

Der Entwurf ist ein Wiedergänger. Er ist – wenn auch in anderer Gestalt – bereits in diesem Ausschuss eingehend diskutiert worden. Inhaltlich hat sich gegenüber der durch den Bundestag verabschiedeten Fassung nichts geändert, nur wurde er aufgeteilt in zwei Gesetze: Einem zustimmungsbedürftigen und einem nicht zustimmungsbedürftigen Gesetzesteil. Die bereits geäußerten inhaltlichen Bedenken bestehen unverändert fort, soweit ihnen nicht Rechnung getragen wurde. ὁ γέγραφα, γέγραφα. Insoweit verweise ich deshalb schlicht auf meine vorangegangene Stellungnahme und hoffe auf ein hörendes Herz, die dort genannten Argumente noch einmal zu wägen.¹ Im Folgenden geht es nur um das, was neu ist: Die Änderungen nach der Ausschussanhörung und die Aufspaltung in zwei Gesetze. Beides wirft zusätzliche Fragen auf.

I. Inhaltliche Hinweise zum Gesetzesentwurf

1. Unter anderem wurde § 3 Abs. 2 Nr. 2 HinSchG-E geändert - mit dem Ziel, deutlich zu machen, dass rechtmäßige Handlungen keine Verstöße im Sinne des Gesetzes darstellen sollen.² Das ist sachlich sicherlich richtig, aber der Text bringt dies immer noch nicht zum Ausdruck. Wenn unter Nr. 1 ein Verstoß durch seine Rechtswidrigkeit gekennzeichnet ist und dem gleichrangig, im Sinne eines „oder“, als Alternative die Zweckwidrigkeit der Handlung zur Seite gestellt wird, dann heißt es weiterhin dem Gesetzeswortlaut nach eben, dass es sich hierbei um eine nicht rechtswidrige und damit rechtmäßige Handlung handelt. Dies ist systemwidrig³ und passt nicht zur neuen Begründung, die nun richtigerweise auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs Bezug nimmt. Der Europäische Gerichtshof aber macht in seiner Rechtsprechung klar, dass der durch ihn festgestellte Rechtsmissbrauch auch rechtswidrig ist. Das sollte der Gesetzgeber im Wortlaut klarer darlegen, indem er das Wort „oder“ durch „Hierzu können auch Handlungen gehören, die“ ersetzt. Eine Unterscheidung zwischen Nr. 1 und Nr. 2 entfielen dann.

2. Gemäß dem neu eingefügten § 7 Abs. 3 HinSchG „sollen“ Beschäftigungsgeber, die nach § 12 Abs. 1 und 3 HinSchG zur Einrichtung interner Meldestellen verpflichtet sind, Anreize

¹ Die wesentlichen Argumente finden sich auch bei *Thüsing/Musiol*, BB 2022, 2420-2423.

² BT-Drucksache 20/4909, S. 48.

³ S. *Thüsing/Musiol*, BB 2022, 2420-2423.

dafür schaffen, dass sich hinweisgebende Personen vor einer Meldung an eine externe Meldestelle zunächst an die jeweilige interne Meldestelle wenden. Welche Anreize der Gesetzgeber hierbei vor Augen hat, wird „bewusst nicht vorgegeben“⁴. So sehr es zu begrüßen ist, dass Unternehmen selbstbestimmt entscheiden können, ob und welche Anreize sie für die Nutzung interner Meldekanäle schaffen,⁵ so sehr fehlen auf der anderen Seite Anreize durch den Gesetzgeber selbst. Zur Erinnerung: Art. 7 Abs. 2 HinSch-RL schreibt vor, dass sich die Mitgliedstaaten dafür einsetzen, dass interne Meldekanäle vorrangig genutzt werden. Es ist aber ein Unterschied, ob die Mitgliedstaaten selbst Anreize zur vorrangigen Nutzung interner Kanäle schaffen, oder ob sie Unternehmen durch eine Soll-Vorschrift nahelegen, solche Anreize zu schaffen. Schon vor der Einfügung von § 7 Abs. 3 HinSchG lag es im wohlverstandenen Eigeninteresse der Unternehmen, die vorrangige Nutzung der internen Meldekanäle zu fördern. Dass der Gesetzgeber diese Selbstverständlichkeit nun ausspricht, darf nicht mit einem eigenen Einsatz iSd Art. 7 Abs. 2 HinSch-RL verwechselt werden. Die Einfügung von § 24 Abs. 2 S. 2 HinSchG ist zwar ein Schritt in die richtige Richtung – doch der bloße Hinweis auf die alternative Möglichkeit einer internen Meldung schafft noch keinen Anreiz, diesen Weg auch tatsächlich zu beschreiten. Dass diese Anreize gänzlich fehlen, ist nach wie vor europarechtswidrig⁶ und unpraktikabel: Ein Unternehmen weiß selbst am besten, ob am Vorwurf etwas dran ist und kann am schnellsten Schritte einleiten, um ein mögliches Defizit zu beheben. Denkbare Ansatzpunkte für entsprechende Anreize wären etwa ein Belohnungssystem vergleichbar mit Art. 32 Abs. 4 VO (EU) Nr. 596/2014⁷ oder die steuerliche Begünstigung von gewährten Whistleblower-Prämien. Nicht zuletzt könnte der Gesetzgeber entsprechend § 40 Abs. 1 HinSchG einen Ordnungswidrigkeitstatbestand für die vorsätzlich oder grob fahrlässige externe Meldung unrichtiger Informationen schaffen. Dies stünde der unionsrechtlich gebotenen Gleichbehandlung der Meldekanäle sicherlich nicht entgegen, schließlich werden nur gutgläubige Meldungen geschützt.⁸ Die Sanktionsmöglichkeit nach Art. 23 Abs. 2 HinSch-RL erfasst nicht nur die Offenlegung, sondern auch die wissentliche Meldung falscher Informationen.

⁴ BT-Drucksache 20/4909, S. 53.

⁵ S. zu dem Für und Wider von finanziellen Anreizen (Whistleblower-Prämien) bereits *Thüsing/Musiol*, DRiZ 2022, 486 [488 f.].

⁶ S. hierzu bereits *Thüsing/Musiol*, BB 2022, 2420.

⁷ Vgl. Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer vom 17.5.2022, S. 4, unter <https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Hinweisgeberschutz.html> (letzter Zugriff am 21.3.2023).

⁸ Vgl. allg. zur Sanktionierung von Hinweisgebern *Colneric/Gerdemann*, Die Umsetzung der Whistleblower-Richtlinie in deutsches Recht, S. 131 f.

3. Nachdem der Regierungsentwurf – entsprechend Art. 6 Abs. 2 HinSch-RL – den Unternehmen die Entscheidung überließ, anonyme Meldungen entgegenzunehmen und weiterzuverfolgen, erfolgte auf Empfehlung des Rechtsausschusses eine Kehrtwende: Der geänderte § 16 Abs. 1 S. 4 HinSchG verpflichtet interne Meldestellen zur Bearbeitung anonymer Meldungen.⁹ Die Sinnhaftigkeit von anonymen Hinweisen im Meldeverfahren ist seit jeher Gegenstand hitziger Diskussionen.¹⁰ Diese werden nicht abebben, denn die verpflichtende Entgegennahme anonymer Meldungen war einer der Gründe, aus denen der Bundesrat seine Zustimmung verweigerte. Unabhängig davon, ob das HinSchG Unternehmen ausdrücklich zur Entgegennahme von anonymen Meldungen verpflichtet, müssen Unternehmen einer anonymen Meldung – freilich nur einer substantiierten Meldung – ohnehin im Rahmen ihrer Legalitätspflicht nachgehen.¹¹ Die Pflicht zur Entgegennahme anonymer Meldungen führt also zu keiner Mehrbelastung, wohl aber die Pflicht, Meldekanäle für die anonyme Kommunikation vorzuhalten.

4. Der Regierungsentwurf enthielt mit § 11 Abs. 5 HinSchG-E für die Dokumentation der Meldung eine Löschfrist von zwei Jahren. Diese Frist ist nun auf drei Jahre angehoben worden. Mit der Anhebung der Speicherdauer bezweckte der Gesetzgeber, einen Gleichlauf mit der Regelverjährungsfrist herzustellen.¹² Die starre Vorgabe des Regierungsentwurfs zur Speicherdauer kritisierten einige zu Recht, da sie einen flexiblen und einzelfallgerechten Umgang mit der Meldung bzw. der Dokumentation unmöglich macht.¹³ Was schon für eine starre Frist von zwei Jahren galt, gilt ebenso für eine starre Frist von drei Jahren. Abstufungen nach der Stichhaltigkeit der Meldung, ergriffenen Folgemaßnahmen, drohenden Schäden oder der Schwere des Vorwurfs sind nicht vorgesehen. Dies steht nach wie vor im Widerspruch zu Art. 18 Abs. 1 S. 2 HinSch-RL: Dieser schreibt vor, dass die Meldungen nicht länger aufbewahrt werden, als dies „erforderlich und verhältnismäßig“ ist, um die von dieser Richtlinie auferlegten Anforderungen oder andere Anforderungen nach Unionsrecht oder nationalem Recht zu erfüllen.¹⁴ Diese Vorgabe durch eine starre Frist umzusetzen und ohne Ansehen des

⁹ Diese Pflicht besteht für private Beschäftigungsgeber gem. § 42 Abs. 2 HinSchG erst ab dem 1.1.2025. Diese, gegenüber Art. 26 HinSch-RL deutlich verlängerte Übergangsfrist ist unionsrechtlich unproblematisch, da die HinSch-RL keine Pflicht zur Entgegennahme anonymer Meldungen vorsieht.

¹⁰ Krit. ggü. anonymen Meldungen exempl. Thüsing/*Thüsing/Forst*, Beschäftigtendatenschutz und Compliance, 3. Aufl. 2021, § 6 Rn. 24; *Thüsing*, DB 2022, 1066 [1067 f.]; *Wiedmann/Seyfert*, CCZ 2019, 12 [18]; befürwortend hingegen exempl. *Dilling*, CCZ 2022, 145 [148 f.]; *Fassbach/Hülsberg/Spamer*, CB 2022, 151 [152].

¹¹ *Dilling*, CCZ 2022, 145 (148 f.); *Lüneborg*, DB 2022, 375 [381].

¹² BT-Drucksache 20/4909, S. 54.

¹³ *Sonnenberg/Rempp*, GmbHR 2022, R292 [R293].

¹⁴ A.A. *Zimmer/Schwung*, NZA 2022, 1167 [1171].

Einzelfalls von einer erforderlichen und angemessenen Regelung zu sprechen, erscheint sehr gewagt. Die Löschung der Dokumentation nach drei Jahren mag sinnvoll sein, wenn sich eine plausible Meldung auf einen Sachverhalt bezieht, aus dem Ansprüche erwachsen können, die der Regelverjährung unterliegen. Dieselbe Speicherfrist gilt allerdings auch für Meldungen, die sich auf Bagatellen beziehen oder nachweislich falsch sind oder auf einem Missverständnis beruhen. Hier denselben starren Maßstab anzuwenden, ist ebenso unsachgemäß wie unionsrechtswidrig. An Verjährungsfristen anzuknüpfen, erscheint schon deshalb fraglich, da einziger Anhaltspunkt für die Speicherung die theoretische Möglichkeit einer rechtlichen Auseinandersetzung ist.¹⁵ Auch mit Blick auf wiederholte Verstöße oder Dauerverstöße erscheint die starre Löschfrist nicht sachgerecht, da möglicherweise auch noch zu einem späteren Zeitpunkt auf die Dokumentation zurückgegriffen werden muss. Es ist unbestritten, dass eine starre Vorgabe der Rechtssicherheit dient. Doch wäre wünschenswert gewesen, dass die Regelung Raum für Ausnahmen – nach oben wie nach unten – lässt, oder dass der Gesetzgeber insoweit nur eine Soll-Vorgabe macht. Angesichts des klaren Wortlauts scheint es auch nicht gangbar, einzelfallorientierte Ergebnisse über den Umweg einer richtlinienkonformen Auslegung zu erreichen.¹⁶

5. Zu begrüßen ist dagegen die Einführung eines Anspruchs des Hinweisgebers auf angemessene Entschädigung in Geld im Falle eines Verstoßes gegen das Repressalienverbot. Mit § 37 Abs. 1 S. 2 HinSchG reagiert der Gesetzgeber auf berechtigterweise laut gewordene Kritik aus der Literatur, die schon früh auf die unionsrechtliche Notwendigkeit eines solchen Anspruchs hingewiesen hatte.¹⁷ Nach Art. 21 Abs. 8 HinSch-RL ist zum Schutz des Hinweisgebers vor Repressalien für eine vollständige Wiedergutmachung des erlittenen Schadens zu sorgen, und hierzu gehört eben auch eine Entschädigung für immaterielle Schäden.¹⁸ Das HinSchG bemüht sich um eine Abwägung der widerstreitenden Interessen: § 1 Abs. 2 betont eben auch den Schutz derer, die Gegenstand einer Meldung oder Offenlegung sind. Es gilt, Maßnahmen zu der erforderlichen Trennung des nicht schutzwürdigen Denunziantentums von dem schutzwürdigen und im Sinne öffentlicher Belange erwünschten

¹⁵ Sehr lesenswert *Fuhlrott/Oltmanns*, NZA 2019, 1105 [1107] mwN. Beachtlich ist insoweit auch der Hinweis, dass die Verjährungsfrist für Schadensersatzansprüche, die auf der vorsätzlichen Verletzung des Lebens, des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung beruhen, gem.

§ 197 Abs. 1 Nr. 1 BGB dreißig Jahre beträgt.

¹⁶ *Nägele/Apel/Stolz/Drescher/Sefrin*, DB 2022, 1946 [1953] werfen die Frage auf, ob die „relativ lange Löschfrist“ (wohlgemeint bezogen auf die zweijährige Frist gem. § 11 Abs. 5 HinSchG-E) stets ausgeschöpft werden muss.

¹⁷ Klug begründet *Gerdemann*, ZRP 2021, 37 [39]; *Zimmer/Schwung*, NZA 2022, 1167 [1170].

¹⁸ So auch ausdrücklich EG 94 S. 3 HinSch-RL.

Whistleblowing zu treffen. So normiert § 38 HinSchG als Sanktionsvorschrift zur Umsetzung des Art. 23 Abs. 2 S. 2 HinSch-RL einen Schadensersatzanspruch gegen den Hinweisgeber nach einer vorsätzlich oder grob fahrlässigen Meldung oder Offenlegung unrichtiger Informationen. Eine mit § 37 Abs. 1 S. 2 HinSchG vergleichbare Regelung fehlt aber, sodass der zu Unrecht Beschuldigte gem. § 38 HinSchG keinen Anspruch auf Ersatz immaterieller Schäden hat. Zwar ist diese Asymmetrie bereits in der HinSch-RL angelegt, die einen Anspruch des Beschuldigten auf immateriellen Schadensersatz ebenso nicht zwingend vorsieht. Dennoch wäre eine entsprechende Regelung durch den deutschen Gesetzgeber zu begrüßen, um die angestrebte Abwägung zwischen den Interessen des Hinweisgebers und des Beschuldigten auch für den Fall einer wissentlichen oder grob fahrlässigen Falschmeldung abzusichern. Da die HinSch-RL allein solche Hinweisgeber schützt, die hinreichenden Grund zu der Annahme eines Verstoßes hatten (Art. 6 Abs. 1 lit. a HinSch-RL), wäre eine solche Erweiterung der Rechte des Beschuldigten europarechtlich unproblematisch.¹⁹ Das bedeutet nicht, dass ein zu Unrecht Beschuldigter überhaupt keinen Anspruch auf immateriellen Schadensersatz in Folge einer Denunziation hätte. Neben § 38 HinSchG bleiben allgemeine zivilrechtliche Haftungsnormen – etwa wegen einer Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts – unberührt. Dies ergibt sich aus dem Charakter von § 38 HinSchG als Sanktionsvorschrift. Ob und welche anderen Schadensersatzansprüche in Betracht kommen, richtet sich nach § 35 HinSchG, der dem Schutz des Hinweisgebers auch vor zivilrechtlicher Haftung dient: Denn § 35 Abs. 2 HinSchG setzt Art. 21 Abs. 2 HinSch-RL um,²⁰ nach dem Hinweisgeber „nicht haftbar“ gemacht werden können, sofern die Voraussetzungen der Norm vorliegen. Über diesen Umweg lässt sich auch ein Anspruch des Beschuldigten auf immateriellen Schadensersatz begründen.

II. Aufspaltung des Gesetzes

Das Gesetz wird nun in zwei Gesetze aufgespaltet, um so die Zustimmungsbefähigung auszuhebeln. Dies ist ein in der Praxis nicht selten beschrittener Weg, den das Bundesverfassungsgericht in der Vergangenheit auch verschiedentlich gebilligt hat.²¹ Zu Recht hat es jedoch immer wieder betont, dass diese Aufteilung ihre Grenzen im Verbot der Willkür

¹⁹ Zur Erstreckung des § 38 HinSchG auf grob fahrlässige Falschmeldungen *Colneric/Gerdemann*, S. 131 f.; *Forst*, EuZA 2020, 283 [300 f.].

²⁰ BT-Drucksache 20/3442, S. 94.

²¹ S. BVerfGE 37, 363 [382]; BVerfGE 105, 313 [338 ff.]; *Bryde*, in: v. Münch/Kunig, GG, 5. Aufl., 2003, Art. 77 Rn. 23; *Dittmann*, in: Sachs, GG, 3. Aufl., 2003, Art. 84 Rn. 15; *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, GG, 7. Aufl., 2004, Art. 77 Rn. 4.

und des Missbrauchs hat.²² Mit dem Willkürverbot und der Missbrauchsgrenze sind freilich die Grenzen nach zuweilen vertretener Meinung nicht hinreichend markiert. Die verfassungsrechtliche Grenze werde bereits dann überschritten, wenn durch die Teilung eine gesetzliche Regelung, die nur als Sinneinheit geordnet werden kann, sachwidrig durchtrennt wird.²³

Unabhängig davon welchen Maßstab man hier anlegen will: Einen sachlichen Grund für diese Trennung gibt es nicht. Grund allein ist eben die Umgehung der Zustimmungspflichtigkeit. Wenn dies aber schon als sachlicher Grund ausreichen sollte, dann wäre für Willkürverbote und Missbrauchsgrenze kein Raum mehr – dieser Grund würde ja immer bestehen.

So ist der vorliegende Fall auch nicht mit den bereits durch das Bundesverfassungsgericht entschiedenen Fällen vergleichbar, in denen es eben nicht um ein Gesetz mit einem dazugehörigen Änderungsgesetz ging, sondern verschiedene Gesetzesmaterien geändert wurden:

BVerfGE 34, 9 [28]

Die Aufteilung eines Regelungsvorhabens in zwei Gesetze könne laut BVerfG auch dann erfolgen, wenn dies sachlich gefordert sei und sich aus der Sache eine Erklärung für die legislative Gesamtplanung ergäbe.

In diesem Fall ging es um das erste Besoldungsvereinheitlichungs- und Neuregelungsgesetz, das einen ersten Schritt bei der Regelung dieser Sachmaterie darstellte. Dieses Gesetz übertrug lediglich bereits bestehende landesrechtliche Regelungen in Bundesrecht, sodass der für die Sperrwirkung notwendige Regelungscharakter fraglich war. Ein „Gebrauchmachen“ iSd. Art. 72 I GG läge aber auch dann vor, wenn der Bund zukünftig die gesamte Materie regeln wollte und sich das erste Gesetz als Teil eines legislativen Gesamtplans darstelle. Das BVerfG bejahte in diesem Fall die Sperrwirkung und damit die Zulässigkeit der Aufspaltung.

BVerfGE 37, 363 [382]

Das BVerfG hielt fest, dass der Gesetzgeber Regelungsvorhaben in einen zustimmungsbedürftigen und einen nicht-zustimmungsbedürftigen Teil aufspalten dürfe. Beispielsweise könne diese Spaltung zwischen materiell-rechtlichen und verfahrensrechtlichen Teilen geschehen. Die Grenzen der Aufspaltung führt das BVerfG nicht aus.

BVerfGE 39, 1 [35]

In diesem Fall ging es um die Zulässigkeit der Aufspaltung des fünften Strafrechtsreformgesetzes und des geplanten Strafrechtsreform-Ergänzungsgesetzes. Das BVerfG hielt die Aufspaltung für zulässig. Zwar seien beide Gesetze aufeinander abgestimmt, das Ergänzungsgesetz weise allerdings eine ausreichende Selbstständigkeit bzw. eine inhaltliche Unabhängigkeit auf, da es sozial- und arbeitsrechtliche Regelungen beinhalten würde – das Strafrechtsreformgesetz dagegen würde im wesentlichen Straf- und Strafverfahrensrecht beinhalten.

²² BVerfGE 77, 84 [103]; BVerfGE 114, 196.

²³ *Ossenbühl*, HStR3 V, § 102 Rn. 47; *W. Kluth*, HStR3 III, § 60 Rn. 60.

BVerfGE 55, 274 [319]

Das BVerfG führte aus, dass Regeln über das Verwaltungsverfahren iSd. Art. 84 I GG zustimmungsbedürftig seien und erläutert die Grenzen des Begriffs „Regelung des Verwaltungsverfahrens“, der strikt auszulegen sei. Zur Frage, inwieweit Teilungen von Gesetzesvorhaben zulässig sind, äußert es sich nicht.

BVerfGE 75, 108 [150]

Auch hier behandelte das BVerfG die Grenzen des Art. 84 GG, ohne sich konkret zur Zulässigkeit der Teilung von Gesetzen zu äußern.

BVerfGE 105, 313 [338 ff., Rn. 66 ff.]

Das BVerfG stellte klar, dass der Bundesgesetzgeber im Grundsatz selbst über eine Aufteilung von Gesetzesvorhaben disponieren kann. Konkret führt das BVerfG aus, warum der zu entscheidende Fall frei von Willkür gewesen sei. Selbst wenn man dem Bundestag unterstelle, die Aufteilung zwischen materiell-rechtlichem Einspruchs- und verfahrensrechtlichem Zustimmungsgesetz nur gewählt zu haben, um dem Bundesrat keine Kontrollmöglichkeit bezüglich des materiell-rechtlichen Teils zu geben, sei dies nicht willkürlich. Anders sähe es aus, wenn der materiell-rechtliche Teil lediglich ein „Gesetzestorso“²⁴, d.h. nicht aus sich heraus verständlich und bestimmt genug wäre. Als weiteren Punkt für die Zulässigkeit im vorliegenden Fall nennt das BVerfG die Vollziehbarkeit des Gesetzes.

BVerfGE 114, 196 [230, Rn. 185 f.]

Das BVerfG verwies auch hier darauf, dass eine Aufspaltung von Gesetzesvorhaben in den Grenzen des Willkürverbots zulässig sei, ohne diese genauer zu beschreiben.

Wenn hier kein Missbrauch vorliegt, wann dann? Wenn es sich hier nicht um Willkür, also nicht aus sachlichen Gründen gerechtfertigte, sondern nur aus dem System der Zustimmungsbedürftigkeit hergeleiteten Trennung handelt, wann dann? Das Verfahren, das hier gewählt wird, ist von Anfang an mit dem Damoklesschwert der Verfassungswidrigkeit bemakelt. Der Bundestag sollte sich dies sehr gut überlegen. Das Risiko ist m.E. nicht wert.

²⁴ BVerfGE 105, 313 [341].