

## Stellungnahme

---

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

Berlin, Mai 2022  
Abteilung Arbeitsmarkt, Tarifpolitik und Arbeitsrecht  
Abteilung Organisation und Recht

# Stellungnahme zum „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. Einführung

Das Bundesministerium der Justiz (BMJ) hat am 13. April 2022 den „Entwurf eines Gesetzes für einen besseren Schutz hinweisgebender Personen sowie zur Umsetzung der Richtlinie zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden“, kurz Hinweisgeberschutzgesetz (HinSchG-RefE), in die Länder- und Verbändeanhörung gegeben. Der Gesetzentwurf dient der Umsetzung der europäischen Hinweisgeberschutz-Richtlinie (RL (EU) 2019/1937) vom 23. Oktober 2019 und verfolgt das Ziel, Hinweisgeber bei der Meldung oder Offenlegung von Missständen in der Privatwirtschaft und der öffentlichen Verwaltung vor Benachteiligungen zu schützen und ihnen Rechtssicherheit zu geben.

Personen, die Missstände in Unternehmen aufdecken, besser vor persönlichen Nachteilen zu schützen, ist ein wichtiges gesellschaftspolitisches Anliegen. Gleichzeitig dürfen aber mittelständische Betriebe, die bereits unter den aktuellen Krisen und Beeinträchtigungen leiden, nicht durch weitere bürokratische Maßnahmen und Regelungen belastet werden, die über eine 1:1-Umsetzung der zwingenden gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben hinausgehen.

Genau diese Übererfüllung von EU-Vorgaben erfolgt jedoch mit dem vorgelegten Referententwurf. So werden unter anderem das Strafrecht und Verstöße gegen bestimmte Vorschriften des Ordnungswidrigkeitenrechts in den Anwendungsbereich einbezogen. Zudem wird der Anwendungsbereich über die in der Hinweisgeberschutz-Richtlinie angegebenen Rechtsbereiche

hinaus auf korrespondierendes nationales Recht erweitert.

Unverständlich ist zudem, warum der sich aus der europäischen Hinweisgeberschutz-Richtlinie ergebende Appell an die Mitgliedstaaten, sich vorrangig für die Meldung über bestehende interne Meldestellen einzusetzen, bisher ungehört blieb. Der Entwurf enthält dazu keine Aussage. Hier ist der Gesetzgeber aufgerufen, zumindest wirksame Anreize dafür zu setzen, dass primär interne Meldestellen genutzt werden. Schließlich führt der Gesetzentwurf zu erheblichen Mehrbelastungen der Wirtschaft und nutzt nicht bestehende Potentiale, diese Belastungen möglichst gering zu halten.

## 2. Zu den Regelungen im Einzelnen

Zu den Umsetzungsvorschlägen des Bundesministeriums für Justiz nimmt der ZDH wie folgt Stellung:

### 2.1 Anwendungsbereich im Sinne einer 1:1-Umsetzung nachschärfen (§ 2 HinSchG-RefE)

Der Gesetzentwurf wählt den Ansatz, die Hinweisgeberschutz-Richtlinie durch Schaffung eines neuen Stammgesetzes umzusetzen, das allein gegenüber den in § 4 HinSchG-RefE enumerativ aufgelisteten spezialgesetzlichen Regelungen subsidiär ist. Dabei wird unzureichend berücksichtigt, dass sich im Arbeitsrecht bereits ein ausdifferenzierter Hinweisgeberschutz entwickelt hat. Dazu gehört namentlich das

Maßregelungsverbot nach § 612a BGB, auf dessen Grundlage Regelungen zum Whistleblowing bzw. zum Umgang mit Hinweisgebern entwickelt wurden, die beispielsweise auch in Bezug auf § 16 ArbSchG wirken. Zudem hat die Rechtsprechung ein Anzeigerecht entwickelt, das die Interessen von Arbeitnehmern und Arbeitgebern angemessen berücksichtigt.

Daher bilden das individuelle und kollektive Arbeitsrecht sowie die Arbeitsschutzgesetze bereits ein austariertes System der Interessenabwägung zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern. Zudem bietet es durch seine Schutzregelungen interne Mechanismen, die sich in der betrieblichen Praxis bewährt haben, Umgehungen und Benachteiligungen auszuschließen und diese im Zweifelsfall zu sanktionieren.

Daher sollte sich das HinSchG-RefE als Umsetzungsrechtsakt auf die Einhaltung der Vorschriften zur öffentlichen Auftragsvergabe sowie die Vermeidung von Verstößen gegen Unionsvorschriften auf den in Art. 2 Abs. 1 der Hinweisgeberschutz-Richtlinie genannten Gebieten beschränken. Dies erscheint auch im Hinblick auf die „One in, one out“-Regelung der Bundesregierung zwingend geboten. Dieses im Rahmen der Eckpunkte zur weiteren Entlastung der mittelständischen Wirtschaft vereinbarte und auch als „Bürokratiebremse“ vereinbarte Prinzip sieht vor, dass für jede Neubelastung durch gesetzgeberische Maßnahmen an anderer Stelle Belastungen abgebaut werden müssen.

Genau hiergegen verstößt der Gesetzentwurf. Denn die Vorgaben der Bürokratiebremse greifen nur in restriktiven Ausnahmefällen nicht, so bei einer 1:1-Umsetzung gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben. Im Gesetzentwurf zum Erfüllungsaufwand wird unter E.2 pauschal behauptet, dieser beruhe auf EU-Recht. Indes erfolgt gerade durch die in § 2 Abs. 1 Nrn. 1 und 2 HinSchG-RefE vorgesehene Einbeziehung von straf- und

bußgeldbewehrten Verstößen, durch die Erstreckung auf jedwede Vorgaben des Umweltschutzes sowie von Verstößen gegen für Körperschaften und Personenhandelsgesellschaften geltende steuerliche Rechtsnormen eine deutliche Ausweitung des sachlichen Anwendungsbereichs. Diese Ausweitung dürfte den Kreis der spezifisch betroffenen Unternehmen deutlich erhöhen.

Die Einbeziehung strafrechtlich bewehrter Verstöße in den Anwendungsbereich erscheint auch insoweit problematisch, als es allein individuelle Schuld gibt und das deutsche Strafrecht bisher keine strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen über Zurechnungsnormen kennt. Insofern hilft auch die Legaldefinition des § 3 Abs. 2 Nr. 1 HinSchG-RefE nicht weiter, wonach es sich bei „Verstößen“ um „Handlungen oder Unterlassungen im Rahmen einer beruflichen, unternehmerischen oder dienstlichen Tätigkeit“ handelt, die „rechtswidrig sind und die Vorschriften oder Rechtsgebiete betreffen, die in den sachlichen Anwendungsbereich nach § 2 fallen.“

In der Gesetzesbegründung heißt es lediglich, es sei sachgerecht, hinweisgebende Personen stets dann zu schützen, wenn ein Verstoß gegen Strafvorschriften im Raum stehe (S. 60 f.). Unklar ist allerdings, ob ein Anfangsverdacht, ein hinreichender Tatverdacht und oder ein dringender Tatverdacht erforderlich ist, oder aber bloße Vermutungen ausreichend sein können. Diese Problemlagen legen nahe, auf die Einbeziehung strafrechtlich bewehrter Verstöße zu verzichten und stattdessen auf klar benennbare Rechtsbereiche abzustellen, wie dies auch in der Hinweisgeberschutz-Richtlinie geschieht.

Bei der in § 2 Abs. 1 Nr. 2 HinSchG-RefE vorgesehenen Einbeziehung bußgeldbewehrter Vorschriften wird die in der Formulierung enthaltene Einschränkung, dass die bußgeldbewehrten Verstöße dem Schutz von Leben, Leib oder Gesundheit oder dem Schutz der Rechte von

Beschäftigten oder ihrer Vertretungsorgane dienen müssten, in der Gesetzesbegründung vollständig verwässert. Denn es soll ausreichend sein, wenn sie dazu beitragen, den Schutz der genannten Rechtsgüter und Rechte zu gewährleisten, was beispielsweise bei Regelungen des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes zu bejahen sein soll, obwohl sie in erster Linie die Ordnung auf dem Arbeitsmarkt sichern. Da gemäß § 33 Abs. 1 Nr. 3 HinSchG-RefE die Schutzbestimmungen bereits dann greifen sollen, wenn die hinweisgebende Person hinreichenden Grund zu der Annahme hatte, die Informationen beträfen Verstöße, die in den Anwendungsbereich des Gesetzes fallen, geht diese Unschärfe des Anwendungsbereichs zu Lasten des Beschäftigungsgebers.

Auch wenn bei objektiver Betrachtung der sachliche Anwendungsbereich des Hinweisgeberschutzgesetzes nicht eröffnet ist, kann sich daher ein Hinweisgeber stets darauf berufen, einen „hinreichenden Grund zu der Annahme“ zu haben, die gemeldeten Informationen entsprächen im Zeitpunkt der Übermittlung der Wahrheit. Hier wird auf das – nur bedingt überprüfbare – subjektive Empfinden von Hinweisgebern abgestellt, das in der Praxis kaum zu widerlegen sein dürfte.

Dies hat aber zur Folge, dass selbst bei objektiv nicht vorliegendem sachlichen Anwendungsbereich des Hinweisgeberschutzgesetzes die Beweislastumkehrregelung des § 36 Abs. 2 HinSchG-RefE greifen könnte, so dass etwa ein Beschäftigungsgeber in einer arbeitsrechtlichen Auseinandersetzung beweisen müsste, dass eine Personalmaßnahme keine Repressalie im Sinne des Gesetzes ist. Diese Problematik kann nur durch eine stärkere Konturierung und Einschränkung des sachlichen Anwendungsbereichs beseitigt werden.

## **2.2 Bevorzugte Nutzung interner Meldestellen in § 7 Abs. 1 HinSchG-RefE als Regelfall**

Der europäische Gesetzgeber ist bei der Hinweisgeberschutz-Richtlinie nicht dem Vorschlag eines dreistufigen Meldeverfahrens gefolgt, wonach Hinweisgeber sich im Regelfall zunächst an interne Meldestellen wenden müssen, und erst im Falle der Erfolglosigkeit interner Meldungen externe Meldestrukturen kontaktieren sowie sich als ultima ratio in der dritten Stufe an die Öffentlichkeit wenden können.

Allerdings enthält die Hinweisgeberschutz-Richtlinie eine gemeinschaftsrechtliche Vorgabe, die im Referentenentwurf nicht hinreichend Berücksichtigung findet. Gemäß Art. 7 Abs. 1 der Hinweisgeberschutz-Richtlinie setzen sich die Mitgliedstaaten „dafür ein, 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.“

Dem trägt § 7 Abs. 1 S. 1 HinSchG-RefE nicht Rechnung, wenn es heißt: „Personen, die beabsichtigen, Informationen über einen Verstoß zu melden, können wählen, ob sie sich an eine interne Meldestelle (§ 12) oder eine externe Meldestelle (§§ 19 bis 24) wenden.“ Daran ändert auch die Regelung des § 28 Abs. 1 S. 3 HinSchG-RefE nichts, wonach die externen Meldestellen in für ein internes Meldeverfahren geeigneten Fällen „zusammen mit der Eingangsbestätigung die hinweisgebende Person auf die Möglichkeit einer internen Meldung hinweisen“ sollen.

§ 7 Abs. 1 HinSchG-RefE sollte daher unter Berücksichtigung des Regelungsgehalts von Art. 7 Abs. 1 der Hinweisgeberschutz-Richtlinie wie folgt formuliert werden:

„Personen, die beabsichtigen, Informationen über einen Verstoß zu melden, sollen sich zunächst an eine interne Meldestelle (§ 12) wenden, sofern davon auszugehen ist, dass im Wege der internen Meldung wirksam gegen den Verstoß vorgegangen werden kann und keine Repressalien zu befürchten sind. Satz 1 berührt nicht das generelle Recht, sich alternativ zu einer internen Meldestelle an eine externe Meldestelle (§§ 19 bis 24) zu wenden, dies insbesondere auch, wenn einem intern gemeldeten Verstoß nicht abgeholfen wurde.“

Hierdurch wird ein im Regelfall sachgerechter Vorrang interner Meldungen zur schnellen Problemlösung normativ umgesetzt. Insofern ist daran zu erinnern, dass Beschäftigungsgeber sich in den allgemeinsten Fällen aus ureigenstem Interesse regelkonform verhalten wollen, es in Einzelfällen dennoch zu Verstößen kommen kann, die sich am schnellsten organisationsintern beseitigen lassen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass viele Beschäftigungsgeber bereits im Rahmen ihres Compliance Managements über ein gut funktionierendes internes Melde- und Kontrollsystem verfügen, so dass hier ohne Gefährdung der betroffenen Rechts- und Schutzgüter im Einzelfall und auch ohne unnötige zeitliche Verzögerungen sofort Abhilfe geschaffen werden kann.

Nur in wenigen Ausnahmefällen, in denen bewusst und gezielt regelwidrig agiert wird, ist indes eine direkte Kontaktaufnahme mit externen Stellen angezeigt und der zur Problembeseitigung zweckmäßigere und schnellere Weg. Denn die externe Meldestelle hat regelmäßig zunächst einmal keinerlei eigene Kenntnisse von dem betreffenden Beschäftigungsgeber, situativen Gegebenheiten und sonstigen relevanten Fakten, weshalb eine Zuständigkeitsprüfung vorgesehen ist (vgl. § 28 HinSchG-RefE), bevor auf das Instrumentarium der §§ 29, 30 HinSchG-RefE zurückgegriffen wird, um den relevanten Sachverhalt zu ermitteln.

Der Ansatz eines Vorrangs interner Meldungen durch eine Soll-Bestimmung passt sich auch am besten in die allgemein bestehende Rechtssystematik ein. So wird aus dem Rücksichtnahmegebot des § 241 Abs. 2 BGB der grundsätzliche Vorrang betriebsinterner Aufklärung abgeleitet, der weitestgehend beibehalten werden sollte. Zu berücksichtigen ist in diesem Kontext, dass grundsätzlich eine Pflicht von Arbeitnehmern zur Loyalität, Zurückhaltung und Vertraulichkeit gegenüber dem jeweiligen Arbeitgeber besteht.

Auch nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte eine Verhältnismäßigkeitsprüfung durchzuführen (EGMR, Rs. 28274/08), in deren Rahmen unter anderem das öffentliche Interesse an der Information, deren Wahrheitsgehalt, Handlungsalternativen des Arbeitnehmers sowie die Gründe für sein Handeln zu berücksichtigen sind. All dies spricht dafür, in § 7 Abs. 1 HinSchG-RefE den Vorrang interner Meldungen als Soll-Bestimmung auszugestalten, da hierdurch die grundsätzliche Wahlfreiheit nach der Hinweisgeberschutz-Richtlinie nicht ausgehebelt wird, indes die bisherige Systematik weitestgehend gewahrt bleibt.

### **2.3 Interne Meldestelle, §§ 12 ff. HinSchG-RefE**

Gemäß § 12 Abs. 1 HinSchG-RefE haben Arbeitgeber dafür zu sorgen, dass bei ihnen mindestens eine Stelle für interne Meldungen eingerichtet und betrieben wird, an die sich Beschäftigte wenden können (interne Meldestelle). Diese Pflicht besteht nach § 12 Abs. 2 HinSchG-RefE für Arbeitgeber und Organisationseinheiten mit in der Regel 50 Beschäftigten.

Für die Umsetzung in der Praxis stellt sich die Frage, für welche Bereiche die neuen Regelungen zum Hinweisgeberschutz greifen, dies nicht nur im Hinblick auf bestehende Informationspflichten, sondern auch für etwaige

nachgelagerte Rechtsstreitigkeiten. Der Referententwurf enthält bei den Bestimmungen zum Anwendungsbereich derart abstrakt und unverständlich gehaltene Regelungen, dass weder Beschäftigungsgeber noch Beschäftigte bei einem Blick ins Gesetz Rechtsklarheit erlangen können. Hierdurch werden insbesondere Beschäftigungsgeber im Rahmen der Umsetzung belastet, da sie zur Einrichtung interner Meldestellen verpflichtet sind, die gemäß § 13 Abs. 2 HinSchG-RefE für Beschäftigte unter anderem „klare und leicht zugängliche Informationen über externe Meldeverfahren gemäß Unterabschnitt 3 und einschlägige Meldeverfahren von Organen, Einrichtungen oder sonstigen Stellen der Europäischen Union“ bereitstellen muss.

Hier sollte eine Ergänzung angefügt werden, dass der Informationspflicht durch Verlinkung auf eine Seite des Bundesamts für Justiz (BfJ) als externer Meldestelle nach § 19 HinSchG-RefE ausreichend Genüge getan wird. Insoweit wären die in § 24 Abs. 2 HinSchG-RefE geregelten Informationspflichten des BfJ entsprechend zu ergänzen, so dass das BfJ die relevanten Informationen zentral bereitstellt und aktualisiert.

Zudem sollte das BfJ verpflichtet werden, für einzelne Wirtschaftszweige nach der WZ2008-Klassifikation den sachlichen Anwendungsbereich zu konkretisieren und diese Hinweise öffentlich zugänglich zu machen. Hierdurch kann Rechtssicherheit geschaffen werden, bei welchem Sachverhalten der Hinweisgeberschutz greift und für welche Fälle die internen Meldestrukturen vorgehalten werden müssen. Beschäftigungsgeber, die sich auf diese BfJ-Informationen verlassen, müssen vor etwaigen Bußgeldern wegen Nichtumsetzung (§ 40 Abs. 2 S. 2 HinSchG-RefE) geschützt werden, wenn ihre Tätigkeitsbereiche nicht in den Informationen zum sachlichen Anwendungsbereich genannt wurden. Diese Informationen sind gleichfalls für potenzielle Hinweisgeber von zentraler Bedeutung, um den Umfang des

Hinweisgeberschutzes in ihrem konkreten beruflichen Kontext einschätzen zu können. Die in § 24 Abs. 2 HinSchG-RefE normierten Informationspflichten sollten insoweit nachgeschärft werden.

Im Gegensatz zu vielen Großunternehmen, die bereits seit vielen Jahren interne Meldewege etabliert haben, wird dies bei mittelständischen Betrieben nur bedingt der Fall sein. Die Einrichtung interner Meldestellen und das damit verbundene formalisierte Verfahren dürfen daher nicht dazu führen, dass neue unnötige bürokratische Belastungen geschaffen werden. Vor diesem Hintergrund ist es positiv zu werten, dass gemäß § 14 Abs. 1 HinSchG-RefE eine interne Meldestelle auch in der Form eingerichtet werden kann, dass nicht nur eine bei dem jeweiligen Arbeitgeber oder bei der jeweiligen Organisationseinheit beschäftigte Person oder eine aus mehreren beschäftigten Personen bestehende Arbeitseinheit mit den Aufgaben einer internen Meldestelle befasst werden kann. Es ist auch möglich, diese Aufgaben auf einen Dritten zu übertragen und dadurch – unter Beibehaltung der Verantwortung des betreffenden Betriebs – die interne Meldestelle auszulagern. Dies ermöglicht es den Betrieben, die Einrichtung der internen Meldestellen mit Blick auf ihre eigenen Organisationsstrukturen und ihrer Größe nach eigenem Ermessen zu regeln.

Begrüßenswert ist es in diesem Zusammenhang auch, dass es mehreren privaten Betrieben mit in der Regel 50 bis 249 Beschäftigte ermöglicht werden soll, eine gemeinsame Stelle einzurichten und betreiben zu können (vgl. § 14 Abs. 2 HinSchG-RefE). Dies erlaubt den Betrieben eine vergleichsweise kostengünstige und weniger aufwendige Lösung.

#### **2.4 Klarere Voraussetzungen für Meldung und Offenlegung (§ 33 Abs. 1 HinSchG-RefE)**

Die Regelung des § 33 Abs. 1 HinSchG-RefE lässt die notwendige Klarheit vermissen. Nach dieser Norm soll ein Hinweisgeber den Schutznormen der §§ 35 bis 37 HinSchG-RefE unterfallen, wenn er (Nr. 1) intern oder extern eine Meldung erstattet oder eine Offenlegung vorgenommen hat, (Nr. 2) zum Zeitpunkt der Meldung oder Offenbarung „hinreichend Grund zu der Annahme“ hatte, dass die von ihm dargelegten Informationen der Wahrheit entsprechen und (Nr. 3) die Informationen Verstöße betreffen, die in den Anwendungsbereich des Hinweischutzgesetzes fallen, oder der Hinweisgeber zum Zeitpunkt der Meldung oder Offenbarung „hinreichenden Grund zu der Annahme“ hatte, dass dies der Fall gewesen sei.

Das Hinweisgeberschutzgesetz schützt seinem Sinn und Zweck nach nur wahrheitsgemäße Meldungen und Offenbarungen über Verstöße. Unter welchen Voraussetzungen davon ausgegangen werden kann, dass der Hinweisgeber zum maßgeblichen Zeitpunkt der Übermittlung „hinreichenden Grund zu der Annahme“ hatte, dass die von ihm übermittelten Informationen der Wahrheit entsprechen, lässt sich aufgrund der Unbestimmtheit dieser Begrifflichkeiten kaum nachprüfen. Eine „Annahme“ ist vielmehr ein kaum verifizierbares subjektives Moment. Es ist weder eines Beweises noch einer Rechtskontrolle zugänglich. Hier droht die Gefahr, dass bereits eine entsprechende pauschale Behauptung des Hinweisgebers, er habe geglaubt – aber eben nicht gewusst – bereits ausreicht, um den Hinweisgeberschutz zu eröffnen. Es ist daher zu erwarten, dass die Unbestimmtheit der Begrifflichkeit, die sich auch in weiteren Regelungen des Gesetzes wiederfindet (vgl. nur §§ 32 Abs. 1 Nr. 2, 34 Abs. 1 HinSchG-RefE) zu erheblichen Unsicherheiten in der betrieblichen

Praxis und damit zu unnötigen Rechtsstreitigkeiten führen wird.

#### **2.5 Keine gesonderte Normierung des Repressalienverbots in § 36 HinSchG-RefE**

Überflüssig ist die Regelung des § 36 Abs. 1 HinSchG-RefE, wonach gegen hinweisgebende Personen gerichtete Repressalien, die Androhung von Repressalien als auch deren Versuch verboten sind. Dieses Verbot gilt gemäß § 34 HinSchG-RefE entsprechend für Personen, die Hinweisgeber unterstützen sowie Dritte, die mit der hinweisgebenden Person in Verbindung stehen.

Diese Gesetzesvorschläge stellen angesichts des im deutschen Arbeitsrecht bereits bestehenden umfangreichen Schutzes vor Maßregelungen eine unnötige Regulierung dar. So normiert etwa bereits die Vorschrift des § 612a BGB im Bereich des Arbeitsrechts ein allgemeines Maßregelungsverbot. Es untersagt dem Arbeitgeber, einen Beschäftigten bei einer Vereinbarung oder Maßnahme zu benachteiligen, weil dieser in zulässiger Weise seine Rechte ausgeübt hat. Die Norm ist unabdingbar und gewährleistet auf diese Weise einen weitreichenden Schutz, der sich nicht nur auf die aus dem Arbeitsvertrag folgenden Rechte beschränkt, sondern sich auf jede Form der Rechtsausübung erstreckt.

Insoweit handelt es sich bei der Norm um ein allgemeines Benachteiligungsverbot und einen Sonderfall der Sittenwidrigkeit (vgl. BAG, Urteil vom 22. Mai 2003, Az.: 2 AZR 426/02). Die Vorschrift des § 612a BGB ist nach einhelliger Auffassung auch auf rechtlich zulässiges Whistleblowing anwendbar. Sie gilt in persönlicher Hinsicht für hinweisgebende Arbeitnehmer, leitende Angestellte, Auszubildende sowie Praktikanten und kann überdies entsprechend auf arbeitnehmerähnliche Personen angewendet werden. Das Maßregelungsverbot richtet sich gegen den

Arbeitgeber, also den Vertragspartner. Normadressaten sind daneben aber auch Dritte, die in die Arbeitgeberstellung eingebunden sind und gegenüber dem Arbeitnehmer zumindest teilweise Arbeitgeberfunktionen ausüben, wie beispielsweise ein Entleiher im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung. Das Maßregelungsverbot des § 612a BGB genügt damit auf dem Gebiet des Arbeitsrechts den Anforderungen der Hinweisgeberschutz-Richtlinie und macht die Regelung des § 36 Abs. 1 HinSchG-RefE nicht nur überflüssig, sondern sorgt durch das geplante Nebeneinander der Normen für unnötige Rechtsunsicherheiten.

## **2.6 Beweislastregelung ist verfehlt, § 36 Abs. 2 HinSchG-RefE**

Problematisch ist darüber hinaus die Vermutungs- und Beweislastregelung des § 36 Abs. 2 HinSchG-RefE. Nach dieser Norm wird in dem Fall, in dem der Hinweisgeber nach einer Meldung oder Offenlegung eine Benachteiligung im Zusammenhang mit seiner beruflichen Tätigkeit erleidet, gesetzlich vermutet, dass diese Benachteiligung eine Repressalie ist. In der Folge soll der Person, die den Hinweisgeber benachteiligt hat, der Beweis obliegen, dass die Benachteiligung auf hinreichend gerechtfertigten Gründen basiert oder dass sie nicht auf der Meldung oder Offenbarung beruht. Gemäß § 34 HinSchG-RefE soll diese Beweislastumkehr auch für Personen entsprechend gelten, die den Hinweisgeber unterstützt haben sowie auch für Dritte, die mit der hinweisgebenden Person in Verbindung stehen.

Vor dem Hintergrund dieser Vermutungs- und Beweislastregelung zulasten des Arbeitgebers kann nicht ausgeschlossen werden, dass sich Beschäftigte zur Sicherung ihres Beschäftigungsverhältnisses mit Blick auf eine erwartete Personalmaßnahme eine von der derzeitigen Rechtsordnung nicht gedeckte und damit vorteilhaftere Rechtsposition im Vergleich zu anderen Mitarbeitern verschaffen können. Erhält etwa ein

Beschäftigter die Information, dass die Beendigung seines Arbeitsverhältnisses geplant ist, könnte er noch vor Kündigungsausspruch einen Vorstoß i.S.v. § 2 HinSchG-RefE melden oder sich als Unterstützer eines Hinweisgebers gerieren, und in einem folgenden Kündigungsschutzverfahren pauschal vorbringen, die Kündigung sei die unmittelbare Folge seiner Meldung bzw. Unterstützung gewesen. Dem Arbeitgeber würde es in diesem Fall obliegen, das Gegenteil zu beweisen, d.h. er müsste einen negativen Tatsachennachweis führen.

Dies ist in den häufigsten Fällen allerdings nur schwer oder kaum leistbar, mit der Folge, dass an sich rechtmäßige Kündigungen und Umstrukturierungsmaßnahmen behindert oder sogar vereitelt werden können und sich der Hinweisgeber gegenüber anderen Beschäftigten einen ungerechtfertigten Vorteil verschaffen kann. Das Bild des altruistisch handelnden Hinweisgebers bzw. Unterstützers, den der Gesetzgeber hier offensichtlich im Blick hat, kann dadurch schnell ins Wanken geraten. Zudem besteht dadurch auch die Gefahr, dass der Betriebsfrieden erheblich gestört wird, wenn der Hinweisgeber oder ein (mutmaßlicher) Unterstützer vorrangig ihre eigenen Schutzinteressen unberechtigt vor die der Kollegen und des Arbeitgebers stellen.

Zu bedenken ist dabei auch, dass Kündigungsschutz nur gewährt werden kann, wenn die Voraussetzungen des Kündigungsschutzgesetzes (KSchG) vorliegen bzw. die Kündigung willkürlich erfolgte. Ob dieser Schutzrahmen eröffnet wird, liegt nicht im Ermessen des Arbeitnehmers. Gerechtfertigte Maßnahmen oder Offenbarungen des Hinweisgebers stellen bereits nach geltender Rechtslage keinen Grund für eine verhaltensbedingte Kündigung im Sinne des KSchG dar. Selbst wenn der Anwendungsbereich des KSchG nicht greift, ist die Kündigung gerichtlich darauf überprüfbar, ob sie willkürlich erfolgte. Somit findet in jedem Fall eine Prüfung der Kündigung



zugrundeliegenden Sachverhalts statt, wobei die bereits existierenden Darlegungs- und Beweislastregelungen in Arbeitsgerichtsprozessen ausreichend sicherstellen, dass Arbeitgeber nicht zu willkürlichen Maßnahmen greifen. Bereits jetzt obliegt den Arbeitgebern der Beweis für die Rechtmäßigkeit der von ihnen gewählten Personalentscheidung. Das verdeutlicht vor allem die den Kündigungsschutzprozess prägende abgestufte Darlegungs- und Beweislast.

## **2.7 Regelungen zur Unterstützung durch Dritte sind unklar, § 34 HinSchG-RefE**

Kritisch ist ferner, dass gemäß § 34 Abs. 1 HinSchG-RefE die §§ 35 bis 37 HinSchG-RefE-E entsprechend auch für Personen gelten sollen, die den Hinweisgeber einer internen oder externen Meldung oder einer Offenlegung im beruflichen Zusammenhang vertraulich unterstützen, sofern die gemeldeten oder offengelegten Informationen (Nr. 1) zutreffend sind oder die unterstützende Person zum Zeitpunkt der Unterstützung hinreichenden Grund zu der Annahme hatte, dass die von der hinweisgebenden Person gemeldeten oder offengelegten Informationen der Wahrheit entsprachen, und (Nr. 2) Verstöße betreffen, die in den Anwendungsbereich dieses Gesetzes fallen, oder die unterstützende Person zum Zeitpunkt der Unterstützung hinreichenden Grund zu der Annahme hatte, dass dies der Fall sei.

Offen ist dabei bereits, was der Gesetzgeber unter dem Begriff „unterstützen“ versteht. Zum einen ist nicht erkennbar, welche Handlungsweisen überhaupt von einer „Unterstützung“ im Sinne des § 34 Abs. 1 HinSchG-RefE erfasst werden sollen. Ferner ist fraglich, wie weitgehend (inhaltlich und zeitlich) die Unterstützungshandlung eines Dritten sein muss, damit dieser sich auf den Schutzbereich der §§ 35 bis 37 HinSchG-RefE berufen kann. Um aus diesen Umständen resultierende Rechtsunsicherheiten in der betrieblichen Praxis

auszuschließen, bedarf es hier einer entsprechenden Klarstellung.

Nicht nachvollziehbar ist zudem, dass Personen, die den Hinweisgeber vertraulich unterstützt haben, selbst dann dem Schutz der vorgenannten Regelungen unterfallen sollen, wenn sie hinreichend Grund zur Annahme hatten, dass die Informationen des Hinweisgebers wahr sind und unter den Anwendungsbereich des Hinweisgeber-schutzgesetzes unterfallen, während der Hinweisgeber selbst den Schutz der §§ 35 bis 37 HinSchG-RefE für sich wegen einer bewusst falschen Meldung überhaupt nicht beanspruchen kann. In diesen Fällen würde der Schutz Dritter ohne erkennbaren Grund weiterreichen, als der Schutz des Hinweisgebers selbst. Es ist nicht hinnehmbar, dass sich Dritte in diesen Fällen gegen Maßnahmen des jeweiligen Unternehmens wenden und dieses sogar mit Schadensersatzforderungen überziehen können (vgl. § 37 Abs. 1 HinSchG-RefE).

Bedenklich ist überdies die Regelung des § 34 Abs. 2 Nr. 1 HinSchG-RefE. Danach sollen sich, sofern die Voraussetzungen des § 33 HinSchG-RefE erfüllt sind, auch Dritte, die mit der hinweisgebenden Person in Verbindung stehen und in einem beruflichen Zusammenhang Repressalien erleiden, auf die entsprechende Anwendung der §§ 35 bis 37 HinSchG-RefE berufen können.

Mit der Regelung des § 34 Abs. 2 Nr. 1 HinSchG-RefE wird der persönliche Anwendungsbereich des Hinweiserschutzgesetzes immens ausgeweitet. Der Hinweisgeber hat bei der Mitteilung oder Offenlegung selbst in der Hand, wen er als Dritten einbezieht und gegebenenfalls auch benennt. Damit kann er selbst den Kreis der nach dem Gesetz geschützten Personen bestimmen. Dies ermöglicht es ihm ohne weiteres, beispielsweise auch einzelne Kollegen, deren Beendigung des Arbeitsverhältnisses zur Entscheidung ansteht, oder aber auch ganze Betriebsabteilungen vor

arbeitgeberseitigen Maßnahmen zu schützen. Für den Arbeitgeber werden dadurch betriebswirtschaftlich notwendige und auch rechtliche mögliche Maßnahmen unnötig erschwert, wenn nicht gar unmöglich gemacht, zumal ihm der Kreis der vom Hinweisgeber einbezogenen Personen im Vorfeld überhaupt nicht bekannt ist.

Problematisch ist überdies die Regelung des § 34 Abs. 3 Nr. 2 HinSchG-RefE. Danach sollen bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 33 HinSchG-RefE die §§ 35 bis 37 HinSchG-RefE-E entsprechend gelten für juristische Personen, rechtsfähige Personengesellschaften und sonstige rechtsfähige Personenvereinigungen, die mit dem Hinweisgeber rechtlich oder wirtschaftlich verbunden sind oder für die der Hinweisgeber tätig ist oder mit denen er in einem beruflichen Kontext anderweitig in Verbindung steht.

Mit dieser Regelung soll beispielsweise das Verhältnis zwischen Unternehmen und Zulieferbetrieben geschützt werden, etwa wenn der Hinweisgeber im Betrieb des Zulieferers beschäftigt ist. In diesen Fällen sollen nach der Gesetzesbegründung auch indirekte Repressalien wie die Verweigerung von Dienstleistungen, ein Geschäftsboykott oder die Erfassung auf „schwarzen Listen“ verhindert werden. Hiermit droht sich der Gesetzgeber jedoch in Widerspruch zu dem im deutschen Zivilrecht geltenden Grundsatz der Vertragsfreiheit zu stellen. Dieser gestattet es jeder Person, Verträge abzuschließen, die sowohl hinsichtlich des Vertragspartners als auch des Vertragsgegenstandes frei bestimmt werden können, sofern diese nicht gegen geltendes Recht verstoßen.

Ob es den Betrieben auch im Rahmen des Hinweisgeberschutzgesetzes weiter offensteht, den Vertragspartner frei und eigenständig wählen zu dürfen, ist allerdings fraglich. Die Beweislastumkehr gemäß § 36 Abs. 2 HinSchG-RefE wird es den Betrieben deutlich erschweren,

nachzuweisen, dass eine Lösung der Vertragsbeziehungen nicht aufgrund einer Meldung, sondern auf sonstigen Gründen beruht. Eine Beweislastumkehr führt in diesem Verhältnis zu keinen sachgerechten Ergebnissen. Zu berücksichtigen ist dabei auch, dass Handwerksbetriebe oftmals Vertragsbeziehungen zu wechselnden Zulieferern oder Subunternehmern eingehen. Eine Beschränkung auf einen Vertragspartner ist hier weder betriebswirtschaftlich sinnvoll noch rechtlich haltbar. Es ist daher sicherzustellen, dass das Prinzip der Privatautonomie nicht über den Umweg des Hinweisgeberschutzgesetzes durch einen Kontrahierungszwang mit dem Betrieb des Hinweisgebers außer Kraft gesetzt wird.

Überdies darf das Gesetz durch die gemäß § 34 Abs. 1 HinSchG-RefE eröffnete Möglichkeit von Schadensersatzzahlungen wegen (vermeintlich) erlittener Nachteile nicht zulasten eines Vertragspartners instrumentalisiert und Unternehmen mit unverhältnismäßigen Forderungen überzogen werden.

## **2.8 Offenlegung bedarf einer Nachbesserung, § 32 HinSchG-RefE**

Nachzuschärfen ist die Regelungen des § 32 Abs. 1 Nr. 1 lit. a) HinSchG-RefE. Nach dieser Norm sollen Personen, die Informationen über Verstöße öffentlich machen unter den Schutzbereich des Hinweisgeberschutzgesetzes fallen, wenn sie zunächst eine externe Meldung erstattet haben, darauf aber innerhalb der Fristen für die Rückmeldung nach § 28 Abs. 4 HinSchG-RefE keine geeigneten Folgemaßnahmen nach § 29 HinSchG-RefE ergriffen wurden.

Die Norm des § 32 HinSchG-RefE legt fest, unter welchen Bedingungen sich der Hinweisgeber nach der Meldung von Verstößen an eine externe Meldestelle an die Öffentlichkeit wenden darf, nämlich u.a. erst dann, wenn die externe Meldestelle „keine geeigneten“ Folgemaßnahmen

eingeleitet hat. Wann eine Folgemaßnahme einer externen Stelle „geeignet“, also „die richtige Maßnahme“ ist und in welchen Fällen der Weg in die Öffentlichkeit in Betracht kommt, lässt sich für Hinweisgeber als Normadressaten kaum beurteilen. Die Unschärfe dieser Regelung mit der Gefahr voreiliger Offenlegungen kann für die Betriebe zu erheblichen ungerechtfertigten Reputationseinbußen führen.

Zwar legt § 29 HinSchG-RefE eine Reihe möglicher Folgemaßnahmen fest, welche die externe Meldestelle im Rahmen pflichtgemäßen Ermessens vornehmen kann. Dass die Beurteilung, ob die tatsächlich von der externen Meldestelle ergriffene Maßnahme eine „geeignete“ war, ausweislich der Gesetzesbegründung anhand objektiver Maßstäbe zu bewerten ist, erschließt sich für den Normadressaten nicht ohne weiteres. So kann die konkret gewählte Maßnahme aus Sicht des Hinweisgebers, sei es aus Verkennung der wirklichen Sach- und Rechtslage, wegen eigener Betroffenheit oder einer Emotionalität heraus, im Einzelfall alles andere als eine „geeignete“ Folgemaßnahme darstellen. Dies kann zu einer unüberlegten und vorschnellen Offenlegung von Verstößen führen und den Ruf der Betriebe unnötig nachhaltig schädigen. Insoweit sollte die Regelung des § 32 Abs. 1 Nr. 1 lit. a) HinSchG-RefE um die Begrifflichkeit „objektiv geeignete“ Folgemaßnahmen ergänzt werden, um hier die nötige Rechtsklarheit zu erreichen.

Problematisch ist ferner, dass sich der Hinweisgeber auch dann unmittelbar an die Öffentlichkeit wenden kann, wenn er gemäß § 32 Abs. 1 Nr. 2 lit. a) HinSchG-RefE hinreichenden Grund zu der Annahme hat, dass der Verstoß wegen eines Notfalls, der Gefahr eines irreparablen Schadens oder vergleichbarer Umstände eine unmittelbare oder offenkundige Gefährdung des öffentlichen Interesses darstellt. Droht tatsächlich ein irreparabler Schaden oder eine Gefährdung des öffentlichen Interesses im vorbeschriebenen Ausmaß,

ist fraglich, was hier mit einer Offenlegung des Verstoßes erreicht werden soll. Die Öffentlichkeit kann der Ausnahmesituation allein durch eine Offenlegung keinen sofortigen Einhalt gebieten. Dies ist nur möglich, wenn betriebsinterne Stellen oder Behörden Gegenmaßnahmen ergreifen.

Nicht nachvollziehbar ist ferner, dass es für den sofortigen Gang in die Öffentlichkeit auch ausreichen soll, wenn der Hinweisgeber einen hinreichenden Grund für die Annahme hat, dass er im Fall einer externen Meldung Repressalien befürchten muss (§ 32 Abs. 1 Nr. 2 lit. b) HinSchG-RefE), oder dass Beweismittel unterdrückt oder vernichtet werden könnten, Absprachen zwischen der zuständigen externen Meldestelle und dem Urheber des Verstoßes bestehen könnten oder aufgrund sonstiger besonderer Umstände die Aussichten gering sind, dass die externe Meldestelle wirksame Folgemaßnahmen nach § 29 HinSchG-RefE einleiten wird (§ 32 Abs. 1 Nr. 2 lit. c) HinSchG-RefE). Diese Aspekte sind derart vom subjektiven Empfinden und Eindrücken des Hinweisgebers abhängig, dass sich die Frage, inwiefern dieser zu Recht den Weg in die Öffentlichkeit suchte, rechtssicher nicht beantworten lässt. Zudem wird hier das Vertrauen in die staatlichen Institutionen untergraben. Daher sollte kritisch geprüft werden, ob die Richtlinienvorgabe zur Offenlegung sich nicht weniger am Wortlaut des Art. 15 RL (EU) 2019/1937 orientierend umgesetzt werden kann.

./.