



Prof. Dr. Gerhard Wagner

# Zwei Klappen für eine Fliege

Braucht es spezielle Haftungsregeln für Digitalprodukte? Das Deliktsrecht verfügt mit dem Element der Sorgfaltspflichten über ein technologieneutrales, hoch flexibles Steuerungsinstrument. Doch die EU will mit Blick auf KI nicht nur auf die Gerichte setzen. Ende September hat die Europäische Kommission zwei Richtlinien-Entwürfe vorgelegt, nämlich eine umfassende Überarbeitung der aus dem Jahr 1985 stammenden Produkthaftungs-Richtlinie sowie eine weitere, völlig neue Richtlinie „über KI-Haftung“. Beide sind im Zusammenhang zu sehen.

Aus haftungsrechtlicher Sicht besteht das mit digitalen autonomen Systemen verbundene Problem darin, dass die Kontrolle des Nutzers über das Produkt schwindet und sich auf den Hersteller verlagert. Verkehrsunfälle mit herkömmlichen Kraftfahrzeugen werden zu über 90% durch den Fahrer verursacht, doch bei vollautonomen Fahrzeugen ist dieser nur noch Passagier. Wie sich das Fahrzeug verhält, das bestimmt der Hersteller. Deshalb sollte er stärker in die Pflicht genommen werden. Das Europäische Parlament marschierte mit seinem Entwurf aus dem Jahr 2020 leider in die entgegengesetzte Richtung und wollte die Haftung des Betreibers ausbauen. Damit ist es nun glücklicherweise vorbei. Mit der novellierten Richtlinie soll die Produkthaftung über bewegliche Sachen hinaus auf Computerprogramme erstreckt, der Fehlerbegriff auf nach Inverkehrbringen aufgespielte Updates ausgedehnt, die Beweislast des Geschädigten mit Fehler- und weitreichenden Kausalitätsvermutungen erleichtert und die Haftungshöchstgrenze von 70 Mio. ECU (85 Mio. Euro) gestrichen werden. Über diese Vorschläge kann man streiten, zumal sie nicht auf Digitalprodukte beschränkt sind. Mit der Reform wird also die Produkthaftung insgesamt verschärft. Aber die Richtung stimmt!

Obwohl die Digitalisierung keine rechtspolitische Fliege ist, stellt sich doch die Frage, wofür es noch einer zusätzlichen Richtlinie über KI-Haftung bedarf. Immerhin nimmt auch dieser Entwurf ganz überwiegend, wenn auch nicht ausschließlich, den Hersteller ins Visier. In die nationalen Deliktsrechte sollen zwei Regeln eingepflanzt werden, nach denen die Sorgfaltspflichtverletzung und deren Kausalität für den Schaden vermutet werden. Die eigentliche Haftungsgrundlage muss das nationale Recht bereitstellen. Die Einpassung der Vermutungen allein in das deutsche Haftungsrecht ist eine komplexe dogmatische Aufgabe. Solange sie nicht erledigt ist, lassen sich Anwendungs- und Schutzbereich der Richtlinie über die KI-Haftung kaum beurteilen. Und darüber schwebt die berechtigte Frage, ob man sie überhaupt braucht.

Wie auch immer die künftigen Regelungen im Detail aussehen werden, die EU ist auf dem richtigen Weg. Wer eine Gefahrenquelle kontrolliert, der zieht haftungsrechtliche Verantwortung auf sich. Und wenn sich die Kontrollmöglichkeiten verschieben, dann muss die Haftung folgen. •

---

Prof. Dr. Gerhard Wagner, LL.M. (Chicago), ist Lehrstuhlinhaber an der Humboldt-Universität zu Berlin

# Hinweisgeberschutz mit Augenmaß



*Bis Dezember letzten Jahres hätten weite Teile der Hinweisgeberrichtlinie (2019/1937) in nationales Recht umgesetzt werden müssen. Deutschland ist das nicht gelungen. Doch mittlerweile liegt der Regierungsentwurf vor. Wir haben die Compliance-Expertin Dr. Cäcilie Lüneborg dazu befragt, wie es künftig um den Schutz von Whistleblowern bei uns bestellt ist.*

**NJW:** Deutschland ist mit der Umsetzung der Hinweisgeberrichtlinie in Verzug. Was folgt daraus?

**Lüneborg:** Nachdem das Gros der Anforderungen der Hinweisgeberrichtlinie bereits bis zum 17.12.2021 in nationales Recht hätte umgesetzt werden müssen, bis zu diesem Zeitpunkt aber noch nicht einmal ein Referentenentwurf eines Umsetzungsgesetzes vorlag, hat die EU-Kommission im Januar 2022 ein förmliches Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland eingeleitet. Das gleiche Los hat 22 weitere EU-Mitgliedstaaten ereilt. Lediglich mit der Umsetzung der an kleinere Unternehmen (50 bis 249 Mitarbeiter) gerichteten Verpflichtung zur Einrichtung einer internen Meldestelle haben die nationalen Gesetzgeber noch bis Dezember 2023 Zeit.

**NJW:** Wird der Schutz von Hinweisgebern denn durch die Neuregelungen tatsächlich verbessert?

**Lüneborg:** In jedem Fall. Bislang existiert in Deutschland kein einheitliches, umfassendes Hinweisgeberschutzsystem. Vielmehr gibt es lediglich vereinzelte, lückenhafte und damit unzureichende Schutzansätze. Hauptziel des Gesetzes ist es – wie der Name schon sagt –, den Schutz von Hinweisgebern und von einer Meldung betroffener Personen vor Benachteiligungen aufgrund eines Hinweises zu stärken. Dem dienen insbesondere ein Repressalienverbot und eine Beweislastumkehr zugunsten des Hinweisgebers. Weitere zentrale gesetzliche Anforderungen sind Vertraulichkeit und – jedenfalls partielle – Verfahrenstransparenz, etwa durch verpflichtende Rückmeldungen an den Hinweisgeber. Unabhängig von den neuen gesetzlichen Vorgaben haben zahlreiche Unternehmen, die ein Hin-

weisgeberportal als Grundpfeiler ihres Compliance-Management-Systems betreiben, potenziellen Hinweisgebern auch bereits jetzt freiwillig umfassenden Schutz zugesichert.

**NJW:** Was sehen Sie kritisch?

**Lüneborg:** Einerseits ist das Hinweisgeberschutzniveau des deutschen Gesetzentwurfs tendenziell geringer als dasjenige der EU-Richtlinie. Andererseits ist auch der Schutz der von einer Meldung betroffenen Personen gesetzlich unterbelichtet, obwohl deren Ruf schlimmstenfalls ruiniert sein kann. Erschwerend kommt hinzu, dass der deutsche Gesetzgeber – anders als in der EU-Richtlinie angelegt – keinen Vorrang der Mitteilung an interne Meldekanäle normiert. Hinweisgeber können sich daher unmittelbar an die externen Meldestellen wenden und genießen gleichwohl Schutz. Die Nachteile für die betroffenen Unternehmen liegen auf der Hand.

**NJW:** Welche Verstöße fallen künftig unter den Anwendungsbereich des Gesetzes? Müssen Unternehmen ab nächstem Jahr mit einer Flut von Hinweisen rechnen?

**Lüneborg:** Hinweisgeber genießen Schutz, wenn sie Verstöße gegen Strafvorschriften, wie etwa Korruption oder im Hinblick auf bestimmte katalogmäßig aufgeführte Rechtsgebiete, beispielsweise Produktsicherheit, melden. Der Hinweis auf potenzielle Ordnungswidrigkeiten ist dagegen nur geschützt, soweit die verletzte Vorschrift dem Schutz von Leben, Leib, Gesundheit oder der Rechte von Beschäftigten dient. Gerade juristische Laien dürften mitunter von einer Meldung

abgeschreckt werden, weil ihnen die Beurteilung schwerfällt, ob sie Schutz genießen. Für Unternehmen empfiehlt sich daher, sowohl den Kreis der Beschwerdeberechtigten als auch der weiterverfolgten Meldeinhalte möglichst weit zu fassen, um Hinweise auf Non-Compliance so zeitnah und so unmittelbar wie möglich zu erhalten und zu verhindern, dass Hinweisgeber vorrangig öffentliche Meldekanäle nutzen.

**NJW:** Den Gang an die Öffentlichkeit hat die Rechtsprechung bislang als letztes Mittel bezeichnet. Wird sich daran etwas ändern?

**Lüneborg:** Das ist zu befürchten: Eine Offenlegung von Informationen soll nach der aktuellen Gesetzesfassung insbesondere dann nicht zum Verlust des Hinweisgeberschutzes führen, wenn die Meldung gegenüber der zuständigen Behörde erstattet wurde und diese ihr nicht innerhalb einer Frist von drei Monaten nachgeht. Eine derartige behördliche Untätigkeit dürfte sogar in Deutschland nicht völlig auszuschließen sein. Es könnte zur Folge haben, dass ein dem betroffenen Unternehmen unbekannter und vor allem ungeprüfter Verdacht an die Presse gegeben wird. Gleiches gilt bei einer mutmaßlichen „Gefährdung des öffentlichen Interesses“ wie etwa bei Anhaltspunkten für einen Gammelfleischskandal.

**NJW:** Was bedeutet das für etwaige Prüfpflichten des Hinweisgebers, bevor er einen Missstand meldet, was für eine mögliche Schadensersatzpflicht, wenn sich der Verdacht nicht erhärtet?

**Lüneborg:** Schutzwürdig sind nach dem Gesetzentwurf nur Hinweisgeber, die – aus Ex-ante-Perspektive – zumindest hinreichenden Grund zu der Annahme hatten, dass die gemeldeten Informationen der Wahrheit entsprachen. Geschützt sind damit etwa Personen, denen bei der Bewertung des Sachverhalts ein Fehler unterlaufen ist. Eindeutig keinen Schutz genießt dagegen, wer missbräuchlich oder böswillig unrichtige Informationen meldet. Die hinweisgebende Person ist zwar gesetzlich zum Ersatz des Schadens verpflichtet, der aus einer vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Meldung oder Offenlegung unrichtiger Informationen entstanden ist; bei genauer Betrachtung bedeutet das allerdings einen Rückschritt im Vergleich zu der gegenwärtig geltenden Haftung nach allgemeinen Grundsätzen: Diese greift bereits bei normaler Fahrlässigkeit ein.

**NJW:** Was folgt für Arbeitgeber aus dem neuen Gesetz, wenn sie künftig eine personelle Maßnahme, etwa eine Kündigung bzw. Abmahnung oder eine Beförderung, treffen wollen?

**Lüneborg:** Der Gesetzentwurf sieht eine Beweislastumkehr zugunsten des Hinweisgebers vor. Bezüglich

*Rechtsanwältin Dr. Cäcilie Lüneborg studierte Jura in Passau. Dort wurde sie auch promoviert, ihr Doktorvater war Prof. Dr. Holger Altmeyen. Nach dem Referendariat war sie zunächst als Akademische Rätin auf Zeit tätig, wechselte dann erst zu Linklaters, anschließend zu SZA Schilling, Zutt & Anschütz. Dort berät sie nationale und internationale Mandanten im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht sowie zu Compliance. Ein Schwerpunkt ihrer Tätigkeit umfasst insbesondere die Beratung von Unternehmen und Organen unter anderem zu Fragen rund um Corporate Governance, der Durchführung interner Untersuchungen sowie der Einrichtung von Compliance-Management-Systemen. Der Partnerschaft der Sozietät gehört Lüneborg seit Beginn dieses Jahres an.*

jeder Benachteiligung eines Arbeitnehmers, die nach einer Meldung oder Offenlegung von Verstößen des Arbeitgebers erfolgt, wird – widerleglich – vermutet, dass sie das Verbot von Repressalien verletzt. Dies kann weitreichende Konsequenzen für den Arbeitgeber haben: Zum einen sind Rechtsgeschäfte nichtig, die gegen dieses Verbot verstoßen. Zum anderen kann der Hinweisgeber unter Umständen Schadensersatz- und Schmerzensgeldansprüche geltend machen. Hinzu kommt, dass der Gesetzentwurf keine zeitliche Begrenzung der Vermutungswirkung vorsieht. Zur Widerlegung der Vermutung muss der Arbeitgeber entweder nachweisen, dass die Benachteiligung gerechtfertigt war oder dass sie nicht kausal mit der Meldung oder Offenlegung zusammenhing.

**NJW:** Whistleblower wurden und werden vielfach als „Nestbeschmutzer“ angesehen. Wird sich das ändern, mit der Folge, dass sich künftig mehr Arbeitnehmer trauen, Missstände zu melden?

**Lüneborg:** In der Tat gelingt es einer wachsenden Zahl von Unternehmen, eine offene und transparente Speak-up- und Listen-up-Kultur als integralen Bestandteil ihrer Compliance-DNA zu etablieren. Dahinter steht die Einsicht, dass die möglichst frühzeitige Aufdeckung und -klärung von potenziellen Rechts- und Regelverstößen der beste Schutz vor Haftungsrisiken und Reputationsschäden ist. Je offensiver Unternehmen und Öffentlichkeit ihr Informationsinteresse kommunizieren, desto rascher kann das Whistleblowing das bisherige Schmuddelimage abstreifen. Gleichzeitig sollten Unternehmen durch ein striktes „Nein“ zu einer Vorverurteilungs- und Vorwurfsatmosphäre nicht schutzwürdige Denunzianten abschrecken, die versucht sein könnten, etwa Kollegen oder Vorgesetzte grundlos „anzuschwärzen“.

---

Interview: Monika Spiekermann

# Die Wochenthemen

## Unerwünschte Suchergebnisse und eine degradierte Stadtjustiziarin: Die 49. KW



**Löschung.** Vor acht Jahren hat der EuGH in einem Rechtsstreit gegen die weltweit größte Suchmaschine ein „Recht auf Vergessenwerden“ dekretiert (NJW 2014, 2257 – Google Spain) – gegen das nachdrückliche Votum des damaligen Generalanwalts Niilo Jääskinen übrigens. Mittlerweile ist es in Art. 17 DS-GVO verankert. Am 8.12. will er nun sein Verdikt zu einer Vorlage des BGH verkünden, die abermals Google betrifft. Das Ergebnis ist nicht nur wichtig für Menschen, die sich in den dortigen Suchergebnissen nicht mit unangenehmen Wahrheiten konfrontiert sehen wollen. Sondern es geht auch darum, ob Medien den Inhalt ihrer Archive dort unauffindbar machen müssen, selbst soweit es eine zutreffende Berichterstattung betrifft. Der Hintergrund: Im Juni 2020 hat das oberste deutsche Zivilgericht über zwei solcher Begehren entschieden (NJW-aktuell H. 31/2020, 6). Zum einen ging es um den früheren Geschäftsführer eines Wohlfahrtsverbands: Seine Regionalorganisation wies ein Defizit von knapp einer Million Euro auf; kurz zuvor hatte er sich krank gemeldet. Darüber berichtete die dortige Tagespresse unter Nennung seines vollen Namens. Wie die Vorinstanzen wiesen auch die Karlsruher Richter sein Begehren ab, dass die Zeitungsartikel nicht mehr in der Ergebnisliste der Suchmaschine erscheinen: Trotz Zeitablaufs müssten die Interessen des Klägers hinter jenen von Google, seiner Nutzer, der Öffentlichkeit und der für die verlinkten Artikel verantwortlichen Presseorgane zurücktreten (NJW 2020, 3436).

Anders in dem zweiten Fall, der sich um einen Geschäftsmann und seine Lebensgefährtin dreht, die über diverse Firmen Geld einsammelten. Eine US-amerikanische Webseite, die sich nach eigenen Angaben der Betrugsprävention widmet, veröffentlichte kritische

Beiträge zu dem Anlagekonzept. Doch gab es auch Berichte, denen zufolge deren Geschäftsmodell auf Erpressung beruhe – mit „Schutzgeld“ könne man negative Berichte vermeiden. Die beiden Deutschen sehen sich als deren Opfer und wollen bei Eingabe ihrer Namen von Google nicht mehr mit kleinen Fotos (Thumbnails) sowie Links zu Artikeln mit Formulierungen wie „Hintermänner“ oder „Kopf des Systems“ angezeigt werden. Hier wollen die Bundesrichter von ihren Luxemburger Kollegen vor allem wissen, ob dem Auslieferungsbegehren bei bestrittenen Tatsachenbehauptungen und darauf fußenden Werturteilen eine Möglichkeit zu einstweiligem Rechtsschutz gegen den Inhalteanbieter selbst entgegengehalten werden kann.

• • •

**Mobbing.** Nicht nur Burnout durch Überforderung, sondern auch Boreout durch Langeweile im Job soll es geben. Das BVerwG befasst sich am 8.12. mit einer ehemaligen Stadtverwaltungsoberrätin, deren Oberbürgermeister nach seiner Wiederwahl die Zuständigkeiten neu aufgeteilt, ihr aber (zumindest formal) den Leitungsposten für Rechtsangelegenheiten belassen hat. Die Frau – wegen mehrerer Operationen krank geschrieben – protestierte vergeblich gegen die Schmälerung ihres Tätigkeitsbereichs. In ihrer Abwesenheit ließ das Stadtoberhaupt ihr Büro räumen und die Möbel ins Dachgeschoss eines dunklen Seitentrakts voller Dachschrägen verfrachten, der nur über steile Treppen erreichbar war. Die Klägerin sieht sich abgestraft für angebliche unbotmäßige Äußerungen im Wahlkampf. Ein Argument dafür, dass sie nicht mehr „amtsangemessen“ beschäftigt worden sei, lautet, ihre beibehaltene Besoldungsgruppe A 14 stelle sich „als erkennbar überhöht dar“. Für das aus ihrer Sicht erlittene Mobbing verlangt sie Schmerzensgeld: Durch ihre Unterbeschäftigung und weitere Repressalien habe sie an einem Boreout-Syndrom gelitten, das zur Dienstunfähigkeit geführt habe. Im Gegensatz zum VG Halle hielt das OVG Magdeburg ihr Verlangen für unberechtigt.

• • •

**Außerdem.** Der BGH verhandelt am 6.12. über Sonderbeiträge eines ehrenamtlichen Bürgermeisters an die CDU. Das BVerfG verkündet am selben Tag sein Urteil über das „Eigenmittelbeschluss-Ratifizierungsgesetz“, mit dem die EU-Kommission zur Aufnahme von bis zu 750 Milliarden Euro Kredit für einen „Wiederaufbaufonds“ ermächtigt wurde. • Joachim Jahn

# Gewahrsam für „Klimakleber“?

Prof. Dr. Dr. Markus Thiel

*In Bayern sind aufgrund gerichtlicher Anordnung mehrere „Klimaaktivistinnen und -aktivisten“ für einen längeren Zeitraum in Gewahrsam gehalten worden, um sie an einem „Festleben“ im öffentlichen Straßenraum zu hindern. Diese Maßnahme ist umstritten.*

Die Landespolizeigesetze erlauben es mit Detailunterschieden, eine Person in Gewahrsam zu nehmen, wenn dies unerlässlich ist, um die unmittelbar bevorstehende Begehung oder Fortsetzung einer Ordnungswidrigkeit von erheblicher Bedeutung für die Allgemeinheit oder einer Straftat zu verhindern („Unterbindungsgewahrsam“). Die Polizei darf die Person aufgrund verfassungsrechtlicher Vorgaben nicht länger als bis zum Ende des Tages nach dem Ergreifen in eigenem Gewahrsam halten (Art. 104 II 3 GG). Eine längere Freiheitsentziehung bedarf der richterlichen Anordnung. Wie lange sie dauern darf, ist unterschiedlich geregelt: Bayern erlaubt etwa recht weitgehend eine (verlängerbare) Dauer von bis zu einem Monat (Höchstgesamtdauer: zwei Monate, Art. 20 II 2 BayPAG), in Berlin bleibt es – sofern eine richterliche Anordnung nicht aufgrund eines anderen Gesetzes gestattet ist – beim Ende des Tages nach dem Ergreifen (§ 33 I Nr. 3 ASOG).

Ob die Voraussetzungen des Unterbindungsgewahrsams bei „Klimaklebern“ vorliegen, ist eine komplexe Frage. Problematisch ist bereits, dass die Freiheitsentziehung dazu genutzt wird, die Teilnahme an Aktionen zu verhindern, die möglicherweise Versammlungen sind und daher einen besonderen verfassungsrechtlichen Schutz genießen. Die Behinderung des Verkehrs muss eine Straftat oder Ordnungswidrigkeit von erheblicher Bedeutung darstellen. Ob es sich um eine Nötigung bzw. einen gefährlichen Eingriff in den Straßenverkehr handelt, wird kontrovers diskutiert; fraglich sind etwa das Vorliegen von Gewalt und die erforderliche Verwerflichkeit des Handelns mit Blick auf § 240 StGB. Näher liegt die Annahme von (Verkehrs-)Ordnungswidrigkeiten, wobei deren erhebliche Bedeutung für die Allgemeinheit zu begründen wäre. Zudem muss eine Prognose zu dem Ergebnis kommen, dass in dem Zeitraum, auf den sich der Gewahrsam erstrecken soll, die Begehung weiterer Straftaten bzw. Ordnungswidrigkeiten droht. Dies ist dann anzunehmen, wenn die Person bereits an vergleichbaren Aktionen teilgenommen und erklärt hat, dies weiterhin zu tun, oder wenn eine baldige erneute Beteiligung aufgrund anderer Erkenntnisse zu erwarten ist. Bei diesen Bewertungen sind Rechtfertigungsaspekte in Betracht zu ziehen – allerdings besteht eine rechtfertigende Notwehr- oder Nothilfelage allein aufgrund des Klimawandels nicht.

Das Widerstandsrecht (Art. 20 IV GG) ist für Ausnahmekonstellationen der unmittelbaren Bedrohung der verfassungsgemäßen Ordnung gedacht und als „ultima ratio“ konzipiert, und Überlegungen zu einem „zivilen Ungehorsam“ wegen vermeintlicher Ausschöpfung aller legalen Mittel greifen ebenfalls nicht rechtfertigend ein. Man kann durchaus Sympathien für Menschen entwickeln, die sich in einer Weise für den Klimaschutz einsetzen, die ihnen selbst erhebliche Kritik und spürbare Nachteile einhandelt, und das Erfordernis auch disruptiver Veränderungen steht außer Zweifel. Es stünden indes andere Möglichkeiten zur Verfügung, diesen Aspekten öffentlich Ausdruck zu verleihen und um Zustimmung und Unterstützung zu werben.

## Eine Frage der Verhältnismäßigkeit

Die Entscheidung über den Gewahrsam und seine Dauer hat den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten, der wegen der Eingriffsintensität der Freiheitsentziehung hohe Hürden setzt: Ist die Ingewahrsamnahme erforderlich, oder wäre etwa auch ein Konzept einer polizeilichen Überwachung bzw. Begleitung realisierbar? Innerhalb welchen Zeitraums sind weitere Aktionen zu erwarten? Auch bei den Verhältnismäßigkeitserwägungen läge eine Berücksichtigung des „guten Willens“ der Aktivistinnen und Aktivisten bzw. des hohen Stellenwerts ihres Anliegens nahe. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass die fraglichen Aktionen nicht unmittelbar zu einem wirksameren Klimaschutz beitragen; sie sollen aufmerksam machen, aufrütteln, „nerven“. Überschreiten sie die Schwelle zur qualifizierten Ordnungswidrigkeit bzw. zur Straftat, kann und darf die Rechtsordnung sie nicht hinnehmen. Eine solche Beeinträchtigung der Rechtsgüter anderer lässt sich allein mit einem zu befürwortenden politischen Ziel nicht rechtfertigen, egal wie dringlich es ist oder den Akteuren scheint. Von den Bindungen der rechtsstaatlichen Demokratie vermag auch der beste Wille nicht zu dispensieren. Dies muss so sein – denn was wäre, wenn Aktivistinnen und Aktivisten zu der Erkenntnis kämen, dass acht Milliarden Menschen Weltbevölkerung mit Blick auf das Klima unduldbar zu viele seien? •

---

Prof. Dr. Dr. Markus Thiel ist Leiter des Fachgebiets III.4 – Öffentliches Recht mit Schwerpunkt Polizeirecht an der Deutschen Hochschule der Polizei in Münster