



Memo

KPMG Law
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Theodor-Heuss-Straße 5
70174 Stuttgart
T 0711 781923-400
F 0711 781923-455

An Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, Mohrenstraße 37,
10117 Berlin, z. Hd. Dr. Daniela Cernko, Postfach IIA2@bmj.bund.de

Von KPMG Law Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
*Dr. Bernd Federmann, LL.M., Dr. Lars Figura, Christian Judis, Dr. Ariane
Loof, Andreas Pruksch, Maik Ringel, Arndt Rodatz*

Datum 11. Mai 2022

Stellungnahme:

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

1. Zusammenfassung

Der Entwurf eines Gesetzes für einen besseren Schutz hinweisgebender Personen sowie zur Umsetzung der Richtlinie zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden, ist insgesamt zu begrüßen. Anregungen zur Optimierung ergeben sich im Einzelnen wie folgt:

2. Vertraulichkeitsgebot und Ausnahmen, §§ 8 und 9 HinSchG-E

Gemäß § 8 Abs. 1 und 2 des Entwurfs des Gesetzes für einen besseren Schutz hinweisgebender Personen (nachfolgend „HinSchG-E“) haben die Meldestellen die Vertraulichkeit der Identität der hinweisgebenden Person, der Personen, die Gegenstand einer Meldung sind und der sonstigen in der Meldung genannten Personen zu wahren.

Die Vorschrift sollte zum Zweck der Klarstellung dahingehend ergänzt werden, dass – zumindest bis zum Abschluss des infolge einer Meldung eröffneten Verfahrens – die Pflicht zur Information betroffener Personen gemäß Art. 14 Abs. 1 bis 4 der Verordnung (EU) 2016/679 (DSGVO) und das Recht auf Auskunft der betroffenen Person gemäß Art. 15 DSGVO nicht besteht, soweit dadurch die Identität einer der in § 8 Abs. 1 HinSchG-E genannten Personen aufgedeckt würde.

Die in § 8 HinSchG-E geregelten Vertraulichkeitspflichten stehen im Spannungsfeld zu den Transparenzpflichten der Artikel 12 ff. DSGVO und dort insbesondere zu den Informationspflichten gemäß Art. 14 und den Auskunftspflichten gemäß § 15 DSGVO. So muss gemäß Art. 14 Abs. 2 lit. f) DSGVO im Fall einer Erhebung personenbezogener Daten nicht direkt bei der betroffenen Person unter anderem

darüber informiert werden, aus welcher Quelle die personenbezogenen Daten der betroffenen Personen stammen. Hiervon kann gemäß Art. 14 Abs. 5 lit. c) DSGVO abgesehen werden, wenn die Erlangung oder Offenlegung der gemäß Art. 14 Abs. 1 bis 4 zu erteilenden Informationen durch Rechtsvorschriften der Union oder der Mitgliedstaaten, denen ein Verantwortlicher unterliegt, ausdrücklich geregelt ist. Eine solche ausdrückliche Regelung sollte mit der hier vorgeschlagenen Ergänzung geschaffen werden, um insoweit bestehende Rechtsunsicherheiten für die nach dem HinSchG-E verpflichteten Beschäftigungsgeber zu beseitigen. Art. 14 Abs. 5 lit. d) DSGVO dürfte nicht einschlägig sein, da § 8 HinSchG-E kein Berufsgeheimnis zum Gegenstand hat. Soweit Art. 14 Abs. 5 lit. b) DSGVO bereits eine Ausnahme von der Informationspflicht bestimmt, namentlich soweit mit einer Information voraussichtlich die Verwirklichung der Ziele einer Verarbeitung unmöglich gemacht oder ernsthaft beeinträchtigt werden, besteht Rechtsunsicherheit darüber, in welchen Fallgruppen und für welchen Zeitraum diese Voraussetzungen vorliegen.

Die Gesetzesbegründung zu § 8 HinSchG-E verweist zwar zutreffend auf die in § 29 Abs. 1 Satz 1 und 2 BDSG bestimmten Ausnahmen von den Pflichten gemäß Art. 14 und 15 DSGVO. Anhand der mittlerweile umfassenden und teilweise auch divergierenden Rechtsprechung zeigt sich jedoch, dass insbesondere bezüglich des Auskunftsanspruchs gemäß Art. 15 DSGVO viele Unsicherheiten bestehen. Vor diesem Hintergrund wäre eine ausdrückliche Regelung zur Ausnahme von den Informations- und Auskunftspflichten der DSGVO mit Blick die Vertraulichkeitspflichten gemäß dem HinSchG-E u.E. besser geeignet, Rechtssicherheit für die Meldestellen zu schaffen.

Die Befugnis zu dieser Einschränkung der Betroffenenrechte ergibt sich u.E. aus Art. 23 Abs. 1 lit. e) DSGVO in Verbindung mit dem allgemeinen öffentlichen Interesse an der Aufdeckung von Rechtsverstößen und Missständen in Betrieben sowie aus Art. 23 Abs. 1 lit. i) DSGVO bezüglich des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer Personen.

3. Verarbeitung personenbezogener Daten, § 10 HinSchG-E

§ 10 HinSchG-E regelt die Befugnis der Meldestellen zur Verarbeitung personenbezogener Daten, soweit dies zur Erfüllung ihrer Aufgaben gemäß den §§ 13 bis 24 HinSchG-E erforderlich ist.

Wir begrüßen ausdrücklich, dass der Gesetzentwurf eine Vorschrift zur Verarbeitung personenbezogener Daten im Kontext der Bearbeitung eingehender Meldungen vorsieht. Gemäß der Gesetzesbegründung soll § 10 HinSchG-E die für die internen und externen Meldestellen erforderlichen Verarbeitungsbefugnisse schaffen.

Offen bleibt dabei jedoch das Verhältnis von § 10 HinSchG-E zu Artikel 6 DSGVO. Im Anwendungsbereich der DSGVO muss jede Verarbeitung personenbezogener Daten einem der in Art. 6 DSGVO genannten Grundsätze in Bezug auf ihre Rechtmäßigkeit entsprechen (vgl. EuGH, Urteil vom 22.06.2012 – Rs. C-439/19, zitiert nach juris, Rn. 96; Urteil vom 16.01.2019 – Rs. 496/17, zitiert nach juris, Rn. 57). Art. 6 Abs. 1 DSGVO zählt abschließend und erschöpfend die verschiedenen Erlaubnistatbestände für eine Verarbeitung personenbezogener Daten auf (vgl. Buchner/Petri, in: Kühling/Buchner, DSGVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 6 Rn. 1). Abgesehen von den in der DSGVO vorgesehenen Öffnungsklauseln ist es den Gesetzgebern in den Mitgliedstaaten im Anwendungsbereich dieser

Verordnung nicht gestattet, von Art. 6 DSGVO abweichende oder weitere Verarbeitungsbefugnisse zu schaffen. Zentrale Öffnungsklausel für die Schaffung spezifischer Erlaubnistatbestände durch die Mitgliedstaaten in Art. 6 Abs. 3 DSGVO, der den Erlass von Rechtsgrundlagen für die Verarbeitung zur Erfüllung gesetzlicher Pflichten (Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. c) DSGVO) oder zur Wahrnehmung einer im öffentlichen Interesse liegenden Aufgabe (Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. e) DSGVO) zum Gegenstand hat. Der aktuelle Wortlaut des § 10 HinSchG-E spricht gegen die Schaffung einer Rechtsgrundlage für die Verarbeitung zur Erfüllung gesetzlicher Pflichten. Denn insoweit wäre es erforderlich, dass er die Meldestellen zur Verarbeitung personenbezogener Daten verpflichtet und ihnen nicht lediglich die Befugnis zu deren Verarbeitung einräumt. Ausweislich des Wortlauts des § 10 HinSchG-E und der Gesetzesbegründung soll dieser keine Verpflichtung zur Verarbeitung personenbezogener Daten, sondern eine Verarbeitungsbefugnis bestimmen. Folglich käme § 10 HinSchG-E in seiner jetzigen Fassung wohl nicht als Rechtsgrundlage im Sinne des Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. c), Abs. 3 DSGVO in Betracht. Die Rechtsgrundlage des Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. e) DSGVO ist bei privaten Verantwortlichen nur unter bestimmten Voraussetzungen anwendbar, die hier wohl ebenfalls nicht vorliegen. Insoweit dürfte es an einer unmittelbaren Wahrnehmung öffentlicher Fremddinteressen fehlen. Vor diesem Hintergrund regen wir an, § 10 HinSchG-E so zu fassen, dass diesem anstelle einer bloßen Befugnis die Verpflichtung zur Verarbeitung personenbezogener Daten entnommen werden kann, soweit sie zur Erfüllung der Aufgaben der Meldestellen gemäß den §§ 13 und 24 HinSchG-E erforderlich ist.

Zu beachten ist, dass Meldungen auch besondere Kategorien personenbezogener Daten im Sinne des Art. 9 Abs. 1 DSGVO zum Gegenstand haben können. Jedenfalls kann dies ausgehend vom sachlichen Anwendungsbereich gemäß § 3 HinSchG-E nicht von vornherein ausgeschlossen werden. Es besteht dann aber auch die Möglichkeit, dass deren Verarbeitung im Kontext des HinSchG-E nicht von den bereits bestehenden Befugnissen gemäß den §§ 22 Abs. 1 Nr. 1, 26 Abs. 3 BDSG oder gemäß Art. 9 Abs. 2 lit. f) DSGVO erfasst wird. Folglich könnte es an einer Rechtsgrundlage für die Verarbeitung fehlen da zusätzlich zu den Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen des Art. 6 DSGVO eine der in Art. 9 Abs. 2 DSGVO genannten Voraussetzungen für die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten vorliegen muss. Vor diesem Hintergrund sollte gestützt auf Art. 9 Abs. 2 lit. g) DSGVO ausdrücklich bestimmt werden, dass zur Erfüllung der Aufgaben der Meldestellen nach dem HinSchG-E abweichend von Art. 9 Abs. 1 DSGVO auch die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten zulässig ist. Bezüglich der insoweit vorzusehenden spezifischen Maßnahmen zur Wahrung der Grundrechte und Interessen der betroffenen Personen kann u.E. wie in § 26 Abs. 3 Satz 3 BDSG auf § 22 Abs. 2 BDSG verwiesen werden.

4. Aufbewahrungsfrist für die Dokumentation der Meldungen, § 11 HinSchG-E

Nach § 11 Abs. 5 HinSchG-E wird die Dokumentation zwei Jahre nach Abschluss des Verfahrens gelöscht. Unklar ist dabei, wie die Formulierung "*Abschluss des Verfahrens*" auszulegen ist bzw. auf welchen Zeitpunkt sich diese Formulierung beziehen soll, mithin wann die Frist von zwei Jahren zu laufen beginnen soll. Folgende Zeitpunkte könnten hierfür insbesondere in Betracht kommen:

- Die Mitteilung gegenüber dem Hinweisgeber über geplante oder bereits ergriffene Folgemaßnahmen sowie die Gründe für diese, vgl. § 17 Abs. 2 HinSchG-E.
- Das tatsächliche Ergreifen der Folgemaßnahmen durch die interne Meldestelle, vgl. § 18 HinSchG-E.

- Der Abschluss des Verfahrens durch eine externe Meldestelle, vgl. § 31 HinSchG-E.
- Die Rechtskraft eines Urteils, welches aufgrund einer Folgemaßnahme eingeleitet wurde.

Sollte die Regelung des § 11 Abs. 5 HinSchG-E so auszulegen sein, dass der Abschluss des Verfahrens bereits mit Mitteilung gegenüber dem Hinweisgeber über geplante oder bereits ergriffene Folgemaßnahmen eintritt, kann die vermeintlich benachteiligende Person in eine Lage versetzt werden, in der sie mangels verfügbarer Dokumentation die gesetzliche Vermutung des § 36 Abs. 2 Satz 2 HinSchG-E nicht mehr widerlegen kann. Konkret sind Sachverhalte denkbar, in denen die dann anzuwendende Lösungsfrist von zwei Jahren erheblich kürzer ist als die Verjährungsfrist des Schadensersatzanspruches nach § 37 HinSchG-E. Dies würde dazu führen, dass die vermeintlich benachteiligende Person ihre Rechte aus § 36 Abs. 2 Satz 2 HinSchG-E aufgrund der Lösungsverpflichtung nicht mehr ausüben kann und deswegen Schadensersatz zu leisten verpflichtet sein kann. Dies kann nicht sachgerecht sein.

Vor diesem Hintergrund regen wir an, im Gesetzesentwurf durch eine Konkretisierung klarzustellen, was unter dem Begriff "*Abschluss des Verfahrens*" zu verstehen ist. In jedem Fall sichergestellt sollte werden, dass ein Gleichlauf von Aufbewahrung der Dokumentation und der Verjährung von potenziellen Ansprüchen gemäß § 37 HinSchG-E geschaffen wird. Insofern wäre auch sicherzustellen, dass sich die hinweisgebende Person nach Ablauf der Aufbewahrungsdauer nicht erstmals (sic !) auf die Nichtigkeit, § 134 BGB, der vermeintlich repressiven Maßnahme berufen kann.

Zu beachten ist ferner, dass Meldestellen international tätiger Beschäftigungsgeber auch nach den Vorschriften anderer Länder darauf angewiesen sein können, ihren Umgang mit eingehenden Meldungen zum Zweck der Verteidigung anhand ihrer Dokumentation eingegangener Hinweise nachzuweisen. Insoweit kommen weitere Verjährungsfristen in Betracht, die den derzeit vorgesehenen Zeitraum von zwei Jahren nach Abschluss des Verfahrens überschreiten können. Es kann zudem nicht ausgeschlossen werden, dass Dokumentationen, sofern von diesem Begriff alle im Kontext einer Meldung erstellten Dokumente erfasst sein sollten, zumindest teilweise Informationen enthalten, die bereits nach den in Deutschland geltenden handels- und steuerrechtlichen Aufbewahrungspflichten sechs oder zehn Jahre vorgehalten werden müssen.

Die gesonderte Festlegung einer Höchstdauer für die Aufbewahrung der Dokumentation ist jedenfalls aus datenschutzrechtlicher Sicht nicht erforderlich. Denn Art. 17 DSGVO trifft alle insoweit erforderlichen Regelungen zur Pflicht der Löschung personenbezogener Daten. Er kann sogar schon eine frühere Löschung erforderlich machen, denn § 11 Abs. 5 HinSchG-E bestimmt keine Aufbewahrungsfrist, die in jedem Fall einzuhalten ist. Vor allem aber schafft Art. 17 DSGVO bereits die Voraussetzungen, auf unterschiedlichste Fristen und sonstige Konstellationen, die für Meldestellen bezüglich der Vorhaltung der Dokumentationen relevant sind, reagieren zu können.

Soll an der Festlegung einer bestimmten Höchstdauer für die Aufbewahrung der Dokumentation festgehalten werden, sollten Ausnahmen dafür vorgesehen werden, dass von der Meldestelle zu beachtende gesetzliche Aufbewahrungsfristen oder die Möglichkeit, sich auch nach einem vermeintlichen Abschluss des Verfahrens noch gegen Ansprüche Dritter verteidigen zu müssen, einer Löschung der Dokumentation nach Ablauf der Höchstdauer entgegenstehen.

5. Organisatorische Ausgestaltung und Konzernstrukturen (§ 14 Abs. 1)

In § 14 Abs. 1 HinSchG-E ist geregelt, dass die Aufgabe der internen Meldestelle an einen Dritten übertragen werden kann. Als Dritte gelten gemäß Seite 86 der Gesetzesbegründung des HinSchG-E auch Konzerngesellschaften:

„Gemäß dem konzernrechtlichen Trennungsprinzip kann auch bei einer anderen Konzerngesellschaft (zum Beispiel Mutter-, Schwester-, oder Tochtergesellschaft) eine unabhängige und vertrauliche Stelle als „Dritter“ im Sinne von Artikel 8 Absatz 5 HinSch-RL eingerichtet werden, die auch für mehrere selbständige Unternehmen in dem Konzern tätig sein kann.“

Wir sehen in der Gesetzesbegründung eine für die deutsche Rechtsordnung mit Blick auf den Schutzzweck der HinSch-RL richtlinienkonforme Auslegung, die auch den der Praxisanforderungen Rechnung trägt.

Für kleinere Unternehmen mit 50 bis 249 Mitarbeitern ist in § 14 Abs. 2 HinSchG-E geregelt, dass diese für die Entgegennahme von Meldungen und für die weiteren nach dem HinSchG-E vorgesehenen Maßnahmen – auch unabhängig von einer Konzernverbundenheit – eine gemeinsame Stelle einrichten und betreiben können.

Die Übertragung der Aufgabe einer internen Meldestelle an einen Dritten und die Einrichtung und der Betrieb einer gemeinsamen Meldestelle werfen datenschutzrechtlich folgende zwei Fragen auf, die in der Gesetzesbegründung durch Klarstellung ausgeräumt werden sollten: (i) die datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit der beteiligten Unternehmen und (ii) die Rechtsgrundlage für die Übermittlung der personenbezogenen Daten zwischen den Unternehmen. Darüber hinaus sollte die Pflicht, dass die Rückmeldungen an den Hinweisgeber stets durch den Beschäftigungsgeber und nicht durch andere Stellen zu erfolgen haben, nicht nur in § 14 Abs. 2 HinSchG-E für die gemeinsame Meldestelle, sondern auch in § 14 Abs. 1 HinSchG-E für den Fall der Beauftragung Dritter, geregelt werden.

Sofern dem Dritten oder der gemeinsamen Meldestelle der Betrieb der Meldestelle als eigenständige Aufgabe übertragen wird, die sie weisungsunabhängig von den beteiligten Unternehmen ausüben sollen, sind der Dritte bzw. die gemeinsame Meldestelle als gemeinsame datenschutzrechtlich Verantwortliche mit den beteiligten Unternehmen einzustufen. Die Gesetzesbegründung zu § 14 Abs. 1 HinSchG-E ist in diesem Punkt missverständlich, indem dort ausgeführt wird, die interne Meldestelle solle nicht für die Verarbeitung Verantwortliche im Sinne der datenschutzrechtlichen Vorschriften sein. Für externe Dritte ist in der Gesetzesbegründung lediglich die Beauftragung als Auftragsverarbeiter mit einer Vereinbarung zur Auftragsverarbeitung genannt. In der Praxis werden die Unternehmen die Errichtung und den Betrieb der Meldestelle regelmäßig nicht als Auftragsverarbeitung sondern als eigenständige weisungsfreie Aufgabe in einer Konzerngesellschaft zentrieren oder an externe Berater oder Rechtsanwaltskanzleien vergeben. Diese Gestaltung wird in der Gesetzesbegründung auch präferiert, indem darauf hingewiesen wird, dass die beauftragten Konzerngesellschaften vom Beschäftigungsgeber unabhängig agieren sollen. Zu der gemeinsamen Verantwortlichkeit sollte in der Gesetzesbegründung klargestellt werden, dass die Pflichten der als gemeinsame Verantwortliche beteiligten Unternehmen aus der DSGVO in einer Vereinbarung zur gemeinsamen Verantwortlichkeit gemäß Art. 26 Abs. 2 DSGVO zu regeln sind, mit der Besonderheit, dass die Rückmeldung an den Hinweisgeber stets

durch den Beschäftigungsgeber zu erfolgen hat. Der HinSchG-E enthält nur in § 14 Abs. 2 Satz 2 bei Errichtung einer gemeinsamen Meldestelle, nicht aber bei der Beauftragung von Dritten, die Pflicht, dass die Rückmeldung an den Hinweisgeber stets durch den Beschäftigungsgeber zu erfolgen hat. Da das Risiko einer intransparenten Information des Hinweisgebers durch andere Stellen als den Beschäftigungsgeber bei der Übertragung der Aufgabe einer internen Meldestelle an andere Konzerngesellschaften und externe Berater und Rechtsanwaltskanzleien als datenschutzrechtlich Verantwortliche in derselben Weise besteht wie bei der Errichtung einer gemeinsamen Meldestelle, sollte auch für diese Fälle die Pflicht zur Rückmeldung an den Hinweisgeber ausdrücklich dem Beschäftigungsgeber zugewiesen werden.

Als Rechtsgrundlage für die Übermittlung der personenbezogenen Daten vom Beschäftigungsgeber an die Meldestelle kommen Art. 6 Abs. 1 Satz 1 Buchstabe c) DSGVO (rechtliche Verpflichtung, der der Verantwortliche unterliegt) und Art. 6 Abs. 1 Satz 1 Buchstabe f) DSGVO (berechtigtes Interesse des Verantwortlichen oder eines Dritten) in Betracht. Die rechtliche Verpflichtung zur Errichtung einer Meldestelle dürfte die Verarbeitung personenbezogener Daten bei der Bearbeitung der Meldungen, aber nicht die Übermittlung an einen Dritten rechtfertigen, da die Beauftragung eines Dritten und die Errichtung einer gemeinsamen Meldestelle zwar rechtlich zulässig, aber nicht rechtlich verpflichtend sind. Die in der Gesetzesbegründung für die gemeinsame Meldestelle genannten Gründe, eine ökonomische Überlastung der beteiligten Unternehmen dadurch zu vermeiden, dass sie durch eine gemeinsame Meldestelle Ressourcen schonen sowie Kosten und Aufwand reduzieren können, sollten auch für die Zentralisierung der Aufgabe im Konzern nach § 14 Abs. 1 HinSchG-E genannt und als berechnete Interessen für die Übermittlung der personenbezogenen Daten an die gemeinsame Meldestelle bzw. zentrale Meldestelle im Konzern gemäß Art. 6 Abs. 1 Satz 1 Buchstabe f) DSGVO eingestuft werden.

6. Auskunftspflicht gegenüber der externen Meldestelle (§ 29 Abs. 1)

In Art. 7 Abs. 2 HinSch-RL ist festgehalten, dass die Mitgliedstaaten sich dafür einsetzen sollen, *dass die Meldung über interne Meldekanäle gegenüber der Meldung über externe Meldekanäle in den Fällen bevorzugt wird, in denen intern wirksam gegen den Verstoß vorgegangen werden kann und der Hinweisgeber keine Repressalien befürchtet.*

§ 7 Abs. 1 HinSchG-E sieht demgegenüber generell einen Parallellauf der Meldung an interne und externe Meldestellen. Gleichzeitig sieht § 29 HinSchG-E ein umfassendes Auskunftsrecht der externen Meldestellen gegenüber dem Hinweisgeber, dem betroffenen Beschäftigungsgeber, Dritten und Behörden vor. Für entsprechende Auskunftsverlangen sollen Zeugnisverweigerungsrechte nach den §§ 53 und 53a und das Auskunftsverweigerungsrecht nach § 55 der Strafprozessordnung entsprechend gelten.

Die ausdrückliche Gleichstellung der Meldung an interne und externe Meldestellen sorgt für praktische und rechtliche Unwägbarkeiten.

- Es ist zu erwarten, dass Meldungen an externe Meldestellen von Hinweisgebern verstärkt genutzt werden, so dass der Beschäftigungsgeber in einer Vielzahl von Fällen nur indirekt und ggf. auch nur zeitverzögert die Möglichkeit haben werden, auf Meldungen zu reagieren.

- Es ist unklar, wie in welchem Verhältnis das externe Meldeverfahren zu den politisch und von den Aufsichts- bzw. Strafverfolgungsbehörden zunehmend gewünschten unternehmensinternen Ermittlungen steht. Durch die nicht abgestufte Regelung wird Unternehmen die Möglichkeit genommen, Sachverhalte intern aufzuarbeiten, entsprechende Maßnahmen zu ergreifen und damit auch prozessual zustehende Rechte und Vorteile in Aufsichts- und Ermittlungsverfahren für sich zu nutzen.
- Zudem drohen aufgrund des umfassenden Auskunftsrechts den betroffenen Unternehmen Reputationsschäden, wenn (externe) Meldungen im Wege von Auskunftersuchen insbesondere bei Geschäftspartnern oder Kunden („Dritte“) aufgearbeitet werden. Zwar lösen Falschmeldungen von Hinweisgebern nach § 38 HinSchG-E Schadensersatzpflichten aus, allerdings wird dies nicht jeden Hinweisgeber von unrichtigen oder „übertreibenden“ Meldungen abhalten, wie schon die Praxis anonymer Strafanzeigen zeigt. Strafverfolgungsbehörden sind jedoch aufgrund der Vorgaben der Strafprozessordnung zum erforderlichen Verdachtsgrad und eines entsprechenden fachlichen und empirischen Erfahrungsschatzes im Regelfall in der Lage sensibel mit solchen Meldungen umzugehen und entsprechende Einwertungen vorzunehmen. Hier ist auch ist zu bedenken, dass ein Schadensersatzanspruch gegen eine natürliche Person angesichts der möglicherweise erheblichen Reputationsschäden in der Praxis regelmäßig ins Leere laufen wird.
- Der Umfang und die Art Durchsetzung der gegenüber dem Beschäftigungsgeber (Unternehmen) bestehenden Auskunftsrechte der externen staatlichen Meldestelle, bei der ein Hinweis eingeht, ist nicht ausreichend konkretisiert. Auch die Begründung des Entwurfs führt lediglich aus, dass *„vor dem Hintergrund der den externen Meldestellen ebenfalls eingeräumten Möglichkeit, ein Verfahren nach pflichtgemäßem Ermessen eigenständig abzuschließen, ihnen Methoden zur Verfügung stehen müssen, die ihnen eine weitergehende Analyse des Sachverhalts, einschließlich einer Prüfung der Zuverlässigkeit der Informationsquelle, erlauben. Nur so ist eine sinnvolle Entscheidung über die weiteren erforderlichen Folgemaßnahmen und eine effektive Aufgabenwahrnehmung durch die externen Meldestellen möglich.“* Es steht zu befürchten, dass umfassende Ermittlungsmaßnahmen außerhalb des bestehenden, historisch gewachsenen und durch umfangreiche Rechtsprechung geprägten Rechtsrahmens z.B. der Strafprozessordnung oder der Abgabenordnung begründet werden. Die Aufarbeitung von Hinweisen sollte im Regelfall zunächst dem betroffenen Unternehmen selbst überlassen werden oder aber den entsprechend erfahrenen Ermittlungsbehörden, die auch aufgrund der bestehenden Ermittlungserfahrung und des gesetzlichen Rahmens gerade der StPO gerade kritische Sachverhalte u.E. besser einordnen können.
- In diesem Kontext sehen wir kritisch, dass zwar Zeugnisverweigerungsrechte nach den §§ 53 und 53a und das Auskunftsverweigerungsrecht nach § 55 der Strafprozessordnung entsprechend gelten sollen. Allerdings ist u.E. nicht ausreichend konkretisiert, in welchem Umfang solche Zeugnisverweigerungsrechte gerade im Zusammenspiel Unternehmen, gesetzliche Vertreter und Mitarbeiter ausgeübt werden können. Es ist insbesondere nicht ausreichend konkretisiert, welche Rechtsschutzmöglichkeiten dem betroffenen Unternehmen im Rahmen von Anfragen zustehen.
- Zudem ist u.E. nicht hinreichend geregelt, inwieweit über die genannten Zeugnisverweigerungsrechte hinaus ein Recht auf Auskunftsverweigerung aufgrund eines berechtigten Interesses

besteht. Dies z.B. aufgrund anderer vertraglicher oder gesetzlicher Vertraulichkeitspflichten. Unternehmen könnten sich ggf. im Nachgang Schadensersatzansprüchen Dritter ausgesetzt sehen, sofern Sie vorschnell Auskünfte erteilt haben.

Zusammenfassend regen wir daher zumindest an, einen abgestuften Meldeprozess entsprechend Art. 7 Abs. 2 HinSch-RL vorzusehen, so dass Meldungen vorrangig an interne Meldestellen abzugeben sind.

Zudem sind bei externen Meldungen Auskunftsverweigerungsrechte zu konkretisieren und berechnete Interessen der betroffenen Unternehmen stärker zu berücksichtigen. Im Sinne eines ausgewogenen Schutzes der Rechtsordnung und des Zwecks der Hinweisgeberrichtlinie sollte der bestehende verwaltungs- und sanktionsrechtliche Rechtsrahmen auch weiterhin genutzt werden.

7. Beweislastumkehr (§ 36 HinSchG-E)

Der Referentenentwurf soll die in Art. 21 Abs. 5 HinSch-RL geregelte Beweislastumkehr im Fall einer Benachteiligung in nationales Recht umsetzen. Der Entwurf sieht dazu Regelungen in § 36 HinSchG-E vor. Die Beweislastumkehr ist in § 36 Abs. 2 Satz 2 HinSchG-E geregelt. Diese ist im Zusammenhang mit der gesetzlichen Vermutung des § 36 Abs. 2 Satz 1 HinSchG-E zu würdigen. Im zur Diskussion gestellten Regelungsentwurf zeigen sich in der Norm selbst als auch im Zusammenspiel der in Rede stehenden Normen strukturelle Defizite und systematische Unklarheiten. Eine Überarbeitung ist daher aus Gründen der Rechtssicherheit und -klarheit wünschenswert. Im Einzelnen:

Nach dem Wortlaut unklar bleibt, ob die gesetzliche Vermutung, wonach eine berufliche Benachteiligung einer hinweisgebenden Person eine Repressalie sei, für jede Meldung – also auch für Falschmeldungen – gelten soll. Zwar kann die Legaldefinition der hinweisgebenden Personen in § 1 Abs. 1 HinSchG-E dahingehend ausgelegt werden, dass dazu nur solche Personen zu zählen sind, die wahrhaftige Meldungen oder Offenlegungen zu Verstößen machen, weshalb der Anwendungsbereich des § 36 HinSchG-E nicht eröffnet wäre, wenn die Meldung oder Offenlegung unrichtig ist. Die Systematik des HinSchG-E deutet jedoch in eine andere Richtung; eine Schutzwürdigkeit von Personen, die vorsätzlich oder grob fahrlässig unrichtige Informationen über Verstöße meldet, erkennt der Entwurf nicht, vgl. § 9 Abs. 1 HinSchG-E. Im Umkehrschluss aus § 9 Abs. 1 HinSchG-E wäre damit im Falle einfacher Fahrlässigkeit der Falschmeldung oder Offenlegung gleichwohl von einer hinweisgebenden Person im Sinne des § 1 Abs. 1 HinSchG-E auszugehen, die sich sodann auf § 36 Abs. 2 Satz 1 HinSchG-E berufen könnte. Dementsprechend sieht § 38 HinSchG-E ebenfalls ausschließlich für Fälle vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Meldung oder Offenlegung eine Schadensersatzpflicht vor. Sowohl die gesetzliche Vermutung in § 36 Abs. 2 Satz 1 HinSchG-E als auch die Beweislastumkehr gemäß § 36 Abs. 2 Satz 2 HinSchG-E in Fällen fahrlässiger Falschmeldungen erscheint jedoch unbillig.

Unklar bleibt auch, das Verhältnis von „Repressalien“ und „Benachteiligungen“. Der Begriff der Repressalien ist in § 3 Abs. 6 HinSchG-E legaldefiniert; es sind hiernach

„Handlungen oder Unterlassungen im Zusammenhang mit der beruflichen Tätigkeit, die eine Reaktion auf eine Meldung oder eine Offenlegung sind und durch die der hinweisgebenden Person ein ungerechtfertigter Nachteil entsteht oder entstehen kann.“

Die Gesetzesbegründung hebt als Tatbestandsmerkmal einer Repressalie die Kausalität zwischen der Meldung oder Offenlegung eines Verstoßes und der Benachteiligung hervor. Bedeutsam ist insoweit das Tatbestandsmerkmal der „Reaktion“, diese setzt Kenntnis von sowohl der Meldung oder Offenlegung als auch der Identität der hinweisgebenden Person voraus, und den Vorsatz durch Handlung oder Unterlassung zu benachteiligen. Eine Benachteiligung im Sinne des § 3 Abs. 6 HinSchG-E ist daher immer als ungerechtfertigter Nachteil – und somit als Repression – zu verstehen. Aus § 36 Abs. 2 Satz 2 HinSchG-E folgt hingegen, dass eine „Benachteiligung“ hinreichend gerechtfertigt sein oder auf anderen Gründen als der Meldung oder Offenlegung beruhen könne. Der Wortlaut des Gesetzentwurfs ist damit missverständlich.

Die wertende Begrifflichkeit der „Benachteiligung“ ist in dem Kontext von § 36 Abs. 2 Satz 1 HinSchG-E daher abzulehnen, denn nicht jede Handlung oder Unterlassung ist eine Benachteiligung. Vielmehr kann von einer Benachteiligung bereits vom Wortlaut dann nicht ausgegangen werden, wenn die Handlung oder Unterlassung gegenüber dem Betroffenen rechtmäßig und somit gerechtfertigt war. Demnach kommt auch dem Begriff der Benachteiligung in § 36 Abs. 2 Satz 1 HinSchG-E eine mittelbare Vermutungswirkung zu. Systematisch folgerichtig sollte der Wortlaut des Gesetzes hingegen solange nicht von einer Benachteiligung ausgehen, wie die Handlung oder Unterlassung keine repressive Wirkung im Sinne des § 3 Abs. 6 HinSchG-E hat. Erst mit Einsetzen der Rechtsfolge des § 36 Abs. 2 Satz 1 HinSchG-E – der gesetzlichen, aber widerleglichen Vermutung – kann von einer Repression gesprochen werden. Zu empfehlen ist daher eine Änderung des Wortlauts in § 36 Abs. 2 HinSchG-E, bspw. wie folgt:

„Erfährt eine hinweisgebende Person nach einer Meldung oder Offenlegung Handlungen oder Unterlassungen im Zusammenhang mit der beruflichen Tätigkeit, durch die ihr ein Nachteil entsteht oder entstehen kann, so wird vermutet, dass eine Repressalie im Sinne des § 3 Abs. 6 HinSchG-E vorliegt. In diesem Fall hat die Person, die die hinweisgebende Person der Handlung oder Unterlassung im Zusammenhang mit der beruflichen Tätigkeit unterworfen hat, zu beweisen, dass die Handlung oder Unterlassung auf hinreichend gerechtfertigten Gründen basierte oder dass sie nicht auf der Meldung oder Offenlegung beruhte.“

Unklar bleibt auch, welche Wirkung dem Nachweis über die Unrichtigkeit der Meldung oder Offenlegung zukommen könnte. Wäre infolge einer erwiesenen Unrichtigkeit der Anwendungsbereich der gesetzlichen Vermutung in § 36 Abs. 2 Satz 1 HinSchG-E bereits entzogen oder wäre ein Fall des § 36 Abs. 2 Satz 2 HinSchG-E gegeben. Für die Nichteröffnung des Anwendungsbereichs des § 36 Abs. 2 Satz 1 HinSchG-E könnte sprechen, dass zumindest Personen, die vorsätzliche oder grob fahrlässige Meldungen oder Offenlegungen machen, nicht schützenswert im Sinne des HinSchG-E sind.

Zudem enthalten weder die Regelungen zur Vermutung des Vorliegens einer Repressalie als auch zur Beweislastumkehr keine zeitliche Beschränkung. Richtigerweise wird hierzu in der Gesetzesbegründung ausgeführt, dass bei der Frage der Kausalität auch der zeitliche Zusammenhang zwischen der Meldung oder Offenlegung eines Verstoßes und der Benachteiligung zu berücksichtigen sein dürfte.

Nicht vergessen werden sollte in diesem Zusammenhang aber auch, dass es der vermeintlich benachteiligten Person möglich bleiben muss, einen entsprechenden Nachweis zur Widerlegung der

gesetzlichen Vermutung des § 36 Abs. 2 Satz 1 HinSchG-E zu führen. Angesichts der derzeitigen Regelung zur Löschung der Dokumentation im HinSchG-E bestehen daran erhebliche Zweifel.

Die gesetzliche Vermutung einer repressiven Benachteiligung ist gemäß § 36 Abs. 2 Satz 2 HinSchG-E widerleglich. Daraus ergibt sich mit Blick auf die zu wahrende Anonymität der hinweisgebenden Person ein interessantes Spannungsverhältnis zu § 8 HinSchG-E. Man wird kaum soweit gehen können, dass man aus der gesetzlichen Vermutung der Benachteiligung auch zugleich einen Verstoß gegen die Vertraulichkeit nach § 8 HinSchG-E ableiten kann. Konsequenterweise wäre dem Beschäftigungsgeber damit aber der Hinweis auf die gesetzliche Pflicht zu Wahrung der Anonymität des Hinweisgebers eröffnet – eine dann aber für ihn streitende Vermutung, wonach die sog. „Benachteiligung“ in Ermangelung der Kenntnis von der Identität der Person nicht auf der Meldung oder Offenlegung beruhen kann. Damit wäre dann der Kausalität von „Benachteiligung“ und Meldungen oder Offenlegungen die Grundlage entzogen.

Zu begrüßen ist, dass die Gesetzesbegründung in Bezug auf die Beweislastumkehr ausdrücklich Umstände erwähnt, die im Rahmen einer Beweiswürdigung durch ein Gericht berücksichtigt werden können. So werden die Geringfügigkeit von gemeldeten Verstößen, der erfolgreiche Abschluss des Verfahrens (etwa durch Abhilfe der gemeldeten Missstände) oder die Tatsache, dass die Person, die die benachteiligende Maßnahme ergriffen hat, keine Kenntnis von der Meldung hatte, bezeichnet. Ein weiterer wichtiger Umstand, der im Rahmen einer Beweiswürdigung berücksichtigt werden sollte, ist die Tatsache, ob die Meldung anonym oder nicht anonym abgegeben wurde. Sollte sich die Identität des Hinweisgebers erst zu einem späteren Zeitpunkt herausstellen, ist fraglich, ob eine etwaige Benachteiligung auch kausal auf der Abgabe der Meldung beruhte. Nach unserer Einschätzung ist dieser Fall sehr praxisrelevant, da damit zu rechnen ist, dass ein Großteil der Meldungen anonym erfolgen wird. Vor diesem Hintergrund regen wir an, die Gesetzesbegründung mit diesem weiteren Umstand zu ergänzen.

Begrüßt wird darüber hinaus die Differenzierung im Gesetzentwurf, hinsichtlich der Möglichkeiten der benachteiligenden Person, die gesetzliche Vermutung zu widerlegen. Gem. § 36 Abs. 2 Satz 2 HinSchG-E kann die Vermutung entweder zum einen durch den Nachweis, dass die Benachteiligung auf einem hinreichend gerechtfertigten Grund basierte, widerlegt werden. Zum anderen ist eine Widerlegung durch den Nachweis, dass die Benachteiligung nicht auf der Meldung oder Offenlegung beruhte, möglich. Ohne die Wortlautregelung *„oder dass sie nicht auf der Meldung oder Offenlegung beruhte“*, könnte andernfalls ein Schadensersatzanspruch nach § 37 HinSchG-E auch dann bestehen, wenn die ungerechtfertigte Benachteiligung nicht kausal auf der Abgabe einer Meldung oder Offenlegung beruhte, da eine Widerlegung der Vermutung mangels Regelung nicht möglich wäre. Im Falle einer unwirksamen Kündigung gegenüber einem Hinweisgeber wäre z.B. ein solcher Schadensersatzanspruch insbesondere dann denkbar, wenn die Kündigung tatsächlich nicht wegen der Meldung des Hinweisgebers ausgesprochen wurde, sondern z.B. auf betriebsbedingten Gründen beruhte, aber wegen einer fehlerhaften Sozialauswahl unwirksam war. Dies würde dem Sinn und Zweck des Schadensersatzanspruch nach § 37 HinSchG-E entgegenstehen.

8. Schutz anonymer Hinweise

Es besteht nach § 16 Abs. 1 HinSchG-E keine Verpflichtung, interne Meldekanäle so zu gestalten, dass sie die Abgabe anonymer Meldungen ermöglichen. Vorbehaltlich spezialgesetzlicher Regelungen sind nach § 27 Abs. 1 HinSchG-E auch externe Meldestellen nicht verpflichtet, anonyme Meldungen zu bearbeiten.

Eine wesentliche Voraussetzung für den Erfolg eines Meldesystems ist jedoch die Möglichkeit der anonymen Meldungsabgabe. Die jährliche Benchmarking-Studie von EQS Group AG (Whistleblowing Report 2021, abrufbar unter <https://www.integrityline.com/de/knowhow/white-paper/whistleblowing-report/>) belegt, dass mehr als 50% der Ersthinweise anonym abgegeben werden und 75% der Hinweisgebenden sich einen Postkasten für die anonyme Kommunikation mit der annehmenden Stelle einrichten. Dies spiegelt die hohe Unsicherheit, die Hinweisgebende haben, oft ist es nicht nur der Schutz der eigenen Identität, der die Anonymität verlangt, auch mangelndes Vertrauen in die nachgelagerten Prozesse oder Zweifel an der Relevanz des Hinweises lassen die Anonymität als einzig gangbaren Weg erscheinen. Laut Benchmarking-Studie sind dann aber auch zwei Drittel der Hinweisgebenden bereit die Anonymität aufzugeben, wenn eine kompetente und vertrauenswürdige Bearbeitung erfolgt.

Nach Artikel 6 des Entwurfes des Gesetzes für einen besseren Schutz hinweisgebender Personen sowie zur Umsetzung der Richtlinie zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden, wird § 4d Abs. 2 Nr. 2 des Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetzes so gefasst, dass

„das Hinweisgeberschutzgesetz mit der Maßgabe anzuwenden [ist], dass die Meldungen auch anonym abgegeben werden können.“

Vor dem Hintergrund der richtiger Weise über die Vorgaben der HinSch-RL erfolgten Ausdehnung des sachlichen Anwendungsbereichs in § 2 HinSchG-E auf alle Verstöße, die strafbewehrt sind, sowie auf bußgeldbewehrte Verstöße, soweit die verletzte Vorschrift dem Schutz von Leben, Leib, Gesundheit oder dem Schutz der Rechte von Beschäftigten oder ihrer Vertretungsorgane dient, sollten zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen die Regelungen zur Anonymität in § 16 Abs. 1 HinSchG-E sowie § 27 Abs. 1 HinSchG-E überdacht werden.
