



# Stellungnahme

**des Deutschen Anwaltvereins durch  
die Ausschüsse Arbeitsrecht, Corporate Social  
Responsibility und Compliance, Informationsrecht  
sowie Strafrecht**

**zum Referentenentwurf eines Gesetzes für einen  
besseren Schutz hinweisgebender Personen  
sowie zur Umsetzung der Richtlinie zum Schutz  
von Personen, die Verstöße gegen das  
Unionsrecht melden**

Stellungnahme Nr.: 23/2022

Berlin, im Mai 2022

## Mitglieder des Ausschusses Arbeitsrecht

- Rechtsanwältin Dr. Nathalie Oberthür, Köln (Vorsitzende)
- Rechtsanwalt Dr. Christian Arnold, Stuttgart
- Rechtsanwältin Regina Bell, München
- Rechtsanwältin Dr. Susanne Clemenz, Gütersloh
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Björn Gaul, Köln (Berichterstatter)
- Rechtsanwalt Roland Gross, Leipzig
- Rechtsanwalt Jürgen Markowski, Offenburg
- Rechtsanwalt Benja Mausner, Stuttgart (Berichterstatter)
- Rechtsanwalt Dr. Thomas Müller-Bonanni, Düsseldorf
- Rechtsanwältin Dr. Barbara Reinhard, Frankfurt am Main
- Rechtsanwältin Dr. Ulrike Schweibert, Frankfurt
- Rechtsanwalt Dr. Uwe Silberberger, Düsseldorf

## Zuständig in der DAV-Geschäftsstelle

- Rechtsanwalt Max Gröning

**Deutscher Anwaltverein**  
Littenstraße 11, 10179 Berlin  
Tel.: +49 30 726152-0  
Fax: +49 30 726152-190  
E-Mail: [dav@anwaltverein.de](mailto:dav@anwaltverein.de)

**Büro Brüssel**  
Rue Joseph II 40, Boîte 7B  
1000 Brüssel, Belgien  
Tel.: +32 2 28028-12  
Fax: +32 2 28028-13  
E-Mail: [bruessel@eu.anwaltverein.de](mailto:bruessel@eu.anwaltverein.de)  
EU-Transparenz-Registernummer:  
87980341522-66

## **Mitglieder des Ausschusses Corporate Social Responsibility und Compliance**

- Rechtsanwältin Prof. Dr. habil. Birgit Spießhofer, M.C.J. (New York University), Berlin (Vorsitzende)
- Rechtsanwalt Dr. Björn Nill, Stuttgart
- Rechtsanwalt Dr. Olaf Christiansen, Gütersloh
- Rechtsanwalt Dr. Marc Löbbe, Frankfurt am Main (Berichterstatter)
- Rechtsanwältin Dr. Margarete Gräfin von Galen, Berlin (Berichterstatterin)
- Rechtsanwältin Prof. Dr. Anja Mengel, LL.M., Berlin (Berichterstatterin)
- Rechtsanwalt Dr. iur. Thomas Volland, LL.M., Berlin
- Rechtsanwalt Patrick Späth, Berlin
- Rechtsanwältin Dr. Hellen Schilling, Frankfurt am Main

## **Zuständig in der DAV-Geschäftsstelle**

- Dr. Moritz Moelle, LL.M.

## **Mitglieder des Ausschusses Informationsrecht**

- Rechtsanwalt Dr. Helmut Redeker, Bonn (Vorsitzender)
- Rechtsanwalt Dr. Simon Assion, Frankfurt
- Rechtsanwältin Dr. Christiane Bierekoven, Köln
- Rechtsanwältin Isabell Conrad, München
- Rechtsanwalt Dr. Malte Grützmaker, LL.M., Hamburg
- Rechtsanwalt Prof. Niko Härting, Berlin
- Rechtsanwalt Peter Huppertz, LL.M., Düsseldorf
- Rechtsanwältin Birgit Roth-Neuschild, Karlsruhe
- Rechtsanwalt Dr. Robert Selk, LL.M. (EU), München (Berichterstatter)

## **Zuständig in der DAV-Geschäftsstelle**

- Rechtsanwältin Nicole Narewski

## **Mitglieder des Ausschusses Strafrecht**

- Rechtsanwalt Dr. Rainer Spatscheck, München (Vorsitzender)
- Rechtsanwalt Stefan Conen, Berlin
- Rechtsanwältin Gina Greeve, Frankfurt a.M.
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Stefan Kirsch, Frankfurt a.M. (Berichterstatter)
- Rechtsanwältin Dr. Jenny Lederer, Essen
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Bernd Müssig, Bonn
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Ali B. Norouzi, Berlin

- Rechtsanwältin Dr. Anna Oehmichen, Mainz
- Rechtsanwältin Gül Pinar, Hamburg
- Rechtsanwalt Michael Rosenthal, Karlsruhe
- Rechtsanwalt Martin Rubbert, Berlin
- Rechtsanwältin Dr. Heide Sandkuhl, Potsdam

### **Zuständig in der DAV-Geschäftsstelle**

---

- Rechtsanwältin Tanja Brexl
- Rechtsanwältin Evelyn Westhoff, Referentin

## Verteiler

---

- Bundesministerium der Justiz
- Bundesministerium für Arbeit und Soziales
- Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat
- Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz
- Bundesministerium der Finanzen
- Auswärtiges Amt
- Bundeskanzleramt
  
- Ausschuss für Recht im Deutschen Bundestag
- Ausschuss für Arbeit und Soziales im Deutschen Bundestag
- Vorsitzenden des Ausschusses für Inneres und Heimat im Deutschen Bundestag
- Ausschuss für Wirtschaft im Deutschen Bundestag
- Ausschuss Digitales im Deutschen Bundestag
- Ausschuss für Angelegenheiten der Europäischen Union im Deutschen Bundestag
- Ausschuss für Menschenrechte und humanitäre Hilfe im Deutschen Bundestag
- Auswärtiger Ausschuss, Unterausschuss Vereinte Nationen im Deutschen Bundestag
- Fraktionen im Deutschen Bundestag
- Arbeitsgruppen Recht der im Deutschen Bundestag vertretenen Parteien
- Arbeitsgruppen Arbeit und Soziales der im Deutschen Bundestag vertretenen Parteien
- Arbeitsgruppen Wirtschaft der im Deutschen Bundestag vertretenen Parteien
- Arbeitskreise Recht der im Bundestag vertretenen Parteien
- Die Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit
  
- Justizministerien und -senatsverwaltungen der Länder
- Arbeitsministerien und -senatsverwaltungen der Länder
- Die Datenschutzbeauftragten der Bundesländer
- Rechts- und Innenausschüsse der Landtage
  
- Bundesgerichtshof
- Bundesanwaltschaft
- Bundesarbeitsgericht
- Landesarbeitsgerichte
  
- Europäische Kommission – Vertretung in Deutschland
- Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex
- Amnesty International: Sektion der BRD
- Bundesverband der Deutschen Industrie (BDI)
- Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (BDA)
- Bundesverband Deutscher Banken
- Bundesverband der Freien Berufe
- Ver.di, Recht und Politik
- Deutscher Gewerkschaftsbund (DGB)
- Bundesverband der Arbeitsrechtler in Unternehmen
- Bund der Richterinnen und Richter der Arbeitsgerichtsbarkeit
- Arbeitsgerichtsverband
- Bundesrechtsanwaltskammer
- Rechtsanwaltskammern
- Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer

- Vorsitzende des Strafrechtsausschusses des KAV, BAV
  - Deutscher Juristentag (Präsident und Generalsekretär)
  - Bundesnotarkammer
  - Deutscher Richterbund
  - Deutscher Notarverein e.V.
  - Deutscher Steuerberaterverband
  - Deutscher Industrie- und Handelskammertag (DIHK)
  - Deutscher Juristinnenbund e.V.
  - Deutsche Schutzvereinigung für Wertpapierbesitz (DSW)
  - Deutsches Institut für Menschenrechte
  - Die Aktiengesellschaft
  - Forum Menschenrechte
  - Forum Nachhaltige Entwicklung der Deutschen Wirtschaft (econsense)
  - Friedrich-Ebert-Stiftung
  - Friedrich-Naumann-Stiftung für die Freiheit
  - Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft (GDV)
  - Hanns-Seidel-Stiftung
  - Heinrich-Böll-Stiftung
  - Human Rights Watch
  - Institut der Wirtschaftsprüfer (IdW)
  - Konrad-Adenauer-Stiftung
  - Rosa-Luxemburg-Stiftung
  - Schutzgemeinschaft der Kapitalanleger e.V. (SdK)
  - Verband Nachhaltige Entwicklungspolitik und humanitäre Hilfe (VENRO)
  - Bund Deutscher Kriminalbeamter
  - Deutscher Strafverteidiger e. V.
  - Regionale Strafverteidigervereinigungen
  - Organisationsbüro der Strafverteidigervereinigungen und -initiativen
  - GRUR
  - BITKOM
  - DGRI
- 
- DAV-Vorstand und Geschäftsführung
  - Vorsitzende der DAV-Gesetzgebungs- und Geschäftsführenden Ausschüsse des DAV
  - Vorsitzende der DAV-Landesverbände
  - Vorsitzender des FORUM Junge Anwaltschaft
- 
- Prof. Dr. Jürgen Wolter, Universität Mannheim
  - Prof. Dr. Schöch, LMU München

### Presse

- Frankfurter Allgemeine Zeitung (FAZ)
- Süddeutsche Zeitung
- Der Tagesspiegel
- Die Welt
- Der Spiegel
- Hamburger Abendblatt
- Handelsblatt

- Financial Times Deutschland
- Juve Verlag
- Juris Newsletter
- Legal tribune online
- NJW
- Netzpolitik.org
- Verlag C.H. Beck
- Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA)
- Zeitschrift Recht der Arbeit
- Zeitschrift Arbeitsrechtliche Entscheidungen (AE)
- Strafverteidiger-Forum (StraFo)
- Neue Zeitschrift für Strafrecht, NStZ
- Strafverteidiger
- KriPoZ Kriminalpolitische Zeitschrift
- Redaktion MultiMedia und Recht (MMR)
- Redaktion Zeitschrift für Datenschutz ZD
- Redaktion heise online
- Berliner Verlag GmbH
- Börsenzeitung
- GmbH-Rundschau
- manager magazin
- Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
- WM Wertpapiermitteilungen
- Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP)
- Zeitschrift für Wirtschafts- und Unternehmensethik

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV versammelt mehr als 61.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte sowie Anwaltsnotarinnen und Anwaltsnotare, die in 253 lokalen Anwaltvereinen im In- und Ausland organisiert sind. Er vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene. Der DAV ist im Lobbyregister für die Interessenvertretung gegenüber dem Deutschen Bundestag und der Bundesregierung zur Registernummer R000952 eingetragen.

---

## **1. Zusammenfassung**

Der DAV begrüßt das Anliegen des Referentenentwurfs eines Gesetzes für einen besseren Schutz Hinweisgebender Personen sowie zur Umsetzung der Richtlinie zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden. Er dient einer Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/1937 zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden (nachfolgend HinSch-RL), die bereits zum 17.12.2021 hätte erfolgen müssen. Damit wird in einem wichtigen Bereich der Compliance Rechtsklarheit geschaffen und die Diskussion beendet, ob und inwieweit die Regelungen der HinSch-RL nach Ablauf der Umsetzungsfrist bereits unmittelbar oder im Wege der unionsrechtskonformen Auslegung Anwendung finden.

Wichtig erscheint allerdings, im weiteren Gesetzgebungsverfahren dringende Klarstellungen in Bezug auf den Geltungsbereich und das Verhältnis zu anderen (gesetzlichen) Regelungen vorzunehmen, die ebenfalls einen Schutz von Hinweisgebern verfolgen (z. B. ArbSchG, GeschGehG, DSGVO). Wesentliche Überschneidungen werden im aktuellen Entwurf nicht behandelt, haben Widersprüche zur Folge und führen zu Rechtsunsicherheit bei Hinweisgebern, Unternehmen und Betroffenen. Darüber hinaus empfiehlt es sich, das Verhältnis von internen und externen Meldekanälen sowie dem Schutz von Hinweisgebern (einschließlich Beweislastumkehr) oder den von Meldungen Betroffenen vorzunehmen.

## **2. Sachlicher Geltungsbereich**

Zunächst einmal belässt es der Entwurf nicht dabei, Meldungen über Verstöße gegen das Unionsrecht zu erfassen, wie sie in Art. 2 Abs. 1 Richtlinie 2019/1937/EU genannt

werden. Vielmehr werden auf der Grundlage von Art. 2 Abs. 2 Richtlinie 2019/1937/EU Hinweisgeber und betroffene Personen auch im Zusammenhang mit Verstößen gegen nationales Recht geschützt, das keinen Bezug zum EU-Recht besitzt. Das erscheint aus Gründen der Rechtssicherheit auch geboten, weil es insbesondere der hinweisgebenden Person nicht zugemutet werden kann, vor der Meldung eines Verstoßes eine rechtshistorische Klärung über den Ursprung einer gesetzlichen Regelung vorzunehmen. Darüber hinaus kommt in der entsprechenden Erweiterung zum Ausdruck, dass die unternehmerische Verpflichtung zur Regelkonformität und die daraus resultierende Pflicht der Geschäftsleitung, für eine Einhaltung der das Unternehmen verpflichtenden Rechtsvorschriften Sorge zu tragen, nicht auf Regeln begrenzt ist, die einen unionsrechtlichen Ursprung haben. Im Rahmen der Einrichtung eines nachhaltigen Compliance-Systems erscheint es jedenfalls bei Unternehmen ab einer bestimmten Größenordnung daher auch sinnvoll Maßnahmen zu treffen, die es der hinweisgebenden Person ermöglichen, unter Ausschluss von Maßregelungen Rechtsverletzungen zu melden und damit Risiken etwaiger Rechtsverstöße zu minimieren.

Dieser Vorgabe trägt der Entwurf im Ausgangspunkt Rechnung. Die daraus resultierende Kennzeichnung des sachlichen Geltungsbereichs erfasst aber gleichwohl nicht alle Rechtsverletzungen, was hinweisgebende Person, Beschäftigungsgeber und Betroffene weiterhin vor die Frage stellt, wie Hinweise außerhalb des Geltungsbereichs des HinSchG-E zu behandeln sind. Aus arbeitsrechtlicher Sicht bleibt hier nur das Maßregelungsverbot aus § 612a BGB, was unzureichend erscheint und deshalb schon vor Inkrafttreten der HinSch-RL zu Vorschlägen einer Ergänzung und Erweiterung von § 612a BGB geführt hatte (vgl. BT-Drucks. 18/3039).

So erfolgt zwar in § 2 Abs. 1 Nr. 3 HinSchG-E eine ausdrückliche Erweiterung auf namentlich genannte Regelungsbereiche, ohne damit lediglich Verstöße gegen Rechtsakte zu erfassen, die ihren Ursprung im Unionsrecht haben. Die hier in Rede stehenden Begriffsbestimmungen sind aber nicht nur unbestimmt. Beispiel: „... mit Vorgaben zum Umweltschutz“ (lit. h), „... zum Schutz personenbezogener Daten im Anwendungsbereich ... der [DSGVO]“ (lit. p) oder „... zur Rechnungslegung“ (lit. t). Sie enthalten auch Überschneidungen. Beispiel: „... zum Schutz der Privatsphäre in der

elektronischen Kommunikation (lit. o) und „... zum Schutz personenbezogener Daten (lit. p).

Stärker noch wird die fehlende Bestimmtheit deutlich in § 2 Abs. 1 Nr. 2 HinSchG-E. Danach werden auch Verstöße einbezogen, die bußgeldbewehrt sind, soweit die verletzte Vorschrift „dem Schutz von Leben, Leib oder Gesundheit oder dem Schutz der Beschäftigten oder ihrer Vertretungsorgane dient“. Zu begrüßen ist, dass damit nicht jede Rechtsverletzung, sondern als Ergänzung zu Nr. 1 (strafbewehrte Vorschriften) nur bußgeldbewerte Vorschriften (Nr. 2) erfasst werden. Damit erfasst der letztgenannte Teil aber nicht alle Vorschriften zum Schutz von Beschäftigten und ihren Vertretungen, sondern nur solche, die bußgeldbewehrt sind. Die Einbeziehung entsprechender Meldungen wird damit von der staatlichen Sanktion abhängig gemacht, was von den hinweisgebenden Personen und den Beschäftigungsgebern eine juristische Subsumtion verlangt, die zu Rechtsunsicherheit und im Ergebnis auch zum Verzicht auf Meldungen führen kann. Eine nur schwer zu beantwortende Frage dürfte dabei auch sein, wann eine bußgeldbewerte Vorschrift dem Schutz von Beschäftigten und ihren Vertretungen „dient“. Fallen darunter auch die Regelungen des Lieferkettensorgfaltspflichtengesetzes, soweit dort menschenrechtliche und umweltbezogene Risiken im Kreise von unmittelbaren und mittelbaren Zulieferern erfasst werden, die für die Beschäftigten des Beschäftigungsgebers selbst erst einmal keine (unmittelbare) Bedeutung haben? Wie ist es mit den gesetzlichen Regelungen des Sozialversicherungsrechts? Darüber hinaus werden eine Reihe von Handlungsvorgaben zum Schutz von Beschäftigten und ihren Vertretern nicht erfasst, weil sie nicht bußgeldbewehrt sind, soweit nicht rechtsmissbräuchliche Verstöße angenommen werden können. Beispielfhaft betroffen hiervon sind zahlreiche Vorschriften des Arbeitsschutzes, des Schutzes besonderer Personengruppen (z. B. SGB IX) oder des Schutzes vor Diskriminierungen (z. B. AGG). Gravierende Rechtsverstöße sind damit nicht umfasst, andere, etwa die bloße Verletzung der Nachweispflichten nach der beabsichtigten Neuregelung des § 4 NachweisG, schon. Hierzu ist im Gesetzesentwurf noch Klarheit und innere Stimmigkeit zu schaffen.

Soweit in § 2 Abs. 1 Nr. 7 HinSchG-E auch rechtsmissbräuchliches Verhalten erfasst wird, liegt darin eine Ausweitung gegenüber dem sachlichen Geltungsbereich der Richtlinie, die das Steuerrecht als nationales Recht nicht erfasst hatte. Dies ist zulässig

nach Art. 2 Abs. 2, 5 Nr. 2 lit. ii) HinSch-RL, bewirkt aber, dass der Rechtsmissbrauch an zwei Stellen – in § 2 Abs. 1 Nr. 7 HinSchG-E als „rechtsmissbräuchliche Weise“ und in § 3 Abs. 2 Nr. 2 HinSchG-E als „missbräuchliche Handlungen oder Unterlassungen“ erfasst wird. Hier sollten nicht nur einheitliche Begriffe verwendet werden, wenn man diese Doppelung schon hinnimmt. Beide Regelungen sind zugleich aber auch unbestimmt. Offen bleibt, unter welchen Voraussetzungen ein Handeln im objektiven Widerspruch zu dem Ziel und Zweck einer gesetzlichen Regelung steht und damit erfasst wird. Meint dies schon die Ausschöpfung eines denkbaren Auslegungsspielraums oder meint dies den subjektiven oder den objektiven bzw. institutionellen Rechtsmissbrauch? Ist in beiden Fällen ein Vorteil erforderlich oder ist dieses Merkmal nur bei steuerlichen Missbrauchsfällen erforderlich? Der Missbrauchstatbestand bleibt im Rahmen eines Hinweisgeberschutzsystems nur dann handhabbar, wenn er Fälle eines Gesetzesverstößes beschränkt bleibt. Darunter fallen etwa offensichtliche Gesetzesumgehungen. Dies sollte der Gesetzgeber jedenfalls in der Gesetzbegründung klarstellen.

Abschließend bleibt festzuhalten: Die Regelungen zum sachlichen Anwendungsbereich müssen geschärft, Überschneidungen beseitigt oder dadurch vereinfacht werden, dass ein größerer Kreis nationaler Rechtsvorschriften einbezogen wird, der eine einzelfallbezogene Rechtsprüfung vor der Meldung eines Verstoßes oder der Verarbeitung solcher Meldungen vereinfacht oder entbehrlich macht. Darüber hinaus sollten die Voraussetzungen des Rechtsmissbrauchs konkretisiert und – wie nachfolgend aufzuzeigen ist – das Verhältnis zu Regelungen des Geschäftsgeheimnisgesetzes (GeschGehG) bzw. der Richtlinie (EU) 2016/943 des Europäischen Parlaments und des Rats vom 8. Juni 2016 über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung (GeschGeh-RL) klargestellt werden.

### **3. Persönlicher Anwendungsbereich**

#### **a) Kennzeichnung der Hinweisgeber**

Der persönliche Geltungsbereich ist unklar und enthält Lücken gegenüber der Regelung in Art. 4 HinSch-RL. Überlegenswert erscheint, den Wortlaut hier stärker an der

Richtlinie auszurichten, ggf. den Wortlaut zu übernehmen, und allenfalls spezifische Klarstellungen vorzunehmen.

So ist zunächst einmal unklar, ob der Entwurf in § 3 Abs. 8 HinSchG-E neben Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern auch Leiharbeiterinnen und -arbeitnehmer im Verhältnis zum Entleiher erfasst, was aus dem Gesichtspunkt der effizienten Compliance geboten sein dürfte. Hier empfiehlt sich eine Klarstellung entsprechend § 6 Abs. 2 S. 2 AGG, 26 Abs. 8 Nr. 1 BDSG. Losgelöst davon werden zwar auch Organmitglieder und Solo-Selbständige/Freelancer einbezogen, die ein Unternehmen beschäftigt, aber wohl keine sonstigen „Vertragspartner“, die den Vertrag als juristische Person geschlossen haben, da nach § 1 Abs. 1 HinSchG-E nur „natürliche Personen“ im Zusammenhang mit „ihrer beruflichen Tätigkeit“ erfasst / geschützt werden (vgl. auch § 3 Abs. 8 HinSchG-E); aber es werden wiederum die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer der „Vertragspartner“ erfasst (vgl. auch § 16 Abs. 1 HinSchG-E). Nicht erfasst werden auch Praktikanten, wenn sie nicht als „zur Berufsausbildung Beschäftigte“ qualifiziert werden können; Art. 4 HinSch-RL ist hier weitergehend. Unklar ist auch die Einbeziehung ausgeschiedener Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer.

Nach der Begründung (Seite 35, 59 f.) sollen auch Aufsichtsratsmitglieder und Mitglieder von Arbeitnehmervertretungen erfasst sein, überdies Anteilseigner, d. h. Gesellschafter und ggf. Aktionäre. Da der Begriff der „beruflichen Tätigkeit“ für Aufsichtsratsmitglieder und Anteilseigner nur in Einzelfällen, jedenfalls nicht immer passt, sollte dazu eine Klarstellung in § 1, 3 Abs. 5 HinSchG-E erfolgen. Bei Arbeitnehmervertretern ist die Annahme einer Beschäftigung zum Teil selbstverständlich (Beispiel: Betriebsratsmitglieder), weil die Anstellung als Arbeitnehmerin oder Arbeitnehmer zum Teil Voraussetzung für die Wahlberechtigung ist, zum Teil aber keine Notwendigkeit (Beispiel: Gewerkschaftsvertreter als Aufsichtsratsmitglied).

Unabhängig davon erscheint die Einbeziehung von Aufsichtsratsmitgliedern mit Blick auf die aktienrechtliche Kompetenzordnung, die insoweit auch für die GmbH mit Aufsichtsrat übertragbar ist, problematisch. Aufgabe des Aufsichtsrats ist es den Vorstand bzw. die Geschäftsführung zu überwachen und auf die Beseitigung etwaiger Rechtsverstöße im und durch das Unternehmen hinzuwirken, in dem sie im Aufsichtsrat

gegenüber dem Vorstand artikuliert und ggf. personelle Konsequenzen gezogen werden. Damit ist die Einbeziehung in ein Hinweisgeberschutzsystem, dessen Einrichtung dem Vorstand und der Geschäftsführung obliegt und das diesen untersteht, schwer in Einklang zu bringen. Aufsichtsratsmitglieder sollten daher vom Anwendungsbereich des Gesetzes ausgenommen bleiben, jedenfalls soweit sie nicht als Beschäftigte des Unternehmens auf Arbeitnehmerseite ohnehin in den Anwendungsbereich des Gesetzes fallen.

#### **b) Kennzeichnung der Beschäftigungsgeber**

Bei den Schwellenwerten für die betroffenen Beschäftigungsgeber sollte klargestellt werden, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen im Ausland tätige Beschäftigte erfasst werden. Außerdem sollte klargestellt werden, ob Leiharbeitnehmer nur beim Verleiher oder auch beim Entleiher berücksichtigt werden. Hier ist eine Klarstellung erforderlich, die ggf. auch an § 14 Abs. 2 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) anknüpfen kann.

#### **4. Widerspruch zu Regelungen des Geschäftsgeheimnisgesetzes**

Geschäftsgeheimnisse können z. B. dann von einer Meldung oder Offenlegung betroffen sein, wenn die Meldung Verstöße zum Erwerb, Schutz oder Nutzung eines Geschäftsgeheimnisses betrifft (Beispiel: Kartellabsprachen). Hier ist zum Schutz der hinweisgebenden Personen, aber auch zur Gewährleistung von Rechtssicherheit der betroffenen Beschäftigungsgeber eine Harmonisierung und/oder Abgrenzung der unterschiedlichen Regelungen im GeschGehG und dem HinSchG-E erforderlich. Trotz offenkundiger Überschneidungen finden die Regelungen des GeschGehG und der GeschGeh-RL im Gesetzentwurf bislang noch keine ausreichende Berücksichtigung. Bislang wird in § 6 Abs. 1 HinSchG-E lediglich klargestellt, dass die Weitergabe eines Geschäftsgeheimnisses an eine zuständige Meldestelle oder dessen Offenlegung erlaubt ist, sofern die hinweisgebende Person hinreichenden Grund zu der Annahme hatte, dass die Weitergabe oder die Offenlegung des konkreten Inhalts dieser Informationen notwendig ist, um einen Verstoß aufzudecken, und die Voraussetzungen des § 33 Abs. 1 Nr. 2, 3 HinSchG-E erfüllt sind.

Im Mittelpunkt steht insoweit die Konkurrenz zwischen den Regelungen des HinSchG-E und § 5 Nr. 2 GeschGehG. Danach fällt die Erlangung, die Nutzung oder die

Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses bereits dann nicht unter die Verbote des § 4 GeschGehG, wenn dies zur Aufdeckung einer rechtswidrigen Handlung oder eines beruflichen oder sonstigen Fehlverhaltens erfolgt, wenn die Erlangung, Nutzung oder Offenlegung geeignet ist, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen. Nach dem Wortlaut der gesetzlichen Regelung zum Schutz der Geschäftsgeheimnisse genügt also die objektive Eignung zum Schutz öffentlicher Interessen, um einen Verstoß gegen die gesetzlichen Vorschriften zum Schutz von GeschGehG auszuschließen. Nach § 33 HinSchG-E wird der Hinweisgeber nach dem HinSchG-E aber nur geschützt, wenn (1) die hinweisgebende Person zum Zeitpunkt der Meldung oder Offenlegung hinreichenden Grund zu der Annahme hatte, dass die von ihr gemeldeten oder offengelegten Informationen der Wahrheit entsprechen und (2) die Informationen zugleich auch Verstöße im Anwendungsbereich der Richtlinie betreffen oder die hinweisgebende Person zum Zeitpunkt der Meldung oder Offenlegung hinreichenden Grund zu der Annahme hatte, dass das der Fall sei. Das (objektive) öffentliche Interesse spielt bei der vorrangig subjektiv bestimmten Rechtfertigung keine Rolle. Das gleiche gilt für § 35 Abs. 2 HinSchG-E, der – wiederum ohne Bezug zu § 5 Nr. 2 GeschGehG – darauf abstellt, ob der Hinweisgeber einen hinreichenden Grund zu der Annahme hatte, dass die Weitergabe der Informationen erforderlich war, um einen Verstoß aufzudecken. Hier geht es also nicht um die Annahme einer Richtigkeit der gemeldeten Informationen, sondern um die Erforderlichkeit der Meldung zur Offenlegung eines Verstoßes.

Darüber hinaus erfasst § 5 Nr. 2 GeschGehG auch „sonstiges Fehlverhalten“, wodurch auch Aktivitäten erfasst werden, die ein unethisches Verhalten darstellen, aber nicht notwendigerweise gegen Rechtsvorschriften verstoßen. Als Beispiel hierzu werden Auslandsaktivitäten eines Unternehmens genannt, die in den betreffenden Ländern nicht rechtswidrig sind, aber dennoch von der Allgemeinheit als Fehlverhalten gesehen werden, wie zum Beispiel Kinderarbeit oder gesundheits- oder umweltschädliche Produktionsbedingungen. Auch die systematische und unredliche Umgehung von Steuertatbeständen wird in der öffentlichen Diskussion häufig als unethisches Verhalten angesehen (BT-Drucks. 19/4724 S. 29). Dieses an „Redlichkeit“ und Ethik ausgerichtete Verständnis von § 5 Nr. 2 GeschGehG erfasst zwar auch Rechtsmissbrauch, weicht aber von den Grundsätzen des Rechtsmissbrauchs ab, wie sie auch im Steuerrecht bei der Kennzeichnung von Umgehungstatbeständen über die

Grundsätze zu Rechtsmissbrauch entwickelt wurden. Letztgenannte Maßstäbe sind aber nach § 2 Abs. 1 Nr. 7 HinSchG-E für den Geltungsbereich des HinSchG maßgeblich.

## **5. Wahlrecht zwischen interner und externer Meldung**

§ 7 Abs. 1 S. 1 HinSchG-E bestimmt ein Wahlrecht des Hinweisgebers, ob die Meldung gegenüber einer internen oder externen Meldestelle erfolgt. Der Gesetzgeber bezeichnet dies als „freies Wahlrecht“ und nimmt daher den Auftrag der Richtlinie nicht an, auf der Grundlage von Art. 7 Abs. 2 HinSch-RL die Meldung über interne Meldekanäle gegenüber der Meldung über externe Meldekanäle zu priorisieren, wie es auch der bisherigen deutschen und europäischen Rechtsprechung entspricht, in denen intern wirksam gegen den Verstoß vorgegangen werden kann und der Hinweisgeber keine Repressalien befürchtet.

Diese Möglichkeit einer Bevorzugung wird auch durch § 7 Abs. 1 S. 2 HinSchG-E nicht geschaffen. Danach bleibt es der hinweisgebenden Person unbenommen, sich an eine externe Meldestelle zu wenden, wenn einem intern gemeldeten Verstoß nicht abgeholfen wird. Denn daraus folgt kein Vorrang des internen Meldeverfahrens, sondern nur die Möglichkeit, nach einer internen Meldung auch eine externe Meldung vorzunehmen.

Das ist bedauerlich und berücksichtigt jedenfalls die Interessen der Beschäftigungsgeber nicht ausreichend. Denn aus der einem jedem Schuldverhältnis immanenten Pflicht zur Rücksichtnahme oder Loyalität (§ 241 Abs. 2 BGB) folgt die Verpflichtung, grundsätzlich – wenn nicht der Erfolg bereits in Frage gestellt ist und/oder Repressalien drohen – eine Abhilfe bei Verstößen erst einmal intern zu versuchen. Dies gilt insbesondere dort, wo externe Meldungen in rechtsmissbräuchlicher Weise nur das Ziel verfolgen, die eigene Rechtsposition der hinweisgebenden Person in einer Auseinandersetzung mit dem Beschäftigungsgeber zu stärken, ohne dass ernstzunehmende Zweifel an der Bereitschaft des Beschäftigungsgebers bestanden hätten, den Verstoß zu beseitigen. Denn das Ziel einer Meldung spielt nach §§ 33 HinSchG-E keine Rolle.

Unabhängig davon kann die Gleichstellung von internen und externen Meldekanälen gerade für börsennotierte Unternehmen ein erhebliches Problem darstellen. Angesichts der erheblichen Geldbußen und sonstigen Rechtsfolgen möglicher Rechtsverstöße (etwa im Kartellrecht) kann ein möglicher Rechtsverstoß eine insiderrelevante Information darstellen. Wenn das Unternehmen sich in einer solchen Situation im Rahmen der Aufklärung möglicher Rechtsverstöße in einer Selbstbefreiung befindet, kann das Unternehmen noch im Aufklärungsstadium zu einer Ad hoc Mitteilung gezwungen werden, was den Interessen des Unternehmens zuwiderlaufen würde. Noch problematischer können die Rechtsfolgen für das Unternehmen sein, wenn das Unternehmen Kronzeugenstatus genießt oder zum Zeitpunkt der Meldung an die externe Stelle prüft, einen Kronzeugenantrag zu stellen, der durch eine externe Meldung gefährdet wird.

Der Verzicht auf einen Anreiz zu interner Meldung gefährdet auch die Rechtspositionen von hinweisgebenden Personen, die trotz der Möglichkeit einer internen Meldung unmittelbar eine externe Meldestelle ansprechen. Dies macht auch die Entscheidung des EGMR vom 16.2.2021 (23922/19 – Gawlik) deutlich. Mit dieser Entscheidung hat der EGMR die Kündigung eines Arztes bestätigt, der gegenüber einer externen Meldestelle vermeintlich verbotene Sterbehilfe angezeigt hatte. Wie sich allerdings im Rahmen der gerichtlichen Auseinandersetzung herausgestellt hatte, war dieser Vorwurf, der sich gegen den leitenden Arzt richtete, unbegründet. Das hätte bei einer sorgfältigen Vorbereitung der Anzeige, die schon für den Hinweisgeber selbst durch eine Einsichtnahme in die Patientenakte auch möglich gewesen wäre, vermieden werden können. Da die unmittelbare Anzeige gegenüber einer externen Meldestelle erheblich in die Rechtsposition des leitenden Arztes eingegriffen und ebenso einen schweren Verdacht gegen das Klinikum in den Raum gestellt hatte, hielt der EGMR die Anzeige auch unter Berücksichtigung des Grundrechts auf Meinungsäußerung für unverhältnismäßig. Wäre die entsprechende Meldung unmittelbar erst einmal intern erfolgt, wäre im Zweifel kein Kündigungsgrund gegeben gewesen, auch wenn sich der Vorwurf nachträglich als unzutreffend herausgestellt hätte.

Diesem grundsätzlichen Vorrang interner Meldewege entspricht auch § 17 Abs. 2 ArbSchG, der durch den vorliegenden Gesetzentwurf aber bislang nicht geändert werden soll. Danach können Beschäftigte, wenn sie auf Grund konkreter Anhaltspunkte

der Auffassung sind, dass die vom Arbeitgeber getroffenen Maßnahmen und bereitgestellten Mittel nicht ausreichen, um die Sicherheit und den Gesundheitsschutz bei der Arbeit zu gewährleisten, und der Arbeitgeber darauf gerichteten Beschwerden von Beschäftigten nicht abhilft, sich an die zuständige Behörde wenden, ohne dass ihnen dadurch Nachteile entstehen. Dieser Widerspruch wird mit dem Gesetzentwurf aber nicht beseitigt. Im Gegenteil: In § 17 Abs. 2 ArbSchG soll eingefügt werden, dass die Regelungen des HinSchG unberührt bleiben. Denn der Hinweisgebende hat – abweichend von § 17 Abs. 2 ArbSchG – bei straf- und bußgeldbewährten Verstößen oder rechtsmissbräuchlichem Handeln im Bereich des Arbeitsschutzes ein Wahlrecht zwischen interner und externer Meldung, muss sich aber an die Meldestellen nach §§ 19 f. HinSchG-E wenden. Die gleichen Verstöße fallen jedoch auch unter § 17 Abs. 2 ArbSchG. Diesbezügliche Meldungen werden dort anderen Regelungen und anderen Behörden als Adressaten einer externen Meldung unterworfen. Hier ist eine Klarstellung zum Verhältnis der Vorschriften erforderlich.

Sofern der Gesetzgeber selbst keine Anreize setzen möchte, eine interne Meldung vorrangig vorzunehmen, sollte jedenfalls zugelassen werden, dass Beschäftigungsgeber und Dienststellen, die zur Einrichtung interner Meldestellen verpflichtet sind, Anreize dafür schaffen können, dass sich hinweisgebende Personen vor einer Meldung an eine externe Meldestelle zunächst an die jeweilige interne Meldestelle wenden. Auch wenn damit die Möglichkeit einer externen Meldung nicht beschränkt oder erschwert werden, fördert dies die Bereitschaft zur Meldung und begrenzt zugleich das Risiko des Beschäftigungsgebers und der hinweisgebenden Person, durch eine Falschmeldung Schäden zu erleiden.

## **6. Kennzeichnung der externen Meldestellen**

Bemerkenswert ist, dass das HinSchG-E nach § 1 HinSchG-E nur auf hinweisgebende Personen anwendbar ist, die die im Gesetz genannten Meldestellen nutzen oder in den Grenzen des Gesetzes eine Offenlegung vornehmen. Für den Bund soll insoweit eine Stelle für externe Meldungen beim BMJ eingerichtet werden (§ 19 HinSchG-E). Bei den Ländern soll es weitere Meldestellen geben (§ 20 HinSchG-E). Darüber hinaus werden weitere Meldestellen festgelegt (§§ 21 ff. HinSchG-E).

Die Beschränkung auf bestimmte Meldestellen ist sinnvoll, auch um eine Abgrenzung zur Offenlegung vorzunehmen. Unklar ist aber, ob ein Zugänglichmachen von Informationen über Verstöße gegenüber der Öffentlichkeit (§ 3 Abs. 5, 32 HinSchG-E) schon dann vorliegt, wenn die Meldung gegenüber Behörden im Bereich der Strafverfolgung, namentlich Staatsanwaltschaft und Polizei, erfolgt. Das lässt der Entwurf nicht erkennen, weil beide Stellen zwar einerseits keine externe Meldestelle sind, andererseits aber auch nicht mit der Öffentlichkeit gleichgesetzt werden dürfen. Hier ist eine Klarstellung notwendig.

## **7. Verhältnis zwischen externer Meldung und Offenlegung**

§ 32 HinSchG-E konkretisiert und erweitert die Möglichkeiten einer Offenlegung gegenüber dem heutigen Recht. Dabei ist die Offenlegung unrichtiger Informationen über Verstöße zwar verboten. Allerdings greift der Schutz der hinweisgebenden Person nach § 33 HinSchG-E gleichwohl bereits dann, wenn die hinweisgebende Person zum Zeitpunkt der Offenlegung hinreichenden Grund zu der Annahme hatte, dass die von ihr offengelegten Informationen der Wahrheit entsprechen.

Die damit verbundene Gefahr einer falschen Beschuldigung der von einer Offenlegung betroffenen Person sollte zum Anlass genommen werden, die Voraussetzungen einer Offenlegung in § 32 HinSchG-E hinsichtlich der „Befürchtung von Repressalien durch eine externe Meldung“ klarzustellen und zugleich einzuschränken. Dabei ist klarzustellen, wann eine solche Befürchtung durch die Einbeziehung staatlicher Stellen gegeben ist. Auch bedarf es bei börsennotierten Unternehmen einer Abstimmung mit den insiderrechtlichen Vorschriften, wenn das Unternehmen sich im Rahmen der Aufklärung möglicher Verstöße in einer Selbstbefreiung befindet.

Bedenklich ist sind darüber hinaus weitere Rechtfertigungsgründe in § 32 Abs. 1 Nr. 2 lit. b) und c). Zum einen soll die Offenlegung zulässig sein, wenn externe Meldestellen (also die staatlichen Stellen) die für ihr Handeln in §§ 28, 29 HinSchG-E vorgesehenen Fristen nicht eingehalten und/oder die erforderliche Rückmeldung über Folgemaßnahmen nicht vorgenommen haben. Das ist durch Art. 15 HinSch-RL nicht geboten und bewirkt – wenn die Informationen falsch sind - eine Schädigung der von solchen Informationen im Außenverhältnis betroffenen Beschäftigungsgebern, ohne dass Schadensersatz- oder Staatshaftungsansprüche gegeben sind. Dies ist umso

kritischer, als die externe Meldestelle anonyme Meldungen nicht bearbeiten muss, aber auch insoweit in § 32 HinSchG-E keine Ausnahme vorgesehen ist. Verstärkt wird das Problem auch dadurch, dass der deutsche Entwurf nicht die Priorität der internen Meldung enthält, die aber nach Maßgabe der Richtlinie jedenfalls durch einen Anreiz gefördert werden kann. Bei fehlender Aktivität der internen Stelle ist der Beschäftigungsgeber „selbst verantwortlich“, hier mag eine Offenlegung nachvollziehbar sein. Die damit verbundene Schädigung aber bereits beim Versagen der staatlichen Stellen zu gestatten, ist unangemessen.

Problematisch – allerdings bereits in Art. 15 Abs. 1 lit. b) ii) HinSch-RL angelegt – ist zum anderen der Umstand, dass eine Rechtfertigung für die Offenlegung auch dann gegeben sein soll, wenn ein hinreichender Grund für die Annahme bestanden hat, dass zwischen der externen Meldestelle und dem Urheber des Verstoßes Absprachen bestehen könnten. Wann sollen solche Absprachen getroffen werden können? Warum sollen solche Absprachen legitimieren, Schadensersatzansprüche des betroffenen Beschäftigungsgebers auszuschließen? Auch wenn die grundsätzliche Regelung der Richtlinie zu übernehmen ist, erscheint es geboten, Grund und Inhalt solcher Absprachen weiter zu konkretisieren.

## **8. Unklarheiten beim Verfahren vor der externen Meldestelle**

Unklar scheint das Verhältnis zwischen dem Verfahren bei der externen Meldestelle und den Befugnissen der Staatsanwaltschaft oder Behörden, die für die Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten zuständig sind. Zwar ist in § 31 Abs. 2 HinSchG-E vorgesehen, dass die externe Meldestelle eine Meldung an die zuständige Stelle weiterleitet, wenn sie nicht zuständig ist. Die externe Meldestelle ist jedoch gem. § 19 Abs. 4 HinSchG-E für alle Meldungen zuständig, die nicht an die in §§ 20-23 HinSchG-E genannten Meldestellen gehen; somit auch für Meldungen, die Sachverhalte betreffen, die in die Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft oder der im Bereich der Ordnungswidrigkeiten zuständigen Behörden fallen. Eine Abgabe wegen „Unzuständigkeit“ käme damit nach dem Gesetzeswortlaut nicht in Betracht.

Nach dem Entwurf ist es damit keineswegs ausgeschlossen, dass die externe Meldestelle in einer Strafsache oder Ordnungswidrigkeit ermittelt. Damit stellt sich die Frage, wie weitgehend die externe Meldestelle ermittelt und wann sie ggf. an die für die

Ermittlungen zuständige Behörde Staatsanwaltschaft abgibt. Weiter stellt sich die Frage, ob die Beschuldigtenrechte im Verhältnis zur Meldestelle ausreichend gewahrt sind. Dies gilt z.B. für die Akteneinsicht, die in § 147 StPO (ggf. i.V.m. § 46 OWiG) grundsätzlich inhaltlich uneingeschränkt zu gewähren ist, während § 28 Abs. 3 HinSchG-E davon ausgeht, dass für Inhalte, die den Verschwiegenheits- und Geheimhaltungspflichten i.S.v. § 6 Abs. 3 HinSchG-E unterliegen, keine Akteneinsicht zu gewähren ist.

Insgesamt bestehen erhebliche Bedenken, dass mit der externen Meldestelle eine zweite „Staatsanwaltschaft auf Zeit“ eingerichtet wird, die der Staatsanwaltschaft vorgelagert ist. Der DAV spricht sich daher dafür aus, klar zu regeln, dass im Fall eines strafrechtlichen Anfangsverdachts oder des Verdachts einer Ordnungswidrigkeit die Abgabe an die zuständige Behörde zu erfolgen hat oder die jeweiligen Behörden und die Staatsanwaltschaft für Ordnungswidrigkeiten und strafrechtliche Vorwürfe als Meldestelle vorgesehen werden.

## **9. Kein Vertraulichkeitsgebot in Straf- und Ordnungswidrigkeitenverfahren**

§ 9 HinSchG-E sieht Ausnahmen vom Vertraulichkeitsgebot vor – jedoch nur für Strafverfahren. Für Ordnungswidrigkeitenverfahren, die gem. § 46 OWiG den Regeln der StPO unterliegen, sieht das HinSchG-E keine Ausnahmen vor und es findet sich auch kein genereller Hinweis auf die Aussagepflichten nach der StPO. Es ist davon auszugehen, dass Hinweise sich häufig auch auf Ordnungswidrigkeiten beziehen werden. Daher ist es unerlässlich, dass § 9 HinSchG-E Ordnungswidrigkeitenverfahren in die Ausnahme aufnimmt. Insgesamt sollte auch aus systematischen Gründen und zur Vermeidung von Missverständnissen und unnötigen rechtlichen Auseinandersetzungen aufgenommen werden, dass für OWi- oder Strafverfahren die Aussagepflichten nach der StPO bestehen und zwar für alle, die mit dem Sachverhalt befasst waren oder sind.

## **10. Verhältnis zwischen Hinweisgeberschutz und Datenschutz**

Klärungsbedürftig ist das Verhältnis zwischen Hinweisgeber- und Datenschutzrecht. Hintergrund ist Art. 14 Abs. 1, 3 DSGVO. Danach muss eine von der Datenverarbeitung betroffene Person innerhalb eines Monats über die Quelle informiert werden, von der die Daten stammen. Verpflichtet dies losgelöst von den Regelungen, den Fristen und

Zuständigkeiten des HinSchG-E eine Preisgabe der Identität des Hinweisgebers an die von der Meldung betroffene Person? Außerdem ist klarzustellen, ob Meldungen oder Offenlegungen der hinweisgebenden Person, die Bestandteil der verantwortlichen Stelle ist, den Arbeitgeber zu Schadensersatz oder Bußgeld verpflichten können.

## **a) Überblick**

Im Rahmen eines Hinweisgebersystems gibt es starke Berührungspunkte mit dem Datenschutz: So fallen zum einen datenschutzrechtliche Verstöße in den sachlichen Anwendungsbereich des Entwurfs (§ 2 Abs. 1 lit. p HinSchG-E). Zum anderen enthält eine getätigte Meldung in aller Regel personenbezogene Daten und zwar auf verschiedene Betroffenenkategorien bezogen: Die hinweisgebende Person (soweit diese nicht anonym meldet), die bearbeitende Person in der Meldestelle, die die Meldung bearbeitet und die von der Meldung betroffene Personen, in der Regel also die Person, die sich einem Vorwurf ausgesetzt sieht, aber auch andere Personen, die etwa als Zeugen in Betracht kommen oder Geschädigte sind.

Es werden also von mehreren Betroffenenkategorien jeweils deren personenbezogenen Daten verarbeitet, die bei der Finalisierung des Entwurfs insbesondere bei § 10 HinSchG-E zu berücksichtigen sind. Ergänzend hierzu sei auf die Diskussion in der Literatur verwiesen, wie sie insbesondere zur Kollision der Betroffenenrechte aus Art. 14 DSGVO, den Auskunftsansprüchen aus Art. 15 DSGVO und den Vertraulichkeitspflichten nach dem hier erörterten Entwurf. Danach muss eine von der Datenverarbeitung betroffene Person innerhalb eines Monats über die Quelle informiert werden, von der die Daten stammen. Hier sind insbesondere Klarstellungen notwendig zu der Frage, ob die datenschutzrechtlichen Auskunftsansprüche den Beschäftigungsgeber unabhängig von den Regelungen, den Fristen und Zuständigkeiten des HinSchG-E zu einer Preisgabe der Identität des Hinweisgebers an die von der Meldung betroffene Person verpflichten. Außerdem ist klarzustellen, ob Meldungen oder Offenlegungen der hinweisgebenden Person, die Bestandteil der verantwortlichen Stelle ist, den Arbeitgeber zu Schadensersatz oder Bußgeld verpflichten können.

## **b) Fragen zur Rechtsgrundlage**

### **aa) Überblick**

Für die im Rahmen der Erstellung und Bearbeitung einer Meldung erfolgende Erhebung und Folgeverarbeitung personenbezogener Daten bedarf es einer datenschutzrechtlichen Verarbeitungserlaubnis – und zwar pro Betroffenenkategorie:

- Insofern kann es einerseits um Beschäftigte gehen, etwa dann, wenn die hinweisgebende Person ein Beschäftigter des Unternehmens ist oder der Sachbearbeiter in der Meldestelle.
- Es kann aber andererseits auch um die Daten anderer Betroffener gehen, die keine Beschäftigten sind, etwa einem Zeugen, der genannt wird und nicht beim Unternehmen tätig ist. Unabhängig davon kann auch die hinweisgebende Person beispielsweise ein freier Mitarbeiter sein, der ebenfalls in den persönlichen Geltungsbereich einbezogen wird.

§ 10 des Entwurfs soll gemäß seinem Wortlaut eine solche Datenverarbeitungserlaubnis beinhalten. § 10 hat die Überschrift „Verarbeitung personenbezogener Daten“ und lautet:

*„Die Meldestellen sind befugt, personenbezogene Daten zu verarbeiten, soweit dies zur Erfüllung ihrer in den §§ 13 und 24 bezeichneten Aufgaben erforderlich ist.“*

Diese Formulierung wirft verschiedene Frage auf:

### **bb) Formulierung „Meldestellen“**

Die gewählte Formulierung „Meldestellen“ ist missverständlich:

Datenschutzrechtlich benötigt der „Verantwortliche“ im Sinne von Art. 4 Nr. 7 DSGVO eine Erlaubnis. Insofern sind es zwar faktisch die Meldestellen, die innerhalb eines Verantwortlichen die Daten einer Meldung verarbeiten (genauer sogar: die dort tätigen

Personen). Rechtlich aber muss es aber zwingend ein „Verantwortlicher“ sein, also das betroffene Unternehmen. Die dort tätigen Personen werden lediglich als Erfüllungsgehilfen eingesetzt. Dies ist in der Gesetzesbegründung zum Entwurf (S. 86 unten) so betont (Hervorhebungen diesseits):

*„Soweit die interne Meldestelle zur Erfüllung der in ihrer Zuständigkeit liegenden Aufgaben personenbezogene Daten verarbeitet, soll vor allem bei internen Meldestellen, die von einer Einzelperson betrieben werden, diese nicht die für die Verarbeitung Verantwortliche im Sinne der datenschutzrechtlichen Vorschriften sein.“*

Wenn sich ein Unternehmen eines externen Dienstleisters als Meldestelle bedient, soll diese(r) nach dem Verständnis des Gesetzgebers also kein eigener „Verantwortlicher“ sein, sondern lediglich ein Auftragsverarbeiter und damit dem Unternehmen nach Art. 28 DSGVO als eigentlichem Verantwortlichen zugeordnet werden (vgl. S. 86 unten, S. 87 oben):

*„Soweit externe Dritte im Rahmen einer Auftragsverarbeitung mit der Einrichtung und dem Betreiben der internen Meldestelle beauftragt werden, sind die Vorgaben für Auftragsdatenverarbeitungen zu beachten, vergleiche § 28 DSGVO.“*

Mit anderen Worten: Die Datenverarbeitungserlaubnis benötigt das Unternehmen als Verantwortlicher, nicht die einzelnen Personen in der Meldestelle.

Wir regen daher an, diese Formulierung in § 10 HinSchG-E anzupassen. Wenn man an dem Begriff des „Beschäftigungsgeber(s)“, wie er etwa in § 12 Abs. 1 HinSchG-E im Zusammenhang mit der Pflicht zur Einrichtung der Meldestellen genannt und in § 3 Abs. 9 HinSchG-E als Normadressat des Gesetzes definiert wird, festhalten will, könnte man diesen Teil von § 10 des Entwurfs wie folgt formulieren:

*„Beschäftigungsgeber sind durch ihre Meldestellen befugt, (...)“.*

Siehe aber nachstehend zu grundlegenden Bedenken gegen die Norm des § 10 des Entwurfs.

### **cc) Verhältnis zur DSGVO**

Es stellt sich aber zu § 10 HinSchG-E eine grundlegende Frage und zwar unter dem Aspekt, dass die DSGVO als EU-Verordnung vorrangig und abschließend datenschutzrechtliche Erlaubnisse festlegt. Innerhalb des Anwendungsbereichs der DSGVO (der hier eröffnet ist) ist zunächst kein Platz für nationale Erlaubnisnormen. Dies gilt nur dann und insoweit nicht, wie die DSGVO für nationale Spezifizierungen geöffnet ist und – wenn dies der Fall ist – die nationalen Gesetzgeber von der Öffnung Gebrauch gemacht haben.

Eine (fakultative) Öffnung für Regelungen im nationalen Recht findet sich in Art. 88 DSGVO speziell zum Beschäftigtendatenschutz, wonach den Mitgliedsstaaten erlaubt ist, die DSGVO in Form nationaler Normen zumindest zu spezifizieren („Die Mitgliedsstaaten können durch Rechtsvorschriften spezifischere Vorschriften (...) vorsehen.“).

Der deutsche Gesetzgeber nutzte diese Möglichkeit insbesondere in Form des § 26 BDSG; ob diese Regelung unionsrechtskonform ist, soll hier nicht weiter behandelt werden. Jedenfalls finden sich in § 26 Abs. 1 BDSG verschiedene Rechtsgrundlagen für die Verarbeitung von Beschäftigtendaten „für Zwecke des *Beschäftigungsverhältnisses*“.

Aus der Gesetzesbegründung zum Entwurf ergibt sich, dass die Rechtsgrundlage für die Verarbeitung personenbezogener Beschäftigtendaten im Zusammenhang mit Hinweisgebersystemen § 26 BDSG sein soll (vgl. S. 90):

*„Verarbeitet die interne Meldestelle personenbezogene Beschäftigtendaten, findet § 26 BDSG Anwendung.“*

Diese Annahme ist aber fraglich und wirft verschiedene Frage auf: Denn § 26 BDSG setzt voraus, dass es um eine Datenverarbeitung „zum Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses“ geht.

Einerseits gehört die Tätigkeit zum Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses, soweit es sich im Rahmen eines Hinweisgebersystems um personenbezogene Daten handelt, die die in der Meldestelle tätigen Personen hinterlassen, wie etwa deren Bewertung, deren Namen oder deren Begleitdaten zur Bearbeitung einer Meldung (wann hat diese sachbearbeitende Person eine Meldung aufgenommen, wann weiterverarbeitet, etc.) und die dort tätigen Personen zugleich auch Beschäftigte in Sinne von § 26 Abs. 8 BDSG sind. Denn es ist ihre arbeitsvertragliche Aufgabe, in der Meldestelle Meldungen zu bearbeiten. Die damit einhergehende Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten wird von § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG erfasst und erfolgt zum Zwecke der Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses. Für die Verarbeitung dieser Daten der in der Meldestelle tätigen Personen kann § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG also direkt eine Rechtsgrundlage darstellen. Insofern aber benötigt man § 10 HinSchG-E nicht, diese Erlaubnis ergibt sich vielmehr direkt aus Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. b) DSGVO (Vertragserfüllung), spezifiziert über Art. 88 Abs. 1, 2 DSGVO in Form des § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG.

Anders sieht es aus, wenn es um die personenbezogenen Daten der hinweisgebenden Person geht. Hier kann es sein, dass die hinweisgebende Person kein Beschäftigter des Unternehmens ist. Dann greift § 26 Abs. 1 BDSG nicht und kann keine Rechtsgrundlage sein (siehe dazu unten). Aber selbst wenn es sich um einen Beschäftigten handelt, ist die Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten in einer Meldung (also der Name der hinweisgebenden Person als „Urheber“ einer Meldung oder alle anderen Inhalte, die auf die Meldung bezogen und damit auf die hinweisgebende Person bezogen sind) nicht zum Zwecke der Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses mit speziell diesem Beschäftigten erforderlich. Vielmehr stehen seine Daten im Rahmen einer durch die hinweisgebende Person vorgenommenen Meldung fast ausnahmslos nicht im Zusammenhang mit der Durchführung seines Arbeitsvertrags. Dessen Durchführung ist vielmehr auch ohne diese Daten möglich. Eine Verarbeitung seiner „Meldedaten“ ist nicht zur Durchführung eines Beschäftigungsverhältnisses „erforderlich“ im Sinne des § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG. Die Verarbeitung dieser Daten steht vielmehr außerhalb des Zweckes der

Arbeitsvertragsdurchführung. Für das eigene Arbeitsverhältnis spielt eine von der hinweisgebenden Person erstattete Meldung von wenigen Sondersituationen abgesehen keinerlei Rolle. Sondersituationen sind beispielsweise Fälle, in denen es zu den arbeitsvertraglichen Pflichten eines Mitarbeiters gehört, Meldungen über interne Missstände zu erstatten, oder Sachverhalte, in denen der Verstoß zugleich Auswirkungen auf das Arbeitsverhältnis der hinweisgebenden Person hat (z. B. „Strafversetzung“ bei drohender Gefahr einer Meldung durch die von der Meldung betroffene Person, also den Täter oder einen sonst wie Beteiligten).

Folge ist, dass § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG in diesen Fällen als Rechtsgrundlage für die Verarbeitung der personenbezogenen Daten des Meldenden nicht einschlägig ist, es also einer anderen Verarbeitungserlaubnis bedarf. Insofern käme § 10 HinSchG-E in direkter Anwendung in Betracht. Wenn das erfolgen soll, gelangt man aber zur Frage, nach welcher Öffnungsklausel die DSGVO dem deutschen Gesetzgeber die Kompetenz zugesteht, eine über Art. 6 DSGVO hinausgehende nationale Verarbeitungserlaubnis zu schaffen:

Zu denken wäre wiederum an Art. 88 DSGVO i. V. m, aber nicht über § 26 BDSG, sondern direkt über § 10 HinSchG-E. Problematisch an dieser Herleitung einer Regelungsbefugnis des deutschen Gesetzgebers ist aber der Umstand, dass Art. 88 DSGVO nur nationale Spezifizierungen zur Gewährleistung des Schutzes der Rechte und Freiheiten hinsichtlich der Verarbeitung personenbezogener Beschäftigtendaten im Beschäftigungskontext zulässt. § 10 HinSchG-E dagegen ist eine über das Beschäftigungsverhältnis hinausgehende Verarbeitungserlaubnis. Sie mag zwar rechtfertigen, dass sich die Verarbeitung auch gegen die hinweisgebende Person richtet, wenn eine Falschmeldung in Rede steht. Denn darin liegt eine Verletzung der arbeitsvertraglichen Pflicht zur Rücksichtnahme (§ 241 Abs. 2 BGB). Der Bezug zum Beschäftigungsverhältnis fehlt aber bei Personen, die nicht mehr unter den Begriff des Beschäftigten i. S. d. § 26 Abs. 8 BDSG fallen, so dass § 26 Abs. 1 BDSG insoweit auch nicht mehr Rechtfertigungsnorm sein kann. Dies ist bei natürlichen Personen der Fall, die insbesondere als selbständig beruflich Tätige in den Anwendungsbereich von §§ 1, 33 f. HinSchG einbezogen werden (Beispiel: freie Mitarbeiter ohne die Kennzeichnung als arbeitnehmerähnliche Personen nach §§ 3 Abs. 8 Nr. 6 HinSchG-E,

26 Abs. 8 Nr. 6 BDSG). Für diese Personen gilt Art. 88 DSGVO ohnehin nicht; für diese Betroffenenkategorie besteht generell keine Öffnung in der DSGVO.

Selbst wenn man § 10 HinSchG-E trotz dieser Bedenken als einschlägig sehen möchte, bestehen Zweifel hinsichtlich dessen Bestimmtheit und Normenklarheit im Sinne einer Grundrechtseingriffsnorm, wie sie jede gesetzliche Datenverarbeitungserlaubnis darstellt. Denn es wird in § 10 HinSchG-E quasi nur auf § 13 HinSchG-E und § 24 HinSchG-E verwiesen. Diese Normen nennen aber weder die Zwecke der Datenverarbeitung noch die Datenkategorien. Hiervon ausgehend bestehen starke Zweifel, ob § 10 HinSchG-E überhaupt eine eigenständige Verarbeitungserlaubnis darstellen kann bzw. aufgrund möglicher Kollision mit der DSGVO überhaupt anwendbar wäre.

Damit aber bleibt die DSGVO. Dort könnte Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. c) DSGVO als Verarbeitungsgrundlage in Betracht kommen, also die Datenverarbeitung zur Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung, der der Verantwortliche unterliegt. Diese Verpflichtung muss gesetzlicher Natur sein. Hier kämen nicht nur das HinSchG in Betracht: Denn zur Erfüllung der dortigen Vorgaben müssen zwingend verschiedentlich auch personenbezogenen Daten verarbeitet werden. Ergänzend hierzu wären die gesetzlichen Regelungen zu sehen, auf deren Grundlage Unternehmen zur Einrichtung einer Compliance-Organisation verpflichtet sind, zu der mit Blick auf die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns auch ein System gehört, mit dem Verstöße gemeldet und die Meldungen verarbeitet werden können (vgl. nur § 130 OWiG, §§ 33, 33 d WphG, Rechtsverordnungen der Finanzdienstleistungsaufsicht, DCGK i. V. m. § 161 AktG). Auch diese Vorschriften konkretisieren aber nicht weiter, welche Daten zu welchen Zwecken verarbeitet werden dürfen. Der Rückgriff auf diese unionsrechtliche Norm in Verbindung mit ergänzenden Vorschriften, durch die insbesondere Beschäftigungsgeber zur Einrichtung eines Hinweisgebersystems verpflichtet werden, hat zudem den Vorteil, nicht nur für Beschäftigte zu gelten, sondern für alle Betroffenenkategorien, also für die hinweisgebenden Personen, die in einer Meldung genannten oder von dieser betroffenen Person, aber auch die in der Meldestelle tätigen Sachbearbeiter. Gleiches gilt für unterstützende Personen, wie sie in § 34 HinSchG-E genannt werden.

## **c) Fazit**

Von diesen Überlegungen ausgehend regen wir an, § 10 HinSchG-E deklaratorisch zu gestalten und auf Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. c) der DSGVO zu verweisen. Zudem wäre zu prüfen, ob die relevanten Normen des HinSchG den Anforderungen des Art. 6 Abs. 2 und 3 DSGVO entspricht, ggfls. auch diese noch entsprechend anzupassen.

Klarstellend dürfte es aber sinnvoll sein, ausdrücklich festzuhalten, dass ergänzende Grundlagen einer Verarbeitung personenbezogener Daten im Zusammenhang mit Hinweisgebersystemen unberührt bleiben. Dazu kann auch eine Betriebsvereinbarung gehören.

## **11. Zulassung konzernbezogener Meldestellen**

Die aus Unternehmenssicht zentrale Verpflichtung des Gesetzes besteht in der Einrichtung interner Meldekanäle. Anders als von der Europäischen Kommission im Zusammenhang mit der EU-WBRL im Sommer 2021 gefordert und daher auch in Deutschland vielfach befürchtet, lässt der HinSchG-E die Einrichtung zentraler Meldestellen im Konzern zu. Dies wird vom DAV ausdrücklich begrüßt. Die Europäische Kommission hatte Ende 2021 mehrere Schreiben veröffentlicht, wonach Gesellschaften mit 250 und mehr Beschäftigten keine Ressourcen in Bezug auf interne Meldesysteme teilen dürften und ein zentraler Meldekanal der Holding nur ergänzend und parallel neben einem lokalen Meldekanal auf Ebene der Tochtergesellschaften betrieben werden könne. Dies hätte in der Praxis zu einer unnötigen Vervielfachung der Meldestellen im Konzern geführt, die nicht nur zu vermeidbaren Verwaltungskosten für die betroffenen Unternehmen geführt, sondern auch die Effektivität der internen Meldekanäle beeinträchtigt hätte.

Nach § 14 Abs. 1 HinSchG-E kann die interne Meldestelle auch bei einem „Dritten“ eingerichtet werden. Danach ist neben der bereits verbreiteten Auslagerung von Meldekanälen an externe Dienstleister und Rechtsanwaltskanzleien nach der Entwurfsbegründung auch die Einrichtung einer konzernweit zuständigen Meldestelle bei einer konzernangehörigen Gesellschaft zulässig. Dies erscheint sachgerecht, da nicht einzusehen ist, warum eine Meldestelle zwar im Rahmen eines Outsourcing auf ein konzernfremdes Unternehmen übertragen werden können soll, nicht aber auf ein zum gleichen Konzern gehörendes Unternehmen. Insoweit erscheint der

Referentenentwurf auch mit den Vorgaben der Richtlinie in Einklang zu stehen, da nach dem konzernrechtlichen Trennungsprinzip die einzelnen Konzerngesellschaften ungeachtet ihrer wirtschaftlichen Einheit selbstständige Rechtsträger bleiben und damit Dritte im Sinne der Richtlinie sein können. In vielen Fällen wird die Meldestelle bei der Konzernmutter angesiedelt werden. Zwingend ist dies indes nicht. Vielmehr überlässt der Gesetzgeber es der Organisationsautonomie der Unternehmen, bei welchem Konzernunternehmen die Meldestelle am sinnvollsten eingerichtet wird. Denkbar ist auch, dass die Unternehmen eines Konzerns ihren internen Meldekanal auf einen gemeinsamen Dienstleister übertragen. Zu beachten ist allerdings, dass die einzelnen verpflichteten Unternehmen weiterhin die originäre Verantwortung für den ordnungsgemäßen Betrieb und die Durchführung des Meldeverfahrens tragen. Auch dies steht im Einklang mit dem konzernrechtlichen Trennungsprinzip, wonach die Compliance-Verantwortung unabhängig von der Frage, ob und inwieweit die Konzernmuttergesellschaft eine konzernweite Compliance-Pflicht trifft, bei den Geschäftsführungsorganen der jeweiligen Konzerngesellschaft liegt, was eine Arbeitsteilung im Konzern nicht ausschließt. Wird eine zentral eingerichtete Meldestelle daher nicht ordnungsgemäß betrieben, kann letztlich allen verpflichteten Konzernunternehmen ein Bußgeld drohen, wenn sie nicht davon überzeugen, dass die bei einem Konzernunternehmen eingerichtete Meldestelle ihre Aufgaben ordnungsgemäß wahrnimmt. Insoweit gelten die gleichen Grundsätze wie bei der Übertragung der Meldestellenfunktion auf konzernfremde Dritte.

Mittelgroße Beschäftigungsgeber, die in der Regel zwischen 50 und 249 Personen beschäftigen, können – entsprechend den Richtlinienvorgaben – nach § 14 Abs. 2 HinSchG-E eine gemeinsame Stelle für die Entgegennahme von Meldungen und hinsichtlich der Folgemaßnahmen einrichten und betreiben. Auch dies ermöglicht die Einrichtung einer konzernweiten Meldestelle allerdings nur insoweit als die dort genannten Beschäftigungsschwellen nicht überschritten werden. § 14 Abs. 2 HinSchG-E steht insoweit als gleichwertige Alternative selbstständig neben § 14 Abs. 1 HinSchG-E, wenn die darin geregelten Voraussetzungen erfüllt sind. Daneben müssen grenzüberschreitend tätige Unternehmen bei der konzernweiten Implementierung von Hinweisgebersystemen darauf achten, dass andere Mitgliedsstaaten bzw. Länder ggf. inhaltlich abweichende Vorgaben vorsehen und das interne Meldesystem diesen ebenfalls Rechnung tragen muss.

## **12. Zugang zu Rechtsberatung**

Soweit der HinSchG-E keine Regelung enthält, durch die hinweisgebenden Personen ein Anspruch auf kostenlose Rechtsberatung im Zusammenhang mit Meldungen eingeräumt wird, der – vergleichbar mit der Prozesskostenhilfe – im Wege der Erstattung erfüllt werden könnte, entspricht dies den unionsrechtlichen Vorgaben. Denn Art. 20 Abs. 1 lit. c) HinSch-RL verpflichtet die Mitgliedstaaten nur, sicherzustellen, dass hinweisgebende Personen und ihre Unterstützer Zugang zu Prozesskostenhilfe in Strafverfahren und in grenzüberschreitenden Zivilverfahren gemäß der Richtlinie (EU) 2016/1919 und der Richtlinie 2008/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates (48) und gemäß dem nationalen Recht Prozesskostenhilfe in weiteren Verfahren sowie zu Rechtsberatung und anderer rechtlicher Hilfen haben. Das ist der Fall, auch wenn die Kosten durch Beschäftigte, ihre Unterstützer und die Vertretungsorgane der Beschäftigten nach den allgemeinen Regeln zu tragen sind.

## **13. Verbot von Repressalien – Beweislastumkehr**

Das Benachteiligungsverbot und die Regelungen zur Beweislastumkehr in § 36 HinSchG-E sind im Grundsatz ebenso notwendig wie die Regelungen zum Schadensersatz in § 37 HinSchG. Dabei werden als Repressalien alle arbeitsrechtlichen Reaktionen erfasst, insbesondere Abmahnung, Kündigung, Versetzung, Wegnahme und Umverteilung von Aufgaben, soweit damit ein Nachteil des Beschäftigten verbunden ist (vgl. Art. 19 HinSch-RL). Auch die Kündigung von Verträgen mit Solo-Selbständigen fällt darunter, über § 34 Abs. 2 HinSchG-E auch alle sonstigen Verträge mit juristischen Personen, denen der Hinweisgeber zugeordnet ist. Dies ist arbeitsrechtlich guter „Whistleblower“-Standard und zunächst nicht zu beanstanden.

Aus Gründen der Rechtssicherheit und -klarheit erscheint aber geboten, die Vermutung einer Repressalie klarstellend einzuschränken. Dabei sollte sichergestellt werden, dass es nicht genügt, wenn die Benachteiligung in zeitlicher Hinsicht „nach“ einer Meldung oder Offenlegung eine Benachteiligung erfolgt. Hier fehlt eine zeitliche Begrenzung (Frist) oder inhaltliche Verknüpfung (sachlicher Zusammenhang) durch weitere (hinreichende) Umstände, die analog § 22 AGG jedenfalls die überwiegende Wahrscheinlichkeit einer Benachteiligung begründen. Es ist Art. 21 Abs. 5 HinSch-RL

zu beachten und ggf. zu konkretisieren, der nur Benachteiligungen „infolge“ der Meldung/Offenlegung erfasst. Andernfalls müssen Beschäftigungsgeber befürchten, dass die Vermutung einer Benachteiligung nach einer Meldung für das gesamte Beschäftigungsverhältnis bis zum Erreichen der Altersgrenze besteht. Damit stehen schon dann Schadensersatzansprüche im Raum, wenn durch Personalmaßnahmen etwa 10 oder 15 Jahre später (z. B. durch Bewertung persönlicher Ziele im Rahmen einer variablen Vergütung, Ablehnung einer Beförderung) einen Nachteil erfährt.

Zu kritisieren ist, dass §§ 33, 36 Abs. 1 HinSchG-E auch Mittäter der gemeldeten Taten oder Teilnehmer daran oder jedenfalls organisatorisch (durch Unterlassen) verantwortliche Führungskräfte vor Repressalien schützen, die den gemeldeten Verstoß kannten und "weggesehen" haben und anschließend melden oder den Hinweisgeber bei der Meldung "unterstützen". Im Gesetz sollte klargestellt werden, dass es für den Arbeitgeber / das Unternehmen möglich ist, gegen diese Personen wegen ihrer Tatbeiträge und eigenen Verstöße (arbeits-)rechtliche Maßnahmen zu ergreifen.

#### **14. Schutz betroffener Personen**

Ein Schutz der von Meldungen bzw. Offenlegungen betroffenen Personen erfolgt grundsätzlich nur dadurch, dass der Entwurf an verschiedenen Stellen (vgl. § 32 Abs. 2 und § 33 Abs. 1 Nr. 2, § 34 Abs. 1 Nr. 1 und § 38 HinSchG-E) „Falschmeldungen“ untersagt bzw. nicht schützt. Unklar bleibt aber nach dem Wortlaut, ob dies auch für „leicht“ oder „mittel“ fahrlässige Falschmeldungen gilt oder nur ab der Schwelle der „groben Fahrlässigkeit“, wie nach § 38 HinSchG-E (Schadenersatz), in §§ 32, 33, 34 ist die Formulierung unklar („hinreichender Grund zu der Annahme“). Damit überlässt der Entwurf die Schaffung von größerer Klarheit/Rechtsicherheit offenbar den Gerichten (Arbeitsgerichten und Verwaltungsgerichten).

In § 38 HinSchG-E wird festgelegt, dass die hinweisgebende Person zum Ersatz des Schadens verpflichtet ist, der aus einer vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Meldung oder Offenlegung unrichtiger Informationen entstanden ist. Die darin liegende Haftungseinschränkung dürfte zwar gemäß Art. 23 Abs. 2 HinSch-RL zulässig sein, zumal dort Sanktionen nur bei "wissentlicher" Falschmeldung vorgesehen sind, was im Zweifel sogar dolus directus zweiten Grades verlangt, also "mehr" als grobe Fahrlässigkeit. Insoweit liegt eine Verschärfung gegenüber der HinSch-RL vor, die

angesichts der durch den deutschen Entwurf insgesamt stark erweiterten Anwendungsbereiche und Möglichkeit zur sofortigen externen oder gar öffentlichen Meldung gerechtfertigt ist. Dies stellt aber keinen ausreichenden Schutz der betroffenen Person dar, wenn die Meldung sich als falsch erweist. Wenn der Gesetzgeber aus politischen Gründen die Einschränkung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit will, sollte jedenfalls zugleich klargestellt werden, wann grobe Fahrlässigkeit vorliegt. Eine Möglichkeit wäre festzulegen, dass von einer grob fahrlässigen Meldung bzw. Offenlegung unrichtiger Informationen auszugehen ist, wenn die hinweisgebende Person keinen hinreichenden Grund zur Annahme hatte, dass die gemeldeten oder offengelegten Informationen der Wahrheit entsprechen (§ 33 Abs. 1 Nr. 2 HinSchG-E). Andernfalls besteht die Gefahr, dass Unsicherheit über das Vorliegen hinreichender Gründe und etwaige Schadenersatzansprüche besteht.

Unabhängig davon fehlt im Gesetzentwurf eine Regelung zu Sanktionen für hinweisgebende Personen, denen nachgewiesen wird, dass sie im Zusammenhang mit zutreffenden Informationen zu einem Verstoß wissentlich falsche Personen gemeldet oder offengelegt haben. Hier empfiehlt es sich, die Sanktionen zur wissentlichen Meldung einer falschen Person mit den Sanktionen einer wissentlich falschen Information gleichzusetzen.

Darüber hinaus erscheint es geboten sicherzustellen, dass auch innerhalb des Beschäftigungsverhältnisses die Unschuldsvermutung und Verteidigungsrechte, einschließlich des Rechts auf Anhörung und des Rechts auf Einsicht in ihre Akte, gewahrt werden können. Diese Befugnisse müssen auch im Rahmen des Beschäftigungsverhältnisses durch entsprechende Auskunftsansprüche gewährleistet werden, selbst wenn diese an den Vorbehalt des Art. 15 Abs. 4 DSGVO geknüpft werden müssen. Ergänzend hierzu ist in Bezug auf die externen Meldeverfahren sicherzustellen, dass die Identität betroffener Personen während der Dauer einer durch die Meldung oder Offenlegung ausgelösten Untersuchung unter Berücksichtigung von Art. 12, 17, 18 HinSch-RL geschützt bleibt.

## **15. Verbot abweichender Vereinbarungen**

Nach § 39 HinSchG-E sind Vereinbarungen, die die Rechte hinweisgebender Personen oder der nach § 34 HinSchG-E geschützten Personen einschränken, unwirksam. Dieser

Vorgabe ist zuzustimmen, allerdings sollte nicht nur klargestellt werden, dass die Vereinbarungen nur insoweit unwirksam sind. Andernfalls besteht die Gefahr, dass die Unwirksamkeit abweichender Vereinbarungen in Arbeitsverträgen, Richtlinien über die Einführung eines Hinweisgebersystems oder Betriebsvereinbarungen die Frage zur Folge hat, ob daraus die Unwirksamkeit der Gesamtvereinbarung folgt oder ob nur dies nur eine teilweise Unwirksamkeit zur Folge hat. Losgelöst davon ist klarzustellen, dass auch die Rechte der von einer Meldung betroffenen Personen nicht eingeschränkt werden dürfen.

### **16. Auswirkungen fehlender Bestimmtheit des Gesetzentwurfs auf die Bußgeldvorschriften**

Soweit in § 40 HinSchG-E Bußgeldtatbestände eingeführt werden, stellt sich im Hinblick auf die Anknüpfung an die Meldung eines Verstoßes das Problem der fehlenden Bestimmtheit, weil nicht nur Verstöße gegen Rechtsvorschriften gemeldet werden dürfen und sollen, sondern auch Handlungen, die „dem Ziel oder dem Zweck“ einer Regelung zuwiderlaufen (§§ 2 Abs. 1 Nr. 7, 3 Abs. 2 Nr. 2 HinSchG-E). Wer also ohne die erforderlichen Anhaltspunkte für die Richtigkeit der Informationen bzw. seiner Bewertung eines Sachverhalts als Rechtsmissbrauch zu Unrecht einen Verstoß gegen „Ziel und Zweck“ annimmt und offenlegt oder zu Unrecht davon ausgeht, dass die Meldung keinen Verstoß gegen „Ziel und Zweck“ beinhaltet, kann unter den im HinSchG-E vorgesehenen Voraussetzungen einen Ordnungswidrigkeitentatbestand erfüllen. Dies ist zwar richtlinienkonform, die Anknüpfung an „Ziel und Zweck“ eignet sich aber im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG nicht als Anknüpfung für Sanktionen. Insofern schlägt der DAV vor, aus verfassungsrechtlichen Gründen die Bußgeldvorschriften auf die Anknüpfung an die Meldung von Verstößen gegen Rechtsvorschriften (§ 3 Abs. 2 Nr. 1 HinSchG-E) zu beschränken.

Diese Einschränkung ist unionsrechtlich zulässig. Nach den Vorgaben der HinSch-RL sollen auch Verstöße wegen rechtsmissbräuchlichem Verhalten gemeldet werden können. Dies dürfte im Hinblick auf das generelle Anliegen der Hinweisgeberschutzgesetzgebung auch sinnvoll sein. Sanktionen sollten sich jedoch auf Rechtsverstöße und damit rechtswidriges Verhalten i. S. d. § 3 Abs. 2 Nr. 1 HinSchG-E beziehen und „Ziel und Zweck“ der sanktionslosen Abhilfe überlassen.

## 17. Lücken des Gesetzentwurfs

Bemerkenswert ist, dass die „Meldestellen“ keinen besonderen Kündigungsschutz erhalten (anders als z. B. Datenschutzbeauftragte oder Immissionsschutzbeauftragte).

Bedauerlicherweise verzichtet der Entwurf auf eine Regelung zu der Frage, ob Beschäftigte zu einer Meldung verpflichtet sind oder verpflichtet werden können, wenn schwerwiegende Rechtsverletzungen in Rede stehen. Das ist bemerkenswert, geht die überwiegende Auffassung in Rechtsprechung und Literatur doch davon aus, dass aus der Pflicht zur Rücksichtnahme bzw. Loyalität (§ 241 Abs. 2 BGB) auch außerhalb strafrechtlicher Handlungspflichten sowie außerhalb spezialgesetzlicher Regelungen (z. B. § 16 Abs. 1 ArbSchG) keine Anzeigepflicht folgt. Entsprechende Handlungspflichten müssen daher individual- oder kollektivvertraglich begründet werden. Hier hätte der Gesetzgeber eine eigene Entscheidung treffen und die Beschäftigten auch vor unverhältnismäßigen Anzeigepflichten schützen können, indem er klarstellt, welche objektiven Verdachtsmomente eine Pflicht zur Meldung/Offenlegung in Bezug auf welche Schwere des Verstoßes rechtfertigen kann.

Im Entwurf ungelöst bleibt auch das Problem für Compliance-Organisationen, dass Arbeitnehmer etwas beim Betriebsrat melden, dort um Anonymität bitten und der Betriebsrat dann zwar „weitermeldet“, aber eine Ermittlung und „Folgemaßnahmen“ wegen der Anonymität unmöglich oder stark erschwert werden. In diesem Zusammenhang muss man sich mit Blick auf die Effizienz der Compliance dann aber auch mit der Frage befassen, ob der Betriebsrat mangels gesetzlicher Befugnisse nach dem BetrVG eine solche Vertraulichkeit zusagen darf oder ob er gegenüber dem Beschäftigungsgeber zur vollständigen Weitergabe verpflichtet ist.