

**Stellungnahme**  
**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**

*Prof. Dr. Ninon Colneric*

Ich danke Ihnen für die Gelegenheit, zu dem neuen Entwurf für ein Hinweisgeberschutzgesetz (HinSchG-E) Stellung zu nehmen. Da ich mich in erster Linie als ehemalige Richterin am Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften angesprochen fühle, werde ich den Entwurf hauptsächlich daraufhin analysieren, ob er den Vorgaben der Richtlinie (EU) 2019/1937 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2019 zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden (HinSch-RL) entspricht. Als Bürgerin, der das Ziel des zu schaffenden Gesetzes, hinweisgebende Personen besser zu schützen, wichtig ist, werde ich jedoch auch die eine oder andere rechtspolitische Anmerkungen machen.

1. Die Definition des Begriffs „Verstöße“ wird in § 3 Abs. 2 HinSchG-E durch den Zusatz „im Rahmen einer beruflichen, unternehmerischen oder dienstlichen Tätigkeit“ eingeschränkt. In der Begründung des Entwurfs heißt es hierzu: „Die Eingrenzung stellt klar, dass nur die Meldung oder Offenlegung solcher Verstöße nach diesem Gesetz geschützt ist, die im Zusammenhang mit einer beruflichen, unternehmerischen oder dienstlichen Tätigkeit stehen. Nicht geschützt wird dahinge[g]en die Meldung oder Offenlegung eines rein privaten Fehlverhaltens.“

In der HinSch-RL ist der Begriff des Verstoßes nicht auf diese Weise verengt. Allerdings enthält Art. 4 Abs. 1 HinSch-RL die Formulierung „Diese Richtlinie gilt für Hinweisgeber, die [...] im beruflichen Kontext Informationen über Verstöße erlangt haben.“. Hier geht es jedoch um den persönlichen Anwendungsbereich, weshalb der HinSchG-E diese Einschränkung bereits in § 1 berücksichtigt.

Welche Folgen die Einschränkung des Verstoßbegriffs durch den HinSchG-E haben kann, mag das folgende Beispiel illustrieren: In einer Maschinenfabrik bemerkt eine Reinigungskraft zufällig, dass ein Abteilungsleiter nach Feierabend auf seinem PC kinderpornografische Videos anschaut. Sie hat die Informationen über den Verstoß eindeutig im beruflichen Kontext erlangt, aber könnte man auch sagen, dass es sich um einen Verstoß im Zusammenhang mit einer beruflichen Tätigkeit handelt?

Die unionsrechtswidrige Einschränkung des Verstoßbegriffs war im ersten Referentenentwurf nicht enthalten. Es wird dringend empfohlen, sie wieder rückgängig zu machen.

2. Im Koalitionsvertrag der Ampelkoalition hieß es, dass Whistleblowerinnen und Whistleblower auch bei der Meldung von sonstigem erheblichen Fehlverhalten, dessen Aufdeckung im besonderen öffentlichen Interesse liegt, geschützt sein müssen. Diese Ankündigung setzt der HinSchG-E nicht um. Die in der Begründung des Entwurfs wiederholt erwähnte Altenpflegerin Heinisch, die Missstände in der Pflege aufgedeckt hatte, wäre deshalb nicht nach dem HinSchG-E geschützt.

Eine solche Schutzlücke sollte nicht zuletzt zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen vermieden. Im Rahmen des Gesetzes zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen genießen Whistleblower bereits einen nicht auf

Rechtsverstöße beschränkten Schutz (siehe Art. 5 Nr. 2 dieses Gesetzes). Es ist nicht nachzuvollziehen, warum ein Gesetz, dessen erklärtes Ziel es ist, den Schutz von hinweisgebenden Personen zu verbessern, dahinter zurückbleiben sollte.

3. Infolge der Bereichsausnahmen zum Schutz von Sicherheitsinteressen und Verschlussachen, die in § 5 Abs. 1 und 2 Nr. 1 HinSchG-E enthalten sind, wären einige der spektakulärsten Whistleblowing-Fälle nicht vom Schutz des HinSchG-E erfasst, hätten sie sich in Deutschland ereignet, z.B. die von *Daniel Ellsberg* initiierte Veröffentlichung der Pentagon-Papers, aus denen die systematische Irreführung der Öffentlichkeit über den Vietnamkrieg durch mehrere aufeinanderfolgende US-Regierungen hervorging, die Aufdeckung der gezielten Tötung von Zivilisten im Irak-Krieg durch *Chelsea E. Manning* und die Enthüllung eines beispiellosen internationalen Überwachungsapparates durch *Edward J. Snowden*.

Unter dem Zeitdruck eines bereits eingeleiteten Vertragsverletzungsverfahrens wegen der Nichtumsetzung der HinSch-RL wird der bundesdeutsche Gesetzgeber dieses heiße Eisen wohl nicht anfassen. Ich fühle mich dennoch verpflichtet, darauf hinzuweisen, dass ein Schutzregime für diese Fälle gefunden werden muss, das demokratischen Ansprüchen gerecht wird. Der Gang an die Öffentlichkeit muss gestattet sein, wenn anderweitige Abhilfe nicht zu erwarten ist und ein Missstand von grundlegender Bedeutung für das demokratische Gemeinwesen offengelegt wird.

4. In der Begründung zu § 12 HinSchG-E wird die Auffassung vertreten, dass bei einer anderen Konzerngesellschaft (zum Beispiel Mutter-, Schwester- oder Tochtergesellschaft) eine unabhängige und vertrauliche Stelle als „Dritter“ im Sinne von Artikel 8 Abs. 5 HinSch-RL eingerichtet werden kann, die auch für mehrere selbständige Unternehmen in dem Konzern tätig sein kann. Insoweit ist jedoch Art. 8 Abs. 6 Satz 1 HinSch-RL zu beachten. Danach können juristische Personen des privaten Sektors mit 50 bis 249 Arbeitnehmern für die Entgegennahme und für möglicherweise durchzuführende Untersuchungen Ressourcen teilen. Diese Vorschrift ist dahingehend zu interpretieren, dass die genannte Betriebsgröße notwendige Bedingung der Befugnis zur Teilung solcher Ressourcen ist (siehe auch die Schreiben der EU-Kommission an Unternehmerverbände vom 2.6.2021 und 26.2.2021 – JUST/C2/MM/rp/(2021)3939215 und JUST/C2/MM/rp/(2021)4667786) und Minutes of the fifth meeting of the Commission expert group on Directive (EU)2019/1937 vom 14.6.2021).

5. § 12 Abs. 1 Satz 2 und 3 HinSchG-E sehen die folgende Regelung vor: „Ist der Bund oder ein Land Beschäftigungsgeber, bestimmen die obersten Bundes- oder Landesbehörden Organisationseinheiten in Form von einzelnen oder mehreren Behörden, Verwaltungsstellen, Betrieben oder Gerichten. Die Pflicht nach Satz 1 [= die Pflicht zur Einrichtung und zum Betrieb interner Meldestellen] gilt sodann für die Einrichtung und den Betrieb der internen Meldestelle bei den jeweiligen Organisationseinheiten.“

Demgegenüber stellt die HinSch-RL in Art. 8 Abs. 1 und 9 auf „juristische Personen des öffentlichen Sektors“ ab. In der englischen Fassung ist von „legal entities in the public sector“ in Rede. Auf derselben Linie wie die englische Fassung liegen beispielsweise die französische, die italienische, die spanische, die portugiesische und die niederländische Fassung. Die genaue Definition des Begriffs kann hier jedoch dahingestellt bleiben; denn Einheiten, die erst für die Zwecke der Umsetzung der HinSch-RL geschaffen werden und einzig und allein die Funktion der internen

Meldestelle erfüllen sollen, fallen sicherlich nicht darunter. Es ging dem Unionsgesetzgeber darum, bestehende Verwaltungseinheiten, die rechtlich handeln können, zur Einrichtung von internen Meldestellen zu verpflichten. Die HinSch-RL konzipiert die Meldestelle als Einheit innerhalb einer rechtlichen Einheit, die primär andere Aufgaben zu erfüllen hat. In der Konzeption des Entwurfs sind die Organisationseinheit und die Meldestelle jedoch ein und dasselbe. Die Schwellenwerte des Art. 8 Abs. 9 Unterabs. 2 HinSch-RL werden so de facto unterlaufen.

Sollte die Inspirationsquelle für die Konstruktion der Organisationseinheiten die Formulierung „gemeinsame Behördendienste“ in Art. 8 Abs. 9 Unterabs. 3 HinSch-RL gewesen sein, so ist darauf hinzuweisen, dass damit gemeinsame Behördendienste von Gemeinden gemeint sind. Dies ergibt sich aus den anderen sprachlichen Fassungen der Richtlinie (englisch: joint municipal authorities, französisch: autorités municipales conjointes, italienisch: autorità comunali congiunte, spanisch: autoridades municipales conjuntas, portugiesisch: autoridades municipais comuns, niederländisch: gezamenlijke gemeentelijke autoriteiten, dänisch: fælles kommunale myndigheder, polnisch: wspólne organy gminne, usw.)

Bei pragmatischer Betrachtung hat die Lösung, die in dem Entwurf gewählt wird, einiges für sich. Darauf kommt es jedoch nicht an. Wie der EuGH in seinem Urteil vom 29.4.2004, C-194/01, Kommission/Österreich, Rn. 39, entschieden hat, kann die Verpflichtung, die volle Wirksamkeit der Richtlinie gemäß ihrer Zielsetzung zu gewährleisten, nicht dahingehend ausgelegt werden, dass die Mitgliedstaaten vom Erlass von Umsetzungsmaßnahmen befreit wären, wenn sie der Ansicht sind, dass ihre nationalen Bestimmungen besser als die betreffenden Gemeinschaftsbestimmungen seien und dass die nationale Regelung aus diesem Grund besser geeignet sei, die Verwirklichung des mit der Richtlinie verfolgten Zieles zu gewährleisten. Dieser Grundsatz gilt entsprechend für den Fall, dass eine neue nationale Regelung geschaffen wird.

6. Gemäß § 18 Nr. 2 HinSchG-E können die internen Meldestellen die hinweisgebende Person als Folgemaßnahme „an andere zuständige Stellen verweisen“. An welche Stellen hierbei gedacht ist, geht weder aus der Begründung noch aus den Begriffsbestimmungen in § 3 HinSchG-E hervor. Der Begriff „andere zuständige Stellen“ ist so weit, dass er nicht nur Meldestellen, sondern z.B., soweit es um Straftaten geht, auch die Polizei und die Staatsanwaltschaft erfasst. Würde eine hinweisgebende Person an eine Stelle verwiesen, die keine Meldestelle im Sinne des HinSchG-E ist, und würde sie dementsprechend bei dieser Stelle Meldung erstatten, wäre sie jedoch nach dem HinSchG-E nicht geschützt. Dies ergibt sich aus § 33 Abs. 1 Nr. 1 HinSchG-E in Verbindung mit der Definition der Meldung in § 3 Abs. 4 HinSchG-E, wonach Meldungen Mitteilungen von Informationen über Verstöße an interne Meldestellen (§ 12) oder externe Meldestellen (§§ 19 bis 24) sind. In der Begründung zu Vorschrift § 3 Abs. 4 HinSchG-E heißt es: „Zentrale Voraussetzung für den Schutz hinweisgebender Personen nach diesem Gesetz ist neben dem in der Praxis seltenen Fall einer Offenlegung das Erstellen einer Meldung an eine interne oder externe Meldestelle.“

Die einfachste Lösung, den geschilderten Webfehler zu beseitigen, wäre, § 18 Nr. 2 HinSchG-E schlicht zu streichen. Es verbleibt der internen Meldestelle ja auf jeden Fall

die in § 18 Nr. 4 HinSchG-E genannte Möglichkeit, das Verfahren an eine zuständige Behörde zwecks weiterer Untersuchung abzugeben.

7. Die Problematik wiederholt sich bei den externen Meldestellen; denn nach § 29 Abs. 2 Nr. 2 HinSchG-E können diese die hinweisgebende Person ebenfalls als Folgemaßnahme an eine andere zuständige Stelle verweisen. Auch hier besteht die Gefahr, dass die hinweisgebende Person die Voraussetzungen des § 33 HinSchG-E für den Schutz vor Repressalien nicht erfüllt, weil sie infolge der Verweisung an eine Stelle, die keine Meldestelle ist, eine Meldung erstattet, die keine Meldung im Sinne des § 3 Abs. 4 HinSchG-E ist. Wiederum bietet sich als Lösung an, die Vorschrift schlicht zu streichen.

Dies gilt um so mehr, als es dem Ziel der HinSch-RL, die Meldung von Verstößen gegen Unionsrecht zu fördern, um es besser durchzusetzen, nicht entspricht, der hinweisgebenden Person die Last eines zweiten Behördengangs aufzubürden. Ob es sich bei dieser Maßnahme noch um eine ordnungsgemäße Folgemaßnahme im Sinne von Art. 11 Abs. 2 Buchst. c HinSch-RL handelt, kann bezweifelt werden.

8. § 32 Abs. 2 HinSchG-E bestimmt: „Das Offenlegen unrichtiger Informationen über Verstöße ist verboten.“

Der Wortlaut dieses Verbotes steht im Widerspruch zu dem Grundgedanken der HinSch-RL, dass der Hinweisgeber unter näher bezeichneten Voraussetzungen zu Meldungen und Offenlegungen befugt ist, sofern er über das Vorliegen eines Verstoßes in gutem Glauben ist.

Gemäß Art. 23 Abs. 2 Satz 1 HinSch-RL legen die Mitgliedstaaten wirksame, angemessene und abschreckende Sanktionen für Hinweisgeber fest, denen nachgewiesen wird, dass sie wissentlich falsche Informationen gemeldet oder offengelegt haben. Dementsprechend ist in der Bußgeld-Vorschrift des § 40 Abs. 1 HinSchG-E von der wissentlichen Offenlegung unrichtiger Informationen die Rede. Auch wenn der Entwurf eine Ahndung durch ein Bußgeld im Fall der Offenlegung unrichtiger Informationen auf diesen Fall beschränkt, geht von der Verbotsnorm des § 32 Abs. 2 HinSchG-E, die nicht explizit auf diesen Fall beschränkt ist, eine einschüchternde Wirkung aus, die dem Geist der HinSch-RL völlig zuwiderläuft.

9. Die Regelung zum Verbot von Repressalien begnügt sich mit einer Generalklausel (§ 36 Abs. 1 HinSchG-E). Demgegenüber verdeutlicht Art. 19 HinSch-RL den Begriff der Repressalie in seinem zweiten Halbsatz durch einen langen Katalog von Beispielen. Diese nicht abschließende Auflistung gibt der Entwurf lediglich in der Begründung wieder.

Ich empfehle wegen unionsrechtlicher Bedenken, die Auflistung in den Text des Gesetzes aufzunehmen. Die Rechtsprechung des EuGH zu dem Problem, ob eine Richtlinienbestimmung durch eine Generalklausel umgesetzt werden kann, ist nuanciert. Um den Umfang der den Mitgliedstaaten obliegenden Umsetzungspflicht zu bestimmen, stellt der Gerichtshof in jedem Einzelfall auf die Art der in einer Richtlinie enthaltenen Vorschrift ab. Die Technik, die der Entwurf für die Umsetzung des Verbotes von Repressalien verwendet, ähnelt am ehesten der Vorgehensweise des schwedischen Gesetzgebers bei der Umsetzung der Richtlinie 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen. Diese Richtlinie definiert in ihrem Art. 3, wann eine nicht im Einzelnen ausgehandelte Vertragsklausel als missbräuchlich

anzusehen ist; sie umfasst einen Anhang, der eine als Hinweis dienende und nicht erschöpfende Liste der Klauseln, die für missbräuchlich erklärt werden können, enthält. Der schwedische Gesetzgeber nahm den Anhang nicht in den Text des Umsetzungsgesetzes, sondern lediglich in die Begründung für den Entwurf des Gesetzes auf. Der EuGH billigte diese Vorgehensweise in seinem Urteil vom 7. Mai 2002, C-478/99, Kommission/Schweden. Er konstatierte, dass die Mitgliedstaaten zur Erreichung des Zieles der Richtlinie Umsetzungsformen und -mittel wählen müssen, die hinreichende Sicherheit dafür bieten, dass die Allgemeinheit von der besagten Liste Kenntnis erlangen kann. Er bejahte diese Voraussetzung im zu entscheidenden Fall, weil nach einer in Schweden fest begründeten Rechtstradition die Materialien ein wichtiges Hilfsmittel für die Auslegung von Gesetzen darstellen und leicht zu konsultieren sind.

Ob diese Voraussetzung auch in Deutschland erfüllt wäre, ist zweifelhaft. Ein Konflikt mit der EU-Kommission über diesen Punkt lässt sich jedoch unschwer durch Aufnahme des Katalogs in den Gesetzestext vermeiden. Im Interesse der Rechtsklarheit wäre dies auf jeden Fall sinnvoll.

10. Art. 37 Abs. 1 HinSchG-E stellt die Regel auf, dass der hinweisgebenden Person bei einem Verstoß gegen das Verbot von Repressalien der daraus entstehende Schaden zu ersetzen ist, und zwar durch den Verursacher. Es ist fraglich, ob diese Bestimmung ohne weitere Konkretisierung des Verursacherbegriffs richtlinienkonform ist. Im Erwägungsgrund der HinSch-RL heißt es nämlich: „Hinweisgeber sollten vor jeder Form von direkten oder indirekten Repressalien geschützt werden, die von ihrem Arbeitgeber, von einem Kunden oder von einem Empfänger von ihnen erbrachter Dienstleistungen und von Personen, die für diese Personen arbeiten oder in ihrem Namen handeln, beispielsweise Kollegen und Führungskräfte derselben Organisation oder anderer Organisation, mit denen der Hinweisgeber im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeiten im Kontakt steht, ergriffen, gefördert oder geduldet werden.“ Es sollte klargestellt werden, dass als Verursacher auch anzusehen ist, wer eine Repressalie gefördert oder in seinem Verantwortungsbereich geduldet hat.
11. Art. 37 Abs. 2 HinSchG-E bestimmt: „Ein Verstoß gegen das Verbot von Repressalien begründet keinen Anspruch auf Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses, eines Berufsausbildungsverhältnisses oder eines anderen Vertragsverhältnisses oder auf einen beruflichen Aufstieg.“ Begründet wird dies folgendermaßen: „Mit Absatz 2 wird klargestellt, dass diese Vorschrift keinen Rechtsanspruch auf Begründung eines Arbeitsverhältnisses oder anderen Vertragsverhältnisses gewährt. Besteht ein solcher Anspruch aus einem anderen Rechtsgrund (zum Beispiel aufgrund einer vertraglichen oder tariflichen Regelung), bleibt dieser unberührt.“

Diese Bestimmung steht mit der HinSch-RL nicht im Einklang. Art. 21 Abs. 8 der Richtlinie lautet: „Die Mitgliedstaaten ergreifen die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass Rechtsbehelfe und eine vollständige Wiedergutmachung des erlittenen Schadens für die in Artikel 4 genannten Personen entsprechend dem nationalen Recht vorgesehen sind.“ Der Erwägungsgrund 95 führt hierzu aus: „Während die Art des Rechtsbehelfs je nach Rechtsordnung variieren kann, so sollte sie doch sicherstellen, dass der Schaden tatsächlich und wirksam ausgeglichen oder ersetzt wird, und zwar auf eine Art und Weise, die dem erlittenen Schaden angemessen und abschreckend ist.“ Als Beispiel für Repressalien nennt Art. 19 HinSch-

RL u.a. die Nichtumwandlung eines befristeten Arbeitsvertrages in einen unbefristeten Arbeitsvertrag in Fällen, in denen der Arbeitnehmer zu Recht erwarten durfte, einen unbefristeten Arbeitsvertrag angeboten zu bekommen (Buchst. i). Der in der Nichtumwandlung liegende Schaden kann nur in der Weise vollständig wiedergutmacht werden, dass eben doch eine Umwandlung in einen unbefristeten Arbeitsvertrag und damit die Begründung eines Beschäftigungsverhältnis nach dem Ende des befristeten Arbeitsvertrags erfolgt. Entsprechendes gilt für die in Buchst. j genannte Nichtverlängerung eines befristeten Arbeitsvertrages. Gemäß Buchst. b schließt das Verbot von Repressalien auch die Versagung einer Beförderung, also eines beruflichen Aufstiegs, ein. Wiederum kann von einer vollständigen Wiedergutmachung nur die Rede sein, wenn die Beförderung doch erfolgt (siehe dazu auch Erwägungsgrund 94 Satz 3 HinSch-RL). Der Hinweisgeber und nach Art. 4 Abs. 4 HinSch-RL ebenfalls geschützte Personen müssen im Fall von Repressalien stets so gestellt werden, als sei die Repressalie nicht geschehen.

Unionsrechtlich nicht zu beanstanden wäre es, wenn dem Geschädigten wahlweise ein Recht auf finanzielle Entschädigung eingeräumt würde.

12. Zu einer vollständigen Wiedergutmachung gehört auch der Ersatz des immateriellen Schadens (siehe dazu auch Erwägungsgrund 94 a.E. HinSch-RL). Gemäß § 253 Abs. 1 BGB kann wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine Entschädigung in Geld nur in den durch Gesetz vorgesehenen Fällen gefordert werden. Es ist deshalb – wie in § 21 Abs. 2 Satz 3 AGG – ausdrücklich zu regeln, dass auch eine Entschädigung wegen des immateriellen Schadens verlangt werden kann.
13. Gemäß Art. 23 Abs. 1 Buchst. c HinSch-RL müssen die Mitgliedstaaten wirksame, angemessene und abschreckende Sanktionen für natürlich oder juristische Personen festlegen, die mutwillige Gerichtsverfahren gegen die in Art. 4 der Richtlinie genannten Personen anstrengen. In der Begründung zu § 40 Abs. 2 Nr. 3 HinSchG-E heißt es, die Bestimmung setze Art. 23 Abs. 1 Buchst. b und c der HinSch-RL um. Der Wortlaut des § 40 Abs. 2 Nr. 3 HinSchG-E erwähnt jedoch nur das unter Art. 23 Abs. 1 Buchst. b HinSch-RL genannte Ergreifen einer Repressalie. Die HinSch-RL führt das Anstrengen mutwilliger Gerichtsverfahren in Art. 23 Abs. 1 Buchst. c HinSch-RL als gesonderten Tatbestand zusätzlich zu dem Ergreifen von Repressalien auf. Das Gebot, wirksame und abschreckende Sanktionen für Personen festzulegen, die mutwillige Gerichtsverfahren gegen die in Art. 4 HinSch-RL genannten Personen anstrengen, bedarf deshalb der expliziten Umsetzung.
14. In den persönlichen Anwendungsbereich der HinSch-RL fallen gemäß ihrem Art. 4 Abs. 1 c auch Mitglieder von Verwaltungs-, Leitungs- und Aufsichtsorganen. Im sachlichen Anwendungsbereich der HinSch-RL können deshalb gesellschaftsrechtliche Verschwiegenheitspflichten, wie sie beispielsweise die §§ 93 Abs. 1 S. 3 und 116 S. 1, 2 AktG vorsehen, nicht aufrechterhalten werden. Dies sollte, ähnlich wie es für die beamtenrechtliche Verschwiegenheitspflicht durch die Artikel 3 und 4 HinSchG-E geschehen ist, durch eine gesonderte Bestimmung klargestellt werden.

Die obige Analyse erhebt, soweit ich die Unionsrechtskonformität geprüft habe, keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Ich hoffe jedoch, einen Beitrag zur Vermeidung eines Vertragsverletzungsverfahrens wegen unvollständiger Umsetzung der HinSch-RL geleistet zu haben.