

# ***Richtlinie zum Hinweisgeberschutz maßvoll umsetzen***

## **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 (Hinweisgeberschutzgesetz)**

August 2022

### ***Zusammenfassung***

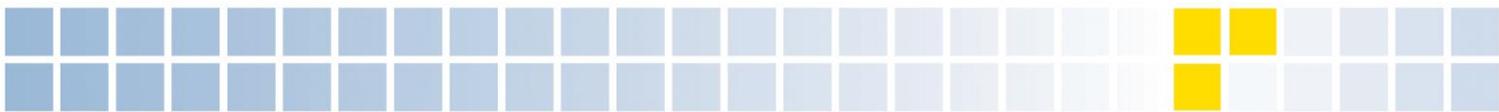
Nach der Intention des EU-Gesetzgebers müssen Personen, die einen Rechtsverstoß befürchten, darauf vertrauen können, dass sie diese Befürchtung ohne Repressalien äußern können. Dieser Grundsatz gilt in Deutschland seit langem und wird in der unternehmerischen Praxis gelebt. Viele Unternehmen stellen ihren Mitarbeitern bereits heute Möglichkeiten zur innerbetrieblichen Meldung von Missständen zur Verfügung.

Es liegt im Interesse der Unternehmen, Fehler frühzeitig aufzudecken und abzustellen. Daher bestehen bereits heute in vielen Unternehmen Möglichkeiten zur innerbetrieblichen Meldung von Missständen. Dabei kann nur das Unternehmen selbst beurteilen, welche Maßnahmen sinnvoll sind, um die Missstände zu beseitigen und zukünftig zu vermeiden. Die Entscheidungsbefugnis darüber muss weiterhin bei den zuständigen Entscheidungsträgern verbleiben. Eine schnelle und effektive Beseitigung eines Missstands kann in erster Linie durch das Unternehmen selbst gelingen, dies setzt eine prioritäre interne Meldung voraus.

Der Gesetzentwurf der Bundesregierung soll den Hinweisgeberschutz verbessern und die Richtlinie (EU) 2019/1937 zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden (Whistleblowing-Richtlinie / WBRL), umsetzen. Dabei geht der Entwurf teilweise über die Vorgaben des europäischen Gesetzgebers hinaus. Das gilt besonders für den sachlichen Anwendungsbereich, die Hierarchie der Meldekanäle und die Beweislastregelung. Die Ausweitung des Anwendungsbereichs auf arbeitsrechtliche Vorschriften ist überflüssig, weil insbesondere in § 612a BGB Regelungen zum Umgang mit Hinweisgebern enthalten sind, die z. B. auch in Bezug auf § 16 des Arbeitsschutzgesetzes (ArbSchG) wirken. Zudem ist die partielle Ausweitung des Anwendungsbereichs mit der Bürokratiebremse nicht zu vereinbaren. Die Richtlinie fordert die Mitgliedstaaten auf, sich dafür einzusetzen, dass vorrangig interne Meldestellen genutzt werden. Dieser Aufforderung sollte der deutsche Gesetzgeber unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des BAG nachkommen. Die Anpassung ins deutsche Recht muss mit Augenmaß erfolgen.

### ***1. Sachlicher Anwendungsbereich, § 2 HinSchG-E***

Die WBRL gilt für Meldungen von Verstößen gegen bestimmtes Unionsrecht. Der Entwurf geht über die Vorgaben der WBRL hinaus, indem er den sachlichen Anwendungsbereich erweitert und die Meldung und Offenlegung von Informationen von Verstößen gegen bestimmtes natio-



nales Recht erfasst. Dazu gehören u. a. Verstöße, die strafbewehrt sind und Verstöße, die bußgeldbewehrt sind, soweit die Vorschrift dem Schutz von Leib, Leben oder Gesundheit dient oder dem Schutz der Rechte von Beschäftigten oder ihrer Vertretungsorgane dient.

Eine Ausweitung des Anwendungsbereichs ist aufgrund der in Deutschland bestehenden Regelungen und gut austarierten Rechtsprechung nicht nur überflüssig, sie birgt die Gefahr der Überfrachtung. Bestehende gesetzliche, branchenspezifische Regelungen und Vorgaben der Rechtsprechung dürfen nicht in Frage gestellt werden. Unternehmen muss die Möglichkeit verbleiben, einen einheitlichen Hinweisgeberprozess aufzusetzen, der den Schutzbereich definiert und ggf. auch Regelungsgegenstände jenseits der Richtlinie und ihrer Umsetzung umfasst. Daneben sollte im Rahmen eines definierten Anwendungsbereichs zumindest eine Bagatellgrenze eingeführt werden, die verhindert, dass jedweder kleinste Verstoß oder Missstand gemeldet werden könnte.

#### **a) Beachtung des Opportunitätsprinzips**

Die in § 2 Abs. 1 Nr. 2 HinSchG-E vorgesehene Ausweitung auf bußgeldbewehrte Verstöße gegen Vorschriften, die dem Schutz von Arbeitnehmern und deren Vertretungsorganen dient, hat gravierende Auswirkungen auf das Arbeitsrecht. In verschiedenen Vorschriften des Arbeitsrechts, z. B. im Arbeitsschutzgesetz (ArbSchG), Arbeitszeitgesetz (ArbZG), Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) sowie der Betriebsverfassung (BetrVG) sind Ordnungswidrigkeiten geregelt. Das behördliche Einschreiten steht aber aus gutem Grund unter dem Vorbehalt des Opportunitätsprinzips.

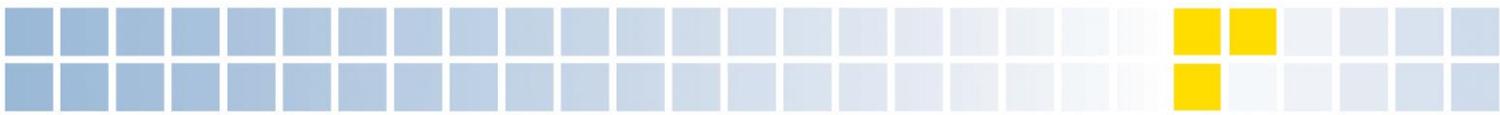
Die Verfolgung einer Ordnungswidrigkeit liegt im pflichtgemäßen Ermessen der Behörde. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeit muss die Behörde dabei abwägen, ob die Verfolgung der Ordnungswidrigkeit mehr schadet als nutzt, etwa weil sie die Lösung des Streits über eine Verpflichtung des Arbeitgebers behindert oder verzögert. Dieser Grundsatz wird durch die in § 2 Abs. 1 Nr. 2 HinSchG-E vorgesehene Erweiterung obsolet. Jede Meldung an eine externe Meldestelle würde dort ein Prüfverfahren auslösen. Ob die meldende Person selbst betroffen ist, spielt dabei keine Rolle. Zudem ist zu beachten, dass der deutsche Gesetzgeber mit der Erfassung von bußgeldbewehrten Vorschriften, Vorschriften erfassen wollte, die Leben-, Leibes- oder Gesundheitsschutz bezwecken. Mit dem Schutz von Leib und Leben ist die Einbeziehung von Arbeitnehmervertretern nicht vergleichbar. Die Erfassung des Schutzes von Vorschriften, die Rechte von Vertretungsorganen der Beschäftigten, z. B. zur Wahl des Betriebsrats regeln, ist daher verfehlt.

#### **b) Werteentscheidung für Antragsdelikte nicht in Frage stellen**

Die in § 2 Abs. 1 Nr. 1 und 2 HinSchG-E vorgesehene Ausweitung des Anwendungsbereichs auf strafbewehrte und bestimmte bußgeldbewehrte Vorschriften lässt auch außer Acht, dass einige Straftatbestände als Antragsdelikte ausgestaltet sind. Das betrifft auch arbeitsrechtliche Regelungen. Z. B. stellt § 119 Abs. 1 BetrVG die Behinderung oder Störung der Wahl und der Tätigkeit des Betriebsrats und anderer Organe der Betriebsverfassung sowie die Benachteiligung und Begünstigung von Betriebsräten und anderer Organmitglieder unter Strafe. Nach der gesetzlichen Konzeption des § 119 BetrVG wird ein Verstoß gegen diese Norm nur auf **Antrag** des **zuständigen Betriebsrats** bzw. **Wahlvorstands**, des Unternehmens oder **einer im Betrieb vertretenen Gewerkschaft** verfolgt. Für die Verfolgung einer (strafbewehrten) Verletzung von Geheimnissen nach § 120 BetrVG muss der Verletzte Strafantrag stellen. Mit der Ausgestaltung dieser arbeitsrechtlichen Vorschriften als Antragsdelikte will der Gesetzgeber die interne Konfliktlösung sichern.

#### **c) Bestehende Regelungen zum Whistleblowing**

Im nationalen Recht bestehen bereits zahlreiche Vorschriften, die den Arbeitnehmer zur Meldung von Verstößen ermächtigen bzw. ihn bei solchen Meldungen schützen. Neben spezialgesetzlichen Regelungen z. B. aus dem ArbSchG und der BetrVG gehört dazu insbesondere das



Maßregelungsverbot nach § 612a BGB. Daneben existieren branchenspezifische Regelungen. In vielen Betrieben werden die Verfahren durch transparente Betriebsvereinbarungen geregelt.

Im Baugewerbe haben sich die Tarifvertragsparteien z. B. auf ein Musterformular verständigt, mit dem der Finanzkontrolle Hinweise auf Schwarzarbeit und illegale Beschäftigung mitgeteilt werden können. Spezialgesetzliche und branchenspezifische Regelungen definieren für alle Beteiligten rechtsklar den Anwendungsbereich. Darüber hinaus hat die Rechtsprechung ein System entwickelt, welches die Interessen von Arbeitnehmern und Arbeitgebern angemessen berücksichtigt. Dadurch kommt es zu einem angemessenen Ausgleich der Interessen. Arbeitgeber als auch Arbeitnehmer wissen, woran sie sind.

## **2. Begriffsdefinition „Verstoß“, § 3 Abs. 2 HinSchG-E**

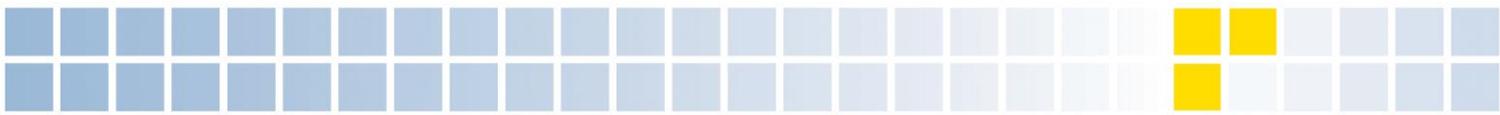
§ 3 Abs. 2 HinSchG-E definiert Verstöße u.a. als Handlungen oder Unterlassungen, die missbräuchlich sind, weil sie dem Ziel oder dem Zweck der Regelungen in den Vorschriften oder Rechtsgebieten zuwiderlaufen, die in den sachlichen Anwendungsbereich fallen.

Eine Ausdehnung des Hinweisgeberschutzes auf rechtmäßiges Verhalten birgt kaum berechenbare, potenziell schwerwiegende Gefahren, weil es nicht selten an objektiven und rechtssicher handhabbaren Kriterien fehlt, um die Einordnung einer Handlung oder Unterlassung als dem Ziel oder Zweck der Regelungen oder Rechtsgebieten des Anwendungsbereichs gem. § 2 HinSchG-E zuwiderlaufend, zu beurteilen. Diese Begriffsbestimmung erweitert den sachlichen Anwendungsbereich deutlich. Die Erfassung von bestimmten missbräuchlichen Handlungen und Unterlassungen war vom europäischen Gesetzgeber nicht gewollt. Das zeigt auch die Gesetzgebungshistorie. In der ersten Entwurfsfassung der Richtlinie war Rechtsmissbrauch („abuse of law“) ausdrücklich erfasst (Art. 1 WBRL a.F.). Im Zuge der Änderungsanträge wurde dies gestrichen. Mit der jetzigen gesetzlichen Regelung droht Whistleblowing daher als politisches oder weltanschauliches Kampfmittel missbraucht zu werden. Dies würde wiederum die gesellschaftliche Akzeptanz dieses für die Rechtsdurchsetzung so wertvollen Instruments gefährden.

Aus § 5 Nr. 2 des Gesetzes zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen (GeschGehG) ergibt sich nichts anderes. Dass dort neben Rechtsverstößen auch „sonstiges Fehlverhalten“ erfasst wird, ist den Vorgaben in Art. 5 Buchst. b der Geheimnisschutzrichtlinie geschuldet. Entsprechende Vorgaben enthält die Whistleblower-Richtlinie gerade nicht. Eine überschießende Umsetzung würde zudem auch dem Bestimmtheitsgebot nach Art. 20 GG widersprechen. Auch das Ziel, einheitliche und EU-weit gültige Standards zu erzielen, würde verfehlt und eine weitere Zersplitterung der Rechtssysteme begünstigt. Ein „Mehr“ an Rechtssicherheit wird nicht erreicht. Die Erfassung missbräuchlichen Handlungen macht es Hinweisgebern noch schwieriger zu beurteilen, ob der Inhalt einer Meldung unter die Richtlinie fällt. Bei diesen unbestimmten Rechtsbegriffen läge die Entscheidung wieder bei den Gerichten.

## **3. Begriffsdefinition „Begründete Verdachtsmomente“, § 3 Abs. 3 HinSchG-E**

Die Voraussetzung des Schutzes des Hinweisgebers bei Meldungen von Verstößen muss dahingehend konkretisiert werden, dass der Hinweisgeber nur dann begründete Verdachtsmomente hat, wenn er bei der Beurteilung des Sachverhalts alle ihm zur Verfügung stehenden Informations- und Beratungsangebote ausschöpft. Dies ist zum Schutz der Rechte der vom Hinweis betroffenen juristischen oder natürlichen Person erforderlich. Nur eine verantwortungsvolle Meldung von betrieblichen Rechtsverstößen kann ein Beitrag zu deren Behebung sein. Aus der Formulierung „begründete Verdachtsmomente“ wird nicht klar, wann diese so begründet sind, dass die Information gemeldet werden darf. Zumindest sollte aber ein dringender Verdacht vorliegen.



Durch eine Meldung drohen wirtschaftliche Einbußen, Wettbewerbsnachteile und Imageschäden. Diesem Spannungsfeld kann durch die Konkretisierung, wann ein „begründetes Verdachtsmoment“ für die Annahme eines Rechtsverstößes vorlag, Rechnung getragen werden. Das kann zu einem ausgewogenen Verhältnis zwischen Hinweisgeberschutz und notwendigem Schutz gegen Missbrauch und Offenlegung sensibler Geschäftsinformationen beitragen. Regelmäßig ist es zumutbar, vor einer Meldung (Rechts-)Rat einzuholen. Dies entspricht der Wertung des § 17 StGB. Danach ist ein Irrtum nur unbeachtlich, wenn der Irrtum nicht vermeidbar war. Die Rechtsprechung legt bzgl. der Vermeidbarkeit einen sehr strengen Maßstab an: Unvermeidbarkeit wird erst dann angenommen, wenn es dem Täter auf Grund seiner sozialen Stellung und nach seinen individuellen Fähigkeiten auch bei der ihm zumutbaren Anspannung seines Gewissens unter Zuhilfenahme anderer möglicher Erkenntnisquellen nicht möglich war, das Unrecht der Tat einzusehen. Dies bedeutet, dass der Täter bei den geringsten Zweifeln eine Erkundigungspflicht hat. Auch Erwägungsgrund 32 WBRL stellt auf die „Umstände“ ab, um zu beurteilen, ob ein „hinreichender“ Grund vorlag.

Beruhet die Annahme, ob ein begründetes Verdachtsmoment für eine Meldung vorliegt, allein auf der subjektiven Einschätzung des Hinweisgebers, besteht die Gefahr des Missbrauchs. Insbesondere könnte es in Betrieben zu einem „Anschwärzen“ von Kollegen kommen. Das würde den Betriebsfrieden nachhaltig stören. Dieser Gefahr muss bei der Umsetzung der Richtlinie Rechnung getragen werden.

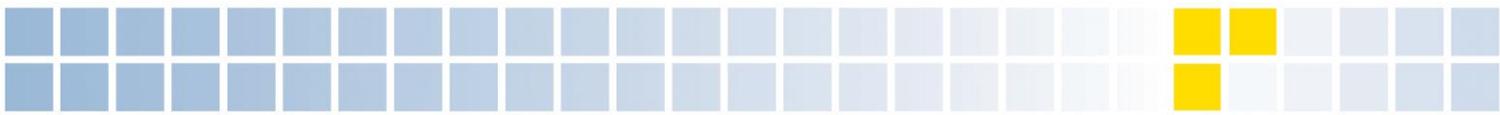
#### **4. Begriffsdefinition „private Beschäftigungsgeber“, § 3 Abs. 10 HinSchG-E**

Klar geregelt werden sollte, inwieweit und ggf. welche als juristischen Personen des Privatrechts organisierte Unternehmen (insbesondere AG, GmbH), die im Eigentum des Bundes oder der Länder stehen, als private Beschäftigungsgeber iSd § 3 Abs. 10 HinSchG-E gelten. Die Einflussmöglichkeiten der Gesellschafter einer GmbH unterscheiden sich deutlich von denen einer Aktiengesellschaft. Eine Gesellschaft kann auch nur mittelbar im Eigentum einer juristischen Person des öffentlichen Rechts stehen und keinerlei öffentliche Aufgaben oder Daseinsvorsorge ausüben. von einem öffentlichen Beschäftigungsgeber auszugehen, erscheint in diesen Fällen fragwürdig.

#### **5. Verhältnis zu sonstigen Bestimmungen, § 4 HinSchG-E**

Die Vorschrift sollte um einschlägige Vorschriften des Arbeitsrechts ergänzt werden. Das deutsche Arbeitsrecht enthält ein gut ausdifferenziertes Beschwerdesystem. Schutz vermitteln z. B. § 17 ArbSchG. Eine Meldung an die zuständige Behörde kann erfolgen, wenn der Arbeitgeber der Beschwerde des Arbeitnehmers nicht abhilft. § 84 BetrVG enthält ein Beschwerderecht gegenüber zuständigen Stellen des Betriebs.

Legt ein Whistleblower z. B. betriebliche Arbeitsschutz-Missstände offen, gilt § 17 Abs. 2 ArbSchG. Der Arbeitnehmer ist gehalten, vorrangig bei einer innerbetrieblichen Stelle, z. B. der Compliance oder einem Ombudsmann, auf Abhilfe hinzuwirken. Gerade beim Arbeits- und Gesundheitsschutz steht schnelles Tätigwerden und effektives Abstellen eines Missstandes im Vordergrund. Dies kann nur erreicht werden, wenn die im Betrieb für den Arbeitsschutz Verantwortlichen schnell Kenntnis eines Missstandes erhalten. Der Weg über ein behördliches Verfahren würde das Abstellen des Fehlers verzögern und könnte so zu Gesundheitsgefahren der Beschäftigten führen. Insoweit sollten die bewährten arbeitsrechtlichen Meldesysteme beibehalten werden und dem HinSchG vorgehen.



## **6. Verhältnis zu sonstigen Geheimhaltungspflichten, § 6 HinSchG-E**

§ 6 HinSchG-E geht weiter als § 5 GeschGehG: § 5 GeschGehG fordert, dass die Aufdeckung geeignet ist, das öffentliche Interesse zu schützen. Demgegenüber ist die Meldung eines (vermeintlichen) Verstoßes nach § 6 HinSchG-E bereits zulässig, wenn zur Aufdeckung notwendig und das gesetzlich vorgesehene Meldeverfahren eingehalten wird. Um den Schutz sensibler betriebsinterner Geschäftsgeheimnisse sicherzustellen, sollten § 6 Abs. 1 und 2 HinSchG-E zumindest um das Kriterium des öffentlichen Interesses ergänzt werden.

Beim Verhältnis zu vertraglichen Verschwiegenheitsverpflichtungen sollte in Berücksichtigung der Privatautonomie und um Missbrauch zu vermeiden an die Meldung / Offenlegung von Informationen ein strenger Maßstab gelegt werden. Die durch § 6 HinSchG-E erfassten Geheimhaltungspflichten sind umfassend zu verstehen. Daher sollten zumindest in der Gesetzesbegründung neben den dort genannten Verschwiegenheitsverpflichtungen, wie z. B. von Beamten (vgl. S. 77 der Gesetzesbegründung), auch vertragliche Vereinbarungen genannt werden.

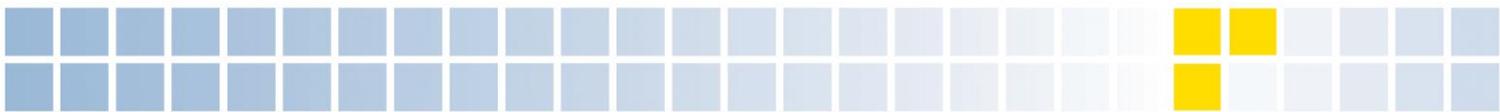
## **7. Wahlrecht zwischen interner und externer Meldung, § 7 HinSchG-E**

Nach dem Wortlaut des Art. 15 greift die Richtlinie, wenn der Whistleblower „zunächst intern und extern oder auf direktem Weg extern... Meldung erstattet“. Gleichzeitig sieht Art. 7 Abs. 2 WBRL vor, dass sich die Mitgliedstaaten dafür einsetzen, dass die internen Meldewege bevorzugt werden. Die Richtlinie sieht damit kein echtes Wahlrecht des Hinweisgebers vor. ErwG 51 regelt, dass eine externe Meldung möglich sein muss, wenn keine internen Meldewege vorgesehen sind. Zumindest sollte das Umsetzungsgesetz sinnvolle Anreize dafür setzen, dass Hinweisgeber sich vorrangig an eine interne Meldestelle wenden. Die bloße Einrichtung eines internen Meldesystems genügt dagegen nicht den Anforderungen des Art. 7 Abs. 2 WBRL.

Es bestehen bereits heute gesetzliche Regelungen, die den Vorrang des innerbetrieblichen Abhilfeversuchs festlegen. Zum Beispiel können sich Beschäftigte gem. § 17 Abs. 2 ArbSchG aus gutem Grund erst an die zuständige Behörde wenden, wenn sie aufgrund konkreter Anhaltspunkte der Auffassung sind, dass die vom Arbeitgeber getroffenen Maßnahmen und bereitgestellten Mittel nicht ausreichen, um die Sicherheit und den Gesundheitsschutz bei der Arbeit zu gewährleisten und der Arbeitgeber einer Beschwerde nicht abgeholfen hat. Aus dem Arbeitsvertrag ergeben sich Nebenpflichten, die grundsätzlich als Ausfluss des gegenseitigen Vertrauens zu verstehen sind. Dazu gehört auch, sich bei Missständen vorrangig an den Arbeitgeber zu wenden und diesem so die Möglichkeit zur Beseitigung des Missstandes zu geben. Der EGMR hat den Schutz der Reputation und des Ansehens im wirtschaftlichen Verkehr als legitimes Interesse anerkannt. Nachdem die Rechtsprechung zum Whistleblowing im Arbeitsrecht gut ausgearbeitete Vorgaben macht und die Mitgliedstaaten auf eine bevorzugte interne Meldung hinwirken sollen, besteht kein Anpassungsbedarf im Arbeitsrecht und die bisherigen Grundsätze sind weiter anzuwenden. Bestehen interne Meldekanäle, die effektiv und ohne Repressalien eine Beseitigung des Missstandes möglich machen, ist vorrangig der interne Meldeweg zu beschreiten.

Eine vorrangige interne Meldung ist auch im Interesse des Arbeitnehmers, der einen Missstand meldet. Bei externer Meldung wird der Missstand in den meisten Fällen viel später beseitigt. Als Gründe hierfür kommt ein bürokratisches Vorgehen der Behörden oder auch der Umstand, dass Behörden dem Vorwurf auch erst einmal nachgehen müssen in Betracht.

Eine Regelung dahingehend, dass Beschäftigte zunächst den internen Meldeweg beschreiten müssen, kann durch Betriebsvereinbarung getroffen werden, aber auch durch entsprechende Weisungen des Arbeitgebers. Zwar entspricht es dem Grundgedanken der Richtlinie (vgl. ErwG 91), dass der Hinweisgeberschutz nicht vertraglich ausgeschlossen werden kann. Durch eine Verpflichtung, interne Meldewege zuerst zu beschreiten, wird aber nicht der Schutz der Richtlinie



versagt. Eine Regelung zur Dreistufigkeit einer Meldung betrifft nicht den Schutz an sich, sondern das Verfahren.

Nach diesen Erwägungen sollte der nationale Gesetzgeber ein dreistufiges Meldesystem vorsehen. In Anlehnung an die Erwägungsgründe 51, 61 und 62 könnten Fälle normiert werden, in denen sofort der externe Meldeweg beschritten wird. Möglich wäre auch die gesetzliche Regelung dahingehend, dass eine externe Meldestelle nach einer Meldung erst tätig wird, wenn ein vorhandener interner Meldekanal erfolglos beschritten wurde.

Zumindest sollten unter Berücksichtigung von Art. 7 Abs. 2 WBRL Anreize zur vorrangigen internen Meldung geschaffen werden. Der Gesetzentwurf sieht solche Anreize nicht vor. Insbesondere genügen die in § 28 Abs. 1 S. 3 HinSchG-E und in § 17 Abs. 1 HinSchG-E vorgesehenen Regelungen nicht den Vorgaben des Art. 7 Abs. 2 WBRL. Nach § 28 Abs. 1 S. 3 HinSchG-E sollen Hinweisgeber von der externen Meldestelle in für ein internes Meldeverfahren geeigneten Fällen zusammen mit der Eingangsbestätigung auf die Möglichkeit einer internen Meldung hingewiesen werden. Die Vorschrift ist als sog. „Soll-Vorschrift“ ausgestaltet und stellt im Rahmen von § 28 HinSchG-E eine Folgemaßnahme als Reaktion auf eine bereits erfolgte externe Meldung dar. Ob die externe Meldestelle diese Folgemaßnahme ergreift, liegt in ihrem Ermessen. Damit sorgt diese Regelung als rein informatorische freiwillige Mitteilung nicht für die bevorzugte Nutzung interner Meldestellen. Zumindest aber sollte der Hinweis auf die bevorzugte Nutzung von internen Meldestellen als Verpflichtung für externe Meldestellen in § 7 HinSchG-E und damit innerhalb der Regelung zum Verhältnis von interner und externer Meldung vorgesehen werden. Auch die in § 17 Abs. 1 S. 4 HinSchG-E vorgesehene Regelung, dass interne Meldestellen auch anonyme Meldungen bearbeiten sollen, soweit dadurch die vorrangige Bearbeitung nichtanonymer Meldungen gefährdet wird, stellt keinen ausreichenden Anreiz für eine vorrangige interne Meldung im Sinne der Richtlinie dar. Art. 7 Abs. 2 WBRL gibt den Mitgliedstaaten auf, die entsprechenden Anreize für die bevorzugte Nutzung der internen Meldekanäle zu setzen, Mit der vorliegenden Regelungen müssen die Beschäftigungsgeber selbst einen Anreiz setzen, indem sie über die Bearbeitung anonymer Meldungen entscheiden. Damit sorgt diese Regelung als rein optionale Regelung nicht für die bevorzugte Nutzung interner Meldestellen.

## **8. Vertraulichkeitsgebot, § 8 HinSchG-E**

Die Identität der in § 8 Abs. 1 S. 1 HinSchG-E genannten Personen darf auch den Personen bekannt werden, die die Personen unterstützen, die für die Entgegennahme von Meldungen oder für das Ergreifen von Folgemaßnahmen zuständig sind. Als „unterstützendes Personal“ nennt die Entwurfsbegründung beispielhaft Büro- und IT-Kräfte, soweit dies notwendig ist. Es sollte klargestellt werden, dass auch unternehmensintern oder extern beauftragte Übersetzer / Dolmetscher von fremdsprachigen Hinweisen notwendigerweise die Identitäten von Hinweisgebern und sonstigen Betroffenen erfahren (dürfen). Wichtig ist dies insbesondere, da Verstöße gegen die Vertraulichkeit eine Ordnungswidrigkeit darstellen sollen (§ 40 Abs. 3 HinSchG-E). Zu berücksichtigen ist auch, dass eine Anonymisierung fremdsprachige Hinweise vor Übermittlung an den jeweiligen Dolmetscher mangels Sprachkenntnisse regelmäßig nicht möglich ist. Insgesamt sollte die Möglichkeit der arbeitsteiligen Vorgehensweise innerhalb von Hinweisgebersystemen klargestellt werden. Eine Weitergabe von Informationen innerhalb der – auch arbeitsteilig organisierten – Meldestelle muss ohne weiteres, insbesondere auch ohne Einwilligung des Hinweisgebers möglich sein. Erfolgen könnte dies etwa durch eine entsprechend konkrete Definition des Begriffs der Meldestelle in § 3 oder § 12 HinSchG-E, die ausdrücklich alle Prozesspartner eines arbeitsteilig agierenden Hinweisgeberschutzsystems umfasst (z. B. als „autorisierte Prozesspartner“). Zumindest aber sollten die in der Gesetzesbegründung zu § 8 HinSchG-E aufgeführten Regelbeispiele der „unterstützenden Personen“ um die jeweils autorisierten Prozesspartner erweitert werden.

## 9. *Einrichtung interner Meldestellen – Meldeverfahren, §§ 12 ff. HinSchG-E*

Zu begrüßen ist, dass bei der Ausgestaltung interner Meldeverfahren weitgehend unternehmerische Entscheidungsfreiheit besteht.

### **a) *Organisationsform interner Meldestellen (v. a. „Konzernlösung“), § 14 HinSchG-E***

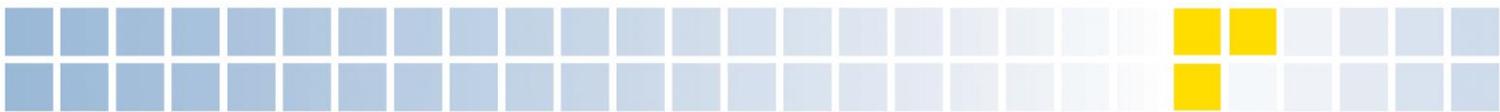
Nach der Gesetzesbegründung soll die Einrichtung einer Meldestelle bei einer anderen Konzerngesellschaft möglich bleiben. Bei konzernverbundenen Unternehmen sind Hinweisgebersysteme aus gutem Grund oftmals zentral angesiedelt. Damit wird sichergestellt, dass Meldungen z. B. über die unternehmensweite Hotline zeitnah und professionell unter Berücksichtigung aller rechtlichen Voraussetzungen bearbeitet werden. Gerade in kleineren Gesellschaften im Konzernverbund ist es oftmals kaum leistbar, eine profunde Expertise im Umgang mit Hinweisen und insbesondere mit der Bearbeitung eklatanter potentieller Verstöße, z. B. im Kartellrecht oder im Bereich technischer Compliance sowie Sanktions-Compliance aufzubauen. Praktikabilitäts- und Effizienzgründen sind hierfür vor allem die Sicherstellung des höchstmöglichen Schutzniveaus für Hinweisgeber sichergestellt. Ohne die zentrale Bearbeitung im Konzern bestünde die Gefahr, dass gleiche Sachverhalte durch verschiedene Konzerntöchtergesellschaften unterschiedlich behandelt würden.

### **b) *Unabhängige Tätigkeit / Fachkunde, § 15 HinSchG-E***

Die Anforderungen an die Unabhängigkeit der Person, die unternehmensintern mit den Aufgaben einer internen Meldestelle beauftragt sind, sollte klarer geregelt werden. Die Entwurfsbegründung verweist darauf, dass z. B. Korruptionsbeauftragte oder auch Datenschutzbeauftragte mit diesen Aufgaben betraut werden kann. Es sollte klargestellt werden, dass auch eine Führungskraft oder etwa Mitarbeiter aus der Personalabteilung die Anforderungen an die Unabhängigkeit erfüllen können. Insoweit müssten etwa eine „Unabhängigkeitsvereinbarung“ sowie entsprechende Schulungen ausreichend sein.

### **c) *Keine Pflicht zur Ermöglichung anonymer Meldungen, § 16 Abs. 1 HinSchG-E***

Zu begrüßen ist, dass keine Pflicht zur Ermöglichung anonymer Meldungen vorgesehen ist. Art. 6 Abs. 2 WBRL stellt es den Mitgliedstaaten anheim, ob sie die internen Meldestellen und die für externe Meldungen zuständigen Behörden verpflichten, anonyme Hinweise entgegenzunehmen und weiterzuverfolgen. Es muss weiter möglich bleiben, dass Unternehmen selbst darüber entscheiden können, ob sie anonyme Meldungen ermöglichen wollen. Effektive Weiterverfolgung erfordert oftmals nochmalige gezielte Nachfragen. Der Whistleblower wird durch die Sicherstellung von Vertraulichkeit ausreichend geschützt. Werden anonyme Meldungen gesetzlich geregelt, erhöht das die Missbrauchsgefahr und das kann den Betriebsfrieden erheblich gefährden. Obwohl keine Pflicht besteht, die internen Meldekanäle so zu gestalten, dass sie die Abgabe anonymer Meldungen ermöglichen, sieht § 16 Abs. 1 S. 4 HinSchG-E vor, dass auch anonym eingehende Meldungen bearbeitet werden sollen, soweit dadurch die vorrangige Bearbeitung nicht-anonymer Meldungen nicht gefährdet wird. Es bleibt unklar, ob die Regelung – für den Fall der Ermöglichung anonymer Meldungen – tatsächlich eine vorrangige Bearbeitung nicht-anonymer Meldungen verpflichtend vorsieht. Die Priorisierung der Bearbeitung von Meldungen sollte – jenseits der nach dem HinSchG vorgesehenen fristgebundenen Obliegenheiten – dem jeweiligen Unternehmen überlassen sein. Es sind Fallkonstellationen denkbar, in denen bestimmte Meldungen eine priorisierte Bearbeitung verlangen, etwa weil der Verlust beweiserheblicher Daten drohen könnte. Auch die Schwere des vermuteten Verstoßes ist zu berücksichtigen. Klargestellt werden sollte, dass die Priorisierung der Bearbeitung bei Ermöglichung anonymer Meldungen den internen Meldestellen überlassen bleiben und sich an den jeweiligen Erforderlichkeiten orientieren.



#### **10. Neben Hinweisgebern geschützter Personenkreis, § 34 HinSchG-E**

In den Schutzbereich sollen auch Personen miteinbezogen werden, die den Hinweisgeber unterstützen. Dabei sollen auch diejenigen „Unterstützer“ erfasst sein, die in gutem Glauben einen bösgläubigen Hinweisgeber unterstützen. Darauf, dass der Hinweisgeber einen hinreichenden Grund zu der Annahme hatte, dass die gemeldete oder offengelegte Information wahr ist und in den Anwendungsbereich fällt, soll es nicht ankommen. Diese weite Auslegung des persönlichen Anwendungsbereichs auf Personen, die einen bösgläubigen Hinweisgeber unterstützen, führt zu erheblichen Rechtsunsicherheiten. Die Erweiterung übersteigt in erheblichem Maß den von der Richtlinie bezweckten Schutzzumfang und sollte daher auch nicht in Leitlinien aufgenommen werden.

#### **11. Ausschluss der Verantwortlichkeit, § 35 HinSchG-E**

Nach § 35 HinSchG-E kann eine Person nicht für die Beschaffung von Informationen, die gemeldet oder offengelegt werden, verantwortlich gemacht werden, es sei denn, die Beschaffung stellt eine Straftat dar. Diese Regelung greift zu kurz. Nicht jedes rechtswidrige „Beschaffen“ stellt eine Straftat dar. Dennoch darf eine rechtswidrige Beschaffung nicht den Schutz des Hinweisgeberschutzgesetzes auslösen. Zumindest muss klargestellt werden, dass bereits im Zeitpunkt der Informationsbeschaffung ein begründetes Verdachtsmoment im Sinne eines konkreten Verdachts für die Annahme eines Verstoßes vorgelegen haben muss. Es muss ausgeschlossen werden, dass Whistleblowing missbräuchlich genutzt wird, um z. B. ein Anschwärzen und Denunziantentum zu vermeiden .

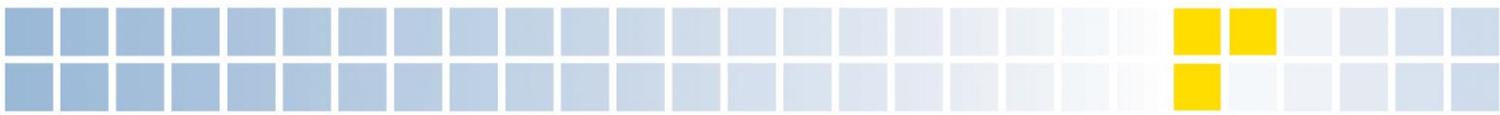
#### **12. Verbot von Repressalien / Beweislastumkehr, § 36 HinSchG-E**

Der Entwurf enthält die Vermutung, dass eine Benachteiligung, die ein Hinweisgeber nach einer Meldung oder Offenlegung im Zusammenhang mit seiner beruflichen Tätigkeit erleidet, eine Repressalie ist.

Eine solch weitgehende Beweislastregelung ist unsystematisch. Durch diese Beweisregelung besteht die Gefahr, dass es Arbeitgebern nicht mehr möglich wäre z. B. einen befristeten Arbeitsvertrag nicht zu verlängern oder Verträge mit externen Dienstleistern zu kündigen. Im Arbeitsrecht besteht ein gut austariertes System zum Schutz von Personen, die in zulässiger Weise ihre Rechte ausüben. Diese arbeitsrechtlichen Regelungen sind an die unterschiedlichen Situationen angepasst und stellen den Schutz beiderseitigen Interessen sicher.

##### **a) Maßregelungsverbot nach § 612a BGB**

Auf dem Gebiet des Arbeitsrechts enthält § 612a BGB ein allgemeines Maßregelungsverbot, nach der ein Arbeitgeber einen Arbeitnehmer bei einer Vereinbarung oder Maßnahme nicht benachteiligen darf, weil der Arbeitnehmer in zulässiger Weise seine Rechte ausgeübt hat. Nach einhelliger Ansicht findet diese Vorschrift auch auf rechtlich zulässiges Whistleblowing Anwendung. In persönlicher Hinsicht findet § 612a BGB Anwendung auf hinweisgebende Arbeitnehmer sowie leitende Angestellte aber auch Auszubildende sowie Praktikanten. Daneben kann die Norm entsprechend auf arbeitnehmerähnliche Personen angewendet werden. Das Maßregelungsverbot richtet sich gegen den Arbeitgeber, also den Vertragspartner, aber auch gegen Dritte, die in die Arbeitgeberstellung eingebunden sind und gegenüber dem Arbeitnehmer zumindest partiell Arbeitgeberfunktionen ausüben (z.B. der Entleiher bei der Arbeitnehmerüberlassung). Damit genügt § 612a BGB für den Bereich des Arbeitsrechts den Anforderungen der Richtlinie.



### **b) Beweislastverteilung in Kündigungsprozessen**

Ein gerechtfertigtes Verhalten – wie Whistleblowing – kann nach bestehender Rechtslage keinen verhaltensbedingten Kündigungsgrund i. S. d. Kündigungsschutzgesetzes (KSchG) darstellen. Insofern findet bereits hier eine Prüfung des der Kündigung zugrundeliegenden Sachverhalts statt.

Durch eine Umsetzung der Beweislastregelung könnte es dazu kommen, dass Arbeitnehmer sich einen von der derzeitigen Rechtsordnung nicht vorgesehenen Kündigungsschutz verschaffen. Erhält ein Arbeitnehmer Kenntnis davon, dass eine Beendigung seines Arbeitsverhältnisses ansteht oder erwogen wird, z. B. auch im Rahmen einer Anhörung des Betriebsrats oder nach § 626 Abs. 2 BGB, besteht die Gefahr, dass er noch vor Ausspruch der Kündigung einen Umstand meldet und sich dann im arbeitsgerichtlichen Verfahren darauf beruft, die Kündigung sei nur aufgrund der Meldung erfolgt. Der Arbeitgeber müsste dann darlegen, dass dem nicht so ist. Der Beweis dieser negativen Tatsache wird in den meisten Fällen kaum oder nur erschwert möglich sein.

### **13. Bußgeldvorschriften, § 40 HinSchG-E**

§ 40 Abs. 2 Nr. 2 HinSchG-E sieht eine Bußgeldvorschrift für den Fall vor, dass keine internen Meldestellen eingerichtet werden. Hierin liegt eine die Richtlinie überschießende Umsetzung. Für die Einführung eines bußgeldbewehrten Ordnungswidrigkeitentatbestands besteht insbesondere auch insofern keine Veranlassung, da Unternehmen bereits Nachteile entstehen, dass sie ihrer Pflicht aus § 12 HinSchG nicht nachkommen. Hinweisgeber könnten sich in diesen Fällen stets an eine externe Meldestelle wenden.

Zumindest aber sollte der Tatbestand „Nichteinrichten von Meldekanälen“ ausnahmslos für alle verpflichteten Arbeitgeber erst nach einer angemessenen Übergangsfrist mit einem Bußgeld geahndet werden können. Auch wenn viele Unternehmen bereits über bewährte Hinweisgebersysteme verfügen, können die neuen gesetzlichen Regelungen eine Prüfung sowie ggf. eine Anpassung erfordern. Dies wird in den meisten Fällen nicht ohne zeitlichen Aufwand sowie erst nach Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens erfolgen können.

#### **Ansprechpartner:**

#### **BDA | DIE ARBEITGEBER**

Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände

#### **Abteilung Arbeitsrecht und Tarifpolitik**

T +49 30 2033-1211

[arbeitsrecht@arbeitgeber.de](mailto:arbeitsrecht@arbeitgeber.de)