

Stellungnahme als Sachverständiger

anlässlich der
Öffentlichen Anhörung des Ausschuss für Arbeit und Soziales
des Deutschen Bundestages, am 5. März 2012,

zum Thema:

Die Bedeutung von Whistleblowing für die Gesellschaft anerkennen
– Hinweisgeberinnen und Hinweisgeber schützen –
Drucksache 17/649

"Our lives begin to end the day we become silent about things that matter"
(Martin Luther King)

Zusammenfassung:

Die Gliederung der vorliegenden Stellungnahme orientiert sich an den drei Abschnitten des Antrages der Linksfraktion¹, wobei die Fragen der Ausgestaltung eines Whistleblowing-Gesetzes im Mittelpunkt stehen. Neben dem Antrag der Linksfraktion werden auch der Gesetzesvorschlag der SPD-Bundestagsfraktion² und der öffentlich zur Diskussion gestellte Gesetzesvorschlag der Fraktion Bündnis90/Die Grünen³ erörtert und in Bezug gesetzt zum Vorschlag dreier Bundesministerien aus dem Jahre 2008. Diese Stellungnahme berücksichtigt auch die Forderungen der Zivilgesellschaft, internationale „best practice“, die nationale und internationale Rechtsprechung sowie insbesondere die Empfehlungen der Parlamentarischen Versammlung des Europarates, der UNO, der OECD und der G20.

Erstaunlich ist, welche große Überschneidungen die Forderungen aus dem Antrag der Linksfraktion mit dem erst danach ergangenen Heinisch-Urteil des EGMR⁴ und insbesondere mit den jüngsten Empfehlungen von OECD und G20 aufweisen. Nimmt man hinzu, dass die Bundesregierung bereits erklärt hat, die Empfehlungen der G20 berücksichtigen zu wollen⁵, sollte einer baldigen Einführung einer internationaler „best practice“ entsprechenden, umfassenden gesetzlichen Regelung zum Whistleblowing und der Herbeiführung effektiven Whistleblowerschutzes in Deutschland eigentlich nichts mehr entgegenstehen.

Die nachfolgende Stellungnahme bemüht sich darum aufzuzeigen, welche Fragen hierbei bedacht werden sollten und macht auch jeweils konkrete Vorschläge, wie internationale Empfehlungen mit nationalen Besonderheiten verzahnt und umgesetzt werden könnten. Dabei zeigt sich, dass die Vorschläge der Linken insgesamt weitgehend zu begrüßen sind, aber der Konkretisierung bedürfen. SPD und Grünen kommt das Verdienst zu, sich um diese Konkretisierung bemüht zu haben. Der Vorschlag der SPD zeigt, dass ein spezifisches Whistleblowing-Gesetz möglich und sinnvoll ist, versäumt es aber, dessen Anwendungsbereich auch auf Beamte zu erstrecken. Auch bleibt der Entwurf der SPD in vielen Punkten zu eng dem Ansatz des bloßen Verbots von Benachteiligungen verhaftet, der wichtig, alleine aber zu eng ist. So werden viele Chancen für sinnvolle Regelungen und die Schaffung einer unterstützenden Struktur im SPD-Entwurf leider nicht genutzt.

Der Entwurf der Grünen beinhaltet zu Recht Regelungen auch für Beamte. Die selbst auferlegte Beschränkung auf eine Regelung im Arbeitsrecht des BGB und im Beamtenrecht führt aber dazu, dass der Entwurf ebenfalls zu eng auf Schutzregelungen, noch dazu im jeweiligen Beschäftigungsverhältnis fixiert. Anders als SPD und Linke wollen die Grünen dem Whistleblower auch kein Wahlrecht zwischen internem Whistleblowing und dem Whistleblowing an eine zuständige Behörde einräumen. Dies ist, vor dem Hintergrund der in Rede stehenden öffentlichen Interessen und der Geltung des staatlichen Gewaltmonopols mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und auch jener des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, abzulehnen.

Der richtige Umgang mit Whistleblowing ist eine gesellschaftliche Herausforderung, die angesichts einer unzureichenden Rechtsprechung der Fachgerichte einer gesetzlichen Regelung bedarf. Im Mittelpunkt sollte dabei die Wahrung und Förderung öffentlicher Interessen durch die Aufdeckung und Bekämpfung von Missständen stehen. Diese ist durch die Förderung von Whistleblowing und die Gewährung von effektivem Schutz von gutgläubig und rechtmäßig handelnden Whistleblowern, aber auch von zu Unrecht Beschuldigten abzusichern. Maßgebliche Leitlinien sind dabei die Verfassungsgrundsätze der Rechtsstaatlichkeit und der Demokratie, sowie die Grundrechte aus Art. 5 und 17 GG. Hinsichtlich des Schutzes von Whistleblowern vor Benachteiligung sollte jede gesetzliche Regelung mindestens jene Standards auch für Whistleblower gewährleisten, die schon heute im Bereich des AGG gelten.

¹ Bundestag Drucksache 17/6492 vom 05.07.2011 (<http://goo.gl/RNblp>), nachfolgend zitiert als A-Linke.

² Bundestag Drucksache 17/8567 vom 07.02.2012 (<http://goo.gl/wEghf>), nachfolgend zitiert als GE-SPD.

³ Veröffentlicht und diskutiert auf <http://gruener-gesetzentwurf.de/>, nachfolgend zitiert als GE-Grüne.

⁴ EGMR: Heinisch v. German, No. 28274/08 vom 21.07.2011 (<http://goo.gl/vpa1e>).

⁵ Bundestag Drucksache 17/7053 vom 21.09.2011 (<http://goo.gl/5F6u6>).

Inhalt:

1: Gesellschaftlicher Nutzen von Whistleblowing und Handlungsnotwendigkeit	5
2. Ausgestaltung gesetzlicher Regelungen zum Whistleblowing	10
2.1. Definition von Whistleblowing	10
2.2. Ziele und Leitprinzipien gesetzlicher Whistleblowing-Regelungen	11
2.2.1. Insider-Informationen über Missstände zwecks Veränderung/Bekämpfung verfügbar machen	11
2.2.2. Bewusstsein um die Möglichkeit von Whistleblowing fördern.....	11
2.2.3. Ex-ante Folgenabschätzung durch potentiellen Whistleblower beeinflussen.....	11
2.2.4. Chance für Veränderung/Bekämpfung des Missstandes erhöhen	11
2.2.5. Effiziente Kosten/Nutzen-Relation der Überprüfung anstreben.....	12
2.2.6. Ungerechtfertigte Benachteiligungen Dritter durch Whistleblowing vermeiden ..	12
2.3. Gesetzgeberische Handlungsmöglichkeiten	12
2.3.1. Notwendigkeit eigenständiger Gesetzgebung.....	12
2.3.2. Bestimmung des Anwendungsbereichs	14
2.3.2.1. Sachlicher Anwendungsbereich.....	14
2.3.2.2. Persönlicher Anwendungsbereich	16
2.3.2.2.1. Whistleblower	16
2.3.2.2.2. „Arbeitgeber“ bzw. Organisation.....	17
2.3.2.2.3. Andere Begünstigte.....	17
2.3.2.3. Konkurrenz zu Geheimhaltungsvorschriften	17
2.3.2.4. Rechte und Pflichten zum Whistleblowing	18
2.3.3. Anforderungen an rechtmäßiges Whistleblowing	19
2.3.3.1. Formale Anforderungen an die Whistleblowing-Aktivität.....	19
2.3.3.2. Anforderungen hinsichtlich der Offenbarung der Person des Whistleblowers	19
2.3.3.3. Anforderungen hinsichtlich der Ehrlichkeit und der Sorgfaltspflicht des Whistleblowers	20
2.3.3.4. Anforderungen hinsichtlich der Motivation des Whistleblowers	21
2.3.3.5. Inhaltliche Anforderungen an die Whistleblowing-Aktivität	22
2.3.3.6. Anforderungen hinsichtlich der Wahl des Adressaten des Whistleblowings ..	22
2.3.3.6.1. Vorüberlegungen und Grundlagen.....	22
2.3.3.6.2. Internes Whistleblowing	23
2.3.3.6.3. Whistleblowing an zuständige Behörden.....	25
2.3.3.6.4. Sonstiges externes Whistleblowing.....	27
2.3.3.6.5. Sonderfragen	29
2.3.4. Rechtsfolgen des Whistleblowings.....	31
2.3.4.1. Hinsichtlich der Bearbeitung des Hinweises	31

2.3.4.1.1. Recht des Whistleblowers auf eine verkörperte Eingangsbestätigung.....	32
2.3.4.1.2. Angemessene Dokumentation.....	34
2.3.4.1.3. Recht des Whistleblowers auf Information.....	34
2.3.4.2. Hinsichtlich des Schutzes des Whistleblowers.....	35
2.3.4.2.1. Anspruch auf Schutz der Identität.....	35
2.3.4.2.2. Benachteiligungsverbot.....	39
2.3.4.2.3. Anspruch auf Fürsorge und Schutz durch den Arbeitgeber.....	40
2.3.4.2.4. Anspruch auf Beseitigung und Unterlassung.....	41
2.3.4.2.5. Leistungsverweigerungsrecht.....	41
2.3.4.2.6. Anspruch auf Entschädigung und Schadensersatz.....	42
2.3.4.2.7. Haftungsfreistellungen.....	43
2.3.4.3. Hinsichtlich des Schutzes der Interessen Dritter.....	46
2.3.5. Unterstützende Mechanismen, begleitende Regelungen und Sonderfragen.....	48
2.3.5.1. Beweislast.....	48
2.3.5.2. Umgehungsverbot.....	48
2.3.5.3. Bestimmungen über Straftaten und Ordnungswidrigkeiten.....	49
2.3.5.4. Einzelfallunabhängige Rechte und Pflichten der Arbeitgeber bzw. der Organisation.....	50
2.3.5.4.1. Allgemeine Vorsorge- und Organisationspflichten.....	50
2.3.5.4.2. Spezielle Regelungen im Zusammenhang mit der Einrichtung und dem Betrieb von Hinweisgebersystemen.....	51
2.3.5.5. Staatliche Maßnahmen zur Unterstützung von Whistleblowing.....	53
2.3.5.5.1. Kompetente und unabhängige Stellen zur Untersuchung von Hinweisen.....	53
2.3.5.5.2. Hilfe gegen Benachteiligungen.....	54
2.3.5.5.3. Hilfe bei Beschwerden über den Umgang mit Whistleblowing.....	55
2.3.5.5.4. Sonstige Unterstützung bei der Wahrnehmung von Rechten.....	56
2.3.5.5.4. Opferhilfe bzw. Nothilfeentschädigung für Whistleblower.....	57
2.3.5.6. Sonstige Unterstützung von Whistleblowing und Whistleblowern.....	58
2.3.5.7. Fristen und Verjährung.....	58
2.3.5.8. Altfallregelung.....	59
2.3.6. Maßnahmen zur Evaluation und Weiterentwicklung des Gesetzes.....	59
3. Begleitende Maßnahmen eines flankierenden Maßnahmenpakets.....	61
Anhang: Entwurf des Whistleblower-Netzwerks für ein Gesetz zum Schutz öffentlicher Interessen durch Förderung und Schutz von Hinweisgebern (Whistleblowing-Gesetz)	63

1: Gesellschaftlicher Nutzen von Whistleblowing und Handlungsnotwendigkeit

Hinsichtlich des Abschnitts I des Antrages der Linksfraktion (A-Linke) möchte der Verfasser zunächst auf seine detaillierten Ausführungen in der Stellungnahme vom 02.06.2008⁶ und in der öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages vom 04.06.2008⁷ verweisen. Schon dort wurden der potentielle gesellschaftliche Nutzen von Whistleblowing und jene Faktoren benannt, die verhindern, dass jener Nutzen sich hinreichend realisiert. Hingewiesen wurde dabei u.a. auch auf falsch verstandene Loyalität und eine Kultur des Schweigens, als einem von drei wesentlichen Gründen⁸, warum notwendiges Whistleblowing oft ausbleibt. Gerade diese Problematik könnte durch die, von A-Linke geforderte explizite Anerkennung der Bedeutung der Tätigkeit von Whistleblowern seitens des Bundestages in Angriff genommen werden.

Whistleblower, die in einem demokratischen Rechtsstaat in gutem Glauben auf Rechtsverletzungen und Risiken hinweisen, um diesen entgegenzutreten, haben es in der Tat nicht verdient, als „Denunzianten“ und „Blockwarte“ beschimpft zu werden. Genau dies ist aber noch im Januar 2011 im Rahmen einer Debatte im Deutschen Bundestag geschehen⁹. Dem sollte der Bundestag, wie von der Linksfraktion gefordert, ein klares Zeichen der Anerkennung entgegensetzen.

Der Bundestag befände sich damit auch in guter Gesellschaft, denn auch international findet Whistleblowing immer mehr Anerkennung. Der Antrag verweist insoweit zu Recht auf die Entschließung der Parlamentarischen Versammlung des Europarates¹⁰, die auch vom Ministerkomitee des Europarates begrüßt wurde¹¹, auf die Empfehlungen von Transparency International¹² und zahlreicher weiteren Nichtregierungsorganisationen¹³ sowie auf den Aktionsplan der G20-Staaten¹⁴.

Zu nennen wären außerdem noch Instrumente des internationalen Rechts, die sich für einen Schutz von Whistleblowern aussprechen, wie z.B. Art. 33 der UN-Konvention gegen Korruption¹⁵, Art. 22 des Strafrechts¹⁶ und Art. 9 des Zivilrechtsübereinkommens¹⁷ gegen Korruption des Europarates¹⁸ und Art. 5c der ILO Konvention 158¹⁹. Wobei all jene Vereinbarungen, darauf sei an dieser Stelle hingewiesen, von der Bundesrepublik Deutschland bisher noch nicht ratifiziert wurden. Ratifiziert hat Deutschland hingegen die „OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International

⁶ Ausschussdrucksache 16(10)850-B des Ausschusses für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages (<http://goo.gl/9UMKr>).

⁷ Protokoll Nr. 16/81 des Ausschusses für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages (<http://goo.gl/11lmi>).

⁸ Die beiden anderen Hauptgründe sind die fehlende Aussicht durch Whistleblowing Änderungen erreichen zu können und die Angst der Whistleblower vor Repressalien. Alle drei Gründe spricht nun auch die Linksfraktion in ihrem Antrag explizit an.

⁹ Vgl. Redebeitrag des MdB Peter Bleser in der 83. Sitzung des Deutschen Bundestages vom 19.01.2011 und Zwischenrufe des MdB Volker Kauder (<http://goo.gl/ALBlb>).

¹⁰ Resolution 1729 (2010) (zitiert als PACE-R - <http://goo.gl/fvvUV>), Recommendation 1916 (2010) (<http://goo.gl/BxKKf>) basierend auf dem Bericht „The protection of „whistle-blowers“ (zitiert als PACE-Report - Doc 12006 - <http://goo.gl/5ej5S>).

¹¹ CM/AS(2011)Rec1916 final (<http://goo.gl/m0cEx>).

¹² Transparency International: Recommended draft principles for whistleblowing legislation, Dezember 2009 (<http://goo.gl/qHEt3>), nachfolgend zitiert als TI-DRec weitere Informationen dazu und eine deutsche Übersetzung sind verfügbar unter <http://goo.gl/SvWrv> und <http://goo.gl/kTTuq>.

¹³ Z.B. in Briefen an die Vorsitzenden der G20-Arbeitsgruppe zur Korruptionsbekämpfung aus dem Februar (<http://goo.gl/tM5WH>) und September 2011 (<http://goo.gl/wfNVb>).

¹⁴ <http://goo.gl/xO9uk>.

¹⁵ UNCAC, <http://goo.gl/Op8k1>.

¹⁶ <http://goo.gl/2JFet>.

¹⁷ <http://goo.gl/KITJt>.

¹⁸ Auch die beim Europarat angesiedelte Group of States against corruption (GRECO - <http://goo.gl/hU1jz>) beschäftigt sich mit dem Thema Whistleblowing (<http://goo.gl/5slbT>), hatte sich hinsichtlich Deutschlands aber zuletzt mit der Ankündigung der im Jahre 2008 vorgeschlagenen Änderungen zufrieden gegeben und keine genauere Analyse der Situation vorgenommen.

¹⁹ <http://goo.gl/G8vtS>.

Business Transactions²⁰ aus der ebenfalls Anforderungen hinsichtlich des Whistleblowerschutzes abgeleitet werden. Auch auf EU-Ebene werden Whistleblowerschutz und dessen Defizite²¹ immer häufiger thematisiert²².

Der gesetzgeberische Handlungsbedarf, der in Deutschland in Sachen Whistleblowerschutz besteht, wird besonders deutlich am Fall Heinisch²³. Die Altenpflegerin hatte im Zusammenhang mit der Feststellung von Pflegemissständen eine Strafanzeige gegen ihren, im Eigentum des Landes Berlin stehenden, Arbeitgeber erstattet und war dafür fristlos gekündigt worden. Das Landesarbeitsgericht Berlin hatte diese Kündigung als rechtmäßig angesehen. Das Bundesarbeitsgericht hat die Nichtzulassungsbeschwerde, das Bundesverfassungsgericht hat die anschließende Verfassungsbeschwerde der Frau Heinisch nicht angenommen. Nach vielen Instanzen und Jahren, am 21.07.2011, stellte der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte sodann fest, dass die Bundesrepublik Deutschland und deren Gerichte Frau Heinisch in ihrem Grundrecht auf Meinungsfreiheit aus Art. 10 der Europäischen Menschenrechtskonvention verletzt haben²⁴. Davon, dass die deutsche Rechtsprechung durch die Herstellung von Gerechtigkeit im Einzelfall Whistleblower hinreichend schützt²⁵ kann also keine Rede sein²⁶. Der Fall Heinisch ist leider kein Einzelfall. Allein die Ausstellung „Whistleblowing – Licht ins Dunkel bringen!“²⁷ des Whistleblower-Netzwerk e.V. dokumentiert über zwanzig weitere Schicksale von Whistleblowern in Deutschland.

Das im Herbst 2011 im Auftrag der G20-Staaten von der OECD vorgestellte Kompendium enthält auf der Basis der Feststellung der gesellschaftlichen Bedeutung von Whistleblowing eine gute Zusammenfassung der internationalen gesetzgeberischen „best practice“ Bestrebungen und stellt zugleich ebenfalls deutliche Defizite in Deutschland fest²⁸. Im noch

²⁰ <http://goo.gl/lq8IN> im Dritten Umsetzungsbericht der OECD zu Deutschland (<http://goo.gl/ynoIB>) aus dem März 2011, heißt es zum Thema Whistleblowing in Rn. 198f. u.a. „during the on-site visit, representatives from civil society commented that legislation on whistleblower protection of employees could be improved. Germany has not provided any specific guidance on existing whistleblower protection and has not encouraged companies to inform employees of such protection. ... During the on-site visit, the lack of specific legislation granting whistleblower protection was noted by some participants“.

²¹ Zu den Defiziten beim Whistleblowerschutz innerhalb der EU-Institutionen vgl. z.B. die Anhörung des Haushaltskontrollausschusses des Europäischen Parlaments vom 25.05.2011 (<http://goo.gl/EzTdO>) und die hierzu vorgelegten Dokumente (<http://goo.gl/s5bi0>), insbesondere die im Auftrag des Europäischen Parlaments erstellte Studie (<http://goo.gl/1Pzb7>) und die eigene Stellungnahme des Verfassers (<http://goo.gl/6TtpH>). Schon 2008 kam eine andere, ebenfalls vom Europäischen Parlament in Auftrag gegebene Studie zu ähnlichen Ergebnissen (<http://goo.gl/K0zq5>).

²² Vgl. zum Einsatz von Whistleblowing auf EU-Ebene zur Korruptionsbekämpfung die Entschließung des Europäischen Parlaments vom 15.09.2011 (P7_TA(2011)0388 - <http://goo.gl/ol7C4>) und die Mitteilung der Kommission zur Korruptionsbekämpfung in der EU vom 06.06.2011 (KOM(2011)308 - <http://goo.gl/1iuzq>). Zu weiteren Einsatzbereichen, die langjährige Praxis im Wettbewerbsrecht (vgl. <http://goo.gl/rmOuO>), die Rechtslage bei der Flugsicherheit (vgl. Erwägungsgrund 16, Art. 15f. und Anhang I Nr. 3.a.4 der Verordnung 216/2008 - <http://goo.gl/5mMIV> und Richtlinie 2003/42 - <http://goo.gl/7Yhur>), im Datenschutz (vgl. Art. 28 Abs. 4 der Richtlinie 95/46 - <http://goo.gl/mxwJq>) oder bei Insidergeschäften (vgl. Art. 6 Abs. 9 der Richtlinie 2003/6 - <http://goo.gl/G7yg5>) und Geldwäsche (vgl. Art. 26f. der Richtlinie 2005/60 - <http://goo.gl/e8CMN>) sowie die aktuellen Diskussionen über Whistleblowerschutz z.B. in den Bereichen Arbeitsschutz (vgl. Nr. 54 der Entschließung des Europäischen Parlaments vom 15. Dezember 2011 über die Halbzeitüberprüfung der Strategie der Europäischen Union für Gesundheit und Sicherheit am Arbeitsplatz 2007–2012 (2011/2147(INI) - <http://goo.gl/FZmzv>) und Finanzkontrolle (vgl. Art. 70 des Richtlinienvorschlages KOM(2011)453 vom 20.07.2011 - <http://goo.gl/CXIN3>).

²³ Eine ausführliche Chronologie des Falles Heinisch mit vielen weiteren Links findet sich beim DokZentrum AnsTageslicht.de unter <http://goo.gl/SalWq>.

²⁴ EGMR: Heinisch v. Germany no. 28274/08 (<http://goo.gl/vpa1e>). Vgl. zuvor auch schon die EGMR Urteile in Sachen Guja v. Moldova [GC], no. 14277/04 und Marchenko v. Ukraine, no. 4063/04 (diese und die nachfolgend zitierten Urteile des EGMR sind verfügbar über <http://goo.gl/9lmnj>).

²⁵ Diese Auffassung vertritt die Bundesvereinigung der Deutscher Arbeitgeberverbände (BdA) noch immer, vgl. <http://goo.gl/UrSwN>.

²⁶ Für eine detaillierte Analyse der nationalen Rechtsprechung und auch zur Problematik der Abschreckungswirkung fehlender Vorhersehbarkeit von Einzelfallentscheidungen ausführlich bereits Ausschussdrucksache 16(10)850-B (s.o. Fn. 6).

²⁷ <http://goo.gl/TiBKn>.

²⁸ OECD, G20 Anti-Corruption Action Plan -Action Point 7: Protection of Whistleblowers, Whistleblower Protection: Frameworks, Compendium of best practices and guiding principles for legislation, 2011 (nachfolgend zitiert als OECD/G20-Kompendium <http://goo.gl/TgTIy>).

jungen Jahr 2012 haben z.B. auch der Nationale Integritätsbericht von Transparency International²⁹ und die landesspezifischen Anmerkungen im Bericht der Organisation Reporter ohne Grenzen³⁰ erneut auf die Defizite des Whistleblowerschutzes in Deutschland hingewiesen und gesetzgeberische Aktivitäten gefordert.

Schließlich haben auch SPD und Bündnis90/Die Grünen zwischenzeitlich jeweils eigene Gesetzesvorschläge zum Whistleblowerschutz vorgelegt. Beide teilen dabei zumindest die Analyse der Linksfraktion hinsichtlich der Notwendigkeit einer besseren gesellschaftlichen Anerkennung und eines besseren gesetzlichen Schutzes von Whistleblowern wohl weitgehend. Der gemeinnützige Verein Whistleblower-Netzwerk e.V.³¹ und der Deutsche Gewerkschaftsbund³² vertreten diese Position seit langem. Die Bundesregierung hat anlässlich der Beantwortung einer Anfrage der Grünen im September 2011 zugesagt, die Empfehlungen der G20-Staaten bei der Prüfung eines möglichen gesetzlichen Handlungsbedarfs in Deutschland zu berücksichtigen³³. Aufgrund der zwischenzeitlich vorliegenden eindeutigen Aussagen von OECD und G20 kann jener Handlungsbedarf aus Sicht des Verfassers nicht mehr verneint werden.³⁴

Hinsichtlich der Einschätzung der Linksfraktion zu Internetplattformen wie WikiLeaks stimmt der Verfasser der These zu, dass WikiLeaks auch eine Reaktion auf das Versagen des klassischen Journalismus ist. Zugleich können derartige Plattformen aber auch als Reaktion auf das Versagen von innerorganisatorischen und behördlichen Umgang mit Whistleblowern angesehen werden. Vielfach besteht eine Art Wettbewerbssituation um die beim Whistleblower über Risiken und Missstände vorhandenen Informationen. Wenn es der betroffenen Organisation und den staatlichen Stellen nicht gelingt dem Whistleblower glaubwürdig zu vermitteln, dass sie sich seines Anliegens annehmen, den Missstand bekämpfen und den Whistleblower selbst zugleich effektiv schützen werden, ist es nur allzu verständlich, dass Whistleblower sich an die Medien wenden, und wo auch diese versagen, an Internetplattformen wie z.B. WikiLeaks³⁵. Effektiver interner und effektiver gesetzlicher Whistleblowerschutz sollte demnach gerade von jenen gefordert und gefördert werden, die WikiLeaks und ähnliche Plattformen als gefährlich ansehen.

Andererseits gilt es aber auch WikiLeaks und Leakingplattformen als zeitgemäße Form der Presse- bzw. Medienfreiheit anzuerkennen. Diesbezüglich sei der Hinweis auf eine „Gemeinsame Erklärung des UN-Sonderberichterstatters zum Recht auf freie Meinungsäußerung und des Sonderberichterstatters für Meinungsfreiheit der Inter-Amerikanischen Kommission für Menschenrechte der Organisation Amerikanischer Staaten zu WikiLeaks“³⁶ erlaubt, die darauf hinweist, dass Geheimnisschutz sich rechtlich vorrangig als individuelle Pflicht von Geheimnisträgern zum Schutz legitimer Geheimnisse darstellen sollte. Hier muss der auch aus dem deutschen Zivilrecht bekannte Grundsatz „trau, schau, wem“ gelten. Es kann somit durchaus legitim sein, Geheimnisträger für den Bruch individueller Geheimhaltungspflichten auch zivil-, arbeits- und strafrechtlich zu

²⁹ Vgl. <http://goo.gl/kR7U8>. Immerhin 4 von Forderungen 84 Forderungen (Nr. 26, 27, 76 und 77) beziehen sich auf den verbesserungsbedürftigen Schutz von Hinweisgebern.

³⁰ <http://goo.gl/pjml4>.

³¹ <http://goo.gl/wnp6l>.

³² Vgl. insoweit bereits <http://goo.gl/NC4Xq> und nunmehr <http://goo.gl/aZ2js>.

³³ Bundestag Drucksache 17/7053 vom 21.09.2011 (<http://goo.gl/5F6u6>).

³⁴ Im OECD/G20-Kompendium heißt es z.B. in Rn. 63: „It is important to consider the most common barriers to whistleblowing. The burden of current procedures imposed on whistleblowers is also a matter of concern. For example, in Germany, the Federal Labour Court has upheld in certain occasions that public servants wishing to disclose wrongdoings have to first seek in-house clarification and determine the appropriateness of their disclosure or they could face a legal dismissal if they fail to correctly outweigh the public interest versus their loyalty obligation. Usually, courts undertake their own appreciation of situations, which in practice constitutes a disincentive to become a whistleblower.“

³⁵ Der US-Whistleblowing Experte Tom Devine drückte dies im Hinblick auf einen Gesetzesentwurf für besseren Whistleblowerschutz in den USA so aus: „Bis das Gesetz verabschiedet wird, wird Wikileaks weiterhin die sicherste Variante für Informanten sein, die keinen beruflichen Selbstmord begehen wollen“ (Zitiert nach <http://goo.gl/he5po>).

³⁶ Vom 21.12.2010 vgl. <http://goo.gl/faywA>.

sanktionieren, wenn das Geheimnis nicht zur Verdeckung von Rechtsbrüchen dient und seine Offenbarung auch nicht durch öffentliche Interessen gerechtfertigt ist. Auf eine Sanktionierung von bloßen Empfängern und Verbreitern von Geheimnissen im Rahmen einer medialen Aktivität, sei es in den neuen oder alten Medien, sollte aber weitestgehend verzichtet werden.

Abschließend sei noch kurz auf die gesellschaftliche und ökonomische Relevanz des Themas Whistleblowing eingegangen. Leider liegen für Deutschland hierzu kaum verlässliche Zahlen vor. In der Literatur wird Whistleblowing seit langem als wichtiges Mittel der Korruptionsbekämpfung benannt³⁷. Andererseits gibt es aber kaum verlässliche Daten über das Volumen an Korruption in Deutschland, geschweige denn über das Reduktionspotential, welches hier durch Whistleblowing erreicht werden könnte. Transparency International schätzt die Dunkelziffer auf mindestens 95%³⁸. Das Bundeskriminalamt beziffert im "Bundeslagebild Wirtschaftskriminalität" den Schaden durch Wirtschaftskriminalität im Jahre 2010 auf 4,7 Milliarden Euro³⁹. Das European Healthcare Fraud and Corruption Network schätzt demgegenüber den jährlichen Schaden allein für die gesetzlichen Krankenkassen auf bereits 5 bis 18 Milliarden Euro⁴⁰. Die EU-Kommission geht europaweit von einem Durchschnittsschadensvolumen von einem Prozent des BIP durch Korruption aus⁴¹. Teilweise wird der volkswirtschaftliche Schaden allein in Deutschland durch Korruption sogar auf jährlich dreistellige Milliardenbeträge geschätzt⁴². Bei all jenen Zahlen geht es nur um Korruption. Whistleblowingförderung könnte aber auch jenseits des Bereichs Korruption in vielen anderen Bereichen dazu dienen (Straf-)Täter abzuschrecken und Missstände rechtzeitig zu erkennen und aufzuklären bevor Schäden entstehen oder sich ausweiten.

In den USA gibt es verlässlichere Zahlen. Allen voran jene aus der Anwendung des False Claims Acts⁴³ und das darin errichtete qui-tam und Prämiensystem für Whistleblower. Allein auf US-Bundesebene konnten in den letzten drei Jahren Schadensersatz- und Rückforderungseinnahmen aufgrund von Hinweisen von Whistleblowern in Höhe von 7,2 Mrd. US-\$ erreicht werden⁴⁴. Daher verwundert es wenig, dass die USA jenes erfolgreiche Modell nun auf Staaten und Bundesebene in immer mehr Bereichen übernehmen. So seit kurzem auch im Dodd-Frank-Act für die Finanzbranche, wo Whistleblower, neben gesetzlichem Schutz bei Meldungen über Verstöße an die SEC ab einer Schadensrelevanz von 1 Mio-US-\$ bis zu 30% als Prämie erhalten können⁴⁵. Hierzulande werden solche Bonusregelungen oft als moralisch bedenklich kritisiert, andererseits sind Prämien bei der Aufklärung von Verbrechen auch in Deutschland üblich. Bund und Länder waren – selbst ohne explizite gesetzliche Grundlage – bereit, Millionenbeträge für aus dubiosen Quellen stammende Steuer-Daten-CDs auszugeben, und auch V-Leute scheinen sich über mangelnde finanzielle Gegenleistungen für oft fragwürdige Insiderinformationen nicht beklagen zu müssen.

Aber zurück zur besseren Datenlage rund um Whistleblowing in den USA. Insoweit lohnt auch der Blick auf den jüngst veröffentlichten „2011 National Business Ethics Survey“⁴⁶. Überträgt man dessen Zahlen auf Deutschland, so hätten in Deutschland im letzten Jahr 18,5 Millionen Beschäftigte (45%) Missstände und Fehlverhalten am Arbeitsplatz beobachtet. 12 Millionen (65% der Beobachter) hätten darauf hingewiesen, aber von jenen hätten dann immerhin 2,6 Millionen Beschäftigte (22%) aufgrund Ihres Hinweises Repressalien erleiden

³⁷ Z.B. Bannenberg, Britta: Korruption in Deutschland und ihre strafrechtliche Kontrolle, 2002.

³⁸ Auskunft von der Geschäftsstelle auf Nachfrage des Verfassers.

³⁹ Bundeskriminalamt: "Bundeslagebild Wirtschaftskriminalität 2010" - <http://goo.gl/wWC1J>.

⁴⁰ <http://goo.gl/FDv8H>.

⁴¹ <http://goo.gl/EAKp1>.

⁴² Vgl. die Aussagen von Prof. Dr. Schneider auf <http://goo.gl/we7u7>.

⁴³ False Claims Act (31 U.S.C. §§ 3729–3733) auch "Lincoln Law" genannt, vgl. <http://goo.gl/j0Iv> und <http://goo.gl/9GpZe>.

⁴⁴ Vgl. <http://goo.gl/cfyUh> und <http://goo.gl/ro5IN>.

⁴⁵ Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act (<http://goo.gl/Y3XUZ>), Section 922, und dessen Umsetzung durch das Whistleblower-Programm der U.S. Securities and Exchange Commission (SEC - <http://goo.gl/w7Hxs>).

⁴⁶ Vgl. <http://goo.gl/ko5tk> - Übertragung auf Deutschland aufgrund eigener Berechnungen.

müssen. Neben dem Schutz dieser Menschen wäre effektiver Whistleblowerschutz aber auch für jene 6,5 Millionen Menschen relevant, die Missstände zwar beobachtet haben, aber dazu schwiegen. Ebenso für jene, die sich bei derartigen Umfragen lieber gar nicht mehr an die Missstände, hinsichtlich derer sie weggeschaut haben, erinnern wollen, und vor allem für all jene, die von jenen Missständen betroffen sind, die bisher nicht gemeldet oder bekämpft wurden und in den nächsten Jahren noch betroffen sein werden. Außerdem beziehen sich alle vorgenannten Zahlen, die, wie gesagt aus den entsprechenden US-Zahlen abgeleitet wurden, lediglich auf ein einziges Kalenderjahr.

Schließlich zeigt auch eine Analyse der jüngsten großen Katastrophe in Deutschland, dem Unglück bei der Loveparade in Duisburg 2010⁴⁷, bei welchem 21 Menschen starben und über 500 Besucher verletzt wurden, dass es in derartigen Fällen sehr oft Insider gibt⁴⁸, die auf Risiken und Rechtsverstöße hinwiesen, ohne dass sie bisher in ausreichendem Maße Gehör gefunden hätten⁴⁹.

All dies belegt: Whistleblowing und fehlender Whistleblowerschutz sind relevante Themen, denen sich der Gesetzgeber nicht länger verschließen sollte.

⁴⁷ Vgl. die Übersichten bei Wikipedia <http://goo.gl/3zWFy>, <http://goo.gl/GkSyS> und die hierzu bei WikiLeaks, leider ebenfalls erst nach dem Unglück, veröffentlichten Dokumente (<http://goo.gl/7ef39>).

⁴⁸ Zu weiteren Beispielen vgl. auch unten Fn.134ff.. Auch bei der Atom-Katastrophe in Fukushima gab es einige Whistleblower deren Warnungen ignoriert wurden, dazu Deiseroth, Dieter; Falter, Annegret (Hg.): Whistleblower im nuklear-industriellen Komplex -- Preisverleihung 2011 - Dr. Rainer Moormann; 2011.

⁴⁹ Am Fall Loveparade wird auch deutlich, dass die für Beamte seit 2009 bestehende Whistleblowing-Regelung in § 37 Abs. 2 Nr. 3 BeamtStG und § 67 Abs. 2 Nr. 3 BBG schon angesichts ihrer Beschränkung auf Korruptionsstraftaten völlig unzureichend ist.

2. Ausgestaltung gesetzlicher Regelungen zum Whistleblowing

In diesem Schwerpunktkapitel der vorliegenden Stellungnahme soll der Versuch unternommen werden, mit Blick auf internationale „best practice“ Empfehlungen⁵⁰, bestehende Regelungen in anderen Staaten und bei internationalen Organisationen⁵¹ sowie unter Berücksichtigung von Forschungsergebnissen⁵², die Ziele, die regelungsbedürftigen Fragen und die mögliche Regelungsansätze für ein Whistleblowing-Gesetz und effektiven gesetzlichen Whistleblowerschutz herauszuarbeiten und hierzu Stellung zu beziehen. Dabei werden auch Gesetzesentwürfe⁵³ und Vorschläge sowie eventuell übertragbare gesetzliche Regelungen aus Deutschland⁵⁴ berücksichtigt. Dies gilt insbesondere für den Antrag der Linksfraktion (A-Linke)⁵⁵, den Gesetzesvorschlag der SPD-Bundestagsfraktion (GE-SPD)⁵⁶, den Diskussionsvorschlag von Bündnis90/Die Grünen (GE-Grüne)⁵⁷ und den Gesetzesentwurf von drei Bundesministerien, der am 04.06.2008 Gegenstand einer öffentlichen Anhörung im Ausschuss für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestag (GE-BMin)⁵⁸ war.

2.1. Definition von Whistleblowing

In Anlehnung an die im wissenschaftlichen Bereich gebräuchlichste Definition von Miceli u.a.⁵⁹ definiert Transparency International Whistleblowing als die Weitergabe von Informationen, über etwas, was als Fehlverhalten, oder diesbezügliches Risiko, innerhalb einer Organisation wahrgenommen wird, an Personen oder Institutionen von denen erwartet wird, dass sie in der Lage sind Maßnahmen zu ergreifen⁶⁰.

Diese Definition⁶¹ soll auch den folgenden Überlegungen zu Grunde gelegt werden, wobei die Begriffe „Whistleblower“ und „Hinweisgeber“ synonym und – wie auch andere – zur Vereinfachung zumeist in männlicher Form verwendet werden, Whistleblowerinnen und Hinweisgeberinnen sind mitgemeint.

⁵⁰ Hierbei wird neben TI-DRec (s.o. Fn 12) und den in Fn. 13 erwähnten Schreiben zivilgesellschaftlicher Organisationen vor allem zurückgegriffen auf die, mit zahlreichen weiteren Nachweisen bestehender gesetzlicher Regelung versehene, Zusammenstellung bei: Government Accountability Project, International best practices for whistleblower policies, Oct. 2011 (zitiert als GAP-IBP - <http://goo.gl/hjd4yv>):

⁵¹ Neben dem OCED/G20-Kompendium (s.o. Fn. 28 – Zitate in Deutsch erfolgen auf der Basis der vom Whistleblower-Netzwerks erstellten Übersetzung der Empfehlungen des Anhangs (A-...) - <http://goo.gl/L07rK>) wird insoweit nachfolgend vor allem zurückgegriffen auf die Resolution 1729(2010) der Parlamentarischen Versammlung des Europarates (PACE-R s.o. Fn. 10) und auf das Toolkit der Vereinten Nationen zur UNCAC: UN Office on Drugs and Crime, The global programme against corruption, UN Anti-Corruption-Toolkit, September 2004 (zitiert al UN-Toolkit).

⁵² So werden z.B. die Erkenntnisse des weltweit größten Forschungsprojekts zum Whistleblowing, welches sich mit dem öffentlichen Sektor in Australien beschäftigte, seine Ergebnisse aber auch für auf den privaten Sektor für übertragbar hält, einbezogen über dessen Abschlussbericht an die Regierung von Queensland: A.J. Brown, Whistleblowing legislation in Queensland, The agenda for reform, Sept 2009 (zitiert als BROWN - <http://goo.gl/oWp1t>).

⁵³ So u.a. den im Anhang dieser Stellungnahme wiedergegebenen „Entwurf für ein Gesetz zum Schutz öffentlicher Interessen durch Förderung und Schutz von Hinweisgebern (Whistleblowing-Gesetz)“ des Whistleblower-Netzwerk e.V. (zitiert als GE-WBNW - <http://goo.gl/ac4r9>).

⁵⁴ Insoweit ist vor allem auf das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) und das Gesetz über den Wehrbeauftragten des Deutschen Bundestages (Gesetz zu Artikel 45b des Grundgesetzes - WBeauftrG) zu verweisen.

⁵⁵ Bundestag Drucksache 17/6492 vom 05.07.2011 (<http://goo.gl/RNblP>).

⁵⁶ Bundestag Drucksache 17/8567 vom 07.02.2012 (<http://goo.gl/wEghf>).

⁵⁷ Veröffentlicht und diskutiert auf <http://gruener-gesetzentwurf.de/>.

⁵⁸ BMAS, BMELV, BMJ: Vorschlag für eine gesetzliche Verankerung des Informantenschutzes für Arbeitnehmer im Bürgerlichen Gesetzbuch, vom 30.04.2008, Ausschussdrucksache 16(10)849 des Ausschusses für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages (<http://goo.gl/lvVEU>).

⁵⁹ Miceli, Marcia P.; Near, Janet Pollex; Dworkin, Terry Morehead: Whistleblowing in organizations; 2008, S. 6, m.w.N., definieren Whistleblowing als "the disclosure by organisation members (former or current) of illegal, immoral or illegitimate practices under the control of their employers, to persons or organizations that may be able to effect action".

⁶⁰ TI-DRec Nr. 1 (s.o. Fn. 12).

⁶¹ Zu den anderen Definitionen und deren Elementen vgl. auch <http://goo.gl/WTq9z> und Leisinger, Klaus M.: Whistleblowing und Corporate Reputation Management; 2003.

2.2. Ziele und Leitprinzipien gesetzlicher Whistleblowing-Regelungen

2.2.1. Insider-Informationen über Missstände zwecks Veränderung/Bekämpfung verfügbar machen

Whistleblowing dient dazu, nicht generell verfügbare Informationen, in Bezug auf Missstände bzw. Risiken, durch deren Meldung, von einer/mehreren Person/en, bei der/denen diese vorhanden sind aber nicht hinreichend vorteilhaft eingesetzt werden können, an eine andere Stelle zu bringen, wo dieser Nutzen im Sinne einer Förderung bzw. eines Schutzes öffentlicher Interessen durch Auslösen einer Reaktion auf den Missstand erzielt werden kann⁶². Andere Stelle kann dabei eine spezifische Stelle sein, die aufgrund der Informationen nutzbringend agiert (in der Organisation, aus der auch der Whistleblower kommt, oder z.B. bei einer Behörde). Andere Stelle kann aber grundsätzlich auch die Öffentlichkeit sein, soweit dies als nützlich (z.B. für die demokratische Kultur) angesehen wird.

Bei der Realisierung dieses obersten Ziels gesetzlicher Whistleblowing-Regelungen sind aus Sicht des Verfassers folgende Leitprinzipien zu beachten und mittels der im Abschnitt 2.3. geschilderten Maßnahmen bestmöglich umzusetzen.

2.2.2. Bewusstsein um die Möglichkeit von Whistleblowing fördern

Noch vor der Frage des Schutzes von Whistleblowern stellt sich jene, ob Whistleblowing von Informationsträgern überhaupt als Handlungsoption wahrgenommen wird⁶³. Hierzu gehören die Wahrnehmungsfähigkeit bzgl. evtl. relevanter Tatsachen, die Fähigkeit, die Missstandsrelevanz dieser Tatsachen möglichst korrekt zu beurteilen (z.B. das Wissen um die Rechtslage und die Anwendung ethischer Prinzipien) und das Bewusstsein über die Verfügbarkeit mindestens eines Weges⁶⁴ des Whistleblowings⁶⁵.

2.2.3. Ex-ante Folgenabschätzung durch potentiellen Whistleblower beeinflussen

Folgt man einem ökonomisch rationalen Ansatz wird Whistleblowing nur stattfinden, wenn für mindestens einen als verfügbar abgeschätzten Whistleblowing-Weg in einer ex-ante (also vor der Entscheidung zum Whistleblowing durchgeführten) Abschätzung durch den potentiellen Whistleblower der erwartete Nutzen die erwarteten Kosten übersteigt. Dabei sind die Begriffe Kosten und Nutzen materiell und immateriell zu verstehen und von einer höchst subjektiven Bewertung abhängig. Entscheidende Faktoren sind wahrgenommene moralische Akzeptanz im relevanten Umfeld (Familie, Kollegen, Gesellschaft), Schutz vor Nachteilen und evtl. auch erwartete Vorteile (positives Selbstbild, Anerkennung durch Dritte, materielle Vorteile, positive Beeinflussung des Missstandes)⁶⁶. Zugleich liegt hierin auch ein Steuerungspotential, um gewolltes von evtl. ungewolltem Whistleblowing zu scheiden.

2.2.4. Chance für Veränderung/Bekämpfung des Missstandes erhöhen

Whistleblowing bringt keinen gesellschaftlichen Nutzen, wenn der oder die vom Whistleblower gewählten Adressaten nicht über hinreichende Kompetenzen und Mittel⁶⁷ verfügen, um die übermittelte Information zu überprüfen und um auf gegen festgestellte Missstände/Risiken effektiv agieren zu können. Es findet nicht statt, wo Whistleblower nicht auf eine Chance auf Veränderung hoffen können. Whistleblowing läuft auch leer, wenn der Adressat zwar diese Möglichkeiten hat, sie aber (z.B. wegen fehlender Unabhängigkeit) nicht

⁶² Vgl. UN-Toolkit S.448, PACE-R Nr. A.1, TI-DRecNr.2.

⁶³ Allgemein zu den Voraussetzungen und zum Ablauf von Whistleblowing vgl. Miceli u.a. (s.o. Fn. 59)

⁶⁴ Ganz ähnliche Voraussetzungen gelten laut sozialpsychologischen Erkenntnissen auch generell bei der Frage wann Menschen z.B. in Notsituationen Hilfe leisten (vgl. z.B. Aronson, Wilson, Akert, Sozialpsychologie, 6. Aufl., S. 368.) was zeigt, dass Whistleblowing letztlich eine Form von Zivilcourage ist (dazu auch G. Meyer in epd Dokumentation Nr. 4, 24.01.2012 „Whistleblowing“ oder der Aufstand der Anständigen, S. 5ff.).

⁶⁵ Die Bedeutung des Wissens um Meldewege betonen auch OECD/G20-Kompendium A-4, GAP-IBP Nr. 9 und UN-Toolkit S. 298 u. 452.

⁶⁶ Vgl. TI-DRec Nr. 3, PACE-R A.2, A.5 u. A.7 und UN-Toolkit S.298 u. 451.

⁶⁷ Die diesbezüglichen Defizite sprach in der Bundestagsanhörung 2008 z.B. der Bundesverband der Lebensmittelkontrolleure e.V. an (Ausschussdrucksache 16(10)850-C - <http://goo.gl/hbplH>).

nutzt⁶⁸. Jeder Whistleblower ist auf das Agieren des Adressaten angewiesen. Es geht hierbei auch um das „Matching“, d.h. den Whistleblower zu dem im konkreten Fall optimalen Adressaten zu führen, der jene Voraussetzungen am besten erfüllt.

2.2.5. Effiziente Kosten/Nutzen-Relation der Überprüfung anstreben

Whistleblowing führt beim Adressaten zu Überprüfungskosten. Es besteht immer das Risiko, dass diese Kosten verschwendet sind, weil der falsche Adressat gewählt wurde, die übermittelte Information falsch ist oder trotz zutreffender Information kein Risiko besteht oder nicht mehr sinnvoll in Bezug auf dieses agiert werden kann. Auch besteht das Risiko, dass die Ermittlungskosten selbst bei festgestelltem Risiko den daraus möglichen Nutzen übersteigen⁶⁹. Andererseits ist aber zu beachten, dass auch die Tendenz besteht, Risiken und die Bedeutung von Sicherheitsvorschriften zumindest solange zu unterschätzen bis das Kind im Brunnen liegt⁷⁰.

2.2.6. Ungerechtfertigte Benachteiligungen Dritter durch Whistleblowing vermeiden

Die Information über einen evtl. Missstand beinhaltet regelmäßig die Möglichkeit einer Zuweisung der Verantwortung bzw. Schuld an eine Person oder Organisation (sei es als Missstandsverursacher, als Dulder oder Nichtabsteller). Diese Bemakelung ist nur insoweit nützlich und akzeptabel, als sie den Richtigen trifft und seiner Verantwortung bzw. Schuld angemessen ist. In allen anderen Fällen führt sie zu unangemessen Benachteiligungen Dritter, die es zu vermeiden gilt⁷¹. Hinzu kommt, dass die Bemakelung schon vor Abschluss der Untersuchung durch den Adressaten eintreten kann und in Form einer Rufschädigung oft auch nur noch sehr schwer oder gar nicht mehr korrigierbar ist. Es ist andererseits auch zu beachten, in wie weit die Bemakelung tatsächlich durch den Whistleblower oder erst nachträglich durch Dritte erfolgt.

2.3. Gesetzgeberische Handlungsmöglichkeiten

In diesem Kapitel sollen die wesentlichen gesetzgeberischen Handlungsmöglichkeiten dargestellt werden, wie sie weltweit in Whistleblowing-Gesetzgebung bereits vorhanden sind oder vorgeschlagen werden.

Davon grundsätzlich unterscheidbar sind Handlungsmöglichkeiten durch Whistleblowing-Politiken innerhalb von Organisationen⁷², die sowohl aufgrund von gesetzlichen Vorgaben als auch aufgrund freiwilliger Initiative innerhalb eines engeren oder weiteren gesetzlichen Rahmens erfolgen können. Die Übergänge sind dabei in mehrfacher Weise fließend und hängen z.T. auch von der Entscheidung des Gesetzgebers ab, inwieweit er Detailvorgaben machen oder Freiräume offen lassen will⁷³.

2.3.1. Notwendigkeit eigenständiger Gesetzgebung

Sowohl Transparency International als auch die OECD/G20⁷⁴ empfehlen einen einheitlichen gesetzlichen Schutzrahmen, denn nur so können Sicherheit und Klarheit und eine nahtlose

⁶⁸ Vgl hierzu die Abschnitte 1 und 4 des Briefs verschiedener internationaler NGOs vom September 2011 (s.o. Fn. 13), PACE-R A.5 und GAP-IBP Nr. 19 m.w.N.

⁶⁹ UN-Toolkit S. 449.

⁷⁰ Dies zeigen sowohl z.B. die Vorkommnisse im Vorfeld der Loveparade in Duisburg als auch die Unterschiedlichen Compliance Aufwendungen von Siemens vor und nach der Korruptionsaffäre.

⁷¹ Vgl. Abschnitt 4 des Briefs verschiedener internationaler NGOs vom September 2011 (s.o. Fn. 13), UN-Toolkit S. 449.

⁷² Hierzu zählen vor allem so genannte Hinweisgebersysteme, auf die unten ab S. 51 noch im Detail eingegangen wird.

⁷³ Bei Regelungen für Beschäftigte Internationaler Organisationen treffen mangels spezifischer Gesetze meist beide Regelungsebenen zusammen, vgl. z.B. die entsprechenden bei UNO (<http://goo.gl/PZAGX>), UNICEF (<http://goo.gl/WUy8G>), Weltbank (<http://goo.gl/jAhxG>), Welternährungsprogramm (<http://goo.gl/wkDWY>), Europäische Investitionsbank (<http://goo.gl/OA10d>) zum Whistleblowing in den EU-Institutionen s.o. Fn. 21.

⁷⁴ TI-DRec Nr. 1, OECD/G20-Kompodium A-1.1.

Anwendung des Rechts gewährleistet werden. Auch sind von einem einheitlichen Rechtsrahmen positive Effekte im Hinblick auf die Bekanntheit und Akzeptanz der Normen, deren Kalkulierbarkeit und auch für die Kosten für alle Beteiligten zu erwarten.

In Deutschland herrschen derzeit demgegenüber eine Fragmentierung von unzureichenden⁷⁵ Einzelregelungen⁷⁶ und letztlich durch die Rechtsprechung sogar bis zu einem gewissen Grad eine Einzelfalljustiz vor⁷⁷. Diese gilt es soweit möglich zu überwinden, wobei allerdings im Hinblick auf die föderaler Struktur und gut eingeführte Sonderregelungen (wie z.B. den Wehrbeauftragten) gewisse Abstriche an der Einheitlichkeit der Regelungen hinzunehmen sein werden. Dennoch sollte der Versuch unternommen werden, den öffentlichen und den privaten Sektor den im Wesentlichen gleichen Regelungen zu unterwerfen.

Was die Bezeichnung und Reichweite des Gesetzes angeht sind die Hinweise von Brown bemerkenswert, wonach eine Bezeichnung, die auf den Hauptzweck des Gesetzes, den Schutz bzw. die Förderung öffentlicher Interessen durch Whistleblowing abstellt, gegenüber Bezeichnungen wie „Whistleblower-Schutzgesetz“ vorzuziehen ist, die nur einen Teilaspekt ansprechen.⁷⁸

Gesetzgebungstechnisch spricht einiges für ein eigenständiges Gesetz, welches dann mit einer Darstellung des Ziels⁷⁹ und auch mit Legaldefinitionen wichtiger Begriffe beginnen könnte, während diese Elemente bei Einbeziehung in andere Gesetze leicht als Fremdkörper angesehen werden könnten.

⁷⁵ Vgl. eingehend die Stellungnahme von D. Deiseroth zur Bundestagsanhörung 2008 (Ausschussdrucksache 16(10)850-I, S. 12 - <http://goo.gl/qmLbP>), S. 3ff.

⁷⁶ Regelungen mit Relevanz für das Whistleblowing finden sich z.B. in Form von rein internen Hinweis- und Beschwerderechten §§ 84ff. BetrVG, §§ 13,16 AGG und Pflichten § 36 Abs. 2 BeamtStG § 63 Abs. 2 BBeamtG. , in darüber hinausgehenden auch externe Meldungen/Äußerungen betreffenden Regelungen, z.B. Art. 10 EMRK, Art. 5 und 17 GG, § 158 Abs. 1 StPO, § 17 Abs. 2 ArbSchG, § 7 WBeauftrG, § 27 AGG, § 8 PKontrG, § 4f Abs. 5 BDSG (und noch weitergehend zahlreichen Landesdatenschutzgesetzen z.B. § 25 LDSG-NRW) und außerdem auch noch überall dort wo Gesetze Meldepflichten begründen z.B. in § 138 StGB, § 10 WPHG, § 11 GWG oder jedenfalls eine Hilfeleistungspflicht § 323c StGB, § 35 Feuerschutz- und Hilfeleistungsgesetz NRW. Mit Ausnahme der Grundrechte sind sie jeweils auf enge Anwendungsbereiche, z.T. auch auf bestimmte Personengruppen beschränkt und setzen in vielen Fällen auch eine persönliche Betroffenheit voraus, explizite Regelungen zum Schutz der Hinweisgeber sind ebenfalls recht selten, so dass in vielen Fällen der Rückgriff auf § 612a BGB nötig wird, der aber nur innerhalb von Arbeitsverhältnissen möglich ist.

⁷⁷ Auf die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts und der Arbeitsgerichte zum Whistleblowing wurde bereits in der Stellungnahme des Verfassers aus dem Jahre 2008 (s.o. Fn. 6, dort insbes. S. 14ff.) detailliert eingegangen, die damals gemachten Aussagen sind auch heute noch zutreffend. Der Einfluss des EGMR Urteils im Fall Heinisch hierauf kann derzeit noch nicht sicher abgeschätzt werden. Eine Übersicht über die Rechtsprechung bietet auch: Berthold, Annemarie: Whistleblowing in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts; 2010.

⁷⁸ BROWN, bei Nr. 9 heißt es hierzu: “The stated objectives of public interest disclosure legislation should be: • to support public interest whistleblowing by facilitating disclosure of wrongdoing • to ensure that public interest disclosures are properly assessed, and where necessary investigated and actioned • to ensure that a person making a public interest disclosure is protected against detriment and reprisal. These objectives should be captured in the short and long title to the legislation. Public Interest Disclosure Act is a preferred title to ‘Whistleblower Protection Act’ or ‘Protected Disclosures Act’”.

⁷⁹ Im Südkoreanischen Gesetz (South Korea: Act on the Protection of Public Interest Whistleblowers Act No. 10472, Mar. 29, 2011 – nachfolgend zitiert als SKorea-PIWA <http://goo.gl/J9q8s>) werden als Ziele genannt: “Art. 1 (Purpose) - The purposes of this Act are to contribute to the stability of people’s livelihoods and to a more transparent and ethical social climate by protecting and supporting people who report violations of the public interest and others“. Am Anfang des “The Whistleblower Protection Act 2010” von Malaysia (<http://goo.gl/ppSmt>) stehen die Worte: “An Act to combat corruption and other wrongdoings by encouraging and facilitating disclosures of improper conduct in the public and private sector, to protect persons making those disclosures from detrimental action, to provide for the matters disclosed to be investigated and dealt with and to provide for other matters connected therewith.”. Der “Public Interest Disclosure Act 2010 – Act No 38 of 2010” des Australischen Bundesstaates Queensland (nachfolgend zitiert als Queensland-PIDA - <http://goo.gl/IUxM1>) enthält in Sec. 3 folgende Zielbeschreibung: “The main objects of this Act are— (a) to promote the public interest by facilitating public interest disclosures of wrongdoing in the public sector; and (b) to ensure that public interest disclosures are properly assessed and, when appropriate, properly investigated and dealt with; and (c) to ensure that appropriate consideration is given to the interests of persons who are the subject of a public interest disclosure; and (d) to afford protection from reprisals to persons making public interest disclosures”. S.a. § 1 GE-WBNW.

2.3.2. Bestimmung des Anwendungsbereichs

2.3.2.1. Sachlicher Anwendungsbereich

Bei der Frage des sachlichen Anwendungsbereichs geht es darum, zu definieren, welche Arten von Missständen, aus welchen Bereichen, Gegenstand eines gesetzlich geschützten Whistleblowing-Hinweises sein sollen. Das OECD/G20-Kompendium nennt insoweit: „Verletzungen von Gesetzen, Regeln oder Vorschriften; grobe Misswirtschaft; grobe Verschwendung von Mitteln; Machtmissbrauch; eine wesentliche und konkrete Gefahr für die öffentliche Gesundheit oder Sicherheit; oder Arten von Fehlverhalten, die nach der Definition des innerstaatlichen Rechts unter dem Begriff `Korruption` fallen“⁸⁰.

A-Linke geht noch etwas weiter und spricht an: „widerrechtliche Handlungen, Fehlverhalten oder allgemeine Gefahren, die eine Bedrohung für Gesundheit, Leben, Freiheit, Umwelt oder andere berechnigte Interessen des Einzelnen oder der Gesellschaft darstellen“. An die Verletzung gesetzlicher Pflichten im Betrieb oder bei einer betrieblichen Tätigkeit knüpfte auch GE-BMin an. Etwas darüber hinaus geht der GE-Grüne, der insoweit auch schon eine drohende Verletzung und einen Zusammenhang mit der betrieblichen Tätigkeit ausreichen lassen will. Sowohl GE-BMin als auch GE-Grüne nennen an anderer Stelle dann aber jeweils auch drohende Gefahren für bestimmte Rechtsgüter als Voraussetzung für qualifiziertes Whistleblowing an bestimmte Adressaten. Laut GE-SPD liegt ein Missstand vor: „wenn in einem Unternehmen, Betrieb oder im Umfeld einer unternehmerischen oder betrieblichen Tätigkeit Rechte und Pflichten verletzt werden oder unmittelbar gefährdet sind. Ein Missstand liegt auch vor, wenn eine Gefahr für Leben oder Gesundheit von Menschen oder für die Umwelt droht.“

Analysiert man die Lösungsvorschläge zum sachlichen Anwendungsbereich genauer, so lassen sich folgende unterschiedliche Fragestellungen erkennen:

- Normativer Anknüpfungspunkt: Schon Miceli u.a. sprechen insoweit von „illegal, immoral or illegitimate“⁸¹ und zeigen damit auf, dass es neben der Verletzung von Rechtsnormen auch um die Verletzung moralischer Normen gehen kann. Bei den Rechtsnormen ist zu klären, ob nur bestimmte oder alle staatlichen Normen Gegenstand sein können oder ob zusätzlich noch andere Normierungen und Vereinbarungen (Tarifverträge, private Verträge, Arbeitsanweisungen) tauglicher Gegenstand sein können. Ein von der konkreten Verletzung einer Norm etwas abstrahierender Ansatz ist jener, der auf eine Beeinträchtigungen von Rechtsgütern und vielleicht sogar mit der Linksfraktion auf „berechnigte Interessen des Einzelnen oder der Gesellschaft“ abstellt.
- Bereichseingrenzungen: Hierunter fallen z.B. spezifische Regelungen von Melderechten in Spezialgesetzen, wie z.B. in § 17 Abs. 2 ArbSchG, § 7 WBeauftrG § 4f Abs. 5 BDSG oder in den Landesdatenschutzgesetzen⁸². Die Frage der Anwendbarkeit im privaten und/oder öffentlichen Sektor kann eine Bereichseingrenzung darstellen, kann aber auch für den persönlichen Anwendungsbereich (Beamte/Nicht-Beamte) relevant werden.
- Verletzungseintritt oder Grad der Bedrohung: Von der Frage, um welche Normen oder Rechtsgüter es beim Whistleblowing geht, zu trennen ist jene nach dem Grad und ggfls. auch der Wahrscheinlichkeit der bevorstehenden oder bereits eingetretenen Beeinträchtigung.
- Organisationsbezug: Hiermit ist die Nähe des Missstandes und seines Auftretens zur Organisation bzw. zum Betrieb oder zum Unternehmen bzw. zur Behörde gemeint.

Die Beantwortung dieser Fragestellungen sollte auf die Ziele und Leitprinzipien des Whistleblowerschutzes abstellen. Dabei wird deutlich, dass es um das Zusammenbringen von Whistleblower und geeignetem sprich handlungsfähigen Adressaten geht.

⁸⁰ OECD/G20-Kompendium A-2.1.

⁸¹ S.o. S. 10.

⁸² Für weitere Beispiele s.o. Fn. 76.

Hinsichtlich der Verletzungen von staatlichen Rechtsnormen sollte sich immer ein zuständiger staatlicher Adressat finden, und staatliche Stellen sollten auch an Informationen über Rechtsgutsbeeinträchtigungen immer ein Interesse haben. Dies nicht erst dann, wenn „das Kind in den Brunnen gefallen ist“, sondern, im Sinne eines Frühwarnsystems⁸³, sobald eine gewisse Mindestkonkretisierung und daraus folgende (Be-)Handlungsfähigkeit eines Risikos, also einer Rechtsguts- oder Normenverletzung bevorsteht bzw. droht⁸⁴. Demnach sollten jedenfalls alle Verletzungen oder Gefährdungen öffentlicher Interessen als Missstand definiert⁸⁵ und vom sachlichen Anwendungsbereich eines Whistleblowing-Gesetzes umfasst werden. Hierzu sollten alle eingetretenen oder drohenden Verletzungen von Rechtsnormen und Gefahren für von der Rechtsordnung geschützte Rechtsgüter (insbesondere Leben, Freiheit, Gesundheit und Würde des Menschen, Umwelt, Justiz und öffentliche Haushalte⁸⁶) zählen.

Als Rechtsnormen sollten auch Normen des europäischen und internationalen Rechts gelten, soweit die Bundesrepublik Deutschland zu deren Einhaltung europarechtlich oder völkerrechtlich verpflichtet ist.

Bereichseingrenzungen sollten im Sinne der Einheitlichkeit und Klarheit der Gesetzgebung soweit wie irgend möglich, vermieden werden.⁸⁷

Beim Organisationsbezug ist erneut auf die mögliche Akteurseigenschaft, diesmal vor allem der internen Adressaten und des Arbeitgebers abzustellen. Diese ist weit zu verstehen. Auch weite Bezüge zur Organisation (wie etwa im Falle des LkW-Fahrers Miroslaw Strecker⁸⁸, der Verdacht von Straftaten beim Kunden) können evtl. zu einer Sanktion durch die Organisation (um keine Kunden zu verlieren) führen. Soweit eine Organisation eigene Regeln aufstellt und insoweit zu Meldungen auffordert oder diese anregt oder an Verstöße gegen diese Regeln Sanktionen knüpft, sollten Hinweisgeber ebenfalls vor Benachteiligungen geschützt sein⁸⁹.

⁸³ Zu Whistleblowing als Mechanismus „zur gesellschaftlichen Risiko-Früherkennung“ vgl. die Stellungnahme von A. Falter zur Bundestagsanhörung 2008 (Ausschussdrucksache 16(10)850-K - <http://goo.gl/7zG1p>), für B. Rohde-Liebenau betonte bei jener Anhörung (Ausschussdrucksache 16(10)850-D - <http://goo.gl/cv14u>) „die möglichst frühzeitige Identifikation, durch Empfangsbereitschaft auch für „schwache Signale.““

⁸⁴ „The Whistleblower Act, 2006, Act 720“ (<http://goo.gl/x9TJ0>) von Ghana in Sec. I und der „Public Interest Disclosure Act, 1998“ in Großbritannien (nachfolgende UK-PIDA - <http://goo.gl/2wdwo>) in Sec. 43B verwenden z.B. die Formulierung „has occurred, is occurring or is likely to occur;“ The Protected Disclosures Act von Jamaika (No. 3 – 2011, <http://goo.gl/zGEy5>) greift sobald „the information disclosed shows or tends to show that improper conduct has occurred, is occurring or is likely to occur“.

⁸⁵ Dies empfiehlt auch BROWN Nr. 11, der z.B. auch einbezieht: „improper financial management that constitutes a significant waste of public money or time“. Art. 6 SKorea-PIWA lautet entsprechend: „Any person may report a violation of the public interest that had already occurred or concerns that a violation of the public interest is likely to occur“.

⁸⁶ § 612b Abs. 2 Nr. 1 GE-Grüne erwähnt außerdem noch „Persönlichkeitsrecht“ und „Stabilität des Finanzsystems“. PACE-R 6.1.1. stellt „unlawful acts“ in den Mittelpunkt. GAP-IBP Nr. 2 nennt neben „illegality“ u.a. „gross waste, mismanagement, abuse of authority“. Der Whistleblower-Protection Act des USA deckt laut 5 USC § 2302 (b)8A (<http://goo.gl/QfTaY>) ab:“(i) a violation of any law, rule, or regulation, or (ii) gross mismanagement, a gross waste of funds, an abuse of authority, or a substantial and specific danger to public health or safety.”. TI-DRec Nr. 4 erwähnt zusätzlich „Justizirrtümer ... und Vertuschungen bezüglich all dieser Sachverhalte“. Neben der Verletzung von Rechtspflichten, sind diese beiden Bereiche auch von Sec. 43B des UK-PIDA umfasst. In Südafrika umfasst Sec. 1 des Protected Disclosure Acts (Government Gazette No. 21453 vom 7.8.2000 - <http://goo.gl/OzMPI>) ebenfalls „a miscarriage of justice“. Gleiches gilt für Jamaika (s.o. Fn.84) und auch nach Sec. 1 des Whistleblowers Protection Act, 2010 von Uganda (<http://goo.gl/VZIUN>) und Sec. 1 der Regelung in Ghana (s.o. Fn. 84) welche zusätzlich auch noch „waste, misappropriation or mismanagement of public resources;“ abdeckt. Der Public Servants Disclosure Protection Act in Canada (S.C. 2005, c. 45 - <http://goo.gl/mv1PC>) umfasst in Sect. 8 u.a. „(b) a misuse of public funds or a public asset;“. Das Whistleblower-Gesetz von Rumänien (Law 571/2004, Published in the Official Gazette on 14 December 14, 2004 - <http://goo.gl/FxaKU>) erfasst „any fact involving a violation of law, of professional deontology or of principles of a good administration, of efficiency, effectiveness, economic efficiency and transparency“. Malaysia (s.o. Fn. 79) lässt jedes unangemessene Verhalten („improper conduct“) ausreichen.

⁸⁷ GAP-IBP Nr.1: „There can be no loopholes for form, context or audience“.

⁸⁸ Dieser Gammelfleisch-Fall ist Teil der Ausstellung des Whistleblower-Netzwerk e.V. (<http://goo.gl/zzynN>).

⁸⁹ Insoweit geht es dann evtl. nicht um das Öffentliche Interesse daran den gemeldeten Inhalten nachzugehen, sondern darum die im Öffentlichen Interesse liegende Regel der Nichtbenachteiligung von Hinweisgebern durchzusetzen, um insoweit Abschreckungseffekte zu vermeiden. Der „LOV 2005-06-17 nr 62, Act on Working

2.3.2.2. Persönlicher Anwendungsbereich

Hier geht es vorrangig um die Frage, 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.

2.3.2.2.1. Whistleblower

Miceli u.a. sprechen insoweit von „organisation members“⁹⁰. Das OECD/G20-Kompendium⁹¹ empfiehlt: „Schutz wird öffentlichen und privaten Beschäftigten gewährt, und zwar nicht nur fest angestellten Arbeitnehmern und Beamten, sondern auch anderen Personen wie Beratern, Auftragnehmern, befristet Beschäftigten, ehemaligen Mitarbeitern, Freiwilligen, etc.“. Dieser Ansatz ist mit demjenigen der Linksfraktion im Wesentlichen deckungsgleich⁹².

Demgegenüber stellte GE-BMin eng auf den Begriff „Arbeitnehmer“ ab, den auch GE-Grüne in den Mittelpunkt stellt, wobei die Grünen allerdings zusätzlich entsprechende Regelungen für Beamte vorschlagen. GE-SPD verwendet und definiert in § 2 Abs. 3 einen erweiterten Begriff des Beschäftigten, der auch Auszubildende und arbeitnehmerähnliche Personen und Heimarbeiter erfasst, will andererseits aber die bestehenden beamtenrechtlichen Regelungen nicht verändern.

Im Sinne der Zielsetzungen von Klarheit und Einfachheit und umfassendem Schutz ist ein weiter und einheitlicher persönlicher Anwendungsbereich entsprechend den Vorschlägen von OECD/G20 und A-Linke geboten. Überall dort, wo Menschen aufgrund einer spezifischen Insider- bzw. Nähebeziehung zu einer Organisation über besondere potentiell misstandsrelevante Informationen verfügen und zugleich potentiell einer spezifischen Sanktionsgefahr durch die Organisation ausgesetzt sind, sollte Whistleblowerschutz greifen. Mindestens aber sollte der Beschäftigtenbegriff aus § 2 Nr. 2 ArbSchG, ergänzt um die von § 6 AGG „in Heimarbeit Beschäftigten und die ihnen Gleichgestellten“, übernommen werden.

Die prinzipielle Gleichstellung von allen⁹³ Beschäftigten in der privaten Wirtschaft und Beschäftigten und Beamten im öffentlichen Dienst ist in jedem Fall geboten⁹⁴. Die derzeit

Environment and Employment Protection (Working Environment Act)“ (<http://goo.gl/yR6U>) erlaubt in Norwegen Beschäftigten in §2-4 generell „notice of criticism in the business ... in accordance with the duty or the organization's routines“ und verbietet in §2-5 daraus folgende „Retaliation“.

⁹⁰ Miceli u.a. (s.o. Fn 59).

⁹¹ Anhang 2.3.

⁹² Vgl. die Aufzählung dort in II.3. Ähnlich auch TI-DRec Nr. 5, GAP-IPB Nr. 5 die neben Beschäftigten erfassen „all who carry out activities relevant to the organization's mission“ und „those who participate in or are affected by the organization's activities“. Wichtig ist auch der Hinweis bei BROWN Nr. 12 implizit oder explizit ebenfalls abzudecken: „Anonymous persons who can reasonably be suspected to belong, or who are later identified as belonging, to one of these categories“. Mit Blick auf Art. 5 und 17 GG und die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung käme gerade für Deutschland auch eine Ausweitung auf „Jedermann“ in Betracht. Es entstünde ein allgemeines Petenten- und Hinweisschutzgesetz zur drittwirkenden Ausgestaltung von Art. 17 GG. Dabei würde auf das in der Whistleblowing-Definition enthaltene Kriterium des personalen Organisationsbezuges gänzlich verzichtet, bzw. dieses würde durch einen inhaltlichen Organisationsbezug und letztlich eine sachliche Zuständigkeit ersetzt. Zuständig wären dann Behörden (öffentliche Stellen) und Volksvertretungen im Rahmen ihrer gesetzlichen Zuständigkeiten sowie über Art. 17 GG hinausgehend auch Unternehmen und andere Organisationen privaten Rechts im Rahmen des durch ihre Tätigkeiten aufgespannten Rahmens (letztlich ein Stakeholder-Approach). Neben den für alle Hinweise geltenden und gegenüber jedermann wirkenden allgemeinen Regeln (z.B. Behandlungsgebot und Benachteiligungsverbot) könnten dort für besondere Nähe- und Insiderbeziehungen noch spezielle Regeln (z.B. weitergehende Informations- und Präventionspflichten) normiert werden. Ein solcher Ansatz klingt zwar in der Stellungnahme von D. Deiseroth zur Bundestagsanhörung 2008 (s.o. Fn. 75 - S. 12) an, ist aber bisher jedenfalls als Gesetzesvorschlag nach Wissen des Verfassers noch nicht ausformuliert worden. Auch GE-WBNW bleibt dahinter zurück. SKorea-PIWA räumt in Art. 6 „any person“ das Recht zum Hinweis ein und definiert in Art. 2 auch den Begriff Whistleblower entsprechend weit.

⁹³ Das OECD/G20-Kompendium enthält in A-2.2. und A-4.5. scheinbar Einschränkungen in Bezug auf Landesverteidigung, Auswärtige Angelegenheiten, Fragen der nationalen Sicherheit und Staatsgeheimnisse. Letztlich geht es dabei aber nicht um eine absolute Herausnahme der in jenen Bereichen Beschäftigten aus dem personalen Anwendungsbereich, sondern um die Regelungen von Konkurrenzverhältnissen zu spezifischen Geheimnisschutz-Normierungen und/oder um diesbzügliche besondere Zuweisungen von Hinweisen an spezifische Adressaten („Spezielle Kanäle und zusätzliche Schutzmaßnahmen“). Solche spricht auch TI-DRec Nr. 9 an: „soweit das Whistleblowing Fragen der nationalen Sicherheit betrifft, können zusätzliche Absicherungen durch

bestehenden äußerst rudimentären beamtenrechtlichen Regelungen, sollten in einer allgemeinen Regelung mit weitem sachlichen Anwendungsbereich aufgehen⁹⁵.

2.3.2.2.2. „Arbeitgeber“ bzw. Organisation

Aus dem vorstehenden ergibt sich im Umkehrschluss auch wer, auch hier umfassend hinsichtlich des öffentlichen und privaten Sektors, im Sinne des Gesetzes als „Arbeitgeber“ bzw. Organisation⁹⁶ zu verstehen ist, innerhalb welcher bzw. in Bezug auf welche Whistleblowing stattfinden kann. Im nachfolgenden Text werden der so zu verstehende Begriff des Arbeitgebers und der Organisation synonym verwendet.

2.3.2.2.3. Andere Begünstigte

Während gesetzliche Regelungen, die sich auf die Bearbeitung von Hinweisen beziehen, nur sinnvoll sind, soweit es zu einem Hinweis kommt, sollten Whistleblower-Schutzregelungen auch jene schützen, die irrtümlich als Hinweisgeber angesehen und deswegen diskriminiert werden⁹⁷.

Gleiches gilt für jene, die im Begriff sind, Hinweise abzugeben und schon in der Vorphase diskriminiert werden⁹⁸.

Einen anderen wichtigen Aspekt greift § 16 Abs. 1 Satz 2 AGG auf: „Gleiches gilt für Personen, die den Beschäftigten hierbei unterstützen oder als Zeuginnen oder Zeugen aussagen.“ Eine solche Schutzerstreckung ist auch beim Whistleblowing sinnvoll⁹⁹.

Schließlich sollte sich der Schutz auch auf die Familie des Whistleblowers erstrecken¹⁰⁰, da deren Benachteiligung quasi einer Benachteiligung des Whistleblowers gleichkommt und letztlich ja auch den Whistleblower treffen soll.

2.3.2.3. Konkurrenz zu Geheimhaltungsvorschriften

Die Grundidee eines Whistleblowing-Gesetzes ist, dass es hier um die Absicherung des richtigen Umgangs mit Informationen geht, die öffentliche Interessen betreffen (sei es als Rechtsverletzung oder als Rechtsgutbedrohung), daher sollte ein Whistleblowing-Gesetz, in dem Rahmen in dem es Hinweise zulässt, privatrechtlichen Vereinbarungen immer vorgehen. In Deutschland sollte dies auch für Betriebsvereinbarungen und Tarifverträge gelten, d.h. beim Whistleblowing-Gesetz sollte es sich um zwingendes Recht handeln, welches auch nicht

Verfahrensvorgaben zum Whistleblowing erlassen werden, um die Möglichkeiten interner Weiterverfolgung und Lösung ohne unnötige externe Bekanntwerdung zu maximieren“. Vgl. auch GAP-IBP Nr. 1 m.w.N.

⁹⁴ So auch PACE-Rec 6.1.2. und aus wissenschaftlicher Sicht u.a.: Groneberg, Rut: Whistleblowing -- Eine rechtsvergleichende Untersuchung des US-amerikanischen, englischen und deutschen Rechts unter besonderer Berücksichtigung des Entwurfs eines neuen § 612a BGB; 2011; S. 236ff., 282f.

⁹⁵ Eine Begrenzung allein auf die §§ 331-337 StGB, wie sie § 37 Abs. 2 Nr. 3 BeamtStG und § 67 Abs. 2 Nr. 3 BBG vorsehen, entspricht nicht dem soeben als nötig herausgearbeiteten weiten sachlichen Anwendungsbereich. In Zukunft sollten auch Fälle wie jener der Loveparade (s.o. Fn. 49) vom Anwendungsbereich umfasst sein. Wie noch zu zeigen sein wird, genügen die derzeitigen beamtenrechtlichen Regelungen im Übrigen auch in vielen anderen Punkten nicht internationalen „best practice“ Standards.

⁹⁶ So auch die aus dem Beschäftigtenbegriff in Abs. 2 abgeleitete Definition in Abs. 3 ArbSchG. Jamika (s.o. Fn. 81) definiert „employer“ entsprechend weit als, jeden der andere für sich entgeltlich oder unentgeltlich tätig werden oder sich durch andere in seiner Geschäftstätigkeit unterstützen lässt: „employer“ means any person who -- (a) employs or has employed another person to carry out work or provide services and who remunerates, or expressly or tacitly undertakes to remunerate, that other person for the work carried out or services provided; or (b) permits or has permitted another person to assist in any manner in the carrying on or conduct of the business of that person, without any obligation to provide remuneration or reward to that other person;“.

⁹⁷ So auch OECD/G20-Kompendium A-1.2 und GAP-IBP Nr. 4 m.w.N.

⁹⁸ Art. 17 SKorea-PIWA „to include when the public interest whistleblowing was conducted after the whistleblower was subjected to disadvantages measures while preparing for the public interest whistleblowing by collecting evidence, etc“.

⁹⁹ Der Dodd-Frank-Act (s.o. Fn. 45) schützt in Sect. 1057(a) z.B. auch “authorized representative of covered employees“. Die Staff-Rule 8.02 der Weltbank (s.o. Fn. 73) nach Nr. 2.01 auch “staff members who cooperate or provide information during an ensuing review or investigation of such allegations“.

¹⁰⁰ SKorea-PIWA Art. 27 schützt „whistleblower, etc., his/her relatives, or his/her cohabitants“.

abbedungen oder zulasten des potentiellen Whistleblowers verkürzt werden kann¹⁰¹. Dies sehen auch § 612a Abs. 3 GE-BMin, § 612b Abs. 5 GE-Grüne und § 13 GE-SPD vor¹⁰².

Neben privatrechtlichen Geheimhaltungsvereinbarungen gibt es auch gesetzliche, insbesondere strafrechtliche Regelungen. Auch diesbezüglich sollte Whistleblowing jedenfalls nicht grundsätzlich ausgeschlossen sein. Als weniger problematisch können dabei Geheimnisse angesehen werden, die schon heute aus anderen Gründen gegenüber bestimmten Behörden unter bestimmten Voraussetzungen offenbart werden dürfen. Hier spricht grundsätzlich nichts dagegen, ein Whistleblowing an diese Behörden auch aufgrund des Whistleblowing-Gesetzes zuzulassen. Schwieriger ist es dort, wo die Geheimhaltungspflicht gerade gegenüber dem Staat besteht. Aber auch hier wäre eine Schaffung besonderer Anlaufstellen denkbar, die dann ihrerseits Weitergabe- und teilweisen Verwertungsverboten unterliegen. Entscheidend dabei sollten der Schutzzweck der jeweiligen Norm und wohl auch die Bedeutung der relevanten öffentlichen und privaten Interessen sein¹⁰³.

2.3.2.4. Rechte und Pflichten zum Whistleblowing

Prinzipiell wäre es denkbar, durch die gesetzliche Regelung auch neue Pflichten zum Whistleblowing einzuführen. Der Gesetzgeber in Deutschland hat aber bisher z.B. bewusst auf eine allgemeine Pflicht zur Anzeige selbst bei Straftaten verzichtet, auch um damit nicht den Verdacht des Überwachungsstaates aufkommen zu lassen. Stattdessen wird durch die Einräumung der Möglichkeit zur Strafanzeige auf Freiwilligkeit gesetzt. Dieses Prinzip sollte auch bei einem Whistleblowing-Gesetz beibehalten werden, auch um dessen allgemeinen Charakter zu betonen. Eine der oben vorgeschlagenen Weite des Anwendungsbereichs entsprechende, weite Schaffung von Meldepflichten kommt ohnehin nicht in Betracht. Daher und da ansonsten sehr viele, sehr spezielle Regelungen über Anzeigepflichten geschaffen werden müssten, die dort, wo sie notwendig sind, ohnehin schon in Spezialgesetzen existieren, ist es besser im Whistleblowing-Gesetz keinerlei neue Anzeigepflichten zu normieren.

Dies gilt auch für die von der Rechtsprechung je nach Fallgestaltung aus zivilrechtlichen Haupt- oder Nebenpflichten und aus § 241 Abs. 2 BGB abgeleitete Pflicht zur Information von Vertragspartnern, insbesondere von Arbeitgebern, über diesen drohenden Schäden, die individuell aufgrund der Art, Erheblichkeit und Wahrscheinlichkeit des Schadens und auch aufgrund der Stellung des potentiellen Melders bestimmt wird¹⁰⁴.

Ein Whistleblowing-Gesetz sollte sich demnach auf die Regelung des Rechts auf Whistleblowing und dessen Rechtsfolgen beschränken, aber keine eigenständigen Meldepflichten begründen.

Bei internen Whistleblowing-Politiken in der Verwaltung oder im Unternehmen kann es hingegen, im Rahmen des rechtlich möglichen, sehr wohl sinnvoll sein, neue spezifische Meldepflichten zu begründen oder auch bestehende spezifische Meldepflichten zur Klarstellung schriftlich zu fixieren.

Unabhängig davon ist es ratsam, in einem Whistleblowing Gesetz klarstellend festzulegen, dass dieses als Mindeststandard¹⁰⁵ auch in allen Fällen gilt, in denen aufgrund anderer Normen Meldepflichten bestehen, bzw. Meldungen im Rahmen normaler Dienstpflichten gemacht werden¹⁰⁶.

¹⁰¹ So auch TI-DRec Nr. 18 und GAP-IBP Nr. 8 m.w.N.

¹⁰² Zur Umgehungsproblematik s.a. unten ab S. 48:

¹⁰³ Eine detailliertere Auseinandersetzung mit diesen Fragen erfolgt unten ab S. 43 anlässlich der Erörterung möglicher Haftungsfreistellungen.

¹⁰⁴ Dazu: Schulz, Mike: Ethikrichtlinien und Whistleblowing -- Arbeitsrechtliche Aspekte der Einführung eines Compliance-Systems ; 2010; S. 147ff., der insbesondere verweist auf BAG 2 AZR 539/56 vom 12.05.1958, BAG 1 AZR 520/69 vom 18.06.1970, LAG Berlin 9 Sa 93/88 vom 09.01.1989 und BGH IX 236/86 vom 23.02.1989.

¹⁰⁵ Vgl. Art. 5 SKorea-PIWA.

¹⁰⁶ GAP-IPB Nr. 1: „It is necessary to specify that disclosures in the course of job duties are protected, because most retaliation is in response to "duty speech" by those whose institutional role is blowing the whistle as part of organizational checks and balances“.

Insoweit ist eine Kritik an allen vorliegenden Gesetzesentwürfen angebracht. Die dort regelmäßig anzutreffende Formulierung „Die Rechte von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern nach anderen Rechtsvorschriften .. bleiben unberührt.“ macht jedenfalls nicht hinreichend deutlich (wenn sie überhaupt so verstanden werden kann), dass sich Arbeitnehmer, wenn sie Pflichten oder Rechte auf Anzeige, Meldung oder Beschwerde wahrnehmen, zugleich auch vom Whistleblower-Gesetz und dessen Schutzmechanismen profitieren können. Sinnvoll erscheint daher eine Formulierung, die klarstellt, dass dieses Gesetz einen Mindeststandard festlegt, der auch dort gilt, wo andere Rechte oder Pflichten zur Abgabe von Hinweisen, die zugleich als Hinweise im Sinne dieses Gesetzes anzusehen sind, durch oder aufgrund einer anderen Rechtsnorm bereits bestehen oder noch begründet werden.

Wird auf eine solche Mindestgewährleistungs-Regelung verzichtet, so sollte jedenfalls das Verhältnis des hier geplanten Gesetzes zu § 17 Abs. 2 ArbSchG geklärt werden, da dort ja ein expliziter Vorrang eines internen Klärungsversuches vorgeschrieben wird¹⁰⁷, der entsprechend A-Linke und GE-SPD generell abgeschafft werden sollte.

2.3.3. Anforderungen an rechtmäßiges Whistleblowing

Ein Whistleblowing-Gesetz sollte auch über die Definition des sachlichen und personellen Anwendungsbereiches hinaus definieren, wann, in welcher Form und unter welchen Voraussetzungen ein Whistleblowing rechtmäßig ist und die positiven Rechtsfolgen des Gesetzes auslöst. Daneben könnten auch negative Rechtsfolgen bei Nichterfüllung der Voraussetzungen normiert werden, falls hierzu ein Bedarf besteht.

2.3.3.1. Formale Anforderungen an die Whistleblowing-Aktivität

Es sollten keine besonderen formalen Anforderungen an die Whistleblowing-Aktivität gestellt werden¹⁰⁸, d.h. Whistleblowing sollte insbesondere durch Handlungen oder Gesten, mündlich, fernmündlich, elektronisch und schriftlich möglich sein. Allerdings wird dem Whistleblower regelmäßig zu empfehlen sein, das Whistleblowing zu dokumentieren und elektronische oder schriftliche Formen zu wählen. Und es mag sinnvoll sein, Rückäuierungspflichten des Adressaten an eine dokumentierte Form der Hinweisabgabe zu knüpfen. Von den vorhandenen Entwürfen spricht nur GE-SPD die Form an¹⁰⁹, regelt diese aber im genannten Sinne, bei den anderen Entwürfen dürfte sich implizit gleiches ergeben.

2.3.3.2. Anforderungen hinsichtlich der Offenbarung der Person des Whistleblowers

Das Bundesarbeitsgericht hat in seiner Entscheidung aus dem Jahre 2003¹¹⁰ den Schutzbereich von Artikel 5 GG bei zunächst anonymem Whistleblowing selbst dort verneint, wo die Person des Whistleblowers später bekannt wurde¹¹¹. Nach herrschender Meinung setzt

¹⁰⁷ Auch sollte auf die eventuell noch immer geplante Einführung von Regelungen im Bereich des Beschäftigtendatenschutz (§ 32l Absatz 4 BDSG im Entwurf der Bundesregierung vom 24.08.2010 - <http://goo.gl/z8Y8q>) verzichtet werden, die eine Anrufung der Datenschutzbehörden zukünftig erst nach einer vorrangigen innerbetrieblichen Klärung zulassen sollen. Der Bundesrat (BRat Drs. 535/2/10 - <http://goo.gl/RmEsY>) hat hierzu zutreffend festgestellt: „Die Regelung des Beschwerderechts in § 32l Absatz 4 BDSG-E ist unzureichend. Die Einschränkung des Beschwerde- und Anrufungsrechtes der Beschäftigten gegenüber der Aufsichtsbehörde dürfte zudem gegen Artikel 28 Absatz 4 der EU-Datenschutzrichtlinie verstoßen. Dem Beschäftigten ist das Wahlrecht einzuräumen, sich unmittelbar an die für die Datenschutzkontrolle zuständige Behörde zu wenden“.

¹⁰⁸ So z.B. auch BROWN Nr. 12 und GAP-IBP Nr. 1 m.w.N.

¹⁰⁹ § 3 Abs. 3 GE-SPD umfasst „tatsachenbezogene Äußerungen oder entsprechende sonstige Handlungen“ diese können „können schriftlich oder mündlich“ erfolgen, ausweislich von § 11 Abs. 2 auch mittels „mündlicher oder schriftlicher Kommunikationswege, E-Mail oder Telefonhotlines oder jedes anderen adäquaten Durchführungsmittels“.

¹¹⁰ BAG 2 AZR 235/02 vom 03.07.2003, und die detaillierte Kritik an dieser Entscheidung in der Stellungnahme des Verfassers zu Anhörung 2008 (s.o. Fn. 6).

¹¹¹ Dies zu Unrecht wie Manger, Michael: Kritik im Arbeitsverhältnis und ihre Grenzen -- Unter Berücksichtigung der Relativität der Schuldverhältnisse; 2011; S. 160ff. jetzt u.a. mit Verweis auf die Gegenteilige Position des BVerfG (2 BvR 1780/04 vom 21.06.2006, 1 BvR 131/96 vom 24.03.1998, 1 BvR 1183/90 vom 08.10.1996, 1 BvR 426/80 vom 20.04.1982) und der Zivilgerichte (z.B. BGH VI ZR 196/08 vom 23.06.2009 u. OLG Köln 15 U 142/07 vom 27.11.2007), nachweist.

jedenfalls der Schutzbereich von Artikel 17 GG eine Identifizierbarkeit der Person des Petenten voraus¹¹². Zugleich bieten viele interne Whistleblowing-Systeme auch die Möglichkeit zu anonymem Whistleblowing¹¹³ an. Das LKA Niedersachsen¹¹⁴ unterhält ebenso wie OLAF¹¹⁵ eine Plattform zur anonymen Abgabe von Hinweisen mit Rückkanalmöglichkeit. Schließlich gab und gibt es schon rein faktisch immer wieder Hinweise an Behörden, die anonym abgegeben werden.

Das OECD/G20-Kompendium¹¹⁶ schlägt die Verfügbarkeit von Möglichkeiten anonymer Meldungen vor und befindet sich damit im Einklang mit den Vorschlägen von Transparency International¹¹⁷, der Praxis in zahlreichen Whistleblowing-Gesetzen¹¹⁸ und auch den Vorschlägen von SPD¹¹⁹ und Linksfraktion¹²⁰. Angesichts der Unklarheiten durch die BAG Rechtsprechung, sollte die Möglichkeit anonymen Whistleblowings explizit ins Gesetz aufgenommen werden.

Ein Whistleblowing-Gesetz kann in der Praxis nie 100%igen Schutz vor Repressalien gewährleisten. Zur Vertrauensbildung und als weiterer Anreiz für Whistleblower wichtige Informationen der Gemeinschaft zur Verfügung zu stellen, sollte daher auch anonymes Whistleblowing, welches ohnehin nicht verhindert werden kann, jedenfalls als rechtlich zulässige Form¹²¹ explizit ermöglicht werden.

2.3.3.3. Anforderungen hinsichtlich der Ehrlichkeit und der Sorgfaltspflicht des Whistleblowers

Bewusste Falschbehauptungen stellen nach allgemeiner Ansicht kein rechtmäßiges Whistleblowing dar¹²², dies muss jedenfalls insoweit gelten als nicht bloß unwesentliche Randbedingungen bewusst falsch wiedergegeben werden.

Hinsichtlich von irrtümlichen Falschbehauptungen ist zu berücksichtigen, dass Hinweisgeber in der Regel nur über Teilinformationen über einen Missstand verfügen und von ihnen auch keine umfassende rechtliche Einordnung von Missständen verlangt werden kann. Ebenfalls nicht verlangt werden sollte von ihnen eine Prüfung oder Recherche jenseits der ihnen ohnehin zur Verfügung stehenden Informationen. Whistleblower verfügen über keine entsprechenden Kompetenzen, sind keine Ermittler, und sollten auch nicht zu solchen

¹¹² So für Art. 17 GG auch Manger (s.o. Fn. 111) und Klein in Maunz/Dürig, Grundgesetz, Loseblatt-Kommentar, Lfg. 63, Okt. 2011, Rn. 62.

¹¹³ Pittroff, Esther: Whistle-Blowing-Systeme in deutschen Unternehmen -- Eine Untersuchung zur Wahrnehmung und Implementierung; 2011 S. 183f. benennt allerdings auf geringer Datenbasis eine Zahl von knapp 73%, Hassink, Harold; de Vries, Meinderd; Bollen, Laury: A Content Analysis of Whistleblowing Policies of Leading European Companies; in: Journal of Business Ethics; 2007; Vol. 75, S. 25 – 44, S. 35ff. nennen für Europa eine Zahl von 64%.

¹¹⁴ Das Portal ist erreichbar über <http://goo.gl/MFMPs>, dazu auch: Altenburg, Johannes: Whistleblowing -- Korruptionsbekämpfung durch Business Keeper Monitoring Systems?; in: Bucerius Law Journal; 2008; Heft 1, S. 3 – 8 (<http://goo.gl/87a7Y>).

¹¹⁵ Europäisches Amt für Betrugsbekämpfung (OLAF): New system to report corruption and fraud anonymously, OLAF /10/03 Brussels, 1 March 2010 (<http://goo.gl/2DUJa>).

¹¹⁶ OECD/G20-Kompendium A-3.5. „Schutz der Identität durch die Verfügbarkeit von Möglichkeiten anonymer Meldungen“.

¹¹⁷ TI-DRec Nr. 12: „das Gesetz soll sicherstellen, dass die Identität des Whistleblowers nicht ohne dessen Zustimmung offenbart werden darf und anonymes Whistleblowing ermöglichen“.

¹¹⁸ PACE Doc. 12006 (s.o. Fn. 10), Rn. 116 f. „most existing legislation protecting whistle-blowers allow the disclosures to be made either anonymously or confidentially“, so ermöglicht z.B. auch der US.Dodd-Frank-Act Sec. 932 anonyme Hinweise, ebenso Art. 10 des von der Organisation Amerikanischer Staaten (OAS) erstellten „Draft Model Law to Facilitate and Encourage the Reporting of Acts of Corruption and to Protect Whistleblowers“ (<http://goo.gl/qHhEA>).

¹¹⁹ § 3 Abs. 3 und § 11 Abs. 2 GE-SPD.

¹²⁰ A-Linke Abschnitt II. Nr. 6.

¹²¹ Vgl. hierzu auch die Stellungnahme des Verfassers aus 2008 (s.o. Fn. 6). In diesem Gliederungspunkt wird nur die Frage angesprochen, ob der Whistleblower um rechtlichen Whistleblowerschutz genießen zu können, seine Identität offenlegen muss, zu weiteren Fragen s.u. S. 35ff.

¹²² So auch § 612a Abs. 1 GE-BMin, §§ 612b Abs. 1, 67a Abs. 1 und § 37a Abs. 1 GE-Grüne, § 2 Abs. 2 GE-SPD und A-Linke Abschnitt II. Nr. 2.

gemacht werden. Außerdem würde dadurch die Schutzproblematik in vielen Fällen nicht gelöst, sondern nur noch weiter vorverlagert, auf den Zeitraum während der „Ermittlungen“.

Daher und um eine Abschreckungswirkung zu vermeiden, sollte, auch angesichts der Tatsache, dass der Whistleblower zumeist uneigennützig handeln wird, ein rechtlicher oder tatsächlicher Irrtum des Whistleblowers, die Rechtmäßigkeit des Whistleblowings nicht ausschließen. Dies deckt sich auch mit den Empfehlungen von OECD/G20¹²³ und Europarat¹²⁴.

Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung aus dem Jahre 2001 ausgeführt, dass der Schutz von Zeugen und von Strafanzeigerstattern aus Art. 2 GG und dem Rechtsstaatsprinzip nur bei Bösgläubigkeit und beim Vorliegen von Leichtfertigkeit entfallen könnte¹²⁵. International gibt es Entsprechungen in Formulierungen wie „recklessly“¹²⁶ oder „reasonable belief“¹²⁷. Auch § 2 Abs. 2 GE-SPD schließt Leichtfertigkeit aus.

Demnach sollte allenfalls bei bloßen Behauptungen ins Blaue hinein, die minimalste auf der Hand liegende Sorgfaltspflichten offensichtlich verletzen und die nachweislich objektiv falsch sind, eine Berufung auf Whistleblowerschutz ausscheiden. Hierbei sollte aber im Hinblick auf die Gefahr einer nicht gewünschten Abschreckungswirkung gelten, dass die Gutgläubigkeit des Whistleblowers generell vermutet wird und die Beweislast sowohl hinsichtlich der Böswilligkeit als auch der Leichtfertigkeit demjenigen obliegt, der die Rechtmäßigkeit des Whistleblowings in Abrede stellt¹²⁸.

Die Formulierung „aufgrund konkreter Anhaltspunkte der Auffassung“, welche sich im GE-BMin und im GE-Grüne findet, birgt die Gefahr, dass ihr Anforderungen entnommen werden könnten, die über die bloße Nicht-Leichtfertigkeit hinausgehen. Was Gerichte aus einer solchen Formulierung machen könnten, zeigt die zur gleichlautenden Formulierung in § 17 Abs. 2 ArbSchG bereits vorhandene Rechtsprechung¹²⁹. Damit würden nicht nur die verfassungsgerichtlich gezogene Grenze und der sich entsprechend entwickelnde internationale Standard missachtet, vor allem würde die in Deutschland schon derzeit bestehende Rechtsunsicherheit perpetuiert. Die nötigen Anreize zur Förderung rechtmäßigen Whistleblowings blieben aus. Dies sollte vermieden werden.

Die von der A-Linke vorgeschlagene Lösung, nur auf die Wahrheitsüberzeugung des Whistleblowers abzustellen, erscheint, da bewusste Falschaussagen nur schwer nachweisbar sein werden und auch mit Blick darauf, dass der dann leichter entstehende Verdacht der Bösgläubigkeit die angestrebte größere gesellschaftliche Akzeptanz der Whistleblowing-Förderung beeinträchtigen könnte, als zu weitgehend.

2.3.3.4. Anforderungen hinsichtlich der Motivation des Whistleblowers

Menschliches Handeln ist in der Regel durch eine Vielfalt von Einflüssen und Motiven geprägt. Dies ist beim Whistleblowing nicht anders. Zugleich ist die Beurteilung von Motiven eine moralische Frage, über die, und dies zeigt z.B. die Debatte um die Bezahlung von Hinweisgebern, oft sehr hitzig gestritten wird. Der Gesetzgeber sollte sich diesbezüglich neutral verhalten und sich auf die Ziele der Whistleblowing-Gesetzgebung besinnen. Es geht

¹²³ OECD/G20-Kompendium A-2.4 und A-3.7.

¹²⁴ Vgl. PACE Doc. 12006 (s.o. Fn. 10), Rn. 116 g.

¹²⁵ BVerfG Az: 1 BvR 2049/00 vom 02.07.2001 und hierzu S. 15ff. von Ausschussdrucksache 16(10)850-B (s.o. Fn. 6).

¹²⁶ Vgl. PACE Doc. 12006 (s.o. Fn. 10), Rn. 116 g.

¹²⁷ Art. 33 UNCAC, Sec 43B UK-PIDA; Sect. 12 (3) Queensland-PIDA.

¹²⁸ So auch D. Lewis, Evidence to the European Parliament Budgetary Control Committee Hearing on Whistleblowing, 25.05.2011 (s.o. Fn.21 - <http://goo.gl/XK51Z>), S. 8f. unter Verweis auf Schedule 1 para 3(7) des “Prevention of Corruption (Amendment) Act 2010” aus Irland (dort heißt es: „it shall be presumed, until the contrary is proved, that the employee concerned acted reasonably and in good faith in forming the opinion and making the communication concerned“ - <http://goo.gl/jyZmB>) und das Grundrecht auf Meinungsfreiheit. Ähnlich D. Deiseroth (s.o. Fn. 75, S. 12) vor dem Hintergrund der Vermutungsregel des BVerfG zu Art. 5 GG. Vgl. auch § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG.

¹²⁹ Vgl. LAG Mainz 9 Sa 857/02 vom 30.10.2002 und hierzu S.38ff. von Ausschussdrucksache 16(10)850-B (s.o. Fn. 6).

vor allem darum, wichtige und kritische Informationen an geeigneter Stelle für geeignetes Handeln verfügbar zu machen. Von wem diese Informationen warum kommen, ist dabei eigentlich irrelevant, jedenfalls dann, wenn die Informationen relevant und zutreffend¹³⁰ sind.

Das OECD/G20-Kompendium fordert vom Whistleblower keine besonderen Motive. Die Empfehlungen von Transparency International stellen ebenfalls explizit nur auf Ehrlichkeit ab¹³¹ und lassen Motive außen vor. Gleiches gilt im Unterschied zur bisherigen Rechtsprechung¹³² auch für sämtliche vorliegenden Gesetzesentwürfe und Anträge.

2.3.3.5. Inhaltliche Anforderungen an die Whistleblowing-Aktivität

Es sollten keine besonderen inhaltlichen Anforderungen an die Whistleblowing-Aktivität gestellt werden, außer dass sich aus dem Inhalt zumindest konkludent der Hinweis auf einen möglicherweise bestehenden Missstand (im Sinne des sachlichen Anwendungsbereichs) und eine Beschwerde darüber bzw. eine Bitte um ein Einschreiten (Überprüfen, Abhilfe) an den Adressaten ergibt¹³³.

Insbesondere sollte auch keinerlei Anforderung einer Mindestschwere z.B. hinsichtlich einer Normverletzung eingeführt werden. Schon kleine Normverstöße, wie das nicht vollständige Schließen von Türen in Schiffen¹³⁴, die personelle Unterbesetzung in sicherheitsrelevanten Bereichen¹³⁵, Wartungsfehler¹³⁶ oder auch nur der unzulässige Betrieb eines kleinen Heizöfchens¹³⁷ können zu extremen Schädigungen führen, die mit Whistleblowing, wenn es rechtzeitig stattgefunden und Gehör gefunden hätte, hätten vermieden werden können.

Es steht außerdem nicht zu erwarten, dass Beschäftigte regelmäßig wegen absoluter Lappalien Meldungen erstatten werden. Und selbst wenn, schulden sowohl Arbeitgeber, als auch Behörden, dann ja nur eine angemessene Reaktion, die in derartigen Fällen auch sehr kurz ausfallen könnte. Schließlich könnte, wenn in einem bestimmten Bereich besonders viele Meldungen auf Normverstöße auftreten, die nach Prüfung als belanglos zu klassifizieren sind, auch die Sinnhaftigkeit jener Normen überprüft und diese ggfls. abgeschafft werden.

Hinsichtlich des zulässigen Umfangs einer Whistleblowing-Meldung ist auf den (vermeintlichen) Missstand und auf die Sorgfaltspflicht des Whistleblowers abzustellen. Zulässig ist demnach, was der Whistleblower ohne leichtfertig zu sein, für erforderlich halten darf, um den Missstand und die Verantwortlichkeiten für diesen derart zu beschreiben, dass dem Missstand entgegengewirkt und die Verantwortlichen zur Verantwortung gezogen werden können. Ein Missstand darf somit nicht dazu genutzt werden, unter diesem Vorwand Geheimnisse zu brechen, die mit dem eigentlichen Missstand nichts zu tun haben.

2.3.3.6. Anforderungen hinsichtlich der Wahl des Adressaten des Whistleblowings

2.3.3.6.1. Vorüberlegungen und Grundlagen

Whistleblowing ist ein Appell mit Blick auf einen Missstand, diesen zu untersuchen und wo nötig zu bekämpfen. Whistleblowing ist daher an einen Adressaten gerichtet, von welchem der Whistleblower annimmt, dass er dem Appell Folge leisten kann und wird. Da Whistleblower in einem Insiderverhältnis zu einer Organisation (z.B. Unternehmen oder

¹³⁰ Dies betrifft die, von jener des Motivs zu unterscheidende, Frage des Irrtums, auf die bereits eingegangen wurde. Zur Trennung von Motiv und Irrtum vgl. Lewis (s.o. Fn. 128) S. 9 und ausführlich: Düsel, Jens: Gespaltene Loyalität -- Whistleblowing und Kündigungsschutz in Deutschland, Großbritannien und Frankreich; 2009; S. 404ff. der ebenfalls auf die Beurteilung von Motiven verzichten will.

¹³¹ TI-DRec Nr. 6. S.a. BROWN Nr.12 und Groneberg (s.o. Fn. 94). S. 267ff., 284.

¹³² Dargestellt in der Stellungnahme des Verfassers 2008 (s.o. Fn. 6).

¹³³ GE-Grüne und GE-BMin sprechen von „konkrete Anhaltspunkte“ begreifen dies aber vor allem als subjektives Element und Sorgfaltspflicht (s.o.).

¹³⁴ Dies war die Ursache beim Untergang der Harald of Free Enterprise der 193 Menschenleben kostete und dessen Untersuchung ein Katalysator für die Schaffung des Britischen Whistleblowing-Gesetzes PIDA wurde. Auch beim Untergang der Costa Concordia wird derzeit über offene Schott-Tore spekuliert, vgl. <http://goo.gl/TbuLM>.

¹³⁵ Wie beim Flugzeugabsturz über Überlingen, der wahrscheinlich durch die Unterbesetzung der Fluglotsen begünstigt wurde. Zu denken ist hier natürlich auch an diverse Fälle in der Altenpflege.

¹³⁶ Beispielfhaft sei hier auf den ICE-Unfall von Eschede verwiesen der 101 Menschenleben kostete.

¹³⁷ Bei der Brandkatastrophe der Gletscherbahn Kaprun, Bilanz: 155 Tote.

Behörde) stehen, kann zwischen internem und externem Whistleblowing unterschieden werden.

Allerdings sind die Unterschiede in Grenzbereichen fließend wie z.B. die Frage der Einordnung von Betriebsrat, Aufsichtsrat, Wirtschaftsprüfer, Hauptversammlung oder Aktionären zeigt. Soweit Unternehmen Dritte, z.B. Rechtsanwälte oder spezielle Dienstleister explizit als vermeintlich „externe“ Anlaufstelle benennen, dürfte zumeist internes Whistleblowing vorliegen. Dies jedenfalls dann, wenn – was regelmäßig der Fall ist – jene Dritten die erhaltenen Informationen nur an das beauftragende Unternehmen zurückleiten dürfen.

Auch beim externen Whistleblowing gibt es gewaltige Unterschiede, so z.B. zwischen dem eigenen Rechtsanwalt oder Pfarrer, einem Gewerkschaftsvertreter, einer zuständigen Behörde, einem Ombudsmann, einem Parlamentsabgeordneten, dem Petitionsausschuss, direkten Konkurrenten, fremden Geheimdiensten, klassischen Medien, Bloggern oder Leaking-Plattformen wie WikiLeaks.

Versucht man, diese Vielfalt einer sinnvollen rechtlichen Einordnung zuzuführen, so ist dabei die Notwendigkeit der Öffnung bestimmter Adressatenkreise, wichtig um einen optimalen Erfolg von Whistleblowing zu gewährleisten. Dieser setzt eine unabhängige Untersuchung, Durchsetzungsmöglichkeiten und Durchsetzungswille beim Adressaten voraus. Für eine weitgehende Öffnung von Adressatenkreisen streiten auch die grundrechtliche Handlungs- und damit Wahlfreiheit des Whistleblowers (Art. 2 Abs. 1 GG), sowie die Grundrechte aus Art. 5 auf Meinungsfreiheit beim Whistleblower und Pressefreiheit bei gewissen Adressaten, sowie hinsichtlich anderer Adressaten Art. 17 GG und Art. 9 GG. Auch das Rechtsstaatsprinzip und das Demokratieprinzip streiten für eine Freigabe von Adressaten. Dem stehen die ebenfalls teilweise grundrechtlich geschützten Interessen der Organisation aus Art. 14, 12 GG und eventuell auch Art. 2 Abs. 1 GG entgegen.

2.3.3.6.2. Internes Whistleblowing

2.3.2.6.2.1. Explizite Normierung eines Rechts auf internes Whistleblowing

Ein Recht auf internes Whistleblowing wird im zivilrechtlichen Arbeitsverhältnis aufgrund allgemeiner Grundsätze bejaht¹³⁸. Im Beamtenverhältnis dürfte es sich aus der Beratungs- und Remonstrationspflicht¹³⁹ der Beamten ableiten lassen. Es kann aus Sicht des Verfassers dennoch sinnvoll sein auch ein Recht zum internen Whistleblowing im Rahmen eines Whistleblowing-Gesetzes gesetzlich explizit zu normieren. Dieser Weg wird auch von den Gesetzesentwürfen GE-BMin, GE-SPD und GE-Grüne beschritten.

2.3.2.6.2.2. Definition der internen Adressaten

GE-BMin, GE-SPD und GE-Grüne enthalten Definitionen, wer als interner Adressat gilt. GE-BMin und GE-Grüne nennen „den Arbeitgeber oder eine zur innerbetrieblichen Klärung zuständige Stelle“. GE-SPD bestimmt die zusätzliche Anforderung dass die zuständige Stelle eine „im Unternehmen oder Betrieb eingerichtete“ sein soll und nennt als weiteren internen Adressaten „die betriebliche Interessenvertretung“ allerdings nur „soweit der Hinweis den Aufgabenbereich des Gremiums betrifft.“

Der Adressat des internen Whistleblowings sollte aus logischen Gründen spiegelbildlich aus der Definition des persönlichen Anwendungsbereichs¹⁴⁰ als „organisation member“ ableiten. Demnach wären dies die „organisation“ bzw. ihre für die Zwecke des Whistleblowings geeigneten Stellen und Personen. Wie in § 3 Abs. 4 Satz 2 GE-SPD vorgeschlagen sollten bei der Arbeitnehmerüberlassungen an Dritte auch diese als „Arbeitgeber“ und damit tauglicher Adressat internen Whistleblowings gelten.

¹³⁸ Vgl. Groneberg, Rut: Whistleblowing -- Eine rechtsvergleichende Untersuchung des US-amerikanischen, englischen und deutschen Rechts unter besonderer Berücksichtigung des Entwurfs eines neuen § 612a BGB; 2011; S. 216ff.

¹³⁹ §§ 35f. BeamtStG und §§ 62f. BBeamtG.

¹⁴⁰ S.o. Abschnitt 2.3.2.2.

Als Adressat neben dem „Arbeitgeber“ kommen auch weitere Stellen in Betracht. Dies sind all jene Stellen, die für diesen als Adressaten agieren sollen, wobei deren Bestimmung sowohl dem Gesetzgeber als auch dem „Arbeitgeber“ möglich sein sollte.

Die Möglichkeit der Bestimmung durch den „Arbeitgeber“ ergibt sich aus der Privatautonomie und dessen Organisationshoheit. Da vom Zur-Verfügung-Stellen zusätzlicher (!) Adressaten keine negativen Auswirkungen auf den Whistleblower oder das Whistleblowing zu erwarten sind, spricht nichts dagegen dem „Arbeitgeber“ diese Möglichkeit einzuräumen. Daher sollten sämtliche Stellen (entgegen GE-BMin und GE-Grüne nicht nur solche zur innerbetrieblichen Klärung), also insoweit eventuell auch (entgegen der Einengung im GE-SPD „im Unternehmen oder Betrieb eingerichtet“) externe Stellen (z.B. bei Auftraggebern oder im Zusammenhang mit der Überwachung von Qualitätslabeln), als taugliche Adressaten internen Whistleblowings gelten, hinsichtlich derer der „Arbeitgeber“ bzw. die Organisation Melderechte einräumt oder Meldepflichten festlegt¹⁴¹.

Andererseits sollte der Gesetzgeber jedenfalls in größeren Organisationen eine Situation vermeiden, in der nur der u.U. weit entfernte „Arbeitgeber“ selbst als Adressat eines internen Whistleblowings in Betracht kommt. Whistleblowing ist eine Rückmeldung anlässlich einer Tätigkeit für einen „Arbeitgeber“ bzw. eine Organisation. Diese Tätigkeit erfolgt aufgrund von Weisungen, also ist es sinnvoll, dass die Rückmeldung auch an jene zurückfließen kann, die die Weisungen erteilt haben. Besonders deutlich wird dieser enge Zusammenhang bei der noch zu erörternden Frage eines Leistungsverweigerungsrechts¹⁴². Daher sollte der Gesetzgeber auch sämtliche Personen und Stellen, die die Befugnis haben dem Whistleblower Anweisungen zu erteilen, als taugliche Adressaten von internen Hinweisen definieren¹⁴³.

Es kann andererseits ein berechtigtes Interesse des „Arbeitgebers“ geben, Situationen zu vermeiden, in denen wichtige Hinweise bei einem einzigen eventuell hierarchisch relativ weit unten stehenden Vorgesetzten ankommen und stecken bleiben. Daher sollte das Gesetz an dieser Stelle ausnahmsweise die Möglichkeit vorsehen, dass der „Arbeitgeber“ im Rahmen eines innerorganisatorischen Hinweisgebersystems (an welches dann im Gegenzug aber bestimmte Mindestanforderungen zu stellen sein werden¹⁴⁴) vom Gesetz abweichende Regelungen hinsichtlich der tauglichen Adressaten von internem Whistleblowing trifft.

Unabhängig vom vorstehenden Absatz greift noch eine andere Überlegung. Dort, wo es spezifische interne Aufsichtsgremien gibt, sollten Whistleblower immer auch das Recht haben, sich im Rahmen internen Whistleblowings an diese zu wenden.

Was die in § 6 Abs. 1 Satz 2 GE-SPD enthaltene Formulierung zur betrieblichen Interessenvertretung angeht, so ist der dahinterstehende Gedanke auf jeden Fall zu unterstützen. Die Formulierung „soweit der Hinweis den Aufgabenbereich des Gremiums betrifft“ könnte aber zu Unrecht als Einschränkung verstanden werden. Außerdem könnte eine solche Regelung auch überflüssig sein, wenn im Gesetz der bereits oben dargestellte allgemeinere Grundsatz einbezogen würde, dass dieses Gesetz als Mindeststandard auch in allen Fällen gilt, in denen aufgrund anderer Normen Meldepflichten bestehen¹⁴⁵. Dann ergäbe sich das von der SPD gewünschte Ergebnis ohne weiteres z.B. i.V.m. §§ 85, 86a BetrVG.

2.3.2.2.2.3. Erweiterter Anwendungsbereich

Die vorliegenden Entwürfe nutzen die Möglichkeit nicht, den sachlichen Anwendungsbereich bei internem Whistleblowing weiter zu stecken als bei anderen Formen. Ethische Bedenken oder Hinweise auf finanzielle Risiken fallen, soweit keine öffentlich relevanten Rechtsnorm oder Rechtsgutverletzungen drohen, nicht in den Zuständigkeitsbereich von Behörden. Andererseits können auch derartige Hinweise für Organisationen hilfreich sein und es besteht

¹⁴¹ Vgl. in diesem Sinne z.B. Sec. 43C(2) UK-PIDA.

¹⁴² S.u. Abschnitt 2.3.4.2.5.

¹⁴³ So auch z.B. in den USA 18 US § 1514A(1)C (<http://goo.gl/5x46Q> - Section 806 des Sarbanes-Oxley-Acts SOX - <http://goo.gl/6bO9r>).

¹⁴⁴ S.u. Abschnitt 2.3.5.4.2. Eine entsprechende Klausel enthält Sec. 17 Queensland-PIDA.

¹⁴⁵ S.o. Abschnitt 2.3.2.4.

ein öffentliches Interesse daran, dass auch in jenen Fällen Hinweisgeber nicht für ihre Hinweise abgestraft werden. Gleiches muss auch dort gelten wo die Organisation bzw. der Arbeitgeber selbst zur Abgabe von Hinweisen auffordert, etwa im Hinblick auf Verstöße gegen betriebliche Regelungen.

2.3.3.6.3. Whistleblowing an zuständige Behörden

Einigkeit aller Vorschläge und auch der bisherigen Rechtsprechung besteht darin, dass es kein generelles Verbot der Einschaltung zuständiger Behörden¹⁴⁶ geben darf. Dies würde letztlich das Gewaltmonopol des Staates in Frage stellen, der auch im Hinblick seiner Schutzpflichten die Einhaltung von Recht und Ordnung gewährleisten und daher auch die dafür nötigen Informationen erlangen können muss.

Die bisherige arbeitsgerichtliche Rechtsprechung in Deutschland, GE-BMin und GE-Grüne wollen die unmittelbar ohne vorgeschaltetes internes Whistleblowing erfolgende Information zuständiger Behörden jedoch nicht generell zulassen, sondern nur dann, wenn diese erforderlich ist. Dies nehmen sie dann an, wenn aufgrund bestimmter Umstände dem Whistleblower ein vorheriges internes Whistleblowing nicht zumutbar ist, oder wenn dieses erfolglos blieb. Die Zumutbarkeit soll dabei entweder im Einzelfall oder mit Hilfe von Regelbeispielen oder auch nur Auslegungsbeispielen ermittelt werden, die z.T. nicht klar formuliert werden¹⁴⁷ z.T. unterschiedlich ausgestaltet werden.

Aber es geht hier nicht nur um gute oder schlechte Formulierungen, es geht darum, dass eine Regelung für eine zunächst unbeteiligten Insider einfach und klar sein muss, damit er sich traut, zum Whistleblower zu werden. Jede Anforderung an ihn muss hier als Erschwernis wirken, erst recht dann, wenn er die Erfüllung dieser Anforderung im Zweifel in einer eventuellen gerichtlichen Auseinandersetzung beweisen muss. Und gerade hierin liegt eine weitere Krux, denn manchmal wird der Whistleblower einfach nur aufgrund eigener Erfahrungen oder aus Gesprächen mit Kollegen ein (teils berechtigtes, teils unberechtigtes) ungutes Gefühl dabei haben, eine interne Meldung zu machen. Dokumentieren kann er dies dann oft nicht. Aber es wird seine Entscheidung beeinflussen, und er wird dann eventuell selbst bei vorhandenem und seinerseits auf eine solide Tatsachengrundlage gestützten Missstandsverdacht lieber schweigen, als sich dem – zumindest aus seiner Sicht bestehenden – Risiko einer internen Meldung auszusetzen.

Außerdem ist zu berücksichtigen, dass eine gesetzliche Freigabe der Möglichkeit, sich direkt an zuständige Behörden zu wenden, nicht zu einem Sturm auf die Behörden und auch nicht dazu führen wird, dass Whistleblower gar keine internen Klärungsversuche mehr unternehmen. Die Forschung zeigt, dass Whistleblower selbst dort, wo sie sich an Behörden wenden dürfen, in der Praxis sehr häufig zunächst eine interne Klärung anstreben¹⁴⁸. Entgegen ihres Images haben Whistleblower nämlich oft eine überdurchschnittlich starke Identifikation mit IHRER Organisation. Sie sind es, die sich Gedanken machen, dass und warum etwas nicht richtig läuft. Sie sind diejenigen, die es ändern wollen, während Kollegen entweder erst gar nicht genau hinschauen oder nur Dienst nach Vorschrift machen und jenen eventuelle Risiken für die Organisation egal sind. Außerdem kann interne Aufklärung, wo sie funktioniert, auch für den Whistleblower Vorteile bieten: die Hemmschwelle ist geringer als beim Gang zu Behörden, die Reaktion kann dank größerer Sachnähe oft schneller, umfassender und zielgerichteter ausfallen.

Intern werden Whistleblower dabei umso eher vorgehen, als ihre Organisation bzw. ihr Arbeitgeber ihnen glaubwürdig vermitteln kann, dass sie sich ihrer Hinweise schnell, sorgfältig, vertrauensvoll und ohne Ansehen der Person annimmt und die Hinweisgeber über all dies auch auf dem Laufenden hält. Das heißt, eine Freigabe der behördlichen

¹⁴⁶ Unter den Begriff sollten neben Behörden in ihrem jeweiligen Zuständigkeitsbereich auch andere Einrichtungen und Organisationen fallen, denen durch oder aufgrund eines Gesetzes die Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben übertragen wurde.

¹⁴⁷ Eine detaillierte Kritik findet sich in diversen Stellungnahmen zur Anhörung vom 04.06.2008 (vgl. <http://goo.gl/OldHc>).

¹⁴⁸ Miceli u.a. (s.o. Fn. 59) S. 8ff.

Meldemöglichkeit setzt Anreize für Organisationen, gerade wenn diese externes und sei es auch nur an Behörden gerichtetes Whistleblowing verhindern wollen, sich dem Wettbewerb um Whistleblower zu stellen, während diese Anreize entfallen oder zumindest deutlich schwächer sind, wenn sich der Whistleblower aufgrund der Rechtslage ohnehin zunächst dem Unternehmen offenbaren muss.

Zugleich ist der Ansatz, dem Whistleblower wenigstens im Regelfall ein zunächst internes Vorgehen vorzuschreiben, auch aus etlichen weiteren Gründen verfehlt:

Das Bundesverfassungsgericht hat bereits 1987¹⁴⁹ entschieden, dass nicht wissentlich unwahre oder leichtfertige Strafanzeigen (und entsprechendes muss auch für andere Hinweise über Missstände an zuständige Behörden gelten) im allgemein Interesse an der Erhaltung des Rechtsfriedens und der Aufklärung von Straftaten (bzw. Rechtsbrüchen im allgemeinen) liegen. Demnach muss sich daher jedermann beim Vorliegen des Verdachts einer strafbaren Handlung (oder eines anderen Rechtsbruches für dessen Überprüfung eine Behörde zuständig ist) einem mit rechtsstaatlichen Verfahrensgarantien ausgestatteten Ermittlungsverfahren stellen. Für Organisationen und Unternehmen kann insoweit nichts anderes gelten.

Ein rechtlich verbindlicher Vorrang internen Whistleblowings führt auch zu einem klaren Wertungswiderspruch zum Petitionsrecht aus Art. 17 GG und zu einem Eingriff in dessen Kerngehalt. Dies jedenfalls dann, wenn davon auch schriftliches und mit Namensangabe erfolgreiches Whistleblowing an zuständige Behörden erfasst wird. Eine verfassungsimmanente Begrenzung ist insoweit nicht ersichtlich. Hierzu müsste es nämlich einen verfassungsrechtlichen Anspruch des Arbeitgebers bzw. der Organisation auf Rücksichtnahme in Form von Nicht-Whistleblowing geben, da anders als im Rahmen von Art. 5 GG allgemeine Gesetze wie insbesondere § 241 BGB das Grundrecht aus Art. 17 GG nicht einschränken können.

Es mag sein, dass Organisationen und Arbeitgeber wirtschaftliche und sonstige Interessen daran haben, keinen Anzeigen bei Behörden ausgesetzt zu sein. Diese unterscheiden sich aber qualitativ nicht von denen normaler Staatsbürger und dieses Interesse unterfällt anders als z.B. das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb oder der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen nicht dem Schutzbereich der Art. 14 und 12 GG. Es fehlt insoweit auch schon am Eingriff, denn die Behördenanzeige als solche bewirkt ja keinerlei direkte Beeinträchtigung der Rechte der Organisation und es geht von ihr, da sie seitens der Behörde regelmäßig vertraulich zu behandeln ist, und vom Hinweisgeber ebenfalls nicht bekannt gemacht werden darf (dann läge eine anders zu beurteilende Form externen Whistleblowings vor), auch keine Rufschädigung aus. Dort, wo es dann in einer zweiten Stufe zu Eingriffen in den Schutzbereich der Grundrechte kommt, erfolgen diese durch die Behörden im Rahmen ihrer Ermittlungen und können seitens der Organisationen bzw. Arbeitgeber, soweit Rechtsverletzungen vorliegen, mit den hierfür vorgesehenen rechtlichen Mitteln bekämpft oder wieder gutgemacht werden. Falls insoweit Defizite bestehen, so bestehen diese völlig unabhängig davon, weshalb die Behörde Ermittlungen aufgenommen hat, sie haben demnach mit Whistleblowing nichts zu tun. Gegenüber bewussten Schädigungen durch falsche oder leichtfertige Hinweise, die kein rechtmäßiges Whistleblowing darstellen, greifen auch weiterhin rechtliche Schutzmechanismen, hinsichtlich deren zumindest der GE-SPD¹⁵⁰ sogar noch eine Ausweitung bzw. Klarstellung vorschlägt.

Arbeits- und zivilrechtliche Grundsätze können hier nicht zu einem anderen Ergebnis führen. So sieht das Arbeitsrecht selbst an verschiedenen Stellen ein Recht auf Weitergabe kritischer Informationen an Auserwählte (ohne Informationspflicht gegenüber dem Arbeitgeber) vor, um diesen ein Agieren zu ermöglichen, gibt jenen dann andererseits aber auch vor, mit diesen Informationen sorgfältig umzugehen und sie nicht unbefugt an Dritte weitertragen zu dürfen. Es spricht nichts dagegen, dieses Modell welches z.B. aus §§ 85 Abs. 1, 86a i.V.m. § 120

¹⁴⁹ 1 BvR 1086/85 Rn. 10ff. (<http://goo.gl/R2mhl>), dazu auch Ausschussdrucksache 16(10)850-B S. 18f. (s.o. Fn. 6).

¹⁵⁰ § 10 GE-SPD.

BetrVG folgt, auch auf, ebenfalls zum sorgfältigen Umgang mit Informationen verpflichtete, zuständige Behörden zu übertragen.

§134 BGB zeigt, dass jedes gesetzliche Verbot, also auch solche aus dem straf- oder öffentlichen Recht, die Vertragsfreiheit begrenzt. Auch im Rahmen von §§ 241 und 242 BGB sind Wertungen des Öffentlichen Rechts und des Strafrechts zu beachten. Zugleich kann eine Rechtsnorm generell nur dann die ihr zukommenden Wirkungen entfalten, wenn dem Verdacht auf Verstöße auch nachgegangen werden kann. Diese Möglichkeit darf demnach zivilrechtlich nicht pauschal beschnitten werden, was aber durch eine Umkehrung des Vorrangs, zivilrechtlich begründeter vorrangig interner Hinweise vor öffentlich-rechtlich sinnvollen Hinweisen der Fall wäre. Auch § 612 a BGB ist daher so zu interpretieren, dass öffentlich-rechtlich mögliche Hinweise an Behörden als zulässige Rechtsausübung zu keinen zivilrechtlichen Nachteilen führen dürfen. Wo wie bisher Arbeits- und Zivilgerichte dem nicht genügend Rechnung tragen, ist der Gesetzgeber gefordert.

Verwiesen sei schließlich auch noch auf die ständige Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, der ebenfalls ein Recht zur direkten Behördenanzeige ohne einen Zwang zu vorheriger innerbetrieblichem Hinweis anerkannt hat. Nur so ist der Halbsatz „disclosure should be made in the first place to the person's superior or other competent authority or body“ zu verstehen, der sich in allen drei EGMR-Urteilen¹⁵¹ zum Thema Whistleblowing findet. Dass der EGMR es damit u.a. auch im Falle Heinisch argumentativ nicht sein Bewenden gelassen hat, erklärt sich daraus, dass hier auch eine über die Behördenanzeige hinausgehende öffentliche Information von Bedeutung war und das Gericht sich darum bemühte seine Entscheidung auf eine Vielfalt von Argumenten zu stützen. Dennoch ist für die hier relevante Fragestellung bereits die zitierte Aussage eindeutig.

Die Vorschläge von GE-SPD und A-Linke, die im Ergebnis ein Wahlrecht des Whistleblowers zwischen internem Whistleblowing und der Einschaltung zuständiger Behörden vorsehen, sind somit zu befürworten. Sie entsprechen auch dem „best practice“ Empfehlungen¹⁵² und dem in vielen Staaten bereits geltenden Recht¹⁵³. Auch in jenen Staaten sind Unternehmen dadurch nicht in ihrer Funktions- und Leistungsfähigkeit bedroht worden. Auch das OECD/G20-Kompendium spricht explizit vom „Schutz von Meldungen die direkt an die Exekutive oder Strafverfolgungsbehörden gemacht werden“¹⁵⁴.

2.3.3.6.4. Sonstiges externes Whistleblowing

Jede Form von nicht vorsätzlich unwahrem Whistleblowing, also auch externes Whistleblowing an andere Adressaten als zuständige Behörden, ist zugleich eine Meinungsäußerung und fällt somit in den Schutzbereich von Art. 5 GG und Art. 10 EMRK. Diese verfassungsrechtlichen Vorgaben und die hierzu ergangene Rechtsprechung muss ein Whistleblowing-Gesetz beachten.

Aus dem Wortlaut und der ständigen Rechtsprechung des EGMR ergibt sich zunächst, dass Art. 10 EMRK sowohl auf eigene Meinungs- und Tatsachenäußerungen als auch auf die bloße Weitergabe von Informationen Dritter anwendbar ist¹⁵⁵. Die Norm gilt auch allgemein am Arbeitsplatz und für Beamte¹⁵⁶.

¹⁵¹ EGMR Guja v. Moldova [GC], no. 14277/04, Rn. 73, Marchenko v. Ukraine, no. 4063/04, Rn. 46, und Heinisch v. Germany no. 28274/08 Rn. 65 [Hervorhebungen im Zitat stammt vom Verfasser].

¹⁵² Z.B. TI-DRec Nr. 8 und UN-Toolkit S. 450.

¹⁵³ Z.B. Art. 6 SKorea-PIWA; Art. 2 des Whistleblower Protection Act (Act No. 122 of 2004) in Japan (<http://goo.gl/zwv6T>); L 1161-1 des Code de Travail in Frankreich (<http://goo.gl/K6LkU>); Sec. 65 des Anti-Corruption and Economic Crimes Code von Kenia (<http://goo.gl/ARWgN>); Sec. 806 SOX in den USA (s.o. Fn. 143) und Art. 5 c) der ILO-Konvention 158 (s.o. Fn. 19).

¹⁵⁴ OECD/G20-Kompendium A-4.4.

¹⁵⁵ Vgl. EGMR Thoma./Luxembourg, 38432/97, EGMR, Urteil vom 23.09.1994, Jersild./Dänemark4, Series A Nr. 298.

¹⁵⁶ Vgl. EGMR Vogt./Germany, Urteil vom 26.09.1995, Series A No. 323, Rn. 53; Wille./Liechtenstein [GC], 28396/95, Rn. 41, EGMR 1999 VII; Ahmed u.a./Vereinigtes Königreich, Urteil vom 02.09.1998, Reports of Judgments and Decisions 1998 VI, § 56; und EGMR Fuentes Bobo v. Spain, 39293/98, Rn. 38, 29 February 2000.

Der Schutzbereich des Art. 10 EMRK umfasst jegliche Form von „interference“, also behördlicher Eingriffe in die Meinungsäußerung. Darunter fallen – wie der Fall Heinisch zeigt – auch Urteile die zivilrechtliche Sanktionen aufgrund von Meinungsäußerungen billigen. Ebenso auch formelle Anforderungen, wie z.B. die Verpflichtung eine Stufenfolge (intern-behördlich-extern) beim Whistleblowing einhalten zu müssen. All diese Vorgaben stellen Eingriffe in das Grundrecht des Whistleblowers dar und verstoßen nur dann nicht gegen Art. 10 EMRK, wenn sie nach Art. 10 Abs. 2 EMRK ausnahmsweise gerechtfertigt sind.

Um durch Art. 10 Abs. 2 EMRK gerechtfertigt zu sein, muss ein Eingriff nach der ständigen Rechtsprechung des EGMR kumulativ drei Voraussetzungen erfüllen: Er muss (a) gesetzlich vorgesehen sein und den Einschränkungsumfang in einer präzisen und vorhersehbaren Art und Weise bestimmen, (b) ein legitimes Ziel, also insbesondere eines der in Art. 10 Abs. 2 EMRK genannten, verfolgen und (c) zusätzlich in seiner konkreten Ausgestaltung und Anwendung in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sein.¹⁵⁷

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts unterscheidet sich von derjenigen des EGMR in ihren Grundlagen nicht wesentlich. Sie beinhaltet eine Vermutung für die Rechtmäßigkeit der freien Rede und lässt gesetzliche Einschränkungen im Rahmen der Wechselwirkungstheorie nur insoweit zu, als diese notwendig sind, um wichtige Gemeinschaftsgüter zu schützen und gleichzeitig der Bedeutung der Meinungsfreiheit hinreichend Rechnung tragen.

Dass es für eine Vorgabe vor dem Whistleblowing gegenüber Behörden zunächst ein internes Whistleblowing vorschalten zu müssen, in einer demokratischen Gesellschaft keinerlei Notwendigkeit gibt, wurde bereits gezeigt. Zu klären bleibt, ob externes Whistleblowing gegenüber der Öffentlichkeit generell verboten bzw. zumindest an die Erfüllung bestimmter Voraussetzungen geknüpft werden kann und wenn ja, wie diese aussehen können.

Ein generelles Verbot würde die Vermutung der freien Rede und die Pflicht zum Nachweis der Notwendigkeit ihrer Beschränkung im konkreten Einzelfall ad absurdum führen. Jegliche Regelung eines Whistleblowing-Gesetzes kann daher nur verfassungsmäßig sein, wenn zumindest in Einzelfällen auch öffentliches Whistleblowing zulässig ist. Das Bundesverfassungsgericht hat bereits 1970, anlässlich der Beurteilung des Falles eines mit hoch sensiblen Informationen befassten Beamten des Bundesamtes für Verfassungsschutz, anerkannt, dass ein evidenter, besonders schwerer Verfassungsverstoß auch eine sofortige Unterrichtung der Öffentlichkeit erfordern oder zumindest rechtfertigen kann¹⁵⁸. Da es hier so zuzugunsten um den Schutz der informationellen Kronjuwelen des Staates ging, ist zu erwarten, dass die Anforderungen dort, wo es nur um den Schutz der Geheimhaltungs- und Geschäftsinteressen Privater gegenüber ihren Mitarbeitern geht, die Anforderungen wesentlich niedriger liegen dürften. Außerdem hat sich auch das Verständnis der Notwendigkeit bei Behörden vorhandene, Informationen dem öffentlichen Diskurs zugänglich zu machen, seit den 1970er Jahren wesentlich erweitert.¹⁵⁹

Aus Sicht des Verfassers wäre es z.B. unverständlich Whistleblower, auch aus dem öffentlichen Dienst, sanktionieren zu wollen, wenn sie tatsächlich bestehende Missstände unter Verwendung von Informationen öffentlich machen, die nach dem Informationsfreiheitsgesetz ohnehin der Öffentlichkeit zur Verfügung gestellt werden müssten. Ein ähnlicher Wertungswiderspruch entsteht dort, wo der Gesetzgeber (jenseits eng umgrenzter Ausnahmen wie etwa bei einem Austausch mit dem Anwalt) illegale Geheimnisse privater Organisationen schützt. In all diesen Fällen dürfte eine in einer demokratischen Gesellschaft bestehende Notwendigkeit zur Einschränkung der Meinungsfreiheit, kaum zu begründen sein.

Aus Gründen der Vollständigkeit und zur Verbesserung der Rechtsklarheit ist es sinnvoll die Problematik des Whistleblowings gegenüber der Öffentlichkeit in einem Whistleblowing-

¹⁵⁷ S.o. Fn. 24.

¹⁵⁸ BVerfG I BvR 690/65 vom 28.04.1970 Rn. 34 (<http://goo.gl/kyFe6>).

¹⁵⁹ Und durch die Schaffung der Informationsfreiheitsgesetze auch die Rechtslage.

Gesetz zu regeln und dabei den Versuch zu unternehmen, die dargestellten Vorgaben mit einfach gesetzlichen Abwägungs- und Auslegungshilfen wenigstens teilweise zu konkretisieren. Das OECD/G20-Kompendium spricht insoweit von der „Ermöglichung der Informationsweitergabe an externe Kanäle einschließlich der Medien, Organisationen der Zivilgesellschaft, etc.“¹⁶⁰. Auch an anderer Stelle finden sich entsprechende Empfehlungen¹⁶¹ und gesetzgeberische Beispiele¹⁶².

Die in § 612b Abs. 3 GE-Grüne gewählte Formulierung „Der Arbeitnehmer hat das Recht, sich direkt an die Öffentlichkeit zu wenden, wenn das öffentliche Interesse am Bekanntwerden der Information das betriebliche Interesse an deren Geheimhaltung erheblich überwiegt“, unternimmt den Versuch einer Abwägungsregelung, steht aber mit der soeben dargestellten Rechtsprechung von EGMR und BVerfG nicht in Einklang. Um eine Einschränkung der Meinungsfreiheit und damit einen Grundrechtsreingriff zu rechtfertigen bedarf es gerade umgekehrt eines Überwiegens abwägungstauglicher Interessen, die gegen die Meinungsfreiheit streiten.

Demgegenüber stellt der Ansatz von A-Linke¹⁶³ und GE-SPD¹⁶⁴, die ein Recht zum öffentlichen¹⁶⁵ Whistleblowing normieren wollen, wenn Hinweise oder Warnungen intern oder gegenüber der Behörde erfolglos geblieben sind oder wenn es sich um eine Notfallsituation handelt bzw. besonders gewichtige Rechtsgüter unmittelbar gefährdet sind, eine legitime, und hinsichtlich der Vorhersehbarkeit für den Whistleblower sinnvolle, Abwägungsvorgabe zugunsten der Meinungsfreiheit dar.

Klarzustellen ist dabei aber, dass basierend auf einer Einzelfallabwägung öffentliches Whistleblowing auch noch in anderen Fällen als rechtlich zulässig und vom Whistleblowing-Gesetz geschützt angesehen werden kann, wenn Gerichte dies aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalls billigen. Dies klar zu stellen versäumt GE-SPD. Korrigiert werden könnte dies z.B. indem das Wort „erst“ in der Eingangsformulierung in § 6 Abs. 2 durch „insbesondere“ ersetzt wird. Auch sollte ebendort klarstellend hinter Nr. 1 das Wort „oder“ ergänzt werden.

2.3.3.6.5. Sonderfragen

Nachfolgend sei noch auf einige Sonderfragen eingegangen, die, soweit ersichtlich, noch keinen Eingang in die vorliegenden Gesetzesentwürfe gefunden haben.

2.3.3.6.5.1. Unabhängigkeit von zuständiger Behörden und internem Adressaten

Die Idee hinter der Zulassung von zuständigen Behörden als Ansprechstellen für Whistleblower ist, ihnen neben internen Stellen, die jedenfalls manchmal eigene Interessen verfolgen und dann über keine hinreichende Unabhängigkeit zur objektiven Analyse des Missstand und angemessenen Reaktion auf den Missstand verfügen, immer eine unabhängige Stelle als (auch ersten) Ansprechpartner zur Verfügung zu stellen¹⁶⁶.

Damit dieses Konzept funktionieren kann, muss die Unabhängigkeit der Behörde vom internen Adressaten auch in der Praxis immer tatsächlich gegeben sein. Insoweit taucht neben den Problemen des Lobbyismus und der personellen Verknüpfung von Überwachern und Überwachten, auf die hier nicht näher eingegangen werden kann, vor allem das Problem auf, dass der Whistleblower auch Insider in der zuständigen Behörde sein kann. Hier ist organisatorisch innerhalb der Verwaltung, sei es durch die Einrichtung von unabhängigen

¹⁶⁰ OECD/G20-Kompendium A-4.6.

¹⁶¹ Z.B. in der Zusammenfassung zum PACE-Report (s.o. Fn. 10) oder in TI-DRec Nr. 8.

¹⁶² Z.B. Sec. 20 Queensland-PIDA, 43G UK-PIDA

¹⁶³ Abschnitt II: Nr. Nr. 5 A-Linke.

¹⁶⁴ § 6 Abs. 2 GE-SPD.

¹⁶⁵ Für die Zwecke dieser Stellungnahme wird davon ausgegangen, dass mit „Öffentlichkeit“ jede andere Form von Whistleblowing an nicht privilegierte Adressaten mit abgedeckt ist. Dies ist jedoch keineswegs zwingend und insoweit sollten auch die Formulierungen in den Entwürfen von GE-SPD und GE-Grüne bzw. in einem zukünftigen Gesetz nochmals daraufhin überprüft werden, ob mit Öffentlichkeit wirklich „Jedermann“ als möglicher Adressat gemeint ist, oder ob es hier noch weiterer Spezifikationen bedarf.

¹⁶⁶ Vgl. TI-DRec Nr. 7 und 8.

Ombudsleuten oder durch besondere Zuständigkeitsregelungen, sicherzustellen, dass es auch für Mitarbeiter aus der Verwaltung immer einen von ihrer Hierarchie völlig unabhängigen, kompetenten und mit genügend Ressourcen ausgestatteten Ansprechpartner gibt, der die Funktion der zuständigen Behörde übernimmt.

2.3.3.6.5.2. Regelungen zum gemeinschaftlichen Whistleblowing

Auch die Besprechung mit Kollegen und das gemeinsame Vorgehen kann zu einer Ermutigung zum Whistleblowing und zu einer Qualitätssteigerung führen. Auch kann hierdurch irrtümliches Whistleblowing besser vermieden werden. Das Gesetz sollte daher klarstellen, dass Whistleblowing auch gemeinsam erfolgen kann und Absprachen zur Vorbereitung eines gemeinsamen Whistleblowing in seinen Schutzbereich einbeziehen.

2.3.3.6.5.3. Hilfestellung bei der Identifikation der zuständigen Behörde

Von einem Whistleblower kann nicht erwartet werden, dass er im Gesetzesdickicht und Zuständigkeitswirrwarr in der Lage ist die sachlich und örtlich zuständige Behörde in jedem Falle zuverlässig auszumachen. Das britische PIDA¹⁶⁷ sieht insoweit die Festlegung zuständiger Behörden durch einen speziellen exekutiven Akt vor. Auch dies löst aber die Komplexitätsproblematik nicht vollständig. Stattdessen sollte, wie in § 3 Abs. 5 GE-SPD vorgesehen, eine Auffangzuständigkeit einer mit den notwendigen Geheimhaltungsmechanismen vertrauten und den Bürgerinnen und Bürgern bekannten Behörde begründet werden¹⁶⁸.

2.3.3.6.5.4. Berater des Whistleblowers als privilegierte Adressaten

International gibt es auch Whistleblowing-Regelungen die z.B. Rechtsberater als privilegierte Adressaten von Whistleblowing vorsehen¹⁶⁹. Auch das OECD/G20-Kompendium¹⁷⁰ empfiehlt die Bereitstellung von Beratung für den Whistleblower. Da eine Beratung der Whistleblower sowohl eine höhere Qualität der Inhalte des Whistleblowings als auch eine bessere Beachtung der gesetzlichen Vorgaben sicherstellen kann, spricht vieles dafür, auch in Deutschland eine entsprechende Regelung einzuführen. Allerdings müsste dann zugleich sichergestellt werden, dass die Berater ihrerseits einer gesetzlichen Geheimhaltungspflicht unterliegen, um so ein öffentliches Whistleblowing unter Umgehung der dafür bestehenden Voraussetzungen zu vermeiden.

2.3.3.6.5.5. Parlamente und Parlamentarier als privilegierte Adressaten

International sehen Whistleblowing Regelungen z.T. Parlamente und Parlamentarier¹⁷¹ als privilegierte Adressaten von Whistleblowing vor. In Deutschland sieht Art. 17 GG nur in seinem Anwendungsbereich eine Privilegierung von Parlamenten (es ist umstritten ob hierzu auch einzelne Parlamentarier zählen)¹⁷² vor, also nur bei offenem schriftlichen Whistleblowing. Im Sinne einer Stärkung des demokratischen Prinzips und einer Stärkung der Legislative gegenüber der Exekutive, erscheint es sinnvoll, im Whistleblowing-Gesetz eine Ausweitung, z.B. auf anonyme Parlamentspetitionen und ggfls. auch auf Mitteilungen an einzelne Abgeordnete vorzusehen, jedenfalls aber Parlamentspetitionen unter den Schutz des Whistleblowing-Gesetzes zu stellen.

2.3.3.6.5.6. Privilegierte Adressaten im Vergaberecht

Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass es sinnvoll sein kann den sachlichen Anwendungsbereich bei internem Whistleblowing weiter zu stecken als bei anderen Formen,

¹⁶⁷ Sec. 43F UK-PIDA.

¹⁶⁸ Laut Deiseroth (s.o. Fn. 75) S. 14 „dürfte ausreichen, wenn der Arbeitnehmer berechtigter Weise die vermeintlich zuständige Stelle anruft und diese dann als Empfangsbotin die Sache an die wirklich zuständige Stelle weiterleitet“.

¹⁶⁹ Z.B. Sec. 43D UK-PIDA.

¹⁷⁰ OECD/G20-Kompendium A-4.9.

¹⁷¹ Sec. 806 SOX in den USA (s.o. Fn. 143) nennt „any Member of Congress or any committee of Congress“. S.a. Sec. 14 Queensland-PIDA.

¹⁷² Klein zu Art. 17 GG (s.o. Fn. 112), Rn. 111.

weil hier auch unterhalb der Schwelle von Rechtsverletzungen und konkreten Rechtsgutsgefährdungen ein tauglicher Adressat für Whistleblowing vorliegt. Ähnliches gilt, wobei hier je nach Fallgestaltung bereits die Schwelle zu Rechtsverletzungen und konkreten Rechtsgutsgefährdungen überschritten sein kann, im Vergaberecht. Für diesen Bereich sollte aufgrund seiner enormen Relevanz für die öffentlichen Haushalte eine gesetzliche Klarstellung erfolgen, dass Hinweise auf (drohende) Verstöße gegen die Vorgaben der Ausschreibung bzw. des Vergabevertrages, ebenfalls in den Anwendungsbereich des Gesetzes fallen und die vergebenden öffentlichen Stellen insoweit stets als zuständige Behörde anzusehen sind¹⁷³.

2.3.3.6.5.7. Andere privilegierte Adressaten

Auch für die Benennung weiterer privilegierter Adressaten jenseits von internen Anlaufstellen und zuständigen Behörden gibt es international Beispiele¹⁷⁴. Lösbar wäre diese Problematik über eine offene Formulierung in Gesetz nach der Nennung der zuständigen Behörde „oder andere geeignete Stellen“ oder über eine Öffnungsklausel „oder an andere durch Gesetz oder Rechtsverordnung einer zuständigen Behörde gleichgestellte Stellen“. Die zweite Lösung bietet größerer Rechtssicherheit für alle Beteiligten und sollte als sinnvolle Ergänzung der bisherigen Zuständigkeitsregelungen erwogen werden.

Bei der Zulassung anderer privilegierter Adressaten sollte auch bedacht werden, dass angesichts der vielfältigen rechtlichen Verknüpfungen der Bundesrepublik Deutschland auch inter- und multinationale Einrichtungen als taugliche Adressaten rechtmäßigen Whistleblowings in Betracht kommen. Soweit jene Rechtsnormen in Deutschland gelten und spezielle Einrichtungen mit Kontrollaufgaben betrauen, sind diese ohnehin als zuständige Behörden anzusehen.

Soweit Organisationen anderen Rechtsordnungen unterworfen sind und Hinweise an aufgrund jener Rechtsordnung zuständige Behörden erfolgen, sollten diese Meldungen jedenfalls dann vom Begriff der zuständigen Behörde umfasst sein, wenn der Hinweis deren Aufgaben betrifft, diese Behörden grundsätzlich zur rechtsstaatlichen Prüfung und Wahrung der Vertraulichkeit verpflichtet sind und kein ordre public Vorbehalt oder andere legitime Interessen der Bundesrepublik Deutschland entgegenstehen. So sollten z.B. im Rahmen der Zuständigkeiten erfolgende Meldungen an das Serious Fraud Office (SFO) im Großbritannien oder die U.S. Securities and Exchange Commission (SEC) ebenfalls als rechtmäßiges Whistleblowing gelten.

2.3.4. Rechtsfolgen des Whistleblowings

Ging es in den vorstehenden Abschnitten um die Festlegung der Voraussetzungen eines rechtmäßigen Whistleblowings, so stehen nun die Rechtsfolgen im Mittelpunkt, die sich aus diesem ergeben. Dabei kann unterschieden werden zwischen: den Rechtsfolgen im Hinblick auf die Bearbeitung des Hinweises, solchen die dem Schutz des Hinweisgebers dienen und solchen zum Schutze Dritter.

2.3.4.1. Hinsichtlich der Bearbeitung des Hinweises

Sinn und Zweck des Whistleblowings ist es die Information, die im Hinweis mal mehr, mal weniger offensichtlich enthalten ist, zu analysieren und einer für die Gesellschaft, Staat und Wirtschaft nützlichen Verwendung, vor allem im Sinne einer Bekämpfung des Missstandes

¹⁷³ Das Whistleblower-Netzwerk hatte für den Bereich des Vergaberechts bereits 2008 einen konkreten Vorschlag für eine Gesetzesänderung gemacht (<http://goo.gl/4Y7Xw>), und auch die Fraktion Bündnis90/Die Grünen hatte dieses Thema in ihrem Antrag zur Vergaberechtsreform aufgegriffen (vgl. Bundestags Drucksache 16/8810 - <http://goo.gl/Ps7kH>).

¹⁷⁴ Z.B. Sec. 9 der Regelung in Jamaika (s.o. Fn.84). Art. 6 des Gesetzes in Rumänien (s.o. Fn. 86) nennt in einer langen Liste alternativer oder kumulativer Ansprechpartner auch Massenmedien und Gewerkschaften. Sec 23 Queensland-PIDA trifft eine spezielle Regelung für Hinweise in Gerichtsverfahren und gegenüber Gerichten.

zuzuführen. Daher sollte im eigentlichen Sinne der Hinweis und nicht der Hinweisgeber im Mittelpunkt des Gesetzes stehen¹⁷⁵.

Leider berücksichtigen die vorliegenden Vorschläge dies nicht in hinreichendem Maße. Ihnen ist allerdings auch zu Gute zu halten, dass die genaue Art und Weise wie mit dem Hinweis verfahren werden sollte natürlich sehr stark von dessen Inhalten, seiner Qualität, den betroffenen Themenbereichen und von den, beim Adressaten, bzw. bei der vom Adressaten eingeschalteten bearbeitenden Stelle, zur Verfügung stehenden zeitlichen, rechtlichen, personellen und sachlichen Ressourcen abhängt. Normierungen zur Art und Weise des Umgangs mit Hinweisen finden sich darüber hinaus in anderen Rechtsnormen und organisatorischen Regelungen. Dennoch sollte ein Whistleblowing-Gesetz gewisse Mindeststandards festschreiben.

2.3.4.1.1. Recht des Whistleblowers auf eine verkörperte Eingangsbestätigung

Wie ausgeführt sollte Whistleblowing aus Gründen der Einfachheit ohne formelle Anforderungen möglich sein. Da Whistleblowing jedoch diverse Rechtsfolgen auslösen soll, die wiederum an seine Rechtmäßigkeit geknüpft sind, sollten die insoweit wichtigen Umstände auch nachträglich noch möglichst einfach feststellbar sein, dies jedenfalls dann wenn es zu Problemen und Streitigkeiten kommt. Außerdem geht es beim Whistleblowing um Kommunikation, also die Übermittlung einer Botschaft von einem Sender (Whistleblower) zum Empfänger (Adressat), für deren Qualität es häufig Vorteilhaft ist, wenn der Empfänger dem Sender zurückmeldet, dass und wie er die Botschaft verstanden hat.

Aus all diesen Gründen bietet es sich an gesetzlich dem Whistleblower zumindest das Recht einzuräumen, eine schriftlich oder elektronisch verkörperte und somit für Beweis Zwecke taugliche, Eingangsbestätigung hinsichtlich des Inhalts und des Zeitpunktes seines Whistleblowings vom Adressaten einfordern zu können¹⁷⁶. Umgekehrt macht es angesichts der weiten Definition des sachlichen Anwendungsbereichs und aus Gründen der Vermeidung unnötigen Verwaltungsaufwandes keinen Sinn dem Adressaten eine generelle Pflicht zur Erteilung einer Eingangsbestätigung selbst dort aufzubürden, wo der Whistleblower kein Interesse daran hat.

Das Recht auf eine, unverzüglich zu erteilende, verkörperte Eingangsbestätigung sollte für den Whistleblower beim internen Whistleblowing gegenüber dem „Arbeitgeber“ bzw. der Organisation bestehen. Es ist dessen Sache organisatorisch sicherzustellen, dass und wie die für ihn agierenden tauglichen Adressaten diesem Recht genügen. Beim Whistleblowing an eine zuständige Behörde gilt dies entsprechend. Im Falle des sonstigen externen Whistleblowings bedarf es insoweit keiner gesetzlichen Regelung, da der Whistleblower sich hier ja seinen Adressaten (im Rahmen des zulässigen) selbst aussuchen und mit diesem, sofern gewünscht, entsprechende Abreden treffen kann.

Bei vertraulichem Whistleblowing über Vertraulichkeitsmittler (z.B. einen externen Rechtsanwalt/Ombudsmann) greift ebenfalls die Organisationshoheit desjenigen der diesen Vertraulichkeitsmittler als Adressaten anbietet. Die Rückmeldung kann in diesem Falle auf dem gleichen Wege wie die Meldung erfolgen. Auch beim anonymen Whistleblowing ist, soweit ein Kanal für eine 2-Wege-Kommunikation¹⁷⁷ verfügbar ist, die Erteilung einer Eingangsbestätigung möglich.

A-Linke will dem Whistleblower ein Recht auf regelmäßige Information einräumen und beinhaltet somit auch die hier gemachte Empfehlung. Gleiches gilt wohl auch für die Vorgabe der Bereitstellung von Informationen und Rückmeldungen für den Whistleblower im OECD/G20-Kompodium. GE-SPD regelt demgegenüber keinen expliziten Informationsanspruch des Whistleblowers, knüpft aber in § 6 Abs. 2. Nr. 2a) an die fehlende

¹⁷⁵ Vgl. hierzu auch B. Rohde-Liebenau (s.o. Fn. 83).

¹⁷⁶ Dies sieht auch Sec 32 Queensland-PIDA vor und trifft hierzu weitere Detailregelungen. Aus Art. 22b Abs.1 b) des EU-Beamtenstatuts (<http://goo.gl/nMhrw>) folgt die Pflicht von OLAF dem Whistleblower binnen 60 Tagen ordnungsgemäß über die voraussichtliche Dauer der Untersuchung zu informieren.

¹⁷⁷ Zu Beispielen s.o. Fn. 114f.

Eingangsbestätigung durch eine zuständige Behörde die Rechtsfolge der Rechtmäßigkeit weitergehenden externen Whistleblowings.

2.3.4.1.2. Recht des Whistleblowers auf eine sorgfältige Prüfung und angemessene Abhilfe

GE-BMin formuliert, dass der Whistleblower vom Arbeitgeber „Abhilfe verlangen“ kann, beabsichtigt damit aber offensichtlich dennoch keinen Rechtsanspruch des Whistleblowers auf Abhilfe. GE-Grüne spricht von einem „Verlangen nach Abhilfe“, knüpft an die nicht ausreichende oder gar nicht erfolgende Abhilfe (bzw. deren Erwartbarkeit) aber ebenso wie GE-BMin nur Rechtsfolgen hinsichtlich der Zulässigkeit der Einschaltung externer Adressaten. GE-SPD spricht ebenfalls von einem „Verlangen nach Abhilfe“, dem aber zumindest soweit es auf der internen Ebene erfolgt, in jenem Entwurf gar keine rechtliche Bedeutung zuzukommen scheint¹⁷⁸. A-Linke¹⁷⁹ führt im Rahmen der Verpflichtung zur Einrichtung von Hinweissystemen aus: „Whistleblowern muss es möglich sein, eine angemessene Untersuchung einer Beschwerde und gegebenenfalls Abhilfemaßnahmen erreichen zu können“.

Letztlich befinden sich Whistleblower, die keine originär eigenen und damit auf dem Rechtswege ohnehin durchsetzbare Rechte geltend machen, in einer Situation, die jenen der Petenten im Sinne von Artikel 17 GG entspricht. Daher sollte ein Whistleblowing-Gesetz ihre Rechtstellung auch dort, wo die Whistleblower nicht ohnehin zugleich Petenten im Sinne des Artikels 17 GG sind, jener Rechtstellung anpassen, bzw. diese eventuell auch sachgerecht erweitern¹⁸⁰.

Daraus folgt zunächst die Forderung nach einem, notfalls auch gerichtlich durchsetzbaren Rechtsanspruch des Whistleblowers auf inhaltliche Befassung des „Arbeitgebers“, bzw. der internen Organisation, bzw. der letztlich sachlich und örtlich zuständigen angerufenen Behörde, mit dem Hinweis und seinem Inhalt. Dies erfordert jedenfalls die sorgfältige Prüfung des Hinweises und dessen sachliche Bescheidung¹⁸¹.

Wird ein Hinweis wiederholt, so sollte ebenfalls analog zum Petitionsrecht gelten: Es besteht die Verpflichtung zumindest zur Überprüfung, ob tatsächlich volle Identität vorliegt. In letzterem Fall ist ein Hinweis auf die schon erfolgte Bearbeitung zulässig¹⁸².

Natürlich kann für beim Empfänger auch aus anderen Rechtsnormen eine über die Pflicht zur sorgfältigen Prüfung des Hinweises selbst hinausgehende Pflicht zur umfassenderen Prüfungen und zu weitergehenden Nachforschungen und Ermittlungen bestehen. Gerade in diesen Fällen stellt sich die Frage, ob der Whistleblower sich insoweit zum Sachwalter für die Einhaltung jener Pflichten machen und deren Einhaltung als eigenes Recht vom Empfänger notfalls auch gerichtlich einfordern können soll oder, ob zumindest eine gerichtliche Prüfung der Ordnungsmäßigkeit der Bearbeitung des Hinweises erreicht werden kann¹⁸³.

Diese Frage wird international dort bejaht, wo, wie etwa im False Claims Act¹⁸⁴ in den USA, Whistleblowern sogar noch weitergehender das Recht eingeräumt wird, Forderungen der öffentlichen Hand selbst in deren Namen gerichtlich durchzusetzen. Wie Eingangs dargelegt hat sich dieses Instrument für die öffentlichen Haushalte als äußerst nützlich erwiesen. Es ist

¹⁷⁸ §6 Abs. 2 Nr. 2 GE-SPD regelt nur Folgen bzgl. behördlichen Handelns bzw. Unterlassens.

¹⁷⁹ A-Linke Abschnitt II. Nr. 5 Pt. 2.

¹⁸⁰ Eine detaillierte Regelung zum Umgang mit Hinweisen enthalten z.B. die Sec 18ff. des Gesetzes in Jamaika (s.o. Fn.84) und auch Sec 28ff. Queensland-PIDA.

¹⁸¹ Klein zu Art. 17 GG (s.o. Fn. 112), Rn. 88ff.

¹⁸² Klein zu Art. 17 GG (s.o. Fn. 112), Rn. 88ff.

¹⁸³ Der Verfasser ist trotz Art. 22a und 22b des EU-Beamtenstatuts mit seinem Versuch eine gerichtliche Überprüfung der Untersuchung durch OLAF zu erreichen vor den EU-Gerichten gescheitert (EuG T-4/05 vom 22.03.2006 und EuGH C-237/06P vom 08.03.2007; vgl. hierzu auch die Stellungnahme vor dem Europäischen Parlament). Demgegenüber gewährte der Britische High Court in der Auseinandersetzung um die Rechtmäßigkeit der Einstellungsverfügung durch das Serious Fraud Office im Al-Yamamah Waffengeschäft von BAE mit Saudi-Arabien sogar den zunächst unbeteiligten zivilgesellschaftlichen Gruppen Corner House Research und Campaign Against Arms Trade (CAAT) das Recht auf eine gerichtliche Überprüfung der Einstellungsverfügung (vgl. <http://goo.gl/fCd1X>).

¹⁸⁴ S.o. Fn. 43ff.

für sein funktionieren andererseits mit einigen Voraussetzungen verbunden, die in Deutschland derzeit regelmäßig nicht vorliegen werden. So z.B. mit aus sanktionsgründen überhöhten Schadensersatzzahlungen, mit der Ausschüttung von Prämien an Whistleblowern und mit einer auf Provisionsbasis arbeitenden Anwaltschaft. Daher ist das Instrument des quitam zumindest derzeit noch nicht auf Deutschland übertragbar.

Andererseits ist die, notfalls auch gerichtliche, Geltendmachung von öffentlichen Interessen durch nicht in eigenen Rechten berührte Personen auch in Deutschland in einigen Fällen möglich¹⁸⁵. Auch im Falle von Whistleblowing geht es um die Wahrung öffentlicher Interessen. Andererseits muss aber auch die Gefahr einer Überlastung der Gerichte durch Klagen von Whistleblowern, die über die fehlende Sorgfalt im Umgang mit ihrem Hinweis hinaus auch noch die Nichtvornahme bestimmter Aktivitäten zur Missstandsbekämpfung einklagen, begrenzt werden. Im Whistleblowing-Gesetz sollte den Whistleblowern eine solche Möglichkeit aber überall dort zuerkannt werden, wo ihnen ohnehin aufgrund einer bereits bestehenden anderen gesetzlichen Bewertung eine besondere rechtliche Pflicht im Hinblick auf den Missstand und seine Verhinderung obliegt. Dies wird regelmäßig dort der Fall sein, wo die Whistleblower – aufgrund anderer gesetzlicher Vorschriften – eine Pflicht zum Whistleblowing haben. Soweit diese Pflicht besteht, sollte daraus also ein, notfalls gerichtlich überprüfbares, korrespondierendes subjektives Recht des Whistleblowers folgen, dass im Hinblick auf den von ihm gemeldeten Missstand, seitens des zuständigen Empfängers, über eine sorgfältige Prüfung des Hinweises hinaus auch weitere gebotene Aufklärungs- und Abhilfemaßnahmen ergriffen werden.

2.3.4.1.2. Angemessene Dokumentation

Das Gesetz sollte darüber hinaus eine Pflicht des „Arbeitgebers“, bzw. der Organisation und der zuständigen Behörde, zur angemessenen Dokumentation des Hinweises und der unternommen Prüfungen und Abhilfemaßnahmen statuieren¹⁸⁶. Dies selbstverständlich unter Beachtung datenschutzrechtlicher Anforderungen. Diese Dokumentationspflicht dient dem Empfänger zum Nachweis seinen Rechtspflichten im Umgang mit dem Hinweis genügt zu haben, zugleich ermöglicht sie eine diesbezügliche Kontrolle.

2.3.4.1.3. Recht des Whistleblowers auf Information

Auch jenseits des, im Hinblick auf die Rechte Dritter unproblematischen und hier deshalb vorangestellten Anspruches des Whistleblowers auf Erteilung einer Eingangsbestätigung, sollte der Whistleblower – soweit möglich und sinnvoll – über die Bearbeitung des Hinweises informiert und in diese eingebunden werden, um eine optimale Nutzung der bei ihm vorhandenen Informationen zu gewährleisten und zugleich der Wertschätzung gegenüber dem Hinweisgeber und seinem Hinweis Ausdruck zu verleihen. Hierzu gehört auch eine angemessene Information über die voraussichtliche Dauer der Bearbeitung.

A-Linke¹⁸⁷ formuliert insoweit: „Die Hinweisgeberinnen und Hinweisgeber haben das Recht auf regelmäßige Information über den Fortgang, den Zeitraum und das Ergebnis ihrer Offenlegung.“ Im GE-SPD taucht dieser Aspekt erneut indirekt in § 6 Abs. 2 Nr. 2 auf. Das OECD/G20-Kompendium empfiehlt die „Bereitstellung von Informationen, Beratung und von Rückmeldungen an die Whistleblower über Maßnahmen, die in Reaktion auf ihre Meldungen ergriffen wurden“¹⁸⁸. Dem sollte der Gesetzgeber durch eine explizite Normierung Rechnung tragen und z.B. vorgeben, dass der Whistleblower in zeitlich und sachlich angemessenem Umfang über die Bearbeitung seines Hinweises und deren voraussichtliche Dauer zu informieren und, soweit sinnvoll, in diese einzubeziehen ist. Angemessen bedeutet dabei, dass auf die zur Bearbeitung des Hinweises nötigen

¹⁸⁵ Vgl. das Gesetz über ergänzende Vorschriften zu Rechtsbehelfen in Umweltangelegenheiten nach der EG-Richtlinie 2003/35/EG und hierzu mit der Forderung nach Ausweitung auch das Urteil des EuGH C-115/09 vom 12.05.2011 (<http://goo.gl/at9tO>).

¹⁸⁶ Sec 18 des Gesetzes in Jamaika (s.o. Fn.84) und auch Sec 29 Queensland-PIDA.

¹⁸⁷ A-Linke Abschnitt II. Nr. 5 Pt. 4.

¹⁸⁸ OECD/G20-Kompendium A-4.9, vgl. auch TI-DRec Nr. 10 und GAP-IBP Nr. 19 m.w.N.

untersuchungstechnischen und –taktischen Belage ebenso Rücksicht genommen werden darf, bzw. muss, wie auf berechtigte Interessen des Empfängers oder Dritter.

2.3.4.2. Hinsichtlich des Schutzes des Whistleblowers

In diesem Kapitel geht es um die nähere Ausgestaltung des Leitprinzips, dass ein rechtmäßiges Whistleblowing zu keinen Nachteilen für den Whistleblower führen soll. Nur wenn dieses Prinzip auch in der Praxis möglichst effektive Wirksamkeit erlangt, ist gewährleistet, dass im öffentlichen Interesse notwendige Hinweise auf relevante Missstände nicht unterbleiben. Dass auf dem Papier vorhandene Rechte sich in der Praxis oft ganz anders darstellen, musste schon so mancher Whistleblower erfahren. Bloße Deklarationen im Gesetz sind daher nicht ausreichend und müssen durch praktische Maßnahmen und Sicherheitsnetze ergänzt werden.

2.3.4.2.1. Anspruch auf Schutz der Identität

GE-BMin und GE-Grüne sprechen diese Problematik nicht an. Aus § 5 Abs. 1 GE-SPD lässt sich eine Verpflichtung zum Identitätsschutz allenfalls vage ableiten. § 11 Abs. 2 GE-SPD beinhaltet eine Verpflichtung von Unternehmen und Betrieben im Falle der (freiwilligen) Einrichtung interner Hinweisgebersysteme, in Verbindung mit der Möglichkeit der Abgabe anonymer Hinweise, das Persönlichkeitsrecht der Betroffenen Personen zu schützen. Demgegenüber macht der A-Linke¹⁸⁹ klare Schutzvorgaben zugunsten des Whistleblowers: „Anonymes Whistleblowing ist zu ermöglichen. Die Identität von Hinweisgeberinnen und Hinweisgebern ist zu schützen und vertraulich zu behandeln. Sie darf nicht ohne Zustimmung der Betroffenen offenbart werden.“

Das OECD/G20-Kompendium empfiehlt zum einen den „Schutz der Identität durch die Verfügbarkeit von Möglichkeiten anonymer Meldungen“¹⁹⁰ und außerdem „Geordnete rechtsstaatliche Verfahren für beide Parteien (Whistleblower und gegnerische Partei), einschließlich u.a. der Notwendigkeit Vertraulichkeit zu schützen“¹⁹¹.

Die typische Reaktion auf ungewolltes Whistleblowing ist oft unterschwellig und subtil aber nicht desto weniger schädlich. Auch Mobbinghandlungen sind oft nur sehr schwer nachweisbar und rechtlich greifbar zu machen. Daher ist es für Whistleblower wichtig, dass, jedenfalls soweit sie dies selbst wollen und dies praktisch möglich ist, die Möglichkeiten der Diskriminierung schon rein faktisch dadurch begrenzt werden, dass der Personenkreis, der um ihre Identität und um ihr Whistleblowing weiß, möglichst klein gehalten wird¹⁹².

2.3.4.2.1.1. Anonymes Whistleblowing

Ein ideales Mittel dies zu erreichen scheint auf den ersten Blick, dass Whistleblower selbst versuchen können ihre Identität zu anonymisieren oder zu pseudonymisieren. Wie bereits ausgeführt sollte auch eine anonyme oder pseudonyme Ausübung des Whistleblowings rechtlich in jedem Falle zulässig sein. In der Praxis erfordert sichere Eigen-Anonymisierung jedoch ein erhebliches Maß an Disziplin und Professionalität und es besteht somit die Gefahr, dass Whistleblower, jedenfalls wenn sie auf sich alleine gestellt sind, daran scheitern ihre Identität sicher und dauerhaft geheim zu halten. Anonymität kann generell nur solange funktionieren, wie der Whistleblower ansonsten schweigt, also z.B. keine Zweifel und moralischen Bedenken äußert und ggfls. auch mitmacht. Bei bestimmten Rechten, wie z.B. dem Leistungsverweigerungsrecht, ist eine anonyme Ausübung schon rein faktisch ausgeschlossen. Anonymität ist somit auch für den Whistleblower in der Regel nicht die beste Lösung.

Außerdem stellen sich bei einer vom Whistleblower selbst organisierten Anonymität große Hürden hinsichtlich der Etablierung einer sicheren 2-Wege-Kommunikation. Letztere, also

¹⁸⁹ Abschnitt II: Nr. 6 A-Linke.

¹⁹⁰ OECD/G20-Kompendium A-3.5.

¹⁹¹ OECD/G20-Kompendium A-3.1.

¹⁹² Zum Identitätsschutz vgl. auch PACE-Report Rn. 116f., TI-DRec Nr. 12, BROWN Nr. 20 und GAP-IBP Nr. 6 m.w.N.

die Möglichkeit Rückfragen an den Whistleblower zu stellen und beantwortet zu bekommen, ist aber ein wesentliches Kriterium, um die eine hohe Qualität und Glaubwürdigkeit von Whistleblowing-Informationen sicherzustellen. Daher sollte das Whistleblowing-Gesetz anonymes Whistleblowing nicht nur rechtlich zulassen, sondern auch vorsehen, dass zumindest bestimmte Whistleblowing-Adressaten besondere Mechanismen bereitstellen müssen, die sicheres anonymes Whistleblowing inklusive einer sicheren 2-Wege-Kommunikation, in einfacher Weise ermöglichen. Beim LKA-Niedersachsen und bei OLAF¹⁹³, sowie in einigen Unternehmen werden bereits heute mehr oder weniger verlässliche Mechanismen bereitgehalten, die eine 2-Wege-Kommunikation auch mit anonymen Whistleblowern, zumindest solange diese dies wollen, ermöglichen.

Beim hier vorgeschlagenen Ansatz, dem Whistleblower bereits organisationsintern möglichst viele rechtlich zulässige Adressaten zur Verfügung zu stellen und auch angesichts der ganz unterschiedlichen Voraussetzungen in kleinen und großen Unternehmen und Organisationen, sollte allerdings darauf verzichtet werden, allen internen Adressaten das Vorhalten von technischen Einrichtungen für eine sichere anonymisierte 2-Wege-Kommunikation mit Whistleblowern per Gesetz zwingend vorzugeben.

Sinnvoll ist es jedoch gesetzlich vorzugeben, dass es wenigstens bei den Auffang-Behörden (also den gleichsam als front-office agierenden zuständigen Behörden wie Staatsanwaltschaften und/oder Polizei) derartige sichere Einrichtungen geben muss und andere (dahinter stehende) zuständige Behörden ihre Eingangsbestätigungen und 2-Wege-Kommunikation, bei entsprechendem Wunsch und entsprechender Mitwirkung des Whistleblowers, über diesen Kommunikationskanal abwickeln können.

Die Bereitstellung einer sicheren Möglichkeit zur anonymen Zwei-Wege-Kommunikation sollte gesetzlich auch als notwendiger Bestandteil eines optionalen internen Whistleblowing-Systems definiert werden, welches es ermöglicht spezifische zuständige Adressaten innerhalb einer Organisation festzulegen.

Der Gesetzgeber sollte die Sicherheit von anonymem Whistleblowing über vom Adressaten speziell hierfür bereitgestellte Mechanismen ggfls. auch noch strafrechtlich, durch ein Ausforschungsverbot, untermauern und durch ein, im Falle illegaler Ausforschung eingreifendes, Beweisverwertungsverbot zugunsten des Whistleblowers absichern. Schließlich sollte der Gesetzgeber auch klarstellen, dass die, mit der Anonymitätsgewährleistung auf der einen Seite für die andere Seite, z.B. einen Beschuldigten, verbundenen Einschränkungen des fehlenden Wissens über die Identität eines rechtmäßigen Hinweisgebers, hinzunehmen sind¹⁹⁴.

Zum Ausgleich sollte hinsichtlich der Würdigung von anonym erlangten Informationen der Grundsatz gelten, dass diese, soweit sie hinreichend konkret sind, zwar einen Ansatzpunkt für weitergehende Ermittlungen darstellen können, unbelegten anonymen Behauptungen selbst aber keinerlei Beweiswert zukommt, sie daher alleine auch nicht zur Rechtfertigung der Sanktionierung Dritter dienen können. Darüber hinaus sind natürlich die Rechte etwaiger Beschuldiger, insbesondere aus dem BDSG, zu wahren.

Was die Fähigkeit des anonymen Whistleblowers zur Wahrnehmung seiner Rechte angeht, so gehen mit der Anonymität jedenfalls praktisch Einschränkungen einher (z.B. Nachweis von Benachteiligungen und Klagemöglichkeiten). Hier sollte, anders als vom BAG bisher

¹⁹³ S.o. Fn. 114f.

¹⁹⁴ Die „Stellungnahme 1/2006 zur Anwendung der EU-Datenschutzvorschriften auf interne Verfahren zur Meldung mutmaßlicher Missstände in den Bereichen Rechnungslegung, interne Rechnungslegungskontrollen, Fragen der Wirtschaftsprüfung, Bekämpfung von Korruption, Banken- und Finanzkriminalität der Artikel 29-Datenschutzgruppe 00195/06/DE, WP 117“ vom 01.02.2006 <http://goo.gl/QbGbx> und der hierauf basierende „Arbeitsbericht der Ad-hoc Arbeitsgruppe Beschäftigtendatenschutz des Düsseldorfer Kreises, Whistleblowing – Hotlines: Firmeninterne Warnsysteme und Beschäftigtendatenschutz“ (<http://goo.gl/QbjXN>), stehen anonymen Meldemöglichkeiten skeptisch gegenüber, räumen aber letztlich ein, dass diese, jedenfalls als nicht primär beworbene Option und unter Beachtung der datenschutzrechtlichen Pflichten, bei ihrer Ausgestaltung schon heute auf Unternehmensebene rechtmäßig eingesetzt werden können. Umso eher muss es dem Gesetzgeber möglich sein hier Wertungen vorzunehmen.

gehandhab¹⁹⁵, zukünftig gelten, dass der Whistleblower stets die Möglichkeit hat seine Anonymität zugunsten der besseren Wahrnehmung seiner Rechte aufzugeben und ihm daraus dann keine weiteren Nachteile erwachsen dürfen. Dort, wo es mittels sorgfältiger Ermittlung und häufig zunächst anonym erfolgreicher 2-Wege-Kommunikation gelingt, Vertrauen beim Whistleblower aufzubauen, wird dieser auch umso eher bereit sein, seine Anonymität aufzugeben und z.B. offen als Zeuge aufzutreten.

2.3.4.2.1.2. Whistleblowing über einen Vertraulichkeitsmittler

Gerade anonymes Whistleblowing birgt noch weitere Risiken für den Whistleblower. Der rechtlich und forensisch in der Regel unerfahrene Whistleblower ist auf sich alleine gestellt und wird es oft sehr schwer haben, sein Whistleblowing so vorzubringen, dass er einerseits alle ihm zur Verfügung stehenden zur Aufklärung des Missstandes wichtigen Informationen adressatengerecht aufbereiten und transportieren kann, er sich andererseits aber nicht gerade durch jene Informationen selbst enttarnt.

Diese Gefahr könnte zumindest eingegrenzt werden, wenn dem Whistleblower ein, im Umgang mit Whistleblowing und Whistleblowern vertrauter, Ansprechpartner bei dieser schwierigen Aufgabe beratend und helfend zur Seite stünde, und wenn nur dieser dann auch gegenüber dem Adressaten als Vertreter des Whistleblowers aufträte. In diesem Falle müsste aber sichergestellt sein, dass der Ansprechpartner und Mittler seinerseits Informationen nur mit dem Einverständnis des Whistleblowers weiterleiten darf. Außerdem müsste er berechtigt und verpflichtet sein, die Vertraulichkeit der Beratung zu wahren und die Identität des Whistleblowers geheim zu halten.

Nach geltendem Recht könnte eine solche Funktion z.B. ein vom Whistleblower selbst beauftragter Rechtsanwalt wahrgenommen werden. Allerdings würde dies bedeuten, dass der Whistleblower einen hierzu qualifizierten Anwalt finden und nicht unerhebliche Mittel aufwenden müsste. In der Praxis dürfte dies eine zu hohe Hürde sein, die Whistleblower abschreckt und gewünschtes Whistleblowing verhindert. Denkbar wären auch andere Whistleblowing-Berater. Bei ihnen besteht jedoch das Problem, dass sie, anders als ein vom Whistleblower beauftragter Anwalt, nicht über Zeugnisverweigerungsrechte verfügen und auch keiner strafrechtlich abgesicherten Pflicht unterliegen, die Identität des Whistleblowers und die Inhalte der Kommunikation mit ihm geheim zu halten¹⁹⁶. Hier könnte der Gesetzgeber jedoch eingreifen, indem er die notwendigen rechtlichen Voraussetzungen schafft und den Aufbau einer solchen Beratungs- und Vertraulichkeitsmittler-Infrastruktur fördert.

In der Praxis sind es derzeit vor allem Unternehmen, die versuchen Vertraulichkeitsmittler zur Verfügung zu stellen, in dem sie z.B. externe Anwälte als Ansprechstellen für Whistleblower beauftragen. Die Auswahl und Kostenproblematik beim Whistleblower wird so gelöst. Rechtlich ist diese Konstruktion allerdings keineswegs unproblematisch, denn der Rechtsanwalt agiert hier in einer Situation, in der seine eigenen Interessen und die seines Auftraggebers nicht zwingend mit denen des Whistleblowers übereinstimmen müssen. Der Anwalt wird regelmäßig ein Interesse daran haben, den Auftrag als „Ombudsmann bzw. Whistleblower-Ansprechstelle“ des potentiellen Adressaten zu behalten. Jener aber will im Zweifel alle kritischen Informationen erlangen und verhindern, dass der Whistleblower andere Formen des Whistleblowings wählt. Ein Rechtsanwalt, der einem Whistleblower in dessen u.U. wohl verstandenen Interesse rät, lieber zu schweigen, bestimmte Informationen erst einmal zurückzuhalten oder aber lieber gleich die Behörden oder gar die Öffentlichkeit zu informieren, wird sich auf Dauer bei seinem Auftraggeber nicht beliebt machen. Dies alles ist eine, für die ansonsten als Parteivertreter agierenden Anwälte, eigentlich ungute Konstellation

¹⁹⁵ S.o. Fn. 110f.

¹⁹⁶ Sofern Daten Dritter anfallen und die Ausnahmevorschrift des § 19 Abs. 4 BDSG nicht durchgreift haben diese nach § 19 Abs. 1 BDSG Anspruch auf Auskunft „auch soweit sie sich auf die Herkunft“ der Daten bezieht. S.a. BVerwG 1 C 48.88 vom 03.09.1991. Der VerfGH Rheinland-Pfalz VGH B 5/98 vom 04.11.1998 hat entschieden, dass die Identität von Informanten im Rahmen von steuerrechtlichen Verfahren durch das Steuergeheimnis geschützt ist, wobei aber etwas anderes gelten könne, wenn es sich bei den übermittelten Informationen nachweislich um eine leichtfertig falsche Verdächtigung handelt.

und auch nicht jene, um deren Willen der Gesetzgeber sie mit umfangreichen Zeugnisverweigerungsrechten ausgestattet hat. Daher ist es letztlich sogar fraglich, ob diese, wenn es einmal hart auf hart käme, in einer derartigen Whistleblowing-Konstellation überhaupt durchgreifen können¹⁹⁷. Einige dieser Probleme könnten durch eine gesetzliche Klarstellung und Festschreibung der, den Vertraulichkeitsmittlern insoweit obliegenden, Pflichten gelöst werden.

Bei Behörden besteht ebenfalls das Problem, dass es auch hier in der Regel keine rechtlich und faktisch sichere Möglichkeit gibt, eine Beratung und Vertraulichkeitsmittlung im oben dargestellten Umfange zu gewährleisten, bei der sichergestellt ist, dass die Identität des Whistleblowers nicht in irgendwelchen Akten auftaucht, die dann später doch in die Hände der Vertreter der Organisation oder etwaiger Beschuldigter gelangen. Polizei und Staatsanwaltschaften unterliegen dem Legalitätsprinzip und können den Whistleblower nicht wieder nach Hause schicken, weil sein Risiko zu hoch ist, damit können sie auch nicht ergebnisoffen und unabhängig beraten. Es mag zwar den einen oder den anderen Behördenmitarbeiter geben, der Namen von Whistleblowern nicht notiert, er bewegt sich damit aber am Rande seiner Dienstpflichten und somit auf dünnem Eis. Daher finden sich derzeit die Namen der Whistleblower meist in den Akten. Die Vornahme einer Akteneinsicht ist heutzutage ein beliebter Weg, um die Identität von Whistleblowern herauszufinden. Ist diese bekannt, so wird ein rechtliches aber auch ein tatsächliches Vorgehen gegen diese möglich.

Um dies zu ändern, bräuchte es eine klare gesetzliche Regelung, die es in Whistleblowing-Fällen entweder erlaubt, die Namen von Whistleblowern aus den Akten herauszulassen und den Betroffenen nicht zu offenbaren, oder die es ermöglicht, eine besondere Einrichtung zwischenschalten, die die Funktion eines Beraters und Vertraulichkeitsmittler rechtlich und tatsächlich so erfüllen kann, dass die Vertraulichkeit der Identität des Whistleblowers immer gewahrt bleibt und dessen ergebnisoffene Beratung möglich ist¹⁹⁸. Als Vorbild insoweit könnten jedenfalls Teile der Vorschriften des Zeugenschutz-Harmonisierungsgesetzes dienen, insbesondere dessen §§ 3 und 4, die Geheimhaltungsverpflichtungen vorsehen und ein Recht zur Sperrung und Nichtübermittlung von Daten einräumen.

Hierfür spricht einiges, denn letztlich könnten in jenen Fällen die gleichen Prinzipien der Beweiswürdigung Anwendung finden, die auch im Falle anonymen Whistleblowings gelten sollten. Letztlich wäre es dann immer der Whistleblower, der entscheiden muss, ob er lieber seine Identität geheim halten will, oder ob er seine Persönlichkeit in die Waagschale wirft, um damit hinter seinem Vorbringen zu stehen und dieses zu stützen. Dies jedenfalls in den Fällen, in denen nicht bereits durch den im Verborgenen bleibenden Whistleblower andere Informationsquellen erschlossen werden können, die alleine bereits zur Aufklärung und zum Beweis der Missstände und zur Sanktionierung der Verantwortlichen ausreichen.

2.3.4.2.1.3. Offenes Whistleblowing und Datenschutz

Ziel eines Whistleblowing-Gesetzes muss es sein, die Funktionsfähigkeit seiner Schutzmechanismen auch bei jenen Arten von Whistleblowing sicherzustellen, bei denen die Identität des Whistleblowers dem Adressaten, etwaigen Beschuldigten oder auch der innerbetrieblichen oder gesamten Öffentlichkeit bekannt ist. Dieses offene Whistleblowing ist für viele Whistleblower, die ihren Hinweis als selbstverständlichen Teil ihrer Aufgaben sehen, ohnehin Mittel der Wahl. In vielen anderen Fällen ist die vollständige Geheimhaltung der Identität des Whistleblowers nicht möglich, sei es weil es um Informationen geht, die ohnehin nur einem kleinen Kreis von Personen bekannt sind oder weil sich der Missstand allmählich entwickelt und der spätere Whistleblower schon früh Fragen gestellt und Bedenken geäußert hat. Außerdem gilt, das funktionierende offene Whistleblowing bei dem

¹⁹⁷ Zur gesamten Problematik vgl. Goers, Matthias: Der Ombudsmann als Instrument unternehmensinterner Kriminalprävention -- Zur Frage nach der Gestaltung des Vertraulichkeitspostulats anwaltlicher Ombudsmänner mit Wirkung für das Strafverfahren; 2010.

¹⁹⁸ B. Rohde-Liebenau (s.o. Fn. 83) S. 42f. schlägt eine Organisation nach dem Vorbild der britischen gemeinnützigen NGO Public Concern at Work (<http://www.pcaaw.org.uk/>) vor.

ein Missstand gestoppt wird und der Whistleblower keine Nachteile erleidet, oder sogar noch Anerkennung erfährt, entscheidend zur größeren gesellschaftlichen Akzeptanz von Whistleblowing beitragen kann. Gelingt es diese zu erreichen, dürfte damit auch ein Rückgang des Anteils des anonymen Whistleblowings einhergehen und so ein, sich selbst verstärkender, positiver Effekt entstehen.

Dennoch ist es wichtig, auch in jenen Fällen in denen der Whistleblower dem Adressaten gegenüber seine Identität offenlegt, zu gewährleisten, dass Adressat und End-Empfänger sowie die für diese tätig werdenden Personen die Pflicht haben, die Untersuchung und Bearbeitung des Hinweises in einer Art und Weise durchzuführen, die die Identität des Whistleblowers, ohne dessen Zustimmung, nur jenen Personen preisgibt hinsichtlich derer dies aufgrund der Umstände unvermeidbar ist. Der Whistleblower sollte außerdem frühzeitig darüber informiert werden, wer von seinem Whistleblowing und/oder seiner Identität erfährt, insbesondere dass, wann und inwieweit eine Information des Betroffenen bzw. Verdächtigten erfolgt. Im Übrigen sind natürlich die allgemeinen Regelungen des Persönlichkeitsrechts und des Datenschutzes zu beachten.

2.3.4.2.2. Benachteiligungsverbot

Die Empfehlungen des OECD/G20-Kompendiums hinsichtlich des Benachteiligungsverbots, welches unzweifelhaft ein Kernelement des Schutzes für Whistleblower darstellt¹⁹⁹, lauten: „Schutz von diskriminierenden und Vergeltung darstellenden Personalmaßnahmen jeder Art einschließlich: Entlassung, Suspendierung oder Degradierung, andere Disziplinar- oder Korrekturmaßnahmen; Dienstzuteilung oder Versetzung; Leistungsbewertung; Entscheidung über Gehälter, Prämien, Belohnungen, Aus- und Weiterbildung, Anordnungen sich medizinischen Tests oder Untersuchungen zu unterziehen oder jede andere signifikante Veränderung in Pflichten, Verantwortlichkeiten oder Arbeitsbedingungen“²⁰⁰; „Schutz gegen die Nichtvornahme von Personalmaßnahmen, wie Auswahl, Vertragsverlängerung, Ernennung oder Beförderung“²⁰¹ und „Schutz vor Mobbing, Stigmatisierung, Drohungen und jeder anderen Form von Vergeltungsmaßnahme“²⁰².

A-Linke will Whistleblower vor Benachteiligungen im Arbeitsrecht und vor strafrechtlichen Sanktion und Petenten auch gegen Benachteiligungen durch Dritte schützen.

Demgegenüber enthalten GE-BMin und GE-Grüne selbst kein eigenständiges Benachteiligungsverbot, sondern setzen insoweit auf den bereits geltenden § 612a BGB, den der GE-Grüne um eine Beweislastregelung ergänzen will. Zusätzlich sieht GE-Grüne auch die Schaffung spezifischer Benachteiligungsverbote in den beamtenrechtlichen Regelungen der §§ 37a Abs. 3 BeamStG und 67a Abs. 3 BBeamtG vor.

§ 4 GE-SPD enthält ein eigenständiges Benachteiligungsverbot, welches nach Absatz 1 Satz 1 generell für alle Hinweisgeber im Hinblick auf Benachteiligungen wegen ergangener Hinweise gilt. In Satz 2 wird dieses dann um ein Benachteiligungsverbot ergänzt, welches sich nur gegen den Arbeitgeber richtet und sich auf rechtmäßige Hinweise und die Ausübung des Leistungsverweigerungsrechts bezieht. Satz 3 stellt ergänzend nochmals klar, dass Kündigungen auf Grund von rechtmäßigen Hinweisen ausgeschlossen sind. Laut Absatz 3 stellt eine Benachteiligung durch den Arbeitgeber oder durch Beschäftigte eine Verletzung vertraglicher Pflichten dar.

Eine Benachteiligung ist jede nachteilige Veränderung der tatsächlichen, dienstlichen oder rechtliche Situation, aber auch die Vorenthaltung von Vorteilen, die eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt²⁰³. Es erscheint durchaus sinnvoll dies im Gesetz, wie

¹⁹⁹ Vgl. z.B. TI-DRec Nr. 13; BROWN Nr. 21; Frankreich (s.o. Fn. 153), UNCAC Art. 33, PACE-R 6.1.3.1.; Namibia: § 52 Abs. 4 des Anti-Corruption Act, 2003 (<http://goo.gl/Ttm9W>); Nepal: §56 des The Prevention of Corruption Act 2059 (<http://goo.gl/vZ0sC>) und GAP-IBP Nr. 7 m.w.N.

²⁰⁰ OECD/G20-Kompendium A-3.2.

²⁰¹ OECD/G20-Kompendium A-3.3.

²⁰² OECD/G20-Kompendium A-3.4.

²⁰³ In GAP-IBP Nr. 7 heißt es hierzu: „it is necessary to ban any discrimination taken because of protected activity, whether active such as termination, or passive such as refusal to promote or provide training. Recommended,

dies in § 3 Abs. 1 GE-SPD und z.B. auch in § 3 Abs. 1 Satz 1 AGG geschehen ist, nochmals zu konkretisieren. Demgegenüber scheint eine bloß mittelbare Benachteiligung durch neutrale Vorschriften, wie sie § 3 Abs. 2 AGG regelt, hinsichtlich von Whistleblowing kaum denkbar. Andererseits ist aber in einem Whistleblowing-Gesetz eine Klarstellung nötig, dass Mobbing bzw. eine Belästigung i.S.v. § 3 Abs. 3 AGG ebenso als Benachteiligungen gelten, wie die Anweisung zu einer Benachteiligung i.S.v. § 3 Abs. 5 AGG.

Die Benachteiligung muss so dann „wegen“ oder „auf Grund“ des Whistleblowings erfolgen. Hierbei ist zu beachten, dass das Benachteiligungsverbot nicht nur den Hinweis selbst, sondern, ähnlich wie dies im GE-SPD zumindest für das Leistungsverweigerungsrecht geregelt wird, auch die Wahrnehmung anderer, damit im Zusammenhang stehender Rechte umfassen sollte. Auch sollte, entsprechend der Regelung in § 7 Abs. 1 S.2 AGG eine Benachteiligung gegen eine Person erfasst werden, von der nur – zu Unrecht – angenommen wird, dass sie Hinweisgeber ist oder entsprechende Rechte wahrgenommen hat.

Der Gesetzgeber sollte auch klar zum Ausdruck bringen, dass es für die Bejahung von „wegen“ oder „auf Grund von“ ausreicht, dass das Whistleblowing jedenfalls mitursächlich für den Eintritt des Nachteils ist. Dabei darf es, wenn Whistleblowing ein Motiv für eine Benachteiligung ist, keine Rolle spielen, dass der gleiche Endzustand u.U. auch durch eine rechtmäßige Veränderung hätte herbeigeführt werden können.

Von besonderer Bedeutung ist schließlich auch noch, dass Whistleblower nicht nur Benachteiligungen seitens ihre „Arbeitgeber“ drohen, sondern dass Benachteiligungen auch durch Dritte (z.B. Kollegen, Geschäftspartner des Arbeitgebers, zukünftige Arbeitgeber oder Behörden) erfolgen können. GE-BMin und GE-Grüne greifen daher schon systematisch zu kurz, da sie über § 612a BGB nur Benachteiligungen durch den Arbeitgeber erfassen. Whistleblowerschutz muss aber – mindestens entsprechend der Regelungen im AGG – umfassend, also u.a. arbeits- bzw. beamtenrechtlich und auch schuld- und deliktsrechtlich erfolgen. Es kann dabei durchaus Sinn machen, besonders typische und einschneidende Benachteiligungen, wie insbesondere Kündigungen und Disziplinarmaßnahmen, im Gesetz nochmals explizit zu verbieten²⁰⁴.

Ein Benachteiligungsverbot sollte außerdem sicherstellen, dass der Arbeitgeber bzw. die Organisation innerhalb eines bestehenden Schuldverhältnisses über § 278 BGB und ansonsten jedenfalls über § 831 BGB gesamtschuldnerisch neben dem Benachteiligenden selbst haftet²⁰⁵.

Sinnvoll ist auch die in § 4 Abs. 3 GE-SPD enthaltene (und § 7 Abs. 3 AGG entsprechende) Regelung die klarstellt, dass die Benachteiligung von Whistleblowern durch Kollegen auch eine Verletzung von deren arbeitsrechtlichen Pflichten (analog wären hier auch beamtenrechtliche Pflichten zu nennen) darstellt. Hierdurch wird dem Arbeitgeber ein Einschreiten ermöglicht, zu dem er im Rahmen der Ausübung seiner Fürsorgepflicht auch verpflichtet sein kann.

2.3.4.2.3. Anspruch auf Fürsorge und Schutz durch den Arbeitgeber

Zur Absicherung des Benachteiligungsverbots sollte ein Gesetz, auch über den bereits angesprochenen Identitätsschutz hinaus, einen Anspruch des Whistleblowers auf Fürsorge und Schutz, im Sinne von Maßnahmen zur Verhinderung von und zum unmittelbaren Einschreiten²⁰⁶ bei Benachteiligungen haben.

Dabei kann zwischen abstrakt generellen, z.B. vorbeugenden, Maßnahmen unterschieden werden, die bereits vor konkreten Anhaltspunkten für Hinweise getroffen werden sollten²⁰⁷,

threatened and attempted actions can have the same chilling effect as actual retaliation. The prohibition must cover recommendations as well as the official act of discrimination, to guard against managers who ‘don't want to know’ why subordinates have targeted employees for an action. In non-employment contexts it could include protection against harassment ranging from discipline to litigation“.

²⁰⁴ Wie dies § 4 Abs. 1 Satz 3 GE-SPD für die Kündigungen tut.

²⁰⁵ Dies muss auch für die Ansprüche auf Schadensersatz, Entschädigung, Unterlassung und Beseitigung gelten.

²⁰⁶ Vgl. TI-DRec Nr. 21. PACE-Report A.6.2.5. spricht ebenfalls “interim relief” an.

²⁰⁷ Dazu s.u. Kapitel 2.3.5.4.

und solchen, die während bzw. nach einem Whistleblowing zum Schutz des konkreten Hinweisgebers erfolgen. Auf letztere sollte der Whistleblower einen eigenständigen Rechtsanspruch haben.

Während GE-BMin und GE-Grüne zu beiden Aspekten schweigen und sich bei A-Linke keine spezifischen Aussagen zu dieser Thematik finden, widmet GE-SPD ihr einen gesonderten Paragraphen. § 6 GE-SPD scheint den Absätzen 1 bis 3 von § 12 AGG nachgebildet, wobei § 6 Abs. 3 Satz 2 GE-SPD einen neuen zusätzlichen Aspekt abdeckt. Demgegenüber verzichtet GE-SPD auf eine Entsprechung zu § 12 Abs. 4 und Abs. 5 AGG.

Was die konkreten Schutzmaßnahmen nach dem Whistleblowing angeht, so ist es erstrebenswert, dass der „Arbeitgeber“, bzw. hierfür besonders qualifiziertes Personal, sich, jedenfalls soweit der Whistleblower dieses wünscht, unmittelbar nach dem Whistleblowing mit diesem zusammensetzt. In diesem Rahmen sollte dann gemeinsam mit dem Whistleblower eine Analyse hinsichtlich eventuell drohender Benachteiligungen, auch durch Kollegen und Dritte vorgenommen und eine konkrete Strategie zu deren Verhinderung bzw. Begrenzung erstellt werden. Hierzu zählen Maßnahmen zur Begrenzung der Mitwisser und des Identitätsschutzes genauso wie vorbeugende vorübergehende oder dauerhafte Ver- und Umsetzungen²⁰⁸. Alle Maßnahmen sollten selbst nicht benachteiligend sein und nur mit Zustimmung des Whistleblowers erfolgen. Darüber hinaus sollte dieser auch in der Folge, während und auch nach der Bearbeitung seines Hinweises, nicht mit eventuell auftretenden Schwierigkeiten alleine gelassen werden²⁰⁹.

Zugleich müssen dem Arbeitgeber auch die rechtlichen Möglichkeiten an die Hand gegeben werden gegen Benachteiligungen durch andere Beschäftigte (u.a. arbeitsrechtlich und disziplinarrechtlich) oder durch Dritte (u.a. zivilrechtlich) vorzugehen. Gegenüber dem Whistleblower muss der Arbeitgeber verpflichtet werden, von diesen Möglichkeiten auch in angemessenem Umfang Gebrauch zu machen. Zugleich ist – entgegen der missverständlichen Formulierungen in § 5 Abs. 2 S. 2 GE-SPD und § 12 Abs. 2 S. 2 AGG – sicherzustellen, dass die Durchführung von Schulungen und anderen generellen Vorsorgemaßnahmen den Arbeitgeber nicht von seiner Pflicht entbindet, den Whistleblower im konkreten Falle fürsorgend zu unterstützen. Konkrete Formulierungsvorschläge für die Ausgestaltung dieser spezifischen Fürsorge- und Schutzpflichten finden sich auch in § 10 GE-WBNW.

2.3.4.2.4. Anspruch auf Beseitigung und Unterlassung

Entsprechend § 21 AGG sieht § 8 GE-SPD einen Anspruch auf Beseitigung von Benachteiligungen und die Möglichkeit einer Klage auf Unterlassung vor. Dem ist zuzustimmen.

Außerdem entsprechen diese Ansprüche auch dem internationalen Standard²¹⁰ und den Empfehlungen aus dem OECD/G20-Kompendium für „Mechanismen, zum besonderen Schutz vor Vergeltungsmaßnahmen gegen Whistleblower“²¹¹ und zur „Einräumung des Rechts an Whistleblower, in Gerichtsverfahren als betroffene Partei mit einem individuellen Klagerecht aufzutreten und an deren Verhandlung teilzunehmen“²¹².

2.3.4.2.5. Leistungsverweigerungsrecht

A-Linke fordert: „Hinweisgebern muss es außerdem möglich sein, als rechtswidrig vermutete Tätigkeiten zu verweigern“²¹³. § 7 GE-SPD macht hierzu einen konkreten

²⁰⁸ Vgl. GAP-IBP Nr. 14.

²⁰⁹ Bei BROWN S.34 heißt es hierzu: “To the extent practicable, an assessment should be undertaken into the impact upon a person of having made a disclosure under the legislation. This assessment should be undertaken at an appropriate time or times (e.g., at intervals of two, five or ten years). This assessment may be conducted by the agency to which the disclosure was made, or by the oversight agency”.

²¹⁰ GAP-IBP Nr. 19 m.w.N.

²¹¹ OECD/G20-Kompendium A-4.7.

²¹² OECD/G20-Kompendium A-5.2, vgl. auch GAP-IBP Nr. 10 m.w.N.

²¹³ A-Linke Abschnitt II. Nr. 7.

Regelungsvorschlag, der das Leistungsverweigerungsrecht allerdings begrenzt auf die Sonderkonstellation, dass der Hinweisgeber davon ausgeht oder „davon ausgehen darf, sich bei Ausführung der aufgetragenen Tätigkeit der Gefahr der Verfolgung einer Straftat oder der Ahndung einer nicht geringfügigen Ordnungswidrigkeit auszusetzen.“

Das Leistungsverweigerungsrecht wird im OECD/G20-Kompendium zwar nicht explizit erwähnt, gehört aber dennoch zur internationalen best practice des Whistleblowerschutzes²¹⁴.

Auch ist das Leistungsverweigerungsrecht im deutschen Recht bereits in bestimmten Konstellationen anerkannt und eine Übertragung auf die Whistleblowing-Konstellation ist sinnvoll.

So sieht z.B. § 17 AGG vor, dass Beschäftigte die Leistung dann verweigern können, wenn der Arbeitgeber „keine oder offensichtlich ungeeignete Maßnahmen zur Unterbindung einer Belästigung“ trifft. Dies sollte auch bei Belästigungen nach Whistleblowing gelten.

Im Übrigen findet das Weisungsrecht des Arbeitgebers aus § 106 GewO schon heute seine Grenze dort, wo rechtswidrige, also z.B. gegen gesetzliche Regelungen (§§ 134, 139 BGB), die guten Sitten (§ 138 BGB) oder Treu und Glauben (§242 BGB) verstoßende oder nicht dem billigen Ermessen entsprechende, Weisungen erteilt werden. Diese muss der Arbeitnehmer nicht befolgen und kann seine Leistung verweigern (§ 273 BGB). Gleiches gilt wenn der Arbeitgeber die Sicherheit am Arbeitsplatz nicht gewährleistet (z.B. § 618 Abs.1 BGB; § 4 ArbSchG). Problematisch an diesen Leistungsverweigerungsrechten ist jedoch, dass der Arbeitnehmer hier das Risiko und die Beweislast hinsichtlich des tatsächlichen Vorliegens des Grundes des Leistungsverweigerungsrechts trägt.

Die beamtenrechtliche Remonstrationspflicht²¹⁵ löst eine Problematik, die der Konstellation beim Whistleblowing entspricht anders. Aus § 36 BeamStG und § 63 BBeamtG folgt, dass ein Beamter der Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit einer dienstlichen Anordnung auf dem Dienstweg geltend gemacht hat, die Befolgung außer in Eilfällen solange verweigern kann, bis die Anordnung vom nächst höheren Vorgesetzten schriftlich bestätigt wird. Wenn das aufgetragene Verhalten die Würde des Menschen verletzt oder strafbar oder ordnungswidrig ist, muss der ein Beamter, der dies erkennt, die Befolgung sogar dauerhaft verweigern.

Ein Whistleblowing-Gesetz sollte sich hieran orientieren, wobei die beamtenrechtliche Pflicht für andere Beschäftigte, die einen Hinweis auf von ihnen geforderte rechtswidrige Handlungen abgegeben haben, allerdings als Recht zur Leistungsverweigerung ausgestaltet werden sollte. Dieses Leistungsverweigerungsrecht sollte Whistleblowern (außer in Eilfällen analog zu § 36 Abs. 3 BeamStG) bis zu einer schriftlichen Bestätigung des Arbeitgebers auch im Falle eines nicht leichtfertigen Irrtums über die Rechtswidrigkeit der Handlung zustehen. Bei einer aus ihrer Sicht drohenden Verletzung der Würde des Menschen, Strafbarkeit oder Ordnungswidrigkeit auch trotz einer schriftlichen Bestätigung jedenfalls so lange, wie sie noch ohne leichtfertig zu sein, von einer entsprechenden Gefahr ausgehen durften. In den Fällen berechtigter Leistungsverweigerung sollte der Whistleblower zur Erbringung einer geeigneten Ersatzleistung verpflichtet bleiben.

2.3.4.2.6. Anspruch auf Entschädigung und Schadensersatz

GE-BMin und GE-Grüne enthalten keine Aussagen zu Entschädigung und Schadensersatz, schließen jedoch auch nicht aus, dass dem Whistleblower diese nach allgemeinen Regeln zustehen (z.B. §§ 249ff, 280, 612a, 823 BGB).

A-Linke fordert, im Falle von Benachteiligungen des Whistleblowers diesem einen Anspruch auf materiellen und immateriellen Schadensersatz zu gewähren, einschließlich „zu erwartende

²¹⁴ Vgl. TI-DRec Nr.17, GAP-IBP Nr.3 m.w.N.

²¹⁵ Vgl. hierzu Dommel, Michael; Abstrafung von Kritikern? – Whistleblowing und die Nutzung des Remonstrationsrechts von Beamten und die Folgen für die Betroffenen. Pilotstudie anhand parlamentarischer Anfragen; 2010 (<http://goo.gl/Y8mn3>).

Folgeschäden einschließlich Rechtsverfolgungskosten wie z. B. Mediation und Anwaltsleistungen²¹⁶. § 9 GE-SPD enthält eine explizite Regelung.

Das OECD/G20-Kompendium fordert einen „robusten und umfassenden Schutz von Whistleblowern“²¹⁷ der somit auch Ansprüche auf Entschädigung und Schadensersatz enthalten sollte. Dies entspräche auch internationaler „best practice“²¹⁸.

Ein eigenständiges Whistleblower-Gesetz sollte, schon aus Gründen der Vollständigkeit und Klarheit, auch eine Regelung zu Entschädigung und Schadensersatz enthalten. Problematisch an dem GE-SPD ist jedoch einerseits seine Begrenzung auf die Verletzung des Benachteiligungsverbots und andererseits die Fristenregelung in § 9 Abs. 4 GE-SPD. Da ein „best-practice“ Whistleblowing-Gesetz sich nicht in einem Benachteiligungsverbot erschöpfen sollte, ist der Anspruch auf Entschädigung und Schadensersatz auch zumindest auf einige der anderen Gewährleistungen eines solchen Gesetzes zu erstrecken.

Auf Sonderfragen, wie die in A-Linke angesprochenen Themen eines Entschädigungsanspruchs gegen den Staat bei Insolvenz des Arbeitgebers und einer adäquaten Regelung von Altfällen, wird an anderer Stelle eingegangen.

2.3.4.2.7. Haftungsfreistellungen

Neben den Fragen des tatsächlichen Schutzes von Whistleblowern – insbesondere vor Benachteiligung – und seiner Umsetzung, stellt sich auch die Frage, ob, inwieweit und wie Whistleblower von rechtlichen Ansprüchen und negativen Rechtsfolgen freigestellt werden sollten und könnten, denen sie sich ohne entsprechende Regelungen ausgesetzt sehen könnten. Der Aspekt der Freistellung von ihrer schuldrechtlichen Leistungspflicht wurde bereits unter dem Gesichtspunkt des Leistungsverweigerungsrechts behandelt.

Zu beachten ist, dass eine rechtliche Haftungsfreistellung, soweit sie reicht, zugleich auch eine tatsächliche Benachteiligung aus dem gleichen Grunde ausschließt, bzw. als verbotene Benachteiligung qualifiziert.

A-Linke fordert den „Schutz vor Strafverfolgung wegen übler Nachrede oder der Verletzung von Amts- oder Geschäftsgeheimnissen“²¹⁹. § 612b Abs. 4 GE-Grüne lautet: „Der Arbeitnehmer darf eine verkörperte Wiedergabe der betrieblichen Information, die er offenbaren will, herstellen und Dritten übermitteln, soweit dies erforderlich ist, um die Voraussetzungen seiner Rechte nach den Absätzen 1 bis 3 glaubhaft zu machen“. GE-BMin und GE-SPD enthalten zumindest keine expliziten Aussagen zur Problematik der Haftungsfreistellung.

2.3.4.2.7.1. Haftungsfreistellungen bzgl. der Informationsübermittlung durch Whistleblowing

Ausgangspunkt für die Suche nach einer Lösung muss die Vermeidung von Wertungswidersprüchen innerhalb der Rechtsordnung sein. Ziel des Whistleblowing-Gesetzes soll es sein, nicht-leichtfertig falsche und zutreffende, Hinweise auf Missstände an für ihre Untersuchung und Behebung geeignete Stellen weiterleiten zu dürfen und Whistleblowern Rechtssicherheit zu vermitteln, was sie dürfen und was nicht. Wenn eine derartige Handlung nach dem Whistleblowing-Gesetz zulässig ist, sollte sie nach einem anderen Gesetz nicht unzulässig sein bzw. der Whistleblower sollte zumindest erkennen können, dass es ein solches anderes Gesetz gibt, welches von ihm fordert bei der Art und Weise des Whistleblowings besondere, weitere Voraussetzungen zu beachten oder sogar das Whistleblowing ganz zu unterlassen. Demnach sollten zumindest die, in unterschiedlichsten Konstellationen der Lebenswirklichkeit bestehenden, gesetzlichen Begrenzungen der Weitergabe von Informationen auf ihr Konkurrenzverhältnis zum Whistleblowing-Gesetz überprüft werden. Dies ist angesichts der Komplexität der in Deutschland geltenden Rechtsordnung kein leichtes

²¹⁶ A-Linke Abschnitt II. Nr. 7, vgl. hierzu auch GAP-IBP Nr. 9 und 11 m.w.N.

²¹⁷ OECD/G20-Kompendium A-3.

²¹⁸ Vgl. TI-DRec Nr. 3, 21, PACE-Report A.6.2.5, BROWN Nr. 21, GAP-IBP Nr. 14 u. 16 m.w.N.

²¹⁹ A-Linke Abschnitt II. Nr. 4 Pt.2.

Unterfangen, weshalb hinsichtlich dieser Problematik hier vor allem die Grundprinzipien dargelegt werden sollen.

Klarstellend sei aber darauf hingewiesen, dass insoweit zunächst nur die Frage der Haftungsfreistellung für den Akt des Whistleblowings selbst, also für die reine Informationsübermittlung diskutiert wird. Anschließend wird auch noch auf Haftungsfreistellungen oder Haftungsminderungen hinsichtlich etwaiger Begleittaten des Whistleblowers einzugehen sein, die im Zusammenhang mit dem Whistleblowing verwirklicht werden.

2.3.4.2.7.1.1. Vertragliche Verpflichtungen

Relativ einfach ist noch die Frage rein zivilrechtlicher Vereinbarungen zu lösen. Ein Whistleblowing-Gesetz muss, um überhaupt Wirkungen entfalten zu können, diesen vorgehen und darf als zwingendes, zur Wahrung öffentlicher Interessen gesetztes, Recht nicht durch zivilrechtliche Vereinbarungen abbedungen werden können²²⁰.

2.3.4.2.7.1.2. Nicht strafbewehrte gesetzliche Verpflichtungen und Verbote

Eine derart pauschale Lösung kann jedoch nicht gelten, wo es gesetzliche Regelungen gibt, die Informationsweitergabe sanktionieren. Andererseits wird bereits heute, dort wo Gesetzgeber von einer Strafdrohung absieht, ein Geheimnis nicht mit der vollen Macht des Gesetzes geschützt. Für solche Geheimnisse minderen Ranges sollte eine gestufte Durchbrechung im öffentlichen Interesse (die außerdem im Regelfall zunächst nur gegenüber dem Geheimnisinhaber oder einer Behörde erfolgt), wie sie in einem Whistleblowing-Gesetz geregelt werden sollte, zulässig sein. Das Whistleblowing-Gesetz sollte also nicht strafbewehrten Geheimhaltungspflichten vorgehen und Whistleblower insoweit von ihrer Haftung freistellen.

2.3.4.2.7.1.3. Strafbewehrte gesetzliche Verpflichtungen und Verbote

Demnach blieben die strafbewehrten Geheimnisse und andere Strafrechtsnormen übrig, mit denen Whistleblower aufgrund ihres Whistleblowings typischer Weise in Konflikt kommen können²²¹.

2.3.4.2.7.1.3.1. §§ 145d, 164, 187 StGB

Diese Normen setzen schon laut ihrem Tatbestand ein Handeln „wider besseres Wissen“ voraus, sind im Falle eines rechtmäßigen Whistleblowings, also jedenfalls soweit dessen Rechtmäßigkeit reicht, ausgeschlossen. Zugleich bieten jene Straftatbestände aber, auch i.Z.m. § 823 Abs. 2 BGB, einen wichtigen Schutz für diejenigen, die von bewusst falschen, also der gravierendsten Form nicht rechtmäßiger Hinweise betroffen sind.

2.3.4.2.7.1.3.2. §§ 186, 188, 193 StGB

Der Tatbestand einer üblen Nachrede kann u.U. auch durch rechtmäßiges Whistleblowing verwirklicht werden. Um hier Wertungswidersprüche zu vermeiden, ist es notwendig, § 193 StGB so auszulegen, und dies evtl. auch durch eine entsprechende Regelung im Whistleblowing-Gesetz abzusichern, dass rechtmäßiges Whistleblowing im Hinblick auf §§ 186 und 188 StGB stets als nach § 193 StGB gerechtfertigt gilt.

2.3.4.2.7.1.3.3. §§ 185, 192 StGB

Allerdings kann auch ein eigentlich vorliegendes rechtmäßiges Whistleblowing nicht rechtfertigen, dass ein Hinweis, in der überschießenden Form einer beleidigenden Schmähkritik vorgetragen wird, d.h. als herabsetzende Äußerung, bei der nicht die Sache, sondern die Diffamierung der Person im Vordergrund steht. Hier findet die Rechtfertigung aus § 193 StGB ihre Grenze und die Möglichkeit einer Strafbarkeit, insbesondere nach §§ 185 und 192 StGB ist eröffnet. Dies ist zum Schutze Dritter angebracht und schränkt die

²²⁰ Näheres s.u. Abschnitt 2.3.5.2.

²²¹ Vgl. hierzu Lutterbach, Carolin: Die strafrechtliche Würdigung des Whistleblowings; 2010 (<http://goo.gl/nYDiC>).

Möglichkeit der für das Whistleblowing kennzeichnenden Faktenübermittlung in keiner Weise ein, beeinträchtigt also auch nicht die Ziele des Whistleblowing-Gesetzes.

2.3.4.2.7.1.3.4. Geheimhaltungs-Delikte zum Schutze von staatlichen Geheimnissen

Bei staatlichen Geheimnissen, die nicht zugleich Private Geheimnisse sind, obliegt es dem Staat, unter anderem auch durch die gezielte Zuständigkeitszuweisung von Whistleblowern an gut funktionierende und ordnungsgemäß handelnde zuständige Behörden, sicherzustellen, dass das Geheimnis gewahrt bleibt und der Whistleblower sich somit nicht rechtmäßig an andere externe Stellen, insbesondere die Öffentlichkeit, wenden darf. Rechtmäßiges Whistleblowing ist hier in erster Stufe ohnehin nur gegenüber den „zuständigen“ Behörden möglich. Solches Handeln ist demnach entweder schon nicht als „unbefugt“, also nicht als tatbestandsmäßig, oder jedenfalls als gerechtfertigtes Verhalten anzusehen.

Soweit darüber hinausgehendes Whistleblowing an andere Adressaten oder die Öffentlichkeit, in einer weiteren Stufe, aufgrund von grund- und verfassungsrechtlichen Abwägungen oder aufgrund deren Konkretisierung im Whistleblowing-Gesetz (z.B. einer dem § 6 Abs. 2 GE-SPD entsprechenden Vorschrift), wegen besonderer Umstände ausnahmsweise als zulässig anzusehen ist, muss dies als Rechtfertigungsgrund auch auf das Strafrecht und alle anderen Rechtsgebiete durchschlagen. Argumentieren lässt sich insoweit auch mit einer direkten oder analogen Anwendung von § 34 StGB, im Falle der Abwendung einer nicht anders abwendbaren Gefahr, oder mit dem Aspekt der Verwirkung des staatlichen Strafanspruches, dort wo Behörden durch eine Nichtbefolgung ihrer gesetzlichen Pflichten aus dem Whistleblowing-Gesetz, den Whistleblower quasi in die Öffentlichkeit getrieben haben.

2.3.4.2.7.1.3.5. Geheimhaltungs-Delikte zum Schutze privater Geheimnisse

Hinsichtlich des Schutzes privater Geheimnisse, ist neben den soeben angestellten Überlegungen zu beachten, dass es selbst unter den strafrechtlich geschützten Privatgeheimnissen viele gibt, deren Schutz nicht absolut ist. Dies wird deutlich an besonderen Auskunfts- und Untersuchungsrechten zuständiger Behörden und gilt aufgrund des Prinzips der Öffentlichkeit von Gerichtsverhandlungen (vgl. § 169 GVG, Art. 6 Abs. 1 EMRK) sogar gegenüber der Öffentlichkeit. Hinsichtlich derartiger privater Geheimnisse ist ein absoluter Schutz auch im Rahmen des Whistleblowings nicht angebracht. Rechtmäßiges Whistleblowing, welches sich durch ein, zukünftig gesetzlich geregeltes Verfahren auszeichnet und letztlich auch der Durchsetzung des Gewaltmonopols des Staates dient, muss demnach auch in diesen Bereichen, entweder bereits als nicht „unbefugt“ und damit nicht tatbestandsmäßig, jedenfalls aber als gerechtfertigt angesehen werden.

Etwas anders muss jedoch bei jenen privaten Geheimnissen gelten, deren Offenbarung strafbewehrt ist und die zugleich auch gegenüber Behörden und im gerichtlichen Verfahren durch Zeugnisverweigerungsrechte umfassend geschützt sind. Hier kann es keinen generellen Vorrang des Whistleblowing-Gesetzes und damit keine umfassende Haftungsfreistellung des Whistleblowers geben, was andererseits jedoch die Anwendung anderer Rechtfertigungsgründe wie z.B. § 34 StGB nicht ausschließt. Zur Gruppe jener Geheimnisse dürften vor allem jene aus § 203 Abs. 1 StGB zählen. Eine weitere Ausnahme bilden Regelungen wie § 3 Zeugenschutz-Harmonisierungsgesetz. Auch die zum Schutz von Whistleblowern und ihren Vertraulichkeitsmittlern zu schaffenden Regelungen sollten in diese Kategorie fallen.

2.3.4.2.7.1.3.6. Sonstige Delikte mit indirektem Geheimhaltungs-Schutz

Insoweit kommt z.B. § 266 StGB in Betracht, wenn in der für das Whistleblowing konstituierenden Informationsweitergabe zugleich eine Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht liegt. § 266 StGB darf in einer Konstellation rechtmäßigen Whistleblowings aber keinen weitergehenden Schutz hinsichtlich der Weitergabe von Informationen bieten, als die soeben dargestellten Delikte. Demnach bleibt auch für § 266 StGB hinsichtlich rechtmäßigen Whistleblowings nur Raum, soweit zugleich eine Verletzung eines, entsprechend der Konstellation bei § 203 Abs. 1 StGB, besonders geschützten Privatgeheimnisses vorliegt oder soweit der Whistleblower, unabhängig von der

Informationsweitergabe als solcher, zusätzliche weitere Handlungen oder Unterlassungen begehrt, die jenen Tatbestand verwirklichen.

2.3.4.2.7.2. Sonstige Haftungsfreistellungen i.Z.m. Whistleblowing

Innerhalb der Darstellung der Sorgfaltspflichten des Whistleblowers wurde dargelegt, dass dieser keine Nachforschungen hinsichtlich des Missstandes anstellen, sondern nur die ihm vorliegenden und für ihn unmittelbar auf der Hand liegenden Informationen berücksichtigen muss. Den Whistleblower trifft auch keine Beweissicherungspflicht. Besondere Ermittlungsbefugnisse und daraus resultierende Befreiungen von ihm ansonsten obliegenden Rechtspflichten sind daher grundsätzlich unnötig und wären im Hinblick auf das Gewaltmonopol des Staates auch systemfremd.

Andererseits brauchen Untersuchungsbehörden aber oft mehr als nur die bloße Aussage eines Whistleblowers, um hinreichende Ansatzpunkte für eigene Ermittlungen zu haben und Missstände nachweisen zu können. Whistleblowing wäre ineffektiv, wenn es dem Whistleblower nicht erlaubt wäre, zumindest die ihm rechtmäßig zugänglichen und vorliegenden Dokumente im Rahmen des Whistleblowings, jedenfalls in Form einer verkörperten Kopie, weiterzuleiten.

§ 612b Abs. 4 GE-Grüne greift diesen Gedanken zu Recht auf, setzt aber einen etwas falschen Akzent, da es hier ja nicht um die Glaubhaftmachung der Voraussetzungen des Whistleblowings, sondern um die Unterstützung von dessen Inhalten geht. Es sollte also eher auf die, aus Sicht des Whistleblowers – nicht leichtfertig – angenommene Eignung der übermittelten Verkörperungen ankommen, das Bestehen eines Missstandes darzulegen oder zu untermauern. Dieser Aspekt sollte ins Whistleblowing-Gesetz explizit aufgenommen werden und als spezieller Rechtfertigungsgrund, auf alle Rechtsgebiete²²² durchschlagen.

2.3.4.2.7.3. Whistleblowing als Strafmilderungsgrund / Kronzeugenregelungen

Darüber hinaus ist die positive Wertschätzung, die ein Whistleblowing-Gesetz gegenüber rechtmäßigem Whistleblowing zum Ausdruck bringt und hinter der letztlich der Dank für die Mithilfe an der Aufdeckung von Missständen und Straftaten steckt, natürlich generell bei der Bewertung der Schuld des Whistleblowers und der Rechtswidrigkeit einer Handlung, die rechtmäßigem Whistleblowing dient, zu berücksichtigen. Allgemeine Rechtfertigungsgründe, insbesondere § 34 StGB, § 193 StGB und §§ 228f. BGB sind und bleiben anwendbar.

Letztlich ist dabei aber, anders als in den bisher geschilderten Fällen, in denen, aufgrund der in einem Whistleblower-Gesetz ausgestalteten Stufenfolge und typisierten Bewertungen, auf eine Einzelfallabwägung verzichtet werden sollte, eine Abwägung im Einzelfall vorzunehmen. Insoweit könnte allenfalls überlegt werden, diesen Aspekt in einer eher offenen Formulierung im Gesetz nochmals explizit deutlich zu machen, indem z.B. bestimmt wird, dass ein Haftungsausschluss erfolgt, soweit der Unrechtsgehalt im Verhältnis zur Bedeutung der Offenbarung des Missstandes untergeordnet ist.

Whistleblowing kann auch durch Personen geschehen, die selbst an rechtswidrigen Handlungen beteiligt waren und diese nun melden. In diesen Fällen begründet das Whistleblowing-Gesetz keinerlei Haftungserleichterungen und/oder Schutz vor Nachteilen, die aus jener Verantwortung resultieren. Für solche Kronzeugen gelten aber die allgemeinen Gesetze, also insbesondere § 46b StGB.

2.3.4.3. Hinsichtlich des Schutzes der Interessen Dritter

§ 10 GE-SPD legt fest, dass Hinweisgeber dem Arbeitgeber oder sonstigen Beteiligten zum Ersatz des Schadens verpflichtet sind, der diesen durch einen nicht rechtmäßigen Hinweis verursacht wurde. GE-BMin, GE-Grüne und A-Linke enthalten keine spezifischen Regelungsvorschläge. Die Entscheidung der Parlamentarischen Versammlung des

²²² Inklusiv des Urheberrechts welches die Stadt Duisburg im Fall Loveparade kurzfristig zur Verhinderung von Aufklärung und Öffentlichkeit einsetzte (vgl. <http://goo.gl/vF0YB>).

Europarates fordert hingegen die Bereitstellung angemessenen Schutzes gegen bösgläubige Anschuldigungen²²³.

Durch irrtümliches aber rechtmäßiges Whistleblowing und vor allem durch rechtswidrige Hinweise können Schäden bei demjenigen entstehen, der als Verantwortlicher für einen Missstand bzw. Rechtsbruch in schlechtes Licht gerät.

Die Situation bei rechtmäßigem Whistleblowing ist dabei vergleichbar mit jener bei einem aus anderem Grunde eingeleiteten amtlichen Untersuchungs- oder Ermittlungsverfahren. Auch hier können Informationen an die Öffentlichkeit dringen und der Ruf selbst Unschuldiger kann erheblich in Mitleidenschaft gezogen werden. In beiden Fällen dienen Verfahrensgarantien und insbesondere die Unschuldsvermutung dazu, die Gefährdungen Dritter zu begrenzen, sie sind letztlich in einem Rechtsstaat aber hinzunehmen bzw. in besonders schweren Fällen oder bei Ermittlungsfehlern auch von diesem zu entschädigen²²⁴.

Demgegenüber stellt das geltende Recht dem Opfer rechtswidriger Hinweise bereits heute zahlreiche Ansprüche zur Verfügung. Hierzu zählen im Hinblick z.B. auf die Rechtsgüter des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs und des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts Schadensersatzansprüche z.B. nach §§ 823 Abs. 1, 824 und 826 BGB aber Ansprüche auch nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 144d, 164, 186 StGB oder §§ 17 ff. UWG ebenso wie Ansprüche auf Beseitigung und Unterlassung i.V.m. § 1004 BGB²²⁵. Auch besteht durch die o.g. Strafgesetze eine, grundsätzlich hinreichende, Abschreckungs- und Sanktionsmöglichkeit.

Eine weitere, nicht zu vernachlässigende Abschreckungs- bzw. und Schutzwirkung, dürfte, jedenfalls für in einem Beschäftigtenverhältnis stehende Hinweisgeber, von der, im Falle rechtswidriger Hinweise grundsätzlich bestehenden Möglichkeit disziplinar- und arbeitsrechtlicher Sanktionen, bis hin zur Kündigung ausgehen. Hier dürfte ein Whistleblowing-Gesetz, insbesondere wenn es vom Arbeitgeber im Unternehmen bekannt gemacht wird, zugleich eine Warnfunktion entfalten, was im Falle eines Verstoßes, auch mit Blick auf die hohe Schwelle der Leichtfertigkeit, häufig eine weitere Warnung in Form einer Abmahnung entbehrlich machen und den Weg zur fristlosen Kündigung nach rechtswidrigem Hinweis eröffnen dürfte.

Für eine Regelung wie in § 10 GE-SPD scheint daher kaum wirklich Bedarf zu bestehen. Darüber hinaus bestehen gewisse Bedenken hinsichtlich der Klarheit des Begriffs des „sonstigen Beteiligten“, der im GE-SPD jenseits des § 10 keine Verwendung oder Erläuterung findet.

Dennoch gibt es gute Gründe, die dafür sprechen, in ein Whistleblowing-Gesetz auch eine explizite Regelung hinsichtlich der Wahrung der Rechte Betroffener aufzunehmen. Ein spezieller Paragraph könnte insbesondere eine Warn- und Hinweisfunktion haben, die etwaige Whistleblower nochmals ermahnt Vorwürfe nicht leichtfertig zu erheben und ihnen die dann drohenden Sanktionen deutlich vor Augen führt. Zugleich könnte der Gesetzgeber die Chance nutzen hier spezielle Normierungen hinsichtlich datenschutzrechtlicher Ansprüche und Anspruchskollisionen zu treffen. Er könnte insoweit z.B. einen Informationsanspruch des Betroffenen, ab dem Zeitpunkt des Wegfalls einer Gefahr der Beeinträchtigung oder Vereitelung der Untersuchung und einen Anspruch auf Datenlöschung, nach einer bestimmten Regelfrist, festschreiben²²⁶. Außerdem könnte auch zugunsten von Betroffenen, die den Missstand nicht zu vertreten haben, ein Benachteiligungsverbot begründet und mit

²²³ PACE-R-6.2.7.

²²⁴ Der Gesetzgeber sollte allerdings durchaus prüfen, inwieweit auch hier gesetzliche Klarstellungen, z.B. hinsichtlich der Informationspolitik von Behörden und Staatsanwaltschaften oder zur Verbesserung der Entschädigungssituation bei unschuldigen Opfern staatlicher Ermittlungsmaßnahmen sinnvoll sein können.

²²⁵ Hier gelten bereits seit BVerfG 1 BvR 1086/85 vom 25.02.1987 die Maßstäbe der Gutgläubigkeit bzw. Nicht-Leichtfertigkeit als Grenze für die Haftung, die mit dem vorliegenden Vorschlag auch in andere Bereiche übertragen werden sollen (vgl. hierzu auch LAG Hamm 11 Sa 2248/10 vom 21.07.2011, Rn. 102).

²²⁶ Vorbild insoweit könnten die Empfehlungen des Düsseldorfer Kreises der Datenschutzbeauftragten sein (s.o. Fn.)

Ansprüchen auf Beseitigung, Unterlassung, Entschädigung und Schadensersatz abgesichert werden²²⁷.

2.3.5. Unterstützende Mechanismen, begleitende Regelungen und Sonderfragen

2.3.5.1. Beweislast

Die Regelung der Beweislast ist ein Kernstück des Whistleblowing-Gesetzes²²⁸. Das OECD/G20-Kompendium empfiehlt hierzu eine: „Klare Vorgabe, dass sofern Vergeltungsmaßnahmen gegen Whistleblower dem Anschein nach vorliegen, dem Arbeitgeber die Beweislast dafür obliegt, nachzuweisen, dass Maßnahmen zum Nachteil des Whistleblowers aus anderen Gründen als aufgrund der Meldung ergriffen wurden“²²⁹.

GE-BMin enthält keine Beweislastregelung. GE-Grüne schlägt eine Beweislastregelung in Form eines neuen § 612a Abs. 2 BGB vor, die dann über die Fallgruppe des Whistleblowings hinaus gelten würde. § 12 GE-SPD enthält eine dem § 22 AGG nachgebildete spezifische Beweislastregelung für den Nachweis einer Benachteiligung des Whistleblowers. Im A-Linke heißt es: „Dem Arbeitgeber muss die Beweislast obliegen, dass alle Maßnahmen, die zum Nachteil eines Hinweisgebers bzw. einer Hinweisgeberin ergriffen wurden, aus anderen Gründen als dem Whistleblowing erfolgten“.

Hinsichtlich des Beweises einer Benachteiligung befindet sich ein Whistleblower in einer vergleichbaren Situation wie ein Opfer einer der nach dem AGG verbotenen Diskriminierungen. Daher ist auch hier mindestens eine dem § 22 AGG entsprechende Beweiserleichterung vorzusehen.

Außerdem ist hinsichtlich der Beweislast²³⁰ zu beachten, dass das Vorliegen der subjektiven Voraussetzung der Gutgläubigkeit (kein positives Wissen um die Fehlerhaftigkeit des Vorbringens und keine Leichtfertigkeit diesbezüglich) für die Geltendmachung von Rechten als Hinweisgeber vom Gesetz als widerlegbare Vermutung ausgestaltet werden sollte, da auch insoweit dem Whistleblower sonst zu hohe Hürden aufgebürdet werden, die dem Vorbringen wichtiger und im öffentlichen Interesse liegender Hinweise entgegenstehen könnten²³¹.

2.3.5.2. Umgehungsverbot

Die Empfehlungen von Transparency International zur Whistleblowing-Gesetzgebung schlagen vor: „das Recht soll jede private Regelung oder Vereinbarung in dem Maße für ungültig erklären als diese, die Wirkung der Gesetzgebung zum Whistleblowing beeinträchtigt“²³². § 612a Abs. 3 GE-BMin und § 612b Abs. 5 GE-Grüne setzen diese Empfehlung um und erklären, dass von jeweils vorstehenden Bestimmungen nicht zuungunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden darf. Auch A-Linke fordert: „Eine zum Nachteil des Whistleblowers von den gesetzlichen Vorschriften abweichende Vereinbarung ist für unwirksam zu erklären“²³³. Im GE-SPD findet sich dieser Grundsatz sogar gleich an mehreren Stellen. In Form spezieller Regelungen in den §§ 4 Abs. 2, 6 Abs. 3, 9 Abs. 5, 11 Abs. 3 Satz 2 und darüber hinaus in allgemeiner Form nochmals in § 13 GE-SPD.

Whistleblowerschutz liefe leer, wenn es dem Arbeitgeber, z.B. durch Erzeugen einer Drucksituation, möglich wäre vom Beschäftigten, z.B. schon mit Aufnahme einer Beschäftigung, einen Verzicht hinsichtlich der gesetzlich zu gewährleistenden Schutzstandards zu erreichen. Außerdem dient das Whistleblowing-Gesetz vorwiegend der

²²⁷ Ein Modell für eine umfassende Regelung zur Wahrung der Rechte Betroffener im vorstehenden Sinne bietet § 14 GE-WBNW.

²²⁸ Vgl. TI-DRec Nr. 13; PACE-R A6.3.; GAP-IBP Nr. 12 m.w.N.

²²⁹ OECD/G20-Kompendium A-3.6.

²³⁰ Im Bundespersonalgesetz der Schweiz (<http://goo.gl/AnK4A>) wird diese seit dem 01.01.2011 durch ein Zusammenwirken der Art. 22a Abs. 5 und 14 Abs. 1 d) erreicht, in dem die Klägerrolle und damit die Beweislast umgekehrt wird. Dazu auch: Imbach Haumüller, Diana: Whistleblowing in der Schweiz und im internationalen Vergleich — ein Bestandteil einer effektiven internen Kontrolle?; 2011; S. 76ff.

²³¹ S.o. Fn. 128 und UN-Toolkit S. 449.

²³² TI-DRec Nr. 18, s.a. GAP-IBP Nr. 8 m.w.N.

²³³ A-Linke Abschnitt II. Nr. 8.

Wahrung öffentlicher Interessen, weshalb die mit einem Umgehungsverbot einhergehende Einschränkung der Privatautonomie auch gerechtfertigt ist. Ein Umgehungsverbot sollte daher auch grundsätzlich alle Rechte des Whistleblowers und anderer Betroffener aus dem Whistleblowing-Gesetz umfassen und in Form einer generellen gesetzlichen Regelung normiert werden.

Hiervon können dann allerdings eng begrenzte Rückausnahmen zugelassen werden, insbesondere hinsichtlich der Zuständigkeit von Adressaten internen Whistleblowings, soweit intern Hinweisgebersysteme vorhanden und funktionsfähig sind, die die Einhaltung von Mindeststandards in anderer Weise gewährleisten. Verbesserungen der Rechte von Whistleblowern, etwa durch die Zulassung anderer externer Adressaten sollten von einem als bloßes Verschlechterungsverbot auszugestaltenden Umgehungsverbot ebenfalls nicht ausgeschlossen werden.

Eine faktische Umgehung eines Whistleblowing-Gesetzes droht aber nicht nur durch private Vereinbarungen und Maßnahmen, sondern eventuell auch aufgrund bestehender anderer gesetzlicher Vorschriften und deren Anwendung durch die Gerichte. Hier sollte eine systematische Erfassung und Beseitigung solcher Schwachstellen vorgenommen werden. In der Diskussion hinsichtlich des GE-Grüne wurde, z.B. die Frage aufgeworfen, ob § 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG in Verbindung mit dem gerade bei Whistleblowing-Auseinandersetzungen des Öfteren anzutreffenden Vortrag des Arbeitgebers hinsichtlich der Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses eine solche Lücke darstellt, die dann gesetzgeberisch zu schließen wäre²³⁴.

2.3.5.3. Bestimmungen über Straftaten und Ordnungswidrigkeiten

§ 14 GE-SPD enthält den Vorschlag einen Verstoß gegen das Verbot, Whistleblower zu benachteiligen, als Ordnungswidrigkeit mit bis zu 50.000 EUR Bußgeld ahnden zu können. A-Linke fordert darüber hinaus auch strafrechtliche Konsequenzen für „Handlungen, die Hinweise durch Whistleblower stören oder bestrafen“²³⁵.

International gibt es zahlreiche Whistleblower-Gesetze, die auch strafrechtliche Sanktionen für Vorgehen gegen Whistleblower oder deren Hinweise vorsehen²³⁶. Der dahinterstehende Gedanke kommt auch in der Europaratsempfehlung zum Ausdruck, wenn dort davon die Rede ist, dass Whistleblowing-Gesetzgebung auch Risiken für jene schaffen sollte, die Vergeltungsmaßnahmen gegen Whistleblower verüben²³⁷. Auch das OECD/G20-Kompendium empfiehlt: „Strafen für Vergeltungsmaßnahmen gegen Whistleblower, gleichgültig, ob diese in Form von disziplinarischen oder diskriminierenden Maßnahmen bzw. im Wege zivil- oder strafrechtlichen Sanktionen erfolgen“²³⁸.

Es ist in der Tat wichtig, auch durch die Einführung von Vorschriften über Straf- und Ordnungswidrigkeiten klarzustellen, dass es beim Whistleblowing nicht in erster Linie um den Schutz privater Interessen geht, sondern dass jeder rechtswidrige Eingriff in den Umgang mit Hinweisen²³⁹ oder gegenüber dem Whistleblower zugleich die Wirksamkeit eines Instruments beeinträchtigt, dessen Funktionsfähigkeit im öffentlichen Interesse liegt. Eine öffentlich-rechtliche bzw. strafrechtliche Sanktion daher auch angemessen sein kann. Außerdem können Bußgelder ein wirksamer Mechanismus sein, um vor allem die

²³⁴ Vgl. <http://goo.gl/rMX1L> unter Verweis u.a. auf BAG 2 AZR 483/07 vom 23.10.2008, LAG Mainz 3 Sa 442/07 vom 08.04.2008 und LAG Bremen 1 Sa 36/09 vom 12.04.2011, 1 Sa 36/09.

²³⁵ A-Linke Abschnitt II. Nr. 8

²³⁶ Vgl. z.B. Art. 257 des Strafgesetzbuches von Ungarn (<http://goo.gl/XAPnJ>) und GAP-IBP Nr. 18 m.w.N.

²³⁷ PACE-R 6.2.6.

²³⁸ OECD/G20-Kompendium A-5.3. Vgl. auch UN-Toolkit S. 449 und TI-DRec Nr. 22,

²³⁹ Zur Sanktionierung des falschen Umgangs mit Hinweisen und der Nichtreaktion aufgrund ihres Inhaltes sollten auch wirtschaftsrechtliche (über das Kriterium der „Zuverlässigkeit“) und zivilrechtliche Elemente (Haftung der nicht-agierenden Personen) verstärkt herangezogen werden, (hierzu auch B. Rohde-Liebenau (s.o. Fn. 83 - S. 13ff.)). Ein anderer zu beachtender Ansatz, ist die Prüfung, inwieweit durch Nichtstun trotz Hinweis Personen die zur Überprüfung von Hinweisen zuständig sind Straftatbestände durch Unterlassen verwirklichen. Vgl. dazu BGH 5StR 394/08 vom 17.07.2009. Soweit es um die Nichtbeachtung von Informationen über die Verwirklichung von Straftatbeständen geht sind natürlich auch die §§ 257ff. StGB zu beachten.

systematische Nichtbefolgung auch von Verfahrensbestimmungen zu sanktionieren, hinsichtlich derer individuelles privatrechtliches Vorgehen im Ergebnis kaum wirksam sein dürfte. In solchen Fällen könnte sich eine Bußgeldgrenze von 50.000 EUR allerdings als zu niedrig erweisen.

Strafrechtliche Sanktionen sollten ebenfalls nicht ausgeschlossen werden und könnten insbesondere der Absicherung von unabhängigen und unbeeinflussten Untersuchungen dienen. Sie müssen allerdings auf vorsätzliche Taten beschränkt bleiben, in jedem Falle den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahren und hinreichend bestimmt normiert werden.

2.3.5.4. Einzelfallunabhängige Rechte und Pflichten der Arbeitgeber bzw. der Organisation

Hinsichtlich der, von den im konkreten Einzelfall nach einem Whistleblowing bestehenden Pflichten abzugrenzenden, generellen Rechte und Pflichten der „Arbeitgeber“ kann zwischen denjenigen Pflichten unterschieden werden, die verbindlich im Gesetz festgeschrieben werden sollten und denjenigen gesetzlichen Regelungen, die im Zusammenhang mit einer Privilegierung bei Einrichtung eines Hinweisgebersystems stehen.

2.3.5.4.1. Allgemeine Vorsorge- und Organisationspflichten

Auch das OECD/G20-Kompendium empfiehlt eine „Gesetzliche Verpflichtung für Arbeitgeber, Benachrichtigungen zu erstellen und bereitzuhalten, damit die Beschäftigten über deren Rechte im Zusammenhang mit geschützten Meldungen informiert sind“²⁴⁰.

Eine teilweise Regelung dieser Thematik findet sich in § 5 GE-SPD, der sich an § 12 AGG orientiert. Es erscheint jedoch sinnvoll vorliegend klarer zwischen der Fürsorgepflicht nach Whistleblowing²⁴¹ und den allgemeinen organisatorischen Pflichten zu trennen.

Insoweit ist die Situation beim Whistleblowing etwas anders als im AGG. Dort betreffen § 12 Abs. 1 und 2 AGG in der Tat allgemeine organisatorische Maßnahmen, da eine individuelle Konkretisierung auf einen Fall erst mit Beginn der Benachteiligung erfolgt (ab dann greifen § 12 Abs. 3 AGG bzw. § 5 Abs. 3 GE-SPD) und eine einzelfallbezogene Vorsorge ohne Benachteiligung im bisherigen AGG nicht angezeigt ist.

Beim Whistleblowing erfolgt die Konkretisierung – d.h. beginnt der Fall – aber mit dem Whistleblowing und angesichts der, ab diesem Zeitpunkt, drohenden Benachteiligungen ist hier eine individuelle Vorsorge mit vorbeugenden einzelfallbezogenen Maßnahmen, bereits ab diesem Zeitpunkt, also schon vor dem Einsetzen konkreter Benachteiligungen, machbar und geboten. So könnte und sollte man auch § 5 Abs. 1 GE-SPD auslegen, stößt dann jedoch auf das Problem, dass § 5 Abs. 2 Satz 2 GE-SPD es für eine Erfüllung der Pflichten aus Abs. 1 bereits ausreichen lässt, dass der Arbeitgeber eine geeignete generelle Informationspolitik betreibt. Demnach wäre es sinnvoller in § 5 Abs. 2 Satz 2 GE-SPD das Wort „Absatz“ durch das Wort „Satz“ zu ersetzen, um so klarzustellen, dass der Arbeitgeber mit einer geeigneten Informationspolitik nur seinen generellen Organisationspflichten, nicht aber der Fürsorgepflicht im Einzelfall genügen kann.

Das Gesetz sollte im Übrigen klarstellen, dass Arbeitgebern bzw. Organisationen eine Pflicht zur Mitwirkung bei der Erreichung der Ziele des Whistleblowing-Gesetzes und somit eine generelle Förderungspflicht bzgl. rechtmäßigen Whistleblowings obliegt.

Außerdem sollten die allgemeinen Organisationspflichten und Informationspflichten in einem Whistleblowing-Gesetz sich auf alle Rechte und Pflichten beziehen, die mit jenem Gesetz geschaffen werden und nicht nur auf den Schutz vor Benachteiligungen. Der Arbeitgeber sollte insbesondere verpflichtet werden, den Kreis der potentiellen Whistleblower in geeigneter Art und Weise auf ihre Rechte und Pflichten aus dem Whistleblowing-Gesetz und die von ihm in Umsetzung des Gesetzes getroffenen Maßnahmen hinzuweisen²⁴².

Des Weiteren sollte eine besondere Informations- bzw. Schulungspflicht des Arbeitgebers für all jene Personen festgelegt werden, die als interne Adressaten von Hinweisen in Betracht

²⁴⁰ OECD/G20-Kompendium A-6.4.

²⁴¹ S.o. Abschnitt 2.3.4.2.3.

²⁴² OECD/G20-Kompendium A-6.1 und A-6.4. GAP-IBP Nr. 9.

kommen oder mit der Bearbeitung von Hinweisen betraut sind. Gerade deren sorgfältiger und fürsorgender Umgang mit Hinweis und Hinweisgeber ist für den Erfolg des Whistleblowings und damit auch des Whistleblowing-Gesetzes von entscheidender Bedeutung.²⁴³

2.3.5.4.2. Spezielle Regelungen im Zusammenhang mit der Einrichtung und dem Betrieb von Hinweisersystemen

A-Linke sieht vor: „Unternehmen, Behörden und Organisationen werden verpflichtet, ein internes Hinweissystem einzurichten“²⁴⁴. § 11 GE-SPD befasst sich ebenfalls mit der Einrichtung von Hinweisersystemen in Unternehmen und Betrieben, ist aber als Kann-Vorschrift ausgestaltet.

Das OECD/G20-Kompendium will Unternehmen ermutigen interne Meldewege zu schaffen und regt für gesetzliche Regelungen an, die „Verpflichtung oder starke Ermutigung für Unternehmen zur Einführung von Kontrollmaßnahmen um Whistleblowing zu ermöglichen und zu erleichtern (z. B. durch interne Kontrollen, Ethik- und Compliance-Programme, spezielle Anti-Korruptions-Programme, Betrugsrisiko Management, etc.)“²⁴⁵. Die Parlamentarische Versammlung des Europarats²⁴⁶ empfiehlt ebenso wie Transparency International und andere Organisationen der Zivilgesellschaft²⁴⁷, die Setzung von „Anreizen“ durch den Gesetzgeber. Damit werden aber zugleich Anforderungen an interne Hinweisersysteme verbunden, so z.B. dass Hinweisersysteme „sicher und leicht zugänglich sind, eine gründliche, rechtzeitige und unabhängige Untersuchung von Hinweisen sicherstellen und über angemessene Durchsetzungs- und Weiterverfolgungs-Mechanismen verfügen“²⁴⁸.

Von einer generellen Pflicht zur Einrichtungen von Hinweisersystemen sollte, entgegen der Forderung der Linken, abgesehen werden. Der Kreis der hiervon betroffenen „Arbeitgeber“ bzw. Organisationen ist zu unübersichtlich und zu inhomogen. Zu groß wäre die Gefahr potemkinsche Dörfer zu schaffen, die Whistleblowerschutz mehr vorgaukeln als bieten. Daher wird hier ein zweistufiges Modell vorgeschlagen. Die zum Funktionieren von Whistleblowing und Whistleblowerschutz wichtigsten Pflichten, die jeden „Arbeitgeber“ und jede Organisation treffen, sollen auf einer ersten Ebene im Gesetz festgeschrieben werden, wobei insoweit den Organisationen zugleich die Freiheit gelassen wird selbst zu entscheiden, welche organisatorischen, auch ihrer Größe angemessenen, Maßnahmen sie ergreifen, um diese Pflichten zu erfüllen.

Daneben sollte das Gesetz als zusätzliche Option, für solche Organisationen, die ein Hinweisersystem bereithalten das bestimmten weiteren Anforderungen genügt, die Möglichkeit schaffen, interne Zuständigkeitsregelungen für die Entgegennahme von Hinweisen zu schaffen, und dabei auch Ausnahmen von dem Kreis der eigentlich im Gesetz als zulässig vorgesehen Adressaten vorzunehmen. Eine Einschränkung der im Gesetz vorgesehenen Rechte zum Whistleblowing an externe Adressaten sollte damit allerdings keinesfalls verbunden sein.

Auch ist zu überlegen inwieweit andere, außerhalb des Whistleblowing-Gesetzes bestehende Befugnisse und Rechte des „Arbeitgebers“ bzw. der Organisation (etwa im Bereich des Arbeitnehmerdatenschutzes und der Befugnisse bei internen Ermittlungen), zukünftig an das Vorhandensein eines gesetzlichen Maßstäben genügenden Hinweisersystems, geknüpft werden sollten. Schließlich könnte auch in besonders sensiblen Branchen (z.B. beim Betrieb kerntechnischer Anlagen, bei Krankenhäusern oder Banken) und/oder ab einer bestimmten Organisationsgröße das Vorhandensein eines bestimmten Anforderungen entsprechenden Hinweisersystems gesetzlich vorgegeben werden.

²⁴³ Dies bringt – dort allerdings beschränkt auf den öffentlichen Sektor – auch die Empfehlung in OECD/G20-Kompendium A.6.3. zum Ausdruck.

²⁴⁴ A-Linke Abschnitt II. Nr. 5 Pt. 2.

²⁴⁵ OECD/G20-Kompendium A-1.2.

²⁴⁶ PACE-R A.6.2.1.

²⁴⁷ TI-DRec Nr. 7, s.a. NGO-Brief September 2011 (s.o. Fn. 13).

²⁴⁸ TI-DRec Nr.7.

Hinsichtlich der Formulierung der Anforderungen an Hinweisgebersysteme wird eine Kombination von gesetzlichen Festschreibungen von Mindeststandards mit einer „comply or explain“ Praxis analog zu § 161 AktG vorgeschlagen.

Demnach sollte im Gesetz geregelt werden, dass interne Hinweisgebersystem neben den ohnehin bestehenden gesetzlichen Anforderung außerdem mindestens sicherstellen müssen, dass²⁴⁹:

- alle Meldewege, sowie die für die Bearbeitung von Hinweisen typischer Weise vorgesehenen Prozeduren dem Kreis der möglichen Hinweisgeber bekannt sind;
- Melderechte auch über die gesetzlichen Anforderungen hinausgehende Risiken erfassen, die von der Organisation ausgehen oder für diese bestehen;
- Meldepflichten nur im Rahmen des gesetzlich zulässigen konstituiert und hinreichend klar formuliert werden;
- neben den Meldewegen eine vertrauliche und für den Whistleblower unverbindliche Beratungsmöglichkeit besteht und sich Beschäftigte insoweit auch an vorhandene Beschäftigtenvertretungen wenden dürfen;
- Hinweise von geeigneten und besonders geschulten Mitarbeitern entgegengenommen und zügig bearbeitet werden und diesen Mitarbeitern jederzeit das Recht zusteht zuständige staatliche Stellen einzubeziehen;
- Hinweise auch in sicherer Art und Weise anonym und/oder über Vertraulichkeitsmittler abgegeben werden können und dass insoweit sichere Einrichtungen vorhanden sind, die eine 2-Wege-Kommunikation mit dem Hinweisgeber ermöglichen;
- jederzeit mehrere interne Meldewege zur Verfügung stehen, bei denen sichergestellt ist, dass etwaige Beschuldigte keinen Einfluss auf die Adressaten, überprüfende Personen oder Art und Umfang der Überprüfung nehmen können;
- für und mit Whistleblowern und Beschuldigten (sobald deren Information ohne Gefährdung der Ermittlungen möglich ist) in jedem Einzelfall ein individuelles Vor- und Nachsorgekonzept dahingehend erstellt wird, wie etwaige Nachteile aus rechtmäßigem Handeln vermieden werden und/oder mit Unterstützung der Organisation bekämpft werden können;
- Whistleblower und Beschuldigte das Recht haben, vor Abschluss der Ermittlungen in geeigneter Weise über deren voraussichtliches Ergebnis informiert zu werden und dazu Stellung nehmen zu können;
- zur Lösung von Konflikten und Problemen im Zusammenhang mit Whistleblowing Möglichkeiten der Streitschlichtung und Mediation sowie der psychosozialen und gesundheitlichen Unterstützung von Betroffenen angeboten werden;
- eine Null-Toleranz-Politik gegenüber Beeinträchtigungen von Rechten Beteiligter und Eingriffen in das Funktionieren des Hinweisgebersystems formuliert und mit den zur Verfügung stehenden, insbesondere arbeits- und disziplinarrechtlichen Mitteln umgesetzt wird;
- eine interne Beschwerdeinstanz sowie die Möglichkeit zur Eskalation an vorhandene Aufsichtsgremien bestehen, falls Whistleblower, Beschuldigte oder in die Bearbeitung

²⁴⁹ Die nachfolgende Liste versteht sich als Beispiel. Derartige Systeme sind, wenn sie richtig aufgestellt und betrieben werden und das Vertrauen von Unternehmensleitung und Beschäftigten genießen, auch ökonomisch sinnvoll. Dazu z.B.: Pittroff (s.o. Fn. 113); Donato, Jessica: Handlungsempfehlungen für eine nutzenstiftende Umsetzung in deutschen börsennotierten Unternehmen; 2009; Briegel, Torsten: Einrichtung und Ausgestaltung unternehmensinterner Whistleblowing-Systeme; 2009; Rohde-Liebenau, Björn: Whistleblowing -- Beitrag der Mitarbeiter zur Risikokommunikation; 2005 (<http://goo.gl/5FtbV>). Eine Analyse der gegenwärtigen Praxis und konkrete Ausgestaltungsempfehlungen bietet auch die 2011 im Auftrag der Hans-Böckler Stiftung vom Whistleblower-Netzwerk erstellte Kurzauswertung von Betriebs- und Dienstvereinbarungen, Whistleblowing (<http://goo.gl/mFZrs>) und das in diesem Rahmen erstellte Gestaltungsraster (<http://goo.gl/TY2rK>).

des Hinweises involvierte Personen Bedenken hinsichtlich der Ordnungsmäßigkeit der Ermittlungen oder ihres Ergebnisses haben;

- vorhandene Vertretungen von Beschäftigten in die Ausgestaltung und die Überprüfung der Funktionsfähigkeit des Systems einbezogen werden und von allen Beschwerden über dessen Funktionieren Kenntnis erlangen;
- eine regelmäßige vertrauliche Befragung der Beschäftigten und eine fachliche Evaluation des Whistleblowing-Systems stattfindet;
- jährlich ein Bericht über das Funktionieren des Hinweisgebersystems, seine Nutzung, erzielte Erfolge bei der Früherkennung und Bekämpfung von Missständen und die Ergebnisse von Befragungen und Evaluationen veröffentlicht und intern bekannt gemacht wird.

Was eine Übertragung des Prinzips aus § 161 AktG angeht, ist zu überlegen, ob die Aufgabe der Erarbeitung von eventuell weitergehenden, jedenfalls aber detaillierteren „best-practice“ Empfehlungen innerhalb der „Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex“ oder durch ein anderes, evtl. neues, geeignetes Gremium erfolgen sollte. In jedem Falle sollten insoweit auch internationale Standards und Empfehlungen²⁵⁰ angemessene Berücksichtigung finden. Eine andere ggfls. ergänzend einsetzbare Möglichkeit Standards für interne Hinweisgebersysteme zu etablieren und durchzusetzen böten Rechtsverordnungen nach dem ArbSchG²⁵¹.

2.3.5.5. Staatliche Maßnahmen zur Unterstützung von Whistleblowing

A-Linke schlägt vor: „Es wird eine unabhängige Ombudsstelle für Whistleblower eingerichtet. Diese Einrichtung wird damit beauftragt, Beschwerden über Benachteiligungen und/oder unsachgemäße Untersuchungen von Hinweisen entgegenzunehmen und hierzu Ermittlungen vorzunehmen. Sie muss über angemessene Durchsetzungs- und Weiterverfolgungsmechanismen verfügen“²⁵². GE-BMin, GE-Grüne und GE-SPD enthalten hierzu keine Aussagen.

International gibt es in vielen Rechtsordnungen Normierungen der Whistleblowing-Problematik die zumindest auch auf den Einsatz spezieller Anlaufstellen für Whistleblower setzen²⁵³. Hierfür gibt es eigentlich auch gute Gründe, da Whistleblower im öffentlichen Interesse tätig werden und somit auch Unterstützung von öffentlicher Seite erfahren können sollten. Allerdings hat sich international an einigen Fällen auch gezeigt, dass der Verweis auf besondere öffentliche Stellen, insbesondere dort, wo er mit einer Verpflichtung der Whistleblower auf diesen Weg und mit einem abschneiden normaler rechtstaatlicher Mechanismen verbunden ist, auch eine Sackgasse werden kann²⁵⁴.

2.3.5.5.1. Kompetente und unabhängige Stellen zur Untersuchung von Hinweisen

Vor diesem Hintergrund und angesichts der ausdifferenzierten Behördenstruktur und der vorhandenen Mechanismen zur Durchsetzung von Rechten sollte in Deutschland jedenfalls auf eine Festlegung von Whistleblowern auf zentralisierte Anlaufstellen verzichtet werden. Die in § 3 Abs. 5 GE-SPD gewählte Lösung Staatsanwaltschaften und Polizei als zur „Entgegennahme und Weiterleitung von Hinweisen“ zuständig zu definieren, soll den

²⁵⁰ Hervorzuheben sind insoweit: Australian Standard: AS 8004-2003 incl. Amendment No. 1 -- Whistleblower protection programs for entities; 2003 and British Standards (BSI), Whistleblowing Arrangements Code of Practice under the classification PAS 1998/2008 (download unter: <http://goo.gl/O8BbT>). Die internationale Handelskammer (ICC) hat ebenfalls Guidelines zum Whistleblowing herausgegeben (<http://goo.gl/7cp2a>), die aber von Whistleblowing-NGOs zu Recht skeptisch betrachtet werden und deutlich hinter den vorgenannten Standards zurückbleiben (<http://goo.gl/4ghWX>). Vergleichend auch D. Lewis, W. Vandekerckhove, The content of Whistleblowing Procedures: A critical review of recent official guidelines, 2011 (<http://goo.gl/wT5y6>).

²⁵¹ S.u. Abschnitt 2.3.5.5.2.

²⁵² A-Linke Abschnitt II. Nr. 5 Pt. 1.

²⁵³ Z.B. SKorea-PIWA Sec. 4, Art. 17ff., Jamika (s.o. Fn. 81) Sec. 21, Queensland-PIDA Sec. 58ff.

²⁵⁴ Beispiele sind hier Canada (vgl. <http://goo.gl/d0cBm>) und die USA, jedenfalls in Zeiten G. W. Bushs (<http://goo.gl/XwbqQ>). S.a. GAP-IBP Nr. 10.

Whistleblower nur davor bewahren wegen einer Weiterleitung an eine falsche Behörde haftbar zu werden oder an Schutz einzubüßen, den Staatsanwaltschaften und der Polizei aber außerhalb ihres bestehenden Zuständigkeitsbereichs über die Entgegennahme und Weiterleitung hinaus keine neue Aufgaben zuweisen. Eigentlicher Adressat ist in jenem Fall die für die Sachfrage örtlich und sachlich zuständige Behörde, an welche die Weiterleitung erfolgt.²⁵⁵

Grundsätzlich sollten sich somit die betroffenen Organisationen intern und die hinsichtlich des Missstandes vorhandenen sachlich zuständigen Behörden um die Untersuchung des Hinweises und die Bekämpfung des Missstandes kümmern. Allerdings ist bei diesen sicherzustellen, dass sie hierfür auch über ausreichende Kompetenzen und Ressourcen verfügen und dass sie hinreichend unabhängig sind, um ihre Aufgaben zu erfüllen²⁵⁶. Bei internen Kontrollstellen sollte eine weitgehende Unabhängigkeit zwar ebenfalls angestrebt werden, wird in Fällen, in denen die Aufrechterhaltung von Missständen beabsichtigter Teil der Unternehmenspolitik ist, aber an ihre Grenzen stoßen. Umso wichtiger sind daher aber wirklich unabhängige und kompetente Behörden und ein leichter Zugang der Whistleblower zu ihnen.

Funktionierendes Whistleblowing kann dabei langfristig vielleicht sogar zum Abbau von behördlichen Kontrollressourcen führen, da von seinem Funktionieren nicht zu unterschätzende Abschreckungseffekte auf Übeltäter ausgehen dürften. Dies gilt jedoch erst nachdem jenen klar wird, dass Whistleblower auch Gehör finden und die angesprochenen Adressaten den Vorwürfen mit der gebotenen Sorgfalt und Gründlichkeit nachgehen. Davon ist Deutschland derzeit leider teilweise noch weit entfernt. Kurz- und mittelfristig sind daher bei Behörden entsprechende Kapazitäten auf- und auszubauen.

Bezüglich der Unabhängigkeit von Kontrollbehörden bestehen in Deutschland in einigen Bereichen Bedenken. Hinzuweisen ist insoweit auf ein Urteil des EuGH hinsichtlich der fehlenden Unabhängigkeit bei bestimmten Datenschutzbehörden²⁵⁷, aber vor allem auf die fehlende Unabhängigkeit von Justiz und Staatsanwaltschaften. Diese wird sowohl von den Richterverbänden und der Zivilgesellschaft als auch international und in Europa zunehmend kritisch beurteilt und ist dringend reformbedürftig²⁵⁸. Ein weiterer Teilaspekt beim Thema Unabhängigkeit, der allerdings ebenfalls weit über das Thema Whistleblowing-Gesetz hinausreicht, ist die hierzulande immer wieder zu beobachtende, personelle Verknüpfung von Kontrolleinrichtungen mit den Kontrollierten und der, nicht seltene, Wechsel von Personen zwischen diesen beiden Aufgaben²⁵⁹.

2.3.5.5.2. Hilfe gegen Benachteiligungen

Das Gesetz sollte neben dem Arbeitgeber auch den zuständigen Behörden die Adressaten eines rechtmäßigen Whistleblowings werden, die Pflicht auferlegen, im Rahmen ihrer Kompetenzen den Whistleblower vor Benachteiligungen zu schützen. Hierzu sollten sie sich gegebenenfalls auch des Mittels der Amtshilfe bedienen.

Eine besondere Rolle sollte das Whistleblowing-Gesetz schließlich auch den Arbeitsschutzbehörden zuweisen. Richtiger Umgang mit Whistleblowing ist auch präventiver Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz, da mit Whistleblowing oft enorme Gefahren für die psychische Gesundheit der Whistleblower einhergehen²⁶⁰. Ein Arbeitsplatz an dem Menschen

²⁵⁵ S.o. Abschnitt 2.3.3.6.5.3.

²⁵⁶ Die entsprechende Kritik des Bundesverbandes der Lebensmittelkontrolleure e.V. in der Anhörung 2008 (Ausschussdrucksache 16(10)850-C - <http://goo.gl/hbplH>) ist insoweit nur ein Beispiel.

²⁵⁷ EuGH C-518/07 vom 09.03.2010.

²⁵⁸ Vgl. den Bericht von S. Leutheusser-Schnarrenberger für die Parlamentarische Versammlung des Europarates Doc 11993 vom 07.08.2009 (<http://goo.gl/mdSwO>) und m.w.N. <http://gewaltenteilung.de>.

²⁵⁹ Auf europäischer Ebene gibt es ähnliche Probleme, die auch die Setzung von Standards und Kontrollgrundlagen betreffen, wie jüngst eine Studie zur European Food Safety Authority (EFSA) belegte (<http://goo.gl/THGeA>).

²⁶⁰ Vgl. grundlegend Soeken, Karen L.; Soeken, Donald R.: A Survey of Whistleblowers: Their Stressors and Copying Strategies; 1987 (<http://goo.gl/LRFts>) sowie aktuell auch Brita Bjørkelo & Stig Berge Matthiesen, Preventing and Dealing with Retaliation Against Whistleblowers, in: D. Lewis & W. Vandekerckhove, Whistleblowing and Democratic Values, 2011 (<http://goo.gl/SoCve>) S. 127ff.

nicht auf Missstände hinweisen können, ohne selbst Risiken einzugehen ist nicht menschengerecht, sondern bürdet dem Menschen auf, gegen die Interessen der Gemeinschaft und das eigene Gewissen Dinge, über die er eigentlich sprechen möchte, herunterzuschlucken und den hierdurch in Konflikt mit seinem eigenen Gewissen zu geraten.

Daher sollten jene Bestimmungen des Whistleblowing-Gesetzes, die dem Arbeitgeber eine Präventionspflicht auferlegen klarstellen, dass die insoweit zu treffenden Maßnahmen zugleich Maßnahmen zur Verhütung von arbeitsbedingten Gesundheitsgefahren und zur menschengerechten Gestaltung der Arbeit im Sinne von § 2 Abs. 1 ArbSchG sind. Damit wären die Arbeitsschutzbehörden nach § 21 ArbSchG dann auch für die Einhaltung der dem Arbeitgeber aus dem Whistleblowing-Gesetz obliegenden Pflichten und die entsprechende Beratung der Arbeitgeber zuständig. Die Bundesregierung könnte und sollte durch Rechtsverordnung nach § 18 ArbSchG Anforderungen hinsichtlich des innerbetrieblichen Umgangs mit Whistleblowing konkretisieren und dabei auch beratende Ausschüsse nach § 18 Abs. 5 ArbSchG bilden. Zuständige Fachbehörden die im Zuge ihrer Bearbeitung des Hinweises Indizien für Gefahren von Benachteiligungen von Whistleblowern erhalten, sollten in Abstimmung mit dem Whistleblower, die zuständigen Arbeitsschutzbehörden einschalten.

2.3.5.5.3. Hilfe bei Beschwerden über den Umgang mit Whistleblowing

Es gibt viele gute Gründe, die dafür sprechen, neben der Eröffnung des Rechtsweges für Whistleblower, die ihre soeben dargestellten Rechte einklagen wollen, eine spezielle Einrichtung, u.a. als Ansprechpartner für Whistleblower zu schaffen, die bei den zuständigen Behörden kein Gehör gefunden haben. Die entsprechende Forderung von A-Linke „eine unabhängige öffentliche Einrichtung für Whistleblowing zu schaffen, die zum Whistleblowing berät, die Funktionsfähigkeit der Whistleblowing-Maßnahmen beobachtet und regelmäßig überprüft“²⁶¹, wird durch internationale „best practice“²⁶² und die Empfehlungen von Transparency International²⁶³ untermauert.

Dies auch vor dem Hintergrund, dass es in Deutschland, jedenfalls auf Bundesebene, keinen unabhängigen Ombudsmann gibt, der für Beschwerden über Behördenhandeln zuständig wäre. Allerdings ist mit der föderalen Struktur der Bundesrepublik gleichzeitig ein Problem angesprochen, welches bei der Einrichtung einer bundesweiten zentralen Ansprechstelle für Whistleblower erhebliche Probleme bereiten könnte. Die zweitbeste Lösung wäre die Schaffung mehrerer solcher Stellen, also beim Bund und bei den Ländern, oder die Beauftragung von bereits existierenden Stellen, z.B. der Beauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit, mit diesen Aufgaben.

Sinnvoll wäre eine solche Einrichtung, weil sie jenseits gerichtlicher Kontrolle eine Überprüfung von Behördenhandeln und einen Dialog mit den zuständigen Behörden führen und so auch bei diesen ein Umdenken für einen positiveren Umgang mit Whistleblowern in Gang setzen könnte. Whistleblower wären nicht nur auf den Rechtsweg angewiesen. Die unabhängige Stelle könnte, ohne an ein zu enges rechtliches Korsett gebunden zu sein, sowohl die Belange der beteiligten Personen, als auch die öffentlichen Belange prüfen und auch unter Nutzung von Mediation und anderen Streitschlichtungsmechanismen – rechtlich unverbindliche – Lösungen vorschlagen. Hiermit könnte sicherlich in vielen Fällen auch ein unangebrachtes öffentliches Whistleblowing vermieden und eine Befriedung aller Parteien erreicht werden.

Neben der Behandlung individueller Fälle könnte eine solche Einrichtung noch weitere Aufgaben übernehmen. So wäre es z.B. auch für die Steigerung der gesellschaftlichen Akzeptanz von Whistleblowing und Whistleblowerschutz wichtig, die Praxis und auch die Auswirkungen eines speziellen Whistleblowing-Gesetzes sowohl hinsichtlich der Erfolge (Missstände die dank Whistleblowings aufgeklärt und bekämpft werden konnten) als auch

²⁶¹ A-Linke Abschnitt II. Nr. 9. Leider finden sich bei GE-BMin, GE-Grüne und GE-SPD keine entsprechenden Vorschläge.

²⁶² Vgl. GAP-IBP Nr. 9 m.w.N.

²⁶³ TI-DRec Nr. 24.

hinsichtlich eventuell noch bestehender Defizite (nicht hinreichender Schutz von Whistleblowern oder Beschuldigten) zu erfassen und in aufbereiteter Form, etwa mittels eines Jahresberichts des Whistleblowing-Ombudsmanns der Öffentlichkeit zur Verfügung zu stellen. Zuständige Behörden und ggfls. auch Arbeitgeber sollten hierzu ihre Erfahrungen regelmäßig an diese zentrale Stelle berichten.

§ 13 GE-WBNW schlägt vor, die Aufgaben und Kompetenzen des Whistleblowing-Ombudsmann bzw. Bundesbeauftragten für Whistleblowing entsprechend des Vorbildes des Wehrbeauftragten auszugestalten. Zusätzlich soll dieser Beauftragte auch für die Verwaltung eines zu schaffenden Whistleblowing-Fonds und die Mittelvergabe aus diesem Fonds zuständig werden. Dessen Mittel sollen verwendet werden zum Schutz von Hinweisgebern, zur Unterstützung von Whistleblowing-Verbänden und zur Förderung der kulturellen und gesellschaftlichen Akzeptanz von Whistleblowing. Zugleich soll eine Regelung eingeführt werden, die dem Bundesbeauftragten das Recht einräumt im eigenen Namen Ansprüche des Bundes für diesen gerichtlich und außergerichtlich geltend zu machen und ein Viertel der dabei erzielten Netto-Einnahmen dem Whistleblowing-Fonds zuzuführen. Dies wäre ein Ansatz, Elemente des erfolgreichen qui-tam Modells der USA in Deutschland einzuführen und würde sicherlich zu weniger Bedenken und technischen Schwierigkeiten führen, als dessen vollständige Übernahme für im Sinne eines qui-tam Rechts jedes einzelnen Whistleblowers.

Eine andere Form staatlicher Hilfe bei Beschwerden über den Umgang mit Whistleblowing könnte die Gewährung von politischem Asyl sein²⁶⁴. Insoweit sollte in einem Whistleblowing-Gesetz eine Regelung aufgenommen werden, wonach § 60 Abs. 1 AufenthG entsprechende Anwendung findet auf Ausländer, deren Leben oder Freiheit wegen eines gutgläubigen Hinweises auf einen Verstoß gegen eine anerkannte Norm des internationalen Rechts bedroht ist.

2.3.5.5.4.. Sonstige Unterstützung bei der Wahrnehmung von Rechten

Unabhängig von der Frage, welche Rechte ein Whistleblowing-Gesetz Whistleblowern und anderen Betroffenen einräumt, stellt sich bereits heute die Frage, wie Whistleblower ihre Rechte auch in der Praxis wahrnehmen können.

Erste Hürde dabei ist das Wissen um das Bestehen von Rechten. Diese Problematik sollte über die Pflicht von Organisationen zur Information ihrer Angehörigen und die Gesetzgebung unterstützende Informationskampagnen angegangen werden.

Eine zweite Hürde ist, das im Falle von Whistleblowing oft zu beobachtende Machtungleichgewicht zwischen Whistleblower einerseits und Tätern andererseits. Hier gilt es einerseits Unterstützung für rechtmäßige Whistleblower zu organisieren und andererseits die Voraussetzungen zum Zugang zu regulären rechtsstaatlichen Verfahren möglichst günstig auszugestalten. Im deutschen Recht stellt das im Zusammenhang mit gerichtlichen Verfahren bestehende Kostenrisiko dabei ebenso ein Problem dar, wie die Tatsache, dass vor Arbeitsgerichten beide Parteien ihre Kosten in erster Instanz selbst zu tragen haben. Von letzterem sollte für Streitigkeiten im Zusammenhang mit, letztlich im öffentlichen Interesse erfolgenden, Whistleblowing eine Ausnahme eingeführt werden, etwa indem der Schadensersatz der Whistleblowern zusteht, explizit auch auf jene Kosten erstreckt wird²⁶⁵.

Hinsichtlich des Kostenrisikos wäre eine Begrenzung des Kostenrisikos jedenfalls hinsichtlich der Kosten eines eigenen Rechtsanwalts möglich, wenn Whistleblower die Möglichkeit hätten, mit ihren Anwälten Erfolgshonorare zu vereinbaren und wenn diese im Erfolgsfalle auch von der Gegenseite zu begleichen wären. In den USA hat sich dieses Vorgehen im Zusammenhang mit qui-tam Klagen nach den False-Claims-Acts bewährt²⁶⁶ und

²⁶⁴ Vgl. NGO-Brief vom September 2011 (s.o. Fn. 13).

²⁶⁵ A-Linke Abschnitt II. Nr. 7 fordert auch den Ersatz von Rechtsverfolgungskosten. S.a. GAP-IBP Nr. 9 und 16.

²⁶⁶ S.o. Fn. 43ff.

dazu geführt, dass Whistleblower, jedenfalls in finanziell potentiell lukrativen Fällen auch ohne eigene Mittel eine gute professionellen Unterstützung erreichen können.²⁶⁷

Bei eben jenen qui-tam Verfahren geht es auch noch in einem anderen Sinne um „Unterstützung bei der Wahrnehmung von Rechten“, indem die Whistleblower durch ihre Klage im Namen des Staates den Staat unterstützen, dessen Rechte gegenüber Schädigern durchzusetzen. Wie Eingangs dargestellt ist dieses Verfahren sehr erfolgreich, seine Übertragung nach Deutschland aber jedenfalls zum jetzigen Zeitpunkt nicht ohne weiteres möglich, weshalb im derzeitigen Gesetzgebungsverfahren zunächst darauf verzichtet werden sollte.

Eine weitere Möglichkeit die Wahrung der Rechte von Whistleblowern zu fördern, stellt die Mediation²⁶⁸ dar, die im Rahmen der Darstellung von Mechanismen interner Hinweisgebersysteme bereits angesprochen wurde, deren Durchführung aber auch in Fällen externen Whistleblowings und daraus folgender Auseinandersetzungen mit der eigenen Organisation, z.B. im arbeitsgerichtlichen Verfahren verstärkt genutzt und gefördert werden sollte.

International wird auch die Möglichkeit gefordert Whistleblowern und ihren Angehörigen soweit notwendig Zeugenschutz zu gewähren²⁶⁹. In Deutschland ist das Zeugenschutz-Harmonisierungsgesetz auch auf eine Person; auch nach Whistleblowing, nach dessen § 1 ohnehin anwendbar, sofern ohne diese „in einem Strafverfahren die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsorts des Beschuldigten aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre“ und „sie auf Grund ihrer Aussagebereitschaft einer Gefährdung von Leib, Leben, Gesundheit, Freiheit oder wesentlicher Vermögenswerte ausgesetzt ist und sich für Zeugenschutzmaßnahmen eignet“. Grundsätzlich dürfte damit der Hauptanwendungsfall schwerwiegender konkreter Gefährdungen von Whistleblowern angesprochen sein, allerdings könnte es in Ausnahmefälle auch bei zunächst nicht-strafrechtsbezogenem Whistleblowing zu ähnlichen Gefährdungen kommen, weshalb eventuell auch eine explizite Erklärung hinsichtlich der Anwendbarkeit des Zeugenschutz-Harmonisierungsgesetzes auf Whistleblower in Betracht gezogen werden könnte.

2.3.5.5.4.. Opferhilfe bzw. Nothilfeentschädigung für Whistleblower

In vielen Fällen des Whistleblowings stellt sich das Problem, dass gerade bei verhältnismäßig bedeutenden Missständen in kleineren und mittleren Unternehmen, das Whistleblowing eines Beschäftigten schnell dazu führen kann, dass das Unternehmen behördlich geschlossen und/oder aufgrund einer, in diesem Falle berechtigten, Reaktion der Öffentlichkeit, vom Markt verdrängt wird. Kurzum, das Unternehmen ist insolvent und der Whistleblower ist seinen Arbeitsplatz und gegebenenfalls auch seine ökonomische Existenz los. Da der Beschäftigte in solchen Fällen die Brisanz und Folgen einer Enthüllung auch recht gut abschätzen können, hat diese Ausgangslage gegenwärtig sicherlich des Öfteren zur Folge, dass Whistleblowing unterbleibt. Ein Whistleblowing-Gesetz muss sich, um sein Ziel erreichen zu können, auch dieser Konstellation stellen. Benachteiligungsverbote und nicht realisierbare Ansprüche alleine nützen insoweit nichts. Der Forderung aus A-Linke²⁷⁰ einen staatlichen Entschädigungsanspruch für Fälle einzurichten, in denen arbeitsrechtliche Ansprüche, zum Beispiel durch Insolvenz, ausfallen, ist demnach zuzustimmen.

Es gibt bereits heute einige Bundesgesetze die Entschädigungen und Versorgungsleistungen für Personen vorsehen, die unverschuldet bei der Ausübung von im öffentlichen Interesse liegenden Tätigkeiten Schäden erleiden, deren Wiedergutmachung auf anderem Wege nicht erreicht werden kann. Dieser Ansatz sollte, um die bewusste Förderung des Whistleblowing zu unterstreichen und die soeben dargestellten Abschreckungseffekte zu vermeiden, auch im Whistleblowing-Gesetz verfolgt werden.

²⁶⁷ Vgl. Miceli u.a. (s.o. Fn. 59), S. 163ff.

²⁶⁸ Hierzu auch GAP-IBP Nr. 19.

²⁶⁹ Vgl. UN-Toolkit S. 369 und 449 ; PACE-A.6.1.3.2 ; NGO-Brief vom September 2011 (s.o. Fn. 13).

²⁷⁰ A-Linke Abschnitt II Nr. 4 Pt. 1. Siehe auch TI-DRec Nr. 21 und § 8 Abs. 6 GE-WBNW, die in solchen und anderen Härtefällen eine Entschädigung aus einem speziellen Fonds vorschlagen.

§ 8 Abs. 5 GE-WBNW verweist insoweit auf § 2 Absatz 1 Nr. 13 SGB VII, § 13 SGB VII und § 116 SGB X, die Entschädigungsansprüche z.B. für Nothelfer vorsehen. Einen anderen Ansatz, der ebenfalls fruchtbar gemacht werden könnte, wählen, mit der entsprechenden Anwendung des Bundesversorgungsgesetzes, z.B. § 60 Infektionsschutzgesetz und das Opferentschädigungsgesetz. Letzteres erfasst in § 1 Abs. 3 sogar Schäden „für einen Unfall den der Geschädigte bei der unverzüglichen Erstattung der Strafanzeige erleidet“, regelt in gewisser Weise also bereits eine Sonderform von Whistleblowing-Entschädigung.

Ein weiterer Ansatz jedenfalls Härtefälle abzufangen wäre die bereits vorgeschlagene Schaffung eines Whistleblowing-Fonds aus dem auch Entschädigungszahlungen für Whistleblower in Not geleistet werden könnten.

2.3.5.6. Sonstige Unterstützung von Whistleblowing und Whistleblowern

Beschäftigtenvertretungen, Tarifvertragsparteien, Gewerkschaften, Berufsverbände, Berufsgenossenschaften, berufsständische Organisationen und Kammern aber auch Anti-Diskriminierungsverbände und spezielle Zusammenschlüsse zum Schutz von Whistleblowern sollten, soweit wie möglich in die Förderung von rechtmäßigem Whistleblowing und die Organisation von Whistleblowerschutz eingebunden werden.

§ 1 Abs. 1 IHKG überträgt z.B. schon heute den Industrie- und Handelskammern u.a. die Aufgabe „für Wahrung von Anstand und Sitte des ehrbaren Kaufmanns zu wirken“. Ein anständiger Umgang mit Whistleblowing und Whistleblowern zählt sicherlich dazu, wird derzeit aber von den Kammern wohl noch nicht als Teil ihrer Aufgaben begriffen. Gerade sie könnten aber, z.B. durch Einrichtung eigener Beratungs- und Hinweisgeberstellen, deren Fehlen in Kleinunternehmen ausgleichen und einen Ansprechpartner noch unterhalb der Schwelle der sachlich zuständigen Behörden bilden, der einerseits einen größeren Unabhängigkeitsgrad als interne Stellen aufweisen würde, bei dem aber auch die Interessen der Wirtschaft als Ganzes sicherlich nicht Gefahr liefen, auf der Strecke zu bleiben. Außerdem wäre damit eine in der Fläche vor Ort verfügbare Struktur, als unmittelbarer Ansprechpartner vorhanden, die bei sachlich zuständigen Behörden u.U. fehlt.

Der Gesetzgeber sollte auch evaluieren, inwieweit besondere gesetzliche Regelungen, im Whistleblowing-Gesetz, aber auch an anderer Stelle sinnvoll sind. In Betracht käme insoweit die Übernahme einer § 17 AGG entsprechenden Regelung²⁷¹ in das Whistleblowing-Gesetz ebenso wie die Ergänzung z.B. von Vorschriften des BetrVG, insbesondere § 75 BetrVG um den Aspekt des Whistleblowings.

Eine weitere Möglichkeit von welcher der Gesetzgeber Gebrauch machen sollte, wäre im Whistleblowing-Gesetz eine Parallelregelung zu §§ 23, 25ff. AGG zu schaffen, bzw. den insoweit aufgrund des AGG bestehenden Organisationen auch entsprechende Möglichkeiten im Einsatz gegen Benachteiligungen von Whistleblowern einzuräumen.

2.3.5.7. Fristen und Verjährung

§ 9 Abs. 4 GE-SPD sieht eine Frist von drei Monaten vor, innerhalb derer, jedenfalls soweit keine andere tarifvertragliche Regelung vorliegt, Ansprüche auf Entschädigung und Schadensersatz geltend gemacht werden müssen. In GE-BMin, GE-Grüne und A-Linke finden sich keine entsprechenden Regelungen.

Auf eine derartige Fristenregelung sollte verzichtet werden²⁷². Erst recht sollte eine solche Regelung nicht durch die Tarifparteien ausgestaltet werden können, da spezielle tarifvertragliche Regelungen insoweit der angestrebten Klarheit und Rechtssicherheit entgegenstehen.

Dem Vorschlag der SPD scheint eine gewisse Orientierung an § 21 Abs. 5 AGG zu Grunde zu liegen. Eine Übertragung dieser AGG-Regelung auf die Whistleblowing-Problematik ist

²⁷¹ Vgl. Schwering, Manuel; Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz als Aufgabe und Instrument des Betriebsrates; 2010.

²⁷² Zur Problematik von Fristenregelungen s.a. GAP-IBP Nr. 13.

aber nicht sachgerecht. Anders als beim AGG steht im Falle von Whistleblowing die Benachteiligung meist weder am Anfang noch im Mittelpunkt der Auseinandersetzung.

Auslöser des Whistleblowing ist vielmehr der Verdacht eines Missstandes und Benachteiligungen erfolgen danach häufig in vielen kleinen Schritten. Auch wäre es kontraproduktiv dem Whistleblower aufzugeben jede Benachteiligung immer zeitnah und noch während die Aufklärung seines Hinweises erfolgt – oder er zumindest noch darauf hofft – detailliert aufzuzeigen und anzuprangern. Es kann sowohl für den Whistleblower als auch für die öffentlichen Interessen sinnvoller sein, wenn sich der Whistleblower zunächst darauf konzentriert, dass der Nachweis des Missstandes gelingt und hier insoweit keine Ablenkung und Belastung durch parallel vorgebrachte Benachteiligungsvorwürfe entsteht. Ist der Missstand und seine Verantwortlichen einmal aufgedeckt, wird der Whistleblower typischer Weise dann auch wesentlich leichter Gehör dahingehend finden, dass er von eben diesen Verantwortlichen, die ihre Verantwortung vertuschen wollten, zusätzlich auch benachteiligt wurde.

Ein weiterer Aspekt ist, dass die Regelung in § 21 Abs. 5 AGG vor allem einer Warn- und Dokumentationsfunktion dient. Diese Funktionen erfüllt im Falle des Whistleblowings in der Regel aber ohnehin schon der Hinweis.

Gefahren durch den Verzicht auf eine Fristenregelung sind nicht ersichtlich. Zu einen gelten die normalen gesetzlichen Verjährungsregelungen, zum anderen wird der Whistleblower auch im eigenen Interesse dazu neigen, jedenfalls nach Abschluss von Untersuchungen seine Rechte baldmöglichst geltend zu machen. Trotz einer etwaigen Beweiserleichterung hinsichtlich der Kausalität des Whistleblowings wird sich der Whistleblower regelmäßig hoher Beweisanforderungen ausgesetzt sehen, um seine Schäden nachzuweisen. Hier dürfte die Zeit in der Regel ohnehin gegen den Whistleblower arbeiten, der außerdem ein Eigeninteresse haben dürfte, etwaigen Ersatz möglichst schnell erreichen zu wollen.

2.3.5.8. Altfallregelung

Die Handlungsgebote und Verbote eines Whistleblowing-Gesetzes werden in der Regel erst ab dessen Inkrafttreten gelten. Nichtsdestotrotz ist es sinnvoll, einige Regelungen eines Whistleblowing-Gesetzes auch auf Altfälle für anwendbar zu erklären. So sollte z.B. klargestellt werden, dass das Benachteiligungsverbot auch neue Benachteiligungen hinsichtlich von Whistleblowing erfasst, welches bereits vor dem Inkrafttreten des Gesetzes stattgefunden hat. Auch hinsichtlich der Sperre der Umgehungsmöglichkeit aus § 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG sollte ein Gesetz noch laufende Arbeitsgerichtsprozesse aus Altfällen mit umfassen. Natürlich unterfallen dem Gesetz auch Hinweise auf noch nicht verjährte Rechtsbrüche. Erfolgen diesbezüglich neue Hinweise, so sollte bei deren Bearbeitung ein Verweis auf frühere Überprüfungen nur zulässig sein, soweit jene Überprüfung bereits den neuen gesetzlichen Maßstäben genüge.

Des Weiteren sollten die im Gesetz vorzusehenden Entschädigungsmöglichkeiten auch auf Altfälle erstreckt werden, soweit ein entsprechender Entschädigungsantrag innerhalb z.B. einer Jahresfrist nach Inkrafttreten des Gesetzes gestellt wird und der Whistleblower darlegen kann, aufgrund seines Whistleblowings noch heute in einer Notlage zu sein. Abgesehen von der Hilfe für die Betroffenen könnte eine solche Regelung auch die Wende zu einem neuen Umgang mit Whistleblowing besonders deutlich machen und so die Glaubwürdigkeit und Akzeptanz des Gesetzes entscheidend erhöhen.

2.3.6. Maßnahmen zur Evaluation und Weiterentwicklung des Gesetzes

Das OECD/G20-Kompendium empfiehlt die „Überwachung und regelmäßige Überprüfung der Wirksamkeit des Whistleblowing-Regelwerks, Sammeln und Verbreiten von Daten, etc.“²⁷³. In den Empfehlungen Transparency heißt es: „das Recht soll eine öffentliche Einrichtung schaffen oder beauftragen um der Öffentlichkeit Beratung in allen Fragen im

²⁷³ OECD/G20-Kompendium A-6.1; ähnlich auch PACE-Report A.6.4.

Zusammenhang mit Whistleblowing zur Verfügung zu stellen, die Funktionsfähigkeit aller Whistleblowing-Maßnahmen zu beobachten und regelmäßig zu überprüfen und um die Herausbildung eines öffentlichen Bewusstseins zu fördern, im Hinblick auf eine umfassende Nutzung der Whistleblowing-Regelungen und eine breitere kulturelle Akzeptanz solcher Handlungen²⁷⁴.

Kein Whistleblowing-Gesetz darf als für alle Zeiten feststehendes perfektes Gebilde begriffen werden. Whistleblowing passiert in der Wirklichkeit und jedes Gesetz ist in regelmäßigen Abständen immer wieder daran zu messen, ob mit ihm in der Wirklichkeit die eingangs dargestellten Zielvorgaben und Leitsätze verwirklicht werden können.

Um dies tun zu können sind Verfügbarkeit und die Sammlung von Daten aus der Lebenswirklichkeit und deren wissenschaftliche Aufarbeitung von entscheidender Bedeutung. Daher sollte ein Whistleblowing-Gesetz auch Berichtspflichten hinsichtlich des praktischen Umgangs mit Whistleblowing-Fällen mindestens durch die zuständigen Behörden enthalten. Die hiermit verbundenen Koordinierungsaufgaben könnten z.B. beim Whistleblowing-Ombudsmann bzw. –Beauftragten²⁷⁵ angesiedelt werden, der bei seiner Evaluierung auch die Tarifparteien und Vertreter der Zivilgesellschaft angemessen beteiligen²⁷⁶ sollte.

Diese Vorschläge entsprechend weitgehend denjenigen aus A-Linke²⁷⁷. Dort wird allerdings zusätzlich gefordert, das Gesetz solle öffentliche und private Einrichtungen ermächtigen Whistleblower-Fälle öffentlich zu machen. Der dahinter stehende Gedanke mehr Transparenz und ein größeres Bewusstsein der Öffentlichkeit für den gesellschaftlichen Nutzen von Whistleblowing zu erreichen ist zu begrüßen. Sicherlich braucht es insoweit, neben mehr oder minder gescheiterten Helden, zukünftig auch sichtbare positive Beispiele, die zur Nachahmung anregen. Andererseits sind bei der Veröffentlichung aber stets die schutzwürdigen Interessen aller Beteiligten zu berücksichtigen und auch so mancher Whistleblower mag lieber im Verborgenen wirken.

²⁷⁴ TI-DRec. Nr. 24.

²⁷⁵ Die Notwendigkeit eine solche Einrichtung zu schaffen wurde schon oben in Abschnitt 2.5.3.6.3. dargelegt und wird durch die hier beschriebenen Aufgaben untermauert.

²⁷⁶ Dazu PACE-Report A.8, TI-DRec Nr. 26

²⁷⁷ A-Linke Abschnitt II. Nr. 9 und 10. GE-BMIn, GE-Grüne und GE-SPD enthalten leider keinerlei Aussagen zum Thema Evaluierung.

3. Begleitende Maßnahmen eines flankierenden Maßnahmenpakets

A-Linke²⁷⁸ nennt sieben Bereiche in denen der zu schaffende gesetzliche Whistleblowerschutz mit einem Maßnahmenpaket flankiert werden sollte.

Diesen Punkten sollte in vollem Umfang zugestimmt werden. Ihre Bedeutung für die Erreichung des angestrebten Erfolges kann kaum unterschätzt werden. Whistleblowing, als gutgläubiger, im öffentlichen Interesse erfolgender Hinweis auf Missstände, als praktische Zivilcourage, muss endlich auch in Deutschland die Anerkennung finden, die es verdient.

Hierzu braucht es neben gesetzlichen Regelungen Aufklärung über die Leistungsfähigkeit von Whistleblowing und die dahinter stehende moralische Anständigkeit. Es braucht Erziehung zu und Förderung von Kritikfähigkeit, zu einer anderen Fehlerkultur und Zivilcourage, die in der Schule mit dem Thema Petzen beginnt, in der beruflichen Bildung über Rechte aus dem zu schaffenden Whistleblowing-Gesetz aufklärt und auch die politische Bildung mit einbezieht.

Was die Erarbeitung von internen Hinweisgebersystemen und ihre Verankerung angeht, so sollte diese, gegebenenfalls auch in Form von Modellprojekten gefördert und wissenschaftlich begleitet werden, letztlich aber nicht nur als Maßnahmenpaket außerhalb des Gesetzes erfolgen, sondern, wie dargelegt, auch strukturell mit ins Gesetz einbezogen werden.

Gerade die Einführung des neuen Gesetzes sollte mit einer umfangreichen Informationskampagne begleitet werden, aber hier und auch bei der Forschungsförderung sollten auch bestehende Organisationen (z.B. Bundeszentrale für politische Bildung, BAuA, Antidiskriminierungsstelle des Bundes), die Wirtschaft und die Zivilgesellschaft eingebunden werden. Die notwendige langfristige und kontinuierliche Begleitung und Förderung des Themas sollte durch die zu schaffenden Organisationen Whistleblowing-Ombudsmann/Beauftragter und durch den Whistleblowing-Fonds sichergestellt werden.

Was die Möglichkeiten von Whistleblowing bei der Kontrolle und Transparenz in der Lieferkette von Erzeugnissen und Produkten angeht, kommt neben der gesetzlichen Einbeziehung des öffentlichen Ausschreibungswesens eine Förderung von Modellprojekten in Betracht, die – gerne auch mit internationaler Ausrichtung – Whistleblowing als Kontrollinstrument zur Qualitätssicherung einsetzen und dabei alle Glieder der Lieferkette ebenso wie Verbrauchervertreter angemessen einbinden. Hiervon dürfte zugleich eine Förderung von sozialverträglich produzierten, nachhaltigen und qualitativ hochwertigen Produkten ausgehen, bei denen diese Merkmale nicht nur auf dem Papier und in der Werbung auftauchen, sondern dank Whistleblowing-Mechanismen einer effektiven und zugleich kostengünstigen Kontrolle unterliegen. Auch die Glaubwürdigkeit von CSR-Maßnahmen von Unternehmen könnte so wesentlich gesteigert werden.

Die finanzielle Unterstützung von Whistleblowing-Organisationen wäre ebenfalls sehr zu begrüßen. Darüber sollte aber nicht vergessen werden, dass ein Gesetz auch die Voraussetzungen dafür schaffen muss, dass diese Whistleblowern auch praktische Hilfe leisten können. Stichworte insoweit sind Zeugnisverweigerungsrechte und die Einräumung jener Rechte die Antidiskriminierungsverbänden nach dem AGG schon heute zustehen.

Ein ganz wichtiger Aspekt begleitender Maßnahmen taucht aber auch im A-Linke nicht auf: Die Vorbildfunktion der öffentlichen Hände. Sie sollten nicht nur mithelfen „best practice“ Whistleblower-Systeme theoretisch zu entwickeln, sondern diese auch in ihren eigenen Häusern und mit ihren eigenen Mitarbeitern und auch in den Organisationen privaten Rechts die mehrheitlich der öffentlichen Hand gehören, einführen und praktizieren. Alle Mitarbeiter die als Adressaten für interne oder externe Whistleblower in Betracht kommen, sollten überdies durch gezielte Schulungen besonders auf diese Aufgabe vorbereitet werden²⁷⁹.

Die Einrichtung interner Hinweisgebersysteme und eine weitergehende Öffnung von Behörden für – auch anonyme – Hinweise sind heute schon kraft Organisationshoheit möglich. Diese Möglichkeiten sollten selbst dann genutzt werden, wenn die aktuellen Bemühungen um eine umfassende gesetzliche Regelung erneut scheitern sollten. Auch

²⁷⁸ A-Linke Abschnitt III.

²⁷⁹ Dies fordert auch UN-Toolkit S. 451 und OECD/G20-Kompendium A-6.3.

Länder und Kommunen sind hier gefordert. Hier können die Oppositionsparteien beweisen, dass ihnen Whistleblowerschutz auch dort am Herzen liegt, wo sie an der Macht sind. Die jeweiligen politischen Spitzen sollten die neue Richtung pro Whistleblowerschutz vorgeben²⁸⁰ und diesen im eigenen Haus in vorbildlicher Weise praktizieren.

Besonders glaubwürdig kann dies dort geschehen, wo auch Altfälle in den Blick genommen, aufgearbeitet und Whistleblower, die in der Vergangenheit zu Unrecht zu Opfern wurden, rehabilitiert werden. Glaubwürdige Politikerinnen und Politiker müssen auch dort an der Förderung von rechtmäßigem Whistleblowing festhalten, wo dadurch Skandale im eigenen Lager ans Tageslicht gebracht werden.

²⁸⁰ UN-Toolkit S. 451 fordert: “There must be a real commitment within the organization to act upon disclosures and to protect those making them”.

Anhang: Entwurf des Whistleblower-Netzwerks für ein Gesetz zum Schutz öffentlicher Interessen durch Förderung und Schutz von Hinweisgebern (Whistleblowing-Gesetz)

Entwurf für ein:

Gesetz zum Schutz öffentlicher Interessen durch Förderung und Schutz von Hinweisgebern (Whistleblowing-Gesetz)

§ 1: Ziel des Gesetzes

Ziel des Gesetzes ist, die Förderung und Wahrung öffentlicher Interessen. Verletzungen oder Gefährdungen von öffentlichen Interessen sollen durch rechtzeitige, freiwillige Hinweise an geeignete Stellen erkannt und soweit möglich beseitigt werden. Hierzu ist es notwendig sicherzustellen, dass derartige Hinweise ohne Angst vor Repressalien und in der Gewissheit abgegeben werden können, dass ihnen mit der gebotenen Sorgfalt nachgegangen wird.

§ 2 Anwendungsbereich

(1) Dieses Gesetz findet Anwendung auf Hinweise, die sich beziehen auf die tatsächliche oder angenommene Verletzung oder Gefährdung öffentlicher Interessen:

- a) durch juristische Personen oder deren Organe,
- b) durch natürliche Personen anlässlich
 - aa) der Ausübung von öffentlichen Aufgaben oder Ämtern,
 - oder
 - bb) der Ausübung einer selbständigen wirtschaftlichen Tätigkeit,
- oder
- c) durch natürliche Personen anlässlich der Beschäftigung bei, der sonstigen Mitarbeit bei oder der sonstigen Unterstützung der unter a) und b) Genannten.

(2) Unabhängig von Absatz 1 findet dieses Gesetz auch Anwendung auf Strafanzeigen und Hinweise auf mögliche Straftaten, sowie auf Hinweise zur Abwendung unmittelbarer Gefahren für das Leben oder die Gesundheit von Menschen oder für die Umwelt.

§ 3 Begriffsbestimmungen

(1) Eine Verletzung oder Gefährdung öffentlicher Interessen (Missstand) im Sinne dieses Gesetzes liegt vor, wenn Rechtsnormen verletzt werden oder wurden oder es objektive Anhaltspunkte gibt, die deren bevorstehende Verletzung wahrscheinlich erscheinen lassen. Ein Missstand liegt auch dann vor, wenn eine Gefahr für Leben, Gesundheit oder Würde von Menschen, eine Gefahr für die Umwelt oder ein Schaden für öffentliche Haushalte droht oder bereits eingetreten ist.

(2) Hinweise sind tatsachenbezogene Äußerungen und/oder eindeutige Handlungen, die dazu dienen, auf einen Missstand aufmerksam zu machen. Als Hinweis gilt auch eine Beschwerde über einen Missstand und eine Bitte, einem Missstand entgegenzutreten. Hinweise können auf einen möglichen Verursacher aufmerksam machen, müssen dies aber nicht. Hinweise können, soweit gesetzlich nicht anders geregelt, offen, vertraulich oder anonym, durch einzelne oder durch Gruppen und in beliebiger Form gegeben werden.

(3) Hinweisgeber bzw. Hinweisgeberin ist, wer auf einen Missstand hinweist, der tatsächlich besteht oder dessen Bestehen er bzw. sie, ohne leichtfertig zu sein, annimmt. Dem Hinweisgeber bzw. der Hinweisgeberin gleichgestellt sind Personen, die diese unterstützen, als Zeuginnen oder Zeugen aussagen oder bei der Aufklärung des Hinweises beteiligt sind.

(4) Nach dem Adressaten eines Hinweises sind interne, behördliche, externe und öffentliche Hinweise sowie Vorbereitungsäußerungen zu unterscheiden.

(a) Interne Hinweise sind Hinweise an die natürliche Person oder die Organe der juristischen Person, in deren Organisationsbereich der Missstand besteht oder an besondere Stellen, die von diesen mit der Entgegennahme von Hinweisen beauftragt wurden. Eine Person, die berechtigt ist, dem Hinweisgeber bzw. der Hinweisgeberin in dem Tätigkeitsbereich, in welchem er dem Missstand gewahr wurde, Weisungen zu erteilen, gilt, soweit innerorganisatorisch keine andere explizite Regelung getroffen und bekannt gemacht worden ist, ebenfalls als interner Adressat. Gleiches gilt, wenn und soweit gesetzliche Regelungen vorsehen, dass der Hinweisgeber sich mit Hinweisen, Bitten oder Beschwerden an näher bestimmte innerorganisatorische Stellen wenden darf.

(b) An Behörden adressierte Hinweise sind Hinweise an zuständige öffentliche Stellen oder an von diesen für die Entgegennahme von Hinweisen, Bitten oder Beschwerden Beauftragte. Geht ein Hinweis bei einer unzuständigen öffentlichen Stelle ein, so informiert diese den Hinweisgeber bzw. die Hinweisgeberin darüber, welche öffentliche Stelle zuständig ist und leitet den Hinweis gleichzeitig an diese weiter.

(c) Externe Hinweise sind Hinweise an Dritte, die nicht den vorgenannten Gruppen angehören.

(d) Öffentliche Hinweise sind Hinweise, die darauf gerichtet sind, den Inhalt oder wesentliche Teile des Inhalts des Hinweises der Öffentlichkeit direkt oder indirekt zugänglich zu machen.

(e) Vorbereitungsäußerungen sind Äußerungen, die jemand in der Absicht macht, das Vorliegen eines Missstandes zu überprüfen, sich mit anderen zur Meldung eines Missstandes zusammenzuschließen oder um sich über seine Rechte als Hinweisgeber bzw. Hinweisgeberin zu informieren. Sie sind vom Schutz dieses Gesetzes umfasst, soweit die Adressaten der Vorbereitungsäußerungen seiner Familie oder der gleichen Organisation angehören oder hinsichtlich der ihnen gegenüber gemachten Äußerungen einer Schweigepflicht unterliegen und der potentielle Hinweisgeber bzw. die potentielle Hinweisgeberin nicht damit rechnen muss, dass diese Adressaten den Hinweis oder seinen wesentliche Inhalte an externe Dritte weitergeben oder öffentlich machen.

(5) Soweit der Hinweisgeber oder die Hinweisgeberin einen internen Hinweis zunächst gegenüber einer für deren Erlass, die Kontrolle oder Durchführung zuständigen Stelle oder Person macht, findet dieses Gesetz auch Anwendung auf Hinweise mit Bezug auf Verstöße gegen betriebliche oder innerorganisatorische Regelungen. Dies gilt auch für andere interne Hinweise, zu denen der Hinweisgeber oder die Hinweisgeberin berechtigt ist, aufgefordert oder ermuntert wurde.

§ 4 Rechte der Hinweisgeberinnen und Hinweisgeber

(1) Hinweisgeber und Hinweisgeberinnen interner und an Behörden adressierter Hinweise haben gegenüber dem Adressaten oder, soweit jener für eine Organisation oder eine dritte Person handelt, jener gegenüber, Rechtsansprüche auf:

(a) Erteilung einer umgehenden schriftlichen Bestätigung des Eingangs ihres Hinweises,

(b) zeitnahe und eine der Bedeutung des Missstandes entsprechende Prüfung und inhaltliche Bescheidung,

(c) Stellungnahme zur Bescheidung vor endgültigem Abschluss der Prüfung,

(d) Ergreifung von geeigneten und angemessenen Maßnahmen zum Schutz vor Benachteiligungen auch durch Dritte und

(e) Wahrung von Vertraulichkeit hinsichtlich ihrer Identität gegenüber Dritten, soweit sie hierauf nicht explizit verzichten oder jene Offenbarung aufgrund der Umstände unvermeidbar ist.

Die für die Entgegennahme von Hinweisen zuständigen Stellen gewährleisten, dass eine Rückkommunikation mit Hinweisgeberinnen und Hinweisgebern, sofern diese dies wünschen, auch bei anonymen und vertraulichen Hinweisen möglich ist.

(2) Soweit der Hinweisgeber oder die Hinweisgeberin dem internen Adressaten oder der von diesem vertretenen Organisation gegenüber zu einer Leistung verpflichtet ist, durch deren

Erbringung er/sie eine Aufrechterhaltung, Verschleierung oder Ausweitung des Missstandes befürchtet, kann er/sie diese Leistung bis zur Bescheidung über seinen Hinweis verweigern, soweit er/sie dies unter Darlegung der näheren Umstände dem Hinweisadressaten des Leistungsberechtigten anzeigt. Er/Sie ist zur Erbringung einer geeigneten Ersatzleistung verpflichtet. Das Recht zur Leistungsverweigerung besteht nicht, wenn der/die Leistungsberechtigte schriftlich die Erbringung der geschuldeten Leistung verlangt. Ein solches Verlangen ist jedoch unbeachtlich, wenn das auftragene Verhalten die Würde des Menschen verletzt oder strafbar oder ordnungswidrig ist und die Strafbarkeit oder Ordnungswidrigkeit für die Hinweisgeberinnen oder Hinweisgeber erkennbar ist. Der die Leistung Verlangende ist dem Leistungserbringer zum Ersatz sämtlicher daraus entstandener Schäden und zur Freistellung von sämtlichen daraus entstandenen Ansprüchen Dritter verpflichtet.

(3) Vereinbarungen, welche die vorstehenden Rechte einschränken, sind nichtig. Dies beschränkt jedoch nicht die Möglichkeit, spezifische Adressaten für die Entgegennahme von Hinweisen vorzusehen, soweit sichergestellt ist, dass je mindestens ein interner und ein behördlicher Adressat zur Verfügung steht und dies dem Kreis möglicher Hinweisgeber und Hinweisgeberinnen bekannt ist. Soweit eine solche Regelung nicht existiert, sind die Staatsanwaltschaften stets zur Entgegennahme und Bearbeitung bzw. Weiterleitung von an Behörden adressierten Hinweisen zuständig.

(4) Weitergehende Rechte aus Artikel 5 und 17 des Grundgesetzes, aus den Rechten der Arbeitnehmer- und Personalvertretungen oder aus anderen gesetzliche Regelungen, die spezielle Rechte auf Hinweise, Beschwerden und Bitten regeln, bleiben unberührt.

(5) Unberührt bleiben auch Normen und Vereinbarungen, aus denen sich Pflichten zu Hinweisen im Sinne dieses Gesetzes ergeben. Solche Pflichten werden durch dieses Gesetz selbst aber weder begründet noch legitimiert.

§ 5 Benachteiligungsverbot

(1) Hinweisgeber und Hinweisgeberinnen sowie die ihnen gleichgestellten Personen dürfen wegen Vorbereitungsäußerungen, internen oder an Behörden adressierten Hinweisen weder tatsächlich, noch rechtlich benachteiligt werden. Sie gelten als zu diesen Hinweisen berechtigt.

(2) Dieses Benachteiligungsverbot gilt auch für externe und öffentliche Hinweise, die unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit abgegeben werden. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist in der Regel gewahrt, wenn

- zunächst ein interner und/oder ein an eine Behörde adressierter Hinweis erfolgt ist, und bei dessen Behandlung das Recht des Hinweisgebers bzw. der Hinweisgeberin aus § 4 Absatz 1 b) dieses Gesetzes in nicht nur unerheblichem Maße verletzt oder Straftaten begangen wurden,
- eine unmittelbare Gefahr für das demokratische Staatswesen, Verfassungsorgane, Leben oder Gesundheit von Menschen oder für die Umwelt droht, die durch einen internen oder an eine Behörde adressierten Hinweis nicht oder nicht rechtzeitig abgewendet werden kann,
- der Hinweis sich auf eine europarechtliche oder völkerrechtliche Pflicht der Bundesrepublik Deutschland bezieht und sich nach einem erfolglosen nationalen Klärungsversuch an einen geeigneten externen Adressaten wie z.B. ein Organ der Europäischen Union, andere Parteien des betroffenen völkerrechtlichen Vertrages, die Organe der Vereinten Nationen oder von diesen eingerichtete internationale Gerichte richtet, oder
- das Interesse der Öffentlichkeit, von dem Missstand Kenntnis zu erlangen, andere Interessen an dessen Geheimhaltung überwiegt.

(3) Das vorstehende Benachteiligungsverbot schließt auch die Benachteiligung aufgrund von Handlungen aus, die notwendig sind, um das Vorliegen und das Ausmaß eines Missstandes für die Abgabe eines nach Absatz 1 oder 2 zulässigen Hinweises zu dokumentieren, soweit deren Unrechtsgehalt im Verhältnis zur Bedeutung des Missstandes untergeordnet ist.

(4) Das vorstehende Benachteiligungsverbot schließt auch die Benachteiligung aufgrund einer im Rahmen des Hinweises stattfindenden Offenbarung von Informationen aus, deren Geheimhaltung eigentlich dem Schutz der Rechtsordnung unterläge, es sei denn, dass jenes Schutzrecht

ausnahmsweise das öffentliche Interesse an der Aufdeckung des Missstandes überwiegt. § 185 StGB und der Schutz von Geheimnissen im Sinne des § 203 Absatz 1 StGB bleiben unberührt.

(5) Als Benachteiligung gilt neben einer wegen des Hinweises oder seiner Vorbereitung eintretenden negativen Veränderung der tatsächlichen und/oder rechtlichen Stellung des Hinweisgebers bzw. der Hinweisgeberin auch die Vorenthaltung oder Minderung von Begünstigungen sowie insbesondere Leistungsbeurteilungen, welche die Hinweisgeberin oder der Hinweisgeber berechtigt erwarten durfte.

§ 6 Verbot des Bruchs der Vertraulichkeit und der Ausforschung der Anonymität

(1) Soweit vom vorstehenden Benachteiligungsverbot umfasste Hinweise anonym oder gegenüber Stellen abgegeben werden, die Vertraulichkeit zusichern, sind der Bruch der Vertraulichkeitszusicherung und alle Aktivitäten, die auf die Ausforschung der Identität des Hinweisgebenden gerichtet sind, unzulässig.

(2) Dies gilt nicht, soweit es einen begründeten und vorab dokumentierten Anfangsverdacht dafür gibt, dass der Hinweis bösgläubig, das heißt unter der Annahme des Nichtbestehens eines Missstandes abgegeben wurde.

§ 7 Verbot der Beeinflussung von Prüfungen

(1) Jegliche unredliche Einflussnahme auf die Prüfung eines Hinweises im Sinne des § 4 Absatz 1 Nr. b) ist unzulässig. Eine Einflussnahme ist insbesondere dann unredlich, wenn:

- sie die Prüfung vereitelt oder vereiteln soll,
- sie ein unrichtiges Ergebnis der Prüfung zur Folge hat oder haben soll,
- die Glaubwürdigkeit des Hinweisgebers bzw. der Hinweisgeberin rechtswidrig beeinträchtigt wird oder werden soll,
- die Möglichkeit der zuständigen Stellen zur Prüfung beeinträchtigt wird oder werden soll, oder
- soweit eine Behörde oder eine andere als unabhängig bezeichnete Stelle mit der Prüfung befasst ist, Maßnahmen ergriffen werden, die geeignet sind, deren Unabhängigkeit zu beeinträchtigen.

(2) Die bloße Verweigerung der Mitwirkung oder Aussage bei der Aufklärung von Handlungen, für die eine persönliche Verantwortung oder Haftung besteht, stellt keine unredliche Einflussnahme im Sinne dieser Vorschrift dar. Gleiches gilt für die Ausübung gesetzlicher Zeugnisverweigerungsrechte.

§ 8 Ansprüche

(1) Der Hinweisgeber bzw. die Hinweisgeberin (Beeinträchtigte) kann bei einem Verstoß gegen die Verbote der §§ 5 bis 7 (Beeinträchtigungsverbote), unbeschadet weiterer Ansprüche, die Beseitigung der Beeinträchtigung und die Restitution verlangen. Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann Unterlassung verlangt werden.

(2) Bei einer Verletzung der Beeinträchtigungsverbote ist der Beeinträchtigende außerdem verpflichtet, den hierdurch entstandenen Schaden zu ersetzen. Dies gilt nicht, wenn der Beeinträchtigende die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat. Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann der Beeinträchtigte eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen.

(3) Weitergehende und ergänzende Ansprüche aus anderen Rechtsgrundlagen, insbesondere aus unerlaubter Handlung, bleiben unberührt.

(4) Auf eine Vereinbarung, die von den Beeinträchtigungsverböten abweicht, kann sich der Beeinträchtigende nicht berufen.

(5) § 2 Absatz 1 Nr. 13 SGB VII, § 13 SGB VII und § 116 SGB X gelten für Beeinträchtigungen von Hinweisgeberinnen und Hinweisgebern entsprechend. Ersatzfähig im Sinne des § 13 SGB X sind dabei alle Schäden, für die nach Absatz 2 ein Ersatz verlangt werden kann.

(6) Sind dem Hinweisgeber bzw. der Hinweisgeberin weitere Schäden entstanden, für die kein oder noch kein ausreichender Ersatz erlangt werden kann, und gerät er oder seine Familie dadurch in eine Notlage, kann er oder sie Entschädigung aus dem Whistleblowing-Fonds beantragen. Diese wird vom Bundesbeauftragten für Whistleblowing nach Maßgabe der verfügbaren Mittel und unter Berücksichtigung sozialer Kriterien sowie der Bedeutung des Hinweises für die öffentlichen Interessen gewährt.

(7) Für den Fall, dass der Hinweisgeber bzw. Hinweisgeberin ein Arbeitnehmer/in im Sinne des Kündigungsschutzgesetzes ist und der Hinweis im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis erfolgte, setzt die Anwendung von § 9 Satz 2 KSchG die Zustimmung des Hinweisgebers bzw. der Hinweisgeberin voraus.

§ 9 Beweislast

Wenn im Streitfall die eine Partei Indizien beweist, die eine Beeinträchtigung wegen eines Verstoßes gegen ein Beeinträchtigungsverbot vermuten lassen, trägt die andere Partei die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Beeinträchtigungen vorgelegen hat oder die Beeinträchtigung nicht im Zusammenhang mit einem zulässigen Hinweis stand.

§ 10 Maßnahmen und Pflichten insbesondere von Arbeitgebern

(1) Die in § 2 Absatz 1 genannten natürlichen und juristischen Personen sind verpflichtet, die erforderlichen Maßnahmen zur bestmöglichen Wahrnehmung der Rechte aus § 4 und § 8, sowie zum Schutz vor Beeinträchtigungen aus den §§ 5 bis 7 zu treffen. Dieser Schutz umfasst auch vorbeugende Maßnahmen.

(2) Sie sollen in geeigneter Art und Weise, insbesondere im Rahmen der beruflichen Aus- und Fortbildung, die Zwecke dieses Gesetzes fördern und auf die Unzulässigkeit von Beeinträchtigungen hinweisen und darauf hinwirken, dass diese unterbleiben.

(3) Verstoßen Beschäftigte gegen die Verbote der §§ 5 bis 7, so hat der Arbeitgeber die im Einzelfall geeigneten, erforderlichen und angemessenen Maßnahmen zur Unterbindung der Verstöße wie Abmahnung, Umsetzung, Versetzung oder Kündigung zu ergreifen.

(4) Werden Beschäftigte bei der Ausübung ihrer Tätigkeit durch Dritte beeinträchtigt so hat der Arbeitgeber die im Einzelfall geeigneten, erforderlichen und angemessenen Maßnahmen zum Schutz der Beschäftigten zu ergreifen.

(5) Dieses Gesetz, die vom Arbeitgeber benannten internen Adressaten, sowie die typischer Weise für die Kontrolle der einzuhaltenden öffentlichen Normen zuständigen öffentlichen Stellen, sind im Betrieb oder in der Dienststelle, bzw. innerhalb der als Adressaten interner Hinweise in Betracht kommenden Organisationen, in geeigneter Weise bekannt zu machen. Die Bekanntmachung kann durch Aushang oder Auslegung an geeigneter Stelle oder den Einsatz der innerorganisatorisch üblichen Informations- und Kommunikationstechnik erfolgen.

(6) Die Ansprüche nach § 8 Absatz 1 und 2 stehen dem Beeinträchtigten auch gegen den Arbeitgeber zu, soweit der Beeinträchtigende für den Arbeitgeber im Rahmen der Entgegennahme oder Bearbeitung eines Hinweises tätig wurde oder die Beeinträchtigung durch die nicht oder unzureichend erfolgte Wahrnehmung der Pflichten des Arbeitgebers aus den vorstehenden Absätzen begünstigt oder erleichtert wurden. Dies gilt nicht, wenn der Arbeitgeber die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat.

§ 11 Verantwortung der Beteiligten

(1) Tarifvertragsparteien, Arbeitgeber, Beschäftigte und deren Vertretungen sowie berufsständische Organisationen und Kammern sind aufgefordert, im Rahmen ihrer Aufgaben und Handlungsmöglichkeiten an der Verwirklichung des in § 1 genannten Ziels mitzuwirken.

(2) In Betrieben, in denen die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 Satz 1 des Betriebsverfassungsgesetzes vorliegen, können bei einem Verstoß des Arbeitgebers oder eines internen Adressaten gegen Vorschriften aus diesem Gesetz der Betriebsrat oder eine im Betrieb vertretene Gewerkschaft unter der Voraussetzung des § 23 Abs. 3 Satz 1 des Betriebsverfassungsgesetzes die dort genannten Rechte gerichtlich geltend machen; § 23 Abs. 3 Satz 2 bis 5 des Betriebsverfassungsgesetzes gilt entsprechend. Mit dem Antrag dürfen nicht Ansprüche des Benachteiligten geltend gemacht werden. Die Beweislastregel des § 9 findet auch in diesen Fällen Anwendung.

§ 12 Unterstützung durch Whistleblowingverbände

(1) Whistleblowingverbände sind Personenzusammenschlüsse, die nicht gewerbsmäßig und nicht nur vorübergehend entsprechend ihrer Satzung die besonderen Interessen von Hinweisgeberinnen und Hinweisgebern wahrnehmen. Die Befugnisse nach den Absätzen 2 bis 4 stehen ihnen zu, wenn sie mindestens 75 Mitglieder haben oder einen Zusammenschluss aus mindestens sieben Verbänden bilden.

(2) Whistleblowingverbände sind befugt, Beratungsleistungen für Hinweisgeberinnen und Hinweisgeber anzubieten. Sie unterliegen hinsichtlich der ihnen gegenüber gemachten Äußerungen einer Schweigepflicht und haben diesbezüglich ein Aussageverweigerungsrecht.

(3) Whistleblowingverbände sind befugt, im Rahmen ihres Satzungszwecks in gerichtlichen Verfahren als Beistände Benachteiligter in der Verhandlung aufzutreten. Im Übrigen bleiben die Vorschriften der Verfahrensordnungen, insbesondere diejenigen, nach denen Beiständen weiterer Vortrag untersagt werden kann, unberührt.

(4) Whistleblowingverbänden ist im Rahmen ihres Satzungszwecks die Besorgung von Rechtsangelegenheiten von Hinweisgeberinnen und Hinweisgebern gestattet.

(5) Besondere Klagerechte und Vertretungsbefugnisse von Verbänden zu Gunsten anderer Personengruppen bleiben unberührt.

§ 13 Bundesbeauftragter für Whistleblowing

(1) Beim Deutschen Bundestag wird, unbeschadet der Zuständigkeit der Beauftragten des Deutschen Bundestages oder der Bundesregierung, die Stelle des Bundesbeauftragten für Whistleblowing geschaffen, der seine Aufgaben als Hilfsorgan des Bundestages bei der Ausübung der parlamentarischen Kontrolle wahrnimmt.

(2) Die Vorschriften des Gesetzes über den Wehrbeauftragten des Deutschen Bundestages gelten für den Bundesbeauftragten für Whistleblowing entsprechend. Dies gilt mit der Maßgabe, dass jedermann, der nachweist, zuvor bereits eine andere zuständige behördliche Stelle mit seinem Hinweis befasst zu haben, das Recht auf eine anonyme oder nicht-anonyme Eingabe an den Bundesbeauftragten zusteht. Außerdem werden die Rechte, die das Gesetz über den Wehrbeauftragten dem Verteidigungsausschuss zubilligt, vom Petitionsausschuss wahrgenommen und die Amtsbefugnisse des Bundesbeauftragten für Whistleblowing erstrecken sich jenseits des Bundesverteidigungsministeriums auf alle Einrichtungen und Dienststellen des Bundes mit Ausnahme der Ausschüsse des Deutschen Bundestages, die für die Entgegennahme und Behandlung von an Behörden adressierten Hinweisen zuständig sind oder denen in Hinweisen an den Bundesbeauftragten Fehlverhalten im Zusammenhang mit der Bearbeitung von Hinweisen vorgeworfen wird.

(3) Der Petitionsausschuss holt bei Petitionen die Eingaben, welche die Behandlung von an Behörden adressierten Hinweisen betreffen, zunächst die Stellungnahme des Bundesbeauftragten ein.

(4) Alle Stellen, die mit der Entgegennahme von behördlichen Hinweisen befasst sind, berichten dem Bundesbeauftragten jährlich über ihre Arbeit und die dadurch vermiedenen Schädigungen öffentlicher Interessen. Der Bundesbeauftragte führt außerdem regelmäßig Konsultationen mit den Whistleblowingverbänden zum Stand des Whistleblowings durch. In seinem Jahresbericht äußert er sich außerdem zum Stand der Förderung und des Schutzes von Hinweisgeberinnen und Hinweisgebern und schlägt nötige Verbesserungen vor.

(5) Der Bundesbeauftragte verwaltet die Mittel des Whistleblowingfonds und setzt diese zum Schutz von Hinweisgeberinnen und Hinweisgebern, zur Unterstützung von Whistleblowingverbänden und zur Förderung der kulturellen und gesellschaftlichen Akzeptanz von Whistleblowing ein. Der Bundestag stellt eine ausreichende Finanzausstattung des Fonds sicher und orientiert sich dabei auch an der Höhe der Schädigungen öffentlicher Interessen, die durch Whistleblowing abgewendet werden konnten bzw. könnten.

(6) Der Bundesbeauftragte hat das Recht, im eigenen Namen Ansprüche des Bundes gerichtlich und außergerichtlich geltend zu machen, sofern er dieser durch einen Hinweis gewahr wurde, und die für die Bearbeitung des Hinweises zunächst zuständige Stelle die Geltendmachung der Ansprüche ablehnt. Die Kosten jener Verfahren trägt der Whistleblowerfonds, dem im Falle des Obsiegens ein Viertel der erzielten Einnahmen zustehen.

§ 14 Wahrung der Rechte Betroffener

(1) Sämtliche Maßnahmen im Hinblick auf die Prüfung und Bearbeitung von Hinweisen haben auch die Rechte der von diesen Hinweisen betroffenen Organisationen, Personen und Dritten (Betroffene) zu wahren. Dieses Gesetz verleiht keine eigenständigen Eingriffsbefugnisse.

(2) Etwas anderes gilt im Hinblick auf das Recht auf Verarbeitung, Speicherung und die Weitergabe persönlicher Daten sowie das Recht auf Geheimnisschutz (jenseits des unangetasteten Schutzes der in § 202 Absatz 1 StGB genannten Geheimnisse), soweit deren Durchbrechung zur ordnungsgemäßen Ausübung, Bearbeitung und Prüfung von zulässigen Hinweisen notwendig und mit Blick auf die Wahrung und den Schutz öffentlicher Interessen erforderlich ist. Dabei ist der Kreis der informierten Personen und die Dauer der Informationsspeicherung, auf das notwendige Maß zu begrenzen.

(3) Die Rechte aus § 4 Absatz 1 stehen den Betroffenen entsprechend zu, sobald eine Vereitelung oder Einflussnahme auf die Untersuchung nicht oder nicht mehr zu befürchten ist.

(4) Bis zum rechtskräftigen Abschluss von Untersuchungen gilt die Unschuldsvermutung. Benachteiligungen der Betroffenen, die über bloße Sicherungsmaßnahmen zur Vermeidung von weiteren Schädigungen des öffentlichen Interesses hinausgehen, sind ebenso unzulässig wie Benachteiligungen von Betroffenen, die den Missstand nicht zu vertreten haben.

(5) Betroffene, die den Missstand nicht zu vertreten haben, haben einen Anspruch auf entsprechende Klarstellung seitens der prüfenden Stelle.

(6) Werden Betroffene, die den Missstand nicht zu vertreten haben, in ihren Rechten aus diesem Gesetz verletzt, so gelten sie als Beeinträchtigte im Sinne des § 8 und es stehen ihnen die Ansprüche gegen den Beeinträchtigenden aus § 8 und gegen den Arbeitgeber aus § 10 Absatz 6 entsprechend zu. Weitergehende oder ergänzende andere Rechte bleiben unberührt.

§ 15 Bußgeldvorschriften

(1) Ordnungswidrig handelt, wer entgegen den Vorschriften der §§ 5 bis 7 einem Beeinträchtigten eine Beeinträchtigung zufügt.

(2) Die Ordnungswidrigkeit kann mit einer Geldbuße bis zu fünfzigtausend Euro geahndet werden.

§ 16 Strafvorschriften

(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer vorsätzlich gegen das Verbot des § 7 verstößt.

(2) In einem besonders schweren Fall wird die Tat mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren bestraft. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter

1. handelt, um sich oder einen Dritten zu widerrechtlich zu bereichern,
2. einen vorsätzlichen Verstoß gegen § 5 oder § 6 begeht,
3. Amtsträger im Sinne des § 11 Nr. 2 des Strafgesetzbuches ist oder
4. handelt, um eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken.

(3) Der Versuch ist strafbar.

§ 17 In Kraft treten

Dieses Gesetz findet Anwendung auf Hinweise, die ab dem XX.XX.XXXX abgegeben werden oder deren Prüfung zu jenem Zeitpunkt noch andauert.

§ 18 Übergangsvorschrift

Für Schäden von Hinweisgebern und Hinweisgeberinnen, die vor In-Kraft-treten dieses Gesetzes entstanden sind, kann der Bundesbeauftragte aus dem Whistleblower-Fonds unter den Voraussetzungen des § 8 Absatz 7 eine Entschädigung bewilligen, sofern ihm dies angemessen erscheint. Die Ersteinlage des Whistleblower-Fonds beträgt Y EUR.