

Infobörse 10: Bürgerrechtsschutz durch Whistleblowing – nicht nur bei Snowden

1 Einleitung

Anlässlich der couragierten Handlungen von Edward Snowden, der als Whistleblower die Weltöffentlichkeit über die von den amerikanischen und britischen Geheimdiensten praktizierte – und nach wie vor andauernde – globale und anlasslose Überwachung informierte¹, sollte nicht nur die Überwachung, das Wirken der Geheimdienste etc., sondern auch das Thema „Whistleblowing“ Gegenstand (globaler) Diskussionen sein, um den Erlass gesetzlicher Regelungen zur Förderung und zum Schutz für Whistleblower zu forcieren.

2 Unklarheiten und Abgrenzungskriterien in Bezug auf die Begriffe „Whistleblowing“ bzw. „Whistleblower“

Das Thema Whistleblowing ist durch sehr unterschiedliche Ansichten und damit durch kontroverse Diskussionen geprägt. Das gilt nicht nur für die Fragen, welchen (gesellschaftlichen) Status ein Whistleblower hat, wie mit ihm umzugehen ist, ob gesetzliche Regelungen zur Förderung und zum Schutz von Whistleblowern erforderlich sind, und wenn ja, welchen Inhalt diese Regelungen aufweisen müssen bzw. sollten, sondern dies gilt bereits für die Bestimmung der im Zusammenhang mit dem Whistleblowing bzw. dem Whistleblower verwendeten Terminologie. So eröffnen z.B. nicht nur die in diesem Kontext verwendeten Begriffe wie z.B. „Gutgläubigkeit“ und „Missstand“ mangels Bestimmtheit das Feld für eine große Meinungsvielfalt, sondern bereits der Begriff des Whistleblowings bzw. des Whistleblowers an sich.²

Mit dem für die Situation der Whistleblower grundlegenden Urteil vom 21. Juli 2011 (Heinisch v. Deutschland) hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) Whistleblowing als vom Schutzbereich des Art. 10 Abs. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) und damit vom Recht auf die Freiheit der Meinungsäußerung erfasst erachtet³ und Whistleblower im weitesten Sinne als Personen bezeichnet, die Alarm schlagen, um ein Fehlverhalten zu beenden, das andere Personen gefährdet.⁴ Der EGMR nennt in diesem Urteil grundlegende Kriterien für die weitere Abgrenzung zwischen (schutzwürdigen) Whistleblowern und Personen, die die Informationserteilung für eigene Zwecke missbrauchen (z.B. indem sie vorsätzlich Falschinformationen streuen, um einzelnen Personen, Unternehmen etc. zu schaden)⁵; ebenso die Parlamentarische Versammlung des Europarates in der EntschlieÙung 1729 (2010) bzw. der

¹ Edward Snowden ließ Dokumente veröffentlichen, die belegen, dass der amerikanische Geheimdienst National Security Agency (NSA) und der britische Geheimdienst Government Communications Headquarters (GCHQ) seit Jahren eine globale Totalüberwachung durchführen. Betroffen sind u.a. die Internetkommunikation (E-Mails, Chats, Videokonferenzen) (durch das Programm PRISM, das den Zugriff auf die Server bestimmter amerikanischer Unternehmen ermöglicht), die Telekommunikation (durch das Programm TEMPORA, mit dem Datenleiter angezapft und Telekommunikationsdaten erhoben und gespeichert werden) und, das Verhalten im Internet (durch das Programm XKEYSCORE, das u.a. dem Sammeln, Sortieren und Durchsuchen von Metadaten und Inhalten der Internetkommunikation und des Browserverlaufs dient).

² Siehe zur Darstellung der unterschiedlichen Ansichten z.B.: Webseite des Whistleblower-Netzwerkes e.V., <http://www.whistleblower-net.de/whistleblowing/whistleblowing-im-detail/definitionen/>; vgl. auch Kiraly, Whistleblower in Deutschland und Großbritannien – Lehren aus dem Fall Heinisch, RdA 2012, 236 (236); vgl. auch Strack, Whistleblowing in Deutschland, Seite 1, http://whistleblower-net.de/pdf/WB_in_Deutschland.pdf; Strack, Unzureichender Schutz von Whistleblowern in Deutschland, Compliance-Berater 4/2014, 113 (113).

³ EGMR, Urteil vom 21. Juli 2011, Beschwerde Nr. 28274/08 – Heinisch v. Deutschland, Nr. 41ff., 93, http://www.bmj.de/SharedDocs/EGMR/DE/20110721_28274_08.html.

⁴ EGMR, Urteil vom 21. Juli 2011, Beschwerde Nr. 28274/08 – Heinisch v. Deutschland, Nr. 37.

⁵ EGMR, Urteil vom 21. Juli 2011, Beschwerde Nr. 28274/08 – Heinisch v. Deutschland, Nr. 37.

Empfehlung 1916 (2010) zum Schutz von Informanten, jeweils vom 29. April 2011⁶ und das Ministerkomitee des Europarates in der offiziellen Empfehlung CM/Rec(2014)7 über den Schutz von Whistleblowern vom 30. April 2014.⁷ Im Laufe dieser Ausführungen werden sowohl die Entschlüsse bzw. Empfehlungen als auch die Kriterien im Einzelnen noch dargestellt.

Eine sorgsame Bestimmung der Kriterien für die Definition von „Whistleblowing“ bzw. „Whistleblower“ ist nicht nur für die Überwindung der nach wie vor in der Gesellschaft mit diesen Begriffen oftmals einhergehenden negativen Assoziationen wie Verrat und Denunziation unerlässlich; wie sich noch zeigen wird, müssen diese Begriffe auch mittels der erforderlichen allgemeinen nationalen gesetzlichen Regelung (im Rahmen der Festlegung des sachlichen und des persönlichen Anwendungsbereiches) hinreichend bestimmt werden.

3 Bedeutung von Whistleblowern

Whistleblower haben nicht nur betriebs- und behördenintern eine herausragende Bedeutung, sondern auch für die Gesellschaft und den Rechtsstaat an sich. Sie können dazu beitragen, Transparenz und demokratische Rechenschaftspflicht zu stärken, Korruption und Misswirtschaft zu bekämpfen und öffentliche Debatten zu initiieren; ferner kann das Handeln von Whistleblowern auch dazu führen, dass Forderungen nach beispielsweise (verstärkten) Kontrollmechanismen, Reformen bzw. sonstigen Maßnahmen laut werden, um die bekannt gegebenen Missstände zukünftig verhindern zu können.⁸ Aktuelles Beispiel für die herausragende Bedeutung von Whistleblowern ist einmal mehr Edward Snowden. Dessen Enthüllungen haben nicht nur eine globale Diskussion über Totalüberwachung und das Wirken von Geheimdiensten entfacht, sondern haben u.a. auch zur Folge, dass in vielen Ländern Forderungen nach Reformen der Geheimdienste laut werden.

Die Relevanz der Enthüllungen von Edward Snowden wird insbesondere deutlich, wenn man sich die Gefahren betrachtet, die einer Totalüberwachung anhaften. Unabhängig davon, dass damit massive Eingriffe in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung einhergehen und eine Unmenge von Informationen über die überwachten Personen erlangt wird (wodurch letztendlich eine Profilbildung möglich wird), schränkt eine offene Totalüberwachung zusätzlich auch die Freiheit des Einzelnen ein. Wenn die Menschen wissen, dass sie beobachtet werden, bewegen sie sich nicht mehr frei; sie verändern – wenn auch unbewusst – ihr Verhalten. So halten sie sich strikt an allgemeingültige soziale Normen, indem sie gesetzte Grenzen nicht überschreiten und versuchen, nichts zu tun, was als abweichlerisch oder unmoralisch angesehen werden könnte.⁹ In der Angst, beobachtet zu werden, fügt der Mensch sich; somit wird die Freiheit allein schon durch

⁶ Entschliessung der Parlamentarischen Versammlung zum Schutz von Informanten 1729 (2010) (resolution 1729 (2010), protection of „whistle-blowers“), <http://assembly.coe.int/main.asp?link=/documents/adoptedtext/ta10/eres1729.htm> und Empfehlung der Parlamentarischen Versammlung des Europarates zum Schutz von Informanten 1916 (2010) (recommendation 1916 (2010), protection of „whistle-blowers“), jeweils verabschiedet am 29. April 2010, <http://www.assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta10/EREC1916.htm>.

⁷ Empfehlung des Ministerkomitees des Europarates CM/Rec(2014)7 über den Schutz von Whistleblowern (Recommendation CM/Rec(2014)7 of the Committee of Ministers to member States on the protection of whistleblowers), vom 30. April 2014, http://www.coe.int/t/DGHL/STANDARDSETTING/CDcj/Whistleblowers/CM_Rec%282014%297German.pdf bzw. <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=2162283&>.

⁸ Vgl. Entschliessung 1729 (2010) der Parlamentarischen Versammlung des Europarates, Ziffer 1; vgl. Empfehlung 1916 (2010) der Parlamentarischen Versammlung des Europarates, Ziffer 1; vgl. auch Deiseroth, Whistleblower und Denunziatoren, ZRP 2008, 248 (251).

⁹ Greenwald, Die globale Überwachung – Der Fall Snowden, die amerikanischen Geheimdienste und die Folgen, 2014, Seite 247, vgl. auch Seite 248, 249, 252; vgl. Gössner, Sicherheitsrisiko Mensch. Globale Massenüberwachung untergräbt Völker- und Menschenrecht, Rechtsstaat und Demokratie, in Grundrechte-Report 2014, Seite 24.

die Angst, unter Beobachtung zu stehen, beschränkt.¹⁰ Totalüberwachung ist daher mit den Eckpfeilern der Demokratie, Pressefreiheit, Gedanken-, Gewissens-, Religions- und Versammlungsfreiheit, Schutz der Privatsphäre, Datenschutz sowie das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf, auf Unschuldsvermutung, auf ein faires Verfahren und Nichtdiskriminierung, wie sie in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union und der europäischen Menschenrechtskonvention verankert sind, unvereinbar.¹¹

4 Rechtliche und tatsächliche Situation der Whistleblower in Deutschland

4.1 Risiken für Whistleblower (mit einem kurzen Blick auch auf die USA)

Man sollte glauben, dass der immensen Bedeutung von Whistleblowern u.a. dadurch Rechnung getragen wird, dass diese im Falle der Aufdeckung von Missständen vor Repressalien geschützt sind. Das ist nicht der Fall; Whistleblower setzen sich vielmehr durch die Aufdeckung von Rechtsverstößen oder sonstigen sozialwidrigem Verhalten ihrer Arbeit- bzw. Auftraggeber großen Risiken aus bzw. haben erhebliche Nachteile zu erleiden. Die Erfahrungen aus der Vergangenheit haben gezeigt, dass ihnen nicht nur berufliche Nachteile (Mobbing am Arbeitsplatz, Kündigung und Verlust des Arbeitsplatzes) drohen. Sie müssen in nicht seltenen Fällen auch das Auseinanderbrechen familiärer bzw. anderweitiger sozialer Beziehungen, Diskreditierung, gesellschaftliche Exklusion sowie Gerichtsverhandlungen in Kauf nehmen.¹² Häufig werden auch die körperliche Unversehrtheit, das Leben und/oder die Freiheit von Whistleblowern bedroht. Beispielhaft sind in diesem Zusammenhang Whistleblower wie Edward Snowden¹³, Daniel Ellsberg¹⁴, Bradley (Chelsea) Manning¹⁵, William Binney¹⁶, Marco Wehner¹⁷, Brigitte Heinisch¹⁸, Margrit Herbst¹⁹, Frank Tibo²⁰ und Inge Hannemann²¹ zu nennen.

Eine besondere Bedrohung ergibt sich für Whistleblower, wenn es um die Aufdeckung von Missständen bei Regierungen geht. Hier ist exemplarisch auf die Schicksale von Bradley (Chelsea) Manning und Edward Snowden hinzuweisen; diese zeigen ganz deutlich: Wer über die Aktivitäten der amerikanischen Regierung berichtete (z.B. über die Initiierung von Kriegen, Folter von Menschen, Inhaftierungen ohne Anklage, Tötung von Zielpersonen mittels Drohnen), wurde diffamiert, verfolgt und massiv eingeschüchtert.²² Die Regierung Obama, die mehr strafrechtliche Ermittlungen gegen Whistleblower aus Kreisen des Geheimdienstes, Militärs etc. eingeleitet hat, als alle vorherigen Regierungen zusammengekommen²³, erzeugt ein Klima der Angst, um mögliche

¹⁰ Greenwald, Seite 249, 285.

¹¹ Entschließung des Europäischen Parlaments vom 12. März 2014 zu dem Überwachungsprogramm der Nationalen Sicherheitsagentur der Vereinigten Staaten, die Überwachungsbehörden in mehreren Mitgliedstaaten und die entsprechenden Auswirkungen auf die Grundrechte der EU-Bürger und die transatlantische Zusammenarbeit im Bereich Justiz und Inneres (2013/2188(INI)), Ziffer T (Erwägungen), Ziffer 5 (Ergebnisse), <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2014-0230+0+DOC+XML+V0//DE>.

¹² Vgl. Schürle/Fleck, „Whistleblowing Unlimited“ - Der U.S. Dodd Frank Act und die neuen Regeln der SEC zum Whistleblowing, CCZ 2011, 218 (221).

¹³ http://de.wikipedia.org/wiki/Edward_Snowden.

¹⁴ http://de.wikipedia.org/wiki/Daniel_Ellsberg.

¹⁵ http://de.wikipedia.org/wiki/Chelsea_Manning.

¹⁶ http://de.wikipedia.org/wiki/William_Binney.

¹⁷ <http://www.whistleblower-net.de/whistleblowing/fall-beispiele-fur-whistleblowing/ausstellung/ausstellung-marco-wehner/>.

¹⁸ EGMR, Urteil vom 21. Juli 2011, http://www.bmj.de/SharedDocs/EGMR/DE/20110721_28274_08.html.

¹⁹ http://de.wikipedia.org/wiki/Margrit_Herbst.

²⁰ <http://www.sueddeutsche.de/geld/geschasster-steuerchef-der-hypo-vereinsbank-brutal-aus-dem-weg-geraeumt-1.2043788>.

²¹ <http://www.whistleblower-net.de/whistleblowing/fall-beispiele-fur-whistleblowing/ausstellung/ausstellung-inge-hannemann/>.

²² Greenwald, Seite 127.

²³ Rosenbach/Stark, Der NSA Komplex – Edward Snowden und der Weg in die totale Überwachung, 2014, Seite 313.

Whistleblower abzuschrecken.²⁴ Dabei kann die Verfolgung von Whistleblowern durch die amerikanische Regierung so weit gehen, dass auch auf andere Staaten eingewirkt wird: Im Juli 2013 forderte die USA mehrere europäische Regierungen auf, der aus Moskau kommenden Regierungsmaschine des bolivianischen Präsidenten Evo Morales den Überflug zu verweigern, weil sie Edward Snowden an Bord wähnte. Die Maschine musste einen ungeplanten Tankstopp in Wien einlegen und wurde durchsucht.²⁵ Auch drohen Whistleblowern in den USA, die als „Geheimnisverräter“ diffamiert werden, Strafaktionen, die nicht kontrollierbar und dem Rechtsweg nicht zugänglich sind. Der Whistleblower Manning, der nach Ansicht internationaler Rechtsexperten US-Kriegsverbrechen öffentlich gemacht hatte, wurde zu 35 Jahren Haft verurteilt.²⁶ Doch damit nicht genug; die USA statuierte nicht nur mit der langen Haftstrafe ein Exempel an Manning, um weitere Whistleblower davon abzuhalten, geheime Informationen zu veröffentlichen: Für eine weitere Abschreckung musste Manning auch menschenunwürdige Behandlungen während seiner Haft in Quantico erdulden: Er wurde nackt in eine Einzelzelle gesperrt und auch auf andere Weise gedemütigt.²⁷ Auch Snowden droht nach dem in den USA geltenden Spionagegesetz von 1917 eine langjährige Haftstrafe – auch die Todesstrafe ist zumindest nach diesem Gesetz nicht ausgeschlossen. Hinzu kommt, dass Snowden nach diesem Gesetz keinen fairen öffentlichen, sondern einen geheimen, nicht nachprüfbaren bzw. anfechtbaren Prozess zu erwarten hätte.²⁸

4.2 Fehlende bzw. unzureichende gesetzliche Regelungen

Die für die Whistleblower bestehenden Risiken sind darauf zurückzuführen, dass die Rechtsstellung von Whistleblowern in Deutschland schwach ist. Dies beruht wiederum darauf, dass die Voraussetzungen, unter denen es zulässig ist, dass ein Whistleblower sein Wissen über Rechtsverstöße seines Arbeit- bzw. Auftraggebers - insbesondere an außenstehende Dritte (z.B. externe Behörden, Presse oder der Öffentlichkeit) - weitergibt, bislang nicht allgemein gesetzlich geregelt²⁹, sondern hauptsächlich von der Rechtsprechung entwickelt worden sind.³⁰ Für Beschäftigte bestehen sowohl im öffentlichen als auch im privaten Bereich Pflichten, die dazu führen, dass der Beschäftigte nicht ohne Weiteres Externe über Missstände, die in seinem beruflichen Umfeld aufgetreten sind, unterrichten darf.³¹ Insofern besteht ein Spannungsverhältnis zwischen dem Recht des Arbeitnehmers auf freie Meinungsäußerung gem. Art. 5 Abs. 1 GG und den Interessen des Arbeitgebers (guter Ruf, wirtschaftliche Interessen). Das Gericht entscheidet, welches Recht im Einzelfall gewichtiger ist – und damit auch, ob die Informationserteilung zulässig ist.³² Die Unwägbarkeiten entstehen in diesem Zusammenhang dadurch, dass das Richterrecht per se weniger Sicherheit als eine gesetzliche Regelung bietet.³³ Richterrecht ist durch Einzelfallentscheidungen geprägt. Generelle Rechtssätze, die in Urteilen enthalten sind, haben zwar eine gewisse abstrakte Aussagekraft, gleichwohl sind gerichtliche Entscheidung von der einzelfallorientierten richterlichen Abwägung und Bewertung geprägt und damit gewöhnlich nicht

²⁴ Greenwald, Seite 360.

²⁵ Rosenbach/Stark, Seite 16.

²⁶ Rosenbach/Stark, Seite 313.

²⁷ Rosenbach/Stark, Seite 62.

²⁸ Vgl. Rosenbach/Stark, Seite 305, 306, 315.

²⁹ Deiseroth, ZRP 2008, 248 (250); Kiraly, RdA 2012, 236 (236); Vgl. Jahresbericht Transparency Deutschland 2013, November, Seite 13, http://www.transparency.de/fileadmin/pdfs/Ueber_TI/Jahresbericht_2013_web.pdf: Transparency weist darauf hin, dass es in Deutschland nur einen eingeschränkten Schutz für Whistleblower gibt; vgl. Leuchten, Der gesetzliche Schutz für Whistleblower rückt näher, ZRP 2012, 142 (142); vgl. auch Entschließung 1729 (2010) der Parlamentarischen Versammlung des Europarates, Nr. 4 (stellt fest, dass es in den meisten Mitgliedstaaten keine umfassenden Gesetze zum Schutz von Whistleblowern gibt).

³⁰ Kiraly, RdA 2012, 236 (236, 239); Rudowski, Kernprobleme einer gesetzlichen Regelung zum Schutz von Whistleblowern, CCZ 2013, 204 (205); vgl. Brock, Neue Regelungen für Whistleblower im öffentlichen Dienst – Folgen der Heinisch-Entscheidung des EuGH vom 21.07.2011, öAT 2011, 243 (244).

³¹ Kiraly, RdA 2012, 236 (236).

³² Vgl. dazu z.B. BAG, Urteil vom 3. Juli 2003, 2 AZR 235/02, NZA 2004, 427 (429).

³³ Kiraly, RdA 2012, 236 (239).

(abschließend) einschätzbar. Hinzu kommt, dass gerichtliche Entscheidungen in nicht wenigen Fällen rechtlich fehlerhaft sind; dies belegt das für die Situation der Whistleblower grundlegende Urteil des EGMR vom 21. Juli 2011: Der EGMR stellte nach Abwägung der gegenüber der Arbeitgeberin bestehenden Loyalitätspflicht der Beschwerdeführerin (einer Altenpflegerin) mit dem Recht auf Meinungsfreiheit der Beschwerdeführerin fest, dass die arbeitsrechtliche fristlose Kündigung der Beschwerdeführerin, nachdem sie wegen menschenunwürdiger Zustände in einem Berliner Altenheim Strafanzeige erstattet hatte, unverhältnismäßig und daher Art. 10 EMRK verletzt war.³⁴ Ferner wies der EGMR darauf hin, dass die innerstaatlichen Gerichte keine gerechte Abwägung zwischen den widerstreitenden Interessen der Beschwerdeführerin einerseits und den Interessen der Arbeitgeberin andererseits vorgenommen haben³⁵; die von den deutschen Gerichten bestätigte Kündigung stellte daher nach Ansicht des EGMR einen Eingriff in das Recht der Beschwerdeführerin gem. Art. 10 Abs. 1 EMRK auf freie Meinungsäußerung dar.³⁶

In Deutschland gibt es nur vereinzelt bestehende gesetzliche Regelungen³⁷, die zudem lediglich fragmentarische Bedeutung haben; das betrifft sowohl den Anwendungsbereich, als auch die Folgen.³⁸

Exemplarisch ist in diesem Zusammenhang zunächst auf § 612a BGB einzugehen. Diese Norm weist entgegen der in der 246. Sitzung des Deutschen Bundestages am 13. Juni 2013 geäußerten Auffassung³⁹ keinen (hinreichenden) Regelungsinhalt zur Situation der Whistleblower auf. § 612a BGB statuiert ein Benachteiligungsverbot; es verbietet dem Arbeitgeber die Benachteiligung eines Arbeitnehmers, der in zulässiger Weise seine Rechte ausübt. Dieses Verbot läuft jedoch weitgehend leer, da es das Bestehen eines entsprechenden Rechtes voraussetzt⁴⁰; hinzu kommt, dass derjenige, der sich auf das Benachteiligungsverbot beruft, beweispflichtig ist.⁴¹

Die existierenden Einzelfallregelungen vermögen beispielsweise auch nicht (abschließend) die Unklarheiten zu klären, wie Beschäftigte bei Straftaten, Gefahren bei der Arbeit und anderen Missständen verfahren sollen, welche schwerwiegenden Straftaten Arbeitnehmer direkt gegenüber Strafverfolgungsbehörden anzeigen dürfen, wann Beamte direkt eine Strafanzeige erstatten dürfen, wann ausnahmsweise eine vorhergehende Information des Arbeitgebers entfallen kann oder unter welchen Voraussetzungen die Einschaltung der Öffentlichkeit zulässig ist.⁴²

Die Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes laufen außerdem Gefahr, bei der Information über Missstände das Dienstgeheimnis zu verletzen, was nach § 353b StGB strafbewehrt ist.⁴³ Es fehlen

³⁴ EGMR, Urteil vom 21. Juli 2011, Beschwerde Nr. 28274/08 - Heinisch v. Deutschland, Nr. 50, 62 – 92, 95.

³⁵ EGMR, Urteil vom 21. Juli 2011, Beschwerde Nr. 28274/08 – Heinisch v. Deutschland, Nr. 94.

³⁶ EGMR, Urteil vom 21. Juli 2011, Beschwerde Nr. 28274/08 – Heinisch v. Deutschland, Nr. 43, 45.

³⁷ Es gibt vereinzelt Spezialgesetze, die für einen eng begrenzten Anwendungsbereich Regelungen enthalten, z.B. § 85 Betriebsverfassungsgesetz, § 17 Abs. 2 Arbeitsschutzgesetz, § 37 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Beamtenstatusgesetz, seit dem 1. Januar 2014 auch § 25a Abs. 1 Satz 6 Nr. 3 KWG; vgl. Rudowski, CCZ 2013, 204 (205); vgl. Deiseroth, ZRP 2008, 248 (251); vgl. Brock, öAT 2011, 243 (245).

³⁸ Deiseroth, ZRP 2008, 248 (250); Kiraly, RdA 2012, 236 (236).

³⁹ Parlamentsprotokoll der 246. Sitzung des Deutschen Bundestages am 13. Juni 2013, Seite 31501, <http://dip21.bundestag.de/dip21/btp/17/17246.pdf>.

⁴⁰ Deiseroth, Stellungnahme zur Öffentlichen Anhörung in der 81. Sitzung des Ausschusses für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages zur Regelung des Informantenschutzes für Arbeitnehmer im Zusammenhang mit dem Gesetz zur Änderung des Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuches sowie anderer Vorschriften, Ausschussdrucksache 16(10)850-I, Seite 4, http://webarchiv.bundestag.de/archive/2010/0304/bundestag/ausschuesse/a10/anhoerungen/a10_81/16_10_850-I.pdf, vgl. Schaub in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Auflage, 1997, § 612a BGB, Rn. 6.

⁴¹ Deiseroth, Ausschussdrucksache 16(10)850-I, Seite 4.

⁴² Kiraly, RdA 2012, 236 (239); vgl. Strack, Compliance-Berater 4/2014, 113 (114).

⁴³ In der Anwendung des § 353b StGB ist die Anzeige von Missständen der öffentlichen Verwaltung schon früh als Abwägung zwischen Meinungsfreiheit und den Interessen des Staates gesehen worden. Vgl. dazu BGH, Urteil vom 8. November 1965, 8StE 1/65, NJW 1966, 1227 (1227)) und die Folgeentscheidung des BVerfG, Beschluss vom 28.

umfassende und abschließende Regelungen für die Situation, dass der Whistleblower zur Geheimhaltung und/oder Verschwiegenheit verpflichtet ist. Der Wissenschaftliche Dienst des Landtages Schleswig-Holstein hat jüngst in einem Gutachten u.a. eine Bewertung dazu abgegeben, wie der Schutz für Whistleblower für Beschäftigte des öffentlichen Dienstes in Schleswig-Holstein gestaltet ist.⁴⁴ Untersucht wurde insbesondere die Frage, inwieweit die Pflicht zur Verschwiegenheit Beamte des Landes daran hindert, Straftaten anzuzeigen. Für die Bewertung wurde § 37 Beamtenstatusgesetz (BeamStG) herangezogen. § 37 Abs. 1 Satz 1 dieser Norm begründet für Beamte eine Verschwiegenheitspflicht. Eine Ausnahme ist in § 37 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BeamStG geregelt. Danach gilt die in Absatz 1 normierte Verschwiegenheitspflicht nicht, soweit „gegenüber der zuständigen obersten Dienstbehörde, einer Strafverfolgungsbehörde oder einer durch Landesrecht bestimmten weiteren Behörde oder außerdienstlichen Stelle ein durch Tatsachen begründeter Verdacht einer Korruptionsstraftat nach den §§ 331 bis 337 des Strafgesetzbuches angezeigt wird.“

Diese Regelung kann jedoch angesichts der bestehenden Unsicherheiten bezüglich Reichweite und Regelungsgehalt der Vorschrift nicht als Schutzvorschrift für Whistleblower aus dem Bereich des Öffentlichen Dienstes erachtet werden.⁴⁵ Zunächst ist zu kritisieren, dass anstelle einer positiv-gesetzlichen Zulässigkeitsregelung für Beamte lediglich die Verschwiegenheitspflicht aufgehoben wird, und das auch nur, soweit Korruptionsstraftaten angezeigt werden. Beamte haben neben der Verschwiegenheitspflicht jedoch auch andere Pflichten zu wahren, z.B. das Gebot des achtungs- und vertrauenswürdigen Verhaltens, der Beratungs- und Unterstützungspflicht gegenüber Vorgesetzten und die Einhaltung des Dienstweges. Welche Konsequenzen eine Strafanzeige im Hinblick auf diese Pflichten hätte, ist nicht klar, da dies nicht Regelungsgegenstand des § 37 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BeamStG ist.⁴⁶ Ferner ist umstritten, wie weit der sachliche Anwendungsbereich dieser Regelung reicht. Teilweise wird die Ansicht vertreten, dass aus der Tatsache, dass diese Regelung explizit die Anzeige von Korruptionsstraftaten erfasst, der Umkehrschluss zu ziehen sei, dass die Anzeige anderer Straftaten durch Beamte gegenüber der zuständigen Dienstbehörde oder einer Strafverfolgungsbehörde untersagt sei. Dagegen wird eingewandt, dass es sich nach den allgemeinen verwaltungsrechtlichen Vorschriften beurteilen müsse, ob eine Strafanzeige zulässig sei. Im Einzelfall sei die aus Art. 33 Abs. 5 GG resultierende Pflicht des Beamten mit den Grundrechten des Beamten aus Art. 2 GG bzw. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG, Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG abzuwägen.⁴⁷

Die unzureichende Rechtslage zeigt sich auch vor dem Hintergrund des zum Datenschutzrecht bestehenden Spannungsverhältnisses: Das Whistleblowing geht gewöhnlich mit der Übermittlung personenbezogener Daten einher. Die Übermittlung personenbezogener Daten ist – wie andere Verwendungen personenbezogener Daten auch – jedoch nur zulässig, wenn es dafür eine Ermächtigungsgrundlage gibt. Durch das Whistleblowing ist daher auch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung desjenigen betroffen, der „beschuldigt“ wird (oftmals der Arbeitgeber). Mit einer gesetzlichen Regelung zur Situation des Whistleblowings, die u.a. regelt, unter welchen Voraussetzungen ein derartiger Eingriff zulässig ist, wird auch dem Schutz des von der Datenverarbeitung Betroffenen Rechnung getragen.

April 1970, 1 BvR 690/65, NJW 1970, 1498ff..

⁴⁴ Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes des Schleswig-Holsteinischen Landtages vom 22. Juli 2014, „Spielräume für Whistleblowerschutz auf Landesebene“, Schleswig-Holsteinischer Landtag, Umdruck 18/3198, <http://www.landtag.ltsh.de/infothek/wahl18/umdrucke/3100/umdruck-18-3198.pdf>.

⁴⁵ Vgl. Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes des Schleswig-Holsteinischen Landtages vom 22. Juli 2014, Umdruck 18/3198, Seite 4.

⁴⁶ Vgl. Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes des Schleswig-Holsteinischen Landtages vom 22. Juli 2014, Umdruck 18/3198, Seite 4.

⁴⁷ Vgl. die Darstellung der divergierenden Ansichten: Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes des Schleswig-Holsteinischen Landtages vom 22. Juli 2014, Umdruck 18/3198, Seiten 4, 5.

Mit Urteil vom 21. Juli 2011 wies der EGMR ausdrücklich auf die unzureichende Gesetzeslage in Deutschland hin, indem er feststellte, dass das deutsche Recht keine allgemeinen Bestimmungen für die Offenlegung von Missständen bereithält, und die Diskussionen über entsprechende Gesetzesentwürfe noch nicht zu Ergebnissen geführt hätten.⁴⁸ Ferner hat der EGMR unter Einbeziehung u.a. der EntschlieÙung 1729 (2010) und Empfehlung 1916 (2010) der Parlamentarischen Versammlung des Europarates über den „Schutz von Informanten“ Kriterien aufgestellt, nach denen sich die Schutzwürdigkeit der Informationsweitergabe bestimmt.⁴⁹ Sowohl auf die Kriterien als auch auf die in Bezug genommenen EntschlieÙungen und Empfehlungen der Parlamentarischen Versammlung des Europarates wird später noch eingegangen.

Obwohl dieses Urteil verbindliche Aussagen trifft zu der Bedeutung von Whistleblowern, der rechtlichen Einstufung ihres Handelns und den Forderungen an nationale Gesetzgeber, bietet es keinen ausreichenden Rechtsschutz. Das beruht maßgeblich darauf, dass der Betroffene angesichts des durch Einzelfallentscheidungen geprägten Richterrechts nicht sicher sein kann, ob die ihn betreffende Fallkonstellation so bewertet wird, wie der dem Urteil des EGMR vom 21. Juli 2011 zu Grunde liegende Fall.⁵⁰ So hat beispielsweise das OLG Frankfurt a.M. mit Urteil vom 8. Mai 2014 in Verkenntung der von dem EGMR aufgestellten Grundsätze im Berufungsverfahren ein Urteil des Landgerichts, mit dem eine Klage gegen einen Personalberater abgewiesen wurde, aufgehoben und den Personalberater wegen Verletzung seiner Verschwiegenheitsverpflichtung zu einer Schadensersatzzahlung verpflichtet.⁵¹

In der Konsequenz gab es nach dem Urteil des EGMR vom 21. Juli 2011 in Deutschland diverse Anläufe und Initiativen⁵², die Frage des Whistleblowings (umfassend) gesetzlich zu regeln, die jedoch erfolglos blieben.⁵³ Beispielsweise wurde eine Gesetzesinitiative des Bundesministeriums

⁴⁸ EGMR, Urteil vom 21. Juli 2011, Beschwerde Nr. 28274/08 – Heinisch v. Deutschland, Nr. 31, 32, 75.

⁴⁹ EGMR, Urteil vom 21. Juli 2011, Beschwerde Nr. 28274/08 – Heinisch v. Deutschland, Nr. 37, 62ff..

⁵⁰ Vgl. Nußberger, Auswirkungen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte auf das deutsche Arbeitsrecht, RdA 2012, 270 (277): In einem Fall wurde gerügt, dass ein nationales Gericht die Rechtsprechung des EGMR missachtet habe. Der EGMR, dem die Sache zur Entscheidung vorgelegt wurde, widersprach dieser Auffassung und argumentierte, dass die Entscheidung der deutschen Gerichte zur Abgrenzung der Privatsphäre und Meinungsfreiheit in dem konkreten, etwas anders als in dem Ausgangsfall gelagerten Fall vertretbar war.

⁵¹ OLG Frankfurt a.M., Urteil vom 8. Mai 2014, 16 U 175/13, <http://openjur.de/u/688361.html>: Nach Abschluss eines Bewerbungsverfahrens, in dem der Personalberater eine bestimmte Bewerberin vorgeschlagen hatte, diese jedoch abgelehnt wurde, teilte der Personalleiter dem Personalberater mit, er wolle keine Frau einstellen. Der Personalberater setzte die abgewiesene Bewerberin davon in Kenntnis. Diese verklagte das Unternehmen erfolgreich gegen Verstoß gegen das Allgemeine Gleichstellungsgesetz auf Schadensersatz. Das Unternehmen machte diese Summe im Regresswege gegenüber dem Personalberater geltend und hatte in der Berufungsinstanz Erfolg. Das OLG Frankfurt a.M. setzt sich mit seiner Entscheidung in mehrfacher Hinsicht über die grundsätzlichen Aussagen des EGMR hinweg. So wird beispielsweise argumentiert, dass der zu entscheidende Fall nicht mit dem Fall Heinisch vergleichbar sei, da hier kein Missstand an die Öffentlichkeit gebracht worden sei, sondern ein Individualinteresse auf zivilrechtliche Entschädigung unterstützt worden sei.

⁵² In diesem Kontext ist exemplarisch auf die nachfolgend aufgeführten Pressemitteilungen von Transparency International Deutschland e.V. hinzuweisen:

- vom 21. August 2008 (<http://www.transparency.de/2008-08-21-Einfuehrung-gesetzl.1208.0.html?&contUId=241>),

- vom 29. Juni 2008 (<http://www.transparency.de/2009-06-29-Magdeburger-Entschl.1435.0.html?&contUId=2915>),

- vom 22. Juli 2011 (<http://www.transparency.de/2011-07-22-Urteil-EGMR.1934.0.html?&contUId=4032>),

- vom 9. Dez. 2012 (http://www.transparency.de/2012-02-09_Transparency-Deutsc.2054.0.html?&contUId=4374),

- vom 28. Feb. 2013 (<http://www.transparency.de/2013-02-28-Lebensmittelskandal.2246.0.html?&contUId=4949>),

- vom 24. Juli 2013 (http://www.transparency.de/2013-07-24_Whistleblowerpreis.2334.0.html?&contUId=5245),

- vom 5. Nov. 2013 (http://www.transparency.de/2013-11-05_EU-Whistleblowerber.2379.0.html?&contUId=5411) und - vom 6. Feb. 2014,

(http://www.transparency.de/14-02-06_NRW-Hinweisgeberschut.2440.0.html?&contUId=5531); vgl. auch die chronologische Übersicht über offizielle Gesetzgebungsinitiativen und Vorschläge zu Whistleblowing in Deutschland auf der Webseite des Whistleblower-Netzwerk e.V., <http://www.whistleblower-net.de/was-wir-wollen/gesetzliche-regelungen/chronologische-ubersicht-uber-offizielle-gesetzgebungsinitiativen-und-vorschlaege-zu-whistleblowing-in-deutschland/>.

⁵³ Vgl. Deiseroth, ZRP 2008, 248 (251); vgl. Brock, öAT 2011, 243 (244); zur Übersicht siehe Kiraly, RdA 2012, 236 (240); vgl. auch die Übersicht bei Rudowski, CCZ 2013, 204 (Fußnote 5); vgl. Strack, Compliance-Berater 4/2014,

für Arbeit und Soziales, des Bundesministeriums für Justiz und des Bundesministeriums für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz aus dem Jahr 2008 (als Folge sogenannter Gammelfleischskandale)⁵⁴ nach heftiger Kritik - hauptsächlich durch die Arbeitgeberverbände - nicht weiter verfolgt.⁵⁵ Ebenso erfolglos war beispielsweise eine Bundesratsinitiative der Länder Berlin und Hamburg, eine EntschlieÙung des Bundesrates über eine gesetzliche Regelung zum arbeitsrechtlichen Informantenschutz herbeizuführen (BR-Drs. 534/11); dieser Antrag wurde in der Sitzung vom 14. Oktober 2011 abgelehnt.⁵⁶ Auch die in der letzten Legislaturperiode vorgelegten Gesetzesentwürfe von den Oppositionsfractionen im Bundestag, der Linken⁵⁷, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN⁵⁸ und der SPD⁵⁹ wurden nicht angenommen; sie scheiterten an den Mehrheitsverhältnissen; für FDP und die CDU/CSU bestand kein Handlungsbedarf.⁶⁰

Die Umsetzung des Urteils des EGMR vom 21. Juli 2011 durch den nationalen Gesetzgeber ist erforderlich, da nur gesetzliche Regelungen zu einer hinreichenden Rechtssicherheit führen können.⁶¹ Dies gilt nicht nur für Deutschland, sondern für alle Staaten, in denen der Schutz für Whistleblower entweder gar nicht oder nur unzureichend ausgestaltet ist.⁶² Diese müssen in ihrer nationalen Gesetzgebung Vorkehrungen zum Schutz von Whistleblowern treffen. Was Deutschland betrifft, sind bis jetzt keine der exemplarisch nachfolgend dargestellten Empfehlungen und Vorgaben zum Schutz für Whistleblower umgesetzt worden. So fordern OECD, G20 und Europarat Deutschland seit langem auf, den Schutz für Whistleblower zu verbessern. Die OECD beispielsweise hatte Deutschland bereits Anfang 2011 eine Zweijahresfrist gesetzt, um ihre Empfehlungen umzusetzen - bisher erfolglos.⁶³ Auch der auf dem G20-Gipfel im November 2010 u.a. von Deutschland statuierten Selbstverpflichtung, bis Ende 2012 Regelungen zum gesetzlichen Schutz von Whistleblowern einzuführen und umzusetzen, wurde bis heute nicht nachgekommen.⁶⁴ Festzuhalten bleibt mit dem EMGR daher, dass das deutsche Recht nach wie vor keine speziellen Durchführungsmechanismen für die Untersuchung von Hinweisen eines Whistleblowers und für Forderungen nach entsprechender Abhilfe durch den Arbeitgeber bereithält.⁶⁵ Angesichts der fehlenden Regelungen sind für den Einzelnen damit die Folgen des Alarmschlagens kaum kalkulierbar.⁶⁶

113 (113, 115).

⁵⁴ Ausschussdrucksache 16(10)849, Stand April 2008, <http://www.transparency.de/fileadmin/pdfs/Themen/Hinweisgebersysteme/1610849-Informantenschutz-08-04-30.pdf>.

⁵⁵ Kiraly, RdA 2012, 236 (240).

⁵⁶ Brock, öAT 2011, 243 (244).

⁵⁷ Bundestagsdrucksache (BT-Drs) 17/6492 vom 5. Juli 2011; <http://dipbt.bundestag.de/extrakt/ba/WP17/370/37064.html> (Antrag der Fraktion Die Linke (BT-Drs) 17/6492: <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/17/064/1706492.pdf>).

⁵⁸ Bundestagsdrucksache (BT-Drs.) 17/9782 mit dem Gesetzesvorschlag der Fraktion Bündnis90/Die Grünen vom 23. Mai 2012, Entwurf eines Gesetzes zur Förderung von Transparenz und zum Diskriminierungsschutz von Hinweisgeberinnen und Hinweisgebern (Whistleblower-Schutzgesetz), <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/17/097/1709782.pdf>.

⁵⁹ Bundestagsdrucksache (BT-Drs.) 17/8567, Gesetzesvorschlag vom 7. Februar 2012, Entwurf eines Gesetzes zum Schutz von Hinweisgebern – Whistleblowern (Hinweisgeberschutzgesetz – HinwGebSchG), ; <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/17/085/1708567.pdf>.

⁶⁰ Zur Übersicht und mit weiteren Hinweisen: Strack, Compliance-Berater 4/2014, 113 (113, 115); Parlamentsprotokoll der 246. Sitzung des Deutschen Bundestages am 13. Juni 2013, Seite 31500 – 31506, <http://dip21.bundestag.de/dip21/btp/17/17246.pdf>.

⁶¹ Vgl. auch EntschlieÙung der Parlamentarischen Versammlung des Europarates 1729 (2010), Nr. 5 (dort wird festgestellt, dass zum Schutz von Whistleblowern eine angemessene Gesetzgebung erforderlich ist).

⁶² Vgl. Pressemitteilung von Transparency International Deutschland e.V. vom 5. November 2013; Transparency Jahresbericht 2013, November, Seite 13: Von den bewerteten 27 EU-Mitgliedstaaten wiesen Ende 2013 nur vier Länder einen guten Schutz von Whistleblowern auf (Großbritannien, Luxemburg, Rumänien und Slowenien). In Deutschland und 15 weiteren Ländern gibt es dagegen nur einen eingeschränkten Schutz. In sieben Ländern gibt es keinen oder nur sehr geringen Schutz.

⁶³ Pressemitteilung von Transparency International Deutschland e.V. vom 5. November 2013.

⁶⁴ <http://www.whistleblower-net.de/whistleblowing/rechtslage-im-ausland/internationale-organisationen/g20-staaten/>.

⁶⁵ EGMR, Urteil vom 21. Juli 2011, Beschwerde Nr. 28274/08 – Heinisch v. Deutschland, Nr. 75.

⁶⁶ Deiseroth, ZRP 2008, 248 (250).

5 Anforderungen zum Regelungsinhalt an gesetzliche Regelungen zur Förderung und zum Schutz von Whistleblowern

Die vorhergehenden Ausführungen zeigen mit aller Deutlichkeit, dass ein Gesetz zur Förderung und zum Schutz von Whistleblowern nicht nur im Hinblick auf die bestehenden Defizite in der Rechtsordnung, sondern auch im Interesse der Gesamtgesellschaft, der Arbeitnehmer aber auch der Unternehmen und Betriebe dringend geboten ist.⁶⁷

5.1 Empfehlungen und Forderungen an den nationalen Gesetzgeber

Für den nationalen Gesetzgeber gibt es diverse Empfehlungen und Vorgaben für den Erlass und Inhalt gesetzlicher Regelungen zur Förderung und zum Schutz von Whistleblowern. Die nachfolgende Darstellung kann diese nur exemplarisch wiedergeben.

5.1.1 Empfehlungen und Vorgaben der Parlamentarischen Versammlung des Europarates

Entschließung der Parlamentarischen Versammlung des Europarates 1551 (2007):

Mit der Entschließung der Parlamentarischen Versammlung des Europarates 1551 (2007) vom 19. April 2007 betreffend „Fragen fairer Strafprozesse wegen Spionage oder Preisgabe von Staatsgeheimnissen“⁶⁸ werden Leitsätze u.a. zum Schutz für diejenigen ausgesprochen, die Staatsgeheimnisse preisgegeben haben. Es wird u.a. betont, dass die legitimen Interessen des Staates bei dem Schutz von Dienstgeheimnissen nicht zu einem Vorwand werden dürfen, um die Meinungs- und Informationsfreiheit, die internationale wissenschaftliche Zusammenarbeit und die Tätigkeit von Anwälten und anderer Verfechter der Menschenrechte in unverletzbarer Form einzuschränken.⁶⁹ Hervorgehoben werden ferner die Bedeutung der Presse- und Informationsfreiheit in einer demokratischen Gesellschaft⁷⁰ sowie das Wirken von Menschenrechtlern⁷¹ im Zusammenhang mit der Aufdeckung von Korruption, Menschenrechtsverletzungen, Umweltzerstörungen und andere Formen des Missbrauchs von Befugnissen. Auch wird Bezug genommen auf den besorgniserregenden Umgang in einigen Ländern (u.a. auch in Deutschland) mit Medienherausgebern, Journalisten oder anderen Whistleblowern, insbesondere in den Fällen, in denen es um Offenbarungen von Rechtsverletzungen bei Behörden geht.⁷² Ferner werden Grundsätze aufgestellt, die einen fairen Verfahrensablauf sicherstellen sollen.⁷³

Entschließung 1729 (2010) und Empfehlung 1916 (2010) der Parlamentarischen Versammlung des Europarates

Weitere Anforderungen ergeben sich aus der Entschließung 1729 (2010)⁷⁴ und der Empfehlung 1916 (2010)⁷⁵ der Parlamentarischen Versammlung des Europarates zum Schutz von Informanten vom 29. April 2010. Mit der Entschließung forderte die Parlamentarische Versammlung des

⁶⁷ Vgl. Deiseroth, Ausschussdrucksache 16(10)850-I, Seite 9, 10.

⁶⁸ Entschließung 1551 (2007) der Parlamentarischen Versammlung des Europarates vom 19. April 2007 betreffend Fragen fairer Strafprozesse wegen Spionage oder Preisgabe von Staatsgeheimnissen (resolution 1551(2007) fair trail issues cases concerning espionage divulging state secrets), <http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta07/ERES1551.htm>.

⁶⁹ Entschließung 1551 (2007) der Parlamentarischen Versammlung des Europarates, Nr. 1.

⁷⁰ Entschließung 1551 (2007) der Parlamentarischen Versammlung des Europarates, Nr. 2.

⁷¹ Entschließung 1551 (2007) der Parlamentarischen Versammlung des Europarates, Nr. 3.

⁷² Vgl. Entschließung 1551 (2007) der Parlamentarischen Versammlung des Europarates, Nr. 8.

⁷³ Entschließung 1551 (2007) der Parlamentarischen Versammlung des Europarates, insbesondere Nr. 9 und 10 (10.2, 10.3, 10.6, 10.7).

⁷⁴ <http://assembly.coe.int/main.asp?link=/documents/adoptedtext/ta10/eres1729.htm>.

⁷⁵ <http://www.assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta10/EREC1916.htm>.

Europarates u.a. alle Mitgliedstaaten dazu auf, ihre gesetzlichen Bestimmungen über den Schutz von Whistleblowern unter Berücksichtigung konkret benannter Grundsätze⁷⁶ zu überprüfen⁷⁷; mit der Empfehlung rät sie, das Ministerkomitee solle unter Berücksichtigung der in der Entschließung aufgeführten Grundsätze ein Regelwerk zum Schutz von Informanten erarbeiten⁷⁸; das Ministerkomitee solle die Mitgliedstaaten aufrufen, ihre bestehende Gesetzgebung auf Übereinstimmung mit diesem Regelwerk zu überprüfen.⁷⁹ Ferner empfiehlt sie zum Schutz von Informanten die Erarbeitung eines Rahmenübereinkommens in Erwägung zu ziehen.⁸⁰

5.1.2 Feststellungen des EGMR, Urteil vom 21. Juli 2011

Der EGMR hat für die Beurteilung der Schutzwürdigkeit von Whistleblowern (bzw. der Schutzfähigkeit der offenbarten Informationen) folgende Kriterien für relevant erachtet:

- Gewichtung der Interessen: Abwägung der Interessen des Arbeitgebers (Schutz seines Rufes und seiner wirtschaftlichen Interessen) mit dem Recht des Arbeitnehmers auf freie Meinungsäußerung sowie Berücksichtigung des öffentlichen Interesses an der offengelegten Information.⁸¹

Ausdrücklich hat der EGMR festgestellt, dass auch die Hinweise auf strafbares oder rechtswidriges Verhalten am Arbeitsplatz durch Beschäftigte des öffentlichen Dienstes unter bestimmten Umständen Schutz genießen würden. Trotz der bei den Beschäftigten des öffentlichen Dienstes im Verhältnis zu Beschäftigten in der Privatwirtschaft stärker ausgeprägten Loyalitätspflicht seien die Grundsätze und Kriterien, die im Hinblick auf die Abwägung zwischen dem Recht des Arbeitnehmers auf freie Meinungsäußerung in Form von Hinweisen auf strafbares oder rechtswidriges Verhalten seitens des Arbeitgebers und dem Recht des Arbeitgebers auf Schutz seines Rufes und seiner wirtschaftlichen Interessen gelten, auf Beschäftigte des öffentlichen Dienstes anwendbar.⁸²

- Schaden, der dem Arbeitgeber durch die in Rede stehende Veröffentlichung möglicherweise entstehen könnte/entstanden sei: Überwiegt dieser Schaden das Interesse der Allgemeinheit an der Information?⁸³
- Beweggründe des die Missstände anzeigenden Arbeitnehmers: Beispielsweise würde eine Handlung, die durch persönlichen Groll, persönliche Feindschaft oder die Erwartung eines persönlichen Vorteils wie eines finanziellen Gewinns motiviert sei, kein besonderes hohes Schutzniveau rechtfertigen. Es sei wichtig festzustellen, dass die offenlegende Person die Offenlegung in gutem Glauben und in der Überzeugung vorgenommen habe, dass die Information wahr war, dass sie im öffentlichen Interesse lag, und dass keine anderen, diskreteren Mittel existierten, um gegen die angeprangerten Missstände vorzugehen.⁸⁴ Es sollte bei jedem Whistleblower davon ausgegangen werden, dass er in gutem Glauben gehandelt habe, soweit er vernünftige Gründe für die Annahme hatte, dass die offengelegten Informationen wahr waren, selbst wenn sich später herausstelle, dass dies

⁷⁶ Entschließung 1729 (2010) der Parlamentarischen Versammlung des Europarates, Nr. 6 (Nr. 6.1, 6.2, 6.3, 6.4 mit den jeweiligen Unterpunkten).

⁷⁷ Entschließung 1729 (2010) der Parlamentarischen Versammlung des Europarates, Nr. 9.

⁷⁸ Empfehlung 1916 (2010) der Parlamentarischen Versammlung des Europarates, Nr. 2.1.

⁷⁹ Vgl. Emre Yildirim, Institut für Informationsrecht (IvIR), Universität Amsterdam; Empfehlung 1916 (2010) der Parlamentarischen Versammlung des Europarates, Nr. 2.2.

⁸⁰ Empfehlung 1916 (2010) der Parlamentarischen Versammlung des Europarates, Nr. 2.3.

⁸¹ EGMR, Urteil vom 21. Juli 2011, Beschwerde Nr. 28274/08 – Heinisch v. Deutschland, Nr. 64, 66.

⁸² EGMR, Urteil vom 21. Juli 2011, Beschwerde Nr. 28274/08 – Heinisch v. Deutschland, Nr. 63, 64.

⁸³ EGMR, Urteil vom 21. Juli 2011, Beschwerde Nr. 28274/08 – Heinisch v. Deutschland, Nr. 68.

⁸⁴ EGMR, Urteil vom 21. Juli 2011, Beschwerde Nr. 28274/08 – Heinisch v. Deutschland, Nr. 69.

nicht der Fall gewesen sei, und vorausgesetzt, dass er keine rechtswidrigen oder unethischen Ziele verfolgt habe.⁸⁵

- Die gegen den offenbarenden Arbeitnehmer verhängte Strafe und ihre Folgen: (Beispielsweise welche Härte weist die Sanktion auf? Hat diese eine (erhebliche) abschreckende Wirkung auf andere Arbeitnehmer im Betrieb und/oder durch die Berichterstattung der Sanktionen in den Medien sogar auf Arbeitnehmer im gleichen beruflichen Sektor aber in anderen Betrieben?) Eine derartige abschreckende Wirkung schade der Gesellschaft als Ganzes.⁸⁶
- Authentizität der offengelegten Information: Die Ausübung des Rechts auf freie Meinungsäußerung sei mit Pflichten und Verantwortung verbunden und jede Person, die Informationen offenlegen will, müsse – soweit es die Umstände erlauben – sorgfältig prüfen, ob die Informationen zutreffend und zuverlässig seien.⁸⁷

Ferner stellt der EGMR fest, dass Hinweise angesichts der Pflicht zur Loyalität und Diskretion zunächst gegenüber dem Vorgesetzten oder anderen zuständigen Stellen oder Einrichtungen vorgebracht werden sollten. Nur wenn dies eindeutig unpraktikabel ist, dürfe als ultima ratio die Öffentlichkeit informiert werden.⁸⁸

5.1.3 Weitere Vorgaben

Abschlussbericht des europäischen Untersuchungsausschusses zur NSA-Affäre:

Mit der Entschließung des Europäischen Parlaments vom 12. März 2014 zu dem Überwachungsprogramm der Nationalen Sicherheitsagentur der Vereinigten Staaten, die Überwachungsbehörden in mehreren Mitgliedstaaten und die entsprechenden Auswirkungen auf die Grundrechte der EU-Bürger und die transatlantische Zusammenarbeit im Bereich Justiz und Inneres (2013/2188(INI)) (Abschlussbericht des europäischen Untersuchungsausschusses zur NSA-Affäre), mit der das Europäische Parlament auf seine Entschließung zu organisierten Verbrechen, Korruption und Geldwäsche vom 23.10.2013⁸⁹ und dem dort geforderten europäischen Schutzprogramm für Informanten Bezug nimmt,⁹⁰ wird nochmals auf die schwierige Lage von Informanten und ihrer Unterstützer (einschließlich Journalisten) aufmerksam gemacht; die Europäische Kommission wird u.a. aufgefordert zu prüfen, ob ein künftiger Gesetzesvorschlag zur Einrichtung eines wirksamen und umfassenden europäischen Programms für den Schutz von Informanten auch andere Zuständigkeitsbereiche unter besonderer Berücksichtigung der Komplexität des „Whistleblowing“ im Bereich der Nachrichtendienste umfassen sollte. Zugleich fordert das Europäische Parlament die Mitgliedstaaten auf, dafür Sorge zu tragen, dass ihre Rechtsvorschriften, insbesondere auf dem Gebiet der nationalen Sicherheit, eine sichere Alternative für das Verschweigen der Aufdeckung von oder der Berichterstattung über Fehlverhalten bieten, einschließlich Korruption, Straftaten, Verstöße gegen rechtliche

⁸⁵ Entschließung 1729 (2010) der Parlamentarischen Versammlung des Europarates, Nr. 6; (Bezugnahme in EGMR, Urteil vom 21.07.2011, Beschwerde Nr. 28274/08 – Heinisch v. Deutschland, Nr. 37, 80).

⁸⁶ EGMR, Urteil vom 21. Juli 2011, Beschwerde Nr. 28274/08 – Heinisch v. Deutschland, Nr. 70, 91.

⁸⁷ EGMR, Urteil vom 21. Juli 2011, Beschwerde Nr. 28274/08 – Heinisch v. Deutschland, Nr. 67, 77.

⁸⁸ EGMR, Urteil vom 21. Juli 2011, Beschwerde Nr. 28274/08 – Heinisch v. Deutschland, Nr. 65.

⁸⁹ In Folge der Enthüllungen von Edward Snowden hatte das Europäische Parlament in seiner Entschließung zu organisierten Verbrechen, Korruption und Geldwäsche vom 23.10.2013 die Europäische Kommission aufgefordert, einen Gesetzesvorschlag vorzulegen, der ein wirksames und umfassendes europäisches Schutzprogramm für Informanten vorsieht.

⁹⁰ Entschließung des Europäischen Parlaments (2013/2188(INI)), Ziffer V (Erwägungen), <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2014-0230+0+DOC+XML+V0//DE>.

Verpflichtungen, Justizirrtümer und Amtsmissbrauch.⁹¹ Ferner hat das Europäische Parlament einen sog. „Europäischen digitalen Habeas-Corpus-Grundsatz“ (Schutz der Grundrechte in einem digitalen Zeitalter) beschlossen, mit dem insgesamt acht Aktionen eingeführt werden sollen, deren Umsetzung das Europäische Parlament überwachen will. Im Zuge dieser Aktionen ist der „Schutz der Rechtsstaatlichkeit und der Grundrechte der EU-Bürger, des Rechts der Öffentlichkeit auf unparteiische Informationen und des Berufsgeheimnisses sowie Gewährleistung eines erweiterten Schutzes für Informanten“ geplant.⁹²

Empfehlung CM/Rec(2014)7 des Ministerkomitees des Europarates:

Da die vorgenannten Vorgaben zum Schutz von Whistleblowern bislang u.a. auch in Deutschland nicht umgesetzt wurden, hat das Ministerkomitee des Europarates mit der Empfehlung CM/Rec(2014)7 vom 30. April 2014 eine offizielle Empfehlung zum Schutz von Whistleblowern ausgesprochen.⁹³ Mit dieser Empfehlung werden die Mitgliedstaaten - u.a. auch Deutschland - aufgefordert, ihre Verpflichtung zum Schutz von Journalisten und anderen Medienakteuren vor Einschüchterung und Angriffen zu erfüllen und einen nationalen gesetzlichen Rahmen bereitzustellen, der Menschen schützt, die auf Verletzungen und Gefährdungen des öffentlichen Interesses im Zusammenhang mit ihrer Arbeit hinweisen oder Informationen hierzu öffentlich machen.⁹⁴ Die Mitgliedstaaten sollen den Schutz des Rechts und der Interessen der Whistleblower sicherstellen und zugleich Maßnahmen ergreifen, um Whistleblowing zu erleichtern. Das Komitee empfiehlt, die Whistleblower durch innerstaatliches Recht zu schützen, und stellt den Mitgliedstaaten 29 Prinzipien zur Verfügung, die bei der Einführung neuer Gesetze berücksichtigt werden sollen. Diese 29 Prinzipien gliedern sich in die Kategorien „Materieller Geltungsbereich“, „Persönlicher Geltungsbereich“, „Normativer Regelungsrahmen“, „Wege für Meldungen und Mitteilungen von Informationen“, „Vertraulichkeit“, „Reaktion auf die Meldung und die Mitteilung von Informationen“, „Schutz gegen Repressalien“ und „Beratung, Sensibilisierung und Bewertung“. Gefordert wird mit diesen Prinzipien u.a. Folgendes:

- Der materielle Geltungsbereich des nationalen Regelungsrahmens sollte festgelegt werden; dieser sollte zumindest die Gesetzes- und Menschenrechtsverletzungen sowie die Gefahren für die öffentliche Gesundheit und Sicherheit und für die Umwelt umfassen.⁹⁵
- Der persönliche Geltungsbereich sollte alle Personen erfassen, die entweder im privaten oder öffentlichen Sektor arbeiten, unabhängig von der Art ihres Arbeitsverhältnisses und der Tatsache, dass sie entlohnt werden oder nicht.⁹⁶ Es sollten auch die Personen erfasst sein, deren Arbeitsverhältnis beendet ist oder unter Umständen noch nicht begonnen hat, wenn die Informationen über Gefahren oder Nachteile u.a. im Einstellungsverfahren erlangt wurden.⁹⁷
- Whistleblower sollten gegen jede Form von unmittelbaren oder mittelbaren Repressalien u.a. durch den Arbeitgeber geschützt werden.⁹⁸

⁹¹ Entschließung des Europäischen Parlaments (2013/2188(INI)), Ziffer 89 (Ergebnisse).

⁹² Entschließung des Europäischen Parlaments (2013/2188(INI)), Ziffer 132 (Ergebnisse).

⁹³ Empfehlung CM/Rec(2014)7 des Ministerkomitees des Europarates vom 30. April 2014, http://www.coe.int/t/DGHL/STANDARDSETTING/CDcj/Whistleblowers/CM_Rec%282014%297German.pdf.

⁹⁴ Empfehlung CM/Rec(2014)7 des Ministerkomitees des Europarates, Empfehlung Absatz 11.

⁹⁵ Empfehlung CM/Rec(2014)7 des Ministerkomitees des Europarates, Ziffer 2.

⁹⁶ Empfehlung CM/Rec(2014)7 des Ministerkomitees des Europarates, Ziffer 3.

⁹⁷ Empfehlung CM/Rec(2014)7 des Ministerkomitees des Europarates, Ziffer 4.

⁹⁸ Empfehlung CM/Rec(2014)7 des Ministerkomitees des Europarates, Ziffer 21.

- Die Vertraulichkeit ihrer Identität sollte sichergestellt werden, mit der Einschränkung, dass immer ein faires Verfahren gewährleistet sein muss.⁹⁹
- Es sollte einen wirksamen Mechanismus geben, um auf Berichte und Enthüllungen von allgemeinem Interesse zu reagieren (ungeachtet dessen, ob sie in einer Organisation oder einem Unternehmen gemacht werden und ob sie an einschlägige Kontrollstellen, an Strafverfolgungsbehörden oder an die breite Öffentlichkeit, etwa über Journalisten oder Parlamentarier, gerichtet sind).¹⁰⁰
- Die Enthüllungen von Whistleblowern sollten rasch untersucht werden; gegebenenfalls sollten der Arbeitgeber und die zuständige Behörde Maßnahmen einleiten, um Fragen allgemeinen Interesses zu behandeln.¹⁰¹

5.2 Erforderlicher Regelungsinhalt nationaler Gesetze

Intention der gesetzlichen Regelung muss zum einen die Förderung und der Schutz von Whistleblowern sein, zum anderen aber auch der Schutz von zu Unrecht Beschuldigten.¹⁰² Die gesetzliche Regelung muss sich daher zu der Frage verhalten, wie Benachteiligungen von Whistleblowern vermieden werden können, ohne ihnen zugleich einen Freibrief für Anzeigen gegen den Arbeitgeber zu geben.¹⁰³ Die gesetzliche Regelung muss es dem potentiellen Whistleblower ermöglichen, leicht zu erfahren, unter welchen Voraussetzungen er Missstände anzeigen darf und wie ihn das Recht in einem solchen Fall vor Maßregelungen schützt.¹⁰⁴ Dies zu Grunde gelegt und vor dem Hintergrund der zuvor aufgezeigten Forderungen und Empfehlungen an den nationalen Gesetzgeber muss das nationale Gesetz, das zur Förderung und zum Schutz von Whistleblowern zu erlassen ist, zumindest folgenden Regelungsinhalt aufweisen bzw. folgende Anforderungen erfüllen:

5.2.1 Mindestinhalt

Sachlicher Anwendungsbereich:

Bei der Frage des sachlichen Anwendungsbereiches geht es um die Festlegung, welche Arten von Missständen, aus welchen Bereichen, Gegenstand eines gesetzlich geschützten Whistleblowing-Hinweises sein sollten.¹⁰⁵

- Die Gesetzgebung muss umfassend sein – d.h. einen weiten Rechtsbereich umfassen - und eine weit gefasste Definition geschützter Offenlegungen beinhalten.¹⁰⁶ Die Definition geschützter Offenlegungen sollte alle Warnungen vor verschiedenen Arten rechtswidriger Handlungen und Gefahren für Mensch und Umwelt (z.B. sämtliche schweren

⁹⁹ Empfehlung CM/Rec(2014)7 des Ministerkomitees des Europarates, Ziffer 18.

¹⁰⁰ Empfehlung CM/Rec(2014)7 des Ministerkomitees des Europarates, Ziffer 9,13.

¹⁰¹ Empfehlung CM/Rec(2014)7 des Ministerkomitees des Europarates, Ziffer 19.

¹⁰² Vgl. Strack, schriftliche Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in der 93. Sitzung des Ausschusses für Arbeit und Soziales des deutschen Bundestages am 5. März 2012 anlässlich des Gesetzentwurfes der SPD-Fraktion (17/8567) und dem Antrag der Fraktion Die Linke (17/6492), die den Schutz von Whistleblower fordern, Ausschussdrucksache 17(11)783, Seite 53, http://www.transparency.de/fileadmin/pdfs/Themen/Hinweisgebersysteme/2012_03_01_Ausschussdrucksache_17_1_1_783.pdf.

¹⁰³ Vgl. Leuchten, ZRP 2012, 142 (143).

¹⁰⁴ Vgl. Rudowski, CCZ 2013, 204 (205).

¹⁰⁵ Strack, Ausschussdrucksache 17(11)783, Seite 60.

¹⁰⁶ Vgl. dazu Deiseroth, Ausschussdrucksache 16(10)850-I, Seite 1 - 3: Deiseroth weist darauf hin, dass das Whistleblowing sehr viele Bereiche betrifft. Er hat insofern sieben „typische Konfliktlagen“ herausgearbeitet: Aufdeckung von Gesetzesverstößen und Straftaten/ Verstöße gegen internationale Abkommen/ Kritik an betriebsinternen Missständen/ Konflikte über die Einhaltung beruflicher Standards/ Bagatellisierung von Schadenskonflikten/ Problematik, Konfliktlage, Unterdrückung und Vernichtung von „missliebigen Dokumenten“/ kontroverse Risikoeinschätzung.

Menschenrechtsverletzungen, die das Leben, die Gesundheit, die Freiheit oder sonstige berechnigte Interessen Einzelner als Subjekte der öffentlichen Verwaltung oder als Steuerzahler, Anteilseigner, Arbeitnehmer oder Kunden von Privatunternehmen beeinträchtigen oder bedrohen) - mithin alle gemeinwohlgefährdenden Missstände - erfassen.¹⁰⁷

- Die Regelung muss auch die Offenlegung für besondere Bereiche (nationale Sicherheit, Verteidigung etc.) erfassen.¹⁰⁸
- Das Gesetz muss - entsprechend der Regelung des Public Interest Disclosure Act in Großbritannien - vorsehen, dass die Beweislast für den Missstand nicht bei dem Whistleblower, sondern bei dem Unternehmen bzw. bei der Behörde liegt.¹⁰⁹

Persönlicher Anwendungsbereich:

Bei der Frage des persönlichen Anwendungsbereiches geht es vorrangig darum, festzulegen, wer Whistleblower sein kann, aber in zweiter Linie auch darum, ob und inwieweit eventuell andere Personen von bestimmten Regelungen des Gesetzes ebenfalls profitieren können sollten, ohne selbst Whistleblower zu sein (z.B. Familienangehörige, Zeugen, Unterstützer etc.).¹¹⁰

Die gesetzliche Regelung muss zum einen alle Beschäftigten umfassen, egal, ob im öffentlichen oder privaten Sektor, ungeachtet der Natur ihrer arbeitsrechtlichen Beziehung und unabhängig von der Bezahlung.¹¹¹ Zum anderen muss sie auch diejenigen erfassen, die zwar nicht Beschäftigte sind, die aber in einem bestimmten Leistungsverhältnis zu der beschuldigten Person bzw. deren Unternehmen etc. stehen (z.B. als Beschäftigte eines Unternehmens (Auftragnehmerin), das beispielsweise von einer Behörde (Auftraggeberin) beauftragt wird. Wenn der Beschäftigte der Auftragnehmerin Kenntnisse von Missständen hat, die bei der Auftraggeberin vorliegen muss er – genauso wie ein Beschäftigter der Auftraggeberin – die Möglichkeit haben, diese Missstände offenzulegen (Beispiel: Edward Snowden)). Ferner müssen auch Personen erfasst werden, die zwar nicht Whistleblower sind, aber in einem bestimmten Näheverhältnis zum Whistleblower stehen (Unterstützer, Familie etc.).¹¹²

Reglementierung eines Rechts:

Die Regelung muss explizit ein Recht zum (internen und externen) Whistleblowing begründen.¹¹³

Regelungen der Folgen: Schutzvorschriften:

Die gesetzliche Regelung muss die Folgen des Handelns regeln. Das Gesetz muss in diesem Sinne spezielle Schutzvorschriften enthalten, die die Benachteiligung von Whistleblowern verbieten und vor Vergeltungsmaßnahmen jeder Art schützen, um ihnen die nötige Sicherheit zu bieten, vor Fehlverhalten warnen zu können, ohne ihre Existenz oder die ihrer Familie oder anderer nahestehender Personen aufs Spiel zu setzen.¹¹⁴

¹⁰⁷ Entschließung 1729 (2010) der Parlamentarischen Versammlung des Europarates, Nr. 6 (Nr. 6.1, Nr. 6.1.1); EGMR, Urteil vom 21. Juli 2011, Beschwerde Nr. 28274/08 – Heinisch v. Deutschland, Nr. 37; Kiraly, RdA 2012, 236 (239).

¹⁰⁸ Vgl. Empfehlung CM/Rec(2014)7 des Ministerausschusses des Europarates, Ziffer 5.

¹⁰⁹ Vgl. <http://www.heise.de/tp/artikel/40/40276/1.html>: Großbritannien nimmt mit dem Public Interest Disclosure Act eine Vorreiterrolle im Kampf für die Rechte von Whistleblowern ein.

¹¹⁰ Strack, Ausschussdrucksache 17(11)783, Seite 61.

¹¹¹ Empfehlung CM/Rec(2014)7 des Ministerkomitees des Europarates, Ziffer 3; Entschließung 1729 (2010) der Parlamentarischen Versammlung des Europarates, Nr. 6 (Nr. 6.1.2); vgl. EGMR, Urteil vom 21. Juli 2011, Beschwerde Nr. 28274/08 – Heinisch v. Deutschland, Nr. 37.

¹¹² Strack, Ausschussdrucksache 17(11)783, Seite 62.

¹¹³ Vgl. Strack, Ausschussdrucksache 17(11)783, Seite 66, 67 (hier jedoch nur bezogen auf das interne Whistleblowing).

¹¹⁴ Entschließung 1729 (2010) der Parlamentarischen Versammlung des Europarates, Nr.5, Nr. 6 (Nr. 6.1.2; Nr. 6.1.3; Nr.

Verzicht auf unbestimmte und auslegebedürftige Rechtsbegriffe bzw. Erforderlichkeit von Definition:

Unter Berücksichtigung des rechtsstaatlichen Gebotes der Normenklarheit und -bestimmtheit¹¹⁵ müssen in dem Gesetz sowohl die Voraussetzungen, unter denen ein Whistleblower intern oder extern Informationen offenbaren darf, als auch die Folgen seines Handelns hinreichend klar und bestimmt sein. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Anforderungen an die Bestimmtheit mit der Eingriffsintensität der gesetzlichen Regelung wachsen. Je schwerwiegender die Auswirkungen einer Regelung sind, desto genauer müssen die Vorgaben des Gesetzgebers sein.¹¹⁶ Im Hinblick auf die bereits dargelegten beträchtlichen Nachteile des Whistleblowers, aber auch angesichts der zu erwartenden Beeinträchtigungen des Arbeitgebers sollte die Regelung in Tatbestand und Rechtsfolge auf unbestimmte und damit auslegebedürftige Rechtsbegriffe verzichten. Grundsätzlich ist die Verwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen zwar zulässig¹¹⁷, in einem Whistleblower-Gesetz würde sie jedoch wieder zu der bereits bestehenden Rechtsunsicherheit führen, da es letztendlich den Gerichten obliegen würde, diese auszulegen. Werden unbestimmte Rechtsbegriffe verwendet, sollten diese in dem Gesetz selbst hinreichend erläutert bzw. definiert werden.¹¹⁸ Auf eine exemplarische Aufzählung in der Regelung sollte ebenfalls aus Gründen der Rechtssicherheit verzichtet werden.

Vermutung des Handelns in gutem Glauben:

Die gesetzliche Regelung muss festhalten, dass bei jedem Whistleblower davon ausgegangen wird, dass er in gutem Glauben gehandelt hat, soweit er vernünftige Gründe für die Annahme hatte, dass die offengelegten Informationen wahr waren, selbst wenn sich später herausstellt, dass dies nicht der Fall war, und vorausgesetzt, dass er keine rechtswidrigen oder unethischen Ziele verfolgt hat.¹¹⁹ Die Beweislast für Böswilligkeit bzw. Leichtfertigkeit muss demjenigen obliegen, der sich darauf beruft und damit die Rechtmäßigkeit des Whistleblowings in Abrede stellt.¹²⁰ Wissentlich unwahre oder leichtfertig falsche Äußerungen sind nicht zu schützen.¹²¹

Schutz auch des externen Whistleblowing:

Die gesetzliche Regelung muss auch das externe Whistleblowing schützen; dazu muss geregelt werden, unter welchen Voraussetzungen die Information extern (also außerhalb des betroffenen Unternehmens, der betroffenen Behörde etc.) offenbart werden darf. Abgestellt werden sollte dabei nicht nur darauf, dass aus dem Betrieb eine unmittelbare Gefahr für Leben oder Gesundheit

6.2.2 – in Nr. 6.1.3 werden Rechtsbereiche genannt einschließlich der in diesen Rechtsbereichen zu treffenden „Schutzvorkehrungen (Arbeitsrecht, Strafrecht etc.); EGMR, Urteil vom 21. Juli 2011, Beschwerde Nr. 28274/08 – Heinisch v. Deutschland, Nr. 37; vgl. Empfehlung CM/Rec(2014)7 des Ministerkomitees des Europarates, Ziffer 21; vgl. Stellungnahme 1/2006 der Artikel-29-Datenschutzgruppe zur Anwendung der EU-Datenschutzvorschriften auf interne Verfahren zur Meldung mutmaßlicher Missstände in den Bereichen Rechnungslegung, interne Rechnungslegungskontrollen, Banken- und Finanzkriminalität (WP 117) vom 1. Februar 2006, Seite 9, http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2006/wp117_de.pdf.

¹¹⁵ Vgl. Jarass/Pieroth, Kommentar zum Grundgesetz, 11. Auflage, Art. 20, Rn. 54, 57, 58.

¹¹⁶ Jarass/Pieroth, Art. 20, Rn. 59.

¹¹⁷ Jarass/Pieroth, Art. 20, Rn. 58; vgl. zu den Anforderungen an die zulässige Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe z.B. BVerfG, Beschluss vom 13. Juni 2007, 1 BvR 1550/03, 2357/04, 603/05, BVerfGE 118, 168 (188).

¹¹⁸ Vgl. dazu auch das Parlamentsprotokoll der 246. Sitzung des Deutschen Bundestages am 13. Juni 2013, Seite 31501,

<http://dip21.bundestag.de/dip21/btp/17/17246.pdf>: Es wird darauf hingewiesen, dass in den vorliegenden Gesetzesentwürfen offene Rechtsbegriffe (z.B. Missstand, leichtfertig, gutgläubig) verwendet werden, die zu einer annähernd gleichen Rechtsunsicherheit führen, wie die einzelfallausgerichtete Rechtsprechung.

¹¹⁹ Entschließung 1729 (2010) der Parlamentarischen Versammlung des Europarates, Nr. 6 (Nr. 6.2.4); (Bezugnahme in: EGMR, Urteil vom 21.07.2011, Beschwerde Nr. 28274/08 – Heinisch v. Deutschland, Nr. 37, 80); vgl. auch Strack, Ausschussdrucksache 17(11)783, Seite 65.

¹²⁰ Strack, Ausschussdrucksache 17(11)783, Seite 65.

¹²¹ Leuchten, ZRP 2012, 142 (144); Rudowski, CCZ 2013, 204 (206).

von Menschen oder für die Umwelt droht, sondern auch für vergleichbar wichtige Rechtsgüter der Allgemeinheit.¹²² Auch sollte auf die Gefahr einer alsbaldigen Vertuschung eingegangen werden.¹²³ Angesichts der Vielfalt der in Betracht kommenden externen Adressaten ist es unerlässlich für das externe Whistleblowing die externen Adressatenkreise in der gesetzlichen Regelung mitaufzunehmen (zuständige (aufsichtsführende) Behörde, Rechtsanwalt, Pfarrer, Gewerkschaftsvertreter, Presse etc.).¹²⁴ Ferner muss geregelt werden, unter welchen Voraussetzungen gegenüber welchem Adressatenkreis die Information offenbart werden darf. Zu überlegen wäre auch, ob es sinnvoll ist, wenn der Gesetzgeber zur Regelung des externen Whistleblowings ein gestuftes Verfahren vorsieht. Bejahendenfalls könnte dies wie folgt gestaltet sein:

Grundsätzlich sollte der potentielle Whistleblower gehalten sein, interne Kanäle zu nutzen, um den drohenden bzw. den vorliegenden Missstand zu verhindern bzw. beseitigen zu lassen. Gibt es keine internen Kanäle für die Informationserteilung, funktionieren diese nicht, kann auf Grund der Art des vom Whistleblower aufgeworfenen Problems nicht vernünftigerweise davon ausgegangen werden, dass sie funktionieren oder kommt der Arbeitgeber dem Abhilfeverlangen nicht nach, soll der Whistleblower sich an die zuständige Behörde wenden können.¹²⁵ Verspricht auch die Einschaltung der zuständigen Behörde keinen Erfolg bzw. werden schwerwiegende Missstände gerügt und innerbetrieblich nicht abgestellt oder vertuscht, soll der Whistleblower auch ausdrücklich befugt sein, sich an die Öffentlichkeit zu wenden.¹²⁶ Mächtigen wirtschaftlichen und politischen Interessen sind oft nur die Medien gewachsen.¹²⁷ Darum muss der Weg an die Presse zumindest als „nachrangiges Mittel“ erlaubt sein. Als eng begrenzte Ausnahme sollte die Informationserteilung unter Nutzung von Leaking-Plattformen geregelt werden. Eine restriktive Handhabung ist empfehlenswert. Charakteristisch für diese Plattformen ist, dass sie einerseits eine anonyme Meldung erlauben, die andererseits auf Grund der webbasierten Veröffentlichung einem großen Empfängerkreis zur Verfügung steht. Gerade diese Kombination birgt jedoch ein enormes Missbrauchspotential.

5.2.2 Sonstige Regelungen

Das Gesetz könnte ein Verfahren zur betriebsinternen Meldung von Missständen vorsehen,¹²⁸ wobei das Datenschutzrecht sowohl in Bezug auf die Person des Whistleblowers als auch in Bezug auf die beschuldigte Person berücksichtigt werden muss. Die Grundsätze des Datenschutzrechts müssen vollständig auf die Verfahren zur Meldung von Missständen angewandt werden, insbesondere hinsichtlich der Rechte der beschuldigten Person auf Mitteilung, Zugang, Berichtigung und Löschung von Daten.¹²⁹ Unter Berücksichtigung der datenschutzrechtlichen Anforderungen müsste die Regelung beispielsweise vorgeben, dass das Verfahren grundsätzlich so ausgelegt sein sollte, dass ausschließlich mit Namen versehene Meldungen unter Wahrung der Vertraulichkeit übermittelt werden und anonyme Meldungen lediglich als Ausnahme zulässig

¹²² Deiseroth, ZRP 2008, 248 (251).

¹²³ Deiseroth, ZRP 2008, 248 (251).

¹²⁴ Vgl. Strack, Ausschussdrucksache 17(11)783, Seite 66.

¹²⁵ a.M.: Strack, Ausschussdrucksache 17(11)783, Seite 68, 69.

¹²⁶ Entschließung 1729 (2010) der Parlamentarischen Versammlung des Europarates, Nr. 6 (Nr. 6.2.3); EGMR, Urteil vom 21. Juli 2011, Beschwerde Nr. 28274/08 – Heinisch v. Deutschland, Nr. 37, vgl. auch Nr. 65, 73; Rudowski, CCZ 2013, 204 (209); Deiseroth, ZRP 2008, 248 (251); Kiraly, RdA 2012, 236 (239).

¹²⁷ Kiraly, RdA 2012, 236 (240).

¹²⁸ Vgl. dazu den Arbeitsbericht der Ad-hoc-Arbeitsgruppe „Beschäftigtendatenschutz“ des Düsseldorfer Kreises vom April 2007, https://www.datenschutz-hamburg.de/uploads/media/Handreichung_Whistleblowing-Hotlines.pdf. In diesem Bericht beurteilt die Arbeitsgruppe die datenschutzrechtliche Zulässigkeit der automatisierten personenbezogenen Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung bei Meldeverfahren unter Einsatz von Whistleblowing-Hotlines nach den Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetz (BDSG).

¹²⁹ Vgl. Artikel-29-Datenschutzgruppe, WP 117, Seite 7, 10ff., 14ff..

sind.¹³⁰ Es ist zu überlegen, ob der Schwerpunkt von Systemen zur Meldung von Missständen aus Gründen des Datenschutzes somit auf den Rechten der beschuldigten Person liegen sollte, ohne dass die Rechte des Whistleblowers beeinträchtigt werden; es sollte ein Gleichgewicht der Interessen zwischen den betroffenen Rechten hergestellt werden, einschließlich des legitimen Untersuchungsbedarfs des Unternehmens.¹³¹

Es gibt noch diverse Vorschläge, welchen weiteren Inhalt eine nationale Regelung aufweisen sollte bzw. könnte. Auf diese kann an dieser Stelle lediglich - wertungsfrei - verwiesen werden.¹³²

6 Erfordernis von Regelungen auf europäischer und völkerrechtlicher Ebene

Es gibt bisher keine internationalen Vorgaben (z.B. eine generelle EU-rechtliche Regelung), die Deutschland rechtlich zur umfassenden Reform der Rechtslage für Whistleblower zwingen.¹³³ Andererseits gibt es sehr wohl bereits heute internationales Vertragsrecht (das allerdings mangels Ratifikation für Deutschland (noch) nicht gilt), welches zumindest für bestimmte Fallkonstellationen von Whistleblowing Schutzpflichten enthält.¹³⁴ Erforderlich sind daher letztendlich auch europarechtliche und völkerrechtliche Regelungen zur Förderung und zum Schutz von Whistleblowern. So könnten beispielsweise in den internationalen Abkommen zur Sicherung der Kommunikationsfreiheit, zum Datenschutz und ähnlichen völkerrechtlichen Verträgen sowie in den jeweiligen nationalen Ausführungsgesetzen die erforderlichen Regelungsinhalte manifestiert werden.¹³⁵

7 Folgen des Fehlens einer gesetzlichen Regelung

Wird zukünftig nicht auf nationaler, europäischer bzw. völkerrechtlicher Ebene dafür Sorge getragen, dass es hinreichend bestimmte Regelungen zum Whistleblowing gibt, besteht nicht nur die Gefahr, dass diejenigen, die so couragiert sind, über Missstände zu informieren, weiterhin unzumutbaren Risiken und erheblichen Nachteilen ausgesetzt sind. Es besteht vielmehr auch die Gefahr, dass die in der Vergangenheit verübten Unrechtsbehandlungen gegenüber Whistleblowern eine derartige abschreckende Wirkung haben, dass potentielle Whistleblower aus Angst vor Repressalien schweigen.¹³⁶ Das Schweigen wäre jedoch für die betroffene Organisation sowie für die Wirtschaft, Gesellschaft und den Rechtsstaat fatal.¹³⁷ Der Missstand kann weitergehen, der Schaden sich ausweiten. „Übeltäter“ werden damit ermuntert; zugleich unterbleibt die Abschreckungs- und Vorbildwirkung, die von einem sorgfältigen Umgang mit einem Hinweis ausgeht.¹³⁸

¹³⁰ Vgl. Artikel-29-Datenschutzgruppe, WP 117, Seite 11, 12: Die Art. 29-Datenschutzgruppe nennt mehrere – nicht nur datenschutzrechtlich relevante - Gründe, warum die anonyme Meldung problematisch ist; in Bezug auf die datenschutzrechtlichen Anforderungen weist sie u.a. darauf hin, dass personenbezogene Daten gem. Art. 6 Abs. 1 der EU-Datenschutzrichtlinie 95/46/EG nur nach Treu und Glauben erhoben werden dürfen. Generell ist die Gruppe daher der Auffassung, dass ausschließlich mit Namen versehene Meldungen durch Verfahren zur Meldung von Missständen übermittelt werden sollten, um dieser Anforderung zu genügen; anonyme Meldungen sollten nur im Ausnahmefall vorgesehen sein.

¹³¹ Vgl. Artikel-29-Datenschutzgruppe, WP 117, Seite 14.

¹³² Vgl. den Entwurf des Whistleblower-Netzwerk e.V. vom Gesetz zum Schutz öffentlicher Interessen durch Förderung und Schutz von Hinweisgebern (Whistleblowing-Gesetz) vom 7. April 2011, http://whistleblower-net.de/pdf/WBNW_Gesetzentwurf_Whistleblowing.pdf; Deiseroth, Rechtspolitische Konsequenzen aus der „NSA-Ausspähaffäre“, Grundrechte-Report 2014, Seite 28, 29; Strack, Ausschussdrucksache 17(11)783, 57ff.

¹³³ Vgl. Strack, Compliance-Berater 4/2014, 113 (115).

¹³⁴ Strack, Compliance-Berater 4/2014, 113 (115).

¹³⁵ Vgl. Deiseroth, Grundrechte-Report 2014, Seite 28, 29.

¹³⁶ Vgl. die Einschätzung Parlamentarischen Versammlung des Europarates in der Entschließung 1729 (2010), Nr. 2.

¹³⁷ Strack, Compliance-Berater 4/2014, 113 (114).

¹³⁸ Strack, Compliance-Berater 4/2014, 113 (114).

In diesem Zusammenhang muss man sich auch die Frage stellen, wie es sich hinsichtlich einiger in der Vergangenheit aufgetretener Katastrophen verhalten hätte, wenn es in dieser Situation Menschen gegeben hätte, die den Mut besessen hätten, die aller Wahrscheinlichkeit nach bestehenden „Warnzeichen“ zu offenbaren. Zu nennen sind insofern nur der Contergan-Skandal, das ICE-Unglück in Eschede und der Einsturz der Eishalle in Bad Reichenhall.¹³⁹

8 Anforderung an den Einzelnen

Mit Gesetzen zum Schutz für Whistleblower allein ist es jedoch nicht getan. Jeder Einzelne hat dazu beizutragen, dass Whistleblowern die verdiente Anerkennung entgegengebracht wird. Bei Whistleblowern handelt es sich nicht nur um Menschen, die den Mut aufbringen, ihrem Gewissen zu folgen, um Missstände jedweder Art aufzudecken und somit bei deren Behebung zu helfen versuchen, sondern es handelt sich um Menschen, die für die Rechte anderer eintreten, ohne dabei Rücksicht auf eigene Nachteile zu nehmen. Vor diesem Hintergrund sind gesetzliche Regelungen zur Förderung und zum Schutz von Whistleblowern zwingend erforderlich. Doch mit dem Erlass der gesetzlichen Regelungen ist es nicht getan, denn auch wenn es Regelungen zum Schutz für Whistleblower gibt, bleibt die Gefahr des z.B. Mobbing, der Diffamierung und der sonstigen Exklusion. Diese Gefahren können von Arbeitgebern und Arbeitnehmern ausgehen, die in Missstände verstrickt sind, und von mächtigen Institutionen, die die Kompetenz des Whistleblowers und seine Ehrenhaftigkeit in Frage zu stellen in der Lage sind.¹⁴⁰ Auch für andere Arbeitsplätze kann eine Stigmatisierung wirksam werden. Außerdem ist zu beachten, dass die Gefahr einer mitunter übersteigerten Fixierung auf das Whistleblowing-Thema oft die geistige und seelische Verfassung des Informanten bedroht. Plötzlich im Mittelpunkt einer intensiven Diskussion zu stehen, womöglich nach einer fristlosen Kündigung in sozial schwacher Position, das bleibt eine Aufgabe, der sich nur wenige gewachsen fühlen.¹⁴¹

Aus diesen Gründen muss jeder Einzelne sein Verhalten gegenüber Whistleblowern überdenken und sich nicht nur für deren Schutz, sondern auch für deren Akzeptanz in der Gesellschaft einsetzen. Unerlässlich ist es daher, in der gesellschaftlichen Einstellung zu Whistleblowing althergebrachte Assoziationen wie Untreue und Verrat zu überwinden.¹⁴²

Beitrag (Infobörse 10) zur Sommerakademie des ULD am 25. August 2014.
von

Katja Leowsky
Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein
Holstenstraße 98
24103 Kiel

September 2014

¹³⁹ Strack, Whistleblowing in Deutschland, Seite 5.

¹⁴⁰ Deiseroth, ZRP 2008, 248 (251).

¹⁴¹ Deiseroth, ZRP 2008, 248 (251).

¹⁴² Entschließung 1729 (2010) der Parlamentarischen Versammlung des Europarates, Nr. 7.