bogg/Davies*, in: *Bogg/Collins/Freedland/Her-ring* (eds.), *Criminality at Work*, Oxford 2020, p. 431.

73 See, eg., *Rogers*, 31 *Berkeley J. Empl. & Lab. L.* 1 (2010); *Dahan/Lerner/Milman-Sivan*, 34 *Mich. J. Int'l L.* 675 (2013); *Anner/Bair/Blasi*, 35 *Comparative Labor Law & Policy Journal* 1 (2013); *Hardy*, 29 *Australian Journal of Labour Law* 78 (2016).

74 *Davidov*, 37 *Comparative Labor Law & Policy Journal* 5 (2015); *Davidov* (Fn. 1), pp. 234–238.

75 Minimum Wage Act of 2014, s. 21 (2) [for an English translation see https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_millog/englisch_millog.html (11 February 2021)].

76 *Davidov*, 37 *Comparative Labor Law & Policy Journal* 5 (2015).

77 But some have argued in favour of such liability: see, eg., *Dahan/Lerner/Milman-Sivan*, 34 *Mich. J. Int'l L.* 675 (2013); *Anner/Bair/Blasi*, 35 *Comparative Labor Law & Policy Journal* 1 (2013).

d) Independent monitoring

A final example of using another actor – other than the employee itself, and other than the State enforcement agencies – to prevent or curtail violations, is the idea of independent monitoring. It is obviously not possible to have a labour inspector of the State regularly monitoring compliance at each and every workplace. Could we require employers – perhaps of a certain size or from specific sectors – to employ in-house inspectors? Although the law has not gone that far, there are increasingly situations in which firms and organizations are pushed to do so (using »soft law« incentives rather than a mandatory obligation). One such example can be found in the Israeli Act to Improve the Enforcement of Labour Laws of 2011, which encourages firms and organizations using cleaning and security contractors to hire a »certified wage-checker« that will monitor the contractors' compliance with labour laws. As long as they pay enough to allow compliance (ie. avoid a »losing contract«), hire a wage-checker and act when violations are found, they are immune from the risk of direct liability towards the employees. In other countries, internal monitoring mechanisms have been part of »enforceable undertakings« (see above), ie. employers can voluntarily agree to impose such monitoring on themselves, as part of a deal with an enforcement agency that reduces their punishment for labour law violations.⁷⁸

The main challenge of such internal monitoring is how to keep it independent. It cannot have a meaningful impact unless the monitors are completely independent from the employer and from those who pay their fees (eg. clients) who might expect specific results. In Israel, the clients choose the wage-checkers and pay their fees, which is problematic because they are »repeat players« and it is most convenient for them if the wage-checker does not find any violations. It is perhaps expected that wage-checkers, who are usually lawyers or accountants who undergo a short training, will feel bound by the ethical standards of the profession to protect the interest of the employees. But the incentive structure does not ensure that. A possible solution is to give the employees (through their representatives) the power to choose the wage-checker from a list provided by the Government. Another option is to allow worker centres to provide this service. At the international level, some brands which voluntarily decided to engage monitors (under consum-

er pressure) have turned to such non-profit organizations in order to gain credibility for the monitoring process.⁷⁹

V. Increasing the cost of violations

The previous section detailed eight different methods that can help reduce the benefits that employers can expect from violating labour laws. These methods can raise the likelihood of self-enforcement, or the ability of other actors to prevent violation. Overall, they make it less likely that the employer will be able to get away with the violation and benefit from it. The next group of methods, which I discuss briefly in the current section, is more focused on the cost side of the cost-benefit analysis. By raising the cost of violations, we can further push employers towards a decision to comply with the law. I should reiterate that the distinction is not strict; there are methods that can be listed both as reducing the benefit and as increasing the cost. This is not critical. The point is simply to stress the importance of using methods that impact employers' cost-benefit calculation, and to evaluate the methods in this light.

1. Criminality

At least some parts of labour law impose criminal liability on violations – in some legal systems more than others. Assuming that this is justified in terms of criminal law theory,⁸⁰ the question remains whether it is helpful in practice for improving compliance. One might assume that the fear of a criminal conviction would create significant deterrence, given the stigma attached to it as well as other possible costs (from closing access to certain offices/positions, to the possibility of incarceration in extreme cases). But for this to happen, criminal sanctions should attach to managers and not only firms (who are usually the employers), and the imposition of such sanctions

⁷⁸ See *Hardy/Howe*, 41 *Federal Law Review* 1 (2013).

⁷⁹ See, for example, the Worker Rights Consortium [<https://www.workersrights.org>] (11 February 2021) and the Fair Labor Association [<https://www.fairlabor.org>] (11 February 2021)].

⁸⁰ For a discussion of this point see *Cabrelli*, in: *Bogg/Collins/Freedland/Herring* (Fn. 72), p. 53; *Collins*, 31 *King's Law J.* 373 (2020).

must be seen as a realistic possibility. There has to be perception among employers that this is a real risk, rather than merely a theoretical empty threat. In practice, this does not seem to be the case.⁸¹ But there is certainly potential if prosecutions become more common and if they are well publicized to raise awareness among employers to this risk.

Until we reach a time when criminal cases are more common for labour violations, are the criminal prohibitions »on the books« (but not in practice) useful or rather detrimental? It is important that they do not take away the availability of civil remedies in any way.⁸² It is also important not to use lack of criminal convictions as an indication of a »clean record«, for example when choosing a metric for identifying »repeat offenders« (see on that below). Subject to these important caveats, having criminal prohibitions seems important even if it is only in the background and rarely applied – if only to »send a message«, ie. make an expressive statement, about the importance of labour laws and the harm caused by their violation.

2. Administrative sanctions

While we should certainly try to make criminal convictions more probable, they are likely to remain quite rare. The criminal process has plenty of (justified) elements designed to prevent unjust convictions, including an extremely high burden of proof. It requires ongoing collaboration between labour inspectors and prosecutors, and overall a lengthy and complex process. In recent years there is a trend to replace criminal sanctions with administrative sanctions, which do not carry the same stigma, but are much easier to implement. In Israel, for example, since 2011 a senior labour inspector can impose administrative fines (also sometimes termed regulatory fines) for labour law violations.⁸³ Once the inspector determines that a violation has occurred, the employer has to pay the fine, or appeal. Much like a parking ticket, when a fine is imposed it applies by default, unless the decision is reversed on appeal. In a similar fashion, the German Minimum Wage Act stipulates that violations are considered regulatory offences, and allows enforcement agencies to impose significant fines.⁸⁴

This system does not escape a major challenge of State enforcement: it relies on detection and some investigation of violations, which requires an expensive apparatus of

inspectors, and it depends to a large extent on complaints from workers, which are not common. Nonetheless, the ability to impose fines swiftly, in a relatively easy process, is an important improvement.⁸⁵ Employers quickly realize that fines are more than a theoretical possibility, and have to factor that in their cost-benefit calculations.

3. Shaming

Another way to raise the cost of non-compliance is through shaming: by making the violation known to clients, customers and business collaborators of the violating employer. For this to be effective, there has to be broad societal awareness to the importance of labour law and the immorality of violations; and the publicity has to be broad enough to reach the relevant communities. In Israel, the law specifically directs the enforcement agency to publicize on a governmental website the details of administrative fines imposed on employers.⁸⁶ I suspect this has very minimal impact, because the information will only reach those who look for it on the specific webpage, where one can find a long list of firms and the fines they had to pay. A more effective system was used until recently in the U.S. with regard to health and safety violations. For the past two decades, the Occupational Safety and Health Administration (OSHA) has been issuing a press release to inform the public of violations, whenever the penalties imposed were over a certain threshold. A press release can reach a broader audience, and given the focus only on one specific employer, it directs more attention to the violator. It also details the violations and can explain their severity. A recent empirical study found that »press releases revealing OSHA noncom-

81 In Israel, during 2019 there were only 25 criminal labour cases which led to verdicts. See the report of the Enforcement Unit of the Ministry of Labour (in Hebrew), <https://www.gov.il/BlobFolder/dynamiccollector/resultitem/summary-of-activities-2019/he/summary-of-activities-2019.pdf> (11 February 2021). For a critical analysis of the effectiveness of criminal sanctions for labour violations in the UK, see *Barnard/Fraser Butlin*, in: Bogg/Collins/Freedland/Herring (Fn. 72), p. 70; One can assume that the same problem exists in other countries as well.

82 *Barnard/Fraser Butlin*, in: Bogg/Collins/Freedland/Herring (Fn. 72), p. 70.

83 Act to Improve the Enforcement of Labour Laws of 2011, s. 3.

84 Minimum Wage Act of 2014, s. 21 [for an English translation see https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_milog/englisch_milog.html (11 February 2021)].

85 In Israel, during 2019 the Ministry of Labour imposed administrative fines in the amount of app. 200 Mio. NIS on 2193 employers [see the enforcement unit report, (Fn. 81) above]. This is many fold higher than penalties imposed in criminal proceedings in the past.

86 Act to Improve the Enforcement of Labour Laws of 2011, s. 17.

pliance lead to substantial improvements in workplace safety and health. A press release leads to 73 % fewer violations at ›peer‹ facilities in the same sector within a 5 km radius.«⁸⁷ That is a very impressive impact. Further testimony to this impact is the fact that the pro-employer Trump administration has recently decided to stop this practice.⁸⁸ It remains to be seen whether it will be restored under the new Democratic administration.

4. Withholding privileges

Many businesses need something from the State, and this can be used to raise the cost of violations. For example, in some sectors a license is required to operate. It is possible to refuse granting a license, or to revoke an existing license, in cases of repeated labour law violations. In Israel, for example, a license is required to operate a temporary employment agency, as well as a business providing security or cleaning services.⁸⁹ The legislation explicitly instructs the Minister to revoke a license or limit it, in case of labour law violations, after the licensee has been given an advance warning.⁹⁰ This seems especially justified for businesses whose main activity is to employ people. A temporary employment agency, and a cleaning contractor, do very little besides employing people and making a profit from selling their labour time to others. Such firms do not produce anything, or offer a service in any real sense beyond mediating the sale of labour power. While society can expect *all* employers to act legally and refrain from violating labour laws, if all you do in your business is to employ people and you consistently fail to follow the law in this activity, there is no reason to allow you to keep doing it.

Another example of withholding privileges, with much broader impact, is to consider labour law compliance record when taking procurement decisions. In Germany, according to the Minimum Wage Act of 2014, employers who received a regulatory fine of €2500 or more »are generally to be excluded from participating in a tender for a delivery, construction or service contract« of public authorities, »until their reliability has been proven to be re-established«.⁹¹ Such provisions can have a dramatic impact on the cost-benefit calculation of employers. In many sectors, a business cannot take the risk of being excluded from public procurement. The German rule seems extreme, because it refers to a single fine and not an especially high one. If the rule is too broad,

it might not be applied in practice. In Israel, the procurement privileges are withheld only from repeat offenders, of relatively serious magnitude. This is easier to justify;⁹² although setting the line to define repeat offenders can be contentious.

5. Strategic enforcement

Finally, it seems pertinent to point out the importance of effective enforcement action as a factor in raising the cost of violations. This is a major area in itself, that can only be mentioned here very briefly. Various strategies for effective enforcement have been proposed, most notably by *David Weil*, under the heading of »strategic enforcement«.⁹³ The basic idea is that enforcement cannot rely on complaints, which cover only a tiny fraction of violations and not the most extreme ones. Enforcement has to be proactive, look for the places where violations are most common, identify the causes and tailor the solutions to be most effective for each context. That includes some of the methods discussed above, like compliance agreements and shaming. The goal is to use the resources of enforcement agencies most effectively to counter more violations and especially the most severe violations. This approach is also influential at the ILO, where it is called »strategic compliance«, with a multitude of resources and techniques for effective enforcement offered to inspectors.⁹⁴ Improving effectiveness is, of course, easier said than done in practice; but has achieved

87 Johnson, 110 American Economic Review (2020), 1866, 1868.

88 Scheiber, Labor Department Curbs Announcements of Company Violations, New York Times, 23 October 2020 (reporting on a memorandum issued by the Deputy Secretary of the Labor Department).

89 Employment of Workers through Employment Agencies Act of 1996, s. 2, 10A.

90 S.6 of the Act.

91 Minimum Wage Act of 2014, s. 19 (1) [for an English translation see https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_millog/englisch_millog.html (11 February 2021)]; See also the Act to Combat Undeclared Work and Unlawful Employment of 2004 (amended in 2017), s. 21 [for an English translation see https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_schwarzarbg/englisch_schwarzarbg.html (11 February 2021)].

92 For a discussion of justifications see McCrudden, Buying Social Justice: Equality, Government Procurement, and Legal Change, Oxford 2007, Ch 5.

93 Weil (Fn. 10), Ch. 9; Weil, Boston U. School of Management Research Paper No. 2010–20; Weil, 60 Journal of Industrial Relations 437 (2018); See also *Fine/Galvin/Round/Shepherd*, forthcoming in International Journal of Comparative Labour Law & Industrial Relations 2021.

94 See ILO Approach to Strategic Compliance Planning for Labour Inspectorates 2017, available at https://www.ilo.org/global/topics/labour-administration-inspection/resources-library/publications/WCMS_606471/lang-en/index.htm (11 February 2021).

some success in different countries. For current purposes, the important point is that using enforcement resources effectively and strategically can raise the chances of catching and punishing violations, thereby affecting the cost-benefit calculations of employers contemplating them.

VI. Conclusion

Labour laws are important; for employees and for society at large. They are costly for employers, thereby inviting frequent violations. This is an inherent problem, but one which has exacerbated in recent years. Labour lawyers cannot assume that the laws are being applied in practice. Too often they are not, meaning that vulnerable employees are left unprotected, without basic employment rights, and the various goals of labour laws are frustrated. The goal of this contribution was to provide an overview of various methods that are being used in different legal systems to address this problem, and to highlight some of the current challenges and debates that these methods raise.

There are two different strands of literature that study the problem of labour law violations. There are those who focus on compliance – on ways to change the behaviour of employ-

ers – usually based on the assumption that many violations are not intentional. In contrast, there are those who focus on detecting and punishing violations to rectify the harm and create deterrence. The current article offered a way to bring the two approaches together. We need to make sure that employers are aware of the law and understand it; that they acknowledge violations and their immorality (despite human tendencies for self-deception); and that they are fearful of punishment and other losses attached to violations. Most of the discussion was devoted to the last stage, ie. to a consideration of different methods that can impact employers' cost-benefit calculation. I have listed and briefly discussed 13 different methods, divided into three groups: methods to raise the likelihood of self-enforcement, thereby reducing employers' ability to benefit from violations; methods supporting the ability of other actors (who are not the employee nor the State) to curtail violations, thereby also reducing employers' ability to benefit from violations; and methods that increase the cost of violations for employers, mostly through different ways of punishment after violations have occurred. It is important to emphasise that all of the methods can work side by side; there is no need to choose between them, but rather find the best way to use all of them. Improving compliance is a never-ending challenge, which requires a holistic solution.

Transnationale Soziale Dialoge und Antidiskriminierung im Erwerbsleben – Eine rechtsempirische, rechtsdogmatische und rechtspolitische Analyse

Dissertation von Sonja Mangold, 2018, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 396 S. (ISBN 978-3-8487-5321-5), 96,- €, erschienen als Band 77 der Schriftenreihe des Zentrums für Europäische Rechtspolitik der Universität Bremen

Laudatio auf Dr.ⁱⁿ Sonja Mangold

Die Jury für den *Hugo-Sinzheimer-Preis* 2019, die aus den beiden Frankfurter Professor*innen *Marlene Schmidt* und *Bernd Waas* sowie mir bestand, hat sich in erster Linie für die Arbeit von *Sonja Mangold* entschieden, da sie vor allem eines ist, was bei juristischen Dissertationen sehr selten ist, nämlich im besten Sinne *interdisziplinär*. Und dann auch noch sozialwissenschaftlich in der Form, dass im Zuge von deren Abfassung originäre Daten vor allem in Form von qualitativen Interviews erhoben wurden. Das bekommt man nicht alle Tage, insbesondere auch deshalb, da Jurist*innen dafür in der Regel nicht das methodische Rüstzeug haben und es zudem auch ordentlich aufwändig ist, so zu arbeiten. Frau *Mangold* hat das gemacht – und es hat sich, so unser Urteil, wirklich ausgezahlt. Sie hat damit mit ihrer Arbeit insbesondere ein Kriterium sehr gut getroffen, das wir bei der Preisverleihung auch berücksichtigen, nämlich, das was wir den »Spirit of *Hugo Sinzheimer*« nennen. Es geht dabei darum, ob in seinem Sinne in einer Arbeit auch die Rechtssoziologie eine Rolle spielt bzw. dass empirisch gearbeitet wurde. Auch wenn es bei dieser Einreichungsrunde zahlreiche andere, wirklich sehr starke rechtsdogmatisch ausgerichtete Arbeiten gab, so hat dieses Kriterium dieses Mal letztlich den Ausschlag gegeben.

In der folgenden Präsentation und Würdigung der Arbeit wird in der Folge zuerst auf die Themenstellung eingegangen, dann auf den Aufbau und die Durchführung, wobei ihre eigenen Ansätze ebenso wie die durchaus anspruchsvolle Methodik hervorgehoben werden soll. Und zuletzt dann auf die rechtspolitischen Vorschläge – man sieht schon jetzt, da ist ordentlich was drinnen und das bei einem durchaus überschaubaren Umfang von gut 300 Seiten. Diese Arbeit

hat mich erneut in der Überzeugung bestätigt, dass es nicht ausufernd viele Seiten braucht um eine gute juristische Dissertation zu verfassen. Ein gutes Thema, eine klare Struktur, wenig Geschwafel und Redundanzen – und dann noch ein paar stringente Ergebnisse und ein rechtspolitischer Ausblick, so mag man das. Und soweit ist wirklich alles sehr fein hier in dieser Arbeit.

I. Zum Thema

Zugegeben, der Titel »*Transnationale Soziale Dialoge und Antidiskriminierung im Erwerbsleben*« ist nun doch sehr weit und noch wenig aussagekräftig. Das ist auch meine einzige Kritik an dieser Dissertation. Es erschließt sich nämlich aus ihm noch nicht für alle intuitiv, worum es in ihr geht, nämlich um das Phänomen grenzüberschreitender Vereinbarungen auf Betriebs- und Unternehmensebene, das heißt zwischen Arbeitgeber*innen bzw. deren kollektiven Vertreter*innen und den Vertreter*innen der Arbeitnehmer*innenschaft.¹ Diese werden dann weiter in Vereinbarungen zur Errichtung europäischer Betriebsräte (EBR) nach der Euro-Betriebsrats-Richtlinie 2009/38/EG, sektorübergreifende und sektorale Soziale Dialoge gem. Art. 154/155 AEUV, substantielle Vereinbarungen europäischer Betriebsräte, Koproduktionen von europäischen Betriebsräten und Gewerkschaften (sog. Mischformen) sowie in von Gewerkschaften unterzeichnete transnationale Unternehmensvereinbarungen (Transnational Company Agreements, [TCAs]) unterschieden. Diese Unterteilung wird der Arbeit zu Grunde gelegt und die einzelnen, doch sehr diversen Ergebnisse Transnationaler Sozialer Dialoge werden dann gesondert untersucht. Die Autorin ordnet diese Form der transnationalen Rechtssetzung als Phänomen der Europäisierung und Globalisierung ein, die eine Reaktion darauf ist, dass die Regelungsmacht von Nationalstaaten an der Staatsgrenze endet, es aber – insbesondere von Arbeitnehmer*innenseite – bei grenzüberschreitenden Unternehmensstrukturen zunehmend ein Bedürfnis nach einheitlichen Regelungen gibt und hier die unterschiedlichen Formen von Vereinbarungen getroffen werden.

¹ *Mangold*, Transnationale Soziale Dialoge und Antidiskriminierung im Erwerbsleben – Eine rechtsempirische, rechtsdogmatische und rechtspolitische Analyse, Baden-Baden 2018 (zugl. Bremen, Univ., Diss. 2018), S. 29 ff.

Frau *Mangold* greift nun einen Themenbereich heraus, zu dem offensichtlich in der Praxis derartige transnationale kollektive Vereinbarungen getroffen werden, nämlich zur *Bekämpfung von Diskriminierung im Erwerbsleben*. Dabei geht es nicht nur um die Gleichbehandlung im engeren Sinn, das heißt auf Grund persönlicher Merkmale wie Geschlecht oder sexueller Orientierung, sondern auch um Gleichbehandlung wegen statusbezogener Merkmale wie einer Befristung oder eines Leiharbeitsverhältnisses.² Es geht somit in der Arbeit um Transnationale Soziale Dialoge zur Bekämpfung von Diskriminierungen und in concreto nicht nur darum, ob und unter welchen rechtlich-institutionellen Rahmenbedingungen transnationale Sozialpartnerregulierung die Gleichbehandlung betreffend erfolgt. Es wird darauf aufbauend vielmehr untersucht, ob diese eine Qualität und Effektivität erreicht, die sozialstaatlich aufgegebenen Zielen zur Antidiskriminierung entspricht und ob sie diese somit unter Umständen sinnvoll ersetzen kann.

II. Inhalt und Würdigung der Arbeit

1. Teil 1: Theoretische Grundlagen

Mit der Arbeit wird ein Grundproblem einer globalisierten Wirtschaftsordnung angesprochen, nämlich, dass in vielen Bereichen noch keine entsprechend globalisierte Rechtsordnung zur Verfügung steht, die den in dieser entstehenden Problemen begegnen kann. Die Verfasserin untersucht eine mögliche Reaktion, nämlich *grenzüberschreitende kollektive Vereinbarungen*, die von gesetzlichen und/oder freiwilligen Interessenvertretungen der Arbeitnehmer*innen, konkret von europäischen Betriebsräten bzw. Gewerkschaften, abgeschlossen werden. Und das betreffend ein doch recht eng umgrenztes Thema, nämlich die Gleichbehandlung. Eine sehr kluge Entscheidung, die dazu führt, dass das Thema nicht ausufert und konkret und anschaulich bleibt.

Dabei hilft es sehr, dass die Verfasserin auf Ergebnisse zurückgreifen kann, die im Forschungsprojekt »Formwandel von Staatlichkeit im Transnationalen Dialog« des Bremer Sonderforschungsbereichs 597 »Staatlichkeit im Wandel«³ entwickelt wurden und an dem Frau *Mangold* als wissenschaftliche Mitarbeiterin mitwirkte. Hier wird insbesondere an den konzeptionellen Ansatz eines *hybriden transnationalen Arbeitsrechts* von *Katja Nebe* und *Ulrich Mückenberger* angeschlossen, die auch als Gutachter*innen für die Dissertation fungiert haben. Wesentlich ist dabei die Annahme, dass die selbstregulierenden Prozesse der Sozialen Dialoge

gerade im Feld der Gleichbehandlung staatlicherseits flankiert werden müssen, das heißt, dass Staaten, bzw. die EU, zur Sicherstellung einer gemeinwohlverträglichen, wirksamen, transnationalen Normgebung zur Nichtdiskriminierung aktiv und stark (subsidiär) intervenieren müssen. Durch diesen Rückgriff ist der erste Teil der Arbeit, der sich mit der Transnationalisierungsentwicklung auf arbeitsrechtlichem Gebiet beschäftigt, sehr kompakt, was Raum für die Bearbeitung der konkreten Fragestellung schafft.

Zuerst wird dabei der *Bedarf für eine effektive transnationale Regelsetzung* angesichts der aktuellen Ungleichheiten am Arbeitsmarkt in den EU-Mitgliedstaaten aufgezeigt und die Relevanz des Themas hervorgehoben.⁴ Im folgenden Kapitel⁵ wird dann der sozialstaatliche Beurteilungsmaßstab entwickelt, an dem die von Transnationalen Sozialen Dialogen erzielten Ergebnisse zu messen sind, wobei Frau *Mangold* von einem europäischen Prinzip der »Sozialstaatlichkeit« im Bereich der abhängigen Arbeit ausgeht, das sich auf die unionalen Verfassungswerte der Menschenwürde, Solidarität und Demokratie stützt. Hier wird Bezug auf *Hugo Sinzheimer* genommen⁶, der schon 1922 auf den »lebendigen Willen« der organisierten Arbeitnehmer*innenbewegung referenzierte, »aus eigener Kraft an der Regelung aller wirtschaftlichen und sozialen Angelegenheiten teilzunehmen, sich nicht mehr auf fremde Kräfte zu verlassen, sondern das soziale Schicksal ihrer Angehörigen selbst zu gestalten.«⁷

Sodann wird der *arbeitsrechtliche Diskriminierungsschutz als Teil einer EU-Sozialverfassung* verortet, wobei das europäische, arbeitsbezogene Grundprinzip der Sozialstaatlichkeit und die erwähnten Prinzipien der Menschenwürde, der Solidarität und der Demokratie auf diesen ausstrahlen.⁸ Ein wenig abrupt kommt nun der Übergang zu den nicht immer sehr klaren rechtlichen Rahmenbedingungen der fünf eingangs erwähnten Dialogformen (EBR-Gründungsvereinbarungen, sektorübergreifende und sektorale Soziale Dialoge nach Art. 154/155 AEUV, substantielle EBR-Vereinbarungen, Mischformen, das heißt von EBR und Gewerkschaften

2 *Mangold* (Fn. 2), S. 79 ff.

3 S. dazu *Mückenberger/Nebe*, ZIAS 2013, 82 ff.

4 *Mangold* (Fn. 2), S. 51 ff.

5 *Mangold* (Fn. 2), S. 57 ff.

6 *Mangold* (Fn. 2), S. 70.

7 *Sinzheimer*, Die Fortbildung des Arbeitsrechts, in: Kahn-Freund/Ramm (Hrsg.), Arbeitsrecht und Rechtssoziologie, Gesammelte Aufsätze und Reden, Bd. 1, Frankfurt aM. 1976, S. 78.

8 *Mangold* (Fn. 2), S. 74 ff.

unterzeichnete Vereinbarungen und letztlich transnationale kollektive Vereinbarungen).⁹ Damit schließt sich der erste, theoretisch ausgerichtete Teil, wobei ich nicht verhehlen möchte, dass dieser ein zusammenfassendes Ergebnis gut hätte vertragen können.

2. Teil 2: Zur Empirie sozialer Dialoge

Herzstück der hier vorzustellenden Arbeit ist freilich der zweite, empirisch ausgerichtete Teil. Sein Ziel ist es, den durch Transnationale Soziale Dialoge bewirkten Form- und Leistungswandel von Staatlichkeit im Feld der Antidiskriminierung auf belastbarer empirischer Datengrundlage bewertbar zu machen. Damit sollen Aufschlüsse darüber erzielt werden, ob und unter welchen rechtlich-institutionellen Bedingungen die fünf genannten Dialogformen sozialstaatsgemäße Normsetzungs-, Implementations- und Diffusionsleistungen im Bereich der Gleichstellung im Arbeitsleben erzielen. Weiter wurde versucht rechtspolitisch auszuloten, ob und gegebenenfalls welche flankierenden Maßnahmen Staaten und die EU ergreifen müssten, um sozialstaatsgemäße Ergebnisse zu gewährleisten. Dazu wurden fünf sehr konkrete Hypothesen formuliert.

Bei der Erforschung des transnationalen Regulierungsgeschehens in Form von Sozialen Dialogen wurden 299 bindende *Vereinbarungen* ausgewertet, 14 *Expert*inneninterviews* ebenso durchgeführt wie drei vertiefende *Fallstudien* und eine *Diffusionsanalyse*. Die verwendeten empirischen Daten stammen überwiegend aus dem bereits erwähnten Forschungsprojekt »Formwandel von Staatlichkeit durch Transnationalen Sozialen Dialog« des Sonderforschungsbereichs 597 »Staatlichkeit im Wandel«, das unter wissenschaftlicher Mitarbeit der Verfasserin im Zeitraum 2012–2015 durchgeführt wurde. Die Datenerhebung ist somit nicht Teil des Dissertationsprojektes, sondern es konnte auf bestehende, von der Verfasserin selbst erhobene Daten zurückgegriffen werden. Hauptinstrument war dabei neben der Dokumentenanalyse die Befragung in Form von 14 qualitativen Expert*inneninterviews mit Praktiker*innen und Rechtskundigen auf dem Gebiet des Sozialen Dialoges.¹⁰

Besonders interessant ist meines Erachtens die *Diffusionsanalyse* die erkunden möchte, ob sich eine Innovation erfolgreich innerhalb der relevanten sozialen Gruppe oder Struktur – hier somit rechtliche und rechtspolitische Kontexte – durchsetzt.¹¹ In concreto wurde die Verbreitung innovativer diskriminierungsschützender Regelungsan-

sätze in Sozialen Dialogen einerseits über die Expert*inneninterviews ermittelt und andererseits wurde die »Wanderung« einzelner derartiger Normen in den vertiefenden Fallanalysen untersucht. Dabei spielten Dokumente wie unternehmensinterne Berichte, Pressemitteilungen oder vorhandene Literatur eine große Rolle und es wurde außerdem eine systematische Internetrecherche durchgeführt.¹² Alles in allem ein beeindruckender Methodenmix, der weit über das hinausgeht, was man normalerweise bei einer auch sozialwissenschaftlich ausgerichteten juristischen Dissertation geboten bekommt. Dieser sehr breit gefächerte Zugang alleine hätte aus meiner Sicht schon den Dissertationspreis gerechtfertigt.

Die *Ergebnisse* sind so breit gefächert, dass hier aus Zeitgründen nur ein paar Schlaglichter erfolgen können. Am häufigsten finden sich antidiskriminatorische Regelungen in EBR-Gründungsvereinbarungen (12% aller Gründungsdokumente), wobei im Zeitverlauf eine Zunahme zu beobachten war.¹³ Die Arbeit nimmt in diesem Zusammenhang auf zahlreiche Beispiele Bezug, was sie auch zu einer entsprechenden Fundgrube für solche macht.¹⁴ Rahmenvereinbarungen der europäischen Sozialpartner*innen gem. Art. 154/155 AEUV sind eine eigene Kategorie, auch was deren Möglichkeit der Überführung in Richtlinienrecht angeht, wodurch die wohl maximale Durchsetzungskraft erzielt wird.¹⁵ Diese Form ist freilich in letzter Zeit zurückgegangen. Zudem wird dieser Implementierungsmechanismus nicht immer verwendet, wie insbesondere die Rahmenvereinbarung zur Telearbeit aus 2002¹⁶ zeigt, die durch nationale Tarifverträge umzusetzen ist. Bei den noch stärker in der Idee der Selbstregulierung verankerten Instrumentarien ist hingegen eine geringe Regelungsaktivität zu verorten; zudem bestehen signifikante Durchsetzungsschwächen.¹⁷ Die Dialogform der TCA ist demgegenüber gar nicht so selten zu finden und es zeigen sich hier einerseits eine normsetzende Kraft, ebenso wie innovative Regelun-

⁹ Mangold (Fn. 2), S. 99 ff.

¹⁰ Mangold (Fn. 2), S. 134 ff., 214 ff.

¹¹ Mangold (Fn. 2), S. 142 ff., 248 ff.

¹² Mangold (Fn. 2), S. 146.

¹³ Mangold (Fn. 2), S. 153.

¹⁴ Mangold (Fn. 2), S. 156 ff.

¹⁵ Mangold (Fn. 2), S. 168 ff.

¹⁶ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=LEGISSUM%3Ac10131> (14. 1. 2021).

¹⁷ Mangold (Fn. 2), S. 177 ff.

gen, die das gesamte Spektrum der Nichtdiskriminierung im weiteren Sinne abdecken.¹⁸ So findet sich hier bspw. eine Ausweitung der vereinbarten Rechte auf Beziehungen mit Lieferanten, Zulieferern und Subunternehmen; auch Eurobetriebsräte sind an der Aushandlung und Durchsetzung derartiger TCAs beteiligt.

Von besonderem Interesse ist die – auch durch die Expert*inneninterviews bestärkte – Erkenntnis, dass jene Vereinbarungen, die auf eine unklare Rechtslage verwiesen sind, deutlich weniger gleichstellungsbezogene Normen beinhalten als hoch regulierte EBR-Gründungsvereinbarungen. Bei sozialstaatlich orientierten TCAs konnten ebenso positive Ausstrahlungseffekte zwingenden europäischen Rechts festgestellt werden.¹⁹ Substantielle Abkommen von Eurobetriebsräten zeigten indes weniger leistungsstark als Mischformen und TCAs, was darauf hindeutet, dass eine Beteiligung von Gewerkschaften sozialstaatsadäquate Ergebnisse begünstigt. Bezeichnend ist auch, dass gerade bei Konzernen mit Sitz in Frankreich eine größere Regelungsinzidenz besteht, was den Schluss zulässt, dass nationale Kontextfaktoren eine transnationale Regulierung zur Nichtdiskriminierung vorantreiben können.²⁰ Dies zeigt auch die Notwendigkeit staatlicher Flankierung der Ermöglichung von derartigen Sozialen Dialogen und der Durchsetzung von derart getroffenen Vereinbarungen.²¹

3. Teil 3: Schlussfolgerungen

Damit ist die Arbeit von Frau *Mangold* freilich noch nicht zu Ende, sondern sie enthält im Anschluss noch einen weiteren Teil, in dem *regulierungstheoretische und rechtspolitische Schlussfolgerungen* gezogen werden.²² Er beinhaltet ausführliche Überlegungen zur gebotenen staatlichen Flankierung, der Schaffung und der Durchsetzung von, im Zuge dieser Sozialen Dialoge erzielten, Vereinbarungen im Bereich der Nichtdiskriminierung.

Grundlegend und durchaus zutreffend wird festgehalten, dass angesichts des strukturellen Macht- und Verhandlungsungleichgewichts zwischen Arbeitgeber*innen- und Arbeitnehmer*innenseite selbstregulierende Prozesse auf arbeitsrechtlichem Gebiet einer *ausgleichenden staatlichen Flankierung* bedürfen. Die Empirie zeigt, dass sich Forderungen europäischer gewerkschaftlicher und betriebsrätlicher Akteur*innen zum Diskriminierungsschutz zuweilen nicht im Verhandlungswege gegenüber der Arbeitgeber*innenseite durchsetzen ließen. Akzeptable Vereinbarungs-

sungen scheiterten daran, dass staatliche Gewährleistungen zur Herstellung der Machtbalance zwischen den verhandelnden Akteuren gerade im transnationalen Raum fehlten.²³

Zudem ist nach *Mangold* eine »nur-privatautonome« transnationale Regelsetzung im Bereich der Antidiskriminierung in besonderem Maße unangemessen, da vor allem zwei zusätzlich hindernde Faktoren für sozialstaatsgemäße Selbststeuerungsprozesse der Sozialpartner*innen bestehen: Einerseits die faktische Unterrepräsentanz der von Diskriminierung selbst Betroffenen in Sozialpartner*innenverbänden, EBR-Gremien und Entscheidungspositionen; und andererseits hiermit zusammenhängend die mangelnde Akzeptanz von Gleichstellungsmaßnahmen bei beteiligten Akteur*innen auf Arbeitgeber*innen- und Arbeitnehmer*innenseite. Eine transnationale kollektive Selbstregulierung ohne Staat kann somit keine ausreichende Gewähr für wirksame interessengerechte Ergebnisse bieten. Das zunehmende Normsetzungsgeschehen zur Antidiskriminierung im Rahmen von Sozialen Dialogen darf deshalb nicht »sich selbst« überlassen werden. Staatliche bzw. supranationale Akteure*innen sind vielmehr angehalten, rechtliche und gerichtliche Interventionsformen für den transnationalen Raum bereitzustellen.²⁴

Ausgehend von diesen regulierungstheoretischen Grundpositionen werden für die fünf verschiedenen Formen des Sozialen Dialoges rechtspolitische Überlegungen angestellt, die hier leider nicht weiter vertieft werden können.²⁵ Sie finden sich in kompakten Zusammenfassungen mit klarer Positionierung der Autorin, wobei diese weniger auf die Selbstregulierungskraft der Sozialpartner*innen setzt, sondern vielmehr die Notwendigkeit sieht, einen rechtlichen Rahmen, insbesondere auch auf EU-Ebene, zu schaffen. Herausgegriffen seien die Anregungen von Frau *Mangold* für rechtliche Vorkehrungen zur Behebung von Leistungsdefiziten von substantiellen EBR-Abkommen, Mischformen und TCAs bei der Normbildung und Rechtsdurchsetzung: So wird angeregt

18 *Mangold* (Fn. 2), S. 194 ff.

19 *Mangold* (Fn. 2), S. 203 ff.

20 *Mangold* (Fn. 2), S. 194 ff.

21 *Mangold* (Fn. 2), S. 243 f.

22 *Mangold* (Fn. 2), S. 291 ff.

23 *Mangold* (Fn. 2), S. 292.

24 Ebd.

25 *Mangold* (Fn. 2), S. 293 ff.

zur Stärkung der Normsetzungskraft einseitige, erzwingbare Initiativrechte der Sozialpartner*innen zur Aufnahme von Verhandlungen im Bereich der Nichtdiskriminierung, bzw. gar Verhandlungspflichten zu Antidiskriminierungsthemen zu schaffen. Zudem sollten regulative Vorkehrungen getroffen werden, um die Mitwirkung diskriminierter Gruppen in autonomen Verhandlungsprozessen zu fördern. Letztlich sollte festgelegt werden, wer die Verhandlungsakteure und Unterzeichnerparteien normbildender Vereinbarungen sind, wobei sowohl europäischen Gewerkschaften als auch EBR derartige Befugnisse eingeräumt werden könnten. Zur Gewährleistung fairer Verhandlungsergebnisse wird ein Bündel von Maßnahmen erwogen: die Möglichkeit des Arbeitskampfes, Anforderungen an die Repräsentativität beteiligter Gewerkschaftsverbände und Schlichtungsverfahren. Zur Sicherstellung durchsetzungsfähiger Ergebnisse von Sozialen Dialogen, sollten die Rechtsverbindlichkeit und die Rechtswirkungen in einem EU-Rahmen geklärt werden und ihnen rechtliche Instrumente zur Normdurchsetzung zur Seite gestellt werden, wie unter anderem eigene Monitoringverfahren, Schieds- oder Mediationsmechanismen sowie effektive Beschwerderechte für Beschäftigte.²⁶

III. Ergebnis

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass Frau *Mangold* das überaus komplexe Thema von transnationalen Vereinbarungen als Ergebnis Sozialer Dialoge in der EU auf mehreren Ebenen – theoretisch, empirisch und letztlich auch rechtspolitisch – bearbeitet. Eine sehr gelungene etwas andere, da wirklich transdisziplinäre Arbeit, die nicht nur viel verspricht, sondern auch tatsächlich vieles kann. Ich habe bei deren Lektüre sehr viel gelernt und mich so gar nicht gelangweilt. Sie stellt in vielerlei Hinsicht einen wichtigen Beitrag zur Weiterentwicklung grenzüberschreitender Sozialer Dialoge dar um den man bei der Befassung mit diesen in Zukunft nicht herumkommen wird. Der *Hugo Sinzheimer-Preis* 2019 geht daher sehr zu Recht an Frau Dr.ⁱⁿ *Sonja Mangold*. Herzlichen Glückwunsch!

Prof. Dr. Martin Gruber-Risak, Universität Wien

²⁶ *Mangold* (Fn. 2), S. 320 ff.

Vorschau | In einer der nächsten Ausgaben von »Soziales Recht« werden Sie voraussichtlich lesen:

Abhandlungen

- *Karl-Jürgen Bieback: Das Sozialrecht als Flankierung für betriebliche Qualifizierung und Weiterbildung*
- *Dagmar Oppermann: Europa und seine soziale Dimension*
- *Maren Rennpferdt: Der betriebsverfassungsrechtliche Rahmen für Qualifizierung und Weiterbildung*

Rezensionsaufsätze

- *Julian Stassek, Die Einstellung behinderter Menschen – Zwischen Beschäftigungspflicht und angemessenen Vorkehrungen*
(*Rüdiger Krause*)



Altmann / Schnependahl

Kündigungsschutzgesetz

Basiskommentar zu KSchG,
§§ 622, 623 und 626 BGB, §§ 102, 103 BetrVG
6., aktualisierte, überarbeitete Auflage
2021. 437 Seiten, kartoniert
€ 39,90

ISBN 978-3-7663-6986-4

www.bund-verlag.de/6986

Komplexes Thema, hohes Niveau, gut verständlich

Das Kündigungsschutzrecht ist auf den Einzelfall bezogen und zeichnet sich durch Differenzierung aus. Die Autorinnen arbeiten die tragenden Grundsätze heraus. Damit bieten sie gerade für Nicht-Juristen einen guten Einstieg in die Materie und machen die Rechtslage verständlich.

Aus dem Inhalt:

- > Kündigungsgründe nach dem Kündigungsschutzgesetz und bei außerordentlichen/fristlosen Kündigungen
- > Kündigungsschutzprozess
- > Mitwirkungsmöglichkeiten des Betriebsrats im Rahmen des Anhörungsverfahrens
- > Besonderer Kündigungsschutz für Betriebsräte und andere Gremienmitglieder

Einen Schwerpunkt bildet die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts unter Berücksichtigung europarechtlicher Entwicklungen in den Bereichen:

- > Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung bei Kündigungen
- > Kündigung kirchlicher Arbeitnehmer
- > Beweisverwertung und Videoüberwachung
- > Massenentlassungen

Einfach online bestellen:

1. Einsteigen auf www.bund-verlag.de/6986 2. Daten eingeben 3. Absenden
oder Coupon ausfüllen und abschicken:

Expl.	Best.-Nr. 978-3-7663-	Autor / Kurztitel	Preis / €
	6986-4	Altmann / Schnependahl Kündigungsschutzgesetz	39,90

Absender: Frau Herr

Name / Vorname:

Firma / Funktion:

Straße / Nr.:

PLZ / Ort:

Telefon:

E-Mail:

Datum / Unterschrift:



Bund-Verlag GmbH
60424 Frankfurt am Main

Infotelefon:
069 / 79 50 10-20

Fax:
069 / 79 50 10-11

E-Mail:
kontakt@bund-verlag.de

www.bund-verlag.de

Immer topaktuell informiert sein

- Ja, ich möchte den kostenlosen Newsletter für **Betriebsräte** nutzen.
 Ja, ich möchte den kostenlosen Newsletter für **Personalräte** nutzen.
 Den Newsletter kann ich jederzeit wieder abbestellen.

NEUE HERAUSFORDERUNGEN

– NEUER KITTNER 2021



Innen und außen völlig neu.
Mit erweiterten Online-
Funktionen.

**Jetzt
bestellen!**

www.mein-kittner.de
kontakt@bund-verlag.de
Bestellhotline 069 / 79 50 10 20



KITTNER

Arbeits- und Sozial- ordnung

- Gesetze
- Einleitungen
- Übersichten

46. Auflage

2021

Online-Zugriff auf
alle Inhalte
Alle Gesetze im Volltext
Rechtsprechung im Volltext

**BUND
VERLAG**