

## Hinweisgeberschutz in der Warteschleife

von Prof. Dr. Anja Schiemann und  
Paula Schnabel\*

### Abstract

Kurz vor der Ziellinie hatte der Bundesrat das Hinweisgeberschutzgesetz gestoppt. Dabei hätte bereits im Dezember 2021 die EU-Richtlinie 2019/1937 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.10.2019 zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden,<sup>1</sup> in nationales Recht umgesetzt werden müssen. Die Länder haben nicht nur kritisiert, dass die vorliegende Fassung des Hinweisgeberschutzgesetzes weit über die EU-Vorgaben hinausgehe, sondern auch, dass auf die Unternehmen aufgrund der organisatorisch notwendigen Anpassungen zum Hinweisgeberschutz erhebliche Kosten zukommen. Jetzt wählt die Bundesregierung einen anderen Weg und splittet den Entwurf des Hinweisgeberschutzgesetzes in zwei Entwürfe auf. Der erste neu eingebrachte Entwurf ist weitgehend identisch mit dem im Bundesrat gescheiterten, nimmt allerdings ausdrücklich Beamte der Länder, Gemeinden und Gemeindeverbände sowie der sonstigen der Aufsicht eines Landes unterstehenden Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts sowie Richterinnen und Richter im Landesdienst aus dem Anwendungsbereich aus. Durch diesen Trick, so meint die Bundesregierung, sei keine Zustimmung des Bundesrats mehr erforderlich. Zudem wird der mühsame Weg der Anrufung des Vermittlungsausschusses umgangen, der zu weiteren Verzögerungen der Umsetzung der Richtlinie führen würde. Eile ist deswegen geboten, weil die EU-Kommission wegen der fehlenden Umsetzung der Richtlinie bereits vor längerer Zeit ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland eingeleitet hat und Deutschland in diesem Jahr auch vor dem EuGH verklagt hat, weil es mit der Umsetzung der Richtlinie nicht vorankommt.

*Shortly before the finish line, the Federal Council had stopped the Whistleblower Protection Act. The EU Directive 2019/1937 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2019 on the protection of persons who report infringements of Union law should have been transposed into national law as early as December 2021. The Länder have not only criticised that the current version of the Whistleblower Protection Act goes far beyond the EU requirements but also that companies will incur considerable costs due to the organisational adjustments*

*required to protect whistleblowers. Now, the federal government is choosing a different path and is splitting the draft of the Whistleblower Protection Act into two drafts. The first newly introduced draft is largely identical to the one that failed in the Bundesrat but explicitly excludes civil servants of the Länder, municipalities and municipal associations, as well as other public corporations, institutions and foundations subject to the supervision of a Land as well as judges in the service of the Land from the scope of application. Due to this trick, according to the federal government, the act no longer requires the consent of the Bundesrat. In addition, the laborious path of appealing to the Conciliation Committee, which would lead to further delays in the implementation of the directive, could be circumvented. The reason why haste is necessary is that the EU Commission initiated infringement proceedings against Germany a long time ago because of the lack of implementation of the directive and also took Germany to the ECJ this year because it is not making progress with the implementation of the directive.*

### I. Einleitung

Hinweisgeber – oder auch Whistleblower<sup>2</sup> genannt – sehen sich in Deutschland nach der derzeit (noch) geltenden Rechtslage einigen Risiken ausgesetzt. Hinweisgeber im Sinne von Art. 5 Nr. 7 der EU-Richtlinie 2019/1937 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.10.2019 sind Personen, die im Zusammenhang mit ihren Arbeitstätigkeiten erlangte Kenntnisse über Verstöße melden oder offenlegen. Von der Richtlinie erfasst sind hier auch explizit solche Personen, die mit der Organisation, deren Verstöße gemeldet werden sollen, in Kontakt stehen.<sup>3</sup> Hinweisgeber sind demnach Personen, die aus dem Inneren eines Unternehmens oder einer anderen Organisation, Fehlverhalten aufdecken, um die negativen Folgen dessen einzudämmen.<sup>4</sup>

Durch ihre Meldungen leisten Hinweisgeber einen entscheidenden Beitrag zur Aufdeckung und Behebung von betrieblichen Missständen und tragen dadurch sowohl zum Erhalt der Marktgleichheit als auch zum Schutz des Gemeinwohls bei.<sup>5</sup> Insofern ist es der EU ein Anliegen gewesen, den Schutz dieser Personen auszuweiten. Denn aufgrund zu befürchtenden arbeitsrechtlichen oder sogar

\* Beide Verfasserinnen sind am Institut für Straf- und Strafprozessrecht der Universität zu Köln tätig.

<sup>1</sup> Veröffentlicht im Amtsblatt der Europäischen Union L 305/17 vom 26.11.2019.

<sup>2</sup> Ins Deutsche übertragen lässt sich der Begriff allerdings nur bedingt, s. dazu *Engländer/Zimmermann*, NZWiSt 2012, 328 (329). Letztlich geht der Begriff auf eine Anspielung des Verhaltens englischer Polizisten zurück, die bei Wahrnehmung von Regel- oder Gesetzesverstößen in eine Trillerpfeife blasen, vgl. zur Begriffsherkunft *Reiter*, RIW 2005, 168 (169).

<sup>3</sup> Richtlinie (EU) 2019/1937 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2019, S.L305/17.

<sup>4</sup> BT-Drs. 20/3442, S. 56.

<sup>5</sup> Vgl. *Brinkmann/Blank*, BB 2021, 2475; *Schmitt*, NZA-Beil. 3/2020, 50 (54).

strafrechtlichen Konsequenzen kann es sein, dass ein potenzieller Hinweisgeber sich scheut, einen erkannten Missstand tatsächlich durch eine entsprechende Meldung aufzudecken. Gerade in Deutschland ist der Hinweisgeberschutz aktuell eher lückenhaft. Zwar gibt es einige bereichsspezifische Normen bspw. im Wertpapierhandelsgesetz, Arbeitsschutzgesetz oder im Betriebsverfassungsgesetz, die in spezifischen Fällen den Hinweisgeber vor Benachteiligung schützen und auch § 612a BGB greift grundsätzlich in Form eines allgemeinen Maßregelungsverbots. Die praktische Relevanz des § 612a BGB ist aber gering, da den Arbeitnehmer die Beweislast einer Benachteiligung trifft.<sup>6</sup>

Der strafrechtliche Schutz wurde bereits durch das am 26.4.2019 in Kraft getretene Geschäftsgeheimnisgesetz erhöht. Nach § 5 Nr. 2 ist die Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen nicht verboten, sofern dies zum Schutz eines berechtigten Interesses erfolgt, insbesondere zur Aufdeckung rechtswidriger Handlungen oder eines Fehlverhaltens. Allerdings muss die Offenlegung geeignet sei, das öffentliche Interesse zu schützen.<sup>7</sup>

Insgesamt ist aber zu bemängeln, dass der derzeitige Hinweisgeberschutz nicht nur lückenhaft ist, sondern der Whistleblower aufgrund der einzelfallbezogenen Rechtsprechung auf erhebliche Rechtsunsicherheiten trifft, sofern er sich zu einer Meldung entschließt. Zudem sind die Meldewege an sich sowie die Voraussetzungen zulässiger externer Meldungen gesetzlich nicht geregelt.

## II. Erforderliche Umsetzung der EU-Vorgaben

Die EU-Richtlinie 2019/1937 zielt nun auf die Etablierung eines Mindestschutzes für Hinweisgeber in den Mitgliedsstaaten und auf eine Förderung des Whistleblowings ab.<sup>8</sup> Sie soll die Hinweisgeber, deren Verwandte und Dritte, die mit dem Hinweisgeber in Kontakt stehen, vor Vergeltungsmaßnahmen schützen. Es geht dabei nur um die Meldung von unionsrechtlichen Verstößen, wobei nach Art. 2 der Richtlinie verschiedene Rechtsbereiche, wie bspw. Verstöße gegen die Verkehrssicherheit, den Umweltschutz, den Verbraucherschutz und den Datenschutz genannt werden. Der persönliche Anwendungsbereich gem. Art. 4 der Richtlinie ist weit gefasst und bezieht sich auf alle Hinweisgeber, die „im privaten oder im öffentlichen Sektor tätig sind und im beruflichen Kontext Informationen über Verstöße erlangt haben“, wobei Arbeitnehmer, Beamte, Selbstständige, Anteilseigner, aber auch Praktikanten und Personen, die unter der Aufsicht und Leitung von Auftragnehmern, Unterauftragnehmern und Lieferanten arbeiten, erfasst sind. Dadurch ist der persönliche Anwendungsbereich sehr weit gesteckt auf alle Hinweisgeber, die „im weitesten Sinne in einer arbeitsbezogenen Verbindung mit einem Unternehmen stehen“.<sup>9</sup>

Anspruch auf Schutz hat ein Hinweisgeber gem. Art. 5 Abs. 1 lit. a der Richtlinie aber nur dann, wenn er „hinreichenden Grund zu der Annahme hat, dass die von ihm gemeldeten Informationen zum Zeitpunkt ihrer Übermittlung der Wahrheit entsprechen und in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen.“ Insofern genießen nur gutgläubige Hinweisgeber den Schutz und nicht solche, die wissentlich falsche oder irreführende Informationen melden. Sie müssen sogar damit rechnen, gem. Art. 23 Abs. 2 der Richtlinie bestraft und zur Schadenswiedergutmachung verpflichtet zu werden.

Als Meldewege sind drei verschiedene Berichtsarten vorgesehen, nämlich das interne und externe Whistleblowing sowie die sog. „Offenlegung“. Eine interne Meldung erfasst die mündliche oder schriftliche Mitteilung von Verstößen innerhalb des Unternehmens, wobei diese internen Meldekanäle von den Unternehmen selbst einzurichten sind, aber auch von Dritten, wie bspw. Rechtsanwälten und Wirtschaftsprüfern betrieben werden können.<sup>10</sup> Gem. Art. 8 der Richtlinie besteht für Unternehmen ab 50 Mitarbeitern die Pflicht zur Einrichtung interner Meldekanäle und der damit verbundenen Prozesse für Folgemaßnahmen. Ob darüber hinaus auch eine gesetzliche Verpflichtung für Unternehmen unter 50 Mitarbeitern bestehen soll, obliegt den Mitgliedsstaaten. Deutschland hat von dieser Möglichkeit im Entwurf eines Hinweisgeberschutzgesetzes keinen Gebrauch gemacht, sondern ist den Mindestvorgaben der Richtlinie gefolgt.

Externe Meldungen betreffen Meldungen an eine zuständige Behörde. Wer hier zuständig ist, soll von den Mitgliedsstaaten bestimmt werden, wobei die Behörden mit ausreichenden Mitteln auszustatten sind. Interne und externe Meldewege sind grundsätzlich gleichrangig, wobei laut Richtlinie interne Meldewege bevorzugt werden, soweit damit keine Repressalien zu befürchten sind. Allerdings besteht keine Pflicht zur vorherigen Nutzung interner Meldekanäle – was durchaus zu kritischen Stellungnahmen Anlass gegeben hat.<sup>11</sup> Das von Deutschland favorisierte Drei-Stufen Modell, nachdem Hinweisgeber zunächst interne Meldewege nutzen müssen, bevor externe Meldungen möglich werden, konnte sich nicht durchsetzen.<sup>12</sup> Darüber hinaus besteht die Möglichkeit der sog. „Offenlegung“ nach Art. 5 Nr. 6 der Richtlinie, nach der sich direkt an Online-Plattformen, soziale oder traditionelle Medien sowie Gewerkschaften oder Berufsverbände gewandt werden darf. Die Anforderungen an geschützte Offenlegungen sind hoch, sodass sich gem. Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie nur derjenige Hinweisgeber darauf berufen kann, der zunächst eine interne oder externe Meldung erstattet hat und dennoch keine geeigneten Maßnahmen ergriffen wurden. Geschützt sind darüber hinaus auch Offenlegungen, die Verstöße einer unmittelbaren oder offenkundigen Gefährdung des öffentlichen Interesses darstellen oder soweit Repressalien zu befürchten sind.

<sup>6</sup> S. *Granetzny/Markworth*, jurisPR-Compl 1/2020, Anm. 1.

<sup>7</sup> Vgl. zum Geschäftsgeheimnisgesetz *Reinbacher*, KriPoZ 2019, 148; *Bildhäuser/Reinhardt*, GRUR-Prax 2020, 576; *Ohly*, GRUR 2019, 441; zu Strafbarkeitsrisiken des Hinweisgebers *Nöbel/Veljovic*, CB 2020, 34.

<sup>8</sup> *Brinkmann/Blank*, BB 2021, 2475 (2476).

<sup>9</sup> So *Dzida/Granetzny*, NZA 2020, 1201 (1202).

<sup>10</sup> Zu den unterschiedlichen Meldewegen und Möglichkeiten vgl. *Brinkmann/Blank*, BB 2021, 2475 (2478).

<sup>11</sup> Vgl. *Dzida/Granetzny*, NZA 2020, 1201 (1203); zur fehlenden Stringenz *Taschke/Pielwo/Volk*, NZWiSt 2021, 85 (89).

<sup>12</sup> S. *Steinhauser/Kreis*, EuZA 2021, 422 (430); *Granetzny/Markworth*, jurisPR-Compl 1/2020, Anm. 1.

Die Richtlinie beinhaltet auch Schutzmaßnahmen, insbesondere das Verbot von Repressalien nach Art. 19, benannt werden bspw. Suspendierung, Kündigung und andere Disziplinar- oder Diskriminierungsmaßnahmen im Arbeitsverhältnis. Weitere Schutzmaßnahmen gem. Art. 21 der Richtlinie sind die Haftungsfreistellung und Schadenswiedergutmachung sowie eine Beweislastumkehr. Dieser kommt besondere Bedeutung zu, da zugunsten des Hinweisgebers vermutet wird, dass eine von ihm erlittene Benachteiligung auf die Meldung oder Offenlegung zurückgeht. Der Arbeitgeber hat dann zu beweisen, dass die Maßnahme auf hinreichend gerechtfertigten Gründen basiert. Weiterhin soll gem. Art. 20 der Richtlinie Hinweisgebern staatlicherseits auch Zugang zu unterstützenden Maßnahmen ermöglicht werden. Hierzu gehören u.a. kostenlose, umfassende und unabhängige Information über die bestehenden Schutzmaßnahmen sowie Prozesskosten- und Beratungshilfe. Nach Art. 23 der Richtlinie haben die Mitgliedsstaaten wirksame, angemessene und abschreckende Sanktionen gesetzlich zu verankern, die greifen, soweit Personen Meldungen behindern, Repressalien verhängen oder die Vertraulichkeit der Identität von Hinweisgebern nicht wahren. Vergleichbare Sanktionen muss es für Personen geben, die wissentlich falsche Informationen melden, wobei bei der Normierung darauf zu achten ist, dass potenzielle Hinweisgeber nicht abgeschreckt werden.

Letztlich soll nach der Richtlinie in den Mitgliedstaaten ein dreifacher Schutz des gutgläubigen Whistleblowers gewährleistet sein: Seine Vertraulichkeit ist zu wahren, Repressalien sollen nicht gefürchtet werden und der Hinweisgeber ist vor einer Haftung zu schützen.<sup>13</sup>

### III. Der lange Weg ins nationale Recht

Die Richtlinie hätte bis zum 17.12.2021 in nationales Recht umgesetzt werden müssen. Daher ist bereits in der 19. Legislaturperiode der Referentenentwurf eines Hinweisgeberschutzgesetzes diskutiert worden.<sup>14</sup> Auch die Fraktion Bündnis 90/Die Grünen brachte den Entwurf eines Gesetzes zur Förderung von Transparenz und zum Diskriminierungsschutz von Hinweisgeberinnen und Hinweisgebern (Whistleblower-Schutzgesetz) in den Bundestag ein.<sup>15</sup> Innerhalb der 19. Legislaturperiode konnte sich jedoch nicht auf einen Regierungsentwurf geeinigt werden. Insofern hat das Bundesjustizministerium am 13.4.2022 erneut einen Referentenentwurf für einen besseren Schutz hinweisgebender Personen sowie zur Umset-

zung der Richtlinie zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden, veröffentlicht.<sup>16</sup> Am 27.7.2022 hat das Kabinett das Hinweisgeberschutzgesetz beschlossen und einen entsprechenden Regierungsentwurf vorgestellt.<sup>17</sup> Im Oktober fand im Rechtsausschuss eine öffentliche Sachverständigenanhörung statt.<sup>18</sup> Der Rechtsausschuss hat einige Änderungen des Gesetzes vorgenommen, insbesondere wurden Meldungen zu verfassungsverfehlenden Äußerungen von Beamten in das Hinweisgeberschutzgesetz aufgenommen – auch solche unterhalb der Strafbarkeitsschwelle.<sup>19</sup>

Doch überraschenderweise stimmte der Bundesrat in seiner Plenarsitzung vom 10.2.2023 dem geänderten Regierungsentwurf nicht zu. Die Möglichkeit, den Vermittlungsausschuss anzurufen, wurde nicht genutzt. Schon kurz nach dem Scheitern im Bundesrat gab es Stimmen aus der Ampelkoalition, die das Einbringen eines neuen Regierungsentwurfs in nicht zustimmungspflichtiger Form favorisieren.<sup>20</sup> Im Bundesrat wurde primär kritisiert, dass das geplante Hinweisgeberschutzgesetz weit über die Vorgaben der EU-Richtlinie hinausgehe und die Unternehmen durch die verpflichtende Einführung von Meldesystemen zu hohen finanziellen Belastungen ausgesetzt seien.<sup>21</sup>

Daher schlug die Bundesregierung jetzt den Weg ein, am 17.3.2023 zwei Regierungsentwürfe einzubringen. Der erste trägt den Titel „Entwurf eines Gesetzes für einen besseren Schutz hinweisgebender Personen sowie zur Umsetzung der Richtlinie zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden“.<sup>22</sup> Dieser Entwurf ist weitgehend identisch mit dem ersten Entwurf eines Hinweisgeberschutzgesetzes, den der Bundestag am 16.12.2022 verabschiedet hatte.<sup>23</sup> Ausdrücklich ausgenommen vom Entwurf sind aber Beamte der Länder, Gemeinden und Gemeindeverbände sowie der sonstigen der Aufsicht eines Landes unterstehende Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts sowie Richterinnen und Richter im Landesdienst. Dieser Ausschluss wird im zweiten „Entwurf eines Gesetzes zur Ergänzung der Regelungen zum Hinweisgeberschutz“ wieder zurückgenommen.<sup>24</sup> Durch diesen Trick ist nach Auffassung der Bundesregierung eine Zustimmung des Bundesrats nur für das Ergänzungsgesetz erforderlich.

Dieser Ansicht wurde in der öffentlichen Anhörung im Rechtsausschuss vom 27.3.2023 seitens einiger Experten entschieden entgegengetreten. Zwar habe das *BVerfG* in der Vergangenheit eine Aufspaltung von Gesetzesvorha-

<sup>13</sup> So in der Conclusio auch *Granetzny/Markworth*, jurisPR-Compl 1/2020, Anm. 1. Ausführlich zur Richtlinie auch *Taschke/Pielow/Volk*, NZWiSt 2021, 85; *Brinkmann/Blank*, BB 2021, 2475; *Granetzny/Dzida*, NZA 2020, 1201; *Wiedmann/Seyfert*, CCZ 2019, 12.

<sup>14</sup> Abrufbar unter: <https://www.whistleblower-net.de/wp-content/uploads/2021/02/Referentenentwurf-BMJV-WB-RL-Umsetzungsgesetz-8.pdf> (zuletzt abgerufen am 4.3.2023). Vgl. hierzu *Erlebach/Veljovic*, KriPoZ 2021, 165.

<sup>15</sup> BT-Drs. 19/4558.

<sup>16</sup> Abrufbar unter: <https://kripoz.de/wp-content/uploads/2022/07/refe-hinweisgeberschutz.pdf> (zuletzt abgerufen am 4.3.2023).

<sup>17</sup> BT-Drs. 20/3442.

<sup>18</sup> Die Stellungnahmen der öffentlichen Anhörung sowie zum Referentenentwurf sind abrufbar unter <https://kripoz.de/2018/11/13/schutz-von-whistleblowern/> (zuletzt abgerufen am 4.3.2022).

<sup>19</sup> BR-Drs. 2023.

<sup>20</sup> S. hierzu Haufe v. 20.2.2023, abrufbar unter: [https://www.haufe.de/compliance/recht-politik/hinweisgebersysteme-und-die-eu-whistleblower-richtlinie\\_230132\\_528700.html](https://www.haufe.de/compliance/recht-politik/hinweisgebersysteme-und-die-eu-whistleblower-richtlinie_230132_528700.html) (zuletzt abgerufen am 4.3.2023).

<sup>21</sup> Ein Video der Debatte ist abrufbar unter: <https://www.bundesrat.de/DE/plenum/bundesrat-kompakt/23/1030/1030-pk.html> (zuletzt abgerufen am 4.3.2023).

<sup>22</sup> BT-Drs. 20/5992.

<sup>23</sup> BT-Drs. 20/4909.

<sup>24</sup> BT-Drs. 20/5991.

ben in einen zustimmungspflichtigen und einen nicht zustimmungspflichtigen Teil in der Vergangenheit gebilligt. Voraussetzung einer solchen Aufspaltung sei aber, dass diese nicht willkürlich oder missbräuchlich sei.<sup>25</sup> Ein solcher Verstoß gegen das Willkürverbot folge nun daraus, dass die Aufteilung in zwei Gesetzesvorhaben einzig der verweigten Zustimmung des Bundesrats zum ersten, beide Teile umfassenden Gesetzentwurf, geschuldet war. Es hätte nun aber hinsichtlich des ersten Entwurfs das Vermittlungsverfahren eingeleitet werden können, um zu einer Lösung zu gelangen.<sup>26</sup> Insofern ist tatsächlich von einer bewussten Umgehung auszugehen, die sachlich nur damit begründet werden kann, dass die Vorgaben der EU-Richtlinie schon lange hätten umgesetzt werden müssen und mittlerweile sogar eine Klage vor dem *EuGH* anhängig ist. Ob dies allein als Begründung trägt ist fraglich.

Zudem wird zutreffend auf die Gefahr eines „Zwei-Klassen-Rechts“ hingewiesen, sofern der Bundesrat das als zustimmungspflichtig eingestufte Ergänzungsgesetz wiederum ablehnt und dann für Bundesbeamte etwas anderes gelte als für Landes- und Kommunalbeamte.<sup>27</sup>

Trotz dieser Bedenken traf der Rechtsausschuss am 28.3.2023 die Beschlussempfehlung, beide Gesetze unverändert anzunehmen.<sup>28</sup> Am 30.3.2023 fand die vorgesehene zweite und dritte Lesung zum Hinweisgeberschutzgesetz nicht wie geplant statt. Vielmehr wurde der Gesetzentwurf von der Tagesordnung abgesetzt.

#### IV. Umsetzungen und Erweiterungen durch das Hinweisgeberschutzgesetz

##### 1. Persönlicher und sachlicher Anwendungsbereich

Der persönliche Anwendungsbereich des neuen Hinweisgeberschutzgesetzes umfasst gem. § 1 HinSchG-E alle Personen, die in ihrem beruflichen Umfeld Informationen über Verstöße erlangt haben.<sup>29</sup> Ebenfalls erfasst sind solche Personen, die von der Offenlegung betroffen sind oder Gegenstand der Meldung sind. In der EU-Richtlinie 2019/1937 sollten primär Arbeitnehmer im Sinne des Art. 45 Abs. 1 AEUV geschützt werden, allerdings auch Beamten und Praktikanten sowie externe Auftragnehmer, Lieferanten und solche Personen, deren Arbeitsverhältnis beendet ist oder sich noch im vorvertraglichen Stadium befindet.<sup>30</sup> Demnach war zur Umsetzung der Richtlinie laut Gesetzentwurf eine weite Generalklausel erforderlich.<sup>31</sup> Bemängelt wird in der Umsetzung teilweise, dass die weite Generalklausel begrifflich nicht hinreichend klar gefasst ist, da beispielsweise auf Aufsichtsratsmitglieder oder Anteilseigner die Bezeichnung der „beruflichen Tätigkeit“ wie in § 1 Abs. 1 HinSchG-E genannt, nicht

passt.<sup>32</sup> Ebenso wird angemerkt, dass der persönliche Anwendungsbereich keine Dritten schützt, die im privaten Rahmen Kenntnis über den Rechtsverstoß erlangt haben, obwohl Unternehmen auch an diesen Informationen Interesse haben könnten.<sup>33</sup> Dennoch ist festzuhalten, dass der persönliche Anwendungsbereich im Entwurf eines Hinweisgeberschutzgesetzes an der Richtlinie orientiert und die weite Fassung den Vorgaben der Richtlinie geschuldet ist. Es ist aber nicht davon auszugehen, dass sich auf eine – noch – weitere Fassung unter Einbeziehung Dritter, die privat Kenntnis erlangen, im weiteren Gesetzgebungsprozess geeinigt werden wird.

Vielmehr verengt der neue Entwurf des Hinweisgeberschutzgesetzes den persönlichen Anwendungsbereich – insoweit nicht richtlinienkonform – in § 1 Abs. 3 HinSchG-E wieder. Dem Gesetz nicht unterfallen soll der in § 1 BeamStG genannte Personenkreis, der Beamte der Länder, Gemeinden und Gemeindeverbände sowie sonstigen der Aufsicht eines Landes unterstehenden Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts umfasst. Ausgenommen sind auch Richter des Landesdiensts, für die nach § 71 DRiG das BeamStG entsprechend gilt. Als Grund dafür wird benannt, dass das Hinweisgeberschutzgesetz Regelungen trafe, die eine Anpassung des Beamtenstatusgesetzes für diese Personengruppe erforderlich mache. Es wird aber gleichzeitig darauf hingewiesen, dass auch den in § 1 Abs. 3 HinSchG-E genannten Personengruppen der Hinweisgeberschutz gewährt werden müsse, um die Richtlinie 2019/1937 vollständig umzusetzen. Insofern solle zusammen mit der Änderung des Beamtenstatusgesetzes durch das Ergänzungsgesetz zum Hinweisgeberschutz wieder aufgehoben werden. Dies bedürfe aber der Zustimmung des Bundesrats.<sup>34</sup> Scheitert dieser Ergänzungsentwurf erneut an der Zustimmung des Bundesrats, bliebe das deutsche Hinweisgeberschutzgesetz nicht richtlinienkonform.

Der sachliche Anwendungsbereich stellt klar, welche Hinweise unter den Schutz des Gesetzentwurfs fallen. In Art. 2 der Richtlinie werden alle relevanten Verstöße gegen Unionsrecht und Rechtsakte der Europäischen Union aufgezählt, die das umzusetzende Gesetz enthalten muss. Die Beschränkungen des sachlichen Anwendungsbereichs auf Unionsrecht in der Richtlinie ergeben sich grundsätzlich aus der beschränkten Gesetzgebungskompetenz der Europäischen Union.<sup>35</sup>

Der sachliche Anwendungsbereich in § 2 HinSchG-E enthält neben den unionsrechtlich relevanten Verstößen auch sämtliche strafbewehrte sowie bußgeldbewehrte Verstöße, soweit die verletzte Vorschrift dem Schutz von Leben, Leib, Gesundheit oder dem Schutz der Rechte von

<sup>25</sup> Vgl. BVerfGE 105, 313 (338 ff.).

<sup>26</sup> S. Kluth, öffentliche Anhörung v. 27.3.2023, Stellungnahme, S. 4, abrufbar unter: <https://kripoz.de/wp-content/uploads/2023/03/Stellungnahme-Kluth.pdf>. Ebenso Thüsing, Stellungnahme, Gliederungspunkt II, abrufbar unter: <https://kripoz.de/wp-content/uploads/2023/03/Stellungnahme-Thuesing.pdf> (beide zuletzt abgerufen am 29.3.2023).

<sup>27</sup> So Zittel vom Whistleblower-Netzwerk in der öffentlichen Anhörung v. 27.3.2023, abrufbar unter: [https://www.bundestag.de/auschuesse/a06\\_recht/anhoeerungen/938162-938162](https://www.bundestag.de/auschuesse/a06_recht/anhoeerungen/938162-938162) (zuletzt abgerufen am 29.3.2023).

<sup>28</sup> BT-Drs. 20/6193, S. 3.

<sup>29</sup> BT-Drs. 20/3442, S. 2.

<sup>30</sup> Vgl. auch BT-Drs. 20/3442, S. 33; BT-Drs. 20/5992, S. 31.

<sup>31</sup> BT-Drs. 20/3442, S. 56; BT-Drs. 20/5992, S. 38.

<sup>32</sup> BRAK, S. 8.

<sup>33</sup> Dilling, CCZ 2022, 145 (145).

<sup>34</sup> BT-Drs. 20/5992, S. 39.

<sup>35</sup> BT-Drs. 20/3442, S. 33; Colenric/Gerdemann, Die Umsetzung der Whistleblower-Richtlinie in deutsches Recht, HSI-Schriftenreihe, Bd. 34, 2020, S. 158.



Beschäftigten oder ihrer Vertretungsorgane dient. Daneben nennt § 2 Abs. 1 Nr. 3 HinSchG-E auch einen umfangreichen Katalog an relevanten Verstößen gegen Rechtsvorschriften des Bundes und der Länder, unter anderem wird hier das Geldwäschegesetz aufgeführt. Vom sachlichen Anwendungsbereich werden zudem Äußerungen von Beamten des Bundes erfasst, die einen Verstoß gegen die Pflicht zur Verfassungstreue darstellen. Diese erst später eingefügte Ergänzung soll es laut Gesetzesbegründung ermöglichen, verfassungsfeindliche Äußerungen von Beamten auch unterhalb der Strafbarkeitsschwelle zu melden.<sup>36</sup> Um der Zustimmungspflicht des Bundesrats zu entgehen, wurde in der Neufassung des Entwurfs eines Hinweisgeberschutzgesetzes der persönliche Anwendungsbereich auf Beamte des Bundes eingeschränkt. Diese Einschränkung soll durch den Ergänzungsentwurf dann wieder zurückgenommen werden, so dass dann Äußerungen von Landes- und Bundesbeamten erfasst wären.<sup>37</sup>

Damit ist der Anwendungsbereich des Gesetzes trotz der Einschränkungen des § 2 Abs. 1 Nr. 10 HinSchG-E auf Bundesbeamte hinsichtlich der verfassungsfeindlichen Äußerungen mit der Ergänzung um Bundes- und Landesrecht sowie straf- und bußgeldbewährter Vorschriften deutlich weiter, als dies verpflichtend für die Mitgliedsstaaten in Art. 2 der Richtlinie gefordert wurde. Dieser Teil des neuen Gesetzes wird wegen ebendieser Erweiterungen besonders kontrovers diskutiert. Auf der einen Seite stehen diejenigen, die in den Erweiterungen eine Art Überfrachtung des Gesetzes sehen.<sup>38</sup> Laut *Thüsing* birgt der weite Anwendungsbereich sogar die Gefahr der Umgehung schon bestehender branchenspezifischer Regelungen.<sup>39</sup>

Auf der anderen Seite wird der Anwendungsbereich als nicht weitgehend genug kritisiert. Denn missbräuchliches Verhalten, das keinen Rechtsverstoß darstelle, könne nicht gemeldet und demzufolge auch nicht bekämpft werden.<sup>40</sup> Insofern werden – anders als in § 5 Abs. 2 GeschGehG – Meldungen über unethische Verhaltensweisen nicht erfasst. Schaut man auf die gesetzliche Definition eines Verstoßes nach § 3 Abs. 2 Nr. 2 HinSchG-E,

so werden hierunter aber auch Verhaltensweisen von Meldungen mit einbezogen, die zwar nicht unmittelbar rechtswidrig sind, aber dem Ziel oder Zweck der gesetzlichen Regelung zuwiderlaufen und daher als missbräuchlich anzusehen sind. Kritisiert wird hier zu Recht die fehlende Konturierung des missbräuchlichen Verhaltens.<sup>41</sup> Teilweise wird aufgrund der Gefahr der Rechtsunsicherheit eine Erheblichkeitsschwelle für rechtmäßiges Verhalten gefordert.<sup>42</sup> Es scheint daher auf der Hand zu liegen, dass noch Klärungsbedarf hinsichtlich der Reichweite des § 3 Abs. 2 Nr. 2 HinSchG-E besteht, die der Gesetzgeber zum Anlass nehmen sollte, hier noch einmal nachzubessern.

Gleichzeitig wird von verschiedenen Seiten kritisiert, dass der sehr umfassende Katalog des § 2 Abs. 2 Nr. 3 HinSchG-E es der hinweisgebenden Person schwer machen würde, ohne rechtlichen Beistand den sachlichen Anwendungsbereich zu erfassen und daher nicht unbedingt dem Schutz des Hinweisgebers dienen würde.<sup>43</sup> In der Tat erkennt sogar der Gesetzgeber die fehlende Rechtsklarheit der Vorschrift und plädiert für Folgendes: „Da es für hinweisgebende Personen gänzlich unmöglich wäre nachzuvollziehen, welche Verstöße jeweils in den sachlichen Anwendungsbereich fallen und so die vertrauliche Behandlung seiner Identität nach sich ziehen würden, ist es unerlässlich, die einzelnen Rechtsbereiche so anzupassen, dass hinweisgebende Personen einschätzen können, ob ein beobachtetes Verhalten gegen Vorschriften in diesem Bereich verstößt.“<sup>44</sup>

Hinzu kommt, dass Meldungen von sicherheitsrelevanten Daten vom Anwendungsbereich gem. § 5 HinSchG-E ausgeschlossen sind. Begründet wird das mit dem Schutz der nationalen Sicherheit und wesentlichen Sicherheitsinteressen.<sup>45</sup> Kritisiert wird dies als sog. „Anti-Snowden-Klausel“, da dieser auch nach Inkrafttreten des Hinweisgeberschutzgesetzes nicht unter den Anwendungsbereich fielen.<sup>46</sup>

Abschließend lässt sich feststellen, dass aufgrund der geringen praktischen Relevanz der Meldung von Verstößen gegen das EU-Rechts der deutsche Gesetzgeber gut daran

<sup>36</sup> BT-Drs. 20/4909, S. 57; BT-Drs. 20/5992, S. 7, 46.

<sup>37</sup> BT-Drs. 20/5992, S. 46; BT-Drs. 20/5991, S. 3.

<sup>38</sup> So der BDA, S. 2, Stellungnahme abrufbar unter: [https://kripoz.de/wp-content/uploads/2022/10/Stellungnahme\\_Harrer-Kouliou\\_BDA.pdf](https://kripoz.de/wp-content/uploads/2022/10/Stellungnahme_Harrer-Kouliou_BDA.pdf) (zuletzt abgerufen am 6.3.2023) sowie BDI, S. 3, letzterer warnt vor sog. Goldplating, abrufbar unter: [https://kripoz.de/wp-content/uploads/2022/07/0511\\_Stellungnahme\\_BDI\\_HinSchG-E.pdf?sessionidAF15F42592AC737E2E0C43CEA4D7690A.2\\_cid297.pdf](https://kripoz.de/wp-content/uploads/2022/07/0511_Stellungnahme_BDI_HinSchG-E.pdf?sessionidAF15F42592AC737E2E0C43CEA4D7690A.2_cid297.pdf) (zuletzt abgerufen am 6.3.2023).

<sup>39</sup> *Thüsing*, öffentliche Anhörung v. 19.10.2022, S. 4, abrufbar unter: [https://kripoz.de/wp-content/uploads/2022/10/Stellungnahme\\_Thuesing.pdf](https://kripoz.de/wp-content/uploads/2022/10/Stellungnahme_Thuesing.pdf) (zuletzt abgerufen am 9.3.2023). Der BDI äußert ähnliche Befürchtungen, indem bemängelt wird, dass das Verhältnis von HinSchG-E zu den Regelungen im ArbSchG und BetrVG aufgrund des weiten Anwendungsbereichs unklar sei (o. Fn. 38).

<sup>40</sup> *Falter*, öffentliche Anhörung, Whistleblowing-Netzwerk e.V., S. 2, abrufbar unter: [https://kripoz.de/wp-content/uploads/2022/10/Stellungnahme\\_Falter.pdf](https://kripoz.de/wp-content/uploads/2022/10/Stellungnahme_Falter.pdf) (zuletzt abgerufen am 9.3.2023). Zur Verdeutlichung wird bspw. Bezug genommen auf den Fall *Brigitte Heinisch*, die die Vernachlässigung in der Altenpflege durch ihre Enthüllungen an die Öffentlichkeit brachte, die Unterversorgung allerdings keinen Straftatbestand darstellte und somit nicht unter den Schutz des HinSchG-E gefallen wäre.

<sup>41</sup> Vgl. Fuhlrott/Henckel, ArbRAktuell 2022, 441; *Reppelmund*, DIHK, öffentliche Anhörung v. 19.10.2022, S. 5, abrufbar unter: [https://kripoz.de/wp-content/uploads/2022/10/Stellungnahme\\_Reppelmund\\_DIHK.pdf](https://kripoz.de/wp-content/uploads/2022/10/Stellungnahme_Reppelmund_DIHK.pdf) (zuletzt abgerufen am 9.3.2023).

<sup>42</sup> *Thüsing* (o. Fn. 39), S. 4.

<sup>43</sup> *Dilling*, CCZ 2022, 145 (146) ebenso *Transparency international e.V.*, öffentliche Anhörung v. 19.10.2022, S. 3, abrufbar unter: [https://kripoz.de/wp-content/uploads/2022/10/Stellungnahme\\_Schloussen\\_Transparency-International-D.pdf](https://kripoz.de/wp-content/uploads/2022/10/Stellungnahme_Schloussen_Transparency-International-D.pdf) (zuletzt abgerufen am 9.3.2023).

<sup>44</sup> BT-Drs. 20/3442, S. 58.

<sup>45</sup> BT-Drs. 20/3442, S. 69.

<sup>46</sup> S. *Gerdemann*, ZRP 2022, 98 (99); *Fuhlrott/Henckel*, ArbRAktuell 2022, 441 (442); *Falter*, öffentliche Anhörung, Whistleblowing-Netzwerk e.V., S. 3 (o. Fn. 40).

tut, den Hinweisgeberschutz auszudehnen. Die Ausdehnung auf Verstöße gegen Strafgesetze und bußgeldbewährte Rechtsverstöße, die Leib, Leben, Gesundheit oder dem Schutz der Rechte von Beschäftigten oder deren Vertretungsorganen dienen, erscheint sachgerecht, aber auch ausreichend, zumal sich weitere spezielle Verstöße wie bspw. nach dem Geldwäschegesetz anschließen. Allerdings trägt der unübersichtliche Katalog dieser weiteren möglichen Rechtsverstöße nicht unbedingt zur Rechtsklarheit bei.

## 2. Verhältnis zu dem Geschäftsgeheimnisgesetz

In § 6 Abs. 1 HinSchG-E wird auf das Geschäftsgeheimnisgesetz Bezug genommen. Die Offenbarung von Geschäftsgeheimnissen i.S. des § 2 Nr. 1 GeschGehG in einer Meldung ist danach erlaubt, sofern die Weitergabe des Geschäftsgeheimnisses notwendig war, um einen Verstoß im sachlichen Anwendungsbereich des Hinweisgeberschutzgesetzes aufzudecken und die hinweisgebende Person zum Meldezeitpunkt hinreichend Grund zu der Annahme hatte, dass die Meldung der Wahrheit entspricht. Auch für andere Strafvorschriften zum Geheimnischutz, wie bspw. § 30 der AO gilt § 6 HinSchG-E. Neben § 6 HinSchG enthält § 5 Nr. 2 GeschGehG einen Erlaubnistatbestand. Hiernach sind alle Offenlegungen erlaubt, sofern sie geeignet sind, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen. Beide Erlaubnistatbestände ergänzen sich und kommen unabhängig voneinander zur Anwendung. Sie gewährleisten dem Hinweisgeber Rechtssicherheit und schützen ihn vor dem scharfen Schwert des Strafrechts.

## 3. Einrichtung von Meldestellen

Hinsichtlich der Meldung von Hinweisen ist zwischen internen und externen Meldungen sowie der Offenlegung zu unterscheiden.

### a) Interne Meldungen, §§ 12 ff. HinSchG-E

Interne Meldestellen sind solche, die Beschäftigungsgeber im eigenen Unternehmen zu errichten haben. § 12 Abs. 2 HinSchG-E stellt klar, dass eine solche Meldestelle in der Regel ab einer Beschäftigungsanzahl von 50 Beschäftigten einzurichten ist. Insofern hält sich der deutsche Gesetzgeber an die Mindestvorgaben der EU-Richtlinie, unterschreitet die Beschäftigtenanzahl aber nicht. Die internen Meldestellen haben gem. § 13 HinSchG-E sowohl die Aufgabe, Meldekanäle nach § 16 HinSchG-E zu betreiben, das Verfahren nach § 17 HinSchG-E zu führen und ggfs.

Folgemaßnahmen nach § 18 HinSchG-E anzustoßen. Sie müssen der hinweisgebenden Person ebenfalls Informationen über externe Meldestellen bereitstellen. Außerdem haben sie gem. § 8 HinSchG-E die Vertraulichkeit der Identität des Hinweisgebers, des durch die Meldung direkt Betroffenen oder der in der Meldung benannten weiteren Personen zu wahren. Ausnahmen von diesem Gebot sind nur möglich, sofern der Hinweisgeber vorsätzlich oder grob fahrlässig unrichtige Informationen über Verstöße meldet oder bestimmte Stellen oder Handlungsweisen gem. § 9 HinSchG-E die Offenlegung der Identität des Hinweisgebers oder der gemeldeten Person verlangen.

In Hinblick auf die internen Meldestellen wird unter anderem § 14 Abs. 1 HinSchG-E kritisiert, nachdem es mehreren privaten Beschäftigungsgebern möglich sein soll, für die Entgegennahme von Meldungen eine gemeinsame Meldestelle einzurichten, wohingegen die weiteren Maßnahmen vom einzelnen Beschäftigungsgeber zu erfüllen sind. Diese Regelung wird von nicht wenigen Experten als unionsrechtswidrig empfunden, da sie nicht dem Inhalt des Art. 8 Abs. 3, 5 und 6 der Richtlinie entspreche.<sup>47</sup> Allerdings ist zu konstatieren, dass die Richtlinie zumindest die Möglichkeit der Auslagerung interner Meldewege an Dritte als gangbaren Weg ansieht.

Die Meldekanäle für interne Meldestellen werden durch § 16 HinSchG-E geregelt. Während noch in der ersten Entwurfsfassung § 16 Abs. 1 S. 4 HinSchG-E klargestellt hatte, dass es keine Verpflichtung gibt, Meldestellen so einzurichten, dass anonyme Meldungen möglich sind,<sup>48</sup> wurde dies auf Empfehlung des Rechtsausschusses bereits in der zweiten Entwurfsfassung geändert<sup>49</sup> und auch jetzt im neuen Anlauf der Einbringung des Hinweisgeberschutzgesetzes beibehalten.<sup>50</sup> Nach § 16 Abs. 1 S. 5 HinSchG-E sind für anonym eingehende Meldungen Meldekanäle vorzuhalten, die die anonyme Kontaktaufnahme und Kommunikation ermöglichen sollen. Die Möglichkeit, dass interne Meldestellen auch anonym eingehende Meldungen bearbeiten können, entspricht laut dem Bundesverband deutscher Unternehmensjuristen ohnehin den aktuellen Gegebenheiten bei größeren Konzernen und Unternehmen.<sup>51</sup> Zutreffend wird zudem angeführt, dass bereits bestehende Meldeverfahren, wie in § 3b Abs. 1 S. 2 BörsG, anonyme Hinweise annehmen und die vermutete erhöhte Missbrauchsgefahr sich nicht bestätigen lasse.<sup>52</sup> In der Praxis zeige sich außerdem häufig, dass Meldungen gerade deswegen abgegeben werden, weil ein anonymes Meldewege offensteht.<sup>53</sup> Des Weiteren lassen sich potenzielle Hinweisgeber bei der Möglichkeit anonymen Meldewege ggf. leichter motivieren, interne und nicht externe

<sup>47</sup> Transparency international e.V. (o. Fn. 43), öffentliche Anhörung v. 19.10.2022, S. 6, 7; ebenso Dilling, CCZ 2022, 145 (148); Reppel-mund (o. Fn. 41), DIHK, öffentliche Anhörung v. 19.10.2022, S. 11.

<sup>48</sup> BT-Drs. 20/3442, S. 35.

<sup>49</sup> BT-Drs. 20/4909, S. 24.

<sup>50</sup> BT-Drs. 20/5992, S. 15.

<sup>51</sup> Bund der Unternehmensjuristen, S. 6, abrufbar unter: [https://kripoz.de/wp-content/uploads/2022/07/0511\\_Stellungnahme\\_BUJ\\_HinSchG-E.pdf?sessionidAF15F42592AC737E2E0C43CEA4D7690A.2\\_cid297.pdf](https://kripoz.de/wp-content/uploads/2022/07/0511_Stellungnahme_BUJ_HinSchG-E.pdf?sessionidAF15F42592AC737E2E0C43CEA4D7690A.2_cid297.pdf) (zuletzt abgerufen am 10.3.2023), ebenfalls bestehe bereits jetzt ein internetbasiertes Meldeportal auch für anonyme Meldungen in Niedersachsen; vgl. auch BRK, S. 6, abrufbar unter: [https://kripoz.de/wp-content/uploads/2022/07/0517\\_Stellungnahme\\_BRAK\\_HinSchG-E.pdf?sessionidAF15F42592AC737E2E0C43CEA4D7690A.2\\_cid297.pdf](https://kripoz.de/wp-content/uploads/2022/07/0517_Stellungnahme_BRAK_HinSchG-E.pdf?sessionidAF15F42592AC737E2E0C43CEA4D7690A.2_cid297.pdf) (zuletzt abgerufen am 10.3.2023).

<sup>52</sup> Transparency international e.V. (o. Fn. 43), öffentliche Anhörung, S. 5.

<sup>53</sup> BRAK (o. Fn. 51), S. 6; Bayreuther, NZA-Beil. 2022, 20 (22).

Kanäle zu nutzen.<sup>54</sup> Insofern ist es richtig und wichtig, dass § 16 HinSchG-E eine verpflichtende Einrichtung interner Meldekanäle auch für anonyme Hinweise vorsieht. Die interne Meldestelle ist nach Eingang der Meldung gem. § 17 Abs. 1 Nr. 1 HinSchG-E zur Bestätigung des Eingangs und gem. § 17 Abs. 2 HinSchG-E nach drei Monaten zur Rückmeldung an den Hinweisgeber verpflichtet.

#### b) Externe Meldungen, §§ 19 ff. HinSchG-E

Zudem muss nach § 19 Abs. 1 HinSchG-E das Bundesamt für Justiz eine Meldestelle für externe Meldungen einrichten. Auch die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht sowie das Bundeskartellamt sind zur Einrichtung externer Meldestellen gem. §§ 20, 21 HinSchG-E verpflichtet. Darüber hinaus können die Bundesländer gem. § 20 HinSchG-E externe Meldestellen auf Landes- sowie Kommunalverwaltungsebene einrichten.

Ebenso wie interne Meldestellen prüfen externe Meldestellen den Inhalt und die Stichhaltigkeit des Hinweises (§§ 24 Abs. 1, 28 Abs. 2 HinSchG-E). Sie sind ebenfalls zur Rückmeldung verpflichtet und sollen auf den internen Meldeweg hinweisen, wenn dieser im Einzelfall möglich scheint.

#### c) Die Offenlegung

In Umsetzung der EU-Richtlinie legt § 32 HinSchG-E fest, unter welchen Voraussetzungen der Hinweisgeber die Informationen über Verstöße öffentlich zugänglich machen darf. Erforderlich ist, dass zunächst eine externe Meldung erfolgt ist, die nicht ausreichend bearbeitet wurde oder dass ein hinreichender Grund gegeben ist. Ein solcher liegt u.a. vor, wenn der Verstoß wegen eines Notfalls die Gefahr irreversibler Schäden oder vergleichbare Umstände eine unmittelbare oder offenkundige Gefährdung des öffentlichen Interesses darstellen.

#### d) Verhältnis interner und externer Meldungen

Interne und externe Meldungen stehen sich nach dem Entwurf des Hinweisgeberschutzgesetzes gleichrangig gegenüber, d.h. die hinweisgebende Person hat die Wahl, ob sie sich erst an „ihre“ interne Meldestelle oder direkt an eine externe Meldestelle wendet. Die Offenlegung gem. § 32 HinSchG-E steht dem Hinweisgeber allerdings erst dann zur Verfügung, wenn er zuvor eine externe Meldestelle konsultiert hat.

Die Gleichrangigkeit interner und externer Meldungen wird zu einer Neuausrichtung des bisher in Deutschland geltenden Stufenverhältnisses führen.<sup>55</sup> Die nunmehr in § 7 HinSchG-E normierte freie Wahl zwischen interner und externer Meldung ist der Umsetzung von Art. 10 und

15 der EU-Richtlinie geschuldet, die dies zwingend vorsieht.<sup>56</sup> Allerdings empfiehlt die Richtlinie in Art. 7, dass die Mitgliedstaaten sich dafür einsetzen sollen, dass interne vor externen Meldekanälen genutzt werden. Diesem Passus ist lediglich durch § 28 Abs. 1 S. 3 HinSchG-E Rechnung getragen worden, nach dem die externe Meldestelle in geeigneten Fällen den Hinweisgeber auf die Möglichkeit interner Meldungen hinweisen soll. Diese Vorschrift greift natürlich zu spät, weil der Hinweisgeber sich ja bereits an eine externe Stelle gewandt hat.<sup>57</sup> Insofern hätte der Gesetzgeber an dieser Stelle durch die in Art. 7 der Richtlinie eröffnete Möglichkeit die interne Meldung besser und wirkungsvoller stärken können. Wird hier nicht nachjustiert, so ist es Aufgabe des Arbeitgebers, das eigene interne Meldesystem möglichst einfach handhabbar zu machen und seine Arbeitnehmer darüber transparent zu informieren. Je besser dies gelingt und die Vertraulichkeit des internen Systems gewährleistet wird, desto eher wird der Arbeitnehmer interne Wege vor externen nutzen.<sup>58</sup>

#### 4. Der Hinweisgeberschutz

Der Entwurf des Hinweisgeberschutzgesetzes soll die Ziele der EU-Richtlinie, einen umfassenden Schutz der Whistleblower sicherzustellen, umsetzen. Insofern ist gem. §§ 8 und 9 HinSchG-E die Identität der hinweisgebenden Person grundsätzlich vertraulich zu behandeln. Neben dem Hinweisgeber gilt dies auch gegenüber Personen, die Gegenstand der Meldung sind.

Zudem wird der Hinweisgeber umfassend vor möglichen Repressalien aufgrund seiner Meldung geschützt. Repressalien sind nicht nur gem. § 36 Abs. 1 HinSchG-E grundsätzlich verboten, sondern auch bußgeldbewehrt sowie schadensersatzpflichtig.

Voraussetzung ist, dass der Hinweisgeber gem. § 33 HinSchG-E zum Zeitpunkt der Meldung oder Offenlegung hinreichenden Grund zu der Annahme hatte, dass diese Information der Wahrheit entspricht und in den Anwendungsbereich des Hinweisgeberschutzgesetzes fällt. Meldet der Hinweisgeber missbräuchlich oder böswillig unrichtige Informationen, so erhält er keinen Schutz. Geschützt sind aber auch hinweisgebende Personen, denen bei der Bewertung des Sachverhalts Fehler unterlaufen sind und die in gutem Glauben ungenaue oder unzutreffende Informationen melden.<sup>59</sup> Schwierig wird es hier vermutlich werden, missbräuchliches Verhalten nachzuweisen.

Anders als die Richtlinie wird im Entwurf des Hinweisgeberschutzgesetzes auf einen Katalog möglicher Repressalien verzichtet und alle Benachteiligungen erfasst, die

<sup>54</sup> S. Bayreuther, NZA-Beil. 2022, 20 (22).

<sup>55</sup> Nach der Rechtsprechung musste sich der Arbeitnehmer bisher zunächst um eine innerbetriebliche Meldung bemühen, allerdings bestanden Ausnahmen, sofern eine solche unzumutbar war, vgl. BAG, NZA 2020, 646; dieses Stufenverhältnis hat der EGMR aber bereits in der *Heinisch*-Entscheidung abgeschwächt, s. EGMR, NZA 2011, 1269.

<sup>56</sup> Die Aufgabe des Stufenverhältnisses kritisieren bspw. *Thüsing*, DB 2022, 1066 (1067); *Dzida/Granetzny*, NZA 2020, 1201 (1203) und *Forst*, EuZA 2020, 283 (295). Positiv dagegen *Falter* (o. Fn. 40), öffentlich Anhörung v. 19.10.2022, S. 4.

<sup>57</sup> BDI (o. Fn. 38), S. 5.

<sup>58</sup> Vgl. hierzu auch Bayreuther, NZA-Beil. 2022, 20 (24).

<sup>59</sup> BT-Drs. 20/3442, S. 92; BT-Drs. 20/5992, S. 77.

Folge der Meldung oder Offenlegung sind.<sup>60</sup> Zudem sieht § 36 HinSchG-E eine Beweislastumkehr vor, da die Person, die den Hinweisgeber benachteiligt hat, beweisen muss, dass die Benachteiligung auf hinreichend gerechtfertigten Gründen oder nicht auf der Meldung oder Offenlegung beruht. Gerade diese Beweislastumkehr ist auf Kritik gestoßen, da sie den Grundsatz der freien Unternehmensentscheidung, insbesondere hinsichtlich des Kündigungsschutzes beeinflussen würde.<sup>61</sup> Zumindest solle eine Missbrauchskontrolle eingeführt werden, bevor die weitreichenden Folgen der Beweislastumkehr greifen.<sup>62</sup> Allerdings ist die normierte Beweislastumkehr der Umsetzung von Art. 21 der EU-Richtlinie geschuldet, sodass der deutsche Gesetzgeber hier in der Pflicht ist.<sup>63</sup>

Um die hinweisgebende Person zu schützen, sieht § 35 HinSchG-E den Ausschluss seiner Verantwortlichkeit vor. Der Hinweisgeber kann nach Abs. 1 nicht für die Beschaffung von oder den Zugriff auf Personen, die er gemeldet oder offengelegt hat, rechtlich verantwortlich gemacht werden, sofern nicht die Beschaffung oder der Zugriff eine eigenständige Straftat darstellt. Hierdurch soll ein bewusstes Auskundschaften auf der Suche nach Meldungen verhindert werden – die Strafbarkeit bspw. durch das Ausspähen oder Abfangen von Daten oder die Begehung eines Hausfriedensbruchs bleibt also bestehen.<sup>64</sup> Durch die Vorschrift soll den Hinweisgebern die Sorge davor genommen werden, dass sie durch die Weitergabe relevanter Informationen, die sie nicht rechtmäßig erlangt haben, zur Verantwortung gezogen werden.<sup>65</sup> Teilweise wird auch hier kritisiert, dass die rechtswidrige Beschaffung nicht den Schutz des Hinweisgebers auslösen sollte und die Regelung zu kurz greife, sofern sie nur auf Straftaten abstelle.<sup>66</sup> Allerdings wird auch hier lediglich Art. 21 Abs. 3 der Richtlinie umgesetzt. Einen Spielraum hat der deutsche Gesetzgeber an dieser Stelle nicht. Zudem muss konstatiert werden, dass das materielle Strafrecht als scharfes Schwert dem Hinweisgeber weiterhin droht, was zu einer in der Praxis sehr gewichtigen Einschränkung der Privilegierung des Hinweisgebers führt.<sup>67</sup>

§ 35 Abs. 2 HinSchG-E regelt nicht die Beschaffung, sondern die Weitergabe der Information im Rahmen einer Meldung oder Offenlegung. Die Vorschrift ergänzt § 6 HinSchG-E und soll sicherstellen, dass sich der Hinweisgeber auch dann keiner Verantwortlichkeit ausgesetzt sieht, die nicht unter § 6 HinSchG-E fallen. Es scheidet somit auch jede Verantwortlichkeit für aus der Meldung oder Offenlegung entstandene Schäden aus. Außerdem stellt der Gesetzgeber klar, dass nach Abs. 2 im Gegensatz zu Abs. 1 auch die strafrechtliche Verantwortlichkeit in Bezug auf die Meldung oder Offenlegung ausgeschlossen ist.<sup>68</sup> Dies ist auch erforderlich, um die Hinweisgeber vollumfänglich zu schützen.

### 5. Schadensersatzvorschriften

Eine Schadensersatzpflicht kann nicht nur den Verursacher von Repressalien gem. § 37 HinSchG-E treffen, sondern auch den Hinweisgeber im Falle von Falschmeldungen gem. § 38 HinSchG-E. Allerdings betrifft dies nur vorsätzliche und grob fahrlässige unrichtige Meldungen oder Offenlegungen. Schadensersatzansprüche, die sich aus einer einfachen fahrlässigen unrichtigen Meldung ergeben, sollen nicht bestehen. Die Gesetzesbegründung macht deutlich, dass es verfehlt wäre, überhöhte Anforderungen an die hinweisgebende Person in Bezug auf die Überprüfung der Richtigkeit der Informationen zu stellen.<sup>69</sup> Dies hätte in letzter Konsequenz sonst wiederum eine fehlende Bereitschaft potenzieller Hinweisgeber zur Folge, Missstände aufzudecken.

### 6. Bußgeldvorschriften

Die Bußgeldvorschrift des § 40 HinSchG-E komplettiert den Entwurf des Hinweisgeberschutzgesetzes und setzt Art. 23 Abs. 1 und 2 der EU-Richtlinie um. Diese verlangt wirksame, angemessene und abschreckende Sanktionen. Gegen den Hinweisgeber kann nach § 40 Abs. 1 HinSchG-E ein Bußgeld verhängt werden, soweit er wissentlich unrichtige Informationen über Verstöße offenlegt. Hierdurch soll das ungeprüfte Weitertragen und Veröffentlichlichen falscher Informationen verhindert werden, da diese für die Betroffenen besonders schwere Folgen haben können.<sup>70</sup> Daher sieht der Gesetzgeber über die ggf. verwirklichten Straftatbestände des Vortäuschens einer Straftat, der falschen Verdächtigung und Verleumdung hinaus einen Bußgeldtatbestand vor.

Gem. § 40 Abs. 2 HinSchG-E können Geldbußen umgekehrt auch gegen juristische oder natürliche Personen verhängt werden. Für die Behinderung oder den Versuch der Behinderung einer Meldung kann ebenso eine Geldbuße verhängt werden wie für das Ergreifen oder versuchte Ergreifen einer Repressalie. Auch Vertraulichkeitsverstöße im Hinblick auf die Identität des Hinweisgebers stellen eine Ordnungswidrigkeit dar, wobei diese auch bei leichtfertigen oder fahrlässigen Verstößen geahndet werden können. Schließlich kann eine Geldbuße ebenfalls verhängt werden, sofern keine oder mangelhafte interne Meldestellen durch die zur Einrichtung von Meldestellen verpflichteten Unternehmen installiert werden.

### V. Fazit

Zutreffend stellen *Fuhlrott/Henckel* fest, dass der erste in dieser Legislaturperiode eingebrachte Entwurf des Hinweisgeberschutzgesetzes bzgl. der relevanten Punkte

<sup>60</sup> BT-Drs. 20/3442, S. 95; BT-Drs. 20/5992, S. 80 f. Kritisch zum fehlenden Katalog bspw. BDK, S. 2, abrufbar unter: [https://kripoz.de/wp-content/uploads/2022/07/0511\\_Stellungnahme\\_BDK\\_HinSchG-E.pdf](https://kripoz.de/wp-content/uploads/2022/07/0511_Stellungnahme_BDK_HinSchG-E.pdf) (sessionidAF15F42592AC737E2E0C43CEA4D7690A.2\_cid297.pdf (zuletzt abgerufen am 10.3.2023)).

<sup>61</sup> So BRK (o. Fn. 51), S. 9; BDA (o. Fn. 39), S. 8.

<sup>62</sup> Zum Missbrauch BDA (o. Fn. 39), S. 8; zur Missbrauchskontrolle vgl. *Quast/Ohrloff*, CCZ 2022, 303 (307).

<sup>63</sup> Kritisch aber schon zur in der Richtlinie festgeschriebenen Beweislastumkehr *Dzida/Granetzny*, NZA 2020, 1201 (1204).

<sup>64</sup> BT-Drs. 20/5992, S. 79.

<sup>65</sup> BT-Drs. 20/5992, S. 79.

<sup>66</sup> So BDA (o. Fn. 33), S. 7.

<sup>67</sup> S. *Bayreuther*, NZA-Beil. 2022, 20 (25).

<sup>68</sup> BT-Drs. 20/5992, S. 80.

<sup>69</sup> BT-Drs. 20/5992, S. 82.

<sup>70</sup> So BT-Drs. 20/5992, 83.



weitgehend eine 1:1-Umsetzung der europäischen Richtlinie darstellt, sodass wesentliche Änderungen nicht zu erwarten sind.<sup>71</sup> Insofern bleibt unverständlich, warum der Bundesrat dem Gesetzentwurf die Zustimmung verweigert hat.

Ansonsten entspricht der neue Gesetzentwurf des Hinweisgeberschutzgesetzes dem bereits eingebrachten Entwurf. Kleinere gesetzliche Unebenheiten sind leider nicht geglättet worden. Dies wäre aber wünschenswert gewesen. So hätte man beispielsweise den unübersichtlichen Katalog des § 2 Abs. 2 Nr. 3 HinSchG-E glätten sowie die stärkere Konturierung missbräuchlichen Verhaltens i.S. des § 3 Abs. 2 Nr. 2 HinSchG-E gesetzlich verankern können. Ebenso hätten noch etwaige Bedenken zur Vereinbarkeit bspw. von § 14 Abs. 1 HinSchG-E mit der Richtlinie aus dem Weg geräumt werden können, um sicherzustellen, dass das HinSchG mit der Richtlinie vollständig im Einklang steht.

Ansonsten ist aber erfreulich, dass der deutsche Gesetzgeber nicht auf die kritischen Stimmen gehört hat, die den Anwendungsbereich des Hinweisgeberschutzgesetzes zu-

rückschrauben und auf Unionsrechtsverstöße beschränken wollen. Denn dann wäre der Hinweisgeberschutz in Deutschland nach wie vor defizitär.

Um den Weg über den Vermittlungsausschuss zu vermeiden, hat die Bundesregierung aus einem Gesetz zwei gemacht und die Landes- und Kommunalbeamten und Richter aus dem Anwendungsbereich des Hinweisgeberschutzgesetzes – zunächst – ausgenommen. Erst durch das Ergänzungsgesetz wird diese Ausnahme wieder rückgängig gemacht. Diese „Umgehung“ der Zustimmung des Bundesrats ist in der öffentlichen Anhörung zu Recht auf Kritik gestoßen. Zudem ist dann, wenn der Bundesrat dem Ergänzungsgesetz die Zustimmung verweigert, eine richtlinienkonforme Umsetzung nicht gegeben, soweit Beamte und Richter der Bundesländer vom Hinweisgeberschutz ausgenommen sind. Insofern ist die Zukunft des Hinweisgeberschutzgesetzes und seines Ergänzungsgesetzes sowohl in gesetzgeberischer als auch verfassungsrechtlicher Hinsicht ungewiss, zumal der Gesetzentwurf am 30.3.2023 kurzfristig von der Tagesordnung abgesetzt wurde. Ob und wann die zweite und dritte Lesung stattfinden wird, ist nicht bekannt.

---

<sup>71</sup> Fuhlrott/Henckel, ArbRAktuell 2022, 441 (445).