

Stellungnahme des Deutschen Gewerkschaftsbundes zum

Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz zum Entwurf eines Gesetzes für einen besseren Schutz Hinweisgebender Personen sowie zur Umsetzung der Richtlinie zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden

11.05.2022

Der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften begrüßen zunächst ausdrücklich, dass nun – obgleich verspätet – im Rahmen der Umsetzung der Whistleblower-Richtlinie (WBRL) ein Entwurf für ein Hinweisgeberschutzgesetz vorgelegt wurde. Die Umsetzung der Richtlinie 2019/1937 vom 23. Oktober 2019, die mit diesem Referentenentwurf bezweckt wird, hätte bis zum 17. Dezember 2021 erfolgen müssen, war in der vorherigen Bundesregierung jedoch am Widerstand der damaligen Regierungsparteien CDU/CSU gescheitert. Die Europäische Kommission hat wegen der mangelnden Umsetzung am 27. Januar 2022 ein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland eingeleitet.

Deutscher Gewerkschaftsbund
Bundesvorstand
Abteilung Recht

rec@dgb.de

Henriette-Herz-Platz 2
10178 Berlin

www.dgb.de

Der vorliegende Referentenentwurf bleibt allerdings (zum Teil deutlich) hinter den Erwartungen des DGB und seiner Mitgliedsgewerkschaften zurück. Der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften fordern, die Umsetzung der WBRL dafür zu nutzen, einen umfassenden, effektiven und kohärenten Schutz von Personen, die im beruflichen Kontext Rechtsverstöße aufdecken, zu schaffen. Dabei müssen systematische Brüche und Differenzierungen im Schutzniveau zwischen von der Richtlinie erfassten, somit zwingend umzusetzenden und vergleichbar schutzwürdigen Tatbeständen vermieden werden. Nur wenn Regelungen rechtsklar, gerecht und praktikabel sind, ist der durch sie geschaffene Schutz auch effektiv. Dieses Schutzsystem ist notwendig, um die strukturelle Unterlegenheit der Beschäftigten auszugleichen, die Rechtsverstöße und Missstände angreifen wollen.

An dem Ziel, einen umfassenden, effektiven und kohärenten Schutz zu gewährleisten, muss sich auch der vorliegende Entwurf messen lassen. Wie die nachfolgenden Ausführungen deutlich machen, ist er aber an vielen Stellen weit davon entfernt.

Das Wichtigste in Kürze:

- Der Referentenentwurf geht zu Recht im sachlichen Anwendungsbereich über die Vorgaben der Richtlinien hinaus, bleibt jedoch erheblich hinter unseren Erwartungen zurück, sodass die Schwierigkeiten und Akzeptanzprobleme, die mit einer schlichten Umsetzung verbunden wären, nicht beseitigt werden. Es ist inakzeptabel, dass die Rechte von Arbeitnehmer*innen sowie deren Vertretungsorganen nur insoweit in den Anwendungsbereich einbezogen werden, als deren Verletzung eine Straftat oder einen bußgeldbewährten Verstoß darstellt, die Rechte von Aktionären hingegen vollständig in den sachlichen Anwendungsbereich fallen.



- Hoch problematisch ist die Unklarheit im Gesetzestext hinsichtlich des gleichrangigen Wahlrechtes der internen oder externen Beschwerde. Ein Hinweis in der Gesetzesbegründung reicht nicht aus, vielmehr muss hier eine ausdrückliche Klarstellung im Gesetzestext selbst erfolgen, dass eine Beschwerde nicht vorrangig intern einzureichen ist.
- Auffällig ist, wie schwer sich der Referentenentwurf tut, die Vorgaben der Richtlinie mit Leben zu füllen. An vielen Stellen arbeitet er mit unbestimmten Rechtsbegriffen und versäumt es damit, Rechtsklarheit zu schaffen. Effektiver Hinweisgeberschutz setzt aber Rechtsklarheit voraus.
- Dies gilt besonders für den zentralen Terminus „*hinreichenden Grundes zur Annahme*“, der im Entwurf an vielen Stellen verwendet wird (§ 6 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 1; § 8 Abs. 1 Nr. 1; § 28 Abs. 1 S. 2; § 32 Abs. 1 Nr. 2; § 33 Abs. 1 Nr. 2 und 3; § 34 Abs. 1 Nr. 1 und 2; sowie § 35 Abs. 2). Wann ein solcher „hinreichender Grund zur Annahme“ vorliegt, ist in jedem Fall noch zu definieren.
- Die Schutzmaßnahmen – das Herzstück eines jeden Hinweisgeberschutzgesetzes – bleiben weitestgehend unreguliert. Wo die WBRL mögliche Repressalien dezidiert auflistet, verbleibt es im Referentenentwurf bei der bloßen Nennung des Wortes. Wo die Richtlinie eine Fülle von Instrumenten eröffnet (Art. 19 Verbot von Repressalien, Art. 20 Unterstützende Maßnahmen, Art. 21 Maßnahmen zum Schutz vor Repressalien, Art. 22 Maßnahmen zum Schutz betroffener Personen, Art. 23 Sanktionen, Art. 24 Keine Aufhebung von Rechten und Rechtsbehelfen), wird der Gesetzentwurf schmalspurig. Hier besteht erheblicher Nachbesserungsbedarf.
- Stattdessen positioniert der Entwurf im Bußgeldkatalog des Gesetzes „*für einen besseren Schutz hinweisgebender Personen*“ die Sanktionierung von falschen Hinweisgeber*innen noch vor der Sanktionierung zum Schutz von echten Hinweisgeber*innen. Dies konterkariert die Intention der WBRL und erklärt möglicherweise, warum die Umsetzung an vielen Punkten lückenhaft ist.
- Soll das Gesetz sowohl den Vorgaben der WBRL, als auch den Forderungen des DGB und seiner Mitgliedsgewerkschaften nach einem umfassenden, effektiven und kohärenten Schutz gerecht werden, bedarf es erheblicher Nachbesserungen des Entwurfs.

Im Einzelnen bewerten der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften den vorliegenden Referentenentwurf wie folgt:

1 Persönlicher Anwendungsbereich (§ 1, § 3 Abs. 8)

Der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften begrüßen den weiten persönlichen Anwendungsbereich. Insbesondere ist als positiv zu bewerten, dass auch Personen im **Vorfeld** ihrer beruflichen Tätigkeit und **Menschen mit Behinderung**, die in einer Werkstatt für behinderte Menschen arbeiten, in den Anwendungsbereich miteinbezogen worden sind.



Der Gesetzgeber sollte jedoch klarstellen, dass in den persönlichen Schutzbereich **Leiharbeiter*innen** fallen, die Verstöße in dem entleihenden Unternehmen melden oder offenlegen wollen. Leiharbeiter*innen werden lediglich in **§ 16** erwähnt. Sie fallen als Arbeitnehmer*innen unter die Legaldefinition von Beschäftigten in § 3 Abs. 8. Hier wäre eine Klarstellung wünschenswert, dass das Arbeitsverhältnis nicht zu dem Unternehmen, in dem die zu meldenden Informationen aufgelaufen sind, bestehen muss, sondern eine Beziehung nach dem weiten Anwendungsbereich des beruflichen Kontextes genügt.

In § 3 Abs. 8 Nr. 2 ist zu ergänzen, dass die zu ihrer Berufsbildung Beschäftigten auch dual Studierende einschließen. Auch sollten Praktikant*innen mit aufgenommen werden. Weiterhin sollte in § 3 Abs. 8 Nr. 5 klargestellt werden, dass neben den Soldatinnen und Soldaten auch Zivildienstleistende und Freiwillige, die einen Dienst nach dem Jugendfreiwilligendienstgesetz oder dem Bundesfreiwilligendienstgesetz leisten, erfasst werden. Gänzlich ausgenommen vom Beschäftigtenbegriff nach § 3 Abs. 8 sollen bislang Personen sein, die als allein tätige Selbstständige („Soloselbstständige“) Aufträge von natürlichen oder juristischen Personen, Behörden, Einrichtungen oder anderen Stellen erhalten. Angesichts des Zieles aus Art. 1 der umzusetzen Richtlinie 2019/1937/EU, ein hohes Schutzniveau für hinweisgebende Person sicherzustellen, sollte der Beschäftigtenbegriff entsprechend weiter gefasst und Soloselbstständige ausdrücklich aufgenommen werden.

2 Sachlicher Anwendungsbereich (§ 2, § 5)

Der sachliche Anwendungsbereich und der vorgesehene Katalog der Rechtsbereiche in § 2 Abs. 1 Nr. 3 ist angelehnt an die Vorgaben der WBRL. Begrüßenswert ist, dass der Katalog nicht auf das Unionsrecht beschränkt ist, sondern unterschiedslos für **Rechtsverstöße gegen Unions- und nationales Recht** gelten soll. Jedoch sind in der jetzigen Fassung Verstöße gegen das Unionsrecht nur erfasst, wenn es sich um unmittelbar geltende Rechtsakte handelt. Art. 2 Abs. 2 WBRL umfasst allerdings alle Rechtsakte der Europäischen Union. Unklar ist demnach, ob auch Verstöße gegen Richtlinien vor deren Umsetzung in nationales Recht und nach Ablauf der Umsetzungsfrist in den Anwendungsbereich fallen.

Der sachliche Anwendungsbereich differenziert zwischen strafbewehrt (§ 2 Abs. 1 Nr. 1) und bußgeldbewehrt (§ 2 Abs. 1 Nr. 2). Im Referentenentwurf sind anders als bei Straftaten nur solche Bußgeldtatbestände erfasst, deren Vorschrift dem Schutz von Leben, Leib oder Gesundheit oder dem Schutz der Rechte von Beschäftigten oder ihrer Vertretungsorgane dient.

Der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften begrüßen grundsätzlich, dass der sachliche Anwendungsbereich weiter gefasst ist als derjenige, den die Unionsgesetzgebung in der WBRL vorgegeben hat. Zu begrüßen ist insbesondere, dass in § 2 Abs. 1 Nr. 2 explizit Verstöße gegen **Rechte der Beschäftigten oder ihrer Vertretungsorgane** aufgenommen worden sind. Hiervon sollten jedoch sämtliche Verstöße und nicht nur solche, die bußgeldbewährt sind, umfasst sein. Denn so fallen sie nicht unter den sachlichen Anwendungsbereich. Verstöße gegen **Arbeitnehmer(schutz)rechte**, die ausschließlich **privatrechtlich** geahndet werden (z. B. Geltendmachung der Ansprüche/Unterlassung der Rechtsverletzung/ Schadensersatz). Dazu zählen Verstöße gegen das Urlaubsrecht, gegen das Teilzeit- und Befristungsrecht sowie das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz und die Verletzung der **Mitbestimmungsrechte** sowie die Behinderung von Gewerkschaftsarbeit.

Der Begriff der Vertretungsorgane ist allerdings auslegungsbedürftig und bedarf der klarstellenden Ergänzung, dass auch Gewerkschaften umfasst sind. Nach der Entwurfsbegründung werden darunter Betriebsräte, Gesamtbetriebsräte, Konzernbetriebsräte, Wirtschaftsausschüsse, Bordvertretungen oder Seebetriebsräte, Sprecherausschüsse (§ 36 des Sprecherausschussgesetzes) sowie Interessenvertretungsorgane (z. B. besonderes Verhandlungsgremium) nach dem SE-Beteiligungsgesetz, dem SCE-Beteiligungsgesetz oder dem Europäische Betriebsräte-Gesetz verstanden (§ 61f.). Ohne Klarstellung, welche Vertretungsorgane gemeint sind, kann es zur fehlenden Berücksichtigung der Gewerkschaften und Verstöße gegen die ihnen zugestandene Rechte kommen. Wichtig ist daher, dass auch die **Rechte der Gewerkschaften** in den sachlichen Anwendungsbereich aufgenommen werden.

Kritisch zu sehen ist weiterhin, dass sämtliche Informationen im Bereich der – weit verstandenen – **nationalen Sicherheit** und **Kritischen Infrastruktur** im Sinne der BSI-KritisVO (§ 5 Abs. 1 Nr. 1), der **Nachrichtendienste** oder Behörden, die Aufgaben i.S.d. § 10 Nr. 3 SÜG wahrnehmen (§ 5 Abs. 1 Nr. 2), der **Vergabe/ Konzessionen von Rüstungsaufträgen** (§ 5 Abs. 1 Nr. 3) sowie sämtlicher Verschlussachen (§ 5 Abs. 2 Nr. 1) vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen sind. Diese Ausnahmen sind zu weitgehend und legen in ihrer Unbestimmtheit den Grundstein für die Umgehung des Schutzes von Hinweisgeber*innen.

Der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften fordern daher, dass die Meldung bzw. Durchsetzung **sämtlicher Verstöße gegen Arbeitnehmerschutzrechte und Sozialrecht** schutzauslösend ist. Zudem sind **die Ausnahmen deutlich einzuschränken** (Sicherheit, Rüstung, Verschlussachen). Dieses Vorgehen entspricht auch den Vorstellungen der Unionsgesetzgebung. Die WBRL stellt in Art. 2 Abs. 2 und Erwägungsgrund 5 ausdrücklich klar, dass die Mitgliedstaaten den Anwendungsbereich auf andere Rechtsbereiche ausdehnen können, um auf nationaler Ebene einen umfassenden und kohärenten Rahmen für den Schutz von Hinweisgeber*innen zu schaffen.

3 Verhältnis zwischen Hinweisgeberschutzgesetz und Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen (§ 6)

Der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften begrüßen, dass der Entwurf eine klare Regelung zugunsten des Hinweisgeberschutzes, auch bezogen auf Geschäftsgeheimnisse (§ 6 Abs. 1) und die vertraglichen Verschwiegenheitspflichten (§ 6 Abs. 2), vorsieht. Allerdings steht der Schutz von Hinweisgeber*innen unter der Voraussetzung des „*hinreichenden Grundes zur Annahme, dass die Weitergabe der Information notwendig ist, um einen Verstoß aufzudecken*“ (§ 6 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 1; zu Unklarheiten s. unter 5).

4 Regelung der Meldewege (§§ 6ff.)

Der Hauptteil des Gesetzes im Referentenentwurf besteht aus umfangreichen Vorgaben zur Einrichtung der internen Meldestellen, inkl. Aufgaben, Organisationsformen, Vertraulichkeitspflichten, Datenverarbeitung etc. (§§ 8 – 18), ebenso umfangreich zu den externen Meldestellen (§ 19 – 25) sowie Meldeverfahren (§ 26 – 30).

Wahlrecht (§ 7): Mit dem Referentenentwurf wird ein ausdrückliches und daher begrüßenswertes **Wahlrecht** zwischen dem internen und externen Meldeweg sowie eine Verbotsregelung für die Behinderung der Nutzung der Meldewege (§ 7 Abs. 1 und 2) vorgeschlagen. Ein Vorrang der internen Meldung besteht somit ausdrücklich nicht.

Es besteht die Gefahr, dass die Regelung in § 7 Abs. 1 S. 2 dahingehend **missverstanden** wird, dass für das Anrufen einer externen Meldestelle das Beschreiten des internen Wegs Voraussetzung ist. Die Vorschrift soll ausweislich der Gesetzesbegründung aber lediglich klarstellen, dass hinweisgebenden Personen sich auch dann noch an eine externe Meldestelle wenden können, wenn sie sich zuvor an eine interne Meldestelle gewandt haben. Die gesetzlichen Vorschriften sollten aus sich heraus verständlich sein, ohne dass die Heranziehung der Gesetzesbegründung erforderlich ist. Ausdrücklich ist festzuschreiben, dass Hinweisgeber*innen keine Eskalationsroutinen einhalten müssen, sondern ein voraussetzungsloses Wahlrecht zwischen interner oder externer Meldung besteht.

Eine insoweit unklare Regelung widerspricht dem unionsrechtlichen Prinzip der Gleichwertigkeit der Meldeverfahren nach Art. 6 Abs. 1 lit. b WBRL, der auf Art. 10 WBRL verweist. Darin ist die Meldung über externe Meldekanäle geregelt. Diese Norm lässt den Hinweisgeber*innen explizit die Wahl, ob sie vorher den internen Weg gehen oder sie direkt über externe Kanäle Meldung erstatten. Die Bundesgesetzgebung muss diesbezüglich Klarheit herstellen, indem die Gesetzgebung für beide Verfahren normiert, dass die **Anwendung des einen Verfahrens nicht die nachträgliche Meldung über den jeweils anderen Weg ausschließt**.

Vertraulichkeit (§ 8): Das Vertraulichkeitsgebot in § 8 Abs. 1 Nr. 1 ist dahingehend eingeschränkt, als dass es die Identität der Hinweisgeber*innen nur schützt, *„sofern die gemeldeten Informationen Verstöße betreffen, die in den Anwendungsbereich dieses Gesetzes fallen oder die hinweisgebende Person zum Zeitpunkt der Meldung hinreichenden Grund zu der Annahme hatte, dass dies der Fall sei“*.

Problematisch ist die Generalklausel des **hinreichenden Grundes**. In der Begründung des Entwurfs wird lediglich in der Erläuterung des § 9 Abs. 1 auf § 33 Abs. 1 Nr. 2 verwiesen, der verlangt, dass die hinweisgebende Person zum Zeitpunkt der Meldung einen hinreichenden Grund zu der Annahme hatte, dass die gemeldeten Informationen der Wahrheit entsprachen (S. 81).

Im Weiteren verweist die Begründung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit, sodass davon auszugehen ist, dass sich ein hinreichender Grund nach § 8 und grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz nach § 9 ausschließen. Jedoch hinterlässt auch die Ausnahme vom Vertraulichkeitsgebot nach § 9 Abs. 1 einen Auslegungsspielraum, der den Schutz der Hinweisgeber*innen unterläuft.

Lediglich in der Rechtsprechung des EGMR finden sich Anhaltspunkte dafür, wann von einer groben Fahrlässigkeit der Beschäftigten auszugehen ist. Der Gerichtshof hat in seinem Urteil zu einem hinweisgebenden Arzt die Pflicht des Arbeitnehmers zur sorgsamem Überprüfung, dass die Information verlässlich den Tatsachen entspricht, aufgestellt: *„However, in these circumstances the person concerned must have complied with the duty to carefully verify, to the extent permitted by the circumstances, that the information is accurate and reliable.“* (EGMR 16.02.2021 - 23922/19, Rn. 75).

Ausnahmen vom Vertraulichkeitsgebot (§ 9): Auch wenn die Gesetzgebung mit § 9 Abs. 2 S. 3 die Vorgaben von Art. 16 Abs. 3 WBRL umgesetzt hat, erscheint diese Vorschrift wenig praktikabel. Zu befürchten ist ein Pingpong zwischen Strafverfolgungsbehörde und Meldestelle zu Lasten der Beschäftigten.

Ebenfalls problematisch ist Abs. 3 der geplanten Regelung, wonach Informationen über die Identität der hinweisgebenden Personen oder über sonstige Umstände, die Rückschlüsse auf die Identität dieser Person erlauben, weitergegeben werden, wenn die Weitergabe für Folgemaßnahmen erforderlich ist. Deutlich zu kritisieren ist die Unklarheit, wann die Weitergabe für Folgemaßnahmen tatsächlich erforderlich ist und wie dies konkret nachzuweisen ist, um Missbrauch zu verhindern. Sinnvoll könnte ein



Hinweis sein, wonach der Schutz der Beschäftigten bei dieser Abwägung im Vergleich zur Durchführung der Folgemaßnahmen ein besonderes Gewicht zukommt.

Interne Meldestellen (§§ 12-18): Meldestellen sind auf Ebene des „Beschäftigungsgebers“ einzurichten, öffentliche Stellen können auch „Organisationseinheiten“ in Form von einzelnen oder mehreren Behörden, Verwaltungsstellen, Betrieben oder Gerichten einrichten. Der Schwellenwert von 50 Beschäftigten in § 12 Abs. 2 geht jedoch über die WBRL hinaus, welche in Art. 8 Abs. 3 eine Einschränkung lediglich für juristische Personen des privaten Sektors vorsieht. Für juristische Personen des öffentlichen Sektors gilt die Pflicht zur Einrichtung einer internen Meldestelle gemäß Art. 8 Abs. 9 UAbs. 1 der WBRL grundsätzlich uneingeschränkt. Ausnahmen kommen gemäß Art. 8 Abs. 9 UAbs. 2 WBRL lediglich für Gemeinden mit weniger als 10.000 Einwohnern oder weniger als 50 Arbeitnehmern oder sonstige juristische Personen des öffentlichen Rechts mit weniger als 50 Arbeitnehmern vorgesehen werden. Die Möglichkeit der Eingrenzung auch für einzelne Organisationseinheiten oder Dienststellen einer juristischen Person des öffentlichen Rechts ist in der Richtlinie nicht vorgesehen. Hier sollte klargestellt werden, dass sich der Schwellenwert von 50 Beschäftigten auf die gesamte juristische Person des öffentlichen Rechts beziehen muss.

Die Meldestellen haben den Beschäftigten klare und leicht zugängliche Informationen (§ 13 Abs. 2) zu den Meldeverfahren zur Verfügung zu stellen. Hier sollte klarstellend geregelt werden, dass im Sinne der Inklusion auch eine Veröffentlichung in **einfacher Sprache** erfolgt. In Betrieben, in denen Menschen tätig sind, die der deutschen Sprache nur rudimentär mächtig sind, ist aus Sicht des DGB und seiner Mitgliedsgewerkschaften sicherzustellen, dass sie diese Informationen in ihrer **Erstsprache** erhalten.

Gemäß den Vorgaben der WBRL regelt der Gesetzentwurf, dass die Meldestelle unabhängig (§ 15 Abs. 1) ist, ohne jedoch zu regeln, wie diese Unabhängigkeit konkret sichergestellt werden soll. Hier empfiehlt sich, den mit dieser Aufgabe betrauten Personen einen **Sonderkündigungsschutz** ähnlich wie beim Datenschutzbeauftragten zuzusprechen. Interne Meldestellen können nur dann effektiv funktionieren, wenn Beschäftigte diese nutzen. Dies werden sie aber nur tun, wenn sie von deren Unabhängigkeit überzeugt sind. Dies gelingt nur, wenn die Gesetzgebung die Unabhängigkeit mit effektiven Mitteln gewährleistet. Auch die **Beteiligung der Arbeitnehmer*innenvertretungen** bei der Einrichtung der Meldestelle ist nicht klargestellt. Grundsätzlich sind diese bei der Einrichtung der Meldestellen im Rahmen ihrer Mitbestimmungsrechte zu beteiligen. In Anbetracht der detaillierten Vorgaben, sollte klarstellend im Gesetz oder der Gesetzesbegründung aufgenommen werden, dass den Arbeitnehmer*innenvertretungen ein Initiativrecht zusteht und die Ausgestaltung der internen Meldestellen mitbestimmungspflichtig ist.

Zu kritisieren ist, dass eine **Schulungsnotwendigkeit** nicht vorgesehen ist. Einzufügen ist daher folgender Satz: „Beschäftigungsgeber tragen dafür Sorge, dass die mit den Aufgaben einer internen Meldestelle beauftragten Personen regelmäßig für die Aufgaben geschult werden“. Die jetzige Regelung, die auf die erforderliche Fachkunde (§ 15 Abs. 2) abstellt, lässt offen, wie diese zu gewährleisten ist. Der Aspekt der Schulung darf dabei nicht unberücksichtigt bleiben. Nicht konsistent ist zudem, dass bei den externen Meldestellen ein entsprechender Passus besteht (§ 25 Abs. 2). Zur Sicherstellung der Effektivität interner Meldestellen ist neben der Schulungsnotwendigkeit zudem die Verantwortlichkeit des Beschäftigungsgebers zu betonen. Wir regen an in § 16 aufzunehmen: „Der Beschäftigungsgeber hat die Wirksamkeit der internen Meldestellen im Rahmen von § 91 Abs. 2, 3 AktG zu überwachen.“



Externe Meldestelle (§§ 19-29): Zuständig als externe Meldestelle ist nach dem vorliegenden Referentenentwurf das **Bundesamt für Justiz**. Entscheidendes Kriterium muss sein, dass die zuständige Behörde ihre Aufgaben effektiv und mit Sachnähe erledigt. Die WBRL sieht vor, dass die Behörden mit angemessenen Ressourcen ausgestattet sind (Art. 11 Abs. 1) und die Mitarbeiter*innen hinreichend geschult sind (Art. 12 Abs. 5). Dies dürfte z. B. beim Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit eher gewährleistet sein.

Hinsichtlich des Verfahrens bei externen Meldestellen (§ 28) besteht **kein Gleichlauf** mit dem Verfahren bei internen Meldestellen, was zu kritisieren ist. So fehlt in Abs. 1 der Passus, nach dem die Stelle mit der hinweisgebenden Person Kontakt hält und erforderlichenfalls um weitere Informationen ersucht.

In Abs. 4 arbeitet der Entwurf mit einer Vielzahl unbestimmter Rechtsbegriffe: Die hinweisgebende Person erhält auf ihre Meldung hin innerhalb einer „*angemessenen Zeit*“ eine Rückmeldung. Diese erfolgt spätestens nach drei Monaten. In Fällen, in denen die Bearbeitung „*umfangreich*“ ist, beträgt diese Frist sechs Monate. Gleiches gilt für Abs. 5: „*besonderer Schwere*“. Dies entspricht zwar dem Wortlaut der WBRL (Art. 11 Abs. 1 d.), führt in der Praxis allerdings zu Auslegungsschwierigkeiten und unterschiedlicher Handhabung.

Zudem sind die genannten Rückmeldungszeiträume von drei bzw. sechs Monaten für Hinweisgeber*innen unzumutbar lang. Die WBRL lässt diese Zeiträume zwar zu (Art. 11 Abs. 1 d.), dies schließt aber eine günstigere Regelung der nationalen Gesetzgebung nicht aus, da günstigere Regelungen für Hinweisgeber*innen möglich sind (Art. 25 Abs. 1). Auch hier muss dringend nachgebessert werden.

Nach § 25 Abs. 2 werden die für die Bearbeitung von Meldungen die zuständigen Personen regelmäßig für diese Aufgabe **geschult**, während bei internen Stellen auf die „Fachkunde“ abgestellt wird (§ 15 Abs. 2). Ein sachlicher Grund für eine solche Differenzierung ist nicht ersichtlich.

Zusammenarbeit mit anderen Stellen (§ 30): Danach arbeiten die externen Meldestellen zur Durchführung dieses Gesetzes zusammen und unterstützen sich gegenseitig. Ein über eine allgemeine Erklärung hinaus gehender Regelungswert ist nicht erkennbar.

Abschluss des Verfahrens (§ 31): Wie in § 28 arbeitet der Referentenentwurf auch hier ausschließlich mit unbestimmten Rechtsbegriffen („*angemessene Zeit*“, „*unverzüglich*“, „*geringfügig*“). Auch hier ist eine Rechtsunsicherheit zu befürchten, die zu Lasten der hinweisgebenden Personen geht.

5 Regelungsbedürftig: „*hinreichender Grund zur Annahme*“

Der Referentenentwurf knüpft an mehreren Stellen den Schutz der Hinweisgeber*innen an die Voraussetzung eines „**hinreichenden Grundes zur Annahme**“ (dass die Meldung zur Aufdeckung eines Verstoßes führt, dass der Verstoß im Anwendungsbereich des Gesetzes liegt, vgl. § 6 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 1; § 8 Abs. 1 Nr. 1; § 28 Abs. 1 S. 2; § 32 Abs. 1 Nr. 2; § 33 Abs. 1 Nr. 2 und 3; § 34 Abs. 1 Nr. 1 und 2; sowie § 35 Abs. 2) an. Wann ein „hinreichender Grund zur Annahme“ vorliegt, wird aber nicht gesetzlich definiert.

In der Begründung zu § 9 Abs. 1 (S. 81) finden sich dazu folgende Hinweise: „*Damit wird gewährleistet, dass wissentlich oder grob fahrlässig falsche Informationen meldende Personen keinen Schutz ihrer Identität erhalten, und falschen Verdächtigungen vorgebeugt. Umgekehrt gilt der Schutz der Vertraulichkeit der Identität auch dann, wenn hinweisgebende Personen fahrlässig eine Meldung von falschen Informationen über Verstöße erstatten, [...]*“



Ergiebig ist hier die Begründung zu § 33, S. 100: „Es soll auch die hinweisgebende Person geschützt werden, der bei der Bewertung des Sachverhalts Fehler unterlaufen sind und die in gutem Glauben ungenaue oder unzutreffende Informationen gemeldet hat. Nicht geschützt werden dahingegen Personen, die missbräuchlich oder böswillig unrichtige Informationen melden.

Maßgeblich ist, wie dies auch in Erwägungsgrund 32 der HinSch-RL ausgeführt wird, eine Ex-ante-Sicht. In objektiver Hinsicht verlangt ein hinreichender Grund zur Annahme eines Verstoßes, dass tatsächliche Anknüpfungspunkte für diesen vorliegen. Nicht erfasst sind damit Spekulationen.

In Umsetzung der HinSch-RL sind an die Sorgfalt der hinweisgebenden Person in Bezug auf die Überprüfung des Wahrheitsgehalts einer Meldung keine überhöhten Anforderungen zu stellen. Allerdings darf die Meldung oder Offenlegung nicht leichtfertig ohne ein Bemühen um Verifizierung erfolgen, sofern dieses Bemühen zumutbar ist. Das Bemühen um Verifizierung ist nicht zumutbar, wenn die hinweisgebende Person fürchtet, dadurch entdeckt zu werden und sich somit bereits vor einer Meldung oder Offenlegung der Gefahr drohender Repressalien auszusetzen. Abzustellen ist darauf, ob ein objektiver Dritter von der Wahrheit der Information ausgegangen wäre.

Die subjektiven Beweggründe der hinweisgebenden Person für die Meldung spielen keine Rolle.“

Der Entwurf legt mit dem Ausschluss von Spekulationen eine hinreichend niedrige Messlatte an, verankert sie jedoch nicht im Gesetz, sondern überlässt Rechtsanwender*innen und Hinweisgeber*innen einem unbestimmten Rechtsbegriff, dessen Voraussetzungen sie im Zweifel darlegen und beweisen müssen. Der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften kritisieren diese mangelnde Regelungsbereitschaft.

Es bedarf an den o. g. Stellen Klarstellungen, dass ein solcher Grund zur Annahme nicht vorliegt, wenn die meldende Person **wissentlich oder grob fahrlässig falsche Informationen liefert**. Auch ist über eine Beweiserleichterung für die hinweisgebende Person beispielsweise im Sinne einer Glaubhaftmachung des hinreichenden Grundes nachzudenken.

6 Schutzmaßnahmen

Die Regelungen zu den Schutzmaßnahmen sind unvollständig und unpräzise. Der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften kritisieren, dass der Wortlaut hinter den Vorgaben der umzusetzenden WBRL zurückfällt und fordern die Benennung konkreter Schutzmaßnahmen zur Ausgestaltung des Maßregelungsverbot in § 36.

Maßregelungsverbot (§ 36 Abs. 1): Während die WBRL in Art. 19 Nr. a-o insgesamt 32 Arten von Repressalien aufführt, belässt es der Referentenentwurf bei der allgemeinen Aussage, dass Repressalien untersagt sind (§ 36 Abs. 1). Die konkreten untersagten Maßnahmen werden nur in der Begründung aufgeführt (S. 103). Zumindest der Wortlaut der WBRL muss aber im Gesetzestext wiedergegeben werden.

Bisher keine unterstützenden Maßnahmen: Die WBRL verpflichtet die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass Hinweisgeber*innen Zugang zu unterstützenden Maßnahmen haben und nennt einige hiervon beispielhaft, etwa Beratung und Information. Dies findet sich im Referentenentwurf jedoch nicht wieder. Der Entwurf verstößt damit nicht nur gegen die Richtlinie, sondern er verhindert zugleich einen effektiven Hinweisgeber*innenschutz. Denn die genannten Unterstützungsmaßnahmen sind erforderlich, damit der Schutz effektiv und umfassend gewährleistet ist.



Beweislastumkehr (§ 36 Abs. 2): Die in Art. 21 Abs. 5 WBRL festgelegte Beweislastumkehr wird im Referentenentwurf lediglich allgemein wiedergegeben (§ 36 Abs. 2). Bereits in ihrem **Positionspapier** vom 7. Dezember 2020 haben der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften gefordert, die Vorgabe der Richtlinie durch eine **klare Beweislastregelung** ins deutsche Recht umzusetzen. Sofern Hinweisgeber*innen gegen die als Maßregelung empfundene Maßnahme (Kündigung, Versetzung, Degradierung etc.) vorgehen, indem sie den eigenen Status als geschützte Person (bspw. Arbeitnehmereigenschaft), die Abgabe eines Hinweises oder die Offenlegung oder die Wahrnehmung eines Rechts, das einen Bezug zum Betroffenen hat und die Maßnahme, die als Maßregelung in Betracht kommt, darlegen und ggf. beweisen, hat der Beschäftigungsgeber darzulegen und zu beweisen, dass für die streitige Maßnahme ein rechtmäßiger anderer Beweggrund tragend ist, als die Meldung oder die Offenlegung oder die sonstige Rechtswahrnehmung.

Diese Formulierung würde zugleich einen Umsetzungsfehler tilgen: Denn nach § 35 Abs. 2 S. 2 kann sich die Person, die die hinweisgebende Person benachteiligt hat, entlasten, wenn sie beweist, dass die Benachteiligung auf hinreichend gerechtfertigten Gründen basierte **oder dass sie nicht auf der Meldung oder Offenlegung beruht**. Die WBRL kennt diese zweite Exkulpationsmöglichkeit nicht, sondern setzt stets das Vorliegen eines „gerechtfertigten Grundes“ voraus. Die Regelung in § 35 Abs. 2 S. 2 würde zulassen, dass auch ohne Vorliegen eines solchen Grundes eine Benachteiligung gerechtfertigt sein könnte. Da die WBRL Abweichungen nur zu Gunsten der Hinweisgeber*innen zulässt, ist eine solche Ausdehnung unzulässig. Den Vorgaben wäre dann Rechnung getragen, wenn die Regelung des § 35 Abs. 2 S. 2 dahingehend geändert wird, dass der Beschäftigungsgeber sich damit entlasten kann, dass er beweist, dass die Maßnahme auf einem hinreichend gerechtfertigten Grund basiert **und**, dass sie nicht auf der Meldung und Offenlegung beruht.

Zudem ist der Wortlaut missverständlich: Die Regelung spricht von einer Benachteiligung, die die hinweisgebende Person erfahren haben muss. Eine Benachteiligung impliziert aber bereits eine ungerechtfertigte Maßnahme. Eine „Benachteiligung, die auf hinreichend gerechtfertigten Gründen basiert“ (so der Wortlaut des Entwurfs) ist semantisch widersprüchlich.

Bisher kein weiterer Schutz vor Repressalien: Die Beweislastumkehr reicht jedoch nicht aus, um einen effektiven Schutz vor Repressalien sicherzustellen, wie es Art. 21 WBRL fordert. Der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften haben deshalb in dem Positionspapier eine Reihe weitergehender Schutzmaßnahmen gefordert, die im Rahmen dieses Entwurfs zur Konkretisierung des Maßregelverbotes in § 36 Abs. 1 umzusetzen sind:

- Für den Fall, dass die potenziell maßregelnde Maßnahme eine Kündigung darstellt, ist ein spezieller **Kündigungsschutztatbestand** unabhängig vom Vorliegen der Voraussetzungen des KSchG zu normieren. Der Beschäftigungsgeber hat darzulegen und zu beweisen, dass tragend für die Kündigung ein rechtmäßiger anderer Beweggrund ist.
- Die Möglichkeit zur Stellung eines **Auflösungsantrags** nach § 9 KSchG ist für den Kündigenden auszuschließen.
- Auszubauen ist das Recht auf **Weiterbeschäftigung** im Kündigungsschutzprozess. Zu regeln ist ein Anspruch auf Weiterbeschäftigung nach Ablauf der Kündigungsfrist bzw. Zugang einer fristlosen Kündigung. Für die Zeit der Weiterbeschäftigung gilt das Arbeitsverhältnis als fortbestehend.
- Für die Durchsetzung des Anspruchs im Wege **einstweiligen Rechtsschutzes** wird der Verfügungsgrund unwiderleglich vermutet.
- Es ist ein verschuldensunabhängiger **Schadensersatzanspruch** zu schaffen, der auch immaterielle Schäden erfasst. Dabei ist klarzustellen, dass – in Abweichung von § 12a ArbGG – auch die Kosten der Rechtsvertretung Teil des ersatzfähigen Schadens sind.

Schadensersatz (§ 37 Abs. 2): Die Pflicht der Mitgliedstaaten nach Art. 21 Abs. 8 WBRL, die erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um eine **vollständige Wiedergutmachung** des erlittenen Schadens sicherzustellen, ist aus Sicht des DGB und seiner Mitgliedsgewerkschaften ebenfalls nur unzureichend umgesetzt. Denn nach § 37 Abs. 2 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 begründen*“. Die WBRL fordert aber eine vollständige Wiedergutmachung und lässt somit keinen Raum für Ausnahmen. Die **Versagung der Beförderung** ist in der Richtlinie sogar explizit als Repressalie aufgelistet (Art. 19 lit. b).

Bisher kein Schutz betroffener Personen: Nach Art. 22 WBRL haben die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass betroffene Personen ihr Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und auf ein faires Gerichtsverfahren und die Wahrung der Unschuldsvermutung sowie ihre Verteidigungsrechte, einschließlich des Rechts auf Anhörung und des Rechts auf Einsicht in ihre Akte, in vollem Umfang ausüben können. Diese Regelung findet sich im vorliegenden Referentenentwurf nicht wieder.

Sanktionen von Repressalien (§ 40): Die in Art. 23 Abs. 1 WBRL geforderten abschreckenden Sanktionen regelt der Referentenentwurf in der Bußgeldvorschrift des § 40. Allerdings findet sich Art. 23 Abs. 1 lit c WBRL („*mutwillige Gerichtsverfahren gegen die in Artikel 4 genannten Personen anstrengen*“) nicht im Gesetzestext wieder. Dieser ist aufzunehmen.

Erfreulich ist aus Sicht des DGB und seiner Mitgliedsgewerkschaften dagegen, dass über den Wortlaut der WBRL hinaus auch der **Versuch, Repressalien** zu ergreifen, nach § 40 Abs. 4 bußgeldbewährt ist. Jedoch sollte die **Androhung** von Repressalien ebenfalls in die Regelung aufgenommen werden. In § 40 Abs. 2 Nr. 3 muss es daher heißen: „ergreift oder androht“.

Die Vorschrift des § 40 Abs. 2 Nr. 2 („*entgegen § 12 Absatz 1 Satz 1 nicht dafür sorgt, dass eine interne Meldestelle eingerichtet ist und betrieben wird*“) geht ebenfalls über die WBRL hinaus. Aufgenommen werden sollte jedoch ein Ordnungswidrigkeitstatbestand bei **fehlenden Folgemaßnahmen** von externen Meldestellen.

Sanktionen gegen Falschmeldung (§ 40 Abs. 1): Bußgeldbewährt ist auch der Verstoß von Hinweisgeber*innen, die wissentlich falsche Informationen gemeldet oder offengelegt haben gemäß § 40 Abs. 1. Dabei lässt die Tatsache, dass der Gesetzentwurf diesen Tatbestand entgegen der Reihenfolge in Art. 23 Abs. 2 WBRL noch vor die Bußgeldtatbestände gegen Repressionen der Beschäftigungsgeber gezogen hat, bedenkliche Rückschlüsse auf die **Priorisierung** zu. Obgleich es außer Frage steht, dass es einer solchen Regelung bedarf, ist es doch fragwürdig, dass der Gesetzentwurf in Bezug auf Sanktionen zuerst die Hinweisgeber*innen und erst dann die Repressionen, denen sie ausgesetzt sind, in den Blick nimmt.

Dieser Befund erhärtet sich bei der Feststellung, dass der Anspruch auf **Schadensersatz** für Falschmeldungen – in der Richtlinie Art. 21 Abs. 2 S. 2 – dem Gesetzgeber eine eigene Vorschrift wert war (§ 38). Anders als beim Schadensersatz nach § 37 gibt es hier allerdings keine Haftungsbeschränkung.