

**Positionspapier des Berufsverbands der
Compliance Manager (BCM) e.V.**

zum

Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz

**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. Mai 2022

Inhalt

1. Zusammenfassung.....	3
2. Positionen des Berufsverbands der Compliance Manager (BCM) e.V. im Überblick	5
3. Positionen im Einzelnen	6

1. Zusammenfassung

Die „Richtlinie (EU) 2019/1937 des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden“ (EU-Hinweisgeberrichtlinie, im Folgenden auch „EU-RL“) ist im Dezember 2019 in Kraft getreten. Es war Aufgabe der Mitgliedsstaaten, die EU-RL bis zum 17. Dezember 2021 in nationales Recht umzusetzen. Neben weiteren Mitgliedsstaaten ist auch Deutschland – nach dem in der Ressortabstimmung gescheiterten Referentenentwurf in 2021 – die fristgerechte Umsetzung nicht gelungen. Die EU-Kommission hat bereits ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland eingeleitet. Das Bundesjustizministerium hat am 13. April 2022 nunmehr einen geänderten „Entwurf eines Gesetzes für einen besseren Schutz hinweisgebender Personen sowie zur Umsetzung der Richtlinie zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden“ (HinSchG-E) vorgelegt und die Ressortabstimmung eingeleitet.

Der Berufsverband der Compliance Manager (BCM) e.V. (im Folgenden: „BCM“) begrüßt es ausdrücklich, dass mit dem nunmehr vorliegenden geänderten Referentenentwurf wieder Bewegung in dieses so wichtige Gesetzgebungsverfahren kommt und ein wichtiger Schritt in Richtung eines umfassenden Hinweisgeberschutzes gegangen wurde. Der BCM unterstützt ausdrücklich das Ziel, Hinweisgebern einen weitreichenden Schutz zu gewähren, um so eine Atmosphäre und ein Umfeld zu schaffen, in dem Hinweisgeber Meldungen auf mögliche oder tatsächliche Gesetzesverstöße ohne Angst vor Repressalien abgeben können.

Auch inhaltlich bietet das HinSchG-E – gerade im Vergleich zu dem im Vorjahr vorgelegten Entwurf – mehr Licht als Schatten. Der Entwurf orientiert sich wesentlich stärker an der täglichen Praxis der internen Aufarbeitung von Hinweisen und betont in diesem Zusammenhang ausdrücklich die unabhängige Stellung der Compliance Officer im Rahmen interner Untersuchungen.

Besonders hervorzuheben ist zudem, dass auf Basis des HinSchG-E eine wesentlich geringere Belastung der Unternehmen bei der Umsetzung der Anforderungen des Hinweisgeberschutzgesetzes zu erwarten sein wird als dies noch im vorangegangenen Entwurf zu erwarten war. Gerade die mangelnde Praxistauglichkeit und der damit verbundene Aufwand waren zentrale Kritikpunkte am Referentenentwurf 2021, die der BCM in Form seines Positionspapiers formuliert und entsprechende Änderungen gefordert hat.

Klar hervorzuheben ist aus Sicht des Verbandes in diesem Zusammenhang, dass das HinSchG-E der eher praxisfernen Rechtsansicht der EU-Kommission in einem sehr wichtigen Punkt ausdrücklich nicht folgt: So soll es innerhalb von Konzernstrukturen weiterhin möglich und zulässig sein, eine zentrale Meldestelle bei der Konzernmutter anzusiedeln. Damit wird aus Verbandssicht der etablierten Praxis eines professionellen Compliance Managements Rechnung getragen, das kompetente Ressourcen für die Hinweisannahme und -bearbeitung häufig zentral bündelt. Neben Praktikabilitäts- und Effizienzvorteilen wird aber vor allem ein höheres Schutzniveau für den Hinweisgeber erreicht und eine bestmögliche Qualität der Hinweisbearbeitung sichergestellt – und gerade dadurch das Ziel des Hinweisgeberschutzgesetzes erreicht. Wünschenswert wäre aus Verbandssicht, wenn sich diese Initiative im Sinne eines EU-weit möglichst homogenen

Regelungsrahmens auch in den noch ausstehenden Umsetzungsgesetzen weiterer EU-Länder durchsetzen würde.

Auch in einem weiteren Punkt entfernt sich der Referentenentwurf von der EU-Richtlinie: Wie schon im Koalitionsvertrag angekündigt, geht das HinSchG-E über die unionsrechtlichen Vorgaben hinaus und beschränkt sich gerade nicht auf Verstöße gegen das Unionsrecht, die vom Hinweisgeberschutz erfasst werden. Vielmehr umfasst der vorliegende Referentenentwurf u.a. auch straf- und bußgeldrechtliche Verstöße (soweit die verletzte Vorschrift dem Schutz von Leben, Leib oder Gesundheit oder dem Schutz der Rechte von Beschäftigten oder ihrer Vertretungsorgane dient). Auch diese für die Praxis wichtige Erweiterung begrüßt der BCM ausdrücklich. Einen Hinweisgeberschutz auf den in der Richtlinie definierten Katalog erfasster Taten zu beschränken, wäre sowohl aus Sicht eines Hinweisgebers als auch aus Verhältnismäßigkeitserwägungen nicht nachvollziehbar.

Eine zentrale Forderung des BCM im 2021 verfassten Positionspapier war, mit dem Hinweisgeberschutzgesetz ein Regelungsregime zu schaffen, das das Melden potenzieller Verstöße ohne Furcht vor Repressalien zu ermöglichen, aber gleichzeitig das Missbrauchsrisiko gering zu halten. Diese Forderung setzt der Gesetzgeber aus Sicht des BCM nunmehr verhältnismäßig um, indem vorsätzlich oder grob fahrlässig abgegebene Meldungen sanktioniert werden sollen.

Neben der Unterstützung dieser positiven Aspekte des Entwurfes möchte der BCM mit dem vorliegenden Positionspapier aus der Perspektive seiner Mitglieder auf einzelne Ungenauigkeiten im Entwurf hinweisen, die in der Praxis der Fallbearbeitung zu Problemen führen dürften.

2. Positionen des Berufsverbands der Compliance Manager (BCM) e.V. im Überblick

Der BCM vertritt die Auffassung, dass

- die in den Gesetzesentwurf aufgenommene Möglichkeit, unabhängig agierende konzernweite interne Meldestellen zu betreiben, eine enorme Verbesserung zum Vorgängerentwurf darstellt (3.1),
- die Erweiterung des sachlichen Anwendungsbereichs über den Richtlinienwortlaut hinaus der täglichen Praxis in Unternehmen entspricht und für potentielle Hinweisgeber einen verlässlichen, auch für Laien verständlichen, Schutzrahmen schafft (3.2),
- die starre Löschfrist von zwei Jahren gem. § 11 Abs. 5 HinSchG-E in der Praxis zu erheblichen Problemen führen dürfte und zu streichen ist (3.3),
- die zwingende Zustimmung des Hinweisgebers in Textform bei Weitergabe von Informationen, die auf seine Identität schließen lassen können, im Hinblick auf Personen, die an Folgemaßnahmen beteiligt werden, zu streichen ist (3.4),
- Datenschutzrechtliche Erfordernisse die Unternehmen nicht unverhältnismäßig in der Hinweisbearbeitung einschränken dürfen (3.5),
- die Rechtmäßigkeit der Offenlegung durch einen Meldenden nicht in Abhängigkeit der Geschwindigkeit der Hinweisbearbeitung durch externe Meldestellen determiniert wird. Daher sollte der Gesetzgeber die Offenlegung von Verdachtsmomenten strenger limitieren (3.6).

3. Positionen im Einzelnen

3.1. Betrieb interner Meldestellen im Konzern

Der Referentenentwurf sieht vor, dass interne Meldestellen nicht nur in der jeweiligen Gesellschaft, sondern im Fall von Konzerngesellschaften auch bei einer anderen Konzerngesellschaft, etwa der Konzernmutter, betrieben werden können. Dies entspricht der Praxis, wie sie heute in den meisten Konzernen bereits betrieben wird. Auf Ebene von Konzernobergesellschaften agieren heute z. T. hochprofessionalisierte, unabhängig handelnde Abteilungen für Whistleblower-Meldungen und interne Untersuchungen.

Diese Abteilungen stellen einerseits eine Möglichkeit für Konzerne dar, effektive Compliance Management Systeme oder Meldewege mithilfe von gut ausgebildeten Mitarbeitern sicherzustellen, ohne dass dies zu unverhältnismäßigen Kosten führen würde. Daneben agieren diese Spezialisten aufgrund ihrer funktionellen Trennung unabhängig und ohne Interessenkonflikte. Gerade letzteres stellt einen enormen Vorteil für Hinweisgeber dar. Sie können sich bei einer Meldung darauf verlassen, dass diese unbefangen bewertet und ohne Einflussmöglichkeiten oder Druck durch möglicherweise involvierte Vertreter der lokalen Gesellschaft untersucht werden. Auch bietet die Ermittlung durch Vertreter des Konzerns eine zusätzliche Sicherheit. Denn die Untersuchenden können i. d. R. effektiv ermitteln, ohne die Identität des Hinweisgebers an Vertreter der lokalen Einheit preisgeben zu müssen, was für diesen u. U. eine Hemmschwelle zur Meldung darstellen könnte.

Der BCM begrüßt die Initiative des deutschen Gesetzgebers und hofft, dass sich weitere europäische Gesetzgeber in den noch ausstehenden Umsetzungsgesetzen anschließen werden.

3.2. Sachlicher Anwendungsbereich

Das HinSchG-E setzt die Ankündigung aus dem Koalitionsvertrag der Ampelregierung um und geht, ebenso wie schon der in 2021 vorgelegte Entwurf der Vorgängerregierung, über den sachlichen Anwendungsbereich der EU-RL hinaus. Hinweisgeber sollen dementsprechend nicht nur bei Meldungen von Verstößen gegen EU-Recht geschützt sein, sondern umfänglicheren Schutz genießen. Beispielsweise auch bei Meldung von Verstößen gegen deutsches Recht. Während der alte Entwurf des Hinweisgeberschutzes bei dieser Erweiterung des sachlichen Anwendungsbereiches noch deutlich weiter ging und „alle Verstöße, die straf- oder bußgeldbewehrt sind“ umfasste, fallen nach dem neuen Entwurf Meldungen über bußgeldbewehrte Verstöße hingegen nur dann in den sachlichen Anwendungsbereich, „soweit die verletzte Vorschrift dem Schutz von Leben, Leib oder Gesundheit oder dem Schutz der Rechte von Beschäftigten oder ihrer Vertretungsorgane dient“. Zudem sind Meldungen von Verstößen gegen Rechtsvorschriften weiterer definierter Bereiche, wie z. B. Umweltschutz oder Geldwäsche, vom sachlichen Anwendungsbereich umfasst.

Der BCM begrüßt die im Vergleich zur EU-RL vorgesehene Erweiterung des sachlichen Anwendungsbereichs ausdrücklich. Nur durch die Erweiterung des sachlichen

Anwendungsbereiches über das EU-Recht hinaus kann eine angemessene Akzeptanz sichergestellt werden. Hinweisgeber müssen die Möglichkeit haben, gerade auch bei Meldungen zu Verstößen, die nicht ausschließlich in den Bereich des EU-Rechts fallen, von den zur Verfügung gestellten Schutzmechanismen zu profitieren. Ebenso ist die Begrenzung des sachlichen Anwendungsbereichs bzgl. des Ordnungswidrigkeitenrechts zu begrüßen, da hierdurch eine gewisse Schwere eines Verstoßes zur Voraussetzung der Eröffnung des Schutzbereiches gemacht wird. Damit wird auch das Risiko missbräuchlicher Meldungen reduziert, die häufig gerade Bagatell-Verstöße zum Inhalt von Meldungen machen. Einem solchen möglichen Missbrauch wird aus Sicht des Verbands durch die ausgewogene Definition des sachlichen Anwendungsbereichs ein Riegel vorgeschoben. Für die Unternehmen und die Compliance Manager wird eine wichtige Aufgabe im Zuge der Umsetzung des Hinweisgeberschutzgesetzes sein, u.a. auch zum sachlichen Anwendungsbereich zu schulen und zu informieren, um Handlungs- und Rechtssicherheit für Hinweisgeber zu schaffen. Die nun getroffene Definition des sachlichen Anwendungsbereichs sollte aus Verbandssicht beibehalten werden.

3.3. Aufhebung einer starren Löschfrist von zwei Jahren

Gemäß § 11 Abs. 5 HinSchG-E ist die Dokumentation der Meldungen zwei Jahre nach Abschluss des Verfahrens zu löschen. Eine vorherige Löschung lässt der Wortlaut nicht zu. Die Anforderung einer Aufbewahrungsfrist ergibt sich aus Art. 18 Abs. 1 S. 2 EU-RL, nach der die Meldungen nicht länger aufzubewahren sind, als dies erforderlich und verhältnismäßig ist, um die gesetzlichen Anforderungen und vorgeschriebenen Maßnahmen nach Unionsrecht oder nationalem Recht zu erfüllen.

Die Begründung des HinSchG-E (Seite 83) verweist in diesem Zusammenhang auf zwei Fallkonstellationen. Zum einen könnte die Dokumentation für aus der Meldung resultierende Rechtsstreitigkeiten erforderlich werden. Zum anderen könnten vor dem Hintergrund weiterer Hinweise, die im Kontext zu einem bereits gemeldeten Sachverhalt eingehen, eine gewisse Aufbewahrungsfrist erfordern. Sowohl das Zivilrecht als auch das Strafrecht sehen aber Verjährungsfristen vor, die über die vorgesehene Frist von zwei Jahren z. T. deutlich hinausgehen. Das stellt einen klaren Widerspruch dar und dürfte in der Praxis zu enormen Schwierigkeiten führen, insbesondere bei internationalen Sachverhalten.

Um diesen Einzelfallkonstellationen gerecht zu werden, spricht sich der BCM dafür aus, die starre Frist des § 11 Abs. 5 HinSchG-E aufzuheben. Eine Abkehr von der starren Frist ist erforderlich, um insbesondere Sonderfällen gerecht werden zu können. Dadurch würde sowohl der Konstellation entsprochen, in der Fälle gänzlich unplausibel sind und eine weitere Bearbeitung unternehmensseitig nicht erforderlich erscheint, als auch schwerwiegenden Fällen, im Rahmen welcher eine mögliche längere Aufbewahrungsfrist erforderlich erscheint. Insbesondere im letzteren Fall kann eine längere Aufbewahrung für eine mögliche Verteidigung zum Beispiel in zivil- oder arbeitsrechtlichen Rechtsstreitigkeiten von Bedeutung werden.

Der BCM empfiehlt in diesem Zusammenhang eine Anlehnung an die aktuell gültigen Vorschriften der DSGVO und des BDSG. Die Vorgaben berücksichtigen verschiedenste Einzelfallkonstellationen und haben sich in der Praxis in den letzten Jahren bewährt. Alternativ wäre eine Orientierung an den Verjährungsfristen des StGB oder des BGB im Hinblick auf den Zweck des Richtliniengebers zumindest nachvollziehbar.

3.4. Aufhebung der Zustimmungserfordernis des Hinweisgebers in Textform in § 9 Abs. 3 HinSchG-E

Der Gesetzgeber sieht in § 9 Abs. 3 HinSchG-E vor, dass die interne Meldestelle entgegen des strengen Vertraulichkeitsgebotes in § 8 Informationen teilen darf, die auf die Identität des Hinweisgebers schließen lassen können, wenn dies für Folgemaßnahmen erforderlich ist. Dies entspricht der Praxis in Unternehmen, wonach eine Meldestelle meist elektronisch eingerichtet und von einzelnen Mitarbeitern der Compliance-Abteilung betrieben wird.

Diese Mitarbeiter sind, gerade in größeren Unternehmen und Unternehmensgruppen, aber nicht notwendig die Personen, die die Folgemaßnahmen ergreifen, also insbesondere interne Untersuchungen durchführen. Hier besteht also bereits aufgrund arbeitsteiliger Zuständigkeit die Notwendigkeit, die Meldung zur Fallbearbeitung weiterzugeben.

Ebenfalls relevant sind Meldungen, die die interne Meldestelle mithilfe externer Berater untersucht. Auch diesen Beratern muss die Meldung weitergegeben werden, um sie untersuchen zu können.

Entsprechend spricht der Gesetzesentwurf z. B. in § 16 Abs. 2 HinSchG-E von den „für die Entgegennahme und Bearbeitung der Meldungen zuständigen sowie die sie bei der Erfüllung dieser Aufgaben unterstützenden Personen“. Es besteht daher ein gewisses Risiko, dass diese Personen nicht als Teil der internen Meldestelle angesehen werden können, sondern als Dritte.

Dementsprechend würden sie bei strenger Auslegung zu den Personen gehören, denen die interne Meldestelle Informationen zur Meldung weiterleitet, gem. § 9 Abs. 3 HinSchG-E. Dann dürfte es ohne Zustimmung des Hinweisgebers nicht möglich sein, die Meldung insgesamt zu übergeben. Sie dürfte nur insoweit weitergegeben werden, als entweder eine Einwilligung des Hinweisgebers in Textform vorliegt oder sichergestellt wird, dass aus der weitergeleiteten Information nicht geschlossen werden kann, wer der Hinweisgeber ist.

Beide Alternativen, das Problem zu lösen, dürften im Praxistest leider scheitern. So gibt es zahlreiche Meldungen von Hinweisgebern, die nach erfolgter Meldung den Kontakt zu internen Meldestellen abbrechen. Daneben ist es in vielen Fällen praktisch nicht möglich, eine Meldung weiterzuleiten, ohne dass ein unternehmenskundiger Leser zumindest spekulieren könnte, wer der Hinweisgeber ist.

Der Gesetzgeber sieht ausdrücklich vor, dass die interne Meldestelle unabhängig untersuchen soll und sich hierfür auch Unterstützung organisieren kann. Dann muss aber auch sichergestellt sein, dass die interne Meldestelle die Informationen, die zur Vornahme

interner Untersuchungen erforderlich sind, an diese Unterstützer weitergeben kann, ohne sich dem Risiko einer sanktionsbewährten Gesetzesverletzung auszusetzen.

Der BCM fordert die restlose Streichung der Voraussetzung der Zustimmung des Hinweisgebers in § 9 Abs. 3 des Entwurfes für den Fall, dass die Weitergabe für Folgemaßnahmen erforderlich ist. Alternativ wäre eine klarstellende Privilegierung der Weitergabe an diejenigen Personen aufzunehmen, die die interne Meldestelle bei der Erfüllung ihrer Aufgaben unterstützen, um auch die Möglichkeit der arbeitsteiligen Vorgehensweise rechtssicher abzubilden.

3.5. Datenschutzrechtliche Erwägungen

Datenschutzrechtliche Erfordernisse dürfen die Unternehmen nicht unverhältnismäßig in der Hinweisbearbeitung einschränken.

Art. 15 DSGVO betont das Auskunftsrecht der Betroffenen Person auf die von ihr verarbeiteten personenbezogenen Daten. Nach der Rechtsansicht des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg im Urteil vom 20.12.2018 (SA 11/18) besteht das Risiko, dass Informationen aus dem Hinweisgebersystem in diesem Auskunftsanspruch enthalten sein könnten.

Auskunftsersuchen würden in der Praxis über den Datenschutzbeauftragten des Unternehmens eingereicht werden. Somit werden die Identitäten von hinweisgebender oder benannter Person dem Datenschutzbeauftragten gegenüber ersichtlich. Um hier Rechtssicherheit für interne und externe Datenschutzbeauftragte zu schaffen, sollten diese offiziell in den Kreis der zur Einsichtnahme autorisierten Personen zum Zwecke der Bearbeitung von Betroffenenrechten aufgenommen werden.

Weiterhin besteht gemäß Art. 14 DSGVO die Verpflichtung, Betroffene innerhalb einer „angemessenen Frist“ längstens jedoch „innerhalb eines Monats“ über die Erhebung der personenbezogenen Daten zu informieren, wenn personenbezogene Daten nicht beim Betroffenen selbst erhoben wurden. Dies stellt erhöhte Anforderungen an die Bearbeitungsgeschwindigkeit von Hinweisen. Streng genommen hätte eine im Hinweis benannte Person bei einer Mitteilung nach einem Monat die Möglichkeit, auf die laufende Fallanalyse Einfluss zu nehmen. Im Rahmen laufender Hinweisbearbeitung sollte daher die Flexibilisierung ermöglicht werden, die benannte Person spätestens nach Abschluss der Fallanalyse über die Datenverarbeitung zu informieren. Ein dokumentierter Nachweis kann im Unternehmen hierüber leicht erbracht werden.

In der Praxis wird darüber hinaus auch diskutiert, Datenschutzbeauftragte als Hinweisempfänger zu etablieren. Gerade kleinere Unternehmen wollen hiermit bereits bestehende Strukturen nutzen. Um Sicherheit für Datenschutzbeauftragte und Unternehmen zu schaffen, wäre auch hier eine klare Definition der Rolle des Datenschutzbeauftragten im Rahmen der Hinweisbearbeitung seitens des Gesetzgebers wünschenswert.

3.6. Offenlegung in Abhängigkeit von externen Meldestellen

Der Schutz der Hinweisgeber darf die Unternehmen nicht unverhältnismäßig benachteiligen. Nach aktuellem Gesetzesentwurf können Hinweisgeber Meldungen offenlegen, wenn externe Meldestellen den Hinweis nicht entsprechend der definierten Fristen bearbeiten. Diese Abhängigkeit der Unternehmen von der Geschwindigkeit externer Meldestellen sollte der Gesetzgeber auflösen.

§ 31 Abs. 1 Nr. 1 HinSchG-E sieht die Möglichkeit einer Offenlegung, mithin der mit schwersten Folgen verbundenen Veröffentlichung von Verdachtsmomenten an die allgemeine Öffentlichkeit, bereits unter der Voraussetzung vor, dass eine externe Meldestelle nicht fristgerecht auf einen Hinweis reagiert.

Hieraus erwächst eine gesteigerte Schutzpflicht der externen Meldestelle für sämtliche Personen und Unternehmen, welche in dem Hinweis beschuldigt werden und deren Identität gem. § 8 eigentlich besonders streng zu schützen ist.

In der Praxis hängt das Wohl und Wehe der „Beschuldigten“ demnach davon ab, dass die externe Meldestelle fachlich und personell hinreichend ausgestattet ist, um innerhalb der Frist von drei bzw. sechs Monaten eine Rückmeldung an den Hinweisgeber über ergriffene Folgemaßnahmen zu erteilen.

Es steht angesichts der Erfahrungen aus der Vergangenheit zu befürchten, dass die Einrichtung der externen Meldestellen dem möglicherweise entstehenden Meldeaufkommen nicht gerecht wird.

Daher sollte der Gesetzgeber, auch zur Vermeidung von Amtshaftungsansprüchen, die Offenlegung von Verdachtsmomenten strenger limitieren als bislang angedacht. Diese darf insbesondere nicht von der Reaktionszeit einer externen Meldestelle abhängig gemacht werden.

Vgl. hierzu auch bereits das Positionspapier des BCM aus dem Jahre 2021.

Kontakt:

Berufsverband der Compliance Manager (BCM) e.V.

Dr. Gisa Ortwein, Präsidentin

Oberwallstraße 24

10117 Berlin

+49 (0) 30 / 84 85 93 11

info@bvdcmm.de

www.bvdcmm.de

Lobbyregister Deutscher Bundestag: R001891

Mit knapp 1.000 Mitgliedern ist der BCM die führende berufsständische Vereinigung für Compliance Manager im deutschsprachigen Raum. Mitglieder sind ausschließlich Inhouse Compliance-Verantwortliche aus Unternehmen, Verbänden und sonstigen Organisationen. Zu den Verbandszielen gehören die Schärfung und Professionalisierung des Berufsbilds des Compliance Managers in der Öffentlichkeit, den Unternehmen und Institutionen.