

Dr. Simon Gerdemann, LL.M. (Berkeley)  
Forschungsprojekt  
,Wirkungsanalyse des deutschen und europäischen Whistleblowing-Rechts'  
der Deutschen Forschungsgemeinschaft (DFG)  
Georg-August-Universität Göttingen, Institut für Wirtschafts- und Medienrecht  
Platz der Göttinger Sieben 6, 37073 Göttingen  
Telefon: +49 (0) 551 / 39 26462  
Email: simon.gerdemann@jura.uni-goettingen.de



## **Stellungnahme**

zu den Gesetzentwürfen der Fraktionen der  
SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP

### **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 20/5992 –

und

### **Entwurf eines Gesetzes zur Ergänzung der Regelungen zum Hinweisgeberschutz**

- BT-Drucksache 20/5991 -

Sehr geehrte Damen und Herren,

als wissenschaftlicher Leiter des Forschungsprojekts ,Wirkungsanalyse des deutschen und europäischen Whistleblowing-Rechts' bedanke ich mich für die Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme zu den oben genannten Fraktionsentwürfen im Rahmen der öffentlichen Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestags am 27. März 2023.

Für etwaige Rückfragen stehe ich Ihnen auch im Vorfeld der öffentlichen Anhörung unter der angegebenen Institutsadresse jederzeit gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Simon Gerdemann

## 0. Vorbemerkungen zum aktuellen Stand der Gesetzesentwürfe

Der vorgelegte Fraktionsentwurf eines Gesetzes für einen besseren Schutz hinweisgebender Personen sowie zur Umsetzung der Richtlinie zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden (BT-Drs. 20/5992) beruht im Wesentlichen auf einem vorangegangenen Regierungsentwurf (BT-Drs. 20/3442), zu dem der Autor im Oktober 2022 Stellung genommen hatte. Soweit sich gegenüber dem Regierungsentwurf Änderungen ergeben haben, gehen diese im Wesentlichen zurück auf eine Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses vom 14.12.2022 sowie auf die nun vorgenommene Aufspaltung der Entwürfe in einen nicht zustimmungspflichtigen und einen zustimmungspflichtigen Teil (BT-Drs. 20/5991). Vor diesem Hintergrund wurden die folgenden Anregungen und Empfehlungen in den Abschnitten I. bis V. weitgehend aus der vorherigen Stellungnahme des Autors übernommen, soweit ihnen mit dem vorliegenden Entwurf nicht bereits entsprochen wurde. Auf zwischenzeitlich eingetretene Entwicklungen soll im Rahmen dieses Abschnitts kurz eingegangen werden.

### a) Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Sachen Halet/Luxembourg

Mit Entscheidung vom 14.02.2023 hat sich die Große Kammer des EGMR im Zusammenhang mit dem sog. „LuxLeaks“-Skandal explizit zum Schutz von Whistleblowern unter Art. 10 der Europäischen Menschenrechtskonvention geäußert. Die Kernaussage der Entscheidung liegt in einer nachdrücklichen Bestätigung des menschenrechtlich notwendigen Whistleblower-Schutzes speziell in Fällen, in denen Sachverhalte von grundlegender Bedeutung für das demokratische Gemeinwesen offengelegt werden. Vor diesem Hintergrund wird die Aufnahme eines entsprechenden Offenlegungstatbestands erneut empfohlen (s. Abschnitt II.1.).

### b) Verweigerte Zustimmung des Deutschen Bundesrats zum Vorgängerentwurf

Am 10.02.2023 hat die Mehrheit des Bundesrats dem vorangegangenen Regierungsentwurf seine Zustimmung verweigert. Wesentliches Argument hierfür war die Annahme unverhältnismäßiger Kosten zulasten der deutschen Wirtschaft, insbesondere durch die vom Entwurf vorgesehene Ausdehnung des sachlichen Anwendungsbereichs auf nationale Sachverhalte (vgl. Abschnitt I) und eine hiermit einhergehende Mehrbelastung der Unternehmen beim Betrieb interner Meldestellen. Diese Annahme beruht auf einer Fehleinschätzung der praktischen Funktionsweise des Gesetzes. Durch eine einheitliche Ausgestaltung des Anwendungsbereichs, die sich nicht allein auf unionsrechtlich zwingende Rechtsverstöße beschränkt, wird der mit dem Betrieb einhergehende Bearbeitungsaufwand erheblich reduziert. Demgegenüber würde ein inhaltlich gespaltenes Regelungssystem absehbarer Weise zusätzliche Compliance-Kosten verursachen, sowohl hinsichtlich des erforderlichen Personalaufwands als auch mit Blick auf hierdurch verursachte Haftungsrisiken.

### c) Änderung auf Basis der Empfehlungen des Rechtsausschusses

Wichtige, gegenüber dem Vorgängerentwurf vorgenommene Änderungen bestehen in der Ausdehnung des sachlichen Anwendungsbereichs auf Äußerungen von Beamtinnen und Beamten, die einen Verstoß gegen die Pflicht zur Verfassungstreue darstellen (§ 2 Abs. 1 Nr. 10 HinSchG-E) sowie in der Pflicht zur Bearbeitung anonymer Meldungen durch interne Meldestellen (§ 16 Abs. 3 S. 3-5, § 27 Abs. 1 S. 4-6 HinSchG-E). Beide Neuerungen weisen mit Blick auf ihre rechtssichere Anwendung in der Praxis Klarstellungsbedarfe auf. Dies betrifft u.a. die mit § 2 Abs. 1 Nr. 10 HinSchG-E gemeinten Äußerungsinhalte unter Berücksichtigung der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zum Grundrecht der Meinungsfreiheit und die Frage der Bearbeitung anonymer Meldungen vor Einrichtung anonymer Meldekanäle.

## I. Legislatives Grundkonzept und Anwendungsbereich des Entwurfs

Der vorgelegte Regierungsentwurf, insbesondere der Entwurf für ein Hinweisgeberschutzgesetz (HinSchG-E) als dessen Kernelement, orientiert sich, wie bereits die vorangegangenen Referentenentwürfe, weitgehend an der regulativen Struktur der Whistleblowing-Richtlinie. Im Einklang mit der Richtlinie enthält der Entwurf eine im Grundsatz klare Aufteilung der individualrechtlichen und institutionellen Kernelemente der Whistleblowing-Regulierung, namentlich des antidiskriminierungsrechtlichen Whistleblower-Schutzes (§§ 33-37 HinSchG-E), der Einrichtung interner Whistleblowing-Stellen in Unternehmen und Verwaltung (§§ 12-18 HinSchG-E), der Etablierung nationaler Whistleblowing-Behörden (§§ 19-31 HinSchG-E) sowie darüber hinaus Whistleblowing-spezifische Vorschriften des Ordnungswidrigkeiten-Rechts (§ 40 HinSchG-E). Der hiermit eingeschlagene Weg einer systematischen Regulierung des Whistleblowings im Rahmen eines einheitlichen Stamm-Gesetzes sollte beibehalten werden, nicht zuletzt um potenziellen Whistleblowern und anderen beteiligten Parteien im Vorfeld einen klaren Eindruck der gewährten Rechte und Ansprüche, institutionellen Ansprechpartner und Grenzen des Whistleblower-Schutzes zu geben.

Als folgenreichste Grundentscheidung hat sich der Entwurf für die signifikante Ausweitung des sachlichen Anwendungsbereichs gegenüber der zugrundeliegenden Richtlinie und damit für die erstmalige Kodifizierung eines deutschen Whistleblowing-Rechts entschieden. Dieser Entschluss ist aus rechtsempirischer wie verfassungsrechtlicher Sicht uneingeschränkt zu begrüßen. Neben der Vermeidung erheblicher Wertungswidersprüche trüge der Gesetzgeber hierdurch insbesondere dem rechtsgebietspezifisch besonderen Bedürfnis nach Rechtssicherheit in Whistleblowing-Fällen angemessene Rechnung. Im Einklang mit der novellierten Entwurfsbegründung ist eine Mehrbelastung der Wirtschaft zudem nicht zu befürchten, insbesondere da ein andernfalls entstehender Mehraufwand bei der Abgrenzung und Bearbeitung interner Meldungen weitgehend vermieden wird.

Die grundsätzliche Erweiterung des sachlichen Anwendungsbereichs auf bestimmte nationale Rechtsverstöße sollte daher im Interesse aller beteiligten Parteien und Interessenlagen in jedem Fall beibehalten werden.

In diesem Kontext sei allerdings auf zwei bislang nicht gelöste Problemaspekte innerhalb des sachlichen Anwendungsbereichs hingewiesen.

Zum einen enthält § 2 Abs. 1 Nr. 7 HinSchG-E einen rechtssystematisch irreführenden Verweis auf Vereinbarungen, die darauf abzielen, sich in rechtsmissbräuchlicher Weise einen steuerlichen Vorteil zu verschaffen, welcher dem Ziel oder dem Zweck des für Körperschaften und Personenhandelsgesellschaften geltenden Steuerrechts zuwiderläuft. Ein derartiger Hinweis auf die Erfassung rechtsmissbräuchlicher Verhaltensweisen ist zum einen unnötig, da die allgemeine Verstoßdefinition in § 3 Abs. 2 S. 2 HinSchG-E die Erfassung rechtsmissbräuchlichen Verhaltens im Einklang mit der Richtlinie bereits allgemein für jede Verstoßkategorie anordnet. Zum zweiten wird hierdurch impliziert, dass die Meldung und/oder Offenlegung rechtswidriger Verstöße der genannten Kategorie nicht geschützt sei. Es empfiehlt sich daher, § 2 Abs. 1 Nr. 7 HinSchG-E dahingehend zu ändern, dass jegliche Verstöße gegen die betroffenen Teilbereiche des Steuerrechts in den sachlichen Anwendungsbereich des Gesetzes fallen.

Zum zweiten sei erwähnt, dass die im Entwurf vorgenommene Einschränkung für Tatbestände des Ordnungswidrigkeitenrechts in ihrer gegenwärtigen Form nicht unerhebliche Rechtssicherheitsrisiken und damit potenziellen Prozessaufwand provoziert. Ohne rechtspolitische Wertung in der Sache ist die Begrenzung auf Vorschriften, die dem Schutz von Leben, Leib oder Gesundheit oder dem Schutz der Rechte von Beschäftigten oder ihrer Vertretungsorgane dienen, dabei im Sinne rechtssystematischer Wertungskohärenz zwar durchaus nachvollziehbar. Dies gilt sowohl für die begrüßenswerte Aufnahme arbeitsrechtliche Vorschriften, die in der Richtlinie primär zur Vermeidung zeitintensiver Konsultationen der

Sozialpartner ausgespart wurden, als auch den hervorgehobenen Schutz von Leib, Leben und Gesundheit, wodurch insbesondere die Meldung von Verstößen mit vergleichsweise geringem Unrechtsgehalt auf gleichgeordneten Hierarchieebenen begrenzt wird. Vor allem mit Blick auf die letztere Kategorie bietet der Entwurf aber jenseits der in der Begründung angedeuteten Richtschnur einer „weiten“ Auslegung für den Rechtsanwender kaum hinreichende Anhaltspunkte hinsichtlich des intendierten Inhalts. Verdeutlicht sei dies mit dem Beispiel einer Person, die das Falschparken eines Kollegen vor dem Betriebsgelände an eine interne Whistleblowing-Stelle meldet. Mag diese Konstellation für sich genommen aus verständlichen Gründen nicht als geschütztes „Whistleblowing“ verstanden werden, wird ihre Subsumption unter den Tatbestand bereits schwierig, sobald es sich bei dem Ort des verkehrswidrigen Parkens etwa um eine Feuerwehreinahrt handelt, deren Freihalten immerhin potenziell auch dem Schutz von Leib, Leben und Gesundheit dient bzw. dienen kann. Um derartige Abgrenzungsschwierigkeiten zu vermeiden, empfiehlt es sich, im Rahmen der Begründung erläuternde Hinweise und/oder Beispiele mit Blick auf die Frage aufzunehmen, ob mit dem intendierten Schutz von Leib, Leben und Gesundheit bereits jedes abstrakte Gefährdungsdelikt gemeint ist, dessen Schutzzweck jedenfalls auch die genannten Rechtsgüter betrifft, oder ein konkreterer Bezug zur möglichen Verletzung der im Gesetz genannten Rechtsgüter erforderlich sein soll.

## II. Rechtspolitische Änderungs- und Ergänzungsvorschläge

Es sei vorab darauf hingewiesen, dass die folgenden Vorschläge im Unterschied zu den in den Abschnitten III. und IV. enthaltenen Ausführungen nicht primär auf einer rechtsdogmatischen Analyse beruhen und damit keinen Anspruch auf rechtswissenschaftliche Neutralität erheben. Da ihr Inhalt auf rechtsempirischen und rechtsvergleichenden Erkenntnissen der internationalen Whistleblowing-Forschung beruht, wird ihre Berücksichtigung im Rahmen der erstmaligen Kodifikation eines deutschen Whistleblowing-Rechts gleichwohl besonders empfohlen.

### 1. Aufdeckung erheblicher Misstände und Offenlegungen im Falle einer grundlegenden Bedeutung für das demokratische Gemeinwesen

In grundsätzlichem Einklang mit der Whistleblowing-Richtlinie, die sich auch aus kompetenziellen Gründen auf Regelungen zur effektiveren Durchsetzung geltenden Unionsrechts beschränkt hat, sind nach dem Entwurf bislang lediglich illegale und (in engen Grenzen) den Sinn und Zweck einer konkreten Norm unterlaufende Verhaltensweise geschützt. Ein Tatbestand zur Meldung oder Offenlegung „formal“ legaler Misstände findet sich – trotz ausdrücklicher Vereinbarung im Rahmen des aktuellen Koalitionsvertrages – hingegen nicht. Vor allem mit Blick auf eine Vielzahl besonders relevanter Whistleblowing-Fälle der jüngeren Vergangenheit ist das Fehlen eines gesetzlichen Schutzsystems im Falle der Meldung und/oder Offenlegung erheblicher Misstände eine für die künftige Praxis besonders problematische Leerstelle des aktuellen Entwurfs.

So hat sich vor allem in den letzten Jahren immer wieder gezeigt, dass Whistleblower innerhalb einer freiheitlich demokratischen Grundordnung eine wesentliche Rolle bei der Aufdeckung gerade solcher gravierender Fehlentwicklungen eingenommen haben, denen mit den Mitteln des gegenwärtigen Rechts noch nicht abgeholfen werden konnte bzw. die durch eine Reformbedürftigkeit älterer Rechtsnormen erst verursacht wurden. Ein Beispiel unter vielen ist der (auch von der Entwurfsbegründung gesondert herausgehobene) Fall der Altenpflegerin Brigitte Heinisch. Gegenstand dieses Falles waren in erster Linie keine Verstöße gegen geltendes Recht, sondern die Aufdeckung einer erheblichen Unterversorgung pflegebedürftiger Menschen, die sich trotz erheblicher gesundheitlicher Nachteile für die Betroffenen noch im Einklang mit den für das Pflegeheim damals geltenden (Mindest-)Personalvorgaben befand. Nachdem die Kündigung von Frau Heinisch von deutschen Gerichten aufrechterhalten wurde, verurteilte der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte die Bundesrepublik Deutschland letzten Endes nicht deshalb, weil Frau Heinisch auf Verstöße gegen konkretes (Straf-)Recht aufmerksam gemacht hätte, sondern weil das Gericht die Aufdeckung systematischer Mängel bei der Pflege hilfsbedürftiger Menschen für gesellschaftlich dringend geboten hielt. Diesem für besonders relevante Whistleblowing-Fälle typischen Muster folgen eine Reihe weiterer Fälle, in denen nicht eine Verletzung geltenden Rechts, sondern systematische Schwächen des Rechts ebenso wie Fehlverhalten staatlicher Institutionen Gegenstand des Whistleblowings waren. In Deutschland betraf dies beispielsweise den Fall der Veterinärmedizinerin Dr. Margit Herbst, die entlassen worden war, nachdem sie im Zuge des BSE-Skandals diverse behördliche Fehldarstellungen histopathologischer Befunde aufgedeckt hatte. Selbst der international bekannteste Fall des Whistleblowers Edward Snowden und die von ihm aufgedeckte Massenüberwachung insbesondere durch den US-amerikanischen Auslandsgeheimdienst NSA betraf in allererster Linie nicht die Aufdeckung von Rechtsverstößen, sondern eine nach Einschätzung der meisten US-amerikanischen Juristen überwiegend rechtskonforme Fehlentwicklung, deren gesetzliche Grundlage im Zuge des „war against terror“ geschaffen worden war. Um ein umfassendes Hinweisgeberschutzgesetz zu schaffen, das die Erfahrungswerte und wissenschaftlichen Erkenntnisse der letzten Jahre angemessen berücksichtigt,

ist die Einführung eines als Ausnahmetatbestand formulierten Auffangtatbestandes, wonach auch die Meldung und Offenlegung erheblicher Missstände dem Anwendungsbereich des Gesetzes unterfällt, dringend zu empfehlen.

Hiermit zusammen hängt die Frage, ob und unter welchen Umständen erhebliche Missstände ebenso wie Informationen über rechtswidrige Verstöße in besonderen Ausnahmefällen auch jenseits der bereits in § 32 Abs. 1 Nr. 2 HinSchG-E aufgeführten Erlaubnistatbestände unmittelbar offengelegt werden sollten. Wie bereits die oben aufgeführten Beispielfälle zeigen, kommt der Aufdeckung erheblicher Missstände vor allem im Bereich der Offenlegung besondere praktische Bedeutung zu. Demgegenüber eignen Missstände sich für eine Meldung innerhalb der Regelungssystematik des HinSchG-E oft allenfalls gegenüber internen Meldestellen, wohingegen eine externe Meldung an die Whistleblowing-Behörden mangels behördlicher Abhilfebefugnisse für nicht rechtswidrige Zustände häufig nicht sinnvoll in Betracht kommen wird. Auf der anderen Seite geht die Offenlegung von Missständen, zumal wenn sie unmittelbar und ohne vorherige interne Abhilfe Gelegenheit erfolgt, insbesondere für betroffene Unternehmen nicht selten mit erheblichen Nachteilen einher, namentlich in Form wirtschaftlich schwer quantifizierbarer, aber dennoch potenziell erheblicher Reputationsschäden. In Abwägung der betroffenen Interessen sollte ein direktes Offenlegungsrecht daher nur für Fälle vorgesehen werden, in denen die Offenlegung erheblicher Missstände von grundlegender Bedeutung für das demokratische Gemeinwesen ist. In eben diesen Fällen, deren Gegenstand regelmäßig auch Anlass öffentlicher Debatten über die Reformbedürftigkeit des aktuellen Rechts sein wird, ist die demokratische Öffentlichkeit der einzig sinnvolle Adressat der Informationen. Aus Gründen der gesetzlichen Wertungskohärenz sollte ein solcher Ausnahmetatbestand dabei nicht nur für den Sonderfall zwar erheblicher, aber immerhin rechtskonformer Missstände Anwendung finden, sondern unter den gleichen Voraussetzungen auch auf Offenlegungen, die Informationen über Rechtsverstöße betreffen.

Es wird daher empfohlen, den sachlichen Anwendungsbereich des Gesetzes um den Tatbestand erheblicher Missstände zu ergänzen und einen Offenlegungsgrund vorzusehen, wonach eine direkte Offenlegung im Falle grundlegender Bedeutung für das demokratische Gemeinwesen rechtmäßig ist.

Mit Blick auf die konkrete Ausgestaltung der Tatbestände sei angemerkt, dass gegen die Einbeziehung von Missständen in den sachlichen Anwendungsbereich bisweilen vorgebracht wurde, dass sich eine derartige Kategorie mangels rechtssicher bestimmbarer Kriterien als politisches und/oder weltanschauliches Kampfmittel missbrauchen ließe. Wiewohl eine derartige Entwicklung rechtsvergleichend bislang in keinem Land festgestellt werden konnte, sollten entsprechende Bedenken bei der konkreten Ausgestaltung des Tatbestandes dennoch angemessen berücksichtigt werden. Möglich ist dies durch die zweifache Eingrenzung auf lediglich „erhebliche“ Missstände einerseits und eine nur unter zusätzlichen Voraussetzungen zulässige Offenlegung andererseits, ergänzt um eine auslegungsleitende Verdeutlichung des Ausnahmecharakters der einschlägigen Normen im Wege einer entsprechenden Hervorhebung innerhalb der Gesetzesbegründung. Durch die Aufnahme derartige Auffangtatbestände würde zugleich dem Risiko vorgebeugt, dass sich der bisherige Schutzstandard nach deutschem Recht für Fälle außerhalb des Anwendungsbereichs des geplanten Gesetzes effektiv reduziert, indem etwa die Nichterfassung eines Sachverhalts als systematisches Argument für eine vermeintlich geringere Schutzwürdigkeit von Whistleblowing außerhalb des sachlichen Anwendungsbereichs herangezogen wird, obwohl das in Rede stehende Verhalten auch mit Blick auf den verfassungsrechtlichen Schutz der Meinungsfreiheit besonders schutzwürdig ist.

Zur rechtstechnischen Ausgestaltung kann auf etablierte Wertungsmaßstäbe und Formulierungen aus der ständigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zurückgegriffen werden, der Whistleblower insbesondere dann schützt, wenn sie erhebliche Missstände offenlegen, an deren Aufdeckung und öffentlicher Diskussion die demokratische Öffentlichkeit ein legitimes Interesse hat. In sprachlicher

Hinsicht erscheint es mit Blick auf den konkreten Wortlaut der Normen ferner sinnvoll, anstelle der im Koalitionsvertrag in Anlehnung an § 5 Nr. 2 GeschGeG gewählten Formulierung erheblichen „Fehlverhaltens“ den neutralen Begriff des Missstands zu wählen. Hierdurch würde indiziert, dass es in den vom Gesetz geschützten Fällen nicht primär um die Benennung eines konkreten, schuldhaft handelnden Urhebers eines Missstandes gehen muss, selbst wenn der Whistleblower einen solchen Urheber ggf. nicht individuell kennt, kennen kann oder ein solcher überhaupt nicht existiert, beispielsweise im Falle systemischer Fehlentwicklungen im IT-Bereich durch grundrechtsgefährdende Algorithmen.

## 2. Informationen über Verschlusssachen und staatliche Sicherheitsinteressen

Der Regierungsentwurf zeichnet aus durch eine überaus weitreichende Abschirmung sämtlicher Melde- bzw. Offenlegungsgegenstände, die staatlichen Geheimhaltungs- und Sicherheitsinteressen betreffen könnten. Gem. § 5 Abs. 1 Nr. 1 HinSchG-E sind unter anderem Gegenstände, die die nationale Sicherheit oder wesentliche Sicherheitsinteressen des Staates berühren, generell vom sachlichen Anwendungsbereich ausgeschlossen. Gleiches gilt gem. § 5 Abs. 1 Nr. 2 HinSchG-E für Informationen von Nachrichtendiensten und anderen Stellen des Bundes vergleichbarer Sicherheitsempfindlichkeit. Schließlich immunisiert § 5 Abs. 2 Nr. 1 HinSchG-E nahezu sämtliche als Verschlusssachen eingestufte Sachverhalte bis hin zum niedrigsten Geheimhaltungsgrad „VS – Nur für den Dienstgebrauch“ vor den individuellen und institutionellen Whistleblowing-Vorschriften, wobei die Begründung nahelegt, dass für das Eingreifen dieser Ausnahme bereits die formelle Einstufung als Verschlusssache genügen soll, unabhängig vom Vorliegen der materieller Kriterien einer Verschlusssacheneinstufung. Gegenüber dem letzten Referentenentwurf wurde mit dem Regierungsentwurf eine begrenzte Rückausnahme eingeführt, wonach Sachverhalte allein der niedrigsten Geheimhaltungsstufe im Falle einer ausschließlich internen Meldung dem Anwendungsbereich unterfallen können. Im Unterschied zum privaten Sektor, wo Verstöße unabhängig etwa vom Vorliegen eines Geschäftsgeheimnisses oder dessen Geheimhaltungsgrad prinzipiell dem Whistleblowerschutz unterliegen, sind weite Teile des staatlichen Sektors damit vom Anwendungsbereich des Gesetzes effektiv ausgeschlossen – und hierbei insbesondere Bereiche, in denen Whistleblowing in der Vergangenheit eine besondere Rolle gespielt hat. Selbst erhebliche Rechtsverstöße, systematische Straftaten und Gefahren für Rechtsstaatlichkeit und individuelle Grundrechte dürften daher in der Regel weder an verwaltungsinterne Meldestellen, noch an die zuständigen Whistleblowing-Behörden gemeldet werden.

Wie die Entwurfsbegründung zu Recht feststellt, kommt dem Schutz staatlicher Geheimhaltungsinteressen und damit dem Schutz wesentlicher Interessen der Bundesrepublik Deutschland ebenso wie der Grundrechte Dritter eine besondere Bedeutung zu, die einer undifferenzierten Anwendung allgemeiner Whistleblowing-Regelungen entgegensteht. Dies gilt vor allem für die in der Entwurfsbegründung genannten Fälle von Informationen, deren Weitergabe den Bestand oder die Funktionsfähigkeit der Bundesrepublik Deutschland berühren oder Interessen kollektiver Sicherheit betreffen können. In der bisherigen rechtspolitischen Debatte wurden vor diesem Hintergrund bereits spezielle Vorschläge unterbreitet, wie die berechtigten Sicherheitsinteressen des Staates mit dem öffentlichen Interesse an der Verhinderung bzw. Aufdeckung gravierender Fehlentwicklungen in eben diesen sicherheitsrelevanten Bereichen in Einklang gebracht werden könnten. Die teils komplexen Einzelfragen der jeweiligen Vorschläge können an dieser Stelle nicht im Detail diskutiert werden. Jenseits dessen empfiehlt es sich im Sinne der praktischen Handhabbarkeit des Gesetzes aber jedenfalls, den bislang gesetzlich nicht definierten Begriff der nationalen Sicherheit durch Regelbeispiele sinnvoll zu konkretisieren.

Im Gegensatz zum Bereich der nationalen Sicherheit ist eine – modifizierte – Anwendung der Bestimmungen des HinSchG-E auf Verschlussachen indes nicht nur unter Wahrung staatlicher Sicherheitsinteressen möglich, sondern rechtspolitisch besonders geboten. Vor dem Hintergrund der in Deutschland auch im internationalen Vergleich besonders expansiven und rechtsstaatlich kaum kontrollierten Einstufungspraxis für Verschlussachen, die allein auf Ebene der Bundesministerien je nach Aufgabenbereich mehrere hunderttausend Einstufung pro Jahr betrifft, wäre einer Verwirklichung der Ziele des HinSchG-E innerhalb des öffentlichen Dienstes nicht zuletzt mit Blick auf besonders schwerwiegende und aufdeckungsrelevante Straftaten und Rechtsverstöße vielfach der Boden entzogen. So würde bereits die besonders verbreitete Einstufung eines Sachverhalts oder eines Teils dieses Sachverhalts als lediglich geringfügig geheimhaltungsbedürftige Verschlussache im Sinne des § 4 Abs. 2 Nr. 4 SÜG sämtliche Meldemöglichkeiten etwa an das eigentlich als Whistleblowing-Behörde zuständige Bundesamt für Justiz pauschal ausschließen – und dies selbst dann, wenn der Gegenstand der Meldung schwerwiegendste Straftaten und/oder Gefahren für wesentliche Rechtsgüter beinhalten sollte. Auch das Missbrauchspotenzial einer derartig pauschalen Bereichsausnahme ohne weitere materielle Kriterien ist evident. Für eine einstufigsbefugte Person wäre es beispielsweise ein Leichtes, einen sie selbst und andere inkriminierenden Sachverhalt unter inhaltlich mehr oder weniger überzeugenden Gründen formal als Verschlussache des niedrigsten Geheimhaltungsgrades einzustufen und damit vor einer Meldung oder Offenlegung durch Whistleblower effektiv zu immunisieren.

Bei alledem soll nicht verkannt werden, dass den beamtenrechtlichen Treue- und Verschwiegenheitspflichten auch jenseits elementarer staatlicher Geheimhaltungs- und Sicherheitsinteressen für die Funktionsfähigkeit des öffentlichen Dienstes besondere Bedeutung zukommt. Gleiches gilt aber auch für die Verpflichtung des öffentlichen Dienstes auf das Rechtsstaatsprinzip im Sinne der Einhaltung und Durchsetzung geltenden Rechts, die Fürsorgepflichten des Dienstherrn und die Meinungsfreiheit. Um diese Interessenlage in angemessenen Ausgleich zu bringen, wäre eine pauschale Ausnahme sämtlicher Verschlussachen vom Anwendungsbereich des geplanten Gesetzes unzureichend. Für die konkrete Ausgestaltung und sachgerechte Modifizierung des HinSchG-E in Verschlussachen-Angelegenheiten stehen dabei verschiedene Regelungsvarianten zur Auswahl. In Anlehnung an das bereits seit einigen Jahren diskutierte Konzept eines Bundestransparenzbeauftragten läge eine geeignete Option in der Einrichtung einer unabhängigen Kontrollinstanz für Verschlussachenfälle, die auf Hinweis des Whistleblowers unter besonderen Sicherheitsvorkehrungen die materielle Berechtigung der Einstufung eines Sachverhalts als Verschluss überprüft und bei Fehlen der notwendigen Voraussetzungen oder bei ausnahmsweisem Überwiegen höherwertiger Interessen die im Einzelfall angemessenen Folgemaßnahmen entweder selbst einleitet oder dem Whistleblower eine Freigabe für die Nutzung der üblichen Melde- und Offenlegungswege erteilt. Die administrative Anbindung dieser Kontrollinstanz könnte beispielsweise beim Bundesamt für Justiz erfolgen. Hierdurch ließen sich berechnigte Geheimhaltungsinteressen des Staates mit den Zielen des HinSchG-E in praxisgerechter Weise miteinander in Einklang bringen.

Es wird daher empfohlen, die generelle Ausnahme nahezu sämtlicher als Verschlussachen eingestufte Tatsachen, Gegenstände und Erkenntnisse aus dem sachlichen Anwendungsbereich des künftigen Gesetzes zu revidieren und durch eine modifizierte Anwendbarkeit der allgemeinen Whistleblowing-Vorschriften zu ersetzen.

### 3. Effektiverer Schutz zu Unrecht Beschuldigter

Der in § 1 Abs. 2 HinSchG-E besonders hervorgehobene Schutz von Personen, die Gegenstand einer Meldung oder Offenlegung sind, wird im Entwurf vornehmlich über das grundsätzliche Vertraulichkeitsgebot des § 8 Abs. 1 Nr. 2 HinSchG-E, das Verbot einer Offenlegung unrichtiger Informationen nach § 32 Abs. 2 HinSchG-E, den Schadenersatzanspruch nach einer Falschmeldung (bzw. -offenlegung) gem. § 38 HinSchG-E und den Ordnungswidrigkeitentatbestand für wissentlich falsche Offenlegungen nach § 40 Abs. 1 HinSchG-E zu erreichen versucht. Darüber hinaus erfolgt ein mittelbarer Schutz über die von Whistleblowern zu erfüllenden allgemeinen Schutzvoraussetzungen des § 33 HinSchG-E, wobei der für den Schutz aufdeckungsbezogener Personen besonders relevante Notwendigkeitsvorbehalt allerdings noch keine entsprechende Normierung erfahren hat (siehe hierzu unten, Punkt IV.3.).

Der Schutz vor allem zu Unrecht beschuldigter Personen ist notwendiges Gegenstück zu den primär Whistleblower-schützenden und Whistleblowing erleichternden Neuerungen des HinSchG-E und sollte daher besonders berücksichtigt werden. Wenngleich diverse Normen des Entwurfs sich diesem Ziel verschreiben, erscheint deren effektive Auswirkung auf die materielle Rechtslage nach aktuellem Stand eher gering. Während das (nur für Offenlegungen vorgesehene) Verbot des § 32 Abs. 2 HinSchG-E für sich genommen rechtsfolgenlos ist, dürfte auch die Bedeutung des Ordnungswidrigkeitentatbestands des § 40 Abs. 1 HinSchG-E eher begrenzt sein, da er sich in wesentlichen Fällen mit bereits bestehenden Normen des deutschen Strafrechts überschneidet und hinsichtlich des Vorsatznachweises ähnlichen Herausforderungen gegenübersteht. Der spezielle Schadenersatzanspruch des § 38 HinSchG-E wiederum weist gegenüber den Anspruchsvoraussetzungen allgemeiner Ansprüche wie etwa denen aus § 823 Abs. 1 und Abs. 2 BGB keine wesentlichen Erleichterungen auf.

Mit erheblichen praktischen Hürden bei der Durchsetzung von Schadenersatz- und/oder Unterlassungsansprüchen werden zu Unrecht beschuldigte Personen sich voraussichtlich immer dann konfrontiert sehen, wenn sie aufgrund der für interne und externe Meldestellen geltenden Vertraulichkeitsvorgaben bereits die Identität des (vermeintlichen) Whistleblowers und damit ihren potenziellen Anspruchsgegner nicht kennen. Dementsprechend würde insbesondere ein gesondert geregelter Auskunftsanspruch gegenüber internen und externen Meldestellen wesentliche Erleichterung bringen. Im Rahmen der Regelung eines solchen Anspruchs könnte sich zudem das Problem angenommen werden, dass betroffene Personen selbst im Falle nachweisbar unrichtiger Meldungen ohne Kenntnis der Person des vermeintlichen Whistleblowers häufig nicht in der Lage sein werden, ein vorsätzliches oder grob fahrlässiges Verhalten des Whistleblowers und damit eine zentrale Voraussetzung für die Aufhebung des Vertraulichkeitsschutzes und die Geltendmachung eines Auskunftsanspruches nachzuweisen. Abhilfe könnte hier beispielsweise eine modifizierte Beweislastumkehr bieten, wonach der Whistleblower im Falle der Geltendmachung eines Auskunftsanspruchs durch eine betroffene Person gegenüber der Meldestelle den substantiierten Nachweis lediglich fahrlässigen Verhaltens zu erbringen hat. Da Schäden für die Reputation einer betroffenen Person zudem nicht nur unmittelbar aufgrund der Falschmeldung selbst, sondern auch aus einem unangemessenen Ermittlungsverhalten der Meldestellen resultieren können – insbesondere soweit diese das grundsätzliche Vertraulichkeitsgebot des § 8 Abs. 1 Nr. 2 HinSchG-E ohne Grund nicht achtet – böte sich zudem ein spezieller Schadenersatzanspruch gegenüber der Meldestelle bzw. ihrem Rechtsträger an.

Es wird daher empfohlen, den Schutz zu Unrecht beschuldigter Personen insbesondere durch die spezialgesetzliche Regelung eines Auskunftsanspruchs gegenüber internen und externen Whistleblowing-Stellen zu verbessern.

#### 4. Effektiverer Vertraulichkeitsschutz

Der Schutz der Vertraulichkeit vor allem der Identität des Whistleblowers wird vom Entwurf in den §§ 8 und 9 HinSchG-E geregelt. Nach § 8 HinSchG-E darf die Identität eines (gutgläubigen) Whistleblowers von den zur Entgegennahme von Meldungen oder für das Ergreifen von Folgemaßnahmen zuständigen Personen sowie den sie hierbei unterstützenden Personen ohne die Zustimmung des Whistleblowers grundsätzlich nicht weitergegeben werden, wobei ein Zuwiderhandeln nach § 40 Abs. 3 HinSchG-E bußgeldbewehrt ist. § 9 Abs. 2 HinSchG-E macht von diesem Grundsatz allerdings diverse Ausnahmen. So dürfen Informationen über die Identität des Whistleblowers unter anderem auf Verlangen der Staatsanwaltschaft und auf Anordnung in einem nachfolgenden Verwaltungsverfahren geteilt werden, § 9 Abs. 2 Nr. 1, 2 HinSchG-E.

Dem Schutz der Vertraulichkeit kommt innerhalb des Systems des Whistleblower-Schutzes herausgehobene Bedeutung zu. Seine Gründe findet dies unter anderem in dem erfahrungsgemäß hohen Risiko von Repressalien bei Bekanntwerden der Identität eines Whistleblowers und dem Umstand, dass anschließende finanzielle und persönliche Nachteile sich im Wege der gerichtlichen Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen nicht selten nur unzureichend kompensieren lassen. Auch aus diesem Grund sieht die Richtlinie als bislang im Entwurf nicht explizit aufgenommene Einschränkung behördlicher Auskunftsverlangen in Art. 16 Abs. 2 WBRL vor, dass die Weitergabe der Identität materiell nur dann erfolgen darf, wenn und soweit dies eine notwendige und verhältnismäßige Pflicht im Rahmen einer Untersuchung durch nationale Behörden oder von Gerichtsverfahren darstellt. Die Risiken, die sich aus einer auf die schutzwürdigen Belange von Whistleblowern nicht gesondert Rücksicht nehmenden Regelung der Problematik ergeben, sind vielfältig. So kann ein effektiver Vertraulichkeitsschutz von den internen und externen Meldestellen nicht seriös garantiert werden, solange die Identität eines Whistleblowers beispielsweise schon dadurch bekannt werden kann, dass Staatsanwaltschaften sie einfach standardmäßig abfragen und sie damit regelmäßig als Teil der Ermittlungsakten in einem späteren Strafverfahren von dritter Seite nach allgemeinen strafprozessualen Regeln eingesehen werden kann, selbst wenn die Behörde sich im Verfahren nicht auf die Aussage des Whistleblowers, sondern auf andere Beweismittel stützt. Sogar im Falle besonders vulnerabler Whistleblower und erheblicher Risiken für deren persönliche Sicherheit sieht der Entwurf auch für die staatlichen Whistleblowing-Behörden bislang keine rechtliche Möglichkeit vor, sich einem an sie herangetragenen Auskunftsverlangen begründet zu verweigern. Die bereits in der StPO geregelten Einschränkungen von Auskunftsrechten, insbesondere nach den §§ 161 Abs. 1 S. 1, 160 Abs. 4 StPO, sind auf die neue Regelungskonstellation des Whistleblowerschutzes nicht zugeschnitten und nicht (direkt) anwendbar. Gerade mit Blick darauf, dass dem Bundesamt für Justiz die Nutzung anonymer Meldewege im Gegensatz zu BaFin und Bundeskartellamt verwehrt werden soll (vgl. § 27 Abs. 1 S. 2 HinSchG-E), wird es vor allem, aber nicht nur dem BfJ schwerfallen, das Vertrauen von Whistleblowern namentlich in Fällen schwerer struktureller Kriminalität und einhergehender persönlicher Risiken gewinnen zu können. Um dies zu verhindern, sollten konkrete Vorgaben zum Schutz der Identität des Whistleblowers auch im Kontext des innerbehördlichen Informationsaustausches aufgenommen werden, die je nach legislativer Ausgestaltung von einer Kompetenz insbesondere der Whistleblowing-Behörden zur Auskunftsverweigerung in gesondert begründeten Fällen bis hin zur Abgabe einer Sperrerklärung reichen können. Unabhängig von der konkreten Ausgestaltung derartiger Schutzmechanismen ist jedenfalls eine Änderung der bislang weitgehend voraussetzungslosen Ausnahmen der allgemeinen Vertraulichkeitsgarantie angezeigt.

Es wird daher empfohlen, die gesetzlichen Ausnahmen vom Grundsatz der Vertraulichkeit der Identität des Whistleblowers konkreten materiellen und verfahrensrechtlichen Voraussetzungen zu unterwerfen.

## 5. Auswahl weiterer rechtspolitischer Empfehlungen

Über die genannten Punkte hinaus lassen sich noch weitere bedenkenswerte Änderungs- und Ergänzungsvorschläge nennen, die in der aktuellen rechtspolitischen Debatte zum Teil bereits ihren Niederschlag gefunden haben und an dieser Stelle nur kurze Erwähnung finden sollen. Hierzu zählt namentlich etwa die Einrichtung eines Whistleblower-Unterstützungsfonds, über den von Repressalien betroffenen Personen in geeigneten Fällen insbesondere finanzielle Überbrückungshilfen und psychologische Unterstützung gewährt werden könnte. Auch die bislang vorgesehenen Kompetenzen der Whistleblowing-Behörden ließen sich nach internationalen Vorbildern weiter effektivieren, beispielsweise durch eine Kompetenz zum Erlass einstweiliger Diskriminierungsschutzanordnungen. Zudem erscheint es empfehlenswert, die Berücksichtigung der Existenz und der konkreten Funktionsfähigkeit interner Whistleblowing-Stellen als Faktor bei der Bemessung von Verbandssanktionen ausdrücklich festzuschreiben, vor allem um hierdurch effektive Anreize zur freiwilligen Selbstopтимierung der Whistleblowing-Stellen zu setzen. Darüber hinaus sind die internen Whistleblowing-Stellen nach dem HinSchG-E bislang nicht mit den vor Kurzem in § 8 des Lieferkettensorgfaltspflichtengesetzes (LkSG) geregelten Beschwerdestellen abgestimmt, wodurch zusätzlicher Implementierungsaufwand für Unternehmen und Schutzlücken für Whistleblower entstehen können. Ganz allgemein wird sich schließlich empfehlen, die rechtstatsächlichen Effekte eines für die deutsche Rechtsordnung neuen Rechtsgebiets innerhalb vergleichsweise kurzer Zeiträume genau zu evaluieren, um notwendige Anpassungen, beispielsweise mit Blick auf die konkret schutzauslösenden Adressaten einer Meldung und die hierdurch bewirkte Kanalisierung von Whistleblowing-Informationen, rechtzeitig vornehmen zu können.

### III. Unionsrechtlich notwendiger Änderungsbedarf

#### 1. Einrichtung interner Whistleblowing-Stellen

##### a) Konzernprivileg

Der Regierungsentwurf legt insbesondere gegenüber dem ursprünglichen Referentenentwurf besonderen Wert darauf, die erwarteten finanziellen Kosten der Implementierung des Gesetzes so gering wie nach den Vorgaben der Richtlinie möglich auszugestalten. Ein wesentliches Element dieses Ansatzes ist die in der Begründung zu § 14 Abs. 1 HinSchG-E2 nun explizit vorgesehene Einführung eines Konzernprivilegs, wonach innerhalb eines Konzerns die Einrichtung einer einzigen zentralen Whistleblowing-Stelle als eine zur Erfüllung der Einrichtungspflichten sämtlicher Konzernunternehmen ausreichende Ausgestaltungsvariante statuiert wird. Der Entwurf folgt damit entsprechenden Forderungen aus Teilen der Privatwirtschaft, die diese in den vergangenen Monaten bereits mehrfach erfolglos an die Europäische Kommission gerichtet hatten. Rechtlich begründet wird das nun eingeführte Konzernprivileg zum einen mit dem konzernrechtlichen Trennungsprinzip, zum anderen mit der nach der Richtlinie vorgesehenen Möglichkeit, interne Meldekanäle gesellschaftsextern durch unabhängige Dritte betreiben zu lassen.

Das in der Entwurfsbegründung vorgesehene pauschale Konzernprivileg widerspricht indes in seiner gegenwärtigen Form sowohl der mehrfach geäußerten Rechtsposition der zuständigen Abteilung C.2 innerhalb der Kommission als auch den Vorgaben der Richtlinie selbst. Wie die Kommission auf Anfrage bereits erläutert hat, richtet sich die in Art. 8 Abs. 1, 3 WBRL geregelte Einrichtungspflicht in der Privatwirtschaft ausnahmslos an sämtliche „juristische Personen“ ab 50 Beschäftigten, wobei der Entwurf (insoweit zutreffend) davon ausgeht, dass der unionsrechtliche Begriff der juristischen Person auch andere rechtsfähige Personenvereinigungen mit einschließt. Der Betrieb einer gemeinsamen Whistleblowing-Stelle ist nach Art. 8 Abs. 6 WBRL ausschließlich juristischen Personen mit weniger als 250 Beschäftigten gestattet und auch dies nur, soweit durch die Ressourcenteilung die Grundsätze der Unabhängigkeit und Vertraulichkeit nicht gefährdet werden. Hiermit ist es nicht vereinbar, wenn der Entwurf Tochterunternehmen eines Konzerns pauschal von der Pflicht zur Einrichtung einer eigenen Whistleblowing-Stelle im Ergebnis befreit. Insofern ist auch der vom Entwurf rechtstechnisch vorgenommenen Klassifizierung von Mutterkonzernen als externe Dritte, die den von der Richtlinie genannten externen Stellen (wie etwa unabhängigen Rechtsanwälten) prinzipiell gleichzustellen seien, von der Kommission bereits explizit widersprochen worden. Stattdessen geht die Kommission von einem aus der Richtlinie abgeleiteten Prinzip einer Whistleblower-nahen Aufgabenerfüllung aus, nachdem sie die aktuell in Konzernen übliche Einrichtung konzernzentraler Meldestellen bei der Evaluation des rechtstatsächlichen Status quo im Vorfeld der Richtlinie als nicht ausreichend erachtet hatte. Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass der Entwurf in seiner gegenwärtigen Fassung entweder unmittelbar nach seiner Verabschiedung ein weiteres Vertragsverletzungsverfahren wegen mangelhafter Umsetzung der Whistleblowing-Richtlinie zur Folge hätte oder aber im Rahmen eines späteren Vorabentscheidungsverfahrens vor dem Europäischen Gerichtshof angegriffen werden würde.

Es wird daher empfohlen, den das Konzernprivileg einführenden Passus in der Begründung zu § 14 Abs. 1 HinSchG-E entweder vollständig zu streichen oder durch eine richtlinienkonforme Ausgestaltung zu ersetzen.

Hierbei sei nicht in Abrede gestellt, dass die Zentralisierung der Whistleblowing-Funktionen innerhalb eines Konzerns mit verschiedentlichen praktischen Vorteilen einhergeht. Neben dem offenkundigen finanziellen Einsparungspotential insbesondere für Konzerne, die bereits über eine entsprechende Konzern-Whistleblowing-Stelle verfügen, gehen hiermit erfahrungsgemäß auch weitere Vorteile in Bezug auf die

effiziente und effektive Verarbeitung interner Meldungen einher. Abgesehen davon, dass Whistleblower sich in vielen Fällen bewusst zur Wahl eines Adressaten entscheiden, der so weit wie möglich vom Ursprung und damit den Verantwortlichen der Verstöße entfernt ist, profitieren zentralisierte Whistleblowing-Stellen regelmäßig von organisatorischen und persönlichen Synergieeffekten, größerer Erfahrung und damit Professionalität, besseren Investigativressourcen sowie einer tendenziell sichereren Gewährleistung des Vertraulichkeitsschutzes. All diese Vorteile ließen sich indes auch dadurch verwirklichen, dass parallel zu einer zentralen Konzern-Whistleblowing-Stelle zugleich lokale Whistleblowing-Verantwortliche benannt werden und potenziellen Whistleblowern ein nach außen erkennbares Wahlrecht zwischen beiden möglichen Meldewegen eröffnet wird. Die finanziellen Kosten, die mit der zusätzlichen Einrichtung von Whistleblowing-Stellen in den jeweiligen Tochtergesellschaften einhergehen, lassen sich dabei mit den Mitteln der Richtlinie effektiv reduzieren. So gestattet die Richtlinie unter anderem, gerade in kleineren Gesellschaften lediglich eine einzige Person – ggf. in Doppelverantwortung neben ihren sonstigen Aufgaben – als internen Meldeadressaten zu benennen und/oder gemeinsame Whistleblowing-Stellen für mehrere Gesellschaften mit weniger als 250 Beschäftigten einzurichten. Durch diese (auch von der Kommission als zulässig befundenen) Ausgestaltungsvarianten reduzieren sich die Nachteile des Verzichts auf ein Konzernprivileg im Ergebnis auf überschaubare finanzielle Zusatzkosten, die zudem durch die Vorteile einer insgesamt effektiveren interne Whistleblowing-Struktur und der Möglichkeit einer eskalationsarmen Aufarbeitung von Rechtsverstößen innerhalb betroffener Tochtergesellschaften für den Gesamtkonzern wieder aufgefangen würden.

Sollte der Gesetzgeber hingegen nicht auf ein Konzernprivileg verzichten wollen, wäre dieser Weg nach hier vertretener Auffassung nur unter Einhaltung konkreter Voraussetzungen zulässig. Möglich wäre insbesondere, auf Konzernebene anstelle der Einrichtung einer einzelnen Whistleblowing-Stelle verschiedene, voneinander rechtlich unabhängige Whistleblowing-Stellen zu bündeln, welche insbesondere im Rahmen ihrer Investigativaufgaben auf gemeinsame Ressourcen zurückgreifen könnten. Um den Vorgaben der Richtlinie unter anderem mit Blick auf die notwendige Unabhängigkeit und Vertraulichkeit der Meldeadressaten gerecht zu werden, müsste dazu für jede Tochtergesellschaft bzw. für die nach Art. 8 Abs. 6 WBRL gebündelten Gesellschaften eine konkret verantwortliche Person benannt werden, die für Meldungen aus den jeweiligen Gesellschaften zuständig ist, nicht unter direktem Einfluss der Muttergesellschaft steht und die Vertraulichkeit der Identität des Whistleblowers grundsätzlich auch gegenüber ihren für andere Gesellschaften oder Aufgabenbereiche zuständigen Kollegen einhält. Wenngleich die richtlinienkonforme Ausgestaltung eines Konzernprivilegs hierdurch mit den Vorgaben der Richtlinie in Einklang zu bringen wäre, sei jedoch darauf hingewiesen, dass auch die oben genannte Ausgestaltungsvariante sich dem Risiko jedenfalls der Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens aussetzen würde; die bisherigen Aussagen der Kommission, insbesondere die Annahme eines ungeschriebenen Grundsatzes Whistleblower-naher Aufgabenerfüllung, legen jedenfalls nahe, dass die innerhalb der Kommission zuständige Abteilung C.2 derzeit von einer pauschalen Unzulässigkeit jedweden Konzernprivilegs im Rahmen der Pflichten zur Einrichtung interner Whistleblowing-Stellen auszugehen scheint.

## b) Verwaltungsinterne Organisationseinheiten

Um die Kosten der Einrichtung interner Whistleblowing-Stellen innerhalb der Verwaltung zu minimieren und kleinteilige Strukturen zu vermeiden, hat sich die aktuelle Entwurfsfassung dazu entschieden, die Bezugssubjekte der Einrichtungspflichten im öffentlichen Sektor flexibel zu regeln. Anstelle der Statuierung einer Einrichtungspflicht für sämtliche Dienststellen ab 50 Beschäftigten bzw. 10.000 Einwohnern sollen Bund und Länder bzw. die obersten Bundes- und Landesbehörden selbstständig Organisationseinheiten in Form von einzelnen oder mehreren Behörden, Verwaltungsstellen, Betrieben oder Gerichten benennen, die sodann für die Einrichtung und den Betrieb einer internen Whistleblowing-Stelle gem. § 12 Abs. 1 HinSchG-E zuständig sind.

Das dem Staat hierdurch eingeräumte Ermessen bei der Festlegung einrichtungsverpflichteter Rechtssubjekte ist mit den Vorgaben der Richtlinie nicht vereinbar. Gem. Art. 8 Abs. 9 UAbs. 1, 2

WBRL sind sämtliche juristischen Personen bzw. rechtsfähigen Organisationseinheiten innerhalb der Verwaltung ab Erreichen der Schwellenwerte unmittelbar zur Einrichtung einer internen Whistleblowing-Stelle verpflichtet. Wie sich aus einer vergleichenden Gegenüberstellung der unterschiedlichen Sprachfassungen ergibt, gestattet die Richtlinie in Art. 8 Abs. 9 UAbs. 3 WBRL allein einrichtungsverpflichteten Gemeinden den Betrieb einer gemeinsamen Whistleblowing-Stelle. Durch das eingeräumte Ermessen bei der Festlegung einrichtungsverpflichteter Organisationseinheiten wird Bund und Ländern im Ergebnis die Möglichkeit gegeben, die Schwellenwerte des Art. 8 Abs. 9 UAbs. 2 eigenständig festzulegen und hierbei insbesondere dafür zu sorgen, dass die Zahl und organisatorische Anbindung der einzelnen Whistleblowing-Stellen hinter dem von der Richtlinie vorgesehenen Mindestmaß zurückbleibt – sei es durch faktische Zusammenlegung mehrere juristischer Personen als eine einzige Organisationseinheit oder die Definition von jeweils unterhalb der Schwellenwerte liegenden Einheiten. Mit den – im Wege der Direktwirkung der Richtlinie im Übrigen bereits geltenden – Einrichtungspflichten ist dies nicht vereinbar.

Es wird daher empfohlen, das Ermessen von Bund und Ländern bei der Einrichtung verwaltungsinterner Whistleblowing-Stellen entweder gänzlich zu streichen oder eine Ausgestaltungsvariante zu wählen, bei der im Einklang mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshof sichergestellt ist, dass die Einhaltung der Schwellenwerte bei der Festlegung einrichtungsverpflichteter Organisationseinheiten durch die Exekutive bereits auf gesetzlicher Ebene sichergestellt ist.

## 2. Verstoßdefinition

In der aktuellen Fassung des Entwurfs wurde im Rahmen der Definition melde- bzw. offenlegungsfähiger Verstöße in § 3 Abs. 2 HinSchG-E ein Passus aufgenommen, wonach nur solche Verstöße erfasst sein sollen, die im Rahmen einer beruflichen, unternehmerischen oder dienstlichen Tätigkeit begangen wurden. Als Beispiel der hiermit vom Whistleblowing-Schutz auszunehmenden Fallkonstellationen nennt die Entwurfsbegründung nur die Verletzung außerdienstlicher Wohlverhaltenspflichten von Beamten. Aufgrund der pauschalen Formulierung der Schutzausnahme wären allerdings auch sämtliche anderen Fälle von außerhalb eines Arbeitskontextes begangenen Verstößen erfasst, beispielsweise für den Fall, dass ein Untergebener eine „privat“ begangene Straftat eines Vorgesetzten meldet und hierfür berufliche Repressalien erleidet.

Der Richtlinie ist eine derartige Einschränkung der Verstoßdefinition fremd. Eine Eingrenzung auf berufliche Kontexte findet sich in erster Linie mit Blick auf die Art und Weise der Erlangung von Information über Verstöße, nicht hingegen in Bezug auf die Natur der Verstöße selbst (siehe Art. 4 Abs. 1 WBRL; ferner Art 4 Abs.4 , Art. 5 Nr. 2, 8, 9, 11, Art. 8 Abs. 2 S. 2 WBRL). Der einzige von der Entwurfsbegründung konkret genannte Fall, die Meldung außerdienstlichen Fehlverhaltens von Beamten, erscheint für sich genommen zwar rechtspolitisch verständlich, insbesondere soweit es lediglich um geringfügige private Fehltritte geht, die im Interesse des innerdienstlichen Friedens und der Solidarität zwischen den Beschäftigten nicht Gegenstand interner Meldungen sein sollen. Die Gefahr einer diesen berechtigten Interessen entgegenlaufenden Entwicklung ist allerdings ohnehin gering, nicht zuletzt da derartiges Verhalten nicht die Schwelle einer Straftat als der im privaten Kontext relevantesten Fallgruppe des sachlichen Anwendungsbereichs überschreiten würde und entsprechende Informationen zumeist nicht innerhalb eines dienstlichen Kontextes erlangt werden dürften. In seiner jetzigen Form würde der Ausschlussbestand indes nicht nur Fälle privaten Fehlverhaltens, sondern sämtliche Verstöße selbst schwersten Ausmaßes erfassen und zudem zu

vermeidbaren Abgrenzungsschwierigkeiten mit Blick auf die Frage führen, wann etwa eine Straftat im konkreten Fall als „beruflich“ oder „privat“ veranlasst anzusehen ist. Hiervon unabhängig verstoßen jegliche derartige Einschränkungen gegen die Mindestvorgaben der Richtlinie, indem sie insbesondere den anti-diskriminierungsrechtlichen Whistleblower-Schutz durch einen der Richtlinie unbekanntem Ausschlussbestand reduzieren.

Die Begrenzung der vom Gesetz erfassten Verstöße auf solche, die im Rahmen einer beruflichen, unternehmerischen oder dienstlichen Tätigkeit begangen werden, sollte daher gestrichen werden.

### 3. Nachrichtendienstinformationen und Informationen mit vergleichbarer Sicherheitsempfindlichkeit

In § 5 Abs. 1 Nr. 2 HinSchG-E werden Informationen von Nachrichtendiensten und Stellen mit vergleichbarer Sicherheitsempfindlichkeit nach § 10 Nr. 3 SÜG vom Anwendungsbereich des Entwurfs ausgeschlossen. Von den Whistleblower-Schutzvorschriften und Meldemöglichkeiten ausgenommen werden damit insbesondere Angehörige des Bundesnachrichtendienstes, des Bundesamtes für Verfassungsschutz und des Militärische Abschirmdienstes, je nach Aufgabenbereich zudem Angehörige etwa der Bundespolizei und des Bundeskriminalamtes. Wie sich aus der Begründung ersehen lässt, sollen insbesondere Angehörige von Nachrichtendiensten sich statt über die Vorschriften des HinSchG-E über § 8 Abs. 1 S. 1 PKGrG an das zuständige Parlamentarische Kontrollgremium wenden.

Hierbei ist unklar, auf welche Ermächtigung innerhalb der Richtlinie sich diese Bereichsausnahme stützt. Sofern die Grundlage in Art. 3 Abs. 2 S. 1 WBRL und damit in der Regelungskompetenz der Mitgliedstaaten in Bereichen der nationalen Sicherheit und dem Schutz wesentlicher Sicherheitsinteressen gesehen wird, sei angemerkt, dass dieser Tatbestand bereits in § 5 Abs. 1 Nr. 1 HinSchG-E seinen Niederschlag gefunden hat, ohne dass insofern eine Definition der konkret erfassten Verstöße oder Verstoßkontexte erfolgt ist. Der mit § 5 Abs. 1 Nr. 2 HinSchG-E offenbar bezweckte Ausschluss sämtlicher Angehöriger der Nachrichtendienste von den Schutz- und Verfahrensvorschriften des Entwurfs ist mit den Vorgaben der Richtlinie nicht vereinbar. Insbesondere steht die Definition nationaler Sicherheitsinteressen nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs nicht im freien Ermessen der Mitgliedstaaten und kann zudem nicht solche Fälle erfassen, in denen Angehörige der Nachrichtendienste bspw. Straftaten ohne direkten Bezug zu nationalen Sicherheitsinteressen melden oder offenlegen. Die erwähnten Whistleblowing-Regelungen des PKGrG genügen aktuell außerdem nicht den Vorgaben der Richtlinie. Weder enthalten sie einen gleichwertigen Anti-Diskriminierungsschutz oder einschlägige Offenlegungstatbestände, noch entsprechen sie den Verfahrens- und Vertraulichkeitsschutzstandards der Richtlinie. Für Angehörige anderer, teils ebenfalls vom Anwendungsbereich ausgenommener Behörden wie der Bundespolizei oder dem Bundeskriminalamt fehlt es wiederum gänzlich an insoweit zuständigen Meldestellen und/oder Schutzvorschriften.

Es wird daher empfohlen, den Ausschlussbestand für Informationen von Nachrichtendiensten und vergleichbaren Stellen entweder in Gänze zu streichen oder auf für die nationale Sicherheit relevante Verstoßsachverhalte zu beschränken oder die Regelungen des PKGrG den Mindeststandards der Richtlinie entsprechend anzupassen.

Es sei darauf hingewiesen, dass eine vollständig richtlinienkonforme Anpassung des PKGrG nur unter besonderen Schwierigkeiten möglich wäre. Denkbar wäre zwar beispielsweise, eine alternative, dem Parlamentarischen Kontrollgremium vorgelagerte Whistleblowing-Einheit einzurichten, welche interne und

ggf. externe Meldungen entgegennimmt und zur weiteren Bearbeitung an das Parlamentarische Kontrollgremium weiterleitet. Bei der Weiterleitung hätte diese Einheit indes den Schutz der Identität des Whistleblowers auch gegenüber den Mitgliedern des Gremiums ohne entsprechende Zustimmung des Whistleblowers grundsätzlich zu wahren. Die in der Praxis nur schwer zu gewährleistende Vertraulichkeit des Parlamentarischen Kontrollgremiums wird man wiederum (auch unter prinzipieller Anerkennung des Wertes einer parlamentarischen Kontrolle der Nachrichtendienste) als einen wesentlichen Faktor ansehen müssen, der dazu beiträgt, dass das Parlamentarische Kontrollgremium trotz anderweitig bekanntgewordener Missstände etwa im Bundesamt für Verfassungsschutz bislang hinter den Erwartungen zurückbleibt. So erscheinen auch künftig gewisse Vorbehalte potenzieller Whistleblower etwa gegenüber einer Meldung verfassungsfeindlicher Bestrebungen angesichts besonderer persönlicher Risiken im nachrichtendienstlichen Kontext durchaus verständlich, wenn der Adressat einer solchen Meldung aus einem pluralistisch besetzten Gremium ggf. mit Mitgliedern bestimmter Parteien besteht, von denen einige in der Vergangenheit in Teilen selbst durch verfassungsfeindliche Tendenzen und/oder entsprechende Sympathien aufgefallen sind. Zu alternativen Ausgestaltungsmöglichkeiten im Kontext nationaler Sicherheit, siehe oben unter Punkt II.2.

## IV. Rechtssystematisch sinnvoller Anpassungs- und Klarstellungsbedarf

### 1. Abwehrrechte und Ansprüche des Whistleblowers

Der Entwurf regelt die Abwehrrechte und Ansprüche von Whistleblowern und anderen geschützten Personen überwiegend in den §§ 36 und 37 HinSchG-E. Als Rechtsfolgen des anti-diskriminierungsrechtlichen Regelungssystems kommt ihnen für den Schutz von Whistleblowern und damit den praktischen Erfolg des geplanten Gesetzes herausgehobene Bedeutung zu. Bei der folgenden Analyse wird daher dem Gebot der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit besondere Bedeutung beigemessen, selbst wenn sich eine teils in Rede stehende Unionsrechtswidrigkeit, etwa im Wege unionsrechtskonformer Auslegung, im Ergebnis möglicherweise vermeiden ließe.

§ 36 Abs. 2 HinSchG-E enthält als eines der für die Rechtspraxis zentralen Elemente die unionsrechtlich geforderte Beweislastumkehr zugunsten von Whistleblowern im Falle erlittener Repressalien. Der im Rahmen dessen konkret anzulegende Kausalitätsmaßstab bleibt in Gesetzestext und Begründung allerdings teils unklar, insbesondere soweit es die Voraussetzungen eines möglichen Gegenbeweises der anderen Partei betrifft. Diese hat nach § 37 Abs. 2 S. 2 HinSchG-E zu beweisen, dass die betreffende Benachteiligung auf hinreichend gerechtfertigten Gründen basierte oder dass sie nicht auf der Meldung oder Offenlegung beruhte. Diese Formulierung legt nahe, dass eine Benachteiligung gerechtfertigt sein kann, obwohl sie kausal wegen einer geschützten Meldung oder Offenlegung vorgenommen wurde, etwa durch im Nachhinein vorgebrachte, alternative Kündigungsgründe. Die einschlägige Entwurfsbegründung ist insofern zwar nicht eindeutig, legt aber jedenfalls nahe, dass eine Rechtfertigung immer dann möglich sein soll, wenn die Meldung oder Offenlegung nicht der tragende, sondern lediglich einer unter mehreren für die Benachteiligung ausschlaggebenden Gründen war. Auf unionsrechtlicher Ebene hebt die Begründung zum insoweit einschlägigen Art. 21 Abs. 5 WBRL demgegenüber hervor, dass die andere Partei nachweisen müsse, dass ihr Vorgehen „in keiner Weise“ mit der erfolgten Meldung oder Offenlegung in Verbindung stand, wodurch auch Fälle kumulativer Kausalität erfasst wären. Hintergrund ist der aus der internationalen Forschung bekannte und auch von der Begründung der Richtlinie anerkannte Umstand, dass zur Rechtfertigung von Repressalien gegen Whistleblower häufig alternative Gründe vorgeschoben werden, um eine Benachteiligung nach außen bzw. nachträglich im Rahmen eines Gerichtsverfahrens zu rechtfertigen. Dies hat in anderen Ländern bereits insbesondere dazu geführt, dass eine Repressalie per Gesetz bereits dann als rechtswidrig eingestuft wird, wenn die Meldung oder Offenlegung einer von mehreren tatsächlichen oder vermeintlichen Gründen für die Benachteiligung war.

Er wird daher empfohlen, den Gegenbeweis in Bezug auf die Kausalität zwischen Whistleblowing und Benachteiligung im Gesetzestext entweder ausschließlich auf Fälle zu begrenzen, in denen eine Benachteiligung nicht auf einer Meldung oder Offenlegung beruht, oder jedenfalls im Rahmen der Begründung klarzustellen, dass die Benachteiligung von Whistleblowern auch dann unrechtmäßig ist, wenn das Whistleblowing nach Angaben der benachteiligenden Partei kumulativ auch auf andere Gründe zurückzuführen ist.

Nach § 37 Abs. 2 HinSchG-E soll ein Verstoß gegen das Verbot von Repressalien keinen Anspruch auf Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses, eines Berufsausbildungsverhältnisses oder eines anderen Vertragsverhältnisses oder auf einen beruflichen Aufstieg haben. Abgesehen davon, dass es sich bei den genannten Benachteiligungen nicht allein um im Wege des Schadenersatzes geltend zu machende Positionen handelt, ist der Ausschluss des Anspruchsumfangs in dieser Pauschalität nicht mit der Richtlinie vereinbar. Diese sieht als verbotene Repressalien unter anderem

ausdrücklich die Versagung einer Beförderung und die Nichtumwandlung bzw. -verlängerung eines befristeten Arbeitsvertrags vor, Art. 19 b) Alt. 2, i), j) WBRL. Zudem sind einschränkungslos auch Repressalien sonstiger Art verboten (Art. 19 WBRL am Anfang).

Es wird daher aus Gründen der Rechtsklarheit und Unionsrechtskonformität empfohlen, die Einschränkungen des individuellen Anspruchsumfangs zu streichen.

Die Whistleblowing-Richtlinie verlangt als wesentliches Element eines effektiven Whistleblower-Schutzes in Art. 21 Abs. 6 WBRL den effektiven Zugang zu einstweiligem Rechtsschutz, der sich insbesondere von Whistleblowern innerhalb laufender Arbeitsverhältnisse in Form eines einstweiligen Unterlassungsanspruchs wirkungsvoll umsetzen lässt. Der Entwurf enthält insofern allerdings keine einschlägigen Bestimmungen. Zwar könnten Whistleblower ihre Rechte im Wege allgemeiner einstweiliger Unterlassungsansprüche geltend machen, wie sie in Deutschland durch Gesetz und Rechtsprechung näher ausgeformt wurden. Insbesondere der im Arbeitsrecht im Wege richterlicher Rechtsfortbildung entwickelte allgemeine Weiterbeschäftigungsanspruch genügt den Anforderungen an einen effektiven Whistleblower-Schutz indes nicht, unter anderem da er vor Verkündigung einer erstinstanzlichen Entscheidung nur ausnahmsweise im Wege der einstweiligen Verfügung durchgesetzt werden kann. Zwar erscheint möglich, dass die Gerichte in Zukunft spezielle Voraussetzungen für die Durchsetzung einstweiliger Unterlassungs- bzw. Weiterbeschäftigungsansprüche in Whistleblowing-Fällen entwickeln werden. Bis zu diesem Zeitpunkt wären Whistleblower indes dem Risiko langwieriger Gerichtsprozesse bis hin zu einer klarstellenden letztinstanzlichen Entscheidung ausgesetzt, was dem Sinn und Zweck des einstweiligen Rechtsschutzes in Whistleblowing-Fällen entgegenläuft.

Es wird daher empfohlen, einen speziellen, einstweilig durchsetzbaren Unterlassungsanspruch zur Abwehr von Repressalien im Gesetz zu verankern.

Ferner empfiehlt es sich, im Einklang mit der Richtlinie jedenfalls in der Begründung klarzustellen, dass der Nachweis eines Verschuldens vonseiten des Verursachers im Rahmen der Anspruchsstellung nicht erforderlich ist. Darüber hinaus ist innerhalb der Entwurfsbegründung bislang nicht hinreichend verdeutlicht, dass Verursacher im Sinne des § 37 Abs. 1 HinSchG-E sowohl der Beschäftigungsgeber oder Dienstherr als auch die die Repressalie konkret veranlassende Einzelperson sein können

## 2. Verhaltensweisen in Zusammenhang mit einer Meldung oder Offenlegung

Die Richtlinie verbietet neben Repressalien, die unmittelbar mit einer Meldung oder Offenlegung begründet werden, auch Repressalien für sonstige Handlungen und Unterlassungen, die mit einer Meldung oder Offenlegung in Zusammenhang stehen (siehe Art. 21 Abs. 4 WBRL). Neben Folgehandlungen wie beispielsweise der Unterstützung der Behörden bei einem als Folgemaßnahme eingeleiteten Ermittlungsverfahren zählen hierzu ausdrücklich auch die Beschaffung der und der Zugriff auf die jeweils relevanten Informationen im Vorfeld einer Meldung oder Offenlegung, sofern hierdurch kein eigenständiger Straftatbestand verwirklicht wird (Art. 21 Abs. 3 WBRL). Hierbei ergibt sich aus dem systematischen Zusammenhang der (in ihrem Wortlaut insofern nicht eindeutigen) Bestimmungen, dass auch in diesen Fällen die allgemeinen Schutzvoraussetzungen anwendbar sind, insbesondere also eine gutgläubige Informationserlangung geschützt ist, selbst wenn sich im Nachhinein herausstellt, dass die erlangten Informationen ggf. teilweise nicht melde- bzw. offenlegungsrelevant sind.

Der Entwurf nennt in § 35 Abs. 1 HinSchG-E als geschütztes Verhalten bislang lediglich den Spezialfall der Beschaffung der und des Zugriffs auf Informationen, nicht hingegen sonstige mit einer Meldung

oder Offenlegung in Zusammenhang stehende Handlungen oder Unterlassungen. Zudem fehlt ein Hinweis auf die einheitliche Anwendbarkeit der allgemeinen Schutzvoraussetzungen. Selbst sofern man trotz des Wortlauts des Entwurfs davon ausginge, dass ein richtlinienkonformer, einheitlicher Schutzmaßstab durch Auslegung zu erreichen wäre, wäre eine Anpassung des bisherigen Wortlauts von § 35 Abs. 1 HinSchG-E im Interesse der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit insofern angezeigt.

Es wird daher empfohlen, unmittelbar im Normtext des künftigen Gesetzes einheitlich sowohl den Schutz von mit einer Meldung oder Offenlegung in Zusammenhang stehenden Handlungen und Unterlassungen als auch die Anwendbarkeit der allgemeinen Schutzvoraussetzungen, insbesondere des Grundsatzes der Gutgläubigkeit, zu verankern.

### 3. Allgemeiner Notwendigkeitsvorbehalt

Nach der Richtlinie sind Whistleblower geschützt, wenn der konkrete Umfang der gemeldeten oder offengelegten Informationen notwendig war, um den in Rede stehenden Verstoß aufzudecken. Wenngleich dieser allgemeine Notwendigkeitsvorbehalt im Trilog-Verfahren innerhalb des Normtextes nur an systematisch wenig kohärenter Stelle im Rahmen des Haftungsausschlusses in Art. 21 Abs. 2 WBRL Niederschlag gefunden hat, handelt es sich doch um einen generell anwendbaren Grundsatz, der die berechtigten Interessen beschuldigter Personen, Unternehmen und Verwaltungen schützen soll. Durch ihn wird der Umfang der aufgedeckten Informationen auf dasjenige beschränkt, was zur Ermittlung und Ahndung von Verstößen notwendig ist; weitere ggf. sensible Informationen, deren Aufdeckung dem Beschuldigten unter Umständen erhebliche Schäden zufügen könnte, dürfen nicht gemeldet oder offengelegt werden.

Im Entwurf wird der allgemeinen Notwendigkeitsvorbehalt bislang nicht an systematisch passender Stelle im Rahmen der allgemeinen Schutzvoraussetzungen des § 33 HinSchG-E geregelt, sondern in verschiedenen Regelungskontexten mit teils unterschiedlichen sprachlichen Formulierungen erwähnt. So findet sich ein Hinweis auf den Notwendigkeitsvorbehalt beispielsweise in § 35 Abs. 2 HinSchG-E, wonach Bedingung für den Ausschluss der Verantwortlichkeit von Whistleblowern insbesondere mit Blick auf die Verletzung von Offenlegungsbeschränkungen sein soll, dass die Weitergabe der Informationen „erforderlich“ war. Darüber hinaus findet sich im Zusammenhang mit dem rechtlichen Verhältnis des HinSchG-E zu sonstigen Verschwiegenheits- und Geheimhaltungspflichten, insbesondere nach dem GeschGehG, die Formulierung, dass der Vorrang des HinSchG-E nur insoweit gelte, wie „die Weitergabe oder die Offenlegung des konkreten Inhalts dieser Informationen notwendig war, um einen Verstoß aufzudecken“ (§ 6 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 1 HinSchG-E). Alle diese Formulierungen deuten trotz sprachlicher Abweichungen zwar in die richtige Richtung, legen allerdings den – rechtspolitisch kaum gewollten – Umkehrschluss nahe, dass die Selbstbeschränkung des Whistleblowers auf die Weitergabe nur solcher Informationen, die für die Aufdeckung des Verstoßes notwendig sind, in anderen Bereichen keine Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit und den Schutz einer Meldung oder Offenlegung wäre. Durch derartige, rechtssystematisch durchaus mögliche Auslegungsvarianten und entsprechende rechtliche Unklarheiten werden insbesondere die Rechte beschuldigter Personen, aber auch das Bedürfnis potenzieller Whistleblower nach Rechtssicherheit in vermeidbarer Weise gefährdet.

Es ist daher zu empfehlen, im Rahmen der allgemeinen Schutzvoraussetzungen für Whistleblower einen allgemeinen Vorbehalt aufzunehmen, wonach die Meldung oder Offenlegung von Informationen nur in dem Umfang gestattet ist, der für die Aufdeckung der konkret betroffenen Verstöße notwendig ist.

An dieser Stelle sei angemerkt, dass der Notwendigkeitsvorbehalt als objektives Kriterium ebenfalls dem allgemeinen subjektiven Kriterium der Gutgläubigkeit unterstehen sollte und sich im Interesse der effektiven Verfolgung von Verstößen ein tendenziell großzügiger Auslegungsmaßstab empfiehlt, der sich zugleich in der Begründung des künftigen Gesetzes festhalten ließe. Beides begründet sich unter anderem darin, dass Whistleblower gerade bei komplexen Verstößsachverhalten im konkreten Zeitpunkt der Weiterleitung der Informationen oft nicht vollständig absehen können, welche exakten Einzelelemente eines Informationspakets sich letzten Endes als konkret verstoßrelevant und beweisfähig und damit insbesondere für weitere staatliche Ermittlungen als ausschlaggebend erweisen werden. Zudem können auch nicht unmittelbar den Verstoß betreffende Informationen für den weiteren Verlauf und den Nachweis von Verstößen relevant sein, sofern sie den zuständigen Stellen Einblicke in die allgemeinen Abläufe der betroffenen Wirtschafts- bzw. Verwaltungssektoren oder -abteilungen geben. Nichtsdestotrotz stellt der allgemeine Notwendigkeitsvorbehalt gerade für den effektiven Schutz (ggf. zu Unrecht) beschuldigter Personen ein wichtiges Korrektiv mit präventiver Lenkungsfunktion dar, das deshalb in gebotener Klarheit in ein künftiges Gesetz aufgenommen werden sollte.

#### 4. Auswahl weiterer Klarstellungsbedarfe

Neben den soeben aufgezeigten Anpassungs- und Klarstellungsbedarfen bietet der gegenwärtige Entwurfstext diverse weitere Optimierungspotenziale, um die Rechtssicherheit und einheitliche Rechtsanwendung des künftigen Gesetzes zu verbessern. Der bereits eingeschlagene Weg einer systematisch klaren Aufteilung der einzelnen Regulierungselemente sollte dabei beibehalten werden. So stellen die allgemeine Struktur und die Formulierungen des Entwurfs bereits jetzt an nicht wenigen Stellen eine deutliche Verbesserung gegenüber der durch ihre Entstehungsgeschichte systematisch bisweilen nicht einfach zu überblickenden Richtlinie dar. Das gilt auch für die Transposition unionsrechtlicher Rechtsbegriffe in die deutsche Rechtsordnung, beispielsweise durch die Übersetzung des Begriffs der juristischen Personen als nach deutschem Verständnis sämtliche rechtsfähige Personenvereinigungen. Zudem hat der Regierungsentwurf bereits diverse Kritikpunkte am ersten Referentenentwurf aufgenommen, etwa durch Streichung des irreführenden Hinweises, Whistleblower könnten sich nach einer internen Meldung (erst) „anschließend“ an eine externe Meldestelle wenden. Die folgenden, nicht abschließenden Punkte mögen in diesem Sinne als Fortführung der bereits eingeschlagenen Korrekturmaßnahmen gesehen werden.

In § 34 Abs. 1 HinSchG-E sieht der Entwurf im Rahmen der Definition weiterer geschützter Personen vor, dass „natürliche Personen“, die den Whistleblower „vertraulich“ unterstützen, sich auf die Abwehrrechte und Ansprüche des Gesetzes in entsprechender Anwendung berufen können. Die Begrenzung auf natürliche Personen ist dabei unnötig schutzverkürzend, da die Richtlinie zum einen allgemein auch den Schutz mit dem Whistleblower verbundener juristischer Personen zum Ziel hat (siehe Art. 4 Abs. 4 b) WBRL) und diese zum zweiten auch nicht weniger schutzwürdig sind, wenngleich sie als Unterstützer des Whistleblowers in der Praxis seltener auftreten dürften. Als Beispiel seien hier neben Organisationen, die sich konkret der Unterstützung von Whistleblowern verschrieben haben, andere mit dem Whistleblower wirtschaftlich verbundene Unternehmen genannt, die durch ein verstoßverantwortliches Unternehmen im Anschluss Nachteile erleiden können. Auch der Zusatz, wonach Unterstützer dem Whistleblower „vertraulich“ Hilfe leisten, ist als Regelfall und als Verweis auf die allgemeinen Vertraulichkeitsvorschriften der §§ 8 f. HinSchG-E zwar auf den ersten Blick verständlich. Indes ließe sich hieraus ableiten, dass eine nicht vertrauliche, sondern bewusst offene Unterstützung, etwa durch öffentliches Eintreten für die Belange des Whistleblowers innerhalb eines betroffenen Unternehmens oder die nach außen hin erkennbare Unterstützung im Rahmen einer rechtmäßigen Offenlegung über die Medien, pauschal nicht geschützt wäre, wofür es unter dem Gesichtspunkt einheitlicher gesetzlicher Wertung keinen erkennbaren Grund gibt. Aus diesen Gründen bietet sich die Streichung beider Begrifflichkeiten im Rahmen des § 34 Abs. 1 HinSchG-E an.

Indem die allgemeinen Schutzvoraussetzungen, namentlich etwa der unter Punkt IV.3. besprochene Notwendigkeitsvorbehalt, teils an unterschiedlichen Stellen innerhalb des Entwurfs geregelt werden, ergeben sich verschiedentliche Diskrepanzen innerhalb des Normtextes hinsichtlich der zu erfüllenden Schutzvoraussetzungen. Dies betrifft insbesondere das Kriterium der Gutgläubigkeit des Whistleblowers als

entscheidendes subjektives Moment des Whistleblowings, durch das Whistleblower auch im Falle von Tatsachen- und Rechtsirrtümern auf einen effektiven Schutz vor Repressalien vertrauen und sich somit auf rechtssicherer Grundlage für eine Meldung oder Offenlegung entscheiden können. In diesem Sinne sollte dringend vermieden werden, isolierte Bereichstatbestände wie den neu eingefügten § 32 Abs. 2 HinSchG-E aufzunehmen, wonach das Offenlegen unrichtiger Informationen über Verstöße „verboten“ ist. Zum einen hat eine derartige Vorschrift für sich genommen mangels konkreter Rechtsfolge lediglich Symbolcharakter. Zum anderen kommen durch derartige Klauseln in systematischer Hinsicht Zweifel auf, ob die allgemeinen Schutzvoraussetzungen auch in den vom Gesetz spezifisch erwähnten Fällen einheitlich Anwendung finden sollen, obwohl sie in der jeweiligen Spezialnorm nicht genannt werden. Dies gilt insbesondere für das Prinzip der Gutgläubigkeit, das trotz seiner nach der Richtlinie bestimmungsgemäß allgemeinen Geltung weder in § 32 Abs. 2 HinSchG-E, noch in anderen Spezialvorschriften wie etwa § 35 Abs. 1 HinSchG-E genannt wird, wobei sich insofern auch kein Verweis auf die allgemeine Norm des § 33 HinSchG-E findet. Unklar ist ferner, ob und in welchem Umfang der materielle Schutz vor Repressalien auch im Falle einer Weiterverweisung an andere zuständige Behörden gem. § 18 Nr. 2 HinSchG-E Anwendung finden kann. Statt der bisher oft nur angedeuteten Regelung unterschiedlicher Spezialfälle empfiehlt es sich, sämtliche allgemeinen Schutzvoraussetzungen in § 33 HinSchG-E einheitlich zu regeln und im Zuge dessen auch sämtliche hiervor erfassten Verhaltensweisen zu bestimmen.

Im Zusammenhang mit der Entgegennahme anonymer Meldungen durch interne Meldestellen bestimmt § 16 Abs. 1 S. 4 HinSchG-E, dass derartige Meldungen nur zu bearbeiten sind, soweit dadurch die vorrangige Bearbeitung nicht-anonymer Meldungen nicht gefährdet wird. Hierin unterscheidet sich der Regierungsentwurf von den vorangegangenen Referentenentwürfen, die sich noch generell gegen jegliche Pflicht zur Bearbeitung anonymer Meldungen ausgesprochen hatten. Unabhängig von der rechtspolitischen Bewertung dieses Umgangs mit anonymen Meldungen können beide Regelungsvarianten in rechtssystematischer Hinsicht diverse Konflikte verursachen, die sich im Rahmen des bisherigen Regelungskonzepts kaum auflösen lassen. Dies gilt insbesondere für Fälle, in denen durch hinreichend belegte anonyme Meldungen auf gravierende und in ihren Folgen ggf. unternehmensgefährdende Rechtsverstöße hingewiesen wird. In derartigen Fällen sind die befassten Stellen bereits nach allgemeinen gesellschafts- bzw. arbeitsrechtlichen Maßstäben zu einem Einschreiten unbedingt verpflichtet, und dies auch unabhängig davon, ob ihre Investigativressourcen zum gegebenen Zeitpunkt eventuell durch eine besonders hohe Anzahl nicht-anonymer Meldungen von inhaltlich ggf. deutlich geringerem Gewicht bereits ausgelastet sind. Selbst sofern an der bisher beabsichtigten Hierarchisierung anonymer und nicht-anonymer Meldungen im Prinzip festgehalten werden soll, empfiehlt sich daher jedenfalls eine an der konkreten Schwere der gemeldeten Verstöße und deren potenziellen Folgen orientierte Flexibilisierung der Bearbeitungsregeln, um interne Meldestellen in die Lage zu versetzen, in praxisgerechter Weise auf unterschiedliche Situationen reagieren zu können, ohne sich im Zuge dessen mit rechtlich widersprechenden Handlungsanforderungen und hieraus ggf. erwachsenden Haftungsrisiken konfrontiert zu sehen.

Im Unterschied zur ersten Entwurfsfassung sind interne Whistleblowing-Stellen nach dem Regierungsentwurf nicht mehr verpflichtet, eigenständige Anreize für eine interne Erstmeldung zu schaffen. Im Sinne der nach der Richtlinie angeregten Förderung interner Meldewege sieht nun jedoch § 28 Abs. 1 S. 3 HinSchG-E2 gewissermaßen als Ausgleich vor, dass die externen Meldestellen in geeigneten Fällen auf die Möglichkeit einer internen Meldung hinweisen sollen. Da dieser Hinweis naturgemäß erst nach einer externen Meldung erfolgen kann und Unternehmen weiterhin ein Interesse daran haben werden, externe Meldungen durch interne Meldeanreize möglichst ganz zu vermeiden, wäre für die künftige Rechtsanwendung ein kurzer Hinweis innerhalb der Entwurfsbegründung hilfreich, wonach durch die Streichung der Verpflichtung zur Schaffung interner Meldeanreize das Recht auf freiwillige Schaffung derartiger Anreize nicht berührt wird, solange hierdurch das unbedingte Recht auf unmittelbare externe Meldung nicht in Frage gestellt oder erschwert wird.

In § 6 HinSchG-E und den Änderungsartikeln 2-8 setzt sich der Entwurf mit dem Verhältnis der neuen Whistleblowing-Regelungen zu bestehenden Gesetzen auseinander, insbesondere mit dem Verhältnis zu bestehenden Verschwiegenheitspflichten und Meldevorgaben. Um künftige Auslegungsfragen und gerichtliche Streitigkeiten über die Reichweite des Gesetzes und seinen Einfluss auf angrenzende

Rechtsgebiete zu vermeiden, ließe sich die reibungslose Integration des neuen Whistleblowing-Rechts in die Gesamtrechtsordnung noch durch weitere Ergänzungen erleichtern. So ist unter anderem bislang keine Änderungen gesellschaftsrechtlicher Binnenregeln vorgesehen, beispielsweise mit Blick auf die weitgehend absolut formulierten Verschwiegenheitspflichten für Mitglieder von Vorständen und Aufsichtsräten in den §§ 93 Abs. 1 S. 3, 116 S. 2 AktG. Hier und an entsprechender Stelle in anderen Gesetzen böten sich weitere Hinweise auf den Vorrang des HinSchG-E innerhalb seines sachlichen Anwendungsbereichs an.

## V. Schlussbemerkungen

Mit der von der Europäischen Whistleblowing-Richtlinie angestoßenen, erstmaligen Kodifizierung eines Whistleblowing-Rechts begibt sich der deutsche Gesetzgeber in vielen Bereichen auf bislang ungewohntes Terrain. Der Gesetzgeber sieht sich hierdurch mit der erheblichen Herausforderung konfrontiert, in einem komplexen, unterschiedliche Rechtsgebiete umspannenden Regulierungsfeld von Beginn an unionsrechtskonforme, rechtsklare und praxistaugliche Regelungen zu treffen, um dem rechtsgebietsspezifisch besonders hohen Bedürfnis nach Rechtssicherheit angemessen Rechnung zu tragen. Mit der vorliegenden Stellungnahme ist daher die Hoffnung verbunden, dass die in ihr enthaltenen Anmerkungen und Empfehlungen im weiteren parlamentarischen Verfahren von Nutzen sein werden und bei der Ausgestaltung eines deutschen Whistleblowing-Rechts als einer auch mit Blick auf das Rechtsstaats- und das Demokratieprinzip wesentlichen Rechtsmaterie einen zweckdienlichen Beitrag leisten können.