

## zum Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums zur Umsetzung der Hinweisgeberschutz-Richtlinie

Seite 1|5

### 1. Ausgangslage

Mit der [Richtlinie \(EU\) 2019/1937](#) (sog. HinSch-RL) vom 23. Oktober 2019 möchte die EU-Kommission die Durchsetzung des Unionsrechts stärken. Daneben hat die Richtlinie das Ziel, Hinweisgeber zu schützen und ihnen die Angst vor Repressalien zu nehmen. Die Richtlinie war nach Art. 26 Abs. 1 der HinSch-RL bis zum 17. Dezember 2021 umzusetzen. Das Bundesjustizministerium (BMJ) hat nun im April 2022 einen Referentenentwurf zur Umsetzung vorgelegt. Dieser Referentenentwurf ist Gegenstand der vorliegenden Stellungnahme.

### 2. Bewertung des Bitkom

Der Bitkom begrüßt ausdrücklich den Ansatz im Referentenentwurf, dass die interne Meldestelle für mehrere selbständige Unternehmen eines Konzerns bei einer Konzerngesellschaft eingerichtet werden kann – wie etwa bei der Muttergesellschaft. Auch wenn die Unternehmen des Konzerns weiter dafür verantwortlich sind, einen festgestellten Verstoß zu beheben und weiterzuverfolgen, sind wir überzeugt, dass Meldungen z.B. an die Konzernmutter ein effektives Mittel sind, um die gemeldeten Rechtsverstöße zu beseitigen.

Wir unterstützen das Anliegen des BMJ, durch den weiten sachlichen Anwendungsbereich für Rechtsklarheit zu sorgen und Wertungswidersprüche zu vermeiden. Jedoch gehen wir davon aus, dass der Referentenentwurf dieses Ziel noch nicht vollständig erreicht.

Außerdem regen wir einen stärkeren Gleichlauf mit datenschutzrechtlichen Vorschriften an.

#### 2.1 Zu § 3 Abs. 2 Nr. 2 HinSchG-E:

§ 3 Abs. 2 HinSchG-E definiert Verstöße im Sinne des § 2 HinSchG-E. Neben rechtswidrigen Verstößen sollen auch missbräuchliche Handlungen oder ein Unterlassen im Rahmen einer beruflichen, unternehmerischen oder dienstlichen Tätigkeit erfasst sein, die gemäß § 3 Abs. 2 Nr. 2 HinSchG-E dem Ziel oder dem Zweck der Regelungen in den jeweiligen Vorschriften oder Rechtsgebieten zuwiderlaufen.

Diese Begriffsbestimmung führt zu erheblicher Rechtsunsicherheit. Aus dem Referentenentwurf geht nicht hervor, wie das Ziel oder der Zweck der jeweiligen Regelung bestimmt werden soll. Diesbezüglich wünschen wir uns eine nähere Konkretisierung, entweder im Gesetz selbst oder in der Gesetzesbegründung.

Berlin,  
11. Mai 2022

Bitkom e.V.

[Charleen Roloff](#)  
Referentin Legal Tech  
und Recht

T +49 30 27576-199  
c.roloff@bitkom.org

Albrechtstraße 10  
10117 Berlin

Präsident  
Achim Berg

Hauptgeschäftsführer  
Dr. Bernhard Rohleder

Außerdem ist es nicht eindeutig, ob Verstöße im Sinne von § 2 HinSchG-E stets nur dann vorliegen, wenn eine ernsthafte Schädigung des öffentlichen Interesses möglich ist. In der Begründung des § 3 Abs. 2 Nr. 2 HinSchG-E (S. 69 RefE) wird auf Erwägungsgrund 42 der HinSch-RL referenziert. Danach müssen missbräuchliche Praktiken erfasst sein, um „eine ernsthafte Schädigung des öffentlichen Interesses wirksam aufdecken und verhindern zu können“. Es ist jedoch nach dem Wortlaut des Referentenentwurfs nicht eindeutig, ob sich der sachliche Anwendungsbereich nach § 2 HinSchG-E allein auf Fälle beschränkt, in denen eine ernsthafte Schädigung des öffentlichen Interesses besteht oder droht.

## 2.2 Zu § 3 Abs. 8 HinSchG-E

§ 3 Abs. 8 HinSchG-E definiert den Begriff der Beschäftigten. Der Wortlaut dieser Definition ist nicht identisch mit § 26 Abs. 8 BDSG. Hier würden wir einen gleichlautenden Wortlaut oder aber eine gesetzliche Verweisung begrüßen, um Fehlinterpretationen zu vermeiden.

## 2.3 Zu § 10 HinSchG-E

Gemäß § 10 HinSchG-E sind die Meldestellen befugt, personenbezogene Daten zu verarbeiten, soweit dies zur Erfüllung ihrer in den §§ 13 und 24 bezeichneten Aufgaben erforderlich ist.

Es ist nicht ersichtlich, wieso die in § 11 HinSchG-E enthaltenen Dokumentationspflichten nicht in § 10 HinSchG-E erwähnt werden. Um die Dokumentationspflichten aus § 11 HinSchG-E zu erfüllen, müssen ebenfalls personenbezogene Daten verarbeitet werden. Daher sollte in § 10 HinSchG-E auch auf § 11 HinSchG-E verwiesen werden.

## 2.4 Zu § 11 Abs. 5 HinSchG-E

Gemäß § 11 Abs. 5 HinSchG-E müssen die dokumentierten Meldungen zwei Jahre nach Abschluss des Verfahrens gelöscht werden.

Wir bezweifeln, dass diese starre Zweijahresfrist mit anderen Rechtsvorschriften vereinbar ist.

Nach Art. 17 HinSch-RL muss die nach dieser Richtlinie vorgenommene Verarbeitung personenbezogener Daten im Einklang mit der DS-GVO erfolgen. In der DS-GVO ist keine starre Frist von zwei Jahren geregelt, vielmehr müssen nach Art. 17 Abs. 1 lit. a DS-GVO die personenbezogenen Daten gelöscht werden, wenn die Daten für die Zwecke, für die sie erhoben oder auf sonstige Weise verarbeitet wurden, nicht mehr notwendig sind. Das HinSchG sollte daher keine Löschpflicht regeln, die Bestimmungen der DS-GVO berührt. Allenfalls könnte wie in Art. 17 HinSch-RL ein klarstellender Hinweis erfolgen, dass für die Verarbeitung personenbezogener Daten – und damit auch für die Löschung der Dokumentation – die Regelungen der DS-GVO gelten.

Außerdem steht die Frist aus § 11 Abs. 5 HinSchG-E im Widerspruch zur allgemeinen Verjährungsfrist. Diese beträgt, nachdem der Anspruch entstanden ist, gemäß §§ 195, 199 Abs. 1 BGB drei Jahre ab Kenntnis der anspruchsbegründenden Tatsachen. Wenn die Unternehmen allerdings verpflichtet sind, zwei Jahre nach Abschluss des Verfahrens die nach § 8 HinSchG-E erfolgte Dokumentation zu löschen, können diese ihre Ansprüche auch nicht mehr beweisen bzw. die gegen sie geltend gemachten Ansprüche nicht widerlegen. Eine Regelung zu Löschpflichten sollte daher auf die im deutschen Recht bekannten Verjährungsfristen abgestimmt sein.

Schließlich ist zu beachten, dass auch Leiterinnen oder Leiter einer Complianceabteilung und Rechtsbeauftragte, und damit in der Regel Syndikusrechtsanwälte, sowie Rechtsanwaltskanzleien als interne Meldestelle fungieren können (vgl. S. 85 f. Referentenentwurfs). Rechtsanwälte sind gemäß § 50 Abs. 1 BRAO dazu verpflichtet, Handakten für sechs Jahre aufzubewahren. Die in § 11 Abs. 5 HinSchG-E vorgeschlagene Löschpflicht steht daher ebenfalls im Konflikt mit der Pflicht aus § 50 Abs. 1 BRAO.

## 2.5 Zu § 14 Abs. 1 HinSchG-E

Gemäß § 14 Abs. 1 HinSchG-E kann ein Dritter mit den Aufgaben einer internen Meldestelle betraut werden. Wir begrüßen es, dass nach S.86 des Referentenentwurfs dieser „Dritte“ für mehrere selbständige Unternehmen eines Konzerns bei einer Konzerngesellschaft eingerichtet werden kann – wie etwa bei der Muttergesellschaft. Wir sind überzeugt, dass Meldungen z.B. an die Konzernmutter ein effektives Mittel sind, um die gemeldeten Rechtsverstöße effektiv zu beseitigen.

## 2.6 Befugnis zur Regelung von Ausnahmen für Rechte und Pflichten aus DS-GVO

Durch die Regelungen in §§ 8, 9 HinSchG-E wird die Identität gutgläubiger Hinweisgeber geschützt. Wir begrüßen dies, da Hinweisgeber sich nur trauen, Meldungen abzugeben, wenn ihre Identität vertraulich behandelt wird. Aus der Entwurfsbegründung folgt, dass durch die Vertraulichkeit nach § 8 HinSchG-E Auskunftsansprüche aus der DS-GVO eingeschränkt werden: „Soweit Informationen dem Vertraulichkeitsgebot unterliegen, sind diese nach § 29 Absatz 1 BDSG grundsätzlich geheim zu halten.“ (S. 80 der Entwurfsbegründung). Damit wird sehr weitgehenden Auskunftsansprüchen zulasten der Hinweisgeber aus Art. 15 DS-GVO (vgl. dazu BGH, 22.02.2022 - VI ZR 14/21) vorgebeugt.

Der nationale Gesetzgeber sollte zusätzlich von der Möglichkeit aus Art. 23 Abs. 1 lit. e, i DS-GVO Gebrauch machen, Ausnahmen von den Betroffenenrechten zu implementieren.

Nach Art. 23 DS-GVO ist es in den dort genannten Fällen möglich, durch Gesetz Ausnahmen von den Pflichten und Rechten gemäß den Artikeln 12 bis 22 und Artikel 34 vorzusehen.

Folgemaßnahmen, die sich den Meldungen über Verstöße anschließen, dienen einem wichtigen Ziel des allgemeinen öffentlichen Interesses der Union und der Mitgliedstaaten im

Sinne von Art. 23 Abs. 1 lit. e DS-GVO (vergleiche Erwägungsgrund 84 Satz 1 HinSch-RL). Zudem ist der wirksame Schutz der Vertraulichkeit der Identität der Hinweisgeber für den Schutz der Rechte und Freiheiten anderer Personen, insbesondere der Hinweisgeber, gemäß Art. 23 Abs. 1 lit. i DS-GVO notwendig (Erwägungsgrund 84 Satz 2 HinSch-RL).

Der unionale Gesetzgeber erteilt den nationalen Gesetzgebern deshalb in Erwägungsgrund 84 Satz 3 HinSch-RL einen ausdrücklichen Auftrag zur Regelung von Ausnahmen der Datenschutzrechte betroffener Personen:

*„Die Mitgliedstaaten sollten die Wirksamkeit dieser Richtlinie gewährleisten, indem sie unter anderem erforderlichenfalls die Ausübung bestimmter Datenschutzrechte betroffener Personen gemäß Artikel 23 Absatz 1 Buchstaben e und i und Artikel 23 Absatz 2 der Verordnung (EU) 2016/679 durch gesetzgeberische Maßnahmen einschränken, soweit und solange dies notwendig ist, um Versuche, Meldungen zu behindern, Folgemaßnahmen — insbesondere Untersuchungen — zu verhindern, zu unterlaufen oder zu verschleppen oder Versuche, die Identität der Hinweisgeber festzustellen, zu verhüten und zu unterbinden.“*

Der Referentenentwurf enthält allerdings bislang noch keine Einschränkungen, die sich unmittelbar auf Datenschutzrechte im Kontext von Whistleblowing und Pflichten von Unternehmen unter der DS-GVO beziehen. In der Entwurfsbegründung wird darauf verwiesen, dass das BDSG schon die notwendigen Ausnahmetatbestände vorsieht (vgl. S. 80 des Referentenentwurfs). Danach lasse sich über § 29 Abs. 1 BDSG der erforderliche Gleichlauf zwischen dem Vertraulichkeitsschutz und datenschutzrechtlichen Informationspflichten und Auskunftsrechten herstellen.

Das BDSG kennt jedoch nur allgemeine Ausnahmetatbestände und keine solchen, die speziell für den Anwendungsbereich des HinSchG-E gelten sollen. Es hätte viele Vorteile für die Rechtssicherheit, wenn es spezielle Regelungen für Ausnahmen im Kontext von Hinweisgebern oder zumindest Verweise gäbe. Ferner enthält § 29 BDSG auch keine Ausnahmen für alle relevanten Betroffenenrechte, sondern nur zu Art. 14 DSGVO, Art. 15 DSGVO und Art. 34 DSGVO. Für die ebenso praxisrelevanten Rechte aus Art. 13 DSGVO und Art. 16-21 DSGVO gibt es keinen Hinweis darauf, dass der Gesetzgeber Beschränkungen vorgesehen hat oder diese für erforderlich hält.

## 2.7 Datenschutz-Folgenabschätzung

In der [Orientierungshilfe der DSK](#) zu Whistleblowing-Hotlines gehen die staatlichen Datenschutzaufsichtsbehörden davon aus, dass die Durchführung einer Datenschutz-Folgenabschätzung erforderlich ist (vgl. Ziffer E10 der Orientierungshilfe).

Wir regen dringend an, dass die Datenschutz-Folgenabschätzung bereits im Gesetzgebungsverfahren durchgeführt wird. Gemäß Art. 35 Abs. 10 DS-GVO ist es möglich, dass eine Datenschutz-Folgenabschätzung bereits im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens erfolgt. Dann müssen die Verantwortlichen selbst keine Datenschutz-Folgenabschätzung nach Art. 35 Abs. 1 – 7 DS-GVO durchführen. Diese Möglichkeit wurde in Deutschland beispielsweise bereits beim „Patienten-Datenschutzgesetz“ genutzt, vgl. § 307 Abs. 1 Satz 3 SGB V. Ein vergleichbares Vorgehen in

diesem Fall würde sämtliche öffentlichen und nicht-öffentlichen Einrichtungen, die Hinweisgebersysteme einsetzen, wesentlich von Bürokratieaufgaben entlasten, ohne dass dadurch ein Risiko für die Rechte und die Freiheiten der betroffenen Personen entstünde. Der Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft wird nach dem Referentenentwurf bereits mit jährlich 200,9 Millionen Euro geschätzt. Es sollte vermieden werden, dass der Erfüllungsaufwand noch weiter ansteigt. Die Datenschutz-Folgenabschätzung im Gesetzgebungsverfahren durchzuführen, würde einem weiteren Anstieg des Erfüllungsaufwands entgegenwirken.

Bitkom vertritt mehr als 2.700 Unternehmen der digitalen Wirtschaft, davon gut 2.000 Direktmitglieder. Sie erzielen allein mit IT- und Telekommunikationsleistungen jährlich Umsätze von 190 Milliarden Euro, darunter Exporte in Höhe von 50 Milliarden Euro. Die Bitkom-Mitglieder beschäftigen in Deutschland mehr als 2 Millionen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter. Zu den Mitgliedern zählen mehr als 1.000 Mittelständler, über 500 Startups und nahezu alle Global Player. Sie bieten Software, IT-Services, Telekommunikations- oder Internetdienste an, stellen Geräte und Bauteile her, sind im Bereich der digitalen Medien tätig oder in anderer Weise Teil der digitalen Wirtschaft. 80 Prozent der Unternehmen haben ihren Hauptsitz in Deutschland, jeweils 8 Prozent kommen aus Europa und den USA, 4 Prozent aus anderen Regionen. Bitkom fördert und treibt die digitale Transformation der deutschen Wirtschaft und setzt sich für eine breite gesellschaftliche Teilhabe an den digitalen Entwicklungen ein. Ziel ist es, Deutschland zu einem weltweit führenden Digitalstandort zu machen.