

Bremerhaven, 11.03.2015

## **Öffentliche Anhörung des Ausschusses Arbeit und Soziales des Deutschen Bundestages am 16. März 2015**

Zum Antrag der Abgeordneten Karin Binder, Andrej Hunko, Caren Lay, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE. **Gesellschaftliche Bedeutung von Whistleblowing anerkennen - Hinweisgeberinnen und Hinweisgeber schützen** BT-Drs. 18/3043

und zum Gesetzentwurf der Abgeordneten Hans-Christian Ströbele, Luise Amtsberg, Volker Beck (Köln), weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN **Entwurf eines Gesetzes zur Förderung von Transparenz und zum Diskriminierungsschutz von Hinweisgeberinnen und Hinweisgebern (Whistleblower-Schutzgesetz)** BT-Drs. 18/3039

### **I. Allgemeines zum Schutz von Hinweisgeberinnen und Hinweisgebern**

#### **1) Verfassungsrechtliche Bedeutung der Hinweise auf Rechtsverstöße**

Menschen, die auf Verstöße gegen gesetzliche Vorschriften hinweisen, verdienen den Schutz demokratischer Gesellschaften, weil die demokratisch zustande gekommenen Gesetze Ausdruck des gesellschaftlichen Konsenses über wichtige Fragen des menschlichen Zusammenlebens sind und unterschiedliche Grundrechte und/oder unterschiedliche Interessen miteinander in Ausgleich bringen. Die Beachtung der Gesetze muss deshalb in demokratischen Gesellschaften nicht nur mit Hilfe der Exekutive und Judikative, sondern auch mit allen anderen zur Verfügung stehenden Mitteln erreicht werden. Auf diese wichtige Bedeutung des Whistleblowings in demokratischen Gesellschaften weist auch das Bundesarbeitsgericht im Zusammenhang mit dem Beschäftigungsverhältnis hin. Mit der Erstattung einer Strafanzeige nähmen Beschäftigte nicht nur eine von der Rechtsordnung erlaubte und gebilligte, sondern eine auch von Verfassungen wegen geforderte Möglichkeit der Rechtsverfolgung wahr.<sup>1</sup>

Der Hinweis auf Gesetzesverstöße kann sich auf alle Rechtsgebiete beziehen. In die deutsche öffentliche Wahrnehmung gerieten bisher insbesondere Hinweise über Rechtsverstöße im Lebensmittelbereich („Gammelfleisch“) und im Pflegesektor. An die Adresse der Landesbeauftragten für Datenschutz werden zahlreiche Hinweise auf datenschutzrechtliche Verstöße gerichtet, beispielsweise auf rechtswidrige Videoüberwachungen in Beschäftigungsverhältnissen. Mit der Gesetzgebung zum Mindestlohn ist ein neues Feld für Hinweise über die Verletzung gesetzlicher Vorschriften hinzugekommen. Auf internationaler Ebene sind die Enthüllungen Edward Snowdens unter anderem über die anlasslosen und umfassenden

---

<sup>1</sup> Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 3.7.2003 (2 AZR 235/02).

Überwachungsmaßnahmen des US-amerikanischen Geheimdienstes National Security Agency das jüngste Beispiel für Hinweise auf Verstöße gegen gesetzliche Vorschriften.

Allen Fallgruppen ist gemeinsam, dass Hinweisgeberinnen und Hinweisgeber in der Regel über einen exklusiven Zugang zu dem Bereich verfügen, in dem die Rechtsverletzungen geschehen, der den staatlichen Kontrollbehörden, deren Aufgabe die Kontrolle der entsprechenden Regelungen ist, gerade fehlt. Dies macht die Hinweise der Hinweisgeberinnen und Hinweisgeber für die Durchsetzung der demokratisch zustande gekommenen Gesetze so besonders wichtig. Nur wenn und weil die Hinweisgeberinnen und Hinweisgeber diese internen Vorgänge offenbaren, gelangen die Rechtsverstöße überhaupt ans Licht. Im Interesse der Durchsetzung der gesetzlichen Vorschriften sollten in einem Rechtsstaat daher möglichst viele Menschen dazu motiviert werden, auf Rechtsverstöße hinzuweisen. Dafür brauchen Hinweisgeberinnen und Hinweisgeber Gewissheit darüber, dass sie aufgrund ihrer Hinweise keine Nachteile zu befürchten haben.

## **2) Erforderlichkeit gesetzlicher Regelungen zum Schutz von Hinweisgeberinnen und Hinweisgebern**

Die Gewissheit für Hinweisgeberinnen und Hinweisgeber, aufgrund ihrer Hinweise keine Nachteile befürchten zu müssen, kann nur durch entsprechende gesetzliche Regelungen erzeugt werden. Die jetzige Rechtslage in Deutschland gewährt demgegenüber hierfür noch keine Rechtssicherheit.

Beispielsweise im Bereich des Arbeitsrechtes gibt es bislang keine konkreten gesetzlichen Regelungen, die Hinweisgeberinnen und Hinweisgeber vor Nachteilen zu schützen vermögen. Der § 626 Absatz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuches regelt das Recht zur außerordentlichen Kündigung im Beschäftigungsverhältnis. Danach kann ein Dienstverhältnis von jedem Vertragsteil aus „wichtigem Grund“ ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, auf Grund derer dem Kündigenden die Fortsetzung des Dienstverhältnisses nicht zugemutet werden kann. Diese Regelung verbietet es Arbeitgebern nicht ausdrücklich, außerordentliche Kündigungen damit zu begründen, dass die Beschäftigten Rechtsverstöße im Betrieb offenbart haben. Auch wenn die bisherige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes und des Bundesarbeitsgerichtes zum Teil in solchen Fällen Kündigungsschutz gewährt hat, vermag dies Hinweisgeberinnen und Hinweisgebern keine letzte Sicherheit zu verschaffen, dass sie im Einzelfall keine Nachteile im Beschäftigungsverhältnis zu befürchten haben.

Die Erforderlichkeit gesetzlicher Regelungen erschließt sich auch aus der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in der Rechtssache Heinisch / Deutschland.<sup>2</sup> Darin stellte der Gerichtshof fest, dass eine arbeitsrechtliche außerordentliche Kündigung das Grundrecht auf freie Meinungsäußerung einer Hinweisgeberin verletzt hatte. Die Kündigung stelle einen Eingriff in das in der Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten in Artikel 10 garantierte Recht auf Meinungsfreiheit dar. Ein solcher Eingriff sei dann ein Verstoß gegen die Meinungsfreiheit, wenn er nicht „gesetzlich vorgesehen“ sei, ein legitimes Ziel nach Absatz 2 verfolgt werde und der Eingriff „in einer demokratischen Gesellschaft“ zur Erreichung dieses Ziels oder dieser Ziele „notwendig“ sei. Hier verfolge der Eingriff das nach Auffassung des Gerichtshofes legitime Ziel, das geschäftliche

---

<sup>2</sup> Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, Entscheidung vom 21. Juli 2011, Rechtssache Heinisch / Deutschland, Individualbeschwerde Nr. 28274/08.

Ansehen und die Interessen des Arbeitgebers zu schützen. Die fristlose Kündigung sei im konkreten Fall „gesetzlich vorgesehen“. § 626 Absatz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuches sei auch im konkreten Fall der Hinweisgeberin mit der Meinungsfreiheit zu vereinbaren, weil es „Leitentscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes und des Bundesarbeitsgerichtes“ gebe, die herangezogen werden könnten. Auch wenn die innerstaatlichen Gerichte im Lichte der Umstände eines jeden Einzelfalls prüfen müssten, ob die Loyalitätspflicht eines Arbeitnehmers erheblich verletzt worden sei, sei der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte der Auffassung, dass es für einen Arbeitnehmer dennoch vorhersehbar sei, dass eine Strafanzeige gegen seinen Arbeitgeber grundsätzlich einen wichtigen Grund für eine Kündigung nach der genannten Bestimmung darstellen könne. Von innerstaatlichen Rechtsvorschriften könne nicht erwartet werden, dass sie jede Eventualität regelten. Die Tatsache, dass es mehr als eine Fallkonstellation für eine Rechtsvorschrift gebe, bedeute für sich genommen nicht, dass diese das durch den Begriff „gesetzlich vorgesehen“ implizierte Erfordernis nicht erfülle. In dem vorgelegten Fall macht der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte den Verstoß gegen die Meinungsfreiheit der Hinweisgeberin durch die Kündigung also erst daran fest, dass die Kündigung zur Erreichung des Zieles des Schutzes des geschäftlichen Ansehens und der Interessen des Arbeitgebers „in einer demokratischen Gesellschaft“ im Einzelfall „nicht notwendig“ gewesen sei.

Diese Argumentation des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte verdeutlicht, dass eine gesetzliche Konkretisierung des Kündigungsschutzes für Hinweisgeberinnen und Hinweisgeber dringend erforderlich ist, weil nur eine ausdrückliche gesetzliche Regelung ihnen Rechtssicherheit verschaffen kann. Die beiden obergerichtlichen Entscheidungen, auf die der Gerichtshofes verweist, reichen für die Gewissheit, keine Nachteile befürchten zu müssen, nicht aus. Die Tatsache, dass die Hinweisgeberin ihren konkreten Fall erst dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte vorlegen musste, um Gewissheit zu bekommen, zeigt, dass nur eine nationalgesetzliche Regelung das Grundrecht auf Meinungsfreiheit von Hinweisgeberinnen und Hinweisgebern effektiv und zweifelsfrei schützen kann.

Auch internationale Übereinkommen sprechen für eine gesetzliche Regelung. So hat die Parlamentarische Versammlung des Europarates alle Mitgliedstaaten in ihrer EntschlieÙung 1729 (2010) dazu aufgefordert, ihre gesetzlichen Bestimmungen über den Schutz von „Whistleblowern“ zu überprüfen und dabei die relevanten Fragen zu kodifizieren. Nach Artikel 24 der revidierten Europäischen Sozialcharta verpflichten sich die Vertragsparteien, das Recht auf Kündigungsschutz anzuerkennen, zu dem nach dem Anhang das Recht der Arbeitnehmer gehört, nicht deshalb gekündigt zu werden, weil sie wegen einer behaupteten Verletzung von Rechtsvorschriften eine Klage gegen den Arbeitgeber eingereicht haben, an einem Verfahren gegen ihn beteiligt sind oder die zuständigen Verwaltungsbehörden angerufen haben. Die revidierte Europäische Sozialcharta hat Deutschland zwar unterzeichnet, aber noch nicht ratifiziert. Auch nach Artikel 5 des Übereinkommens der Internationalen Arbeitsorganisation über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber,<sup>3</sup> das Deutschland nicht ratifiziert hat, darf der Umstand, dass jemand wegen einer behaupteten Verletzung von Gesetzesvorschriften gegen den Arbeitgeber eine Klage eingebracht oder sich an einem Verfahren gegen ihn beteiligt oder die zuständigen Verwaltungsbehörden angerufen hat, nicht als triftiger Grund für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses gelten.

Dementsprechend forderte auch die Konferenz der Informationsfreiheitsbeauftragten in Deutschland in ihrer EntschlieÙung „Mehr Transparenz durch gesetzlichen Schutz von

---

<sup>3</sup> IAO-Übereinkommen Nr. 158 vom 22. Juni 1982.

Whistleblowern“ vom 24. Juni 2009 (siehe Anlage 1) den Deutschen Bundestag auf, für mehr Informationsfreiheit einzutreten und den Schutz von Whistleblowern gesetzlich festzuschreiben. Anlässlich ihrer Entschließung „Forderungen für die neue Legislaturperiode: Informationsrechte der Bürgerinnen und Bürger stärken“ vom 28. November 2013 (siehe Anlage 2) wiederholte die Konferenz der Informationsfreiheitsbeauftragten in Deutschland diese an alle Beteiligten in Bund und Ländern gerichtete Forderung, einen gesetzlich geregelten effektiven Schutz von Whistleblowern, die über Rechtsverstöße im öffentlichen und nicht-öffentlichen Bereich berichten, zu schaffen. Daher ist es grundsätzlich zu begrüßen, dass sich die Drucksachen 18/3043 und 18/3039 für eine gesetzliche Regelung des Schutzes für Hinweisgeberinnen und Hinweisgeber aussprechen.

Zu dem in Drucksache 18/3039 formulierten Gesetzesentwurf habe ich die unter II und III genannten Anmerkungen.

## **II. Artikel 1 - 4 des Entwurfes eines Whistleblower-Schutzgesetzes, Änderungen im Bürgerlichen Gesetzbuch, im Berufsbildungsgesetz, Bundesbeamtengesetz und im Beamtenstatusgesetz**

### **1) Auf das Erfordernis eines innerbetrieblichen Abhilfeverfahrens verzichten**

Die vorgeschlagenen Artikel des Whistleblower-Schutzgesetzes gehen davon aus, dass den Hinweisgeberinnen und Hinweisgebern in der Regel ein innerbetriebliches Abhilfeverfahren zumutbar ist, bevor sie sich an externe Stellen wenden. Nur unter bestimmten Voraussetzungen soll ein solches Verfahren unzumutbar sein. Angesichts des Umstandes, dass das Verhalten der Hinweisgeberinnen und Hinweisgeber einerseits aus demokratischen und rechtsstaatlichen Gründen erwünscht ist (siehe oben I), das Beschäftigungsverhältnis aber andererseits ein hierarchisches Gefälle zulasten der Beschäftigten aufweist, sollte auf das Erfordernis eines innerbetrieblichen Abhilfeverfahrens gänzlich verzichtet werden. Daher sollte es in § 612b Absatz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuches heißen: „Ist ein Arbeitnehmer (...) der Auffassung, dass im Zusammenhang mit der betrieblichen Tätigkeit rechtliche Pflichten verletzt werden (...), so **kann** er sich an den Arbeitgeber oder eine zur innerbetrieblichen Klärung zuständige Stelle wenden“. Entsprechendes sollten auch in den anderen Gesetzen geregelt werden. Sofern diesem Vorschlag nicht gefolgt wird, sollte die Unzumutbarkeit eines innerbetrieblichen Abhilfeverlangens zumindest den Regelfall und nicht die Ausnahme bilden. Zusätzlich sollten die vorgeschlagenen Regelungen in folgender Weise geändert werden:

#### **a) Zumindest Menschenwürdeschutz einbauen**

Sofern auf das Erfordernis eines innerbetrieblichen Abhilfeverlangens nicht verzichtet wird, muss zumindest klargestellt werden, dass auch bei gegenwärtiger Gefahr für die Menschenwürde ein innerbetriebliches Abhilfeverlangen unzumutbar ist. In den geplanten § 612b Absatz 2 Nr. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuches, in § 67a Absatz 1 Nr. 3 des Bundesbeamtengesetzes und in § 37a Absatz 2 des Beamtenstatutgesetzes werden die Voraussetzungen geregelt, unter denen die gegenwärtige Gefahr der Verletzung hoher Rechtsgüter interne Abhilfeverfahren unzumutbar macht. Die Kataloge der hohen Rechtsgüter sind jeweils abschließend formuliert. Sie müssen jeweils um das Rechtsgut Gefahr für die Menschenwürde erweitert werden. Nur so ist sichergestellt, dass die gegenwärtige Gefahr der Verletzung des höchsten Verfassungsgutes den Gefahren der Verletzung der genannten hohen Rechtsgüter gleichgestellt ist.

Dies gilt auch für zu erlassende Landesbeamtengesetze.

### **b) Zumindest Unzumutbarkeit innerbetrieblichen Abhilfeverlangens bei Gefahr von Nachteilen für die Beschäftigten feststellen**

Die Konferenz der Informationsfreiheitsbeauftragten in Deutschland vertritt die Auffassung, Transparenz könne nur erreicht und gefördert werden, wenn die Hinweisgeberinnen und Hinweisgeber keine Repressalien durch Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber und die Kollegenschaft und keine arbeitsrechtlichen Konsequenzen zu befürchten haben müssten, nur weil sie Rechtsverstöße im Arbeitsumfeld anzeigten.<sup>4</sup> Dies ist nur möglich, wenn sich die Hinweisgeberinnen und Hinweisgeber in Fällen, in denen sie diese Nachteile befürchten müssen, nicht innerbetrieblich offenbaren müssen, bevor sie die Hinweise an die zuständigen außerbetrieblichen Stellen geben. Sofern diese Überlegung nicht dazu führt, auf das Erfordernis eines innerbetrieblichen Abhilfeverlangens vollständig zu verzichten, müssen die Kataloge der Voraussetzungen für die Unzumutbarkeit eines innerbetrieblichen Abhilfeverlangens in den vorgeschlagenen §§ 612b Absatz 2 des Bürgerlichen Gesetzbuches, § 67a Absatz 1 des Bundesbeamtengesetzes und in § 37a Absatz 2 des Beamtenstatutgesetzes zumindest erweitert werden um den Punkt:

„der Arbeitnehmer befürchten muss, aufgrund der Beschwerde Nachteile in seinem Arbeitsverhältnis zu erleiden.“

Dies gilt auch für zu erlassende Landesbeamtengesetze.

### **c) Zumindest Anonymität wahren dürfen**

Die Konferenz der Informationsfreiheitsbeauftragten in Deutschland hält es für erforderlich, dass Hinweisgeberinnen und Hinweisgebern die vertrauliche Behandlung ihrer Hinweise zugesagt werden können muss.<sup>5</sup> Diesem Erfordernis ist in allen denkbaren Fallgestaltungen Genüge zu tun.

Sofern Hinweisgeberinnen und Hinweisgeber dies wünschen, muss deshalb ein innerbetriebliches Abhilfeverfahren auch anonym in Gang gesetzt werden können. Wenn dies nicht möglich ist, ist es ausgeschlossen, ein vorgängiges innerbetriebliches Abhilfeverlangen zur Voraussetzung der Rechtmäßigkeit des Verhaltens der Hinweisgeberinnen und Hinweisgeber zu machen. Anonym nutzbare innerbetriebliche Abhilfesysteme stehen im Einklang mit den Interessen der Arbeitgeber, die darauf gerichtet sein müssen, dass Rechtsverstöße im Unternehmen erkannt und abgestellt werden. Der weit verbreitete Einsatz von Compliance-Systemen macht deutlich, dass dieses Interesse tatsächlich besteht. Eine mit Wirkung zum 1. Januar 2014 in das Gesetz über das Kreditwesen eingefügte Regelung zeigt, dass das Erfordernis der Wahrung der Vertraulichkeit für Hinweisgeberinnen und Hinweisgeber im Interesse der Durchsetzung gesetzlicher Anforderungen bereits Eingang in die Gesetzgebung gefunden hat. Nach § 25a Absatz 1 Satz 6 Nr. 3 des Gesetzes über das Kreditwesen umfasst die ordnungsgemäße Geschäftsorganisation „einen Prozess, der es den Mitarbeitern **unter Wahrung der Vertraulichkeit ihrer Identität** ermöglicht, Verstöße gegen die Verordnung (EU) Nr. 575/2013 oder gegen dieses Gesetz oder gegen die auf Grund dieses Gesetzes erlassenen Rechtsverordnungen sowie etwaige strafbare Handlungen innerhalb des Unternehmens an geeignete Stellen zu berichten.“

§ 612b Absatz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuches sollte deshalb der folgende Satz 2 angefügt werden: „Den Beschäftigten muss die Möglichkeit eröffnet werden, entsprechende Hin-

<sup>4</sup> Entschließung „Mehr Transparenz durch gesetzlichen Schutz von Whistleblowern“ vom 24.6.2009.

<sup>5</sup> Entschließung „Mehr Transparenz durch gesetzlichen Schutz von Whistleblowern“ vom 24.6.2009.

weise anonym vorzubringen.“ Entsprechendes gilt für die Regelungen im Bundesbeamten-gesetz, im Beamtenstatusgesetz und in zu erlassenden Landesbeamtengesetzen.

Die Anforderung, anonyme Hinweise zu ermöglichen, muss auch erfüllt sein, wenn sich Hinweisgeberinnen und Hinweisgeber an die zuständige außerbetriebliche Stelle wenden. Zumindest muss gewährleistet sein, dass außerbetrieblichen Stellen, an die sich die Hin-weisgeberinnen und Hinweisgeber wenden, ihnen zusichern können, dass sie ihre Identität Dritten gegenüber nicht aufdecken werden. Ein Urteil des Verwaltungsgerichtes Bremen be-stätigt dies für den Bereich von datenschutzrechtlichen Hinweisen an die Landesbeauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit. Dort heißt es: „Da der Petent mit seiner Mitteilung keine Straftat begangen hat, ist seine Identität von der Beklagten (der Landesbeauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit) zu schützen.“<sup>6</sup>

Auch die Information der Öffentlichkeit muss unter Wahrung der Anonymität möglich sein.

## **2) Beschäftigtenschutz auch bei unverschuldeter Fehleinschätzung**

Bundesverfassungsgericht, Bundesarbeitsgericht und Parlamentarische Versammlung des Europarates vertreten die Auffassung, dass das Risiko unverschuldeter Fehleinschätzungen nicht den Hinweisgeberinnen und Hinweisgebern aufgebürdet werden darf. Dem ist zuzu-stimmen, weil anderenfalls potentielle Hinweisgeberinnen und Hinweisgeber entmutigt wür-den.

Das Bundesverfassungsgericht befand, dass die Tatsache, dass ein Arbeitnehmer seinen Arbeitgeber von sich aus bei der Staatsanwaltschaft anzeige, aus rechtsstaatlichen Grün-den im Regelfall keine fristlose Kündigung eines Arbeitsverhältnisses rechtfertigen könne, soweit der Angestellte nicht wissentlich oder leichtfertig falsche Angaben gemacht habe. Auch das Bundesarbeitsgericht vertrat die Auffassung, dass ein Arbeitnehmer mit der Er-stattung einer Strafanzeige eine nicht nur von der Rechtsordnung erlaubte und gebilligte, sondern auch eine von Verfassungs wegen geforderte Möglichkeit der Rechtsverfolgung wahrnehme.<sup>7</sup> Ein Arbeitnehmer, der in gutem Glauben von diesem Recht Gebrauch mache, dürfe daher keine Nachteile dadurch erleiden, dass sich seine Behauptung im anschließen-den Verfahren als unrichtig oder nicht aufklärbar erweise. Auch die Parlamentarische Ver-sammlung des Europarats stellt in ihrer Definition geschützter Enthüllungen nicht auf die tatsächliche Erweislichkeit rechtswidriger Handlungen, sondern lediglich darauf ab, dass diese „in gutem Glauben“ geäußert werden.<sup>8</sup> Bei jedem Whistleblower müsse davon ausge-gangen werden, dass er in gutem Glauben gehandelt habe, soweit er vernünftige Gründe für die Annahme gehabt habe, dass die offengelegten Informationen wahr waren, selbst wenn sich später herausstelle, dass dies nicht der Fall gewesen sei, und vorausgesetzt, dass er keine rechtswidrigen oder unethischen Ziele verfolgt habe.

Dementsprechend sollten die vorgeschlagenen Regelungen jeweils **klarstellend** um eine Formulierung erweitert werden, die unverschuldete Fehleinschätzungen zutreffenden Ein-schätzungen gleichstellt. So sollte die Formulierung von § 612b Absatz 1 BGB lauten: „Ist ein Arbeitnehmer aufgrund konkreter Anhaltspunkte der Auffassung, dass im Zusammen-hang mit der betrieblichen Tätigkeit rechtliche Pflichten verletzt werden oder eine solche Verletzung droht, **oder darf er dies sein**, (...)“

---

<sup>6</sup> Verwaltungsgericht Bremen, Urteil vom 25.3.2010 (2 K 548/09), siehe Anlagen 3 und 4.

<sup>7</sup> Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 3. Juli 2003 (2 AZR 235/02).

<sup>8</sup> Parlamentarische Versammlung des Europarates, Entschließung 1729 (2010).

Absatz 2 Satz 3: „Unzumutbar ist ein solches Verlangen insbesondere, wenn der Arbeitnehmer aufgrund konkreter Anhaltspunkte der Auffassung ist **oder sein durfte**, dass (...)“

Absatz 3 Satz 2: „Ein solches überwiegendes öffentliches Interesse ist insbesondere gegeben, wenn der Arbeitnehmer aufgrund konkreter Anhaltspunkte annimmt **oder annehmen durfte**, dass (...)“

Entsprechende Formulierungen sollten auch in die vorgeschlagenen Regelungen des BBG und BeamStatG Eingang finden.

### **3) Bestehende (anonyme) Hinweissysteme nicht ablösen**

§ 21 Satz 1 des Bundesdatenschutzgesetzes konstituiert für alle Menschen das Recht, sich an die oder den Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit wenden zu können, wenn sie der Ansicht sind, bei der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung ihrer personenbezogenen Daten durch öffentliche Stellen des Bundes in ihren Rechten verletzt worden zu sein. Entsprechende Rechte auf die Anrufung der Landesbeauftragten für Datenschutz gibt es nach den Landesdatenschutzgesetzen. Diese Rechte beinhalten auch das Recht, sich darauf verlassen zu können, dass die Landesbeauftragten und die Bundesbeauftragte für Datenschutz diese Hinweise anonym behandeln und die Namen der Hinweisgeberinnen und Hinweisgeber auch in den an Gerichte zu versendenden Akten schwärzen dürfen.<sup>9</sup> Es ist wichtig, dass gesetzlich klargestellt wird, dass die vorgeschlagenen Regelungen des Whistleblower-Schutzgesetzes bestehenden Möglichkeiten für Hinweisgeberinnen und Hinweisgeber, Hinweise an die zuständigen Aufsichtsbehörden zu geben, nicht ablöst.

Daher darf auf die vorgeschlagenen Regelungen in § 612b BGB Absatz 6 („Beschwerderechte des Arbeitnehmers, Anzeige- und Äußerungsrechte und Anzeigepflichten nach anderen Rechts- und Verwaltungsvorschriften sowie die Rechte der Arbeitnehmervertretungen bleiben unberührt.“) und in § 67a Absatz 5 Bundesbeamtengesetz und § 37 a Beamtenstatusgesetz (gleichlautend: „Anzeige- und Äußerungsrechte sowie Anzeigepflichten nach anderen Vorschriften bleiben unberührt.“) auf keinen Fall verzichtet werden. Auch müssen entsprechende Regelungen in die zu ändernden Landesbeamtengesetze aufgenommen werden.

### **4) Auch die Rechte der belasteten Personen berücksichtigen**

Entsprechend der Forderung der Entschließung der Konferenz der Informationsfreiheitsbeauftragten in Deutschland<sup>10</sup> sollten die Rechte der durch die Hinweise belasteten Personen zum Beispiel auf Benachrichtigung und Auskunft sowie auf Berichtigung und Löschung von Daten ausdrücklich gesetzlich gewährleistet werden.

## **III. Artikel 5 des Whistleblowergesetzes: Statt einzelner Änderungen des Strafgesetzbuches die Neukodifizierung des gesamten zweiten Abschnittes des besonderen Teils angehen**

<sup>9</sup> Verwaltungsgericht Bremen, Urteil vom 25.3.2010 (2 K 548/09), siehe Anlage 3.

<sup>10</sup> Entschließung vom 24. Juni 2009 „Mehr Transparenz durch gesetzlichen Schutz von Whistleblowern“.

Der zweite Abschnitt des besonderen Teils des Strafgesetzbuches trägt den Titel „Landesverrat und Gefährdung der äußeren Sicherheit“. Für die dort kodifizierten Straftatbestände ist jeweils die in § 93 Strafgesetzbuch geregelte Abgrenzung konstitutiv. Absatz 1 enthält die Legaldefinition von Staatsgeheimnissen, deren Offenbarung strafbewehrt ist. Absatz 2 legt fest, dass „Tatsachen, die gegen die freiheitlich demokratische Grundordnung oder unter Geheimhaltung gegenüber den Vertragspartnern der Bundesrepublik Deutschland gegen zwischenstaatlich vereinbarte Rüstungsbeschränkungen verstoßen“ keine Staatsgeheimnisse sind. Ihre Offenbarung ist daher nicht strafbar. Der Bundesgerichtshof hat hierzu ausgeführt, es gebe einen Kernbereich des Verfassungsrechts, bei dessen Verletzung jeder das Recht haben müsse, sofort und ohne jeden Umweg die Öffentlichkeit anzurufen, auch wenn dies zwingend zur Preisgabe von Staatsgeheimnissen führen müsse.<sup>11</sup> Diesem verfassungsrechtlichen Gedanken folgend müsste der zweite Abschnitt des besonderen Teils des Strafgesetzbuches durchgehend die Offenbarung von Tatsachen über Verfassungsbrüche straflos stellen. Dies würde auch den oben zitierten Wertungen der Parlamentarischen Versammlung des Europarates entsprechen. Dieses Prinzip durchzuhalten, ist in den Regelungen des zweiten Abschnittes des besonderen Teils nicht durchgehend gelungen.

Beispielhaft dafür ist § 97b Strafgesetzbuch. Dieser bürdet den Hinweisgeberinnen und Hinweisgebern das Risiko der fehlerhaften Einschätzung darüber auf, dass Tatsachen, von denen die Hinweisgeberinnen und Hinweisgeber annehmen, es handle sich wegen Verstoßes gegen Verfassungsprinzipien nicht um Staatsgeheimnisse, entgegen ihrer Erwartung doch Staatsgeheimnisse sind. Diesen Fall des Irrtums strafrechtlich anders zu behandeln als sonstige Fälle des Tatbestandsirrtums nach § 16 StGB steht in Widerspruch zu der Privilegierung in § 93 Absatz 2 Strafgesetzbuch. Hierzu heißt es im Kommentar zum Strafrechtslehrbuch von Maurach/Schroeder/Maiwald: „So sehr die Herausnahme des illegalen Geheimnisses im Sinne des § 93 Absatz 2 aus dem Begriff des Staatsgeheimnisses als eine Tat gesetzgeberischen Mutes anerkannt werden darf, so muss § 97b umgekehrt als Ausdruck überängstlichen und zudem in erhebliche dogmatische Schwierigkeiten führenden Kleinmuts angesehen werden.“<sup>12</sup> Ähnlich formuliert es der Kommentar von Dreher/Tröndle zum Strafgesetzbuch: „Stattdessen ist als Folge eines politischen Kompromisses eine Regelung Gesetz geworden, die eine dogmatisch Anomalie darstellt, den Schuldgrundsatz verletzt und zu Ungerechtigkeiten führt.“<sup>13</sup>

Das oben unter II 2) im Zusammenhang mit dem Beschäftigungsverhältnis formulierte und auf Aussagen des Bundesverfassungsgerichte, des Bundesarbeitsgerichtes und der Parlamentarischen Versammlung des Europarates zurückgehende Postulat, Hinweisgeberinnen und Hinweisgeber müssten auch bei Fehleinschätzungen Schutz genießen, sofern sie davon ausgehen durften, dass sie die Tatsachen richtig einschätzten, macht deshalb die Forderung nach der Aufhebung des § 97b „Verrat in der irrigen Annahme eines illegalen Geheimnisses“ plausibel. Allerdings sollte es dabei nicht bleiben. Erforderlich ist eine grundsätzliche Neukodifizierung des zweiten Abschnittes des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches.

Es liegt nämlich nahe, dass einer der Gründe für die genannten dogmatischen Schwierigkeiten der §§ 93 ff Strafgesetzbuch darin liegt, dass die Abgrenzung in § 93 Strafgesetzbuch dazu führt, dass es drei Gruppen von Tatsachen gibt. Zum einen sind dies Staatsgeheim-

<sup>11</sup> Bundesgerichtshof Strafrecht, Band 20, 342, 362 ff.

<sup>12</sup> Maurach, Schroeder, Maiwald, Strafrecht Besonderer Teil, Teilband 2, Straftaten gegen Gemeinschaftswerte, 2005, § 85 I, Randnummer 27.

<sup>13</sup> Dreher/Tröndle, Strafgesetzbuch, 44. Auflage, § 97b Randnummer 2.



nisse, die sich auf rechtmäßige und verfassungsmäßige Tatsachen beziehen. Zweitens gibt es Tatsachen nach Absatz 2, die sich auf Verletzungen des Kernbereichs der Verfassung (Verstoß „gegen die freiheitlich demokratische Grundordnung“ oder „unter Geheimhaltung gegenüber den Vertragspartner der Bundesrepublik Deutschland gegen zwischenstaatlich vereinbarte Rüstungsbeschränkungen“) beziehen und daher nicht den Status des Staatsgeheimnisses haben. Es gibt aber auch eine dazwischen liegende dritte Gruppe von Tatsachen, die zwar Gesetze oder sogar die Verfassung, nicht aber deren Kernbereich verletzen. Diese „illegalen Staatsgeheimnisse“ gelten nach der Logik des Strafgesetzbuches gleichwohl als Staatsgeheimnisse. Diese tatbestandliche Situation macht die Offenbarung von Verfassungsbrüchen für Hinweisgeberinnen und Hinweisgeber schwierig, die andererseits nach den vom Bundesgerichtshof aufgegriffenen Verfassungsgrundsätzen hierzu motiviert werden sollen. Hinweisgeberinnen und Hinweisgeber müssen befürchten, strafrechtlich belangt zu werden, wenn sie einen „einfachen“ Verfassungsbruch fälschlich für einen „schweren“ halten. Das Risiko der Fehleinschätzung darüber, ob ein Rechtsbruch bloßer Rechtsbruch, „kleiner“ Verfassungsbruch oder schon „Verstoß gegen den Kernbereich der Verfassung“ ist, wird ihnen aufgebürdet.

Nach dem Verfassungsprinzip der Bestimmtheit in Artikel 103 Absatz 2 Grundgesetz („nulla poena sine lege“) müssen Strafrechtstatbestände demgegenüber so konkret sein, dass ihr Anwendungsbereich eindeutig zu erkennen ist. Auch im Sinne dieses Verfassungsprinzips sollte daher eine eindeutige Klarstellung erfolgen, welche Verfassungsbrüche der Gesetzgeber für so geringfügig hält, dass ihre Offenbarung als strafbare Offenbarung von Staatsgeheimnissen gewertet werden soll. Im Rechtsstaat können dies – wenn es sie überhaupt gibt – nur sehr wenige sein. Auch muss durchgängig gewährleistet sein, dass der Irrtum darüber, ob es sich um ein auf diese Weise definiertes Staatsgeheimnis handelt oder nicht, als tatbestandsausschließender und damit strafloser Tatbestandsirrtum nach § 16 Strafgesetzbuch qualifiziert wird. Die gegenwärtige Situation widerspricht der Logik der Verfassung, die Verfassungsbrüche nicht geheim halten, sondern abstellen will. Die verfassungsrechtlich gesehen beste Lösung ist daher eine Neukodifizierung der §§ 93 ff Strafgesetzbuch, die den Grundsatz der Ermutigung zur Offenbarung von Verfassungsbrüchen konsequent umsetzt.