

Stellungnahme

zum Gesetzentwurf der Bundesregierung

Entwurf eines Gesetzes für einen besseren Schutz hinweisgebender Personen sowie zur Umsetzung der Richtlinie zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden BT-Drucksache 20/3442

Sehr geehrte Damen und Herren,

ich bedanke mich für die Gelegenheit, als Sachverständiger Stellung nehmen zu dürfen zum Gesetzentwurf der Bundesregierung für einen besseren Schutz hinweisgebender Personen (Hinweisgebeschutzgesetz – HinSchG) sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2019/1937 zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden (HinSch-RL).

Meine Stellungnahme gliedert sich in einen allgemeinen Teil zur generellen funktionellen Ausrichtung des HinSchG-E (A.), einen besonderen Teil mit einer Auflistung und Kurzabhandlung ausgewählter Problem-Bereiche der aktuellen Entwurfsfassung (B.), sowie ein Fazit (C.).

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Nico Herold

A. Zweck und Funktionalität des HinSchG-E

Es handelt sich bei der nationalgesetzlichen Umsetzung der HinSch-RL um eine komplexe legislative Aufgabe. Die Gründe dafür liegen im Wesentlichen

- zum einen darin, dass Hinweisgeber mit ihrem Whistleblowing als Informations-Mittler im Zentrum des natürlichen Spannungsverhältnisses von Transparenz und Geheimhaltung handeln. Dieses Spannungsverhältnis lebt gerade im demokratischen Rechtsstaat besonders auf, da er es ständig ausbalancieren muss – entlang der verschiedenen Interessenpositionen privater-, gesellschaftlicher- und staatlicherseits.¹ Rechtlich manifestiert es sich in den verschiedenen Rechtsgebieten über die entsprechenden Kollisionen von Geheimnisbegriffen und damit verbundenen Verschwiegenheits-Pflichten und Whistleblowing- bzw. sonstigen Melde-Rechten etc. (u.a. Staatsgeheimnisse, Geschäftsgeheimnisse, Betriebs- oder Amtsgeheimnisse vs. Meinungsfreiheit)
- zu anderen darin, dass bis dato im deutschen Recht ein ganzer Flickenteppich an Whistleblowing-relevanten Rechtsnormen punktuell implementiert wurde (etwa § 5 GeschGehG; § 67 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 BBG; § 37 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 BeamStG; § 14 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 SG), die nunmehr mit einem zentralen Hinweisgeberschutzgesetz harmonisiert werden müssen.

I. Grundausrichtung

Ausweislich seiner Begründung hat der HinSchG-E zwei zentrale funktionale und ineinandergreifende Regelungs-Komponenten. Das Ziel liegt in der Verbesserung der organisationseigenen und behördlichen/staatlichen Fremd-Kontrolle durch die Förderung von Whistleblowing durch Hinweisgeber (interne/externe Meldung oder Offenlegungen).

- *Handlungsseite*: Erweiterung/Verbesserung der Rechte und des Schutzes von Hinweisgebern.

Insider mit Missstandskennntnis gelten als wichtige bis gar essenzielle Informationsquelle – sowohl intern als „Frühwarnsystem“², als auch extern für Bereiche, die mit konventionellen staatlichen/behördlichen Ermittlungsmethoden wenig bis gar nicht zugänglich sind³. Ausweislich der Begründung soll das HinSchG für Rechtssicherheit und Schutz bei potenziellen Hinweisgebern sorgen und sie so zu mehr Meldungen/Offenlegungen animieren, indem sie wissen, was sie wann wo und wie weitergeben können und welchen Schutz sie dann genießen.⁴

- *Annahmeseite*

Verpflichtung der meisten Organisationen zur Einrichtung von internen Meldestellen, sowie des Staats zu externen Meldestellen. Dabei sollen die bürokratischen Anforderungen und die Pflichten bzw. Vorgaben für die Stellen in Wirtschaft und Verwaltung handhabbar bleiben.⁵

¹ Siehe *Herold*, Kritische Justiz 3/2019, S. 337 ff.

² Etwa *Taschke/Pielow/Volk*, Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht 3/2021, S. 86; Egger, M. 2018. „Hinweisgebersysteme und Informantenschutz.“ *Corporate Compliance Zeitschrift* 3/2018: 19.

³ *Herold*, in: Kölbl (Hrsg.), Whistleblowing. Band 1: Stand und Perspektiven der empirischen Forschung, S. 54 ff.

⁴ BT-Drs. 20/3442, S. 2: „Dieser Entwurf soll durch die Umsetzung der HinSch-RL und Kodifizierung der durch die Rechtsprechung aufgestellten Grundsätze Rechtsklarheit für Hinweisgeberinnen und Hinweisgeber darüber schaffen, wann und durch welche Vorgaben sie bei der Meldung oder Offenlegung von Verstößen geschützt sind.“

⁵ BT-Drs. 20/3442, S. 2

II. Konkrete Ausrichtung und Abgleich mit der empirischen Forschung

Der HinSchG-E wie auch die HinSch-RL bewegen sich in ihrer Grund- wie auch konkreten-systematischen Ausrichtung entlang der empirischen Erkenntnisse zum Whistleblower-Verhalten.⁶ Die entscheidenden Hemmungsgründe sind übereinstimmend in der internationalen Forschung:

- die Angst vor persönlichen Nachteilen infolge der Meldung
- der fehlende Glaube, dass eine Meldung einen korrigierenden Effekt haben wird/hat

Dazu haben sich einige mehr oder minder verbindliche Einsichten bei förderlichen (meist miteinander wechselwirkenden) Einzelfaktoren herauskristallisiert auf den Ebenen Person, Situation, Organisation. Der HinSchG-E zielt dabei auf organisatorischer Ebene im Wesentlichen aus empirischer Sicht zu Recht auf den Abbau der Melde-Angst⁷ durch die Schaffung transparenter, vertraulicher und einfach zu handhabender Meldemöglichkeiten (§§ 12 ff. und §§ 19 ff.).

B. Ausgewählte Problemkreise nach Ebenen

Die im Folgenden (nicht abschließend, sondern lediglich ausgewählt) aufgelisteten Punkte und Problemkreise sind je nach Maßstab unterteilt (Grob-, Mittel- und Fein-Ebene).

I. Makro-Ebene

1. Der persönliche Anwendungsbereich

Passend gewählt ist der Weg der Umsetzung über eine allgemeine Legaldefinition hinweisgebender Personen in § 1 Abs. 1 HinSchG-E. Etwas sachfremd ist die Verortung eines Zusammenhangs mit der beruflichen/dienstlichen Tätigkeit als Merkmale der personalen Legaldefinition. Zwar ist dieses Zusammenhangs-Kriterium weit gefasst, kann aber in Einzelfall schwierig abzuschätzen sein – vergleichbar mit der Abgrenzung inner- und außerdienstlicher Verfehlungen im öffentlichen Dienst⁸. Gleichwohl kommt nur eine klarstellende Anpassung, nicht aber eine Entfernung infrage, da Art. 4 Abs. 1 HinSch-RL dieses Kriterium ausdrücklich nennt: „und im beruflichen Kontext Informationen über Verstöße erlangt haben“.

2. Der sachliche Anwendungsbereich

Der sachliche Anwendungsbereich des HinSchG-E ist neben dem Wahlrecht des § 7 Abs. 1 der am kontroversesten diskutierte Regelungspunkt, bestimmt er doch maßgeblich die Reichweite der neuen Privilegien von Hinweisgebern. Auf Makro-Ebene stellt sich nur die Frage, ob er generell (noch) erweitert oder (wieder) eingeschränkt werden sollte.

- Zu begrüßen ist zunächst, dass der HinSchG-E von der Möglichkeit der Erweiterung des sachlichen Anwendungsbereichs Gebrauch macht. Eine Beschränkung auf den – selbst für Experten – kaum konkret zu bestimmenden Verlauf des unionsrechtlichen Katalogs der Art. 2 HinSch-RL wäre für potenzielle Hinweisgeber als auch

⁶ Herold, in: Kölbel (Hrsg.), Whistleblowing. Band 1: Stand und Perspektiven der empirischen Forschung, S. 57 ff., mit zahlreichen Nachweisen.

⁷ Als direkt aktivierend kämen praktisch nur Belohnungen/Prämien in Betracht (intern etwa als Belobigungen, Beförderungen etc.) extern als „cash for information“-Programme, siehe dazu Herold, in: Kölbel (Hrsg.), Whistleblowing. Band 1: Stand und Perspektiven der empirischen Forschung, S. 135 ff. und Kölbel/Herold, a.a.O., S. 195 ff. Die HinSch-RL steht dem nicht entgegen, siehe nur Schmolke, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 1/2022, S. 106.

⁸ Wobei die formaler Dienstbezogenheit keine Rolle spielt, sondern primär eine materielle Betrachtungsweise zu Grunde zu legen ist, bei der aber auch formale Gesichtspunkte als Indizien herangezogen werden können (BVerwG, Urt. v. 20.02.2001 - 1 D 55/99 (BDiszG)).

Organisationen und deren Hinweisgeber-Systeme kaum in der Praxis handhabbar. Über das gewählte Prinzip, die erfassten Bereiche aufzulisten, schafft der HinSchG-E allerdings ein ähnliches, nur schwer zu behebendes Problem.

- Eine Haupt-Streitfrage bezieht sich auf die **Einbeziehung formal-legaler Missstände („legales Unrecht“)** in den sachlichen Anwendungsbereich.⁹ Dafür sprechen rechtspolitische und praktische Erwägungen, kann doch das öffentliche Interesse auch von formal-legalen Machenschaften negativ betroffen sein. Das ist besonders bei erheblichen strukturellen Missständen der Fall, in denen praktisch nur eine mediale Offenlegung den nötigen gesellschaftlichen und in der Folge legislativen Druck zur Anpassung der defizitären Gesetzeslage aufbauen (kann) – etwa bei demokratiewidrigen Arkanbereichen staatlicher Institutionen wie einer informationellen Monopolstellung der Geheimdienste¹⁰.

Ob eine solche Erweiterung des sachlichen Anwendungsbereichs auf „erhebliche (aber legale) Missstände“ tatsächlich nötig ist, ist allerdings fraglich, jedenfalls rechtstechnisch aber äußerst anspruchsvoll hinsichtlich der entsprechend präzise zu bestimmenden Kriterien der gesetzlichen Tatbestände, die es erfassen (sollen). Zudem erfasst der HinSchG-E auch „legales Unrecht“ (zumindest zum Teil) insofern, als das erhebliche gesellschaftliche Missstände im oben genannten Sinne – selbst wenn sie sich ex-post als formal-legal herausstellten – meist trotzdem folgende Regelungen erfüllen (können, die wiederum aber auch nicht frei von Rechtsunsicherheit sind).

- § 3 Abs. 2 als Verstöße auch Handlungen oder Unterlassungen erfasst, die missbräuchlich sind, weil sie dem Ziel oder dem Zweck der Regelungen in den Vorschriften oder Rechtsgebieten zuwiderlaufen, die in den sachlichen Anwendungsbereich nach § 2 fallen.
- § 32 Abs. 1 Nr. 2 a) und b) erlauben direkte Offenlegungen bei hinreichendem Grund zur Annahme, dass
 - der Verstoß wegen eines Notfalls, der Gefahr irreversibler Schäden oder vergleichbarer Umstände eine unmittelbare oder offenkundige Gefährdung des öffentlichen Interesses darstellen kann,
 - oder im Fall einer externen (behördlichen) Meldung Repressalien zu befürchten sind
- § 33 Abs. 1 Nr. 2 und 3: der Schutz greift, wenn die hinweisgebende Person (mindestens) zum Zeitpunkt der Meldung oder Offenlegung hinreichenden Grund zur Annahme hatte, die von ihr gemeldeten oder offengelegten Informationen der Wahrheit entsprechen und in den Anwendungsbereich des HinSchG-E fallen.

Denkbar wäre zumindest eine Kodifizierung etwa der durch die Rechtsprechung im Fall Pätch aufgestellten Kriterien in Form „evidenter, besonders schwerer Verfassungsverstöße“¹¹ etwa „besonders schwerer Missstände in der Verwaltung“¹², Für einen Anwender-Vorteil wäre das Kriterium dann jedenfalls über die bloße Kodifizierung hinaus so präzise wie möglich zu bestimmen oder mit Regelbeispielen zu

⁹ Dazu und zur Diskussion etwa *Gerdemann, Zeitschrift für Rechtspolitik* 4/2022, S. 101 f.; *Colneric/Gerdemann* (2020): Die Umsetzung der Whistleblower--Richtlinie in deutsches Recht. Rechtsfragen und rechtspolitische Überlegungen (HSI-Schriftenreihe, 34), S 166 ff.

¹⁰ Siehe dazu *Herold, Kritische Justiz* 3/2019, S. 340 ff.

¹¹ *BVerfG*, Beschl. v. 28.04.1970 - 1 BvR 690/65, Rn. 43: „Ein evidenter, besonders schwerer Verfassungsverstoß, der eine sofortige Unterrichtung der Öffentlichkeit erfordert oder doch gerechtfertigt hätte [...]“.

¹² *BVerwG*, Urt. v. 13.12.200 – 1 D 34/98 (BDisZG).

konkretisieren – denn (zu) unbestimmte Rechtsbegriffe wären auch wiederum von Literatur und Rechtsprechung mit (nicht unbedingt Komplexitäts-reduzierendem) Leben für die Praxis zu erfüllen.

➤ **Die fragmentierte Gestaltung der Schutzkriterien**

Aus Sicht potenzieller Hinweisgeber als nachteilig erweist sich die fragmentierte Verortung der verschiedenen Kriterien unter denen der Schutz des HinSchG-E greift. Der § 33 HinSchG-E bestimmt die Schutzvoraussetzungen insofern nicht (ganz) abschließend. Denn gem. § 6 Abs. 2 HinSchG-E dürfen – und diesen Fällen sind von einer nicht unerheblichen Praxisrelevanz – Informationen, die u.a. einer vertraglichen Verschwiegenheitspflicht, einer Rechtsvorschrift des Bundes, eines Landes über die Geheimhaltung oder über Verschwiegenheitspflichten (z.B. von Beamten) nur an eine zuständige Meldestelle weitergegeben oder offengelegt werden, wenn

- die hinweisgebende Person hinreichenden Grund zu der Annahme hatte, dass die Weitergabe oder die Offenlegung des Inhalts dieser Informationen notwendig ist, um einen Verstoß aufzudecken, und
- die Voraussetzungen des § 33 Abs. 1 Nr. 2 und 3 (s.o.) erfüllt sind.

Die Voraussetzungen unter denen der Hinweisgeber Schutz genießt, sollten in einer Vorschrift konzentriert und präziser gefasst werden – etwa dass nur für die Meldung notwendige Informationen erfasst sind (Notwendigkeitsvorbehalt).

Abgemildert werden kann dieser Kritikpunkt in der Praxis durch die Pflicht der externen behördlichen Meldestellen gem. § 24 Abs. 2 HinSchG-E, umfassende und unabhängige Informationen und Beratung über bestehende Abhilfemöglichkeiten und Verfahren für den Schutz vor Repressalien zu bieten.

➤ **Die Situation der Meldestellen im öffentlichen Dienst**

Die Regelung des § 12 Abs. 1 S. 2 und 3 HinSchG-E, wonach bei Bundes- und Landes-Beschäftigungsgebern die obersten Bundes- oder Landesbehörden Organisationseinheiten in Form von einzelnen oder mehreren Behörden, Verwaltungsstellen, Betrieben oder Gerichten bestimmen, die dann Behörden-/Bereichs-übergreifende interne Meldestellen einrichten, ist als unionsrechtswidrig einzustufen. Schon die geplante „Konzernlösung“ widerspricht der Interpretation der Kommission¹³ und ist auch vor dem Hintergrund der HinSch-RL als fragwürdig zu qualifizieren. Eine Parallel-Lösung i.S.d. § 12 Abs. 1 S. 2 und 3 HinSchG-E für den öffentlichen Dienst abseits von Gemeinden findet sich in der HinSch-RL nicht (vgl. Art. 8 Abs. 9).

➤ **Die Schadensersatz-Regelung**

Mit § 37 HinSchG-E soll eine spezielle Schadensersatznorm für Hinweisgeber als eigene verschuldensunabhängige Anspruchsgrundlage eingeführt werden.

Das ist grundsätzlich zu begrüßen, denn der Schadensersatz von Hinweisgebern nach Repressalien für Whistleblowing richtete sich bisher nach dem allgemeinen Recht, was vor allem zu Um- und Durchsetzung-Schwierigkeiten in der Praxis führt(e), die man beispielsweise schon aus Whistleblowing-unabhängigen Mobbing-Fällen kennt – etwa

¹³ Siehe Stellungnahmen der EU-Kommission unter https://www.cmshs-bloggt.de/wp-content/uploads/2021/08/Stellungnahme_3939215.pdf und https://www.cmshs-bloggt.de/wp-content/uploads/2021/08/Stellungnahme_4667786.pdf

auf Ebene der prozessualen Darlegungslast¹⁴ und der Beweisführung¹⁵. Insofern ist auch die Beweislastumkehr des § 36 Abs. 2 S. 1 HinSchG-E mit der Vermutung der kausalen Verknüpfung von Benachteiligung und Meldung/Offenlegung zur Repressalie eine Erleichterung für Hinweisgeber.

Allerdings erfasst § 37 HinSchG-E mangels entsprechender Wortlautregelung gerade keine immateriellen Schäden (§ 253 Abs. 1 BGB). Damit klammert das HinSchG-E eine ganze Reihe von typischen Schäden von Hinweisgebern infolge von (relativ häufigen – bei einer großen internationalen Studie etwa 33 % für die BRD in 2019¹⁶) Repressalien aus, die in der empirischen Forschung gut belegt sind¹⁷. Zwar ist davon auszugehen, dass diese Schäden nach den allgemeinen Vorschriften weiter ersetzbar sein können und werden¹⁸, allerdings dann wiederum und der praktischen Schwierigkeiten der Durchsetz- und Beweisbarkeit. Ein guter Teil der immateriellen Schäden durch Repressalien wird zwar auf einer Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung beruhen (§ 253 Abs. 2 BGB). Die HinSch-RL beschränkt den Ersatz immaterieller Schäden aber gerade nicht – wie auch aus Erwägungsgrund (94), S. 3 am Ende zu folgern ist.¹⁹ Zudem verträgt sich § 37 Abs. 2 HinSchG-E nicht mit den dezidierten Verboten von Repressalien im Zusammenhang mit der [Art. 19 b) 2 Alt., i), j) HinSch-RL].

Zu einem ganzheitlichen Schutzkonzept gehört auch ein spezieller und umfassender Schadensersatz (vgl. Erwägungsgründe 94 ff. zur HinSch-RL). Insofern ist § 37 HinSchG-E um den Ersatz immaterieller Schäden zu erweitern.

Aber auch eine solche spezielle Hinweisgeber-Schadensersatznorm wie § 37 HinSchG-E wird in der Praxis die zeitnahe vollständige Wiedergutmachung oft nicht erreichen (können)²⁰, ebenso wenig wie das weitreichende Verbot von Repressalien gem. § 36 HinSchG-E dazu führt, dass keine mehr gegen Hinweisgeber eingesetzt werden.

Insofern bietet sich ergänzend als „**alternatives Kompensationsinstrument**“ die Einrichtung eines **Hinweisgeber-Entschädigungsfonds (HinG-EF)** an, der in Vorleistung über ein vereinfachtes Antragsverfahren kompensierend eingreift.

Die Haupt-Funktion eines HinG-EF läge in der erleichterten Durchsetzbarkeit. Konzeptionell könnte ein solcher zusammenfassend etwa folgendermaßen aussehen:

- Eine zentralisierende und klarstellende spezielle HinSchG-Schadensersatznorm i.S.e. neu gefassten Version des § 37 HinSchG-E dient als Basis (auch) für

¹⁴ Exemplarisch etwa *LAG Rheinland-Pfalz*, UrT. v. 04.06.2009 – 11 Sa 66/09; siehe auch *BAG*, UrT. v. 23.01.2007 – 9 AZR 557/06, NZA 20/2007, S. 1166;

¹⁵ Exemplarisch etwa *LAG München*, UrT. v. 30.10.2014 – 4 Sa 159/14; *LAG Thüringen*, UrT. v. 10.04.2001 – 5 Sa 403/2000, NZA-RR 7/2001, S. 357 ff.;

¹⁶ *Ethics & Compliance Initiative* (2021): *The State of Ethics & Compliance in the Workplace. A Look at Global Trends*, S. 23. Für das Covid-19 Jahr 2020 als Sonderfall beträgt der Wert sogar 73 %, für 2015 liegt er bei 50 %.

¹⁷ Etwa „(schwere) Depressionen, Angst- und Schlafstörungen, Substanzmissbrauch, Suizid-Gedanken und -Versuche etc.; fehlende Vertrauensfähigkeit; allgemein abnehmende Gesundheit sowie (schwere) finanzielle, soziale und familiäre Probleme.“, siehe *Herold*, in: Kölbel (Hrsg.), *Whistleblowing*. Band 1: *Stand und Perspektiven der empirischen Forschung*, S. 119 ff. mit zahlreichen Nachweisen.

¹⁸ Vgl. BT-Drs. 20/3442, S. 96: „Darüber hinaus können nach dem geltenden Recht Ansprüche etwa auf Schmerzensgeld (§ 253 Absatz 2 BGB) oder auf eine Entschädigung in Geld wegen Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts bestehen.“

¹⁹ So auch *Gerdemann*, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 2/2021, S. 39 f.; *Dilling*, *Corporate Compliance Zeitschrift* 2/2021, S. 65; *Colneric/Gerdemann*, *Die Umsetzung der Whistleblower-Richtlinie in deutsches Recht*, HSI-Schriftenreihe 34, 2020, S. 110 ff., 120 f.

²⁰ Vgl. *Colneric/Gerdemann*, *Die Umsetzung der Whistleblower-Richtlinie in deutsches Recht*, HSI-Schriftenreihe 34, 2020, S. 125.

Ansprüche gegenüber dem HinG-EF. Alternativ in Korrespondenz mit Art. 20 Abs. 2 und Art. 21 Abs. 8 HinSch-RL könnten auch „Soforthilfe-Leistungen“ für akut geschädigte Hinweisgeber vorgesehen werden, die dann gerade nicht auf einen vollständigen Schadensersatz abzielen – ggf. später aber mit diesem verrechnet werden (könnten).

- Für die Ausgestaltung und Finanzierung sind verschiedene Varianten möglich – z.B. gemeinnütziger Verein, Stiftung, behördliche Lösung (gemeinsam mit § 19 Abs. 1, 2 HinSchG-E) bzw. Sondervermögen oder Beitragslösungen (bei e.V.); (Anteile von) Straf- oder sonstigen Sanktionszahlungen, Regresszahlungen der Schädiger infolge der übergegangenen Ansprüche (Realisierungsrisiko trüge dann nicht der Hinweisgeber, sondern der HinG-EF)
- Die Geltendmachung für einen finanziellen Schadensausgleich (nur) könnte über ein formloses Antragsverfahren laufen. Dabei ist bei der Ausgestaltung des Prüfverfahrens sorgfältig abzuwägen. Es dürfte weder ähnlich komplex sein wie ein gerichtliches Verfahren – zu dem es gerade eine einfachere Alternative sein soll – noch zu oberflächlich bzw. summarisch, dass es leichtfertig (aus)genutzt werden könnte.

II. Meso-Ebene

➤ der sachliche Anwendungsbereich

Weitgehend ausgenommen von HinSchG-E ist gem. § 5 Abs. 1 Nr. 1 und 2 und Abs. 1 Nr. 1 der Bereich nationaler oder staatlicher Sicherheits-, nachrichtendienstlicher und sonstiger sicherheitsempfindlicher Belange und Informationen (Einstufungen). Damit ist ein im demokratischen Rechtsstaat besonders neuralgischer Bereich des Spannungsverhältnisses aus grundsätzlicher Transparenz und zu rechtfertigender Geheimhaltung²¹ weiterhin nur unter den bisherigen rechtlichen, stark eingeschränkten und kaum handhabbaren Möglichkeiten für Hinweisgeber eröffnet – etwa für Angehörige der Nachrichtendienste externe Meldungen an das Parlamentarische Kontrollgremium (§ 8 PKGrG).

Das ist folglich mit ganz erheblichen Rechtsunsicherheiten und praktischen Unwägbarkeiten verbunden – mit einem extrem schmalen Anwendungskorridor des HinSchG-E abseits der Exklusion vom § 5 Abs. 1 Nr. 2 HinSchG-E – beispielsweise als strafrechtlicher Rechtfertigungsgrund für öffentliches Whistleblowing à la Edward Snowden oder Werner Pätsch.²² Der Art. 3 Abs. 2 S. 1 HinSch-RL sieht eine Ausnahme vor für die Verantwortung der Mitgliedstaaten, die nationale Sicherheit zu gewährleisten, oder ihre Befugnis zum Schutz ihrer wesentlichen Sicherheitsinteressen. Dem Wortlaut nach erfasst das aber kaum sämtliche Informationen von Nachrichtendiensten oder von Behörden oder sonstigen öffentlichen Stellen des Bundes, soweit sie Aufgaben im Sinne des § 10 Nr. 3 des Sicherheitsüberprüfungsgesetzes wahrnehmen i.S.d. § 5 Abs. 1 Nr. 2 HinSchG-E.

Auch der pauschale Ausschuss von sämtlichen Verschlussachen gem. § 5 Abs. 2 Nr. 1 HinSchG-E – abgesehen von internen Meldungen strafbewehrter Verstöße – balanciert das Spannungsverhältnis an dieser Stelle nicht angemessen aus. Das ist insbesondere deshalb der Fall, weil z.B. das strafrechtliche Tatbestandsmerkmal einer besonderen Geheimhaltungspflicht gem. § 353b Abs. 2 StGB einerseits u.a. durch den formalen Akt

²¹ Siehe dazu *Herold*, Kritische Justiz 3/2019, S. 340 ff.

²² Siehe dazu und den strafrechtlichen Fallstricken von „Government-Whistleblowing“ *Kölbel/Herold* Goldammer's Archiv für Strafrecht, 7/2022, S. 377 ff., 390 f.

der Klassifizierung als Verschlusssache bestimmt wird, andererseits eine Rechtfertigung nach dem HinSchG-E durch den Ausschluss aber verwehrt bliebe und sich nach den allgemeinen Vorschriften richtet. Damit können innerstaatliche Akteure „problematische Sachverhalte gegenüber externen Kontrollen absichern“. Es ist zumindest zu fordern, dass eine (zusätzliche) „risikofrei ansprechbare Meldestelle geschaffen“ wird, die „die Sache in Geheimnisschutzkonstellationen nicht einfach fallen lässt (so derzeit § 28 Abs. 2 HinSchG-E), sondern die“ sorgfältig abwägt „und bei ausreichenden Gründen die für die Missstandsbeeindigung geeigneten Institutionen mit der Materie betraut“.²³

➤ **anonyme Hinweise**

Die Regelung zu anonymen Meldungen ist nicht praktikabel. Die §§ 16 Abs. 1 S. 4; 27 Abs. 1 S. 2 HinSchG-E gestatten internen und externen („sollten“) Meldestellen zwar die Entgegennahme/Bearbeitung von anonymen Meldungen, aber nur unter der Voraussetzung, dass die vorrangige Bearbeitung nichtanonymer Meldungen nicht gefährdet wird. Aus praktischer Sicht im Umgang mit eingehenden Meldungen ergibt das keinen Sinn. Die Bearbeitungspriorität in Sinne der Missstands-Bekämpfung hängt nicht von der Vertraulichkeit oder Anonymität der Meldung ab, sondern von deren Informationsgehalt. Über moderne elektronische Meldekanäle ist zudem die Kontaktpflege auch mit anonymen Hinweisgebern ohne weiteres möglich. Zudem stellte sich die Frage, wie Fälle priorisiert werden sollen, die von der Anonymität im Verlauf in die Vertraulichkeit übergehen, weil die Identität des Hinweisgebers bekannt wird. Insofern ist die Priorisierung zu streichen.

Die nicht selten vorgebrachte Kritik, dass die Gewährung von Anonymität nicht zur Pflicht erhoben wurde, vermag indes nicht zu überzeugen bzw. läuft weitgehend ins Leere. Zum einen gehört die anonyme Meldeoption zum Standard-Repertoire moderner Hinweisgeber-Systeme und produziert zudem keine Zusatzkosten. Zum anderen: Sollten sich Organisationen oder die für externe Meldestellen zuständigen Behörden nicht dazu entscheiden, anonyme Kanäle anzubieten, so verfehlen sie nicht nur nicht der gängigen Best-Practice, sondern liefern auch Gefahr, dass Hinweisgeber die jeweiligen Konkurrenz-Portale nutzen, – etwa der Medien²⁴, zumal anonyme Meldungen/Offenlegungen ohnehin nicht von HinSchG-E erfasst sind und sein können (Ausnahme: die Identität des Hinweisgebers wird später bekannt²⁵).

III. Mikro-Ebene

An dieser Stelle seien noch einige Probleme genannt, die stellvertretend für zahlreiche weitere stehen, die sich in Detail an verschiedensten Stellen des HinSchG-E finden.

➤ **§ 3 Abs. 2 i.V.m. § 1 Abs. 1 HinSchG-E**

Kombiniert man beide Vorschriften, ergibt sich daraus eine schwer aufzulösende bzw. zu handhabende Doppelregelung des beruflichen Kontextes (s.o.):

Dieses Gesetz regelt den Schutz von natürlichen Personen, die im Zusammenhang mit ihrer beruflichen Tätigkeit oder im Vorfeld einer beruflichen Tätigkeit

²³ *Kölbel/Herold* Goldammer's Archiv für Strafrecht, 7/2022, S. 382 ff., 391 f.

²⁴ Etwa das Recherche-Kollektiv Correctiv mit ihrem Anonymen Online-Briefkasten unter <https://correctiv.org/kontakt/anonymer-briefkasten/> (Aufruf vom 15.10.2022): „Sie haben vertrauliche Informationen, die an die Öffentlichkeit gehören, oder wollen Sie uns einen anonymen Hinweis geben, dem wir nachgehen sollen? Dann sind Sie genau hier richtig. Wir behandeln Ihre Dokumente vertraulich, und Sie bleiben anonym, auch für uns.“

²⁵ Vgl. BT-Drs. 20/3442, S. 34: „Im Übrigen fallen anonyme Hinweisgeberinnen und Hinweisgeber unter die Schutzbestimmungen dieses Gesetzes, wenn ihre zunächst verdeckte Identität bekannt wird.“

Informationen über Handlungen oder Unterlassungen im Rahmen einer beruflichen, unternehmerischen oder dienstlichen Tätigkeit erlangt haben und diese an die nach diesem Gesetz vorgesehenen Meldestellen melden oder offenlegen (hinweisgebende Personen).

Da die Einschränkung des Verstoß-Begriffes zudem in der HinSch-RL nicht enthalten ist (Art. 4 Abs. 1 bezieht sich auf den persönlichen Anwendungsbereich), sollte diese in § 3 Abs. 2 HinSchG-E (wegen der Dopplung) wieder gestrichen werden.

➤ **§ 37 HinSchG-E**

- Repressalien erfassen gem. § 3 Abs. 6 HinSchG-E einen (möglichen) ungerechtfertigten Nachteil, zugefügt vom Verursacher durch eine (unterlassene) Handlung im Zusammenhang mit der beruflichen Tätigkeit – und damit „jede benachteiligende Handlung oder Unterlassung im beruflichen Kontext“²⁶. Die nähere Konkretisierung durch Regelbeispiele entlang von Art. 19 HinSch-RL würde hier die Praxis-Tauglichkeit erhöhen. Die Repressalien-Auflistung taucht auch in der Begründung zum HinSchG-E auf.²⁷ Insofern ist unverständlich, warum die Regierung sie (bisher) nicht in die Norm mit aufgenommen hat.
- Reaktion auf eine Meldung oder eine Offenlegung als Tatbestandsmerkmal der kausalen Verknüpfung von benachteiligender Handlung/Unterlassung und Meldung/Offenlegung²⁸, die im Wege der Beweislastumkehr gem. § 36 Abs. 2 S. 1 HinSchG-E vermutet wird. Die genauen Kausalmerkmale der „Reaktion“ klärt das allerdings nicht.

➤ **§ 18 Nr. 4 HinSchG-E**

Gemäß § 18 Nr. 4 HinSchG-E kann die interne Meldestelle das Verfahren zwecks weiterer Untersuchungen an eine zuständige Behörde abgeben. „Zuständige Behörden im Sinne dieses Gesetzes sind Stellen im Sinne des funktionellen Behördenbegriffs des § 1 Absatz 4 des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVfG).“²⁹ Da es sich nicht um Meldestellen im Sinne des HinSchG-E handelt, stellt sich hier die Frage, ob und wenn ja inwieweit die Schutzvorschriften des HinSchG-E greifen.

C. Fazit

An den in dieser Stellungnahme vorgebrachten Kritikpunkten zeigt sich die schwere Aufgabe des Gesetzgebers, die beteiligten Interessenpositionen auszutarieren und dabei die rechtliche Position von Hinweisgebern entsprechend der HinSch-RL einerseits zu stärken, die Stärkung aber andererseits nicht zu überreißen – und dabei Rechtsicherheit und Praxistauglichkeit im deutschen Recht nach mehreren Seiten hin zu erzeugen. Diese Stellungnahme soll dazu anregen, die angesprochenen Punkte und die ihnen zugrundeliegenden Überlegungen legislativ zu berücksichtigen.

²⁶ BT-Drs. 20/3442, S. 65.

²⁷ BT-Drs. 20/3442, S. 65.

²⁸ BT-Drs. 20/3442, S. 65.

²⁹ BT-Drs. 20/3442, S. 82.